

Die Lehre vom Zweck als Entwicklung der Voraussetzungslehre

Von

Horst Ehmann

Inhaltsverzeichnis

I. Grundsätze der Voraussetzungslehre und der Gegenauffassung	2
1. Das Rechtsgeschäft als Willenswerk	2
2. Zur Bedeutung des Grundes rechtsgeschäftlichen Wollens	2
3. Art 1131 CC als Stein des Anstoßes zu Windscheids Voraussetzungslehre	7
4. Die Fundamentalkritik Lenels und ihre Wirkungen	9
5. Ziel des Beitrags	9
II. Prinzipien der Zwecklehre	10
1. Die geschlossene Zahl dreier typischer Zwecke	10
a) Austausch-, Schenkungs- und Abwicklungszweck	10
b) Die drei typischen Zwecke als "erste Absichten" und "geschäftstypische Zwecke"	11
c) Die Genesis der drei typischen Zwecke	12
2. Die Notwendigkeit der Vereinbarung rechtserheblicher Absichten	15
a) Zur Gewährleistung von Rechtssicherheit und Rechtsklarheit	15
b) Von der unerklärten Voraussetzung zur Zweckvereinbarung	15
3. Die Notwendigkeit der Typisierung der Primärzweck	16
a) Zur abschließenden Zahl von drei typischen Zwecken	16
b) Vertragsfreiheit für atypische Zwecke	17
c) Austauschzweck	17
d) Liberalitätzweck	20
e) Abwicklungszwecke	22
4. Erhaltung der Vertragsfreiheit durch die Anstaffelung atypischer Zwecke	23
a) Gesetzlich geregelte Fälle der Zweckstaffelung	23
b) Vertragsfreiheit für alle erlaubten Zwecke als "angestaffelte Zwecke"	23
5. Das Abgrenzungsproblem: Motiv – Zweck – Bedingung	24
a) Fortwirkende mittelalterliche Streitfragen	24
b) Von der psychologischen zur normativen Abgrenzung	25
c) Zur Abgrenzung atypischer Zwecke von Motiven	26
(1) Schlafzimmer zur Hochzeit der Tochter	26
(2) coronation case	26
(3) Hochzeitskleid	27
(4) RGZ 62, 273 - Gutsherr	27
(5) RGZ 118, 358 - Bürgschaft für den Sohn	28
(6) BGH NJW 1973, 612 - damit er bei ihr bleibe	29
(7) Atypische Zwecke bedürfen grundsätzlich der Vereinbarung	30
d) Zur Abgrenzung von Zweck und Bedingung	30
aa) durch die Rechtsfolgen und den Rechtsfolgewillen	30
bb) Auslegungsregeln zur Abgrenzung typischer Zwecke von Bedingungen	31
(1) Typische Zwecke in kausalen und abstrakten Geschäften	31
(2) Zweck und Bedingung in kausalen und abstrakten Geschäften	31
(3) Der Austauschzweck kausaler Versprechensverträge	32
(4) Der Austauschzweck abstrakter Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte	32
(5) Der Schenkungszweck abstrakter und kausaler Geschäfte	32
(6) Der Erfüllungszweck abstrakter Geschäfte und bedingter Erfüllungsgeschäfte	32
(7) Der Sicherungszweck akzessorischer und abstrakter Sicherungsgeschäfte	33
cc) Zur Abgrenzung atypischer Zwecke von Bedingungen	33
(1) Schlafzimmer zur Hochzeit der Tochter	33
(2) coronation case	34
(3) Hochzeitskleid	34
(4) RGZ 62, 273 - Gutsherr	34
(5) RGZ 118, 358 - Bürgschaft für den Sohn	34
(6) BGH NJW 1973, 612 - damit er bei ihr bleibe	35
III. Schluß: Die Zwecklehre als Synthese	35

I. Grundsätze der Voraussetzungslehre und der Gegenauffassung

1. Das Rechtsgeschäft als Willenswerk

Das europäische Vertragsrecht beruht auf dem Prinzip, dass eine Rechtswirkung eintritt, weil sie *gewollt* ist¹. Das gilt nicht bloß für das deutsche bürgerliche Gesetzbuch (BGB), sondern für alle europäischen Kodifikationen, die seit dem 18. Jahrhundert in den verschiedenen europäischen Nationalstaaten erlassen worden sind, beginnend mit dem *Preußischen Allgemeinen Landrecht* und dem *Code Napoleon*. Die Gemeinsamkeit beruht auf der gemeinsamen Quelle dieser Kodifikationen, nämlich dem römischen Recht. Für das relativ spät erlassene deutsche BGB (1896) gilt das im besonderen Maße deswegen, weil das "System des heutigen römischen Rechts" (*Savigny*) und die auf dessen Grundlage entwickelte deutsche Pandektistik unter dem Einfluss der idealistischen deutschen Philosophie dieses Willensprinzip noch verstärkte und das subjektive Recht geradezu als *rechtlich geschützte Willensmacht*² definierte. Das Willensprinzip des zitierten Rechtsgeschäftsbegriffs gilt für die Begründung einer vertraglichen Verpflichtung (*obligatio*) ebenso wie für die reale Erbringung einer Leistung (z.B. Eigentumsübertragung), sei es zur Erfüllung (*causa solvendi*) einer Verpflichtung, sei es zu sonstigem Zwecke (*causa donandi, fiduciae* etc.). In der Regel ist zur Begründung dieser Rechtsgeschäfte eine Vereinbarung zwischen Versprechendem und Versprechensempfänger oder Leistendem und Leistungsempfänger, also ein Vertrag erforderlich (§ 311 BGB). Der gemeinsame Wille (*Konsens*) der Parteien bringt die Rechtswirkung hervor, weil die Parteien es wollen, sofern die Parteien geschäftsfähig sind und mit diesem Wollen nicht gegen Gesetz und gute Sitten verstoßen (§§ 134, 138 BGB). Das Rechtsgeschäft unterliegt allerdings der Anfechtung, wenn der Wille einer Partei von Irrtum behaftet war. Grundsätzlich soll nur ein *vernünftiger* Wille letztlich wirksam bleiben können; ein bloßer *Motivirrtum* ist freilich grundsätzlich unbeachtlich, sofern er nicht solche Eigenschaften der Person oder Sache betrifft, die im Verkehr als *wesentlich* angesehen werden (§ 119 II BGB). Das Zustandekommen des Vertrags setzt eine Willensübereinstimmung (*Konsens*) über die wesentlichen Vertragsbedingungen (*essentialia negotii*) voraus. Wesentliche Vertragsbedingungen in diesem Sinne sind grundsätzlich der *Leistungsgegenstand* und der *Leistungszweck*, darüber muss zumindest *Konsens* bestehen³.

2. Zur Bedeutung des Grundes rechtsgeschäftlichen Wollens

Der *Leistungszweck* ist nichts anderes als der *rechtliche Grund* (*causa finalis*), auf Grund dessen die Leistung versprochen oder erbracht werden soll. Von diesem rechtlichen Grund des Wollens sind die gewollten rechtsgeschäftlichen Wirkungen grundsätzlich abhängig. Vernünftiges Wollen ist grundsätzlich begründetes Wollen. Allerdings gibt es Rechtsgeschäfte, die ganz bewusst unabhängig (*abstrakt*) von ihrem Rechtsgrund in Geltung gesetzt werden sollen, weil damit mehr Rechtssicherheit für den rechtsgeschäftlichen Verkehr gewährleistet wird, aber auch diese *abstrakten Rechtsgeschäfte* bleiben insofern von ihrem Rechtsgrund abhängig, als sie (zwischen den Parteien, die sie abgeschlossen haben) *kondiziert* werden können, wenn kein Rechtsgrund gegeben ist oder dieser später wegfällt. Im deutschen Recht sind vor

¹ *Motive I*, 126 = *Mugdan I*, 421: "Rechtsgeschäft im Sinne des Entwurfs (des BGB) ist eine Willenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, der nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist."

² *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, 8. Aufl. 1900, § 37; dagegen *Jhering*, Geist des römischen Rechts, Bd III, 5. Aufl. 1906, §§ 60, 61.

³ *Krefß*, Allgemeines Schuldrecht, S. 57; *Klinke*, Causa und genetisches Synallagma, Berlin 1983, S. 42.

allem die *Verfügungsgeschäfte* grundsätzlich als *abstrakte* Geschäfte gedacht (§§ 398, 873, 925, 929); *Verpflichtungsgeschäfte* sind dagegen grundsätzlich *kausale* Geschäfte, es gibt jedoch auch *abstrakte* Verpflichtungsgeschäfte (§§ 780, 781, 793; Wechsel, Scheck)⁴. Die Verpflichtungsgeschäfte des täglichen Lebens, die im besonderen Schuldrecht des BGB als *typische* Schuldverhältnisse ausgestaltet sind (Kauf, Miete, Dienst- und Werkvertrag usw.) sind sämtlich *kausale* Verpflichtungsgeschäfte und heißen darum „Kausalgeschäfte“, weil ihre Entstehung von ihrer *causa* (dem Austauschzweck) abhängig ist und bleibt (*genetisches und funktionelles Synallagma*⁵): Der Verkäufer verspricht Besitz und Eigentum an der Kaufsache, damit der andere den Kaufpreis verspricht; der Käufer verspricht den Kaufpreis, damit der andere die Verschaffung von Besitz und Eigentum verspricht (*do ut des*). Ist das Versprechen des Verkäufers von Anfang an unmöglich oder wird es später unmöglich, so wird nicht nur der Verkäufer von seinem Versprechen befreit, sondern auch der Käufer von seinem Gegenleistungsversprechen, weil er nur versprochen hat, damit der andere verspricht und also der Rechtsgrund seines Versprechens in solchen Fällen entfallen ist. Man kann auch denken und sagen, der Käufer verspreche den Kaufpreis nur unter der *Bedingung* der Wirksamkeit des Verkäuferversprechens oder des Erhaltes der vom Verkäufer versprochenen Leistung; dann erklärt man das *genetische und funktionelle Synallagma* mit den Kategorien der *Bedingungslehre*⁶, die sich im allgemeinen dadurch vom Bereicherungsrecht unterscheiden als die Zweckverfehlung (der Eintritt oder Ausfall der Bedingung) im Falle des „kausalen Wollens“ *ipso iure* zur Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts führt und keiner besonderen Geltendmachung durch eine *condictio* bedarf; für kausale Versprechensverträge sind die Rechtsfolgen der Verfehlung des Austauschzwecks freilich weitgehend (aber nicht vollständig) durch Vorschriften der allgemeinen Rechtsgeschäfts- und Vertragslehre (z.B. §§ 104 ff, 154, 155, 275, 311 a, 320 ff BGB) positivrechtlich geregelt⁷.

Das sind die Grundlagen des europäischen Vertragsrechts⁸, in dessen Zentrum der auf dem Willensprinzip aufgebaute Rechtsgeschäftsbegriff steht. Kein vernünftiger Mensch will aber etwas ohne jeden Grund (*nihil est sine ratione*), schon gar nicht ist es denkbar, dass Menschen Rechtsgeschäfte abschließen ohne Grund⁹. Hinter dem rechtsgeschäftlichen Wollen steht also stets ein *Grund* (*causa*, Zweck) für dieses Wollen. Folglich kommt der Zweck- oder Causa-

⁴ *Kreß* (Allgemeines Schuldrecht, S. 49) meint, das kausale Wollen entspreche einfacher wirtschaftliche Denkungsart und sollte die Regel bilden, Savigny sei auf falscher Spur gewesen; ähnlich *Kegel*, FS Mann, S. 71, 78 ff (zur Interessenlage), 86; jedoch verdient die differenzierte Entwicklung des deutschen Rechts im Handels- und Rechtsverkehr wohl doch den Vorzug; dazu immer noch eindrucksvoll *Jhering*, Geist (Fn. 2), Bd. III, 5. Aufl. 1906, § 55, S. 206 ff; ferner v. *Caemmerer*, RabelsZ 12 (1938/39), S. 697; *Klinke* (Fn. 3), S. 71 ff., 82 ff.

⁵ Es ist etwas verwunderlich, dass für den Austauschzweck ein griechischer Begriff verwendet wird, aber er ist aus den römischen Quellen übermittelt worden: D.50.16.19: quod Graeci συναλλαγμα vocant; dazu *Klinke* (Fn. 3), S. 100 f.; weitere Hinweise Fn. 41.

⁶ So klar Art 1184 CC: „La condition résolutoire est toujours sous-entendue (stillschweigend gewollt) dans le contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.“ Ebenso auch *Windscheid*, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, 1850 (Nachdruck in Italien von Jovene 1982 con una nota di lettura von *Wilhelm Simshäuser*, S. VI-XXIII), S. 88, 144, 163; ebenso *Kreß*, Allgemeines Schuldrecht, S. 41, 49 f; *A. Blomeyer*, Studien zur Bedingungslehre, 1. Teil: Über bedingte Verpflichtungsgeschäfte, Berlin, Leipzig 1938, S 111; *Klinke* (Fn. 3), S. 113 ff.

⁷ Dazu *Kegel*, Festschrift für Mann, 1977, S. 66 f; *Klinke* (Fn. 3), S. 94 ff, 142 ff; ferner unten II 5, d, bb.

⁸ Über die sonstigen Grundsätze des europäischen Privatrechts, welche heute den sog. Gemeinsamen Referenzrahmen (DCFR) bestimmen, kann man sich nur noch wundern, vgl. *Eidenmüller, Faust, Grigoleit* u.a., JZ 2008, 529 ff.

⁹ *Windscheid* (Pandekten II, § 318): "So wenig wie irgend eine menschliche Handlung ohne Bestimmungsgrund vorgenommen wird, so wenig wird ein Versprechen ohne Bestimmungsgrund abgegeben"; in der Fußnote fügt *Windscheid* hinzu: „Von dem Falle der Geistesstörung wird natürlich abgesehen“. Ebenso sagt *Capitant* (De la cause des obligations, 3. Aufl. 1927, S. 17): „S'obliger sans but ne pourrait être que l'acte d'un fou“; dazu *Klinke* (Fn. 3), S. 18; ebenso schon *Jhering*, Geist (Fn. 2), S. 216; trotzdem wird mit dem sog. Willensvereinigungsmodell Gegenteiliges behauptet, vgl. die Nachweise in Fn. 48.

Lehre in jedem auf diesen Grundlagen beruhenden Vertragsrecht zentrale Bedeutung zu¹⁰. Die Frage, deren Beantwortung dieser Beitrag dient, ist, ob und inwieweit das rechtsgeschäftlichen Wollen und dessen Wirkung, der rechtsgeschäftliche Erfolg also von diesem *Grund des Wollens* abhängig sind und bleiben. Auf diese einfache Frage gibt es keine einfache Antwort, was aber nicht in der Unzulänglichkeit rechtswissenschaftlicher Arbeit, sondern in der Vielfältigkeit menschlichen Lebens und Wollens begründet ist, die ein flexibles System erfordern, um den Bedürfnissen der am rechtsgeschäftlichen Verkehr beteiligten Menschen (dem "Reichthum des Lebens") bestmöglich gerecht werden zu können. Ein Vertragssystem, das die Gültigkeit des Vertrages von allen möglichen Gründen (Beweggründen, Motiven) der beteiligten Parteien abhängig machen würde, wäre völlig unbrauchbar, weil dann die Verträge zumeist schon nicht zustande kommen könnten und wenn sie noch zustande kommen alsbald unwirksam werden würden. Ein Käufer kann aus vielen Gründen eine Flasche Schnaps oder ein neues Schlafzimmer kaufen, in der Regel wird er alle seine Gründe auch dem Verkäufer nicht erzählen wollen und selbst wenn er erzählt, dass er das Schlafzimmer als Aussteuer für seine Tochter kaufen will, so wird der Verkäufer den Bestand des Vertrags von diesem „Motiv“ des Käufers nicht abhängig machen wollen mit der Folge, dass er das Schlafzimmer zurücknehmen müsste, wenn der Bräutigam zur Hochzeit nicht erscheint¹¹. Dieses Risiko und jedes sonstige Verwendungsrisiko muss grundsätzlich der Käufer tragen, sofern er nicht ausdrücklich den Inhalt des Kaufvertrages unter die *auflösende Bedingung* gestellt hat, dass die Hochzeit nicht zu Stande kommt. Der Käufer wird jedoch grundsätzlich von seinem Kaufpreisversprechen frei, wenn der Verkäufer aus irgendwelchen Gründen das versprochene Schlafzimmer nicht liefern kann, weil er nur aus diesem Grunde (zu diesem Zweck, unter dieser Voraussetzung oder Bedingung) den Kaufpreis versprochen hat. Es gibt also Gründe (Motive, Voraussetzungen) die *unerheblich* sind für das Zustandekommen und den Fortbestand eines Vertrags und solche Gründe (*Zwecke, causae*), die für das Zustandekommen und den Fortbestand eines Vertrags konstitutiv sind. Schließlich gibt es Gründe (*causae, Zwecke, Voraussetzungen*), die weder als bloße *Motive* für den Bestand eines Vertrags völlig unerheblich noch als *Rechtsgründe* konstitutiv für das Zustandekommen eines Vertrags sind, deren Mangel vielmehr den Vertrag zwar zustande kommen lässt, aber dessen Fortbestand der Kondition unterwirft. Die Erheblichkeit einer „Voraussetzung“ (*causa*), gleichgültig ob sie zum Zweck oder zur Bedingung erhoben wurde, zeigt sich vor allem darin, dass mit der Akzeptierung des Zwecks, mit der Annahme der Bedingung das *Risiko der Zweckverfehlung* auf den Vertragspartner übertragen wird¹².

Psychologisch besteht zwischen unerheblichem Motiv, konstitutivem Zweck und einem die Kondition rechtfertigenden mangelnden Rechtsgrund *kein* Unterschied¹³. Auch *rechtlich* sind die Gründe (*Zwecke*) abstrakter Rechtsübertragungen (z.B. gem. §§ 398, 929) oder abstrakter Leistungsversprechen (§ 780) keine anderen Gründe (*Zwecke*) als die *kausaler* Leistungsversprechen oder *kausaler* (Real-) Leistungen; die Rechtsordnung hat vielmehr nur (kraft Gesetzes) das Zustandekommen bestimmter Rechtsgeschäfte von der Vereinbarung und/oder

¹⁰ Kegel, Festschrift für Mann, 1977, S. und 57 ff., 61, 71.

¹¹ Das bezweifelt für diesen und andere von Lenel (AcP 74 (1889), 213, 225) gebildeten Fälle auch Windscheid nicht (AcP 78 (1892), 161, 169): "Es ist nicht dem mindesten Zweifel unterworfen, daß ein Rückforderungsrecht nicht begründet ist, wenn das Verlöbniß aufgelöst wird, wenn der Käufer des Pferdes sofort am Schlagfluss stirbt" usw, aber Windscheid gelingt es nicht, eine brauchbare theoretische Grenzlinie zwischen einem bloßen *Motiv* und seiner *Voraussetzung* zu ziehen und er will letztlich alles dem *freien Ermessen* des Richters überlassen (dazu im Text I 3), dabei aber nicht verkennend, "daß ein uneinsichtiger Richter auf diesem Wege durch leichtfertige Annahme einer Voraussetzung die Gerechtigkeit schwer schädigen kann" (aaO, S. 197; ähnlich schon (Fn. 6), S. 109).

¹² Ebenso Kegel, FS Mann, S. 60.

¹³ Jhering, Geist (Fn. 2) § 55, S.210 ff; Kegel (FS Mann, S. 60): „causa ist vereinbartes Motiv“; ebenso Klinke (Fn. 3), S. 20 f, 32.

Erreichung des Zwecks teils zwingend (vgl. §§ 925 II, 793 BGB, 1311 S. 2, § 1 Nr. 2 WG) oder dispositiv (z.B. §§ 398, 929 BGB) abstrahiert oder den *Parteien* die Abstrahierung abstrakter Verfügungsgeschäfte oder die Begründung abstrakter Leistungsversprechen ermöglicht (§ 780 BGB); alle nicht zwingend abstrakten Geschäfte (§§ 398, 780, 929 BGB) können aber grundsätzlich unter die Bedingung wirksamer Vereinbarung ihres Zwecks (z. B. Eigentumsvorbehalt unter der Bedingung der Zahlung des Kaufpreises) und dessen Erreichung gestellt, also kraft Vereinbarung *kausal* gestaltet werden¹⁴. Der *Fortbestand* der abstrakten Leistungen oder Leistungsversprechen bleibt aber jedenfalls von der Vereinbarung der Erreichung ihres Zwecks abhängig, denn sie können gemäß § 812 I BGB kondiziert werden, wenn eine Einigung über den Rechtsgrund z.B. wegen eines Dissenses nicht zustande kam oder der vereinbarte Rechtsgrund später wegfällt oder der mit der Leistung oder dem Leistungsversprechen verfolgte Zweck nicht erreicht wird. Zweckvereinbarung und Zweckerreichung bilden also den rechtlichen Grund einer (abstrakten) Leistung und eines (abstrakten) Leistungsversprechens¹⁵. Zwischen den *Leistungszwecken*, deren Nichterreichung die Kondiktion begründet und den Zwecken *kausaler Leistungsversprechen*, deren Nichterreichung die Versprechungsverträge unwirksam macht besteht aber kein Wesensunterschied, unterschiedliche Rechtswirkungen haben sie nur insoweit als die Rechtsfolgen der Zweckverfehlung bei kausalen Leistungsversprechen positiv-rechtlich geregelt sind und von den bereicherungsrechtlichen Rechtsfolgen abweichen, insbesondere wenn und soweit die Rechtsordnung oder die Parteien das Zustandekommen der Rechtsgeschäfte von der Vereinbarung und Erreichung des Zwecks *abstrahieren* und daher im Falle der Nichterreichung des vereinbarten Zwecks die unerwünschten Rechtsfolgen *kondiziert* werden müssen.

3. Art 1131 CC als Stein des Anstoßes zur Voraussetzungslehre

Anders als das BGB enthält der französische Code Civil in Art 1131 zur Frage der Abhängigkeit von Obligationen von ihrer *causa* den allgemeinen Satz:

"L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet."

Dieser Satz erregte den heiligen Zorn des jugendlichen *Bernhard Windscheid* (1817-1892), der im Jahre 1840 mit 23 Jahren in seiner Habilitationsschrift zu dem Thema „Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte“¹⁶, ein Kapitel einfügte mit der

¹⁴ Die Auffassung ist zwar bedingungsfeindlich, wird jedoch ihr Zweck (in der Regel Erfüllung des zu Grunde liegenden Kaufvertrags, aber auch ein angestaffelter atypischer Zweck, z.B. der fortifikatorische Zweck des Baus einer Festungsanlage auf dem Kaufgrundstück, vgl. RGZ 132,238; dazu unten II 5 d, bb (4) mit Fn. 133) nicht erreicht, so kann die Kaufsache kondiziert werden. Werden statt in Leistungsversprechen eines Kaufvertrags abstrakte Leistungen gegen abstrakte Leistungsversprechen ausgetauscht wie im Falle RGZ 119, 12 (dazu unten II 3 c und II 5 d, bb (4)), gelten im Falle einer Verfehlung des Austauschzwecks zwar nicht die §§ 320 ff., aber die abstrakten Leistungen oder Leistungsversprechen können kondiziert werden. Allgemein gilt: Wird der Zweck zur Bedingung eines abstrakten Verpflichtungs- oder Verfügungsgeschäfts erhoben, so wird es zum Kausalgeschäft; ebenso *Kegel*, FS Mann, S. 70. Eine Ehe ist allerdings nicht nur bedingungsfeindlich (vgl. § 1311 S. 2), sondern kann im Falle der Zweckverfehlung auch nicht kondiziert werden, dazu unten II 5 d, bb (1).

