

# Die Entwicklung der causa-Lehre zum System der Zwecklehre

*Horst Ehmann*

<b>I. CAUSA: MODUS, RES, Motiv, Ursache, Grund, Voraussetzung, Rechtsgrund, Bedingung, Zweck?</b>	<b>1</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>1. Einführung</li> <li>2. Zum römisch-rechtlichen causa-Begriff</li> <li>3. Zur mittelalterlichen causa-Lehre und deren Rechtverwirrung</li> <li>4. Von Windscheids „Voraussetzung“ zu Kipps „Zwecksatzung“</li> <li>5. Die Vorzüge des Zweckbegriffs</li> </ul>	
<b>II. Prinzipieller Zwecklehre</b> ..... 20	
<ul style="list-style-type: none"> <li>1. Von den drei causa-Classen zur Zweckvereinbarung ..... 20</li> <li>2. Die geschlossene Zahl typischer und die offene Zahl atypischer Zwecke ..... 24             <ul style="list-style-type: none"> <li>a) Egoismus, Altruismus und Vertragstreue ..... 24</li> <li>b) Zusätzliche besondere Absichten (angestaffelte Zwecke) ..... 27</li> <li>c) Zum Unterschied zwischen typischen und atypischen Zwecken ..... 28</li> <li>d) Gesetzlich geregelte Zweckstaffelungen ..... 31</li> <li>e) <b>Richterrechtlich anerkannte Zweckstaffelungen</b> ..... 32</li> <li>f) Angestaffelte Verträge (zum Beispiel Bierlieferungsvertrag) ..... 34</li> <li>g) Motiv – <i>Geschäftsgrundlage</i> – Zweck – Bedingung ..... 34</li> </ul> </li> <li>3. Zur Mischung der Zwecke ..... 37</li> <li>4. Zum Trennungs- und Abstraktionsprinzip ..... 37</li> <li>5. Der Austauschzweck ..... 42</li> <li>6. Der Liberalitäts- oder Unentgeltlichkeitszweck ..... 47             <ul style="list-style-type: none"> <li>a) Die geschlossene Zahl von vier Abwicklungszwecken ..... 48</li> <li>b) Der Erfüllungszweck ..... 49</li> <li>c) Vergleich und Erlass ..... 49</li> <li>d) Sicherungsgeschäfte und der Sicherungszweck ..... 49</li> <li>e) <b>Abstrakte Schuldversprechen und Schuldanerkenntnisse</b></li> <li>f) Vom Feststellungsvertrag mit „Feststellungszweck“ zum kausalen Anerkenntnis <i>sine causa</i> ..... 61</li> </ul> </li> </ul>	
<b>III. Erfüllungslehre</b> ..... 70	
<ul style="list-style-type: none"> <li>1. Salcia Landmanns Witz gegen die Theorie der realen Leistungsbewirkung ..... 70</li> <li><u>2. Erfüllungsleistung gemäß §§ 362 Abs. 1, 267, 362 Abs. 2, 364, 366 BGB</u> ..... 72</li> </ul>	
<b>IV. Ungerechtfertigte Bereicherung</b> ..... 77	
<ul style="list-style-type: none"> <li>1. Grundsätze zur Unterscheidung von Leistungs- und Eingriffskonditionen ..... 77</li> <li>2. Beispiele und Judikatur zu Leistungs- und Eingriffskonditionen in Dreiecksbeziehungen ..... 86</li> </ul>	
<b>V. Hinweise zum System des genetischen und funktionellen Synallagmas</b> .....	

## I. CAUSA: MODUS, RES, Motiv, Ursache, Grund, Voraussetzung, Rechtsgrund, Bedingung, Zweck?

### 1. Einführung

#### a) Einheit und Vielfalt des causa-Begriffs:

Die in der Überschrift I aufgelisteten Begriffe bilden den Kern dessen, aus dem die causa-Lehre entstanden ist und die Zwecklehre sich entwickelt hat. Die alten Römer verwendeten statt des *causa*-Begriffs auch die Synonyme *modus* und *res* und der Unterschied ist nicht einfach zu verstehen. Aus der weiteren Ansammlung synonymen Begriffe in der Überschrift ist aber die überkommene und fortbestehende große Schwierigkeit zu erkennen, den *Rechtsgrund* oder den *Zweck* einer Leistung oder eines Leistungsversprechens begrifflich zutreffend zu erfassen und seine Bedeutung für das Recht der Schuldverhältnisse richtig zu verstehen.<sup>1</sup> Auch in den anderen europäischen Rechtssprachen ist der immer noch häufig verwendete *causa*-Begriff so vieldeutig geblieben wie der deutsche Begriff des Grundes, den *Schopenhauer* auf vier verschiedene Wurzeln zurückführte.<sup>2</sup> Die verschiedenen Worte – *causa*, Ursache, Grund, Zweck – mit dem verschiedenen Begriffsverständnis für jedes Wort und der Notwendigkeit einer Differenzierung (zwischen Austausch-, Liberalitäts- und Abwicklungszweck), haben jahrhundertlang sehr viel Verwirrung gestiftet, die bis heute nicht völlig überwunden ist. Für *Schopenhauer* ist der Intellekt das Medium der Motive, die Motivation also die „durch das Erkennen hindurchgehende Kausalität“. Im System *Schopenhauers* bilden die *Motive* die vierte Wurzel des Satzes vom zureichenden Grunde; sie sind die *Voraussetzungen des Wollens*.

<sup>1</sup> *Bernhard Windscheid*, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung (Düsseldorf 1850), sah sich wegen dieser Vieldeutigkeit und der häufig synonymen Verwendung der Begriffe *conditio*, *modus* und *res* gezwungen, in den §§ 2-4 „das Material für den Bau“ seiner Voraussetzungslehre sorgfältig daraufhin zu untersuchen, mit welchem Begriff oder welcher Umschreibung die römischen Quellen das erfassten, was er „Voraussetzung“ nennen wollte; dazu *Josef Georg Wolf*, *Causa stipulationis* (Köln, Wien 1970); *Friedrich Liebe*, Die Stipulation und das einfache Versprechen (Braunschweig 1840) 73 ff.; 83 ff; *Horst Ehmann*, Zur *causa*-Lehre, JZ 2003, 702-714. Zum heutigen Verständnis römischer Rechtsbegriffe vgl. vor allem auch *Hans-Georg Gadamer*, Wahrheit und Methode, 2. Aufl. 1965, S. 309, 477 ff. mit Verweisen auf *Savigny* (System des heutigen römischen Rechts), *Wieacker* und *Betti*. Vgl. dazu auch die Beiträge von *Tommaso dalla Massara* und *Martin Schermaier* in diesem Band.

<sup>2</sup> *Arthur Schopenhauer*, Über die vierfache Wurzel des Satzes vom zureichenden Grunde, hrsg. v. A. Hübscher (3. Aufl. Wiesbaden 1972) § 20, 63; § 43, 161 f. Demnach sind: erste Wurzel: der zureichende Grund des Werdens (Ursache im naturwissenschaftlichen Sinne); zweite Wurzel: der zureichende Grund des Erkennens (Erkenntnisgrund); dritte Wurzel: der zureichende Grund des Seins in Raum und Zeit; vierte Wurzel: der zureichende Grund des Wollens und Handelns (Motiv); dazu auch unten I.2.

Motive dieser Art können auch zur Ursache werden für rechtserhebliche Handlungen, auch für Willenserklärungen und Vertragsangebote und deren Annahme, sind aber etwas anderes als die juristische Absicht (die *causa*, der Zweck oder der Rechtsgrund) eines Vertragsangebots und dessen Annahme sowie des damit abgeschlossenen Vertrags oder einer Leistung und deren Annahme. *Die Motive bilden die Ursachen des Handelns, die Zwecke das rechtliche Ziel des Handelns. Der Rechtsgrund rechtfertigt den Zweck des Handelns als ein von der Rechtsordnung anerkanntes Ziel.* Die *causa* des römischen Rechts ist damit zur *causa finalis* geworden. Diese *juristische Voraussetzung* des zureichenden Grundes einer *Leistung* oder eines *Leistungsversprechen* nennen wir heute *Rechtsgrund*. Der Rechtsgrund einer Leistung ist also *nicht* das *psychologische Motiv* im Sinne der Wurzel eines inneren (auch nicht erkennbaren) Handlungswillens, sondern bedarf einer rechtswirksamen (ausdrücklichen oder stillschweigenden) *Willenserklärung* des Leistenden oder Versprechenden, die den *Zweck (causa finalis)* seiner Leistung oder seines Leistungsversprechens bestimmt und grundsätzlich auch vom Leistungs- oder Versprechensempfänger ebenso ausdrücklich oder *stillschweigend akzeptiert* sein muss, um einen tragfähigen Rechtsgrund für die Leistung oder das Leistungsversprechen bilden zu können.

In der Sprache europäischer Juristen wird die zum *Rechtsgrund* (Zweck) gewordene Absicht jedoch zumeist mit dem im Laufe der europäischen Rechtsentwicklung auf Grund verschiedener Rechtsvorstellungen vieldeutig gewordenen römischen *causa*-Begriff erfasst, dessen Fehlen *kausale* Rechtsgeschäfte (insbesondere Versprechensverträge) unwirksam und *abstrakte* Rechtsgeschäfte (zum Beispiel die Übereignung einer Sache zum Zwecke der *Erfüllung* oder die *Abtretung einer Forderung*, auch ein *abstraktes Schuldversprechen gemäß § 780 BGB*) *kondizierbar* macht. Die Motive, Absichten, Zwecke, Rechtsgründe oder *causae* rechtlicher Erklärungen, Versprechungen und Leistungen können jedoch von verschiedener Art sein und sind auch von römischen Juristen schon mit verschiedenen Begriffen erfasst worden, unter anderem als *causa solvendi*, *donandi*, *fiduciae*, *credendi*, *acquirendi*, *constituendi*, *conditionis implendae*, *ob causam finitam*, *causa data non secuta*, ohne dass deren gemeinsame und *verschiedene Voraussetzungen* abschließend geklärt werden konnten.

#### **b) Zum Grundsatz der geschlossenen Zahl der *causae acquirendi*, *donandi* und *solvendi***

Zu einer systematischen Grundlage des Vertragsrechts ist der *causa*-Begriff jedoch erst in der deutschen Pandektistik ab der Mitte des 19. Jahrhunderts geworden, die zu der Erkenntnis kam, dass jede Leistung entweder für *eine Gegenleistung (causa credendi oder acquirendi)*

oder *unentgeltlich (causa donandi)* erfolgen kann. Etwas Drittes konnte es „von Natur aus“ ursprünglich nicht geben. Aufgrund der Entwicklung des Versprechensvertrags, wonach die Güter *nicht* mehr *unmittelbar ausgetauscht* werden mussten, sondern auch rechtswirksam *versprochen* und dann zur Erfüllung des Versprechens tatsächlich geleistet werden konnten, ist jedoch mit dem *Erfüllungszweck (causa solvendi)* ein Drittes hinzugetreten, weil die reale Leistung aufgrund eines solchen Versprechensvertrags zur Erfüllung der Verpflichtung aus diesem Vertrag erfolgen muss, womit der aus dem Versprechensvertrag entstandene Anspruch des Vertragspartners „erlischt“, aber zugleich (als erreichter Zweck) zum *Behaltensgrund* (Rechtsgrund) für die erhaltene Leistung wird. *Savigny* formulierte den damit erreichten Meinungsstand in seinem *Alterswerk zum Obligationenrecht* (1853) dahingehend:

*„Fragen wir nun ferner, worin die causa, oder der Rechtsstoff bestehen kann, der zur Ergänzung der Stipulation (und eben so unseres nudum pactum) hinzutreten muß, so haben wir denselben in einer der drei Classen zu suchen, auf welche sich alle Vermögenszuwendungen zurückführen lassen. Diese heißen: donare, solvere, credere und jede Stipulation muß daher, um völlig gültig und wirksam zu seyn, geschlossen werden: donandi causa, solvendi causa oder credendi causa“.*<sup>3</sup>

Mit diesen an sich eindeutigen Sätzen hat *Savigny* allerdings wohl nicht seine eigene Ansicht wiedergegeben, sondern die von ihm bekämpfte und abgelehnte Auffassung von *Puchta*, *Liebe*, *Gneist* und anderen.<sup>4</sup> Der *numerus clausus* der drei Classen von *causae* entsprach aber

<sup>3</sup> *Friedrich Carl von Savigny*, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts* (Berlin 1853) Bd. II § 78, 251.

<sup>4</sup> Dies hat *Gregor Albers* in seiner bemerkenswerten Untersuchung zur Stipulation bei *Savigny* überzeugend klargestellt und den Widerspruch herausgearbeitet, der sich darin zeigt, dass *Savigny* den Genannten, vor allem *Liebe*, doch seine Anerkennung nicht versagen wollte mit den Sätzen: „Zum Schluß dieser Untersuchung aber muss dem Urheber der hier angefochtenen Lehre von der *causa* als einer nothwendigen Ergänzung der Stipulation (und unseres *nudum pactum*) das Zeugnis gegeben werden, dass er durch diese Lehre zu irrigen Rechtsregeln nicht geführt worden ist. Denn die rein praktische Seite der Lehre ist die Anfechtbarkeit der Stipulation wegen einer irrigen, oder überhaupt mangelhaften *causa*; diese nun ist ganz richtig, und wird auch von keiner Seite in Zweifel gezogen.“ *Windscheid* hat dagegen jedoch die Beschränkung des *causa*-Begriffs auf die Funktionen der *causa donandi*, der *causa credendi* und der *causa solvendi* als „irrig“ erkannt (dazu unten II 2) und damit Recht behalten. Zur sonstigen Bedeutung dieses Meinungsstreits vgl. *Albers*, *Zwischen Formstrenge und Inhaltsfreiheit – Stipulationen und Privatautonomie bei Friedrich Carl von Savigny*, in: *Francisco Javier Andrés Santos, Christian Baldus, Helge Dedek* (Hg.), *Vertragstypen in Europa. Historische Entwicklung und europäische Perspektiven* (München 2011) 153–198, 176 f. – Siehe im Übrigen *Georg Friedrich Puchta*, *Pandekten* (8. Aufl. Leipzig 1856 besorgt von Rudorff), §§ 249, 257; *ders.* *Cursus der Institutionen*, 2. Bd. (1. Aufl. 1842; 5. Aufl. 1857; nach dem Tode des Verf. besorgt von Rudorff) § 205, 373; *Liebe*, *Stipulation* (Fn. 1) § 78, 249-266. – Der richtigen Auffassung von *Gneist*, *Puchta* und anderen, dass bei „einfachen Versprechen“ (nicht der *stipulatio*) die *causa* zur *substantia obligationis* gehöre, widersprach merkwürdigerweise *Windscheid*, Voraussetzung (Fn. 1) 198 Fn. 7, auf der Grundlage von D. 22,3,45,4. *Savigny* (*Obligationenrecht* II (Fn. 3) 250 Note a) stimmte dieser Auffassung *Windscheids* zu, ignorierte im Übrigen aber dessen ihm persönlich gewidmete Voraussetzungslehre. Die Gründe dafür sind nicht ersichtlich (dazu unten Fn. 35). *Windscheid* selbst hat die genannte Ansicht ausdrücklich später wieder aufgegeben in: *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd. 2 (7. Auflage Frankfurt 1891) § 318 Note 4: „Irrig auch *Windscheid* Voraussetzung S. 198“ (dazu aber auch *Albers* in dem Beitrag über die *causa* im 19. Jahrhundert in diesem Band, Fn. 157). Der Streit in dieser Frage beruhte letztlich auf dem

der überwiegenden Auffassung seiner Zeit, und die Anfechtbarkeit der Stipulation wegen einer irrigen oder mangelhaften *causa* hielt *Savigny* selbst für „ganz richtig und auch von keiner Seite in Zweifel gezogen“. Ganz richtig war es jedoch nicht, diese drei Classen von *causae* mit diesen Begriffen als *numerus clausus* zu verstehen, vielmehr waren diese Begriffe in einigen wesentlichen Punkten erweiterungs- und ergänzungsbedürftig.

Richtig ist und bleibt, dass die Vielfalt des gesamten Waren- und Handelsverkehrs in den meisten Fällen zu einem dieser drei Arten von Zwecken (*causae*) erfolgt, für welche die klassische Trias (*causa credendi, donandi und solvendi*) zwar als Vorbilder dienen können, aber richtig ist auch, dass sie damit noch nicht klar genug und auch nicht ganz vollständig erfasst waren. Diese drei Grundbegriffe bedurften vielmehr einer etwas erweiterten aber auch genaueren begrifflichen Erfassung und zusätzlich noch einer Ergänzung durch eine offene unbestimmte Zahl von „angestaffelte Zwecken“.

#### c) Von der *credendi* zur *quirendi causa* und zum Austauschzweck

*Credendi causa* ist zunächst der Darlehenszweck, der den Empfänger zur Rückzahlung verpflichtet; die Gleichstellung der *Rückzahlungspflicht* mit der *Gegenleistungspflicht* war jedoch verfehlt, weshalb der Begriff durch die *causa acquirendi* ersetzt wurde. Dafür hatten die Römer aber die besseren Begriffe *do ut des* und vor allem das griechische *synallagma* übernommen. *Hugo Krefß* hat das *Synallagma* mit „Austauschzweck“ übersetzt, dessen Verfehlung in kausalen Versprechensverträgen im BGB in den gesetzlichen Regelungen der §§ 275, 280, 311a, 320-326 BGB Ausdruck gefunden hat (dazu unten V) und dessen Mangel im Falle abstrakter Rechtsgeschäfte die Kondiktion begründet, womit jedenfalls in der deutschen Sprache der denkbar beste Begriff gefunden war.

#### d) Von der *causa donandi* zum Liberalitäts- oder Unentgeltlichkeitszweck

Die wesentlichen Regelungen eines Rechtsgeschäfts werden im Recht des BGB ebenso wie in vielen anderen Kodifikationen des Zivilrechts durch die *essentialia negotii* bestimmt. Dies sind vor allem der *Leistungsgegenstand* und der *Leistungszweck*; beim Kaufvertrag also die Bestimmung von Ware und Preis. Hat die Sachleistung keinen Preis, so ist eine *Schenkung* gegeben, soll die Sache aber nicht übereignet, sondern nur der Besitz auf bestimmte Zeit überlassen werden, so ist das keine Schenkung, sondern eine Leihe (§ 598 BGB). Der Begriff der Schenkung und damit die *causa donandi* ist auf die unentgeltliche Übereignung von Sa-

---

Fehlverständnis von D. 22,3,25,4 und der unzureichenden Unterscheidung zwischen kausalen und abstrakten Versprechen, die erst durch *Otto Böhr* (Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, Cassel 1855, § 9) und schließlich durch die §§ 780, 781 BGB geklärt worden ist.

*chen und Rechten* beschränkt und erfasst also nicht unentgeltliche Dienst-, Arbeits- und Werkleistungen (§§ 611ff., 631ff.), unentgeltliche Darlehen (§ 488 I 3 BGB), unentgeltliche Verwahrungen (§ 690 BGB), auch nicht den unentgeltlichen Auftrag (§ 662 BGB). Für diese unentgeltlichen Leistungen und Leistungsversprechen gelten also grundsätzlich nicht die Regelung der §§ 516-534 des Schenkungsrechts, insbesondere nicht § 518 BGB, dessen Geltung auf die unentgeltliche Leistung von Sachen und Rechten (Schenkungen) beschränkt ist. Die Schenkung ist daher nur eine besondere Form der unentgeltlichen Leistung. Der Begriff *causa donandi* musste daher zum *Liberalitäts- oder Unentgeltlichkeitszweck* erweitert werden, weil damit nicht nur unentgeltlichen Leistungen von Sachen und Rechten, sondern alle unentgeltliche Leistungen erfasst werden sollen, was nicht nur praktisch sinnvoll ist, um alle denkbaren und praktisch möglichen Leistungszwecke mit möglichst wenigen Begriffen erfassen zu können, sondern letztlich in der „Natur der Sache“ begründet ist, dass ein Mensch eine Sache oder ein Recht oder einen sonstigen Gegenstand *nur unentgeltlich oder für eine Gegenleistung* leisten oder versprechen kann.

#### **e) Von der *causa solvendi* zu den vier Abwicklungszwecken**

Weil die Menschen aber aus guten praktischen Gründen den Versprechensvertrag erfunden haben und erfinden mussten, kann eine Leistung zunächst auch rechtswirksam versprochen und *zur Erfüllung* dieses Versprechens tatsächlich erbracht werden, womit das Leistungsversprechen durch seine Erfüllung erlischt. Eine Sache, ein Recht oder ein sonstiger Gegenstand kann daher nicht nur entgeltlich oder unentgeltlich unmittelbar einem anderen übertragen werden, sondern zunächst auch *rechtswirksam versprochen* werden und der Anspruch des Versprechensempfänger zu einem späteren Zeitpunkt (nach Verschaffung oder Herstellung des versprochenen Gegenstands) durch seine *tatsächliche Zuwendung zum Zwecke der Erfüllung* geleistet werden. Diese Rechtsgrundsätze liegen nicht nur der oben zitierten Formel *Savignys*, sondern seit Jahrhunderten den Zivilrechtsordnungen aller entwickelten Kulturstaaten dieser Welt zu Grunde.

Im Laufe der weiteren Rechtsentwicklung musste jedoch erkannt werden und ist auch erkannt worden, dass ein Leistungsversprechen nicht nur durch die tatsächliche Leistung des Versprochenen, sondern auch in sonstiger Weise zum Erlöschen gebracht werden kann, dass es also noch *andere Erlöschensgründe* als die Erfüllung geben muss. Darum musste der *Erfüllungszweck* (*causa solvendi*) zum *Abwicklungszweck* erweitert werden, der *verschiedene*

*Formen der Abwicklung* eines bestehenden Schuldverhältnisses erfasst, die nicht mehr als reine Erfüllung des gegebenen Versprechens in Form der vollständigen und exakten Leistung des versprochenen Gegenstands verstanden werden können. Auch diese Abwicklungstatbestände bilden jedoch eine geschlossene Zahl, weil ansonsten nicht mehr von Rechts wegen klar genug bestimmt werden könnte, ob ein Leistungsversprechen erfüllt oder in sonstiger Weise rechtmäßig „abgewickelt“ worden ist. Sicherheitsleistungen in diesem Sinne sind: Bürgschaften, Pfandrechte, Hypotheken, Grundschulden, Eigentumsvorbehalte und Sicherungsübereignungen. Wird der Gläubiger durch die Sicherheitsleistung des Schuldners befriedigt, so erlischt grundsätzlich das damit gesicherte Schuldverhältnis (z.B. das Pfandrecht gemäß § 1247 BGB). Hat ein Dritter eine Sicherheitsleistung für den Schuldner erbracht und der Gläubiger sich daraus befriedigt, geht die Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner grundsätzlich kraft Gesetzes auf den Sicherungsgeber über (§§ 774, 1143, 1225). Im Falle der Sicherungsübereignung fehlt allerdings eine derartige *cessio legis* und der Sicherungsgeber, gleichgültig ob es der Schuldner selbst oder ein Dritter ist, sollte die Sicherheitsleistung grundsätzlich nur Zug um Zug gegen die Vorausabtretung der gesicherten Forderung erbringen.

Auch *abstrakte Schuldversprechen oder Schuldanerkennnisse* (§§ 780, 781 BGB) dienen letztlich der Sicherung bestehender Schuldverhältnisse, sie schützen zwar nicht vor der Insolvenz des Schuldners, erleichtern aber die Beweislast des Gläubigers und damit die Rechtsdurchsetzung. Mit der Erfüllung des abstrakten Schuldversprechens oder des Schuldanerkennnisses wird zugleich die damit gesicherte Forderung erfüllt (§ 364 BGB), weil das abstrakte Versprechen allein dessen Sicherung dient und daher mit seiner Erfüllung zugleich das gesicherte Schuldverhältnis erfüllt wird.

Ein Schuldverhältnis kann schließlich nicht nur durch Erfüllung des Schuldverhältnisses oder eines zu seiner Sicherung abgeschlossenen abstrakten Schuldversprechen oder Schuldanerkennnis und dessen Erfüllung, sondern auch aufgrund eines *Erlass* gemäß § 397 BGB oder durch gegenseitiges Nachgeben aufgrund eines *Vergleichs* gemäß § 779 BGB „aufgehoben“ werden, näheres dazu unter II 7 b. Die Abwicklung eines Schuldverhältnisses durch ein Rechtsgeschäft kann also *nur* erfolgen: 1. durch Erfüllung; 2. durch Befriedigung aus einem zu dessen Sicherung vereinbarten Sicherungsgeschäft; 3. durch Vergleich im Wege gegenseitigen Nachgebens gemäß § 779 BGB; 4. durch Erlass (einseitiges unentgeltliches Nachgeben) gemäß § 397 BGB. Diese Beschränkung der Erlöschenstatbestände ist durch den Schutz des

Gläubigers des Schuldverhältnisses geboten, der nicht durch mehr oder weniger frei erfundene Erlöschenstatbestände entrechtet werden darf. Auch bedürfen einseitige die dauerhafte Übertragung von Sachen und Rechten betreffende unentgeltliche Leistung, auch in der Form von Verzichten auf bestehende Forderungen, grundsätzlich der Form des § 518 BGB, sie können zwar als einseitige Vergleiche bezeichnet, aber nicht als rechtswirksam anerkannt werden, weil ein rechtswirksamer Vergleich ein „*gegenseitiges Nachgeben*“ voraussetzt. Auch die bloße Feststellung, dass eine bestehende Forderung nicht besteht, kann diese nicht zum Erlöschen bringen und eine nicht bestehende Forderung nicht zur Entstehung bringen, wenn diese Feststellungen unentgeltliche Leistung darstellen, die daher gleichfalls der Form des § 518 BGB bedürfen; Näheres dazu unten II 7 f. Parteien können zwar auch nach Vertragsschluss durch bloße Vereinbarungen dies oder jenes ändern (z.B. Ort und Zeit der Leistung oder sonstige Leistungsmodalitäten).<sup>5</sup> Veränderungen, welche die Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung betreffen und nicht durch gegenseitiges Nachgeben (§ 779 BGB), sondern einseitig, also unentgeltlich (z.B. auf Grund eines Erlassversprechens, § 397 BGB) erfolgen, bedürfen jedoch gemäß § 518 Abs. 1 BGB grundsätzlich der notariellen Beurkundung. Der Vollzug des Erlasses kann gemäß § 397 BGB zwar grundsätzlich auch formlos vereinbart werden, wenn die schuldrechtliche Erlassvereinbarung und der dingliche Vollzug gemäß § 397 BGB jedoch gleichzeitig erfolgen, so bilden sie eine Einheit im Sinne des § 139 BGB, die auch das Vollzugsgeschäft rechtsunwirksam macht, wenn der Versprechensvertrag der Form des § 518 BGB bedurft hätte; dazu unten II 7 b mit Fußn. 112.

#### **f) Die Ergänzung der drei typischen Zwecke durch eine offene Zahl atypischer Zwecke**

Wie *Windscheid* in seiner Habilitationsschrift schon angedeutet und in seiner Voraussetzungslehre von 1850 im Wesentlichen richtig erkannt hatte, müssen die drei typischen Zwecke jedoch durch eine *offene Zahl atypischer Zwecke* ergänzt werden, um die in einem neuzeitlichen Wirtschaftssystem erforderliche weitgehende *Vertragsfreiheit* zu gewährleisten.<sup>6</sup> Denn nahezu alle Rechtsgeschäfte können außer von den genannten *typischen Zwecken*, von denen sie schon auf Grund der Rechtsnatur des Vertragstyps abhängig sind, zum Beispiel in einem Kaufvertrag vom Austauschzweck (der schon mit der Einigung über Ware und Preis ganz konkret vereinbart wird) kraft der Vertragsfreiheit der Parteien auch noch von einem

<sup>5</sup> Zur Problematik der Änderung des Schuldverhältnisses vgl. auch *Kreß*, Allgemeines Schuldrecht (Fn. 18) § 5 Nr. 1 b; § 9 Nr. 1 c; § 10 Nr. 3 b; § 20 Nr. 6 b mit Verweis auf RGZ 109, 28, wonach ein gemäß § 397 BGB vollzogener Erlass kondiziert werden kann, wenn die Schuldverhältnis nicht besteht.

<sup>6</sup> *Bernhard Windscheid*, Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte, Düsseldorf 1847, VIII: Über die cause des Obligations; *ders.* Voraussetzung (Fn. 1) insbesondere § 1, 1 f.; § 4, 41, 47 ff., § 7, 80-85.



oder anderen aus einer letztlich unbegrenzten Zahl *atypischer Zwecke* derart abhängig gemacht werden, dass sie nur im Falle des Eintritts dieser weiteren Voraussetzungen rechtswirksam werden oder rechtsunwirksam gemacht werden können, wenn nicht auch diese „angestaffelten“ weiteren Zwecke erreicht werden (kausale oder abstrahierte Abhängigkeit); zum Beispiel kann ein Grundstück gekauft werden, um darauf ein Haus zu bauen oder ein Balkon gemietet werden, um den Krönungszug anzusehen. In solchen Fällen sind dem Austauschzweck des Kauf- bzw. Mietvertrags atypische weitere Zwecke angestaffelt, deren Nichterreichen den Kauf oder Mietvertrag unwirksam, abstrakte Rechtsgeschäfte kondizierbar macht (dazu unten II 2b u. c).

Die im Jahre 1850 verfasste Voraussetzungslehre *Windscheids*, welche die Grundlage bildet für die hier skizzierte und im Folgenden näher dargestellte Zwecklehre, blieb nahezu 40 Jahre lang weitgehend unbestritten, hatte allerdings einen zwar kleinen, aber bedeutsamen Schwachpunkt, der darin bestand, dass *Windscheid* glaubte, dass die hinter den drei typischen *causae* stehenden Absichten *nicht der Vereinbarung der Parteien bedürften*, es vielmehr genüge, dass sie „in genügender Weise erkennbar hervorgetreten“ seien (worin der Gedanke der später so genannten „Geschäftsgrundlage“ verborgen war), was aber – wie *Windscheid* meinte – eine „rein factische Frage“ sei.<sup>7</sup> Erst im Jahre 1889 ist mit *Otto Lenel*<sup>8</sup> jedoch ein prominenter Kritiker hervorgetreten, der diesen Schwachpunkt erkannte, aber nicht beseitigte, sondern in völlig unberechtigter Weise mit *schiefen Argumenten* die ganze Lehre *Windscheids* in Grund und Boden verdammt. Die oberflächliche Polemik dieser Kritik, die merkwürdiger Weise großen Anklang fand, wirkt bis heute nach.

Aufgrund dieser Kritik glaubte schließlich auch das Reichsgericht<sup>9</sup> die Lehre *Windscheids* ablehnen zu müssen, obwohl der zu entscheidende Fall eine Stellungnahme dazu gar nicht erfordert hätte. Hintergrund dieser Kritik war der von *Windscheid* als Mitglied der *Ersten Kommission* (zur Schaffung des BGB) erarbeitete Entwurf zum Bereicherungsrecht, weswe-

<sup>7</sup> *Windscheid*, Voraussetzung (Fn. 1) 84; zur „factischen Frage“ der Geschäftsgrundlage vgl. unten II 2g.

<sup>8</sup> *Otto Lenel*, Die Lehre von der Voraussetzung (im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches, in: AcP 74 (1889) 213-239. *Windscheid* hat darauf geantwortet in: Die Voraussetzung, AcP 78 (1892) 161-202; auf die Replik *Lenels*, AcP 79 (1892) 49-107, konnte er nicht mehr antworten. Entsprechend seiner Prophezeiung (AcP 78, 197) kam seine „zur Thüre hinausgeworfen[e]“ Voraussetzungslehre „zum Fenster wieder herein“, nämlich als Zwecklehre. Zur Kritik *Lenels* beachte auch die aufschlussreiche Analyse von *Gregor Albers*, Der Einfluss unerwarteter Ereignisse auf den Vertrag nach deutschem Recht, in diesem Band II 1 und 2.

<sup>9</sup> RG, Urteil vom 13.5.1889, VI 60/89, RGZ 24, 169; dagegen höflich, aber vernichtend *Windscheid* AcP 78 (1892) 161, 190: „Das Reichsgericht hat es nun zwar abgelehnt, den Vertrag für hinfällig wegen ermangelnder Voraussetzung zu erklären, aber es hat eine stillschweigend erklärte *Bedingung* angenommen [Hervorhebung H.E.]. Man sollte meinen, dass ein Thatbestand, welcher die Annahme einer *stillschweigend erklärten Bedingung* rechtfertigt, auch Raum für die Annahme des Minderen, der *stillschweigend erklärten Voraussetzungen* gewähre“ (Hervorhebungen H. E.). Dazu auch *Albers*, Unerwartete Ereignisse (Fn. 8) II 1 b.

gen er auch aus der Kommission ausgetreten ist und ein anderer seinen Entwurf überarbeitete und „verschlimmbesserte“<sup>10</sup>. Auf die Kritik *Lenels* hat *Windscheid* dennoch sehr sachlich geantwortet, auf *Lenels* Replik konnte er nicht mehr antworten, er starb am 26. Oktober 1892 in Leipzig. Den Streitstand zu seiner Lehre hat er in der 7. Auflage seines Lehrbuchs der Pandekten in Bd. 1 § 97 aber noch zusammengefasst und sein Schüler *Theodor Kipp* hat in der von ihm übernommenen 8. Auflage den einzigen wirklichen Schwachpunkt der Lehre *Windscheids* mit zwei Sätzen ausgeräumt:<sup>11</sup>

„Eine Leistung ist von ihrer causa im Sinne der Zwecksatzung abhängig. ... Die Zwecksatzung der Leistung kann nur vertragsmäßig gegeben werden“.

Diese „Zwecksatzungen“ (Voraussetzungen) rechtswirksamer vertraglicher Leistungen und Leistungsversprechen bilden den Zweck (*rechtlichen Grund*) aller rechtswirksamen vertraglichen Leistungen und Leistungsversprechen und den Gegenstand der folgenden Darstellung. *Hugo Kreß* hat diese „Zwecksatzungen“ später „Zweckvereinbarungen“ genannt, was verdeutlicht, dass sie durch eine Vereinbarung der Vertragsparteien zu Stande kommen, nicht etwa den Parteien kraft Gesetzes oder sonstigen „objektiven Rechts“ vorgegeben sind.

## 2. Zum römisch-rechtlichen causa-Begriff

Schon 15 Jahre vor der Kritik *Lenels* an *Windscheids* Voraussetzungslehre hatte *Philipp Lotmar* darauf hingewiesen, dass die alten Römer *keinen Zweck ohne Erfüllung denken* konnten: „Der erfüllte Zweck (hier „Zweckerreichung“ genannt) ist kein bloßer Gedanke mehr, sondern *res*“<sup>12</sup>. Der „Grundumstand“ sei als ein der Handlung vorausgehender, der „Zweckumstand“ ein der Handlung nachfolgender, insofern künftiger und als ein zu realisierender zu verstehen. Deswegen könne der Grundumstand nur Gegenstand des Denkens, der Zweckumstand aber auch Gegenstand des Begehrens sein.

Das entspricht nicht zuletzt auch der Vorstellung *Schopenhauers*, wonach die Motivation „die durch das Erkennen hindurchgehende Kausalität ist“. Am Anfang steht also *nicht* das Wort, steht vielmehr ein Gedanke, der einen Willen hervorbringt, und die Tat (auf dem Gebiet rechtsgeschäftlichen Handelns eine Leistung oder ein Leistungsversprechen) ist die Folge eines bewusst und gewollt dahingehenden Willens (Zwecks), zu dessen Erreichung eine Leistung erbracht oder versprochen wird. Der *Zweck (causa finalis)* ist also nicht der Gedan-

<sup>10</sup> Dazu unter IV 1 b.

<sup>11</sup> Näheres dazu unten I 4 nach Fn. 20-22.

<sup>12</sup> *Philipp Lotmar*, Über causa im römischen Recht, Beitrag zur Lehre von den Rechtsgeschäften (München 1875) 31; dazu auch unten II 1 vor Fn. 34. Diese Dissertation *Lotmars* wurde betreut von *Alois Brinz*, den er an dieser Stelle zitiert: Lehrbuch der Pandekten, Erste Abteilung (Erlangen 1857) 402.

ke (das *Motiv*), welcher die Handlung (Leistung) oder Erklärung (das Leistungsversprechen) des Leistenden hervorbringt, sondern die dem Vertragspartner gegenüber erklärte (weitgehend abstrahierte) *Absicht* des Leistenden oder Versprechenden, welche den Rechtsgrund der Leistung oder des Leistungsversprechen bilden soll und im Falle der Annahme durch den Erklärungsempfänger die Vereinbarung rechtswirksam macht. Die hinter dieser Absicht stehenden Motive des Erklärenden werden grundsätzlich nicht Vertragsinhalt; es sei denn, dass sie ausdrücklich als weitere Voraussetzung der Wirksamkeit des Vertrags mit dem Vertragspartner vereinbart worden sind (dazu unten II 2 b-e). Wenn ein zivilisierter Mensch erkennt, dass ein anderer etwas hat, was er gern haben möchte, und es auf rechtmäßige Weise erwerben will, weiß er, dass er die Sache nur bekommen kann, wenn er dem anderen eine Gegenleistung anbietet, für die der andere bereit ist, ihm die Sache zu überlassen. Der *Austauschzweck* ist also ein Grundprinzip des Vertragsrechts. Vertragspartner wollen allerdings letztlich eine Leistung nicht nur versprechen oder sich versprechen lassen, sondern sie auch leisten oder erhalten und erforderlichenfalls auch einklagen können und behalten dürfen.

Weil jedoch eine von einem anderen verlangte Leistung oft nicht sofort erbracht werden kann, konnten Verträge zur Erbringung von Leistungen nicht auf Realverträge beschränkt bleiben, ist es vielmehr notwendig geworden, sich in vielen Fällen die Leistung zunächst versprechen zu lassen und dafür auch die Gegenleistung zunächst nur zu versprechen. Dieser Austausch der Leistungsversprechen setzt zunächst nur einen Gedankenaustausch voraus, dem das Recht jedoch „Rechtswirksamkeit“ zulegen konnte, die zwar auch eine „geistige Vorstellung“ ist, der aber durch das Recht die Möglichkeit einer klagweisen Durchsetzung, also auch eine dem Realvertrag entsprechende „Realität“ verschafft werden konnte. Zur Vermeidung dieser realen Folgen erbringt der Vertragspartner in der Regel die versprochene Leistung zwar grundsätzlich freiwillig, aber die Vereinbarung und Erreichung des Austauschzwecks (*quod graeci synallagma vocant*)<sup>13</sup> kann wegen eines Dissenses unwirksam sein (genetisches Synallagma) oder scheitern, wenn der vereinbarte Zweck nicht erreicht wird (funktionelles Synallagma), was die Regelungen der §§ 275, 280, 286, 311a, 320-326 BGB auslöst.<sup>14</sup> Darum kann der Zweck einer Leistung oder eines Leistungsversprechens auch nicht mehr bloß als Widerspruch der finalen Ursache betrachtet werden, nach welchem der Anfang sich richtet (Mauthner<sup>15</sup>). Lotmar hat dagegen zwar richtig gesehen, dass die *causa ei-*

<sup>13</sup> Dazu *Labeo* nach *Ulpian* D. 50,16,19 (11 *ad edictum*) und auch *Aristo* nach *Ulpian* D. 2,14,7,2 (4 *ad edictum*); vgl. den Beitrag von *dalla Massara* in diesem Band.

<sup>14</sup> Dazu unten V.

<sup>15</sup> *Fritz Mauthner*, Wörterbuch der Philosophie. Neue Beiträge zu einer Kritik der Sprache (München 1910/11, Nachdruck Zürich 1980, Stichwort: Zweck).

ner Leistung oder eines Leistungsversprechens mehr als „Zweckumstand“ (res) wie als „Grundumstand“ (causa) zu verstehen ist, glaubte aber dennoch der Erkenntnis Windscheids entgegenzutreten zu dürfen mit der Behauptung, die Zwecke eines Rechtsgeschäfts seien nicht aufzählbar, jedes Nachdenken darüber vergrößere die Zahl (S. 75). Es sei zwar in einigen Stellen der Digesten die Rede davon, dass eine Leistung zum Zwecke der Schuldtilgung, der Kreditierung oder der Schenkung vorgenommen werden könne, es sei aber unmöglich, daraus die Namen dreier Klassen zu entnehmen. Lotmar hat damit aber das Anliegen Windscheids völlig verkannt, weil dieser das rechtsgeschäftliche Handeln nicht auf diese drei Zwecke beschränken, sondern jeden denkbaren und nicht rechts- oder sittenwidrigen Zweck als „Voraussetzung“ (causa, Rechtsgrund) einer vertraglichen Leistung anerkennen wollte, jedoch einen der drei „Grundzwecke“ (credendi, donandi und solvendi causa) als notwendige Voraussetzungen angesehen hat. Lotmar wollte dagegen die römisch-rechtlichen Vorstellungen noch unverändert als geltendes Recht betrachten. In zwei Jahrtausenden verändern sich die Aufgaben und die Bedeutung des Rechts jedoch im Maße der technischen und sonstigen Entwicklung und notwendigerweise damit auch der Inhalt der Worte und Begriffe mit denen es erfasst ist.<sup>16</sup>

### 3. Von der causa efficiens zur causa finalis und zum Zweck

Die mittelalterlichen Juristen, die sich bemühten, den in den Digesten verwendeten *causa*-Begriff in die aristotelische Kausalitätslehre einzuordnen, haben sich über die Problematik des Verständnisses des *causa*-Begriffs der römischen Quellen hinaus auch noch gezwungen gesehen, die *causa efficiens* (auch *causa impulsiva* genannt) von der *causa finalis* (dem Zweck) abzugrenzen, weil *causa* im Sinne von „Ursache“ keiner Vereinbarung bedarf, sondern dem menschlichem Handlungswillen grundsätzlich vorgegeben ist, also nicht der Rechtsgrund eines *Vertrages*, sondern nur eines *deliktischen Anspruchs* sein kann. Allerdings kann der Mensch bewusst eine Ursache setzen, weil er die dadurch eintretende Folgewirkung erreichen will. Dann aber hat der Mensch den Erfolg nicht bloß *kausal verursacht*, sondern *zur Erreichung einer causa finalis (Zwecks) gehandelt*. So ist es zumeist beim rechtsgeschäftlichen Handeln.

Weil man die *causa* einerseits als Ursache verstehen wollte, andererseits aber auch nicht verkannte, dass sie nicht nach Naturgesetzen sondern über den Willen des Menschen wirksam wird, hat man sie lange als Motiv (*causa impulsiva*) verstanden, dass jedoch, solange es

---

<sup>16</sup> Zum heutigen Verständnis römischer Rechtsbegriffe: *Gadamer, Wahrheit und Methode* (Fn. 1), 309, 477 ff.

causa tacita blieb, unbeachtlich sein sollte. Wohl deshalb sind ursprünglich stets eine Art Zauberformeln benutzt worden (z.B. bei der *stipulatio* und der *mancipatio*), um die Begründung einer Forderung oder die Übertragung des Eigentums zu „manifestieren“ und damit eine Rechtswirksamkeit zu begründen. Der bloße Wille dazu sollte allein nicht genügen, es musste etwas Tatsächliches dazu kommen, das die Ernsthaftigkeit der rechtsgeschäftlichen Absicht (des Zwecks) bestätigte. Es war daher ein großer Befreiungsschlag als *Baldus de Ubaldis* (1327-1400) erkannte<sup>17</sup>, dass auch eine *causa tacita* als „ausdrücklich“ erklärt verstanden werden könne, wenn sie dem Wesen des Rechtsgeschäfts entspricht. Die Vorstellung, dass auch bloße menschliche Gedanken (Absichten, Zwecke), die freilich zumindest einer stillschweigenden Erklärung und deren Anerkennung durch den Vertragspartner bedürfen, nicht bloß tatsächliche Ursachen „reale Wirkungen“ (Ansprüche, Rechte und deren Erfüllung oder Aufhebung) hervorbringen können, musste sich auf dem Gebiet des Rechts also erst mühsam durchsetzen.

Selbstverständlich bedarf die Zuwendung einer Sache oder eines sonstigen Gegenstands einer *causa*, eines rechtlichen Grundes, besser eines aner kennenswerten Zwecks, der den anderen zum Eigentümer macht oder auf Zeit als Mieter oder Entleiher zum Besitz der Sache berechtigt. Ebenso bedarf auch das Versprechen einer derartigen Leistung einer solchen *causa*, eines rechtlichen Grundes, der in der Regel der Austauschzweck (*do ut des*) ist, damit der Versprechensempfänger vom Versprechenden die versprochene Leistung von Rechts wegen verlangen kann und auch behalten darf. Und diese *causae*, diese Rechtsgründe, besser: Zwecke bedürfen im Vertragsrecht auch stets einer Vereinbarung der Vertragsparteien. Ebenso wie die Entstehung einer Leistungspflicht oder die Übertragung eines Rechts einer *causa*, eines Rechtsgrundes oder eines tragfähigen Zwecks bedarf, bewirkt auch der Mangel der *causa*, der Wegfall des Rechtsgrundes, die Nichterreicherung des Zwecks die Unwirksamkeit der Leistung oder löst deren Kondiktion aus. Darum nennt Kreß den Zweck die „*Seele des Schuldverhältnisses*“, weil es ohne ihn nicht entstehen kann und im Falle seines Wegfalls erlöschen muss.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> Zitiert bei *Alfred Söllner*, Die *causa* im Kondiktionen- und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten, ZRG RA 77 (1960) 182-269, 208; dazu *Horst Ehmman*, Die Gesamtschuld - Versuch einer Erfassung in drei Typen (Berlin 1972) 141 f; *ders.* Die Entwicklung des Versprechensvertrags – gegen die Mystik des Willensvereinigungsmodells, FS Stathopoulos (Athen 2010) 585, 587.

<sup>18</sup> *Hugo Kreß*, Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts (München 1929, Nachdruck Aalen 1974, hrsg. von Hermann Weitnauer und Horst Ehmman), § 5, S. 45, 59.

Jahrhunderte, gar Jahrtausende lang haben die Menschen geglaubt, dass es *ausdrücklicher Vereinbarungen* bedürfe, um solche Rechtswirkungen hervorbringen zu können und auch die Kritik an der Voraussetzungslehre *Windscheids* war noch von dieser Vorstellung beherrscht und wirkt bis heute als Vorbehalt gegen jede Art einer *causa-* oder Zwecklehre nach. Teils auch dahingehend, dass Vereinbarungen, die nicht ausdrücklich erklärt werden müssen, für nicht mehr erforderlich befunden wurden. Über die Notwendigkeit einer Vereinbarung des Austauschzwecks ist man sich allerdings heute im Allgemeinen einig, weil doch jeder gegenseitige Vertrag einer Einigung bedarf (§§ 145 ff. BGB). Auch hinsichtlich des Schenkungszwecks besteht kraft der gesetzlichen Regelung der §§ 516, 518 BGB Einigkeit, Schenkungsversprechen bedürfen sogar der notariellen Beurkundung. Streitig ist die Frage der Notwendigkeit einer Zweckvereinbarung nur noch für den Erfüllungszweck und dabei im Wesentlichen auch nur in den Fällen, in denen er offensichtlich ist und daher im Allgemeinen auch stillschweigend vereinbart wird.<sup>19</sup>

In dem im Laufe seiner geschichtlichen Entwicklung entstandenen Bedeutungswandel des *causa*-Begriffs ist letztlich das heute noch im deutschen Schuldrecht bestehende Vorurteil gegen jede Art der *causa*-Lehre begründet, weswegen *Windscheid* den Begriff auch nicht weiter verwenden, sondern durch den Begriff der „Voraussetzung“ ersetzen wollte, was aber aufgrund der überzogenen Kritik *Lenels* und den dadurch entstandenen Vorurteilen der Mehrheit keine allgemeine Anerkennung mehr gefunden hat. Diese begriffliche Verwirrung des in zwei Jahrtausenden entwickelten *causa*-Begriffs ist auch heute noch Grund genug, die *causa* einer Leistung oder eines Leistungsversprechens in der deutschen Sprache und Rechtswissenschaft durch den Begriff des Zwecks zu ersetzen. Das Vorurteil gegen den *causa*-Begriff und die *causa*-Lehre ist vor allem durch die Ideologie der NS-Zeit und deren dubioses „Vertrags- und Unrechts“-Verständnis noch weiter verschärft worden. Aus nur schwer zu erklärenden und kaum zu verstehenden Gründen<sup>20</sup> ist diese Auffassung zwar abgeschwächt in der Nachkriegszeit vor allem durch das Schuldrechtslehrbuch von Karl Larenz

<sup>19</sup> Dazu ausführlich unten III. 1 u, 2.

<sup>20</sup> Die Rechtsentwicklung des Dritten Reiches ist vor allem, auch im Zivilrecht von der sog. Kieler Schule, der auch *Karl Larenz* angehörte (dazu [https://de.wikipedia.org/wiki/Kieler\\_Schule](https://de.wikipedia.org/wiki/Kieler_Schule)), wenn auch nicht geprägt, so doch zu rechtfertigen versucht worden.. In seiner Darstellung von „Vertrag und Unrecht“, so wurde das Schuldrecht im Dritten Reich genannt, weshalb dieses Buch als Vorläufer seiner nach dem Krieg erschienenen Schuldrechtslehrbücher zu verstehen ist, schrieb Larenz 1938: „Der nationalsozialistische Gesetzgeber stellt seinen Gesetzen vielfach einen Vorspruch voran, der die Grundidee und die Zwecke des Gesetzes darlegt. Ein solcher Vorspruch enthält für die Auslegung bindende Richtlinien“ (S.140). Diese Auslegung nannte Larenz „teleologische Auslegung“, die ihren höheren Maßstab und ihre Grenzen an der Berücksichtigung der *völkischen Rechtsidee* finde (S. 142). Nach § 1 BGB beginnt die Rechtsfähigkeit des Menschen mit der Vollendung der Geburt. Danach ist also jeder von einer menschlichen Mutter geborene Mensch rechtsfähig. Auf der Grundlage dieses Satzes ist einst das Sklaventum abgeschafft worden. Larenz (fand den „höheren Maßstab“ jedoch darin, dass „rechtsgrundlos nur ist, wer Volksgenosse ist; Volksgenosse ist, wer deutscher Blutes ist ... wer außerhalb der Volksgemeinschaft steht, steht auch nicht im Recht, ist nicht Rechtsgenosse“ (Larenz, Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie, Tübingen 1934, S. 38; dazu vor allem *Bernd Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, (8. Aufl. Tübingen 2017), S. 329 f., 487 ff., 493; auch wikipedia, aaO vor Fn. 18), kann also auch nach Belieben gefoltert und getötet werden; dazu auch *Canaris JZ* 2011, 879ff.; dagegen *Rüthers* 2011,996 ff.; dazu auch unten Fn. 91, 148.

trotz alledem zur „herrschenden Meinung“ geworden, geprägt durch den Versuch den Parteiwillen durch scheinbar „objektive“ Kriterien zurückzudrängen oder zu ersetzen: Theorie der realen Leistungsbewirkung zur Erfüllung; „objektive“ Rechtsgrundbestimmung im Bereicherungsrecht; objektive Geschäftsgrundlage statt Auslegung des Willens der Parteien; Treu und Glauben mit § 242 BGB statt Vertragsauslegung gemäß §§ 133, 157 BGB; nicht zuletzt Grundfolgentheorie und Interessenjurisprudenz.<sup>21</sup> Diese Fehlentwicklung der Nachkriegszeit ist auch deswegen nur sehr schwer zu verstehen, weil es eine ganze Reihe vor 1933 erschienenen weit besserer Schuldrechtslehrbücher gegeben hat, die nicht vom Geist des 3. Reiches beherrscht waren: *Hugo Kreß*, München 1929; *Franz Leonhard*, Berlin 1929; *Philipp Heck*, Tübingen 1929; *Heinrich Siber*, Leipzig 1931; *Enneccerus-Lehmann*, 12. Auflage, Tübingen 1932.

