Christoph Sorge

Verpflichtungsfreier Vertrag als schuldrechtlicher Rechtsgrund

V&R

V&R Academic

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

Beiträge zu Grundfragen des Rechts

Band 23

Herausgegeben von
Stephan Meder

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

Christoph Sorge

Verpflichtungsfreier Vertrag als schuldrechtlicher Rechtsgrund

Das Rechtsgeschäft der *condictio ob rem* gemäß § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB jenseits von Erfüllungszwang und Markttausch

V&R unipress

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

ISSN 2198-5405
ISBN 978-3-8470-0756-2

Weitere Ausgaben und Online-Angebote sind erhältlich unter: www.v-r.de

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungsfonds Wissenschaft der VG WORT.

© 2017, V&R unipress GmbH, Robert-Bosch-Breite 6, D-37079 Göttingen / www.v-r.de
Alle Rechte vorbehalten. Das Werk und seine Teile sind urheberrechtlich geschützt.
Jede Verwertung in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlages.

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

Marion und Hans-Dieter Sorge gewidmet.

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

Inhalt

Vorwort 23

Problemaufriss und Zielstellung: Das vermeintliche ›Fossil‹ der Zivilrechtsdogmatik 25
I. Die Willkür in der Fallgruppenmethode der h. M. zur Erfassung der *condictio ob rem* 27
II. Zwischen Einhegung und Ausweitung des Anwendungsbereichs der *condictio ob rem:* Die schwankende Rechtsprechung 29
III. Probleme der Dogmatik des Bereicherungsrechts, die eine sachgerechte Dogmatik der *condictio ob rem* verhindern 30
IV. Anläufe und Irrwege in der Literatur zur Bewältigung der *condictio ob rem* 33
V. Eine ›minima moralia‹ des § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB? 39
VI. Dogmatischer Ausgangspunkt der Arbeit 41
VII. Terminologisches: Das »Rechtsgeschäft« der *condictio* als *conventio ob rem* 43
VIII. Thesen der Arbeit 46
IX. Formaler Aufbau und methodischer Fortgang der Arbeit 51
X. Notwendige Beschränkungen, die aus der Rekonstruktion der *conventio ob rem* folgen 54

Allgemeiner Teil: Prinzipielle Grundlegung der *conventio ob rem*

Erster Abschnitt: Die Möglichkeit eines verpflichtungsfreien Kausalvertrags im Vermögensrecht des BGB 57
I. Die unterkomplexe Klassifizierung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft 58
1. Erste Differenzierungsstufe zur Erweiterung der eindimensionalen Klassifizierung: Gesetz und Vertrag 58
2. Zweite Differenzierungsstufe: Erwerbsmodus und Erwerbstitel 60

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

II. Dogmengeschichtliche Ursprünge für die heutige Reduktion rechtsgeschäftlicher Vermögensbewegungen auf den Schuldvertrag und die Verfügung 63
1. Die Modus-Titulus-Lehre des *Usus modernus pandectarum* . . 64
2. Ein Teilstück der Modus-Titulus-Lehre: Die vorpandektistische Auffassung von der *iusta causa traditionis*. 66
3. Savignys Kontrapunkt: Der dingliche Vertrag als hinreichender Rechtsakt und die *iusta causa* als bloßes Motiv des Tradenten 68
a) Genese des Trennungsgedankens 69
b) Vertiefung des Trennungsgedankens im Abstraktionsprinzip und das Bereicherungsrecht als Ausnahme von der grundsätzlichen Unbeachtlichkeit des Motivirrtums 71
c) Inkurs: Abgleich von Savignys *iusta causa traditionis* mit dem Leistungsbegriff im Sinne von § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB 74
d) Die materiellen Rechtsgeschäfte als große Klammer der Vermögensbewegungen 80
e) Lose Fäden in Savignys Konstruktion: Freischwebender Wille und das Problem der Erwerbs- und Behaltensgründe . 86
III. Sibers Syntheseversuch der Modus-Titulus-Lehre und der Konzeption Savignys 89
1. Darstellung der Lehre: Rechtsgrund- und Leistungsgeschäfte . 91
2. Lose Fäden in Sibers Konstruktion der Rechtsgrundgeschäfte . 93
3. Plausibilitätskontrolle der Lehre von der Behaltensbefugnis: Heilung eines Grundstückskaufvertrags 94
a) Kernanwendungsgebiet der *condictio ob rem* bei Fehlschlag der Heilung bzw. Ausbleiben der Gegenleistung? 98
b) Vollumfängliche Ermittlung des Vertragsinhalts zur richtigen Problemerfassung 100
aa) Der Kontrast zum sog. Belästigungshandel 103
bb) Strukturelle Ähnlichkeiten zum Vertrauenstatbestand des Darlehensgebers 106
cc) Kein Kernanwendungsbereich, aber § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB zugänglich 107
c) Zwischenergebnis 110
IV. Zwischenfazit: Savigny und Siber als Ausgang aus der unaufgeklärten Denkungsart in Obligationsverhältnissen 112

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

Zweiter Abschnitt: Erkenntnisleitende Grundelemente für den verpflichtungsfreien Kausalvertrag der *conventio ob rem* im Anschluss an Savigny und Siber 117
I. Subjektives Recht als Vermögen des Einzelnen: Substanzielles Haben und formalisierte Kompetenz 117
1. Erscheinungsformen subjektiver Rechte 119
2. Das subjektive Recht ist juristische Denkform, kein subsumtionsfähiger Tatbestand 119
3. Paradigmen subjektiver Rechte: Eigentum und Forderung . . . 121
II. Zuweisung und Zuordnung als Ursprungselemente subjektiv-rechtlicher Kompetenzen 125
1. Das subjektive Recht des Rechtssubjekts: Zuweisung der Position und Zuordnung des Substrats 125
2. Vermögensrecht zwischen Rechtsstatik und Rechtsdynamik sowie Rechtsschutz und Rechtsgewährung 131
III. Zwei unterschiedliche Kompetenzbereiche im Forderungsrecht: Zuordnung und Rechtsschutz 134
1. Rechtsschutz zum Zeitpunkt der Forderung im Verteidigungszustand 138
2. Zuordnungsänderung zum Zeitpunkt der Forderungsbegründung 145
IV. Das ›Verlangenkönnen‹ nach §§ 194 Abs. 1, 241 Abs. 1 BGB als Komplement der Behaltensbefugnis 149
1. Der echte Vertrag zugunsten Dritter: Divergenz zwischen formaler Rechtsschutzhülle und materialer Behaltensbefugnis . 149
a) Bereicherungsrechtlicher Problemaufriss ›im Kleinen‹: Leistungsstörungen aus der Sphäre des Versprechenden . . 153
b) Entfaltung der ›großen‹ Konstruktionsprobleme: Irrwege des Leistungsbegriffs 155
aa) Konstruktive Ausgangslage 155
bb) Dogmatische und pragmatische Lösungsversuche . . . 157
cc) Die rhetorische Qualität der auf Interessenwertung beruhenden Argumentation 160
dd) Der prinzipielle Weg: Zuordnungsänderungen und Behaltensbefugnisse als erkenntnisleitende Wertträger . 161
2. Weiteres Beispiel ›Zession‹: Behaltensbefugnis des Zedenten und Rechtsschutzbefugnis des Zessionars gegenüber dem Vertragspartner bzw. Schuldner 165
a) Ausgangslage und Reparatur fehlgeschlagener Zessionsfälle über das Bereicherungsrecht 166
aa) Leistungsrechtliche Betrachtungsweise 167

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

bb) Rechtsgrundbezogene Betrachtungsweise 170
b) Zum Beispiel Factoring: Differenzen zwischen wirtschaftlicher und dogmatischer Betrachtungsweise . . . 171
aa) Singuläre Sichtweise von Forderungsverkäufer und -käufer 172
bb) Sichtweise des Drittschuldners 174
c) Bereicherungsrechtliche Konsequenzen 176
d) Der ›Überzahlungsfall‹ als Beweis für den Grundsatz der Direktkondiktion? 177
e) Behaltensbefugnis *ipso iure?* Gesetzliche Schuldverhältnisse und ihr institutioneller Zusammenhang 180
aa) Zum Beispiel: Bereicherungsanspruch des Scheinvaters auf Rückzahlung von rechtsgrundlos gezahltem Unterhalt gegen den Sozialhilfeträger 181
bb) Kritik der Entscheidungsgründe und des Ergebnisses . 182
3. Zwischenfazit: Die Prärogative von Zuordnungsänderung und Behaltensbefugnis vor dem Forderungsrecht 186
V. Das forderungsfreie Zuordnungsverhältnis: Erklärungsansätze in der jüngeren Literatur 190
1. Der Versprechensakt als Übertragung des ›relativen Eigens‹ nach Dulckeit 190
a) Darstellung von Dulckeits Ansatz 190
b) Kritische Würdigung von Dulckeits Ansatz 194
2. Das Anrecht nach Ulrich v. Lübtow als vermögensrechtliche Empfangs- und Behaltensbefugnis 203
a) Darstellung von v. Lübtows Ansatz 203
b) Kritische Würdigung von v. Lübtows Ansatz 208
3. Das reine Zuordnungsverhältnis der *conventio ob rem* nach Gerhard Welker 217
a) Darstellung von Welkers Ansatz 217
b) Kritische Würdigung von Welkers Ansatz 220
VI. Fazit zur *conventio ob rem* als verpflichtungsfreies Zuordnungsverhältnis 227

Dritter Abschnitt: Kausale Zuordnungsverträge versus abstrakte Zuwendungsgeschäfte im vermögensrechtlichen System des BGB 229
I. Besondere Problematik und Diskussionsrahmen 230
II. Die Zuwendung als Wertbewegung von einer Partei zu einer anderen 232
1. Begriff und Objekte der Zuwendung 232
2. Mittel der Zuwendung 235

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

III. Abstraktheit und Kausalheit der Zuwendungsmittel 237
1. Entstehungsvoraussetzungen und Wirksamkeitsabstraktion . . 237
2. Bestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgenabstraktion 240
3. Das vertragliche Kausalverhältnis der *conventio ob rem:* Identität zwischen inhaltlicher und äußerlicher Kausalheit? . . 244
a) Die schlichte Finalstruktur der *conventio ob rem* 244
b) Forderungsobjekte als Unterbrechung des vertraglichen Finalzusammenhangs und Verdopplung der *causa finalis* bei Schuldverträgen 245
c) Konstruktive Schwierigkeiten bei der *conventio ob rem* . . . 248
4. Kritik an der *causa finalis* als Entstehungsvoraussetzung für Verträge 249
a) Finalität als mittelbarer Rechtszweck? 249
b) Systematische Versagensfälle der *causa finalis* 252
c) Dysfunktionale Verengung von privatautonomer Handlungsorientierung 254
d) Vermischung von negativen Wirksamkeitsvoraussetzungen und positiven Tatbestandselementen 258
e) Dogmatische Grenzverwirrung durch die Finalcausa bei der *condictio ob rem* 260
IV. Folgerungen für rechtsgeschäftliche Kausalverhältnisse: Inhaltlich kausale Verträge sind materielle Rechtsgeschäfte 262
1. Materielle Verträge als rechtliche Sinnträger einer Wertbewegung 264
a) Almosen und Wissenschaftskollegien: Die ›Materialität‹ des Vertrags bei forderungsfreien Rechtsgeschäften 268
b) Lose Fäden in Savignys Materialitätsthese: Zu viel Idealismus anstelle handfester dogmatischer Entscheidungsregeln? 272
2. Ambivalenz von äußerlicher Abstraktion und Kausalität 274

Besonderer Teil: Dogmatik der *conventio ob rem*

Hinführung 279

Erster Abschnitt: Vertragliche Grundstruktur und rechtsgeschäftlicher Abschlusstatbestand der *conventio ob rem* 283
I. Die Vertragsnatur der *conventio ob rem* nach gegenwärtiger Dogmatik 283
1. Der formale Vertragsbegriff und die materiale Interpretationsoffenheit der Verträge nach der Konzeption des BGB 286

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

a) Vertragsform als formaler Abschlusstatbestand 287
b) Rechtspflichten sind keine allgemein notwendigen Bestandteile des Vertragsinhalts 289
c) Falsche Schranken im Vertragsrecht: Dichotomie von bürgerlicher Gesellschaft und rechtsgeschäftsfreier Familienwelt 293
2. Zweiseitiges Rechtsgeschäft ohne Rechtspflichten 296
a) Der Wille als Gegenstand und die gewollte Rechtsfolge als Inhalt der Willenserklärung 299
aa) Gewollte Rechtsfolgen sind auch empirische Phänomene, keine dogmatischen Dinge an sich 300
bb) Existenzminimum für die Frage des ›Ob‹ einer Willenserklärung 305
cc) Zum Beispiel: Dreierlei Abmachung anlässlich der Ehescheidung 306
b) Welche Relevanz kommt dem Rechtsbindungswillen bei der *conventio ob rem* zu und worin unterscheidet sich dieser vom Rechtsfolgewillen? 311
aa) Widersprüche zwischen der Dogmatik der Gefälligkeitsverhältnisse und der *conventio ob rem* . . . 313
bb) Pflichtenfreier oder pflichtenbegründender Rechtsfolgewille als Auslegungsproblem des Rechtsgeschäfts 317
cc) *Id quod agitur:* Hermeneutische Rückwärtsbewegung zur Interpretation des Erklärungsverhaltens 320
II. Der Mindestinhalt von vertragsbegründenden Willenserklärungen als verdecktes Problem der Qualifizierung der *conventio ob rem* 324
1. Gewollte Änderung der Zuordnung von Vermögenspositionen als minimale Rechtsfolgensetzung bei *allen* Güterverträgen . . 325
a) Änderung der Vermögenszuordnung als Seriösitätsindiz für die Annahme eines Vertragsschlusses 327
b) Zum Beispiel: Das ›abredewidrig‹ empfangene Kind 328
2. Begründung einer Behaltensbefugnis als minimale Rechtsfolgensetzung bei *materiellen* Güterverträgen 335
a) Die Bedeutung der Behaltensbefugnis in der Rechtsgeschäftslehre 337
b) Vertraglich vereinbarte Erwerbs- und Behaltensbefugnisse im BGB 339
aa) Der Spielvertrag als Paradigma für die gesetzliche Anerkennung rechtsgeschäftlicher Behaltensbefugnisse. 341

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

bb) Abweichende Bestimmungen: Nichtvertrag oder Forderungsbeziehung ohne Rechtsschutz 342
3. Zwischenergebnis: Der auf eine vermögensrelevante Zuordnungsänderung und auf einen reinen Behaltensgrund gerichtete Rechtsfolgewille bei allen materiellen Vermögensverträgen 350

Zweiter Abschnitt: Rechtsfolgewille und Vertragsnexus 353
I. These: ›Bezweckter Erfolg‹ in § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB als rechtsfolgenneutraler Vertragsbestandteil 353
II. Gegenseitigkeit im Austauschvertrag: Gewolltes und bezwecktes Synallagma oder bloße Geschäftsgrundlage? 354
1. Das Synallagma als Problem der Geschäftsgrundlage bei Walter Schmidt-Rimpler 355
a) Der vertragsimmanente Finalnexus als gewollte Rechtsfolge bei Joachim Gernhuber 357
b) Kritische Würdigung: Synallagma als rechtsfolgenneutraler Vertragsinhalt 358
2. Die nicht so gewollte Verknüpfung: Inhaltsirrtum, Rechtsfolgeirrtum oder unerheblicher Motivirrtum? 363
a) Irrtum über das Synallagma an sich als ›klassischer‹ Inhaltsirrtum? 364
b) Irrtum über die Rechtsfolgen des Synallagmas: *error iuris nocet?* 366
c) Autonom gesetzte Rechtsfolgen und heteronome Rechtswirkungen 367
d) Zwischenergebnis: error iuris non nocet – extra ordinem . 369
3. Rechtsfolgewille und Zweckbindungen jenseits des vertragstypischen Leistungsprogramms 370
a) Zweckbindung als vereinbarter Geschäftszweck ohne Rechtsfolgenregelung nach Eugen Locher 373
b) Vertiefung von Lochers These durch Helmut Köhler: Zweckbindung als Regelungen des Vertragsinhalts über die Zweckverwirklichung und die Zweckstörung 377
c) Zum Beispiel: Bohrhämmer für die Ostzone 380
d) Kritische Würdigung des Bohrhämmer-Falls 382
e) Berücksichtigung der Ansichten von Locher und Köhler . . 386

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

Dritter Abschnitt: Die Rechtsnatur des ›bezweckten Erfolgs‹ als Vertragsbestandteil der *conventio ob rem* 391
I. Ökonomietheoretischer Hintergrund zur grundsätzlichen Irrelevanz von Verwendungszwecken diesseits des Austauschvertrags 391
1. Die ökonomische Austauschform der gegenseitigen Schuldverträge 392
2. Der Ruisdael-Fall: Wozu gebraucht man ein Kunstwerk? 399
3. Savignys Irrtumslehre und die Kritik von Ferdinand Lassalle . 407
a) Grundzüge von Savignys Auffassung vom Eigenschaftsirrtum und das als *ius singulare* qualifizierte Gewährleistungsrecht beim Kauf 412
b) Von der Ausnahme zum Prinzip: Lassalles Verständnis des Eigenschaftsirrtums und der ädilizischen Mängelklagen . . 414
4. Folgerungen 415
II. Rechtsfolgewille und ›bezweckter Erfolg‹ im Sinne von § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB 422
1. Das Problem der ›tatsächlichen Willensübereinstimmung‹ des BGH 422
2. Die *conventio ob rem* als Vereinbarung ohne vertragliche Rechtsfolgenregelung 423
3. Die Voraussetzungslehre nach Windscheid: ›Bezweckter Erfolg‹ als Selbstbeschränkung des Willens? 425
4. ›Bezweckter Erfolg‹ als schuldrechtliche Bedingung ohne Rechtsfolgenregelung nach Franz Leonhard 431
5. Kritische Würdigung 435
a) Bewertung von Windscheids Lehre 436
b) Bewertung von Leonhards Lehre 439
c) Eigene Ansicht: ›Bezweckter Erfolg‹ als rechtsfolgenneutrale Bestandsbedingung für die Behaltensbefugnis der Leistung 442
III. Fazit zur Vertragsnatur und dem Inhaltsbestandteil des ›bezweckten Erfolgs‹ bei der *conventio ob rem* 444

Vierter Abschnitt: Der ›bezweckte Erfolg‹ als Vertragsinhalt von § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB und die schuldvertragliche Geschäftsgrundlage von § 313 Abs. 1, 2 BGB 447
I. Thesen und Vorgehensweise 452

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

II. Inventur der gegenwärtigen Rechtsdogmatik zum ›bezweckten Erfolg‹ 454
1. Bestimmungsprobleme des Tatbestandsmerkmals ›bezweckter Erfolg‹ in positiver Hinsicht 454
2. Abgrenzungsprobleme des ›bezweckten Erfolgs‹ zur Geschäftsgrundlage in 313 Abs. 1, 2 BGB in negativer Hinsicht 456
III. Die Unzulänglichkeit rein formalistischer Abgrenzungsversuche der *condictio ob rem* von § 313 BGB 457
1. Kriterium des Tempus der tatsächlichen Vermögensrealisierung 458
a) Das Datum der Kondiktion: Vermögensmehrung durch Leistungsvollzug als tatbestandliche Voraussetzungen für § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB 458
b) Harrender Vertragsvollzug als ungeschriebene Voraussetzung für § 313 BGB? 469
2. Kriterium des Tempus der ›Wirklichkeit‹: Fälle des irrtümlichen Seins als subjektive Geschäftsgrundlage und Fälle der enttäuschten Zukunft als *conventio ob rem* 476
a) Verwerfungen in der Fallgruppe der sog. Vertragszweckstörung im Rahmen von § 313 BGB 478
b) Unbegründete Befürchtungen der Gesetzgeber bei § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB 482
c) Die falsche Kategorie von ›subjektiv-objektiv‹ für § 313 und § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB 486
3. Das Kaleidoskop der Konkurrenzlösungen für § 313 und § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB 487
a) Subsidiaritätsdogma der älteren Rechtsprechung zulasten der *condictio ob rem* 487
b) ›Freie‹ Anspruchskonkurrenz beider Störungsfiguren seit BGHZ 177, 193 ff.? 488
c) Ansichten in der Literatur 489
d) Kritik der Konkurrenzlösungen: Inkongruenz des Tatbestands schließt mehrfache Anspruchsbegründung aus. 491
IV. Phylogenese der Geschäftsgrundlage und des ›bezweckten Erfolgs‹ der *condictio ob rem* 494
1. Der offene Begriffsinhalt von ›Geschäftsgrundlage‹ und ›bezwecktem Erfolg‹ 494
2. Die gleiche Frontstellung der ›Geschäftsgrundlage‹ und des ›bezweckten Erfolgs‹ gegen unerhebliche Motive 499
3. Exkurs: Warum Motive im Recht nicht (alle) zählen (können) . 509
a) Zum Beispiel: Testamentsanfechtung wegen Motivirrtums . 512

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

b) Zum Beispiel: Zuwendung zur Unterhaltssicherung des vermeintlich leiblichen Sohnes 514
4. Die Willenseinigung als intersubjektiver Zurechnungszusammenhang und maßgeblicher Anknüpfungspunkt für beide Rechtsinstitute 516
a) Kommunikative Gemeinsamkeit in jeweiliger Selbstbestimmung 517
b) Dogmatische Aufnahmekapazität der *conventio ob rem* und der Geschäftsgrundlage im Rahmen der Willenseinigung . . 520
c) ›Die Straße, die vor der Haustür liegt‹ – Willenseinigungen und das Problem evidenter Umstände bei § 313 und § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB 522
aa) Die Bedeutungsträchtigkeit selbstverständlicher Umstände 524
bb) Unbewusste Vorstellungen im Erbrecht und Selbstverständlichkeiten in sozialen Näheverhältnissen . 525
cc) Zwischenergebnis: Nicht der Bewusstseinsgrad, sondern die motivatorische Kraft ist ausschlaggebend . 533
d) Die Nähe von § 313 und § 812 Abs. 1 S 2 Alt. 2 BGB zur ergänzenden Vertragsauslegung und ihr jeweils kategorischer Unterschied 537
aa) Die Inhaltsstörungsregel von § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 als *naturalia negotii* der *conventio ob rem* 538
bb) Die Zwieschlächtigkeit der Geschäftsgrundlagenstörung 541
5. Kritische Darstellung der Entwicklungsgeschichte von § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 und der Geschäftsgrundlagenstörung in der Rechtsprechung 544
a) Frühe Entscheidungen des Reichsgerichts zur Ablehnung der Voraussetzungslehre: Bedingungsrecht als Ausweg? . . 545
aa) RGZ 24, 169 ff.: Der Rückgriff auf die *condicio in praesens vel in praeteritum collata* 546
bb) RGZ 62, 267 f.: Der Rückgriff auf die Vertragsauslegung nach §§ 133, 157 BGB 549
b) Erste Etappe nach Inkrafttreten des BGB 550
aa) Apodiktische Einhegung der *condictio ob rem* durch das Reichsgericht bei gegenseitigen Verträgen 550
bb) Immanente Gesetzesfortbildung in Zeiten des Kriegs und der einsetzenden Inflation auf dem Weg zur Geschäftsgrundlage 556

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

c) Zweite Etappe zur Hochzeit von Geldentwertung und sich abzeichnender Weltwirtschaftskrise: Das Vergessen um die vertraglichen Verknüpfungsmodi 564
aa) Ausweitung der *condictio ob rem* durch das Reichsgericht in den 1920er-Jahren bei gegenseitigen Verträgen 566
bb) Richterliche Rezeption der Oertmann'schen Formel und Ausweitung der Geschäftsgrundlagenstörung auf nicht gegenseitige Verträge 577
d) Dritte Etappe: Zurückdrängung der *condictio ob rem* durch den BGH in den 1970er-Jahren und die Umstellung auf die Geschäftsgrundlagenstörung 585
aa) Vier Fanfarenstöße des BGH: Keine Anwendung von § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 im Rahmen von Schuldverträgen 587
bb) Vertragsanalyse des atypischen Miet- und Pachtvertrags in BGH WM 1972, 888ff. 590
cc) Variation von BGH WM 1972, 888ff.: Grenzfall für die Geschäftsgrundlage und mögliche Eröffnung des Anwendungsbereichs der *condictio ob rem* 599
dd) Kritik der Fundamentalkritik von Liebs: Billigkeitsrechtsprechung zulasten geschriebenen Rechts? 600
V. Folgerungen: Vertragssystematische Abgrenzung zwischen *condictio ob rem* und Geschäftsgrundlagenstörung nach § 313 BGB 603
1. Die Vertragsform und der vertragliche Verknüpfungsmodus als Ausgangspunkt 604
a) Formanalyse der Geschäftsgrundlage: Spiegelbild des synallagmatischen Verknüpfungsmodus auf zweiter Ebene des Schuldvertrags 604
b) Formanalyse des ›bezweckten Erfolgs‹: Verknüpfungsmodus *sui generis* auf Vertragsebene der *conventio ob rem* 605
c) Inhaltsanalyse der Geschäftsgrundlage: Restriktionen durch den synallagmatischen Verknüpfungsmodus der Leistungspflichten im Schuldvertrag 606
d) Inhaltsanalyse des ›bezweckten Erfolgs‹: Unbeschränkte Wirklichkeitsoffenheit der *res* für den Parteiwillen und die Familienähnlichkeit zur *causa minor* 608

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

2. Wechselseitige Begrenzung der Anwendungsbereiche von § 313 BGB und der *condictio ob rem* 610

Fünfter Abschnitt: Der Verknüpfungsmodus im Tatbestand der *conventio ob rem* und das Problem der Entgeltlichkeit 613
I. Inventur der gegenwärtigen Rechtsdogmatik zur Zweckbindung des Leistungsgegenstands der *conventio ob rem* 613
II. Der ›bezweckte Erfolg‹ der *conventio ob rem* als Bedingung *sui generis* 615
1. Strukturelle Ähnlichkeiten zwischen der Verknüpfungsform im Tatbestand der *conventio ob rem* und der Bedingung nach § 158 Abs. 2 BGB 617
a) Inhaltliche Aufnahmefähigkeit der Bedingung und des ›bezweckten Erfolgs‹ 617
b) Liquidierung der Rechtsfolgen von Gesetzes wegen ohne Gestaltungserklärung mit *ex nunc*-Wirkung 619
c) Die Parallele der treuwidrigen Vereitelung von § 162 und § 815 Alt. 2 BGB 621
2. Unterschiede zur schuldrechtlichen Resolutivbedingung im Sinn des § 158 Abs. 2 BGB 623
a) Zweifel am Eintritt oder Nichteintritt der zur Bedingung erhobenen Wirklichkeit 623
b) Differenzierung zwischen Zweckverwirklichung und Zweckstörung 625
c) Unmittelbare Wirkung ab Bedingungssetzung: Der sog. Schwebezustand 626
d) Haftungsbewehrte Bindungswirkung nach § 160 BGB . . . 628
3. Die sog. Bestandsbedingung in Ernst Stampes Lehre von den Güterschiebungen 630
a) Grundsätzliche Bewertung von Ernst Stampes Konstruktion 633
b) Übertragung der Bestandsbedingung auf den ›bezweckten Erfolg‹ im Tatbestand der *conventio ob rem* 634
III. Verwerfungen in der Dogmatik des Verknüpfungsmodus 636
1. Entgeltlichkeit als Verknüpfung von Forderungen bzw. Leistungen im Tatbestand eines Rechtsgeschäfts 636
a) Synallagmatische, konditionale und kausale Verknüpfungen 637
b) ›Unentgeltlichkeit‹ im Gesetzgebungsprozess und ›Entgeltlichkeit‹ im Spiegel der älteren Literatur 640

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

c) Die *causa finalis* als Alternativmodell zum Entgeltlichkeitsbegriff? 644
2. Kritik: Entgeltlichkeit als rein rechtstechnischer Begriff für das Vorliegen einer Verknüpfung im Tatbestand eines Rechtsgeschäfts 646
a) Fehlkonstruktionen im Umfeld der Schenkung nach § 516 BGB 649
aa) Die dogmatische Autologie der sog. kausalen Verknüpfung 649
bb) Hat die Schenkung einen Zweck, oder: Was ist eine Zweckschenkung? 655
b) Entkräftung der Ansicht von Welker zum Ausschluss der konditionalen Verknüpfung 662
c) Positive Begründung zur Hereinnahme der konditionalen Verknüpfung in die Dogmatik der Entgeltlichkeit 663
3. Römische Reflexionen I: Schenkungen als ›Etwas gegen Nichts‹ 664
a) Der Schenkungstatbestand im Allgemeinen 665
b) Einigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung 667
c) Obligatorische Gaben und freiwillige Schenkungen: *munus* und *donatio* 675
4. Nachsteuerung beim Begriff der Entgeltlichkeit 679
a) Ansätze zur fruchtbaren Materialisierung von Entgeltlichkeit 681
b) Unentgeltlichkeit als bloß negativer Rechtsbegriff 684
aa) Rechtsgrundlosigkeit ist nicht gleich Unentgeltlichkeit . 686
bb) Unentgeltlichkeit und Opfergedanke 687
c) Zwischenbetrachtung: Die materiale Vielfalt der Entgeltlichkeit 695
aa) Berührungspunkte im Tatsachenstoff zwischen der sog. subjektiven causa und dem entgeltlichen Verknüpfungsmodus 695
bb) Auch vereinbarte Zweckbindungen können entgeltliche Rechtsgeschäfte sein 696
d) Falscher Formzwang der Entgeltlichkeit: Tauschbeziehung der Warenbesitzer versus gemeinschaftliche Person-qua-Person-Beziehung 703

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

IV. Der fiduziarische Charakter der *conventio ob rem:* Materiale Anreicherung als anwendungsbezogene Auslegungshilfe und dogmatisch-inhaltliche Vorprägung 711
1. Anknüpfung an rechtshistorisches Herkommen und judikatives Fortkommen 712
a) Römische Reflexionen II: Fiduziarische Zuwendungen als Kernbereich von *conventiones ob rem* 712
aa) Eine archäologische Spurensuche: Der römisch-rechtliche Begriff der *res* im Rechtsgeschäft der *conventio ob rem* 712
bb) Die allgemeine *fiducia* im römischen Recht 728
cc) Die Berücksichtigung des fiduziarischen Charakters in den familienrechtlichen Fallgruppen der *condictio ob rem* 734
dd) Savignys Unterscheidung zwischen der Rückabwicklung von *donationes mortis causa* und gewöhnlichen Schenkungen 752
b) Wiederaufgreifen des römischen *fiducia*-Charakters durch den BGH bei familialen Lebensgemeinschaften 762
aa) ›Bezweckter Erfolg‹ als Gebundenheit der Sache an die Person des Gebers (1) 764
bb) Gemeinschaftlicher Zweck der subsistenziellen Sicherung der Lebensgemeinschaft (2) 765
cc) Solidarisch ausgestalteter Verwendungszweck (3) . . . 766
dd) Tatbestandliche Beschränkung des Rückforderungsanspruchs durch teilweise Zweckerreichung (4) 768
ee) Entreicherungseinrede des Kondiktionsschuldners als nachträgliche Anerkennung des fiduziarischen Charakters (5) 770
ff) Fiduziarische Zweckbindung zulasten der Erben des Zuwendenden (6) 773
2. Überleitung: Die *conventio ob rem* als Umkehrung des marktförmigen Tauschverhältnisses 779
3. Wesensmerkmal des gleichgerichteten Interesses im Rahmen fiduziarischer *conventiones ob rem* 783
a) Kritik des materialen Integrationshebels von § 313 BGB zur Berücksichtigung der ›familialen Lebensform‹ 784
aa) Die punktförmige Nichtzumutbarkeit in § 313 BGB als Konstruktion vom falschen Ende her 785

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

bb) Konkretisierung durch empirische Kriterien, oder: Wer behält den Überblick? 787
cc) Familiale Kooperation als Vertragsgegenstand von § 313 BGB: Verdecktes Synallagma und ökonomischer Äquivalententausch? 790
b) Zwischenergebnis: Es gibt keine Geschäftsgrundlage des familialen Kooperationsvertrags 799
aa) Die Lebensgemeinschaft ist nicht nur Grundlage, sondern *conditio sine qua non* für das Geschäft 799
bb) Die ›namenlosen‹ Zuwendungen zwischen Partnern einer Lebensgemeinschaft bei Manfred Lieb 801
4. Folgerungen: Die wertzuordnende Treuhand als Auslegungshilfe zur Bestimmung der Entgeltlichkeit bei fiduziarischen Zweckbindungen nach § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB 804
a) Grundgedanke der sog. echten fiduziarischen Treuhand . . 806
b) Der römisch-rechtliche Treuhandcharakter des ›bezweckten Erfolgs‹ der *conventio ob rem* 807
c) Die sächlich-gegenständliche Ausrichtung der Treuhand auf das Treugut 808
aa) Strukturelle Ähnlichkeiten mit dem gesetzlichen Sondervermögen 808
bb) Abgleich mit der bereicherungsrechtlich geprägten *conventio ob rem* 811
d) Zusammenfassung 812

Summarischer Teil: Die Arbeit im Grundriss

Zusammenfassung 817

Fazit 881

Literaturverzeichnis 883

Personenregister 919

Sachregister 929

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2016/2017 von der Juristischen Fakultät der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover als Dissertation angenommen. Die Disputation fand am 10. Mai 2017 statt. Literatur und Rechtsprechung sind bis zum Dezember 2016 berücksichtigt, Handbuch-, Lehrbuch- und Kommentarliteratur auf den neuesten Stand gebracht.

Eine Arbeit über das »Rechtsgeschäft« der *condictio ob rem* gem. § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB zu schreiben, mag überraschen und wirft Fragen nach dem praktischen Nutzen auf. Gilt schon das Bereicherungsrecht im Allgemeinen wegen gesetzlicher Reformresistenz und struktureller Unübersichtlichkeit als wenig attraktiv für Qualifikationsschriften, so dürfte dies noch mehr auf die genannte Rechtsfigur zutreffen – um vom »Rechtsgeschäft« im Tatbestand ganz zu schweigen. Für die Erkenntnis, dass römisch-rechtliche Rechtsinstitute auch heute noch ›nützlich‹ sein können, bedurfte es scheinbar erst zweier Grundsatzurteile des BGH von 2008 zur Rückabwicklung von Zuwendungen gescheiterter nichtehelicher Lebensgemeinschaften (NJW 2008, S. 3282 ff., 3277 ff.). In den Entscheidungen wurde der Kondiktionstypus als mögliche Anspruchsgrundlage erwähnt, womit eine rechtsdogmatische Amnesie zumindest aufgehalten werden konnte. Allerdings ist der praktische Nutzen der *condictio ob rem* keinesfalls auf den durch die Rechtsprechung erkorenen Anwendungsbereich beschränkt. Wie die Arbeit zu zeigen versucht, ermöglicht ein systematisch-geschichtliches Verständnis vielmehr die Anerkennung eines weitläufigen privatautonomen Bereichs jenseits von Erfüllungszwang und Markttausch. Darüber hinaus verdeutlicht die Beschäftigung mit vermeintlichen ›Institutsorchideen‹ wie die Zweckverfehlungskondiktion, dass im Detail häufig ein entscheidender Schlüssel für das privatrechtlich Allgemeine verborgen liegt. In diesem Sinn kann die hier geleistete Rekonstruktion des »Rechtsgeschäfts« in § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB vielleicht einen kleinen Anstoß dazu geben, das Vermögensrecht des BGB neu auszurichten und eindimensionale Fehlentwicklungen in der Dogmatik zu korrigieren. Derweil beruhigt sich der Verfasser indes am Räsonnement des Rechtsgelehrten Gustav Hugo (1764–1844): »Wie weit würde

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

man in allen Wissenschaften zurück seyn, wenn man immer nur nach solchen Sätzen geforscht hätte, deren practische Brauchbarkeit man schon kannte […]?«[1]

Bedanken möchte ich mich bei meinem Doktorvater Professor Stephan Meder für die wissenschaftliche Ausbildung und den akademischen Freiraum sowie für die fruchtbaren, auch über die *condictio ob rem* hinausgehenden Diskurse, in denen stets und ausschließlich das bessere Argument Geltung besaß. Zu danken habe ich den Professoren Stefan Huber und Roland Schwarze für die ungezwungenen Gespräche und die damit verbundenen Denkanstöße. Dank gilt den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern aus meiner näheren Arbeitsumgebung für die offene Diskussionskultur. Nennen möchte ich Jana Baberske, Hussein Ismail, Lisa Kraayvanger und Daniel Wall. Nicht missen möchte ich ferner die Gespräche mit Dr. Nikolaus Brehmer und Dr. Andreas Dieckmann, die mit ihren klugen Anregungen und kritischen Nachfragen viel zum Gelingen der Arbeit beigetragen haben. Ina Krückeberg gilt mein Dank für gewissenhaftes Korrekturlesen und meine Anerkennung für ihr Durchhaltevermögen bei einer Arbeit dieses Umfangs. Dem Förderungsfonds Wissenschaft der VG WORT GmbH danke ich für die großzügige Gewährung des Druckkostenzuschusses.