¹⁵ *Kreß*, Allgemeines Schuldrecht, S. 47, 51 ff; *ders.*, Besonderes Schuldrecht, 1935, § 35, S. 327 ff; *Ehmann*, Über den Begriff des rechtlichen Grundes im Sinne des § 812 BGB, NJW 1969, 398; *Klinke* (Fn. 3), S. 60 ff.

¹⁶ Veröffentlicht im Jahre 1847 im Verlag Julius Buddeus, Düsseldorf, nachgedruckt 2004 im Verlag Keip, Goldbach. Im Jahre der Veröffentlichung dieser Schrift (1847) wurde *Windscheid* mit 30 Jahren zum ordentlichen Professor in Basel ernannt mit folgender weiterer Laufbahn: 1852 Greifswald, 1857 München, 1871 Heidelberg, 1875 Leipzig. Wenn man einen „Gelehrten wie Windscheid“ und seine frühen Schriften über die Voraussetzungslehre gerecht beurteilen will, muss man auch das Alter berücksichtigen, in welchem diese Schriften verfasst wurden; vgl. *U. Falk* (Ein Gelehrter wie Windscheid - Erkundungen auf den Feldern der sogenannten

Überschrift „Ueber die cause des obligations“ (S. 270-322). Den in Art 1131 CC zum Gesetz erhobene Satz hält Windscheid für unvereinbar mit den in Jahrhunderten entwickelten und erprobten Regeln des römischen Rechts, die für ihn zwar nicht „geltendes Recht“ aber als *ratio scripta* in der "Natur der Sache" begründet sind. Danach aber ist es eine terrible Simplifikation, jede *obligation sans cause* für völlig unwirksam zu erklären, das kann nur für solche Schuldverhältnisse geltend, die man heute *kausale Versprechungsverträge* nennt, für welche das römische Recht aber noch keine Vertragsfreiheit kannte, so dass der Satz allenfalls Gültigkeit hatte für den *numerus clausus* der sog. Konsensualkontrakte (*emptio venditio, locatio conductio, societas, mandat*) oder wenn die *causa* als *conditio* (Bedingung) zu verstehen ist, nicht aber für die anderen römischen Vertragsformen, insbesondere nicht für die *Innominatkontrakte* und die *stipulatio*. Dafür galt: Wenn jemand ohne Rechtsgrund versprochen hat (*sine causa promiserit*) oder wenn jemand Nichtgeschuldetes geleistet hat (*solverit quis indebitum*), so ist die Kondiktion gegeben, nicht aber ist das Leistungsversprechen oder die Leistung unwirksam¹⁷. Windscheid räumt zwar ein, dass die *causa*-Lehre schwierig sei, glaubt aber trotzdem zum Ausdruck bringen zu müssen, dass die Verfasser der Art 1131-1133 CC sie nur halb verstanden und die Ausleger dieser Vorschriften das Missverständnis noch vergrößert hätten, wodurch in der Praxis die größte Verwirrung entstanden sei. Klarheit sei nur zu gewinnen, wenn man zu den Quellen des römischen Rechts hinaufsteige und auf deren Grundlage eine „Lehre von der Voraussetzung“ entwickle. Windscheid vermeidet bei der Entwicklung diese Lehre bewusst den *causa*-Begriff, weil dieser im römischen Recht so unbestimmt sei wie der deutsche "Grund"¹⁸, der bloß Motiv (Beweggrund) oder Bedingung (*conditio*) oder etwas dazwischen (Bestimmungs- oder Rechtsgrund) bedeuten könne; auch weil das römische Recht statt *causa* auch die Begriffe *conditio*¹⁹, *modus*²⁰, *res*²¹ oder andere Ausdrücke oder Wendungen gebrauchte²². Die notwendige Abgrenzung der "Voraussetzung" von der *Bedingung* wollte Windscheid im Wesentlichen *psychologisch* erklären: Wer unter einer Voraussetzung wolle, sage nicht: „ich will nicht, wenn nicht ...“, sondern: ich *würde* nicht wollen, wenn nicht ...“ Die Rechtswirkung des unter einer Voraussetzung Gewollten trete also ein, deren *Geltendmachung* könne aber mit der *exceptio doli* abgewehrt und deren *Fortbestand* mit der allgemeinen *condictio sine causa* rückgängig gemacht werden, wenn die „Voraussetzung“ nicht gegeben ist. Die Existenz des unter einer „Voraussetzung“ gewollten Rechtserfolgs bestehe gemäß dem *wirklichen* Willen des Erklärenden, aber gegen seinen *eigentlichen* Willen²³. In ähnlicher Weise will Windscheid seine "Voraussetzung" auch vom bloßen *Beweggrund* (Motiv) abgrenzen²⁴:

Begriffsjurisprudenz -, Diss. Frankfurt 1989), dessen Kritik weder der Sache noch der Persönlichkeit Windscheids gerecht wird.

¹⁷ D. 12.7.1; dazu Windscheid (Fn. 16), S. 271 f. mit vielen weiteren Belegen.

¹⁸ (Fn.16), S. 273 Fn. 7; (Fn. 6), S. 41, 48 f, 86 f.

¹⁹ Zu deren Abgrenzung von der "Voraussetzung" vgl. (Fn. 6), S. 41 ff.

²⁰ *Modus* (Auflage) wird von Windscheid idR als „Voraussetzung“ verstanden, vgl. (Fn.6), S. 1, 3, 19 f, 56 f: Der Modus werde wie eine *conditio* auf ein Gegebenes gelegt: "Aber von einer Beziehung desselben darauf, dass die Nichterfüllung der Auflage die Wirksamkeit der Zuwendung ausschließt, vermag ich keine Spur zu entdecken."

²¹ Meist in der Form *ob rem* vgl. (Fn. 6), S. 48, 51 und öfters.

²² Vgl. (Fn. 16), S. 292; (Fn. 6), S. 41.

²³ (Fn. 16), S. 294; (Fn. 6), S. 2, 44 ff, 58. In der Regel beruht die Differenz zwischen dem „wirklichen“ und dem „eigentlichen“ Willen auf Irrtum (jedenfalls wenn die Voraussetzung auf ein Vergangenes oder Gegenwärtiges gerichtet ist, Windscheid, Pandekten II, § 423 N. 9), jedoch nicht in allen Fällen, wofür Windscheid (Fn. 16, S. 277, 295; (Fn. 6), S. 5 f, 53 und öfters) auf die Leistung einer *arrha* (Draufgeld zur Bestätigung des Rechtsbindungswillens) verweist, die nach Durchführung des Vertrags zurückgefordert werden kann (vgl. § 337 BGB). Begreift man die Voraussetzung als Rechtsgrund (*causa*, Zweck) des erklärten Willens, so ist der „eigentliche“ Wille der *hypothetische* Wille, der geherrscht hätte, wenn dem Leistenden oder Versprechenden der Mangel des Rechtsgrundes oder dessen Wegfall oder Nichterreicherung bewusst gewesen wäre; der „wirkliche“ Wille ist dagegen der durch den mangelhaften Rechtsgrund bestimmte und begründete Wille.

²⁴ (Fn.16), S. 286; dazu Klinke (Fn. 3), S. 35 f.

„Zur *Voraussetzung* wird der Beweggrund dadurch, dass er Grundlage des Willens, auch nachdem er ihn hervor gebracht hat, bleibt und Bestandteil desselben wird, so daß sein Inhalt sich nicht in der Formel: ich will, weil ..., sondern in der darstellt: ich will, würde aber nicht wollen, wenn nicht Sobald ein solcher Grund sich als nicht vorhanden ausweist, oder wegfällt, kann derjenige, welcher den Willen erklärt hat, zwar nicht sagen: ich habe nicht gewollt, aber doch: ich will nicht mehr.“

Damit ein Beweggrund so zur „Voraussetzung“ wird soll die bloße *Nennung* des Beweggrundes *nicht* genügen, eine *ausdrückliche Erklärung* aber auch *nicht* erforderlich sein, im allgemeinen aber genügen, dass für den Erklärungs- oder Leistungsempfänger *erkennbar* geworden ist, dass der erklärte Wille unter einer derartigen Voraussetzung stand. Zur notwendigen Abgrenzungsentscheidung müsse dem *richterlichen Ermessen* im einzelnen Fall ein „freier Spielraum“ gelassen werden²⁵.

4. Die Fundamentalkritik Lenels und ihre Wirkungen

Nach einem anfänglichen Siegeszug seiner Lehre, auf welchem *Windscheid* nicht nur die höchstrichterliche Rechtsprechung²⁶, sondern auch die *Erste Kommission* mit dem ersten Entwurf zum BGB teilweise Gefolgschaft leisteten²⁷, konnte jedoch *Lenel* (1848-1935) im Jahre 1889, also 49 Jahre später die Mehrheit der deutschen Juristen nicht nur mit guten Gründen davon überzeugen, dass *Windscheids* Abgrenzung von rechtlich *unerheblichen Motiven* und *wirksamen Bedingungen* in verschiedener Hinsicht verfehlt und für die Rechtssicherheit gefährlich, sondern mit letztlich unberechtigter Polemik auch davon, dass diese Lehre "nur ganz und gar richtig oder ganz und gar unrichtig sein kann"²⁸ und daher gänzlich zu verwerfen sei²⁹: „Wie konnte ein Gelehrter wie *Windscheid* auf eine so offensichtlich unhaltbare Lehre kommen?“ Wie aber konnte ein Gelehrter wie *Lenel*, so darf seine Polemik heute erwidert werden, verkennen, dass verhältnismäßig wenige Korrekturen genügt hätten, um den genialen Ansatz der Lehre *Windscheids* zu einem praktisch brauchbaren System zu entwickeln?!

Windscheid selbst hat die in einem Kapitel seiner Habilitationsschrift auf 52 Seiten mit jugendlichen Mut und Elan dargelegten Grundlagen seiner Voraussetzungslehre 10 Jahre später (1850) zu einer Monographie im Umfang von 213 Seiten ausgebaut und diese Schrift mit dem Titel "Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung" *Carl Friedrich von Savigny*, „dem Erneuerer der Wissenschaft des römischen Rechts“, zur Feier des 31.10.1850 gewidmet. In dieser Monographie lässt *Windscheid* die 10 Jahre zuvor entwickelten Grundlagen seiner Lehre im Wesentlichen unverändert und meint zu dem kritischen Punkt seiner Lehre: Es „ist natürlich eine rein *faktische* Frage, ob bei einer Willenserklärung die Voraussetzung, auf welche derjenige, welcher sie abgegeben hat, sich beruft, auf eine genügende Weise *erkennbar* hervorgetreten sei. Die Theorie vermag eine Regel, aus welcher eine Antwort auf sie für alle Fälle gefunden werden könnte, nicht zu geben³⁰“. Entgegen diesem eigenen alle Kritik vorweg nehmenden Eingeständnis in den großen Schwachpunkt seiner Lehre, gab *Windscheid*

²⁵ (Fn.16), S. 288 ff, 291.

²⁶ Vgl. die Aufstellung bei *Windscheid*, AcP 78 (1892), 161, 188 ff. Mit Urt. v. 13. Mai 1889 erklärte das RG jedoch dass es sich keinesfalls der Auffassung anschließen könne, "dass eine an sich zustande gekommene vertragsmäßige Rechtswirkung wegen Ermangelung einer beliebig gesetzten so genannten ‚Voraussetzung‘ dennoch solle angefochten werden können; hierfür vermisst es jede quellenmäßige Begründung" (RGZ 24, 170).

²⁷ Vgl. z.B. §§ 666, 667 E 1 = § 779 BGB, dazu *Motive II*, 650 ff = *Mugdan II*, 363 ff mit der in *Mugdan II*, 1113 ff protokollierten Abkehr der 2. *Kom*; entsprechendes gilt für die Fassung der bereicherungsrechtlichen Vorschriften der §§ 737 ff., dazu *Motive II*, 829 ff. = *Mugdan II*, 463 ff. und die Distanzierung der 2. *Kom*. protokolliert in *Mugdan II*, 1169 ff., 1174. Ursächlich für den Meinungswechsel in der 2. *Kom*. war nicht zuletzt auch die vorstehend in Fn. 26 zitierte Entscheidung RGZ 24, 169; dazu *Windscheid*, AcP 78 (1892), 161 ff., 188 ff

²⁸ *Lenel*, AcP 74 (1889), 213, 219.

²⁹ *Lenel*, AcP 74 (1889), 213, 226.

³⁰ *Windscheid* (Fn. 6), 84.

jedoch selbst noch einen sehr wichtigen theoretischen Hinweis für die *rechtliche* Entscheidung dieser "faktischen" Frage, indem er ausdrücklich *verneinte*, das jede vom Erklärungsgegner erkannte *Absicht* des Erklärenden als „Voraussetzung“ begriffen werden dürfe und wollte nur noch vom Erklärungsgegner erkannte „*erste Absichten*, vor denen keine anderen stehen“ als "Voraussetzungen" anerkennen³¹. *Windscheid* hat es aber versäumt, hinreichend darzulegen, was „erste Absichten“ und was dahinter stehende weitere Gründe ("angestaffelte Zwecke", Sekundärzwecke) sind. *Hugo Kreß* hat diese "ersten Absichten" *Windscheids* später (1929) als *typische* Zwecke (Austauschzweck, Liberalitätszweck und Abwicklungszwecke) bezeichnet und definiert und als Voraussetzung ihrer rechtlichen Erheblichkeit im Anschluss an *Kipp*³² eine Vereinbarung der Parteien darüber (*Zweckvereinbarung*) gefordert. Damit war der Kritik *Lenels* die wesentliche Spitze genommen, was die überwiegende Lehre jedoch bis heute verkennt.

Der allgemeine Begriff des *Zwecks* ist freilich ebenso vieldeutig wie die Begriffe „Grund“ und „causa“, die *Windscheid* nicht verwenden wollte³³. Im hier verwendeten Sinne ist er jedoch nicht der diffuse "Zweck im Recht", den *Jhering*³⁴ einst zum „Schöpfer des ganzen Rechts“ erklärte, auch nicht der "Zweck der Obligation" im Sinne *Hartmanns*³⁵, auch nicht der *Zweck*, den der *Jubilar*³⁶ in seiner Habilitationsschrift weder als den Zweck setzenden Willen des Handelnden noch als den Handlungserfolg selbst verstehen wollte, sondern definierte als „gewollter und noch nicht erreichter Erfolg“. Der Zweck im hier verwendeten Sinne ist dagegen schlicht die Absicht einer Partei, von deren Vereinbarung (mit dem Vertragspartner) und Erreichung der Bestand des gewollten Rechtsgeschäfts abhängig sein soll; der Zweck bezeichnet also das Ziel des Wollens und bildet zugleich den *rechtlichen* Grund (*causa finalis*) dieses rechtsgeschäftlichen Wollens³⁷.

Die Kritik an und die Zustimmung zu seiner Lehre hat *Windscheid* in den sieben von ihm selbst besorgten Auflagen seines Lehrbuchs des Pandektenrechts in den Fußnoten vermerkt, ohne sich zu wesentlichen Änderungen seiner Ansicht genötigt zu sehen: „Es ist durch die Ausführungen dieser Schriftsteller die Überzeugung in mir nicht erschüttert worden, daß die

³¹ (Fn. 6), S. 87. In seiner letzten Äußerung zur Sache (AcP 78, 161 ff, 169 ff) bemerkte *Windscheid*, dass in der Literatur vorzugsweise (statt Grund, Voraussetzung, Absicht) der Ausdruck „*Zweck*“ gebraucht werde und fügte hinzu: "ich will mich dem anschließen." So ist aus der *causa-* die *Voraussetzungs-* und daraus die *Zwecklehre* geworden. Freilich ist der *Zweck* im Sinne der hier vorgestellten Zwecklehre nicht mehr mit dem Voraussetzungs-begriff *Windscheids* gleichzusetzen, aber letztlich doch eine Fortentwicklung des Begriffs der Voraussetzung, welche die kritischen Einwendungen gegen diesen Begriff aufgenommen und berücksichtigt hat.

³² Nachweis und näheres dazu unten II 2 b mit Fn. 73.

³³ Dass er trotzdem hier gebraucht wird, beruht auf folgenden Gründen: 1. dass er auch im BGB verwendet wird (z.B. §§ 362 II, 812 I, 813, 814 und öfters); 2. dass der Voraussetzungs-begriff *Windscheids* gescheitert ist; 3. dass *Windscheid* später auch den Zweckbegriff verwenden wollte (dazu Fn. 31); 4. dass *Kreß* ihn verwendet hat; 5. dass der verwendete Begriff im hier verwendeten Sinne schon eine gewisse allgemeine Anerkennung gefunden hat; 6. dass sich die nochmalige Erfindung eines neuen Begriffs daher nicht empfiehlt. Die Gefahr der Begriffsvertauschung mit den verschiedenen Zweckbegriffen *Jherings*, *Hartmanns*, *Essers*, *Beuthiens* u.a. muss leider in Kauf genommen werden.

³⁴ *Jhering*, Der Zweck im Recht, 2 Bände, 1. Aufl. 1883, 5. Aufl. 1916.

³⁵ *Hartmann* (Die Obligation - Untersuchungen über ihren Zweck und Bau, Erlangen 1875, S. 49, 52, 60) versteht unter "Zweck"-erreichung eine (objektive) Erfolgserreichung (das aufgelaufene Schiff wird in der nächsten Flut wieder flott und das zugefrorene Rohr taut in der Sonne von selbst auf) und schaltet damit das Handeln des Schuldners (wofür er das Entgelt erhalten sollte) aus, welcher das Mittel sein sollte, mit welchem der Gläubiger seinen Zweck (sein Ziel), die Herbeiführung des (wirtschaftlichen) Erfolgs zu erreichen suchte; vgl. *Kreß*, Allgemeines Schuldrecht, S. 101; *Klinke* (Fn. 3), S. 20 f.; *Beuthien* (Fn. 36), S. 30 und öfters.

³⁶ *Beuthien*, Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, 1969, S. 34. *Beuthien* verkennt freilich nicht, dass dieser Zweckbegriff vom Erfüllungszweck und anderen Leistungszwecken des Bereicherungsrechts zu unterscheiden ist, vgl. S. 281 ff. aaO. Zu *Essers* Missverständnis des Zweckbegriffs vgl. unten Fn. 55.

³⁷ *Klinke* (Fn. 3), S. 20.

Kategorie der Voraussetzung eine fruchtbare, ja unentbehrliche ist³⁸. Auf die 1889 vorgetragene Fundamentalkritik *Lenels* hat er in seinem Todesjahr 1892 zwar noch geantwortet, sich aber auch in den Punkten, in denen die Kritik berechtigt erscheinen musste, zu keinen Zugeständnissen mehr bereit gefunden: „Zur Thüre hinausgeworfen, kommt sie zum Fenster wieder herein“³⁹. Auf die Erwiderung *Lenels*⁴⁰ konnte er nicht mehr antworten; er starb am 26. Oktober 1892 in Leipzig.

5. Ziel des Beitrags

Ziel des nachstehenden Beitrages ist es zu zeigen, dass *Windscheids* Voraussetzungslehre alle Elemente einer Zwecklehre enthält, welche die berechtigten Einwendungen der erhobenen Kritik ausräumt, das System unseres Vertragsrechts verständlich macht und auch der Rechtspraxis in vielen Fällen besser überzeugende Lösungen ermöglicht. Im Rahmen eines Festschriftbeitrags ist es freilich nicht möglich, die Thesen der Voraussetzungslehre *Windscheids* darzustellen, sodann die Kritik *Lenels* u.a. als Gegenthesen zu formulieren und daraus als Synthese eine Zwecklehre zu entwickeln, die dem heute geltenden Recht gerecht wird. Eine solche Form der Darstellung müsste notwendigerweise jedes Problem dreimal aufgreifen und wäre für den Leser ermüdend. Ich will daher im folgenden nur die *Prinzipien der Zwecklehre* darstellen, so wie sie mir heute richtig erscheinen, und dabei an einzelnen Stellen aufzeigen, inwiefern diese auf *Windscheids* Voraussetzungslehre beruhen und inwiefern, die Kritik an dieser Voraussetzungslehre berechtigt war und Korrekturen erforderte, welche heute das System der Zwecklehre bestimmen. Die Ausformung dieser Zwecklehre in Form einer Darstellung der Rechtsgebiete, die durch die Prinzipien dieser Lehre wesentlich bestimmt sind, insbesondere des Leistungsstörungsrechts, soweit es durch das *genetische und funktionelle Synallagma* des Versprechensvertrags bestimmt ist⁴¹, der Lehre von der *Geschäftsgrundlage*⁴², der *Erfüllungslehre*⁴³, des Begriffs des rechtlichen Grundes der Leistungskondiktion⁴⁴, der *Sicherungsgeschäfte*, einschließlich der *Sicherungsgesamtschuld*⁴⁵, des *Vergleichs*⁴⁶, nicht

³⁸ Vgl. *Windscheid*, Pandekten I, § 97 Note 1; dazu *ders.* AcP 78 (1892), S. 161 Fn. 2; *einen* Irrtum gesteht *Windscheid* ein, in der Frage der Beweislast für den rechtlichen Grund eines abstrakten Schuldversprechens vgl. Pandekten II § 118 Note 4.

³⁹ *Windscheid*, AcP 78 (1892), 161 ff, 197.

⁴⁰ *Lenel*, AcP 79 (1892), 49 ff.

⁴¹ *Bechmann*, Der Kauf nach gemeinem Recht, 1. Teil: Geschichte des Kaufs im römischen Recht, Erlangen 1876; 2. Teil: System des Kaufs nach gemeinem Recht, Erlangen 1884. *Bechmann* war Berichterstatter im Habilitationsverfahren von *Hugo Kreß*; er hat als erster den Begriff des genetischen Synallagmas zur Begründung der kausalen Abhängigkeit der Leistungsversprechen und Leistungsverpflichtungen in gegenseitigen Vertrag verwendet; dazu *Klinke*, Causa und genetische Synallagmas, Berlin 1983, S. 102; ferner *Blomeyer* (Fn. 6); *Benöhr*, Das sog. Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts, Hamburg 1965; *Rothe*, Erbvertrag und Synallagma, Berlin 2008.

⁴² *Oertmann*, Die Geschäftsgrundlage, ein neuer Rechtsbegriff, Leipzig 1921; *Klinke* (Fn. 3), S. 36 ff, 110 ff; *Nauen*, Leistungerschwerung und Zweckvereitelung im Schuldverhältnis, zur Funktion und Gestalt der Lehre von der Geschäftsgrundlage im BGB und im System des Reformentwurf der Schuldrechtskommission, Berlin 2001; *Ehmann/Sutschet*, Modernisiertes Schuldrecht, 2002, S. 161 ff.

⁴³ *Ehmann*, Die Funktion der Zweckvereinbarung bei der Erfüllung, JZ 1968, 549; *ders.*, Ist die Erfüllung Realvertrag? NJW 1969, 1833; *Klinke* (Fn. 3), S. 43 ff; anders *Beuthien* (Fn. 36), S. 281 ff.

⁴⁴ *Kreß*, Allgemeines Schuldrecht, S. 47, 51 ff; *ders.*, Besonderes Schuldrecht, 1935, § 35, S. 327 ff; *Krawielicki*, Grundlage des Bereicherungsanspruchs, Breslau 1936; *Weitnauer*, Die Leistung, FS v. Caemmerer, Tübingen 1978, S. 255; *Schnauder*, Grundfragen zur Leistungskondiktion bei Drittbeziehungen, Berlin, 1981; *Klinke* (Fn. 3), S. 46, 60 ff; *Ehmann*, Über den Begriff des rechtlichen Grundes im Sinne des § 812 BGB, NJW 1969, 398; *Weitnauer*, Die Leistung, FS v. Caemmerer, Tübingen 1978, S. 255.