#### 4. Von Windscheids „Voraussetzung“ zu Kipps „Zwecksatzung“

Den von Lenel entdeckten und gerügten Mangel an der Lehre Windscheids hat dessen Schüler Theodor Kipp in der 8. Aufl. (1900 von Windscheids Lehrbuch auf der Grundlage der Protokolle zum 2. Entwurf des BGB geklärt und beseitigt hatte, wie folgt:

*„Das BGB gestattet die Rückforderung einer durch Leistung erfolgten Bereicherung dann, wenn es ihr an einem rechtlichen Grunde fehlt. Es entspricht der Absicht der II. Comm. (Prot. S. 2945 fg.; Mugdan II, 1171 ff.) und geht auch aus einer Reihe von einzelnen Wendungen des Gesetzes hervor, daß dasselbe hierbei sich der Ansicht anschließen wollte, daß die Leistung von ihrer causa im Sinne der Zwecksatzung abhängig ist (812 Abs. 1 S. 2, 813, 814, 815, 817, 820). Mit der Lehre Windscheids von der Voraussetzung sollte nicht operiert werden. Die Rückforderung ist zunächst begründet, wenn die Leistung keine gültige Zwecksatzung hat. Sofern es möglich ist, eine Leistung ohne Zustimmung des Empfängers zu bewirken, z. B. durch Zahlung einer Schuld hinter dem Rücken des Schuldners,<sup>22</sup> kann doch die Zwecksatzung der Leistung nur vertragsmäßig gegeben werden,<sup>23</sup> wie deutlich daran zu sehen, daß sogar das*

<sup>21</sup> Nach dem Krieg hat *Larenz* – mit Unterstützung seines Meisterschülers *Wilhelm Canaris* – sein (ursprünglich nationalsozialistisches) Rechtsverständnis auch mit der Interessenjurisprudenz von *Philipp Heck* (1858-1943) zu begründen versucht, vgl. insbesondere *Philipp Heck*, Grundriss des Schuldrechts (Tübingen 1929), Anhang S. 421 ff.: Begriffsjurisprudenz und Interessenjurisprudenz; *ders.*, Interessenjurisprudenz (Tübingen 1933); *ders.*, Die Interessenjurisprudenz und ihre Gegner (Tübingen 1936); dazu *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (2. Aufl. 1969), S. 50 ff.; 128 ff.; dagegen *Bernd Rüthers*, Unbegrenzte Auslegung (8. Aufl. Tübingen 2017), S. 286 ff., 293 ff.; *ders.*, Rechtstheorie (2. Aufl. München 2005), § 15 IV Rn. 533 ff.; dagegen *Canaris JZ* 2011, 879ff; dagegen *Rüthers* 2011, 996 ff. *Hecks* Rechtsverständnis hat den Parteiwillen zwar zu Gunsten von „objektiven“ Interessenabwägungen zurückgedrängt, war aber in keiner Weise von der nationalsozialistischen Ideologie beeinflusst oder bestimmt. Seine „Annäherung“ am Ende seines Lebens (1942/43) diente wohl allein seinem persönlichen Schutz (vgl. [https://de.wikipedia.org/wiki/Philipp Heck](https://de.wikipedia.org/wiki/Philipp_Heck)).

<sup>22</sup> Was zu verstehen ist als Leistung eines Dritten gemäß § 267 BGB, deren Erfüllungswirkung nicht der Zustimmung des Schuldners bedarf, sondern nur der Annahme als Erfüllung durch den Gläubiger.

<sup>23</sup> Das ist der entscheidende Satz, mit dem *Kipp* den Schwachpunkt der Lehre *Windscheids* beseitigte, aufgrund dessen *Lenel* die ganze Voraussetzungslehre verdammen wollte. Dieser Schwachpunkt bestand – wie oben bei Fn. 7 dargestellt – in der Meinung *Windscheids*, es sei eine rein „factische Frage“, ob hinter einem der drei typischen Zwecke, noch eine weitere Absicht (ein atypischer Zweck) verfolgt werde, von welcher der Vertrag gleichfalls abhängig sein soll. Auch *Lenel* hat dies nur bezogen auf die *atypischen Zwecke*, wie sein zum Beweis geliefertes Schlafzimmer-Beispiel zeigt (dazu unten II 2 g zur „Geschäftsgrundlage“). „Zwecksatzung“ ist also zu verstehen als vertragliche Vereinbarung eines der drei typischen Leistungszwecke, einschließlich eines möglicherweise angestaffelten atypischen Zwecks. Auf diese Weise korrigierte *Kipp* den Satz *Windscheids* (Voraussetzung [Fn. 1] S. 87), wonach eine hinter einem typischen Zweck stehende weitere rechtserhebliche Absicht zwar Vertragsnatur haben könne, aber nicht müsse, und machte ausdrücklich auch wirksam vereinbarte angestaffelte Zwecke (als Zwecksatzung) zum rechtswirksamen Vertragsinhalt.

*Rechtsverhältnis der Schenkung nur unter Zustimmung des Beschenkten begründet werden kann (516). In der Annahme einer Leistung liegt normaler Weise die Unterwerfung unter die vom Leistenden ausgehende Zwecksatzung. Möglich aber ist auf verschiedene Weise, daß die Leistung [z.B. die Eigentumsübertragung, H. E.] zu Stande kommt, ohne daß doch Gleiches von der Zwecksatzung [z.B. die Erfüllungszweckvereinbarung, H. E.] gilt. Dieß ist der Fall, wenn eine Leistung ohne Zustimmung des Empfängers bewirkt wird, und derselbe die Zwecksatzung ablehnt (vgl. 516 Abs. 2). Auch dann aber, wenn die Leistung durch Einigung zwischen dem Leistenden und dem Empfänger erfolgt, ist es möglich, daß die Leistung abstract geschieht und geschehen kann, wie die Tradition, Auflassung, Ausstellung eines abstracten Schuldscheins, indem die Parteien sich über die Zwecksatzung zuvor geeinigt zu haben glauben, oder sich später darüber zu einigen hoffen. Die Leistung als solche ist dann gültig, aber wenn die Einigung über die Zwecksatzung nicht zu Stande gekommen ist oder kommt, so ist die Rückforderung begründet“.*<sup>24</sup>

Damit hatte *Kipp* Windscheids Voraussetzungs-Begriff zu einer „Zwecksatzung“ (Zweckvereinbarung) gemacht und klargestellt: 1. dass abstrakte Leistungen kondizierbar sind, sofern die „Voraussetzung“ im Sinne *Windscheids* als „Zwecksatzung“ im Sinne *Kipps* verstanden wird und der Leistende den Zweck (noch) nicht bestimmt hat oder der von ihm bestimmte Leistungszweck vom Leistungsempfänger nicht akzeptiert wurde, also kein den Rechtsgrund wirksam begründender Zweck vereinbart oder der rechtswirksam vereinbarte Zweck nicht erreicht wurde; 2. dass auch rein tatsächliche Leistungen, zum Beispiel Dienst- oder Arbeitsleistungen kondizierbar sind, sofern der Leistende den Zweck der Leistung nicht bestimmt oder der Leistungsempfänger die Leistungsbestimmung nicht akzeptiert hat; 3. dass der Zweck der Leistung, der ihren Rechtsgrund bilden soll, zwar der Vereinbarung zwischen Leistenden und Leistungsempfänger bedarf, aber *nicht ausdrücklich* erklärt sein muss, sondern *auch stillschweigend* vereinbart werden kann. In der Praxis werden jedenfalls typische Zwecke in der Regel schon durch die Art des Geschäfts stillschweigend vereinbart.<sup>25</sup> Wenn ein Mensch in ein Verkaufsgeschäft geht und sagt, dass er diese oder jene Sache haben will, so ist grundsätzlich auch schon klar, dass er sie kaufen und nicht etwa geschenkt haben will. Und wenn ein Gläubiger seinem Schuldner 133, 57 Euro schuldet und ihm diesen Betrag auszahlt, bedarf es in der Regel auch keiner weiteren Worte, um im Wege der Auslegung erkennen zu können, dass damit diese Schuld erfüllt werden sollte. Grundsätzlich darf vielmehr angenommen werden, dass der Leistungsempfänger, der die vom Leistenden geschuldete und erbrachte Leistung stillschweigend annimmt, damit auch der offensichtlichen und unverkennbaren Zweckbestimmung des Leistenden ebenso zustimmt. Auch hinsichtlich des

<sup>24</sup>*Bernhard Windscheid/Theodor Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2 (8. Aufl, Frankfurt 1900) § 423 a.E.

<sup>25</sup> Dazu unten III 2 a bei Fn. 143.



Erfüllungszwecks ist daher die Annahme völlig verfehlt, dass deshalb, weil grundsätzlich weder eine *ausdrückliche* Zweckbestimmung durch den Leistenden noch eine *ausdrückliche* Annahme durch den Leistungsempfänger erforderlich ist, eine Zweckvereinbarung gar nicht notwendig sei. Es ist alles so einfach, wenn man von den bewährten Voraussetzungen des Privatrechts ausgeht, und das nicht nur nach dem deutschen Recht des BGB, sondern letztlich nach allen auf dem Prinzip der Vertrags- und Eigentumsfreiheit beruhenden europäischen Rechtsordnungen, soweit nicht Irrlehren oder zwingende oder für zwingend erachtete und letztlich verfehlt gesetzliche Regelungen (scheinbar) entgegenstehen, wie zum Beispiel Art. 1131 CC a.F.: *L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet*. Das war nie richtig, wie schon die alten Römer wussten und *Windscheid* (Fn. 5), VIII S. 270-322) frühzeitig klarstellte - und ist auch in zwei Jahrhunderten nicht richtig geworden, weil das *Abstraktionsprinzip* ein richtiges und notwendiges Rechtsprinzip ist, dessen Vermeidung (Nichtanerkennung) im Güter- und Zahlungsverkehr große Rechtsprobleme aufwirft und deren sachgerechte Lösung erschwert. Der französische Gesetzgeber hat die Regelung inzwischen auch gestrichen, aber die Folgenbeseitigung bleibt schwierig, dazu unten II 4a.

## 5 . Die Vorzüge des Zweckbegriffs

### a) die Vieldeutigkeit des *causa*-Begriffs

Grundsätzlich ist es weitgehend gleichgültig, mit welchen „Zeichen“ (Worten, Namen) ein Begriff erfasst wird, wichtig nur, dass genau definiert wird, was diese Zeichen bedeuten und welche Rechtsfolgen daraus gezogen werden sollen. Deswegen könnte man den Zweck auch *causa* oder *Voraussetzung* oder *Rechtsgrund* nennen, freilich nicht *Bedingung*, weil dieser Begriff mit der Definition in § 158 BGB eine besonders bestimmte Funktion erhalten hat. Der Eintritt einer auflösenden oder der Ausfall einer aufschiebenden *Bedingung* machen jedes Geschäft *unwirksam*; während der *Zweckfortfall* diese Wirkung nur in *kausalen* Rechtsgeschäften hat, in *abstrakten* hingegen nur eine Kondiktion auslöst.<sup>26</sup>

Gegen die Weiterverwendung des durch die römischen Quellen geprägten *causa*-Begriffs spricht seine ursprüngliche schon im römischen Recht gegebene und von *Windscheid* aufgedeckte und geklärte *Vieldeutigkeit*, die sich im Laufe der geschichtlichen Entwicklung noch

---

<sup>26</sup> Auch eine *Bedingung* bedarf keiner ausdrücklichen Vereinbarung, kann vielmehr nach ständiger Rechtsprechung *im Wege der Auslegung* ermittelt werden. Unter Umständen kann sogar dem Kläger die Beweislast dafür obliegen, dass das anspruchsbegründende Rechtsgeschäft unbedingt abgeschlossen wurde. *Christian Armbrüster*, in: Erman, Handkommentar zum BGB, Band I (15. Aufl., Köln 2017) § 158 Rz. 12; BGH 10.6.2002 – II ZR 69/00, NJW 2002, 2862.

vermehrt und verstärkt hat. *Windscheids* Untersuchung des römischen *causa*-Begriffs hatte ihre Ursache in der Regelung des Art. 1131 CC, wonach eine *obligation sans cause* nicht sollte entstehen können.<sup>27</sup> Damit waren *abstrakte Leistungen und Leistungsversprechen unmöglich* gemacht, was *Windscheid* und ihm folgend vor allem *Otto Bähr* als falsch erkannten,<sup>28</sup> was nunmehr ca. 160 Jahre nach dieser Erkenntnis auch geändert wurde.<sup>29</sup> Das unterschiedliche *causa*-Verständnis wirkt jedoch bis heute fort und erschwert das Verständnis in internationalen Rechtsgesprächen gewaltig, weil sich die Bedeutung des *causa*-Begriffs in den verschiedenen europäischen Rechtsordnungen auch sehr verschieden entwickelt hat. Die lehrreiche Tagung in der *Villa Vigoni* hat besonders deutlich werden lassen, dass nahezu jeder etwas anderes darunter versteht und nur wenige die wechselvolle Geschichte des Begriffs kennen und durchschauen. Uneinigkeit herrscht insbesondere darüber, ob die *causa* stets oder grundsätzlich einer einseitigen Bestimmung des Leistenden oder einer Vereinbarung von Leistendem oder Versprechendem mit dem Leistungs- oder Versprechensempfänger bedarf oder ob im Falle von Meinungsverschiedenheiten<sup>30</sup> der Parteien über den Zweck (Rechtsgrund, *causa*), die Richter zu prüfen und zu entscheiden haben, was der Gläubiger und der Schuldner gewollt und ob sie sich einig waren oder ein Dissens hinsichtlich des Zwecks der Leistung oder des Leistungsversprechen gegeben war oder ob die *Richter* in solchem Fall nach *objektivem Recht* (kraft Gesetzes oder aufgrund allgemeiner sonstiger Rechtsgrundsätze) zu entscheiden haben, was Recht sein soll (dazu IV 2g Beispiel 15).

### b) Unterscheidung zwischen Zweckvereinbarung und Zweckerreichung

Alle rechtsgeschäftlichen Leistungsverpflichtungen und Leistungen bedürfen eines Rechtsgrunds also einer *causa* oder eines Zwecks<sup>31</sup>, mit welchem Wort auch immer man die mit

<sup>27</sup> Die Regelung des Art. 1131 CC beruhte auf den Grundsätzen des Werks von *Robert-Joseph Pothier*, *Traité des Obligations*, insb. Nr. 42-46 (*Œuvres contenant les traités du droit français*, Brüssel 1829, Bd. 1). Zur *cause des obligations* im Sinne der Art. 1131-1133 Code civil in der Fassung vom 21. März 1804 vgl. vor allem *Windscheid*, *Code Napoleon* (Fn. 6) 297 ff.; *Henri Capitant*, *De la cause des obligations* (3. Aufl., Paris 1927, Nachdruck Paris 2012) 195 ff.; unklar hingegen *Carl Zachariae*, *Handbuch des französischen Civilrechts*, Bd. 2 (6. Aufl., Heidelberg 1875) § 344. Näheres dazu unten II 4c.

<sup>28</sup> Zum Erfordernis abstrakter Schuldversprechen grundlegend *Bähr*, *Anerkennung* (Fn. 4); dazu *Erik Ehmann*, *Schuldanerkenntnis und Vergleich* (München 2005) 55 ff.

<sup>29</sup> Zur Reform des französischen Obligationenrechts vgl. den Beitrag von *Thomas Genicon* in diesem Band.

<sup>30</sup> Vgl. dazu insbesondere die unter IV 2 g gegebenen Beispiele 14 und 15.

<sup>31</sup> Dieser *Zweck rechtsgeschäftlichen Handelns* darf allerdings *nicht* mit dem Zweckbegriff von *Rudolf von Jhering* in seinem Werk über den „Zweck des Rechts“ *verwechselt und gleichgestellt* werden. *Jherings Zweckbegriff* umfasst alle vier Wurzeln des Satzes vom zureichenden Grunde und unterscheidet sie nicht, weshalb sein Spätwerk auch zerfließt und der Begriff am Ende (Bd. 2) zwar alles, aber auch nichts mehr zutreffend begründen kann. Ein Begriff, der „Schöpfer des ganzen Rechts“ (so das Motto des ganzen Werkes) sein soll, kann im Einzelnen nicht mehr begründen, was wirklich Recht ist, denn die verschiedenen Regelungen des Rechts haben vielfältige Gründe und dienen vielfältigen Zwecken, die nicht aus seinem einzelnen Begriff heraus entwickelt

dem Rechtsgeschäft verfolgte „Absicht“ (*causa*, Voraussetzung, Zweck, Rechtsgrund) bezeichnen will, die (der) jedoch grundsätzlich von den Parteien des Rechtsgeschäfts vereinbart und auch tatsächlich erreicht werden muss. Dieser Zweck einer Leistung oder eines Leistungsversprechens bedarf auch nicht unbedingt einer *ausdrücklichen* Vereinbarung. Wenn aus den Umständen klar und offensichtlich, dass ein Interessent eine bestimmte Sache kaufen will und diese auch mit einem bestimmten Preis ausgezeichnet ist, wird der Austauschzweck schon vereinbart, wenn der eine dem anderen zu erkennen gibt, dass er diese Sache haben und dem vom Verkäufer verlangten Preis bezahlen will; will er freilich etwas weniger bezahlen, müssen sie über den Preis verhandeln und sich einigen. Der Zweck eines Rechtsgeschäfts bedarf jedoch nicht nur der *Vereinbarung* der Parteien, sondern auch der *Erreichung* des vereinbarten Zwecks, um den Rechtsgrund einer Leistung oder eines Leistungsversprechens bilden zu können. Diese wichtige Unterscheidung zwischen *Zweckvereinbarung* und *Zweckerreichung* lässt der *causa*-Begriff – jedenfalls im Sinne von „Ursache“ – auf derart einfache Weise nicht zu. Man kann zwar auch zwischen *causa efficiens* und *causa finalis* unterscheiden und im Falle einer *causa indebiti* sowie einer *causa data non secuta* ist die Kondiktion gegeben, aber es kommt nicht zum Ausdruck, ob die *causa* einer *Vereinbarung* der Parteien bedarf oder *objektiv* festgestellt werden soll und dass sie als *causa finalis* auch erreicht werden muss.

Nur der erreichte Zweck kann jedoch den Rechtsgrund einer abstrakten Leistung und das genetische und funktionelle Synallagma eines Versprechensvertrags bilden. Es ist daher vorzugsweise, in der deutschen Sprache für die rechtsgeschäftliche Absicht das Wort „Zweck“ zu verwenden und den „*numerus clausus* der drei typischen Classen“ (*Savigny*) in etwas erweiterter Form als *Austausch-*, *Unentgeltlichkeits-* und *Abwicklungszweck* zu verstehen, wobei jedoch zwischen *Zweckvereinbarung* und *Zweckerreichung* zu unterscheiden ist.

### c) Die Bedeutung der „Staffelung“ der Zwecke

Hinter der geschlossenen Zahl dieser drei typischen Zwecke können durch Vereinbarung aber noch eine *unbeschränkte Zahl atypischer „Absichten“* (Zwecke) durch Vereinbarung *rechtserheblich* gemacht (angefügt oder angestaffelt) werden mit der Wirkung, dass das Zustandekommen und der Fortbestand der Leistung oder des Leistungsversprechens nicht nur von einem der drei typischen Zwecke, sondern auch von allen anderen denkbaren Zwecken

---

werden können. Nicht zuletzt gibt es auch Zwecke, die mit dem Recht nicht das Geringste zu tun haben und sogar rechtswidrige Zwecke, die zum Unrecht führen sollen. Zur Frage, was das „ganze Recht“ ist vgl. *Horst Ehmann, Was ist Gesetz und Recht, was Gerechtigkeit?* (Baden-Baden 2018).

abhängig gemacht werden können, die nicht gesetz- oder sittenwidrig (§§ 134, 138 BGB) sind, z.B. kann ein Vater einer Bank nicht nur eine bestimmte Geldsumme zur Sicherung einer Schadensersatzforderung gegen den Sohn versprechen (Bürgschaft zum Zwecke einer Schadenersatzschuld), sondern auch zu dem weiteren Zweck dass die Bank keine Strafanzeige gegen den Sohn erstattet.<sup>32</sup> *Hugo Kreß* hat daher aus guten Gründen in seinem Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts<sup>33</sup> die *causa-* oder Voraussetzungslehre als *Lehre vom Zweck* dargestellt, und es empfiehlt sich, bei diesem Begriff zu bleiben und zu unterscheiden zwischen der geschlossenen Zahl von „drei Classen“ typischer Zwecke und einer offenen Zahl atypischer Zwecke, die hinter den typischen Zwecken stehen und durch Vereinbarung mit dem Vertragspartner oder Leistungsempfänger zusätzlich rechtserheblich gemacht werden können, womit erst volle Vertragsfreiheit für alle nicht rechts- und sittenwidrigen Absichten gewährleistet werden kann.<sup>34</sup> Die Zahl und Art dieser angestaffelten Zwecke ist unbegrenzt, auch können zwei und mehrere Zwecke hintereinander gesetzt und damit auch die Erreichung dieser weiteren Zwecke zur Voraussetzung der Wirksamkeit der Leistung oder des Leistungsversprechens gemacht werden z.B. kann im gegebenen Beispielfall dem Bürgschaftszweck nicht nur der Zweck, *keine Strafanzeige zu erstatten* angefügt, sondern zusätzlich auch verlangt werden, dass die Bank nicht anderen Banken die Auskunft erteilt, dass der Sohn Unterschlagungen begangen hat; Näheres zur Zweckstaffelung unten II 2b.

## II. Prinzipien der Zwecklehre

### 1. Die Erweiterung der drei *causa*-Classen durch atypische Zwecke

Wir haben gesehen, dass *Liebe, Gneist, Puchta* und andere den rechtlichen Grund einer Leistung und eines Leistungsversprechens im Wesentlichen mit „drei Classen von *causae*“ erfass-

<sup>32</sup> RGZ 118, 358 – Bürgschaft; dazu II 2 b-e.

<sup>33</sup> *Kreß* (Fn.18), ASchuR § 5.

<sup>34</sup> Zur Problematik der Zweck- oder *causa*-Lehre vgl. ferner *Andreas v. Tuhr*, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. II 2 (Berlin 1918) §§ 72-77; *ders.*, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts (Tübingen 1924) §§ 26 und 52; *Ludwig Enneccerus/Heinrich Lehmann*, Recht der Schuldverhältnisse (14. und 15. Aufl., Tübingen 1954, 1958) §§ 200 I; 220; unklar *Josef Esser*, Schuldrecht. Allgemeiner und Besonderer Teil (2. Aufl. Karlsruhe 1960) 47. – Zur Klarstellung bleibt hinzuzufügen, dass der *causa*-, Rechtsgrund- oder Zweckbegriff oder wie immer man das damit Bezeichnete nennen will, auf den Zweck von *Leistungen* und *Leistungsversprechen* beschränkt bleibt und den „Grund“ oder „Zweck“ einer *Ehe* oder eines *Verlöbnisses* oder anderer Rechtsinstitute und die Voraussetzungen deren Wirksamkeit oder Unwirksamkeit nicht erfassen kann (jedenfalls nicht mit derselben Begriffsbestimmung), obwohl diese selbstverständlich auch einen *Zweck* oder einen *Grund* haben, deren Nichterreicherung oder Mangel vielerlei Folgen, auch Rechtsfolgen, zum Beispiel Scheidungsklagen und deren Begründung auslösen und begründen können, aber keine *Kondiktion* zur Folge haben. Zu den merkwürdigen Vorstellungen *Kants* über den *Zweck der Ehe* vgl. MdS (1798), Rechtslehre, §§ 24, 25.

sen wollten.<sup>35</sup> Soweit ersichtlich hat als erster *Philipp Lotmar* – der später auch zum „Vater“ des deutschen Arbeitsrechts wurde – in seiner Dissertation aus dem Jahre 1875 der herrschenden Meinung, aber auch *Windscheid* zu widersprechen gewagt hat mit der Begründung: „Die Zwecke, zu welchen der Handelnde ein unselbstständiges Geschäft vornehmen kann, sind nicht aufzählbar, jedes weitere Nachdenken vergrößert die Zahl“<sup>36</sup>. Die Auffassung *Lotmars* von der unbegrenzten Zahl, die bis heute in vielen Varianten, zumeist ohne Hinweis auf die genannte Quelle, wiederholt wird, geht ersichtlich von der Viel- und Mehrdeutigkeit des *causa*-Begriffs *der römischen Quellen* und deren mittelalterlichen und gemeinrechtlichen Ergänzungen aus und verkennt die Funktion, der „weiteren rechtserheblichen Absichten“ („Voraussetzungen“) im Sinne *Windscheids*, die hier – in der Terminologie von *Hugo Kreß* als „angestaffelte Zwecke“ bezeichnet werden. Es ist das große Verdienst von *Theodor Kipp*, erkannt zu haben, dass auch die „angestaffelten Zwecke“, das heißt die „weiteren Absichten“ im Sinne *Windscheids*, der Vereinbarung der Parteien bedürfen,<sup>37</sup> womit er den gesamten „Reichthum des Lebens“ für die Vertragsfreiheit erschlossen hat.

*Die zehn Kernsätze der Lehre Windscheids sind zur Anstaffelung atypischer Zwecke sind:*<sup>38</sup>

Sätze 1 und 2: „Man hat vielfach die ersten Absichten der Vermögensaufopferung als die einzig möglichen angesehen, und in diesem Sinne gesagt, jeder Vermögensaufopferung liege entweder der *animus donandi*, oder der *animus obligandi (credendi)* oder der *animus solvendi* zu Grunde. \*<sup>38a</sup> Aber es ist das irrig.“

Satz 3: „Die Absichten, in denen eine Willenserklärung abgegeben werden kann, sind mannigfach; und eine und dieselbe kann mehrere haben; hinter der einen kann eine andere ste-

<sup>35</sup> Auch *Savigny* hat dem letztlich nicht widersprochen, aber auch zu *Windscheids* Voraussetzungslehre keine Stellung genommen, obwohl *Windscheid* sie ihm – „dem Erneuerer der Wissenschaft des römischen Rechts“ – schon 1850 gewidmet hatte. Dazu oben I 1 mit Fn. 4. Der Grund dieser „Missachtung“ der Festgabe *Windscheids* könnte darin liegen, dass *Windscheid* über die drei auch von *Puchta*, *Liebe* und *Gneist* anerkannten typischen *causae* hinaus auch noch eine *unbegrenzte offene Zahl atypischer Zwecke* als rechtswirksame Voraussetzungen einer Leistung oder eines Leistungsversprechens anerkennen wollte; Näheres dazu unten II 2 b-f.

<sup>36</sup> *Lotmar*, *Causa* (Fn. 12) 75. Man könnte denken, *Lotmar* habe die Voraussetzungslehre *Windscheids* nicht gelesen, aber er zitiert: „Vgl. auch *Windscheid* 89“, ist aber ohne hinreichende Begründung „anderer Ansicht“.

<sup>37</sup> Vgl. das Zitat oben bei Fn. 23.

<sup>38</sup> *Windscheid*, *Voraussetzung* (Fn. 1) 86-89. Die zitierten Kernsätze der Voraussetzungslehre stehen bei *Windscheid* nicht in der vorstehenden Ordnung, sondern Satz 1 auf Seite 89, Satz 2 auf Seite 86 f., Satz 3 und Satz 4 auf Seite 87, Sätze 5-8 auf Seite 84 und Satz 9 auf Seite 87. Sie sind des Sinnzusammenhanges wegen in der Reihenfolge, aber nicht inhaltlich geändert.

<sup>38a</sup> Dazu oben I 1 (*Savigny*, *Obligationenrecht* II (Rn. 3) 251) mit den berühmt gewordenen Grundsätzen: „Fragen wir nun ferner, worin die *causa*, oder der Rechtsstoff bestehen kann, der zur Ergänzung der Stipulation (und eben so unseres *nudum pactum*) hinzutreten muß, so haben wir denselben in einer der *drei Classen* zu suchen, auf welche sich alle Vermögenszuwendungen zurückführen lassen. Diese heißen: *donare*, *solvere*, *credere* und jede Stipulation muß daher, um völlig gültig und wirksam zu seyn, geschlossen werden: *donandi causa*, *solvendi causa* oder *credendi causa*“. >

hen; wenn die Vereitelung einer jeden [...] dazu berechtige, sich der Willenserklärung zu entziehen, so würde des Streitiges und der Anfechtung kein Ende sein.“<sup>39</sup>

Sätze 4 und 5: „Hinter der ersten Absicht einer Willenserklärung, derjenigen, auf welche zunächst und unmittelbar der Wille gerichtet ist, können noch andere stehen; es ist das möglich, aber nicht notwendig; aber sie – die erste – kann nicht nicht vorhanden sein. Ohne alle Absicht will Niemand, ohne alle Absicht macht Niemand, wovon es sich hier speziell handelt, eine Vermögensaufopferung.“<sup>40</sup>

Sätze 6-9: „Ob nun bei einer Willenserklärung die Voraussetzung, auf welche derjenige, welcher sie abgegeben hat, sich beruft, auf eine – je nach dem besonderen Inhalt der Willenserklärung – genügende Weise erkennbar hervorgetreten sei, ist natürlich eine rein factische Frage [Hervorhebung H.E.]. Die Theorie vermag eine Regel, aus welcher eine Antwort auf sie für alle Fälle gefunden werden könnte, nicht zu geben. Sie kann nur Fälle nennen, in welchen dem aufgestellten Erfordernisse in der Tat genügt ist, und, indem sie aufzeigt, wodurch ihm genügt ist, dadurch denn auch Fingerzeige für die Beurteilung anderer Fälle geben. Mehr oder minder vermag sie dabei auch allgemeinere Gesichtspunkte zu finden.“

Satz 10: „Allerdings sei auch wahr und energisch geltend zu machen, „daß derjenige, dem die Absicht einer Willenserklärung erkennbar entgegengetreten sei, auch die Voraussetzung des Willens als gehörig ausgedrückt anerkennen müsse“.

Windscheids einziger, aber folgenreicher Fehler in dieser Sache bestand darin, dass er glaubte, dass eine hinter den drei Classen typischer Zwecke (Absichten, *causae*) stehende weitere Absicht eines Vertragspartners, von der seine Leistung oder sein Leistungsversprechen auch abhängig gemacht werden sollte, *nicht notwendigerweise eine Vereinbarung* mit dem Ver-

<sup>39</sup> Diesen Halbsatz Windscheids ersetzt sein Schüler Kipp (dazu oben bei Fn. 23) durch den Satz: „Sofern es möglich ist, eine Leistung ohne Zustimmung des Empfängers zu bewirken, z.B. durch Zahlung einer Schuld hinter dem Rücken des Schuldners, kann doch die Zwecksatzung der Leistung nur vertragsmäßig gegeben werden“, wozu Kipp auf § 516 BGB verweist und damit das Problem zu einer *Auslegungsfrage* macht, ob derjenige, der die weitere hinter einem typischen Zweck stehenden Absicht seines Vertragspartners erkannt und ihr nicht widersprochen, ihr *stillschweigend zugestimmt* hat. So weit wollte Windscheid selbst aber nicht gehen, was er klarstellt mit dem Satz, es sei letztlich eine rein „*factische Frage*“, die Theorie könne dazu keine Regelungen geben. Zur weiteren Entwicklung dieser faktischen Frage zur *Rechtsfrage der Geschäftsgrundlage* und zur gesetzlichen Regelung des § 313 BGB vgl. unten II 2g. Im Ergebnis geht die heute herrschende Lehre weit über das hinaus, was Windscheid mit seiner Voraussetzungslehre erreichen wollte, allerdings mit dem Unterschied, dass man nicht mehr glaubt, das Ergebnis durch Auslegung dessen gewinnen zu können, was die Vertragsparteien wollten, sondern aufgrund dessen, was nach allgemeinen Vorurteilen als objektiv berechtigtes Interesse erscheint; vgl. IV 2 f u. g mit den Beispielen 13-15 und den ihnen zu Grunde liegenden BGH-Fehlentscheidungen.

<sup>40</sup> Es ist etwas bedauerlich, dass Windscheid diese für seine Voraussetzungslehre so wichtigen Sätze nicht besser geordnet und etwas genauer formuliert hat. Die „*erste Absicht*“ und deren Anerkennung (Annahme) ist notwendige Voraussetzung für einen Rechtsgrund und damit des Zustandekommen und der Wirksamkeit einer rechtlichen Verpflichtung oder Leistung. Eine „*weitere Absicht*“ als eine der genannten drei typischen Absichten (*causae*, Zwecke) ist allerdings nicht mehr (notwendige) Voraussetzung der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts, weil jede der drei genannten einen *hinreichenden Rechtsgrund* für das Zustandekommen oder den Fortbestand eines Leistungsversprechens oder einer Leistung bildet; sie setzt dieses vielmehr unter eine *weitere zusätzliche Voraussetzung*. Vertragliche Versprechen zu einem dieser drei Zwecke (*aquirendi, donandi* oder *solvendi causa*) können auf diese Weise von *weiteren Absichten* („angestaffelten Zwecken“) abhängig gemacht werden, was jedoch – wie Kipp klargestellt hat – *zumindest einer stillschweigenden Vereinbarung* der Parteien über diesen weiteren Zweck bedarf. Mit diesem System kann jeder nicht rechts- und sittenwidrige Zweck (§§ 134, 138 BGB) zur Voraussetzung der Wirksamkeit einer vertraglichen Vereinbarung gemacht werden. Durch die bloße Erfindung neuer Worte (z.B. Feststellung mit Feststellungscausa, dazu unten II 7e) für den Begriff der Unentgeltlichkeit können allerdings die gesetzlichen Einschränkungen für die *causa donandi* (Schenkungsweck, § 518 BGB) nicht ausgeschaltet werden.

tragspartner *voraussetze*; es vielmehr eine „rein factische Frage“ sei (vgl. Sätze 6-10), ob die Vertragsparteien noch weitere Absichten verfolgten und welche: Es sei ausreichend, dass diese weiteren Absichten „in erkennbarer Weise hervorgetreten“ seien, wozu „Fingerzeige“ der Parteien genügen würden. Das könnte man auch als Hinweise auf eine *Vertragsauslegung* verstehen, aber *Windscheid* selbst hat es als eine „rein factische Frage“ verstehen wollen.

Der vorstehend zitierte Satz 10 ist in der heute allgemein anerkannten Lehre von der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) eine Selbstverständlichkeit geworden, obgleich diese nicht nur eine reine Auslegungsfrage ist (dazu unten II 2g). *Windscheids* Fehler, den *Kipp* sachgerecht korrigierte, war daher nach heutigem Verständnis gar kein Fehler mehr, sondern lediglich eine noch unklare Abgrenzung zwischen einem *vertraglich vereinbarten* „angestaffelten Zweck“ und dem *Mangel einer „Geschäftsgrundlage“* im heutigen Sinne. Für die weitere Rechtsentwicklung in Deutschland war der „Fehler“ dieser mangelnden Unterscheidung zwischen einem Rechtsgeschäft und einem nicht rechtsgeschäftlichen „Factum“ freilich folgeschwer, weil letztlich deswegen der Lehre *Windscheids* die allgemeine Anerkennung versagt blieb. Das ist nicht zuletzt ein Grund dafür, dass auch heute noch Schuldrechtslehrbücher geschrieben werden, die gar nichts davon wissen oder glauben, es ignorieren zu dürfen, dass der Zweck einer Leistung oder eines Leistungsversprechens, wenn er deren Rechtsgrund bilden soll, der Vereinbarung der Parteien und seiner Erreichung bedarf; auch weitergehend verkennen, dass der Leistende oder Versprechende über den *numerus clausus* der drei typischen Zwecke hinaus noch weitere Absichten verfolgen und durch ausdrückliche, ausnahmsweise auch stillschweigende Vereinbarungen zum Inhalt des Vertrags machen kann, sodass die ordnungsgemäße Erfüllung auch ihre Erreichung erfordert. Auch den meisten Richtern sind diese Probleme bedauerlicherweise fremd geblieben. Viele Juristen suchen den Rechtsgrund der Verträge und der vertraglichen Leistungen daher im Gesetz oder in sonstigen Grundsätzen *objektiven Rechts*, wo sie freilich nichts finden können als einige allgemeine Regelungen des dispositiven Rechts, die gelten für den Fall, dass die Parteien nichts anderes vereinbart haben<sup>41</sup>. Die Lehren *Windscheids* und die Korrektur seines einzigen Fehlers durch *Theodor Kipp* sind mit der Schaffung des BGB und dem Glauben, dass alles Wesentliche im Gesetz stünde, weitgehend in Vergessenheit geraten.

---

<sup>41</sup> Das wird unter IV 2 g im Fall des Beispiels 15 besonders deutlich und zum Grund einer fatalen Fehlentscheidung.

Auch von *Tuhr*<sup>42</sup>, der in seinem ansonsten großartigen Lehrbuch zum Allgemeinen Teil des deutschen BGB der Zwecklehre über 150 Seiten gewidmet hat, hat die *causa aquirendi*, die *causa donandi* und die *causa solvendi* zwar auch als die wichtigsten Zwecke bezeichnet, aber nicht als *numerus clausus* verstanden, auch erkannt, dass hinter diesen typischen Zwecken noch atypische stehen können, diese völlig *unverständlicherweise* jedoch als „*rechtlich irrelevante Motive*“ begreifen wollen, ungeachtet der von *Kipp* vorgenommenen Korrektur an der Rechtsnatur der „weiteren Voraussetzungen“ (Absichten) *Windscheids*. *Hugo Kreß*<sup>43</sup> hat die „ersten Absichten“ *Windscheids* gleichfalls „Zwecke“ genannt und die hinter diesen Zwecken stehenden „weiteren Absichten“ „angestaffelte Zwecke“ die aber nicht nur- wie bei v. *Tuhr* – rechtsunwirksame Motive sind, vielmehr den *numerus clausus* der drei typischen Zwecke erweitern und mit der Möglichkeit dieser Anstaffelung atypischer Zwecke erst *volle Vertragsfreiheit* für die rechtswirksame Vereinbarung aller nicht rechts- und sittenwidrige Zwecke einer Leistung oder eines Leistungsversprechens schaffen. Im Folgenden will ich gleichfalls den Zweckbegriff bevorzugen, weil die Menschen 32a <auf Grund ihrer Freiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) > mit ihrem rechtsgeschäftlichen Handeln letztlich *willentlich* (bewusst und gewollt) *Zwecke verfolgen* und *nicht einem kausalen Zwang* von Ursachen und Wirkungen unterliegen.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass jede Leistung oder jedes Leistungsversprechen *notwendigerweise* zu einem der *drei typischen Zwecke* erfolgt: *zum Austausch*, *unentgeltlich* oder *zur Abwicklung* eines bestehenden Schuldverhältnisses; jedoch auch noch zu einer *unbegrenzten Zahl atypischer Zwecke* geleistet werden kann, die durch eine Vereinbarung mit dem Vertragspartner – angestaffelt hinter einem der drei typischen Zwecke – zur *weiteren Voraussetzung* der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts gemacht werden können.

## 2. Die geschlossene Zahl typischer und die offene Zahl atypischer Zwecke

### a) Egoismus, Altruismus und Vertragstreue (Austausch, Schenkung, Abwicklung)

Grundsätzlich erfolgen alle Vermögenszuwendungen, also alle Leistungen und Leistungsversprechen *entgeltlich* oder *unentgeltlich* oder *zur Abwicklung* eines Versprechens.<sup>44</sup> Der wichtigste Zweck des Privatrechts ist und bleibt der *Austauschzweck*, weil ein Mensch von ande-

<sup>42</sup> v. *Tuhr* Allg. Teil, Bd. II 2 (Fn. 34) §§ 72-77, S. 62-211; § 79, S. 247-269. Besser schon *Ludwig Enneccerus/Hans Carl Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2 (14. Aufl., Tübingen 1955) § 148 I. Ausführlich zum Irrtum v. *Tuhr*s betreffend der Rechtsnatur angestaffelter Zwecke unten II 7 f (1). Zur Entstehungsgeschichte der *causa*-Lehre ergänzungsbedürftig auch *Werner Flume*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 2. Bd., (4. Aufl. Berlin, Heidelberg 1992) § 12 II.

<sup>43</sup> *Kreß*, Allgemeines Schuldrecht (Fn. 18) § 5.

<sup>44</sup> Vgl. dazu vor allem Allgemeines Schuldrecht (Fn. 18) § 5 Nr. 1 c und d, Nr. 2 b und d, § 6 Nr. 2 c.



ren etwas *ohne Gewalt* grundsätzlich nur erhalten kann, wenn er eine Gegenleistung dafür erbringt. Selbst unentgeltliche Leistungen führen, wie *Marcel Mauss* gezeigt hat, zum Unfrieden, wenn sie nicht durch „Gegengeschenke“ erwidert werden. Der Schutz vor dem „Leichtsinn“ *unentgeltlicher Zuwendungen* durch das Erfordernis notarieller Beurkundung des Versprechens ist in § 518 Abs. 1 BGB jedoch auf *Schenkungsversprechen* beschränkt worden und gilt daher schon nicht für unmittelbare sogenannte Handschenkungen (§ 516 BGB), sondern nur für die unentgeltlichen *Leistungsversprechen* von Sachen und Rechten, nicht aber für Versprechen der Leihe, auch nicht für unentgeltliche Versprechen von Dienst- oder Arbeitsleistungen, unentgeltliche Darlehensversprechen, unentgeltliche Auftragsverpflichtungen<sup>45</sup> und andere unentgeltliche Leistungen und Leistungsversprechen. Notwendig ist es also, den Schenkungszweck zum *Unentgeltlichkeitszweck* zu erweitern, weil ansonsten der Rechtsgrund *unentgeltlicher Leistungen*, die keine Schenkungen im Sinne der §§ 516 ff. BGB sind, mit Schenkungszweck oder *causa donandi* nicht korrekt bezeichnet sein würde; vor allem aber, weil ansonsten der *Formzwang* des § 518 BGB begrifflich nicht dem Gesetz entsprechend auf das Schenkungsversprechen, also auf die unentgeltliche, endgültige Zuwendung von Sachen und Rechten beschränkt wäre.

Etwas Drittes gibt es nur deswegen, weil die Menschen den Versprechensvertrag erfunden haben, womit man eine Leistung zunächst versprechen und später erst „zur Erfüllung“ auch tatsächlich leisten kann, womit das Erfüllungsversprechen erlischt. Der *Erfüllungszweck* (*causa solvendi*) ist jedoch auch etwas zu eng gefasst, um eine geschlossene Zahl von Primärzwecken bilden zu können, denn eine Schuld kann nicht nur erfüllt, sie kann auch *erlassen* werden. In § 397 BGB ist der *Erlas* als *abstraktes Verfügungsgeschäft* geregelt, das entgeltlich für eine Gegenleistung oder unentgeltlich erfolgen kann; er kann unmittelbar als Realvertrag abgeschlossen, kann aber auch zunächst versprochen werden, entweder unentgeltlich oder für eine Gegenleistung und in Erfüllung dieses Versprechens Zug um Zug gegen die Gegenleistung des anderen gemäß § 320 BGB vollzogen werden. Zumeist erfolgt der Erlas jedoch *im Rahmen eines Vergleichs gemäß § 779 BGB*, also im Wege *gegenseitigen*

---

<sup>45</sup> In der Sklavengesellschaft des römischen Reiches durften Dienste von den rechtsfähigen Bürgern aufgrund eines Mandats nur *unentgeltlich* geleistet werden, weswegen entgeltliche Dienstleistungen bis *Paulus* (D. 17,1, 1,4) als *rechtsunwirksam* betrachtet wurden. Dem hat jedoch schon *Ulpian* (D. 17,1,6 pr.) widersprochen, und *Accursius* schrieb an die Paulusstelle die Glosse: „Das trifft aber nicht zu. Bisweilen übernimmt auch jemand einen Auftrag, der kein Freund ist“. Auch im BGB ist die Geschäftsbesorgung noch als unentgeltlicher Auftrag geregelt und die entgeltliche Geschäftsbesorgung nur durch eine missglückte Verweisung in § 675 BGB, was längst hätte geändert werden müssen; vgl. *Erman/Ehmann* (Rn. 25) vor § 662 Rz. 3, 9; *ders.*, Die Mängel der Geschäftsbesorgungsformel, in: *Weltbürgerliches Recht. Festschrift für Martinek* (München 2020), 147 ff.

*Nachgebens*, mit Austauschzweck also, wobei die Gegenleistung gleichfalls in einem Erlass oder auch im Versprechen einer weiteren oder höheren Verpflichtung erfolgen kann.

In vielen Fällen kann einer der Vertragspartner seine Leistung auch nicht sofort erbringen, sei es, dass er sich die Ware erst beschaffen muss, sei es, dass er erst einen Kredit aufnehmen muss. In solchen Fällen will derjenige, der vorleisten soll, häufig durch eine *Sicherungsleistung* (Bürgschaft, Pfandrecht, Hypothek, Eigentumsvorbehalt, Sicherungsübereignung) abgesichert werden<sup>46</sup>. Die Sicherheitsleistung führt zwar nicht unmittelbar zur Erfüllung, sichert vielmehr nur die zu erfüllende Forderung, ist aber als „Zwischenschritt“ zur Erfüllung notwendig, wenn der andere nicht sofort erfüllen kann, der Gläubiger aber trotz der zeitlichen Verzögerung am Zustandekommen des Vertrags interessiert ist, insbesondere wenn er seine Leistung als Vorleistung schon erbracht hat. > Ist es dem Schuldner unmöglich geworden, die Leistung zu erbringen oder erbringt er sie trotz Fälligkeit und Mahnung nicht in der vereinbarten Zeit, so kann der Gläubiger den Bürgen in Anspruch nehmen oder sich aus dem Sicherungsgut befriedigen, womit das Leistungsversprechen zwar nicht erfüllt, aber an Erfüllung statt (§ 364 BGB) zum Erlöschen gebracht wird.

Der Erfüllungszweck, der Zweck des Erlasses, der Vergleichszweck und der Sicherungszweck dürfen und müssen daher unter dem Begriff *Abwicklungszweck* zusammengefasst werden, weil ihnen gemeinsam ist, dass sie den Schuldner von seiner Schuld befreien (der Sicherungszweck im Falle der „Befriedigung“ aus der Sicherheitsleistung) und einen Rechtsgrund bilden für die erhaltene Leistung. Nur von der so erweiterten Trias (*Austauschzweck, Unentgeltlichkeitszweck, Abwicklungszweck*) kann gesagt werden, dass sie insofern einen *numerus clausus* bildet, als jede Leistung und jedes Leistungsversprechen als *Rechtsgrund der Vereinbarung* zumindest eines dieser drei Zwecke zwischen den Vertragspartnern bedarf. Diese Beschränkung auf eine Dreizahl von Primärzwecken einer Leistung oder eines Leistungsversprechens, von denen einer stets gegeben sein muss, erfolgt nicht auf Grund irgendwelcher gesetzlicher oder sonstiger rechtlicher Regelungen, sondern allein auf Grund der in Jahrtausenden gewonnenen Einsicht des Menschen in die dem Recht vorgegebenen „Natur der Sache“, dass eine Leistung an einen anderen grundsätzlich nur *entweder* entgeltlich (mit Austauschzweck) oder unentgeltlich (mit Liberalitäts- oder Unentgeltlichkeitszweck) oder zur Abwicklung einer bestehenden Verpflichtung geleistet werden kann.

---

<sup>46</sup> Näheres zum Sicherungszweck unten II 7 b.

## b) Zusätzliche besondere Absichten (angestaffelte Zwecke)

Wie im sonstigen Leben und Handeln kann jedoch *hinter jeder* mit einem Rechtsgeschäft verfolgten *Absicht* eines Menschen eine *weitere spezielle Absicht* und können hinter dieser *noch weitere Absichten* stehen<sup>47</sup> und nicht nur von praktischer Bedeutung für sein Verhalten und das seiner Mitmenschen sein, sondern im Wege einer Vereinbarung mit dem Vertragspartner grundsätzlich auch zum (zusätzlichen) Rechtsgrund einer Leistung oder eines Leistungsversprechens gemacht werden. Mit der gegebenen Möglichkeit, hinter den *drei typischen Primärzwecken* noch – aus einer *unbegrenzten Zahl atypischer Zwecke* – den einen und/oder anderen atypischen Zweck derart anzufügen (*anzustaffeln*), dass die Leistung oder das Leistungsversprechen auch von der Vereinbarung und Erreichung dieses weiteren Zwecks abhängig wird, sind erst die „Voraussetzung“<sup>48</sup> der heute auch verfassungsrechtlich gemäß Art. 2 Abs. 1 GG geschützten *Vertragsfreiheit* zur Erreichung aller rechtmäßiger Zwecke und Absichten geschaffen, die nicht gegen Gesetz und gute Sitten (§§ 134, 138 BGB) verstoßen. Diese Möglichkeit des rechtswirksamen Abschluss von Verträgen, die nicht nur von drei typischen Zwecken beherrscht sind, bedarf deshalb einer besonderen Betrachtung, weil die eingangs zitierten Sätze Savignys<sup>49</sup>, dahingehend missverstanden werden könnten, dass die *causa credendi*, die *causa donandi* oder die *causa solvendi* einen *numerus clausus* derart bilden, dass Leistungen allein aus diesen Gründen (zu diesen Zwecken) rechtswirksam möglich wären.<sup>50</sup> 39 < Obwohl die drei Primärzwecke einen *numerus clausus* bilden, weil eine

<sup>47</sup> So hat *Windscheid* schon in seiner Habilitationsschrift (dazu oben Fn. 6) und in seiner Voraussetzungslehre (Fn. 1) 86 ff. den später von *Kreß*, Allgemeines Schuldrecht (Fn. 18) gebildeten Begriff „Zweckstaffelung“ erdacht und formuliert. Auch v. *Tuhr* AT II 2 (Fn. 34), 79 erkennt, dass hinter den ersten Zwecken (die er mit den Begriffen *causa solvendi*, *credendi* (oder *acquirendi*) und *donandi* erfassen will, weitere Absichten des Zuwendenden stehen können, die er unverständlicherweise jedoch als „rechtlich irrelevanten Motive“ abqualifiziert, wodurch bedauerlicherweise seine Zwecklehre in der sehr wichtigen Frage *angestaffelter Zwecke* (hinter den typischen Absichten stehenden weitere Absichten) und daher für alle etwas schwierigeren Fälle unbrauchbar geworden ist. Vgl. auch v. *Tuhr*, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts (Tübingen 1924), § 26, wo v. *Tuhr* die Dreiteilung in *causa credendi*, *causa solvendi* und *causa donandi* nicht mehr als eine „erschöpfende Dreiteilung“ (*numerus clausus*) versteht, die Problematik „angestaffelter Zwecke“ außer Betracht lässt, aber sie auch nicht mehr als Motive bezeichnet. Auf diesem Stand der Erkenntnis ist die „herrschende Lehre“, insbesondere die Rechtsprechung bis heute stehen geblieben, vgl. dazu insbes. unten II 7 e (1); IV 1 u. 2 mit den Beispielen 1-15.