Für grenzenlose Geduld, unerschöpfliche Empathie und seelische Balance, gerade in beschwerlichen Zeiten, möchte ich von Herzen meiner Verlobten, İlknur Şahin, danken. Ohne sie wäre diese Arbeit nicht vorstellbar gewesen. Ihr stets offenes Ohr und ihr natürlicher juristischer Takt zeigten mehr als nur einmal, dass die sog. Laiensphäre für rechtsdogmatische Schriften die beste Probe aufs Exempel bildet.

Meinen Eltern, Marion und Hans-Dieter Sorge, bin ich zu besonderem Dank verpflichtet. Mit ihrem ermutigenden Grundoptimismus, ihrer Freude über das Erreichen ideeller Ziele und ihrer selbstlosen Unterstützung in jeder erdenklichen Hinsicht haben sie meinen Bildungsweg bis zur Promotion geebnet und gefördert. Sie waren und sind unschätzbare Gesprächspartner und liebevolle Weggefährten. Ihnen ist das Buch gewidmet.

Hannover im Juli 2017 Christoph Sorge

1 *Hugo*, Ueber den Plan, die Absicht und die Grenzen dieses Journals, in: Civilistisches Magazin I, 1. Aufl. (1791), S. 1–22, 3.

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

Problemaufriss und Zielstellung: Das vermeintliche ›Fossil‹ der Zivilrechtsdogmatik

»Meines Erachtens handelt es sich […] bei der Formulierung des § 812 Abs. 1 Satz 2 am Ende BGB […] um ein Fossil […], welches man […] endlich aus dem Bereich der Zivilrechtsdogmatik in den der Zivilrechtsgeschichte verweisen sollte.«

Karl Ludwig Batsch, Zum Bereicherungsausgleich bei Zweckverfehlung, in: NJW 1973, S. 1639 f., 1640 [li.Sp.]

»Natürlich kann hohes Alter eines Rechtsinstituts zum Überdenken der in ihm zusammengefassten Regeln nötigen. Sie ersatzlos fallenzulassen ohne den Nachweis, wann sie nicht mehr zu angemessenen Ergebnissen führen, macht die Rechtsgemeinschaft aber nur um bewährte Regeln ärmer.«

Detlef Liebs, Bereicherungsanspruch wegen Mißerfolgs und Wegfall der Geschäftsgrundlage, in: JZ 1978, S. 697–703, 703 [re.Sp.]

»Aus diesem Grund sind […] besonders die Rechtsgelehrten, welche neue Theorien aufstellen, und ganze Lehren umschaffen, oft so glücklich (oder unglücklich), aus den Schriften ihrer Vorgänger […] vielleicht ihre ganze Theorie durch mühsam zusammengelesene Auctoritäten unterstützen zu können. Und doch ist das Neue nicht alt, weil das Alte vor dem Neuen unbemerkt da lag, und erst durch das Neue Leben erhielt.«

Anton Friedrich Justus Thibaut, Versuche über einzelne Teile der Theorie des Rechts I, Neunte Abhandlung, 1817, S. 124–175, 162 f.

Die Abfolge der vorangestellten Zitate darf dialektisch gelesen werden. Der eine Autor plädiert für die Abschaffung, der andere für die Wiederbelebung von § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB und der dritte erinnert die streitenden Parteien daran, dass es im Recht nur selten *wirklich* Altes oder *wirklich* Neues gibt. Rechtliche Regelungen und Institute sind Kulturprodukte und gehorchen einer anderen Logik als derjenigen des technischen Fortschritts. Abgesehen von der Relativität, die den Prädikaten ›neu‹ und ›alt‹ innewohnen, erscheint die Besonderheit der rechtlichen Entwicklung doch gerade darin zu liegen, dass sie aus einem »sehr begrenzten Vorrat« von Denkmodellen schöpfen und eine »Wiederkehr der Rechtsformen« nicht verhindern, sondern im äußersten Fall nur rhetorisch

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

verdecken kann.[2] Ob diese unentrinnbare Wiederkehr der Rechtsformen nun anthropologisch aus der Natur des Menschen folgt, mag hier dahingestellt bleiben. Als *Leitmaxime* der Arbeit bleibt jedenfalls festzuhalten: Im Recht gibt es keinen kalten Kaffee oder neuen Wein in alten Schläuchen – es gibt nur Abgestandenes, das durch frischen Stoff neu verstanden werden muss, und Frisches, das erst durch das neu Verstandene in den Rang des rechtsdogmatisch Anwendbaren überführt werden kann, sodass es damit aufhört, nur frischer, beliebiger Stoff zu sein. Alle dogmatische Erkenntnis ist letztlich Wiedererkenntnis.

In welchem Zusammenhang steht diese abstrakte methodologische Leitmaxime zur konkreten Themenstellung der Arbeit, die ausweislich ein rechtsdogmatisches Ziel verfolgt? Sie steht im Zusammenhang mit der Überzeugung, dass sich ein gemeinsames Verständnis und gesichertes dogmatisches Wissen über Funktion und Anwendungsbereich des im BGB kodifizierten § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB nur über die *Rekonstruktion von Geschichte und System* erreichen lässt. Weder kann durch schlichte (und häufig rechtspolitisch beeinflusste) Zusammenstellung von Fallgruppen noch ausschließlich durch römisch-rechtliche Digestenarbeit noch allein durch Definition, Vergleich und Abgrenzung zu anderen Instituten des BGB bestimmt werden, ob das ›Fossil‹ eine Legimitation geltend machen kann, die über sein bloßes Dasein als Gesetzesrecht hinausgeht.

Um die Behauptung einer solchen Rekonstruktionsnotwendigkeit zu stützen, reicht bereits eine oberflächliche Gegenüberstellung von Wortlaut und Telos des § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB mit den buntscheckigen Interpretationen, die diesem einfachen und schlichten Rechtsinstitut in der aktuelleren Rechtsprechung und Literatur gegeben werden. Wer von einem anderen einen Vermögensvorteil erlangt, der in Hinblick auf den Eintritt eines bezweckten Erfolgs geleistet wurde, muss ihn erstatten, wenn der Erfolg nicht eintritt. Ebenso klar wie der Wortlaut erscheint das Regelungsziel von § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB: Keiner soll sich auf Kosten des anderen bereichern, wenn die Leistung nicht ›einfach nur so‹, sondern um der Zweckerreichung willen erbracht wurde und dieser Zweck dann fehlschlägt. Weil in der Lebenswirklichkeit der Empfänger die erlangte Rechtsposition nicht selten lieber behalten als hergeben möchte, ordnet das Gesetz mit § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB ein Schuldverhältnis an, das den ungerechtfertigt Bereicherten zur Herausgabe verpflichtet. Das Gesetz unterstützt also den Leistenden bei der Wiederherstellung von individualrechtlicher Zuordnungsgerechtigkeit, da die Vermögensänderung zwischen den Parteien mit Zweckausfall unrichtig geworden ist und der Empfänger kein Recht mehr zum Behaltendürfen der Rechtsposition hat.

Diesem sozialen Konflikt widmen sich Wortlaut und Telos der vornehmlich

2 *Mayer-Maly*, JZ 1971, S. 1–3, 3 [re.Sp.] u. Titel.

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

dogmengeschichtlich so bezeichneten *condictio ob rem* bzw. *condictio causa data causa non secuta.* Exakt dieser Konflikt kann aber ebenso mit zahlreichen anderen Rechtsinstituten des BGB gelöst werden. Man denke nur an das leistungsstörungsrechtliche Rückabwicklungsregime der §§ 323, 346 BGB, die Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB, die dogmatisch entwickelte Rückforderungsmöglichkeit bei sog. Zweckschenkungen, die Schenkung unter einer Auflage (§§ 516, 525 BGB), Verlobtenzuwendungen gem. § 1301 BGB oder die Wirkungen des Bedingungsausfalls im Rahmen der §§ 158 ff. BGB. Daneben lassen sich etliche Institute finden, die jedenfalls bei bestimmten Zweckverfehlungen ›vermögenskorrigierend‹ eingreifen, wie etwa der Verwendungszweck im Sachmängelgewährleistungsrecht nach § 434 Abs. 1 S. 1, 2 BGB oder die Regelungen für den Eintritt oder das Fehlgehen des Gesellschaftszwecks (§§ 726, 730–735 BGB). Ferner darf das Erbrecht nicht vergessen werden, wo etwa mit § 2295 BGB eine spezielle Zweckverfehlung mit Rücktrittsrecht vom gegenseitigen Erbvertrag geregelt ist. Aber auch in unmittelbarer dogmatischer Nachbarschaft lässt sich mit der *condictio indebiti* (§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB) ein Kondiktionstypus finden, der, soweit man die Finalität im Leistungsbegriff (über)betont, die Frage nach einem originären Anwendungsbereich für die *condictio ob rem* fraglich werden lässt.

I. Die Willkür in der Fallgruppenmethode der h. M. zur Erfassung der *condictio ob rem*

Entsprechend den schon im geschriebenen Recht angelegten Überschneidungsbereich konkurrieren in Wissenschaft und Praxis nicht nur konfligierende Interpretationen des Tatbestands von § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB mit anderen Rechtsinstituten, sondern es herrscht ein ebenso bunter Strauß an vorgeschlagenen Fallgruppen, die sowohl mit der *condictio ob rem* als auch mit anderen Instituten wie etwa der Geschäftsgrundlagenstörung oder spezielleren Störungsinstituten gelöst werden können. So werden in der jüngeren Literatur zum Bereicherungsrecht etwa sieben Fallgruppen von Schwab, fünf Fallgruppen nach Schmidt-Kessel/Hadding, vier Fallgruppen bei Joerges, drei Fallgruppen nach Reuter/Martinek sowie zwei Fallgruppen von Sprau vorgeschlagen und erörtert.[3]

3 MüKo/*Schwab* (2017)[7], § 812 Rz. 457–526: (1) Einseitig verpflichtende Verträge, (2) erwartetes Wohlverhalten, (3) erwartete Erbeinsetzung/Eheschließung, (4) erwarteter Vertragsschluss, (5) Zweckschenkungen, (6) Nichterreichung des Sicherungszwecks, (7) Rückabwicklung von Zuwendungen in gescheiterten Paarbeziehungen; Soergel/*Schmidt-Kessel/Hadding* (2012)[13], § 812 Rz. 117 ff.: (1) Zweckanstaffelung im Rahmen gegenseitiger Verträge, (2) Veranlassungsfälle, (3) Vorschüsse (Anzahlungen), (4) Sicherungsfälle, (5) Verwendungsfälle; AK-BGB/*Joerges* (1979), § 812 Rz. 44 ff.: (1) Erwartung künftiger Rechtsgeschäfte,

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

Ein innerer Zusammenhang zwischen den jeweiligen empirischen Falltypen ist bei keinem der genannten (und nicht genannten) Kommentatoren erkennbar. Um nur ein Beispiel herauszugreifen, sei die Gruppe der sog. Verwendungszweckfälle den sog. Veranlassungsfällen gegenübergestellt: Der erste Realtypus zeichnet sich dadurch aus, dass ein vertraglicher Leistungsgegenstand vom Empfänger in einer bestimmten Art und Weise verwendet werden soll, was aber nicht geschieht. Beim zweiten Realtypus dagegen verfolgt der Leistende vergeblich, mit seiner Zuwendung den Empfänger zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen, das rechtlich nicht erzwingbar ist. Während auf den ersten Blick die ›Nichterzwingbarkeit‹ einer im weitgehenden Sinne zu verstehenden ›Gegenleistung‹ das verbindende *tertium comparationis* sein könnte, zeigt sich auf konkreter Tatsachenebene rasch der fehlende Zusammenhang: Was hat ein »fortifikatorisches« Grundstücksgeschäft zwischen einem Eigentümer und dem Reichsmilitärfiskus[4] mit einem Ehegatten zu tun, der seine Partnerin zur Rückkehr in die häusliche Gemeinschaft bewegen will[5] oder dessen Frau ein Schuldversprechen abgibt, um eine Strafanzeige zu vermeiden[6]?

Die Heterogenität der Fallgruppen kann dabei nicht überraschen, verfolgt die Kommentarliteratur doch trotz eines mehr oder minder dogmatisch-systematischen Ansatzes gerade bei der *condictio ob rem* eine stark induktive Vorgehensweise, die sich auf ›Stofflieferung‹ der höheren Rechtsprechungsinstanzen verlässt und sich dem normativ vorgekosteten Tatsachenmaterial teilweise auch unterordnet.[7] Die begriffliche Erläuterung des Tatbestands von § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB, seine Integration in das Vermögensrecht des BGB, die Darstellung seiner normativen Aufgabe, Funktion und der daran angemessenen Anwendungsbereiche gestalten sich somit zum größten Teil *reaktiv*, *rezeptiv* und *rekursiv*.

(2) Erwartungen bzgl. der Verwendungen von Sachen oder eines bestimmten Empfängerverhaltens, (3) in Aussicht genommene Schuldverträge, (4) nicht erzwingbare Gegenleistungen/Vergütung von Diensten; *Reuter/Martinek*, Bereicherung (1983), § 5, S. 151 ff.: (1) Vorleistungsfälle, (2) Veranlassungsfälle, (3) Zweckverwendungsfälle; Palandt/*Sprau* (2017)[76], § 812 Rz. 32 ff.: (1) Leistungen in Erwartung eines künftigen Vertragsschlusses, (2) Leistungen auf künftige Verpflichtungen.

4 RG, Urt. v. 30. 3. 1931 – VI 552/30 = RGZ 132, S. 238–249.

5 RG, Urt. v. 18. 1. 1923 – IV 120/22 = LZ 1923, S. 386–388.

6 Vgl. BGH, Urt. v. 23. 2. 1990 – V ZR 192/88 = NJW-RR 1991, S. 827 f.

7 Das bereicherungsrechtliche Gegenstück mag methodologisch in der *condictio indebiti*, genauer: im für Dreiecksverhältnisse konzipierten Leistungsbegriff, gesehen werden, wo durchaus von einer rechtswissenschaftlichen Übersättigung gesprochen werden kann.

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

II. Zwischen Einhegung und Ausweitung des Anwendungsbereichs der *condictio ob rem*: Die schwankende Rechtsprechung

Wirft man einen Blick auf die Rechtsprechungsentwicklung unter der Herrschaft des BGB von damals bis in die jüngste Vergangenheit, so lässt sich erst in den beiden letzten Dekaden im Zusammenhang mit dem Ausgleich von Zuwendungen bei gescheiterten Paarbeziehungen von einem einigermaßen einheitlichen Verständnis und einem ›Kernanwendungsbereich‹ der *condictio ob rem* sprechen. In der Zeit kurz nach Einführung des BGB war das Reichsgericht dagegen zunächst darum bemüht, einerseits sich von der Windscheid'schen Voraussetzungslehre abzuheben und andererseits die ›verfehlte‹ Erfüllung von Primärleistungspflichten aus dem Anwendungsbereich der *condictio ob rem* herauszuhalten. Diese Negativbestimmungen des ›bezweckten Erfolgs‹ während der ›judikativen Orientierungsphase‹ führten jedoch zu keinem positiven, substanziellen Inhalt. Vor dem Hintergrund von Wirtschaftskrise und Inflation Anfang des 20. Jahrhunderts öffnete die Rechtsprechung dann allerdings das Institut von § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB schrittweise für einen »über den Anspruch auf die Gegenleistung hinausgehende[n] Erfolg«[8], sodass nunmehr auch Zweckverfehlungen *innerhalb eines gegenseitigen Schuldvertrags* der Rechtsfigur zugänglich waren.[9] Mit voranschreitender Ausdifferenzierung der Geschäftsgrundlagenstörung durch die Dogmatik in den Zwischenkriegsjahrzehnten setzte dagegen wieder ein Verdrängungsprozess ein, wonach das Reichsgericht vermehrt die Oertmann'sche Formel in Kombination mit ›normativen Kriterien‹ aus der Literatur anstelle von § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB heranzog. Mit den Grundsatzurteilen des BGH in den 1970er-Jahren wurde schließlich der Anwendungsbereich der *condictio ob rem* zugunsten einer extensiven Auslegung der Störung der Geschäftsgrundlage noch weitergehend beschnitten, sodass selbst außerhalb von Schuldverträgen stehende Zweckabreden nicht mehr unter den Tatbestand der *condictio ob rem* fielen.[10]

Seit den beiden Leitentscheidungen des XII. Zivilsenats zur grundsätzlichen

8 Erstmalig in RGZ 66, S. 132–134, 134.

9 RGZ 66, S. 132–134, 134; RG WarnR 1917 Nr. 112; RGZ 106, S. 93–99, 98; RG LZ 1923, S. 386f., 387; RG BayrZ 1923, S. 17; RG LZ 1925, S. 711f.; RG JR 1925, Nr. 874, S. 606f. u. Nr. 1011, S. 696f.; RG Recht 1925 Nr. 1987 u. 2418; RG JW 1925, S. 1751f., RG SeuffA 81 Nr. 118; RG JW 1936, S. 815; RGZ 132, S. 238–249, 242; selbst BGH MDR 1952, S. 33f., 34, bezieht sich noch auf das Reichsgericht, verschiebt aber den im Zusammenhang mit einem gegenseitigen Schuldvertrag stehenden ›bezweckten Erfolg‹ in die äußere Verknüpfungsebene und konstruiert einen »Nebenvertrag« neben dem Schuldvertrag. Vgl. RGRK/*Heimann-Trosien* (1989)[12], vor § 812 Rz. 21 u. § 812 Rz. 89f. sowie Staudinger/*St. Lorenz* (2007), § 812 Rz. 106 – jeweils m. w. N.

10 BGH WM 1971, S. 276f.; WM 1972, S. 888–890; WM 1975, S. 366–368; WM 1977, S. 535f.

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

Rückabwicklung von Zuwendungen unter Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft nach Trennung aus dem Jahre 2008 konnte sich ein neuer empirischer Anwendungsbereich herauskristallisieren.[11] Doch die Unsicherheit in der tatbestandlichen Handhabung des § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB zeigt sich auch hier nach wie vor überdeutlich. Verfrüht wäre es aus diesem Grund, von einer judikativen Renaissance der *condictio ob rem* sprechen zu wollen. Denn obwohl die Anwendbarkeit von § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB auf die Rückgängigmachung von Zuwendungen, die über das Maß bloßer Gefälligkeiten deutlich hinausgehen und der Sicherung, Förderung und Ausgestaltung der Lebensgemeinschaft dienen, bejaht wird, bleibt das systematische Verhältnis zur ebenfalls bejahten Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB beliebig und unaufgeklärt. Allgemein scheint denn auch der Trend in allerjüngster Zeit im Bereich der Rückabwicklung von Zuwendungen innerhalb familialer Verhältnisse wieder mehr in Richtung § 313 BGB zu tendieren, sodass entweder ein familienrechtlicher Kooperationsvertrag *sui generis* oder eine Schenkung fingiert wird, um die ›flexible‹ Geschäftsgrundlagenstörung anwendbar zu machen. Die Schwiegereltern-Rechtsprechung kann hier als Seismograph für den Trend der jeweiligen Anspruchsgrundlage angesehen werden.[12]

III. Probleme der Dogmatik des Bereicherungsrechts, die eine sachgerechte Dogmatik der *condictio ob rem* verhindern

Im Ergebnis ist die Bestandsaufnahme der Rechtsprechung zu § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB ernüchternd und lässt die noch von Reimer Schmidt in den 1950er-Jahren enthusiastische Diagnose einer Herausbildung von »Rechtsprechungsnormen«, die in »das Netz ›geometrischer Orte‹« der Dogmatik eingefangen und integriert werden sollen, in einem skeptischen Licht erscheinen.[13] Eine be-

11 BGH, Urt. v. 9.7.2008 – XII ZR 179/05 = NJW 2008, S. 3277–3282, 3279 u. Urt. v. 9.7.2008 – XII ZR 39/06 = NJW 2008, S. 3282f.

12 Vgl. BGH, Urt. v. 4.3.2015 – XII ZR 46/13 = NJW 2015, S. 1523–1525 sowie BGH, Beschl. v. 3.12.2014 – XII ZB 181/13 = NZM 2015, S. 227–230 u. Beschl. v. 26.11.2014 – XII ZB 666/13 = NZM 2015, S. 231f. Allerdings betont die st. Rspr. (seit BGH, Urt. v. 3.2.2010 – XII ZR 189/06 = NJW 2010, S. 2202–2208, 2206f.), dass auch für schwiegerelterliche Zuwendungen der § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB nicht per se in der Anwendung ausgeschlossen sei. Zwar bricht der XII. Senat insofern mit dem kategorischen Ausschluss der *condictio ob rem* bei BGHZ 129, S. 259–267, 264, doch bleibt das ›Outing‹ letztlich mehr Beteuerung als klare dogmatische Positionierung. Die Konsequenzen lassen sich ferner im jüngeren Urteil des X. Senats bei der Rückabwicklung von Ehegattenzuwendungen außerhalb des güterrechtlichen Ausgleichs (BGH NZFam 2014, S. 784–787, 786) drastisch vor Augen führen, wo die Tatbestandsmerkmale von § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB in den § 313 BGB ohne weitere Begründung eingepflanzt werden.

13 Zum (nicht veröffentlichten) Referat »Von der Begriffsjurisprudenz zur Interessenjuris-

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

denkliche Fortsetzung findet die Rechtsprechung in der Kommentarliteratur. Ungeachtet normativer Bemühungen können sich die überwiegenden Autoren nicht aus dem Fallgruppen-Gehäuse befreien und betreiben in letzter Hinsicht »empirische Analysen der faktischen Verwendung einer Generalklausel«[14] anstelle einer dringend notwendig erscheinenden *dogmatischen Konkretisierung des § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB*. Irritieren muss das primäre Denken in Realtypen bei der *condictio ob rem* vor allem, wenn man berücksichtigt, dass der Tatbestand mit seinen Begrifflichkeiten zwar relativ unbestimmt ist, aber von seiner Regelungsstruktur (Konditionalprogramm) einen geradezu konträren Gegensatz zu ›echten‹ Generalklauseln wie etwa § 242 BGB bildet. Wie alle Kondiktionstatbestände des BGB ist auch die *condictio ob rem* vorbildlicher Ausdruck von *ius strictum* und kein bloßer Billigkeitsrechtsbehelf im Einzelfall.[15] Folglich führt auch kein Weg daran vorbei, die Offenheit der Tatbestandsmerkmale nicht mit zufällig vor Gericht verhandelten Fällen provisorisch zu stopfen, sondern sie an die Kette der Dogmatik zu schmieden und in den kategorialen »Apparat für die Erfassung von rechtlichen Dauerfragen«[16] fest einzugliedern.[17] Lakonisch für § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB formuliert ist dem ›bezweckten Erfolg‹ von Windscheid der Charakter des Billigkeitsinstituts zu nehmen, indem das Grundgeschäft auf dem Boden des strikten Rechts von Rechtsgeschäftslehre und Leistungskondiktionen rekonstruiert werden muss.[18]

Dies wirft die Frage auf, ob und inwiefern erfolgreich die Rechtswissenschaft

prudenz« von Reimer Schmidt siehe den Tagungsbericht von *Reichert-Facilides*, JZ 1955, S. 396f.

14 So zu Recht allgemein kritisch zu einem *einseitig orientierten* Fallgruppen-Denken im Vermögensrecht: *Westermann/Bydlinski/Weber*, Schuldrecht AT (2013)[8], § 4, S. 78–90 [hier: Rz. 4/24].

15 Zutreffend *Wilburg*, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung (1934), S. 19: »Für den Bereicherungsanspruch als fertiges Recht aber sind Billigkeit und Gerechtigkeit ausgediente Helfer. Sie können weder seine Eigenart verständlich machen, noch seine Merkmale darstellen […].« Zum traditionsgesättigten Unterschied zwischen *ius strictum* und *aequitas*, vgl. *Schröder*, Quaderni Fiorentini 26 (1997), S. 265–305; vgl. aber noch die Rspr. der 1960er- und 1970er-Jahre: BGHZ 36, S. 232–237, 234f.; 55, S. 128–137, 134 [Flugreisefall]; 71, S. 206–212, 211f.; dazu Staudinger/*St. Lorenz* (2007), vor §§ 812 Rz. 32 mwN. Die Gefahr, die *condictio ob rem* als Billigkeitsrechtsbehelf anzusehen, rührt weniger aus dem Störungsinstitut selbst, als vielmehr von Seiten des Grundgeschäfts, das in römisch-rechtlicher Tradition gerade nicht klagbare vermögensrelevante Absprachen und Leistungen erfasste, vgl. dazu: *Liebs*, Roman Condictio, in: N. MacCormick/P. Birks, Legal Mind (1986), S. 163–183, 172.

16 *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl (1972), S. 97.

17 Eine befremdliche Kapitulationserklärung stellt insofern die Bemerkung von *Leitmeier*, NJW 2010, S. 2006–2009, 2007, dar, wonach der »Zweck der Zweckkondiktion [*sic!*]« nur negativ bestimmt werden dürfe, weil ansonsten § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB zu »§ 242 de luxe« werden würde. Die »Zweckkondiktion« sei letztlich nur ein »§ 242 BGB für Wissenschaftler«, ein »aufgehübschter § 242 BGB« usw. (S. 2006).

18 So analytisch glasklar bereits *Jung*, Bereicherungsansprüche (1902), S. 139f. [zusammenfassend], 23ff. [eingehend].

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

bereits Versuche zur dogmatisch-systematischen Erfassung der *condictio ob rem* vorweisen kann. Als wirklich begriffs- und systembildend können dabei in der Literatur zum BGB – neben einigen Spezialuntersuchungen zu familialen Zuwendungen[19] – nur wenige größere Untersuchungen und Monografien verzeichnet werden.[20] Einen ersten Anlauf, dem durch die reichsgerichtliche Praxis deformierten Tatbestand von § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB erstmals wieder auf die Beine zu verhelfen, startete Eugen Locher, der mit seinem in den 1920er-Jahren erschienenen Beitrag zugleich einen Frontalangriff auf Oertmanns Geschäftsgrundlagenlehre vornahm. Für Locher bedeutete die mittlerweile etablierte Störungsfigur nur eine besondere Ausprägung des allgemeinen Bereicherungstatbestands § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB, womit die *condictio ob rem* »zur wichtigsten und einzigen für das gesamte Gebiet des Verkehrsrechts tragfähigen gesetzlichen Stütze« wird, um die Liquidierung eines Vertrags wegen »Nichterreichung des ›Geschäftszwecks‹« zu legitimieren.[21] So verdienstvoll seine Untersuchung ist, so wirkungslos zeigte sie sich angesichts der jüngeren und (nur vermeintlich) nicht durch die Windscheid'sche Voraussetzungslehre vorbelasteten Geschäftsgrundlagenstörung. Die Rezeptionsarmut von Locher lag daher auch weniger an den zutreffend herauspräparierten dogmengeschichtlichen Gemeinsamkeiten in Tatbestand und Rechtsfolge, als vielmehr an der funktionalen Unterschiedslosigkeit zum heutigen § 313 BGB. Ähnlich wie Oertmann ist Locher mit seiner Auslegung von § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB als Störungsinstitut nicht über die begriffliche Konkretisierung eines psychologisierenden Willensdogmas, angereichert mit einigen Risikoerwägungen, hinausgekommen. Insbesondere seine Interpretation des ›bezweckten Erfolgs‹ als Geschäftszweck, die den Schwerpunkt der ganzen Arbeit ausmacht, bleibt eine dogmatische Singularität im Bereich der Willenserklärungslehre ohne horizontale Einbettung in das Rechtsgeschäfts-, Vertrags-, Abwicklungs-, Leistungsstörungs- und Bereicherungsrecht.[22] Der Kondiktionstatbestand wurde durch Locher trotz seiner auch in dieser Arbeit fruchtbar gemachten Erkennt-

19 An erster Stelle seien hier *Lieb*, Ehegattenmitarbeit (1970), S. 110–118, u. *Hepting*, Ehevereinbarungen (1984), S. 154–159, 348 f., 357–377, genannt; vgl. ferner *Lipp*, AcP 180 (1980), S. 537–603, 575 ff.; *Beyerle*, Abwicklung eheähnlicher Gemeinschaften (1981), S. 67–102; *Maus*, Scheidung ohne Trauschein (1984), S. 138–152; *Joost*, JZ 1985, S. 10–18, 15 ff.; *Sorge*, JZ 2011, S. 660–671.

20 Von den Qualifikationsschriften sind hervorzuheben: *Bernhardt*, Der Bereicherungsanspruch wegen Misserfolgs (1971); *Welker*, Bereicherungsausgleich wegen Zweckverfehlung? (1974); *Mediger*, Die Kondiktion wegen Zweckverfehlung im System der gesetzlichen Rückforderungsansprüche (1978), *Lachner*, Die condictio ob rem (1996).

21 *Locher*, AcP 121 (1923), S. 1–111, 49.

22 Vgl. *Locher*, AcP 121 (1923), S. 1–111, 74 ff.

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

nisse zu einseitig in die Bezirke von Irrtumsrecht und Störungen der Willensbildung gezogen.[23]

IV. Anläufe und Irrwege in der Literatur zur Bewältigung der *condictio ob rem*

Die notwendige bereicherungsrechtliche Kehrtwende bei der *condictio ob rem* leitete dann exakt vierzig Jahre später Alfred Söllner ein.[24] Söllners vor allem rechtshistorisch fundierter Beitrag zu § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB darf als die bis heute unangefochtene Initialzündung gelten, die von einer »unfaßbare[n] Gesetzesfassung«[25] zu anwendbarer Dogmatik fortschreitet. Ausgehend vom römisch-rechtlichen Grundgeschäft der *condictio ob rem*, der sog. *datio ob rem*, legt Söllner dar, dass ausschließlich solche Leistungen um einer *res* willen, die außerhalb des *numerus clausus* klagbarer Vertragstypen standen, von der Störungsfigur erfasst wurden.[26] Der mangelnde Klageanspruch zur Durchsetzung des ›bezweckten Erfolgs‹ war kompensiert durch einen Rückgabeanspruch des Leistenden bei Zweckausfall. Dies führt Söllner zu der Einsicht, dass die *condictio ob rem* auch im heutigen Privatrecht nur auf die Rückgängigmachung von Vermögensbewegungen anwendbar sein kann, deren Zwecke nicht durch materiell-rechtlichen Rechtsschutz abgesichert sind und dem Leistenden keinen Erfüllungszwang gewähren. Darunter könnten verpflichtungsfreie Zwecke subsumiert werden, deren mangelnde rechtliche Erzwingbarkeit entweder *ipso iure*

23 Daher ist es ihm auch nicht gelungen, gerade den Kernbereich der reichsgerichtlichen Problemfälle, namentlich die über die Parteien hereinbrechenden Äquivalenzstörungen wegen Währungsverfalls, plausibel als Zweckverfehlungen ausweisen zu können. Vgl. dazu eingehend unten, S. 373 ff.

24 *Söllner*, AcP 163 (1963), S. 20–45.

25 *Reuter/Martinek*, Bereicherung (1983), § 5, S. 148.

26 Im Unterschied zur heutigen Privatrechtsordnung, die umfassende Vertragsfreiheit gewährt und es weitgehend den Bürgern überlässt, den Inhalt ihrer Leistungsverpflichtungen in den gesetzlichen Grenzen selbst zu gestalten, beschränkte das aktionenrechtliche System der Klassiker diese Gestaltungsmöglichkeiten auf nur einige wenige Schuldvertragstypen. Die anerkannten *contractus* des *ius civile* lassen sich im Anschluss an Gaius ihrer Form nach unterteilen in Verbal-, Litteral-, Real- und Konsensualverträge. Aus noch älterer Zeit stammen ritualisierte Libralakte (*in iure cessio*, *mancipatio*, *nexum*), die im klassisch-römischen Recht allerdings nur noch in speziellen Fällen angewandt wurden (*mancipatio* z. B. zum Eigentümerwechsel von *res mancipi* wie etwa Vieh, Sklaven oder Grundstücke). Darüber hinaus kannten die Klassiker die ebenfalls aus dem altrömischen Recht stammende *stipulatio*, ein einseitig verpflichtender und mündlich gesprochener Rechtsakt, der – ähnlich wie die *mancipatio* – aufgrund seiner abstrakten Natur für alle möglichen Versprechensinhalte geeignet war. Dem Inhalt nach gleicht die Stipulation dem heutigen abstrakten Schuldversprechen gem. § 780. *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, Römisches Recht (1987), § 98, S. 250–257; *Kaser*, Römisches Privatrecht I (1971)[2], S. 477; *Liebs*, Römisches Recht (2004)[6], S. 228–257.

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

oder aus der Natur der Sache folge, aber auch leistungsbezogene Zweckverfolgungen, die nach dem Willen der Parteien ohne Forderungsrecht abgeschirmt sind. Die Bedeutung von Söllners systematischer Untersuchung auf dogmengeschichtlichem Fundament kann kaum hoch genug veranschlagt werden. So ist ihm die weichenstellende Einsicht zu verdanken, dass das »Rechtsgeschäft« im Tatbestand von § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB um das ›ungeschriebene Merkmal‹ der Verpflichtungsfreiheit zu ergänzen ist, womit fehlgeschlagene Schuldverträge von vornherein aus dem Zuständigkeitsbereich der *condictio ob rem* herausfallen und über das Erfüllungs- und Leistungsstörungsrecht bzw. über die *condictio indebiti* einer Lösung zugeführt werden müssen.