⁴⁵ *Carl*, Die Causa der Sicherungsrechte, Tübingen 1969; *Behrends*, Die Rückabwicklung der Sicherungsübertragung bei Erledigung oder Nichterreicherung des Sicherungszwecks, 1989; *Klauninger*, Der Widerruf von Sicherungsgeschäften nach deutschem und europäischem Recht. Zugleich ein Beitrag zu deren Causa, 2001; *Ehmann*, Gesamtschuld, 1972, § 11: Sicherungsgesamtschulden; *ders.* JZ 2003, 705 m.w.N.

zuletzt des *Abstraktionsprinzips* und der *iusta causa traditionis*⁴⁷, kann nur in einem größeren Rahmen erfolgen. In der etwa zeitgleich erscheinenden Festschrift für *Stathopoulos*^{47a} werde ich mich aber im Anschluss an diesen Beitrag noch etwas näher mit dem Austauschzweck und der falschen Behauptung *Schmidlins* befassen, in der Pandektistik habe auf der Grundlage der Rechtslehre *Kants* und dem System *Savignys* ein Paradigmenwechsel vom naturrechtlichen Versprechensmodell zum so genannten „*Willensvereinigungsmodell*“ stattgefunden, der in den §§ 145 ff. BGB Gesetz geworden sei⁴⁸.

II. Prinzipien der Zwecklehre

1. Die geschlossene Zahl dreier typischer Zwecke

a) Austausch-, Schenkungs- und Abwicklungszweck

Jede Sach- oder Dienst- oder sonstige Leistung kann zu *verschiedenen Zwecken versprochen* (in Versprechensverträgen) oder in Form von Realverträgen⁴⁹ *unmittelbar zugewendet* werden. Die Zwecke menschlichen Handelns, auch rechtsgeschäftlicher Leistungen und Leistungsversprechen sind vielfältig und in konkreter Form abschließend nicht zu erfassen. Der „Reichthum des Lebens“ (*Windscheid*) kann nicht mit einem einzigen Begriff erfasst werden; die tatsächliche Vielfalt der möglichen Zwecke rechtsgeschäftlichen Handelns kann jedoch im Wege weitgehender begrifflicher Abstraktion auf die beschränkte Zahl von *drei Zwecken* der Güterbewegung zurückgeführt werden:

(1) *Austauschzweck*: A verspricht und oder gibt B eine Briefmarke, damit dieser ihm eine bestimmte andere oder Geld gibt oder verspricht (*causa acquirendi*, genetisches Synallagma).

(2) *Liberalitätszweck*: A gibt B eine Briefmarke, ohne eine Gegenleistung dafür zu wollen, außer dass B ihm dafür dankbar ist und bleibt (*causa donandi*); aber auch: C überlässt unentgeltlich dem D ein Buch zum Lesen oder Geld zur Nutzung (*leihweise* bzw. *darlehensweise*) oder bringt unentgeltlich für ihn einen Brief zur Post (*Auftrag*). Rechtsgrund der Leihe, des unentgeltlichen Darlehens und unentgeltlicher Dienstleistungen ist nicht der „Schenkungs-zweck“, aber ein *Liberalitätszweck*; auch standesgemäße *Mitgift* und *Ausstattung* sind zwar unentgeltlich, aber keine Schenkung im Sinne der §§ 516 ff., vgl. § 1624.

(3) *Abwicklungszwecke* sind alle Absichten, die auf *Erfüllung*, sonstige *Aufhebung* (z.B. *Vergleich*) oder *Sicherung* oder *Änderung* eines bestehenden Schuldverhältnisses gerichtet sind: *Erfüllungszweck*: A gibt B die Briefmarke zu Erfüllung des mit ihm darüber Wochen zuvor abgeschlossenen Kaufvertrags (*causa solvendi*); *Sicherungszweck* (*causa fiduciae*): B verspricht G 100 als Bürge oder gibt ihm seine goldene Uhr zum Pfand zur Sicherung der Forde-

⁴⁶ Vgl. *Erik Ehmann*, Schuldanerkenntnis und Vergleich, München 2005: Zum Vergleichszweck, S. 128 ff; zum Einfluss der Voraussetzungslehre *Windscheids* auf die Formulierung des § 779 BGB, S. 135 ff., 203 ff..

⁴⁷ Vgl. *Jahr*, *SavZ* (Rom.Abt.) 80, 141 ff; ders. *AcP* 168 (1968), 9 ff; *Oeckinghaus*, Kaufvertrag und Übereignung beim Kauf beweglicher Sachen im dt und frz. Recht, Berlin 1973, S. 15 ff.; *Ehmann*, *JZ* 2003, 702, 707 m.w.N; *Kegel*, *FS Mann*, S. 73 f; zum dürftigen Stand der verbreiteten Repetitorenauflassung vgl. *Jauernig*, *Jus* 1994, 721.

^{47a} *Ehmann*, Die Entwicklung des Versprechensvertrags – gegen die Mystik des Willensvereinigungsmodells, Festschrift für *Stathopoulos*, 2009, S. 3ff. (erscheint demnächst).

⁴⁸ Vgl. dazu *Schmidlin*, Die beiden Vertragsmodelle des europäischen Zivilrechts: das naturrechtliche Modell der Versprechensübertragung und das pandektistische Modell der vereinigten Willenserklärungen, in: *Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik*, hrsg. von Reinhard Zimmermann, Heidelberg 1999, S. 199 ff; dagegen *Ehmann*, *JZ* 2003, 702, 712 f; ders., *FS Stathopoulos*, Athen 2009 (erscheint demnächst).

⁴⁹ *Kreß*, Allgemeines Schuldrecht, § 7, S. 83 ff.; *Ehmann*, Gesamtschuld, S. 144 ff.

rung des B gegen S, weil dieser zur Zeit nicht zahlen (erfüllen) kann; *Vergleichszweck*: A erlässt (§ 397) dem B einen Teil seiner vermeintlichen Forderung damit dieser den anderen Teil der Forderung bezahlt oder anerkennt, womit das streitige Schuldverhältnis *abgewickelt* werden soll; dem Austausch Zweck des gegenseitigen (vergleichsweisen) Nachgebens ist also ein Abwicklungszweck angestaffelt.

b) Die drei typischen Zwecke als "erste Absichten" und "geschäftstypische Zwecke"

Diese drei typischen Zwecke bilden eine geschlossene Zahl insofern als die Parteien zunächst *stets* einen solchen Zweck verfolgen, sie können daher als „erste Absicht“ im Sinne der Voraussetzungslehre Windscheids verstanden werden⁵⁰; jedoch nicht dahingehend, dass sie *psychologisch* der erste oder wirksamste Beweggrund sind, hinter dem andere weniger wirksame Gründe (Handlungsabsichten) des Erklärenden zurücktreten⁵¹. Die drei typischen Zwecke stehen als „erste Absichten“ vielmehr *juristisch* deshalb im Vordergrund, weil die Parteien notwendigerweise zunächst einen derartigen *rechtlichen*⁵² Zweck verfolgen und speziellere Absichten nur hinter diesen ersten *rechtlichen* Absichten als "angestaffelte Zwecke" durch besondere Vereinbarung zur rechtlichen Erheblichkeit bringen können⁵³.

Die *typischen Zwecke* bilden jedoch für sich allein schon einen *hinreichenden* Rechtsgrund, so dass weiter dahinter stehende Gründe (Zwecke) einer Partei nur dann rechtlich erheblich werden können, wenn sie offensichtlich *konkludent* und im Zweifel *klar* und *deutlich* (ausdrücklich⁵⁴) vereinbart worden sind. Auch die *typischen Zwecke* bedürfen zwar - wie alle Leistungszwecke - der *Vereinbarung* der Parteien, ergeben sich in der Regel aber *konkludent* aus den Umständen des Rechtsgeschäfts und können daher zumeist als *stillschweigend vereinbart* gelten⁵⁵. Wer in ein Möbelgeschäft eintritt, Interesse an einer Schlafzimmer-Einrichtung bekundet und sich mit dem verlangten Preis einverstanden erklärt, braucht nicht zusätzlich ausdrücklich zu erklären, dass er den Kaufpreis nur verspricht im Austausch gegen das Leistungsversprechen des Verkäufers und deswegen nicht verpflichtet sein will, wenn der Verkäufer seine Verpflichtungen nicht erfüllen kann. Der Austausch Zweck ist in solchem Falle *konkludent* vereinbart mit der Folge der Geltung der allgemeinen Grundsätze des genetischen und funktionellen Synallagmas sowie einiger spezieller gesetzlicher Regelungen auf deren Grundlage, z.B. §§ 154, 155, 275, 311 a, 320 ff u.a. BGB. Wer im Kerzenschimmer des Weihnachtsbaums seiner verehrten Frau Gemahlin ein goldenes Halsband mit Brillanten überreicht, braucht seine Schenkungsabsicht auch nicht *ausdrücklich* zu erklären und kann die feuchten Augen der Beschenkten als stillschweigende Annahmeerklärung verstehen. Ansonsten aber

⁵⁰ Vgl. *Kreß*, Allgemeines Schuldrecht, S. 40 Fn. 14.

⁵¹ Gegen Windscheid zutr. *Lenel*, AcP 79 (1892), 49 ff, 64 f.

⁵² Zur Rechtsfolgentheorie vgl. unten II 1 c (2) mit Fn. 62.

⁵³ Dazu unten II 4.

⁵⁴ Zur Entbehrlichkeit einer *causa expressa* vgl. unten II 5 a.

⁵⁵ *Esser* (Schuldrecht, 2. Aufl., §§ 14 und 85; dazu *Ehmann*, Gesamtschuld, S. 140, 147, 153; *Klinke* (Fn. 3), S. 46 f) unterscheidet zwischen „vertragscharakteristischem Geschäftszweck“, der keiner Vereinbarung bedürfe, dem durch den „Lebenstypus des Geschäfts“ bestimmten Zweck und dem „besonders vereinbarten Geschäftszweck“. Diese Unterscheidung kann zur besseren Unterscheidung zwischen *Motiv* und *Zweck* hilfreich sein, insofern sie die Meinung bestätigt, dass ein *Motiv* auch ohne ausdrückliche Vereinbarung zur Voraussetzung werden könne. Der Mangel der Lehre *Essers* besteht jedoch darin, dass er seinen allgemeinen Begriff des "Geschäftszwecks" nicht hinreichend definiert und nicht zwischen den verschiedenen Arten von Zwecken (Austausch, Liberalität und Abwicklung) unterscheidet. Mit der Einbeziehung des *concursum causarum lukrativarum* als Erlöschensgrund der Obligation wegen „Zweckerreichung“ und dessen Verallgemeinerung akzeptiert *Esser* auch den "Zweck der Obligation" i. S. Hartmanns (dazu oben I 4 nach Fn. 35), der mit den vorgenannten Zwecken von Leistungen und Leistungsversprechen nichts zu tun hat, ohne die Verschiedenheit kenntlich zu machen. So bleibt die gesamte diesbezügliche Darstellung von *Esser* im Ungefähren verhaftet. *Esser* hat sich offensichtlich mit der Causa- Lehre nur unzureichend befasst, wie schon sein Literaturverzeichnis (S. 46 aao) zeigt und geglaubt, die Arbeiten von *Windscheid*, *Lenel*, *Oertmann*, *Kreß* und anderen weitgehend ignorieren zu dürfen; vgl. dazu auch Fn. 63.

gilt grundsätzlich der alte Satz: *donatio non praesumitur*⁵⁶. Wer einem anderen 133,57 € schuldet und nichts anderes und genau diese Summe abgezahlt dem anderen übergibt, braucht auch nicht noch ausdrücklich hinzuzufügen, dass die Leistung zum *Zwecke der Erfüllung* erfolgt⁵⁷; und wenn der andere das Geld annimmt und in die Tasche steckt, so hat er es im Zweifel zum *Zwecke der Erfüllung (causa solvendi)* angenommen und nicht als Darlehen (*credendi causa*)⁵⁸.

c) Die Genesis der drei typischen Zwecke

Die Beschränkung der Vielfalt menschlicher Absichten auf die kleine Zahl von *drei typischen Zwecken*, die als *hinreichende Gründe* für das Zustandekommen und den Fortbestand von Leistungsversprechen und Leistungen anzuerkennen sind, bedarf einer Begründung, die auf verschiedene Weise gegeben werden kann:

(1) Theoretisch aus der „Natur der Sache“

Die Zweiteilung in den (entgeltlichen) *Austauschzweck* und den (unentgeltlichen) *Liberalitätszweck* folgt aus der *Natur des Menschen*, der letztlich nur zu *zwei* verschiedenen Zwecken handeln kann: *egoistisch oder altruistisch*. Ein Drittes ist von Natur aus nicht gegeben: Entweder verspricht oder gewährt jemand eine Leistung für eine Gegenleistung oder unentgeltlich; Mischformen (*negotium mixtum*) sind allerdings denkbar und möglich⁵⁹. *Abwicklungszwecke* als dritte Art typischer Zwecke sind dagegen nicht in der „Natur des Menschen“ begründet, sondern eine *notwendige Folge der Erfindung des Versprechensvertrags*, der es ermöglicht hat, dass die Menschen die Leistungen, die sie gegeneinander tauschen wollen, einander vorher versprechen und die realen Leistungen dann *zur Erfüllung* dieser Versprechen erbringen. Die Abwicklungszwecke sind daher insofern von „künstlicher“ (aus der *Natur des Versprechensvertrags*) und von *unselbstständiger* Art als sie die Existenz eines vorher begründeten Verpflichtungsgeschäfts „voraussetzen“, das *erfüllt* oder sonstwie *abgewickelt* (durch ein Sicherungsgeschäft *gesichert* oder einen Vergleich *geändert*) werden soll. Wenn die Parteien eine Leistung vorher gegen eine Gegenleistung versprochen haben, so ist nur der Versprechensvertrag vom *Austauschzweck* beherrscht; die Erfüllungsleistungen werden jedoch zum *Zwecke der Erfüllung* erbracht, nicht mehr als Gegenleistung. Das gilt selbst im Falle des Schenkungsversprechens: wer ein notariell beurkundeten Schenkungsversprechen abgegeben hat, muss die reale Schenkungsleistung zum *Zwecke der Erfüllung* dieses Verspre-

⁵⁶ Wacke, AcP 191 (1991), S. 1ff.

⁵⁷ RGZ 133, 277: „... der Beweis, dass er zur Erfüllung einer bestimmten Verbindlichkeit geleistet habe ist von ihm (dem Kläger) erbracht, wenn das nach seiner bei der Leistung abgegebenen, sei es ausdrücklichen, sei es aus den Umständen erkennbaren Erklärung anzunehmen war (§ 157 BGB)“; dazu Ehmman, JZ 1968, 549.

⁵⁸ Wenn eine Frau dagegen 1000 Mark annimmt, die eindeutig angeboten werden, damit sie zum Geschlechtsverkehr bereit ist, so nimmt sie das Geld nicht zum Zwecke der Erfüllung einer Darlehensforderung ihres Ehemannes gegen den Zahlenden an, auch dann nicht, wenn der Ehemann diesem erklärt hatte, er könne das Darlehen durch Zahlung an seine Frau zurückzahlen; in solchem Falle wird die Darlehensforderung vielmehr nicht getilgt. Dazu Ehmman, JZ 1968, 549, 553 Fn. 70 gegen den Satz der sog. Theorie der realen Leistungsbewirkung, Erfüllung trete auch ohne eine Erfüllungszweckbestimmung des Leistenden allein dadurch ein, dass der Gläubiger „objektiv erkennbar“ das Geschuldete erhält (so aber Boehmer, Erfüllungswille, 1910, S. 74), der dies freilich nicht annehmen wollte im Falle der Leistung an einen Dritten gem. § 267 (aaO, S.75). Diese Erweiterung hat erst Larenz (Schuldrecht I, 9. Aufl., § 26 I 3) vorgenommen und aufgrund meiner Kritik in späteren Auflagen eingeschränkt durch den Satz, Erfüllung trete aber nicht ein, wenn der Leistende die Leistung zu einem anderen Zweck erbringe, weil eine "negative Tilgungsbestimmung" die Erfüllung hindere, vgl. Schuldrecht I, 14. Aufl., § 18 I 5. Wie aber kann eine „negative Tilgungsbestimmung“ die Erfüllung verhindern, wenn eine Tilgungsbestimmung gar nicht erforderlich ist? Doch nur deswegen, weil damit der im Falle der Leistung des Geschuldeten in der Regel zu vermutende Tilgungswille widerlegt wird. Vgl. auch Beuthien (Fn. 36), S. 288 ff.

⁵⁹ Vgl. Krefß, Allgemeines Schuldrecht, S. 39, 75 ff; Klinke (Fn. 3), S. 71 f.

^{59a} So schon Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. IV, 1841, S. 119.

chens erbringen^{59a}, erklärt er bei der Übergabe des Geschenks, dass er hiermit diese Sache schenke, so erfüllt er die bestehende Verpflichtung nicht, sondern bleibt aus dem Schenkungsversprechen verpflichtet, sofern nicht Unmöglichkeit (oder: *concursum causarum lucrativarum*) eintritt; selbstverständlich wird man aber im Zweifel eine derartige Erklärung eines Laien als *falsa demonstratio* verstehen, wenn ganz klar ist, dass er unter „schenken“ die Erfüllung seines zuvor begründeten Schenkungsversprechen versteht.

(2) Pragmatisch aus dem Wirtschaftsverkehr

Kreß meint, die Zwecke der durch Rechtsgeschäfte erzeugten Rechtswirkungen seien von „wirtschaftlicher Art“ und gingen „aus dem Wirtschaftsverkehr“ hervor, nicht aus der Rechtsordnung, welche die Verfolgung aller erlaubten Zwecke frei gebe⁶⁰. Das klingt an *Lenel* an, der in seiner Kritik an der mangelnden Bestimmbarkeit des Voraussetzungsbegriffs *Windscheids* die Behauptung aufstellte, „rechtserheblich ist stets nur derjenige Zweck einer Leistung, der für die wirtschaftliche Natur der Leistung selbst bestimmend ist⁶¹“. Als *wirtschaftlichen Zweck* in diesem Sinne wollte *Lenel* aufgrund der Erwiderung *Windscheids* schließlich nur einen solchen verstehen, der „im wirtschaftlichen Verkehr als Äquivalent“ anerkannt ist, den *Austauschzweck* also, aber nicht den *Liberalitätszweck*. Damit aber war dem umfassenden Anspruch zur Lösung des *causa*-Problems, den *Windscheid* mit seiner Voraussetzungslehre verfolgte, nicht genügt. Auch sind die Leistungszwecke nicht die *wirtschaftlichen*, sondern die *rechtlichen* Absichten, welche die Parteien mit ihren Leistungen und Leistungsversprechen verfolgen; wirtschaftlich will der Käufer die Sache und der Verkäufer das Geld, *rechtlich* aber ist der *typisierte Wille* des Käufers auf das Versprechen (die Verpflichtungen) des Verkäufers zur Verschaffung von Besitz und Eigentum an der Sache und der Wille des Verkäufers auf das Versprechen (die Verpflichtung) des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises gerichtet⁶². Wenn *Kreß* sagt, die typischen Zwecke gingen aus dem Wirtschaftsverkehr hervor, so ist daher wohl gemeint, dass es sich im Laufe der Rechtsentwicklung aus dem Wirtschaftsverkehr herausgebildet hat⁶³, dass diese drei typischen Zwecke grundsätzlich als *hinreichende causa* des rechtsgeschäftlichen Willens anzuerkennen sind.

(3) Historisch aus der alten Dreiteilung der *causa*-Lehre

Schon die römischen Juristen hatten zwischen verschiedenen *causae* unterschieden und auf der Grundlage dieser römischen Quellen hatte sich schon vor *Windscheid* eine Dreiteilung in *causa credendi*, *causa donandi* und *causa solvendi* herausgebildet^{63a}. Allerdings war diese Dreiteilung nie als ein geschlossenes System betrachtet worden, konnte es auch nicht, weil die damit angesprochenen Zwecke mit diesen Begriffen nicht allgemein genug gefasst waren, was letztlich in dem komplizierten Vertragssystem des römischen Rechts begründet ist, das noch nicht zu einer *allgemeinen Vertragsfreiheit* durchgedrungen war. Daher fehlte in dieser Dreiteilung ein dem *Austauschzweck* entsprechender Begriff, dessen Funktion daher der *causa credendi* auferlegt wurde, die deswegen nicht bloß als *Darlehenszweck* verstanden wurde,

⁶⁰ Vgl. *Kreß*, Allgemeines Schuldrecht, S. 35, 37.

⁶¹ AcP 74 (1889), 213, 230; dagegen *Windscheid*, AcP 78 (1892), 161, 169 f; dagegen wiederum *Lenel*, AcP 79 (1892), 49, 79 f.

⁶² Rechtsfolgen-, nicht Grundfolgentheorie; dazu *Kreß*, Allgemeines Schuldrecht, S. 35 Fn.1; *Bechmann* (Fn. 41), II 1, S. 11 ff., 59 ff; *Manigk*, Willenserklärungen Willensgeschäft, S. 270; v. *Tuhr*, Allgemeiner Teil, II, 1, § 50 V, S. 161 ff; *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil II, 14. Aufl. 1955 § 145 II A 1 Fn. 4.

⁶³ Auch die „vertragscharakteristischen Zwecke“ und die durch den „Lebenstypus des Geschäfts“ bestimmten Zwecke iS *Essers* (dazu oben Fn. 55; ferner unten Fn. 76, 79) sind selbstverständlich aus dem Wirtschaftsverkehr entstanden, der die typischen Geschäfte entwickelt hat, deren der Mensch zur Befriedigung seiner Bedürfnisse bedarf. In dieser Frage der rechtssoziologischen Grundlage der Zweckverständnisse berührt sich die Auffassung *Essers etwas* mit der Zwecklehre von *Kreß*; dazu *Klinke* (Fn. 3), S. 95.

^{63a} *Savigny* (Obligationenrecht, 1853, Bd. 2, S. 251) verweist zur Herkunft dieser Dreiteilung auf *Unterholzner*, Verjährungslehre Bd. 1 § 108.

gerichtet auf die Rückgabe des Geleisteten⁶⁴, sondern verallgemeinert als auf eine *Gegenleistung* gerichtet, als Austauschzweck also⁶⁵. Manche Schriftsteller ersetzten den Begriff der *causa credendi* deswegen durch die Begriffe *causa obligandi* oder *causa aquirendi*. *Windscheid* aber bezeichnet es zu apodiktisch einfach als irrig, diese Absichten als die „*einzig möglichen*“ ersten Absichten der Vermögensaufopferung anzusehen⁶⁶. Die Theorie, so meinte *Windscheid*, müsse darauf verzichten, alle denkbaren Möglichkeiten von Absichten zu benennen, sie habe dem „*Reichthume des Lebens*“ zu dienen, nicht den vergeblichen Versuch zu machen, ihn zu beherrschen. Diesem Reichtum des Lebens kann aber auch dadurch gedient werden, dass jede Partei eine spezielle von ihr verfolgte Absicht, die nicht gegen Gesetz und gute Sitten verstößt und daher von der Rechtsordnung freigegeben ist, als „angestaffelten Zweck“ hinter den typischen Zwecken („erste Absichten“) durch *Vereinbarung* mit dem Versprechens- oder Leistungsempfänger zur rechtlichen Erheblichkeit bringen kann. Das *Genie Windscheid* hatte mit 23 Jahren aber trotzdem im Grunde alles im Wesentlichen richtig gesehen, nur die letzten kleinen Schritte nicht zu tun vermocht. *Lenel*⁶⁷ hat daher *Windscheid* zu dessen „erster Absicht“ im Ergebnis zwar zu Recht vorgeworfen, dass ein „psychologisches Moment, wie das nähere oder entferntere Verhältniß des erstrebten Zweckes zur Handlung“, nicht für die rechtliche Erheblichkeit eines Motivs entscheidend sein könne, aber er hat auch darin nur einen weiteren Grund für seine gänzliche Ablehnung der Voraussetzungslehre gesehen und nicht erkannt, wie nahe *Windscheid* der richtigen Lösung des *causa*- Problems gekommen war.