<sup>48</sup> Weil doch die „Voraussetzung“ im Sinne *Windscheids* die Voraussetzung dafür ist, dass Vertragsfreiheit in dem Sinne bestehen kann, dass grundsätzlich der übereinstimmende, also gemeinsame Willen der Parteien darüber entscheidet, was Grund, Inhalt, Zweck ihres Vertrages sein soll.

<sup>49</sup> Oben unter I 1 (bei Fn. 3) und Fn. 38a.

<sup>50</sup> *Puchta*, Pandekten (Fn. 4) § 257 formulierte das Erfordernis einer dieser drei *causae* so: „Ohne eine solche materielle *causa debendi*, die entweder Schenkung oder Vergeltung oder Erfüllung einer schon bestehenden Verbindlichkeit sein kann, ist der Vertrag unwirksam“. Mit dieser negativen Formulierung wird nicht ausgeschlossen, dass die Leistung oder das Leistungsversprechen von den Parteien noch von weiteren *causae* (Absichten) abhängig gemacht sein kann, also einem der drei typischen Zwecke *noch ein atypischer Zweck* angefügt werden kann. Dass diese Erweiterung und Spezifizierung erforderlich ist, hat jedoch erstmals *Windscheid* erkannt und klargestellt; vgl. oben I 1 um Fn. 6.

Leistung und ein Leistungsversprechen stets zum Zwecke des Austauschs oder unentgeltlich oder zur Erfüllung oder sonstigen Abwicklung bestehender Verpflichtungen erfolgen muss, gibt es jedoch eine unendlich große Zahl von speziellen Zwecken, die zusätzlich den Rechtsgrund einer Leistung oder eines Leistungsversprechens bilden können. Erst durch diese Möglichkeit der „Anstaffelung“ solcher „atypischer“ Zwecke an die drei Primärzwecke ist die heute auch verfassungsrechtlich (Art 2 Abs. 1 GG) geschützte Vertragsfreiheit gewährleistet. Für sich allein können diese speziellen atypischen Zwecke aber grundsätzlich keinen tragfähigen Rechtsgrund bilden, sondern nur zusammen mit einem der drei Primärzwecke. Das hat seinen Grund darin, dass eine Leistung grundsätzlich nur entgeltlich oder unentgeltlich oder zur Abwicklung einer bestehenden Verpflichtung erfolgen kann, weil diese drei Primärzwecke einen *numerus clausus* derart bilden, dass stets einer dieser drei Zwecke gegeben sein muss um ein Schuldverhältnis mit Rechtsgrund zu bilden. Durch die Möglichkeit der Anstaffelung atypischer Zwecke können die Verträge jedoch auch von allen nicht gesetz- und sittenwidrigen Zwecken abhängig gemacht werden und damit die gebotene Vertragsfreiheit gewährleistet.<sup>51</sup> Unentgeltliche Versprechen von Sachen und Rechten (Schenkungsversprechen) bedürfen allerdings der notariellen Beurkundung und werden ansonsten nur rechtswirksam, wenn sie erfüllt werden (§ 518 Abs. 1 BGB). Eine bloße „Feststellung“, dass keine Forderung besteht oder dass eine Forderung besteht kann eine Forderung aber nicht zum Erlöschen oder zum Entstehen bringen (dazu unten II 7 c - f). Ein schriftliches Anerkenntnis gemäß § 781 BGB, einer behaupteten, aber tatsächlich nicht bestehende Forderung, kann die Forderungen nicht begründen, sondern schafft nur eine abstrakte Forderung, die der Kondiktion unterliegt. Das Anerkenntnis eines Schenkungsversprechens bedarf gemäß § 518 Abs. 1 S. 2 BGB nicht bloß der Schriftform, sondern der notariellen Beurkundung.

### c) Zum Unterschied zwischen typischen und atypischen Zwecken

Der große Unterschied zwischen den *typischen* und den *atypischen, angestaffelten Zwecken* besteht darin, dass sich für die typischen Zwecke in einer langen geschichtlichen Entwicklung *Typen von Rechtsgeschäften* herausgebildet haben, die auch in gesetzlichen Regelungen des dispositiven Rechts festgeschrieben wurden und daher von Rechts wegen „gelten“, sofern

---

<sup>51</sup>Im römischen Recht war die Vertragsfreiheit der Bürger ursprünglich durch einen *numerus clausus* schuldrechtlicher Vertragstypen beschränkt. In Einzelfällen wurden jedoch für atypische, aber rechtlich anerkanntswerte Austauschverträge (Innominatskontrakte) *actiones in factum* gewährt. Darüber hinaus hatten die Römer mit der *stipulatio* eine Art abstraktes Schuldversprechen entwickelt, das es ihnen auch schon ermöglichte jedes nicht rechts- oder sittenwidrige Versprechen rechtswirksam zu machen; dazu *Max Kaser/Rolf Knütel/Sebastian Lohsse*, Römisches Privatrecht. Ein Studienbuch (21. Aufl. München 2017) § 33 Rz. 3; § 45 Rz. 6..

die Parteien nichts anderes vereinbart haben. Die meisten im BGB geregelten Verträge sind vom Austauschzweck beherrscht und werden auch gegenseitige Verträge genannt (z.B. die Kauf-, Miet-, Dienst-, Arbeits-, Werkverträge u.a.). Unentgeltliche Rechtsgeschäfte sind zwar seltener, aber dazu gehören außer der Schenkung auch die Leihe, der Auftrag sowie die unentgeltliche Verwahrung u.a. Der Schenkungszweck musste daher zum Unentgeltlichkeits- oder Liberalitätszweck erweitert werden.

Für die in der Praxis wichtigsten Vertragstypen (Kauf, Schenkung, Miet-, Dienst-, Werkvertrag u.a.), die aber keinen *numerus clausus* bilden, sind im BGB gesetzliche Regelungen für die häufigsten Probleme aufgestellt worden, die grundsätzlich gelten, soweit die Parteien dazu keine andere Regelung getroffen haben. Für den Arbeitsvertrag der Arbeitnehmer ist mit dem Arbeitsrecht sogar ein ganzes neues Rechtsgebiet mit vielen gesetzlichen Regelungen entstanden, die überwiegend dem Zweck dienen, die Rechte der Arbeitnehmer bestmöglichst zu schützen, sie aber auch zur ordnungsmäßigen Erfüllung der im Arbeitsvertrag versprochenen Leistungen verpflichten. Darüber hinaus ist es in neuerer Zeit notwendig geworden, zum Schutz der Verbraucher gegen Allgemeine Geschäftsbedingungen der Unternehmer gesetzliche Schranken zu ziehen (§§ 305 ff., 312 k BGB). Diese Beschränkung der Vertragsfreiheit war zu deren Erhaltung dringendst geboten, weil ansonsten das hohe Gut dieser Freiheit, das die Grundlage bildet für die hier vertretene Vertragstheorie nicht hätte bewahrt werden können.

Abgesehen von den aus sozialen Gründen notwendig gewordenen Einschränkungen der Privatautonomie gilt aber auch heute noch für den Kaufvertrag, dass wer etwas kauft, grundsätzlich weiß oder wissen muss, dass er dafür eine Gegenleistung zu erbringen, also Geld zu bezahlen hat, auch wenn er den Begriff „Austauschzweck“ nicht kennt. Auch weiß ein Verkäufer, dass er dem Käufer die Kaufsache übereignen muss und dass er für Fehler der Kaufsache einstehen muss, auch wenn es nicht ausdrücklich vereinbart wird. Im Übrigen ist es die wichtigste Aufgabe eines Zivilgesetzbuchs für die Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens die in der Praxis häufig auftretenden Rechtsprobleme durch dispositives Recht vernünftig zu regeln und den schlichten Verbraucher vor abweichenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Unternehmer zu schützen. Vieles aber, was im speziellen Fall von besonderer und größerer Bedeutung ist als die gesetzlichen Regelungen, muss von den Parteien *selbst* durch

Vereinbarungen geregelt werden, weshalb sie in solchen Fällen auch nicht selten rechtlicher Beratung bedürfen.

Entsprechendes gilt für die Schenkung und sonstige unentgeltlichen Geschäfte. Wenn ein Mann, der seiner Frau ein goldenes Halsband umlegt, denkt er in der Regel nicht an einen Schenkungszweck, erklärt auch niemals, hiermit übereigene ich Dir das Eigentum an diesem Halsband zum Zwecke der Schenkung, hat aber im Zweifel diese „erste Absicht“ (einen „vertragscharakteristischen Geschäftszweck“, *Esser*), verfolgt damit zwar nicht selten auch noch weitere Absichten, weiß aber auch, dass er diese rechtlich nicht durchsetzen kann, wenn er sie nicht einmal zum Ausdruck gebracht und schon gar nicht seine unentgeltliche Leistung davon abhängig gemacht hat. Ebenso macht sich derjenige, der seine Schulden bezahlen will, nicht unbedingt bewusst, dass er zum Zwecke der Erfüllung zahlt, will aber seine Schulden zahlen, und der Gläubiger sagt auch nicht, ich nehme die Zahlung zum Zwecke der Erfüllung an, nimmt aber das Geld dankend an und beide haben sich damit „in Parallelwertung der Laiensphäre“ doch über den Erfüllungszweck der Geldleistung geeinigt. Für alle typischen Leistungen und Leistungsversprechen auf Grund gesetzlich geregelter Vertragstypen gilt Entsprechendes, sofern von den Parteien nicht in ihrem Interesse liegenden besonderen Regelungen vereinbart worden sind.

Gesetzliche Regelungen, in denen einem der drei typischen Zwecke atypische Zwecke angefügt („angestaffelt“) wurden, sind dagegen selten; dazu unten II 2d u. II 7f. Grundsätzlich gilt jedoch, dass auch ein Dissens über angestaffelte Zwecke oder deren Verfehlung (Nichterfüllung) – ebenso wie ein Dissens über Primärzwecke – kausale Rechtsgeschäfte unwirksam (§§ 275, 326 Abs. 1 Satz 1 BGB) und abstrakte Rechtsgeschäfte kondizierbar macht. Der Ausfall des Krönungszugs<sup>52</sup> machte daher die vom Vermieter versprochene Leistung (jedenfalls zu der ursprünglich vereinbarten Zeit) unmöglich, was den Wegfall der Mietzinsforderung (§§ 275, 326 Abs. 1 S. 1 BGB) zur Folge haben musste.

In allen *nicht bedingungsfeindlichen* Rechtsgeschäften (zum Beispiel *nicht* bei der Übereignung von Grundstücken, § 925 Abs. 2 BGB) können derart weitere (angestaffelte) Zwecke auch *zur Bedingung erhoben* werden mit der Folge *ipso iure* eintretender Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts im Falle des Eintritts oder Ausfalls der Bedingung (§ 158 BGB). Alle Voraussetzungen, die zur Bedingung erhoben werden können, können auch als angestaffelte Zwe-

---

<sup>52</sup> Vgl. dazu *Horst Ehmman*, Die Lehre vom Zweck als Entwicklung der Voraussetzungslehre, in: *Von der Sache zum Recht*, FS Volker Beuthien (München 2009) 3-44, 30, 32; zum Originalfall den Beitrag zur Behandlung unerwarteter Umstände im englischen Recht von *Francesco Mezzanotte*; zur Lösung nach deutschem Recht auch den Beitrag von *Albers*, Unerwartete Ereignisse (Fn. 8) unter IV 1c um Fn. 116.

cke zur weiteren „Voraussetzung“ (im Sinne *Windscheids*) eines Vertrags gemacht werden. Angestaffelte Zwecke können auch Voraussetzung der Wirksamkeit bedingungsfeindlicher Geschäfte sein. Da sogar eine Bedingung nicht notwendigerweise ausdrücklich vereinbart sein muss<sup>53</sup>, gilt dies selbstverständlich auch für die hinter einem typischen Zweck stehenden *atypischen Absichten* (Zweck) der Vertragsparteien, sofern sie auf Grund der gegebenen Umstände offensichtlich sind. Wäre das Stattfinden des Krönungszugs zur *Bedingung* des Mietvertrags erhoben worden, wäre es nicht zu einem Rechtsstreit gekommen. Die Tatsache, dass es nicht zur Bedingung erhoben wurde, bedeutet aber nicht, dass der Mietvertrag nicht zum weiteren, speziellen, also „angestaffelten“ Zweck der Besichtigung des Krönungszuges abgeschlossen worden war. Mangels ausdrücklicher Vereinbarung des offensichtlichen Zwecks ist der Fall zu einer *Auslegungsfrage* geworden. Einer Bemühung der viel weitergehend offenen Problematik der sogenannten „Geschäftsgrundlage“ bedarf es also dazu nicht.<sup>54</sup>

#### d) Gesetzlich geregelte Zweckstaffelungen

Es gibt auch einige Vertragstypen, in denen eine derartige Zweckstaffelung gesetzlich geregelt ist. Beim *Vergleich* (§ 779 BGB) ist dem *Austauschzweck* des „gegenseitigen Nachgebens“ der *Abwicklungszweck*, also ein anderer *typischer Zweck*, angestaffelt. Der vergleichsweise Erlass (§ 397 BGB) ist daher grundsätzlich nur wirksam, wenn auch der andere Teil die mit seinem „Nachgeben“ übernommene Verpflichtung erfüllt. Verlangt A von B 500 € wegen der Beschädigung einer Sache, will B aber nur 100 € bezahlen und einigen sie sich auf die Zahlung von 300 €, so ist im Wege gegenseitigen Nachgebens ein Vergleich zu Stande gekommen zur Abwicklung des bestehenden Rechtsstreits. Aufgrund eines derartigen Vergleichs muss A dem B die 200 € selbstverständlich nur erlassen, wenn B die 300 bezahlt. Wie in allen gegenseitigen Austauschverträgen gelten die Regelungen der §§ 320-320 BGB (*do ut des; quod graeci synallagma vocant*). Beide Leistungsversprechen sind aber auch nur dann rechtswirksam, wenn der Streit durch das „gegenseitige Nachgeben“ beigelegt, also das zuvor streitige Rechtsverhältnis „abgewickelt“ wird. Stellt sich später heraus, dass die umstrittene Forderung in Wahrheit überhaupt nicht bestanden hat, so ist auch die vergleichsweise entstandene Einigung auf 300 € gemäß § 779 BGB rechtsunwirksam.<sup>55</sup>

<sup>53</sup> Jürgen Ellenberger, in: Palandt, BGB (78. Aufl., München 2019) § 157 Rz. 1.

<sup>54</sup> Eine „Geschäftsgrundlage“ ist letztlich nichts anderes als eine *nicht ausdrücklich ausgesprochene* „Voraussetzung“ oder Absicht oder Zweck, die/der mit dem Geschäft verfolgt und nicht erreicht wurde; dazu unten II 2 g.

<sup>55</sup> Näheres zu diesem Beispiel und zur Vergleichsproblematik unten II 7 c (2).

Im *Gesellschaftsvertrag* des bürgerlichen Rechts (§ 705 BGB) ist dem Austauschzweck des Beitragsleistungsversprechen eines jeden Gesellschafters die Erreichung des gemeinsamen *Gesellschaftszwecks angestaffelt*, womit der Gesellschaftsvertrag begründet wird. Deshalb erlischt nach § 726 BGB die Gesellschaft, wenn der den einzelnen Beitragsversprechen angestaffelte Gesellschaftszweck erreicht oder dessen Erreichung unmöglich geworden ist: *cessante causa, cessat effectus*. Diese lateinische Formulierung der Zweckverfehlung stammt nicht aus dem römischen Recht, sondern ist mittelalterlich und wird u.a. von *Thomas von Aquin* (*Summa Theologica* I, 96,3) verwendet.

Mit einem *Ausstattungsversprechen* wollen die Eltern einem Sohn oder einer Tochter eine unentgeltliche Leistung versprechen, das aber nach § 1624 BGB nur insoweit als Schenkungsversprechen verstanden werden soll, als es das den Vermögensverhältnissen der Eltern entsprechende Maß übersteigt. Letztlich bleibt freilich auch ein Versprechen, welches das angemessene Maß übersteigt, ein „Ausstattungsversprechen“, wird aber durch das Gesetz unter den Formzwang des Schenkungsversprechens (§ 518 BGB) gestellt, um die Eltern vor sich selbst und übermäßigen Versprechungen zu schützen. Findet die Heirat nicht statt, zu welcher das Versprechen gegeben wurde, so kann nicht nur das angemessene Maß, sondern auch die darüber hinausgehende „Schenkung“, wegen Wegfalls des dem unentgeltlichen Versprechen angestaffelten Ausstattungszwecks kondiziert werden. Auf das Mitgiftversprechen der Schwiegereltern oder anderer Dritter findet § 1624 BGB keine Anwendung, weshalb ein Ausstattungsversprechen der Schwiegereltern, weil es nicht dem eigenen Kind gegenüber erfolgte, der Form des § 518 BGB bedarf, aber trotz notarieller Beurkundung kondiziert werden kann, wenn die Heirat nicht stattfindet. § 1624 BGB wird also als Ausnahme vom Formzwang für Ausstattungsversprechen von Vater und Mutter betrachtet. Die am Beispiel des einem Schenkungsversprechen angefügten weiteren Zwecks dargelegten Grundsätze gelten auch für andere Leistungen und Leistungsversprechen, mit denen der Empfänger nicht zur Heirat, sondern zu einem anderen Tun oder Unterlassen angehalten werden soll, welches nicht als Gegenleistung versprochen wird, zum Beispiel zur Begründung einer Erwerbsstellung, zur Aufnahme oder Fortsetzung einer bestimmten wirtschaftlichen, künstlerischen, wissenschaftlichen Tätigkeit, zur Aufgabe des bisherigen Lebenswandels, zum Verschweigen einer dem Leistenden peinlichen Tatsache und anderem. Werden solche Leistungen oder Leistungsversprechen im Voraus erfüllt, so müssen sie zurückbezahlt werden, wenn der vereinbarte Zweck der Leistung nicht erreicht wurde, § 812 Abs. 1 S. 2, 2. Alt. (*condictio*



*causa data non secuta*).<sup>55a</sup> Wenn eine Zuwendung jedoch zu der gewünschten Gegenleistung rechtlich verpflichten soll, so wird ihr Zweck zum *Austauschzweck* und ist nicht mehr bloß ein einer unentgeltlichen Leistung angestaffelter atypischer Zweck, der zur Rückforderung der Leistung berechtigt,<sup>56</sup> vielmehr gelten dann die Regeln des funktionellen Synallagmas der §§ 320-326 BGB.

#### e) Richterrechtlich anerkannte Zweckstaffelungen

(1) Das Reichsgericht hat 1927 einen Fall entschieden,<sup>57</sup> in dem ein Vater unter der Maßgabe, dass eine Strafanzeige unterbleibt, sich für den Rückzahlungsanspruch einer Bank gegen seinen Sohn verbürgt hat, welcher als Angestellter dieser Bank Veruntreuungen begangen hatte, deren Bekanntwerden zu jener Zeit die Existenz des Sohnes lebenslang vernichtet hätte. Die Bank hat jedoch Strafanzeige erstattet *und* den Vater aus der Bürgschaft in Anspruch genommen. Das Reichsgericht hat die auf die Bürgschaft gestützte Klage der Bank zu Recht mit der Begründung abgewiesen, das Bürgschaftsversprechen könne kondiziert werden, weil der mit der Leistung (Bürgschaftserklärung) erstrebte Zweck der Unterlassen einer Strafanzeige nicht erreicht worden sei.

(2) Im Fall der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 19. Januar 1973<sup>58</sup> hat eine Frau angebliche Forderungen eines Mannes, mit dem sie in eheähnlicher Gemeinschaft zusammenlebte, bezahlt, obwohl diese in Wahrheit nicht bestanden haben, damit der Mann bei ihr bleibe. Der Mann hat dies nicht verkannt, aber das Geld genommen und sich verabschiedet. Die Klage der Frau hat der Bundesgerichtshof *zu Unrecht* abgewiesen. Die Regelung des § 814 BGB kann die Kondiktion nicht ausschließen, wenn die Frau zwar gewusst hat, dass sie zu der Leistung nicht verpflichtet ist, aber für den Mann erkennbar *nur deswegen* bezahlt hat, damit er bleibt, und dieser Zweck nicht erreicht wurde. In solchem Fall ist die Kondiktion begründet und § 814 BGB ausgeschaltet, weil die Frau entweder gar nicht zum Zwecke der Erfüllung geleistet hat oder jedenfalls dem Erfüllungszweck der atypische Zweck des gemeinschaftlichen Zusammenlebens angestaffelt war. Und dieser (weitere) Zweck ist auch nicht sittenwidrig. Er braucht zwar nicht zu bleiben, darf aber nicht auf diese perfide Weise noch

---

<sup>55a</sup> Dazu unten IV 1b.

<sup>56</sup> Wie im sogenannten „Gutsherren-Fall“, RG, 11.01.1906 – IV 329/05, RGZ 62, 273-278; dazu unten um Fn. 94, 172.

<sup>57</sup> RG 7.11.1927 – IV 303/27, RGZ 118, 358 – Bürgschaft (Sachverhalt etwas vereinfacht); dazu *H. Ehmann*, FS Beuthien (Fn. 52) 35.

<sup>58</sup> BGH 19.1.1973 - V ZR 24/71, NJW 1973, 612 – *damit er bleibt*, mit Anm. *Horst Ehmann*, NJW 1973, 1035; dazu noch unten bei Fn. 176.

Geld mitnehmen. Das alles hat der Bundesgerichtshof verkannt und die Fehlentscheidung beruht auf falscher Moral oder einem unzureichenden Verständnis des Leistungszwecks, der in diesem Fall nicht mehr allein als *causa solvendi* verstanden werden durfte, weil die Forderungen umstritten waren und die Frau nur bezahlt hat, damit er bleibt.

(3) Ebenso ist im oben schon erwähnten und viel diskutierten *coronation-case*<sup>59</sup> der Balkon offensichtlich nur *zum Zwecke der Besichtigung des Zuges gemietet* worden und daher der Mietzins nicht geschuldet, wenn der Krönungszug nicht stattfindet. Ansonsten wäre es kein *coronation-case*, sondern ein Fall über eine „Balkonmiete zum sinnlosen Herumstehen“. Einer Bemühung, der viel weitergehend offenen Problematik der sogenannten *Geschäftsgrundlage*, bedarf es dazu – wie schon gesagt – nicht.<sup>60</sup>

#### f) Angestaffelte Verträge (zum Beispiel Bierlieferungsvertrag)

Angestaffelt werden kann der Zweckvereinbarung eines Vertrags auch das Bestehen eines weiteren Schuldverhältnisses, so zum Beispiel, wenn – wie üblich – eine *Brauerei* einem Schankwirt ein *Darlehen* gewährt zum Zweck (unter der Voraussetzung), dass er einen *Bierlieferungsvertrag* mit der Brauerei abschließt und ausschließlich deren Bier ausschenkt. In solchem Fall ist der Darlehensvertrag vom Bestand des Bierlieferungsvertrags abhängig gemacht, der Bierlieferungsvertrag also dem Darlehensvertrag angestaffelt und der Darlehensvertrag kann daher kondiziert werden, wenn der Schankwirt den Bierlieferungsvertrag kündigt<sup>61</sup> oder auch Bier einer anderen Brauerei ausschenkt. Selbstverständlich kann der Darlehensvertrag auch unter der Bedingung (§ 158 BGB) des Bestehens und der Ausnutzung des Bierlieferungsvertrags in bestimmtem Umfang abgeschlossen werden, womit er sich *ipso iure* auflöst, wenn die Bedingung ausfällt.

#### g) Motiv – Geschäftsgrundlage – Zweck – Bedingung

Eine „Voraussetzung“ eines Vertragspartners kann Motiv, *Geschäftsgrundlage*, Zweck oder Bedingung einer vertraglichen Vereinbarung sein. Ein bloßes Motiv ist rechtlich unbeachtlich. Jedes Rechtsgeschäft muss jedoch zu einem bestimmten Zweck erfolgen, der von den Parteien vereinbart sein muss, ansonsten ist es rechtsgrundlos. Der Zweck kann auch zu einer aufschiebenden oder einer aufhebenden Bedingung erhoben werden, womit das Zustande-

<sup>59</sup> Dazu oben II 2c mit Fn. 52.

<sup>60</sup> Dazu oben II 2 mit Fn. 52-54 und unten II 2 g. Ein weiteres Beispiel bildet das sog. „verbundene Geschäft“ in dem die Parteien dem Darlehenszweck rechtsverbindlich einen bestimmten Verwendungszweck (Finanzierungszweck) anfügen, dazu *Schnauder*, jurisPR-BKR 9/2020 Anm. 1.

<sup>61</sup> *Kreß*, Allgemeines Schuldrecht (Fn. 18) 38.

kommen unter Fortbestand unmittelbar von dessen Ausfall oder Eintritt abhängig wird. Es gibt jedoch auch bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte (zum Beispiel die Auflassung gemäß § 925 BGB), die allerdings, um bestandsfest zu sein, zu einem bestimmten Zweck erfolgen und diesen auch erreichen müssen, ansonsten sind sie rechtsgrundlos. Jedem der drei typischen Zwecke können auch bei bedingungsfeindlichen Geschäften noch beliebige atypische Zwecke angestaffelt sein. Ist das Rechtsgeschäft ein *Kausalgeschäft*, so hat die Nichterreichung des angestaffelten Zwecks dieselbe Wirkung wie eine aufschiebende Bedingung und der *Zweckfortfall* dieselbe Wirkung wie eine auflösende Bedingung. Im Falle eines *abstrakten Rechtsgeschäfts* begründet die Nichterreichung des vereinbarten Zwecks *ebenso wie der spätere Zweckfortfall* dagegen nur einen *Bereicherungsanspruch*. Der Begriff der *Geschäftsgrundlage* steht zwischen Motiv und Zweck oder Bedingung. Bedingung und Zweck bedürfen einer Vereinbarung, die aber *auch stillschweigend* erfolgen kann.<sup>62</sup> Problematischer ist die Abgrenzung zwischen *Motiv* und *Geschäftsgrundlage*, weil die Geschäftsgrundlage auch keiner Vereinbarung bedarf (§ 313 BGB).

In seiner bösen Polemik gegen *Windscheid* bildete *Lenel*<sup>63</sup> das Beispiel, dass ein Vater zur Hochzeit seiner Tochter ein Schlafzimmer kaufen wollte und dem Verkäufer erklärt habe, dass es zur Ausstattung für seine Tochter gedacht ist und unterstellte, dass die Lehre *Windscheids* in solchem Falle dem Käufer ein Rückforderungsrecht zubillige, wenn die Hochzeit unterbleibt. *Windscheid* entgegnete kühl<sup>64</sup>: „Es ist nicht dem mindesten Zweifel unterworfen, dass ein Rückforderungsrecht nicht begründet ist, wenn das Verlöbnis aufgelöst wird. ... Wie aber ist die Grenze zu ziehen? Dies ist die Frage und eine schwierige Frage“. Diese Frage hat *Windscheids* Schüler *Kipp* mit zwei Sätzen geklärt und damit der Kritik *Lenels* ihre Grundlage entzogen.<sup>65</sup> Wenn der weitere Zweck *nicht mehr bloß erkennbar*, sondern zumindest *stillschweigend vereinbart* sein muss, kann nicht mehr bezweifelt werden, dass im „Schlafzimmerfall“, so wie *Lenel* ihn gestellt hat, *kein* Rückforderungsrecht gegeben ist.

Unter Umständen kann jedoch – nach den freilich erst später entwickelten Rechtsvorstellungen – ein *Wegfall der Geschäftsgrundlage* in Betracht kommen. *Heinrich Lehmann* beantwortete die Frage *Lenels* im Anschluss an *Paul Oertmann* mit der *Lehre von der Geschäfts-*

<sup>62</sup> Das gilt auch für die Bedingung; vgl. oben Fn. 26 mit dem Hinweis auf *Erman/Armbrüster*.

<sup>63</sup> *Lenel* AcP 74 (1889) 213-239, 225 f.; dazu oben I 1 bei Fn. 8.

<sup>64</sup> *Windscheid* AcP 78 (1892) 161, 169, 198. Es kann wirklich nicht dem geringsten Zweifel unterliegen, dass das Stattfinden der Heirat nur zur Voraussetzung des Schlafzimmerkaufs hätte gemacht werden können, wenn der Verkäufer dies als Vertragsinhalt akzeptiert hätte.

<sup>65</sup> Vgl. das Zitat oben bei Fn. 23.

grundlage, die keine Vereinbarung, auch keine stillschweigende zur notwendigen „Voraussetzung“ haben soll.<sup>66</sup> Wenn jedoch derjenige, der sie (die Geschäftsgrundlage oder Voraussetzung, die zwischen unbeachtlichem Motiv und stillschweigend vereinbarten Zweck zu denken ist) eines anderen erkennt und ihr hätte nicht widersprechen können, wenn der andere sie zur „Bedingung“ gemacht hätte, so müsse er sie grundsätzlich als Geschäftsgrundlage gegen sich gelten lassen<sup>67</sup>. Im Schlafzimmerfall *Lenels* (Fn. 23, 63, 64) hätte der Verkäufer sicherlich die Bedingung nicht akzeptiert, es sei denn gegen einen erhöhten Kaufpreis. So ist die zur Türe hinausgeworfene Voraussetzungslehre *Windscheids* letztlich als *Oertmanns Lehre von der Geschäftsgrundlage* zum Fenster wieder hereingekommen. Rein zufällig war *Oertmann* auch noch der Schwiegersohn *Windscheids*. Ein weiterer Unterschied zwischen Geschäftsgrundlage und „angestaffeltem Zweck“ kann noch darin gesehen werden, dass *Windscheid* seine Voraussetzung im Wesentlichen als „weitere Absicht“ des Erfüllungszwecks entwickelt und sie daher „im Wesentlichen“ (aber nicht ausschließlich) als modifizierte *causa solvendi* verstanden hat, wenngleich er sie nicht darauf beschränkt hat. Die Lehre von der Geschäftsgrundlage wird dagegen in der Regel als weitere Voraussetzung des Austauschzwecks, also des genetischen *Synallagmas* eines gegenseitigen Vertrags betrachtet, wenngleich sie auch nicht darauf beschränkt ist. Nach der hier vertretenen Auffassung und ebenso schon nach der Voraussetzungslehre *Windscheids* kann die „weitere Absicht“ (der angestaffelte Zweck) aber sowohl den Austauschzweck als auch den Erfüllungszweck ergänzen, nur nicht den Schenkungszweck, weil es dann keine (reine) Schenkung mehr ist. Der Schenkungszweck lässt jedoch Auflagen zu, allerdings mit den Beschränkungen der §§ 525, 526 BGB.

Wenn ein angestaffelter Zweck nicht ausdrücklich vereinbart worden ist, bleibt er und seine Rechtswirksamkeit freilich stets, ebenso wie die Geschäftsgrundlage, „eine schwierige Frage“, wie jede andere Auslegungsfrage auch. Damit soll aber nicht gesagt sein, dass alles, was allgemein unter Geschäftsgrundlage verstanden wird, auch als „angestaffelter Zweck“ verstanden werden könnte. Zum Beispiel hat die große Inflation nach dem Ersten Weltkrieg, an die zuvor kaum jemand gedacht und die daher auch kaum jemand als „Voraussetzung“ der Geltung eines Vertrags vereinbart haben kann, die Anerkennung der Lehre von der Geschäftsgrundlage notwendig gemacht. Der angestaffelte Zweck setzt also eine zumindest stillschweigende Vereinbarung voraus, die Geschäftsgrundlage jedoch nur, aber zumindest

<sup>66</sup> Vgl. *Paul Oertmann*, Die Geschäftsgrundlage (Leipzig Erlangen 1921), S. 37. Siehe zur Entwicklung der Lehre den Beitrag von *Albers*, Unerwartete Ereignisse (Fn. 8) unter IV.

<sup>67</sup> So *Heinrich Lehmann*, Allgemeiner Teil des BGB (9. Aufl. 1955) § 35 A VII in Ergänzung der Lehren *Oertmanns*; dazu *Horst Ehmman/Holger Sutschet*, Modernisiertes Schuldrecht (München 2002) 161 ff., 165.

einen dahingehenden Willen eines Vertragspartners, den der Andere nicht nur erkennt, sondern dem er *vernünftiger- und verständlicherweise nach Treu und Glauben* (§ 242 BGB) auch *nicht hätte widersprechen können*, wenn der andere ihn ausdrücklich zur Vertragsvoraussetzung erhoben hätte.

### 3. Zur Mischung der Zwecke

Eine einheitliche Sache oder Sachgesamtheit und jeder sonstige Gegenstand kann auch zum halben oder einem sonstigen Teil seines Wertes verkauft und teils verschenkt werden; auch ein höherer Preis als der Wert des Gegenstands kann teils als Kaufpreis bezahlt, teils geschenkt werden (*negotium mixtum*). In solchen Fällen muss das Schuldverhältnis in Fällen von Leistungsstörungen zur rechtlichen Beurteilung, soweit es möglich ist, seinen verschiedenen Zwecken entsprechend in seine Teile zerlegt werden. Im Falle eines Mangels der veräußerten Sache unterliegt also nur der als Entgelt zu betrachtende Teil der Minderung des Kaufpreises (§ 441 Abs. 3 BGB). Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags kann jedoch grundsätzlich hinsichtlich des gesamten Kaufpreises (einschließlich des geschenkten Teils) erfolgen.<sup>68</sup> Praktische Bedeutung hat die Problematik gemischter Zwecke insbesondere in Fällen, in denen ein Erblasser sein Hausgrundstück und damit sein wesentliches Vermögen an seinen Lieblingssohn zu Lebzeiten so „billig verkauft“, also teils verschenkt, dass für seine anderen Kinder weniger als der Pflichtteil übrig bleibt (§§ 2316, 2325 BGB).

### 4. Zum Trennungs- und Abstraktionsprinzip

#### a) In den Quellen des römischen Rechts >

Die Entwicklung vom Realkauf zum Versprechenskauf auch von der Handschenkung zum Schenkungsversprechen und allgemeiner vom *Realvertrag* zum *Versprechensvertrag* hat notwendigerweise zu der Einsicht führen müssen, dass damit noch *Erfüllungsgeschäfte* erforderlich sind (zwei beim gegenseitigen Vertrag und eines beim Schenkungsversprechensvertrag), deren Zustandekommen und Fortbestand aber vom Versprechensgeschäft (Grundgeschäft) in irgendeiner Weise abhängig sind und bleiben. Das gilt vor allem in Fällen, in denen ein Verkäufer einem Käufer eine Sache verkauft, die er sich selbst erst noch verschaffen muss, bevor er sie dem Interessenten übertragen kann. Im römischen Recht ist diese Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen dem Versprechensvertrag des Kaufes und der Eigentumsübertragung schon daraus entstanden, dass ein *Versprechensvertrag* ursprünglich

<sup>68</sup> Vgl. Paul Knoke, in: Plancks Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, 2. Hälfte (4. Aufl. Berlin 1928) § 516 Anm. 6; v. Tuhr, AT II 2 (Fn. 34) §§ 72, 77 f.; Kreß, Allgemeines Schuldrecht (Fn. 33) 76.

nur in Form einer *stipulatio* rechtswirksam war, eine solche *stipulatio* aber nur einen Rechtsanspruch (*actio*) auf die versprochene Leistung begründete, aber nicht das Eigentum des Versprechensempfängers an der Sache des anderen begründen konnte. Dazu war vielmehr noch eine *mancipatio* oder eine *traditio* erforderlich, wobei letztere einer *causa* nicht nur als Behaltensgrund, sondern schon dazu bedurfte, um überhaupt Eigentum zu verschaffen<sup>69</sup>. Diese Problematik ist in den neuzeitlichen europäischen Kodifikationen, insbesondere im französischen Code civil und im deutschen BGB verschiedenartig geregelt worden.

#### b) Im deutschen Recht

Das deutsche Recht unterscheidet im Kaufrecht zwischen dem *Hand-* oder *Realkauf* und dem *Versprechenskauf*. Der Abschluss eines Versprechenskaufs bringt gemäß § 433 BGB zunächst nur *Verpflichtungen* zur Verschaffung von Besitz und Eigentum an der Kaufsache und auf Zahlung des Kaufpreises hervor. Die Eigentumsübertragung an der Kaufsache und die Zahlung des Kaufpreises erfolgen durch davon getrennte sogenannte „Erfüllungsgeschäfte“ (*Trennungsprinzip*), nämlich die Übereignung der Sache gemäß §§ 873, 925, 929-931 BGB und die Zahlung des Kaufpreises, der als Bargeld wie eine Sache zur Erfüllung gemäß §§ 362, 929 bezahlt wird oder mittels eines Schecks oder Wechsels oder durch Banküberweisung als Leistung an Erfüllung statt gemäß § 364 BGB. Die Übereignung, sowohl beweglicher Sachen als auch von Grundstücken geschieht grundsätzlich abstrakt, ist also auch rechtswirksam, wenn das zu Grunde liegende Kausalgeschäft (z.B. ein Kaufvertrag) rechtsunwirksam ist (Abstraktionsprinzip); die Übereignung von Grundstücken ist sogar *notwendig abstrakt*, kann also nicht unter einer Bedingung erfolgen (§ 925 Abs. 2 BGB). Die Unwirksamkeit des Kaufvertrags oder sonstigen Verpflichtungsgeschäfts hat also grundsätzlich nicht die Unwirksamkeit der zu ihrer Erfüllung erfolgten Rechtsgeschäfte zur Folge, sie können jedoch gemäß § 812 Absatz ein S. 1 BGB kondiziert werden, wenn die Verpflichtungsgeschäfte, die damit erfüllt werden sollten rechtsunwirksam waren (dazu unten IV 1b). Die Übereignung beweglicher Sachen kann allerdings, anders als die notwendig abstrakte Übereignung von Grundstücken auch unter der Bedingung (§ 158 BGB) der Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts, insbesondere auch unter der Bedingung der vollständigen Zahlung des Kaufpreises erfolgen (§ 449 BGB: Eigentumsvorbehalt). Der Kauf einer Sache, deren Übereignung und die Zahlung des Kaufpreises machen daher grundsätzlich drei Rechtsgeschäfte erforderlich, wobei die beiden

---

<sup>69</sup> Zur Entwicklung der *traditio* des römischen Rechts von der bloßen Besitzübergabe zum Rechtsgeschäft in Fällen einer Erfüllung einer *stipulatio* vgl. Kaser/Knütel/Lohsse, Römisches Privatrecht (Fn. 51 Fehler! Textmarke nicht definiert.) § 24.

Erfüllungsgeschäfte grundsätzlich abstrakt, aber jedenfalls kondizierbar sind, wenn der Erfüllungszweck nicht erreicht wird, weil das Verpflichtungsgeschäft nicht rechtswirksam besteht.

### c) Im französischen Recht

Der etwa 100 Jahre vor dem *BGB* (1900) entstandene *Code civil* (1804) definiert dagegen gemäß Art. 1582 den Kaufvertrag (*vente*) als *convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à le payer*. Ein Deutscher ohne Kenntnisse des französischen Rechts würde dies dahingehend übersetzen, dass der Verkäufer *verpflichtet (oblige)* ist, die verkaufte Sache zu leisten (*livrer*) und der Käufer verpflichtet ist, den Kaufpreis zu bezahlen. In einem Recht, in dem es Vertragsfreiheit gibt, und davon geht das französische Zivilrecht aus, muss es aber selbstverständlich auch einen *Realkauf*<sup>70</sup> geben. Anders als nach deutschem Recht begründet der Kaufvertrag nach französischem Recht jedoch grundsätzlich nicht Verpflichtungen des Verkäufers und des Käufers zur Übereignung der verkauften Sache und zur Bezahlung des Kaufpreises, sondern verschafft dem Käufer unmittelbar das Eigentum an der Kaufsache und dem Verkäufer das Recht am Kaufpreis. Der *Code civil* enthält auch keine den §§ 873, 925, 929-931 *BGB* entsprechende Vorschriften zur Eigentumsübertragung, was eine logische Folge des – inzwischen aufgehobenen – Art. 1131 *CC* zu verstehen ist, wonach eine *Obligation sine causa* keine Wirkungen hervorbringen kann<sup>71</sup>: „*L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet.*“ Es heißt lediglich in Art. 711 *CC*, dass Eigentum erworben werden könne „*durch Erbfolge, durch Schenkung unter Lebenden oder durch Testament und auch als Folge von Verbindlichkeiten*“ (*et par l'effet des obligations*). In der Literatur wird der Eigentumsübergang daher erklärt als ein „Mechanismus des Kaufvertrags, welcher den Eigentumsübergang herbeiführt“ („*un mecanisme, qui peut transformer directement le droit*). Letztlich war es also die Regelung des Art. 1131 *CC*, welche ein wirksames Rechtsgeschäft *sine causa* und damit das Trennungs- und Abstraktionsprinzip unmöglich machte.

In der Literatur findet sich allerdings auch die Vorstellung, dass ein Käufer, der mit der gekauften Sache davonrennt ohne zu bezahlen, einen Diebstahl begehe, weil die Sache noch dem Verkäufer gehöre, was freilich mit der Regelung des Art. 1583 *CC* nicht übereinstimmt, worin es heißt, dass ein Kaufvertrag perfekt (*parfait*) ist, „und das Eigentum kraft Gesetzes vom Käufer erworben wird, sobald man über die Sache und den Preis einig geworden ist,

<sup>70</sup> Näheres zum Realkauf nach deutschem Recht unten II 5c.

<sup>71</sup> Dazu *Arne Oeckinghaus*, Kaufvertrag und Übereignung beim Kauf beweglicher Sachen im deutschen und französischen Recht (Berlin 1973) 103 ff.

auch wenn die Sache noch nicht überliefert und der Preis noch nicht gezahlt worden ist.“ Gedacht ist wohl, dass der Eigentumsübergang nur „perfekt“ sein soll, wenn er nicht ohne Rechtsgrund abstrakt, sondern mit Rechtsgrund kausal, also als Handkauf mit Austausch-zweck erfolgt, weil eine Vereinbarung *sine causa* gemäß Art 1131 CC unwirksam sein soll. Schwierigkeiten entstehen auch dann, wenn der Verkäufer etwas verkauft, was er sich selbst erst verschaffen muss (Verschaffungskauf), aber auch schon beim Gattungskauf. Auch die Zahlung per Scheck und Wechsel und Bankanweisungen bedürfen besonderer Konstruktionen zur „Umgehung“ des Abstraktionsprinzips.

Der Code civil kennt allerdings mit Art. 1589 CC noch eine andere Definition des Kaufvertrags, welche lautet: *La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix*. Dies soll auch nach Ansicht jedenfalls einiger französischer Juristen<sup>72</sup> als Versprechensvertrag (*promesse de vente*) verstanden werden, in welchem also sich Käufer und Verkäufer gegenseitig die Leistung einer Sache gegen die Leistung des Kaufpreises versprechen, womit also der jeweils andere noch nicht Eigentümer der Sache oder des Kaufpreises werden würde, diese vielmehr noch irgendwie zur Erfüllung der gegebenen Versprechen aber nicht abstrakt (zur Erfüllung?) übereignet werden müssten<sup>73</sup>, was allerdings insofern Schwierigkeiten aufwirft, als der Code civil keine dem deutschen Recht entsprechende Vorschriften zur Regelung des Eigentumsübergangs enthält. Die Vereinbarung des Eigentumsübergangs musste also aus der „Natur der Sache“, eines Versprechenskaufs entwickelt werden, also für den Fall des Versprechensverkaufs gleichfalls in den Kaufvertrag hineingedacht und der Zeitpunkt des Eigentumsübergangs in entsprechender

---

<sup>72</sup> Die anderen glauben, das „Prinzip“ des Art. 1582 CC müsse auch für Art. 1589 CC gelten und wollen nicht in den (deutschen) Kategorien der §§ 433, 929, 873, 925, 812 BGB denken; zu den diesbezüglichen Rechtsvorstellungen in Deutschland vor dem BGB vgl. *August Bechmann*, Der Kauf nach gemeinem Recht, Bd. 2 1884, S. 55 ff.; anders allerdings schon das Allg. Preuß. Landrecht von 1. 6. 1794, Th. 1 Tit. 5 §§ 1-7; Tit. 11 § 376. Das Rechtsdenken hat sich seit *Karl dem Großen* leider etwas auseinander entwickelt. Auch ein kleiner Grund dafür, warum die „Wiedervereinigung“ zwischen Frankreich und Deutschland so schwer fällt. Jede Kodifikation führt auf längere Zeit zu einem Rechtsstillstand, das war auch in Deutschland nach 1896 nicht anders. Insoweit hat *Savigny* Recht behalten, der zu seiner Zeit dem Vorhaben einer Kodifikation entschieden entgegenstand; vgl. *Friedrich Carl von Savigny*, Vom Berufe unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (Heidelberg 1814), in: Thibaut und Savigny. Ein programmatischer Rechtsstreit aufgrund ihrer Schriften, hrsg. von *Jacques Stern* (Darmstadt 1959).

<sup>73</sup> Dazu *Oeckinghaus* (Fn. 70) 102 f. Freilich heißt „vaut vente“ (gilt als Kauf), weshalb es auch dahin verstanden wird (wurde?), dass das gegenseitige Kaufversprechen als (realer) Kauf gilt, d.h. auch gleichzeitig das Eigentum verschafft, weil es auf Grund Art. 1131 CC eine „abstrakte“ Übereignung nicht geben konnte (dazu oben Fn. 26). Damit wurde der Versprechensvertrag über eine Fiktion wieder zum Realkauf gemacht; was freilich in Fällen des Verkaufs noch nicht hergestellter Sachen auch praktische Schwierigkeiten hervorruft. Vgl. auch Allg.PrLR vom 1. 6. 1794: I 4 §§ 1-4; I 5 §§ 2-4; I 11 § 1 mit einer Definition des Kaufs als Versprechensvertrag.



Anwendung des Art. 1583 CC zum Beispiel auf den Zeitpunkt der Besitzübergabe festgelegt werden.

Letztlich widersprach die Vorschrift des Art. 1131 CC (alte Fassung) schon den Regelungen des römischen Rechts und ist von *Windscheid* in seiner Schrift zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte (Fn 5) unter VIII S. 270-322 schon als verfehlt erkannt und neuerdings auch vom französischen Gesetzgeber zu Recht aufgehoben worden (dazu Fn. 28). Das hat nicht nur weitgehende Folgen für die Änderung des französischen Obligationenrechts, sondern auch allergrößte Bedeutung für den zwischenstaatlichen europäischen Rechtsverkehr und die Bemühungen um eine Vereinheitlichung des europäischen Obligationenrechts.

#### d) Zum Verhältnis von Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäften

Erkennt man an, dass es etwas Verschiedenes ist, ob durch einen Kaufvertrag zwischen Verkäufer und Käufer der Käufer sofort Eigentümer geworden ist oder ob der Verkäufer nur verpflichtet ist, dem Käufer das Eigentum zu verschaffen und dieser berechtigt ist, es zu fordern, so ist auch klar, dass zwischen einem Verpflichtungs- und einem Verfügungsgeschäft (der Eigentumsübertragung) zu unterscheiden ist. Beide Rechtsformen sind denkbar, der Realvertrag als unmittelbarer Tausch von Ware und Geld ist sicherlich die ältere Form, der aber auch heute noch große praktische Bedeutung, insbesondere beim Einkauf in einem Supermarkt zukommt, wo an der Kasse Geld und Ware ohne vorher gegebenes Leistungsversprechen ausgetauscht werden (dazu unten II 5c). Mit dem schon in der Antike aufgetretenen Erfordernis des *Verschaffungs-* und *Distanzkaufs* ist jedoch die Notwendigkeit eines Versprechenskaufs in Erscheinung getreten, in welchem Käufer und/oder Verkäufer nicht sofort liefern oder leisten können, aber dazu verpflichtet sein sollen. Seither kann und muss – wenn ein unmittelbarer Austausch von Ware und Geld nicht möglich ist – für diese Fälle zwischen dem Verpflichtungsgeschäft des Kaufvertrags und dem Erfüllungsgeschäft der Verschaffung des Eigentums an der Kaufsache und der Zahlung des Kaufpreises unterschieden werden (*Trennungsprinzip*). Nach dem *Abstraktionsprinzip* ist die Eigentumsübertragung (oder ein sonstiges Verfügungsgeschäft, z.B. eine Forderungsabtretung) auch dann rechtswirksam, wenn das zu Grunde liegende Verpflichtungsgeschäft rechtsunwirksam war.<sup>74</sup> Diese Abstraktion geschieht nach deutschem Recht sowohl von der *Zweckvereinbarung* als auch

<sup>74=74</sup> Jürgen F. Baur/Rolf Stürner, Sachenrecht (18. Aufl., München 2009) § 5 Rz. 40 ff., § 51 Rz. 1 ff.; Oeckinghaus, Kaufvertrag und Übereignung (Fn. 71; H. Ehmann FS Stathopoulos (Fn. 17) 585 ff.

von der *Zweckerreichung*.<sup>75</sup> Das Verfügungsgeschäft ist in solchem Falle aber mangels eines *Rechtsgrundes* (wegen Nichterreicherung des vereinbarten Erfüllungszwecks) gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 BGB kondizierbar.<sup>76</sup> Nach dem Kausalitätsprinzip bleibt das Verfügungsgeschäft von der Rechtswirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts dagegen kausal abhängig, wie in einem *Realvertrag* oder ebenso wie wenn es unter der Bedingung (§ 158 BGB) des Bestehens der vertraglichen Verpflichtung abgeschlossen worden wäre; nach deutschem Recht ist allerdings die *bedingte* Übereignung eines Grundstücks gemäß § 925 Abs. 2 BGB rechtsunwirksam. Denkbar ist es schließlich auch, die Abstraktion des Verfügungsgeschäfts auf die Zweckerreichung zu beschränken<sup>77</sup> und die Wirksamkeit der Eigentumsübertragung allein von der Zweckvereinbarung zu abstrahieren.<sup>78</sup> Im Falle eines Dissenses in der Zweckvereinbarung ist auch keine Erfüllung eingetreten.<sup>79</sup>

## 5. Der Austauschzweck

### a) Von der realen Schenkung zum Tauschvertrag

Bis zur sensationellen Untersuchung von *Marcel Mauss*<sup>80</sup> über die Form und Funktion des Güteraustausches in archaischen Gesellschaften hat man geglaubt, dass dies – vor der Erfindung des Geldes – in Form des bewussten realen Tausches geschehen sei. Seit der Veröffentlichung von *Mauss* glauben wir jedoch zu wissen, dass der Tausch von Gütern ursprünglich in Form des „Austauschs von Geschenken“ geschehen ist, wobei gegebene Geschenke aber „moralisch“ zu „Gegengeschenken“ (der Begriff ist an sich ein Widerspruch in sich) verpflichtet, deren Unterlassen zu Feindseligkeiten und in Fällen von Geschenken an benachbarte

<sup>75=78</sup> Vgl. dazu unten II 7a und b sowie III.

<sup>76=75</sup> Dazu unten IV 2 a. Anders, aber unrichtig *Ernst Stampe*, Grundriss der Wertbewegungslehre (1. Teil Tübingen 1912; 2. Teil Tübingen 1919). Auf dieser Wertbewegungslehre *Stampes* beruht auch die Erfüllungslehre seines Schülers *Gustav Boehmer*, Der Erfüllungswille (München 1910), wonach Rechtsgrund nicht die Erreichung des vereinbarten Zwecks sein soll, sondern das Bestehen irgendeiner Forderung, die nach objektiven Grundsätzen bestimmt werden soll. *Larenz* übernahm diese Irrlehre und nannte sie "Theorie der realen Leistungsbewirkung"; dazu unten III.