So stichhaltig und rechtshistorisch fundiert die Einhegung des »Rechtsgeschäfts« auf nicht erzwingbare Zweckverfolgungen ist, so verhängnisvoll und quellenblind ist Söllners zweite These. Denn er beschränkt das »Rechtsgeschäft« im Tatbestand der *condictio ob rem* darüber hinaus auch auf *synallagmatische Leistungsbeziehungen.* Der ›nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg‹ muss nach Söllner reduziert werden auf Gegenleistungen, also auf solche sachlich-gegenständlichen Zwecke, die in einem Zusammenhang *do ut des* mit der Zuwendung stehen. Ähnlich wie die Verknüpfung zweier Forderungsrechte im gegenseitigen Schuldvertrag wäre die *datio ob rem* eine mit einer verpflichtungsfreien Gegenleistung verknüpfte Zuwendung. Auch für diese teleologische Reduktion des ›bezweckten Erfolgs‹ in § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB stützt sich Söllner auf das römische Recht und kann in der Tat einige Digestenfragmente zur *condictio ob rem* vorweisen, die im Zusammenhang mit der Herausbildung der Innominatrealverträge stehen und eine *do ut des*- und *do ut facias*-Interaktion behandeln.[27] Der Anwendungsbereich der *datio ob rem* beschränkte sich im klassisch-römischen Recht allerdings entgegen Söllners Ansicht keinesfalls auf rein synallagmatische Verhältnisse. Auch war der Äquivalententausch nicht die empirische Geburtsstunde der Zweckverfehlungskondiktion, sondern vielmehr Ausdruck einer auf Analogie beruhenden Rechtsfortbildung. Die *res* der *datio* umfasste im klassisch-römischen Recht über die Erwartung bloß sachlich-gegenständlicher Gegenleistungen hinaus ebenso nicht substanzielle Zwecke.[28] Erst in der hochklassischen Jurisprudenz,

27 Aus seinem maßgeblichen Verweis auf Ulp. 25 ad ed. D. 12, 4, 1, pr., wo von einer Emanzipation des Hauskindes gegen Geld die Rede ist, geht allerdings nicht eindeutig ein echter synallagmatischer Austauschzusammenhang hervor. Denn die Konjunktion zwischen Geld und Emanzipation lautet zwar auf ›*ut*‹, doch ist in der Stelle nichts darüber ausgesagt, was denn der Geldgeber für das Geld erlangt. Weder eine Forderung bzw. *actio* noch das emanzipierte Hauskind werden es jedenfalls sein können. Ferner stützt sich Söllner auf die aus heutiger romanistischer Sicht fragwürdige, weil noch durch die Interpolationenforschung beeinflusste Studie von *Schwarz*, Grundlage der condictio (1952), insb. S. 135–142.

28 Und dies sogar überwiegend, siehe nur die Quellenzusammenstellung bei *Liebs*, JZ 1978, S. 697–703, 698ff., wo gerade zwei von sieben Fallgruppen eindeutig einen Gegenseitig-

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

maßgeblich beeinflusst von einer *media sententia* des Sabinianers Titius Aristo, wird die *datio ob rem* zu einem verpflichtenden Schuldverhältnis mit vollwertigem Gegenleistungsanspruch fortgebildet, und zwar als eine Art ›Lückenfüller‹ für alle noch im klassischen Recht *actio*-freien Tauschverhältnisse, die nicht auf eine Gegenleistung in Geld gerichtet waren. Hier, aber auch nur in dieser Fallgruppe erscheint die *datio* als Vorleistung und die *res* als Austauschleistung, auf die ein Erfüllungsanspruch besteht, sobald das *dare* erfolgt ist.[29]

Diese vermeintlich nur historische Fußnote hatte gravierende Auswirkungen auf die weitere Behandlung von § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB in Rechtsprechung und Literatur. Denn die rechtsgeschichtlich einseitige Zuschnürung des ›bezweckten Erfolgs‹ auf ›Gegenleistungen‹ hat sich bis heute als Gemeingut in der Rechtsdogmatik sedimentiert und wurde von der ganz h. M. ohne nochmalige Überprüfung verfestigt.[30] Gerade die Betonung auf den Gegenleistungscharakter

keitszusammenhang aufweisen. Vgl. auch *Kupisch*, Ungerechtfertigte Bereicherung (1987), S. 15 Fn. 14 mit Verweis u. a. auf Paulus ad Plaut., D. 12, 4, 9 (Geldleistung eines Dritten an Verlobten oder Verlobte zum Zweck der Eheschließung beider). Siehe ferner Ulpian, D. 12, 4, 5 (Geldleistung für Reise nach Capua) u. eingehend unten, S. 688 ff.

29 Weil ein bloßer Rückgabeanspruch zur Verwirklichung der Gegenleistung im Verkehrsrecht unzureichend war, gewährte man dem *dator* daneben eine Klage auf Erfüllung (*actio praescriptis verbis*). So entstanden allmählich die klagbaren Innominatrealverträge, bei denen der Kondiktionsanspruch in eigentümlicher Weise neben dem Erfüllungsanspruch gewährt wurde (ähnlich heutiger ›elektiver Konkurrenz‹). Vgl. Paul. 5 quae. D. 19, 5, 5; *Behrends*, condictio causa data, in: FS Wacke (2001), S. 15–64, 50–54. Zu berücksichtigen ist jedoch stets, dass es sich hierbei um *hochklassische Rechtsfortbildung* handelt, nicht mehr um die ursprüngliche Rechtsfigur der *datio ob rem* des archaischen oder republikanischen Roms. Aber genau diesen dogmengeschichtlichen Aspekt hat *Söllner*, AcP 63 (1963), S. 20–45, 25, verkannt. Siehe dagegen einhundert Jahre zuvor richtig differenzierend: *Erxleben*, Condictiones (1853), S. 52 ff., 293 ff. *et passim*, sowie unten, S. 712 ff.

30 Entscheidend war auch die Vorbereitung durch *v. Caemmerer*, Bereicherung, in: FS Rabel I (1954), S. 333–401, 346 f., der bereits das forderungsfreie Austauschgeschäft zum Grundfall von § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB hypostasiert hat. Anknüpfend an v. Caemmerer u. Söllner *Beuthien*, AP BGB § 612 Nr. 28 [III. 2., Bl. 861]; *Brox/Walker*, Schuldrecht BT (2017)[41], S. 509 Rz. 33; *Canaris*, BB 1967, S. 165–170, 167; *Eckert*, Schuldrecht BT (2005)[2], S. 374 Rz. 1450; *Emmerich*, Schuldrecht BT (2015)[14], § 16, S. 216 f. Rz. 28; *Esser/Weyers*, Schuldrecht II/2 (2000)[8], § 49, S. 66; *Gursky*, JR 2000, S. 45–51, 50 [re.Sp.]; *Harke*, Schuldrecht BT (2011), S. 415 Rz. 502; *Hepting*, Ehevereinbarungen (1984), S. 158; *Honsell*, Rückabwicklung (1974), S. 74; *Koppensteiner/Kramer*, Bereicherung (1988)[2], § 7, S. 57; AK-BGB/*Joerges* (1979), § 812 Rz. 47; *Kupisch*, JZ 1985, S. 163–169, 169 [re.Sp.]; *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2 (1994)[13], § 68, S. 151; *Leitmeier*, NJW 2010, S. 2006–2009, 2007; *Lipp*, AcP 180 (1980), S. 537–603, 593 f.; *Loewenheim*, Bereicherungsrecht (2007)[3], S. 61; jurisPK-BGB/*Martinek* (2017)[8], § 812 Rz. 61; PWW/*Prütting* (2017)[12], § 812 Rz. 41; *Schlechtriem*, Schuldrecht BT (2003), S. 304 Rz. 734; MüKo/*Schwab* (2017)[7], § 812 Rz. 449; Jauernig/*Stadler* (2015)[16], § 812 Rz. 16; *Welker*, Zweckverfehlung (1974), S. 84–86; *Wieling*, Bereicherungsrecht (2007)[4], § 3, S. 33; wohl auch: *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II (2014)[17], § 133, S. 415 f. Rz. 1145; unklar: *Flume*, Allgemeiner Teil II (1992)[4], § 7, S. 92 [Gegenleistung] u. § 12, S. 155, 161 [jede inhaltlich bestimmbare *res*]. Bemerkenswert sind auch die Ausführungen von *Reuter/Martinek*, Bereicherung (1983), § 5, S. 155, welche die sog. Zweckverwendungsfälle als völlig vom rechts-

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

verwickelte die *condictio ob rem* ohne Not in neue Konflikte mit dem Erfüllungs- und Leistungsstörungsrecht sowie mit der Geschäftsgrundlagenstörung.[31]

Wenig aussichtsreich waren bislang die Versuche, eine Konfliktstrategie allein aus dem Bereicherungsrecht heraus für die *condictio ob rem* zu entwickeln.[32] Zu sehr ist die Dogmatik der Leistungskondiktionen auf den statistischen Regelfall der *condictio indebiti* – Rückabwicklung fehlgeschlagener Schuldbeziehungen – fixiert und wird mit Problemlagen sachgerechter Bestimmung der Leistungspartner in Dreieckskonstellationen konfrontiert, da die Rechtsprechung beinahe täglich mit neu zu verwaltender ökonomisch-technischer Komplexität aufwartet.[33] Weil sich die *condictio indebiti* bereits vom Tatbestand her dadurch auszeichnet, dass sie von Voraussetzungen lebt, die sie sich selbst nicht geben kann und ihre »eigentlichen Gründe für die Rückabwicklung« von »außerhalb«[34] empfängt, namentlich aus den Bereichen der Rechtsgeschäftslehre sowie des Erfüllungs- und Leistungsstörungsrechts, ist vor dem Hintergrund der angesprochenen ökonomischen Ausdifferenzierung die »Reparaturwerkstatt«[35] der §§ 812 ff. BGB nicht mehr als Manufakturbetrieb, sondern nur noch in ar-

historischen Fundament losgelöste Fallgruppe bewerten, wobei doch gerade hier noch die größte Nähe gewahrt ist, vgl. dazu eingehend unten, S. 712 ff.

31 Sucht man nach Gründen für diesen quellenwidrigen Reduktionismus durch Söllner, dann dürfte auch hier die in Verruf gekommene Windscheid'sche Voraussetzungslehre im Hintergrund stehen. So hat *Windscheid*, Voraussetzung (1850), S. 11–40, einen enormen Quellenfundus angeboten, aus dem hätte geschöpft werden können, ohne zugleich seine Folgerungen für den gegenwärtigen Rechtszustand übernehmen zu müssen. Vgl. eingehend unten, S. 425 ff., 436 ff. Windscheid erging es dabei ähnlich wie Erxleben und ihre beiden eindrucksvollen Studien zur *condictio ob rem* aus der Mitte des 19. Jahrhunderts sollten in der Mitte des 20. Jahrhunderts keine Würdigung mehr erfahren.

32 Ein Beispiel wäre etwa die für die *Leistungskondiktionen im Allgemeinen* sehr verdienstvolle Studie von *Beck*, Die Zuordnungsbestimmung im Rahmen der Leistung (2008). Weil seine Auseinandersetzung mit der *condictio ob rem* hingegen auf das belastete Nadelöhr des Leistungsbegriffs beschränkt bleibt, verweist er den Zuständigkeitsbereich auf die Rückabwicklung nichtiger, weil verbotener und daher verpflichtungsfeindlicher Verträge (aaO., S. 598 f., 641 ff.). Diese Auslegung von § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB ist nicht nur dogmengeschichtlich verfehlt, da ein nicht klagbares Rechtsgeschäft in Rom keinesfalls mit der heutigen Verbotssanktion von § 138 BGB gleichgesetzt werden kann, sondern zeigt auch die Versäumnisse der bereicherungsrechtlichen Dogmatik auf. Mit ihren obligatorischen Augen sieht sie nur noch ›verfehlte Schuldtilgungen‹, ist aber für dahinterstehende Kausalverhältnisse, die mit einem Erfüllungszwang vielleicht gar nichts zu schaffen haben, völlig blind. Im äußersten Fall führt dies zu einer auf dem Kopf stehenden ›Welt-Anschauung‹, wo das Forderungsrecht das Wirkliche und die Willenseinigung das Abstrakte, die Schuldtilgung das Normale und die mit Behaltensbefugnissen ausgestattete Güterdisposition ein »seltenes […] und zugleich […] seltsames Rechtsgeschäft [darstellt] […], das eher am universitären Schreibtisch […] zu Hause ist« (so *Thomale*, Leistung (2012), S. 185).

33 Dazu bereits *Joerges*, Bereicherungsrecht (1977), insb. S. 39–55.

34 *v. Caemmerer*, Bereicherung, in: FS Rabel I (1954), S. 333–401, 343; vgl. ferner *Esser/Weyers*, Schuldrecht II/2 (2000)[8], § 47, S. 30 f.

35 *Esser/Weyers*, Schuldrecht II/2 (2000)[8], § 48, S. 45.

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

beitsteiliger Fabrikfertigung zu organisieren. Angesichts dieser Herausforderungen bleibt im Bereicherungsrecht für eine Figur, die einer »historisch früheren Epoche der Rechtsgeschäftslehre«[36] entstammt, wenig Kapazität und kaum noch Interesse übrig.[37]

Allein die Theorie vom subjektiven Rechtsgrund,[38] welche insbesondere von Hermann Weitnauer, Horst Ehmann und Franz Schnauder in höchster Konsequenz für das Kondiktionenrecht fruchtbar gemacht wurde,[39] konnte von ihrem

36 *Scheyhing*, AcP 157 (1958), S. 371–390, 379.

37 Nicht zuletzt haben auch die Verfasser des BGB die einseitige Fixierung auf die *condictio indebiti* zu verantworten, da im Mittelpunkt der Beratungen die Erfüllungszweckverfehlung, nicht aber das Problem der Rückabwicklung unwirksamer Verträge stand, worin der Grund für den Verständnisverlust für eine allgemeine Leistungskondiktion, namentlich der *condictio sine causa*, zu finden ist. Kritisch auch *König*, Gutachten II (1981), S. 1530; eingehend aufgearbeitet von *Reuter/Martinek*, Bereicherung (1983), S. 126ff., u. *Schäfer*, Bereicherungsrecht (2001), S. 282f., 288ff., 306ff., 322ff. Überraschend insofern RGRK/*Heimann-Trosien* (1989)[12], § 812 Rz. 75f., der zwar dem Unterschied zwischen *sine causa* und *indebiti* keine »praktische Bedeutung« mehr zumisst, aber mit seiner daran orientierten Kommentierung eine Übersichtlichkeit erreicht, die in vielen neueren Werken zu vermissen ist.

38 Der Theoriestrang zum subjektiven Rechtsgrund ist keinesfalls homogen, sondern zeigt im Einzelnen starke Schattierungen. Allgemein wird der rechtliche Grund nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB i.S.d. Klipp-Klapp-Schemas ›Zweckvereinbarung‹ (innere *causa*) und ›Zweckerreichung‹ (äußere *causa*) verstanden, wonach sich die Rechtsgrundlosigkeit aus der Leistungszweckverfehlung ergeben soll. Die universale *causa finalis*-Lehre im Geiste ihres Vordenkers Kress geht darüber hinaus und nimmt auch für die Begründung eines Kausalvertrags dieses Schema an, sodass etwa beim schuldrechtlichen Kaufvertrag mit Einigung über den Austauschzweck (und der Entstehung der Verpflichtungen) der ›erste Zweck‹ (*causa acquirendi*) des wirtschaftlichen Gesamtprogramms erreicht ist, während der ›zweite Zweck‹ (*causa solvendi*) noch seiner Verwirklichung durch Erfüllungsleistung harrt. Vgl. *Kress*, Schuldrecht AT (1929), § 5, S. 35–50 sowie *Ehmann*, JZ 1968, S. 549–556, 555 [re.Sp.]; *ders.*, JZ 2003, S. 702–714, 702ff., 709ff.; RGRK/*Heimann-Trosien* (1989)[12], § 812 Rz. 74; *Kegel*, Verpflichtung, in: FS Mann (1977), S. 57–86,64ff.; *Koppensteiner/Kramer*, Bereicherung (1988)[2], S. 15; *Kriegsmann*, Rechtsgrund (1905), S. 90–96; *Reeb*, Grundprobleme (1975), § 3, S. 29f.; *Schnauder*, Grundfragen (1981), S. 35–43; *Wieling*, JZ 1977, S. 291–296, 291 mit Fn. 6; *ders.*, Bereicherungsrecht (2007)[4], § 3, S. 23f.; ferner *Beck*, Zuordnungsbestimmung (2008), S. 355 Fn. 107 u. *Welker*, Zweckverfehlung (1974), S. 33 Fn. 3 – jeweils mit umfangreichen Nachweisen. Kritisch eingehend dazu unten, S. 249ff.

39 *Ehmann*, JZ 1968, S. 549–556, 555 [re.Sp.]; *ders.*, NJW 1969, S. 398–404; *ders.*, NJW 1969, S. 1833–1837; *ders.*, Gesamtschuld (1972), S. 134ff., 164ff.; *ders.* JZ 2003, S. 702–714, 702ff., 709ff.; *ders.*, Lehre vom Zweck, in: FS Beuthien (2009), S. 3–44, 20ff.; *ders.*, Entwicklung des Versprechensvertrags, in: FS Stathopoulos (2010), S. 585–639, 636ff.; *Schnauder*, Grundfragen (1981), S. 35–43; *ders.*, AcP 187 (1987), S. 142–177, 144ff.; *Weitnauer*, NJW 1974, S. 1729–1734; *ders.*, Zweck und Rechtsgrund, in: Universität Heidelberg (Hg.), Symposium König, S. 25–56, 51ff.; *ders.*, Leistung, in: FS v. Caemmerer (1978), S. 255–293, 264ff.; *ders.*, JZ 1985, S. 555–558. Gewissermaßen zwischen zwei Polen, namentlich *einerseits* der fundamentalen *causa finalis*-Lehre, die das instrumentelle Denken der Prokulianer des klassisch-römischen Rechts mit der vorklassischen Weltanschauung einer teleologischen Naturordnung verquickt, und *andererseits* dem institutionellen Denken der frühen Historischen Rechtsschule, die sich auf der Ebene von Praxis und Empirie stets offen gehalten hat, stehen die Zweck-Konzeptionen für das Vermögensrecht von *Enneccerus/Lehmann*, Schuldrecht (1954)[14], § 222, S. 861ff.; *Esser/Weyers*,

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

Ausgangspunkt des Zwecks als »Schöpfer des ganzen Rechts«[40] und »Seele des Schuldverhältnisses«[41] auch der *condictio ob rem* einen (un-)würdigen Platz an der Spitze des verkehrsrechtlichen Vermögensrechts des BGB einräumen. Im Sinn der Vordenker der *causa finalis*-Lehre im Dunstkreis der entstehenden Kodifikation, Rudolf v. Jhering und Bernhard Windscheid, sowie dem überwiegenden Teil der bereicherungsrechtlichen Gesetzesväter in der Ersten Kommission, enthält nach dieser Ansicht der Tatbestand von § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB das ganze Geheimnis der Güterbewegungen: Zweck vereinbart, Zweck erreicht, dann Wirksamkeit und Bestand des Rechtsgeschäfts oder Zweck vereinbart, Zweck verfehlt, dann Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts und ggf. Herausgabe des Erlangten. Die *condictio ob rem* wird damit entgegen ihrer dogmengeschichtlichen und gesetzlich-systematischen Stellung zum *funktionellen Schlüssel des Verständnisses aller Leistungskondiktionstypen.*[42] Die fehlende Durchschlagskraft der *causa finalis*-Lehre in der über den Leistungsbegriff hinausgehenden Tragweite beruhte denn auch darauf, dass die instrumentelle Vernunft der drei typischen *causae* als Entstehungsgründe von Verträgen weder eine eindeutige Verankerung im BGB gefunden hat noch eine geschlossene Traditionslinie vorweisen kann, die über die zwei eigenständigen Epochen von

Schuldrecht II/2 (2000)[8], § 48, S. 41f. u. § 49, S. 64f.; *Flume*, Allgemeiner Teil II (1992)[4], S. 157–173; *Leonhard*, Schuldrecht BT (1931), § 251ff., S. 479ff.; *Locher*, AcP 121 (1923), S. 1–111, 35–37; *Siber*, in: Planck's Kommentar (1928)[4], § 812, S. 1628–1631; *Oertmann*, Schuldrecht II (1929)[5], vor §§ 812ff., S. 1332 bei e); *Reuter/Martinek*, Bereicherung (1983), § 5, S. 161–171; *v. Tuhr*, Allgemeiner Teil II/2 (1918), § 72, S. 62–103; *H.P. Westermann*, S. 82–97; analytisch überzeugend, doch z.T. die dogmatische Begründung vernachlässigend: *Mazza*, Kausale Schuldverträge (2002), S. 144ff. Diese groben Wegmarken von genannten Autoren werden in dieser Arbeit für die *condictio ob rem* kritisch auszubauen sein. Obwohl Erich Jung häufig als »Wegbereiter der bereicherungsrechtlichen Zweck-Lehre« angesehen wird (so etwa *Reuter/Martinek*, Bereicherung (1983), § 4, S. 109), ist seine Rechtsgrundtheorie ebenfalls hier einzureihen (siehe *Jung*, Bereicherungsansprüche (1902), S. 101ff., 139ff.). Die von ihm gebrauchte Leistungsformel der »Einwirkung auf die besonderen rechtlichen Beziehungen« der Beteiligten ist bewusst offen gehalten, kongruiert nicht vollends mit dem Klipp-Klapp-Schema von ›Zwecksetzung/Zweckerreichung‹ und wird auf konkreter Ebene von Jung zu einer scharfen Differenzierung zwischen § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 u. S. 2 Alt. 2 BGB in Bezug auf das Rechtsgrundverständnis; vgl. nur aaO., S. 100, 110f., 141ff., 139ff.; *ders.*, Wesen, in: FS Reichsgericht III (1929), S. 143–179, 158f.

40 So das vorangestellte Motto der in acht Auflagen erschienenen rechtstheoretischen Studie von *v. Jhering*, Der Zweck im Recht I (1877)[1] u. II (1883)[1].

41 *Kress*, Schuldrecht AT (1929), § 5, S. 59.

42 *Kress*, Schuldrecht AT (1929), § 5, S. 47; *Weitnauer*, Leistung, in: FS v. Caemmerer (1978), S. 255–293, 263. Auch die Erste Kommission, die zwar von Windscheids Voraussetzungslehre beeinflusst, aber doch um die Bewahrung ›dogmatischer Tradition‹ zugunsten des Gemeinen Rechts bemüht war, schreibt wie selbstverständlich: »In der That bildet die cond.[ictio] ind.[ebiti] hiernach einen Unterfall der cond.[ictio] ob rem […], welcher aber schon wegen seiner Häufigkeit und Wichtigkeit besonders zu normiren ist […].« Motive II, S. 831 = *Mugdan* II, S. 464.

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

Vernunftrecht im späten 18. und Rechtspositivismus im späten 19. Jahrhundert hinausreicht.[43]

V. Eine ›minima moralia‹ des § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB?

Unterm Strich hat sich in der bereicherungsrechtlichen Literatur und Rechtsprechung diesseits großer System- und kleiner Tatbestands-Dispute immerhin ein unstreitiger Kerntatbestand des § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB herausbilden können. Dieses »heutige gesicherte Grundverständnis der condictio ob rem«[44] hat Detlef König in seinem bereicherungsrechtlichen Gutachten zur Schuldrechtsreform der 1980er Jahre prägnant auf folgende Gesetzesformulierung *de lege ferenda* zusammengestaucht:

> »Wer einem andern etwas nicht zur Erfüllung einer Verbindlichkeit, sondern in der von diesem erkannten Absicht zuwendet, ihn zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen, kann die Zuwendung zurückfordern, wenn das Verhalten ausbleibt.«[45]

Der von König reformulierte Tatbestand ist sichtlich von Kompromissen geprägt und zeigt Versatzstücke von Windscheids Voraussetzungslehre (›erkannte Absicht‹) und reichsgerichtlicher Rechtsprechung (›Veranlassung‹) sowie das dringende Bedürfnis, sich gegen die *condictio indebiti* abgrenzen zu müssen (›keine Erfüllungsleistung‹) und unkörperliche Vermögensaufstockungen apodiktisch auszuklammern (›Zuwendung‹). Zugleich wird in diesem Kompromisstatbestand deutlich, wie unergiebig eine rein innersystematische Bestimmung der *condictio ob rem* in der Typenreihe der §§ 812ff. BGB bleibt, soweit nicht der besondere Charakter des Grundgeschäfts, namentlich das »Rechtsgeschäft« im Tatbestand von § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB, von der Pike auf neu

43 Sicherlich findet sich das Rechtsdenken in *causae*, also in Zwecktypen zur Rechtfertigung eines Vermögenserwerbs, auch bei den Scholastikern im Mittelalter und im *Usus modernus pandectarum* (vgl. *Horn*, Philosophie der Kommentatoren, in: H. Coing (Hg.), Ius Commune (1967), S. 104–149; jüngst instruktiv: *Bremkamp*, Causa (2008), S. 53–91). Diese Denkformen entsprachen keinesfalls der neuzeitlichen *causa finalis*-Lehre. Denn die ›modernen‹ Vertreter begreifen die Zwecktypen nicht als metaphysische Ideen, hinter denen immer ein letzter Zweck, namentlich Gott, stand, sondern als einen technischen *modus operandi*, in dem die Rechtssubjekte den Austausch-, Liberalitäts- und Abwicklungszweck gleichsam ›in die Hände nehmen‹ und als Mittel zur Erreichung ihrer Ziele instrumentell verwenden. Gemeinsam ist beiden Denkmodellen hingegen die Abgeschlossenheit der Zwecktypen, obwohl die moderne *causa finalis*-Lehre mit der Möglichkeit der Zweckanstaffelung noch eine Hintertür für ›atypische‹ Zwecke offen lässt. Vgl. zum Zusammenhang mit dem in der Frühen Neuzeit aufkommenden physikalischen Ideal der Naturbeherrschung die immer noch sehr lesenswerte (philosophische) Dissertation von *Jung*, Causa finalis (1893). Eingehend und kritisch zur *causa finalis*-Doktrin ferner unten, S. 244ff.

44 *Reuter/Martinek*, Bereicherung (1983), § 5, S. 148.

45 *König*, Gutachten Schuldrecht II (1981), S. 1522 [Gesetzesvorschlag § 1.2 Abs. 1].

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

durchdacht wird. Denn eine privatautonom gestaltete Vermögensbewegung erhält keinesfalls mit der bloßen Chiffre der ›Verhaltensveranlassung‹, die letztlich nur eine abgeschwächte Formulierung für Söllners ›Gegenleistung‹ ist,[46] einen dogmatischen Gehalt – geschweige denn Subsumtionscharakter. Damit bleibt es bei der oben bereits geschilderten *Restmengenqualität* der *condictio ob rem*, die den Ansprüchen einer dogmatisch-systematischen Aufbereitung nicht genügt.[47]

Dagegen lässt sich auch eine historische Linie bis in die heutige Zeit verfolgen, die nicht nur quer zum ›minimalistischen Mainstream‹ verläuft, sondern vielmehr ein Verständnis von der *condictio ob rem* konserviert hat, das letztlich seiner Ursprungsfunktion im republikanischen Rom entspricht *und zugleich den modernen Anforderungen zur Erfassung privatautonomer Vermögensbewegungen gerecht wird.* Zuerst tritt in der humanistischen Jurisprudenz mit de Retes und Donellus die Ansicht in den Vordergrund, dass die *condictio ob rem* von ihrem Grundgeschäft her zu lesen sei, also nicht vom heteronomen Bereicherungsschuldverhältnis, sondern von Seiten der ›verabredeten Zuwendung plus bezwecktem Erfolg‹. Für beide Humanisten war es selbstverständlich, die *datio ob rem* als besonderen Vertragstypus anzusehen, da in ihren Augen auch die von der Glosse aufbereiteten Innominatrealverträge nicht allein durch Realakt, sondern erst bei Vorliegen eines Parteikonsenses zustande kommen und in Geltung gesetzt würden.[48] Diese Traditionslinie hat nicht nur im Gesetzeswortlaut (»Rechtsgeschäft«) durch seinen maßgeblichen Urheber, dem Mitglied der Zweiten Kommission, Karl Jacubezky, Niederschlag gefunden,[49] son-

46 Zutreffend die Diagnose von *Mediger*, Zweckverfehlung (1978), S. 89, allerdings dort in Bezug auf *Esser*, Schuldrecht BT (1971)[4], § 103, S. 354, der ähnlich wie König in der verpflichtungsfreien Verhaltensveranlassung das *agens movens* vom Grundgeschäft der *condictio ob rem* sehen will. Vgl. aber auch die konträre Ansicht bei *Esser*, Schuldrecht (1949)[1], S. 442f., wo wesentlich differenzierter der ›bezweckte Erfolg‹ ähnlich wie in dieser Arbeit verstanden wird als Zweckwidmung und -bindung eines Leistungsgegenstands.

47 Hier mag an *Krückmann*, AcP 131 (1929), S. 1–104, 78, erinnert werden, der zum Tatbestand von § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB bereits formulierte: »Es genügt nicht zu sagen: der Kläger hat ein Rückforderungsrecht, weil der Titel entfällt, es muß vielmehr auch noch nachgewiesen werden, daß und *weshalb* der Titel entfällt.« [Hervorheb. i. O.].

48 Die wirkungsmächtigen Humanisten französischer bzw. spanischer Provenienz, Hugo Donellus (1527–1591) und José Fernández de Retes (1620–1678), haben beide die *Abstraktion* des zweiseitigen ›Kausalrechtsgeschäfts‹ vom Zuwendungsakt (*datio*) betont, waren allerdings – ähnlich wie Söllner – noch sehr auf das Synallagma fixiert. Vgl. eingehend *Erxleben*, Condictiones II (1853), S. 27–30. Die Wirkung bei Nichteintritt des ›bezweckten Erfolgs‹ wurde von humanistischen Juristen zudem überwiegend als stillschweigende auflösende Bedingung angesehen, sodass die *condictio ob rem* eigentlich ein *Rückgabevertrag* war. Die Ansicht hat sich später in der Pandektistik verloren, sodass *Pfersche*, Bereicherungsklagen (1883), S. 156–160, u. *Leonhard*, Schuldrecht BT (1931), S. 524–528, als die letzten Ausläufer dieser Theorie gelten können.

49 Vgl. dazu *Loyal*, Geschäftsführung (2011), S. 226f. und jüngst eingehend *Finkenauer*, SZ

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

dern kann auch in der Literatur seit Inkrafttreten der Kodifikation durchaus noch viele Stimmen vorweisen. Grob umrissen treffen sich die im Detail sehr heterogenen Ansichten darin, dass sie die *datio* und *condictio ob rem* mehr im (ungeschriebenen) Allgemeinen Teil des Vermögensrechts verorten möchten und das Grundgeschäft als Kausalvertrag oder Rechtsgeschäft *sui generis* sowie den Kondiktionstypus als besondere Leistungsstörungsfigur oder als Annex zur ergänzenden Vertragsauslegung bewerten.[50]

VI. Dogmatischer Ausgangspunkt der Arbeit

Grundlegend und für die Arbeit richtungsweisend können die systematischen Einsichten von Fikentscher, Welker und Mediger gelten, dass sich die fünf geregelten Leistungskondiktionstypen der §§ 812 ff. BGB in zwei Gattungen einteilen lassen: *technische und materielle Leistungskondiktionen.*[51] Während sich

(GA) 131 (2014), S. 325–362, die freilich mit kritischen Untertönen das ›eigenmächtige‹ Handeln von Jacubezky kritisieren, weil er ohne Abstimmung mit seinen Kollegen den von der Ersten Kommission geprägten Windscheid'schen Wortlaut um den Begriff »Rechtsgeschäft« ergänzte. Sicherlich kann dogmengeschichtliche Tradition keine demokratische Legitimation ersetzen, doch mildert die Berücksichtigung des ›Stimmrechts der Toten‹ zumindest das Willkür-Verdikt gegen Jacubezky etwas ab. Im Übrigen wäre sich noch einmal begriffliche Klarheit darüber zu verschaffen, was ›demokratische Legitimation‹ (in) einer Expertenkommission überhaupt bedeutet, hat sie doch mehr bürokratischen als parlamentarischen Charakter. Vgl. im Übrigen zum Gesetzgebungsprozess unten, S. 494 ff.

50 Vgl. *Bernhardt*, Bereicherungsanspruch (1971), S. 24–26, 30 f.; *Beyerle*, Eheähnliche Gemeinschaften (1981), S. 69–76; *Collatz*, Vermögensverschiebung (1899), § 7, S. 28–31; *Endemann*, Lehrbuch BGB I (1899)[6], § 198, S. 899 f. mit Noten 16 f.; Erman/*P. Buck-Heeb* (2014)[14], § 812 Rz. 50 f.; *Flume*, Allgemeiner Teil II (1992)[4], § 12, S. 161 [vgl. aber auch: § 7, S. 92]; *Gursky* JR 2000, S. 45–51, 50; *Heck*, Schuldrecht (1929), § 141, S. 421–423; *Joost*, JZ 1985, S. 10–18, 15 f.; *Jung*, Bereicherungsansprüche (1902), S. 98–101, 107–109, 140–144; *Krawielicki*, Bereicherungsanspruch (1936), S. 89–96; *Krückmann*, AcP 128 (1928), S. 157–203; *ders.*, AcP 131 (1929), S. 1–104, 75 ff.; *Lachner*, Condictio ob rem (1996), S. 26–28, 91–98, 252–255; *Leonhard*, Schuldrecht BT (1931), S. 512–514; *Lieb*, Ehegattenmitarbeit (1970), S. 110–118; *Liebs*, JZ 1978, S. 697–703, 700 [li.Sp.]; *Looschelders*, Schuldrecht BT (2017)[12], S. 401 Rz. 1046; *Mediger*, Zweckverfehlung (1978), S. 108 ff., 191 ff.; Soergel/*Schmidt-Kessel/Hadding* (2012)[13], § 812 Rz. 111 f.; Hk-BGB/*Schulze* (2014)[8], § 812 Rz. 11; *Schöninger*, Leistungsgeschäfte (1906), S. 128–132; Palandt/*Sprau* (2017)[76], § 812 Rz. 30 f.; *Siber*, in: Planck's Kommentar (1928)[4], § 812, S. 1630 f.; *ders.*, Schuldrecht (1931), § 74, S. 424–426; *Welker*, Zweckverfehlung (1974), S. 54–60, 73 f., 79, 101 f.; Bamberger/Roth/*C. Wendehorst* (2012)[3], § 812 Rz. 84. Aus der älteren romanistischen Forschung ist hier vor allen *Pernice*, Labeo III (1892), S. 289 f., 302–307, hervorzuheben, während in jüngerer Zeit *Liebs*, History of the Roman Condictio, in: N. MacCormick/P. Birks (Hg.), Legal Mind (1986), S. 163–183, u. *Behrends*, condictio causa data, in: FS Wacke (2001), S. 15–64, die rechtsgeschäftliche Prägung instruktiv herausgeschält haben.

51 *Fikentscher*, Schuldrecht (1976)[6], § 99, S. 577 ff. u. daran anschließend *Welker*, Zweckverfehlung (1974), S. 79 f.; *Mediger*, Zweckverfehlung (1978), S. 108–111; ferner *Lachner*, Condictio ob rem (1996), S. 251.