In der älteren Dreiteilung der *causa*-Lehre war aber nicht nur die *causa credendi*, sondern auch die *causa donandi* und die *causa solvendi* noch nicht allgemein genug gefasst. Schenkungen sind nicht die einzigen *unentgeltlichen* Leistungen, es gibt auch Leihe, unentgeltliches Darlehen, Auftrag, Ausstattung (§ 1624), die unentgeltlich sind, aber keine Schenkung im Sinne der §§ 516 ff, deswegen bedarf die *causa donandi* der Erweiterung zum *Liberalitätszweck*. Auch ist der *Erfüllungszweck* zwar der wichtigste *Abwicklungszweck*, aber nicht der einzige, denn auch der *Sicherungszweck* (*causa fiduciae*) und der *Vergleichszweck* sind als *Abwicklungszwecke* zu begreifen⁶⁸, weil auch diese ein bestehendes Schuldverhältnis zur "Voraussetzung" haben, weshalb die zum Zwecke der Abwicklung erbrachten Leistungen oder Leistungsversprechen *unwirksam* (z.B. §§ 767, 779, 1163 I, 1252) oder kondizierbar (§ 1192; unbedingte Sicherungsübereignung) sind (je nachdem ob die Leistungen oder Leistungsversprechen *kausal* [akzessorisch] oder *abstrakt* sind), wenn das in Bezug genommene, abzuwickelnde Schuldverhältnis nicht besteht und daher der *Abwicklungszweck* nicht erreicht werden kann.

⁶⁴ Geld (oder andere vertretbare Sachen) werden nicht als Darlehen gegeben damit sie zurückgegeben werden, sondern zur Nutzung des Geldes oder der Sachen; entsprechend werden Speziessachen nicht vermietet oder verliehen damit sie zurückgegeben werden, sondern zur Nutzung der Sachen. Die *causa credendi* ist daher kein Leistungszweck, sondern bestimmt den Inhalt der Leistung: das Geld, die Sachen werden nicht auf Dauer zu Eigentum übertragen, sondern auf Zeit zur Nutzung überlassen, das ist eine andere Leistung, kein anderer Leistungszweck; die Nutzungsüberlassung kann wiederum entgeltlich oder unentgeltlich (als Miete, Leihe oder (un-)entgeltliches Darlehen) erfolgen.

⁶⁵ Vgl. *von Tuhr*, Allgemeiner Teil II 2, 1918, § 72, S. 62, 67, 69 f; *ders*, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, 1924, § 26, S. 178.

⁶⁶ (Fn. 6), S. 88 f.

⁶⁷ AcP 79 (1892), 49, 64 ff.

⁶⁸ Vgl. die Nachweise oben in Fn. 45 und 46.

2. Die Notwendigkeit der Vereinbarung rechtserheblicher Absichten

a) Zur Gewährleistung von Rechtssicherheit und Rechtsklarheit

Eines der schwerwiegendsten Argumente von *Lenel* und anderen Kritikern gegen die Voraussetzungslehre *Windscheids*, das sich auch die *Zweite Kommission*⁶⁹ zu Eigen machte, war der Vorwurf, sie gefährde die "Sicherheit des Verkehrs". Der Vorwurf war erstens in *Windscheids psychologischer* Definition des Voraussetzungsbegriffs und der daraus folgenden unklaren Abgrenzung zum bloßen *Motiv* einerseits und zur *Bedingung* andererseits begründet. Dieser Schwachpunkt seiner Lehre brachte *Windscheid* in die Verlegenheit, eingestehen zu müssen, dass seine Theorie keine klare Antwort geben könne auf die Frage, unter welchen Umständen eine "Voraussetzung" in genügender Weise *erkennbar hervorgetreten* sei, um die *condictio* oder die *exceptio doli* zu begründen. In dieser rein „faktischen Frage“ (so *Windscheid*) müsse vielmehr dem *richterlichen Ermessen* ein „freier Spielraum“ gelassen werden⁷⁰ und die Theorie müsse darauf verzichten, alle denkbaren Möglichkeiten von Absichten zu benennen⁷¹. Diese Position und Ansicht *Windscheids*, die in der Lehre von der Geschäftsgrundlage fortwirkt, war nach dem Angriff *Lenels* schlechthin unhaltbar geworden⁷².

b) Von der unerklärten Voraussetzung zur Zweckvereinbarung

Theodor Kipp, *Windscheids* Schüler, sah sich daher gezwungen, trotz "unauslöschlicher Dankbarkeit und Verehrung" für den „unsterblichen Meister“, den Voraussetzungs-begriff aufzugeben und als Voraussetzung der Wirksamkeit des "Zweckes" (der Absicht) einer Partei eine „*Zwecksatzung*“ zu fordern, die grundsätzlich einer *Vereinbarung* der Parteien bedarf⁷³. Dem hat sich später *Kreß*⁷⁴ gegen *Oertmann*⁷⁵ angeschlossen. Dabei war aber schon für *Kipp* ebenso wie für *Kreß* klar, dass in den *typischen* Rechtsgeschäften des täglichen Lebens, sowohl in den typischen kausalen Verpflichtungsgeschäften (Kauf, Miete, Dienst-, Werkvertrag usw.) als auch in den typischen Leistungsgeschäften, insbesondere der Erfüllung die erforderlichen „*Zweckvereinbarungen*“ in der Regel *konkludent* (stillschweigend) erfolgen, sofern der Austausch- oder Erfüllungszweck auf offener Hand liegt und ein anderer überhaupt nicht in Betracht kommt⁷⁶.

⁶⁹ *Lenel*, AcP 74 (1889), 213, 216 ff, 222 f. m. Hinw. auf *Motive II*, 843; zur Ansicht der 2. Kom. vgl. Fn. 27.

⁷⁰ (Fn. 6), S. 84; (Fn. 16), S. 291.

⁷¹ Vgl. (Fn. 6), S. 84, 89.

⁷² Was am deutlichsten in RGZ 24, 169 und in der Fn. 27 zitierten Haltung der 2. Kom. zum Ausdruck kam, nicht zuletzt auch noch in der Ablehnung durch *Windscheids* Schüler *Theodor Kipp* in der von ihm herausgegebenen 8. Aufl. des Lehrbuchs des "unsterblichen Meisters", vgl. nachstehende Fußnote.

⁷³ Vgl. *Windscheid/Kipp*, Lehrbuch der Pandekten, 8. Aufl. 1900, § 97 Note 1 a.E.; § 423 a. E. in eckiger Klammer. *Kipp* hat nach dem Tode *Windscheids* die Herausgabe der 8. Auflage besorgt, weil er sich - wie er im Vorwort bekennt - aus "unauslöschlicher Dankbarkeit und Verehrung des Schülers" dazu verpflichtet fühlte, die Aufgabe mit "treuem Fleiße und gebührender Schonung des Werkes des unsterblichen Meisters" zu bewältigen. *Kipp* hat in dieser 8. Auflage den Text und die Fußnoten der von *Windscheids* selbst noch besorgten 7. Auflage völlig unverändert gelassen und sich lediglich erlaubt in eckigen Klammern und anderer Schriftart einige "gedrängte Bemerkungen" vor allem zum inzwischen in Kraft getretenen BGB anzufügen.

⁷⁴ Allgemeines Schuldrecht, S. 39 f. mit Fn 14; dazu *Klinke* (Fn. 3), S. 46 mit der Auflistung einiger Ausnahmen.

⁷⁵ *Windscheids* Schwiegersohn (*Oertmann*, Die Geschäftsgrundlage, 1921, S. 25 ff.) wollte als rechtlich erhebliche "Geschäftsgrundlage" schon betrachten, eine vom Geschäftsgegner *erkannte* und *nicht beanstandete* "Vorstellung": "Geschäftsgrundlage ist die beim Geschäftsschluss zu Tage tretende und vom etwaigen Gegner in ihrer Bedeutsamkeit *erkannte* und *nicht beanstandete* (Hervorh. v. Verf.) Vorstellung eines Beteiligten oder die gemeinsame Vorstellung der mehreren Beteiligten vom Sein oder vom Eintritt gewisser Umstände, auf deren Grundlage der Geschäftswille sich aufbaut." Diese Auffassung wirkt bis in die Formulierung des § 313 BGB n.F. fort; dazu *Ehmann/Sutschet*, 2002, S. 163 ff; ferner Fn. 42, 81.

⁷⁶ Nichts anderes besagen die oben in Fn. 55, 63 genannten Zweckbezeichnungen von *Esser*.

3. Die Notwendigkeit der Typisierung der Primärzwecke

a) Zur abschließenden Zahl von drei typischen Zwecken

Die Notwendigkeit einer (Zweck-)Vereinbarung zur Begründung der rechtlichen Erheblichkeit der "Absicht" (Zweck, Voraussetzung, *causa*) einer Partei als *Rechtsgrund* des Rechtsgeschäfts hätte jedoch für sich allein noch nicht genügt, um auf der Grundlage einer prinzipiellen Vertragsfreiheit hinreichend *Rechtssicherheit* und *Rechtsklarheit* über die *tatbestandlichen Umstände* (Merkmale, Voraussetzungen) zu schaffen, nach denen die Wirksamkeit eines Versprechensvertrags (Leistungsverpflichtung) und einer (realen) Leistung vom Grund (Zweck) des Wollens der Parteien abhängig sein soll. Der "Reichthum des Lebens" und die Vielfältigkeit der Absichten (Gründe, Voraussetzungen) menschlichen Wollens konnte nicht mit einem einzigen Begriff ("Voraussetzung") erfasst werden, ohne bei der Auslegung dessen *tatbestandlicher* Voraussetzungen dem richterlichen Ermessen zu viel Spielraum zu geben. Die dargelegte *Typisierung* in die *drei* hinreichenden *Primärzwecke* (Austausch, Liberalität und Abwicklung) gibt dagegen dem richterlichen Ermessensspielraum einen viel festeren und konkreteren Rahmen; vor allem dadurch, dass grundsätzlich ein *hinreichender Rechtsgrund* (Zweck) gegeben ist in folgenden Fällen:

(1) wenn beide Parteien darüber einig sind, dass eine Leistung *entgeltlich* für eine bestimmte Gegenleistung versprochen oder gewährt werden soll (*Austauschzweck*);

(2) wenn beide Parteien darüber einig sind, dass eine Leistung *unentgeltlich* versprochen oder gewährt werden soll (*Liberalitätszweck*);

(3) wenn beide Parteien darüber einig sind, dass eine Leistung zur Abwicklung (*Erfüllung, Sicherung, Vergleich, Änderung*) eines bestehenden Schuldverhältnisses erfolgen soll (*Abwicklungszweck*).

In dieser Dreiteilung der anerkannten *typischen* Zwecke sollte man nicht eine Rückkehr zum *numerus clausus* römisch-rechtlicher Konsenskontrakte sehen. Die inzwischen errungene *Vertragsfreiheit* ist ein hohes Gut; eine freiheitliche marktwirtschaftliche Ordnung ist ohne Vertragsfreiheit nicht denkbar. Die Vertragsfreiheit besteht aber nicht nur darin, den *Gegenstand* einer Leistung oder Leistungsverpflichtung, sondern vor allem auch darin, den *Zweck* der Leistung oder Leistungsverpflichtung frei bestimmen zu können⁷⁷. Die Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens, die in der Regel nicht schriftlich fixiert werden, bedürfen jedoch einer möglichst einfachen und klaren Regelung, damit der Bürger weiß, ob ein Vertrag wirksam zustande gekommen ist und von welchen Voraussetzungen sein Fortbestand abhängig sein soll. Deswegen bedarf die Vielfalt menschlicher Absichten einer *Typisierung*, damit die allgemeine *Vertragsfreiheit* nicht in großer *Rechtsunklarheit* und *Rechtsunsicherheit* entartet. Es ist dies nur eine Erscheinungsform des allgemeinen Prinzips, dass die Freiheit einer geregelten Ordnung bedarf, um nicht im Chaos unterzugehen. Im römischen Recht hat sich die Vertragsfreiheit gegen den *numerus clausus* der Konsenskontrakte über die *stipulatio* und die *Innominatskontrakte* eine Bahn gebrochen. Wir haben die Vertragsfreiheit errungen, bedürfen aber einer *Typisierung der Vielfalt* menschlicher Absichten, damit wir rechtlich erhebliche und unerhebliche Absichten der Parteien und die verschiedenen Vertragsformen gesetzlich typisierter Schuldverhältnisse mit der erforderlichen Klarheit voneinander abgrenzen können. Die Vielfältigkeit des *causa*-Begriffs der römischen Quellen, die durch die vielfältige Verwendbarkeit der *stipulatio* und der *Innominatskontrakte* entstanden ist, deren Zweckverfehlung bereicherungsrechtlich über die *condictio causa data non secuta* oder die allgemeine *condic-*

⁷⁷ Kreß, Allgemeines Schuldrecht, S. 57; auch *Klinke* (Fn. 3, S. 42) betrachtet zumindest den Austauschzweck als *essentia negotii*.

tio sine causa geregelt werden musste, wollte Windscheid mit seinem Voraussetzungs begriff klarer erfassen, was freilich mißlang, weil er diesen allein aus dem einseitigen psychologischen Willen des Leistenden oder Versprechenden herleiten und begründen wollte: "Die Quelle der Entscheidung kann natürlich nur die *Auslegung des Willens* des Erklärenden sein"⁷⁸.

b) Vertragsfreiheit für atypische Zwecke

Das *Prinzip der Vertragsfreiheit* und die dadurch gesicherte Möglichkeit, im Rahmen von Recht und guten Sitten (§§ 134, 138) alle denkbaren Absichten (Zwecke) rechtlich wirksam verfolgen und zu rechtlich erheblichen "Voraussetzungen" eines Rechtsgeschäfts machen zu können, erlaubt eine Beschränkung auf eine *abschließende Zahl* von Zwecken jedoch nur unter der Voraussetzung, dass alle anderen erlaubten Absichten (Zwecke) auch zur rechtlichen Erheblichkeit gebracht werden können. Grundsätzlich können andere als die drei typischen Zwecke jedoch nur dadurch rechtlich erheblich werden, dass sie hinter den drei typischen Zwecken als weitere, spezielle Zwecke angefügt ("angestaffelt") werden. Wollte man es zulassen, dass andere als die genannten drei typischen Zwecke als *Primärzwecke* durch Vereinbarung rechtlich erheblich werden, so wäre die geschlossene Zahl von drei typischen Primärzwecken aufgebrochen und die dadurch erreichte höhere Rechtsklarheit und Rechtssicherheit, insbesondere bei der Abgrenzung zwischen *Motiv* und *Zweck* wieder beseitigt; näheres zu diesem Abgrenzungsproblem unten II 5. Aus diesem Grunde bedarf es einer möglichst klaren Fassung dessen, was unter den als *Primärzwecke* anerkannten *drei typischen Zwecken* zu verstehen ist.

c) Austauschzweck

Der *Austauschzweck* ist jedenfalls insoweit ein "vertragscharakteristischer Geschäftszweck" oder ein dem "Lebenstypus eines Geschäfts"⁷⁹ entnommener Zweck als er in einem Kauf-, Miet-, Werk- oder anderen gegenseitigen Versprechensvertrag, der im Besonderen Schuldrecht oder in einem anderen Gesetz gesetzlich ausgeformt (typisiert) ist, durch Vereinbarung über Ware und Preis in der Regel *stillschweigend* (konkludent) vereinbart wird⁸⁰. In solchen gesetzlichen Vertragstypen kausaler Versprechensverträge erscheint der Austauschzweck als die - vom Vertragspartner akzeptierte - Absicht eines jeden Vertragspartners, für sein Leistungsversprechen das Leistungsversprechen des anderen Teils und daraus eine Forderung gegen den anderen zu erwerben. Der Austauschzweck ist sowohl der Zweck (*causa*) des einen (des Käufers, der den Kaufpreis unter der "Bedingung" verspricht, dass der Verkäufer die Kaufsache verspricht) als auch der Zweck des anderen (des Verkäufers der die Kaufsache zu dem Zweck verspricht, dass der Käufer den Kaufpreis verspricht); der Austauschzweck ist also ein *gemeinsamer Zweck*, der durch die Zweckvereinbarung zustande kommt, weil jeder den Zweck des anderen akzeptieren muss. Der Zweck eines jeden ist sowohl Rechtsgrund (*causa*) des eigenen Leistungsversprechens (oder der eigenen Leistung) als auch in Form des davon getragenen Leistungsversprechens (oder der Leistung) "Bedingung" (Rechtsgrund, Zweck) des Leistungsversprechens oder der Leistung des anderen. Diese verschiedenen Funktionen sind im Begriff des *genetischen Synallagmas* etwas unklar zusammengefasst⁸¹.

⁷⁸ AcP 78 (1892), 161, 166.

⁷⁹ Vgl. *Esser* oben Fn. 55, 63.

⁸⁰ Ebenso *Klinke* (Fn. 3), S. 55, 70.

⁸¹ Dazu *Kegel*, FS Mann, S 63; ausführlich *Klinke*, (Fn. 3), S. 94 ff., 116 ff. Weder dem Synallagma noch dem Austauschzweck kommt allerdings die Funktion zu, Bedingung der Gleichwertigkeit der Leistungen zu sein; vgl. *Kreß*, Allgemeines Schuldrecht, S. 41 Fn. 15; anders aber unrichtig *Larenz*, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 3. Aufl. 1963, S. 79; dagegen *Klinke* (Fn. 3), S. 109, 120 ff., 156 ff. Auch die Abgrenzung zur Geschäftsgrundlage ist theoretisch klar: Zwecke und Bedingungen bedürfen der Vereinbarung, die (subjektive) Geschäftsgrundlage wird dagegen von der h.L. häufig noch als "Voraussetzung" im Sinne *Windscheids* betrach-

Die Rechtsfolgen einer mangelhaften *Zweckvereinbarung* (Dissens) oder einer *Zweckverfehlung* bestimmen sich für die kausalen Versprechensverträge nach den Grundsätzen des *genetischen* und *funktionellen Synallagmas*, das aber durch Vorschriften der allgemeinen Rechtsge-
schäfts- und Vertragslehre (z.B. §§ 104 ff, 154, 155, 275, 311 a, 320 ff.) und einige ergänzen-
de Vorschriften der gesetzlichen Regelungen der einzelnen Schuldverhältnisse (z.B. §§ 437
ff⁸², 633 ff.) weitgehend positivistisch geregelt ist. Die gesetzliche Regelung dieser Rechts-
folgen kann selbstverständlich kein Grund sein am Erfordernis eines Zwecks kausaler Ver-
sprechensverträge zu zweifeln⁸³; denn diese gesetzliche Regelungen sind nichts anderes als
die logischen Folgerungen aus einem Dissens in der Zweckvereinbarung oder einer Zweck-
verfehlung; im übrigen sind sie auch lückenhaft und bedürfen in vielen Fällen einer Ergän-
zung, was aber ein Verständnis des Grundprinzips voraussetzt, das allen Positivisten fehlt, die
glauben sich mit der *ratio legis* der gesetzlichen Regelungen nicht befassen zu müssen.

Der *Austauschzweck* kann jedoch auch Zweck *abstrakter* Leistungen oder *abstrakter* Lei-
stungsversprechen sein⁸⁴; in solchen Fällen ist der Zweck des realen und abstrakten Tausches
zweier Rechtsgüter zwar immer noch ein Austauschzweck, aber nicht mehr der *kausal* wir-
kende Austauschzweck eines kausalen Versprechensvertrags, dessen Rechtsfolgen spezialge-
setzlich geregelt sind; vielmehr ist in solchem Falle für jeden Vertragspartner - wie in den
römischen Innominatskontrakten - die *Kondiktion* gegeben, wenn hinsichtlich des Zwecks ein
Dissens besteht oder der vereinbarte Zweck nicht erreicht wird, aber nicht gem. § 812 I 1
BGB (*condictio indebiti*), sondern gem. § 812 I 2 BGB (*condictio causa data non secuta*). Die
Rechtsfolgen der Verfehlung des Austauschzwecks bestimmen sich in solchen Fällen also
nach Bereicherungsrecht. Der Austauschzweck ist in Fällen dieser (seltenen) Art nicht mehr
Zweck eines kausalen Versprechensvertrags und kann daher nicht mehr als stillschweigend
vereinbarter („vertragscharakteristischer“) Geschäftszweck verstanden werden, bedarf viel-
mehr einer klaren, im Zweifel einer ausdrücklichen Vereinbarung, die im Streitfall derjenige
zu beweisen hat, der Rechte daraus herleiten will. Auch in dieser Rechtsform und Funktion
bleibt der Austauschzweck aber einer der *drei Primärzwecke*, weil der Leistende oder Ver-
sprechende damit den Zweck verfolgt, eine Gegenleistung zu erhalten, wenn auch nicht ein
kausales Gegenleistungsversprechen.

tet, also als der "eigentliche Wille", der geherrscht hätte, wenn der Umstand bekannt gewesen wäre; dazu Fn. 42,
75, 114, 117, 123 und im Text um Fn. 115, 116, 142.

⁸² Windscheid (Fn.6), S 111 ff.) neigte dazu, auch die Eigenschaften einer Kaufsache, insbesondere deren Fehler-
losigkeit als "Voraussetzung" eines Kaufvertrags zu betrachten, dabei nicht verkennend, dass dies mit den positi-
ven Bestimmungen des *ädilicischen Edictes* nicht zu vereinbaren ist. Mit dem Inkrafttreten des BGB ist die Fehler-
freiheit zweifelsohne zu einer Art gesetzlicher "Bedingung" ("Voraussetzung") des Kaufvertrags geworden,
deren Ausfall allerdings in den §§ 459 ff. BGB a.F. eine besondere Rechtsfolgenregelung gefunden hat; für die
§§ 473 ff. BGB n.F. gilt nichts anderes. Personen- oder Sacheigenschaften werden zwar grundsätzlich als Motive
betrachtet (vgl. § 119 II BGB), jedoch können sie auch zum Zweck oder zur Bedingung erhoben werden (vgl.
Klinke, Fn. 3, S. 47 f, 132); auch für *Flume* (Eigenschaftsirrtum und Kauf, Nachdruck 1975, S. 17 ff.) wird die
Sacheigenschaft mit der Vereinbarung der Parteien zum Bestandteil des Geschäftswillens; zum Zusammenhang
zwischen Sachmangel und *causa* vgl. auch *Kegel*, FS Mann, S. 59.