<sup>77</sup> So *Kreß*, Allgemeines Schuldrecht (Fn. 33) 48 f. mit Fn. 36; dazu auch *Savigny*, Obligationenrecht II (Fn. 3) § 78, 255 f.; ferner *H. Ehmman*, Gesamtschuld (Fn. 17) 156 ff. mit weiteren Nachweisen.

<sup>78=76</sup> Vgl. die Antinomie zwischen *Julian* D. 41,1,36 (13 *digestorum*) und *Ulpian* D. 12,1,18 pr. (7 *disputationum*) zu der Frage, ob Eigentum übergeht, wenn jemand Geld gibt in der Absicht, es zu schenken, der Empfänger es aber als Darlehen annimmt; dazu *Savigny*, Obligationenrecht II (Fn. 3) § 78, 255 f.; *Günther Jahr*, Zur iusta causa traditionis, ZRG RA 80 (1963) 141-174. – Im Grundstücksrecht wurde durch § 925a das Vorhandensein einer *causa* zur tatsächlichen Voraussetzung für die Entgegennahme der Auflassung, dazu *Horst Ehmman*, Die Funktion der Zweckvereinbarung bei der Erfüllung, JZ 1968, 549-556, 551, Fn. 11; Gesamtschuld (Fn. 17), 147 f., 160 f.; JZ 2003, 702, 707 f..

<sup>79=79</sup> Dazu unten III 1.

<sup>80</sup> *Marcel Mauss*, Die Gabe. Form und Funktion des Austauschs in archaischen Gesellschaften (2. Aufl. Frankfurt 1968); vgl. dazu den Beitrag von Arnaud Paturet in diesem Band.

Sippen oder Stämme zu kriegerischen Auseinandersetzungen führen konnte, was natürlich auch als Sanktion wegen Nichterfüllung der gebotenen Gegenleistung verstanden werden kann. „Gegen-Geschenke“ waren also – und sind es teils heute noch (vor allem Weihnachts- und Geburtstagsgeschenke im Rahmen der Familie und darüber hinaus) – Voraussetzung für inneren und äußeren Frieden. Die weitere Entwicklung des Gütertausches hat jedoch zunächst zu „realen Tauschverträgen“ von Ware gegen Ware (zum Beispiel Pelze gegen Salz) und erst in der weiteren Rechtsentwicklung zu rechtswirksamen gegenseitigen Versprechungsverträgen geführt (vgl. Th. I Tit. V §§ 2-4; Th. I Tit. XI § 1 AllgPrLR).

### b) Vom Realkauf zum Versprechenskauf

Im römischen Recht ist der Kaufvertrag (*emptio venditio*) ursprünglich ein Realkontrakt, wobei in diesem römischen Doppelbegriff schon zum Ausdruck kommt, dass mit Kauf und Verkauf zwei (gegenseitige) Leistungen erfasst werden. Ein wirksames Leistungsversprechen bedurfte ursprünglich jedoch einer *stipulatio*. In späterer Zeit konnte der Kaufpreis allerdings auch gestundet werden und daraus entwickelte sich im Laufe der Zeit der formfreie gegenseitige Versprechenskauf.<sup>81</sup> Weil die Römer aber noch keinen Begriff dafür hatten, was wir heute „Austauschzweck“ nennen, haben sie einen griechischen Begriff benutzt, *quod graeci συνάλλαγμα vocant*.<sup>82</sup> Wo ein Synallagma vereinbart war und eine Partei bereits vorgeleistet hatte, konnten sie daher auch außerhalb des bestehenden *numerus clausus* von Vertragstypen (*emptio – venditio, locatio – conductio, societas, mandatum*<sup>83</sup>) auf die versprochene Gegenleistung klagen. Obwohl schon *Baldus* (1327-1400) auf der Grundlage der aristotelischen Kausalitätslehre erkannt hatte<sup>84</sup>, dass auch eine *causa tacita* als „ausdrücklich erklärt“ verstanden werden konnte, wenn ein Leistungsversprechen erkennbar mit der Absicht verbunden war, eine gleichwertige Gegenleistung zu erhalten (*causa finalis*), welche die gegenseitigen Leistungsversprechen rechtsverbindlich macht, haben die altrömischen Vorstellungen doch noch die Kritik *Lenels* an *Windscheids* „Voraussetzungslehre“ beherrscht und wirken bis heute als Vorbehalt gegen die zur Zwecklehre gewordene *causa*-Lehre nach.<sup>85</sup>

<sup>81</sup> *Kaser/Knütel/Lohsse*, Römisches Privatrecht (Fn. 51 **Fehler! Textmarke nicht definiert.**) § 41 I. Aufgrund des Niedergangs des weströmischen Reiches wuchs auch das Misstrauen im Privatrechtsverkehr und die Errungenschaft des Versprechensverkaufs ging wieder verloren. Die Rechtspraxis fiel in den Barkauf zurück.

<sup>82</sup> Dazu oben I 2 zur Herkunft und Problematik der römischen Begriffe Synallagma, Causa und seiner Synonyme sowie unten V zum genetischen und funktionellen Synallagma.

<sup>83</sup> Zum Mandat unten Fn. 45.

<sup>84</sup> Dazu oben I 3 (bei Fn. 17).

<sup>85</sup> *H. Ehmman*, FS Stathopoulos (Fn. 17) 585 ff.

Der Durchbruch durch den römischen Typenzwang hinsichtlich schuldrechtlicher Leistungen und Leistungsversprechen gelang erst mit dem Werk von *Hugo Grotius*.<sup>86</sup> Er begründete die Rechtsverbindlichkeit eines gegenseitigen Leistungsversprechens zunächst mehr *theologisch* damit, dass die Pflicht der Erfüllung des Versprechens eine Folge der Gerechtigkeit sei, die sowohl *Gott* als *allen vernünftigen Wesen* gemeinsam wäre. Diese Vorstellung ergänzte *Grotius* jedoch mit einer *rationalen Begründung*, wonach *drei Grade des Versprechens* zu unterscheiden seien: 1. ein zwar *ernsthaftes Versprechen*, aber ohne die Absicht, auf diesem Willen zu beharren, weil jeder Mensch auch das Recht habe, seinen Willen zu ändern; 2. ein Versprechen mit der *festen Absicht*, auf diesem Willen zu *beharren*, was als *pollicitatio* (Gelübde) zu verstehen sei, woraus aber für den Versprechensempfänger *noch kein Recht* entstehe (*sed ius alteri non dat*); die Willensbindung der *pollicitatio* bestehe also nur vor sich selbst, sei bloß von „moralischer Art“; 3. ein Versprechen, dessen Willenserklärung *ein Zeichen* hinzutritt, wonach dem anderen ein Recht übertragen werden soll (*accedit signum ius proprium alteri conferre*); dieses sei das „vollkommene Versprechen“ (*perfecta promissio*), das die gleiche Wirkung habe, wie die Veräußerung des Eigentums (*alienatio domini*), denn es sei entweder der Weg zur Veräußerung des Eigentums oder die Veräußerung eines Teils unserer Freiheit (*alienatio particulae nostrae libertatis*).

Zum Begriff des „vollkommenen Versprechens“ und seiner rechtlichen Verbindlichkeit werden von *Grotius* eine Reihe weiterer Voraussetzungen aufgestellt,<sup>87</sup> die heute den allgemeinen Regeln der Rechtsgeschäftslehre zugerechnet werden. Sind diese Voraussetzungen gegeben, so sind die Verträge für *Grotius* nach Naturrecht gültig, ohne Rücksicht auf den Form- und Typenzwang des römischen Rechts, denn die unbenannten Verträge (*Innominatcontracte*) seien nicht weniger natürlich und nicht weniger alt.<sup>88</sup> In diesen von *Grotius* aufgestellten Voraussetzungen rechtswirksamen Versprechens sind unverkennbar die „Bausteine“ enthalten, die über die Naturrechtsgesetzbücher (Allgemeines Preußisches Landrecht, Code Napo-

<sup>86</sup> *Hugo Grotius*, *De iure belli ac pacis* (Amsterdam 1651) lib. II cap. 11 § 4 (221); dazu *Söllner* ZRG RA 77 (1960) 182, 253; *Klaus-Peter Nanz*, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert* (München 1985) 54; *H. Ehmman*, FS Stathopoulos (Fn. 17) 585 ff. Siehe dazu außerdem die Beiträge von *Schermaier* und *Kowalski* in diesem Band.

<sup>87</sup> Vgl. II, 11 §§ 5-22: 1. der Gebrauch der Vernunft, weshalb Kinder und Blödsinnige nicht wirksam versprechen können (§ 5); 2. Irrtumsfreiheit des Versprechenden (§ 6 Abs. 1); 3. dass der Versprechende nicht durch Furcht genötigt war (§ 7); 4. dass die versprochene Sache dem Versprechenden gehört (§ 8); 5. dass nicht zu unrechtem Zweck versprochen wird, zum Beispiel zur Begehung eines Mordes oder als Dirnenlohn (§ 9); 6. dass das Versprechen vom Versprechensempfänger angenommen wird (*acceptatio*, § 14); 8. dass die Annahme dem Versprechenden bekannt wird oder er einverstanden damit ist, dass das Versprechen mit der Annahme verbindlich wird (§ 15); 9. bedingte Versprechen.

<sup>88</sup> Dazu *H. Ehmman*, FS Stathopoulos (Fn. 17) 590; *Nanz*, *Vertragsbegriff* (Fn. 86). 141 ff.

leon, österreichisches ABGB) und über die Pandektistik bis heute die allgemeine Rechtsgeschäfts- und Vertragslehre der europäischen Rechtsordnungen, wenn auch mit einigen Verschiedenheiten beherrschen. Schwer verständlich ist jedoch, dass *Grotius* die Wirksamkeit der gegenseitigen Willenserklärungen mehr aus der Art (Form) der Äußerung des „inneren Willens“ des Versprechenden und nicht darin erkennen wollte, dass das Versprechen *in der Absicht* abgegeben wurde, dass der Versprechensempfänger ihm die *Gegenleistung verspricht*, wo doch die Absicht eines jeden vor allem darauf gerichtet ist, dass der andere auch sein Versprechen einhält und die Gegenleistung erbringt (*do ut des; quod graeci συνάλλαγμα vocant*), was zur notwendigen Voraussetzung hat, dass beide Vertragspartner verpflichtet sind und *sich im eigenen Interesse verpflichtet* fühlen, ihre *Versprechen einzuhalten*, damit der andere auch sein Versprechen einhält.

Der richtig verstandene *Grund* der Wirksamkeit gegenseitiger vertraglicher Versprechen kommt im griechisch-römischen *Synallagma* und im deutschen Begriff „Austauschzweck“ jedenfalls besser zum Ausdruck als im *signum* von *Grotius*. Der Rechtsgrundsatz, dass Verträge zu halten sind, ist zwar auch eine Frage der Moral (*du sollst nicht lügen*), aber letztlich ein durch *harte wirtschaftliche* und sonstige *existenzielle Interessen* geprägtes auf der *Grundlage des Egoismus* entwickeltes Prinzip, das aber auch dem jeweils anderen Vertragspartner dient und daher allen Mitgliedern einer Rechts- und Wirtschaftsgemeinschaft gleichermaßen nützlich ist und deshalb in allen rechtsstaatlichen Gemeinschaften höchste und ganz allgemeine Anerkennung gefunden hat, in denen die *freie Entfaltung der Persönlichkeit* und *Privateigentum* (Art. 2 Abs. 1 und 14 GG) gewährleistet sind. Eine *freiheitliche Vertragsordnung* setzt die *Maxime pacta sunt servanda* notwendigerweise voraus. Nur wer in einer Vereinbarung selbst *sein Wort hält*, kann vom anderen erwarten und verlangen, dass auch dieser *sein Wort hält*. Letztlich beruht alles menschliche Recht nicht auf Gottes Willen und schon gar nicht auf irgendwelchen Ideologien, sondern auf menschlicher Vernunft. *Quod graeci συνάλλαγμα vocant, do ut des*; das ist einfach, klar und vernünftig.

### c) Der Realkauf im BGB

Der Realkauf hat zwar im BGB keine Regelung gefunden, denn mit den §§ 433 ff. BGB ist nur der *Versprechenskauf* geregelt worden\*<sup>88a</sup>. Bei den Beratungen des Kaufrechts in der *2. Kommission* war jedoch die Regelung beantragt worden:

„Wird ohne vorherigen Kaufvertrag eine Sache gegen Geld ausgetauscht, so finden die Vorschriften über den Kaufvertrag insoweit Anwendung, als sie sich nicht auf die Verpflichtung der Parteien zur Übergabe der Sache und zur Zahlung des Kaufpreises beziehen“.

Der Antrag wurde zwar abgelehnt, aber mit der Begründung:

„[E]s werde einem Zweifel nicht unterliegen, daß die Vorschriften, welche in der vorgängigen obligatorischen Verpflichtung ihren Grund haben, auf den Handkauf keine Anwendung finden können, daß dagegen die Vorschriften, welche lediglich in der Entgeltlichkeit der *causa* sich gründen, wie die Haftung für Entwehrung und Mängel, auch für den Realkauf gelten müßten“.<sup>89</sup>

Der BGB-Gesetzgeber ist also davon ausgegangen ist, dass an der Wirksamkeit eines unmittelbaren Austauschs von Ware gegen Geld keine Zweifel bestehen können, weil kein Grund ersichtlich ist, welcher die Vertragsfreiheit dahingehend wirksam beschränken könnte.

Wenn heute ein Käufer in einem Supermarkt die einzelnen Kaufgegenstände an der Kasse auf das Laufband vor der Kassiererin legt und in die eigene Tasche packt, wenn diese die Preise in die Kasse eingetippt hat, und der Käufer anschließend den zusammen addierten Kaufpreis bezahlt, so ist nach den Vorstellungen des BGB-Gesetzgebers weder ein Kaufversprechen des Verkäufers noch ein Geldversprechen des Käufers abgegeben worden, auch nicht stillschweigend, vielmehr das ausgesuchte Warensortiment gegen den addierten Kaufpreis getauscht worden. Auch für einen solchen Realkauf gelten selbstverständlich die Gewährleistungsrechte der §§ 437 ff. BGB<sup>90</sup> Dagegen *widersprechen* die Vorstellungen von *Larenz* über den Realvertrag den Erfordernissen der Praxis, der geschichtlichen Rechtsentwicklung und auch dem Willen des BGB-Gesetzgebers und sind schlicht falsch.<sup>91</sup>

---

\*88a Auch das Allgemeine Preußische Landrecht geht, anders als der Code civil, schon vom Versprechenskauf aus: Th. I Tit. XI § 1 ALR.

<sup>89</sup> Protokolle II 54 = Mugdan II, Materialien des BGB, Berlin 1899, 767.

<sup>90</sup> Zu den sonstigen Besonderheiten und Problemen der Realkontrakte und ihres Unterschiedes zu Versprechensverträgen vgl. *Kreß*, Allgemeines Schuldrecht (Fn. 33) § 7 Nr. 1 und 2, 83-91.

<sup>91</sup> Vgl. *Karl Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts. Besonderer Teil (9.-13. Aufl. München 1962-1986), hier: 13. Aufl. 1. Halbbd., § 39 II a, 12; § 47 I, 200; § 50, 293 f. meint, beim Handkauf werde der *Wille*, sich zur Eigentumsübertragung zu verpflichten, dem Verkäufer *von der Rechtsordnung zugerechnet* (S. 12); Larenz meint also, dass die Rechte aus einem Kaufvertrag nicht aufgrund eines dahingehenden Willens der Vertragsparteien, sondern kraft Gesetzes als „objektives Recht“ entstehen. Nach diesen Rechtsvorstellungen sollen die Rechte und Pflichten eines Vertrags grundsätzlich nicht durch den Willen der vertragsschließenden Parteien begründet werden, sondern kraft Gesetzes entstehen, z.B. die Rechte und Pflichten aus den §§ 433 ff. BGB aufgrund der Tatsache, dass die Parteien sich geeinigt haben, eine bestimmte Sache für einen Preis zu überlassen und es auch tun. Die gesetzlichen Regelungen der §§ 433 ff. sollen nach dieser Lehre in Kraft treten, wenn das Handeln der Parteien die Voraussetzungen der Definition des § 433 erfüllen, nicht anders als wenn A dem B auf den Kopf schlägt mit der Folge eines Schadensersatzanspruches des A gegen B aus § 823 BGB. Bei der Handschenkung, entstehe keine Verpflichtung des Schenkers (S. 200); anderes sei es wiederum bei der Leihe, wo wie bei der Miete, wenn die Übergabe der Sache vorausgehe, der Verleiher ebenso wie der Vermieter zur Übergabe (kraft Gesetzes) verpflichtet werde (S. 294). Die vertraglichen Pflichten eines Verkäufers oder Käufers ergeben sich aber nicht *nach* oder *aus* den Regeln des BGB, sondern grundsätzlich aus den Vereinbarungen der Parteien. Gegen die Vorstellungen von *Larenz* zutreffend schon *Oeckinghaus* (Fn. 70), 65 ff. Zu den Grundlagen des Zivilrechtsverständnisses von *Larenz* vgl. insbes. *Bernd Rütters*, Die unbegrenzte Auslegung (Fn. 19), insbes. S. 491-498 mit weiteren Nachweisen.

## 6. Der Liberalitäts- oder Unentgeltlichkeitszweck

Vom zum Liberalitäts- oder Unentgeltlichkeitszweck erweiterten Schenkungszweck ist oben<sup>92</sup> schon alles Wesentliche gesagt worden, auch dass diesem noch atypische Zwecke (z.B. der Ausstattungszweck<sup>93</sup>) angefügt werden können. Hinzuzufügen bleibt, dass ein Leistungsversprechen auch nicht deshalb ein unentgeltliches Versprechen oder gar ein Schenkungsversprechen ist, weil es nicht gegen ein anderes Leistungsversprechen ausgetauscht wird, sondern gegen eine sofortige tatsächliche Leistung oder ein Rechtsgeschäft, das nicht rechtswirksam versprochen wird oder werden kann. Das ist allerdings bestritten worden und musste höchstrichterlich geklärt werden.

Im schon oben zitierten Gutsherren-Fall<sup>94</sup>, in welchem ein Gutsherr, der eine Magd geschwängert hatte, einem Knecht 3000 Mark für die Heirat und 300 Mark Unterhalt pro Jahr für das Kind versprochen hatte, wenn er die Magd heiratet. Der Knecht hat die Heirat versprochen, die Magd auch geheiratet, der Gutsherr aber die Zahlung verweigert, weil sein Zahlungsverprechen als „Schenkungsversprechen“ der Form notarieller Beurkundung bedurft hätte und also rechtsunwirksam gewesen sei. Das Landgericht und das Oberlandesgericht Celle haben mit dieser Begründung die Klage auch abgewiesen, das Reichsgericht aber die Entscheidung zu Recht aufgehoben mit der Begründung, das Versprechen sei nicht unentgeltlich gewesen, wenn der Knecht die Heirat versprochen und die Magd auch tatsächlich geheiratet habe: „Die Parteien sind sich nicht über die Unentgeltlichkeit der Mitgift einig gewesen, sondern ihre Vereinbarung hatte in solchem Fall gerade den entgegengesetzten Inhalt“. Das Reichsgericht hat zutreffend erkannt: Der Gutsherr hatte das Geld versprochen für die Tat- und Rechtshandlung der Heirat und der Knecht hat diese Gegenleistung erbracht und ist dadurch zum Unterhalt des Kindes verpflichtet worden, das nach der Heirat geboren wurde (§ 1591 a.F BGB); das wollte der Gutsherr sich wohl auch ersparen.

## 7. Die Abwicklungszwecke

### a) Die geschlossene Zahl von vier Abwicklungszwecken

Wie oben I 1 b-e dargelegt mussten die *causa aquirendi, donandi und solvendi* etwas erweitert werden, um eine geschlossene Zahl von Leistungszwecken bilden zu können. Auch der Austausch-, der Unentgeltlichkeits- und Abwicklungszweck bleiben aber eine geschlossene Zahl. Der Erfüllungszweck bedarf jedoch der Erweiterung zum Abwicklungszweck, weil

<sup>92</sup> Vgl. I 1; II 2a.

<sup>93</sup> Vgl. zum Ausstattungszweck oben II 2d.

<sup>94</sup> RGZ 62, 273 - Gutsherrenfall; dazu oben Fn. 56 und unten Fn. 172.

ein Schuldverhältnis nicht nur durch eine Erfüllungsleistung gemäß §§ 362 ff. BGB zum Erlöschen kommen, sondern auch noch in drei anderen Formen *abgewickelt* werden kann: nämlich durch *Erläss* (§ 397 BGB), durch *Vergleich* (§ 779 BGB) sowie durch *Sicherheitsleistung* (Pfandrecht, Sicherungsübereignung u.a.) und deren Verwertung.

Der Abwicklungszweck erfasst also außer 1. dem Erfüllungszweck, dem Rechtgrund der Erfüllungsleistungen gemäß §§ 362 Abs. 1 u. 2, 267, 364 Abs. 1 u. 2 BGB, 2. die Rechtsgründe für den *Erläss* und 3. für den *Vergleich* im Wege gegenseitigen Nachgebens sowie 4. den Rechtsgrund für *Sicherungsleistungen*, deren Verwertung als Leistungen *an Erfüllung statt* gemäß § 364 Abs. 1 BGB verstanden werden können. Sonstige *Vertragsänderungen*, zum Beispiel die Vereinbarung eines *anderen Orts* oder einer *anderen Zeit der Leistung*, bedürfen zwar auch einer Vereinbarung der Vertragspartner, sind aber keine Leistungen oder Leistungsversprechen und bedürfen daher keines rechtlichen Grundes. *Unentgeltliche* Leistungsversprechen, die als Schenkungsversprechen zu verstehen sind, bedürfen jedoch stets der Form des § 518 Abs. 1 BGB, also der notariellen Beurkundung. Ein *unentgeltlicher Erläss* bedarf jedoch nicht nur der *notariellen Beurkundung*, wenn er zuerst versprochen wird, sondern auch dann, wenn er als Realakt sofort vollzogen wird, weil dann Erlässversprechen und sein Vollzug eine Einheit im Sinne des § 139 BGB bilden.<sup>95</sup> Einen „einseitigen“ oder „*unentgeltlichen Vergleich*“ gibt es nicht, § 779 setzt ganz bewusst ein „*gegenseitiges Nachgeben*“ voraus.

Wird daher mit einer *Vertragsänderung* eine bestehende Verpflichtung ganz oder teilweise erhöht oder erlassen oder eine neue Forderung innerhalb des Rahmens des bestehenden Rechtsverhältnisses begründet, werden also mit solchen „Änderungen“ Leistungen erbracht oder versprochen oder ganz oder teilweise erfüllt oder abgewickelt, so bedürfen die Änderungen gleichfalls eines rechtlichen Grundes, der zumindest aus einem der drei typischen Zwecke (Austausch, Unentgeltlichkeit oder Abwicklung) bestehen muss.<sup>96</sup> Besteht die „Änderung“ in einem *unentgeltlichen Leistungsversprechen*, so bedarf sie stets auch der Form des § 518 Abs. 1 BGB; näheres dazu unten 7b (3) und 7e.

<sup>95</sup> Dazu unten Fn. 112 mit weiteren Nachweisen.

<sup>96</sup> *Kreß*, Allgemeines Schuldrecht (Fn. 33) 147 mit Fn. 3, 148, 169.



## b) Der Erfüllungszweck

Eine Forderung wird grundsätzlich erfüllt, wenn der Schuldner die geschuldete Leistung zum Zwecke der Erfüllung tatsächlich erbringt und der Gläubiger die Leistung zu diesem Zwecke annimmt. Im deutschen Recht ist allerdings die Frage umstritten, ob es zur Erfüllung außer der Erbringung der geschuldeten Leistung auch noch einer Erfüllungszweckvereinbarung bedürfe oder Erfüllung allein dadurch bewirkt wird, dass der Gläubiger vom Schuldner „objektiv erkennbar“ die geschuldete Leistung erhält. Es wird behauptet, einer Zweckbestimmung des leistenden Schuldners oder gar einer Vereinbarung des Erfüllungszwecks zwischen Gläubiger und Schuldner bedürfe es grundsätzlich nicht. Auch werde der Rechtsgrund der Leistung nicht durch die Erfüllungszweckvereinbarung gebildet, bestehe vielmehr in der Forderung, die damit erfüllt werde. Das ist unhaltbar, denn die Erfüllung einer Forderung setzt voraus, dass die Zahlung zur Erfüllung dieser Forderung erfolgte und vom Gläubiger auch zu deren Erfüllung angenommen wurde. Die Zweckerreichung, also die Erfüllung der Forderung setzt die Zweckvereinbarung voraus. Richtig ist daher nur, dass in den Fällen, in denen ein Schuldner dem Gläubiger nur zu einer einzigen Leistung verpflichtet ist und genau diese Leistung auch erbringt, es in aller Regel keiner besonderen, gar ausdrücklichen Vereinbarung bedarf, wenn es offensichtlich ist, dass die Leistung zum Zwecke der Erfüllung erbracht und auch angenommen wird. Der Erfüllungszweckvereinbarung kommt jedoch auch die Funktion der *iusta causa traditionis* zu, denn nach richtiger Ansicht abstrahiert, wie oben dargelegt, die Eigentumsübertragung von beweglichen Sachen im Zweifel nur von der Zweckerreichung, also vom Bestehen der Schuld, die erfüllt werden sollte, aber nicht von der Zweckvereinbarung. Die einzelnen Erfüllungstatbestände und ihre Problematik werden ihrer großen Bedeutung wegen unter III 1 und 2 gesondert und ausführlicher dargestellt; ebenso die bereicherungsrechtlichen Folgen fehlgeschlagener Erfüllungsleistungen unter IV 1 u. 2.

## c) Vergleich und Erlass

### **(1) Der Vergleichszweck: Austauschzweck mit angestaffelem Abwicklungszweck**

In Fällen, in denen Vertragspartner zu der Erkenntnis kommen, dass ihre vertraglichen Vereinbarungen ihren mit dem Vertrag verfolgten Absichten nicht mehr genügen oder Zweifel oder gar Streitigkeiten über das bestehende Schuldverhältnis entstanden sind, können und sollten sie gemäß § 779 BGB „im Wege gegenseitigen Nachgebens“ die vorherigen Vereinbarungen vergleichsweise neu und sachgerecht regeln. Ein Vergleich ist aufgrund des *gegenseitigen Nachgebens* ein vom *Austauschzweck* beherrschter Vertrag. Dem Austauschzweck des

Vergleichs ist jedoch ein *Abwicklungszweck* angestaffelt, weil der Austausch (das gegenseitige Nachgeben) zum Zwecke der Beilegung des Streits oder der Ungewissheit eines bestehenden Rechtsverhältnisses erfolgen soll.<sup>97</sup> Daher gelten für den Vergleich nicht nur die Regeln des genetischen und funktionellen Synallagmas (§§ 320-325 BGB)<sup>98</sup>, wenn der jeweils andere Teil sein Vergleichsversprechen nicht erfüllt. Der Vergleich ist vielmehr auch dann unwirksam, wenn der damit zugleich erstrebte (dem Austauschzweck angestaffelte) Abwicklungszweck nicht erreicht wird, wenn also der zu Grunde gelegte Sachverhalt der Wirklichkeit nicht entspricht und der Streit oder die Ungewissheit bei Kenntnis der Sachlage nicht entstanden sein würde (§ 779 Abs. 1 HS 2 BGB), z.B. eine streitige Forderung, wie sich später herausstellt, tatsächlich rechtsunwirksam war.

## **(2) Der Zusammenhang zwischen dem Vergleich und dem verglichenen Schuldverhältnis**

In einem Vergleich bleiben also die unstrittig gebliebenen Teile des ursprünglichen Vertrags (*caput non controversum*) bestehen und der streitige Teil (*caput controversum*) wird durch neue Regelungen ersetzt. Stellt sich später jedoch heraus, dass *Regelungen des vorherigen Vertrags*, die nicht Gegenstand des Streites der Parteien waren, im Vergleich auch nicht geändert wurden, aus irgendeinem Grunde *unwirksam* sind, so sind auch die im Vergleich getroffenen neuen Regelungen gemäß § 779 BGB *rechtsunwirksam*, „wenn der nach dem Inhalt des Vertrags als feststehend zu Grunde gelegte Sachverhalt der Wirklichkeit nicht entspricht und der Streit oder die Ungewissheit bei Kenntnis der Sachlage nicht entstanden sein würde.“ Die Wirksamkeit der Vergleichsregelung bleibt also von den außerhalb des Streits der Parteien gebliebenen wesentlichen Regelungen des durch den Vergleich „aufgehobenen“ vorherigen Vertrags *kausal abhängig*.<sup>99</sup> Deren Wirksamkeit ist damit zur Bedingung der neu geschaffenen Regelungen geworden, besteht insofern also fort. Im Vergleich wird das damit „aufgehobene“ Rechtsgeschäft also teilweise *vernichtet* und teilweise *bewahrt*, weil es *Rechtsgrundlage* des Vergleichsgeschäfts bleibt.

<sup>97</sup> Kreß, Lehrbuch des Besonderen Schuldrechts (München 1934) § 29.

<sup>98</sup> Dazu unten V.

<sup>99</sup> Kreß, Allgemeines Schuldrecht (Fn. 18) 148, 466.

Das gegenseitige Nachgeben darf aber nicht nur als gegenseitiger Austausch von Erlassverträgen (§ 397 BGB) verstanden werden,<sup>100</sup> denn das Nachgeben kann auch in der Zustimmung zur Begründung neuer Forderungen des jeweils anderen bestehen.<sup>101</sup> Der Vergleich kann auch in der Klärung eines einzelnen Anspruchs bestehen; zum Beispiel über die Höhe eines aufgrund eines Verkehrsunfalls entstandenen einzelnen Schadensersatzanspruchs. Ist der Gläubiger G der Auffassung, dass der Schuldner S ihm aus welchem Rechtsgrund auch immer 500 Euro schuldet, S dagegen der Meinung, dass er nur 100 Euro schuldig sei, so können sie sich „im Wege gegenseitigen Nachgebens“ auf die Zahlung von 300 Euro verständigen, dann müsste S 200 Euro mehr zahlen und G würde 200 Euro weniger erhalten, müsste also dem G 200 Euro erlassen. Zu Unrecht wird jedoch behauptet, S sei an den Vergleich nicht gebunden, wenn er nachweisen könne, dass die anfänglich behauptete Forderung des G niemals in Höhe von 500 €, sondern allenfalls in Höhe von 400 € gerechtfertigt gewesen sei<sup>102</sup>. Wenn G jedoch 1000 gefordert hätte, hätte S sich sicherlich nicht auf einen Vergleich in Höhe von 550 eingelassen, es bleibt daher stets das Risiko dessen, der zu viel verlangt, dass kein Vergleich zustande kommt und wer zu viel nachgibt, ist gemäß § 138 BGB nur gegen Sittenwidrigkeit und Wucher geschützt. Und ein magerer Vergleich ist für die Parteien nicht nur meist besser als ein fetter Prozess, sondern steht auch unter dem Grundsatz *pacta sunt servanda* und wenn S sich auf der Grundlage einer Forderung des G i.H.v. 500 € auf einen Vergleich i.H.v. 200 € eingelassen hat, so ist er auch daran gebunden, solange keine Rechts- oder Sittenwidrigkeit gegeben ist.

### (3) Erlass und Erlassversprechen im Rahmen eines Vergleichs

Das BGB regelt in § 397 BGB nur das abstrakte Verfügungsgeschäft des Erlasses. Wie jedes abstrakte Verfügungsgeschäft bedarf jedoch auch der Erlass eines rechtlichen Grundes und ist mangels eines Rechtsgrundes kondizierbar<sup>103</sup>. Zumeist erfolgt ein Erlass im Rahmen eines Vergleichs gemäß § 779 BGB „im Wege gegenseitigen Nachgebens“, also mit Austauschzweck, so dass die Wirksamkeit des Erlasses von der Gegenleistung des anderen abhängig ist und der Erlass des einen nur wirksam ist, wenn auch der andere entsprechend nachgibt, sei

<sup>100</sup> *Kreß*, Allgemeines Schuldrecht (Fn. 18) 169.

<sup>101</sup> Zum Beispiel in der Erklärung: Ich überlasse dir eine Forderung in Höhe von 3000 Euro, wenn du mir zumindest 3000 Euro dafür bezahlst, dass ich dir zusätzlich eine bestimmte Sache liefere.

<sup>102</sup> Vgl. das Vergleichsbeispiel oben II 2d vor Fn 55 und dazu *Bork*, Der Vergleich, Berlin 1988, S. 110 ff; dazu *E. Ehmann*, Schuldanerkenntnis (Fn. 28) 115 mit weiteren Nachweisen.

<sup>103</sup> *Mugdan II* (Fn. 89), 63 = Motive II, 115; *Enneccerus/Lehmann*, Schuldverhältnisse (Fn. 33) § 74 II 2; RG 17.1.1903 – I 286/02, RGZ 53, 294; RG 4.3.1911 – VI 318/10, RGZ 76, 59; RG 3.3.1924 – IV 386/23, RGZ 108, 105; *Christian Grüneberg* in: Palandt, BGB (78. Aufl., München 2019) § 397 Rz 2.

es durch Erlass oder eine zusätzliche Leistung. In aller Regel wird der Erlass im Rahmen eines Vergleichs ebenso wie die dafür – im Wege gegenseitigen Nachgebens – versprochene Gegenleistung des anderen zunächst auch nur versprochen. Für diese gegenseitigen Versprechen gelten – wie für alle gegenseitige Leistungsversprechen – die Regeln des genetischen und funktionellen Synallagmas, also die §§ 320-325 BGB. Ein Erlass ist als Vollzugsgeschäft zwar abstrakt, aber als Gegenleistungsversprechen eines Vergleichs – ebenso wie eine Eigentumsübertragung als Vergleichsleistung – von der Wirksamkeit des Vergleichs grundsätzlich kausal abhängig. Diese Abhängigkeit besteht nicht nur in Bezug auf die Gegenleistung des Vergleichspartners gemäß §§ 320-325 BGB, sondern gemäß § 779 BGB darüber hinaus auch von der Erreichung des dem Austausch Zweck des gegenseitigen Nachgebens angestaffelten Abwicklungszwecks, ist also unwirksam, wenn die Forderung, über deren Höhe sich Gläubiger und Schuldner nicht einigen konnten, in Wahrheit gar nicht bestanden hat.

*Ein Erlassversprechen auf der Grundlage eines Vergleichs* (im Wege gegenseitigen Nachgebens) ist also grundsätzlich nicht abstrakt, sondern sowohl von der Erreichung des Austausch Zwecks des gegenseitigen Nachgebens als *auch* von dem angestaffelten Zweck der Streitbeseitigung *kausal* abhängig<sup>104</sup>. Sofern der Erlass jedoch nicht nur versprochen, sondern tatsächlich zur Erfüllung des im Vergleich gegebenen Versprechens auch gemäß § 397 BGB vollzogen wurde oder man sich ihn auch in einem Vergleich als unmittelbar (ohne vorhergehendes Versprechen) gemäß § 397 BGB abstrakt erklärt denkt, ist er jedoch kondizierbar, wenn der damit verfolgte Zweck, nämlich das Nachgeben in Form der Gegenleistung des anderen nicht erreicht wurde, denn selbstverständlich bedarf auch der Erlass eines *rechtlichen Grundes*. Das ist nicht anders als in Fällen vertraglicher Sicherungsversprechen oder Schuldanerkenntnisse, was der Gesetzgeber in § 812 Abs. 2 BGB ausdrücklich klarstellt.<sup>105</sup>

#### **(4) Unentgeltlicher Erlass als einseitiger Vergleich?**

In der Literatur<sup>106</sup> ist allerdings die Fehlvorstellung entwickelt und in der Rechtsprechung (teilweise) übernommen worden, es könne auch „einseitige Vergleiche“ geben, die auch „kausale Anerkenntnisse“ oder „einseitige Feststellungsverträge“ genannt werden. Kern dieser Vorstellung ist die unbegründete Behauptung, es sei auch ein rechtmäßiger Vergleich,

<sup>104</sup> Krefß, BesSchuR (Fn, 97) 567.

<sup>105</sup> Zum Erfordernis dieser Klarstellung vgl. *Heinrich Siber* in: Plancks Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, 1. Hälfte (4. Aufl. Berlin 1914) § 397 Anm. 5.

<sup>106</sup> *Peter Marburger*, Das kausale Schuldanerkenntnis als einseitiger Feststellungsvertrag, Köln 1971; *Peter Marburger*, in: Staudinger Kommentar zum BGB (Berlin 2009), vor § 780 ff. Rn. 1; § 781 Rn. 17, 22, 27, 32 und öfters; näheres unten II 7e (2).

wenn in einer Vereinbarung nur einer und nicht beide gegenseitig nachgeben, obgleich das Gesetz ein „*gegenseitiges Nachgeben*“ voraussetzt; ebenso wie Kauf-, Miet-, Dienst-, Werk- oder sonstige gegenseitige Verträge Gegenleistungen oder Gegenleistungsversprechen voraussetzen. Ein einseitiges Nachgeben ist daher kein Vergleich mehr, sondern ein (einseitiger) *Verzicht* und bedarf grundsätzlich der Form des § 518 Abs. 1 BGB, weil nur gegenseitige Leistungsversprechen grundsätzlich formlos rechtswirksam sind, *einseitige Leistungsversprechen* aber grundsätzlich *Schenkungsversprechen* sind, weil der unentgeltliche Erlass ebenso wie eine unentgeltliche Abtretung einer Forderung eine Vermögenszuwendung und damit eine Schenkung darstellt.<sup>107</sup> Ein „unentgeltlicher Vergleich“ ist letztlich ein *Widerspruch* in sich, weil nur das Nachgeben des einen mit dem anderen verglichen werden kann,<sup>108</sup> der Widerspruch soll nur verdecken, dass in Wahrheit ein unentgeltlicher Erlass gegeben ist, der als Schenkungsversprechen der Form des § 518 Abs. 1 BGB bedarf. Der gegenteiligen Ansicht *Marburgers* kann daher nicht gefolgt werden,<sup>109</sup> sie ist ebenso unsinnig wie es die Behauptung wäre, dass ein unentgeltliches Eigentumsversprechen ein einseitiger Kaufvertrag sei und daher nicht ein der notariellen Beurkundung bedürftiges Schenkungsversprechen. Ebenso könnte man behaupten, dass es statt eines gegenseitigen Kaufvertrags auch einen einseitigen Kauf gebe, dessen Versprechen nicht der Form des § 518 Abs. 1 BGB bedürfe, weil er keine Schenkung sei.

#### **(5) Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft beim unentgeltlichen Erlass**

Selbstverständlich kann ein Gläubiger seinem Schuldner aber eine Schuld oder einer Restschuld auch rechtswirksam *unentgeltlich* erlassen. Der Erlass einer Forderung gemäß § 397 BGB ist wie die Abtretung ein abstraktes Vollzugsgeschäft, das eine Vermögenszuwendung begründet, die eines Rechtsgrundes bedarf und um einer Gegenleistung willen, also mit *Austauschzweck* oder *unentgeltlich* oder zur *Abwicklung* (Erfüllung) eines dahingehenden Ver-

<sup>107</sup> *Kreß*, Allgemeines Schuldrecht (Fn. 338), 406; ebenso *E. Ehmann*, Schuldanerkenntnis (Fn. 28), 221 f., 245; *Gregor Albers*, Schuldanerkenntnis als Schenkungsversprechen: Gegen Kondiktionsausschluss und einseitigen Feststellungsvertrag, JZ 2020, 776-785. Vgl. dazu D. 2. 15. 1: „Wer einen Vergleich schließt, der vergleicht sich (im Wege gegenseitigen Nachgebens) über einen ungewissen und nicht beendeten Rechtsstreit. Wer hingegen eine formlose Erlassabrede trifft, der erlässt aus Freigebigkeit schenkweise einen sicheren und unbestrittenen Anspruch.“ Nach D.2.15.1.8 bedurften Vergleiche über Unterhaltsansprüche zur Vermeidung deren Verkürzung der Zustimmung des Prätors.“ Der Privatautonomie zu einseitigem Nachgeben des sozial Schwächeren wurde also schon im römischen Recht ein Hindernis entgegen gestellt.

<sup>108</sup> In einem Vergleich werden gegenteilige Vorstellungen durch „gegenseitiges Nachgeben“ ausgeglichen, wenn nur einer nachgibt, ist es ein Erlass oder die Durchsetzung einer erhöhten Forderung, aber kein Vergleich. Kein Schuldner sagt, wenn er mehr zahlen muss, als ursprünglich vereinbart, ich habe mich verglichen, nur der Gläubiger, der aufgrund seiner wirtschaftlich stärkeren Position eine erhöhte Forderung durchsetzt, versucht nicht selten, seinen Machtmissbrauch als Vergleich zu beschönigen.

<sup>109</sup> Überzeugend dagegen *Erik Ehmann*, Schuldanerkenntnis und Vergleich (Fn. 28), S 197 ff.; dazu unten II 7f.

sprechens erbracht werden kann. Erfolgt der Erlass jedoch ohne Gegenleistung, so stellt er eine Schenkung dar, die zwar nicht in der Zuwendung einer Sache, aber doch wie eine Forderungsabtretung in der Zuwendung eines Rechts besteht. Das Versprechen eines Erlasses bedarf also – anders als das Versprechen der Leihe oder der unentgeltlichen Verwahrung oder eines sonstigen unentgeltlichen Rechtsgeschäfts – der Form des § 518 Abs. 1 BGB.<sup>110</sup> Auch eine *Forderungsabtretung* gemäß § 398 BGB ist wie ein Erlass gemäß § 397 BGB ein abstraktes Rechtsgeschäft, es kann aber keinem Zweifel unterliegen, dass das Versprechen einer Abtretung als Kausalgeschäft der abstrakten Forderungsabtretung gemäß § 398 BGB unentgeltlich oder für eine Gegenleistung oder zur Erfüllung erfolgen kann und im Falle eines unentgeltlichen Abtretungsversprechens ein Schenkungsversprechen gegeben ist, das der Form des § 518 Abs. 1 BGB bedarf.

Für einen Erlass gilt nichts anderes. Der Erlass gemäß § 397 BGB regelt das abstrakte Verfügungsgeschäft, das wie die Abtretung nach § 398 BGB keiner besonderen Form bedarf. Das unentgeltliche Versprechen eines Erlasses bedarf daher wie das unentgeltliche Versprechen einer Abtretung der Form des § 518 Abs. 1 BGB. Davon ist auch schon das Reichsgericht in seiner Erlass-Entscheidung vom 7. Januar 1903, RGZ 53, 294 ausgegangen und die darin festgelegte Meinung ist auch nie ernsthaft in Zweifel gezogen, sondern mehrfach bestätigt worden (OLG Hamburg NJW 1961, 76; OLG Stuttgart NJW 1987, 782). Weil in dem vom Reichsgericht entschiedenen Fall aber gar nicht zweifelhaft sein konnte, dass unentgeltlich erlassen werden sollte, allein die Form nicht eingehalten war, kam das Reichsgericht in dieser Entscheidung zu der Auffassung, dass ein unentgeltliches Erlass-Versprechen durch den Vollzug entsprechend § 518 Abs. 1 BGB hätte geheilt werden können (die Beklagte hatte gesagt, „du brauchst dir keinen Kummer zu machen, der Wechsel ist zerrissen“). Das Reichsgericht hat deswegen den Erlass der mit dem Wechsel gesicherten Hauptforderung als vollzogen erachtet,<sup>111</sup> die Entscheidung der Berufungsinstanz aber trotzdem aufgehoben, weil damit nicht geklärt war, ob die Erblasserin damit auch die damit verbundene Zinsschuld für die Dauer ihres Lebens schon erlassen wollte. Die spätere Rechtsprechung hat daraus zu Recht die Folgerung gezogen, dass ein Erlass im Zweifel nicht zu vermuten ist und dahingehende Erklärungen jedenfalls eng auszulegen seien, so BGH NJW 2008, 2842; BAG NZA 16, 295, st. Rspr. Auch bei einer scheinbar eindeutigen Erklärung darf daher ein Erlass erst angenommen wer-

---

<sup>110</sup> *Kreß*, Allgemeines Schuldrecht (Fn. 18 ) 466; zur Problematik der Unterscheidung zwischen Schenkungen und anderen unentgeltlichen Leistungen. schon oben I 1 vor Fn. 4.

<sup>111</sup> RGZ 53, 294; ebenso *Albers* JZ 2018, 114, (118); ders. JZ 2020, 776, 784 Fn. 103; OLG/*Albers* § 781 Rn. 18.

den, wenn sämtliche relevanten Begleitumstände berücksichtigt worden sind (BGH NJW 2002, 1044).

Im Übrigen ist und bleibt auch zweifelhaft, ob ein unentgeltliches Erlassversprechen durch dessen (womöglich stillschweigenden) Vollzug gemäß § 397 analog § 518 Abs. 2 BGB geheilt werden kann. Die Erfüllung eines formlosen Schenkungsversprechens heilt deren Formmangel offensichtlich nur deshalb, weil der Vollzug des Versprechens ebenso ein realer Akt ist wie eine tatsächliche Leistung bei einer Handschenkung. Beim Erlass ist aber dessen abstraktes Vollzugsgeschäft keine rein tatsächliche Handlung, besteht vielmehr wie das Schenkungsversprechen und dessen Annahme im bloßen Austausch von (mehr oder weniger stillschweigenden) Willenserklärungen. Es besteht daher ein großer und rechtserheblicher Unterschied zwischen bloßem Schenkungsversprechen und tatsächlicher Hingabe eines Gegenstandes, weil die Menschen leicht einmal etwas unentgeltlich versprechen, insbesondere auch um einen lästigen Bettler oder aufdringlichen „Freund“ los zu werden, aber es sich doch zweimal überlegen, ob sie tatsächlich auch etwas geben wollen, auch wenn sie es unentgeltlich und leichtfertig aber geschützt durch das Formerfordernis des § 518 BGB zuvor versprochen haben. Im Übrigen besteht eine Vermutung dafür, dass Geschäftsleute einander grundsätzlich nichts schenken wollen (*donatio non praesumitur*; dazu Fn. 136), es sei denn, dass eine Bestechungsabsicht beigemischt ist oder ein Geschäftspartner gezwungen wird nachzugeben, um nicht die weitere Abwicklung des Geschäfts, in das er schon viel investiert hat, zu gefährden und damit noch mehr zu verlieren.

Ein unentgeltlicher Erlass kann daher einer rechtswirksamen Handschenkung (§ 516 BGB) nicht gleichgestellt werden, weil es an der realen Voraussetzung einer tatsächlichen Leistung fehlt. Ebenso wenig kann angenommen werden, dass ein einseitiger Vergleich, in dem einer dem anderen einen Teil seine Schuld erlässt, schon allein deswegen rechtswirksam sei, weil das gegebene Leistungsversprechen zugleich einen abstrakten Erlass gemäß § 397 BGB begründe, der das unwirksame Schenkungsversprechen heilen könnte. Zu Recht wird daher in Literatur und Rechtsprechung auch angenommen, dass das Kausal- und das Verfügungsgeschäft eine Einheit im Sinne des § 139 BGB bildet und ein unentgeltlicher Erlass daher grundsätzlich der Form des § 518 BGB bedarf.<sup>112</sup>

---

<sup>112</sup> So zutr. Pal./Ellenberger (Fn. 52) § 139 Rn. 7 mit Hinweisen auf BGHZ 31, 323; BGH NJW 60, 1130 u.a.; Pal./Grüneberg (Fn. 53) § 397 Rn. 2 meint zwar noch mit Hinweis auf RGZ 53, 296; Stuttgart NJW 87, 782 im Falle eines „schenkweisen“ Erlasses sei der Erlass bereits *Vollzug der Schenkung*; es gelte daher § 518 Abs. 2 BGB. Grüneberg versteht den unentgeltlichen Erlass jedoch als *Schenkung*. Auf dieser Grundlage wäre das bloße Erlassversprechen also unmittelbar gemäß § 518 Abs. 1 formbedürftig. Grüneberg stimmt aber jedenfalls auch der Auffassung Ellenbergers und der Rechtsprechung zu, dass das Erlassversprechen und der Erlassvollzug zu einer Einheit im Sinne des § 139 BGB zusammenzufassen sind, so dass sich die Unwirksamkeit des Grundge-

#### d) Sicherungsgeschäfte und der Sicherungszweck

Der Sicherungszweck ist gleichfalls ein *Abwicklungszweck*, der als eine *Zwischenstufe zur Erfüllung* verstanden werden kann, weil in vielen Fällen entweder der Warenschuldner vorleisten soll, weil der Geldschuldner erst später oder in Raten zahlen will oder der Geldschuldner vorleisten soll, weil der Warenschuldner die Sache erst beschaffen oder herstellen muss, weshalb der jeweils andere eine Sicherheitsleistung fordert. Ohne derartige Sicherheitsleistungen wären aus guten Gründen und bösen Erfahrungen die Warenschuldner nicht bereit, dem Geldschuldner Kredit zu gewähren und die Geldschuldner nicht zur Vorleistung, auch nicht wenn der Warenschuldner sie zur Beschaffung oder Herstellung der Sache benötigt. Ein funktionierender Handel bedarf daher der Institution der Sicherheitsleistungen, aus denen sich der Vorleistende im Falle des Ausbleibens der Gegenleistung befriedigen kann.<sup>113</sup>

#### (1) Grundsätze akzessorischer Sicherungsrechte

Zu unterscheiden sind die *akzessorischen* (oder kausalen) *Sicherungsrechte* (Bürgschaft, Pfandrecht, Hypothek) von den *abstrakten* Sicherungsrechten (Grundschild, Sicherungsübereignung beweglicher Sachen und Sicherungsabtretung). Die akzessorischen Sicherungsrechte bedürfen einer *Einigung über den Sicherungszweck* und dessen Erreichung und werden unwirksam, wenn kein Konsens über den Sicherungszweck besteht oder dieser Zweck nicht erreicht wird oder später wegfällt. Die akzessorischen Sicherungsrechte sind als Kausalgeschäfte zu verstehen,<sup>114</sup> die *ipso iure* mit der gesicherten Forderung (§§ 767, 1163, 1252 BGB) erlöschen; die Hypothek geht allerdings auf den Eigentümer über und verwandelt sich kraft Gesetzes in eine Eigentümergrundschild (§§ 1163 Abs. 1 Satz 2, 1177 BGB), weil eine rechtsgrundlose Hypothek, die keine Forderung mehr sichert, ebenso erlöschen müsste wie ein Pfandrecht (§ 1252 BGB). Wird der Gläubiger akzessorischer Sicherungsrechte durch den Sicherungsgeber befriedigt, so geht *ipso iure* die gesicherte Forderung vom Gläubiger auf ihn über (§§ 774, 1143, 1225 BGB).

---

schäftes auch auf den Erlassvollzug erstreckt. Im übrigen verweist *Grüneberg* darauf, dass ein Erlass im Zweifel auch nicht zu vermuten und jedenfalls eng auszulegen ist, so BGH NJW 2008, 2842; BAG NZA 16,295, st. Rspr. Auch bei einer scheinbar eindeutigen Erklärungen darf daher ein Erlass erst angenommen werden, wenn sämtliche relevanten Begleitumstände berücksichtigt worden sind, so BGH NJW 2002. 1044.

<sup>113</sup> *Kreß*, Allgemeines Schuldrecht (Fn. 33) § 5 Nr. 1b um Fn. 3 und 4; *ders.*, BesSchuldR (Fn. 97) § 29 Nr. 3, 261 ff; v. *Tuhr* AT II 2 (Fn. 34) § 76; *Peter Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten (9. Aufl. Heidelberg 2017) Rz. 49 ff., 59.