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

die *technischen* Leistungskondiktionen (§§ 812 Abs. 1 S. 1, 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 1, 813 BGB) dadurch auszeichnen, dass ihr Entstehungsanlass jenseits des Kondiktionenrechts stattfindet und insofern bereichsverweisende »Blankettnormen«[52] darstellen, eint die *materiellen* Leistungskondiktionen, dass sie eine eigenständige und sich selbst genügende Störungsregelung beinhalten.[53] Die *condictio ob rem* nach § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB ist eine materielle Leistungskondiktion par excellence, da an die tatbestandliche Zweckverfehlung gleich zwei aufeinander aufbauende Rechtsfolgen geknüpft sind: *Erstens* wird der Kausalvertrag (das »Rechtsgeschäft«) liquidiert mit der Folge, dass die Behaltensbefugnis untergeht. *Zweitens* wird der Empfänger, der ab Vertragsbeendigung nicht mehr zum Behaltendürfen der *datio* gegenüber dem Leistenden berechtigt ist, zur Herausgabe der *datio* an den Leistenden verpflichtet. Während explizit nur die zweite Rechtsfolge, also die Verpflichtung zur Herausgabe, geregelt ist, ergibt sich die erste Rechtsfolge implizit als Konsequenz der zweiten und ist Bestandteil der *lex contractus*, ohne aber von den Parteien als Rechtsfolgenbestimmung ausdrücklich vereinbart zu sein. Die Vertragsbeendigung ist eine durch § 812 Abs. 1 S. Alt. 2 BGB dem Kausalvertrag bei Abschluss hinzugefügte Störungsrechtsfolge für den Ausfall des ›bezweckten Erfolgs‹, entspricht also den *naturalia negotii* der Schuldvertragstypen wie z. B. die Unmöglichkeitsrechtsfolge nach §§ 326 Abs. 1 S. 1 HS. 1, 275 BGB. Ein Vergleich zur technischen Leistungskondiktion der *condictio ob causam finitam* gem. § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB macht die Struktur noch deutlicher. Wenn ein Schuldvertrag mit einer schuldrechtlichen Bedingung gem. § 158 Abs. 2 BGB vereinbart wird, dann folgt die Beendigungsrechtsfolge für den Bestand des Schuldvertrags (neben der Vereinbarung selbst auch) aus einer bereicherungsrechtlich fremden Norm, die Rückabwicklungsrechtsfolge indes direkt aus § 812 Abs. 1 BGB. Bei der *condictio ob rem* dagegen ergeben sich beide Rechtsfolgen aus dem Bereicherungstatbestand selbst, wobei die Beendigungsrechtsfolge als *naturalia negotii* eine rechtgeschäftliche, bedingungsähnliche Prägung hat, während die Herausgabepflicht typisch kondiktionsrechtlich ist.[54]

52 *Heck*, Schuldrecht (1929), § 141, S. 421 f. Den Typus der *condictio ob rem* bezeichnet Heck als »Schutznorm«, die eine Herausgabe ohne Bereichsverweisung anordnet und wodurch die »Erfolgserreichung […] für den Erwerb [als *naturalia negotii*] zur Schutzbedingung erhoben« wird (S. 422).

53 Ein weiteres Beispiel wäre etwa § 817 S. 1 BGB; richtig ist aber die Ansicht von *Mediger*, Zweckverfehlung (1978), S. 110, dass die Ausdehnung der materiellen Leistungskondiktion auch auf § 812 Abs. 1 S. 1 i. S. einer Generalklausel, wie *Fikentscher*, Schuldrecht (1976)[6], § 99, S. 585 ff., es vertritt, unhaltbar erscheint. Hier müsste (wenn überhaupt) eine Revitalisierung der aus dem Gemeinen Recht stammenden *condictio sine causa* vorgenommen und ›dogmatisch ausbuchstabiert‹ werden.

54 *Mediger*, Zweckverfehlung (1978), S. 108–110.

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

VII. Terminologisches: Das »Rechtsgeschäft« der *condictio* als *conventio ob rem*

Zum Sprachgebrauch für die Bezeichnungen von Kondiktion und Grundgeschäft ist noch folgende Klarstellung geboten. Während um die Störungsfigur von § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB eine gleichsam babylonische Sprachverwirrung herrscht,[55] sucht man in der Literatur eine Bezeichnung für das Grundgeschäft der *condictio ob rem* vergeblich. Zwar wird hier und da von der *datio* oder den *dationes ob rem* gesprochen,[56] doch bleibt mit diesem auch in den römischen Quellen nachweisbaren Begriff unklar, ob nur der Zuwendungsakt (z. B. dingliche Übereignung) bzw. das tatsächliche Geben, die Leistungsbestimmung oder auch das vorhergehende bzw. simultan stattfindende Kausalrechtsgeschäft mitbezeichnet sein soll. Der Begriff *datio* trifft i. e. S. inhaltlich nur auf das Geben (*dare*) einer vermögenswerten Rechtsposition zu und steht somit dem Zuwendungsbegriff der Handschenkung von § 516 Abs. 1 BGB (*datio*, *dare*, *donatio*) nahe. Unter *datio* wurde im römischen Recht ein sachlich-gegenständlicher und rechtlicher Zuwendungsakt verstanden, namentlich die auf einem *dare* beruhende *traditio* einschließlich einer *iusta causa traditionis.* Das Kausalrechtsgeschäft, d. h. die eine *datio* rechtfertigende ›Zweckvereinbarung‹ bei § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB, ist jedoch abstrakt vom Leistungsgeschäft und als eigenständiges Rechtsverhältnis zu beurteilen, sodass der Begriff *datio ob rem* ungeeignet erscheint.[57] Die Verwendung von *datio ob rem* könnte zudem auch zum Missverständnis eines dinglich-kausalen Rechtsgeschäfts – ähnlich etwa der auflösend bedingten Eigentumsübertragung nach §§ 929 S. 1, 158 Abs. 2 BGB – beitragen.

Krawielicki hat dagegen vorgeschlagen, von einer *promissio ob causam* zu sprechen, um den Unterschied zu verpflichtungsfreien Handgeschäften, die sofort vollzogen werden, deutlich zu machen.[58] Die Bezeichnung *promissio* (Versprechen) rückt den Kausalvertrag im Tatbestand von § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB allerdings wieder in die Nähe der *schuldrechtlichen* Verträge, namentlich der Versprechensverträge. Dies könnte nicht nur zu Irritationen führen, sondern erscheint auch dogmatisch falsch, da das BGB ein unverbindliches Versprechen

55 *Condictio ob rem*, *condictio ob rem dati, condictio ob rem re non secuta, condictio causa data causa non secuta*, *condictio ob causam*, Zweckverfehlungskondiktion, etc. Vgl. dazu klarstellend: *Schwarz*, Grundlage der condictio (1952), S. 117 ff., u. *Behrends*, condictio causa data, in: FS Wacke (2001), S. 15–64, 15 ff., 48 ff.

56 Vgl. zum römisch-rechtlichen Ausgangspunkt der *dationes ob rem: Ernst*, datio ob rem, in: ders./Jakab (Hg.), Usus Antiquus (2005), S. 29–58, 29 ff.

57 Auch die Unterscheidung zwischen dem Rechtsverhältnis von Geber und Nehmer einerseits und dem ›bezweckten Erfolg‹ (*res*) als auszulegender Inhaltsbestandteil der Vereinbarung andererseits war im römischen Recht bereits angelegt, vgl. *Behrends*, condictio causa data, in: FS Wacke (2001), S. 15–64, 64 Fn. 119.

58 *Krawielicki*, Grundlagen des Bereicherungsanspruchs (1964), S. 92–96.

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

genauso wenig als Voraussetzung für das Zustandekommen eines (Schuld-)Vertrags kennt wie eine »tatsächliche Willenseinigung«[59] oder einen Rechtsbindungswillen ohne Forderungsbegründung.[60] Somit verleitet die *promissio ob rem*, wie Krawielicki sich ausdrückt, dazu, die Vereinbarung als zweiseitigen Versprechensakt forderungsbewehrt anzusehen.

Vorgeschlagen und in dieser Arbeit zur Bezeichnung des »Rechtsgeschäfts« von § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB verwendet wird der Begriff *conventio ob rem*. Mit der darin enthaltenen Handlungsbeschreibung von *convenire* – des Zusammenkommens – soll der vertragliche Abschlusstatbestand einerseits und die Verpflichtungsfreiheit andererseits bestmöglich zum Ausdruck gebracht werden. Die Begriffskomposition der *conventio ob rem* als Grundgeschäft der *condictio ob rem* ist allerdings unrömisch und findet keine Verankerung in den Quellen. Dennoch kommt mit der *conventio* das in dieser Arbeit als Kausalvertrag verstandene Grundgeschäft besser zum Ausdruck als in der quellengetreuen Bezeichnung von *datio ob rem*. Denn gänzlich unrömisch ist die *conventio* i. S. einer freiwilligen Übereinkunft der Rechtsgenossen wiederum auch nicht. Vielmehr stellt Ulpian in einer prinzipiellen Erörterung im Titel über formlose Vereinbarungen neben den besonderen Begriff *pactum* den allgemeinen Terminus *conventio:*

> »Das Wort *conventio*, Übereinkommen, Einigung, Vertrag, ist ein allgemeines und erfaßt alle Fälle, in denen diejenigen, die miteinander rechtlich zu tun haben, im Abschluß oder in der Erledigung eines Rechtsgeschäfts übereinstimmen. […] Der Begriff […] ist aber derart allgemein, daß Pedius treffend sagt, es gebe keinen Vertrag, kein Schuldverhältnis, das nicht ein Übereinkommen in sich trage, mag es durch Sachhingabe oder durch Worte zustandekommen.«[61]

Die *conventio* als allgemeiner Ausdruck für die vertragliche Willensübereinstimmung erscheint vor allem deswegen zur Bezeichnung des Kausalvertrags in § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB angemessen, weil damit das *Verständigungsmoment der Parteien* über den ›bezweckten Erfolg‹ in spezifischer Art und Weise in den Vordergrund tritt.[62] So haben die Römer den Unterschied zwischen *consensus* und *conventiones* darin gesehen, dass der Inhalt der ersteren mehr durch die Juristen tatbestandmäßig geprägt war, ähnlich den heutigen kodifizierten Schuldvertragstypen.[63] Dagegen bedurfte der Inhalt der letzteren, den *conven-*

59 So die widersprüchliche Terminologie der höchstrichterlichen Rspr. für das Grundgeschäft der *condictio ob rem*; seit BGHZ 115, S. 261–267, 263 = NJW 1966, S. 540–542, 541; bestätigend BGH NJW 2010, S. 2202–2208, 2006 [Rückforderung einer Zuwendung der Schwiegereltern].

60 Vgl. eingehend dazu unten, S. 311 ff.

61 Ulp. 4 ad ed. D. 2, 14, 1, 3, Übers. zit. nach O. Behrends/R. Knütel u. a. (Hg.), Corpus Iuris Civilis II (1995).

62 Vgl. dazu unten, S. 516 ff.

63 So entsprach die Willensübereinstimmung bei Tausch (*permutatio*) und Auftrag (*mandatum*)

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

tiones oder auch *pacta conventa*, verstärkt einer rechtsgeschäftlichen Interpretation und Auslegung, weil der Sinn der Vereinbarung kein rechtsförmig-typischer war, sondern in erster Linie nur aus dem intersubjektiven Verständnishorizont der Parteien eruiert werden konnte.[64]

Mit dem hier gewählten Begriff der *conventio ob rem* für das Grundgeschäft der *condictio ob rem* kann zugleich Anschluss gefunden werden an die oben dargestellte, der humanistischen Jurisprudenz entsprungenen Traditionslinie. So betonten die Humanisten mit großem Nachdruck, dass abgestimmtes Verhalten zwischen den Parteien im Rahmen von Güterbewegungen nicht einfach als rechtlich irrelevant abgetan werden darf, sondern es auf die Erforschung der Abmachung ankäme, nämlich darauf, ob und worauf sich die Parteien geeinigt hätten. Die *conventio*, welche die Humanisten an die Spitze ihrer Konzeptionen stellten, leitete in gewisser Weise die erst mit Einführung des BGB vollendete Verwirklichung von Privatautonomie ein.[65]

Abschließend kann für die Verwendung des Begriffs der *conventio ob rem* noch der Zusammenhang mit der *datio*, also des Leistungsgeschäfts (z. B.

nicht bloß einer *conventio*, sondern einem *consensus*, weil beide Kooperationsformen von den Juristen schon früh handlungsontologisch typisiert wurden. Der Unterschied zum *contractus* wiederum ist in der Klagbarkeit, insb. im Erfüllungszwang, zu sehen. Auch im Familienrecht galt diese feine vertragstypologische Differenzierung, wonach etwa die *conventio in manum* als Oberbegriff für alle möglichen Formen des Eintritts der Frau unter die Eheherrschaft des Mannes verwendet wurde. Der *consensus facit nuptias* dagegen bezeichnete einen bereits von den Juristen typisierten Dauerkonsens der Ehegatten, der eine *manus*-freie Ehe begründen konnte (näher: *Meder*, Rechtsgeschichte (2014)[5], S. 39–42). Vgl. ferner zum aufschlussreichen Beispiel des *mandatum*, das in der römischen Rechtsentwicklung viele strukturelle Parallelen zur *conventio* und *condictio ob rem* aufweist: *Behrends*, Bona fides, in: Avenarius/Meyer-Pritzl u. a. (Hg.), Institut und Prinzip II, S. 806–838, insb. 809ff. Als frühe Form des rechtsdogmatischen Denkens sieht diese Differenzierungen an: *Wieacker*, Römische Rechtsgeschichte I (1988), § 38, S. 637–639 mit Fn. 99f.; skeptisch hinsichtlich dieser Beurteilung dagegen *Kaser*, Römisches Privatrecht I (1971)[2], § 56, S. 229, § 58, S. 236, § 123, S. 527; vgl. ferner *Jörs/Kunkel/Wenger*, Römisches Recht (1978)[3], § 49, S. 83f. mit Fn. 7.

64 Vgl. *Behrends*, condictio causa data, in: FS Wacke (2001), S. 15–64, 27 Fn. 30 u. S. 51f. Fn. 87. Zum dazugehörigen ›hermeneutischen Auslegungsprinzip‹ des *id quod agitur*, vgl. unten, S. 320ff. Eine aufschlussreiche Parallele dieser, für ›subjektivrechtliche‹ Verhältnisse geltenden Unterscheidung gab es auch in der römischen Rechtsquellenlehre für das ›objektive Recht‹. So beruhte das *partikulare* Gewohnheitsrecht (*mos maiorum*) zwar auf einer Verständigung der Menschen untereinander (*conventio*), aber nicht auf einem echten, sondern nur auf einem *quasi consensus*, da die rechtstechnische Verarbeitung dieser Verständigung (zum ›typischen‹ *consensus*) in den Zuständigkeitsbereich der Juristen fiel (vgl. *Cicero*, Part. orat., 37, 129f.). Ein Beispiel für den fließenden Übergang vom *convenire* zum *consentire* wäre etwa eine tatsächliche Übung, beim Häuserbau Sicherungsnetze gegen hinabstürzende Teile zu verwenden, woraus sich allmählich Standesregeln in der Baubranche entwickeln, die schließlich von der Rspr. und Dogmatik im Rahmen von § 823 Abs. 1 BGB zu einer institutionalisierten Verkehrssicherungspflicht für alle Bauunternehmer ausgebildet werden.

65 Als wirkungsmächtiger Vertreter kann hier der Lehrer von Donellus, Franciscus Duarenus, angeführt werden. Vgl. zu seiner *conventio*-Konzeption *Vogt*, Duarenus (1971), S. 81–88.

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

›konfirmierende‹ Eigentumsübertragung zur Bestätigung der Vereinbarung), aufgezeigt werden. Wenn die *conventio* als Willenseinigung der Parteien mehr die rein intersubjektive, nicht im Gesetz typisierte Handlungsform beschreibt und einen Vertragsschluss ohne Forderungsbegründung erfassen will, dann wird die Auslegung und Interpretation für den Rechtsanwender erschwert, um den Zeitpunkt des Vertragsschlusses festzustellen. Obwohl erst bei Ausbleiben eines bezweckten Erfolgs schuldrechtliche (Rückabwicklungs-)Pflichten begründet werden und die *conventio ob rem* mit bloßem Vertragsschluss lediglich eine Behaltensbefugnis in Geltung setzt, ist auf Ebene der Dogmatik in jedem Fall ein »Seriösitätsindiz«[66] hilfreich, um stillschweigende oder konkludente Vertragsschlüsse feststellen zu können. Gerade dies waren bei güter- und wertbezogenen *conventiones* im römischen Recht die *dationes*, womit die u. U. schon vorher getroffene Abrede eine objektive Manifestation bekam. Auch das Grundgeschäft von § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB folgt exakt derselben Struktur.[67]

VIII. Thesen der Arbeit

Auf dem Boden terminologischer Klarstellung und der vorläufigen rechtssystematischen Standortbestimmung der *condictio ob rem* als – *erstens* – bedingungsähnliche ›Störungsfigur‹ für – *zweitens* – verpflichtungsfreie Kausalver-

66 *Zweigert*, JZ 1964, S. 349–354.

67 Diesen Zusammenhang behandelt eingehend *Dulckeit*, Zur Lehre vom Rechtsgeschäft, in: FS Fritz Schulz (1951), S. 148–190,168ff. Freilich nähert man sich damit der Konzeption des Innominatrealkontrakts im römischen Recht bzw. den Unilateralverträgen im englischen *common law* an, die erst mit bzw. ab der Vorleistung begründet werden. Nach heutiger Privatrechtsdogmatik hindert jedoch nichts daran, auch schon vorherige Verständigungen über die Zuwendung und den damit verknüpften bezweckten Erfolg als (jederzeit modifizierbaren, weil forderungsfreien) Vertragsschluss anzusehen. Dazu eingehend unten, S. 289ff. Zudem muss wohl kaum darauf hingewiesen werden, dass auch bei Realverträgen oder Handgeschäften stets eine Abstimmung zwischen den Parteien erforderlich ist. Vgl. nur den interessanten Fall mit Bezügen zum heutigen § 612 BGB bei Gai., Inst., 3, 144, wo einem Schneider Kleidungsstücke zur Ausbesserung ohne Vergütungsabrede übergeben wurden. Hat der Schneider einen Zahlungsanspruch, wenn er die Kleider wieder in Ordnung gebracht hat? Vor dem Hintergrund seiner durchdeklinierten Vertragstypenlehre konnte Gaius hier nur mit einer auf den Sachverhalt zugeschnitten Klage helfen (*actio in factum civiles*), nicht aber mit einem Dienst- oder Werkvertragsanspruch. Er nennt das Rechtsgeschäft *novum negotium*, äußert aber nicht den geringsten Zweifel daran, dass beide Partner wussten, was sie taten, und einig darin waren, was sie wollten, nämlich dass die Kleider an den Schneider zur Ausbesserung mit Vergütungserwartung gegeben wurde und nicht als Geschenk. Vgl. ferner zu den Parallelen der *condictio ob rem* und dem englischen Unilateralkontrakt sowie der *failure of consideration*-Doktrin *Zimmermann*, Einführung, in: ders. (Hg.), Grundstrukturen eines Europäischen Bereicherungsrechts (2005), 17–46, 36ff. mit Fn. 115 mwN.

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

träge im – *drittens* – materiellen Bereicherungsrecht können nachfolgend 12 Thesen der Arbeit vorgestellt werden:

1. Die *condictio ob rem* ist ihrer Struktur nach ähnlich wie der Bedingungsausfall bei § 158 BGB, die Geschäftsgrundlagenstörung i. S. v. § 313 BGB oder die Leistungsbefreiungen gem. §§ 326, 275 BGB ein *Störungsinstitut mit liquidierender Wirkung.* Durch endgültigen Ausfall oder entschiedenes Fehlgehen des ›bezweckten Erfolgs‹ wird das Bestehenbleiben der Behaltensbefugnis für die Zuwendung (*datio*) liquidiert und der Vertrag beendet.
2. Mit dem »Rechtsgeschäft« (*conventio ob rem*) im Tatbestand von § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 wird der Rechtsgrund der Zweckverfehlungskondiktion (*condictio ob rem*) im Unterschied zu anderen Leistungskondiktionen selbst benannt. Die Gemeinsamkeit mit den übrigen Kondiktionstypen besteht darin, dass der Rechtsgrund über das *relative Behaltendürfen des Leistungsgegenstands* bestimmt.
3. Die *conventio ob rem* und das Leistungsgeschäft sind *dogmatisch zwei strikt zu unterscheidende rechtliche Vorgänge.* Obwohl der Wortlaut von § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB (Leistung mit einem ›nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts bezwecktem Erfolg‹) so verstanden werden könnte, dass hier die Vereinbarung eines bezweckten Erfolgs Inhalt des Leistungsgeschäfts sein müsste, gebietet der typische Parteiwille und die dogmatische Funktion eine getrennte Würdigung. Denn das Leistungsgeschäft i. S. d. Bereicherungsrechts ist nicht selbst rechtsgrundbezogener Wertträger, sondern hat eine dienende Funktion und bestätigt bloß das rechtsgeschäftliche oder gesetzliche Kausalverhältnis. Jedes Leistungsgeschäft als zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens konfirmiert lediglich die vorher verabredete Vermögenszuordnungsänderung. Mit der vom Leistenden ausdrücklich oder konkludent erklärten Zweckrichtung wird die Vermögensmehrung im Rahmen der Leistung nur gesteuert, kann aber nicht aus sich heraus einen originären Behaltensgrund erzeugen. Ebenso wie die Handschenkung ist auch die *conventio ob rem* ein eigenständiger Vertrag mit dem Inhalt einer relativen Vermögenszuordnung inklusive Behaltensbefugnis, selbst wenn in der Rechtswirklichkeit beide Vorgänge simultan vollzogen werden sollten.
4. Die *conventio ob rem* kann nur durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen begründet werden und gehört wegen ihrer behaltensgrundträchtigen Vermögensaufstockung in die Klasse der Kausalverträge. Die Besonderheit liegt indes in der beidseitigen Verpflichtungsfreiheit. Die Parteien der *conventio ob rem* setzen zwar ein rechtsfolgenbestimmendes Leistungsprogramm in Geltung, schirmen dieses jedoch nicht mit Erfüllungszwang i. S. v. § 241 Abs. 1 BGB ab. Die *lex contractus* der Zweckvereinbarung zeichnet sich folglich durch ihre ubiquitäre Forderungsfreiheit aus. Weder wird eine Forderung auf Primärleistung begründet noch können

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

wegen Nichterfüllung oder Verzug Sekundärrechte und -pflichten auf einer etwaigen Verletzung der verabredeten Vermögensaufstockung gedeihen. Da ein Rechtsbindungswille keine konstitutive Voraussetzung für die Willenserklärung und das Forderungsrecht keinen notwendigen Bestandteil eines Kausalvertrags bilden, fügt sich die *conventio ob rem* nahtlos in die Dogmatik der Rechtsgeschäfts- und Vertragslehre des BGB ein.

5. Während die relative Zuordnungsänderung und die Behaltensbefugnis den rechtsfolgenbestimmenden Vertragsinhalt der *conventio ob rem* bilden, verhält sich die *Vereinbarung des ›bezweckten Erfolgs‹ rechtsfolgenneutral.* Als Verknüpfungsmodus zwischen Zuwendung und ›bezwecktem Erfolg‹ erzeugen die Parteien ähnlich wie beim Synallagma im gegenseitigen Schuldvertrag ein normatives ›Geltensollen‹. Ebenso wie die verabredete Verknüpfung zweier Forderungsrechte i. S. v. Leistung und Gegenleistung im Schuldvertrag ist der Vertragsnexus zwischen Zuwendung und ›bezwecktem Erfolg‹ in der *conventio ob rem* keine schöpferische Erzeugung von Rechtsfolgen durch die Vertragsparteien. Dass in der Vereinbarung die Zuwendung mit dem ›bezweckten Erfolg‹ verknüpft wird, soll nach den Parteien rechtlich gelten, aber außer dieser Geltung nichts weiter rechtlich bewirken.
6. Die Eigentümlichkeit des ›bezweckten Erfolgs‹ als rechtsfolgenneutraler Vertragsbestandteil der *conventio ob rem* grenzt die Vereinbarung von der schuldrechtlichen Resolutivbedingung i. S. v. § 158 Abs. 2 und dem vertraglichen Rücktrittsvorbehalt (§§ 323, 346 BGB) ab. Bedingung und Rücktrittsrecht sind beide Risikotragungsregeln, die konkrete Rechtsfolgenbestimmungen für den Eintritt bzw. Ausfall des vereinbarten Ereignisses, Umstands oder der sonstigen Wirklichkeiten vorsehen. Eine solche rechtsförmige ›Versicherung‹ wird von den Parteien einer *conventio ob rem* nicht gewählt. Vielmehr einigen sie sich nur darauf, dass der vertragsgemäße Zustand vom Eintritt oder Andauern des bezweckten Erfolgs abhängig sein soll. Obwohl die Abhängigkeit der *datio* vom bezweckten Erfolg im Unterschied zu Rücktrittsvorbehalt und Bedingung wegen der nicht vereinbarten Sanktion eine schwächere Rechtsqualität aufweist, hat dieser Sinnzusammenhang *für die Parteien* die Bedeutung einer *conditio sine qua non* des ganzen Geschäfts.
7. Aus diesem Grund wird bei Vertragsabschluss die *conventio ob rem* von Gesetzes wegen mit der Störungsregelung in § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB ergänzt. Der angeordnete Wegfall der Behaltensbefugnis und die damit einhergehende Beendigung des Vertrags entspringen somit *ipso iure.* Gleichwohl ist die Liquidation aber eine auf dem Vertrag beruhende Wirkung, also eine rechtsgeschäftliche Folge. Denn die Liquidation aufgrund der Abrede *ob rem* weist eine ähnliche Struktur auf wie die allgemeinen oder

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

besonderen Sekundärrechtsfolgen bei Störungen im gegenseitigen Schuldvertrag. So ist etwa das normative Handlungsmodell des Synallagma vereinbart, die Rechtsfolgen bei prozeduralen Störungen resultieren jedoch aus dem Gesetz. Folglich entspricht die negative Rechtsfolge der Liquidation als Komplement zum positiven Vertragsinhalt ›bezweckter Erfolg‹ den *naturalia negotii*, die – soweit kein entgegenstehender Parteiwille erkennbar ist – durch die objektive Rechtsordnung zum Vertragsbestandteil ergänzt werden. Der systematisch richtige Standort der Störungsregelung von § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB – Beendigungsgrund ›Zweckverfehlung‹ – wäre daher das dispositive Vertrags- und Leistungsstörungsrecht, nicht aber das rein ›technische‹ Bereicherungsrecht.

8. Der Verknüpfungsmodus zwischen geplanter Zuwendung und bezwecktem Erfolg steht – trotz des Unterschieds in der Rechtsfolgenbestimmung – der schuldrechtlichen Resolutivbedingung (§ 158 Abs. 2 BGB) am nächsten. Daher ist der Verknüpfungsmodus im Tatbestand von § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB auch als Bedingung *sui generis*, als *Bestandsbedingung* für das Bestehenbleiben der Behaltensbefugnis zu charakterisieren.
9. Sowohl Bedingung als auch ›bezweckter Erfolg‹ zeichnen sich durch ihre *große inhaltliche Aufnahmefähigkeit* aus. Was im Rahmen von Schuldverträgen häufig als irrelevante Absicht oder unbeachtliches Motiv qualifiziert wird und jenseits der Forderungsinhalte nur als sozialer Kontext oder geschäftliche Grundlage des Vertrags angesehen wird, kann bei der *conventio ob rem* den ›bezweckten Erfolg‹ bilden. Denn hier hindern insbesondere keine festumgrenzten und kategorischen Leistungspflichten die Aufnahme ›atypischer‹ Umstände und Wirklichkeiten in den ›bezweckten Erfolg‹.
10. Daraus ergeben sich auch die maßgeblichen Kriterien für die jeweiligen Zuständigkeitsbereiche der Störungsfiguren von § 313 und § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB: Der § 313 BGB regelt eine Grundlagenstörung auf zweiter Ebene des Vertrags, die *condictio ob rem* ist eine Inhaltsstörungsregelung auf Vertragsebene. Die Geschäftsgrundlagenstörung hat einen gegenseitigen Schuldvertrag, die *condictio ob rem* einen forderungsfreien Kausalvertrag zur Voraussetzung. Erstere ist zur Störungskorrektur von marktförmigen Austauschverhältnissen, letztere für die Störung von nicht marktförmigen Gebrauchs- und Nutznießungsverhältnissen zuständig, die eine solidarisch gebundene Zuwendung zum Gegenstand haben.
11. Nicht nur in der inhaltlichen Aufnahmefähigkeit, sondern auch in der Frage, ob eine solche Verknüpfung als *entgeltliches Geschäft* zu qualifizieren ist, weisen Bedingung und ›bezweckter Erfolg‹ strukturelle Ähnlichkeiten auf. Während ein verabredetes *do ut des* in der Regel als entgeltliches Geschäft qualifiziert wird, verhält es sich mit Bedingung und ›bezwecktem Erfolg‹ nicht so eindeutig. Denn der im Synallagma zum Ausdruck kommende

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

Austauschgedanke hat *erstens* in zahlreichen kodifizierten Vertragstypen gesetzlichen Niederschlag gefunden und *zweitens* ein materiales ökonomisches Prinzip zur Grundlage, das die Risikoordnung als entgeltliches Geschäft bewerten lässt, während Bedingung und Verknüpfung von Zuwendung mit dem ›bezweckten Erfolg‹ zunächst material unbestimmt sind. Obwohl ›Entgeltlichkeit‹ als allgemeine Bezeichnung aller rechtlichen Verknüpfungsmodi nicht mit ökonomischer Äquivalenz gleichzusetzen ist, erlangt die sozio-ökonomische Austauschform einen Rationalitätsvorsprung für die rechtliche Qualifikation. Die auf einem *aut-aut*-beruhende Liquidationswirkung und die verpflichtende Herausgabe des ›Erlangten‹ nach § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 zwingen jedoch dazu, die Bestandsbedingung der *conventio ob rem* nicht als unentgeltliches, sondern als entgeltliches Geschäft zu bewerten.

12. Aufgrund der Ambivalenz und Unbestimmtheit bedarf es für die Qualifikation der *conventio ob rem* einer materialen Auslegungshilfe. Die auf sozio-ökonomischer Ebene im Begriff ›Entgeltlichkeit‹ zum Ausdruck kommende Wertgleichheit, dem Gleichgelten zweier Dinge, ist bei der *conventio ob rem* keine Gleichgültigkeit von Ware und Geld, sondern eine Manifestation des ideellen ›bezweckten Erfolgs‹ in der formalen Zuwendung. Wie aus der Dogmengeschichte ersichtlich, entspricht die sozio-ökonomische Handlungslogik der Parteien, die solchen Rechtsgeschäften zugrunde lag, einer fiduziarischen Verwendungszweckbestimmung. Zuwendung und ›bezweckter Erfolg‹ standen nicht in einem marktförmigen Äquivalenzverhältnis zueinander. Die vorwiegend in familialen oder freundschaftlichen Näheverhältnissen stattfindende *datio ob rem* war mit einem solidarischen Verwendungszweck belegt. Anders als das heutige Verwaltungstreuhandgeschäft, das überwiegend fremdnützig zugunsten des Treugebers ausgestaltet ist, war die *datio ob rem* eine formalrechtliche Übertragung zugunsten einer material gemeinsamen Konsumierung und Nutznießung der Zuwendung. Obwohl der Leistungsgegenstand nicht mehr im Vermögenskreis des Leistenden stand, sollte er genauso wie der neue Rechtsinhaber daran partizipieren können. Die im ›bezweckten Erfolg‹ zum Ausdruck kommende Gleichgerichtetheit der Interessen war in der Zuwendung repräsentiert und spiegelte sich in (pflichtenfreien) bestandserhaltenden und -verbessernden Maßnahmen von beiden Parteien zugunsten der *datio* wider. An dieser fiduziarischen Sozialtypik hat sich die gegenwärtige Rechtsanwendung zu orientieren. Im Rahmen der rechtsgeschäftlichen Auslegung und Interpretation ist der fiduziarische Charakter in die Vertragsqualifizierung mit einzustellen.

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

IX. Formaler Aufbau und methodischer Fortgang der Arbeit

Die dargestellten Thesen bedingen Aufbau und Fortgang der Arbeit, die hier nur grob skizziert seien. Gemäß der eingangs erwähnten methodologischen Leitmaxime ›Geschichte und System‹ schickt die Arbeit keinen isolierten Teil der Rechtsgeschichte vorweg. Vielmehr ist die Untersuchung mit rechtshistorischen Bezügen durchdrungen und steht so in ständigem Dialog mit der Vergangenheit. Die Einsicht, dass es wirklich Neues und wirklich Altes im Recht nicht gibt und dass zu dogmengeschichtlichen Erkenntnissen nicht nur das römische Recht, sondern etwa auch die reichsgerichtliche Rechtsprechung Anfang des 20. Jahrhunderts gehört, verbietet es, ›die‹ Rechtsgeschichte(n) in eine gleichsam museale Quarantäne zu stecken. *Geschichte* und *System* sollen hier (wieder) miteinander ins Gespräch kommen und *produktiv* aufeinander bezogen werden.

Im »Allgemeinen Teil« wird das prinzipielle Fundament für die Rekonstruktion der *conventio ob rem* gelegt. Vom Ausgangspunkt des Vermögensrechts des BGB muss zunächst die keineswegs selbstverständliche Möglichkeit eines forderungsfreien Kausalvertrags aufgearbeitet werden. Verstärkt sind hier auch dogmengeschichtliche Untersuchungen anzustellen, die hinter den Entstehungszeitpunkt des BGB bis zum *Usus modernus pandectarum* zurückreichen, um die heute übliche unterkomplexe Klassifikation von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften aufzubrechen. Der zweite Abschnitt des Allgemeinen Teils widmet sich dann den erkenntnisleitenden Grundsätzen des Verkehrs- und Vermögensrechts, die mit ihren Bausteinen des ›subjektiven Rechts‹, der Behaltensbefugnis, des Forderungsrechts und der Zuweisung und Zuordnung von Rechtsgütern eine Wiederbelebung der *conventio ob rem* ermöglichen. Die Erarbeitung der vermögens- und verkehrsrechtlichen Bausteine knüpft zugleich an die dogmenhistorische Untersuchung an und wird zeigen, dass der gegenwärtigen Dogmatik die Traditionslinie der Historischen Rechtsschule abhandengekommen ist, einer Traditionslinie, die vor einer *Hypostasierung der Schuldverträge* stets gewarnt hatte. In diesem Abschnitt werden auch aktuellere Ansätze in der Literatur zur Rekonstruktion von forderungsfreien Kausalverträgen erörtert. Im dritten und letzten Abschnitt des Allgemeinen Teils wird auf die Dogmatik der Güter- und Wertbewegungen vor dem Hintergrund der Zweiteilung von kausalen und abstrakten Zuwendungen eingegangen. In diesem Abschnitt wird die sog. inhaltliche Kausalität von Verträgen und Rechtsgeschäften ausführlich diskutiert und die moderne *causa finalis*-Lehre kritisiert. Haben die beiden vorhergehenden Abschnitte die Unzulänglichkeit eines Pflichtendenkens und eines Denkens in Obligationen herausgestellt, so führt dieser letzte Abschnitt die Gefahren einer *Hypostasierung des Austauschzwecks* vor Augen.