⁸³ So aber *Westermann*, Die *causa* im französischen und deutschen Zivilrecht, Berlin 1967, S. 53, 96; dagegen
zutr. *Klinke* (Fn. 3), S. 32 ff. Das zeigt sich unter anderem daran, dass der Begriff der Unmöglichkeit nicht alle
Fälle der "Zweckverfehlung" oder "Zweckerreichung" erfasst (vgl. *Esser*, Fn. 55, § 85; *Beuthien* (Fn.36)), aber
auch darin, das im Falle eines Austausches abstrakter Leistungen oder Leistungsversprechen (vgl. RGZ 119,12;
dazu der nachstehende Text) die Kondiktion wegen Zweckverfehlung erforderlich ist. Der Austauschzweck ist
aber im Falle des Austausches abstrakter Leistungen oder Leistungsversprechen derselbe, es ist in solchem Falle
lediglich das Zustandekommen des Rechtsgeschäfts von der Vereinbarung und Erreichung des Zwecks abstra-
hiert, nicht aber dessen Fortbestand, der bleibt kondizierbar; dazu auch unten im Text II 5 d, bb (3).

⁸⁴ Vgl. RGZ 119, 12 dazu unten II 5 d, bb (4).

Ein *Austauschzweck* ist schließlich von der Rechtsprechung auch in den Fällen angenommen worden, in denen einer eine Leistung verspricht oder erbringt, um den anderen zu einer Handlung oder Unterlassung zu veranlassen, die zwar nicht gegen Gesetz und gute Sitten verstoßen darf (ansonsten § 817 BGB), zu denen sich der andere aber nicht wirksam verpflichten kann, zum Beispiel zum Heiraten einer bestimmten Frau oder zur Unterlassung einer Strafanzeige⁸⁵. Auch in solchen Fällen wirkt die Vorstellung der römisch-rechtlichen Innominatskontrakte fort; der Leistende oder Versprechende kann daher seine Leistung oder sein Leistungsversprechen gem § 812 I 2, 2.Alt. BGB (*condictio causa data non secuta*) kondizieren, wenn der andere Teil die vereinbarte Handlung nicht vornimmt oder die vereinbarungsgemäß zu unterlassende Handlung begeht. In diesen Fällen hat der *Austauschzweck* zwar eine *andere Funktion* als in *kausalen Versprechensverträgen*, kann aber noch als *Austauschzweck* begriffen werden, der im Zweifel aber *nicht* als *stillschweigend* vereinbart angenommen werden darf. Im Falle RGZ 62, 273⁸⁶ hatte ein Gutsherr einem anderen Manne 3.000 Mark versprochen, wenn er die vom verheirateten Gutsherren geschwängerte Magd heirate. Der Mann hat die Magd geheiratet, der Gutsherr die versprochene Summe aber nicht bezahlt. Der Mann konnte die eingegangene Ehe nicht kondizieren, aber konnte er die vom Gutsherren versprochene Geldzahlung verlangen? Das OLG Celle hat die Klage des Mannes abgewiesen, weil das Versprechen ein (bedingtes) *Schenkungsversprechen* und daher formnichtig sei. Das Reichsgericht hat das Urteil aufgehoben, aber der Klage nicht stattgegeben, sondern zurückverwiesen, weil es seine ungeklärte *Tatfrage* sei, ob der Gutsherr ein bedingtes und trotzdem gem § 518 I formpflichtiges Schenkungsversprechen (dazu unter d) abgegeben oder das Geld versprochen habe gegen das Versprechen des anderen, die Magd zu heiraten (*Austauschzweck*); dass das Heiratsversprechen als Leistungsversprechen nicht einklagbar ist, hindert nach Ansicht des Reichsgericht nicht daran, die versprochene und vollzogene Heirat als Gegenleistung zu betrachten (RGZ 62, 276). Das OLG war demgegenüber der verfehlten Auffassung, dass der *Austauschzweck* nur in einem gegenseitigen (kausalen) Versprechensvertrag verfolgt werden könne^{86a} und verkannte, dass - wie in den Innominatskontrakten des römischen Rechts - eine Leistung oder ein Leistungsversprechen auch dann, wenn sie/es dem Zweck dient, dass der andere eine Handlung oder Unterlassung vornimmt, die er nicht wirksam versprechen kann, *keine* unentgeltliche Leistung oder *kein* unentgeltliches und *schon gar nicht* ein schenkungshalber (*donandi causa*) gegebenes Leistungsversprechen ist, vielmehr das Leistungsversprechen oder die Leistung von der Erreichung dieses Zwecks (dass der Mann die Magd heirate) abhängig ist und bleibt und daher wirksam ist, wenn der andere die erwartete Handlung vornimmt und nur unwirksam oder (im Falle einer abstrakten Leistung) kondizierbar gemäß § 812 I 2 BGB (*condictio causa data non secuta*), wenn der vereinbarte Zweck nicht erreicht wird⁸⁷; das setzt freilich voraus, dass der verfolgte und vereinbarte Zweck nicht sittenwidrig ist (§ 817 BGB); was das Reichsgericht zutreffend verneinte; denn aufgrund der Heirat sollte die Frau einen Mann und das Kind einen unterhaltspflichtigen (vgl. § 1591 BGB a.F.) Vater bekommen. Ein solcher außerhalb eines kausalen Versprechensvertrags verfolgter *Austauschzweck* kann jedoch nicht mehr als *typischer Zweck* in dem Sinne verstanden werden, dass er als *stillschweigend* vereinbart gelten kann.

⁸⁵ RGZ 62, 273; 118, 358; näheres dazu unten II 3 d; 4 b; 5 c (4 u. 5) ; 5 d, cc (4 u. 5).

⁸⁶ Vgl. RGZ 62, 273; dazu oben II 3 c, d und unten II 5 c (4) und II 5 d, cc (4).

^{86a} Das wäre ein partieller Rückfall in den *numerus clausus* röm.-rechtl. Konsensualkontrakte, welcher die durch § 305 a.F. = § 111 n.F. gewährleistete Vertragsfreiheit zutiefst verkennt.

⁸⁷ Ein solcher Zweck kann mit dem Reichsgericht als *Austauschzweck* verstanden werden, die Leistung oder das Leistungsversprechen also als *datio* oder *promissio ob dationem* oder *ob causam* (dazu *Klinke*, Fn. 3, S. 76 f, 86 ff, 103 ff). Zur Frage, ob das Leistungsversprechen nicht als Schenkungsversprechen unter einer Bedingung, sondern als unentgeltliches Versprechen (Liberalitätszweck) mit angestaffelten atypischen Zweck verstanden werden sollte vgl. den nachstehende Text unter d) und unter II 5 c (4) und II 5 d, cc (4).

d) Liberalitätszweck

Im Allgemeinen fällt es leicht, jedenfalls leichter als über den Austauschzweck, sich darüber zu einigen, dass eine Zuwendung *unentgeltlich* (*causa donandi*) in das Vermögen des anderen kommen soll. Müssten sich die Parteien noch darüber einigen, dass die Schenkung aus Mitleid, Dankbarkeit für geleistete Dienste, Erwartung von Diensten oder Gegengeschenken oder aus Rücksicht auf die öffentliche Meinung erfolgt⁸⁸, so wäre aber auch eine Einigung über den Schenkungs- oder Liberalitätszweck erheblich erschwert und auch der Fortbestand eines von solchen Gründen abhängigen Geschäfts höchst unsicher⁸⁹. Deswegen ist es erforderlich auch den *Liberalitätszweck* begrifflich möglichst genau zu erfassen, weil ansonsten die Leute nicht wissen, ob sie eine unentgeltliche Leistung auch behalten dürfen. *Liberalitätszweck* ist nicht bloß der *Schenkungs*zweck (*causa donandi*), der für die unentgeltliche Zuwendung einer Sache oder eines Rechts den für eine Schenkung im Sinne der §§ 516 ff. BGB erforderlichen *Rechtsgrund* liefert. Leihe, unentgeltliche Darlehen, unentgeltliche Dienstleistungen (Auftrag) sind *keine* Schenkungen, deren Rechtsgrund daher kein *Schenkungs*-, sondern ein *Liberalitätszweck* ist, weil auch diese Leistungen zwar *unentgeltlich*, aber nicht schenkweise erfolgen; diese Leistungsversprechen bedürfen daher nicht der Form des § 518 I BGB, obwohl sie auch *unentgeltlich* sind^{89a}. Auch steht eine Schenkung iSd §§ 516 ff BGB nur unter der "Voraussetzung" der Dankbarkeit des Beschenkten und der Nichtverarmung des Schenkers; werden einer *unentgeltlichen* Leistung *weitere Zwecke angestaffelt*, so liegt *keine* Schenkung mehr vor, sondern Fälle des § 812 I 2 2. Alt. BGB (*condictio causa data non secuta*); zur Auflage (*modus*) vgl. §§ 525-527 BGB. Die *reine* Schenkung iSd §§ 516 ff BGB wird mit ihrer

⁸⁸ Beispiele v. *Tuhrs* (Allg. Teil II 1, S.198) für Motive, die einer Schenkung zu Grunde liegen können; *Lenel* (AcP 74 (1889), 213, 231) meint, diese *Motive* lägen als "Zwecke der Schenkungen" „auf der Hand“, man schenke, „um seiner Dankbarkeit, seinem Mitleid genug zu tun, um den anderen sich zu verpflichten, um von sich reden zu machen usw.“ Dies ist gewisslich richtig, man tut es darum, aber dies sind keine "Zwecke", sondern *Motive* des Schenkers, mit Ausnahme der Dankbarkeit, die kraft Gesetzes zum Zweck erhoben ist, weil sie im Falle „grobem Undanks“ gem. § 530 I zum Widerruf der Schenkung berechtigt. *Lenel* verkennt dies im Ergebnis nicht, meint vielmehr, dass das Recht sich um die „Zwecke der Schenkung“ nicht kümmere, weil sie *Imponderabilien* seien; rechtlich erheblich seien nur die "wirtschaftlichen Zwecke", womit der Austauschzweck gemeint ist. Damit bleiben nicht nur die "Voraussetzung" der Dankbarkeit, sondern auch der Liberalitätszweck und die ihm angestaffelten atypischen Zwecke u.v.a.m. verkannt.

⁸⁹ Kraft objektiven Rechts gibt das Gesetz dem Schenker ein Auflösungsrecht bei eigener Verarmung (§§ 519, 528) und grobem Undank (§ 530) des Beschenkten, damit werden die Dankbarkeit des Beschenkten und angemessene Vermögensverhältnisse des Schenkers kraft Gesetzes zur "Voraussetzung" des Fortbestands der Schenkung gemacht.

^{89a} Dahinter steht die rechtspolitische Frage, ob das „Seriositätsprinzip“ (dazu *Ehmann*, FS Stathopoulos [Fn. 47a], unter I 1; I 4 a; III, 1 und öfters; zur entsprechenden Funktion der *consideration*-Lehre vgl. *Klinke* [Fn. 3], S. 28, 88; *Rheinstein*, Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im anglo-amerikanischen Recht, 1932; *Fromholzer*, Consideration, Tübingen 1997) nicht bloß für die Schenkung, sondern auch für andere unentgeltliche Leistungsversprechen einen Formzwang erfordert. Das deutsche Recht kennt jedenfalls eine ganze Zahl unentgeltlicher Leistungsversprechen (nicht bloß § 1624), die ohne Einhaltung der Form des § 518 I wirksam sind, insbesondere das Versprechen von unentgeltlichen Dienstleistungen (§ 662); Leihe und (unentgeltliches) Darlehen sind vom Gesetzgeber allerdings ursprünglich (1900) wie die Handschenkungen (§ 516) als Realverträge geformt und typisiert worden. Der Verleiher verspricht, "den Gebrauch der Sache zu gestatten", der Vermieter verspricht, die vermietete Sache *zu überlassen* (§ 536). Rspr. und Lehre haben jedoch nach Inkrafttreten des BGB im Falle bloßer Versprechen leihweiser Sachüberlassung oder unentgeltlicher Darlehen wirksame "Vorverträge", auch Darlehensversprechensverträge als gemäß § 305a.F. formlos wirksame Verträge erachtet (vgl. *Kreß*, Allgemeines Schuldrecht, S. 95 ff.; *ders.*, Besonderes Schuldrecht, S. 138, 145). § 488n.F. soll wohl auch für unentgeltliche Darlehensverträge gelten; im Zweifel dürften derartige Versprechen (heute habe ich leider nichts dabei, aber morgen ...) jedoch der Rechtsbindungswillen fehlen. Ein einheitlicher Formzwang für alle unentgeltliche Leistungsversprechen ist im deutschen Recht jedenfalls nicht gegeben, so dass grundsätzlich doch nur solche unentgeltliche Leistungen dem Formzwang des § 518 I unterliegen, die als *Schenkungen* im Sinne der §§ 516 ff. zu begreifen sind, also unentgeltliche Versprechen von Sachen und Rechten (Gegenständen), nicht aber unentgeltliche Dienstleistungen (§ 662), auch nicht unentgeltliche Leistungen, denen ein atypischer Zweck (z.B. Ausstattung) angestaffelt ist.

Vereinbarung, d.h. dem Abschluss des Schenkungsgeschäfts sofort erreicht⁹⁰. Nach § 1624 BGB sind daher *Mitgift*-, und *Ausstattungsleistungen* Schenkungen nur insoweit, als sie das den Vermögensverhältnissen von Vater und Mutter angemessene Maß übersteigen; soweit sie nicht Schenkungen sind, ist ihr Rechtsgrund also ein *Liberalitätswitz*; diese Leistungsversprechen (*dotis causa*) bedürfen daher auch nicht der Form des § 518 I BGB. Entsprechendes gilt für andere *unentgeltliche* Leistungen, denen nicht der *Mitgiftszweck* (*dotis causa*) oder der *Ausstattungsziel*, sondern ein anderer *atypischer Ziel* angestaffelt ist.

Im vorgenannten Fall des Urteils vom 11. 1. 1906⁹¹ war das Reichsgericht allerdings der Auffassung, dass § 1624 BGB nur für Mitgiftversprechen von Vater und Mutter, nicht aber für "*Fremde*" gelte und hat angenommen, dass ein *Ausstattungsversprechen* eines "Fremden" als ein „bedingtes Schenkungsversprechen“ der Form des § 518 I BGB bedürfe. Das Reichsgericht hat damit den allgemeinen in § 1624 BGB steckenden Gedanken verkannt, dass ein Schenkungsversprechen allein unter der Voraussetzung der Dankbarkeit des Beschenkten und der Nichtverarmung des Schenkers steht und jeder weitere, der Unentgeltlichkeit der Leistung (dem Liberalitätswitz) angestaffelte Ziel eine *Schenkung* und damit die Geltung des § 518 I BGB *ausschließt*. Eine sog. *Zweckschenkung*, die weitere Zwecke an die *causa donandi* anfügt, ist keine Schenkung im Sinne des § 516 ff. BGB mehr; ein derartiges Versprechen bedarf nicht der Form des § 518 I BGB; entsprechendes gilt, wenn der angefügte Ziel zur *Bedingung* erhoben wurde (dazu unter II 5 d, cc (4)). Das Reichsgericht hat im gegebenen Fall die Klagabweisung aber dadurch vermeiden wollen, dass es den Ziel des Versprechens des Gutsherrn als *Austauschziel* begreifen wollte (dazu vorstehend c), betrachtete es jedoch als „*Auslegungsfrage*“, ob der Gutsherr schenken oder eine Gegenleistung wollte und diese „*Auslegungsfrage*“ sollte eine von der Tatsacheninstanz zu entscheidende (reine) *Tatfrage*⁹² sein, für welche das Reichsgericht auch keine Auslegungsregel gab. Die *rechtliche Frage* ist, ob eine Handlung, deren Vornahme der Ziel (oder die Bedingung) eines Versprechens ist, die aber keine Zuwendung in das Vermögen des Versprechenden ist (hier: die Heirat mit der Magd) noch als eine „*Gegenleistung*“ betrachtet werden kann oder als ein *atypischer Ziel* betrachtet werden muss, der dem Liberalitätswitz des Leistungsversprechens angestaffelt ist. Nach der hier vertretenen Auffassung kommt es in diesem Fall auf diese *Rechtsfrage* nicht an, weil auch im Falle eines an den Liberalitätswitz angestaffelten atypischen Ziel (*dotis causa*) ein wirksames Leistungsversprechen vorliegt, das nicht der Form des § 518 I BGB bedarf. Allgemein erscheint es aber vorzugswürdig, solche Handlungen, die den Ziel eines Leistungsversprechens darstellen, aber nicht wirksam versprochen werden können und auch keine Zuwendung in das Vermögen des Versprechenden darstellen, als atypische, einem Liberalitätswitz angestaffelte Zwecke zu begreifen⁹³; freilich nur, wenn die

⁹⁰ *Kreß*, Allgemeines Schuldrecht, S. 43, 62; ebenso schon *Windscheid* (Fn. 6), S. 88, 126; ähnlich, wenn auch unklar *Kegel*, FS Mann, S. 63; unrichtig dagegen *Lenel*, AcP 74 (1889), 213, 230 f; unrichtig auch RGZ 62, 273, 275 wie im obigen Text dargelegt; verkannt auch von *Klinke* (Fn. 3), S. 72.

⁹¹ RGZ 62, 273; dazu vorstehend unter c); ferner unten II 5 c (4); II 5 d, cc (4).

⁹² *Tatfrage* ist aber nur, was der Versprechende *tatsächlich* wollte, genauer, was er ausdrücklich oder konkludent *erklärt* hat, nicht aber die *richtige rechtliche Würdigung* der tatsächlich festgestellten Erklärung, d.h. die Frage, ob das Versprechen 3000 RM zu zahlen, wenn der Mann die Magd heiratet als Versprechen zum Zwecke des Austausch oder als bedingtes Schenkungsversprechen zu verstehen ist; die zweite Frage ist eine reine *Rechtsfrage*, an deren tatrichterliche Feststellung das Revisionsgericht gemäß § 559 II ZPO nicht gebunden ist; dazu unten II 5 c (4) und Fn. 122.

⁹³ Begreift man in atypischen Fällen wie RGZ 62, 273 den Leistungszweck als atypischen Austauschziel, so kommt ihm aber jedenfalls nicht die doppelte Funktion zu wie im gegenseitigen Versprechensvertrag (dazu oben c), denn die Leistung oder das Leistungsversprechen des Mannes (Heirat der Magd) kann nicht kondiziert werden oder ist nicht unwirksam, wenn der Gutsherr die versprochene Leistung nicht erbringt; der Ziel des Gutsherrn, den der Mann akzeptierte, ist nur Rechtsgrund (*causa*) des Leistungsversprechens des Gutsherrn und also Austausch- oder atypischer sonstiger Ziel, aber sicherlich kein Schenkungsziel im Sinne des § 518.

fehlerhafte Auffassung aufgegeben wird, solche Leistungsversprechen bedürften der Form des § 518 I.

e) Abwicklungszwecke

Ein Abwicklungszweck ist nicht nur der *Erfüllungszweck* (*causa solvendi*), sondern auch der *Sicherungszweck* (*causa fiducia*) und der *Vergleichszweck*, bei welchem der Austausch-zweck des gegenseitigen Nachgebens zum angestaffelten Zweck der Abwicklung des streitigen Rechtsverhältnisses erfolgt⁹⁴. *Kreß* betrachtet auch den *Änderungszweck* als einen Abwicklungszweck, der Selbstzweck sein kann, dem also nicht der Austausch- oder Schenkungszweck zugrunde liegen muss⁹⁵. Die Abwicklungszwecke setzen ein bestehendes Schuldverhältnis voraus, das mit der zur Erfüllung oder zur sonstigen Abwicklung erbrachten Leistung *erfüllt* oder *gesichert* oder *vergleichsweise geändert* werden soll. Der *Erfüllungszweck* ist der wichtigste Abwicklungszweck, weil letztlich jedes Schuldverhältnis erfüllt werden muss. Des öfteren ist es aber erforderlich, zwischen die Begründung eines Schuldverhältnisses durch ein Versprechen und dessen Erfüllung "Zwischengeschäfte" einzuschieben, insbesondere kann der Schuldner genötigt werden, wenn er seine Schuld nicht sofort oder nicht zum vereinbarten Zeitpunkt erfüllen kann, dem Gläubiger eine *Sicherheit* in Form einer Bürgschaft, eines Pfandrechts oder einer Sicherungsübereignung zu leisten, um ihn zu einer (weiteren) Stundung der Hauptschuld zu veranlassen. Auch eine solche *Sicherung* eines bestehenden Schuldverhältnisses dient dessen *Abwicklung*, weil damit in der Regel die sofortige gerichtliche Geltendmachung und Zwangsvollstreckung verhindert und die Erfüllung hinausgeschoben werden soll. Ebenso dient ein *Vergleich* der Abwicklung eines bestehenden Schuldverhältnisses, weil damit dieses Schuldverhältnis zwar nicht in der Form erfüllt werden soll, die der Gläubiger sich ursprünglich vorstellte, das Schuldverhältnis aber gleichfalls abgewickelt, zumeist im Wege *gegenseitigen Nachgebens* (§ 779 BGB) teils erfüllt und teils erlassen werden soll. Die gemeinsame *Funktion der Abwicklungszwecke* zeigt sich darin, dass die zum Zwecke der Abwicklung erbrachten Leistungsversprechen oder Leistungen *unwirksam* sind oder *kondiziert* werden können, wenn der Abwicklungszweck nicht erreicht werden kann. Für den Erfüllungszweck ergibt sich dies aus der *condictio indebiti*. Akzessorische Sicherungsgeschäfte werden unwirksam, wenn die zu sichernde Schuld nicht besteht, erfüllt wird oder sonstwie erlischt (§§ 767, 1163, 1252 BGB); ist das Sicherungsgeschäft ein *abstraktes* Rechtsgeschäft (Grundsschuld, Sicherungsübereignung), so ist die Kondiktion gegeben. Ein *Vergleich* ist unwirksam, wenn der nach dem Inhalt des Vertrags als feststehend zu Grunde gelegte Sachverhalt der Wirklichkeit nicht entspricht, § 779 BGB.

Abwicklungsgeschäfte sind weder entgeltlich noch unentgeltlich⁹⁶; ihr Zweck ist weder Austausch- noch Liberalitätszweck. Die Abwicklungszwecke sind vielmehr – wie der Austausch-zweck und der Liberalitätszweck – auch *hinreichende Rechtsgründe*, so bedarf z.B. das Bürgschaftsversprechen, auch wenn es dem Gläubiger (und auch dem Hauptschuldner) gegenüber *unentgeltlich* gegeben wird, nicht der Form des § 518 I 1 BGB, denn es ist *kein* Schenkungsversprechen, vielmehr der *Sicherungszweck* der Bürgschaft ein für sich selbst *hinreichender* Rechtsgrund.

⁹⁴ *Kreß*, Allgemeines Schuldrecht, S. 36; *Krawielicki* (Fn. 44), S. 163 ff, 182 f; *Kegel*, Festschrift für Mann, 1977, S. 62; *Klinke* (Fn. 3), S. 52 ff.; *Ehmann*, JZ 2003, 702, 705 f.

⁹⁵ Allgemeines Schuldrecht, S. 37, 148, 164. Die Richtigkeit dieser Vorstellung mag zweifelhaft erscheinen und bedürfte einer näheren Untersuchung (dazu Fn. 91 a). Das rechtfertigt es aber nicht, den Zweck der Änderung oder Anpassung eines Vertrags einfach als *selbstständigen Zweck* zu kreieren und damit der Frage auszuweichen, ob die unentgeltliche Anpassung eines Vertrags der Form des § 518 bedarf, so aber unrichtig *Hau*, Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag, S. 9 f; dagegen zutr. *Erik Ehmann* (Fn. 46), S. 204.

⁹⁶ *Klinke* (Fn. 3), S. 78; zur speziellen Problematik des kausalen Anerkenntnisses als unentgeltlicher Vergleich vgl. *Erik Ehmann* (Fn. 46), S. 207 ff.