<sup>114</sup> Vgl. *Rudolf Sohm*, Der Gegenstand (Leipzig 1905) 9 Fn. 5.



## (2) Grundsätze abstrakter Sicherungsrechte und deren Abwicklung

Für die von der Kautelarjurisprudenz parakonstitutionell entwickelten abstrakten Institute der *Sicherungsübereignung* und der *Sicherungsabtretung* gelten die für die *akzessorischen* Sicherungsrechte genannten Regelungen grundsätzlich nicht<sup>115</sup>. In den abstrakten Sicherungsrechten – mit Ausnahme der Grundschild – kann der Sicherungszweck jedoch zur auflösenden *Bedingung* erhoben werden; in solchen Fällen einer bedingten Sicherungsübereignung > erlischt mit der Zahlung der gesicherten Forderung das Sicherungsgeschäft *ipso jure* ebenso wie ein kausales Sicherungsgeschäft im Fall der Erreichung des Sicherungszwecks. Ein *Eigentumsvorbehalt* des Verkäufers erlischt daher, wenn er sich bis zur Zahlung des Kaufpreises das Eigentum vorbehalten hat, mit der Zahlung des Kaufpreises; denn nach § 449 BGB ist zu vermuten, dass ein Eigentumsvorbehalt unter der *aufschiebenden Bedingung* (§ 158 Abs. 1 BGB) vollständiger Zahlung des Kaufpreises steht. Ohne diese Vermutungsregel dürfte ohne eine ausdrückliche Vereinbarung des Sicherungszwecks eine Bedingung der Übereignung nicht vermutet werden und der Käufer hätte nach seiner Kaufpreiszahlung nur einen Bereicherungsanspruch gegen den Verkäufer auf Rückübereignung. Auch in Fällen von *Sicherungsübereignungen* zum Beispiel durch einen Darlehensnehmer als Voraussetzung der Darlehensgewährung ist nach herrschender Meinung eine auflösende Bedingung gemäß § 158 Abs. 2 BGB nicht zu vermuten, muss also entweder ausdrücklich vereinbart werden oder dem Sicherungsgeber steht im Falle der Rückzahlung seines Darlehens nur ein Bereicherungsanspruch gegen den Darlehensgeber zu. Mangels hinreichender Rechtskenntnisse unterbleibt in der Praxis jedoch häufig die ausdrückliche Vereinbarung einer Bedingung bei der Sicherungsübereignung und der Sicherungsabtretung. Zahlt der Schuldner in solchen Fällen nicht ausdrücklich nur Zug um Zug gegen Rückgabe seiner Sicherungsleistung, so steht ihm gegen den Gläubiger allein eine Leistungskondition auf Rückübereignung oder Rückabtretung zu. Hat der Gläubiger jedoch inzwischen das Eigentum oder die Forderung rechtswirksam an einen Dritten übertragen, so besteht die Gefahr, dass der Schuldner nach Bezahlung seiner Schuld seine Sicherungsleistung nicht zurückerhält.

Hat ein Dritter für den Schuldner an den Gläubiger eine abstrakte Sicherungsleistung (zum Beispiel eine Sicherungsübereignung) erbracht, sollte der Schuldner nach Fälligkeit der gesi-

---

<sup>115</sup> Allerdings sollen nach § 1192 Abs. 1a BGB Einreden, die dem Eigentümer aufgrund des Sicherungsvertrags mit dem bisherigen Gläubiger gegen die Grundschild zustehen oder sich aus dem Sicherungsvertrag ergeben, auch jedem Erwerber der Grundschild entgegengesetzt werden können. Im Einzelnen sind die Regressregelungen in Fällen einer Sicherungsgrundschild sowohl *de lege lata* als auch rechtspolitisch sehr problematisch; vgl. Ulrich Huber, Die Sicherungsgrundschild (Heidelberg 1965); Baur/Stürner, Sachenrecht (Fn. 74), § 45 II; H. Ehmann, Gesamtschild (Fn. 17) § 11, 342 ff.

cherten Forderung gleichfalls nicht nur zur Erfüllung der gesicherten Forderung zahlen (weil er damit nur einen Bereicherungsanspruch auf Rückübereignung erhält), sondern nur Zug um Zug gegen Rückgabe des Sicherungseigentums an den Dritten oder stellvertretend zu seinen Händen. Ist dies nicht so geschehen, so steht dem Sicherungsgeber nur ein Bereicherungsanspruch auf Herausgabe seiner Sicherungsleistung gegen den Gläubiger zu. Hat ein Dritter auf Bitte, d.h. im Auftrag des Schuldners eine Sicherheitsleistung an den Gläubiger erbracht und befriedigt sich dieser, weil der Schuldner nicht zahlt, aus dem Sicherungsgut, so kann der Dritte vom Schuldner gemäß §§ 670, 683, 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt. BGB Ersatz verlangen.<sup>116</sup>

### (3) Der Umweg der Sicherheitsleistungsversprechen und deren Erfüllung

Die Vertreter der Auffassung, jeder Leistung müsste ein Leistungsversprechen vorausgehen<sup>117</sup>, sind gezwungen, sich jeder Sicherheitsleistung eine dahingehende Verpflichtung vorgeschaltet zu denken. Daher wollen sie als *Rechtsgrund* nicht nur eines abstrakten, sondern auch eines akzessorischen Sicherungsgeschäfts (auch einer Bürgschaft) die *Verpflichtung* verstehen, 62 das Sicherheitsleistungsversprechen zu erfüllen. Auf dieser Grundlage wird die Übertragung von Sicherungseigentum gedacht als abstrakte Übereignung zum Zwecke der Erfüllung einer zuvor (stillschweigend) begründeten schuldrechtlichen Verpflichtung zu solcher Sicherheitsleistung; entsprechendes soll auch für alle anderen Sicherheitsleistungen gelten.<sup>118</sup> Das kann auch so geschehen, muss aber nicht, denn der *Sicherungszweck* ist ebenso wie der Zweck des Erlasses und der dem Austauschzweck des gegenseitigen Nachgebens angestaffelte Vergleichszweck ein Abwicklungszweck, der einen hinreichenden Rechtsgrund bildet. Ist jedoch – zumeist überflüssiger Weise – die Bestellung einer Hypothek oder Grundschuld oder eine Sicherungsübereignung oder ein Eigentumsvorbehalt ausdrücklich *zuerst versprochen* und sodann *zum Zwecke der Erfüllung* die Hypothek oder Grundschuld bestellt oder ein Eigentumsvorbehalt erklärt oder eine Sicherungsübereignung vereinbart worden, so

<sup>116</sup> Dazu Erman/Ehmann (Fn. 45) § 670 Rn. 5; zur neueren Spezialliteratur Bülow, Kreditsicherheiten (Fn. 113) Rz. 76, 240 ff., 1199.

<sup>117</sup> Vgl. dazu unter III.

<sup>118</sup> Vgl. dazu die Kontroverse Serick – Weitnauer – Stoll: Rolf Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, 6 Bde (Heidelberg 1963-1993) Bd I: Der einfache Eigentumsvorbehalt (Heidelberg 1963) 50 ff. (mit eingestandenem Unbehagen, 55) 210 ff., 246; ders., Causa und Anwartschaft, AcP 166 (1966) 129-133; ders., Bd. III: Die einfache Sicherungsübertragung, 392; dagegen Weitnauer, Rezension zu R. Serick: Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, JZ 1965, 141-142; ders., Rezension zu R. Serick: Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, JZ 1967, 381-382; ders., Betrachtungen zur causa der Sicherungsübertragung, in: FS Rolf Serick (Heidelberg 1992) 389-401; Hans Stoll, Bemerkungen zu Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, ZHR 128 (1966) 239-252, 241 ff.; kritisch dazu Jens Peter Carl, Die causa der Sicherungsrechte (Tübingen 1969) 8 ff, 38 ff; H. Ehmann, Gesamtschuld (Fn. 17) § 11, 322 ff., 349; ders. JZ 2003, 702, 705 f.; zum heutigen Stand: Bülow, Kreditsicherheiten (Fn. 113) Rz. 1146 ff.

ist damit der Erfüllungszweck erreicht, der Sicherungszweck blieb aber im Interesse des Gläubigers noch bestehen, die Sicherungsrechte erlöschen daher erst mit der Tilgung der gesicherten Forderung oder der Verwertung des Sicherungsguts an Erfüllung statt zur Tilgung der gesicherten Forderung. Das Sicherungsgeschäft muss aber nicht vorher versprochen und dann erfüllt werden, kann vielmehr auch ohne vorhergehenden Versprechensvertrag unmittelbar zum Zwecke der Sicherung einer bestimmten Forderung rechtswirksam vereinbart werden. Der Sicherungszweck ist ein hinreichender Rechtsgrund, der mit der Erfüllung der gesicherten Forderung erlischt oder mit der Verwertung des Sicherungsguts zur Erfüllung der gesicherten Forderung. Ein vorhergehendes Versprechen der Sicherheitsleistung und dessen spätere Erfüllung ist also zwar möglich, aber nicht Voraussetzung einer rechtswirksamen Sicherheitsleistung.<sup>119</sup> Auch in Fällen einer *Bürgschaft* ist eine vorherige Verpflichtung zur Abgabe der Bürgschaftserklärung zwar möglich, aber umständlich und in der Praxis auch nicht üblich. Weil eine Bürgschaftserklärung gemäß § 766 BGB der Schriftform bedarf, könnte einer derartigen Verpflichtung, sofern sie bloß mündlich erfolgt, keine Rechtswirksamkeit zuerkannt werden und wird die Erklärung schriftlich abgegeben, so ist sie wohl stets zugleich auch die Bürgschaftserklärung. Rechtsgrund der Bürgschaft ist daher grundsätzlich der Sicherungszweck und nicht der Erfüllungszweck, was aber nicht ausschließt, dass eine Bürgschaftserklärung zuerst rechtswirksam schriftlich versprochen und dann zur Erfüllung dieses Versprechens rechtswirksam in Schriftform abgegeben werden kann. Eine Notwendigkeit dazu besteht, aber nur für *Serick* und alle diejenigen, die ihm folgend irrtümlicherweise glauben, Rechtsgrund einer Leistung könnte stets nur ein Erfüllungszweck sein.

#### **e) Abstrakte Schuldversprechen und Schuldanerkennnisse, §§ 780, 781 BGB**

Nach den §§ 780, 781 BGB können Schuldversprechen und Schuldanerkennnisse *abstrahiert* von dem Zweck, zu dem sie gegeben wurden, rechtswirksam begründet werden. Die abstrakten Versprechens- und Anerkenntnis-Erklärungen bedürfen der *schriftlichen Form* und deren *Annahme* durch den Versprechensempfänger, die aber nicht schriftlich zu sein

---

<sup>119</sup> Statt aller *Bülow*, Kreditsicherheiten (Fn. 113) Rz. 667; *Elke Herrmann* (Rn. 25), § 765 Rz. 2; auch *Erman/Zetzsche*, BGB, 16. Aufl., § 765 Rz 1: Bürgschaft trägt den Sicherungszweck in sich. Anders, aber unrichtig *Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts. Besonderer Teil II 2( 13. Aufl. München 1994) § 60 I 3e mit Fn. 4, der anders als *Larenz* selbst (Besonderer Teil, 12. Aufl. München 1981, § 64 I) glaubt, dass *causa* auch im Falle der Bürgschaft die dahingehende *Verpflichtung* sei, obwohl er erkennt, dass eine solche Verpflichtung *allenfalls konkludent* abgegeben sein kann. Warum einfach, wenn es auch umständlich geht. Auch *Canaris* kann sich offenbar keine Leistung denken, der nicht eine dahingehende Verpflichtung vorausgeht, obwohl ein Leistungsversprechen in Form der Zuwendung der damit begründeten Forderung doch auch eine Leistung darstellt und nicht gut jedem Leistungsversprechen ein weiteres Leistungsversprechen vorausgehen kann. Als ob die Menschen nicht schon Jahrtausende lang sich gegenseitig Leistungen erbracht hätten, ohne sich eine dahingehende Verpflichtung denken zu können.

braucht. In der Regel werden abstrakte Leistungsversprechen oder Anerkenntnisse zur Sicherung einer Forderung oder erfüllungshalber gegeben. Die diesen Rechtsfiguren zu Grunde liegenden Rechtsvorstellungen sind letztlich aus der römischen *stipulatio* entwickelt und sind im Scheck- und Wechselrecht zu einer wesentlichen Voraussetzung unseres Wirtschaftssystems geworden. Das Grundprinzip dieser Rechtsfiguren ist letztlich einfach: Ebenso wie eine Eigentumsübertragung gemäß §§ 925, 929 BGB oder eine Forderungsabtretung gemäß § 398 BGB *abstrakt* geleistet werden können, aber eines *Rechtsgrundes* bedürfen, weil sie ansonsten kondiziert werden könnten, kann eine Leistung auch abstrakt *versprochen* oder eine bestehende Forderung (zusätzlich) *anerkannt* werden und begründet damit ein abstraktes Forderungsrecht des Versprechensempfängers. Derart abstrakte Leistungsversprechen oder Anerkenntnisse gemäß §§ 780, 781 BGB bedürfen selbstverständlich gleichfalls eines *Rechtsgrundes*, weil sie ansonsten *kondiziert* werden könnten. Dieser Rechtsgrund kann jedoch auch bei abstrakten Leistungsversprechens nicht frei erfunden und mit irgendeinem wohlklingenden Wort belegt werden (als „Feststellungscausa“, „Pazifizierungs“- oder „Anpassungszweck“<sup>120</sup>), muss vielmehr in *einem* der *drei Leistungszwecke* bestehen, die den Rechtsgrund jeder Art von Leistung bilden können<sup>121</sup>, kann also nur ein *Austausch-* oder *Unentgeltlichkeits-* oder *Abwicklungszweck* sein. In der Rechtspraxis erfolgen die abstrakten Sicherungsversprechen in den Formen von *Scheck* und *Wechsel* zumeist zum Zwecke der Erfüllung, genauer erfüllungshalber (§ 364 Abs. 2 BGB) und in der Form abstrakter Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnisse (§§ 780, 781 BGB) zumeist zum *Zwecke der Sicherung* einer kausalen Forderung. Anders als andere Sicherungsrechte dienen die abstrakten Leistungsversprechen oder Anerkenntnisse jedoch nicht der *Vergrößerung der Haftungsmasse* des Schuldners, erleichtern vielmehr nur seine Rechtsdurchsetzung, weil aufgrund der Abstraktion der zusätzlichen abstrakten Forderung die *Beweislast* für das Bestehen der gesicherten Forderung vom Gläubiger auf den Schuldner verlagert wird. Ist ein derartig abstraktes Versprechen in einem zu Unrecht sogenannten „Vergleich“ nicht „im Wege gegenseitigen Nachgebens“, also nicht mit *Austauschzweck* und *angestaffelem Abwicklungszweck* gegeben worden, sondern *einseitig* und damit *unentgeltlich*, so bedarf es nicht nur der Schriftform gemäß §§ 780, 781 BGB, sondern als *unentgeltliches Leistungsversprechen* einer Geldleistung, also einem Schenkungsversprechen auch der *notariellen Beurkundung* gemäß § 518

---

<sup>120</sup> Dazu unten II 7f (2) Fn 132.

<sup>121</sup> Dazu oben II 1.

Abs. 1 Satz 2 BGB.<sup>122</sup> In aller Regel wird das abstrakte Leistungsversprechen jedoch zum Zwecke der *Sicherung einer bestehenden Forderung* gegeben und kann also *kondiziert* werden, wenn die damit gesicherte Forderung nicht besteht und also der Zweck der Sicherung nicht erreicht wird; was jedoch – wie schon gesagt – der *Schuldner* des Sicherungsversprechens zu beweisen hat.

In dieser Beweislastumkehr ist die *ratio legis* der Regelungen der §§ 780, 781 BGB begründet, welche die *Rechtsdurchsetzung erleichtern* und damit das Forderungsrecht des Gläubigers besser sichern soll. Die Abstraktion des Sicherungsversprechens betrifft auch nicht nur die *Zweckerreichung* (also das Bestehen der gesicherten Forderung), sondern auch schon die *Zweckvereinbarung* (als auch die Vereinbarung des Sicherungszwecks) des abstrakten Versprechens, weil im Zweifel der Gläubiger dadurch von der *Beweislast* für den Bestand seiner mit dem Anerkenntnis gesicherten Schuld freigestellt werden soll.<sup>123</sup>

Mit der Erfüllung einer zu Grunde liegenden Forderung erlöschen diese abstrakten Versprechen und Anerkenntnisse nicht *ipso iure*, verlieren vielmehr nur ihren rechtlichen Grund und können daher gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB kondiziert werden. Grundsätzlich können abstrakte Schuldversprechen und Anerkenntnisse zwar auch unter der Bedingung des Bestehens der damit gesicherten Forderung gestellt werden, aber dann wäre das abstrakte Schuldversprechen sinnlos, wenn der Gläubiger beweisen müsste, dass die Bedingung eingetreten oder nicht eingetreten ist.<sup>124</sup> ✓

## f) Zum Feststellungsvertrag mit Feststellungszweck als kausales Anerkenntnis sine causa

### (1) Der Irrtum v. Tuhrs

Die Auffassung, dass ein *formloses mündliches Anerkenntnis* allein durch ein Anerkenntnis „an sich“, also *ohne einen anerkannten Rechtsgrund*, eine Forderung begründen oder zum Erlöschen bringen könnte, hat v. Tuhr von seinem Lehrer Bekker übernommen, allerdings anders aber auch unzureichend zu begründen versucht. Bekkers Auffassung lag die längst überholte Regelung des Art. 2052 CC zu Grunde, wonach ein „*Vergleich*“ die Wirkung eines *rechtskräftigen Urteils* haben sollte. Urteile bedürfen jedoch der *Staatsmacht* und Vergleiche zur außergerichtlichen Klärung einer Streitfrage des „gegenseitigen Nachgebens“ gemäß § 779 BGB, beruhen also auf der heute auch verfassungsrechtlich gemäß Art 2 Abs. 1 GG ge-

<sup>122</sup> Dazu oben II 7c (3).

<sup>123</sup> Dazu Kreß Allgemeines Schuldrecht (Fn. 18) 46 ff.; ders., Besonderes Schuldrecht (Fn. 97) 256 ff.

<sup>124</sup> Zur Beweislast für den Eintritt oder Ausfall einer Bedingung vgl. Palandt/Ellenberger (Fn. 53), vor § 158 Rn. 14.

geschützten *Vertragsfreiheit*. *Bekker* war dagegen der Auffassung, dass das „Ideal des Feststellungsgeschäftes“ dasselbe sei, wie das des „richterlichen Erkenntnisses“, nämlich „neues (formales) Recht zu schaffen, das sich mit dem alten (materiell begründeten aber mehr oder weniger verwischten) Rechte deckt“.<sup>125</sup>

Diese unhaltbar gewordene Begründung hat *v. Tuhr* allerdings nicht mehr übernommen, war an der richtigen Erkenntnis aber gehindert durch seine Meinung, als *causa* einer Zuwendung sei grundsätzlich „nur der erste unmittelbare Zweck der Zuwendung zu betrachten; die hinter diesem Zweck liegenden weiteren Absichten des Zuwendenden würden dagegen in das Gebiet der rechtlich irrelevanten Motive fallen“.<sup>126</sup> Auf Grund dieser nach heutigem Rechtsverständnis völlig unhaltbaren Beschränkung der Zwecke (Rechtsgründe) rechtsgeschäftlicher Leistungen und Leistungsversprechen auf die drei Primärzwecke, notdürftig ergänzt durch einen „Feststellungszweck“, der alles und nichts zu rechtfertigen vermag, weil man Recht und Unrecht feststellen kann, mit der bloßen Feststellung aber nicht gesagt ist, ob sie Recht oder Unrecht feststellt. Eine Gegenleistung oder die Vereinbarung der Unentgeltlichkeit einer Leistung und auch die Erfüllung oder sonstige Abwicklung der Verpflichtung zu einer Leistung bilden dagegen tragfähige Rechtsgründe für eine Leistung. Das allein genügt aber noch nicht, weil die *Vertragsfreiheit* eine Leistung zu jedem Zweck rechtfertigen kann und muss, der nicht gegen Gesetz und gute Sitten verstößt. Daher muss jeder der genannten drei typischen Zwecke durch eine unbegrenzte Zahl atypischer Zwecke ergänzt werden können, weil ansonsten die gebotene *Vertragsfreiheit* nicht gewährleistet wäre. *Von Tuhr* hat sich aber diese Möglichkeit verbaut durch den unhaltbaren Grundsatz, alle an die drei typischen Zwecke angestaffelten atypischen Zwecke könnten nur *Motive* sein, die eine Leistung nicht rechtfertigen können. Auf dieser unhaltbaren Grundlage seines Systems sah sich *v. Tuhr* genötigt und glaubte sich berechtigt, die Trias von *causa aquirendi, donandi und solvendi* durch „Feststellungsgeschäfte“ oder „Anerkennungen mit einem „Feststellungszweck“ zu erweitern und einzelne Rechtsgeschäfte, die mit der Trias der allgemein anerkannten Primärzwecke nicht erfasst werden können, ohne weitere Abgrenzung als „Anerkennung“ oder als durch einen „Feststellungszweck“ gerechtfertigte Feststellungsgeschäfte mit zureichendem Rechtsgrund begreifen zu dürfen. Diesen „Feststellungszweck“ bezeichnet *v. Tuhr* als „eine *causa*, welche neben den sonstigen *causae (solvendi, credendi, donandi)* steht und als ,Fest-

<sup>125</sup> *Ernst Immanuel Bekker*, System des heutigen Pandektenrechts Bd 2, Weimar 1889, § 110.

<sup>126</sup> *v. Tuhr*, Allg. Teil (Fn. 34), § 72, S. 79; zu dieser Fehlvorstellung *v. Tuhrs* schon oben II 1 um Fn 42.

*stellungszweck'* bezeichnet werden kann“,<sup>127</sup> also alles erfassen soll, was mit einer unendlichen Zahl atypischer Zwecke dazu dient, den konkreten Zweck der Parteien zu bestimmen, von dessen Erreichung der Vertrag abhängig sein soll. Das aber ist offensichtlich unmöglich, weil die unendliche Vielfalt der atypischen Zwecke, welche die Vertragsfreiheit gewährleisten, nicht mit einem einzigen Begriff in der notwendigen Klarheit erfasst werden kann.

Dieser „Feststellungszweck“ ist daher nur ein leeres Wort geblieben, das nicht alles zu einem tragfähigen Rechtsgrund machen kann, was irgendein Mensch glaubt „feststellen“ zu können. Der Begriff Feststellung sagt doch nur, dass etwas festgestellt worden ist oder werden soll, aber nicht, was und warum irgendetwas rechtmäßig sein soll. Auch ein Zweck sagt allerdings auch nicht, was bezweckt wird, aber auch nicht jeder Zweck kann einen Rechtsgrund bilden. Nicht das Grundwort *Zweck*, sondern die Bestimmungsworte *Austausch*, *Unentgeltlichkeit* und *Abwicklung* in Form der Erfüllung des Erlasses, des Vergleichs und der Sicherung eines Anspruchs bilden den Rechtsgrund einer Leistung. Als primäre Rechtsgründe einer Leistung oder eines Leistungsversprechens sind daher nur anerkannt der Austausch-, der Unentgeltlichkeits- und die Abwicklungszwecke. *Zusätzlich* zu einem dieser drei typischen Zwecke (angestaffelt hinter diesem) können aber noch eine unendliche Zahl *atypischer Zwecke*, wenn sie nicht gesetz- oder sittenwidrig sind, durch Vereinbarung zur *Voraussetzung* für die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts gemacht werden, aber nur dann, wenn der angestaffelte Zweck *hinreichend genau bestimmt*, was bezweckt ist, z.B. die Besichtigung des Krönungszugs, wenn die Balkonmiete wirksam sein soll oder die Unterlassung einer Strafanzeige gegen den Sohn der Unterschlagungen begangen hat, wenn die dafür geleistete Bürgschaft wirksam bleiben soll oder die Heirat, wenn das Ausstattungsversprechen gelten soll. Es bedarf also eines Austausch- oder eines Schenkungs- oder eines Abwicklungszwecks als Grundlage, um die Vereinbarung eines atypischen Zwecks rechtswirksam zu machen. Diese Primärzwecke können aber durch eine unbegrenzte Zahl atypischer Zwecke, die für sich selbst keinen tragfähigen Rechtsgrund bilden könnten, noch näher bestimmt werden in dem Sinne, dass auch der von einem der Vertragspartner zusätzlich zu einem der drei typischen Zwecke erstrebte Zweck vom anderen akzeptiert und erreicht werden muss, wenn die Leistung oder das Leistungsversprechen rechtswirksam sein soll. Wenn daher die Balkonnutzung mit Austauschzweck und angestaffeltem Besichtigungszweck erfolgte, entfällt der Zahlungsanspruch

---

<sup>127</sup> v. Tuhr, Allg. Teil (Fn. 34), § 72, S. 75; § 79, S. 247 ff.; 258 ff., **264 f.**; zutreffend dagegen Erik Ehmann Schuldanerkenntnis (Fn. 27), 202f.; dazu schon oben II 7a.

des Hauseigentümers, wenn der Krönungszug ausfällt. Entsprechendes gilt auch dann wenn der *angestaffelte Zweck* auch ein *typischer Zweck* ist, der für sich allein einen Rechtsgrund bilden könnte, z.B. wenn eine Bürgschaft gegen ein Entgelt erklärt wird, so wird dem Sicherungszweck der Bürgschaft, also einem Abwicklungszweck, der Austauschzweck angestaffelt mit der Wirkung, dass die Bürgschaft nur wirksam ist, wenn das Entgelt bezahlt wird. Der Sicherungszweck ist in solchem Falle vom Austauschzweck abhängig. Ein Austausch- und ein Unentgeltlichkeitszweck können allerdings nur gemischt (dazu oben II 3), aber nicht gestaffelt werden, weil man nicht entgeltlich (im Austausch) etwas schenken, sondern nur einen Gegenstand teils verschenken und teils eine Gegenleistung dafür verlangen kann. Zu Weihnachten werden allerdings innerhalb einer Familie stets Geschenke ausgetauscht, aber die Wirksamkeit eines Geschenks ist nicht vom Gegengeschenk und dessen Gleichwertigkeit rechtlich abhängig.

Die unendliche Zahl atypischer Zwecke, welche als angestaffelte Zwecke zur Voraussetzung der Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts gemacht werden können, vermögen einen juristisch brauchbaren Rechtsgrund jedoch nur zu bilden, wenn sie einem der drei typischen Primärzwecke angefügt worden sind; denn nur die drei Primärzwecke können die Voraussetzung dafür bilden, dass die Leistung durch einen tragfähigen Rechtsgrund gerechtfertigt ist. Alle nicht gesetz- und sittenwidrige Zwecke können zwar zur weiteren Voraussetzung eines tragfähigen Rechtsgrunds gemacht werden, aber nur, wenn diesen speziellen Zwecken einer der drei Primärzwecke zu Grunde liegt. Nur die Anerkennung auch aller nicht gesetz- und sittenwidrigen Zwecke als hinter einem der drei typischen angestaffelte Zwecke kann jedoch die volle Vertragsfreiheit und damit zugleich auch die erforderliche Rechtssicherheit gewährleisten.

Der *numerus clausus der drei Primärzwecke* ist vor allem in der Erkenntnis begründet, dass der Mensch eine Leistung grundsätzlich nur *entgeltlich oder unentgeltlich* erbringen kann. Aufgrund der Erfindung des Versprechensvertrags ist allerdings – wie schon oben I 1 e dargelegt – die *causa solvendi* hinzugetreten, die zum Abwicklungszweck erweitert werden musste, weil das Verpflichtungsgeschäft nicht nur durch Erfüllung, sondern auch durch *Vergleich* oder *Erläss* rechtmäßig erledigt und ein Gläubiger im Falle einer *Sicherheitsleistung* auch durch deren Verwertung an Erfüllung statt befriedigt werden kann. Die angestaffelten Zwecke können zwar auch typische Zwecke sein (z.B. die entgeltliche Bürgschaft, dazu II 7 d (3)), müssen es aber nicht, die unendlich große Zahl angestaffelter Zwecke besteht aus atypi-



schen Zwecken, die nur die rein typischen Zwecke spezifizieren, aber allein keinen tragfähigen Rechtsgrund bilden könnten (z.B. der Ausstattungszweck, die Beilegung eines Rechtsstreits, der Zweck der Besichtigung des Krönungszugs, der Zweck der Unterlassung einer Strafanzeige, der Zweck, dass der Mann bei ihr bleibt, etc). Die Beschränkung auf die drei Primärzwecke als notwendige Voraussetzung eines rechtsgültigen Vertrages bedarf es, weil es erstens sachgerecht ist, dass ein Mensch sich nur rechtswirksam verpflichten kann, wenn er ein Entgelt dafür erhält oder es zweitens ganz bewusst unentgeltlich tut, wobei ein unentgeltliches Versprechen, wenn es eine Schenkung zu Gegenstand hat, nach § 518 BGB noch der notariellen Beurkundung bedarf; schließlich drittens des Erfüllungszwecks, weil die Menschen den Versprechensvertrag erfunden haben, der auch erfüllt werden muss und nicht zuletzt dessen notwendig gewordenen Erweiterung zum Abwicklungszweck. Alle sonstigen nicht gesetz- und sittenwidrigen Zwecke könnten zwar nicht „gleichermaßen“, aber auch rechtswirksame Rechtsgründe einer Leistung oder eines Leistungsversprechens bilden, aber nicht für sich allein, sondern nur als „angestaffelte“ Zwecke, weil ansonsten die gebotene Rechtssicherheit für einen rechtswirksamen Vertrag und den für die Parteien gebotenen Rechtsschutz nicht gewährleistet wäre. Jedem atypischen Zweck muss daher unbedingt einer der drei Primärzwecke zu Grunde liegen.

Auch *v. Tuhr* selbst hat an seiner *causa*-Lehre nicht festgehalten. In seiner Darstellung der *causa*- oder Zwecklehre in seinem 1924 geschriebenen Schweizerischen Obligationenrecht gibt es nur noch Feststellungsklagen (S. 21 u. 200), aber keine Feststellungsgeschäfte mit Feststellungszweck mehr. Auch die Behauptung, dass hinter den drei ersten Zwecken stehende weitere Absichten unbeachtliche Motive seien, wird nicht wiederholt<sup>128</sup>. Da das schweizerische Obligationenrecht diesbezüglich keine anderen Regelungen enthält als das deutsche Schuldrecht, darf die schweizer Darstellung daher auch als Korrektur der Auffassung *v. Tuhrs* zum deutschen Recht verstanden werden.

Entgegen der Meinung von *Marburger* hat *v. Tuhr* auch schon in seiner deutschen Darstellung der *causa*-Lehre klargestellt, dass ein Schuldanerkenntnis, wenn es schenkweise, d.h. ohne Gegenleistung und in beiderseitiger Kenntnis davon, dass das anerkannte Rechtsverhältnis nicht besteht erteilt wird, der notariellen Beurkundung nach § 518 Abs. 1 S. 2 BGB bedarf. Ebenso ist *v. Tuhr* der Auffassung, dass ein Vergleich ein gegenseitiges Nachgeben voraussetzt, er meint nur, man solle der Entgeltlichkeit des Vergleichs keine übertriebene

---

<sup>128</sup> Vgl. *v. Tuhr*, Schweizerischen Obligationenrecht, Tübingen 1924, § 26 S. 175-182.

Bedeutung beilegen, verkennt aber nicht, dass ein völlig einseitiges Nachgeben kein Vergleich mehr ist, sondern in aller Regel eine Schenkung darstellt, die der notariellen Beurkundung bedarf.<sup>129</sup>

## (2) Die Irrlehre Marburgers

*Marburger* hat sich in seiner Dissertation und in seiner Staudinger-Kommentierung zum Schuldanerkenntnis und Vergleich im wesentlichen auf die Thesen v. *Tuhr*s gestützt, ungeachtet dessen, dass diese in Literatur und Rechtsprechung kaum Anerkennung gefunden hatten von ihm in seiner schweizerischen Darstellung wohl auch aufgegeben worden sind und darüber hinaus die *causa*- oder Zwecklehre nach dem Tode v. *Tuhr*s (1925) durch *Hugo Kreß* (1929) eine vertiefte Darstellung erfahren hat, womit auch die Vorstellungen v. *Tuhr*s als unhaltbar erkannt worden waren. *Marburger* hat diese Entwicklung aber gar nicht zur Kenntnis genommen. Das hätte man noch übersehen können, wenn er diesen Fehler nicht ungeprüft auch noch seiner Staudinger-Kommentierung der §§ 779 und 780, 781 BGB zu Grunde gelegt und trotz sachlich begründeter Kritik daran noch festgehalten hätte.<sup>130</sup> *Marburger* bestreitet in dieser Kommentierung, ohne jede Begründung und ohne jede Beachtung der nach v. *Tuhr* durch *Kreß*, *Weitnauer* u.a. gewonnenen und veröffentlichten Erkenntnis, dass die drei typischen Zwecke grundsätzlich eine geschlossene Zahl bilden, behauptet dagegen „im Rahmen der rechtsgeschäftlichen Gestaltungsfreiheit kommt jeder andere nicht gesetz- und sittenwidrige Zuwendungszweck als *causa in Betracht*“ und könne den Rechtsgrund einer Leistung bilden.<sup>131</sup> Für diese offenkundige Falschbehauptung zitiert *Marburger* auch die Autoren *Kreß*, *Weitnauer*, *E.Ehmann* und *Schnauder*, obwohl diese genau die gegenteilige Auffassung vertreten und auch ausführlich begründet haben, was er aber offensichtlich gar nicht zur Kenntnis genommen hat. Allerdings ist es richtig und vor allem von *Kreß* begründet worden, dass auch jeder andere nicht gesetz- und sittenwidrige Zweck zu einem tragenden Rechtsgrund werden kann, aber nur als zusätzlich an einem der drei typischen Zwecke angefügter („angestaffelter“) Zweck, dessen Vereinbarung und Erreichung zusammen mit dem zu Grunde liegenden Primärzweck den Rechtsgrund der Leistung oder des Leistungsversprechens bilden. Die für den Balkon vereinbarte Mietzinszahlung ist, wenn

<sup>129</sup> Zum Erfordernis notarieller Beurkundung unentgeltlicher Feststellungen und Anerkenntnisse vgl. v. *Tuhr*, Allg. Teil (Fn. 34), § 79, S. 263 Fn. 91 u. 37; zum Begriff des Vergleichs § 79 S. 265 mit Fn. 103.

<sup>130</sup> *Peter Marburger*, Das kausale Schuldanerkenntnis als einseitiger Feststellungsvertrag, Köln 1971; Staud./*Marburger*, Kommentar zum BGB, Berlin 2009, zu §§ 779-782; dagegen *Erik Ehmann*, Schuldanerkenntnis und Vergleich (Fn. 28), insbes. 177 ff.

<sup>131</sup> Staud./*Marburger* (Fn. 131), Vor §§ 780 ff. Rn. 1.

das Entgelt allein zu diesem Zweck vereinbart wurde, nur rechtswirksam, wenn der Krönungszug auch stattfindet; ebenso ist die Bürgschaft nur rechtswirksam, wenn die Strafanzeige unterbleibt. Für sich allein, ohne eine zu Grunde liegende Primärzweckvereinbarung, können die atypischen Zwecke, wie schon obendargelegt, jedoch keinen tragfähigen Rechtsgrund einer Leistung bilden.

Anders als v. Tuhr will Marburger auch nicht nur zusätzlich zu den drei Primärzwecken noch einen *Feststellungszweck*, sondern ausdrücklich jeden anderen (nicht gesetz- oder sittenwidrigen) *Zuwendungszweck* als *causa* anerkennen, womit alles zum Rechtsgrund gemacht werden könnte, worüber sich zwei Vertragspartner einig geworden sind. Auf dieser unhaltbaren Grundlage kommt Marburger – anders als v. Tuhr – auch noch zu der Behauptung, dass im Unterschied zum Vergleich gemäß § 779 BGB ein Streit oder eine Ungewissheit nicht nur durch ein „gegenseitiges Nachgeben“, sondern auch durch „*einseitiges Nachgeben*“ des Schuldners beseitigt werden könne und will dies als eine rechtmäßige „*kausale Feststellung*“ begreifen: „Das kausale Schuldverhältnis“ ist von vergleichsähnlicher Rechtsnatur“, wie der Vergleich gehöre es zu den Feststellungsgeschäften: „*Im Unterschied zum Vergleich werden Streit oder Ungewissheit nicht durch gegenseitiges, sondern durch einseitiges Nachgeben (Hervorh. von Marburger) beseitigt*“.\*<sup>131a</sup>

Ein Vergleich setzt jedoch, wie es in § 779 BGB ausdrücklich heißt, ein „*gegenseitiges Nachgeben*“ voraus und ein einseitiger Vergleich ist ein Verzicht. *Marburger* behauptet aber, in einem Vergleich sei nicht dem Austauschzweck des gegenseitigen Nachgebens ein Abwicklungszweck angestaffelt, vielmehr sei der Feststellungszweck „Primärzweck des Vergleichs“.<sup>132</sup> Weder das Gesetz noch ein sonstiges Recht kennt jedoch einen „*einseitigen Vergleich*“. Ein einseitiger Vergleich ist eine unentgeltliche Leistung, deren Versprechen der notariellen Beurkundung nach § 518 BGB bedarf.<sup>133</sup> Das gilt ebenso für die Feststellung des Bestehens einer nicht bestehenden Forderung wie für die Feststellung des Nichtbestehens einer bestehenden Forderung. *Marburger* und andere, die seine Irrlehre für ihre Interessen

<sup>131a</sup> Staud./*Marburger* (Fn. 131), § 781 Rn.8. Auf ein einseitiges Feststellungsgeschäft sei § 779 analog anwendbar, Staud./*Marburger* (Fn. 131), § 779 Rn.28 mit Verweis auf § 781 Rn 8, 18, 22.

<sup>132</sup> Staud./*Marburger* (Fn. 131), § 779 Rn. 37; dagegen zutr. *Erik Ehmann*, Schuldanerkenntnis und Vergleich (Fn. 28), S. 112 ff.; dagegen Staud./*Marburger*, § 779 Rn. 37; vor §§ 780 ff. Rn. 1; § 781 Rz 8 f., 17., 22, 27, 32, 37, 38 und öfters mit Verweis auf BGHZ 66, 250, 254; 104, 18, 24 u.a. *Marburger* folgend glauben auch *Gernhuber* und *Hau* mit den bloßen Worten „Pazifizierungs“- und „Anpassungszweck“ die in solchen Verzichtserklärungen liegenden Vermögensverschiebungen rechtfertigen zu können, auch wenn sie tatsächlich unentgeltlich sind und daher der Form des § 518 BGB bedürfen; *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis (Tübingen 1989) § 18 II 3d; *Hau*, Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag (Tübingen 2003) 9 f.

<sup>133</sup> Dazu oben II 7 c (5) mit Fn. 112; ebenso v. *Tuhr*, Allg. Teil (Fn. 34), § 79, S. 263 Fn. 91 u. 37; dazu schon oben Fn. 129.

nützlich finden, verkennen also zutiefst die Voraussetzungen und Funktionen eines *Rechtsgrundes*<sup>134</sup> sowie die uralte Lebensweisheit, dass eine Schenkung oder eine sonstige unentgeltliche Leistung auch grundsätzlich nicht zu vermuten ist: *donatio non praesumitur*.<sup>135</sup> >

### (3) Sog. kausales Anerkenntnisse sine causa weniger gefährlich?!

Weil er wohl selbst nicht völlig verkent, dass eine bloße Feststellung keinen Rechtsgrund bilden kann, will Marburger das Formerfordernis eines einseitigen Nachgebens aus § 518 BGB mit der nicht mehr verständlichen Begründung verneinen: ein „kausales Anerkenntnis“ bedürfe deshalb nicht der Schriftform des § 781 BGB, weil ein abstraktes Anerkenntnis infolge der Beweislastumkehrung und der unter Umständen längeren Verjährung (§ 195) für den Schuldner im vergleichbaren Fall „wesentlich nachteiliger sei als ein kausales Anerkenntnis“.<sup>136</sup> Das ist zwar richtig, aber nur für ein Anerkenntnis mit einer *echten causa*, das also mit zumindest einem der drei Primärzwecke begründet ist und mangels zumindest eines dieser Zwecke kondizierbar bleibt, nicht aber mit einer „Feststellungscausa“, die nur ein leeres Wort ist und damit das festgestellte Rechtsverhältnis in Wahrheit ohne Rechtsgrund (*sine causa*) ist; also wenn man es anerkennen würde, für den Anerkennenden wesentlich nachteiliger wäre, als ein abstraktes Anerkenntnis, das noch kondiziert werden kann. Mündliche Anerkenntnisse mit sogenannter „Feststellungscausa“ sind zwar mangels eines typischen Primärzwecks *sine causa*, also eindeutig rechtsunwirksam, aber trotzdem gefährlich, weil die Gerichte, dies teilweise nicht erkennen wollen.<sup>137</sup>

### (4) Feststellung sine causa als kausales Anerkenntnis!?

Schließlich will Marburger den Satz: „Ich bin zwar *nicht* davon überzeugt, dass Sie Recht haben, trotzdem erkenne ich an, Ihnen 500 DM aus Darlehen zu schulden; denn ich will mit Ihnen keinen Streit haben“ als „Prototyp“ des endgültig feststellenden „kausalen Anerkenntnisses“, und damit als „einseitigen Feststellungsvertrag“ begreifen,<sup>138</sup> dessen Rechts-

<sup>134</sup> Dazu unten IV 1b u. 2a-g.

<sup>135</sup> Dazu *Andreas Wacke*, *Donatio non praesumitur*, AcP 191 (1991) 1 ff.; auch BGH WM 2003, 1421 ff.

<sup>136</sup> Staud./Marburger (Fn. 106), § 781 Rn 17, 22 mit der Begründung, es handele sich dabei nicht um eine Schenkung, sondern um eine „Schuldfeststellung“. Eine Schuldfeststellung ist freilich keine Schenkung, sofern sie keine Zuwendung eines Vermögensgegenstands ist oder **gar einen unentgeltlichen Erlass (Verzicht, oder einseitigen Vergleich) darstellt, also** nicht unentgeltlich erfolgt. Wenn die Feststellung aber zu einer Vermögenvermehrung des anderen führt, weil sie ihm eine Forderung zuerkennt, die tatsächlich nicht oder nicht in dieser Höhe besteht oder dem anderen eine Forderung abspricht oder verkürzt, so bedarf es eines Leistungszwecks, welcher einen anerkannten Rechtsgrund bildet, der nur ein Austausch- oder Abwicklungs- oder Unentgeltlichkeitszweck sein kann und nicht bloß eine Feststellung, Pazifizierung oder Anpassung, die keinerlei Vermögenszuwendungen rechtlich rechtfertigen können.

<sup>137</sup> Vgl. aber BGH NJW 1995, 3311f; dazu *E. Ehmann*, *Schuldanerkenntnis* (Fn. 28), 199.

grund in einer „Feststellungscausa“ bestehe. Durch eine bloße Feststellung kann eine nicht bestehende Forderung aber nicht entstehen und eine bestehende Forderung nicht unwirksam werden. Das aber soll die sogenannte „Feststellungscausa“ bewirken, die aber nur ein leeres Wort ist, das die Entstehung einer Forderung nicht bewirken kann, weil dies entweder eines Austausch- oder Schenkungs- oder eines Abwicklungszwecks bedarf. Das leere Wort kann auch eine bestehende Forderung nicht zum Erlöschen bringen, weil dies entweder der Erfüllung oder einer Leistung an Erfüllung statt gemäß § 364 BGB, z.B. der Verwertung einer Sicherheitsleistung für die bestehende Forderung oder eines Erlasses gemäß § 397 BGB oder eines Vergleichs gemäß § 779 BGB bedarf. Ein Vergleich bedarf aber des gegenseitigen Nachgebens, ein einseitiges Nachgeben ist kein Vergleich, sondern ein Verzicht, also ein Erlass im Sinne von § 397 BGB, der, sofern er unentgeltlich erfolgt, grundsätzlich der Form des § 518 BGB bedarf.\*<sup>138a</sup>

### (5) Bestätigendes Schuldanerkenntnis

Der BGH selbst will zwar das von ihm sogenannte „bestätigende Schuldanerkenntnis“ nicht völlig aufgegeben, gibt aber immerhin zu erkennen, dass im Einzelfall seine Anerkennung nicht mehr gerechtfertigt ist:

„Es gibt keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz dahin, dass mit der unbeanstandeten Zahlung einer Vielzahl von Rechnungen in der Vergangenheit auch hinsichtlich künftiger Forderungen gleichartige Einwendungen ausgeschlossen sind“.<sup>139</sup>

Der Kläger hatte für einen längeren Zeitpunkt Projektierungsarbeiten für den Beklagten geleistet. Einige Rechnungen hatte der Beklagte in der Vergangenheit schon unbeanstandet bezahlt. Daraus wollte das OLG Nürnberg ableiten, dass auch die erst für einen späteren Zeitpunkt in Rechnung gestellten Forderungen rechtswirksam anerkannt worden seien. Dem wollte der BGH nicht mehr folgen. Die Entscheidung zeigt aber, welche Bedeutung der Erfindung neuer „Rechtsgründe“, die keine sind, in der Praxis zukommt, wenn verkannt wird, dass nur einer der drei typischen Zwecke (Austausch, Unentgeltlichkeit, Abwicklung) einen wirksamen Rechtsgrund für eine Leistung bilden kann.

---

<sup>138</sup> Marburger, Kausales Schuldanerkenntnis (Fn. 131), 102 f., 107; dagegen E. Ehmman, Schuldanerkenntnis (Fn. 28), 198; Albers JZ 2020 776.

<sup>138a</sup> Dazu oben vor und mit Fn. 112.

<sup>139</sup> BGH NJW 1995, 3311 f; dazu E. Ehmman, Schuldanerkenntnis (Fn. 28), 199.

### III. Erfüllungstheorie

#### 1. Salcia Landmanns Witz gegen die Theorie der realen Leistungsbewirkung

Die Erfüllung einer Schuld bedarf – wie schon oben gesagt<sup>140</sup> – grundsätzlich der Vereinbarung des Leistenden mit dem Leistungsempfänger darüber, dass die Leistung zum Zwecke der Erfüllung einer bestimmten Forderung erfolge. Zur herrschenden Meinung geworden ist im deutschen Recht jedoch die von *Kretschmar* begründete, von *Boehmer* polemisch verstärkte und durch *Larenz* als sogenannte Theorie der realen Leistungsbewirkung verbreitete Auffassung. Nach dieser Lehre soll Erfüllung grundsätzlich allein dadurch eintreten, dass der Gläubiger vom Schuldner *objektiv* die geschuldete Leistung bekommt, *ohne* dass es noch einer *Zweckbestimmung* des Schuldners oder gar einer *Zweckvereinbarung* zwischen Schuldner und Gläubiger bedarf.<sup>141</sup> Einer Erfüllungszweckvereinbarung bedürfe es grundsätzlich nicht, weil jeder Leistung notwendigerweise ein Leistungsversprechen vorausgehe und es daher keinen anderen Zweck als den *Erfüllungszweck (causa solvendi)* geben könne. Diese Auffassung ist unhaltbar. Das soll am Beispiel eines Witzes deutlich gemacht werden, den *Salcia Landmann* erzählte:<sup>142</sup>

„Schlau bittet seinen Kompagnon Reich, der auf eine längere Geschäftsreise gehen will, um ein Darlehen über 1.000 Mark, das er schon in drei Tagen dessen Frau zurückbringen könne. Reich gibt Schlau das Darlehen und Schlau bietet es nach drei Tagen dessen Frau als Gegenleistung dafür an, dass sie ihm zu Gefallen ist, und sie erklärt sich einverstanden. Als Reich eine Woche später nach Hause kam, fragt er schon an der Türe: War Schlau schon hier? Ja, sagt sie. Hat er dir 1.000 Mark gebracht? Ja, sagt sie etwas zögerlich, woher weißt du? Er

<sup>140</sup> Unter II 7 b.

<sup>141</sup> Vgl. *Paul Gustav Kretschmar*, Die Erfüllung, Erster Teil: Historische und dogmatische Grundlagen (Leipzig 1906); *ders.*, Beiträge zur Erfüllungstheorie, JherJb 85 (1935) 184-261, 204 ff.; *ders.*, Beiträge zur Erfüllungstheorie, JherJb 86 (1936/37) 145-204, 160 ff.; vereinfachend dazu *Boehmer*, Erfüllungswille (Fn. 76) 57; zur herrschenden Meinung geworden durch *Karl Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil (9. Aufl., München 1968) § 26 I 3, 260 ff.; auf Grund meiner Kritik etwas verändert in den folgenden Auflagen, vgl. zuletzt (14. Aufl., München 1987) § 18 I 5, 238 ff. (im Folgenden wird auf diese Auflage verwiesen.); dazu ferner: *Esser*, Schuldrecht (Fn. 34) § 70; *Palandt/Grüneberg* (Fn. 52) § 362 Rn. 1; *Dirk Looschelders*, Schuldrecht. Allgemeiner Teil (9. Aufl., München 2011) § 19; *Dieter Medicus/Stephan Lorenz*, Schuldrecht. Allgemeiner Teil (18. Aufl., München 2008) § 23; *Frank Weiler*, Schuldrecht. Allgemeiner Teil (Baden-Baden 2013) § 13; BGH 20.7.2010 – XI ZR 236/07, BGHZ 186, 269 Rz. 25; BGH 19.4.2018 – IX ZR 230/15, BGHZ 218, 261 Rz. 56; etwas kritisch dagegen *Petra Buck-Heeb*, in: Erman Fn. 25), § 362 Rn. 2 mit weiteren Nachweisen.

<sup>142</sup> Vgl. *H. Ehmman* JZ 1968, 549, 555 (mit dem Witz von *Salcia Landmann* in Fn. 70); in der Sache gegen die sogenannte Theorie der realen Leistungsbewirkung auch: v. *Tuhr*, AT II 2 (Fn. 34) § 72, 67- 82 mit Fn. 128; *ders.*, Schweizer Obligationenrecht (Fn. 34) § 55, 409 um Fn. 37; *Enneccerus/Lehmann*, Schuldverhältnisse (Fn. 34) § 283; *Kreß*, Allgemeines Schuldrecht (Fn. 18) § 20 Nr. 1-5; *Rudolf Henle*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II. Schuldrecht, (Rostock 1934) § 66; *Arwed Blomeyer*, Allgemeines Schuldrecht (4. Aufl. Berlin/Frankfurt 1969) 227 f; *Wolfgang Fikentscher/Andreas Heinemann*, Schuldrecht (10. Aufl., Berlin 2006) §§ 38, 39; *Gesa Kim Beckhaus*, Die Rechtsnatur der Erfüllung (Tübingen 2013); kritisch auch *Erman/Buck-Heeb* (Fn. 141) § 362 Rz. 1-6. – Den Autoren, die für Unterlassungen und *rein tatsächliche Leistungen*, insbes. Dienst- und Arbeitsleistungen (für Werkverträge gilt § 640) keine Erfüllungszweckvereinbarung für erforderlich halten, kann im Ergebnis insoweit zugestimmt werden, als in diesen Fällen in aller Regel das Schuldverhältnis nicht durch Erfüllung, sondern rein faktisch durch „Zweckerreichung“ (im Sinne *Essers*, Schuldrecht (Fn. 34) § 85) zum Erlöschen kommt, zum Beispiel wenn ein Gärtner den Vorgarten ordnungsgemäß hergerichtet hat. Das kann aber keinesfalls für Leistungen gelten, die wie Geldleistungen oder die Übereignung von Sachen durch Rechtsgeschäfte zu erfüllen sind.

hat es mir versprochen, er ist ein anständiger Kerl, erwidert Reich und bittet seine Frau um die Herausgabe des Geldes, und sie gibt es ihm auch lächelnd heraus.“

Wir aber fragen uns: Ist die Darlehensrückforderung damit erfüllt worden?