Der Besondere Teil der Arbeit rekonstruiert das »Rechtsgeschäft« der *con-*

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

dictio ob rem vom Vertragsschluss über die Anforderungen in der Rechtsgeschäftslehre, insbesondere an den Vertragsinhalt und tatbestandlichen Verknüpfungsmodus, bis hin zur Erarbeitung einer rechtsgeschäftlichen Auslegungshilfe für den Rechtsanwender. Befand sich der Allgemeine Teil methodisch an der Schwelle zur Rechtstheorie i. S. einer juristischen Strukturtheorie[68], so bildet der Besondere Teil eine dogmatisch-systematische Untersuchung der *conventio* und *condictio ob rem* i. e. S.

Der erste Abschnitt widmet sich den vertraglichen Grundstrukturen der *conventio ob rem* vor dem Hintergrund des dogmatischen Mindestinhalts von güter- und wertbezogenen Kausalverträgen. Neben den Anforderungen einer Willenserklärung, vor allem des Rechtsfolgewillens, wird die rechtsgeschäftliche Bedeutung der Behaltensbefugnis thematisiert und an Beispielen der sog. Naturalobligation aufgezeigt. Der zweite Abschnitt beschäftigt sich mit der noch ungeklärten Frage, wie der Vertragsbestandteil des ›bezweckten Erfolgs‹ im Rahmen der *conventio ob rem* dogmatisch aufzufassen ist. Entlang einer Parallelisierung mit dem vereinbarten Synallagma und einigen Bezügen zum Irrtumsrecht wird zum Abschluss das Verhältnis von Rechtsfolgewille und Zweckbindung *im Schuldvertrag* anhand von Ansätzen aus der Literatur und Rechtsprechung geklärt. Diese Vorbereitung dient der im dritten Abschnitt vorgenommenen dogmatischen Vertiefung des ›bezweckten Erfolgs‹. Nach einer Reflektion auf den ökonomietheoretischen Hintergrund der marktförmigen Austauschverträge werden hier die abweichenden Besonderheiten der Zweckbindung der *datio* bei der *conventio ob rem* herausgearbeitet.

Der scheinbar unlösbare Zuständigkeitskonflikt zwischen der Geschäftsgrundlagenstörung (§ 313 BGB) und § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB ist Gegenstand des vierten Abschnitts, der neben dem fünften und letzten Abschnitt den Schwerpunkt des Besonderen Teils bildet. Um das notwendige Problembewusstsein herzustellen, werden zunächst die herrschenden Kriterien zur Abgrenzung beider Störungsfiguren inventarisiert und die jeweiligen Unzulänglichkeiten herausgestellt. Eine vertiefte Diskussion der letztlich auf Larenz zurückgehenden Fallgruppe der sog. Vertragszweckstörungen bei § 313 BGB kann bereits an dieser Stelle deutlich machen, dass die Geschäftsgrundlagenstörung mittlerweile Aufgaben übernimmt, für die sie eigentlich nicht vorgesehen war. Ferner werden in diesem Abschnitt die sich aufdrängenden Ähnlichkeiten von Geschäftsgrundlage und *conventio ob rem* erörtert, die aufgrund ihres dogmengeschichtlich gemeinsamen Ursprungs nicht überraschen können. In einer anschließenden Analyse der Rechtsprechung des Reichsgerichts, wo maßgebliche Etappen zu § 313 und § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB anhand von Urteilsbe-

68 Dazu jüngst *Funke*, Allgemeine Rechtslehre als juristische Strukturtheorie (2004), insb. S. 284ff.

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

sprechungen aufzuhellen sind, werden die Erkenntnisse schließlich in einem Vorschlag zur wechselseitigen Einhegung beider Störungsfiguren zusammengeführt. Einbezogen werden dabei die bereits gewonnenen Erkenntnisse aus den ersten drei Abschnitten.

Der fünfte und letzte Abschnitt des Besonderen Teils ist dem Problem der Entgeltlichkeit gewidmet. In einem ersten Schritt wird eine Bestandsaufnahme der gegenwärtigen Dogmatik geleistet und die maßgeblich von Söllner vertretene Ansicht kritisiert, Zuwendung und ›bezweckter Erfolg‹ seien synallagmatisch miteinander verknüpft. Daran anschließend werden *einerseits* die strukturelle Familienähnlichkeit des Verknüpfungsmodus in § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB mit der schuldrechtlichen Resolutivbedingung nach § 158 Abs. 2 BGB erörtert und *andererseits* die jeweiligen rechtstechnischen Differenzen deutlich gemacht. In Anknüpfung an Ernst Stampe wird der Verknüpfungsmodus in der *conventio ob rem* systematisch in die Dogmatik des Verkehrsrechts eingebettet und als rechtsfolgenneutrale Bestandsbedingung durchdekliniert. Um die Frage nach der Entgeltlichkeit vertiefend diskutieren zu können, werden die anerkannten Verknüpfungsmodi der synallagmatischen, konditionalen und kausalen Verknüpfung sowie der Funktionsgehalt der Unentgeltlichkeit dargestellt und anschließend einer Kritik unterzogen. Einen Schwerpunkt bildet dabei die Fehlkonstruktion der sog. Zweckschenkung, die in Widerspruch mit dem kodifizierten Vertragstypus von §§ 516 ff. BGB steht und letztlich nur dogmatisch unverarbeitete Probleme verdeckt. Im Ergebnis wird das Bedürfnis einer materialen Nachsteuerung bei der Entgeltlichkeit erwiesen, da nur beim gegenseitigen Vertrag in der Regel und im Grundsatz von einem entgeltlichen Geschäft gesprochen werden kann. Speziell für die *conventio ob rem* wird im letzten Teil des fünften Abschnitts eine rechtsgeschäftliche Interpretations- und Auslegungshilfe ausformuliert, um eine äußerlich dem Tatbestand der *conventio ob rem* unterfallende Vermögensbewegung auch als entgeltliches Geschäft qualifizieren zu können. Anknüpfungspunkt für die Auslegungshilfe ist eine Reflexion auf die ursprüngliche Bedeutung der *conventio* und *condictio ob rem* im römischen Recht. Zum Abschluss der römisch-rechtlichen Rekonstruktion wird die Verbindung mit der heutigen Rechtsprechung zum neuen Kernanwendungsbereich der *condictio ob rem* hergestellt, um sechs materiale Gesichtspunkte als Auslegungshilfe und tatbestandliche Vorprägung von § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB vorzustellen. In den beiden letzten Teilen des fünften Abschnitts sind die beiden bedeutsamsten Auslegungsgesichtspunkte, der fiduziarische Charakter und das im ›bezweckten Erfolg‹ zum Ausdruck kommende gleichgerichtete Interesse, vertiefend zu behandeln. Für ein abschließendes Ergebnis wird die zuvor formulierte Summa aus dem römischen Recht und der Rechtsprechung des BGH zu § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB noch einmal in Folgerungen vor dem Hintergrund des Treuhandgedankens verdichtet.

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

X. Notwendige Beschränkungen, die aus der Rekonstruktion der *conventio ob rem* folgen

Ausgangspunkt und Zielstellung der Arbeit ist die Rekonstruktion des »Rechtsgeschäfts« im Tatbestand von § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB. In diesem Sinne liegt der Schwerpunkt der Arbeit nicht auf der Dogmatik des Bereicherungsrechts, sondern ist in den Bereichen des allgemeinen Verkehrs- und Vermögensrechts, der Rechtsgeschäftslehre sowie dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht des BGB zu finden. Freilich wird darüber die Störungsfigur der *condictio ob rem* selbst nicht vergessen, bildet sie doch den gesetzlichen *actus contrarius* des Rechtsgeschäfts. Allerdings werden die originär bereicherungsrechtlichen Problembereiche, wie etwa der Leistungsbegriff, nicht zum Erkenntnisschlüssel genommen,[69] sondern lediglich eingebettet in die jeweiligen vermögensrechtlichen, rechtsgeschäftlichen oder leistungsstörungsrechtlichen Abschnitte und als deren integrale Bestandteile erörtert. Auch die spezifischen Rechtsfolgen der §§ 818 ff. BGB erlangen vor dem Hintergrund des Zuschnitts der Arbeit keine allesumfassende Würdigung, sondern dienen lediglich zur Aufhellung des Grundgeschäfts der *conventio ob rem.*[70]

69 So aber exemplarisch die Arbeit von *Welker*, Zweckverfehlung (1974), der durch den Einstieg beim bereicherungsrechtlichen Leistungsbegriff zum Erfüllungsrecht gelangt und sodann am Vorbild der Technik von Forderungserfüllung und Erfüllungsverfehlung die Dogmatik der *condictio ob rem* rekonstruiert.

70 Vgl. ergänzend zu den rechtsfolgenbezogenen Gesichtspunkten in dieser Arbeit: *Sorge*, JZ 2011, S. 660–671, 666 ff.

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

Allgemeiner Teil: Prinzipielle Grundlegung der *conventio ob rem*

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

Erster Abschnitt: Die Möglichkeit eines verpflichtungsfreien Kausalvertrags im Vermögensrecht des BGB

Zur Überprüfung der These, dass die *conventio ob rem* dogmatisch als ein vermögensrelevanter Vertrag ohne Rechtspflichten zu erfassen ist, erscheint ein Ansatz bei der Lehre von den Schuldverträgen ungeeignet. Schon der Begriff der vertraglichen *Schuld* impliziert die eine *conventio ob rem* ausschließende Voraussetzung einer Verbindlichkeit bzw. Forderung, geht also von einer rechtlichen Leistungspflicht i. S. d. § 241 Abs. 1 BGB aus. Daher muss die Perspektive zur Erfassung einer größeren Bandbreite an Güterbewegungen und sonstigen Vermögensverschiebungen erweitert werden. Im Folgenden ist daher der höhere Standpunkt des Vermögensrechts des BGB zum Ausgangspunkt zu nehmen. Die Existenz eines ›Allgemeinen Teils‹ des Vermögensrechts tritt meistens nur mittelbar und vor allem dort zu Tage, wo der Normenfundus aus »vermögensaufstockenden«[71] Regeln im Schuld- und Sachenrecht nicht zureichend ist. Im Unterschied zum kodifizierten Schuldrecht hat das BGB keinen geschriebenen Teil der Vermögensbewegungen und Güterschiebungen, der vor die Klammer gezogen ist. Ein Indiz, vielleicht sogar ein Paradigma für das dogmatische Dasein eines allgemeinen privatrechtlichen Vermögensrechts sind allerdings die Gruppen der Leistungskondiktion nach §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, S. 2 Alt. 1, 2 und Abs. 2 BGB. Die Leistungskondiktion in ihrer Hauptfunktion zur Wiederherstellung von Zuordnungsgerechtigkeit im Rahmen verabredeter Vermögensverschiebungen zeigt mit der tatbestandlichen Offenheit von ›Leistung ohne Rechtsgrund‹, dass mehr rechtliche Probleme geklärt werden können, als nur fehlgeschlagene *verpflichtende* Vermögensaufstockungen.

Andererseits darf mit dem höheren Standpunkt des Vermögensrechts der Blick aber auch nicht unscharf ausfallen, in lediglich vertragsakzidentielle Gebiete abdriften und nebensächliche Elemente zur Grundregel des Vertragsbe-

71 Der hier und im weiteren Verlauf der Arbeit verwendete und noch näher zu konkretisierende Begriff ›Vermögensaufstockung‹ orientiert sich nicht nur in terminologischer, sondern auch in enger inhaltlicher Hinsicht an *Lobinger*, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung (1999), S. 90–97, 334 f. *et passim*.

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

griffs hochstilisieren. Es gilt folglich, die Prinzipien und Grundbausteine im allgemeinen Vermögensrecht herauszustellen, mit denen die hier vorausgesetzten Besonderheiten der *conventio ob rem* als verpflichtungsfreier und deshalb *nichtschuldrechtlicher Vertrag*, der einen Behaltensgrund für den Empfänger der Leistung erzeugt, überprüft werden können.

I. Die unterkomplexe Klassifizierung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft

Üblicherweise wird ein wirtschaftlicher Erwerbsakt, der auf eine privatautonome Umverteilung von Gütern und sonstigen Vermögenswerten abzielt, unterteilt in ein *vorbereitendes*, *grundlegendes* Verpflichtungsgeschäft und ein *abwickelndes*, *dienendes* Verfügungsgeschäft.[72] Rechtsdogmatisch verbunden sind mit dieser Unterteilung eine Vielzahl an Differenzierungen zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften, wie etwa hinsichtlich der eintretenden Rechtsfolgen: Rechtlich anerkannte Ergebnisse von schuldvertraglichen Akten entfalten ihre Wirkung ausschließlich relativ zwischen den Parteien, während das Ergebnis eines Verfügungsgeschäfts absolute Wirkung gegenüber jedermann zukommt. Die eingeräumte Forderung kann (grundsätzlich) nur gegenüber der einräumenden Person geltend gemacht werden, die Behauptung des übereigneten Eigentums dagegen stets gegenüber der gesamten Rechtsgemeinschaft. Wie es scheint, entspricht diese rechtstechnische Zweiteilung eines wirtschaftlichen Erwerbsakts der im BGB verwirklichten scharfen Trennung zwischen Schuld- und Sachenrecht. Voraussetzungen und Bestandteile des Verpflichtungsgeschäfts sind im Schuldrecht, diejenigen des Verfügungsgeschäfts im Sachenrecht geregelt.

1. Erste Differenzierungsstufe zur Erweiterung der eindimensionalen Klassifizierung: Gesetz und Vertrag

Dass dieser schematischen Einteilung nur eine *typische Orientierungsfunktion* zur Bewertung von vermögensrelevanten Rechtsgeschäften zukommt, nicht aber als Kategorie vom BGB selbst erzwungen wird, zeigt schon die folgende rein innerdogmatische Überlegung. Wenn das Sachen- und Schuldrecht zur ›anderen

72 *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I/1 (1995)[8], § 1, S. 14–16; *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht (2006)[10], § 13, S. 43 Rz. 62f.; *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil (2004)[9], § 23, S. 410–418 Rz. 31–62; *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil (2016)[11], § 19, S. 101f. Rz. 207–211; *v. Tuhr*, Allgemeiner Teil II/1 (1914), § 59, S. 352f.

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

Hälfte‹ auch vermögensrechtliche Zuweisungs- und Zuordnungsfragen jenseits und unabhängig vom Willen der einzelnen Rechtsgenossen regelt, mit dem Schatzfund (§ 984 BGB) und der Verarbeitung (950 Abs. 1 BGB) etwa gesetzliche Anordnungen zur Umverteilung trifft oder Beeinträchtigungen von Rechtsgütern zum Anlass für die Entstehung von Obligationen nimmt (§§ 823 ff. BGB), so liegt systemlogisch bereits sowohl das Recht der Schuldverhältnisse wie auch das Recht an Sachen *quer* zur Rechtsmaterie des rechtsgeschäftlichen Güterverkehrs.

Andersherum lässt sich auch nicht jeder wirtschaftliche Erwerbsakt in das Gefüge von (schuldrechtlichen) Versprechens- und (dinglichen) Verfügungsgeschäften einordnen. Zum einen geschieht etwa der Aufwand persönlicher Leistungsvermögen, insbesondere die Realisierung von Arbeitskraft, nicht im Rahmen einer rechtsförmigen Verfügung, sondern allein durch lebensförmige Tätigkeit. Zum anderen muss klar sein, dass die rechtliche Qualifikation eines Brötchenerwerbs beim Bäcker oder des Münzwurfs in den Becher eines Hilfsbedürftigen als obligatorischer Kaufvertrag (§ 433 BGB) bzw. geheiltes Schenkungsversprechen (§§ 516 Abs. 1, 518 Abs. 1 S. 1, 2 BGB) ausschließlich in der Theorie, nicht aber in der Praxis ein Verpflichtungsvertrag genannt werden kann. Ungeachtet rechtskonstruktiver Aspekte, haftungsrechtlicher Anschlussprobleme (z. B. Mängelgewähr) und Rückabwicklungsfragen (z. B. welcher Leistungskondiktionstyp?) ist jedenfalls *für die Parteien* eines Handgeschäfts die Existenz einer *Verpflichtung zur Primärleistung* gänzlich überflüssig.[73] Folglich bedeutet die Subsumtion eines solchen realen Leistungsvorgangs unter die Dogmatik der Schulverträge eine ›Als-Ob-Annahme‹, die einen empirischen Rückhalt in der Lebenswirklichkeit nicht finden kann.[74] Gleichwohl kann nicht bestritten werden, dass die Parteien im Zuge eines Realgeschäfts auch Rechtsfolgen herbeiführen wollen, sodass ein Ernstnehmen des Parteiwillens nicht gleichbedeutend ist mit der Abschiebung in den Bereich des ›außer-rechtsgeschäftlichen‹ Handelns.

Ausgehend von der sozialen Wirklichkeit und ihren ökonomischen Bedingungen sind daher *erstens* die »Schuld- und Sachenrechte […] nicht durch eine ›vertikale‹ Linie getrennt, sondern überschneiden sich beständig in ›horizon-

73 *Flume*, Allgemeiner Teil II (1992)[4], § 4, S. 52: »Beim Barkauf ist der Inhalt des Geschäfts, daß die Ware dem Käufer gehören und dafür der Käufer das Geld behalten soll.« Ferner *Häsemeyer*, Die gesetzliche Form (1971), S. 242–244; *Mediger*, Zweckverfehlung (1978), S. 50 f.; *Krawielicki*, Grundlagen (1964), S. 76–79; *Pohlmann*, Heilung (1992), S. 46–49; *Savigny*, System III (1840), § 140, S. 313; *Siber*, JhJb 70 (1921), S. 223–299, 233; MüKo/*Westermann* (2016)[7], Vor § 433 Rz. 7.

74 Die ›ehrlichere‹ Auffassung daher z. B. bei *Larenz*, Schuldrecht II/1 (1986)[13], § 39, S. 12 (Zurechnung des Verpflichtungswillens durch die Rechtsordnung) oder *Krawielicki*, Grundlagen (1964), S. 48 ff. (Umdeutung nach § 140 BGB).

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

taler‹ Richtung.«[75] *Zweitens* kann die klassifizierende Zweiteilung in Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft nicht alle rechtlich anerkannten Erscheinungsweisen von privatautonomen Vermögens- und Güterbewegungen erfassen und diesen gerecht werden. Und *drittens* darf der Ausgangspunkt nicht bei der rechtstechnischen Seite genommen werden, also bei der reinen Strukturformel von Schuldverhältnissen und Sachenrechten, sondern es kommt vielmehr auf die Wertentscheidung des Gesetzgebers an, der im gesamten Vermögensrecht des BGB – vom Allgemeinen Teil bis zum Recht der (besonderen) Schuldverhältnisse – eine Differenzierung nach rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Tatbeständen und Rechtsfolgen vorgenommen hat. Nicht allein die Beantwortung der Frage nach den je verschiedenen Funktionsweisen von Schuld- oder Sachenrechten bringt Licht in das soziale Zusammenwirken der Rechtssubjekte, sondern vielmehr der Inbegriff aller kodifizierten und dogmatisch gewachsenen Prinzipien und Regeln für Vermögensverschiebungen und -aufstockungen, die in erster Linie auf dem Parteiwillen beruhen. Weil im Vermögensrecht des BGB »das wesentliche Werkzeug dieser sozialen Funktion der Vertrag ist, so ist eine lebendige systematische Einheit nicht das Schuldrecht, sondern das Vertragsrecht.«[76]

Wird demnach der Vertrag als übergreifende Entität aller Verpflichtungs- und Verfügungs*geschäfte* angesehen, die eine Vermögenszuordnungsänderung bewirken, und in den Gesamtzusammenhang des Vermögensrechts gestellt, dann erscheinen als ihr systematisches Gegenstück zunächst sämtliche vermögensrechtliche Zuordnungs- und Zuweisungstatbestände, die nicht auf Rechtsgeschäft, sondern auf Gesetz beruhen.

2. Zweite Differenzierungsstufe: Erwerbsmodus und Erwerbstitel

Die gesetzlichen Tatbestände, wonach eine Änderung in der Vermögenszuweisung eintritt, lassen sich jedoch – ähnlich der Unterscheidung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft – in zwei Klassen differenzieren: Einerseits in schlichte Erwerbsmodi, die zwar eine endgültige Regelung der *vermögensrechtlichen Zuweisung und Zuordnung*, aber keine Regelung hinsichtlich der wirtschaftlichen Interessen zwischen den Betroffenen anordnen; andererseits in umfassende Erwerbsinstitute, deren Erwerbsmodus zugleich ein *Erwerbstitel* beinhalten oder daneben einen solchen vorsehen, womit sowohl eine *endgültige Regelung* der sachenrechtlichen Zuordnung *als auch der wirtschaftlichen Interessen* statuiert wird. Schlichte gesetzliche Erwerbsmodi sind etwa die Ver-

75 *Boehmer*, Einführung (1965)[2], § 27, S. 283.
76 *Wieacker*, System des deutschen Vermögensrechts (1941), S. 34.

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

bindung, Vermischung und Verarbeitung der §§ 946 ff. BGB. Die Erwerbstatbestände nehmen zur Anknüpfung gewisse Tathandlungen des Begünstigten in Bezug auf die in Rede stehenden Sachen und ordnen seinen originären Eigentumserwerb an. In der Folge wird dem werktätig Begünstigten das (Mit-)Eigentum an den verbundenen, vermischten oder verarbeiteten Sachen gewährt. Doch ist diese gesetzliche Zuweisung des Eigentumsrechts an den Sachen zugunsten des Werktätigen bloß eine formale ›Um-Schreibung‹ der Rechtspositionen. Sie sagt indes nichts über den materialen Gehalt dieser Zuordnungsänderung aus. Die Frage nach der sozio-ökonomischen Richtigkeit dieser Zuordnungsänderung ist vielmehr im Anschlusstatbestand von § 951 BGB statuiert, der einen Rechtsgrundverweis ins Bereicherungsrecht enthält. Unter Berücksichtigung der Interessen desjenigen, der infolge der §§ 946 ff. BGB einen Rechtsverlust erlitten hat, entscheidet somit das Bereicherungsrecht in letzter Instanz über die Zuordnungsgerechtigkeit der formalen (sachenrechtlichen) Änderung der Rechtslage. Allerdings lassen sich im Sachenrecht vereinzelt auch solche Erwerbsmodi finden, die nicht nur eine formale Zuordnungsänderung bewirken, sondern zugleich eine endgültige Richtigkeitsaussage über diese Änderung treffen und damit einen Erwerbstitel beinhalten. Wer etwa eine ›lange verborgen gelegene Sache‹, deren Eigentümer nicht mehr zu ermitteln ist, entdeckt, bekommt nach § 984 BGB *ipso iure* nicht nur die Eigentümerstellung zugewiesen, sondern zugleich die Rechtfertigung mitgeliefert, den gefundenen Schatz kompensationslos und dauerhaft seinem Vermögenskreis einzuverleiben.[77]

Auch im Schuldrecht gibt es Vermögenszuweisungsänderungen, die ähnlich den schlichten Erwerbsmodi im Sachenrecht keinen endgültigen Interessenausgleich herbeiführen. Paradigmatisch für den *rechtsgeschäftlichen Bereich* des Schuldrechts sind etwa die Begründung und das Innehaben von Sicherheiten wie die Bürgschaftsforderung (§ 765 BGB) oder das abstrakte Schuldversprechen bzw. -anerkenntnis (§§ 780 f. BGB).[78] Zwar erscheint es auf den ersten Blick ungewohnt und systemfremd, die Begründung von solchen Schuldverträgen, die ihren *Rechtsgrund* nicht in sich selbst tragen, sondern in einem weiteren Rechtsverhältnis finden und als dessen Hilfsgeschäft sie fungieren, in die Reihe der Erwerbsarten zu stellen. Denn gewissermaßen ist jedem Schuldvertrag bereits ein eigener Erwerbsmodus immanent, allerdings nicht für die valutierte Leistung, sondern für die konstitutive Begründung einer Forderung i. S. v. § 241 Abs. 1 BGB. Charakteristisch ist hierbei, dass dieser *immanente Erwerbsmodus* für die Forderung zugleich deren Erwerbstitel bildet und durch das bloße wirksame Zustandekommen der Willenseinigung gerechtfertigt ist. Der Abschlusstatbestand,

77 Auf diesen Unterschied weist zutreffend hin: *J. Wilhelm*, Sachenrecht (1993), S. 396 Rz. 582 f.
78 Vgl. ferner die Beispiele bei *Siber*, JhJb 70 (1921), S. 223–299, 231 f.

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

so könnte man auch sagen, übernimmt hier nicht nur die Begründung, sondern zugleich die Rechtfertigung des Bestehenbleibens der Rechtsfolgen für die Forderung bis zur Erfüllung. Doch ist die Forderung als bloß transitorischer Posten und vorbereitende Durchgangsstufe einer Vermögensbewegung niemals das entscheidende Moment. Vielmehr steckt hinter jeder Forderung eine reell-sinnfällige und dauerhafte Vermögensrealisierung.[79] Selbst im ›Marktsegment‹ der Forderungshändler, beim Factoring und der Zession, bleibt das verkehrsfähige Forderungsrecht personale Verbindlichkeit eines Schuldners und ist somit trotz möglicher und spekulativer Kettenübertragungen in letzter Hinsicht immer auf eine reale Valutierung, auf ein wirkliches Tun oder Unterlassen einer Rechtsperson i. S. d. § 241 Abs. 1 BGB, verwiesen. Folglich zeigen sowohl die akzessorischen und nichtakzessorischen Sicherungsgeschäfte als auch die formellen (abstrakten) Schuldverträge eine strukturelle Ähnlichkeit zu den sachenrechtlichen Erwerbsarten und Verfügungsgeschäften auf, indem die realen Vermögensaufstockungen (valutierte Forderungen) ihrerseits einen Erwerbs- und Behaltenstitel erfordern, der im Konsens allein nicht gefunden werden kann.

Für den *gesetzlichen Bereich* des Schuldrechts lassen sich dagegen nur über abstrahierende Umwege Rechtsverhältnisse ausmachen, die lediglich eine formale und vorläufige Regelung von vermögensrelevanten Belangen treffen.[80] Grundsätzlich beinhalten alle gesetzlich kodifizierten Schuldverhältnisse ihren materialen Grund der Forderungsbegründung und den Erwerbstitel für die Forderungserfüllung im Gefüge des Rechtsinstituts selbst. So entsteht etwa die Forderung des Kindes gegenüber seinen Eltern auf Unterhalt gem. §§ 1601 ff. BGB *kraft verwandtschaftlicher Beziehung* (§§ 1589 ff. BGB). Die im vierten Buch, Abschnitt 2, Titel 2, statuierte Unterhaltspflicht der Eltern respektive die Forderung des Kindes auf Unterhalt in § 1601 BGB ist neben den restringierenden Voraussetzungen von Bedürftigkeit und Leistungsfähigkeit (§§ 1602 f. BGB) allein von den Vorschriften der vorherigen Titel 1 und 2 über die Verwandtschaft abhängig.

79 ›Vermögen‹ wird hier im Übrigen rein juristisch verstanden, sodass auch ökonomisch wertlose Forderungsinhalte rechtlich wertvoll sein können, d. h. einen Vermögenswert besitzen.

80 Denkbar wäre es etwa, den Zugewinn des jeweiligen Ehepartners im gesetzlichen Güterstand hierunter zu fassen. So haben zwar beide Partner während der Ehe aus den Vertragsverhältnissen zu Dritten jeweils Erwerbsrechtfertigungen für die Vermögensaufstockung durch Erfüllungsleistung; doch im Innenverhältnis der Ehepartner zueinander sind die Erwerbstitel für die durch Vertrag erworbenen Vermögenspositionen mit § 1378 Abs. 1 BGB eingeschränkt und stehen unter dem Vorbehalt eines endgültigen schuldrechtlichen Ausgleichs.

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

II. Dogmengeschichtliche Ursprünge für die heutige Reduktion rechtsgeschäftlicher Vermögensbewegungen auf den Schuldvertrag und die Verfügung

Es sind zwei dogmengeschichtliche Wurzeln zu nennen, die das heutige verengte Verständnis privatautonomer Vermögensbewegungen maßgeblich geprägt haben: Einerseits die spätpandektistische Überbetonung des Rechtszwangs im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts, insbesondere durch Rudolf v. Jhering und Bernhard Windscheid, wonach nicht mehr das verbindende Rechtsverhältnis wie bei Savigny, sondern die materiell-rechtliche *actio* das vermeintliche Atom des Privatrechts bildete, mit dem alle überkommenen Tatbestände und Institutionen überstrukturiert wurden. Der Anspruch des Berechtigten (*actio*) und seine kategorische Befehlsstruktur verdrängte die dogmatische Möglichkeit, verpflichtungsfreie Rechtsverhältnisse anzuerkennen, wie sie sich noch bei Savigny und in den Fragmenten des klassisch-römischen Rechts finden lassen. Nur über Umwege und Forderungsfiktionen ließ sich nach herrschender Auffassung im späten 19. Jahrhundert etwa die Handschenkung als ein vertraglicher Leistungsvorgang erfassen.[81]

Andererseits, und dies erscheint im Folgenden erörterungswürdig, hat die verengte Perspektive auf rechtsgeschäftliche Vermögensbewegungen ihren Ursprung in einem Teilstück der Modus-Titulus-Lehre des *Usus modernus pandectarum*. Lassen sich auch in der heutigen Privatrechtsdogmatik noch viele heuristische Denkformen dieser Lehre ausmachen und erscheint die verallgemeinernde Kraft der scholastischen Dialektik zur begrifflichen Strukturierung des Rechts ungebrochen, so unheilvoll wirkten dagegen viele rechtspraktische Folgerungen aus den rein sprachlich-spekulativen Arbeiten im 17. und 18. Jahrhundert.[82] Da die Möglichkeit von Rechtsformen und -inhalten nach den Gelehrten des *Usus modernus* in erster Linie aus der Natur und dem Wesen des Begriffs, nicht aber aus den praktischen Bedürfnissen des Verkehrs folgte, mündeten ihre Spekulationen nicht nur in unübersichtliche Gedankengebäude, sondern führten häufig auch zu nicht nachvollziehbaren Einschränkungen der

81 Vgl. dazu *Boente*, Nebeneinander (2013), S. 98–126; paradigmatisch sind ferner die Verwicklungen und Widersprüche von Windscheids Voraussetzungslehre, deren verpflichtungsfreie Struktur vor dem Hintergrund eines lückenlosen zwangsbewehrten Aktionensystems sich nicht mehr plausibel begründen und verorten ließ, vgl. eingehend unten, S. 425 ff.

82 Ein Beispiel für das Fortwirken heuristischer Denkmodelle des *Usus modernus* wären etwa die Differenzierungen zwischen ursprünglichem und abgeleitetem Rechtserwerb sowie zwischen translativer und konstitutiver Rechtsnachfolge, deren ›Entdeckungen‹ zu Unrecht häufig den Naturrechtlern zugeschrieben werden.

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

rechtlichen Erfassung der sozialen Wirklichkeit.[83] Wie im Folgenden darzulegen ist, wandte sich Savigny mit seiner Systematisierung des Abstraktions- und Trennungsprinzips gegen eine solche reduktionistische Jurisprudenz, insbesondere gegen die Zuschnürung rechtsgeschäftlicher Erwerbstitel auf Obligationen.[84] So war der Inhalt der *iusta causa traditionis* bei Savigny nicht auf schuldbegründende Verträge begrenzt. Vielmehr erreichte er mit seiner Umstellung der *iusta causa* von der Gültigkeitsvoraussetzung für den dinglichen Rechtserwerb auf ein schlichtes Beweiszeichen zur Ermittlung des Willens, Eigentum übertragen zu wollen, nicht nur die Herauslösung des dinglichen Vertrags, sondern zugleich auch die Wiederöffnung des rechtsgeschäftlichen Vermögensrechts für vielfältigere Erwerbs- und Rechtfertigungsgründe.[85] Vor dem Hintergrund, dass Savigny gegen die unterkomplexe Behandlung der rechtsgeschäftlichen Erwerbsgründe ankämpfte, mutet es fast wie eine Ironie der Geschichte an, wenn ausgerechnet die Spätpandektisten Ende des 19. Jahrhunderts – mehr unbewusst als bewusst – einerseits gerade denjenigen Teil der Modus-Titulus-Lehre wiederherstellten, den die Frühpandektisten in mühevoller Konstruktion und Rekonstruktion der römischen Rechtsquellen kritisiert hatten, und andererseits dagegen den heuristisch fruchtbaren Teil zugunsten einer eindimensionalen Fixierung auf die *actio* verwarfen.

1. Die Modus-Titulus-Lehre des *Usus modernus pandectarum*

Die oben angeführte zweite Differenzierungsstufe, die horizontal zu den gesetzlichen und rechtsgeschäftlichen Vermögenszuordnungsänderungen eine Einteilung nach Erwerbstitel und Erwerbsmodi vornimmt, zeigt Ähnlichkeiten zur gemeinrechtlichen Modus-Titulus-Lehre, ist aber nicht mit ihr gleichzusetzen. Um die historische Traditionslinie dieser Einteilung zu erhellen sowie das heuristisch Fruchtbare einerseits und die dogmatischen Fehlentwicklungen andererseits herauszustellen, erfolgt zunächst ein kursorischer Abriss der Lehre.

Bevor sich das durch Savigny systematisch zusammengefasste Prinzip des dinglichen Vertrags sowie der darauf beruhenden Trennung und Abstraktion

83 Zur Methode im *Usus modernus*, vgl. *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte (1967)[2], § 14, S. 225, 228 f.

84 Insofern erscheint die systematische Begründung des Abstraktionsprinzips durch Savigny alles andere als lebensfremd, sondern gerade darauf gerichtet, den Verkehrsbedürfnissen näher zu kommen, als es die Konstruktionen des *Usus modernus* und Vernunftrechts vermochten. Allerdings hat Savigny das Abstraktionsprinzip nicht mit teleologischen oder rechtspolitischen Argumenten abgestützt. Vgl. *H.H. Jakobs*, SZ (RA) 119 (2002), S. 269–325, 298 ff.

85 Richtig erkannt u. prägnant herausgestellt von *U. Huber*, Savigny, in: FS Canaris I (2007), S. 471–512, 497 Fn. 145.

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

des Verfügungsgeschäfts vom Kausalgeschäft endgültig durchsetzen konnte, war in den deutschen Territorien des 17. und 18. Jahrhunderts eine andere Sichtweise auf den wirtschaftlichen Gesamtakt einer Vermögensbewegung vorherrschend.[86] Nahezu einhellig vertraten die Schriftsteller im *Usus modernus*, dass die Gültigkeit einer Eigentumsübertragung von zwei Voraussetzungen abhängig sei: Erstens ein wirksamer Erwerbstitel (z. B. Kauf, Tausch) und zweitens ein rechtlich anerkannter Erwerbsmodus (z. B. Übergabe, *constitutum simplex*). Im Unterschied zum geltenden Recht erschöpfte sich nach dieser Ansicht der Erwerbsmodus der *traditio* in einer realen Tathandlung und wurde nicht als dinglicher Vertrag angesehen, der in seiner Entstehung und Wirkung vom Erwerbstitel unabhängig ist. Eine zwar rechtlich anerkannte, dennoch mehr zum Faktischen tendierende Erwerbshandlung sei ohne rechtfertigenden Grund, also ohne eine entferntere juristische Ursache (*causa remota*), die den *modus adquirendi* als unmittelbare juristische Ursache (*causa proxima*) einrahmt und ihr einen Sinn als naturgemäße Folgewirkung verleiht, ein rechtliches Nullum.[87] Ersichtlich stehen hier scholastische Denkformen im Hintergrund der rechtlichen Anschauung. Die Theoretiker des *Usus modernus* übertrugen die Idee einer zweckhaften Naturordnung, in der sich alles Sein von der substanziellen Möglichkeit zur erscheinenden Wirklichkeit fortentwickelt, auf die Strukturen, Formen und Wirkungen des Rechts.[88] Die Eigentumsübertragung einer Sache war zwar der vorbildliche Ausgangspunkt; allerdings wurde die Lehre in der Literatur allmählich ausgestaltet zu einem umfassenden Doppeltatbestand,

86 Zur anfänglich wenig einflussreichen Traditionslinie des dinglichen Vertrags, die von den Glossatoren über den Humanisten Hugo Donellus zum französischen Rechtsgelehrten Robert-Joseph Pothier (1699–1772) und Gustav Hugo, als dessen systematischer Vollender Savigny gelten darf, gezogen werden kann, vgl. *Felgentraeger*, Übereignungslehre (1927), S. 3–24; *U. Huber*, Savigny, in: FS Canaris I (2007), S. 471–512, 496 ff.; *H.H. Jakobs*, SZ (RA) 119 (2002), S. 269–325, 280 ff.