4. Erhaltung der Vertragsfreiheit durch die Anstaffelung atypischer Zwecke

a) Gesetzlich geregelte Fälle der Zweckstaffelung

Der "Reichthum des Lebens" und die sich daraus ergebenden vielfältigen menschlichen Absichten werden allerdings mit den genannten drei *typischen* Zwecken nicht in der durch die *Vertragsfreiheit* gebotenen umfassenden Weise abschließend erfasst. Ein Vater kann seiner Tochter eine Schlafzimmereinrichtung und sonstige Leistungen *unentgeltlich* (Liberalitätswert) aber nur unter der "Voraussetzung" ihrer Eheschließung (*Mitgift, dotis causa*) zuwenden wollen; ebenso seinem Sohn eine Summe Geldes als *Ausstattung* nur zum Zwecke der Begründung eines Unternehmens (§ 1624 BGB); Sohn und Tochter müssen daher die erhaltenen Leistungen zurückgewähren, wenn die Heirat nicht stattfindet oder das Unternehmen nicht gegründet wird⁹⁷. Gesellschafter versprechen sich im Gesellschaftsvertrag gegenseitig (Austauschwert) ihre Beiträge, aber nur zum Zwecke der Verfolgung des vereinbarten *Gesellschaftszwecks*; nach § 726 BGB endet die Gesellschaft und damit die Pflichten der Gesellschafter, wenn der Gesellschaftszweck erreicht oder seine Erreichung unmöglich geworden ist (*cessante causa cessat effectus*). Im *Vergleich* (§ 779 BGB) geschieht das gegenseitige Nachgeben (Austauschwert) zum Zwecke der Abwicklung des streitigen Rechtsverhältnisses (Austauschwert mit angestaffeltem Abwicklungswert⁹⁸). In den angeführten Fällen der §§ 726, 779, 1624 BGB nennt das Gesetz also selbst Beispiele, in denen dem Austausch- oder Liberalitätswert ein *weiterer Zweck angestaffelt* ist.

b) Vertragsfreiheit für alle erlaubten Zwecke als "angestaffelte Zwecke"

Aus dem *Grundsatz der Vertragsfreiheit* (Privatautonomie) folgt darüber hinaus, dass es jedem Bürger grundsätzlich freigestellt ist, mit seinen Leistungen und Leistungsversprechen im Rahmen von Gesetz und guten Sitten jeden Zweck (jede Absicht) zu verfolgen⁹⁹. Diese Vertragsfreiheit wird durch die abschließende Zahl von *drei typischen Zwecken* nicht eingeschränkt, sondern nur zur Gewährleistung der erforderlichen *Rechtssicherheit* begrifflich schärfer erfasst und in eine rechtliche Bahn gelenkt dadurch, dass die *typischen* Zwecke grundsätzlich als *hinreichende Zwecke* einen tragfähigen Rechtsgrund bilden und derjenige, der die Leistung oder das Leistungsversprechen von der Vereinbarung und Erreichung *weiterer* Zwecke abhängig gemacht sehen will, die *Behauptungs- und Beweislast*¹⁰⁰ für die Vereinbarung dieser weiteren atypischen Zwecke trägt. Die Parteien können stets alle ihre *speziellen individuellen Absichten* und Zwecke als „angestaffelte Zwecke“ hinter ihren *ersten Absichten* (den *typischen* Zwecken) durch spezielle Vereinbarung mit ihrem Vertrags- oder Leistungspartner im Rahmen von Gesetz und guten Sitten zur rechtlichen Erheblichkeit bringen¹⁰¹. Ein

⁹⁷ RG Seuff Arch 77, 15.

⁹⁸ Vgl. Erik Ehmann (Fn. 46), S. 128 ff, 135 ff, 201 ff.

⁹⁹ Kreß, Allgemeines Schuldrecht, S. 57. Die atypische Zwecke sind grundsätzlich angestaffelte Zwecke, weil ansonsten die genannten drei typischen Zwecke (Austausch, Liberalität, Abwicklung) keine abschließende Zahl mehr bilden könnten, dazu oben II 4 b.

¹⁰⁰ Die Beweislastregeln für die Bedingung gelten entsprechend, vgl. Erman/Armbrüster, 12. Aufl. § 158 Rz 12.

¹⁰¹ Vgl. dazu Kreß, Allgemeines Schuldrecht, S. 37, 40, 44, 75 ff.; Krawielicki (Fn. 44), S. 40 ff; Klinke (Fn. 3), S. 50 ff, 128 ff; Ehmann, Gesamtschuld, S. 173 f.; ders. JZ 2003, 702, 706 f. Die Erscheinung, die nicht bestritten wird, auch nicht bestritten werden kann, weil es seine banale Selbstverständlichkeit ist, dass hinter jedem Grund weitere Gründe stehen und dass die Menschen hinter ihren ersten Absichten weitere Zwecke verfolgen. Die rechtliche Frage ist nur, ob und inwieweit diese weiteren Zwecke von rechtlicher Erheblichkeit sind. Die tatsächliche Erscheinung wird in der Rechtspraxis jedoch mit verschiedenen Begriffen bezeichnet Krawielicki aaO spricht von „zweitem Rechtsgrund“, Klinke von "Sekundärzweck"; für Locher (zitiert bei Klinke) sind sie "atypische Zuwendungszwecke" hinter den „ersten Zwecken“. In der französischen Terminologie heißt es "motif déterminant" oder "cause subjective" im Unterschied zum "but immédiat" oder "cause objective" (vgl. Klinke, S. 50). Der von Kreß gebildete Begriff "angestaffelte Zwecke" bringt zum Ausdruck, dass der angestaffelte Zweck nicht ein anderer Zweck ist, sondern (durch Vereinbarung) hinter einem Primärzweck zur rechtlichen Erheblichkeit gebracht wird; auch typische Zwecke können anderen typischen Zwecken angestaffelt werden, z.B. dem

Käufer kann sich im Rahmen der in unserer Rechtsordnung gewährleisteten Vertragsfreiheit auch nur unter der "Voraussetzung" zum Kauf eines Schlafzimmers verpflichten wollen, dass die geplante Hochzeit seiner Tochter auch wirklich stattfindet; ein Bürge kann nur unter der "Voraussetzung" für seinen Sohn haften wollen, dass die geschädigte Bank keine Strafanzeige gegen den Sohn erstattet¹⁰²; ein Gutsherr kann einem Mann "unentgeltlich" 3.000 Mark nur unter der "Voraussetzung" versprechen oder gewähren, dass der Mann die vom verheirateten Gutsherren geschwängerte Magd heiratet¹⁰³; ein Schaulustiger kann einen Balkon an einem bestimmten Tag für einige Stunden auch nur unter der "Voraussetzung" mieten wollen, dass der Krönungszug vorbeizieht¹⁰⁴; eine Frau kann die von einem Mann behauptete, in Wahrheit aber nicht bestehende Forderung nur deswegen erfüllen wollen, *damit der Mann bei ihr bleibe*¹⁰⁵. Unter welchen Voraussetzungen in den vorgenannten fünf Fällen die "Voraussetzung" *Motiv* bleibt oder zum *Zweck* oder zur *Bedingung* erhoben wird, ist *nicht* bloß eine "rein faktische Frage", die nach *psychologischen* Kriterien zu entscheiden ist, vielmehr sind die *rechtlichen Grundsätze* zu erforschen, nach denen *Motiv*, *Zweck* und *Bedingung* voneinander zu unterscheiden und gegeneinander abzugrenzen sind.

5. Das Abgrenzungsproblem: Motiv – Zweck - Bedingung

a) Fortwirkende mittelalterliche Streitfragen: *causa tacita* und *causa expressa*

Die Schwierigkeiten der Abgrenzung von juristisch *unerheblichen Motiven* und rechtlich beachtlichen *causae*, "Voraussetzungen", Zwecken und Bedingungen haben eine lange, insbesondere auf der mittelalterlichen *causa*-Lehre beruhende Geschichte. Bei dem Versuch, die *causa*-Begriffe der Digesten in das Schema der *aristotelischen Kausalitätslehre* einzuordnen, sahen sich die mittelalterlichen Juristen vor dem Problem, die *causa efficiens* (auch *causa impulsiva* genannt) von der *causa finalis* abzugrenzen, weil nur für die *causa finalis* der juristisch brauchbare Satz dieser philosophischen Theorie galt: *cessante causa cessat effectus*¹⁰⁶. Lange Zeit galt als Lösung des Abgrenzungsproblems die Vermutung, dass eine *causa tacita* im Zweifel *causa impulsiva*, d.h. bloßes *Motiv* sei¹⁰⁷. Das wirkt bis heute fort, wenn in den verschiedensten Wendungen gelehrt wird, die Absicht (das *Motiv*) einer Partei sei nur beachtlich, wenn sie "ausdrücklich" zum Vertragsinhalt erhoben worden ist. Schon *Baldus* hat allerdings erklärt, dass auch eine *causa tacita* als *ausdrücklich* erklärt (*causa expressa*) *fingiert* werden könne, wenn sie dem Wesen des entsprechenden Rechtsgeschäfts entspricht (*si causa est de natura actus*)¹⁰⁸. Die Auffassung *Essers*, wonach „vertragscharakteristische“ und dem „Lebenstypus“ eines Geschäfts entnommene Zwecke keiner (ausdrücklichen) Vereinbarung bedürfen, war also schon von *Baldus* vorgedacht; ebenso darf deswegen angenommen werden, dass die hier so genannten *typischen Primärzwecke* im allgemeinen als *konkludent* (stillschweigend) vereinbart gelten können. Zu allen Zeiten haben nicht als Schulmeister geborene Menschen in der Regel nur ungern noch ausdrücklich erklärt, was *offenkundig* und allen Beteiligten ohnehin schon klar ist. Ein Käufer, der beim Kauf einer beweglichen Sache auf einer ausdrücklichen und förmlichen Einigung mit dem Verkäufer über den Eigentumsübergang bestehen würde, würde alsbald als ein für das praktische Leben unbrauchbarer Jurist erkannt, obwohl doch alle deutsche Juristen eine derartige Einigung gemäß § 929 als Erfordernis des

Austauschzweck des gegenseitigen Nachgebens ein Abwicklungszweck (Vergleich); dem Austauschzweck eines Bierlieferungsvertrags der Erfüllungszweck einer Darlehensschuld gegenüber der Brauerei.

¹⁰² RGZ 118, 358; dazu unten II 5 c (5) ; 5 d, cc (5).

¹⁰³ RGZ 62, 273; dazu oben II 3 c, d und unten II 5 c (4) ; 5 d, cc (4).

¹⁰⁴ Vgl. Krell v. Henry (1903) 2. K.B. 750; dazu *Ehmann/Sutschet*, Modernisiertes Schuldrecht, S. 177; ferner unten II 5 c (2) ; 5 d, cc (2).

¹⁰⁵ BGH NJW 1973, 612 mit abl. Anm. *Ehmann*, NJW 1973, 1035; dazu unten II 5 c (6); II 5 d, cc (6).

¹⁰⁶ Vgl. insbes. *Söllner*, SavZ (Rom. Abt.) 77, 182 ff.; dazu *Ehmann*, Gesamtschuld, 141.

¹⁰⁷ *Söllner*, SavZ 77, 197.

¹⁰⁸ Zitiert bei *Söllner*, SavZ 77, 208.

Eigentumsübergangs betrachten; für die Vereinbarung des *Erfüllungszwecks* einer solchen Eigentumsübertragung gilt in der Regel nichts anderes¹⁰⁹. Dennoch hat das Problem der Abgrenzung von *Parteiabsichten*, die *rechtlich* nur unerhebliche *Motive* sind und solchen, die als "Voraussetzung", Zweck oder Bedingung rechtlich erheblich sein sollen, die *Causa*- und die Voraussetzungslehre lange Zeit diskreditiert und wirkt bis heute als Vorbehalt gegen die Zwecklehre fort. Dieses Abgrenzungsproblem ist über die *Causa*- oder Zwecklehre hinaus ein wesentlicher Grund für in vielen Erscheinungsformen zum Ausdruck kommende Vorbehalte gegen den *Parteiwillen* als entscheidendes Kriterium zur Bestimmung des Inhalts von Rechtsgeschäften und demzufolge von vielerlei Versuchen zur Entwicklung "objektiver" Kriterien, die den Parteiwillen ersetzen sollen (Grundfolgentheorie, Interessenjurisprudenz, konkretes Ordnungsdenken, Institutionendenken)¹¹⁰.

b) Von der psychologischen zur normativen Abgrenzung

Windscheid ist mit seiner *Voraussetzungslehre* hauptsächlich an der begrifflichen Fassung der "Voraussetzung" und deren *psychologischer* Abgrenzung zu *Motiv* und *Bedingung* gescheitert. Auf der Grundlage der Beobachtung, dass es Fälle gibt, in denen der Bestand eines Rechtsgeschäfts auch ohne (ausdrückliche) Vereinbarung, sogar ohne ausdrückliche Erklärung von einer "Voraussetzung" abhängig ist, wollte *Windscheid* es genügen lassen, dass diese für den Erklärungsempfänger *erkennbar* geworden ist. Die Voraussetzung sollte der vom erklärten wirklichen Willen abweichende „eigentliche“ Wille sein: nicht das, was der Erklärende als gewollt erklärt hat, sondern das, was er gewollt hätte, wenn Diesen „eigentlichen“ Willen sollte der Richter im Einzelfall als "rein faktische Frage" nach freiem Ermessen bestimmen, weil die Theorie angesichts des „Reichthums des Lebens“ eine Regel nicht geben könne¹¹¹. *Lenel* und andere Kritiker wollten den Richtern aber eine derartige Ermessensfreiheit zu Recht nicht einräumen, vermissten nicht nur jede quellenmäßige Begründung für die Ansicht *Windscheids*, sondern sahen darin eine untragbare Gefahr für die *Rechtssicherheit* hinsichtlich des Bestands vertragsmäßiger Versprechen¹¹². Diese kritischen Einwendungen waren in der Sache berechtigt, jedoch wurde das Kind mit dem Bade ausgeschüttet aufgrund der Behauptung *Lenels*, die Lehre könne nur gänzlich richtig oder gänzlich unrichtig sein. Mit der zuerst von *Kipp* als Voraussetzung der Erheblichkeit einer Parteiabsicht geforderten „Zwecksatzung“ (Zweckvereinbarung) war jedoch der Durchbruch zu einer *normativen* an Stelle einer *psychologischen* Abgrenzung zwischen *Motiv* und *Zweck* gelungen¹¹³ und mit der von *Kreß* entwickelten Unterscheidung zwischen den *drei typischen Zwecken* und *atypischen Zwecken* war eine theoretisch gut fundierte und praktisch brauchbare Auslegungshilfe dafür gefunden worden, unter welchen Voraussetzungen eine Leistung oder ein Leistungsversprechen über die typischen Primärzwecke hinaus von atypischen Zwecken abhängig sein soll. Zugleich war damit das *Abgrenzungsproblem* zwischen bloßen *Motiven* einerseits sowie *Zwecken* und *Bedingungen* andererseits *rechtlich* gelöst: Zwecke bedürfen wie Bedingungen *stets* der *Vereinbarung*, *typische* Zwecke können in der Regel auch als *konkludent* (stillschweigend) vereinbart angenommen werden, sofern sich aus den Umständen keinerlei Anhaltspunkt dafür ergibt, dass etwas anderes gewollt war als typischerweise in solcher Lage gewollt ist. Atypische Zwecke bedürfen demgegenüber grundsätzlich einer klaren und eindeutigen, im Zweifel, aber nicht in jedem Falle, einer *ausdrücklichen* Vereinbarung zwischen den Parteien, wie im folgenden an einigen viel diskutierten Fällen und Beispielen zu zeigen ist.

¹⁰⁹Ebenso *Kegel*, FS Mann, S. 64, 85.

¹¹⁰ Vgl. *Ehmann*, Gesamtschuld, S. 177.

¹¹¹ (Fn. 6), S. 84; (Fn. 16), S. 291.

¹¹² *Lenel*, AcP 74 (1889), 213, 216 ff, 222 f; RGZ 24, 169; Prot. der 2. Kom, *Mugdan II*, 1113 ff, 1169 ff, 1174.

¹¹³ *Kegel*, FS Mann, S. 60: "causa ist vereinbartes Motiv"; ebenso *Westermann* (Fn. 83), S. 100; *Klinke* (Fn. 3), S. 33 mit einer Darstellung der französischen Auffassung zur Notwendigkeit einer Vereinbarung der *cause*.

c) Zur Abgrenzung atypischer Zwecke und Motive

(1) Wenn ein Vater ein *Schlafzimmer* kaufen und seiner Tochter als Aussteuer zur Hochzeit schenken will - um dieses von *Lenel* gegen *Windscheid* gebildete Beispiel nochmals aufzugreifen -, so wird diese Absicht des Käufers nicht zu einer rechtserheblichen "Voraussetzung", weder zum *Zweck* noch zur *Bedingung* des Kaufvertrags dadurch, dass der Vater dem Verkäufer diese Geschichte erzählt, auch nicht dadurch, dass der Verkäufer *erkennt*, dass es ein Hochzeitgeschenk sein soll und trotzdem nicht der Vorstellung widerspricht¹¹⁴, dass der Kaufvertrag davon abhängig sein soll. Das Risiko der Erreichung des *Verwendungszwecks* einer Kaufsache trägt grundsätzlich der Käufer, es geht nicht schon allein dadurch auf den Verkäufer über, dass dieser es *erkennt* und der Risikoübernahme *nicht widerspricht*. Vielmehr kann der Käufer einen solchen atypischen Zweck zur rechtlichen Erheblichkeit bringen nur durch eine eindeutige *Vereinbarung*, die klar macht, dass das Risiko des Stattfindens der Hochzeit als Vertragsrisiko dem Verkäufer aufgebürdet wird. Eine *ausdrückliche* Erklärung (*causa expressa*) kann dazu nur ausnahmsweise entbehrlich sein, wenn der atypische Zweck ganz offensichtlich ist und ein anderer Grund des Wollens überhaupt nicht in Betracht kommt. Zur Frage ob die durch eine Vereinbarung zur rechtlichen Erheblichkeit gebrachte Absicht dadurch zum *Zweck* oder zur *Bedingung* des Kaufvertrags geworden ist vgl. unten II 5 d, cc (1).

(2) Im vieldiskutierten und schon oben angesprochenen *coronation case* wird demgegenüber allgemein und zu Recht angenommen, dass der Ausfall des Krönungszuges als *Vertragsrisiko* vom Vermieter zu tragen ist. Nach der hier vertretenen Lehre ist diese Lösung richtig, wenn dem Austausch Zweck des Mietvertrags der atypische Zweck "zur Besichtigung des Krönungszuges" angestaffelt wurde. Sofern dies durch ausdrückliche Vereinbarung geschehen ist, besteht kein Problem. Mangelte es an einer derartigen ausdrücklichen Vereinbarung, so wird die Frage meist dahin gehend gestellt, was die Parteien vereinbart hätten, wenn sie die Veränderung der Umstände voraus gesehen hätten (vgl. § 313 BGB n.F.) und nach den Grundsätzen der Lehre von der *Geschäftsgrundlage* gelöst, die von *Oertmann* aus der Voraussetzungslehre seines Schwiegervaters entwickelt wurde. Für die Anwendung dieser Lehre, die mit der Schuldrechtsmodernisierung in § 313 BGB dürftig kodifiziert wurde¹¹⁵, ist aber kein Raum, wenn eine Lösung im Wege der *Vertragsauslegung* gefunden werden kann, denn die *Auslegung* hat nicht nur *Vorrang vor der Anfechtung*, sondern auch vor der Anwendung der Lehre von der Geschäftsgrundlage¹¹⁶. Da grundsätzlich niemand den Balkon einer Wohnung für einige Stunden mietet, es sei denn, dass es an einem bestimmten Tag zu bestimmten Stunden von dort aus etwas zu sehen gibt, war in diesem Fall völlig klar, dass der Balkon nur deswegen gemietet worden war, weil der Krönungszug dort vorbeiziehen sollte. Das allein genügt jedoch nicht zur Annahme, dass der atypische Zweck, der offensichtlich gegeben war, dem Austausch Zweck des Mietvertrags stillschweigend angestaffelt wurde. Hinzukommen muss vielmehr - mangels einer dahingehenden Vereinbarung -, dass der Vermieter als redliche Partei, wenn die Parteien darüber gesprochen hätten, das Risiko des nicht Stattfindens des Krönungszuges als *Vertragsrisiko* übernommen hätte¹¹⁷. Das darf und muss deswegen angenommen werden, weil der Vermieter den Balkon nur deswegen vermieten konnte, weil der Krönungszug an seinem Haus vorbeiziehen sollte. Wenn jedoch nicht beide Vertragspartner das sehenswürdige Ereignis unausgesprochen als für sicher eintretend halten, dieses vielmehr für

¹¹⁴ Das stand auch für *Windscheid* fest (AcP 78 (1892) 225; dazu oben Fn. 11) und ist allenfalls durch die Geschäftsgrundlagenlehre *Oertmanns* (Definition zitiert oben Fn. 75) etwas in Zweifel gerückt worden.

¹¹⁵ Dazu *Ehmann/Sutschet*, Modernisiertes Schuldrecht, 2002, S. 161 ff.

¹¹⁶ *Klinke* (Fn. 3), S. 55 ff., 57; *Häsemeyer*, Festschrift für Weitnauer, S. 73; *Ehmann/Sutschet*, Modernisiertes Schuldrecht, S. 169 f.

¹¹⁷ Im Sinne von *Windscheids* (Pandekten I, § 85 N. 1) berühmter - bei *Oertmann* zur Geschäftsgrundlage gewordenen - Formel, wonach damit nur festgestellt wird, "was die Parteien selbst ausgesprochen haben würden, wenn sie gerade diesen Fall in den Bereich ihrer Festsetzung gezogen hätten".

beide etwas ungewiss ist, so müssen mangels einer klaren Vereinbarung des atypischen Zwecks und damit des Vertragsrisikos diese im Wege ergänzender Vertragsauslegung ermittelt werden, wobei in der Regel das vereinbarte Entgelt einen Aufschluss geben kann: Je höher das vereinbarte Entgelt ist, desto mehr spricht dafür, dass damit der Vermieter auch das Risiko des Eintritts des Ereignisses übernommen hat, das den alleinigen Grund für die Anmietung bildet.

(3) Anders zu entscheiden ist demgegenüber der auch schon oben erwähnte Fall, dass sich eine Frau von einer Schneiderin ein *Hochzeitskleid* anfertigen lässt und dieser dabei auch ihre leisen Zweifel am endgültigen Ja-Wort des Bräutigams erzählt. Die Erreichung des noch ungewissen Ereignisses der Hochzeit kann dem Austauschzweck des Werkvertrags angestaffelt oder zur auflösenden Bedingung erhoben werden, aber zweifellos nur durch eine *ausdrückliche und klare Vereinbarung*, denn es kann und darf im Zweifel nicht angenommen werden, dass eine Schneiderin das Risiko des Verlustes ihres Werklohns für einen solchen Fall als redlicher Mensch hätte übernehmen müssen.