Reich hat wohl gedacht, dass Schlau das Geld seiner Frau wie vereinbart als Botin gegeben hat und seine Frau ihm das Geld auftragsgemäß weitergibt, womit gemäß der Vereinbarung zwischen Reich und Schlau die Darlehensrückforderung aufgrund der bloßen Besitzvermittlung des Geldes durch die Frau als Botin erfüllt worden wäre. So ist es aber nicht geschehen, denn Schlau hat der Frau das Geld nicht als Botin mit der Bitte um Weitergabe an ihren Mann, sondern für eine Gegenleistung gegeben und nicht zur Erfüllung seiner Schuld gegenüber Reich. Man könnte eventuell auch noch denken, die Schuld des Schlau sei durch Zahlung an einen Dritten, nämlich an die Frau gemäß § 362 Abs. 2 BGB erfüllt worden und Reich habe im Voraus diese Zahlung an einen Dritten gemäß § 185 BGB genehmigt. Das würde aber voraussetzen, dass Schlau das Geld an die Frau zum Zwecke der Erfüllung dieser Schuld bezahlt hat, er aber hat an sie – mit Austauschzweck – für eine Gegenleistung bezahlt. Schließlich könnte man auch denken, dass die Frau mit der Herausgabe des Geldes an Reich als Dritte gemäß § 267 BGB die Schuld des *Schlau* erfüllt hat, aber dies würde nicht nur voraussetzen, dass die Frau das Geld, das ihr Schlau als Gegenleistung bezahlt und damit *ihr* persönlich das Eigentum daran verschafft hat, an Reich übereignet hat zu dem Zwecke, die Schuld des *Schlau* zu erfüllen. 64c < Die dafür erforderlichen Erklärungen hat sie aber nicht abgegeben, auch nicht stillschweigend, und wollte sie verständlicherweise auch keinesfalls abgeben, vielmehr nur so, wie Schlau es erwartete, den Besitz des Geldes als Botin weitergegeben, damit Reich denken kann, wie er gedacht hat, dass Schlau als anständiger Kerl seine Darlehensschuld wie verabredet durch Übergabe des Besitzes des Geldes an die Frau erfüllt hat. *Schlau* aber hat *Reich* und seine Frau betrogen und die Frau hat es zu spät bemerkt, der Mann und Gläubiger aber gar nicht. Das ist ein lehrreicher Witz, der die Problematik des Erfüllungsrechts erhellt, indem er die Notwendigkeit der Zweckbestimmung einer Erfüllungsleistung und deren Annahme, also eine Erfüllungszweckvereinbarung als Voraussetzung der Erfüllung klarstellt und damit die *Larenz'sche* Theorie der realen Leistungsbewirkung *ad absurdum* führt. Der Erfinder dieses Witzes hat die Problematik des Erfüllungsrechts tiefer durchschaut als Larenz und die in Deutschland herrschende Lehre. Das soll im Folgenden unter 2 a-f durch Darstellung der verschiedenen Formen der Erfüllung klargestellt werden.

## 2. Erfüllungsleistung gemäß §§ 362 Abs. 1, 267, 362 Abs. 2, 364, 366 BGB

### a) Grundsätze der Theorie der realen Leistungsbewirkung

Wenn ein Schuldner seinem Gläubiger eine einzige Leistung schuldet, zum Beispiel einen bestimmten Geldbetrag und ihm abgezahlt dieses Geld übergibt, auch keinerlei Zweifel bestehen kann, dass diese Leistung zum Zwecke der Erfüllung dieser Schuld erfolgt und nicht zu irgendeinem anderen Zweck, so bedarf es selbstverständlich auch keiner *ausdrücklichen* Erfüllungszweckvereinbarung zur Erfüllung dieser Schuld.<sup>143</sup> Auch nach den Theorien *Kretschmars* und *Boehmers* soll die bloße Zahlung der geschuldeten Leistung (ohne eine Bestimmung des Leistungszwecks) die Erfüllung nur bewirken können, wenn sie vom Schuldner unmittelbar an den Gläubiger erbracht wird: „Sobald aber der Schuldner in irgendeinem Punkt vom Inhalt seiner Leistungspflicht abweicht, so ist ein Erfüllungsvertrag unentbehrlich“.<sup>144</sup> Dem stimmt auch *Larenz* allgemein zunächst noch zu mit den Sätzen:

„Danach genügt zur Erfüllung in den meisten Fällen, dann nämlich, wenn der Bezug auf die bestimmte Schuldordnung offenkundig ist, die Herbeiführung des Leistungserfolges durch eine Leistungshandlung des Schuldners [...], die in jeder Weise der geschuldeten entspricht. [...] Will er mit der Zuwendung nicht seine Schuld erfüllen, obgleich sie ihr inhaltlich entspricht, sondern einen anderen rechtlichen Zweck verfolgen, etwa eine Schenkung machen oder Kredit gewähren, [...] nimmt er der angebotenen Leistung den Charakter einer Schuldtilgung; die Erfüllungswirkung tritt nicht ein.“<sup>145</sup>

Das entspricht den Auffassungen *Boehmers* und *Kretschmars*, die ihre Behauptung, dass es einer Erfüllungszweckvereinbarung nicht bedürfe gleichfalls auf den Fall beschränkt haben, dass nur eine einzige Forderung des Empfängers gegen den Leistenden besteht und keinerlei Grund dafür, dass die Leistung zu einem anderen als dem Erfüllungszweck erbracht sein könnte oder sollte. Anders als *Boehmer* und *Kretschmar* nimmt jedoch *Larenz* nicht einmal seine eigenen Behauptungen ernst und erklärt im offenkundigen Widerspruch zu dem vorgenannten Satz, „einer besonderen ‚Erfüllungsannahme‘ bedarf es daneben [Anm. H. E.: neben der tatsächlichen Leistung oder der Übereignung] nicht“<sup>146</sup> und verneint damit ganz all-

<sup>143</sup> In solchem Fall wäre eine *ausdrückliche* Erfüllungszweckvereinbarung in der Tat „unnötiges Gerede“ oder „Unsinnigkeit“ oder eine „absurde Vertragstheorie“ und „begriffslogische Fehlkonstruktion“ und was sonst noch an „Kraftworten“ *Boehmer*, Erfüllungswille (Fn. 76) 57 und öfters gebraucht hat (zusammengestellt von *Lehmann*, in: *Enneccerus/Lehmann*, Schuldverhältnisse (Fn. 34) 251), um mangels brauchbarer Argumente, seine Irrlehre zu begründen; dazu *H. Ehmman*, JZ 1968, 549, 554 f. *Larenz*, SchuldR AT (Fn. 141) § 18 I 5, 241ff. zieht aus der Möglichkeit stillschweigender Vereinbarung unglaublicher Weise den Schluss, dass eine Vereinbarung überhaupt nicht nötig sei; dazu unten um Fn. 145.

<sup>144</sup> *Kretschmar*, Erfüllung (Fn. 141); *ders.*, JherJb 85, 204 ff.; 86, 122, 160 ff.; *Boehmer*, Erfüllungswille (Fn. 76) 47; dazu *H. Ehmman* JZ 1968, 549, 554 f. Fn. 50, 59-64.

<sup>145</sup> *Larenz*, SchuldR AT (Fn. 141) 238 - 241.

<sup>146</sup> *Larenz*, SchuldR AT (Fn. 141), 239.



gemein das Erfordernis eines „Erfüllungsvertrags“ in den Fällen der Leistung eines Dritten gemäß § 267 BGB, der Leistung an einen Dritten gemäß §§ 362 Abs. 2, 185 BGB sowie im Falle des Bestehens mehrerer Forderungen (§ 366 BGB). Zur Begründung behauptet *Larenz*:

*„Die Fraglichkeit einer Zweckvereinbarung (im Sinne Ehmanns und Weitnauers) wird schon daraus deutlich, dass diejenigen, die sie fordern, sich doch mit stillschweigenden Erklärungen zufriedengeben. Die Theorie der realen Leistungsbewirkung verzichtet daher auf sie“.*<sup>147</sup>

Mit derselben Begründung könnte man für jede vertragliche Leistung und jedes vertragliche Leistungsversprechen die Vertragsnatur und das Erfordernis eines Vertragsschlusses (§§ 145 ff. BGB) bestreiten, weil grundsätzlich alle Verträge stillschweigend geschlossen werden können und oft auch so geschlossen werden, zum Beispiel der Kaufvertrag (Real- oder Verprechensvertrag) und die Eigentumsübertragung beim Einkauf im Supermarkt. Hinter dieser Polemik steckt die unhaltbare Vorstellung, es sei gar keine vertragliche Vereinbarung erforderlich, wenn keine ausdrückliche Vereinbarung erforderlich ist. Die Argumentation von *Larenz* verrät die ganze auf „konkretem Ordnungsdenken“ beruhende, jeden Parteiwillen zu Gunsten objektiver Kriterien verdrängende Methode, die das Rechtsdenken von *Larenz* auch schon zu unsäglichen Zeiten von „Vertrag und Unrecht“ bestimmt hat.<sup>148</sup> *Boehmer* hat demgegenüber in weitgehender Übereinstimmung mit *Kretschmar* ausdrücklich erklärt, dass in jedem Falle einer *Abweichung* der erbrachten Leistung von der geschuldeten Leistungspflicht eine Erfüllungszweckvereinbarung (*causa solvendi*) erforderlich sei. Als solche „Abweichungen“ von der Leistungspflicht, welche – zumindest stillschweigende – Erfüllungszweckvereinbarungen und deren Erreichung notwendig machen, wurden von *Boehmer* und *Kretschmar* ausdrücklich folgende Arten der Erfüllung genannt:

1. Die Leistung eines Dritten gemäß § 267 BGB;
2. die Leistung an einen Dritten gemäß §§ 362 Abs. 2, 185 BGB;
3. Leistung an Erfüllung statt oder erfüllungshalber gemäß § 364 BGB;
4. Leistung in Fällen, in denen der Schuldner dem Gläubiger aus mehreren Schuldverhältnissen zu gleichartigen Leistungen verpflichtet ist und das Geleistete nicht zur Tilgung sämtlicher Forderungen ausreicht gemäß § 366 Abs. 1 BGB.

<sup>147</sup> *Larenz*, SchuldR AT (Fn. 141), 238.

<sup>148</sup> Vgl. *Karl Larenz*, Vertrag und Unrecht, 1. Teil: Vertrag und Vertragsbruch (Hamburg 1936); 2. Teil: Die Haftung für Schaden und Bereicherung (Hamburg 1937); *ders.*, Methodenlehre (Fn. 19); *ders.*, Richtiges Recht (Fn. 19); dagegen *Rüthers*, Rechtstheorie (Fn. 19) Rz. 69; 148 b ff.; 806-815 und öfters; *Hans-Martin Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen (Heidelberg 1981) Rz. 96, 143 und öfters.

### b) Zur Erfüllung gemäß § 362 Abs. 1 BGB

Entgegen der Ansicht von *Kretschmar* und *Boehmer* setzt jedoch auch die Leistung des Schuldners selbst an den Gläubiger eine *rechtswirksame Zweckvereinbarung* und die *Erreichung des vereinbarten Zwecks* voraus. Hat ein Gläubiger aber mehrere Forderungen gegen einen Schuldner und noch andere Forderungen gegen andere Schuldner und einer dieser Schuldner erbringt eine Geldleistung an den Gläubiger, ohne einen bestimmten Zweck zu nennen, so kann niemand wissen, ob er zur Erfüllung geleistet hat oder ein Darlehen gewähren oder dafür eine Gegenleistung erhalten will, solange er dies nicht erklärt hat; sagt er aber, dass er zum Zwecke der Erfüllung zahle, so kann auch noch niemand wissen, zur Erfüllung welcher Schuld er bezahlen will, es sei denn, dass er dies erklärt, dann tritt grundsätzlich auch Erfüllung ein, jedoch nur, wenn der Zahlungsempfänger die Zahlung auch zum Zwecke der Erfüllung der Forderung annimmt, zu welcher der Gläubiger zahlen wollte. Hat freilich ein Gläubiger nur eine einzige Forderung gegen einen einzigen Schuldner und zahlt ihm dieser eine Summe, die genau seiner Forderungen entspricht, so braucht er in aller Regel selbstverständlich auch nicht mehr ausdrücklich zu erklären, dass er diese Leistung zur Erfüllung dieser Forderung erbringt. Er erklärt es in solchem Falle mit seiner Zahlung aber stillschweigend. Wenn jedoch Herr Müller aus Berlin bei Amazon eine Sache gekauft hat und den Kaufpreis in Höhe von 199, 95 Euro per Anweisung an Amazon überweist ohne die Rechnungsnummer auf dem Überweisungsträger zu nennen, so ist die Forderung nicht erfüllt, weil Amazon täglich tausende Zahlungen in dieser Höhe erhält und nicht wissen und nur schwer oder gar nicht herausfinden kann, welcher Müller aus Berlin die Zahlung geleistet hat. Eine Erfüllungszweckvereinbarung muss nur ausdrücklich getroffen werden, wenn der Zweck der Zahlung nicht offensichtlich ist, erforderlich ist sie aber stets, kann jedoch in vielen Fällen stillschweigend geschehen. Nicht zuletzt setzt die Erfüllung als *Rechtsgeschäft* auch *Geschäftsfähigkeit* der Beteiligten gemäß § 104 BGB voraus und ist daher unwirksam, wenn der Schuldner von einem Geschäftsunfähigen die Zahlung erhalten hat.

### c) Zur Leistung eines Dritten gemäß § 267 BGB

Zur Leistung eines Dritten gemäß § 267 BGB meint *Larenz*: „*Einer ausdrücklichen Zweckbestimmung durch den Leistenden – aber nicht eines Erfüllungsvertrages – bedarf es allerdings dann, wenn ein Dritter an Stelle des Schuldners leistet, also in den Fällen der §§ 267, 268*

BGB, sowie immer dann, wenn sonstige Zweifel bestehen“<sup>149</sup>. Teilweise widerspricht *Larenz* diesem Grundsatz aber selbst mit der Behauptung, dass eine „negative Tilgungsbestimmung“ des Schuldners, wenn er also die geschuldete Geldleistung als Kaufpreis für eine andere Sache anbietet, die Erfüllung ausschließe; das gebiete die Privatautonomie. Die Privatautonomie gebietet aber auch, dass der Gläubiger eine Zahlung nur zu dem Zweck rechtmäßiger Weise annehmen kann, zu dem sie ihm angeboten wird.<sup>150</sup> Leistet Schlaw z.B. 1000 € an die Frau des Reich zur Erfüllung seiner Darlehensschuld gegenüber ihrem Mann, nimmt die Frau das Geld dankend als Geschenk oder zu sonstigem Zwecke an, so ist die Darlehensschuld – wie oben dargelegt – offensichtlich nicht erfüllt. Geht man davon aus, dass die Eigentumsübertragung beweglicher Sachen und Bargelds im Zweifel nur von der Zweckerreichung aber nicht von der Zweckvereinbarung abstrahiert ist, so ist die Frau nicht einmal Eigentümerin des Geldes geworden.<sup>151</sup>

#### d) Zur Leistung an einen Dritten

Zur Leistung an einen Dritten gemäß §§ 362 Abs. 2, 185 BGB soll es nach *Larenz*<sup>152</sup> genügen, dass der Dritte „empfangszuständig“ sei, dass also der Gläubiger ihm die Genehmigung zur Annahme als Erfüllung erteilt habe, eine Erfüllungszweckvereinbarung zwischen dem Schuldner und dem Dritten sei jedoch nicht erforderlich. Auf mein schon 1968 dagegen gestelltes Beispiel einer Leistung an eine „empfangszuständige“ Dritte zu anderem Zwecke als zur Erfüllung einer Schuld, geht *Larenz* nicht ein, weil er ansonsten seine Falschbehauptung nicht aufrechterhalten könnte. Er sagt aber andererseits, dass eine derart „negative Tilgungsbestimmung“ zu beachten sei, also die Erfüllung ausschließe. Die bloße „Empfangszuständigkeit“ genüge also zu Erfüllung nur, wenn der Schuldner die Leistung offensichtlich zur Erfüllung einer bestimmten Schuld erbringt, weil irgendein anderer Grund gar nicht ersichtlich ist, aber nicht, wenn er sie zu einem anderen Zweck erbringt. Demnach ist also letztlich doch eine *Erfüllungszweckvereinbarung* erforderlich. *Larenz* widerspricht sich also selbst, wenn er sagt, Erfüllung trete nur ein, wenn der Schuldner offensichtlich zu keinem anderen Zweck als zur Erfüllung zahle und der Gläubiger die Zahlung auch nicht zu einem anderen

<sup>149</sup> *Larenz*, SchuldR AT (Fn. 141) 240; dazu auch *Kretschmar*, Erfüllung (Fn. 141) 130; *Boehmer*, Erfüllungswille (Fn. 76) 22, 74, 86 f.

<sup>150</sup> So auch *Enneccerus/Lehmann*, Schuldverhältnisse (Fn. 34) § 60 II 3.

<sup>151</sup> Dazu oben III 1 und II 4 b vor Fn 79.

<sup>152</sup> *Larenz*, SchuldR AT (Fn. 141) 240, 244 f; *Kretschmar*, JherJb 85, 190 (Fn. 141); *Boehmer*, Erfüllungswille (Fn. 76) 75.

Zweck annehmen will; in solchem Fall tritt in der Tat Erfüllung ein, weil es grundsätzlich keiner *ausdrücklichen* Erklärungen bedarf.

#### e) Zur Wirksamkeit der Leistung an Erfüllungs Statt oder erfüllungshalber

Zur Wirksamkeit der Leistung an Erfüllungs Statt gemäß § 364 Abs. 1 BGB oder erfüllungshalber fordert auch *Larenz* „einen den Leistungsakt begleitenden *besonderen Vertrag* darüber, dass diese Leistung an Erfüllungs Statt gegeben und angenommen werde“; es sei daher Geschäftsfähigkeit auf beiden Seiten erforderlich.<sup>153</sup> Er will diesen „besonderen Vertrag“ jedoch nicht *Erfüllungszweckvereinbarung* nennen, vielmehr sich der „Theorie des Erfüllungsvertrags“ von *Harder*<sup>154</sup> anschließen. Zur Leistung erfüllungshalber kann *Larenz*<sup>155</sup> es auch nicht vermeiden, in der Übernahme einer neuen Verbindlichkeit eine „Abrede“ zu erkennen, die er aber nicht näher kennzeichnet; vielleicht versteht er darunter ein „Abstreiten“, wie „in Abrede stellen“. Im Allgemeinen heißt „Abrede“ freilich Vereinbarung; im gegebenen Fall also Erfüllungszweckvereinbarung.

#### f) Zur Regelung des § 366 Abs. 1 BGB

Zur Regelung des § 366 Abs. 1 BGB meint *Larenz*, sie wäre überflüssig, wenn es zum Eintritt der Tilgungswirkung stets einer Tilgungsbestimmung des Schuldners oder gar eines „Zuordnungsvertrags“ bedürfte; die Tilgungsbestimmung durch den Schuldner erfolge, wo sie erforderlich ist, durch *einseitige* empfangsbedürftige Erklärung gegenüber dem Gläubiger.<sup>156</sup> Richtig ist jedoch die Auffassung *Windscheids* geblieben, dass die Erfüllung einer Zweckvereinbarung zwischen Schuldner und Gläubiger bedarf, dass aber, wenn dem Gläubiger mehrere Forderungen gegen den Schuldner zustehen und dieser eine Leistung erbringt, die nicht zur Erfüllung aller Forderungen ausreicht, aber bestimmt hat, zur Tilgung welcher Forderung sie dienen soll, keine Erfüllung eintritt, wenn der Gläubiger die Leistung zur Erfüllung einer anderen Forderung annimmt. Der Gläubiger kann gegen die Leistungskondition des Schuldners auch nicht mit der Forderung aufrechnen, die er zuerst getilgt haben will, weil ansons-

<sup>153</sup> *Larenz*, SchuldR AT (Fn. 141) 247 f; *Kretschmar*, Erfüllung (Fn. 141) 122; *Boehmer*, Erfüllungswille (Fn. 76) 74.

<sup>154</sup> *Manfred Harder*, Die Leistung an Erfüllungs Statt (Berlin 1976).

<sup>155</sup> *Larenz*, SchuldR AT (Fn. 141) 250.

<sup>156</sup> *Larenz*, SchuldR AT (Fn. 141) 241 ff. stützt sich hierbei auf *Hans Wieling*, Empfängerhorizont - Auslegung der Zweckbestimmung und Eigentumserwerb, JZ 77, 291-296, 29,1 sowie auf Kommentierungen von *Heinrichs* und *Kaduk*.

ten das Bestimmungsrecht allein dem Gläubiger zustehen würde.<sup>157</sup> Gläubiger und Schuldner müssen sich also auch darüber einig sein, welche Forderung erfüllt werden soll. Diese Regelung wird bestätigt durch § 367 BGB, wonach im Falle einer Leistung, die nicht zur Erfüllung der Forderung selbst nebst Kosten und Zinsen ausreicht, das Gesetz bestimmt, dass die Leistung zunächst auf die Kosten und Zinsen und erst zuletzt auf die Hauptforderung anzurechnen ist. Die Bestimmung ist jedoch dispositiv, die Parteien können also einvernehmlich Abweichendes vereinbaren. Nimmt der Gläubiger jedoch eine vom Schuldner von § 367 Abs. 1 BGB abweichende Tilgungsbestimmung nicht an, so tritt nicht Erfüllung gemäß der gesetzlichen Regelung ein, der Gläubiger kann vielmehr nur die Erfüllung ablehnen ohne in Annahmeverzug zu geraten, der Schuldners aber seine Leistung zurückfordern (§ 367 Abs. 2 BGB). Es bedarf also auch bei § 367 BGB einer Einigung von Schuldner und Gläubiger über die Forderung, die erfüllt werden soll, obgleich das Gesetz dafür eine dispositive Regelung aufgestellt hat.<sup>158</sup>

## IV. Ungerechtfertigte Bereicherung

### 1. Grundsätze zur Unterscheidung zwischen Leistungs- und Eingriffskonditionen

#### a) Zum Wortlaut der gesetzlichen Regelungen

Im deutschen Bereicherungsrecht ist nach heute herrschender und richtiger Meinung auf Grund der §§ 812-822 BGB zu unterscheiden zwischen *Leistungs-* und *Eingriffskonditionen*. *Leistungen* und *Leistungsversprechen* sind gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. BGB abhängig von ihrem „rechtlichen Grund“, also einem wirksam vereinbarten Zweck und seiner Erreichung. Eine nicht durch eine Leistung oder ein Leistungsversprechen, sondern „in sonstiger Weise“ (§ 812 Abs. 1 Satz 1 2. Alt. BGB), also nicht „kraft des Willens oder nicht kraft des rechtsgültigen Willens“ (§ 748 E I) des Entreicherten entstandene Bereicherung eines anderen, kann selbstverständlich nicht durch einen vom Entreicherten verfolgten „Zweck“ gerechtfertigt werden, weil er doch gar keinen Leistungszweck verfolgt, den Bereicherungsgegenstand also nicht kraft seines rechtsgültigen Willens verloren hat. Eine solche Bereiche-

<sup>157</sup> Windscheid/Kipp, Pandekten II (Fn. 24) § 343 Fn. 2c; ebenso RG 18.03.1905 – I 574/04, RGZ 60, 284, 290; Kreß Allgemeines Schuldrecht (Fn. 18) 451 f.; dem folgend H. Ehmman JZ 1968, 549, 550 um Fn. 6-8; dazu Kretschmar, Erfüllung (Fn. 141) 122 und ders., JherJb 85, 204.

<sup>158</sup> Dazu Palandt/Grüneberg (Fn. 53) § 367 Rz. 2; Erman/Buck-Heeb (Fn. 141) § 367 Rz. 2; BGH 05.04.1984 – III ZR 2/83, BGHZ 91, 55, 58.

zung kann daher nur ungerechtfertigt sein, wenn sie *rechtswidrig* ist, *genauer*: wenn sie „*im Widerspruch steht zum Zuweisungsgehalt eines Rechts*“.<sup>159</sup>

Diese beiden grundverschiedenen Kondiktionstatbestände sind in § 812 Abs. 1 S. 1 BGB bedauerlicherweise vom Gesetzgeber in einem einzigen Satz missverständlich zusammengestellt worden, insofern als danach die das „Wesen“ des Bereicherungsrechts bestimmende Anspruchsvoraussetzung „*ohne rechtlichen Grund*“ für beide Tatbestände zu gelten scheint. Leistungs- und Eingriffskondiktion wären daher besser durch *zwei getrennte Sätze* wie folgt gefasst worden:

**1. Leistungskondiktion:** *Wer durch die Leistung eines anderen etwas **ohne rechtlichen Grund** erlangt hat, ist zur Herausgabe verpflichtet.*

**2. Eingriffskondiktion:** *Wer etwas nicht durch Leistung eines anderen **in sonstiger Weise auf Kosten eines anderen** (rechtswidrig) erlangt hat, ist zur Herausgabe verpflichtet.*

Bedauerlicherweise hat der BGB-Gesetzgeber jedoch diese beiden grundverschiedenen Tatbestände in einem einzigen durch einen „oder“ verbundenen Satz zusammengefasst und das nur für die Leistungskondiktion zutreffende Merkmal „*ohne rechtlichen Grund*“ hinter beide Halbsätze gestellt, wodurch es grammatikalisch für beide Halbsätze Geltung zu haben scheint, obwohl die Tatbestandsvoraussetzungen beider Ansprüche eindeutig und unbezweifelbar grundverschiedene Anspruchsvoraussetzungen haben. Diese Formulierung des § 812 Abs. 1 S. 1 BGB hat daher zu der verfehlten Vorstellung einer sogenannten *Einheitskondiktion* geführt, die mit den Merkmalen *Entreicherung, Bereicherung, Unmittelbarkeit und ohne rechtlichen Grund* erfasst werden sollte.<sup>160</sup> Diese Auffassung ist mit der Entscheidung des BGH vom 30.5.1968<sup>161</sup> jedoch aufgegeben und damit allgemein die Unterscheidung zwischen *Leistungs- und Eingriffskondiktion* wieder anerkannt worden.

<sup>159</sup> *Walter Wilburg*, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht (Graz 1934).

<sup>160</sup> Zur Entwicklungsgeschichte des Verständnisses des § 812 Abs. 1 Satz 1 als „Einheitskondiktion“ vgl. *Enneccerus/Lehmann*, Schuldverhältnisse (Fn. 34) § 221, 848 ff.; *Hans Seiler*, in: Erman, Handkommentar zum (1. Aufl., 1962) vor § 812; *ders.* auch noch 4. Aufl. 1967 vor § 812 Anm. 1b, aa und § 812 Anm. I 4b, aa. Die ganze Problematik dieser sogenannten Einheitskondiktion war in der Unklarheit des Begriffs der „Unmittelbarkeit“ begründet, mit der die Regelung des § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB praktisch in allen schwierigeren Fällen unbrauchbar geworden war. Noch vertreten ist die Einheitskondiktion in BGH 5.10.1961, BGHZ 36, 30 = NJW 1961 2251 – Idealheim; BGH 31.10.1961, BGHZ 40, 272 = NJW 1964, 399 – Elektrogeräte.

<sup>161</sup> Als Abkehr von der sogenannten *Einheitskondiktion* ist vor allem verstanden worden die Entscheidung BGH, 30.5.1968 - VII ZR 2/66, BGHZ 50, 227 = NJW 1968, 1822 – Lupinenweg (unten Beispiel 6); dazu *Horst Ehmann*, Der Begriff des rechtlichen Grundes im Sinne des § 812 BGB, NJW 1969, 398-404; *Franz Schnauder*, Grundlagen zur Leistungskondiktion bei Drittbeziehungen (Berlin 1981) 115 ff.; zur Subsidiarität der Eingriffskondiktion BGH 11.1.1971, VIII ZR 261/69, BGHZ 55, 261 = NJW 1971, 612 mit Anm. *Horst Ehmann* – Jungbullen (unten Beispiel 9) sowie die Nachweise in Fn. 163. Erst mit diesem Richtungswechsel der Rechtsprechung kam das deutsche Obligationenrecht, vor allem das Bereicherungsrecht wieder zurück auf die Spur *Windscheids*, was vor der anbrechenden nationalsozialistischen Zeit vor allem im 1929 erschienenen Lehrbuch des

Allerdings wird in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs<sup>162</sup> der rechtliche Grund *nicht* in der *Zweckvereinbarung* zwischen Leistenden und Leistungsempfänger erkannt, sondern dem sogenannten „objektiven Empfängerhorizont“ entnommen. Daraus soll bestimmt werden können, zu welchem Zweck „objektiv“ die Leistung erfolgte, auch dann, wenn der Schuldner nach den Feststellungen im Sachverhalt des Urteils zu einem ganz anderen Zweck geleistet hat als der Bundesgerichtshof glaubt, aus seinem „Empfängerhorizont“ entnehmen zu können; im Einzelnen dazu unten IV 2g zu Beispiel 15. Problematisch geblieben ist auf Grund dieser Vorstellung auch das *Konkurrenzverhältnis* zwischen Leistungs- und Eingriffskondition. Grundsätzlich gilt, dass in Dreiecksbeziehungen und längeren Zuwendungsketten eine Eingriffskondition gegen den letzten Empfänger ausgeschlossen ist, wenn der Leistungsgegenstand durch eine geschlossene Reihe von Leistungen zum „bereicherten“ Empfänger gekommen ist.<sup>163</sup> In den Fehlurteilen, die den Beispielen 13 und 15 zu Grunde liegen, lässt der BGH jedoch auch *diesen* Grundsatz außer Betracht.

## b) Begriff der Leistungskondition

### (1) Die Regelungen der §§ 737, 742 E I und der §§ 812 Abs. 1 Satz 1 und 2, 817 BGB

In dem noch von *Windscheid* angefertigten ersten Entwurf war die *condictio indebiti* als praktisch wichtigster Fall der Leistungskondition noch mit § 737 E I an die Spitze des Bereicherungsrechts gestellt worden mit dem Satz :

„Wer zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit eine Leistung bewirkt hat, kann, wenn die Verbindlichkeit nicht bestanden hat, von dem Empfänger das Geleistete zurückfordern“.

Eine allgemeine Fassung der Leistungskondition war jedoch in § 742 E I enthalten mit der Formulierung:

---

Allgemeines Schuldrechts von *Hugo Kreß* (Fn. 18) Gestalt gefunden hatte, nach 1933 dann aber nicht mehr zeitgemäß erschien und durch die Lehrbücher über „Vertrag und Unrecht“ von Larenz und anderen abgelöst wurde. *Privatautonomie und Selbstbestimmung* gehörten in Deutschland nach 1933 nicht mehr zum herrschenden Zeitgeist. Die Abhängigkeit des Privatrechts, insbesondere der Privatautonomie mit dem grundsätzlichen Vorrang vertraglicher Vereinbarungen vor den Regeln dispositiven Rechts, kam jedoch auch der nach 1945 amtierenden Juristengeneration sehr lange nicht zum Bewusstsein. Daher glaubte man auch im Bereicherungsrecht bis zu der Entscheidung vom 30.5.1968 (BGHZ 50, 227) den Rechtsgrund einheitlich für Leistungs- und Eingriffskonditionen ohne Berücksichtigung des Parteiwillens rein „objektiv“ bestimmen zu können. In der Irrlehre vom Empfängerhorizont wirkt dieser Zeitgeist, wenn auch aus verschiedenen Gründen, jedoch bis heute fort; dazu unten IV 2 g Beispiel 15; auch Fn. 20, 91 und 148).

<sup>162</sup> Näheres dazu unter 2 g in Beispiel 15.

<sup>163</sup> Zur Problematik *H. Ehmman* NJW 1969, 398, 401 Fn. 39; ebenso BGHZ 55, 261 = NJW 1971, 612 mit Anm. *Horst Ehmman* – Jungbullen; dazu unten IV 2 e mit Beispiel 9; *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht (Fn. 142) Rz. 1467 ff.; *Hans Josef Wieling*, Bereicherungsrecht (4. Aufl. Berlin 2007) 96 f. Vgl. auch die Beispiele 10 und 13.

„Wer unter der ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Voraussetzungen des Eintritts oder Nichteintritts eines künftigen Ereignisses oder eines rechtlichen Erfolges seine Leistung bewirkt hat, kann, wenn die Voraussetzung sich nicht erfüllt, von dem Empfänger das Geleistete zurückfordern.“

Diese Regelungen des 1. Entwurfs sind nach dem Rücktritt *Windscheids* aufgrund der Polemik *Lenels* gegen *Windscheids* Voraussetzungslehre<sup>164</sup> gestrichen und ersetzt worden durch § 812 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. BGB mit dem Halbsatz:

„Wer durch die Leistung eines anderen etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet.“

Dieser Satz sollte allerdings nicht nur die *condictio indebiti* erfassen, ist aber teils so verstanden worden. Die Kommission hatte jedoch nicht verkannt, dass mit der ehrwürdigen *condictio indebiti* nicht alle rechtsgrundlosen Leistungen erfasst werden können und hat daher in der berechtigten Sorge, nicht alles Erforderliche getan zu haben, die bekannten alt-römischen Regelungen in deutscher Sprache hinzugefügt: § 812 Abs. 1 Satz 2 BGB mit der *condictio ob causam finitam* und der *condictio ob causam datorum* (auch *condictio causa data non secuta* genannt) sowie § 817 Abs. 1 Satz 1 mit der *condictio ob turpem vel iniustam causam*.<sup>165</sup> Das war auch gut und richtig so, solange man die gemeinsame Voraussetzung dieser verschiedenen Kondiktionstatbestände noch nicht auf einen Begriff bringen und daher nicht in einem einzigen Tatbestand zusammenfassen konnte.

## (2) Die *condictio indebiti* und deren Erweiterung zur Leistungskondiktion >

Die Vielfalt der vorstehend zitierten historischen Kondiktionstatbestände hat lange Zeit dem Verständnis eines *einheitlichen Begriffs* der *Leistungskondiktion* entgegengestanden. Dennoch ist im Laufe der Zeit aus der Vielfalt dieser Einzeltatbestände in der Wissenschaft<sup>166</sup> der allgemeine Begriff der Leistungskondiktion entwickelt worden, die gegeben ist, wenn der Zweck der Leistung nicht rechtswirksam vereinbart oder nicht erreicht wurde. Diese Definition der Leistungskondiktion erfasst auch die ehrwürdige *condictio indebiti*, die gegeben ist, wenn keine Leistung geschuldet und deswegen der Erfüllungszweck nicht erreicht werden kann. Die *condictio indebiti* selbst kann jedoch schon die Fälle nicht erfassen, in denen der Leistungsempfänger die Leistung nicht zur Erfüllung der bestehenden Forderung annehmen wollte, sondern als Geschenk oder zu einem sonstigen Zweck, auch zur Erfüllung einer bestehenden anderen Forderung gegen den Leistenden. Die *condictio indebiti* erfasst also nicht

<sup>164</sup> Vgl. oben I.1 bei Fn. 8.

<sup>165</sup> Vgl. zur Geschichte der Tatbestände auch den Beitrag von *Albers*, Unerwartete Ereignisse (Fn. 8) II 1 und 2.

<sup>166</sup> Grundlegend *Kreß*, Allgemeines Schuldrecht (Fn. 33), § 5; *ders.* Besonderes Schuldrecht (Fn. 113), § 35 Nr. 1; dazu *Ehmann* NJW 1969, 398 ff.; *Schnauder*, Leistungskondiktion bei Drittbeziehungen (Fn. 161).



die Fälle eines *Dissens über den Leistungszweck* und sie erfasst auch *nicht* die vielen anderen Fälle, in denen der Leistende *nicht* zum Zwecke der *Erfüllung* einer bestehenden Forderung, sondern zu einem anderen Zweck als zur Erfüllung leistet und der Leistungsempfänger sie nicht zu dem vom Leistenden bestimmten Zweck annimmt oder der vereinbarte andere Zweck nicht erreicht wird. Mit der Gesetz gewordenen Formulierung des § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB können diese und andere Fälle zwar erfasst werden, da aber schon der BGB-Gesetzgeber dieser Formulierung nicht richtig getraut und vorsichtshalber die alt-römischen Kondiktionstatbestände den §§ 812 ff. BGB hinzugefügt hat, ist bis heute ein *allgemeines* Einverständnis über die Voraussetzungen einer Leistungskondiktion immer noch nicht erreicht worden. Diese Missverständnisse haben in Rechtsprechung und Lehre große Verwirrung gestiftet, die immer noch vorherrscht.

### **(3) Dissens in der Zweckvereinbarung und Zweckverfehlung**

Die *Leistungskondiktion* erfasst über die *condictio indebiti* hinaus auch Fälle des *Dissens in der Zweckvereinbarung* und die Nichterreicherung vereinbarter anderer Zwecke, die keine Erfüllungszwecke sind. Bietet zum Beispiel Eigentümer E dem Gläubiger G seines Freundes F das Eigentum an einer Sache zum Zwecke der Sicherung der Forderung des G gegen F an, um dem Freund die Zwangsvollstreckung zu ersparen, will G das Eigentum aber an Erfüllung statt annehmen, so ist nach richtiger Auffassung schon das Eigentum (mangels einer *iusta causa traditionis*<sup>167</sup>) nicht auf G übergegangen, aber – sofern ein Eigentumsübergang auf Grund einer verbreiteten Irrlehre dennoch angenommen wird – so ist wegen des Dissens in der Zweckvereinbarung<sup>168</sup> jedenfalls ein Kondiktionsanspruch auf Herausgabe des Eigentums entstanden. Entsprechendes gilt, wenn A dem B 100 Euro als Darlehen gibt und B das Geld dankend als Geschenk annimmt oder C dem D, der behauptet, einen Anspruch in Höhe von 200 Euro gegen ihn zu haben, vergleichsweise 100 Euro gibt und dieser das Geld dankend mit der Erklärung annimmt, es als Teilzahlung zu verstehen.

### **(4) Leistungskondiktion bei Verfehlung des Austausch- und Schenkungszwecks**

Grundsätzlich kann eine Leistung auch zum *Zwecke des Austauschs* erfolgen und kondiziert werden, wenn keine Einigung über den Austauschzweck entstanden oder der vereinbarte Austauschzweck nicht erreicht wurde. Allerdings bildet der Austauschzweck zumeist den *Rechtsgrund gegenseitiger Versprechensverträge*, insbesondere von Kauf-, Dienst-, Miet-,

<sup>167</sup> Dazu oben II 4 b.

<sup>168</sup> Dazu H. Ehmman, JZ 1968, 549, 555.

Werkverträgen und anderer, weshalb ein Dissens in der Vereinbarung des Austauschzwecks oder dessen Nichterreicherung in unserer Rechtsordnung in der Regel kein bereicherungsrechtliches Problem ist, sondern zur Problematik des *genetischen und funktionellen Synallagmas*<sup>169</sup> gegenseitiger Verträge gehört. Die *Störungen des genetischen und funktionellen Synallagmas* haben jedoch im deutschen Recht ebenso wie in den meisten europäischen Rechtsordnungen sehr detaillierte gesetzliche Regelungen erfahren (§§ 275 ff., 320-325 BGB), die aber grundsätzlich nur für *Leistungsstörungen von Versprechensverträgen* gelten, in Fällen von Leistungsstörungen eines Handkaufs oder sonstigen Realvertrag freilich auch *entsprechende* Anwendung finden können.<sup>170</sup> Dieser Vorrang des vertraglichen Leistungsstörungsrechts gilt grundsätzlich jedoch nur, wenn der Gütertausch auf der Grundlage rechtswirksamer Versprechensverträge erfolgt, nicht aber, wenn die Güter ohne vorher geltenden Versprechensvertrag real gegeneinander getauscht werden, sei es, dass Leistungsversprechen dieser Art rechtsunwirksam sind oder dass die Parteien den realen Gütertausch einem dahingehenden Leistungsversprechen und dessen Erfüllung, aus welchen Gründen auch immer, den Vorzug geben. Im Falle einer Entscheidung des Reichsgerichts wurden zum Beispiel Geschäftsanteile gegen eine abstrakte Schuldverschreibung bewusst ohne vorhergehendes Leistungsversprechen ausgetauscht, weshalb die Nichtleistung des anderen die *Leistungskondition* des Vorleistenden begründete<sup>171</sup>. Entsprechendes würde im *Gutsherren-Fall* gelten, wenn der Gutsherr die von ihm versprochene Geldleistung erbracht, der *andere die geschwängerte Magd* aber nicht geheiratet hätte, so hätte der Gutsherr seine *Leistung* kondizieren können.<sup>172</sup> Zum Zwecke der Schenkung erbrachte Leistungen können dagegen in der Regel nicht kondiziert werden, weil der Schenkungszweck im Falle der Handschenkung mit der Schenkungsleistung zugleich erreicht wird und daher grundsätzlich nicht verfehlt, also nicht kondiziert werden kann.<sup>173</sup> Zeigt der Beschenkte allerdings *groben Undank*, so kann die Schenkung gemäß § 530 BGB nur widerrufen werden, was zwar nicht als Kondition verstanden wird, aber offensichtlich auf nichts anderem als der Verfehlung des Schenkungszwecks beruht. Allerdings hätte man auch denken können „geschenkt ist geschenkt“ und die Voraussetzung der Dankbarkeit nicht als *Zweck*, sondern als *Motiv* betrachten. Das gilt auch

---

<sup>169</sup> Dazu unten V.

<sup>170</sup> Dazu oben II 5c.

<sup>171</sup> RGZ 119, 5,12; dazu H. Ehmman, Gesamtschuld (Fn. 17) 156, 182.

<sup>172</sup> RGZ 62, 273 - Gutsherrenfall; dazu oben um Fn 56, 94.

<sup>173</sup> Entsprechendes gilt für andere unentgeltliche Leistungen, zum Beispiel die Leihe, unverzinsliche Darlehen oder andere unentgeltliche Leistungen; dazu Kreß, Allgemeines Schuldrecht (Fn. 33) 60 f.

für einfache Undankbarkeit, das Unterlassen grober Undankbarkeit bleibt jedoch „Voraussetzung“ (Zweck) jeder Schenkung.

### **(5) Die Nichterreichung angestaffelter Zwecke**

War einem der drei typischen Zwecke (einem Austausch-, Unentgeltlichkeits- oder Abwicklungszweck; dazu oben I 1e; II 2a) noch ein *weiterer typischer oder ein atypischer Zweck angestaffelt*, so kann die Leistung auch dann kondiziert werden, wenn der *angestaffelte Zweck nicht erreicht* wurde. Sollte zum Beispiel eine unentgeltliche Geldzahlung des Vaters oder der Mutter der Ausstattung eines ihrer Kinder im Hinblick auf seine bevorstehende Heirat dienen und findet diese nicht statt, so kann das Geld gemäß § 1624 BGB zurückgefordert werden.<sup>174</sup> Bürgschaften können auch gegen Geld gewährt werden (zum Beispiel Bankbürgschaften), aber auch unentgeltlich zur Sicherung der Schulden eines Freundes. Sowohl der entgeltlichen als der unentgeltlichen Bürgschaft kann noch ein weiterer Zweck angestaffelt sein, wie im Falle des Vaters, der eine (unentgeltliche) Bürgschaftserklärung abgegeben hat, damit die Bank keine Strafanzeige gegen den Sohn erstattet, was den Vater zur Kondiktion der Bürgschaftserklärung berechtigte, als die Bank Strafanzeige erstattet hat.<sup>175</sup> Entsprechendes gilt für sonstige Leistungen zu irgendeinem Zweck, dem erklärtermaßen noch ein weiterer Zweck angestaffelt wurde, der nicht erreicht werden konnte, wenn zum Beispiel eine Frau einem Mann eine von diesem geltend gemachte Forderung bezahlt, *damit er bei ihr bleibt*, dieser auch das Geld annimmt, aber trotzdem geht, so kann die Frau die Zahlung kondizieren.<sup>176</sup>

## **c) Begriff der Eingriffskondiktion**

### **(1) Der Grundtatbestand des § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB**

Die Anspruchsvoraussetzungen der Eingriffskondiktion gehören zwar nicht unmittelbar zur Problematik der *causa*-Lehre, sind jedoch wegen der Konkurrenz der Leistungs- mit der Eingriffskondiktion notwendige Voraussetzung eines richtigen Verständnisses des Bereicherungsrechts. Leistungsstörungen in Drei- und Mehrpersonenverhältnissen sind wie die nachstehenden Beispiele 10-15 zeigen ohne das Verständnis dieser Problematik nicht sachgerecht lösbar. Im 1. Entwurf zum BGB wurde der heute Eingriffskondiktion genannte Bereicherungsanspruch in § 748 E I wie folgt formuliert:

<sup>174</sup> Dazu oben II 2 d.

<sup>175</sup> RGZ 118, 358 – Bürgschaft statt Strafanzeige; dazu oben bei Fn. 57.

<sup>176</sup> BGH 19.1.1973 NJW 1973, 612 – *damit er bleibt*; dazu schon oben bei Fn. 58. – Zum Problem der Abgrenzung von bloßen Motiven in Form der Anerkennung von "Geschäftsgrundlagen" vgl. oben unter II 2 g.

*„Derjenige, aus dessen Vermögen nicht kraft seines Willens oder nicht kraft seines rechtsgültigen Willens ein anderer bereichert worden ist, kann, wenn hierzu ein rechtlicher Grund gefehlt hat, von dem anderen die Herausgabe der Bereicherung verlangen“.*

Damit ist das Tatbestandsmerkmal, dessen Mangel die Eingriffskondiktion begründen sollte, irrtümlicher Weise auch als „*rechtlicher Grund*“ bezeichnet worden. Ob dieser Irrtum auch der Grund dafür war, dass in der Gesetz gewordenen Regelung des § 812 Abs. 1 S. 1 BGB die Leistung und die Eingriffskondiktion in einem Satz zusammengestellt und unter die gemeinsame Voraussetzung eines (einheitlichen?) „*rechtlichen Grundes*“ gestellt wurden, lässt sich heute nicht mehr klären, war aber sicherlich ein Grund dafür, dass man lange Zeit die Leistungskondiktion und die grundverschiedene Eingriffskondiktion als sog. „*Einheitskondiktion*“ verstanden und unter die gemeinsame Voraussetzung eines „*rechtlichen Grundes*“ gestellt hat.<sup>177</sup> Es besteht heute jedoch allgemeines Einverständnis darüber, dass *nur* die *Leistungskondiktion* unter der Voraussetzung des Mangels eines *rechtlichen Grundes* der Leistung steht, über die Definition dieses „*Rechtsgrundes*“ besteht allerdings immer noch keine Einigkeit. Die Eingriffskondiktion setzt jedoch einen *nicht gerechtfertigten* Eingriff in das Vermögen des Entreicherten oder in der Formulierung des 1. Entwurfs eine Vermögensverschiebung in sonstiger Weise voraus, die „*nicht kraft des Willens oder nicht kraft des rechtsgültigen Willens*“ (§ 748 E I) erfolgt ist oder (in der Formulierung *Wilburgs*<sup>178</sup>) „*im Widerspruch steht zum Zuweisungsgehalt eines Rechts*“. Der Begriff des „*rechtlichen Grundes*“, dessen Mangel eine Eingriffskondiktion begründen soll, kann daher heute nur noch als ein „*Redaktionsversehen*“ verstanden werden, dem keine rechtliche Bedeutung mehr zukommt, weil doch offensichtlich die Leistungs- und Eingriffskondiktion verschiedene Voraussetzungen haben, die nicht mit ein und demselben Begriff erfasst werden können.

Allerdings gibt es in der Praxis immer wieder Fälle, in denen ein Vermögensgegenstand über einen Dritten oder gar über mehrere Personen zu einem Empfänger kommt, dem er vom Leistenden gar nicht erbracht, also nicht geleistet werden sollte, zum Beispiel in Fällen einer Anweisung<sup>179</sup>, wenn die Leistung auf Grund eines Irrtums an einen anderen ausbezahlt wird als der Anweisende es bestimmt hat. Solche Fehlleitungen einer Leistung geschehen häufig auch in Fällen der *Leistung eines Dritten* gemäß § 267 BGB, auch bei der *Leistung an einen Dritten* gemäß §§ 362 Abs. 2, 185 BGB. Wenn Leistungen in einem Drei- oder Mehrpersonenverhältnis sei es aus Irrtum, sei es aufgrund von Betrügereien oder sonstigen Gründen

<sup>177</sup> Dazu oben Fn. 160, 161.

<sup>178</sup> Dazu oben IV 1 a Fn. **Fehler! Textmarke nicht definiert.**

<sup>179</sup> Dazu unten die Beispiele 10-15.

versehentlich zu einen anderen kommen als dem, dem sie zugedacht waren, so wirft das stets die Frage auf, wem gegen wen, welche Art von Kondiktionsanspruch zusteht. In derartigen Fällen ist es oft schwer zu erkennen, aus welchen Gründen, mit welchen Absichten oder aufgrund welcher Irrtümer einer auf Kosten eines anderen „ungerechtfertigt“ bereichert worden ist: wem also gegen wen, welche Art Bereicherungsanspruch zusteht.<sup>180</sup> Es muss daher nicht nur streng zwischen Leistungs- und Eingriffskonditionen und deren Voraussetzungen unterschieden und stets sorgfältig untersucht werden, aus welchen Gründen, zu welchen Zwecken oder aufgrund welcher Irrtümer einer der Beteiligten eines Drei- oder Mehrpersonenverhältnis eine Leistung oder eine Zuwendung an einen anderen erbracht hat, dem sie möglicherweise nicht gebührt und wem gegen wen welche Art von Anspruch zustehen könnte.

### **(2) Eingriffskonditionen gemäß § 816 Abs. 1 u. 2 BGB**

Der BGB-Gesetzgeber hat jedoch mit § 816 Abs. 1 und 2 BGB noch zwei *Sondertatbestände einer Eingriffskondition* geschaffen. Diese Fälle könnten zwar auch mit der richtig verstandenen allgemeinen Eingriffskondition des § 812 Abs. 1 Satz 1 2. Alt. BGB sachgerecht erfasst werden, sind aber mit den Regelungen des § 816 BGB eindeutiger geregelt worden. Hat ein Eigentümer E einem anderen (B) den Besitz seiner Sache miet- oder leihweise oder zu sonstigem Zweck überlassen und der andere die Sache an einen Dritten D veräußert und dieser (D) sie gutgläubig gemäß § 932 BGB erworben, so kann E die Sache von D nicht zurückverlangen, weil dieser sie gutgläubig erworben, das Gesetz gewährt ihm mit § 816 Abs. 1 BGB als Ersatz dafür jedoch eine *Eingriffskondition* gegen B auf Herausgabe des Erlöses (Rechtsfortwirkungsanspruch). Entsprechendes gilt für den Fall, dass ein Schuldner S seine Schuld an seinen Gläubiger G bezahlt, nicht wissend, dass dieser seine Forderungen gegen ihn bereits an einen Dritten D abgetreten hat. In solchem Falle wird S zwar von seiner Schuld gemäß § 407 BGB befreit, D erhält aber eine Eingriffskondition aus § 816 Abs. 2 gegen G.<sup>181</sup>

### **(3) Eingriffskonditionen gemäß § 951 BGB**

Zur Problematik der Eingriffskondition gehören jedoch auch die Fälle der Verbindung, Vermischung und Verarbeitung (§§ 946-951 BGB), sofern aufgrund dieser Rechtsvorschriften die „verarbeiteten“ Gegenstände nicht durch eine rechtsgeschäftliche Leistung und gutgläubigen Erwerb, sondern allein aufgrund der Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung kraft Gesetzes in das Eigentum des Eigentümers der Hauptsache gekommen sind. Auch in diesem

<sup>180</sup> Dazu insbes. die Beispiele 13-15.