87 Anschaulich z. B. bei *Westphal*, System des Römischen Rechts (1788)[1], § 481, S. 386 f.: »Soll die Übergabe eine Kraft, das Eigenthum zu übertragen, haben, so muß damit ein Rechtstitel verknüpft seyn […]. Sie [die Übergabe] ist an sich eine todte Handlung. Der dabey vorkommende Titel muß ihr das Leben, den Geist und die eigentliche Richtung mittheilen.«

88 So etwa noch bei *Höpfner*, Commentar über die Heineccischen Institutionen (1803)[7], § 293, S. 307 f.: »Wenn man sich ein dingliches Recht erwerben will, so sind zwey Stücke nöthig: ein rechtmäßiger Titel und ein *modus adquirendi.* […] Der Titel liegt zuweilen in einer Handlung, die ich oder ein Anderer vornehme […]. Z. B. ich kaufe im Buchladen ein Buch, und lasse mir es übergeben. Jetzt bin ich Eigenthümer, habe ein dingliches Recht auf das Buch. Mein *titulus* ist der Kauf, den ich mit dem Buchhändler geschlossen habe; denn dieser macht es mir möglich, Eigenthümer zu werden. Mein *modus adquirendi* aber ist die Tradition. *Sie hat jene Möglichkeit in eine Wirklichkeit verwandelt*, hat mich *wirklich zum Eigenthümer gemacht.*« [Hervorheb. z. T. v. Verf.]. Vgl. ferner *Hofmann*, Die Lehre vom titulus (1873), S. 37–39.

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

worunter sämtliche Erwerbsformen mit *titulus* und *modus* erfasst und klassifiziert wurden (z. B. auch Herrenlosigkeit als Erwerbstitel für die Aneignung).[89]

2. Ein Teilstück der Modus-Titulus-Lehre: Die vorpandektistische Auffassung von der *iusta causa traditionis*

Als systematischer Seitenzweig der Modus-Titulus-Lehre entwickelte sich die Ansicht, dass jeder abgeleitete Eigentumserwerb eine *iusta causa traditionis* voraussetze, die ausschließlich in einem obligatorischen, auf Eigentumsübertragung gerichteten Rechtsgeschäft bestehen könne. Eine gültige Eigentumsübertragung durch *traditio* könne nur durch vorhergehende *promissio* erfolgen, sodass andersherum jeder Übergabeakt ohne vorausgehenden Versprechensakt ungültig sei.[90] Diese Ansicht, welche aus der Verallgemeinerung einzelner Digestenstellen[91] und der scholastischen Modus-Titulus-Lehre erwachsen ist, führte zu zwei Konsequenzen: Zum einen wurde jeder Vertrag als Schuldvertrag konstruiert und zum anderen wurde dem Versprechensempfänger beim Kauf von Gattungssachen bereits ein *ius ad rem*, ein (persönliches) Recht *zur* Sache, zugestanden, das sich mit der Tathandlung der Übergabe zum *ius in re*, also zum Eigentumsrecht *an* der Sache, gleichsam nur noch verdichten musste.[92] Während

89 Allerdings war der Anwendungsbereich umstritten, sodass etwa Thibaut *modus* und *titulus* lediglich für die *traditio* und *usucapio* gelten lassen wollte, während Christian Wolff und Daniel Nettelbladt die Voraussetzungen für den Rechtserwerb überhaupt statuierten (z. B. auch: *tituli possessionis*). Vgl. *Hofmann*, Die Lehre vom titulus (1873), S. 8f.

90 Vgl. *Hofmann*, Die Lehre vom titulus (1873), S. 46–51, mit zahlreichen Nachweisen.

91 Insbes. Paul. 31 ad ed. D. 41, 1, 3, wo ausgeführt ist, dass niemals das Eigentum durch bloße Übergabe übertragen wird, sondern nur dann, »*si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit*«. Dass hingegen das erstgenannte Regelbeispiel bei Paulus, der Verkauf (*emptio venditio*), gerade nicht gleichgesetzt werden kann mit der ›modernen‹ Konstruktion des Kaufvertrags i. S.e. zweiseitigen Versprechensvertrags, dessen Forderungen durch Erfüllung erlöschen, wurde nicht hinreichend reflektiert. Im römischen Recht ist zwar für die (›gestundete‹) Kaufpreiszahlung, nicht aber für die Sachleistung ein Solutionsgeschäft vorausgesetzt. Vgl. zu weiteren herangezogenen Belegstellen *Exner*, Die Lehre vom Rechtserwerb (1867), S. 317. Daneben herrschte bekanntlich eine bis heutige andauernde Diskussion um die Antinomie zwischen dem Julianfragment bei D. 41, 1, 36 [Abstraktionsgrundsatz?] und der Ulpianstelle von D. 12, 1, 18 [Konsensmangel beim Grundgeschäft führt zu Unwirksamkeit der *traditio*?], siehe dazu: *Bremkamp*, Causa (2008), S. 45–48 u. *H.H. Jakobs*, SZ (RA) 119 (2002), S. 269–325, 304ff. – jeweils mwN zur Kontroverse.

92 Vgl. zur Konstruktion des *ius ad rem*: *Dubischar*, JuS 1970, S. 6–12; *Wieling*, JZ 1982, S. 839–842. Die Redaktoren des BGB verwarfen die Möglichkeit eines Rechts zur Sache, vgl. bereits den Vorentwurf: *v. Kübel*, Abschn. I, Tit. I, Wesen der Schuldverhältnisse, § 1, S. 2–4, in: W. Schubert (Hg.), Vorlagen der Redaktoren: Teilentwurf Schuldrecht AT (1980), S. 4–6. Beide Konsequenzen hatte dagegen das Preußische Allgemeine Landrecht übernommen, vgl. § 131–135, 1. Teil, 2. Titel: »Die Handlung oder Begebenheit, wodurch jemand *ein Recht auf eine Sache* erlangt, heißt die *Erwerbungsart* [§ 131]. Der *gesetzliche Grund*, vermöge dessen

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

sich das nicht quellengemäße und neu konstruierte *ius ad rem* nur in Einzelfällen – wie z. B. bei der Frage nach der Behandlung des Doppelverkaufs – bemerkbar machte, zeitigte die Ausschaltung von verpflichtungsfreien Verträgen bei der Eigentumsübertragung einen tiefgreifenden Systemwechsel, der in der bisherigen Rechtstradition keine Vorläufer findet. Die profanen Naturrechtler (Grotius, Pufendorf, Thomasius, Wolff) wirkten in dieser Hinsicht als Katalysatoren und haben im Anschluss an die *obligatio*-Lehre des Gelehrtenrechts den vertraglichen Versprechensakt zum Axiom des Privatrechts überhaupt ausgebildet. Die im Versprechen manifeste Selbstbindung (*pollicitatio*) des Versprechensgebers, d. h. eine zunächst nur *mit sich selbst und für sich allein* herbeigeführte rechtliche Gebundenheit des Versprechenden an eine geplante Zukunft, die sodann dem Gläubiger – analog einer körperlichen Sache – übergeben werden musste, wurde als vollkommener Ausdruck individueller Freiheit und als Vorbild für jedes selbstbestimmte Rechtshandeln empfunden.[93]

Die Kehrseite einer solchen Modellvorstellung der atomistischen Selbstbindung war freilich, dass erstens die kleineren analytischen Einheiten der Willenserklärung und Forderung die größeren und aufnahmefähigeren Denkformen von Konsens und Vertrag beiseitegeschoben haben.[94] Zweitens und infolgedessen wurden die empirisch vielfältigen Erscheinungsweisen von Vermögensbewegungen zwischen zwei oder mehr Personen in genau dieses enge und kleinteilige Schema der formalen Obligationsbegründung hineingezwängt, sodass jede rechtlich anerkannte Willensentscheidung – entgegen historischen, dogmatischen und praktischen Erfahrungen – zugleich ein Verpflichtungsmoment des Erklärenden enthalten sollte.[95]

---

diese Handlung oder Begebenheit die Kraft hat, daß dadurch das Recht erworben werden kann, *wird* der *Titel genannt* [§ 132]. Die *Erwerbung* eines Rechts auf fremde Sachen *setzt* bey dem Erwerbenden *ein vorhergehendes Recht zur Sache voraus* [§ 133]. Dieses persönliche Recht, aus welchem durch die hinzukommende Erwerbungsart ein Recht auf die Sache entsteht, heißt der Titel dieses dinglichen Rechts. Wenn demjenigen, der ein *persönliches Recht zu einer Sache* hat, der Besitz derselben auf den Grund dieses Rechts eingeräumt wird, so entsteht dadurch ein dingliches Recht auf die Sache [§ 135].« [Hervorheb. v. Verf.].

93 Zum größeren Kontext vgl. *Felgentraeger*, Übereignungslehre (1927), S. 4f.; *Wesener*, Zur Verflechtung von Usus modernus pandectarum und Naturrechtslehre, in: FS Bydlinski (2002), S. 473–494, 486; *Wieacker*, Vertragliche Obligation bei den Klassikern des Vernunftrechts, in: FS Hans Welzel (1974), S. 7–22.

94 Aus diesem Grund lehnten die BGB-Gesetzgeber auch die analytische Konstruktion der *pollicitatio* bei der Vertragsbegründung ab und ließen lediglich für den Teilbereich der Antrags- und Annahmedogmatik im Allgemeinen Teil die einseitige Versprechenslehre der Vernunftrechtler gelten, allerdings auch nur in Hinblick auf die Gebundenheit des Antragenden während der Erklärungszeit (§§ 145ff. BGB); *v. Kübel*, I. Abschn., 2. Tit., II. Einseitiges Versprechen, S. 1f., in: W. Schubert (Hg.), Vorlagen der Redaktoren: Teilentwurf Schuldrecht AT (1980), S. 483f.

95 Für einen umfassenden Überblick über verschiedene Rechtskonzepte zur Begründung ob-

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

Im Unterschied zur allgemeinen Modus-Titulus-Lehre, die von Beginn an überaus heterogen und umstritten war, konnte sich die Auffassung von der *iusta causa traditionis* bis auf Savigny nahezu unangefochten im Gemeinen Recht behaupten. Selbst ein so scharfer Kritiker des *Usus modernus* wie Gustav Hugo lässt den Doppeltatbestand von *causa praecedens* (Schuldvertrag) und *causa remota* (Tradition) jedenfalls für den derivativen Eigentumserwerb gelten, sodass auch er die *iusta causa traditionis* als notwendiges Tatbestandselement des dinglichen Rechtserwerbs ansieht.[96]

3. Savignys Kontrapunkt: Der dingliche Vertrag als hinreichender Rechtsakt und die *iusta causa* als bloßes Motiv des Tradenten

Bekanntlich war Savigny weder ›Erstkonstrukteur‹ des dinglichen Vertrags und des damit zusammenhängenden Abstraktions- und Trennungsprinzips noch darf ihm bei seiner Wiederbelebung der humanistischen Traditionslinie eine besondere Interessenjurisprudenz unterstellt werden.[97] So hat Savigny das schon in seinen frühen Vorlesungen angedeutete Trennungsprinzip nicht deswegen bei den Glossatoren sowie bei Duarenus und Donellus aufgespießt, um die Leichtigkeit und Sicherheit des Verkehrs zu gewährleisten, sondern in erster Linie, um den durch den *Usus modernus* verkürzten Vertragsbegriff auf römisch-rechtlicher Grundlage wiederherzustellen.[98]

ligatorischer Leistungspflichten, siehe eingehend *Schulze*, Naturalobligation (2008), S. 287–375.

96 Vgl. *Hugo*, Civilistisches Magazin I (1791), Nr. 11, S. 216–231, 229.

97 Allerdings kommt ihm das Verdienst zu, über seine zahlreichen Schüler, die eine akademische Laufbahn einschlugen, für eine äußert rasche Anerkennung und flächendeckende Verbreitung der klaren Ausbuchstabierung der ›neuen-alten‹ Lehre gesorgt zu haben. Großen Anteil am Erfolg hatte wohl auch der Beitrag von *Warnkönig*, AcP 6 (1823), S. 111–134, der zwar auf Savignys Besitzlehre einführend Bezug nimmt, im Übrigen jedoch relativ eigenständig, indes in teilweiser Anlehnung an Savignys Schüler Regenbrecht, das Trennungsprinzip herleitet. Warnkönig war in Heidelberg – entgegen der Schilderung von *Ranieri*, Die Lehre der abstrakten Übereignung, in: Coing/Wilhelm (Hg.), Wissenschaft und Kodifikation II (1977), S. 90–111, u. *Stadler*, Gestaltungsfreiheit (1996), S. 50 – *kein* Schüler von Savigny (der bekanntlich den Ruf hierhin ablehnte), sondern von Thibaut und ist in wissenschaftlicher Hinsicht daher mehr als ein zwischen den beiden Lichtgestalten stehender Vermittler anzusehen.

98 Zur Traditionslinie der französischen Humanisten im Zusammenhang mit dem Trennungsprinzip: *Fuchs*, Iusta causa (1952), S. 56–66; *Hofmann*, Die Lehre vom titulus (1873), S. 46–65. Das Verkehrsschutzargument kam indes erst spät hinzu, so etwa bei *Jhering*, Geist des römischen Rechts III (1888)[4], § 55, S. 213, wo er sich zum Nachteil des Kausalprinzips äußert: »Der Fehler, der dem Eigenthum von seiner Geburt her anhaftet, wird hier nie überwunden, das Eigenthum ist als ein krankes, sieches zur Welt gekommen; in dem durch seine mangelhafte Begründung bewirkten Fehler trägt es den Todeskeim in sich, der […]

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

a) Genese des Trennungsgedankens

Schon in den Marburger Vorlesungen im Wintersemester 1803/04 hat Savigny sein komplettes Programm der Trennung des Grundgeschäfts von der Eigentumsübertragung vor Augen.[99] In Kritik der Modus-Titulus-Lehre zeigt er anhand der beiden Anschauungsfälle der Aneignung und Handschenkung, dass der Rechtserwerb an Sachen kein Erwerbstitel zur Gültigkeitsvoraussetzung hat. Im Fall der Okkupation sei nichts anderes als die tatsächliche Besitzergreifung durch den Aneignenden zum Eigentumserwerb erforderlich, im zweiten Fall der Handschenkung sei eine *obligatio* für den Eigentumserwerb weder gewollt noch denknotwendig vorauszusetzen. Würde man bei der Aneignung das Gesetz zum Titel machen, wäre dies in Hinblick auf die *traditio* widersprüchlich, da dort nach herrschender Lehre nur zwei Willenstatbestände, aber kein Gesetz erforderlich seien. Wäre auf der anderen Seite eine *obligatio* für jede Eigentumsübertragung zwingende Voraussetzung, so fiele die Handschenkung aus dem System von Titel und Modus komplett heraus. Da hier keine Verpflichtung begründet werde, die mit einer *traditio* erfüllt werden kann, ein Erfüllungsakt mangels Forderung also gar nicht möglich ist, müsste es der schenkweisen Einräumung des Besitzes an einem Erwerbstitel mangeln, sodass kein Eigentum übergehen dürfte. Doch das Gegenteil wäre gängige Rechtspraxis. Aus den zwei Beispielen ergebe sich somit die logische Unrichtigkeit, zur Gültigkeit eines Rechtserwerbs einen Doppeltatbestand von Titel und Modus zu verlangen, da in beiden Beispielsfällen kein Titel vorhanden sei (weder ein gesetzlicher noch ein obligatorischer) und der Aneignende bzw. Schenkungsnehmer gleichwohl und unstrittig Eigentümer der Sache werde. Für die Eigentumsübertragung sei folglich nur das Faktum der wechselnden Sachherrschaft und der Wille der Beteiligten zum Eigentumsübergang notwendig, woraus sich der konkrete Sinn

dem Eigenthum den Untergang bereitet und damit den Unschuldigen, den spätesten Nachmann mit in die Verwicklung und den Schaden hineinzieht.«

99 Folgende Zusammenfassung aus den Mitschriften der Gebrüder Grimm, auszugsw. abgedr. bei: *Felgentraeger*, Übereignungslehre (1927), S. 27–31. Missverständlich erscheint die Deutung von *Bremkamp*, Causa (2008), S. 220, der meint, Savigny habe letztlich bis zum Erscheinen seines »Obligationenrechts« im Jahre 1853 an der »Konstitutivität« der *iusta causa* der Tradition festgehalten und nur eine inhaltliche Umdeutung der Willenseinigung zur Forderungsbegründung auf eine Willenseinigung zur Eigentumsübertragung vorgenommen. In der von Bremkamp zitierten Stelle aus den Berliner Vorlesungen im Wintersemester 1820/21 will Savigny lediglich die Begriffsleere von »causa« darlegen, indem er sie auf die »Absicht« des Berechtigten bezieht, ein allgemeiner Begriff, »der bei allen Geschäften in allen Fällen passt« (zit. nach *Felgentraeger*, Übereignungslehre (1927), S. 34). An anderen Stellen, die durchaus in Bremkamps Sinne verstanden werden könnten, äußert sich Savigny jedoch nicht zum ›heutigen römischen Recht‹, sondern etwa im Zusammenhang mit der Übertragung von *res mancipi* zum altrömischen Recht und beim Kauf zum nachklassischen römischen Recht (zit. nach *Felgentraeger*, Übereignungslehre (1927), S. 28f. [altrömisches Recht] u. S. 35 [»Justinianisches Recht«]).

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

der Übergabe erschließen lässt, sodass festgestellt werden könne, ob mit der tatsächlichen Besitzverschaffung auch wirklich Eigentumsübertragung und nicht nur z. B. eine Gebrauchsüberlassung gewollt war.

In seinen späteren Vorlesungen während Berliner Zeiten macht Savigny nun deutlich, dass die sog. *iusta causa traditionis* keineswegs eine Gültigkeitsvoraussetzung für den Rechtsübergang sei, sondern schlicht ein materiell-rechtliches Beweiszeichen, um den Willen der Beteiligten zum Eigentumsübergang leichter eruieren zu können. Die im Rahmen des dinglichen Rechtserwerbs zum Ausdruck gebrachte *iusta causa traditionis*, die Bezugnahme auf ein materielles Rechtsgeschäft, wirke folglich nicht konstitutiv, sondern nur anzeigend und deklaratorisch, habe also eine Erklärungsfunktion für das Handeln der Beteiligten und könne zudem für den Rechtsanwender eine Interpretationshilfe bieten, um den Tatsachenstoff juristisch qualifizieren zu können.[100] Als Verständniselement des dinglichen Formalakts, als hermeneutischer »Bestimmungsgrund der Tradition«, ist die *iusta causa* nach Savigny von der tatbestandsmäßigen Gültigkeitsvoraussetzung im *Usus modernus*, die den dinglichen Rechtserwerb erst ermöglichte und seinen Bestand garantierte, herabgestuft zur schlichten »Erkenntnisquelle für den Eigenthumsübertragungswillen«, einer Erkenntnisquelle, die nicht einmal notwendig auf einen Schuldvertrag zurückführen muss.[101]

Wenn die Übertragung eines dinglichen Rechts, so wie jeder andere Rechtsakt mit verfügendem Charakter, keinen (gesetzlichen oder schuldrechtlichen) Titel zur Gültigkeitsvoraussetzung hat, dann bleibt – ungeachtet des Faktums des Besitzerwechsels – für das spezifisch Rechtliche an einem solchen Akt nur noch die Willensübereinstimmung der Parteien übrig, die auf ein Rechtsverhältnis gerichtet ist, das den Wechsel der absoluten Zuordnung an der Sache zum Inhalt hat. Eine Willensübereinstimmung, gerichtet auf die Begründung eines die Parteien angehenden Rechtsverhältnisses, ist aber nach Savignys weitgefasster Vertragstheorie, die ebenfalls in der humanistischen Tradition von Duraneus

100 Nach den Mitschriften von Georg Christian Burchardi (1795–1882) u. Wilhelm Theodor Kraut (1800–1873), beide später ordentliche Professoren, auszugsw. abgedr. bei *Felgentraeger*, Übereignungslehre (1927), S. 31–36.

101 So später zusammenfassend und als »herrschende Meinung« ausgewiesen von *Windscheid*, Pandektenrecht I (1882)[5], § 172 Fn. 16a, S. 545. Vgl. ferner *Savigny*, Obligationenrecht II (1853), § 78, S. 258: »Um nun in zweifelhaften Fällen eine sichere Entscheidung zu finden, bleibt Nichts [*sic!*] übrig, als auf die umgebenden Umstände, Absichten, Zwecke zu sehen, auf *dasjenige Rechtsgeschäft*, *mit welcher die Tradition in Verbindung steht*, wodurch sie herbeigeführt wird. Eben Dieses [*sic!*] nun ist die *wahre Bedeutung* der *justa causa*, denn hieraus wird sich stets mit Sicherheit erkennen lassen, ob die Absicht auf Uebertragung des Eigenthums gerichtet war (wie bei Kauf oder Tausch), oder nicht (wie bei Miethe und dem Depositum).« [Hervorheb. z. T. v. Verf.].

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

und Donellus steht, nichts anderes als selbst ein Vertrag, eben ein vom obligatorischen Rechtsgeschäft zu trennender dinglicher Vertrag:[102]

> »So ist die Tradition ein wahrer Vertrag, da alle Merkmale des Vertragsbegriffs darin wahrgenommen werden: denn sie enthält von beiden Seiten die auf gegenwärtige Übertragung des Besitzes und des Eigentums gerichtete Willenserklärung, und es werden die Rechtsverhältnisse der Handelnden dadurch neu bestimmt; daß diese Willenserklärung für sich allein nicht hinreicht zur vollständigen Tradition, sondern die wirkliche Erwerbung des Besitzes, als äußere Handlung hinzutreten muß, hebt das Wesen des zum Grund liegenden Vertrages nicht auf.«[103]

In dieser viel zitierten Passage aus dem § 140 zum Vertragsbegriff im dritten Band des »System des heutigen römischen Rechts« fasst Savigny folglich in wenigen Worten die über die Jahre hinweg gewachsene Erkenntnis zusammen, dass *erstens* die Tradition nicht nur ein Faktum, sondern echter Vertrag ist, *zweitens* dieser Vertrag denselben allgemeinen Regeln unterliegt wie bei allen anderen Rechtsgeschäften (z. B. Irrtum, Anfechtung, Nichtigkeitsgründe), *drittens* der dingliche Vertrag mit seinem Grundgeschäft zwar nicht tatbestandsmäßig, aber dennoch sinnvoll in Verbindung steht, nämlich in einem ähnlichen Kausalzusammenhang wie das Motiv zum Zweck, und *viertens* diese sinnvolle Verbindung mit der *iusta causa traditionis* bezeichnet ist, deren rechtliche Funktion sich auf ein Erklärungs- und Auslegungszeichen zur Dokumentation des inneren Willens beschränkt, aber weder Geltungsgrund noch Gültigkeitsvoraussetzung für die Eigentumsübertragung bildet.

b) Vertiefung des Trennungsgedankens im Abstraktionsprinzip und das Bereicherungsrecht als Ausnahme von der grundsätzlichen Unbeachtlichkeit des Motivirrtums

Hat Savigny zunächst nur dargelegt, dass der Rechtsakt zur Eigentumsübertragung als selbständiger Vertrag bewertet werden muss, so bleibt noch die Frage offen, welche Fehlerfolgen angeordnet werden sollen, wenn das vom dinglichen Geschäft zu trennende Grundgeschäft, auf welches die Parteien bei

102 So ist Savignys ›abgespeckter‹ und damit weitgehender Vertragsbegriff, der weder die Rechtspflicht noch eine typisierte *causa* zum Definitionselement erhebt, sondern allein das rechtliche Geltensollen des Parteienwillens in den Vordergrund rückt, mit dem römischrechtlichen Oberbegriff der *conventio* vergleichbar (Ulp. 4 ad ed. D. 2, 14, 1, 3: *conventionis verbum generale*), den auch der französische Humanist Franciscus Duarenus (1509–1559), Lehrer von Donellus, als Einteilungsgrundsatz für seine Vertragslehre nimmt, vgl. dazu *Vogt*, Duarenus (1971), S. 81–83. Donellus wird dagegen von Savigny für seine Zurückführung des Vertrags auf die *obligatio* gerügt, vgl. *Savigny*, System III (1840), § 141, S. 314 Note (a). Hinsichtlich des grundsätzlichen Trennungsgedankens liegt Savigny dagegen mit Donellus nahezu auf einer Linie, vgl. dazu *Fuchs*, Iusta causa (1952), S. 59–64.

103 *Savigny*, System III (1840), § 140, S. 312.

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

der dinglichen Einigung regelmäßig rekurrieren, mangelhaft ist. Denn das Trennungsprinzip sagt zunächst nicht mehr aus, als dass ein dinglicher Übertragungsakt der Vertragsform vollständig genügt und somit eigenständig ›neben‹ dem Vertrag des Grundgeschäfts existiert. Über das *funktionelle Verhältnis* dieser beiden Verträge trifft das Trennungsprinzip hingegen keine Aussagen.[104]

Im dritten Band seines ›Systems‹ bespricht Savigny die funktionelle Folgeproblematik, welche heutzutage unter dem Begriff ›Abstraktionsprinzip‹ erörtert wird: Zu einem Fehlschlag der Vermögensbewegung trotz perfekter Eigentumsübertragung kommt es regelmäßig dann, wenn der Veräußerer einem speziellen Irrtum unterliegt, nämlich einer Fehlvorstellung in der *iusta causa traditionis.* Wie zuvor gesehen, ist für Savigny die *iusta causa traditionis* lediglich ein Erklärungszeichen des Tradenten, der durch den Rekurs auf das Grundgeschäft den Willen anzeigt, auch wirklich Eigentum übertragen zu wollen. Glaubt nun der Tradent irrtümlich an ein bestehendes Rechtsverhältnis, das die Pflicht zur Eigentumsübertragung begründet oder zumindest eine Behaltensbefugnis für diese in Geltung gesetzt hat, obwohl in Wirklichkeit ein anders lautendes oder gar kein Rechtsverhältnis existiert, und findet die Übereignung dann trotzdem statt, so wäre es offensichtlich unbillig, dem Neueigentümer die formale Rechtsposition weiterhin zu belassen. Allerdings darf dieser Irrtum in der *iusta causa traditionis* – Savignys Trennungsgedanken weitergedacht – im Grunde genommen überhaupt keinen Einfluss auf den dinglichen Rechtsakt zeitigen, da die *iusta causa* tatbestandsmäßig ja gerade nicht zur *traditio* gehört. Die mit Willen in Geltung gesetzte Rechtsfolge bei der Übereignung ist vielmehr störungs- und fehlerfrei verwirklicht worden, das Eigentum an der Sache steht wie gewollt nach der Übereignung im Rechtskreis des anderen. Folgerichtig bezeichnet Savigny den Irrtum in der *iusta causa traditionis* als eigentlich unbeachtlichen Motivirrtum.[105]

Die den Übereignungsvorgang begleitende *iusta causa traditionis* ist bei Savigny daher kein selbständiger und schöpferischer Akt der Privatautonomie, also *kein Rechtsgeschäft*, sondern dogmatisch äußerst niedrigschwellig angesetzt, was in seinen Umschreibungen zum Ausdruck kommt, der Übereignungsvorgang würde nur »mit Rücksicht auf eine juristische *causa*«[106] vorgenommen, sie wäre nur eine »Absicht […], die in der Seele des tradens der Hdlg.

104 *Brandt*, Eigentumserwerb (1940), S. 70. Klarstellend beide Prinzipien auseinanderhaltend *Jauernig*, JuS 1994, S. 721–727, 721 f.; zum römisch-rechtlichen Hintergrund: *Jahr*, SZ (RA) 80 (1963), S. 141–174.

105 *Savigny*, System III (1840), § 135, S. 263 Note (b), § 139, S. 304 f. u. Beylage VIII, S. 356, 358–361, 448, 452.

106 *Savigny*, System III (1840), Beylage VIII, S. 360 [Hervorheb. i. O.].

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

[Handlung] vorangehen muß.«[107] Sind das Grundgeschäft und der dingliche Übertragungsakt unzweifelhaft Rechtsgeschäfte, so bleibt nach Savigny die *iusta causa traditionis* als drittes Element des wirtschaftlichen Gesamtakts dagegen nicht-rechtsgeschäftliches, rein faktisches Motiv.

Das Rechtsinstitut der Leistungskondiktion normiert in Savignys Augen nun gerade für diese begrenzten Fälle eine Ausnahme von der Regel, dass Motivirrtümer irrelevant sind und das Bestehenbleiben eingetretener Rechtsfolgen nicht beeinflussen können. So sei eben auch der »*error* die wahre Bedingung der Condiction«[108] und, z. B. im Falle einer Geldleistung,

> »der positive Grund für das Recht der Rückforderung, denn die Zahlung ist eine an sich gültige, wirksame Handlung, die nur ausnahmsweise, und zwar nur des Irrthums wegen, hinterher entkräftet werden kann.«[109]

Damit bestätige das Kondiktionenrecht den Grundsatz der Unbeachtlichkeit des Motivirrtums: Die Leistungskondiktion wäre als Rechtsinstitut »völlig überflüssig, ja in ihrer fest begränzten Ausnahmenatur undenkbar, wenn nicht unser Satz als bekannte und unzweifelhafte Regel vorausgesetzt werden dürfte.«[110] In Savignys Bezugnahme auf das Bereicherungsrecht wechselt er folglich vom Trennungs- zum Abstraktionsprinzip und führt die heute kodifizierten Konsequenzen eines fehlerhaften Grundgeschäfts vor Augen: *Wirksamkeit* der Rechtsfolgen des dinglichen Vertrags, aber *kein Wirksambleiben* dieser Rechtsfolgen, wenn der Tradent seinen Kondiktionsanspruch wegen Motivirrtums in der *iusta causa traditionis* auf Rückübertragung des Eigentums geltend macht. Zusammenfassend schreibt Savigny dazu:

> »Auch bey diesen [d. h. den Kondiktionen] wird ein an sich gültiges Rechtsgeschäft vorausgesetzt, welches lediglich wegen des Irrthums durch eine besondere Klage wiederum entkräftet werden kann. Die eigenthümliche Voraussetzung wird darin gesetzt, daß das Rechtsgeschäft vorgenommen werde mit Rücksicht auf eine juristische

107 Vorlesungsmitschrift eines unbekannten Studenten zum Pandektenrecht 1827, zit. nach *Felgentraeger*, Übereignungslehre (1927), S. 36. Deckungsgleich ist die allgemeine Definition des Motivirrtums bei *Savigny*, System III (1840), § 115, S. 113: »Die richtige Auffassung [vom Beweggrund] beruht also auf der scharfen Unterscheidung des Wollens selbst, von Demjenigen [*sic!*] *was ihm in der Seele des Wollenden vorherging*; *das Wollen ist eine selbstständige Thatsache*, die allein für die Bildung der Rechtsverhältnisse von Wichtigkeit ist, und es ist ganz willkührlich und grundlos, wenn wir mit dieser Thatsache *jenen vorbereitenden Prozess* so verbinden, als ob derselbe ein Bestandteil ihres Wesens wäre.« [Hervorheb. v. Verf.]; Savigny unterscheidet hier bereits äußerst klar zwischen den Stadien von Motivation als Willensbildungsprozess und der zeitlich nachfolgenden Erklärung des fertig gebildeten Willens, d. h. der auf eine Rechtsfolge sich beziehende (und anfechtbare) Wille als geäußerte Entscheidung. Vgl. auch *Savigny*, System III (1840), § 130, S. 237.

108 *Savigny*, System III (1840), Beylage VIII, S. 452 [Hervorheb. i. O.].

109 *Savigny*, System III (1840), § 135, S. 263 Note (b).

110 *Savigny*, System III (1840), Beylage VIII, S. 356.

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

causa, und daß der Irrthum gerade diese *causa*, nicht etwa blos die factischen Vortheile oder Nachtheile, die dabey eintreten können, betreffe […].«[111]

Als Beispiele für Irrtümer in Bezug auf nur faktische Vorteile oder Nachteile, die auch vom Kondiktionenrecht unberücksichtigt bleiben müssen, nennt Savigny in der Fußnote zur zitierten Passage die Fehlvorstellung über Brauchbarkeit und Preis einer Sache beim Tauschvertrag. Wer sich beim intendierten Tauschgeschäft mit seiner Zuwendung über die Erwartung getäuscht habe, auch die Gegenleistung zu erhalten, hat wegen Irrtums in der *iusta causa traditionis* einen Anspruch aus Leistungskondiktion.[112] Wer sich dagegen über Brauchbarkeit und Wert der erhaltenen Sache geirrt hätte, der würde nur einem *allgemeinen* Motivirrtum unterliegen, sodass auch ein Kondiktionsanspruch nicht begründet wäre.[113] Begrenzt sind die Fälle folglich dadurch, dass ausschließlich der Motivirrtum in der spezifisch *juristischen causa* nicht in irgendeinem anderen Bestimmungsgrund durchschlägt und den Irrenden zur Kondiktion berechtigt.

c) Inkurs: Abgleich von Savignys *iusta causa traditionis* mit dem Leistungsbegriff im Sinne von § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB

Interessant erscheint in diesem Kontext ein Abgleich von Savignys Konstruktion mit dem bereicherungsrechtlichen Verständnis des Tatbestandsmerkmals der »Leistung«. Setzt man die Savigny'sche Neubegründung der *iusta causa traditionis* in Kontrast mit dem modernen Leistungsbegriff in der Formulierung des allgemein akzeptierten Mininmaltatbestands, so fallen zunächst die Ähnlichkeiten ins Auge. Nach wohl herrschender Auffassung wird unter dem Begriff der kondiktionsrechtlichen Leistung jede »bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens« verstanden.[114] Maßgebliches Element dieser Begriffsbestimmung ist dabei die vom Leistenden abgegebene – und in der Literatur

111 *Savigny*, System III (1840), Beylage VIII, S. 360 [Hervorheb. i. O.].

112 Hinzugefügt sei, dass der Tauschvertrag nach zeitgenössischer Ansicht nicht als reiner Versprechensvertrag, sondern als obligatorischer Realvertrag angesehen wurde. Vgl. ferner zur Unbeachtlichkeit beim Irrtum in Wert und Brauchbarkeit *Savigny*, System III (1840), Beylage VIII, S. 355.