(4) Im Falle RGZ 62, 273¹¹⁸ war die *Absicht* und das „*Interesse*“¹¹⁹ des Gutsherrn, dass der Mann die geschwängerte Magd heirate, keinesfalls bloß *Motiv* des Leistungsversprechens geblieben, wenn, wie der Mann behauptete und der Gutsherr bestritten hat, zwischen beiden *vereinbart* worden war, dass der Gutsherr an den Mann 3000 RM zahle, wenn dieser die schwangere Magd heiratet. Wie oben II 3 c und d dargelegt war das OLG Celle der Auffassung gewesen, dass der Gutsherr ein „bedingtes Schenkungsversprechen“ abgegeben habe, das der Form des § 518 I BGB bedürfe und ermangele; das Reichsgericht hob das Urteil auf und wies zurück, damit der Tatrichter die (vermeintliche) „Tatfrage“ kläre, ob der Gutsherr sein Leistungsversprechen zum Zwecke des Austausches oder als „bedingtes Schenkungsversprechen“ abgegeben habe. Folgt man der Auffassung, dass ein Austauschzweck auch dann vorliegen könne, wenn die Handlung, die der andere vornehmen soll (die Magd heiraten) keine „Zuwendung“ an den Versprechenden ist, so war das Leistungsversprechen zweifellos zum Zwecke des Austausches abgegeben, die Klage also begründet; selbstverständlich auch begründet, wenn der Austauschzweck zur (aufschiebenden) *Bedingung* des Versprechens erhoben worden war; dazu unten 5 d, cc (4). Die Klage war auch dann begründet, wenn man das Leistungsversprechen als *unentgeltliches* Versprechen ansieht, dem der *atypische Zweck* (*dotis causa*) angestaffelt war, weil dann kein formbedürftiges Schenkungsversprechen im Sinne des § 518 I BGB vorlag^{119a}. Das Reichsgericht hätte der Klage also jedenfalls stattgeben müssen, die Sache auch nicht zurückverweisen dürfen, weil es keine *Tatfrage*, sondern eine *Rechtsfrage* ist, ob das abgegebene Versprechen ein Schenkungsversprechen oder ein Austauschversprechen ist, wenn feststeht, dass der Gutsherr versprochen hatte 3000 RM zu zahlen, wenn der Mann die Magd heiratet¹²⁰. Angesichts des auch heute noch unklaren Meinungsstands empfiehlt sich jedoch in Fällen dieser Art, eine möglichst klare und beweisbare Vereinbarung des Zwecks der Leistung oder des Leistungsversprechens, wenn das stets große Risiko tatrichterlicher Auslegung vermieden werden soll. Hätte der Gutsherr das Geld nicht

¹¹⁸ Dazu oben II 3 c, d und 4 b und unten II 5 d, cc (4).

¹¹⁹ Zum Unterschied von „Interesse“ und „Zweck“ vgl. *Ehmann*, AcP 188 (1988), 230 ff., 273.

^{119a} Dazu Fn 89a.

¹²⁰ Vgl. D. 39.5.2.7, wo dem Titius 10 gegeben wurden, *ut inde Stichum sibi emeret*, *Stichus* stirbt aber bevor er gekauft werden kann. *Windscheid* (Fn. 16, S. 289; Fn. 6, S. 21, 105) meint, es sei die Kondiktion gegeben, wenn der Geber wollte, dass *Stichus* freigekauft werde, die Rückforderung sei aber ausgeschlossen, wenn der Geber dem *Titius* etwas habe schenken wollen und, weil er erfahren habe, dass dieser den *Stichus* kaufen wolle, ihm den Kaufpreis dafür habe schenken wollen. Die Frage ist also, ob der Geber dem *Titius* ein Geschenk machen wollte oder ob er dem Sklaven *Stichus* die Freiheit „schenken“ wollte, was aber nach der hier vertretenen Auffassung allein davon abhängt, was der Geber mit *Titius* *vereinbart* hat. Der Fall RGZ 62, 273 ist demgegenüber viel einfacher, weil völlig klar ist, dass der Gutsherr nur zahlen wollte, wenn der Mann die Magd heiratet.

bloß versprochen, sondern tatsächlich gegeben und der Mann das Geld genommen, aber die Magd nicht geheiratet, so wäre jedenfalls die Kondiktion (§ 812 I 2 BGB: *condictio causa data non secuta*) gegeben gewesen, gleichgültig, ob man den Leistungszweck als *Austauschzweck* oder als einen dem *Liberalitätsw Zweck angefügten atypischen Zweck* begreift; zur Frage, ob dieser Zweck als Bedingung zu verstehen ist vgl. unten 5 d, cc (4). Hätte der Gutsherr das Geld wirksam versprochen, aber der Mann die Magd nicht geheiratet, so bedürfte es einer Kondiktion des Versprechens nur, wenn eine *abstraktes* Schuldversprechen (§ 780) abgegeben worden wäre, ein *kausales* Versprechen wird nicht wirksam, wenn der vereinbarte Zweck nicht erreicht wird (*genetisches Synallagma*).

(5) Im Falle *RGZ 118, 358* hat ein *Sparkassen-Angestellter* eigenmächtig mit Geld der Sparkasse spekuliert und 14.000 RM verloren. Nach Entdeckung der Sache war der Vater des Angestellten bereit, sich für den Sohn zu verbürgen, falls eine Strafanzeige unterblieb, welche zu jener Zeit die Existenz des Sohnes vernichtet hätte. Deshalb bat der Sohn schriftlich, die Sache so zu erledigen, dass die Sparkasse ihm nachträglich einen Kredit in Höhe von 13.000 RM genehmigte, zu dessen Sicherheit er eine Bürgschaftserklärung seines Vaters beibrachte, die er seinem Schreiben beilegte, darin hieß es wörtlich: " ... bürge ich hiermit ... *für den* von meinem (Schwieger-) *Sohn in Anspruch genommenen Kredit zu Mk. 13.000*". Die Sparkasse lehnte den Kreditantrag ab, verfügte die Entlassung des Angestellten, erstattete Strafanzeige und nahm den Vater aus der Bürgschaft in Anspruch. Das LG wies die Klage der Sparkasse zu Recht ab mit der zutreffenden Begründung, die Bank hätte nicht den Kreditantrag *ablehnen* und Bürgschaft *annehmen* können. Das OLG gab jedoch der Klage statt mit der Begründung, die Klägerin hätte genau dies tun dürfen, denn „ein so enger Zusammenhang habe zwischen dem Gesuch und der Bürgschaft nicht bestanden“. Das OLG sah es also nicht als erwiesen an, dass der Vater nur bürge wollte, wenn der Kredit gewährt und keine Strafanzeige erstattet wird, Umstände des Falles sprachen jedoch für die gegenteilige Auffassung, die das Reichsgericht auch als erwiesen ansah; das Reichsgericht hätte daher die Klage abweisen müssen, weil die Bürgschaftserklärung nicht zu dem Zwecke angenommen worden war, zu dem der Vater sie abgegeben haben wollte¹²¹, nämlich zur Sicherung des beantragten Kredits und nicht zur Sicherung der Schadensersatzforderung gegen den Sohn. Das Reichsgericht sah sich an einer so begründeten Entscheidung jedoch durch den die *tatrichterliche* Feststellung des OLG gebunden, dass die *Bürgschaftserklärung angenommen*¹²² worden sei, wies die Kla-

¹²¹ Der dem Sicherungszweck der Bürgschaftserklärung angestaffelte atypische Zweck (keine Strafanzeige) hätte auch - ebenso wie im Falle *RGZ 62, 273* die Heirat der Magd - als Austauschzweck betrachtet werden können. Auch in diesem Falle sollte der Versprechensempfänger etwas tun oder unterlassen, was zwar keine Zuwendung in das Vermögen des Versprechenden ist, aber trotzdem der Zweck (die Bedingung) seines Leistungsversprechens. Die Vorstellung eines atypischen dem Sicherungszweck angestaffelten Zwecks verdient jedoch auch hier den Vorzug; im Falle *RGZ 62, die 273* neigte das RG doch wohl nur darum dem Austauschzweck zu, weil es der irrigen Meinung war, ansonsten ein Schenkungsversprechen mit der Folge der Geltung der Formvorschrift des § 518 I BGB annehmen zu müssen.

¹²² Allerdings ist nur die Feststellung dessen, was eine Partei rein *tatsächlich* erklärt oder nicht erklärt hat, *bindende Tatsachenfeststellung* iSd § 559 II ZPO, nicht aber die *richtige Auslegung* gemäß §§ 133, 157 BGB, diese ist vielmehr *Rechtsanwendung* (Rosenberg, *Zivilprozessrecht*, 7. Aufl. 1956, § 140 III 2 a). Es ist zwar tatsächlich möglich, dass ein Vater in solchem Falle sich jedenfalls auch für die Schadensersatzschuld seines Sohnes verbürgen will, auch wenn die Sparkasse eine Strafanzeige erstattet. Die Formulierung der Bürgschaftserklärung und das Schreiben des Sohnes mit dem Gesuch auf Kreditgewährung konnten aber ohne Verstoß gegen Lebenserfahrungssätze so nicht verstanden werden. Anders als in dem Fall, in dem B das von A darlehensweise angebotene Geld schenkweise annimmt (vgl. Fn. 47, 138), spricht auch nicht das Abstraktionsprinzip dafür, es rechtens sein zu lassen, dass der Empfänger das in der Erklärung steckende Angebot zur Eigentumsübertragung annehmen, das damit verbundene Darlehensangebot aber ablehnen kann. Der Vater wollte im Zweifel den Sicherungszweck seines Bürgschaftsversprechens nicht von dem atypischen Zweck abstrahieren, dass keine Strafanzeige erstattet wird. Die Sparkasse musste sich entscheiden, ob sie das Bürgschaftsversprechen annehmen oder Strafanzeige erstatten wollte, beides konnte sie nicht haben, wie das LG und das RG im Ergebnis richtig gesehen haben.

ge aber trotzdem ab, mit der Begründung, das Bürgschaftsversprechen könne gemäß § 812 BGB kondiziert werden, weil der mit der Leistung (Bürgschaftserklärung) erstrebte Erfolg (Kreditgewährung) nicht eingetreten sei. Diese Begründung ist nur haltbar, wenn man annimmt, dass der dem Sicherungszweck der Bürgschaft angestaffelte Zweck (Annahme des Kreditvertrags, keine Strafanzeige) *nicht* der *Annahme durch die Bank* bedurft hätte, um die Kondiktion zu rechtfertigen. Das entspricht der Voraussetzungslehre *Windscheids*¹²³, nicht aber der hier vertretenen Auffassung, wonach auch der im gegebenen Fall klar genug zum Ausdruck gebrachten angestaffelte atypische Zweck der *Annahme* durch die Bank bedurft hätte, weil alle Zwecke, insbesondere atypische Zwecke der *Vereinbarung der Parteien* bedürfen, um *rechtserheblich* zu sein¹²⁴. Die Klage hätte auch abgewiesen werden können mit der Begründung, dass die Bürgschaftsverpflichtung nur für die *Kreditschuld*, nicht aber für die *Schadenersatzschuld* des Sohnes gelten sollte oder dass sie nur "unter der Bedingung" (dazu unter II 5 d, cc (5)) der Genehmigung des Kredits gelten sollte.

(6) Im Fall *BGH NJW 1973, 612* hat eine Frau angebliche Forderungen eines Mannes, mit dem sie in eheähnlicher Gemeinschaft zusammenlebte, bezahlt, obwohl diese nicht bestanden, *damit der Mann bei ihr bleibe*. Der Mann hatte diesen besonderen hinter dem Erfüllungszweck stehenden atypischen Zweck wohl *erkannt*, dem Ansinnen auch *nicht widersprochen*, aber das Geld angenommen, wohl damit die Frau nicht denkt, etwas versäumt zu haben¹²⁵, aber die Frau trotzdem verlassen. Der BGH wies die auf Bereicherung gestützte Klage ab, die *condictio indebiti* mit der Begründung, die Frau habe bewusst auf eine Nichtschuld bezahlt (§ 814) und die *condictio causa data non secuta* (§ 812 I 2 2. Alt) mit der Begründung, notwendig und genügend für einen derartigen Bereicherungsanspruch sei eine - auch *stillschweigend* mögliche - *Einigung* über den verfolgten und nicht erreichten Zweck; dafür aber *genüge es nicht*, dass der Leistungsempfänger diesem wohl erkannten Zweck *nicht widerspricht*, wenn er „seinerseits einen anderen von ihm mit der Entgegennahme der Leistung bezweckten Erfolg (hier: Tilgung einer rechtlichen Verbindlichkeit) zum Ausdruck bringt“. Die Richtigkeit dieser Entscheidung kann man bezweifeln, wenn die Forderung, zu deren Tilgung der Mann das Geld annehmen wollte in Wahrheit nicht bestand¹²⁶. Wichtig ist jedoch, dass der BGH gegen *Windscheid* und *Oertmann* erkennt, dass der atypische Zweck („Voraussetzung“) *vereinbart* sein muss, aber zugleich auch anerkennt, dass ein solch *atypischer Zweck*¹²⁷ (ausnahmsweise) *stillschweigend* vereinbart werden kann.

¹²³ Das Reichsgericht gab der Kondiktion aus § 812 statt mit der Begründung, dass der "nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintrat" und erklärte im nachfolgenden Satz: "Daß letztere *Voraussetzung* (Hervorh. v. Verf.) hier vorliegt, ist aus den Ausführungen des Berufungsurteils zu entnehmen." Der Begriff „*Voraussetzung*“ ist in diesem Satz wohl nicht im Sinne *Windscheids* zu verstehen, entspricht im Ergebnis aber seinem Sinne. Die „*Voraussetzung*“ war nur „versehentlich“ zum Fenster hereingekommen; aber sie dringt ständig durch alle Ritzen. Auch *Lenel* hätte die Klage wohl abgewiesen, vgl. die von ihm in AcP 74 (1889), 213, 224 f angeführten Fälle, mit denen er gegen *Windscheid* beweisen wollte, dass die *Erkennbarkeit* der *causa* nicht Voraussetzung der *condictio* sein muss, was freilich offensichtlich falsch ist. Auch *Esser* (Schuldrecht, § 85, 5) meint, dass der Bürge frei sei, wenn die "besondere Zwecksetzung" bewiesen werden könne, andernfalls könne nur über die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage geholfen werden.

¹²⁴ So auch *BGH NJW 1973, 612*; dazu im nachstehenden Text unter (6).

¹²⁵ Vgl. *Kafkas* Novelle, Vor dem Gesetz.

¹²⁶ Vgl. *Ehmann* *NJW 1973, 1035* in Anm. zu *BGH NJW 1973, 612*.

¹²⁷ Die Qualifizierung dieses atypischen Zwecks ist auch in diesem Falle - wie im Falle *RGZ 62, 273 - Gutsherr* - nicht ganz einfach. Mit dem *RG* kann auch hier ein Austauschzweck angenommen werden, wenn man das Bleiben des Mannes bei der Frau als Leistung betrachtet. Man kann auch annehmen, dass dem (vorgeschobenen) *Erfüllungszweck* der *atypische Zweck* (damit er bleibt) *angestaffelt* war. Wenn die von dem Manne behauptete Forderung aber ganz offensichtlich nicht bestand und nur ein Vorwand war, so kann man, wenn man keinen Austauschzweck annehmen will, auch eine unentgeltliche Leistung (*Liberalitätszweck*) annehmen, welcher der *atypische Zweck* (damit er bleibt) *angestaffelt* war. Die Kondiktion war daher als *condictio causa data non secuta* gegeben, wenn die *Vereinbarung* des atypischen Zwecks bewiesen werden konnte.

(7) *Atypische Zwecke*, die typischen Zwecken angestaffelt sind, bedürfen *grundsätzlich* einer klaren, im Zweifel *ausdrücklichen Vereinbarung*. Je spezieller und individueller die atypische Parteiabsicht ist, die zum rechtserheblichen Zweck oder zur Bedingung eines Rechtsgeschäfts gemacht werden soll, desto notwendiger ist eine klare und eindeutige im Zweifel ausdrückliche Vereinbarung zwischen den Parteien. Eine *stillschweigende Vereinbarung* eines *atypischen* Zweck kann grundsätzlich nur angenommen werden, wenn der Zweck *offenkundig* oder vom Erklärungsgegner klar erkannt worden ist, insbesondere wenn ein anderer Grund (Zweck) für das abgeschlossene Rechtsgeschäft überhaupt nicht in Betracht gezogen werden kann *und* dem Erklärungsgegner auch bewusst geworden sein muss, dass er das *Vertragsrisiko* der Nichterreichung dieses Zwecks zu tragen hat, wenn er dem nicht widerspricht.

d) Abgrenzung von Zweck und Bedingung

aa) durch die Rechtsfolgen und den Rechtsfolgewillen

Mit der vorstehend dargelegten Abgrenzung von *Motiven* und *Bedingungen* sowie von *Motiven* und *Zwecken* ist aber das Problem der Abgrenzung von *Zwecken* und *Bedingungen* noch nicht gelöst. Windscheid versuchte auch die Abgrenzung zwischen seiner "Voraussetzung" und einer Bedingung *psychologisch zu erfassen*: Wer unter einer Voraussetzung leiste sage nicht: ich will nicht, wenn nicht ..., sondern: ich würde nicht wollen, wenn nicht Die Rechtswirkung des unter einer Voraussetzung Gewollten trete also ein, deren *Geltendmachung* könne aber mit der *exceptio doli* abgewehrt und deren *Fortbestand* mit der allgemeinen *condictio sine causa* rückgängig gemacht werden, wenn die Voraussetzung nicht gegeben ist. Die Existenz des unter einer Voraussetzung gewollten Rechtserfolgs bestehe gemäß dem *wirklichen Willen* des Erklärenden, aber gegen seinen *eigentlichen Willen*¹²⁸. Auch diese Abgrenzungsversuche haben sich als unhaltbar erwiesen. Lenel^{128a} überzog seine Kritik jedoch mit der Behauptung, es gebe nur eine rechtserhebliche Form der Willensbeschränkung: „Ein Mittelding zwischen Motiv und Bedingung gibt es nicht". Dies ist offenbar unrichtig, nicht bloß die typischen und atypischen Zwecke im hier verstandenen Sinne, sondern auch die *causa*¹²⁹ des römischen Rechts und die "Voraussetzung" Windscheids konnten und mussten als "Mittelding" zwischen *Motiv* und *Bedingung* verstanden werden. Von den *Rechtsfolgen* her gesehen ist die Unterscheidung klar: eine aufschiebende Bedingung lässt die Rechtswirkung erst mit dem Eintritt der Bedingung eintreten, eine auflösende Bedingung löst die Rechtswirkung mit dem Eintritt der Bedingung *ipso iure* auf. Beim Zweck ist dagegen zu unterscheiden: in *kausalen* Rechtsgeschäften wirkt er wie eine *Bedingung*: das Rechtsgeschäft kommt nicht zustande, wenn der Zweck nicht wirksam vereinbart war oder nicht erreicht wird oder später wegfällt (*genetisches* und *funktionelles Synallagma*); anders in abstrakten Rechtsgeschäften: sie kommen zwar zustande, sind aber kondizierbar. Verkürzt: die auflösende Bedingung wirkt stets *ipso iure*; der Zweckfortfall löst in abstrakten Rechtsgeschäften einen Bereicherungsanspruch (*condictio indebiti* oder *sine causa* oder *causa data non secuta*) aus und wirkt in kausalen Rechtsgeschäften gleichfalls wie eine Bedingung. *Wie konnte ein Gelehrter wie Lenel dies verkennen?* Das war schon so im römischen Recht und das war so im gemeinen Recht und das ist heute auch noch so richtig. Selbstverständlich müssen die verschiedenen Rechtsfolgen aber auch in den verschiedenen begrifflichen Tatbestands-Voraussetzungen von Zweck und Bedingung ihren Grund haben¹³⁰. Die Verschiedenheit dieses Grundes kann aber auch

¹²⁸ (Fn. 16), S. 294; (Fn.6), S. 1 f, 44 ff, 58.

^{128a} AcP 79 (1892), 51.

¹²⁹ Der Begriff war freilich mehrdeutig und konnte Motiv und Rechtsgrund, auch Bedingung (*conditio*) bedeuten, weshalb ihn Windscheid nicht verwenden wollte und den Begriff der "Voraussetzung" prägte, dazu oben I 3.

¹³⁰ H.P. Westermann (Fn. 83, S. 101ff) erkennt zwar auch, dass der entscheidende Unterschied zwischen *causa* (Zweck) und Bedingung bei den Rechtsfolgen liegt, meint aber, dass eine *causa* vereinbart werden *könne*, eine

nicht *psychologisch*, sondern muss gleichfalls *normativ* bestimmt werden. Jede im Rahmen von Gesetz und guten Sitten erlaubte rechtsgeschäftliche Absicht kann *Motiv* bleiben oder zum rechtserheblichen *Zweck* oder zur *Bedingung* erhoben werden. Der Unterschied liegt in der *Rechtsfolge* und - weil grundsätzlich die Rechtsfolge eintritt, welche die Parteien wollen - in der *Rechtsfolge*, welche die Parteien wollten und vereinbart haben, also im *rechtlichen Wollen* der Parteien, nicht in einem psychologischen, wirtschaftlichen oder sonstigen *tatsächlichen Wollen*¹³¹. Sofern die Parteien sich diesbezüglich freilich nicht klar und deutlich genug ausgedrückt und geeinigt haben, muss der Richter ihren gemeinsamen Willen im Zweifel im Wege der Auslegung gemäß §§ 133, 157 bestimmen¹³². Die Wissenschaft darf die Richter dabei freilich nicht allein lassen, sondern muss *Auslegungsregeln* entwickeln, die der Rechtsprechung die Arbeit zwar nicht abnehmen aber doch erleichtern können.

bb) Auslegungsregeln zur Abgrenzung typischer Zwecke von Bedingungen

(1) Hinsichtlich *typischer Zwecke* ist zu unterscheiden, ob sie *kausale* Wirkung haben oder Rechtsgründe *abstrakter* Geschäfte sind. Verpflichtungsgeschäfte (Versprechensverträge) sind grundsätzlich kausale Geschäfte, bei denen der Zweck (in der Regel der Austauschzweck) wie eine Bedingung wirkt; jedoch es gibt auch abstrakte Verpflichtungsgeschäfte (z.B. § 780 BGB), bei denen der Mangel oder Wegfall des Zwecks die Kondiktion auslöst. Verfügungsgeschäfte sind dagegen grundsätzlich abstrakte Geschäfte (in der Regel abstrahiert vom Erfüllungszweck oder vom Sicherungszweck), in denen der Zweck jedoch ebenso wie in abstrakten Verpflichtungsgeschäften auch zur Bedingung erhoben werden kann (z.B. bedingte Sicherungsübereignung), soweit sie nicht bedingungsfeindlich sind, wie z.B. § 925 II, § 1311 S. 2, § 1 Nr. 2 WG. Solche Bedingungsfeindlichkeit zwingend abstrakter Geschäfte schließt aber die Abhängigkeit von einem vereinbarten Zweck, auch einem angestaffelten atypischen Zweck und damit die Kondizierbarkeit des abstrakten Leistungsversprechens oder der abstrakten Leistung im Falle der Zweckverfehlung von *Vermögensleistungen* nicht aus¹³³. Anders als die *Auflassung* ist die vor dem Standesbeamten abgegebene Erklärung, die Ehe mit einem anderen eingehen zu wollen, allerdings nicht kondizierbar, wenn der damit verfolgte Zweck^{133a} nicht erreicht wird; die bedingungsfeindliche Ehe (§ 1311 S. 2) bleibt auch im Falle der Zweckverfehlung bestehen und kann nur beim Vorliegen von Nichtigkeits- oder Anfechtungsgründen oder durch Scheidung aufgelöst werden.

(2) Bedingungen und Zwecke bedürfen stets der Vereinbarung. Typische Zwecke werden in typischen Rechtsgeschäften in der Regel konkludent vereinbart. Bedingungen sind im Zweifel (insbesondere in abstrakten Rechtsgeschäften) nicht zu vermuten. Ist zweifelhaft, ob ein "Umstand" ("Voraussetzung") zum Zweck oder zur Bedingung wurde, so spricht die Vermutung in Verpflichtungsgeschäften für ein kausales Wollen (also für eine Bedingung), in abstrakten Rechtsgeschäften dagegen für eine Zwecksetzung¹³⁴.