<sup>181</sup> Dazu ausführlich unten IV 2 g mit Beispiel 15 zu BGH NJW 2019, 2608.

Falle entsteht eine Eingriffskondiktion zu Gunsten dessen, der dadurch sein Eigentum verloren hat. Diese Kondiktion geht nach § 951 BGB gegen denjenigen, der durch die Verarbeitung oder eine Verbindung oder Vermischung Eigentümer geworden ist<sup>182</sup> auf Herausgabe des Wertes und nicht gegen denjenigen, der ihm den Besitz der verarbeiteten Sache gegen Entgelt verschafft hat, auf Herausgabe des Entgelts, weil der Letzterwerber die Sache *nicht* durch eine Leistung und auf Grund guten Glaubens erlangt hat, sondern kraft Gesetzes. Eine Eingriffskondiktion gegen denjenigen, der auf Grund seines guten Glaubens das Eigentum an einer Sache erworben hat (§§ 892, 932 BGB) oder von seiner Leistungspflicht befreit wurde (§ 407 BGB), ist jedoch ausgeschlossen. Als Ersatz dafür sind den Enteigneten dafür die Ansprüche aus § 816 Abs. 1 und 2 gegeben.

## 2. Beispiele und Judikatur für Leistungs- und Eingriffskonditionen in Dreiecksbeziehungen

Die Problematik von Mehrpersonenverhältnissen besteht vor allem darin, dass nicht, wie in Zweipersonenverhältnissen, so leicht ersichtlich ist, wer, an wen, zu welchem Zweck eine Zuwendung gemacht hat, vielmehr zunächst ermittelt werden muss, mit welcher Zuwendung eine Leistung von wem, an wen, zu welchem Zweck erbracht worden ist. Wie oben zur Problematik der Erfüllung dargestellt, kann eine bestehende Schuld nicht nur vom Schuldner, sondern auch von einem Dritten (§ 267 BGB) und auch durch eine Leistung an einen Dritten (§§ 362 Abs. 2, 185 BGB) wirksam erfüllt werden. Auch kann eine bloße (zweckfreie) Zuwendung eines dazu angewiesenen Dritten (zum Beispiel durch eine Überweisung der Bank B des Schuldners A) vom Gläubiger C als Leistung des Schuldners A an Erfüllung statt (§ 364 Abs. 1 BGB) oder erfüllungshalber angenommen werden. Scheitern solche Leistungen, so entsteht stets die Frage, wer was von wem zurückfordern (*kondizieren*) kann. Grundsätzlich kann jedoch in Dreiecksbeziehungen eine Zuwendung mit einer Leistungskondiktion nur von demjenigen zurückgefordert werden, dem sie zu einem bestimmten Zweck, das heißt als „Leistung“ erbracht wurde, wenn der Empfänger sie entweder nicht zu dem vom Leistenden bestimmten Zweck angenommen hat (Dissens in der Zweckvereinbarung) oder der vereinbarte Zweck nicht erreicht wurde (Zweckverfehlung). Hat der Zuwendungsempfänger die Zuwendung jedoch *nicht kraft des Willens* oder *nicht kraft seines rechtsgültigen Willens* aus dem Vermögen des Zuwendenden erhalten, also nicht durch eine zweckbestimmte Zuwendung (=

---

<sup>182</sup> Wie im Fall der Entscheidung BGH, 22.6.2001 - V ZR 128/00, NJW 2001, 3118 – Bau auf fremdem Grund, dazu Erman/*Ebbing* (Fn. 92), § 951 Rn. 6); dazu Beispiel 9.

Leistung), so kann eine Eingriffskondition gegen denjenigen gegeben sein, der dadurch nicht kraft seines rechtmäßigen Willens bereichert worden ist. In einer geschlossenen Kette von Leistungsbeziehungen gibt es jedoch gegen denjenigen, der eine Leistung rechtmäßig erhalten hat, *keine* Eingriffskondition (*Subsidiaritätsgrundsatz*); auch dann nicht, wenn er die Leistung allein aufgrund seines guten Glaubens erhalten hat (§§ 891, 932 BGB) oder kraft seines guten Glaubens von einer Verpflichtung befreit wurde (§§ 407, 851 BGB), sondern lediglich eine Eingriffskondition gegen denjenigen, der das Eigentum als Nichtberechtigter an einen gutgläubigen Dritten veräußert (§§ 891, 932, 816 Abs. 1 BGB) oder an den ein gutgläubiger Schuldner mit befreiender Wirkung geleistet hat (§§ 407, 851, 816 Abs. 2 BGB).<sup>183</sup>

> Die nachstehenden Beispiele sollen als Bestätigung der Richtigkeit der vorstehenden Grundsätze verstanden werden. Die den Beispielen beigefügten Skizzen sollen dem Leser die Erfassung der Sachverhalte etwas erleichtern.

### a) Schulbeispiel zum Bereicherungsrecht in Dreiecksbeziehungen

*Beispiel 1:* A schuldet C 1000 Euro (Forderung 1) und hat eine Forderung in gleicher Höhe gegen B (Forderung 2); B schuldet C zwei Forderungen (3+4) über je 1000 Euro und zahlt 1000 Euro an C. Welche Forderung ist damit erfüllt worden?

In der nebenstehenden Zeichnung können A, B und C verschiedene Funktionen haben:

#### A ist

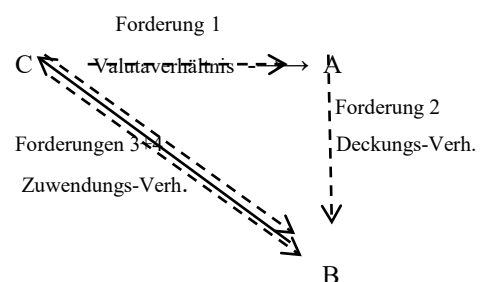
1. im Bsp 1: Gläubiger des B und Schuldner des C
2. im Falle einer Anweisung: Anweisender
3. beim Vertrag zugunsten Dritter: Versprechensempfänger
4. im Fall der Abtretung: Zedent

#### B ist in diesen Fällen:

1. Schuldner des A und C
2. Angewiesener
3. Versprechender
4. Schuldner

#### C ist in diesen Fällen:

1. Gläubiger des A und B
2. Anweisungsempfänger
3. Dritter
4. Zessionar



(In allen Beispielen mit beigefügten Skizzen der vorstehenden Art stehen eine durchgezogene Linie für eine Zuwendung, eine gestrichelte Linie für eine vermeintliche oder wirklich bestehende Forderung. Die untersuchte Forderung ist gebogen und mit einem Fragezeichen versehen.)

### (1) Allgemeines

Die erste Antwort auf die im Beispiel 1 gestellte Frage kann nur sein: Jede der vier Forderungen kann erfüllt sein, auch zwei auf einmal, aber nicht alle auf einen Schlag.<sup>184</sup> Durch die tatsächliche Zuwendung von B an C kann 1. eine der beiden Forderungen von C gegen B ge-

<sup>183</sup> Dazu oben Fn. 163 und unten die Beispiele 9, 10 und 13.

<sup>184</sup> Was in besonderen Beispielen aber auch möglich ist, siehe Beispiel 5.

mäß §§ 362 Abs. 1, 366 BGB oder 2. die Forderung C gegen A gemäß § 267 BGB oder 3. die Forderung A gegen B gemäß §§ 362 Abs. 2, 185 BGB erfüllt werden, 4. können statt dessen mit der einen Zahlung auch gleichzeitig – auf zwei verschiedene Weisen – zwei Forderungen erfüllt werden, nämlich die Forderungen C gegen A und A gegen B (dazu sogleich mehr). Die Entscheidung, welche der vier Forderungen mit der einen Leistung erfüllt werden soll, kann im Falle des Bestehens mehrerer Forderungen ebenso wenig rein „objektiv“ (nach der sogenannten „Theorie der realen Leistungsbewirkung“) noch bloß aufgrund der *tatsächlichen Zuwendung* erfolgen, wie die Antwort auf die Frage, ob eine Leistung zur Erfüllung einer Forderung oder als Darlehen oder als Schenkung gegeben worden ist, sondern nur auf der Grundlage dessen, was die Parteien tatsächlich *gewollt und vereinbart* haben.<sup>185</sup> Das widerlegt die von *Kretschmar* begründete und von *Boehmer*, *Larenz* und anderen verbreitete Irrlehre, dass *Rechtsgrund* der Leistung *die Forderung* sei, die damit erfüllt werde, und dass es zur Erfüllung *grundsätzlich keiner Erfüllungszweckbestimmung* des Leistenden oder gar einer *Erfüllungszweckvereinbarung* zwischen dem Leistenden und dem Leistungsempfänger und deren Erreichung bedürfe. Wenn der Versprechende jedoch nicht unmittelbar an den Versprechensempfänger genau den Gegenstand leistet, den er versprochen hat, verlangen auch *Kretschmar* und *Boehmer* eine *Erfüllungsvereinbarung* der Parteien und *Larenz* gesteht auch die Unbrauchbarkeit seiner Theorie der realen Leistungsbewirkung in diesen Fällen.<sup>186</sup> Richtig ist und bleibt daher, dass vor allem in Fällen von Drittleistungen gemäß § 267 BGB sowie von Leistungen an einen Dritten gemäß §§ 362 Abs. 2, 185 BGB und auch in allen Fällen, in denen zwischen den Beteiligten verschiedene Forderungen bestehen, allein aufgrund der *Erfüllungszweckvereinbarungen* entschieden werden kann, welche Forderungen durch eine bestimmte Zuwendung erfüllt worden ist. Eine Erfüllungstheorie, die diese Fälle nicht lösen kann ist und nur für Fälle gelten soll, in denen gar kein Zweifel bestehen kann, dass die Leistung zum Zwecke der Erfüllung erbracht und auch vom Empfänger zu diesem Zweck angenommen wurde, ist daher wertlos.

### **(2) Zahlung auf eine von mehreren Forderungen (§ 366 Abs. 2 BGB)**

Wollte B mit der Zahlung an C eine seiner beiden Verpflichtungen gegenüber C erfüllen (Forderungen 3 und 4) und hat C die Zahlung auch zur Erfüllung der Forderung angenommen, die B bestimmt hat, so ist diese auch erfüllt worden (§ 362 Abs. 1 BGB). Hat B nicht ausdrücklich

---

<sup>185</sup> Anders die sogenannte *Theorie der realen Leistungsbewirkung* (dazu oben III) mit der notwendigen Folge vieler fehlerhafter Entscheidungen im Bereicherungsrecht.

<sup>186</sup> Dazu oben II 2 a und III.



erklärt, welche der beiden Forderungen mit der Zahlung erfüllt werden soll, so gilt die Regelung des § 366 Abs. 2 BGB, wonach zunächst die fällige und unter mehreren fälligen zuerst diejenige als erfüllt gilt, die dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet etc. Akzeptiert der Gläubiger eine von der Regelung des § 366 Abs. 2 BGB abweichende Regelung nicht, zum Beispiel wenn B zunächst auf die gesicherte Schuld zahlen will, C aber die Leistung auf die nicht gesicherte Schuld annehmen will, so ist mit der Zahlung keine der beiden Schulden erfüllt worden. C kann jedoch in solchem Falle *nicht* mit der ungesicherten gegen den Kondiktionsanspruch des B auf Rückzahlung der Leistung auf die gesicherte Schuld aufrechnen, weil dann letztlich der Leistungsempfänger bestimmen könnte, welche Forderung mit der Leistung erfüllt sein soll und dem die Regelung des § 366 Abs. 2 BGB entgegensteht.<sup>187</sup>

### **(3) Leistung eines Dritten<sup>188</sup>**

B könnte mit der Zahlung auch als Dritter gemäß § 267 BGB die Forderung des C gegen A erfüllen. Was freilich voraussetzt, dass er als Dritter dem Gläubiger C erklärt, dass die Leistung zum Zwecke der Erfüllung der Forderung des C gegen seinen Schuldner A erbracht wird und der Gläubiger C die Leistung zu diesem Zweck annimmt (Zweckvereinbarung zwischen dem leistenden Dritten B und dem Leistungsempfänger C) und dieser Zweck auch erreicht wird, weil die Forderung des Leistungsempfängers C gegen A tatsächlich auch besteht, der Zweck der Leistung also auch erreicht wird (Zweckerreichung).

### **(4) Leistung an einen Dritten<sup>189</sup>**

Schuldner B kann durch Leistung an einen Dritten C gemäß § 362 Abs. 2, 185 BGB auch seine eigene Schuld gegenüber seinem Gläubiger A erfüllen, was jedoch nicht nur voraussetzt, dass der Dritte C die Leistung zu diesem Zweck annimmt (Zweckvereinbarung), sondern auch, dass der Gläubiger A diese Leistung an den Dritten C gemäß § 185 BGB genehmigt und damit der Zweck der Leistung erreicht wird.

---

<sup>187</sup> Dazu oben Fn. 157. Anderer aber unrichtiger Ansicht *Boehmer*, Erfüllungswille (Fn. 76) 83 mit der Begründung, bei der Speziesleistung sei eine von der Rangfolge des § 366 Abs. 2 BGB abweichende Tilgungsbestimmung des Schuldners unwirksam („...sollte es wirklich einen Schuldner geben, der so unverschämt ist...“); dagegen zutreffend *Kretschmar* JherJb 85, 227 und JherJb 86, 164 (Fn. 141); dazu *H. Ehmann* JZ 1968, 550 um Fn. 10 und 11. Nach dem Wortlaut des § 366 Abs. 2 BGB gilt dessen Rangfolge nur, wenn der Schuldner keine andere Bestimmung trifft! *Boehmers* Auffassung ist reine Rabulistik gegen den Wortlaut des Gesetzes und die schon vor dem Gesetz bestehende Ansicht *Windscheids* (*Windscheid/Kipp*, Pandekten II (Fn. 22) § 343 Fn. 2 c; dazu oben III 2 e und der ganz herrschenden Meinung. Für die *Boehmer* folgende Ansicht von *Larenz* gilt Entsprechendes.

<sup>188</sup> Dazu oben III 2 c und unten IV 2b.

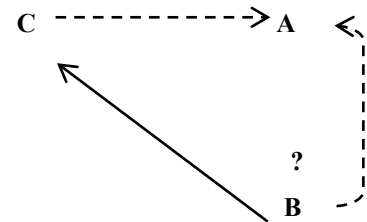
<sup>189</sup> Dazu oben III 2 d und unten IV 2c.

### (5) Zwei auf einen Streich

Schließlich kann B mit seiner Zahlung an C auf zwei verschiedene Weisen gleichzeitig die Forderung von C gegen A und die Forderung von A gegen sich selbst (B) zum Erlöschen bringen: Erfüllt er durch Leistung als Dritter gemäß § 267 BGB die Forderung des C gegen A – wie unter (3) dargestellt –, so tilgt dies zugleich die Forderung des A gegen ihn selbst (B), wenn er mit A vereinbart, dass A die Erfüllung seiner Schuld gegenüber C an Erfüllung statt gemäß § 364 Abs. 1 BGB annimmt. Erfüllt B hingegen durch Leistung an C als Dritten seine eigene Verbindlichkeit gegenüber A – wie unter (4) dargestellt –, durch Leistung an einen Dritten (C) gemäß §§ 365 Abs. 2, 185 BGB, so kann A mit seiner Zustimmung zur Tilgung seiner Schuld diese Tilgung durch zugleich an Erfüllung statt gemäß § 364 I BGB zur Erfüllung seiner Forderung gegenüber B annehmen. Durch eine einzige tatsächliche Zuwendung können also im Dreipersonenverhältnis zwei Forderungen verschiedener Personen gegeneinander erfüllt werden.<sup>190</sup> Zur Möglichkeit drei Forderungen durch eine einzige Zahlung zu erfüllen vgl. Beispiel 5.

### b) Fälle der Leistungen eines Dritten<sup>191</sup>

*Beispiel 2 – Irrtümliche Zahlung einer vermeintlichen Schuld eines Dritten:* B leistet gemäß § 267 BGB an C zur Tilgung der vermeintlichen Forderung des C gegen A; C nimmt die Leistung zu diesem Zweck an. Die Forderung des C gegen A besteht jedoch in Wahrheit nicht, aber C ist in Konkurs gefallen und ins Ausland geflüchtet, weshalb von ihm nicht nichts mehr zu holen ist. Kann B deshalb von A Ersatz verlangen?

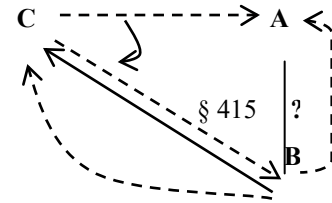


B hat an A nichts geleistet, hat vielmehr an C geleistet zum Zweck der Erfüllung dessen Forderung gegen A und C hat die Leistung auch zu diesem Zweck angenommen. B hat seinen Zweck aber nicht erreicht und könnte seine Leistung gegen C auch kondizieren, aber von ihm ist nichts mehr zu holen. An A hat B nichts geleistet, auch nichts in sonstiger Weise zugewendet, das Vermögen des A also nicht vermehrt. Gegen A ist also weder eine Leistungs- noch eine Eingriffskondition gegeben. Zu fragen ist, aus welchem Grund B die vermeintliche Schuld des A gegenüber C zu tilgen versucht hat. Wenn dies auf Bitte (Auftrag, § 662 BGB) des A geschah, dann kann B Ersatz seiner Aufwendungen nach § 670 BGB verlangen. Ohne Auftrag des A kann B diesen Anspruch unter den Voraussetzungen der §§ 683, 670 BGB geltend machen, wenn er im Interesse und entsprechend dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des A gehandelt hat; wenn nicht, dann hat B keinen Ersatzanspruch gegen A, weder aus § 684 noch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB. Wo B seinen guten Glauben gelassen hat (bei C), muss er ihn suchen.

<sup>190</sup> Wie schwierig es sein kann, in einem praktischen Fall diese verschiedenen Möglichkeiten der Erfüllung verschiedener Forderungen durch eine Leistung voneinander zu unterscheiden, zeigt beispielhaft der unten als Beispiel 15 erörterte Fall.

<sup>191</sup> Dazu *Schnauder*, Leistungskondition bei Drittbeziehungen (Fn. 161) 170 ff.; *ders.* in: Hans-Theodor Soergel, BGB (13. Aufl. Stuttgart 2012) vor §§ 783 ff. Rn. 16 ff.

*Beispiel 3 – Irrtümliche Leistung auf fremde Schuld:* B hat eine Schuld des A gegenüber C übernommen. Die Schuldübernahme ist (mangels einer Genehmigung des C) gemäß § 415 BGB unwirksam. B hat aber an C gezahlt, weil er das nicht wusste. Hat B einen Anspruch gegen C oder gegen A?

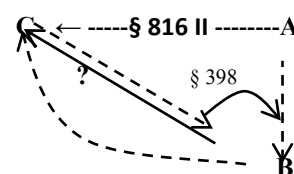


B hat eine Leistungskondition gegen C, weil der Zweck seiner Leistung (Erfüllung seiner eigenen Schuld) nicht erreicht wurde. Gegen A, der noch Schuldner des C ist, hat B keinen Anspruch, weil dieser von ihm nichts erlangt hat, wenn seine Schuld gegenüber C durch die Zahlung des B an C nicht erloschen ist. C könnte jedoch die zwischen A und B vereinbarte Schuldübernahme nachträglich genehmigen, womit B Schuldner des C und damit seine Zahlung dieser Schuld gleichfalls rechtswirksam würde. Damit wäre auch A von seiner Verbindlichkeit gegenüber C befreit worden, hat also eine Vermögenszuwendung durch die Leistung von B an C erlangt. Ob B deswegen ein Anspruch gegen A zusteht, hängt davon ab, aus welchem Grund (zu welchem Zweck) er sich zu der Schuldübernahme bereit erklärt hat. Hat er damit eine eigene Schuld gegenüber dem A getilgt, so hat er keinen Anspruch gegen ihn. Hat er dagegen im Auftrag des A gehandelt, so kann er von A Ersatz seiner Aufwendungen in Höhe seiner Leistung an C gemäß §§ 683, 670 BGB verlangen. Wollte B mit der Schuldübernahme dem A einen Kredit verschaffen, so hat er einen Anspruch aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB gegen A auf Rückzahlung des damit gewährten Darlehens, was freilich die Vereinbarung eines Darlehensvertrags zwischen B und A mit der Auszahlung an C voraussetzt. Wollte B seinem Freund A mit der Schuldübernahme unentgeltlich einen Gefallen erweisen, so ist dies als eine Schenkung zu betrachten, die mit der Leistung an C erbracht wurde und daher nicht der Form des § 518 BGB bedarf. Eine allgemeine „Rückgriffskondition“ gibt es nicht; es ist nur ein leeres Wort ohne die für einen Begriff erforderlichen Voraussetzungen, weshalb jeder hineinlegen kann, was ihm Nutzen zu bringen scheint.

### c) Fälle der Leistung an einen Dritten<sup>192</sup>

Gemäß §§ 362 Abs. 2, 185 BGB kann B seine Schuld gegenüber A auch durch Leistung an einen Dritten C erfüllen und wird damit von seiner Schuld befreit, wenn A die Zahlung an C genehmigt. Zahlungen an einen Dritten können jedoch auch zu anderen Zwecken erfolgen und es kann unklar sein, zu welchem Zwecke, auch kann C die Zahlung zu anderem Zwecke annehmen wollen als B sie erbringen wollte. Das sollen die Beispiele 4 und 7 zeigen.

*Beispiel 4 – Zahlung an den Zedenten:* B bezahlt an C 133, 57 Euro, weil er glaubt, dass C sein Gläubiger sei. C hat die Forderung jedoch an A abgetreten, ohne dem B dies mitzuteilen. Kann B seine Leistung von C zurückverlangen?

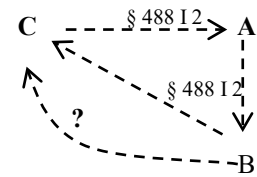


B hat an C eine Leistung erbracht zum Zwecke der Erfüllung einer Forderung des C gegen ihn, die C aber an A abgetreten hatte war. B konnte daher seinen Zweck scheinbar nicht erreichen und es müsste daher („eigentlich“) eine Leistungskondition gegen C gegeben sein. Weil aber C seinem Schuldner B die Abtretung der Forderung an A nicht mitgeteilt hat, hat

<sup>192</sup> Dazu *Schnauder*, Leistungskondition bei Drittbeziehungen (Fn. 161) 189 ff; *Soergel/Schnauder* (Fn. 191) vor §§ 783 ff. Rn. 25 ff.

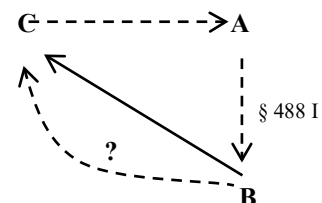
die gutgläubige Zahlung des B an A nach § 407 BGB Erfüllungswirkung. Zum Ausgleich gibt das Gesetz dem entrechteten Neugläubiger A einen Bereicherungsanspruch in Form einer Eingriffskondiktion gemäß § 816 Abs. 2 BGB gegen den Altgläubiger C. Ähnlich verhält es sich in anderen Fällen gutgläubiger Erfüllung.<sup>193</sup>

*Beispiel 5 – Drei auf einen Streich:* B hat sich auf einem gemeinsamen Ausflug von seinem Freund A 100 Euro geliehen. Später meint er sich zu erinnern, das Geld von C geliehen zu haben und schickt diesem 100 Euro. Als der Irrtum geklärt ist, fordert B von C die 100 Euro zurück, der aber sagt, er selbst habe dem A auch 100 Euro geliehen, also sei alles in Ordnung, es sei nicht nötig Geld herum zu schicken. Wer hat Ansprüche gegen wen?



Keiner von den Dreien muss noch etwas an einen anderen bezahlen. Allerdings könnte C dem B einen Hunderter geben und B diesen an A weitergeben und A ihn an C zurückgeben. Der Geldschein muss aber nicht auf solche Wanderschaft gehen, es kann alles bargeldlos geregelt werden: B erklärt: 1. dem A, dass er versehentlich an C bezahlt habe und 2. dem C, dass er diese Zahlung zur Erfüllung seiner (des C) Forderung gegen A gemäß § 267 BGB betrachten soll, wenn A diese Zahlung an C als eine Leistung an Erfüllung statt gemäß § 364 Abs. 1 BGB zur Erfüllung seiner (des A) Forderung gegen ihn (B) betrachte. Ist A mit diesen Erklärungen des B einverstanden, so braucht der Hunderter – ebenso wie schon zu Beispiel 1 dargelegt – auch in diesem Beispiel nicht im Kreis herum zu laufen. Statt als Dritter gemäß § 267 BGB kann B auch an einen Dritten (C) gemäß §§ 362 Abs. 2, 185 BGB zur Erfüllung der Forderung des A gegen ihn (B) bezahlen. Wenn A diese Leistung an den Dritten (C) gemäß § 185 BGB genehmigt, erwirbt er eine Forderung aus § 816 Abs. 2 BGB gegen C und kann mit dieser gegen die Forderung des C gegen ihn (A) aufrechnen gemäß § 398 BGB. Warum können auch Nichtjuristen ohne Kenntnis der juristischen Grundsätze die Richtigkeit dieser Lösung im Ergebnis unschwer erkennen? Warum fällt es dagegen vielen Juristen (siehe Beispiele 13–15) so schwer?<sup>194</sup>

*Beispiel 6 – Darlehensauszahlung an einen Dritten,* BGHZ 50, 227-Lupinenweg<sup>195</sup>: Die Bank B hat dem Bauherrn A einen Kredit über 4000 DM gewährt und das Darlehen ohne Anweisung des A an das Bauunternehmen C ausbezahlt, womit A nicht einverstanden war. Kann B die 4000 DM von C zurückverlangen?



Weil A die Bank B *nicht* im Sinne der §§ 783 ff. BGB angewiesen hat, die 4000 € an C zu zahlen, kann die Zahlung des B an C nur als Zahlung eines Dritten gemäß § 267 BGB zur Erfüllung einer Schuld des A gegenüber C oder als Zahlung gemäß §§ 362 II, 185 BGB an einen Dritten zur Zahlung einer Schuld des A gegenüber C verstanden werden.

Wollte B als Dritter gemäß § 267 BGB eine Forderung des C gegen A erfüllen, so steht B eine Leistungskondiktion gegen C zu, wenn der Anspruch nicht bestanden hat. Auch wenn B mit

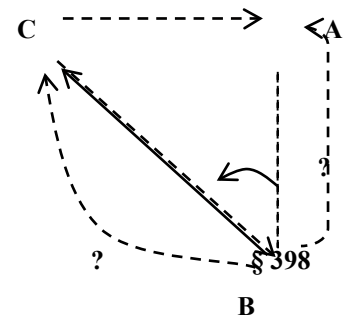
<sup>193</sup> Vor allem, wenn ein Besitzer eine einem anderen gehörende Sache an einen gutgläubigen Dritten veräußert (§ 932) oder bei der Zahlung von Schadenersatz an den Besitzer der geschädigten Sache; vgl. § 851 BGB.

<sup>194</sup> Weil jedenfalls die meisten deutschen Juristen in solchen Fragen durch eine verbreitete Irrlehre „verbildet“ sind.

<sup>195</sup> Das Urteil ist die Grundlagenentscheidung, mit welcher der BGH erstmals von der Einheitskondiktion abgewichen ist und sich im Bereicherungsrecht zur Unterscheidung von Leistungs- und Eingriffskondiktion bekannt hat; dazu oben Fn. 161. Die Begründung für den Grundsatzwechsel ist in Beispiel 6 nicht wiederholt, weil sie sich schon aus den unter IV 1 a-c dargestellten allgemeinen Grundsätzen ergibt.

der Auszahlung an C das dem A versprochene Darlehen gemäß §§ 362 II, 185 BGB an einen Dritten auszahlen wollte, steht dem eine Leistungskondition gegen C zu, wenn A diese Auszahlung nicht genehmigt.

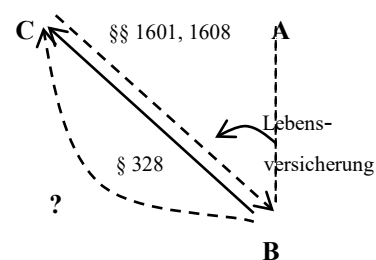
*Beispiel 7 – Abtretung und Zahlung auf nicht bestehende Schuld:* A hat einen vermeintlichen Anspruch gegen B an Erfüllung statt zur Erfüllung einer Forderung des C gegen ihn (A) an B abgetreten und B hat zur Erfüllung der abgetretenen Forderung an C bezahlt. Dann ist A insolvent geworden und der abgetretene Anspruch hat sich als unwirksam erwiesen. Kann B Rückzahlung von C verlangen?



B steht eine Leistungskondition gegen C zu, denn er hat zur Erfüllung der von A an C abgetretenen Forderung gegen ihn (B) bezahlt, die nicht bestanden hat. Die Tatsache dass A die nicht bestehende Forderung gegen B an Erfüllung statt an C abgetreten hat, konnte die Forderung des C gegen A nicht erfüllen, weil C dadurch keine Forderung gegen B erworben hat. B wollte mit der Zahlung an C aber nicht die Forderung des C gegen A, sondern seine an Erfüllung statt von A an C abgetretene Forderung erfüllen, die nicht bestanden hat, also hat B auf eine nicht bestehende Forderung bezahlt und kann seine Leistung gegen C kondizieren.<sup>196</sup> Die Forderung des C gegen A besteht noch, weil sie durch die an Erfüllung statt abgetretene Forderung, die nicht bestanden hat, nicht erfüllt werden konnte. Allerdings ist von A nichts mehr zu holen, aber das bleibt das Risiko von C.

#### d) Vertrag zu Gunsten Dritter, § 328 BGB<sup>197</sup>

*Beispiel 8 – Lebensversicherungsvertrag zu Gunsten der Ehefrau und Mutter:* Versicherungsnehmer A zahlte monatlich 500 DM an die Versicherungsgesellschaft B, damit B verspricht, im Falle des Todes des A 1 Million DM an C zu zahlen. A wollte damit seiner Frau diese Summe zuwenden, damit sie und ihre Kinder nach seinem Tode gut versorgt sind. Kann B die nach dem Tod des A an C erbrachte Leistung kondizieren, wenn der Versicherungsvertrag nachträglich von B wegen falscher Angaben des A über seinen Gesundheitszustand wegen arglistiger Täuschung wirksam angefochten wurde?



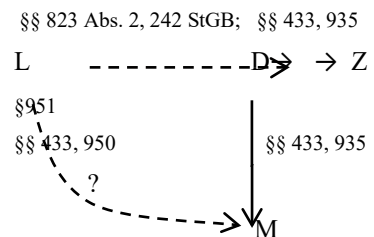
<sup>196</sup> So zutreffend *Schnauder*, Leistungskondition (Fn. 161) 204 ff., 207 f.; *ders.*, der Stand der Rechtsprechung zur Leistungskondition Jus 1994, 537-545, 542 f.; anders, aber unrichtig *Claus-Wilhelm Canaris*, Der Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis, in: FS Larenz (München 1973) 799-865, 834 ff. – Der Fall zeigt beispielhaft, dass der übereinstimmende Wille der Parteien hinsichtlich des Zwecks der Leistung das denkbar beste Kriterium für die Entscheidung ist, ob sie mit oder ohne tragfähigen Rechtsgrund erfolgte. Schaltet man den Willen der Parteien aus – wie Larenz und Canaris – so wird der Rechtsgrund ins Belieben des urteilenden Richters gestellt, der nach freiem Belieben (oder der sogenannten Theorie der realen Leistungsbewirkung) darüber entscheiden kann, aus welchem Grund der Leistende geleistet und zu welchem Grund der Empfänger sie erhalten hat, wessen „Interessen“ in Verbindung mit diesen oder jenen „Gesichtspunkten der Gerechtigkeit“ die Kondition rechtfertigen oder ausschließen sollen.

<sup>197</sup> Dazu *Schnauder*, Leistungskondition (Fn. 161) 210 ff.

Aus dem Vertrag des A mit der Versicherung B hat C einen Anspruch grundsätzlich gegen B (Vertrag zu Gunsten Dritter gemäß § 328 BGB). Anders als im Fall einer Anweisung geschieht die Versicherungsleistung durch B an C im Falle eines Vertrags zu Gunsten Dritter jedoch nicht zweckfrei, vielmehr wird mit dem Abschluss des Versicherungsvertrags der C ein Anspruch auf die Versicherungsleistung zugewendet, der mit dem Tod des A fällig wird und im Beispielsfall zunächst auch erfüllt wurde. Die Forderung der C auf die Versicherungsleistung bleibt aber allein abhängig von der Wirksamkeit des zwischen A und B abgeschlossenen Vertrags. Wenn also A die B in einer Art und Weise getäuscht hat, welche die B zu Anfechtung des Versicherungsvertrags berechtigt,<sup>198</sup> entfällt mit der Anfechtung des Vertrags die Forderung der C ebenso, wie die Forderung des A entfallen würde, wenn er den Vertrag nicht zu Gunsten des C abgeschlossen hätte, sondern der Anspruch auf die Gegenleistung in seiner Person entstanden wäre. Das kann man verkürzt so ausdrücken, dass die Forderung des Dritten aus dem Vertrag zu Gunsten Dritter kausal allein abhängig bleibt von der Wirksamkeit des Vertrags, aus dem sie entstanden ist. Folglich kann B von C die rechtsgrundlos erbrachte Leistung kondizieren. Der Anspruch der C gegen A auf Sicherung ihres Lebensstandards nach dem Tode von A kann keinen Behaltensgrund für C bilden, weil der Anspruch mit der Wirksamkeit des Lebensversicherungsvertrags steht und fällt.

#### e) Eingriffskondition infolge Verarbeitung

*Beispiel 9* – BGHZ 55, 261 – Jungbullen<sup>199</sup>: D stiehlt dem Landwirt L zwei Jungbullen und verkauft sie an den Metzger M, der sie zu Würsten und anderem verarbeitet. Hat L einen Anspruch gegen M auf Ersatz des Wertes der Jungbullen? Besteht der Anspruch des L gegen M auch dann, wenn der Dieb die Bullen zunächst an den gutgläubigen Z veräußert und dieser sie an M weiterverkauft hat?



Im Fall der Veräußerung des Diebesguts unmittelbar an den Metzger gewährt das Gesetz dem L eine Eingriffskondition gegen M aus § 951 BGB hinsichtlich des Wertes, den er mit den Bullen erhalten hat, deren Eigentümer er gemäß § 935 BGB nicht werden konnte, aber aufgrund der Verarbeitung gemäß § 950 BGB geworden ist. Ein Anspruch des L aus § 816 Abs. 1 BGB gegen den Dieb besteht jedoch nicht, weil M das Eigentum nicht gutgläubig gemäß § 932 BGB erwerben konnte. L hat jedoch Schadensersatzansprüche gegen den Dieb aus § 823 Abs. 1 und 2 BGB. Im Falle der Veräußerung des D an den gutgläubigen Z kann auch dieser dem M gemäß § 935 BGB kein Eigentum an dem gestohlenen Bullen verschaffen, es entsteht daher auch keine Eingriffskondition aus § 816 Abs. 1 BGB des L gegen Z und auch kein Schadensersatzanspruch aus § 823 BGB gegen Z, wenn Z nicht erkannt hat und auch nicht erkennen konnte, dass die Bullen gestohlen waren. Jedoch entsteht auch in diesem Falle eine Eingriffskondition des L, aber nicht wie im Fall des gutgläubigen Erwerbs gemäß § 816 I BGB, sondern gegen den auf Grund der Verarbeitung (§ 950 BGB) zum Eigentümer gewordenen M gemäß § 951 BGB. Eine Eingriffskondition des Eigentümers gegen den Erwerber ist also nur ausgeschlossen, wenn dieser den Zuwendungsgegenstand durch eine

<sup>198</sup> Die Anfechtung erfolgt in einem solchen Fall gemäß § 123 Abs. 2 Satz 2 BGB gegenüber dem Dritten; dazu Erman/Palm (Fn. 26) § 123 Rn. 39.

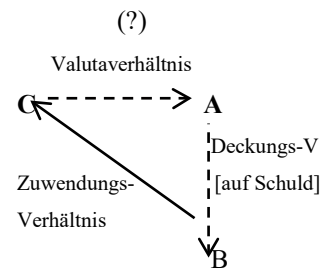
<sup>199</sup> BGHZ 55, 261 = BGH NJW 1971, 612 mit Anm. H. Ehmman.



geschlossene Kette von Leistungsbeziehungen rechtmäßig erworben hat, aber auch dann, wenn er die Sache gemäß § 932 BGB gutgläubig erworben hat, der Eigentümer sie also freiwillig einen anderen überlassen hat, nicht aber, wenn sie ihm gestohlen wurde.<sup>200</sup>

#### f) Anweisungsfälle, § 787 BGB<sup>201</sup>

*Beispiel 10 – Ordnungsgemäße Anweisung:* A hat von C 100 Euro als Darlehen erhalten und schuldet dessen Rückzahlung. Er weist daher die gemeinsame Bank B mit einem Überweisungsformular an, an C 100 Euro auf dessen Konto Nr. 787 788 362 zu überweisen. Einige Tage später erhält C auf seinem Kontoauszug die Mitteilung der Gutschrift. Dem A hat die Bank 100 Euro abgebucht. Wie ist die Erfüllung der Forderung des C gegen A zu erklären? Kann A von C Rückzahlung verlangen, wenn die Forderung des C gegen ihn nicht bestanden hat?



(1) Die angewiesene Bank B hat in einem solchem Falle einer mit der Gutschrift auf dem Konto des C bei der B-Bank erfolgten Zahlung keine Leistung an C erbracht, vielmehr erfolgte die Zahlung der B-Bank an C ihm gegenüber *ohne jede Zweckbestimmung*. B erfüllte vielmehr mit der Durchführung der Anweisung im Deckungsverhältnis einen Auftrag ihres Bankkunden, also des Anweisenden A in der Regel „auf Schuld“, das heißt sie bucht vom Guthaben des Anweisenden den Auszahlungsbetrag an C ab und erfüllt damit aus dem Guthaben des Bankkunden einen Teil ihrer Schuld ihm gegenüber; die Leistung im Deckungsverhältnis kann jedoch auch „auf Kredit“ erfolgen, wenn die Bank in Höhe ihrer Zuwendung an C ihrem Kunden einen Kredit gewährt; die Leistung im Deckungsverhältnis kann jedoch auch zu jedem anderen denkbaren und rechtlich zulässigen Zweck geschehen. Im Zuwendungsverhältnis zu C zahlt die Bank B nicht wie oft gesagt wird „abstrakt“, sondern „zweckfrei“. C erhält in solchem Falle der Anweisung die Zuwendung als Leistung des A und der Zweck der Leistung wird daher durch die Zweckvereinbarung zwischen A und C festgelegt. In der Regel wird die Leistung des A an C zur Erfüllung einer Schuld des A gegenüber C erbracht; die Leistung im Valutaverhältnis kann jedoch auch *darlehenshalber* oder *zu jedem anderen denkbaren und zulässigen Zweck* erfolgen, der als Rechtsgrund der Zahlung vereinbart wird.

(2) Die Zweckbestimmung der Zahlung des A an C im Valutaverhältnis erfolgt in solchen Fällen grundsätzlich durch den Anweisenden A auf dem *Überweisungsträger* durch den Eintrag in der Zeile „Verwendungszweck“. Bezahlt der Anweisende A mit der Anweisung eine Rechnung, so werden in der Regel deren Daten eingetragen. Diese Zahlung des Anweisenden A an den Anweisungsempfänger C ist zu verstehen als Leistung an Erfüllung statt gemäß § 364 Abs. 1 BGB. Statt Barzahlung erhält der Gläubiger C von seinem Schuldner A eine Gutschrift auf seinem Konto bei der angewiesenen Bank, an welche, wenn sie nicht zugleich die Bank des A ist, die A-Bank das Geld weitergeleitet hat. Mit der Angabe seines Bankkontos gibt jeder Gläubiger grundsätzlich zu erkennen, dass er nicht auf Barzahlung besteht, vielmehr mit einer Überweisung des geschuldeten Betrags auf seine Bank einverstanden ist. Hat die Forderung nicht bestanden, die mit der Überweisung erfüllt werden sollte, so kann der Anweisende A vom Anweisungsempfänger C die Zahlung zurückfordern, weil er (A) bestimmt

<sup>200</sup> Dazu oben Fn. 163.

<sup>201</sup> Dazu *Schnauder*, Leistungskondiktion (Fn. 161) 130 ff.; *Soergel/Schnauder* (Fn. 191) § 783 Rn. 14 ff.; grundlegend *Kreß*, Allgemeines Schuldrecht (Fn. 18) § 5 Nr. 3 S. 51-57; ferner *Dennis Solomon*, Der Bereicherungsausgleich in Anweisungsfällen (Tübingen 2004). In den nachstehenden Beispielen ist die B-Bank stets zugleich die Bank des Leistenden als auch des Leistungsempfängers; das kann auch in der Praxis so sein und es erfolgt dann die Überweisung nur von einem Konto auf ein anderes Konto derselben Bank. Hat der Empfänger sein Konto jedoch bei einer anderen Bank, so erfolgt die Zahlung der B-Bank an die X-Bank über ein Verrechnungssystem bei einer Zentralbank (Bundesbank), welche Forderungen der am System beteiligten Banken gegeneinander verrechnet. Diese Art der Abrechnung mehrerer Beteiligter an einem „Spiel“ (Skontration) entspricht der beim Skat üblichen, ist jedoch etwas komplizierter, weil mehr „Spieler“ beteiligt sind.

hat, zu welchem Zweck die Zuwendung der Bank B erfolgt ist, also die Leistung an C durch ihn (A) erbracht wurde und ihren auf dem Überweisungsträger bestimmten Zweck nicht erreicht hat.<sup>202</sup> Eine Leistung wird also nicht allein danach bestimmt, wer an wen *rein tatsächlich* etwas zugewendet hat, sondern auch danach, *zu welchem Zweck* der Leistende geleistet und der Empfänger sie angenommen hat.<sup>203</sup> Wer das nicht versteht, muss im Beispiel 5 den Geldschein wandern lassen und kann auch die anderen Beispiele in der Regel nicht brauchbar lösen.

(3) Sowohl die Zuwendungen im Deckungs- als auch im Valutaverhältnis können also zu jedem denkbaren Zweck erfolgen (auch mit angestaffelten Zwecken) und in beiden Verhältnissen auch rechtsgrundlos sein. Die Zahlung B an C (Zuwendungsverhältnis) hat dagegen „keinen Zweck“ (im Sinne der Zwecklehre) und wird in der Praxis häufig als „abstrakt“ bezeichnet, was aber genau betrachtet nicht richtig ist; sie sollte daher als „zweckneutral“<sup>204</sup> oder als „zweckfrei“ bezeichnet werden, weil auch abstrakte Forderungen von der Erreichung des vereinbarten Zwecks abhängig sind und bleiben. Warum die Bank die Zuwendung an C „zweckfrei“ erbringt, ergibt sich für die Bank aus dem *Deckungsverhältnis*, das auf dem Bankvertrag mit dem Kunden (A) beruht. Für den Zahlungsempfänger C ergibt sich der Zweck der Zahlung, die er „zweckfrei“ von der Bank, erforderlichenfalls vermittelt durch andere Banken, auf seinem Konto gutgeschrieben erhält, aus dem *Valutaverhältnis* des anweisenden A und den Hinweisen auf dem Überweisungsträger.

(4) Einen so genannten *Durchgriffsanspruch* hat eine Bank gegen den Dritten C jedoch auch dann nicht, wenn sie die Zuwendung aufgrund einer vermeintlichen Anweisung erbrachte oder die Anweisung rechtsunwirksam war<sup>205</sup>, der Zuwendungsempfänger sie aber als eine Leistung eines Bankkunden (A) betrachten durfte. Eine *Leistungskondition* besteht nicht, weil die Bank mit der Zuwendung an den Dritten C eine Leistung an ihren Kunden A erbringen wollte und nicht an den Zuwendungsempfänger und dies auch dann nicht, wenn dem Dritten C kein Anspruch gegen den Bankkunden A zusteht, aufgrund dessen vermeintlicher Anweisung die Zuwendung erfolgte. Vielmehr kann die Bank in solchen Fällen die Zahlung nur von A zurückfordern und dieser kann sie seinerseits von C zurückfordern, der glaubte, sie von A erhalten zu haben, aber dafür kein Rechtsgrund besteht. Eine *Eingriffskondition* der Bank gegen den Dritten C kommt auch nicht in Betracht, weil die Bank eine Leistung an A erbringen wollte (*Subsidiarität der Eingriffskondition*)<sup>206</sup> und C sich das Geld auch nicht durch eine Eingriffshandlung verschafft hat, vielmehr annehmen durfte, es als Leistung des A erhalten zu haben, A gegenüber bedarf C jedoch eines Behaltensgrundes, wenn keiner besteht, muss C die Leistung aufgrund einer Leistungskondition an A herausgeben.

(5) Nur in zwei Fällen, in denen eine Bank (B) scheinbar auf Anweisung eines anderen (A) eine Zuwendung an einen Dritten (C) erbracht hat, kann ein direkter Anspruch gegen den Dritten

<sup>202</sup> In der Praxis wird es heute überwiegend als Erfüllung im Sinne des § 362 Abs. 1, nicht des § 364 Abs. 1 angesehen, wenn der Schuldner eine in Rechnung gestellte Forderung durch Banküberweisung auf das in der Rechnung angegebene Konto überweist. Es gibt jedoch auch Fälle, in denen der Gläubiger ausdrücklich auf Barzahlung besteht, zum Beispiel weil sein Konto überschuldet oder gepfändet ist; dazu Soergel/Schnauder (Fn. 191) § 783 Rn. 17.

<sup>203</sup> Dazu oben Fn. 185.

<sup>204</sup> So Schnauder, Leistungskondition (Fn. 161) 74.

<sup>205</sup> Nicht selten hat die Bank eine derartige Anweisung auch tatsächlich erhalten, die aber später noch vor Ausführung des Auftrags widerrufen wurde, was die Bank aber übersehen hat und den Auftrag durchführte. In vielen Fällen dieser Art stehen der vermeintlich Anweisende A und der Zuwendungsempfänger C auch in Geschäftsverbindung und C hatte auch Forderung gegen A geltend gemacht, dieser sie zuerst auch bezahlen wollen, sich es dann aber anders überlegt und den Bankauftrag widerrufen; dazu unten die Beispiele 12 und 13.

<sup>206</sup> Dazu oben IV 1 a mit Fn. 163 sowie die Beispiele 9 und 13.



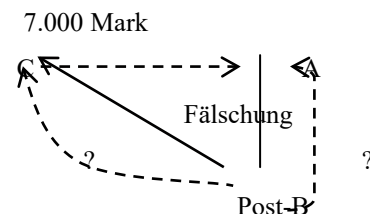
C gegeben sein, die aber auch *nicht* als Fälle von „Durchgriffsansprüchen“ verstanden werden dürfen:

*Erstens* wenn der Bestand des Deckungsverhältnisses (zwischen A und B) zum Zweck (= Voraussetzung = Bedingung = Geschäftsgrundlage) der Zuwendung im Verhältnis zwischen B und C geworden ist, was einer dahingehenden Zweckvereinbarung zwischen B und C bedarf; zum Beispiel, wenn B an C 1000 € leistet mit der Zweckbestimmung: Hiermit erfülle ich ihre Forderung in Höhe von 1000 € gegen A unter der Voraussetzung, dass ich – wie A behauptet, ihm (A) 1000 € schulde. Nimmt C die Zahlung mit dieser Zweckbestimmung an, so kann B seine Leistung an C kondizieren, wenn er nachweisen kann, dass die Forderung des A gegen ihn (B) tatsächlich nicht besteht. In einem solchem Falle ist diese Zuwendung (des B an C) von einem Zweck beherrscht, also *nicht mehr zweckfrei* oder *zweckneutral*, die Zuwendung vielmehr zu einer zweckbestimmten Leistung geworden, die kondiziert werden kann, wenn der der damit verfolgte und zwischen B und C vereinbarte Zweck nicht erreicht wird. Dieser Fall ist aber *kein Ausnahmefall* vom Grundsatz der Unzulässigkeit des Durchgriffsanspruchs, weil kein Anweisungsgeschäft mehr gegeben ist, in welchem die Leistungen im Deckungs- und Valutaverhältnis erbracht werden und die Zuwendung im Verhältnis B-C völlig *zweckfrei* erfolgen muss.

*Zweitens* ist eine Kondiktion B gegen C auch dann gegeben, wenn die Zuwendung von B an C nicht von A durch die Anweisung ausgelöst, sondern von C bewusst erschwindelt wurde (zum Beispiel dadurch, dass C einen Scheck des A gefälscht hat)<sup>207</sup>. Zahlt die Bank B aufgrund des gefälschten Schecks die Schecksumme an C aus, so hat sie in solchem Falle jedoch keine Leistung an A erbracht und C wusste dies auch, weil er doch den Scheck gefälscht hat. Bei genauer Betrachtung handelt es sich in solchem Falle also um ein Zweipersonenverhältnis. Es liegt ein Eingriff (durch Scheckfälschung) von C in das Vermögen der B vor, weshalb gegen C eine *Eingriffskondiktion*, gerichtet auf Rückzahlung der erschwindelten Leistung gegeben ist.

*Beispiel 11 – Gefälschte Anweisung, RGZ 60, 24*<sup>208</sup>:

Postbeamter A schuldete der C 7000 Mark und fälschte eine Postanweisung zur Zahlung an C, ohne den Zahlungsbetrag bei der Postkasse einzuzahlen. Aufgrund der Postanweisung wurde das Geld vom Postamt des Wohnsitzes der C an diese ausbezahlt. Die Post verlangte das Geld von C zurück, zu Recht?

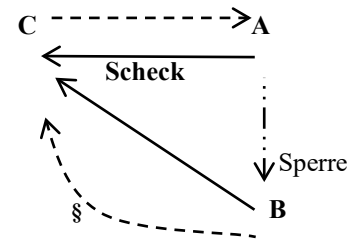


Zutreffend erkannte das OLG Dresden, dass im Sinne von § 812 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. BGB nicht die Beklagte C, sondern allein der Postbeamte A Empfänger der durch die Auszahlung des Geldes bewirkten Leistung gewesen sei. Das Reichsgericht wies die Revision zurück mit der Begründung, die Post habe das Geld lediglich zu überbringen gehabt. C habe das Geld zu dem auf dem Anweisungsabschnitt abgegebenen Zweck als Leistung des A angenommen und dieser Erfüllungszweck sei auch erreicht worden. Die Post hatte also nur Ansprüche gegen ihren Beamten, aber nicht gegen den Leistungsempfänger. Das war und ist und bleibt so richtig und auch nach allen Rechtsordnungen in der ganzen Welt, ansonsten wäre der bargeldlose Zahlungsverkehr praktisch nicht mehr brauchbar, ohne den das heutige Wirtschaftssystem zusammenbrechen müsste.