113 *Savigny*, System III (1840), Beylage VIII, S. 360 Note (e): Wegen des realvertraglichen Charakters will Savigny hier dem Leistenden nicht die *condictio indebiti*, sondern die *condictio ob causam datorum* gewähren.

114 Vgl. nur *Esser/Weyers*, Schuldrecht II/2 (2000)[8], § 48, S. 42; *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht (2006)[10], § 103, S. 709 Rz. 1430; *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2 (1994)[13], § 67, S. 132f.; *Loewenheim*, Bereicherungsrecht (2007)[3], S. 23; Staudinger/*St. Lorenz* (2007), § 812 Rz. 4; *Reeb*, Grundprobleme (1975), S. 13; *Reuter/Martinek*, Bereicherung (1983), § 4, S. 80f.; MüKo/*Schwab* (2017)[7], § 812 Rz. 47 [Betonung der Zweckbestimmung]; Palandt/*Sprau* (2017)[76], § 812 Rz. 14; *Wieling*, Bereicherungsrecht (2006)[4], § 3, S. 13; st. Rspr. seit: BGHZ 40, S. 272–282; aus jüngerer Zeit: BGH NJW 2004, S. 60f.; BGHZ 162, S. 157–161 = NJW 2005, S. 1356f.; zuerst formuliert von: *Kötter*, AcP 153 (1954), S. 193–239, 195f.

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

verschiedentlich qualifizierte[115] – Zweckbestimmung, welche die Vermögensmehrung mit der »Planungsgrundlage« des Kausalgeschäfts verknüpft und Auskunft über die Parteien des Leistungskondiktionsverhältnisses geben soll.[116] Bezogen auf die Erfüllung einer Verbindlichkeit aus einem Kaufvertrag wäre folglich die Anzeige des Sachleistungsschuldners bei der Eigentumsübertragung »wegen des Kaufvertrages« sowohl die Leistungszweckbestimmung i. S. d. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB als auch die *iusta causa traditionis* im Sinne von Savigny. Wäre der Kaufvertrag bei Leistung unwirksam, so ist die Zweckbestimmung fehlgegangen bzw. es läge nach Savigny ein ausnahmsweise beachtlicher Motivirrtum in der *iusta causa traditionis* vor, sodass die dinglichen Rechtsfolgen nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB keine Bestandskraft mehr beanspruchen können mit der Folge der Rückabwicklung. In diesem schlichten und völlig unproblematischen Fall einer bilateralen Sachgüterrechtsübertragung liegt somit zwischen Savignys Auffassung und dem bereicherungsrechtlichen Leistungsbegriff Deckungsgleichheit vor; allerdings stechen die Unterschiede sofort bei Dreieckskonstellationen wie den Anweisungsfällen, bei Mängeln in der Geschäftsfähigkeit des Leistenden sowie bei der dogmatischen Verhältnisbestimmung zwischen erfüllungsrechtlichem und bereicherungsrechtlichem Leistungsbegriff (§§ 241 Abs. 1, 362 ff., 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB) hervor. Zwar ist an dieser Stelle nicht der Ort einer ausgiebigen Diskussion des Leistungsbegriffs, doch erscheint eine kurze Reflexion auf eine neuerdings (wieder) im Vordringen befindliche Auffassung zum Leistungsbegriff interessant. Danach soll die Leistung nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB identisch sein mit der Tilgungsbestimmung im Erfüllungsrecht nach §§ 362 ff. BGB, da jede rechtsgeschäftliche Vermögensbewegung keine andere Ursache haben könne, als die Erfüllung einer Forderung i. S. d. Schuldrechts.[117] Jede bewusste, zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens sei zugleich immer und notwendigerweise die (intendierte)

115 Vgl. die eingehende Darstellung und kritische Auseinandersetzung bei *Beck*, Zuordnungsbestimmung (2008), S. 350–419; ferner *Reuter/Martinek*, Bereicherung (1983), § 4, S. 91–106.

116 *Kötter*, AcP 153 (1954), S. 193–239, 197 f.; *Rothoeft*, AcP 163 (1963), S. 215–276, 224.

117 Vgl. nur *Beck*, Zuordnungsbestimmung (2008), S. 330–339, 519–563; *Thomale*, Leistung (2012), S. 198–213, insb. S. 211 ff., *Welker*, Zweckverfehlung (1974), S. 44–53; so bereits *Collatz*, Vermögensverschiebung (1899), S. 20 *et passim*; nicht aber der für diese Ansicht häufig bemühte *Jung*, Bereicherungsansprüche (1902), S. 56–109, dessen Theorie zwar nach Vereinheitlichung strebt, aber klar gegen Collatz herausstellt (S. 54 Fn. 105), dass etwa im Bereich der Hand- und Realgeschäfte überstrapaziöse Kunststücke und dogmatische Fiktionen notwendig wären, um auch hier von einer *solvendi causa* ausgehen zu können, was letztlich auf eine »gewaltsame Vereinigung« hinauslaufen würde, die er strikt ablehne (S. 60 Fn. 100). Richtige Beschränkung der Einheitsthese auf fehlgeschlagene Vermögenstransfers im Rahmen (intendierter) Schuldverhältnisse bei *Reuter/Martinek*, Bereicherung (1983), § 10, S. 389; MüKo/*Schwab* (2017)[7], § 812 Rz. 53; *Wieling*, Bereicherungsrecht (2007)[4], § 3, S. 18 f.

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

Erfüllung einer Forderung. Dieser ›Kurzschluss‹ des Erfüllungsrechts mit dem Recht der Leistungskondiktionen überzeugt zunächst durch seine systematische Geschlossenheit, wirft jedoch vor dem Hintergrund der oben vorgenommenen Rekonstruktion des Savigny'schen Trennungs- und Abstraktionsprinzips Fragen auf. So ist daran zu erinnern, dass Savigny den dinglichen Vertrag aus dem Gehäuse der Modus-Titulus-Lehre gerade deswegen herausgelöst hat, um der Reduktion von materiellen Verträgen auf Schuldverträge zu entgehen. Herrschende Lehre im *Usus modernus* war nicht nur die tatbestandliche Verquickung von Erwerbstitel und dinglichem Rechtsakt, sondern die damit verbundene Beschränkung aller (rechtsgeschäftlichen) Titel auf Obligationen. Damals wie heute lässt sich jedoch kein plausibler Grund dafür angeben, warum privatautonome Güterverschiebungen und sonstige Vermögensaufstockungen, die auf dem Willen der Parteien beruhen, ausschließlich über verpflichtungsbewehrte Versprechensverträge Bestandskraft genießen sollten. Genauso wird andersherum nicht einsichtig, wieso die Kondiktion nur bei fehlgeschlagenen Vermögensbewegungen eingreifen sollte, die auf fehlgeschlagenen Erfüllungsvorgängen beruhen. Ein denkbares Argument wäre zwar darin zu sehen, dass die Leistungskondiktion ja nicht nur bei rechtsgeschäftlichen Vermögensverschiebungen eingreifen würde, sondern auch bei fehlgeschlagenen Leistungen im Rahmen von gesetzlichen Schuldverhältnissen. Weil diese stets auf die Erfüllung von Forderungen abzielen würden, müsste die Zweckbestimmung mit der Tilgungsbestimmung nach §§ 362 ff. BGB koinzidieren. Einerseits ist dem entgegenzuhalten, dass gesetzliche Schuldverhältnisse im System des privatrechtlichen Vermögensrechts nur einen kleinen Ausschnitt abbilden, der auf einer spezifischen Wertentscheidung des Gesetzgebers beruht und das genaue Gegenteil von Privatautonomie festschreibt, nämlich *Zuordnungsänderungszwang von Rechtsgütern und -positionen* durch *willensunabhängige Aufstockung* (z. B. familienrechtlicher Unterhalt nach §§ 1601 ff. BGB) oder *Kompensation* (z. B. rechtsgutbezogener Nachteilsausgleich nach §§ 823 ff. BGB). Daher ist der Schluss von gesetzlichen Schuldverhältnissen auf den privatautonomen Vermögensverkehr inkongruent und von vornherein verfehlt. Andererseits verkennt die Ansicht den instrumentalen Charakter der Rechtsform der Forderung. Wie noch im weiteren Verlauf der Arbeit eingehend zu zeigen sein wird, beschränkt sich die Funktion des Forderungsrechts auf zwangsbewehrte Abschirmung von verabredeten Vermögenszuordnungsänderungen.[118] Das über die Forderung vermittelte ›Einforderndürfen‹ einer vertraglich vereinbarten Vermögensaufstockung, z. B. durch Mahnung und Gerichtszwang, wozu der Gläubiger indes nur befugt ist, soweit auch hierüber eine Einigung besteht, ist Teil der Rechtsschutzgarantie, nicht aber Teil der Rechtsgewährleistung. Anders

118 Vgl. dazu eingehend unten, S. 134 ff., 149 ff.

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

als die vom Recht anerkannten und gewährleisteten Zuordnungen von Rechtspositionen, die auf vereinbarten Erwartungshaltungen der Vertragsparteien beruhen, ist dagegen das schützende Zwangsmoment für das Funktionieren eines reibungslosen Güterverkehrs – trotz empirischer Prärogative – unwesentlich, weil hier das Vertrauen nur staatlich versichert, nicht aber stets oder *a priori* erst hergestellt wird.[119]

Abgesehen von ›geometrischer Eleganz‹ wird folglich nicht nur die *condictio ob rem* zugunsten der Gleichschaltung des Erfüllungsrechts mit dem bereicherungsrechtlichen Leistungsbegriff gesetzeswidrig und ohne Not rechtswissenschaftlich abgeschafft, sondern es mutet darüber hinaus an wie eine Superstition des *Usus modernus* bzw. Vernunftrechts, wenn bei gescheiterten privatautonomen Vermögensverschiebungen nicht die Willensfortsetzung der Beteiligten, sondern allein ›obligatorische Begriffskonformität‹ darüber entscheiden soll, ob eine Rückabwicklung aus Leistungskondiktion stattfindet oder nicht. Die Beantwortung der Frage zur Wiederherstellung von Zuordnungsgerechtigkeit nimmt nicht das Nadelöhr der *solvendi causa* zum Ausgangs- und Endpunkt, sondern die Güterverschiebung im gesamten Kontext seiner vermögensrechtlichen Rechtfertigung, d. h. des vertraglichen Willens oder gesetzlichen Rechtsinstituts, wobei die Tilgungsbestimmung ein durchaus wichtiges Teilelement *sein kann*, *nicht aber* überall und notwendigerweise *sein muss*.[120]

Neben dem inhaltlichen Unterschied zwischen der *iusta causa traditionis* nach Savignys weitem Verständnis und einem Teil der Vertreter des finalen Leistungsbegriffs, die nur *causae solvendi* gelten lassen wollen, ist eine weitere Differenz in der Rechtsnatur zu sehen. Wie gezeigt, qualifiziert Savigny die den Eigentumsübertragungsakt begleitende *iusta causa traditionis* als nichtrechtsgeschäftliches Motiv oder Beweggrund für die Willenserklärung des dinglichen Rechtsgeschäfts, stellenweise spricht er von der »Absicht […], die in der Seele des tradens […] vorangehen muß.«[121] Demgegenüber wird die Rechtsnatur der

119 Vgl. eingehend zur Analytik des Forderungsrechts unten, S. 134f., 186ff.

120 Vgl. *Flume*, Allgemeiner Teil II (1992)[4] § 12, S. 154; vor einer Hypertrophie der *causa solvendi* warnt Savigny seine Studenten im Übrigen eindringlich im Zusammenhang mit der von ihm bekämpften Reduktion des Erwerbstitels auf Schuldverträge: »Möglich ist, daß der Jur.[ist] hier den gewöhnlichen Fall vor Augen gehabt hat und ihn bloß verallgemeinert hat; aber die Absicht zum Schenken, zum Darlehen ist auch eine justa causa […]. Nur an ein nothw.[endiges] obligatorisches Verhältnis ist nicht zu denken.« (Vorlesungsmitschrift eines unbekannten Studenten zum Pandektenrecht 1827, zit. nach *Felgentraeger*, Übereignungslehre (1927), S. 36). Ferner prägnant auch *Savigny*, Ueber die lex Cincia, in: Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft 4 (1820), S. 1–59, 55, am Beispiel einer Dreipersonenkonstellation bei der güterrechtlichen *dos*-Bestellung, die im ›Deckungsverhältnis‹ zwischen Drittem und Ehefrau wie eine Schenkung behandelt wird.

121 Pandektenvorlesung 1827, zit. nach: *Felgentraeger*, Übereignungslehre (1927), S. 36.

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

Leistungsbestimmung im Rahmen von § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB nach überwiegender Ansicht jedenfalls als rechtsgeschäftsähnlich behandelt.[122]

In vielen Fallgestaltungen spielt die Frage nach der Rechtsnatur der bereicherungsrechtlichen Leistungsbestimmung auch heutzutage vorwiegend nur auf wissenschaftlicher Ebene eine Rolle, hat für das Ergebnis zumeist jedoch keine Relevanz. Allerdings lässt sich eine Vielzahl von wirtschaftlichen Vorgängen ausmachen, in denen eine rechtsgeschäftliche Qualifizierung nur durch erhöhten Konstruktionsaufwand (Konkludenz, Fiktion, Als-Ob-Betrachtung, Rechtsschein) angenommen werden kann. Man denke etwa an die schlichte Verschaffung der Sachherrschaft, die als Besitzübertragung unstreitig eine erfüllungs- und bereicherungsrechtliche Leistung ist, aber nicht sein könnte, wenn ein rechtsgeschäftlicher Akt gefordert wird. Geschieht die Übergabe ohne Worte und ohne indizielle Erklärungszeichen, so liegt handlungstheoretisch zwar wie bei jedem bewussten menschlichen Verhalten ›Finalität‹ vor, jedoch *keine rechtsfolgenorientierte* Finalität, so dass es schon an einer Willenserklärung mangelt. Selbst für den Fall, dass der Schuldner sich bei der Besitzeinräumung rechtsgeschäftlich erklären will, wäre zu fragen, wie es sich verhält, wenn er geschäftsunfähig ist, sich also gar nicht erklären kann. Wie steht es um dauerhafte Unterlassungen als mögliche Leistungsinhalte? Man denke ferner an Dienst- und Arbeitsleistungen, bei denen der Leistende zwar faktisch etwas tut und unstreitig mit dem Einsatz seines höchstpersönlichen Leistungsvermögens eine Vermögensaufstockung beim Empfänger herbeiführt, aber wohl kaum bei jedem Dienst- oder Arbeitsschritt daran denkt (und erst recht nicht dabei erklärt), er wolle die Rechtsfolge des Erlöschens der jeweiligen Forderung nach § 362 Abs. 1 BGB herbeiführen. Gleichwohl betätigt sich der Arbeitsverpflichtete nicht nur aus der Laune heraus im Betrieb des Arbeitgebers, sondern ›in Rücksicht auf den geschlossenen Vertrag‹.[123] Der Kontext von Vertragswerk und

122 Rechtsgeschäftsähnlich: st. Rspr., vgl. nur BGHZ 106, S. 163–169, 166; 111, S. 382–387; *Beck*, Zuordnungsbestimmung (2008), S. 261–267; *Berg*, NJW 1964, S. 720f., 721; *Beuthien*, JZ 1968, S. 323–327, 323; *ders.*, Zweckerreichung (1969), S. 290f.; *Koppensteiner/Kramer*, Bereicherung (1975), S. 26; RGRK/*Heimann-Trosien* (1989)[12], § 812 Rz. 16; *Wandt*, Schuldverhältnisse (2017)[8], § 10, S. 132f. Rz. 16; *Zeiss*, JZ 1963, S. 7–10, 9 [re.Sp.]. Rechtsgeschäftlich: *Baur/Wolf*, JuS 1966, S. 393–399, 396 [li.Sp.]; *Ehmann*, NJW 1969, S. 1833–1837, 1836f.; *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2 (1994)[13], § 67, S. 133; *Canaris*, Bereicherungsausgleich, in: FS Larenz (1973), S. 799–865, 827; *Scheyhing*, AcP 157 (1958), S. 371–390, 386f.; *Wieling*, JZ 1977, S. 291–296, 291 [re.Sp.]; widersprüchlich *ders.*, JuS 1978, S. 801–810, 802 [re.Sp.]: ungeachtet, ob Willenserklärung oder nicht, »jedenfalls hat sie [die Leistungsbestimmung] rechtsgeschäftlichen Charakter […].« Große Ähnlichkeiten zu Savignys Auffassung, indes um Zurechnungskriterien angereichert: MüKo/*Lieb* (2004)[4], § 812 Rz. 58; Bamberger/Roth/*Wendehorst* (2012)[3], § 812 Rz. 44f.; differenzierend nach Art des Leistungsgegenstands: Erman/*Buck-Heeb* (2014)[14], § 812 Rz. 13.

123 Hier bewährt sich die Auffassung Savignys, die *iusta causa* sei bloßes Motiv, vgl. zu Arbeitsleistungen auch *Savigny*, System V (1841), Beylage VIII, S. 523.

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

Betriebsstätte gibt der an und für sich farblosen Leistungshandlung ihre »wirtschaftliche Erläuterung«[124] und lässt – entsprechend der *iusta causa traditionis* – die Tätigkeit für einen anderen *objektiv* als *solvendi causa*, als konkrete Forderungserfüllung aus dem Arbeitsvertrag erscheinen. Ungeachtet der grundsätzlichen Problematik, ob die Erlöschenswirkung der Schuldtilgung (§ 362 Abs. 1 BGB) überhaupt der rechtsgeschäftlichen Einflusssphäre unterliegt oder ob sich die Willensmacht des Einzelnen im Rahmen der Erfüllung nicht vielmehr nur auf die Steuerbarkeit und Richtung der eigenen Leistungshandlung beschränkt (vgl. § 366 Abs. 1 BGB), der Forderungsuntergang dagegen ausschließlich durch Gesetz angeordnet wird,[125] scheint die schöpferische Herbeiführung einer Rechtsfolge auf den Leistungsvorgang völlig unpassend zu sein. Die im Rahmen der Erfüllung explizierte Bestimmung, etwa in Gestalt der kundgetanen Auswahl einer Forderung durch den Schuldner, zielt schon aus Sicht des Schuldners selbst und seinem psychologisch-empirischen Willen nicht auf eine (originäre) Rechtsfolgensetzung, sondern soll nur eine »benennende Funktion«[126] verwirklichen, hat also funktional einen klarstellenden Charakter und ist formal einer Anzeige oder einer »Bestätigung« (vgl. § 144 BGB) ähnlich. Wenn aber die Leistungsbestimmung im Rahmen eines *bestehenden* Vertrags schon keine Rechtsfolge schaffen soll, dann kann die Leistungsbestimmung im Rahmen einer *rechtsgrundlosen* Vermögensmehrung erst recht keine Veränderung des nicht oder zumindest nicht so, wie subjektiv gemeint, bestehenden Rechtsverhältnisses bewirken.

Der nichtrechtsgeschäftliche Charakter entzieht im Übrigen auch nicht der Theorie der finalen Leistungsbewirkung den Boden, sodass man zwangsläufig der Theorie der (streng) realen Leistungsbewirkung anhängen und jegliche Äußerung des Leistenden als rechtlich irrelevant zurückweisen müsste. Denn das Element der Finalität ist nicht notwendig mit der im Begriff der Willenserklärung enthaltenen Rechtsfolgensetzung verknüpft, sondern bildet schlicht eine allgemein handlungsontologische Interpretationshilfe des Leistungsempfängers bzw. Rechtsanwenders (›kein vermögensmäßiges Handeln ohne Zweck und Ziel‹).[127] Finalität und Realität stehen nicht in einem ausschließenden Gegensatz, weil sie begriffslogisch, erkenntnistheoretisch und dogmatisch auf zwei völlig verschiedenen Ebenen liegen.

124 *Leonhard*, Allgemeines Schuldrecht I (1929), § 188, S. 387.

125 Vgl. dazu: *Beck*, Zuordnungsbestimmung (2008), S. 140–191; Staudinger/*Olzen* (2016), § 362 Rz. 23–25.

126 *Ehricke*, JZ 1999, S. 1075–1080, 1079 [li.Sp.]; *Gernhuber*, Erfüllung (1994)[2], S. 112, *Tischendorf*, Schuldtilgung (1993), S. 14f.

127 *Welker*, Bereicherungsausgleich (1974), S. 29.

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

d) Die materiellen Rechtsgeschäfte als große Klammer der Vermögensbewegungen

Dass die Begründung des Trennungs- und Abstraktionsprinzips für Savigny, überspitzt formuliert, nur ein beiläufiges Nebenprodukt war, in jedem Fall aber nicht sein Hauptanliegen, wird häufig verkannt.[128] Deutlich wird dies an seinem überall wiederkehrenden Beispiel der Handschenkung zum Beweis der Abstraktion dinglicher Rechtswirkungen, welches Savigny nicht nur im Vorlesungsbetrieb gegenüber seinen Studenten, sondern auch in seinen beiden Werken zum Privatrecht als paradigmatischen Fall anführt.[129] Auf den ersten Blick erscheint das Beispiel denkbar ungeeignet, um die Abstraktion von Grundgeschäft und Verfügungsgeschäft zu erläutern, lassen sich beide rechtsgeschäftliche Aktstypen doch gerade in diesem Punkt in der Lebenswirklichkeit kaum auseinanderhalten, da sich der gesamte juristisch relevante Tatsachenstoff in einem ›Geben‹ des Zuwendenden und einem ›Nehmen‹ des Zuwendungsempfängers restlos erschöpft.

Die Erwähnung der Handschenkung im Kontext des Abstraktionsprinzips wird in der Sekundärliteratur daher häufig nur als Gedankenspiel von Savigny bewertet, das lediglich eine »Anregung«[130] oder einen schlichten »Anhaltspunkt«[131] abgeben sollte. Überblickt man aber nicht nur die Quantität der Zitate, was in der Tat nichts über die Bedeutung des Beispiels für Savigny aussagen würde, sondern ebenso die systematischen Folgerungen für und die Rückwirkungen auf seinen allgemeinen Rechtsgeschäftsbegriff, den er im Anschluss an die humanistische Doktrin des römischen Rechts modifiziert und in *formelle* und *materielle* Rechtsgeschäfte ausdifferenziert, dann erscheint die Handschenkung geradezu wichtiger als die mit diesem Grundgeschäft begründete Loslösung des dinglichen Vertrags. Verbunden mit diesem Rekurs auf das materielle Rechtsgeschäft der Handschenkung sind jedoch weitere Schwierigkeiten, die, wie im Folgenden noch zu zeigen sein wird, ihren letzten Grund gar nicht in der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre finden, sondern für Savigny vielmehr im besonderen Typus ›Schenkung‹ selbst liegen. Beide Problemebenen, die generelle Ebene von rechtsgeschäftlicher Formalität und Materialität sowie die besondere Ebene des Schenkungstypus sind sorgfältig auseinanderzuhalten, da ansonsten, und entgegen Savignys Intention, die Handschenkung zum Grund-

128 Richtig herausgestellt dagegen von *U. Huber*, Savigny, in: FS Canaris I (2007), S. 471–512, 497 f. mit Fn. 145; *Tu*, Abstrakte Verfügungen (2007), S. 27 f., 31.

129 Vgl. nur *Felgentraeger*, Übereignungslehre (1927), S. 33 f. [Wintersemester 1815/16], S. 35 f. [Wintersemester 1820/21], S. 36 [Pandektenvorlesung 1827]; ferner *Savigny*, System III (1840), § 140, S. 313; *ders.*, Obligationenrecht II (1853), § 78, S. 256.

130 *Felgentraeger*, Übereignungslehre (1927), S. 39.

131 *Stadler*, Gestaltungsfreiheit (1996), S. 49.

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

tatbestand eines jeden materiellen Rechtsgeschäfts erhoben wird, sodass man von einem Extrem (Hypotrophie der Obligation) ins andere (*Causa* als Schöpfer des ganzen Rechts) getrieben wird. In einem ersten Schritt werden daher die schenkungsrechtlichen Besonderheiten herausgestellt, um sodann in einem zweiten Schritt die allgemeine Bedeutung der materiellen Rechtsgeschäfte im Zusammenhang mit dem Trennungs- und Abstraktionsprinzip bei Savigny erläutern zu können.

Zunächst sei die maßgebliche Passage bei Savigny wiedergegeben. So schreibt er im »Obligationenrecht« zum Kapitel »Entstehung von Obligationen durch Vertrag« über die Handschenkung:

> »Wenn einem Bettler ein Almosen eingehändigt wird, so geht unstreitig das Eigenthum des Geldstücks durch Tradition über, und dabei ist weder vorher noch nachher eine Obligation wahrzunehmen.«[132]

Savigny erörtert das Almosengeben im Zusammenhang mit der in seinen Augen falschen Lehre, wonach die Wirksamkeit und Gültigkeit eines abstrakten Schuldversprechens im Gemeinen Recht (*stipulatio*) von einer *causa* abhängig gemacht wurde. Viele Autoren hätten sich nach Savigny zur Begründung u. a. auf eine schiefe Rechtsanalogie der *stipulatio* zur *traditio* berufen, die gemäß der Modus-Titulus-Lehre ebenfalls im Tatbestand eine *iusta causa* voraussetzen würde. Diese Rechtsanalogie trifft nach Savigny erstens mangels innerer Verwandtschaft beider Aktstypen schon nicht zu, da im römischen Recht die *traditio* auch eine »naturale[] Handlung« beinhalten würde (Übergabe), die *stipulatio* dagegen nur »eine civile Handlung« bildete (Versprechensakt).[133] Noch wichtiger sei allerdings, und hier führt Savigny das Beispiel der Handschenkung an, dass auch die *traditio* im römischen Recht keiner *causa* im Tatbestand bedurfte und somit die Wirksamkeit einer formellen Eigentumsübertragung unabhängig von einem materiellen Rechtsgeschäft war.[134]

Was aber ist nun genau ein *materielles* Rechtsgeschäft und wodurch zeichnet es sich bei Savigny juristisch aus? Verfolgt der Leser zur Beantwortung dieser Frage nur das Rechtsgeschäft der Schenkung weiter, führt der Weg zu einem Ausnahmerechtsgeschäft im Pandektenrecht. Die Ausnahmenatur lässt indes das wesentliche Element von allen materiellen Rechtsgeschäften im Unterschied zu den formellen Rechtsgeschäften (Tradition, Schuldversprechen, etc.) leicht verkennen.[135] Denn für Savigny ist die Schenkung im Anschluss an Puchta und

132 *Savigny*, Obligationenrecht II (1853), § 78, S. 256.
133 *Savigny*, Obligationenrecht II (1853), § 78, S. 255.
134 *Savigny*, Obligationenrecht II (1853), § 78, S. 256.
135 Dieser Gefahr erliegt teilweise *Tu*, Abstrakte Verfügungen (2007), S. 39, 45–53, 65 f., 68 f., wenn seine Interpretation vom Savigny'schen Trennungs- und Abstraktionsprinzip in eine

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

Meyerfeld, auf die er hier maßgeblich Bezug nimmt, gar nicht mit anderen materiellen Rechtsgeschäften auf eine Stufe zu stellen.[136] Weil die Zuwendung bei der Schenkung alles Mögliche zum Inhalt haben kann, nämlich nicht nur Eigentum, sondern auch z. B. eine Schuldtilgung durch Drittleistung, ist sie »ein allgemeiner Charakter« und gehört systematisch »in den allgemeinen Theil, an die Seite des Vertrags, welchem sie durch die Allgemeinheit ihrer Natur, und durch die Mannichfaltigkeit ihrer Anwendungen, gleichartig ist […].«[137] Der erste substanzielle Unterschied zur Vertragsform wäre indes, dass die Schenkung nur auf das Vermögensrecht beschränkt ist, während der Vertrag grundsätzlich für alle privatrechtlichen Rechtsverhältnisse in Betracht kommt. Aber auch die fehlende feste Abschlussform markiert eine Differenz zur Vertragsform und lässt die Schenkung aus der gewöhnlichen Klassifizierung der Rechtsgeschäfte herausfallen. Ist der vertragliche Abschlusstatbestand in jedem Fall durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen gekennzeichnet, so würden sich die Voraussetzungen bei der Schenkung dagegen nach der Art der jeweiligen Zuwendung richten. Schenkung von Eigentum erfordere eine Einigung aufgrund der (von der Schenkung zu trennenden) *traditio*; die schenkweise »Befreyung eines Schuldners durch baare Zahlung« hingegen wäre bloß ein einseitiges Rechtsgeschäft.[138]

Im Zusammenhang mit diesem »allgemeinen Charakter« der Schenkung steht ihre isolierte Behandlung in Savignys Konzeption von Trennung und Abstraktion. Im Unterschied zu allen anderen Kausaltatbeständen reduziert sich

›moderne‹ *causa finalis*-Lehre mündet. Siehe ferner die kritische Auseinandersetzung mit der modernen *causa*-Doktrin, S. 249ff.

136 *Savigny*, System IV (1841), § 142, S. 3f. mit Note (c) und einem Rekurs auf den »Vorgänger« dieser Ansicht *Puchta*, Lehrbuch der Pandekten, § 53, S. 51: »Die Schenkung bezieht sich also auf keine einzelne Classe von Rechten ausschließlich oder auch nur vorzugsweise, sie kann die *causa* für Veränderungen in allen Vermögensrechten sein.« [Hervorheb. i. O.]; ferner *Savigny*, System IV (1841), § 142, § 160, S. 145 mit Note (a), wo er auf *Meyerfeld*, Lehre von den Schenkungen I (1835), § 6, S. 34–48, verweist.

137 *Savigny*, System IV (1841), § 142, S. 3.

138 Eine schenkweise Drittleistung mit befreiender Wirkung für den Schuldner nach § 267 Abs. 1 S. 1 BGB wäre freilich heutzutage im Deckungsverhältnis ›Dritter-Schuldner‹ ebenso an den allgemeinen Vertragstatbestand von § 516 Abs. 1 BGB gebunden. Lehnt der Schuldner das Schenkungsangebot des Dritten ›Befreiung von einer Verbindlichkeit‹ ab, was in der tatsächlichen Vermögensverschiebung an den Gläubiger gesehen werden kann, und stellt sich die Unwirksamkeit des Valutaverhältnisses zwischen ›Schuldner – Gläubiger‹ heraus, so müsste konsequenterweise eine *condictio indebiti* im Deckungsverhältnis angenommen werden. Es dürfte nicht anders entschieden werden, als im Falle der Wirksamkeit des Valutaverhältnisses. Dagegen wird nach ganz h. M. zumeist pauschal und nicht in allen Fällen nachvollziehbar von einer Geschäftsführung ohne Auftrag im Deckungsverhältnis und – bei Nichtbestehen der Forderung im Valutaverhältnis – von einer unberechtigten Geschäftsführung (§ 684 S. 1 BGB) ausgegangen, sodass der Dritte immer direkt beim Scheingläubiger kondizieren können soll. Vgl. dazu *E. Schmidt*, JZ 1971, S. 601–608, 606f.

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

der Aktstypus der Schenkung nach Savigny auf die *iusta causa*, bei der ein kondiktionsrechtlich relevanter Irrtum ausgeschlossen wäre, weil die Bereicherung des Zuwendungsempfängers schon im verfügenden Akt selbst enthalten ist.[139] Merkwürdig erscheint dabei, dass er nicht den materiellen Kausaltatbestand der Schenkung zum Ausgangspunkt nimmt und den verfügenden Rechtsakt nur als formellen Annex beschreibt, sondern andersherum, das Verfügungsgeschäft zum Ausgangspunkt nimmt und damit die Schenkung zum faktischen Anhängsel, namentlich zur bloßen *iusta causa*, herabstuft. Dies bedarf näherer Erläuterung. Wenn im Rahmen eines Kaufgeschäfts die Eigentumsübertragung von einer *iusta causa traditionis* begleitet wird, dann verweist diese nach Savigny (regelmäßig) auf einen vergangenen Rechtsakt, d. h. auf den vollendeten Kaufvertrag, der die kausale Rekursinstanz für die Parteien bei der Übereignung bildet. Wenn dagegen im Rahmen eines Geschenks die Eigentumsübertragung von einer *iusta causa traditionis* begleitet wird, dann gibt es für Savigny gar keine Rekursinstanz, worauf sich das Motiv beziehen könnte, sodass *nichts* neben dem Verfügungsgeschäft übrig bleibt, als die *iusta causa* selbst. Dies läge daran, dass »bey der Schenkung gewöhnlich alles eigentliche Rechtsgeschäft mit der Tradition anfängt und endigt.«[140] Folglich wäre es auch

> »irrig, anzunehmen, daß immer justa causa und traditio concurriren müßten. Wenn einer einem Bettler ein […] Stück Geld giebt, wo ist denn ersteres u. zweites zu finden; auch findet nur ein einziges factum statt, aber keine getrennten Thatsachen, es ist kein Vertrag, es ist nichts vorhergegangen.«[141]

Ein kondiktionsrechtlich relevanter Motivirrtum sei hier ausgeschlossen, weil erstens die Schenkung inhaltlich mit dem Verfügungsgeschäft deckungsgleich wäre, sodass bei einem Irrtum – untechnisch gesprochen – ›Fehleridentität‹ vorliegen und schon die *Vindikation* eingreifen würde.[142] Zweitens könnten zwar andere Motive für die Schenkung eine Rolle spielen; doch sind enttäuschte Gesinnungen, Absichten und Veranlassungen, die in keiner Weise als »Rücksicht auf eine juristische *causa*« aufgefasst werden können (z. B. Freundschaft, Mitleid, Eitelkeit), kein hinreichender Auslösetatbestand für die Kondiktion.[143] Bei der Schenkung wäre somit allein

139 *Savigny*, System IV (1841), § 168, S. 225; *ders.*, Obligationenrecht II (1853), § 78, S. 259.
140 *Savigny*, System IV (1841), § 160, S. 152 Note (n) a.E.
141 Vorlesungsmitschrift von Burchardi zum Pandektenrecht 1815, zit. nach *Felgentraeger*, Übereignungslehre (1927), S. 33.
142 Der häufigste ›Irrtum‹ besteht nach Savigny, das die Parteien jeweils an ein anderes Rechtsverhältnis denken, z. B. will der eine ein Darlehen gewähren, der andere sich beschenken lassen, was heutzutage freilich als Dissens über die *essentialia* gewertet werden würde, vgl. *Savigny*, System IV (1841), § 161, S. 157–164 mit Besprechung der berühmten Julian-Ulpian-Antinomie.
143 *Savigny*, System III (1840), Beylage VIII, S. 360. Vgl. ferner *Meyerfeld*, Lehre von den

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

> »das Juristische dabey […] die Absicht zu schenken, die *donationis causa*, in welche selbst unter jenen Voraussetzungen kein Mangel erscheint, da jene an sich mangelhaften Beweggründe mit dem Rechtsgebiet keine Berührung haben.«[144]

Aufschlussreich erscheint in diesem Zusammenhang der an anderer Stelle gezogene Vergleich mit dem Grundgeschäft der *condictio ob rem* bzw. *causa data causa non secuta*. Savigny kehrt hier den Ausnahmecharakter der Schenkung als materielles Rechtsgeschäft nochmals hervor, indem er die mangelnde Kondiktionsfähigkeit im Falle des Irrtums bei der Zuwendung durch eine Gegenüberstellung mit der *datio ob rem*, in Savignys Worten: *datio ob causam*, die eine *condictio ob rem* bei Zweckverfehlung nach sich zieht, zu beweisen versucht:

> »Wer Etwas giebt, um danach einen anderen juristischen Zweck, als welcher schon in dem Geben selbst liegt, zu erreichen (*ob causam*), der kann in der Regel das Gegebene zurückfordern, wenn die *causa* eine irrige war. […] In allen diesen Fällen gelten Condictionen, von welchen jedoch bey der Schenkung keine Anwendung zulässig ist […], weil diese keinen außer dem Geben liegenden juristischen Zweck hat, weshalb das Geben *ob causam* einen scharfen Gegensatz bildet gegen das Geben als Schenkung.«[145]

Der ›scharfe Gegensatz‹ der *datio ob rem* zur Schenkung liegt für Savigny folglich darin, dass die Schenkung weder dem Inhalt noch den Rechtswirkungen des Verfügungsgeschäfts qualitativ etwas hinzufügt, sondern bloß negativ alle anderen möglichen *causae* ausschließt, sodass subjektiv bloß noch die Bereicherungsabsicht des Gebers (*animus donandi*) festgestellt werden kann.[146] Eine *datio ob rem* geht dagegen darüber hinaus und zielt – ohne dabei jedoch eine Forderung auf eine wie auch immer geartete Gegenleistung für die *datio* begründen zu wollen – positiv auf einen anderen juristischen Zweck, »als welcher schon in dem Geben selbst liegt«. Im Rahmen der Erörterung der zwar negativen, indes notwendigen Voraussetzung einer Bereicherungsabsicht (*animus donandi*) für die Schenkung vertieft Savigny den scharfen Gegensatz, und zwar anhand des Beispiels von familialen Zuwendungen. So gäbe es Rechtsgeschäfte, die für sich genommen und oberflächlich betrachtet eine formale Bereicherungsabsicht erkennen lassen, aber materiell, d. h. im Gesamtzusammenhang aller Tatsachen, dennoch nicht als Schenkungen qualifiziert werden dürften. Die mit der Zuwendung herbeigeführte Bereicherung wäre in diesen Fällen nur Akzidenz, nicht das Essential:

> »In anderen Fällen ist die Bereicherung nur die gelegentliche, aber unfehlbare Folge der *Familienverhältnisse*. Werden nun diese durch ein Rechtsgeschäft neu bestimmt, so

Schenkungen, Bd. 1 (1835), § 5, S. 26–28, der anhand römischer Quellen weitere unerhebliche Motive auflistet.