Bedingung aber *müsse*. Nach der hier vertretenen Auffassung bedarf auch die *causa* im Sinne von Zweck notwendigerweise der Vereinbarung (oben II 2). *Westermann* aber versteht unter *causa* offensichtlich etwas anderes, was, bleibt unklar (dazu oben I 3 nach Fn. 16 und Fn. 129).

¹³¹ Im Sinne der Rechtsfolgen-, nicht der Grundfolgentheorie, dazu oben Fn. 62.

¹³² Ebenso *Klinke* (Fn. 3), S. 133; zum Zwecke solcher Auslegung hat RGZ 62, 273 aufgehoben und zurückverwiesen; dazu oben II 3 c, d; II 4 b; II 5 c (4) und unter II 5 d, cc (4 u. 5).

¹³³ RGZ 132, 238 - fortifikatorischer Zweck; dazu *Ehmann*, Gesamtschuld, S. 174, 186 f; *Klinke* (Fn. 3), S. 123.

^{133a} Zum Zweck der Ehe vgl. *Kant*, MdS, Rechtslehre, §§ 24-27; dagegen *Savigny*, System III (Fn. 59a), 320; *Hegel*, Rechtsphilosophie, §§ 161 ff; dazu *Ehmann*, FS Stathopoulos (Fn. 47a), II 4 a.

¹³⁴ Ebenso *Kegel*, FS Mann, S. 71; *Klinke* (Fn. 3), S. 133.

(3) Der *Austauschzweck* in kausalen Versprechensverträgen wirkt (als genetisches oder funktionelles Synallagma) - wie auch *Windscheid*¹³⁵ schon zutreffend erkannte - wie eine (stillschweigende) Bedingung. Das BGB hat die Rechtsfolgen allerdings teilweise positivrechtlich geregelt (vgl. §§ 104 ff, 154, 155, 275, 311 a, 320 ff. u.a. BGB); weswegen manche Juristen glauben, über die rechtlichen Grundlagen dieser Regelungen brauche man nicht mehr nachzudenken; dazu oben II 3 c.

(4) Der *Austauschzweck* kann jedoch (ausnahmsweise) auch Rechtsgrund abstrakter Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte sein, wie z.B. im Falle RGZ 119, 12: in diesem Falle waren Gesellschaftsanteile in einem Handgeschäft (real) gegen eine Schuldverschreibung getauscht, also bewusst *nicht* durch einen *Kaufvertrag* (iSd § 433 BGB) zuvor *kausale* Forderungen begründet worden. In solchem Falle des Austausches abstrakter realer Leistungen (Gesellschaftsanteilen, § 398) gegen abstrakte Leistungsversprechen (§§ 780, 793 BGB) gelten zwar nicht die §§ 320 ff., vielmehr ist für beide Seiten die Kondiktion gegeben, wenn der Austauschzweck verfehlt wird; anders als in typischen *kausalen* Versprechensverträgen wirkt die Verfehlung des Austauschzwecks in solchem Falle also nicht wie eine Bedingung, sondern löst nur die Kondiktion aus.

(5) Auch *Schenkungsgeschäfte* können Kausalgeschäfte oder nur der Rechtsgrund abstrakter (Leistungs-) oder Verfügungsgeschäfte sein (§§ 518 I 2, 780, 929 BGB), in denen der Zweck (*causa donandi*) als Rechtsgrund verstanden wird, dessen Mangel die Kondiktion auslöst. Weil der Schenkungszweck mit seiner Vereinbarung sofort erreicht wird¹³⁶, kommt ein Mangel der *causa donandi* jedoch nur im Falle eines Dissenses in der Zweckvereinbarung in Betracht. Ob der Dissens in einem *Realvertrag* (z.B. Erfüllung oder Handschenkung oder Realdarlehen) den Eigentumsübergang hindert, wird nur für den Fall erörtert, dass darlehenshalber real übereignete Geldstücke schenkungshalber angenommen werden¹³⁷.

(6) Rechtsgeschäfte zum *Zwecke der Erfüllung* (Eigentumsübertragung, Forderungsabtretung, Zuwendung abstrakter Forderungen) erfolgen nach deutschem Recht zumeist in Form *abstrakter* Rechtsgeschäfte, was nichts anderes heißt, als dass das Zustandekommen dieser Geschäfte von der Vereinbarung (*innere causa*) und der Erreichung des Erfüllungszwecks (*äußere causa*) abstrahiert ist, dass aber in Fällen mangelnder Zweckvereinbarung oder Zweckerreichung die Kondiktion¹³⁸ gegeben ist. Allerdings kann der Bestand der zu erfüllenden Forderung auch zur *Bedingung* der Erfüllungsleistung¹³⁹ erhoben werden mit der Folge, dass die Leistung nicht abstrakt ist, die Eigentumsübertragung also unwirksam ist, wenn die Forderung nicht besteht. In der Praxis wird eine derart *bedingte Erfüllungsleistung* grundsätzlich nur

¹³⁵ (Fn. 6), S. 88, 144, 163.

¹³⁶ Dazu oben II 3 d.

¹³⁷ Zu der zwei Jahrtausende alten, vielerörterten Frage, ob die Übereignung grundsätzlich nur von der Zweckerreichung (*äußere causa*) oder auch von der Zweckvereinbarung (*innere causa*) abstrahiert ist, vgl. die Nachweise oben in Fn. 47; selbstverständlich ist im Falle eines solchen Dissenses zumindest die Kondiktion gegeben; derjenige der eine Darlehenszahlung zurückverlangt, kann, wenn der andere behauptet, das Geld als Schenkung erhalten zu haben, seine Klage hilfsweise auf Bereicherung stützen und muss nicht etwa beweisen, dass er nicht schenken wollte (*donatio non paesumitur*, *Wacke*, AcP 191 (1991), S. 1ff.); anders BGH DB 1976, 2010; dazu *Weitnauer*, FS v. Caemmerer, Tübingen 1978, S. 255, 262 f.; *Klinke* (Fn. 3), S. 82, 145.

¹³⁸ Zweckvereinbarung und Zweckerreichung bilden den rechtlichen Grund einer Leistungskondiktion auch im Tatbestand des § 812 I S. 1; dazu oben Fn. 15, 44.

¹³⁹ Die Erfüllung ist Rechtsgeschäft und kann folglich auch unter einer *Bedingung* erfolgen (*Ehmann* JZ 1968, 549; NJW 1969, 1833; *Kegel*, FS Mann, S. 64, 85; *Klinke*, Fn. 3, S.130), was im Ergebnis (zumeist als sog. Vorbehalt) auch die Rechtsprechung anerkennt, vgl. BGH NJW 1999, 494, 496 m.w.N.; *Palandt/Heinrichs* § 362 Rz 11; unklar *Erman/Westermann* § 362 Rz 13. Die verbreitete Unklarheit beruht darauf, dass man die Erfüllung nicht als Rechtsgeschäft begreifen will und daher auch an der Vorstellung gehindert ist, dass sie unter einer *Bedingung* stehen könnte und deswegen den Begriff Vorbehalt gebraucht.

angenommen, wenn der Erfüllungszweck eindeutig und klar als Bedingung vereinbart wurde. Praktisch bedeutsam kann dies sein, wenn der Leistende sich vor dem Insolvenzrisiko des Leistungsempfängers schützen will.

(7) Hinsichtlich des *Sicherungszwecks* ist zunächst zwischen abstrakten und sog. „akzessorischen“ (kausalen¹⁴⁰) Sicherungsgeschäften (Bürgschaft, Pfandrecht, Hypothek) zu unterscheiden. In den *akzessorischen* Sicherungsgeschäften ist die Erreichung des Sicherungszwecks - wie in den kausalen Versprechensverträgen der Austauschzweck - als *Bedingung* des Sicherungsgeschäfts zu begreifen: die Bürgschaft, das Pfandrecht und die Hypothek entstehen nicht, wenn die zu sichernde Forderung nicht besteht und werden unwirksam, wenn die gesicherte Forderung durch Erfüllung oder anderswie erlischt (§§ 767, 1163, 1252 BGB). *Abstrakte Sicherungsgeschäfte* (z.B. Grundschild) sind demgegenüber *kondizierbar*, wenn der Sicherungszweck nicht wirksam vereinbart wurde oder nicht erreicht wird oder wegfällt. Die *Sicherungsübereignung* beweglicher Sachen kann in diesem Sinne *abstrakt* erfolgen mit der Folge der Kondizierbarkeit im Falle der Zweckverfehlung, sie kann aber auch *unter der Bedingung* des Bestehens der zu sichernden Forderung erfolgen und wird damit *wie ein akzessorisches* Sicherungsrecht *ipso iure* unwirksam, wenn die gesicherte Forderung nicht besteht oder durch Erfüllung oder sonstwie zum Erlöschen kommt. Aufgrund des *Abstraktionsprinzips* wird eine bedingte Übereignung im Zweifel nicht vermutet, bedarf also klarer Vereinbarung.

(8) Es versteht sich, dass mit den vorstehenden kurz gefassten Auslegungsregeln die damit angesprochene Problematik nicht erschöpft wird. Allein die Problematik des Sicherungszwecks ist Gegenstand großer, teils mehrbändiger Handbücher zu den Problemen des Austauschzwecks, des Schenkungs-, des Erfüllungszwecks, und sonstiger Abwicklungszwecke vgl. die weiterführenden Nachweise in den Fußnoten 41-47. Für die nachstehenden Regeln zur Abgrenzung atypischer Zwecke gilt entsprechendes.

cc) Zur Abgrenzung atypischer Zwecke von Bedingungen

Auch zur Abgrenzung *atypischer Zwecke* von *Bedingungen* kann hier keine erschöpfende Darstellung geboten werden, weil dies die Aufarbeitung aller in den Fußnoten 41-47 aufgezählten Rechtsgebieten erforderlich machen würde. Für die hier versprochene Darstellung der *Prinzipien* der Zwecklehre soll es aber genügen, an den in diesem Beitrag wiederholt in Bezug genommenen Fällen und Beispielen atypischer Zwecke, deren Abgrenzung zu unerheblichen *Motiven* oben unter II 5, c dargelegt wurde, zu zeigen, nach welchen Grundsätzen und Regeln die Abgrenzung dieser rechtserheblichen *Zwecke* zu *Bedingungen* zu erfolgen hat. Die vorstehend dargelegten Regeln zur Abgrenzung typischer *Zwecke* von *Bedingungen* gelten weitgehend entsprechend, jedenfalls insoweit als in kausalen Rechtsgeschäften auch angestaffelte atypische *Zwecke* grundsätzlich wie *Bedingungen* wirken¹⁴¹, in abstrakten Rechtsgeschäften dagegen die *Kondiktion* auslösen.

(1) Im *Schlafzimmer-Beispiel* wird der durch eine Vereinbarung dem *Austauschzweck* des Kaufvertrags wirksam *angestaffelte* „*Mitgift-Zweck*“ allgemein als *Bedingung* verstanden, was darauf beruht, dass schon der *Austauschzweck* selbst im kausalen Versprechensvertrag *wie eine Bedingung wirkt* (oben II 5 d, bb (2 u.3)). Daraus kann allgemein die Folgerung gezogen werden, dass dem *Austauschzweck* *kausaler* Rechtsgeschäfte *angestaffelte Zwecke*

¹⁴⁰ Dazu, dass die sog. Akzessorität von Sicherungsgeschäften nichts anderes ist als die kausale Abhängigkeit vom Sicherungszweck vgl. auch *Kegel*, FS Mann, S. 65.

¹⁴¹ Anders allerdings RGZ 118, 358; dazu unter (5).

grundsätzlich auch *wie Bedingungen* kausale Wirkungen auf das Entstehen und den Fortbestand des Rechtsgeschäfts haben.

(2) Im *coronation-case* würde im Falle einer wirksamen Anstaffelung des "Besichtigungszwecks" an den Austauschzweck des Mietvertrags wohl auch eine *auflösende Bedingung* anzunehmen sein, deren Ausfall den Mietvertrag *ipso iure* auflösen würde. Betrachtet man das Ereignis des Krönungszugs jedoch als *Geschäftsgrundlage*¹⁴², so ist nach § 313 I BGB n.F. zunächst ein *Anspruch auf Anpassung* gegeben und erst im Falle der Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Anpassung ein Rücktrittsrecht gemäß § 313 III BGB n.F.

(3) Im Falle der *Schneiderin* wäre eine wirksame Anstaffelung des Stattfindens der Hochzeit an den Austauschzweck des Werkvertrags wie in den vorgenannten Fällen gleichfalls als *Bedingung* zu begreifen.

(4) Im Gutsherren-Fall RGZ 62, 273¹⁴³ hat das Reichsgericht den Zweck des Leistungsversprechens entweder als *Austauschzweck* oder als "*Bedingung eines Schenkungsversprechens*" begreifen wollen und die Unterscheidung als *Tatfrage* betrachtet, die wegen des fälschlicherweise angenommenen Formerfordernisses eines "bedingten Schenkungsversprechens" streitentscheidend sei. Der Austauschzweck hätte aber genauso zur Bedingung erhoben werden können wie das vermeintliche "Schenkungsversprechen" unter die Bedingung gestellt wurde, dass der Mann die Magd heirate. Allerdings wirkt der Austauschzweck eines kausalen Leistungsversprechens stets ohnehin schon wie eine Bedingung, das kausale Versprechen wird erst wirksam, wenn der vereinbarte Zweck erreicht ist und es erlischt, wenn er verfehlt wird (*genetisches Synallagma*). Hätte der Gutsherr sein Leistungsversprechen schriftlich als abstraktes Schuldversprechen gemäß § 780 BGB abgegeben, so hätte er es kondizieren können und müssen, wenn der Mann die Magd nicht geheiratet hätte; er hätte das abstrakte Leistungsversprechen aber auch unter die aufschiebende Bedingung (§ 158 I BGB) der Heirat stellen können, dann wäre es erst mit der Heirat wirksam geworden. Nach der hier vertretenen Auffassung hätte das abstrakte Schuldversprechen der Form des § 518 I 2 BGB auch dann nicht bedurft, wenn man den verfolgten Zweck als ein dem Liberalitätszweck angefügten atypischen Zweck betrachtet.

(5) Im *Bürgschaftsfall*¹⁴⁴ hätte die Genehmigung des nachträglich beantragten Kredits und das Unterlassung von Maßregelungen (Entlassung und Strafanzeige) auch als *Bedingung* der Bürgschaftsverpflichtung verstanden werden können, wie das Reichsgericht selbst auch andeutet, sich aber auch zu solcher Begründung durch die tatrichterliche Feststellung des OLG gehindert sieht. Jedoch hätte man auch denken können und sollen, dass das kausale (akzessorische) Bürgschaftsversprechen auch vom angestaffelten atypischen Zweck (keine Strafanzeige) gemäß dem oben vor (1) dargelegten Grundsatz kausal abhängig ist, der angestaffelte Zweck also wie eine Bedingung wirkt. Das Reichsgericht war jedoch offenbar fixiert auf § 812 I 2 BGB der Meinung, dass im Falle derartiger Zweckverfehlung nur die Kondiktion gegeben sei. Eine Bedingung im Sinne des § 158 BGB glaubte das Reichsgericht im Hinblick auf die entgegenstehende tatrichterliche Feststellung nicht annehmen zu können, weil diese selbstverständlich einer *Vereinbarung* bedarf; hinsichtlich des angestaffelten atypischen Zwecks, glaubte das Reichsgericht jedoch - weil es das Fenster nicht dicht genug geschlossen hielt - annehmen zu dürfen, dass er - als „Voraussetzung“ - keiner Vereinbarung bedürfte; zu Recht hat der Bundesgerichtshof diesbezüglich anders entschieden im nachstehend (6) erörterten Fall von Zahlungen einer Frau „damit er bei ihr bleibe“.

¹⁴² Vgl. oben II 5 c, c (2).

¹⁴³ Dazu oben II 3 c, d; II 4 b; II 5 c (4).

¹⁴⁴ RGZ 118, 358; dazu oben II 4 b; 5 c (5).

(6) Im Falle der *Frau*, die auf nicht bestehende Forderungen zahlte, *damit der Mann bei ihr bleibe*¹⁴⁵ (*causa data non secuta*), hätte dieser Zweck zweifellos auch als *Bedingung* vereinbart werden können, was im gegebenen Fall aber schon deswegen praktisch unmöglich war, weil die getätigten Geschäfte über Bankzahlungen abgewickelt wurden. Dass solche Bedingungen, soweit sie möglich sind, weil die abstrakten Geschäfte nicht bedingungsfeindlich sind, der Vereinbarung bedürfen, ist zweifelsfrei. Zahlungszwecke, deren Nichterreichung die Kondiktion rechtfertigen sollen, bedürfen aber ebenso der *Vereinbarung*. Aus der Vereinbarung muss auch - notfalls im Wege ergänzender Vertragsauslegung gemäß §§ 133, 157 BGB - entnommen werden können, ob die Nichterreichung des Zwecks die Wirkung des Rechtsgeschäfts *ipso iure* auflösen soll oder einer Kondiktion bedarf. Im Zweifel kann bei abstrakten Geschäften eine Bedingung nicht vermutet werden¹⁴⁶.

III. Schluß: Die Zwecklehre als Synthese

Die dargestellte Zwecklehre mit ihren *drei* in der Regel stillschweigend vereinbarten *Primärzwecken*, verbunden mit der Möglichkeit, diesen im Wege der Vereinbarung *atypische Zwecke* anzufügen und damit zur rechtlichen Erheblichkeit zu bringen, darf und soll als *Synthese* der Voraussetzungslehre *Windscheids* mit den Argumenten *Lenels* und anderer Kritiker verstanden werden, welche die Voraussetzungslehre *Windscheids* "aufhebt" im doppelten Sinne des Vernichtens und Bewahrens¹⁴⁷. *Windscheid* hatte versucht, aus dem Trümmerhaufen der römischen Quellen ein neues Vertragssystem zu bauen, dessen Kernbaustein der Voraussetzungs-begriff sein sollte. Das Trümmerfeld war entstanden, weil die beschränkte Zahl der Konsensualkontrakte alle davon nicht erfassten Regelungsbedürfnisse in die *stipulatio* oder die *Innominatskontrakte* verwies und damit alle Vertrags- und Leistungsstörungen ins Bereicherungsrecht verlegte und damit den *causa*-Begriff überfrachtete. Nachdem die *Vertragsfreiheit* aber schließlich allgemeine Anerkennung gefunden hatte und jeder Leistungsgegenstand zu jedem Leistungszweck versprochen oder geleistet werden konnte, bedurfte es auch einer Erforschung deren Grundlagen. Der *causa*-Begriff der römischen Quelle genügte dem nicht, der Voraussetzungs-begriff *Windscheids* aber auch nicht. Die Auftrennung des Voraussetzungs-begriffs in die drei *typischen Zwecke* und die Anerkennung einer *offenen Zahl atypischer Zwecke*, die von den Parteien den typischen Zwecken angestaffelt und damit zur rechtlichen Erheblichkeit gebracht werden können, klärt dagegen die aufgeworfenen Probleme weitgehend, trägt allen Bedenken *Lenels* und der anderen Kritiker *Windscheids* Rechnung und gewährleistet die geforderte Rechtssicherheit in vollem Maße. Diese Form der im wesentlichen von *Hugo Kreyß* entwickelten Zwecklehre lässt sich aber auch mit allen grundlegenden Prinzipien der Voraussetzungslehre *Windscheids* bestens vereinbaren und erfüllt alle Funktionen, die *Windscheid* mit seinem Voraussetzungs-begriff regeln wollte. Nicht zuletzt verbessern die Prinzipien der dargestellten Zwecklehre das Verständnis des geltenden Rechts, vor allem der Regelungen des *genetischen* und *funktionellen Synallagmas*, der Lehre von der *Geschäftsgrundlage*, der *Erfüllungslehre* und des *Rechtsgrundbegriffs*, nicht zuletzt auch das Verständnis des *Abstraktionsprinzips*. Die zur Zwecklehre weiterentwickelte *Causa-* und *Voraussetzungslehre* kann daher als eine gelungene Synthese der Thesen *Windscheids* mit den Antithesen seiner Kritiker verstanden werden, die für die Theorie förderlich und die Praxis hilfreich ist, auch die Verschiedenheiten der Obligationsbegriffs der europäischen Rechtsordnungen, insbesondere das deutsche Abstraktionsprinzip und den französischen Art. 1382 CC verständ-

¹⁴⁵ BGH NJW 1973, 612; dazu oben II 4 b und 5 c (6).

¹⁴⁶ Dazu II 5 d, bb (2).

¹⁴⁷ *Hegel*, Wissenschaft der Logik, 1. Bd. Die objektive Logik, 1832, 1. Abschn., 1. Kap. C 3: Aufheben des Werdens, Anmerkung.

licher macht, weil sie die gemeinsame Grundlage der verschiedenen Prinzipien des deutschen und französischen Obligationenrechts freilegt.

Warum *Windscheid* selbst zu solcher Differenzierung und Typisierung seines Begriffs der "*Voraussetzung*" nicht mehr gekommen ist, ist zwar einigermaßen erstaunlich, weil schon vor ihm eine Dreiteilung der *causa*- Lehre ausgebildet war, die er aber nicht akzeptieren wollte, weil er den mit der errungenen Vertragsfreiheit gesicherten "Reichthum des Lebens" nicht eingeschränkt wissen wollte. *Windscheid* hatte zwar auch schon erkannt, dass hinter den "ersten Absichten" noch weitere Absichten (Zwecke) stehen können, diese Erkenntnis aber nur unzureichend *psychologisch* erklärt und nicht mehr in der *juristisch* erforderlichen Weise begrifflich erfasst - als angestaffelte atypische Zwecke - und rechtlich brauchbar gemacht. Irrendwie ist es aber auch tröstlich, dass auch ein *Genie wie Windscheid*, obwohl er schon mit 23 Jahren die mangelhafte Regelung des Art 1131 CC klar erkannt hatte, die richtigen Lösung allein noch nicht finden konnte. *Lenel* hat dagegen zwar den Mangel des im Wesentlichen *psychologisch* definierten Voraussetzungsbegriffs *Windscheids* und dessen Nichtübereinstimmung mit den Quellen des römischen Rechts klar erkannt, aber nicht dessen großes rechtspolitisches Ziel; er hat damit Wissenschaft und Praxis davor bewahrt, dem Irrtum *Windscheids* zu folgen, aber nichts dazu beigetragen, den mangelhaften Stand von Wissenschaft und Lehre zu überwinden. Dass die heute herrschende Lehre überwiegend meint, sich mit diesen Fragen gar nicht mehr befassen zu müssen, ist der *Fluch der Kodifikation*¹⁴⁸ und des auf deren Grundlage entstandenen naiven Gesetzespositivismus, der glaubt, mit dem Wort des Gesetzes, etwas Methodenlehre und allgemeiner Güter- und Interessenabwägung ein ausreichendes Instrumentarium für die zivilrechtliche Praxis des Rechts entwickelt zu haben.

¹⁴⁸ *Lenel* (AcP 74 (1889), 213) begann seine gegen *Windscheid* gerichtete Kritik mit dem Satz: „Daß den Vortheilen einer Codification die Gefahr der Erstarrung der Wissenschaft gegenüber steht, ist eine zum Gemeinplatz gewordene Erkenntniß“. Diese Erkenntnis hat sich in den vergangenen 130 Jahren auf kaum einem anderen Gebiet so sehr bestätigt als in der Frage des rechtlichen Grundes rechtsgeschäftlichen Wollens.