144 *Savigny*, System V (1841), Beylage XIV, S. 526; ferner S. 564 Note (a).

145 *Savigny*, System IV (1841), § 168, S. 225.

146 Vgl. auch *Savigny*, System IV (1841), § 152, S. 78.

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

> gelten sie *als das Überwiegende, und die Bereicherung tritt als untergeordnet zurück*; auf sie ist dann die Absicht nicht zu beziehen, und die wirklich vorhandene Bereicherung kann nicht als Schenkung angesehen werden.«[147]

Subtil erörtert Savigny in einem weiteren Schritt, dass der mechanische Akt beim Schenken, also das einverständliche Geben und Nehmen, äußerlich und isoliert betrachtet eine Ambivalenz aufweist, die eine treffsichere und dem Parteiwillen entsprechende juristische Übersetzung des tatsächlichen Geschehens *als Schenkung* oder *als ein anderes Rechtsgeschäft* (z. B. *datio ob rem*) sehr erschwert. Folglich wäre der Kontext, innerhalb dessen sich der Akt der Vermögensverschiebung vollzieht, als Auslegungshilfe heranzuziehen, weil eine juristische Qualifikation nur vor dem Hintergrund der Personenrollen und des Lebenszusammenhangs möglich sei:

> »Wenn daher ein Ehegatte dem andern den unentgeldlichen [*sic!*] Mitgebrauch eine Hauses oder anderer Sachen überläßt, welches *unter Fremden* eine Schenkung seyn könnte […], so ist es keine Schenkung, weil es *aus dem gemeinsamen häuslichen Leben folgt*, und daraus folgen würde, *auch wenn für den andern Theil kein Geldgewinn* damit verknüpft wäre […].«[148]

Dass dieser Gegensatz der Schenkung zur *datio ob rem* in der Theorie zwar ein äußerst scharfer sein mag, in der Praxis allerdings »keineswegs scharf abgegrenzt ist«, sondern mehr einer »feinen Grenzlinie« entspricht, die »den Uebergang der bestimmenden Thatsache aus dem Gebiet des moralischen Motivs in das des juristischen Grundes« markiert, wird später der einflussreiche Pandektist Otto Bähr hervorheben, der in vielen Hinsichten das Trennungs- und Abstraktionsprinzip von Savigny fort- und ausbildet.[149]

Zusammenfassend darf festgehalten werden, dass Savigny die Schenkung zwar als Paradebeispiel zur Veranschaulichung des Abstraktionsprinzips erläutert, ihr jedoch eine dogmatische Sonderstellung im Vermögensrecht einräumt, die mit ihrer ›Inhaltsleere‹ und einer darauf beruhenden Flexibilität für sämtliche Verfügungsakte und tatsächliche Leistungsvermögen gerechtfertigt wird. Eine Erklärung, warum Savigny ausgerechnet die Schenkung ausgewählt hat, könnte darin zu sehen sein, dass er den Kreis der materiellen Rechtsgeschäfte möglichst weit öffnen wollte, um das Recht der willentlichen Vermögensbewegungen aus dem engen Gehäuse der Obligation herauszubrechen. Ihm kam es darauf an, deutlich zu machen, dass sich formelle von materiellen Rechtsgeschäften *inhaltlich-strukturell* häufig nur durch Marginalien (z. B. Übergabe bei der Übereignung) oder auch gar nicht unterscheiden (z. B. in Bezug auf die Willenseinigung),

147 *Savigny*, System IV (1841), § 152, S. 81 [Hervorheb. v. Verf.].
148 *Savigny*, System IV (1841), § 152, S. 81 [Hervorheb. v. Verf.].
149 *Bähr*, Anerkennung als Verpflichtungsgrund (1867)^2, S. 39.

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

obwohl ihre *Funktionen* und *Wirkungen* innerhalb des Rechtssystems, also im Zusammenspiel mit anderen Rechtsverhältnissen, verschiedener nicht sein können. Folglich weisen die *Tatbestandselemente* eines jeden rechtsgeschäftlichen Rechtsakts, ob formell oder materiell, zwar überall strukturelle Gemeinsamkeiten auf, doch lässt sich ihre jeweilige Bedeutung für den sozio-ökonomischen Sachverhalt nur durch umfassende Interpretation und Auslegung des Parteiwillens erschließen. Dies zeigt Savigny anhand des scharfen Gegensatzes zwischen der ›echten‹ *donatio* und der *datio ob causam.* Die bedeutendste *Funktion* der materiellen Rechtsgeschäfte liegt für Savigny wiederum im Bereicherungsrecht. Die Kondiktionen lösen die tatbestandliche Ununterscheidbarkeit zwischen formellen und materiellen Rechtsgeschäften wieder auf, indem die *iusta causa* als lebensweltliches Interpretationsmerkmal tragende Bedeutung i. S. einer Kondiktionsvoraussetzung bekommt und die mit den Rechtsgeschäften vorbereiteten und endgültig bewirkten Rechtsfolgen bei Fehlschlag der *iusta causa* zu korrigieren vermag. Auch die Perspektive des Bereicherungsrechts verlangt indes vom Rechtsanwender eine vollumfängliche Interpretation des Tatsachenstoffs, um Inhalt und Bedeutung der von den Parteien ins Auge gefassten *iusta causa* nachvollziehen zu können, wie nochmals der scharfe Gegensatz von der Schenkung und dem »Rechtsgeschäft« im heutigen § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB deutlich macht.

e) Lose Fäden in Savignys Konstruktion: Freischwebender Wille und das Problem der Erwerbs- und Behaltensgründe

Ungeachtet der verwickelten Beispiele, die Savigny zur Verdeutlichung von Trennung und Abstraktion wie auch zum Unterschied zwischen formellen und materiellen Rechtsgeschäften heranzieht, hat eine von ihm ungeklärte Grundsatzfrage zu vielen Missverständnissen und einseitigen Wertungen in der weiteren Dogmen- und Rezeptionsgeschichte geführt. Wenn die *iusta causa* nur noch als hermeneutisches Beweiszeichen zur Ermittlung des Parteiwillens dient (z. B. im Rahmen der Besitzverschaffung), das *erstens* nicht notwendig auf einen vorhergehenden Schuldvertrag abzielen muss, sondern auch gegenwärtige oder künftige Rechtsverhältnisse zum Gegenstand haben kann, die wiederum *zweitens* nicht notwendig in Gestalt einer Obligation, sondern etwa auch als *conventio ob rem* oder Handschenkung in Betracht kommen, dann fragt sich, was überhaupt noch das »Juristische« an den materiellen Rechtsgeschäften sei, auf die sich die *iusta causa* bezieht. Wie es aussieht, bleibt bei Savigny letztlich nur noch das abstrakte Willensdogma übrig, ein freischwebender Wille, beim Vertrag der Konsens, aus dem nicht nur die verbindliche Kraft jeglicher Rechtsänderungen hervorgehen soll, sondern – und hier mangelt es an Nachvollziehbarkeit und Plausibilität – auch die Rechtfertigung, eine *tatsächlich vollzogene*

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

Rechtsänderung bestehen zu lassen. Lässt sich z. B. die Forderungsbegründung beim abstrakten Schuldversprechen ohne Weiteres einsehen, wenn beide Parteien darüber einig geworden sind, dass die eine Partei der anderen etwas leisten soll, so reicht für die Rechtfertigung des *Bestehenbleibens der Rechtsfolgen nach Vollzug* der abstrakte Konsens allein nicht hin. Eine Erklärung dafür, warum der Leistungsempfänger den Gegenstand des Leistungsversprechens behalten darf, kann weder der Versprechensakt des Leistenden selbst noch die darüber herrschende Willensübereinstimmung beider Vertragspartner geben.[150] In letzter Konsequenz würde die singuläre Durchführung des ›nackten Willens‹ zu einer Aufhebung zwischen formellen und materiellen Verträgen führen, wie Klingmüller richtig schreibt, »da die ersteren insofern überflüssig würden, als jener souveräne Schuldnerwille zu seiner Äusserung auf jede Form verzichten kann.«[151] Aber auch die materiellen Verträge würden sich dogmatisch aufheben und ihrer Materialität entbehren, wenn es nicht mehr auf den hermeneutisch zu ermittelnden Kontext ankäme, sondern nur noch auf die punktförmige und abstrakte Willensübereinstimmung. Die Gefahr eines ›Willens-Absolutismus‹ besteht folglich in der »Überreizung der subjektiven Willensmacht, die gegen-

150 Davon handelt auch die Kontroverse zwischen Savigny und dem Praktiker *Friedrich Liebe*, dessen Monografie »Die Stipulation und das einfache Versprechen« aus dem Jahre 1840 seinerzeit für einiges Aufsehen sorgte und nachhaltigen Einfluss auf die Rechtsgeschäftslehre hatte (vgl. *Klingmüller*, Rechtsgrund (1901), S. 41–43; eingehend aufgearbeitet bei *Meder*, Bargeldlose Zahlung (1996), S. 102–173). Liebe vergleicht das abstrakte Schuldversprechen mit der Eigentumsübertragung nicht nur äußerlich, sondern zieht hieraus auch systematische Folgerungen für die gesamte Rechtgeschäftslehre. So ist für ihn der schlichte Parteikonsens in keinem Fall hinreichend, um Veränderungen in der Rechtswelt hervorzubringen. Stets müssten ›reelle‹ Momente hinzutreten, sinngebende Fakten aus dem Verhältnis zwischen den Parteien, die das simple Versprechen als reine Rechtsform mit materiellem Gehalt anreichern würden. Der Meinungsstand zwischen Liebe und Savigny ist jedoch – entgegen der in der Sekundärliteratur häufig überbetonten Differenz (z. B. *Kiefner*, Der abstrakte obligatorische Vertrag, in: Coing/Wilhelm (Hg.), Wissenschaft und Kodifikation II (1977), S. 74–89, 79 ff.) – in Wahrheit bloß ein Streit über Nebensächlichkeiten. Man vergleiche nur die Stellen bei *Liebe*, Stipulation (1840), § 6, S. 77–82, mit *Savigny*, Obligationenrecht II (1853), § 78, S. 263–266, woraus deutlich wird, dass die einzige Abweichung von Savigny in der Ablehnung der *causa* als *positive Entstehungsvoraussetzung* für ein Rechtsgeschäft besteht. Allerdings geht auch *Liebe*, Stipulation (1840), § 6, S. 78, nicht immer von einer positiven Entstehungsvoraussetzung aus, sondern meint vielmehr, dies richte sich nach dem »Verkehr des Lebens«, sodass im Großen und Ganzen beide auf einer Linie liegen. Dies zeigt sich ferner an der Frage nach dem *Bestehenbleiben* der Rechtsfolgen, da sowohl Savigny als auch Liebe hier im Bereicherungsrecht die Funktion sehen, Zuordnungsgerechtigkeit durch Berücksichtigung der materiellen Elemente (*iusta causa*, Rechtsgrund) nachträglich wiederherzustellen. Der Streit beschränkt sich also auf die Bewertung der inneren Kausalheit bzw. Abstraktheit, trifft aber nicht die Dogmatik der äußeren Kausalheit bzw. Abstraktheit einer Zuwendung (vgl. dazu unten, S. 237 ff).

151 *Klingmüller*, Rechtsgrund (1901), S. 59.

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

über der thatsächlichen Gestaltung unserer Rechtsordnung und dem Rechtszustande ohnmächtig ist.«[152]

Noch dringlicher wird das Problem, wenn nicht nur ein einseitig verpflichtendes Rechtsgeschäft, sondern ein gegenseitiger Vertrag in Rede steht, wo die Verknüpfung zwischen Leistungs- und Gegenleistungspflicht ihr legitimierendes Spiegelbild im prozeduralen Leistungsaustausch findet. Hat nur eine Seite geleistet und ist es der anderen unmöglich zu leisten, so muss die störende Ungleichgewichtslage, welche sich inkongruent zur verabredeten Verknüpfung verhält, auch auf prozeduraler Ebene der gegenseitigen Erfüllung durchschlagen und die Bestandskraft der bewirkten Rechtsfolgen, zunächst die obligatorischen und vermittelt über diese dann auch die dinglichen, in Frage stellen (vgl. § 326 Abs. 1, 2 BGB). Wie das Attribut der juristisch relevanten Materialität schon sagt, braucht der Rechtsanwender ein inhaltliches Element, das sich, um dogmatisch überhaupt greifbar zu sein, auch – hierin wieder ähnlich den formellen Rechtsgeschäften – durch eine gewisse Gleichförmigkeit vom willkürlichen Tatsachenstoff abhebt und auszeichnet.

Wenn Savigny im ersten Band seines ›Systems‹ schreibt, das jedes subjektive Recht einer »tieferen Grundlage bedarf«, die im »Rechtsverhältniß [zu finden ist], von welchem jedes einzelne Recht nur eine besondere, durch Abstraction ausgeschiedene Seite darstellt«, so bleibt er die Antwort schuldig, woraus konkret die Bestandskraft des erschaffenen Rechtsverhältnisses bzw. des jeweiligen subjektiven Rechts folgt.[153] Im Gegensatz zum personalen und transitorischen Charakter von Forderungen, die schon von sich aus auf ein Erlöschen durch Erfüllung abzielen, lässt sich die *dauerhafte* Bestandskraft der Rechtsfolgen einer Zuordnungsänderung an Sachvermögen nicht so leicht begründen. So bedarf es für die Neuzuordnung des Eigentumsrechts, herbeigeführt durch Übertragung und Übereignung i. S. v. § 929 S. 1 BGB, eines Erwerbs- und Behaltenstitels, der im heutigen Privatrechtssystem zwar keine positive Entstehungsvoraussetzung für die Eigentumsübertragung bildet, aber immer noch über das endgültige Bestehenbleiben der bewirkten (dinglichen) Rechtsfolgen entscheidet. Spätestens im Bereicherungsrecht bei der Prüfung des Rechtsgrundes wird danach gefragt werden müssen, welches dogmatisch-analytische Element im materiellen Rechtsverhältnis dem Rechtsanwender anzeigt, ob der Leistungsempfänger erstens die Vermögensaufstockung erwerben durfte und zweitens auch das Recht hat, diese behalten zu dürfen. Der nackte Konsens ist dafür nicht hinreichend, da er als rein formaler Akt keine Aussage über die Erwerbs- und Behaltensbefugnis enthält.[154]

152 *Endemann*, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I (1899)[6], § 108, S. 463 Fn. 2.
153 *Savigny*, System I (1840), § 4, S. 7.
154 Ähnlich kritisch, aber nur in Bezug auf die Handschenkung: *Ranieri*, Die Lehre der ab-

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

Eingehend aufgearbeitet hat diesen *missing link* wohl als erster in der privatrechtlichen Dogmengeschichte Heinrich Siber, dessen Lehre von den Rechtsgrundgeschäften im Folgenden zu erörtern sein wird.

III. Sibers Syntheseversuch der Modus-Titulus-Lehre und der Konzeption Savignys

Sucht man nach einem übergreifenden Gesichtspunkt im Vermögensrecht, der von einem höheren Standpunkt aus sowohl die rechtsgeschäftliche als auch die bereicherungsrechtliche Dimension privatautonomer Vermögensbewegungen erfassen kann, also den Zuwendungs- wie auch den Rechtsgrund, so bietet sich das *Recht zum Behaltendürfen* einer Leistung an. Diese subjektiv-rechtliche Befugnis des Empfängers gegenüber dem Leistenden, einen übertragenen Vermögensgegenstand oder eine tatsächliche Vermögensaufstockung behalten zu dürfen, ist nicht nur die »Zentralfrage«[155] des Bereicherungsrechts, sondern eine ebensolche der Rechtsgeschäfts- und Vertragslehre. Die Frage nach dem Behaltendürfen einer Vermögensaufstockung tangiert darüber hinaus die gesetzlichen Schuldrechtsinstitutionen wie etwa das Deliktsrecht, das familienrechtliche Unterhaltsregime oder erbrechtliche Forderungs- und Erwerbsgründe, wobei diese hier, wenn überhaupt, nur am Rande von Interesse sind.

Der Begriff der Behaltensbefugnis ist weder ein gesetzliches Tatbestandsmerkmal noch ein dogmatisches Prinzip, sondern ein elementarer Baustein aus der Allgemeinen Privatrechtslehre, um die Infrastruktur des Vermögensrechts transparent zu halten.[156] Er ist darüber hinaus eine *systematisch notwendige Denkform* und verlängert in gewisser Weise das oben erörterte Element des Erwerbstitels um die bereicherungsrechtliche Dimension, womit der Zustand eines vertraglichen oder gesetzlichen Instituts *nach* einer geschehenen Vermö-

strakten Übereignung, in: Coing/Wilhelm (Hg.), Wissenschaft und Kodifikation II (1977), S. 90–111, 106f.

155 *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung (1983), § 4, S. 106.

156 Nahezu durchweg in der Literatur anerkannt, vgl. nur *Bahntje*, Gentlemen's Agreement (1982), S. 189, 196f.; *v. Caemmerer*, Bereicherung, in: Schriften I (1968), S. 209–278, 220 Fn. 39; *Fischer*, Unentgeltlichkeit (2002), S. 123f.; *Flume*, Allgemeiner Teil II (1992)[4], § 11, S. 152f.; *Gernhuber*, Schuldverhältnis (1989), § 5, S. 89f.; *Habermeier*, AcP 195 (1995), S. 283–294, 290; *Häsemeyer*, Die gesetzliche Form (1971), S. 241–244; *Krawielicki*, Bereicherungsanspruch (1964), S. 182f.; *Lachner*, Condictio ob rem (1996), S. 37; *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2 (1994)[13], § 67, S. 136f.; MüKo/*Lieb* (2004)[4], § 812 Rz. 174; *R. Schmidt*, Obliegenheiten (1953), S. 42; Staudinger/*J. Schmidt* (1995), Einl. §§ 241ff. Rz. 130–137; Soergel/*Schmidt-Kessel/Hadding* (2012)[13], § 812 Rz. 85; Palandt/*Sprau* (2017)[76], § 812 Rz. 6; *Welker*, Zweckverfehlung (1974), S. 54–57; *E. Wolf*, Zum Begriff des Schuldverhältnisses, in: FS Herrfahrdt (1961), S. 197–212, 210f.

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

gensaufstockung markiert und Entscheidungsfähigkeit hergestellt wird in Bezug auf die Frage nach der Rückabwicklung.[157]

Als klassifizierendes Instrument weist die Behaltensbefugnis naturgemäß einen hohen Allgemeinheitsgrad auf, was einerseits eine ›transdisziplinäre‹ Verständigung zwischen den Teilbereichen des Privatrechts erlaubt, andererseits aber auch den Nachteil mit sich bringt, dass über dieses Instrument *allein* keine vermittelnden Deduktionen oder einzelfallbezogenen Begründungen möglich sind.[158] Im Vergleich mit dem Forderungsrecht, aus dessen ›Erfüllungsmechanik‹ zum Teil in der Literatur der ausschließliche Grund für das Behaltendürfen einer Vermögensbewegung im Rahmen der Leistungskondiktionen hergeleitet wird, befindet sich die Behaltensbefugnis analytisch auf einem höheren Niveau.[159] Der entscheidende Vorteil der allgemeinen Denkform der Behaltensbefugnis liegt hingegen in der zugleich konkreten und lebensnahen Anschauungskraft, da sich eine seriöse Vermögensaufstockung weder denken noch empirisch beobachten lässt, die von Anbeginn sofort wieder rückgängig gemacht wird und auch rückgängig gemacht werden sollte, sodass umgekehrt das Behaltendürfen des Empfängers sowohl im Lebens- als auch im Rechtsakt notwendig enthalten sein muss.[160]

157 Der Erwerbstitel kann dagegen bereits begrifflich nur eine Aussage darüber treffen, ob der Vermögenserwerb im Verhältnis zum Leistenden zulässig ist, was freilich regelmäßig der Fall sein wird. Andererseits sind nach dem BGB auch Fälle vorgesehen, wonach ein Erwerb missbilligt und infolgedessen auch das Behaltendürfen versagt wird, vgl. § 817 S. 1 BGB. Die Ausnahme in § 817 S. 2 BGB, wonach eine Rückabwicklung ausgeschlossen ist, wenn beiden Parteien bei der Leistung ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten vorzuwerfen ist, kann wiederum nur als ausnahmsweise Erwerbsrechtfertigung, nicht hingegen als vollgültige Anerkennung einer privatautonom vereinbarten Behaltensbefugnis angesehen werden. Der Kondiktionsausschluss gem. § 817 Abs. 1 S. 2 BGB soll nur eine generalpräventive Rechtsschutzversagung *zulasten des Leistenden* bewirken, damit der Leistende, selbst wenn er ein etwaiges öffentlich-rechtliches Ordnungsgeld beim sitten- oder gesetzeswidrigen Geschäft ›einkalkuliert‹ hat, in jedem Fall eine vermögenswerte Sanktion erleidet. Folglich kann in § 817 S. 2 BGB keine objektiv-rechtliche Anerkennung des Geschäfts gesehen werden, da der Vorwurf rechtlicher Missbilligung die Vertragspartner unabhängig vom Abwicklungsstadium des Vertrags trifft. Vgl. dazu *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2 (1994)[13], § 68, S. 162 f.; ferner zum Unterschied zwischen Erwerbs- und Behaltenstitel: *Krückmann*, JhJb 57 (1910), S. 1–210, 16–20; *Siber*, Schuldrecht (1931), § 31, S. 116.

158 So allgemein zur Begriffs- und Kategorienbildung im Bereich des Schuldrechts: Staudinger/*J. Schmidt* (1995), Einl. §§ 241 ff. Rz. 105–107.

159 Kritische Auseinandersetzung dazu siehe S. 335 ff.

160 Dies kann vom Forderungsrecht dagegen nicht gesagt werden. Denn welcher Nachbar denkt schon im Urlaub an das zwangsweise Einfordern der Primärleistungspflicht, wenn er mitbekommt, dass das versprochene Blumengießen ausbleibt? Und seinem Ärger wird er nach Rückkehr freilich Luft machen dürfen, doch wird man ihm wohl kaum eine Schadensersatzklage statt der Leistung gem. §§ 280 Abs. 1, 3, 281 Abs. 1 S. 1, 662 ff. BGB gewähren wollen. Hierin liegt eben die heuristisch-dogmatische Differenz zwischen dem

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

1. Darstellung der Lehre: Rechtsgrund- und Leistungsgeschäfte

Aus Anlass der (rechts-)politisch und wirtschaftlich bewegten Zeit während der noch jungen Weimarer Republik verfasste Heinrich Siber im Jahre 1921 seinen dogmatischen Grundsatzbeitrag zur Vertragsfreiheit.[161] Siber reagiert mit seinem Vortrag vor der Juristischen Gesellschaft zu Leipzig insbesondere auf ›undogmatische‹ Tendenzen in der zeitgenössischen Rechtsprechung, die in Fragen des Vertragsschlusses vermehrt zu Fiktionen griff, ›faktische Vertragsverhältnisse‹ konstruierte und Kontrahierungszwänge statuierte.[162]

Um die gesamte Tragweite der im BGB zum Ausdruck kommenden Vertragsfreiheit auszuloten, nimmt Siber eine Klassifizierung der Geschäftsarten nach »Rechtsgrundgeschäften« bzw. »Rechtsgrundverhältnissen« und »Leistungsgeschäften« vor, die in etwa Savignys Unterteilung in materielle und formelle Rechtsverhältnisse entspricht.

Vermögensrechtsbeziehungen, die über Rechtsgrundverhältnisse strukturiert sind, enthalten »Erwerbstitel für Leistungen«, schaffen eine »endgültige Interessenausgleichung« zwischen den Parteien und zeichnen sich stets durch eine überschießende, institutionalisierte Tendenz aus (z. B. Vertragstypus ›Kauf‹, nicht kodifizierter Vertragstypus ›Leasing‹ oder Rechtsinstitut ›Verwandtschaft‹).[163] So beruhe der Erwerbstitel an sich nur auf dem jeweiligen Tatbestand, der es dem Empfänger erlaubt, eine Vermögensaufstockung endgültig behalten zu dürfen. Das Rechtsgrundverhältnis stelle dagegen eine umfassendere Einheit dar, die entweder gesetzlich oder vertraglich die Rechtsbeziehung zwischen den Parteien regelt und aus der ein Erwerbstitel *ipso iure* entspringt bzw. hervorgebracht wird.[164]

Leistungsgeschäfte wären indes nicht immer von sich heraus schon eindeutig charakterisiert, sondern »nur im Verhältnis zum Rechtsgrunde zu bestimmen«.[165] So könnten sowohl verpflichtungsfreie (z. B. Übereignung i. S. v. § 929 S. 1 BGB), aber auch verpflichtende (z. B. Kaufvertrag nach §§ 433 ff. BGB) Rechtsgeschäfte als Leistungsgeschäfte qualifiziert werden, je nach dem, ob sie »vom Zutreffen eines außerhalb stehenden Erwerbstitels« abhängig sind oder erst abhängig gemacht werden.[166] So sei der Kaufvertrag zwar regelmäßiges Rechtsgrundgeschäft, könne aber auch willkürlich zu einem Leistungsgeschäft ›degradiert‹ werden, wie im folgenden Beispiel:

---

konkret Allgemeinen der Behaltensbefugnis und dem *abstrakt Besonderen* des Forderungsrechts, vgl. dazu auch *Flume*, Allgemeiner Teil II (1992)[4], § 12, S. 154 f.

161 *Siber*, JhJb 70 (1921), S. 223–299.

162 Vgl. unten, S. 313 ff., 564 ff.

163 *Siber*, JhJb 70 (1921), S. 223–299, 230, 232.

164 *Siber*, JhJb 70 (1921), S. 223–299, 231.

165 *Siber*, JhJb 70 (1921), S. 223–299, 262.

166 *Siber*, JhJb 70 (1921), S. 223–299, 262.

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

> »Wer eine Ware zu ungünstigem Preise an eine Kriegsgesellschaft in der irrigen Meinung verkauft, dazu auf Grund einer Kriegsverordnung verpflichtet zu sein, kann das Kaufverhältnis als zur Erfüllung einer Nichtschuld geschlossen zurückfordern, indem er seine Auflösung und nötigenfalls die Rückgabe der Sache gegen Erstattung des Preises verlangt.«[167]

Diese Abhängigkeit des Leistungsgeschäfts vom Rechtsgrundgeschäft nennt Siber »exoterische« Kausalität, die der Anschauung im Bereicherungsrecht entspricht, und grenzt sie von der »esoterischen« Kausalität ab, womit er die innertatbestandliche Abhängigkeit bezeichnet, also den vertraglichen oder gesetzlich vorausgesetzten Verknüpfungsmodus, welcher in der Rechtsgeschäftslehre unter dem Topos der Entgeltlichkeit fungiert (z. B. genetisches Synallagma bei der Forderungsbegründung im Rahmen gegenseitiger Verträge, aber auch Verknüpfung zwischen Zuwendung und ›bezwecktem Erfolg‹ im Rahmen von § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB).[168]

Quer zu dieser Klassifikation liege die Frage nach der Forderung eines Tuns oder Unterlassens bzw. nach der Verbindlichkeit zu einer Leistung. So existierten sowohl verpflichtende Rechtsgrundgeschäfte, die auch Forderungsrechte beinhalten und somit Schuldverhältnisse bilden, aber auch verpflichtungsfreie, »bloße Rechtsgrundgeschäfte«, denen jegliches primäre oder sekundäre Pflichtengefüge abgeht (z. B. *conventio ob rem*).[169] Genauso seien dem Vermögensrecht des BGB sowohl verpflichtende als auch verpflichtungsfreie Leistungsgeschäfte bekannt.[170] Die Begründung einer Rechtspflicht sei folglich losgelöst von der Frage zu klären, ob ein Rechtsgrund- oder Leistungsgeschäft vorliegt, obwohl die Verpflichtungsgeschäfte überwiegend zu Rechtsgrundgeschäften tendierten und andersherum viele verpflichtungsfreie Rechtsgeschäfte zugleich Leistungsgeschäfte seien.

Als Zwischenergebnis darf festgehalten werden, dass Siber mit der Klassifizierung von Rechtsgrund- und Leistungsgeschäften einerseits zurückgeht auf die gemeinrechtliche Modus-Titulus-Lehre und andererseits mit Savigny über diese hinausgeht, indem er neben verpflichtenden Rechtsgrundgeschäften auch solche berücksichtigt, die zwar eine Erwerbs- und Behaltensbefugnis beinhalten, allerdings gänzlich ohne Rechtspflichten auskommen. Damit revitalisiert Siber in systemschonender Weise gerade jenen Teil der Modus-Titulus-Lehre, der noch als Heuristik für das Vermögensrecht des BGB fruchtbar gemacht werden kann, um eine breitere Perspektive auf dogmatisch mögliche Vermögensverschiebungen einnehmen zu können, ohne zugleich das Abstraktions- und

167 *Siber*, JhJb 70 (1921), S. 223–299, 263.
168 *Siber*, JhJb 70 (1921), S. 223–299, 266 f.
169 *Siber*, JhJb 70 (1921), S. 223–299, 230 ff., 244 ff.
170 *Siber*, JhJb 70 (1921), S. 223–299, 266 ff.

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562

Trennungsprinzip zu missachten oder die *causa obligandi* bzw. *solutionis* zulasten der Vertragsfreiheit zu verabsolutieren.

2. Lose Fäden in Sibers Konstruktion der Rechtsgrundgeschäfte

Trotz der fruchtbaren Fortbildung von Savignys Konstruktion mangelt es auch bei Siber an geschlossener Plausibilität: So bleibt der reine Behaltensgrund ebenso wie Savignys freischwebender Wille eine *punktförmige Konstruktion*, die er nicht mehr in die Rechtsgeschäftslehre integriert hat. Vor allem bleibt die Frage nach dem Rechtsverhältnis ungeklärt, das dem in Geltung gesetzten Behaltensgrund zugrunde liegt. Zwar spricht Siber im Zusammenhang mit dem Erwerbs- und Behaltenstitel von Rechtsgrundverhältnissen, die eine überschießende institutionelle Tendenz hätten, jedoch bleibt die vertragliche Beziehungsebene zulasten dogmatischer Prägnanz im Ergebnis inartikuliert. Mehr im Vorbeigehen streift Siber die Parallelität zwischen Rechtsgrundverhältnis und Schuldverhältnis, soweit ein Verpflichtungsgeschäft oder ein gesetzliches Institut mit Forderungsbegründung vorliegt, arbeitet die analytische Beziehung aber nicht weiter aus, sodass für die bloßen Rechtsgrundverhältnisse ohne Rechtspflichten eine juristische Struktur nicht erkennbar wird.[171] Diese mangelnde Reflexion setzt sich dann beim systematischen Verhältnis zwischen der von Siber so bezeichneten esoterischen (inneren) und exoterischen (äußeren) Kausalheit der Rechtsgeschäfte fort. So kann er die äußere Kausalheit mit der bereicherungsrechtlichen Technik plausibel darlegen und die Rechtsgrundabhängigkeit der Leistungsgeschäfte nach §§ 812 ff. BGB in Bezug auf das Bestehenbleiben oder Nichtbestehenbleiben der eingetretenen Rechtsfolgen ein-

171 Das muss vor allem deswegen verwundern, da Siber in der Sekundärliteratur mehr bekannt geworden ist durch seine Lehre vom *Schuldverhältnis als Organismus* (kritisch etwa von *Gernhuber*, Schuldverhältnis (1989), § 2 I, S. 8 f., gewürdigt, indes zu einfach als »Ballast« abgetan). Im Rahmen von Schuldbeziehungen gibt es für ihn drei auseinanderzuhaltende Ebenen: *Erstens* die Forderung (bzw. Verbindlichkeit, Leistungspflicht) i. S. d. *einzelnen Anspruchs*, der keinen organischen Zusammenhang aufweist, sondern im Recht statisch existiert oder nicht existiert. *Zweitens* das die jeweilige Forderung umgebende Schuldverhältnis als Organismus i. e. S., wonach der Einzelanspruch in »seiner Keimfähigkeit« betrachtet wird, der zunächst auf eine primäre und eventuell auf Ersatzleistung wegen Nichterfüllung gerichtet ist, aus dem aber auch »selbstthätig neue Einzelansprüche, besonders auf Zinsen und auf Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung, erwachsen können.« *Drittens* das Schuldverhältnis als Organismus im *weiteren Sinne*, also als »Complex aller Rechtsbeziehungen auf Grund eines obligatorischen Tatbestands«, womit Siber das gesamte Rechtsinstitut erfassen will, das eben auch z. B. absichernde Hilfsnormen, spezifische Gestaltungsrechte und besondere Verschuldensgrade regelt. *Siber*, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung 46 (1905), S. 526–555, 527 ff.; vgl. auch Planck's Kommentar, BGB II/1 (1914)[4], *Siber*, Vorbem. I 1 b, S. 4.

© 2017, V&R unipress GmbH, Göttingen
ISBN Print: 9783847107569 – ISBN E-Book: 9783847007562