<sup>207</sup> Siehe das sogleich folgende Beispiel 11. Vgl. außerdem den in Beispiel 14 erörterten Fall, wo ein Unfall und damit eine Zahlungsverpflichtung einer Versicherung betrügerisch vorgetäuscht wurde

<sup>208</sup> RG, 12.1.1904, VI 111/04, RGZ 60, 24.

*Beispiel 12 – Zahlung auf widerrufenen Scheck*, BGHZ 61, 289<sup>209</sup>: A hatte bei der Beklagten C Schulden in unklarer Höhe und übergab ihr zur Erfüllung einen Scheck über 80.000 DM. Am Tag darauf forderte A den Scheck zurück, weil ein Teil der Schuld schon bezahlt oder anderweit gesichert sei. Die Beklagte C gab den Scheck jedoch nicht zurück und A „sperrte“ ihn durch Schreiben an ihre Bank B; B bestätigte den „Widerruf“ des Schecks, zahlte aber infolge eines Versehen des Schalterbeamten die Geldsumme trotzdem auf den vorgelegten Scheck aus. Kann die B-Bank die Zahlung von C zurückfordern?



Der BGH erkannte auch in dieser Entscheidung noch zutreffend, dass sich nach allgemeiner Meinung der Bereicherungsausgleich in Fällen der Leistung kraft Anweisung grundsätzlich innerhalb der jeweiligen Leistungsverhältnisse, also einmal zwischen dem Anweisenden A und der angewiesenen Bank B im *Deckungsverhältnis* und zum anderen zwischen dem Anweisenden A und der Beklagten C im *Valutaverhältnis* vollzieht. Beim Scheck, einem Sonderfall der Anweisung, trifft der Aussteller A schon mit der Übergabe des Schecks grundsätzlich die sein Verhältnis zum Empfänger betreffende Zweckbestimmung, in der Regel die Erfüllung einer Schuld. Daran ändert sich nichts dadurch, dass der Scheck gesperrt worden ist, weil der Aussteller des Schecks damit nur der Bank gegenüber zum Ausdruck gebracht hat, dass er eine durch die Bank zu bewirkende Zuwendung an den Dritten nicht mehr wünscht. Wenn die angewiesene Bank trotzdem zahlt, gleichgültig ob zu Recht oder aufgrund eines Irrtums, darf jedoch der Empfänger die Leistung als von dem Anweisenden gemäß dessen Zweckbestimmung erbracht betrachten und auch behalten, wenn dieser Zweck erreicht wurde: „Das erfordert auch das Interesse der Allgemeinheit am ungehinderten Ablauf des bargeldlosen Verkehrs“. Ein „Durchgriffsanspruch“ der B gegen C könnte nur als *Eingriffskondition* gegeben sein, wenn C einen Scheck des A gefälscht und sich damit die Zahlung der Bank B erschwindelt hätte, so wie im Beispiel 11 sich der Postbeamte die Anweisung an die Post durch Fälschung erschwindelt hatte. Der Irrtum der Bank nimmt ihrer Leistung auf Vorlage des Schecks nicht den Charakter einer Leistung des A an C und kann daher auch in diesem Fall<sup>210</sup> eine Eingriffskondition der Bank gegen C *nicht* begründen. B konnte also von C nichts zurückfordern, ihre Zahlung auf den Scheck an C auch nicht vom Konto des A abbuchen, weil der Scheck gesperrt worden war. Soweit A der C gegenüber verpflichtet war, ist diese Schuld durch die Auszahlung getilgt worden; die B-Bank darf deshalb das Konto des A wegen der Sperrung des Schecks aber nicht belasten, hat insoweit aber einen Bereicherungsanspruch (Eingriffskondition) gegen A, als dieser durch die Zahlung der Bank von einer Verbindlichkeit befreit wurde. Soweit aber A dem C nicht verpflichtet war, steht ihm gegen diesen eine Leistungskondition zu, deren Abtretung B von A verlangen kann.

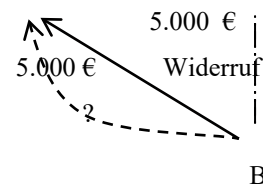
*Beispiel 13 – Irrtümliche Doppelzahlung einer Bank*, BGHZ 205, 377<sup>211</sup> mit § 433 Abs. 2: 11.900 €  
Eingriffskondition im Zuwendungsverhältnis: C hat eine Forderung über C ←----- A

<sup>209</sup> BGH 18. 10. 1973 – VII ZR 8/73, BGHZ 61, 289 = NJW 1973, 39; dazu *Solomon* (Fn. 201) 19 f.

<sup>210</sup> Vgl. auch die Beispiele 9, 10, 13 und 14.

<sup>211</sup> Beispiel wie BGH 16.6.2015 – XI ZR 243/13, BGHZ 205, 377 = NJW 2015, 3095. Die Entscheidung ist sehr umstritten: **Zustimmend:** MünchKomm<sup>8</sup>/Zetzsche § 675 u Rz 30 ff; BeckOK BGB<sup>4</sup>/Schmalenbach § 675 u Rz 8; Winkelhaus jurisPR-BKR 8/2016 Anm 1, Kropf WM 2016, 67, 71 f; vgl. auch *Linardatos*, Das Haftungssystem im bargeldlosen Zahlungsverkehr nach Umsetzung der Zahlungsdienstrichtlinie, 2013, S 370 ff: zwingendes Ergebnis notwendiger richtlinienkonformer Auslegung; ebenso *Langenbacher*, in: Langenbacher/Bliesener/ Spindler, Bankrechts-Kommentar<sup>3</sup>, Kap 4 § 675 u Rz 23 (effektive Richtlinienumsetzung).

11.900 Euro gegen A geltend gemacht und A hat versucht, über die B-Bank 5.000 Euro an C erfüllungshalber zu überweisen, was wegen einer Mehrdeutigkeit in der Empfängerangabe zunächst misslang, weshalb A und B den Zahlungsauftrag einvernehmlich stornierten und A angeblich über eine andere Bank 5.000 Euro zu demselben Zweck an C überwiesen hat. Danach aber hat die B-Bank wegen eines „Missverständnisses“ eines Telefonanrufs des A nochmals 5.000 Euro an C überwiesen, diese Zahlung aber später dem Konto des A wieder gutgeschrieben. Die B-Bank forderte diese 5.000 Euro klageweise von C zurück. Ist ein Rückzahlungsanspruch der B-Bank gegen A oder gegen C begründet?



(1) Die richtige Begründung ist letztlich sehr einfach. Soweit im Zeitpunkt der zweiten Zahlung durch die B-Bank noch eine Forderung des C gegen A bestanden hat, ist sie erfüllt worden und die Klage also abzuweisen. Soweit sie nicht bestanden hat, ist nur eine Leistungskondition des A gegen C gegeben; denn C konnte und durfte die Überweisung nicht nur aus seinem „Empfängerhorizont“ nicht anders verstehen als eine Leistung des A zur Erfüllung der von C gegen A geltend gemachten Forderung. A selbst hat C dieses Geld über die Bank allerdings nicht zur Erfüllung seiner Schuld leisten wollen. Diese Zweckbestimmung ist dem C von der Bank, aufgrund eines Irrtums hinsichtlich des Bestehens seines Auftrags des A, mittels der Durchführung der nicht mehr gegebenen Anweisung aber als Zweckbestimmung des A vermittelt worden, womit die Bank jedoch eine *Leistung* an A erbringen wollte. Soweit die Forderung des C gegen A nicht bestanden hat, erfolgte die Zuwendung der B an A aber trotzdem „zweckfrei“ und wurde von der Bank als Leistung an A erbracht und von C auch zu Recht als Leistung des A verstanden und erfolgte daher ohne Rechtsgrund, soweit keine Forderung des C gegen A bestanden hat. Insoweit ist also eine *Leistungskondition* des A gegen C gegeben, die eine *Eingriffskondition* des B gegen C ausschließt. Die Klage der B-Bank gegen C war daher abzuweisen. Das gilt auch dann, wenn A die irrtümlich erfolgte zweite Zahlung mitverschuldet hat, was nur dafür Bedeutung hat, ob die B-Bank oder A den „Schaden“ zu tragen hat. Wenn verbindlich vereinbart war, dass nichts mehr überwiesen werden soll,<sup>212</sup> so bleibt der „Schaden“ jedenfalls bei der B-Bank, sofern und soweit A dadurch nicht rechtswirksam von einer Forderung des C gegen ihn befreit wurde.

(2) Etwas problematisch ist allenfalls noch die Frage, ob der B-Bank ein Anspruch gegen ihren Kunden A zusteht, wenn A die zweite Zahlung nicht mehr wollte, durch die Zahlung aber von einer wirksamen Verpflichtung aus dem Vertrag mit C befreit wurde, was umstritten war. Das wurde auch durch die Regelungen der §§ 675 c ff. BGB nicht in einer die Kondition ausschließenden Weise geklärt.<sup>213</sup> Eine Geschäftsbesorgung gemäß § 675 BGB kann nicht vorliegen, wenn ausdrücklich vereinbart war, dass nicht mehr überwiesen werden soll und eine Geschäftsführung ohne Auftrag auch nicht, weil es offensichtlich nicht im Interesse oder mutmaßlichen Interesse des A sein konnte, wenn er nichts mehr bezahlen, sondern es auf einen Rechtsstreit mit C ankommen lassen wollte. Es kann daher nur ein Bereicherungsanspruch in Betracht kommen, der auch gegeben ist, soweit A rechtswirksam von einer Verpflichtung gegenüber C befreit wurde.

(3) Der BGH meint jedoch, eine solche Befreiung von einer Schuld gegenüber C sei nicht eingetreten, weil die Zuwendung von B an C den A nicht von einer Verbindlichkeit gegenüber C

**Ablehnend:** Staub/*Grundmann* BankvertragsR<sup>5</sup> Rz 419 f; Beck OGK/*Zimmermann* § 675 u Rz 45 ff; MünchKommHGB/*Häuser* Zahlungsver Rz B 651; MünchKomm/*Schwab* § 812 Rz 140; *Herresthal*, in: Langenbacher/*Bliesener/Spindler* Bankrechts-Kommentar<sup>3</sup>, Kap 3 § 675 u Rz 22, 24; *Köndgen* JuS 2011, 481, 489; *Fornasier* AcP 212 (2012), 410, 434 ff; *Kiehnle* NJW 2015, 3095 f; *Jansen* JZ 2015, 952, 956; *G Müller* WM 2016, 809, 813 ff; *Staud/Omlor*, 2020, § 675 z Rz 7; *NomosKomm*<sup>4</sup>/*Beesch* § 675 u Rz 5 ff; *juris* PK<sup>9</sup>/*Martinek/Heine* § 812 Rz 133 Fn 384; *Wilhelm* BKR 2017, 8 ff.; nicht zuletzt *Schnauder* JZ 2016, 603, 607 ff.

<sup>212</sup> Davon ging der BGH (Fn 211) Rn. 13 aus.

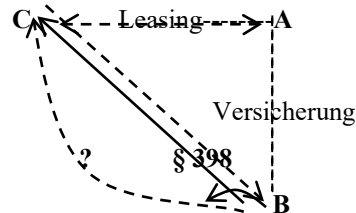
<sup>213</sup> Anders der BGH (Fn. 211) Rn. 23 ff.

befreit habe und C daher seine bestehenden Ansprüche weiterhin gegen A geltend machen könnte.<sup>214</sup> Das aber ist aus den schon genannten Gründen *offensichtlich unrichtig*, denn die Zuwendung der B an C erfolgte als Leistung des A. Im Falle einer gefälschten Anweisung oder eines gefälschten Schecks (dazu die Beispiele 10 (5), 11 u. 12) steht allerdings der Bank eine Eingriffskondition gegen den Fälscher zu, weil es in einem solchen Fall an jeder Art einer Anweisung des Bankkunden fehlt. Die Regelung gilt aber nicht für von einer Bank irrtümlich angenommene Weisung des Bankkunden, aufgrund deren sie irrtümlich eine Leistung des Bankkunden an einen Dritten erbringen will und der Zuwendungsempfänger die Leistung – anders als der Fälscher – auch als eine Leistung des Bankkunden verstehen muss<sup>215</sup>, mit dem er in Geschäftsverbindungen steht. Die ansonsten vom BGH verwendete „Empfängerhorizontlehre“ würde in diesem Falle – wenn auch mit verfehelter Begründung – ausnahmsweise einmal zum richtigen Ergebnis kommen.

Dagegen ist es im vorliegenden Fall unrichtig, wenn der BGH behauptet, „mangels Tilgungsbestimmung im Valutaverhältnis“ zwischen A und C habe die Zahlung keine Erfüllungswirkung und mangels eines Leistungsverhältnisses begründe ein nicht autorisierter „Zahlungsvorgang“ von B an C eine Nichtleistungskondition der B-Bank gegen den Zahlungsempfänger C. Die Zuwendung der B an C erfolgte eindeutig *zum Zwecke der Erfüllung der Schuld des A*, also *mit Rechtsgrund*, soweit eine Forderung des C gegen A noch bestanden hat, und ohne Rechtsgrund, soweit keine Forderung mehr bestanden hat. Eine Leistungskondition des A gegen C schließt jedoch eine Eingriffskondition der B notwendigerweise aus, weil ansonsten der C zweimal leisten müsste.<sup>216</sup>

### g) Der Zufall bei Konditionen über das Dreieck >

*Beispiel 14 – Zahlung des Kaskoversicherers aufgrund vorgetäuschten Unfalls an den Leasinggeber des Betrügers*, BGHZ 122, 46<sup>217</sup>: A schließt mit dem Versicherer B einen Kaskoversicherungsvertrag ab für einen Pkw, den er von C geleast hat. Aufgrund Allgemeiner Geschäftsbedingungen des Leasinggebers C tritt A im Voraus in einem Schadensfall entstehende Forderungen gegen den Versicherer B an den Leasinggeber C ab, der noch Forderungen gegen A aus dem Leasinggeschäft hat. Aufgrund eines Schadensfalls zahlt B 38.000 DM daher an C aus. Es stellt sich jedoch heraus, dass A den Versicherungsfall vorgetäuscht hat, und B verlangt seine Zahlung von C zurück. Zu Recht?



<sup>214</sup> Anders *Kiehnle*, der glaubt, der „redliche Empfänger“ sei nach „Treu und Glauben“ zu schützen. Aber dann könnte man auch das gesamte Bereicherungsrecht durch Treu und Glauben ersetzen und damit die Rechtsfindung für Richter und Rechtsanwälte gewaltig erleichtern, aber die Rechtssicherheit völlig beseitigen.

<sup>215</sup> Das ist nicht im Sinne der Lehre vom „Empfängerhorizont“ zu verstehen, wonach eine Leistungskondition ausgeschlossen sein soll, wenn der Empfänger sie zu einem anderen Zweck annehmen wollte als der Leistende dies bestimmt hatte, wenn also ein *Dissens in der Zweckvereinbarung* bestanden hat. Damit soll vielmehr gesagt sein, dass die Bank die Zuwendung offensichtlich zu dem von ihrem Bankkunden A vermeintlich bestimmten Zweck erbringen und C sie auch nicht anders als eine Leistung des A verstehen konnte. A muss sich insofern den Irrtum seiner Bank zurechnen lassen, die einen vermeintlichen Auftrag von ihm durch eine „zweckfreie“ Zahlung an den Dritten C erbrachte. Zur Problematik der *Empfängerhorizont-Lehre* des BGH im Falle eines *Dissenses* zwischen Zuwendenden und Zuwendungsempfänger in Anweisungsfällen zutreffend *Franz Schnauder*, Leistung und Zurechnung nach dem objektiven Empfängerhorizont, jurisPR-BKR 1/2020 Anm. 5.

<sup>216</sup> Zur *Subsidiarität der Eingriffskondition* vgl. oben Fn. 163; ferner Beispiele 9, 10 und 13.

<sup>217</sup> BGH 10.3.1993 – XII ZR 253/91, BGHZ 122, 46 = NJW 1993, 1578; Fortführung von BGH 2.11.1988 – IV ZR 102/87, BGHZ 105, 365 = NJW 1989, 900; dazu *Schnauder*, JuS 1994, 537.

Weil der Unfall vorgetäuscht war, ist der Anspruch aus der Kaskoversicherung nicht entstanden und konnte daher auch nicht rechtswirksam abgetreten werden. Deshalb konnte der Versicherer B mit seiner Zahlung an den Leasinggeber den nicht entstandenen und daher auch nicht abgetretenen Anspruch auch nicht erfüllen und es war eine Leistungskondition (*condictio indebiti*) des Versicherers gegen den Leasinggeber entstanden. Der Fall ist völlig unproblematisch und kann eigentlich gar nicht falsch entschieden werden. Auch der BGH hat im Ergebnis letztlich richtig entschieden, allerdings geglaubt, er könne den Fall *nicht* mit einer „Ableitung aus dem Leistungsbegriff entscheiden“, müsse vielmehr „Gesichtspunkte des Vertrauensschutzes und der Risikoverteilung berücksichtigen“. Die Notwendigkeit „der Kondition über das Dreieck“ belasse – so der BGH – die versicherungstypischen Risiken dort, „wo sie von Anfang an lagen“. Aber auch das ist nicht richtig, denn das Risiko der Täuschung durch den Versicherungsnehmer hat unzweifelhaft der Versicherer zu tragen, wenn er durch seinen Vertragspartner getäuscht wird. Nur weil beim Versicherungsnehmer nichts zurückzuholen war, glaubte der BGH berechtigt zu sein, dem Versicherer einen Anspruch gegen den Leasinggeber zuzusprechen. Mit dieser Falschbehauptung hat der BGH letztlich seinen Fehler korrigiert und im Ergebnis (zufällig?) richtig entschieden.<sup>218</sup> Das beweist nur, was die im nachfolgenden Beispiel 15 besprochene Entscheidung bestätigt, dass die bereicherungsrechtlichen Entscheidungen des BGH zu Zufallsentscheidungen geworden sind, weil das Gericht die Grundsätze des Leistungs- und Rechtsgrundbegriffs zutiefst verkennt.

---

<sup>218</sup> Ebenso Schnauder, in: Soergel, BGB, 13. Aufl., vor § 783 Rn. 16.





Urteils.

(d) Sowohl die SE als auch die F-GmbH fielen im Jahre 2013 in Konkurs. Eine vom Insolvenzverwalter der SE-GmbH (im Folgenden Klägerin genannt) gegen die F-GmbH auf der Grundlage von § 816 Abs. 2 BGB erhobene Klage wurde deswegen nicht fortgeführt. Die Klägerin hat statt dessen Klage gegen die Bank der F-GmbH erhoben mit der Begründung, auf Grund der Leistung der 450.000 Euro durch den Investor an die beklagte Bank sei die in ihrem Kaufvertrag mit der F-GmbH an sie im Voraus abgetretene Kaufpreisforderung gemäß §§ 407, 408 BGB erloschen, weshalb ihr eine Eingriffskondition aus § 816 Abs. 2 BGB gegen die beklagte Bank zustehe. Das Oberlandesgericht Oldenburg hat diese Klage abgewiesen, der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs jedoch dieses Urteil aufgehoben und der Klage in Höhe von 450.000 € zu Unrecht statt gegeben.

## (2) Der richtige Weg zum vom Investor und der Bank verfolgten Ziel

Nachdem die Bank sich wie geschehen (Urt. Rn. 4) zum Rangrücktritt ihrer Grundpfandrechte gegen die GmbH-Gruppe bereit erklärt hat, hätten die Beteiligten aufgrund der Beratung des Notars die damit gesicherten Kreditschulden der Bank durch die Zahlung des Kaufpreises auf die Weise sachgerecht regeln können,

(2.1) dass die F-GmbH sich bereit erklärt, die Tilgung der Kreditschulden der GmbH-Gruppe in Höhe von 450.000 € durch Zahlung des Investors an die Bank gemäß § 267 BGB an Erfüllung statt gemäß § 364 BGB zur (teilweisen) Erfüllung ihrer Kaufpreisforderung gegen den Investor anzunehmen; verbunden mit der *Vereinbarung*, dass die restlichen 100.000 € sodann ihrem Konto bei der Bank zugeschrieben werden. Auf dieser Grundlage konnte der Investor an die Bank 450.000 € gemäß § 267 BGB zur (teilweisen) Erfüllung der Kreditschulden der GmbH Gruppe zahlen und die Bank diese Zahlung zu diesem Zweck annehmen. Die F-GmbH konnte sodann diese Zahlung zur Erfüllung der Schulden der GmbH-Gruppe bei der Bank trotz der Vorausabtretung der Kaufpreisforderung an die SE-GmbH und der weiteren Abtretung an die Bank rechtswirksam an Erfüllung statt zur Erfüllung ihrer Kaufpreisforderung i.H.v. 450.000 € annehmen. Das Schreiben der Bank an den Notar vom 2.9.2011 (Urteil Rn. 4) kann als Einverständnis mit dieser Geschäftsabwicklung verstanden werden. (2.2) Nach dem Einverständnis der F-GmbH mit dieser Art der Kaufpreiszahlung durch den Investor hätte der Notar der Bank mitteilen sollen, dass er bereit ist, die bei ihm verwahrten 550.000 € an die Bank auszuzahlen, wenn sie sich bereit erklärt, 450.000 € gemäß § 267 BGB als Leistung des Investors zur Erfüllung ihrer Kreditforderungen gegen die GmbH-Gruppe anzunehmen, die restlichen 100.000 € dem Konto der F-GmbH zuzuschreiben und der Grunddienstbarkeit des Investors den Vorrang vor ihren Grundpfandrechten einzuräumen. Nach dem Einverständnis der Bank mit diesen Zweckbestimmungen der Zahlungen des Investors hätte der Notar ihr das Geld übertragen können. Auf diese Weise wären die Kreditforderungen der Bank gegen die GmbH-Gruppe gemäß § 267 BGB erfüllt, die Voraussetzungen für den Rangrücktritt der Grundpfandrechte hinter die Grunddienstbarkeit des Investors geschaffen und zugleich die Kaufpreisforderung der F-GmbH in Höhe von 450.000 € gemäß §§ 267, 407 BGB sowie in Höhe von 100.000 € gemäß § 362 Abs. 1 BGB erfüllt worden. Die Klage des Konkursverwalters der SE-GmbH hätte aufgrund einer derartigen Zahlungsweise jedoch abgewiesen werden müssen, weil der Anspruch der Klägerin aus § 816 Abs. 2 BGB in solchem Falle eindeutig gegen die F-GmbH gerichtet gewesen wäre. So einfach hätte dieser Fall gelöst werden können und sollen. Die Frage bleibt, ob nach dem im Urteil festgestellten Sachverhalts die Erklärungen der Parteien und des Notars in diesem Sinne zu verstehen waren und auch so verstanden werden mussten oder so verstanden werden durften, wie der VIII. Zivilsenat glaubte, sie verstehen zu dürfen.

### (3) Anmerkungen zum Urteil des VIII. Zivilsenats

#### (3.1) Kann der Leistungsempfänger die Leistung zu seinem Zwecke umlenken?

Der VIII. Zivilsenat hat der Klage jedoch stattgegeben mit der Begründung, der Investor habe seine Zahlung nicht zur Erfüllung der Kreditschulden der GmbH-Gruppe und dem weiteren (angestaffelten) Zweck des Rangvorrangs seiner Grunddienstbarkeit vor den Grundpfandrechten der Bank an den Grundstücken der GmbH Gruppe geleistet, sondern zur Erfüllung der Kaufpreisschuld, welche die F-GmbH kurz zuvor ohne Wissen des Investors an die Bank abgetreten hatte. Das ist offensichtlich schon deswegen unrichtig, weil Erfüllung nur eintritt, wenn der Zahlungsempfänger die Leistung zu dem Zweck annimmt, zu welchem der Leistende geleistet hat, ansonsten wegen *Dissens in der Zweckvereinbarung* eine *Leistungskondiktion* des Leistenden gegeben ist<sup>220</sup>. Weil der Investor aber von der Abtretung unstreitig nichts wusste, konnte er auch nicht zur Erfüllung der abgetretenen Forderung zahlen wollen (dazu oben III 1 u. 2). Auch *rechtfertigt die Tatsache*, dass die F-GmbH die Forderung, obwohl sie von ihr schon an die Klägerin abgetreten worden war, nochmals an die Bank abgetreten hat für sich allein *nicht die Folgerung*, dass die Bank die Zahlung des Investors zur Erfüllung dieser Forderung angenommen hat. Außerdem war im Kaufvertrag zwischen den Parteien ausdrücklich vereinbart, dass die F-GmbH das Geld keinesfalls erhalten darf, bevor der Rangvorrang der Grunddienstbarkeit des Investors gesichert ist (Urt. Rn. 2, 21). Dieser konnte aber nicht gesichert sein, solange der Investor das Geld der Bank nicht zur Verfügung gestellt hatte, das zu Erfüllung der Kreditschulden der GmbH Gruppe erforderlich war.

#### (3.2) Eine Erfüllungsleistung setzt Kenntnis der Schuld voraus

Der VIII. Zivilsenat unterstellt, dass die Bank die Zahlung des Investors zur Erfüllung der von der F-GmbH an sie abgetretenen Kaufpreisforderung angenommen hat und will mit dieser Unterstellung zu Unrecht einen Anspruch der Klägerin (SE-GmbH) aus §§ 816, 408, 407 BGB gegen den Investor begründen. Der Senat begründet diese „Umlenkung“ (dazu unten 3.6) des Leistungszwecks des Investors mit seiner unhaltbaren Lehre vom „Empfängerhorizont“ (dazu unten 3.7), die für diese Fälle der §§ 407, 408 BGB aber schon an dem diesbezüglich klaren Wortlaut des § 407 BGB scheitert, denn § 407 BGB setzt voraus, dass der Schuldner (Investor) nach der Abtretung an den vermeintlich bisherigen Gläubiger (F-GmbH), bzw. an einen Dritten (die Bank), dem der bisherige Gläubiger sie abgetreten hat, gemäß § 408 BGB die 450.000 € zur Erfüllung der Kaufpreisforderung geleistet hat. Das aber hat er nicht, konnte er auch gar nicht, weil er (der Investor) unbestrittenermaßen von der Abtretung der Kaufpreisschuld durch die F-GmbH an die Bank gar nichts wusste. Der Investor hat daher die 450.000 € nicht „in Ansehung der (Kaufpreis-Forderung“, sondern vielmehr gemäß § 267 BGB vereinbarungsgemäß (Urteil Rn. 2 und 4) über den Notar an die Bank bezahlt zur Erfüllung der Kreditschulden der GmbH Gruppe bei der Bank. Die Bank hat das Geld auch zu diesem Zweck angenommen und der Grunddienstbarkeit den Vorrang vor ihren Grundpfandrechten an den Grundstücken der GmbH Gruppe eingeräumt (Urteil Rn. 4). Die Bank hat die 450.000 € also auch zur Erfüllung der Kreditverbindlichkeiten der GmbH-Gruppe angenommen (Schreiben der Bank vom 2. 9. 2011 (Urteil Rn. 4) und gleichfalls vereinbarungsgemäß nur 100.000 € dem Konto der F-GmbH gutgeschrieben.

<sup>220</sup> Zur mangelnden Erfüllung im Falle eines Dissenses über den Erfüllungszweck vgl. den Witz von *Salcia Landmann*, oben II 1; zur Kondiktion als Rechtsfolge eines Dissenses über den Leistungszweck vgl. IV 2b (2.1).



### **(3.3) Wer hat also umgelenkt und warum und wozu?**

Die Interessen des Investors sind durch diese „Umlenkung“ (dazu unten 3.6) seiner Leistung allerdings nicht verletzt worden, weil die Bank vereinbarungsgemäß den vom Investor geforderten Rangrücktritt ihrer Grundpfandrechte hinter seine Grunddienstbarkeit bewilligt und außerdem der VIII. Zivilsenat die Zahlung des Investors im Ergebnis – wenn auch mit dieser Begründung zu Unrecht – als Erfüllung seiner Kaufpreisschuld betrachtet hat. Geschädigt worden ist allein die Bank durch die durch den Sachverhalt nicht gerechtfertigte Feststellung des Urteils, die Zahlung des Investors sei nicht zur Erfüllung der Kreditschulden der GmbH-Gruppe, sondern zur Erfüllung seiner Kaufpreisschuld erfolgt, obwohl der Investor nach den Feststellungen des Sachverhalts (Urt. Rn. 2, 22, 23) unbestritten gar nicht wusste, dass die Kaufpreisschuld von der F-GmbH an die Beklagte abgetreten worden war. Nach dem Sachverhalt des Urteils (Rn. 2) durfte der Kaufpreis jedoch nicht an die Verkäuferin zur Auszahlung kommen, also nicht zur Erfüllung der Kaufpreisforderung bezahlt werden! Diese Vereinbarung gilt wegen der gleichgearteten Interessen auch für den Fall, dass die Forderung ohne Wissen des Investors von der F-GmbH an die Bank abgetreten worden ist. Richtig wird im Urteil (Rn. 21) auch erkannt, dass die Bank Leistungsempfängerin war und nicht bloß Zahlstelle (soll heißen: Anweisungsempfänger), aber nicht Leistungsempfängerin einer Forderung, von welcher der Leistende gar nicht wusste, dass sie an die Bank abgetreten worden war, sondern Leistungsempfängerin gemäß § 267 BGB zur Erfüllung der Kreditschulden der GmbH-Gruppe. Ausdrücklich wird dies im Sachverhalt des Urteils (Rn. 2) auch festgestellt: „Soweit der Kaufpreis nicht für die Abwicklung oder Lastenfreistellung der in Abt. III eingetragenen Grundpfandrechte benötigt wird, ist er auf das Konto der Verkäuferin bei der Volksbank L. (Beklagte) zu überweisen.“ Selbst wenn die Bank, die wohl wusste, dass der Investor nicht weiß, dass die F-GmbH ihre Forderung an sie (die Bank) abgetreten hatte, die Zahlung zur Erfüllung dieser Forderung angenommen hätte, ist damit keine Erfüllung eingetreten, weil der Investor *unbestritten* nicht zur Erfüllung dieser Forderung bezahlen wollte! Ein Gläubiger kann eine Leistung nicht rechtswirksam zu einem anderen Zweck annehmen als der Leistende bestimmt hat. Letztlich hat die Bank, wie dem Sachverhalt des Urteils auch zu entnehmen ist, auch vereinbarungsgemäß die Zahlung des Investors über den Notar i.H.v. 450.000 € verwendet und die restlichen 100.000 € an die F-GmbH ausbezahlt. Es bestand also auch *kein vernünftiger Grund* dafür, dass die Bank die Umbuchung von dem sogenannten „internen Konto“ auf das „Kundenkonto“ als Erfüllung hätte annehmen wollen, obwohl sie wusste, dass der Investor von dieser Abtretung nichts weiß, daher auch nicht zur Erfüllung dieser Forderung bezahlt haben kann.

Warum sollte die Bank die Zahlung des Investors an sie umlenken und zur Erfüllung der Kaufpreisforderung der F-GmbH annehmen wollen, obwohl sie doch die Zahlungsprobleme der F-GmbH und der GmbH-Gruppe genauestens kannte und auf Grund den Vereinbarungen mit dem Investor und dem Notar das Geld zur Tilgung der Schulden der F-GmbH annehmen sollte, weil dies die Voraussetzung dafür war, dass sie dem Investor den Vorrang seiner Grunddienstbarkeit vor ihren Grundpfandrechten an den Grundstücken der GmbH Gruppe einräumen konnte, was sie auch getan hat. Zwar konnte die Bank auch so dumm sein und derart handeln wie der VIII. Zivilsenat es verstehen wollte, aber ohne hinreichenden Beweis kann dies nicht vermutet werden und dieser Beweis ist nicht erbracht worden. Selbst wenn die Bank aus reinem Unverstand und entgegen den Weisungen des Notars oder aufgrund fehlerhafter Weisungen des Notars (dazu unten 3.4) nicht gemäß § 267 BGB zur Erfüllung der Kreditschulden der GmbH-Gruppe angenommen hat, sondern zur Erfüllung der von der F-GmbH an sie abgetretenen Kaufpreisforderung, ist diese dadurch nicht erfüllt worden, also

nicht *rechtswirksam* umgelenkt worden, denn ein Dissens in der Erfüllungszweckvereinbarung begründet nicht eine Leistung zu dem Zweck zu dem der der Leistungsempfänger die Leistung angenommen, sondern eine Leistungskondition des Leistenden (dazu unten Fn. 221).

Ein Bereicherungsanspruch der Klägerin gegen die Bank aus § 816 Abs. 2 BGB war also vor allem deswegen **nicht gegeben**, weil der Investor die Zahlung nicht „**in Ansehung der Kaufpreis-Forderung**“ an die Bank geleistet hat, sondern **unbestritten** gemäß § 267 BGB **zur Erfüllung der Kreditverbindlichkeiten** der GmbH Gruppe gegenüber der Bank. Diese Regelung wird auch von der verfehlten Empfängerhorizont-Lehre des BGH nicht geheilt, weil diese Lehre nicht nur allgemeinen Rechtsprinzipien widerspricht (dazu oben 3.1 mit Fn 220), sondern in Fällen der §§ 407, 408 BGB kraft Gesetzes ausgeschlossen ist, denn § 407 BGB stellt klar und eindeutig, entsprechend den allgemeinen Grundsätzen des Erfüllungs- und Bereicherungsrechts, allein darauf ab, **zu welchem Zweck der Schuldner die Leistung bestimmt hat** und **nicht zu welchem Zweck der (der vermeintliche) Gläubiger sie angenommen hat**.

#### **(3.4) Notwendigkeit einer Beweisaufnahme**

Durch Vernehmung des Notars als Zeugen hätte wohl auch unschwer geklärt werden können und müssen, zu welchem Zweck nach den Vereinbarungen beim Abschluss des Kaufvertrags die Leistungen des Investors hätten erbracht werden sollen und tatsächlich vom Investor geleistet und von der Bank angenommen worden sind, weil allein auf dieser Grundlage ordnungsgemäß entschieden werden konnte, zu welchem Zweck das Geld geleistet worden ist und welche Forderungen damit erfüllt werden sollten. Dazu wäre allerdings eine Zurückverweisung an das Berufungsgericht erforderlich gewesen, die aus nicht erkennbaren Gründen offenbar vermieden werden sollte. Der VIII. Zivilsenat glaubte scheinbar, aus seinem „Empfängerhorizont“ von Rechts wegen bestimmen zu dürfen, zu welchem Zweck der Investor gezahlt hat und bestimmte als letzte Instanz rechtskräftig, dass der Investor zur Erfüllung einer Forderung bezahlt hat, obwohl er *unbestritten* gar nicht wusste, dass diese dem Empfänger abgetreten worden war.

**(3.5) Im notariell beurkundeten Kaufvertrag** zwischen dem Investor und der F-GmbH war zur Zahlung des Kaufpreises folgendes vereinbart worden:

*„Der Kaufpreis darf daher nicht an die Verkäuferin (F-GmbH) zur Auszahlung gelangen, bevor die erste Rangstelle der einzutragenden Dienstbarkeit in Abt. II und III des Grundbuchs sichergestellt ist. (...) Soweit der Kaufpreis nicht für die Ablösung oder Lastenfreistellung der in Abt. III eingetragenen Grundpfandrechte benötigt wird, ist er auf ein Konto der Verkäuferin bei der Volksbank L. ... (Beklagte) zu überweisen“* (Urteil Rn. 2; dazu Rn. 22).

Das hätte allerdings eindeutiger (vom Notar) dahingehend klar bestimmt und formuliert werden können und sollen, dass die Zahlung in Höhe von 450.000 € gemäß § 267 BGB<sup>221</sup> zur Erfül-

<sup>221</sup> In der Pandektistik ist eine Erfüllung durch Leistung eines Dritten gemäß § 267 BGB als Zahlung hinter dem Rücken des Schuldners bezeichnet worden, dazu oben I 4 mit Fn. 22. Das soll heißen, dass die Leistung des Dritten an den Gläubiger *nicht* der Zustimmung des Schuldners bedarf, um rechtswirksam zu sein. Darum sind die Kreditverbindlichkeiten der GmbH Gruppe i.H.v. 450.000 € erloschen, wenn der Investor zu diesem Zweck bezahlt und die Bank die Zahlung zu diesem Zweck angenommen hat. Aber selbst wenn die Bank das auf ihr Konto einbezahlte Geld *im Auftrag* des Investors mit den Bankschulden der GmbH Gruppe „verrechnet“ hat, hat sie das Geld nicht zur Erfüllung einer ihr zustehenden Forderung angenommen, sondern im Auftrag des Investors zur Erfüllung der Bankschulden der GmbH Gruppe verwendet, aber nicht *zugleich* rechtswirksam zur Erfüllung der an sie von der F-GmbH abgetretenen Kaufpreisforderung verwenden können, weil der Investor von dieser Abtretung nichts wusste und daher auch nicht zur Erfüllung dieser Forderung bezahlt haben kann. Die Bank kann das Geld auch nicht zur Erfüllung der Kaufpreisforderung der F-GmbH, die in Wahrheit der Klägerin zustand, rechtswirksam angenommen haben, weil der Investor nicht zu Erfüllung dieser Forderung bezahlt hat, was sich daraus ergibt, dass nach den Vereinbarungen der Vertragsparteien die Hauptsumme nicht an die Ver-

lung der Kreditverbindlichkeiten der GmbH-Gruppe geleistet werde und von der F-GmbH gemäß § 364 BGB an Erfüllung statt angenommen werden soll. In Rn. 19 des Urteils war aber trotzdem die Möglichkeit erkannt worden, den Zahlungszweck des Investors dahingehend zu verstehen, dass der „Kaufpreis in Gänze oder teilweise an Grundpfandrechtsgläubiger“ als Leistung zur Erfüllung der mit den Grundpfandrechten gesicherten Kreditverbindlichkeiten der GmbH Gruppe erbracht wird. Der VIII. Zivilsenat verkennt auch nicht, dass der Investor von der „Einbeziehung der Beklagten in die Abwicklung des Kaufvertrags“, das soll heißen, von der Abtretung der Kaufpreisforderung der F-GmbH an die Bank, nichts wusste, „so dass es an der für eine übereinstimmende Zweckbestimmung erforderlichen Willensübereinstimmung fehlt“ (Urt. Rn. 19). Auch auf dieser Grundlage hätte er die Klage abweisen müssen, weil der Dissens in der Erfüllungszweckvereinbarung eine Leistungskondition des Investors begründet (dazu unten 3.6 u. 3.7), aber nicht die Erfüllung einer Forderung von welcher der Leistende Investor gar nichts wusste. Aus dem Sachverhalt des Urteils ergibt sich vor allem auch, dass zwischen den Parteien ausdrücklich vereinbart worden war, dass der Kaufpreis *nicht an die Beklagte zur Auszahlung kommen darf, bevor die Voraussetzungen für den Rangrücktritt der Grundpfandrechte hinter die Grunddienstbarkeit des Investors sichergestellt ist* (Urt. Rn. 2), das heißt, bevor die Kreditschulden der GmbH-Gruppe insoweit getilgt sind, weil dies die Voraussetzung für die Bank war, mit ihren Grundpfandrechten hinter diese Grunddienstbarkeit zurückzutreten. Darin kann eine „Willensübereinstimmung“ mit einer Drittzahlung des Investors gemäß § 267 BGB zur Erfüllung der Kreditschulden an die Bank und die Vereinbarung deren Annahme zur Erfüllung der Kaufpreisschuld an Erfüllung statt gemäß § 364 Abs. 1 BGB aber leichter erkannt werden, als der Wille, auf eine Forderung zu bezahlen, von welcher der Investor gar nicht wissen konnte, dass sie dem Zahlungsempfänger zusteht.

**(3.6) Der VIII. Zivilsenat glaubte jedoch zu Unrecht feststellen zu können (Urteil Rn. 23):**

„Die Beklagte hat den von den Kaufvertragsparteien festgelegten Zahlungsweg auf ein ihrer Verfügungsgewalt unterliegendes Konto **umlenken** (Hervorh. v. Verf.) können, ohne dass es hierzu einer Offenlegung der Abtretung bedurft hätte“.

Diese Behauptung ist nicht nur höchstwahrscheinlich *tatsächlich* unrichtig, sondern auch *rechtlich* unhaltbar. Höchstwahrscheinlich unrichtig ist diese Behauptung, weil – wie schon gesagt – die Bank nicht sicher sein konnte, dass die Forderung schon einen anderen Gläubiger abgetreten worden ist und weil sie das Geld zur Erfüllung der Kreditschulden der GmbH-Gruppe verwenden musste, um vereinbarungsgemäß der Grunddienstbarkeit des Investors den Vorrang vor ihren Grundpfandrechten zur Sicherung der Kreditschulden der GmbH-Gruppe an deren Grundstücken einräumen zu können. *Rechtlich unhaltbar* ist die Umlenkungstheorie des VIII. Zivilsenats, weil der Investor gar nicht wusste, dass die Kaufpreisforderung von der F-GmbH an die Bank abgetreten worden war und daher auch nicht zur Erfüllung dieser Forderung zahlen wollte und konnte. Selbst wenn die Bank die Zahlung zur Erfüllung der an sie abgetretenen Kaufpreisschuld annehmen wollte, konnte wegen des Dissens in der Erfüllungszweckvereinbarung jedoch keine Erfüllung eintreten (dazu oben (3.3) und auch schon unter III 1u. 2c. Für die Fälle einer Erfüllung gemäß den §§ 407, 408 BGB kommt hinzu, dass das Gesetz selbst darauf abstellt, zu welchem Zweck der Schuldner die Leistung bewirkt hat und nicht zu welchem Zweck der Gläubiger sie angenommen hat (auch dazu oben 3.3).

---

käuferin zur Auszahlung gelangen durfte, bevor die erste Rangstelle der Grunddienstbarkeit des Investors sichergestellt ist (Urteil Rn.2, 22).

### (3.7) Zur Begründung der „Umlenkung“ der Zahlung

Der VIII. Zivilsenat versucht diese „Umlenkung“ im offensichtlichen Widerspruch zum Sachverhalt des Urteils wie folgt zu begründen (Rn. 24):

*„Dementsprechend hat die Beklagte (Bank) **aus objektiver**<sup>222</sup> **Empfängersicht** den Kaufpreis in Höhe des bei ihr eingegangenen Betrags vereinnahmt, denn sie **musste**<sup>223</sup>(?!*) die Zahlung als Leistung an sich selbst* – nämlich entsprechend der im Treuhandauftrag gestellten Bedingung – ansehen. Dass die Beklagte selbst Leistungsempfängerin und nicht etwa nur Zahlstelle für eine Leistung an die F-GmbH gewesen ist, wird zudem dadurch bestätigt, dass sie den Betrag nach Erhalt **nicht** – wie noch im Treuhandauftrag angekündigt – an die **F-GmbH weitergeleitet**<sup>224</sup>, sondern ihn mit **Kreditverbindlichkeiten verrechnet** hat, die die GmbH-Gruppe sowie die F-GmbH ihr gegenüber hatten“.*

Das sind *offensichtliche Falschbehauptungen*. Keinesfalls „musste“ die Bank „aus objektiver Empfängersicht“ die Zahlung an sich selbst, d.h. zur Erfüllung einer ihr zustehenden Forderung verstehen, wenn sie genau wusste, dass der Investor nicht wusste, dass ihr diese Kaufpreisforderung von der F-GmbH abgetreten worden war. Auch war im Treuhandvertrag nicht angekündigt, dass der Kaufpreis an die F-GmbH weitergeleitet werden soll, sondern nur, „soweit er nicht für die Ablösung der Lastenfreistellung der in Abteilung III eingetragenen Grundpfandrechte benötigt wird“ (Urt. Rn. 2). Was mit diesen Falschbehauptungen gesagt werden sollte, wird noch deutlicher, wenn man die Ausführungen in Rn. 14, 15 hinzunimmt. Dort heißt es zunächst noch richtig: *„Für die Beurteilung, wer Leistender und wer Empfänger einer Leistung ist, kommt es in erster Linie auf die der Zuwendung gegebene Zweckbestimmung an. Maßgeblich ist grundsätzlich der Zweck, den die Beteiligten im Zeitpunkt der Zuwendung mit dieser nach ihrem zum Ausdruck gekommenen Willen verfolgt haben.“* Das ist richtig, aber nun kommt der Bruch in der Urteilsbegründung:

*„Stimmen die Vorstellungen der Beteiligten nicht überein, ist hingegen eine objektive Betrachtungsweise aus der Sicht des Zuwendungsempfängers (Empfängerhorizont) geboten. Entscheidend ist dann wie eine vernünftige Person in der Lage des Empfängers die Zuwendung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verstehen musste und durfte“.*<sup>225</sup>

<sup>222</sup> Die „Empfängersicht“ soll wohl „objektiv“ sein, weil sie die Ansicht des VIII. Zivilsenats ist. Der Zweck einer Leistung wird jedoch durch die *Zweckvereinbarung der Parteien* bestimmt und nicht durch das Gericht; dazu oben III 1 u. 2 und unten Fn. Fn. 225.

<sup>223</sup> Wieso „musste“ sie das? Wohl weil der VIII. Zivilsenat es so will?! Es ist aber aufschlussreich, dass nach den Vorstellungen dieses Senats die Parteien ihre Leistungen zu einem Zweck erbringen „müssen“, zu dem der Senat es für richtig hält.

<sup>224</sup> Was sie nach Vereinbarungen der Parteien nur hinsichtlich des Teils der Leistung des Investors durfte, der nicht zur Tilgung der Kreditverbindlichkeiten der GmbH-Gruppe gebraucht wurde (Urt. Rn. 2, 22); im übrigen war es zur Erfüllung der Kreditschulden der GmbH-Gruppe bestimmt, weil es die Voraussetzung dafür war, dass die Grunddienstbarkeit mit Vorrang vor den Grundpfandrechten der Bank eingetragen werden konnte. Von einer „Umlenkung“ (was immer damit gesagt sein sollte?!) kann diesbezüglich keine Rede sein.

<sup>225</sup> Diese Empfängerhorizont-Lehre beruht letztlich auf den Vorstellungen *Essers* (Schuldrecht, 2. Aufl. Karlsruhe 1960) § 189, 4 und der Theorie der realen Leistungsbewirkung von *Karl Larenz* (dazu oben III 1 u. 2) und seinem darauf beruhenden Rechtsgrundverständnis vgl. *Larenz*, BesSchuldR (Fn. 91), § 68 III 2, S. 545; ebenso auch noch *Larenz/Canaris*, BesSchuldR II 2 (Fn. 120, § 70 III 3; IV 3a; VI 5a. Dagegen ist auf der Grundlage der zur Zwecklehre entwickelten causa-Lehre von *Hugo Kreß* (Schuldrecht, Allgemeiner Teil, § 5) der Rechtsgrund einer Leistung – wie vorstehend dargelegt – in der Erreichung des zwischen Leistenden und Leistungsempfänger vereinbarten Zwecks zu erkennen. Ein Mensch kann jedoch mit einer Leistung an einen anderen nicht einen Zweck erreichen, der einer Vereinbarung mit dem Leistungsempfänger bedarf, wenn er mit seiner Leistung diesen Zweck gar nicht verfolgt, auch nicht daran gedacht hat oder hätte denken können, dass er mit dieser Leistung erreicht werden könnte. Zur weiteren Entwicklung: *H. Ehmman*, Die Funktion der Zweckvereinbarung bei der Erfüllung, JZ 1968, 549, 555 um Fn. 84 und öfters; *ders.*, Über den Begriff des rechtlichen Grundes im

Zweck der Zahlung sollte also *nicht* das sein, was die Parteien *miteinander vereinbart* haben, sondern das, *was der VIII. Zivilsenat für richtig erachtet*, obwohl es weder der Leistende noch der Leistungsempfänger so gewollt haben. In der „*vernünftigen Person*“ will der VIII. Zivilsenat also sich selbst erkennen, verkennt aber, dass es nicht Aufgabe des Gerichts ist, zu bestimmen, zu welchem Zweck die Parteien eine Leistung erbringen oder annehmen wollen, sondern es zur *verfassungsrechtlich geschützten Privatautonomie* gehört (Art. 2 Abs. 1 GG<sup>226</sup>) zu bestimmen, zu welchem Zweck eine Leistung erbracht und vom Empfänger angenommen wird, also auch von der Gerichtsbarkeit der Vereinbarung der Parteien überlassen bleiben muss. Allerdings bedürfen Vereinbarungen nicht hinreichend sachkundiger Parteien (auch wenn sie – wie im gegebenen Fall – von einem Notar beraten werden) nicht selten einer *Auslegung*, die aber dem wahren Willen der Parteien entsprechen muss. Eine sogar *rechtswirksame „Umlenkung“ des Willens* des Investors kann der Bank aber mit dieser Begründung weder unterstellt noch als rechtswirksam erkannt werden, weil eine Leistung nicht vom Leistungsempfänger zu einem anderen Zweck mit Rechtsgrund angenommen werden kann als der Leistende bestimmt hat.

Nach der zitierten Empfängerhorizontlehre des VIII. Zivilsenats wäre auch im Witz der *Salcia Landmann* die Darlehensschuld erfüllt worden, weil der vernünftige Ehemann die Weitergabe des Geldes von seiner Frau an ihn als Erfüllung seiner Darlehensschuld verstehen musste. Der Witz zeigt den ganzen Unsinn dieser in das Bereicherungsrecht übertragenen „Theorie der realen Leistungsbewirkung“ auf, die nicht anerkennen will, dass eine zweckbestimmte Leistung vom Leistungsempfänger rechtswirksam nur zu dem Zweck angenommen werden kann, den der Leistende bestimmt hat. Selbstverständlich darf der Leistungsempfänger die Zahlung auch nicht zu einem Zweck „umlenken“, zu dem sie seinen Interessen vermeintlich besser dient. Und das Gericht darf grundsätzlich auch nicht ohne hinreichende Feststellungen im Sachverhalt annehmen, dass eine Leistungsempfängerin (eine von einem Notar beratene Bank) eine Leistung bewusst zu einem Zweck „umlenkt“, die ihr ein Schaden von einer halben Million Euro einträgt. Richtig ist und bleibt daher, dass die Erfüllung einer Forderung der *Vereinbarung des Erfüllungszwecks* zwischen Leistenden und Leistungsempfänger und die *Erreichung dieses Zwecks* voraussetzt (dazu III 1 u. 2). Es ist daher falsch, wenn in dem Urteil des VIII. Zivilsenats zweimal gesagt wird (Urteil Rn. 18 und 20), maßgeblich zur Entscheidung der Frage, zu welchem Zweck bezahlt worden ist, sei eine „*objektive Betrachtungsweise aus der Sicht des Zuwendungsempfängers*“. Danach soll der Leistungsempfänger eine Leistung auch zu einem Zweck rechtswirksam annehmen können, zu dem der Leistende sie nicht erbringen wollte. Eine derartige „Umlenkung“ des Zahlungsempfängers auch gegen den Willen des Leistenden ist von Rechts wegen nicht zulässig.

---

Sinne des §§ 812 BGB, NJW 1969, 398, 400 um Fn, 18 und öfters; *ders.*, Die Gesamtschuld, Berlin 1972, § 6 Lehre vom Zweck (causa-Lehre), S. 164: V. Erfüllungs- und Rechtsgrundbegriff; *ders.*, Zur causa-Lehre, JZ 2003, 702, 709 f.; *ders.*, Die Lehre vom Zweck als Entwicklung der Vorraussetzungslehre, FS für Beuthien (Fn. 52), S. 3 ff; *Weitnauer*, Die Leistung, in Festschrift für von Caemmerer, Tübingen 1978 S. 255; *ders.*, Zum Stand von Rechtsprechung und Lehre zur Leistungskondition, NJW 1979, 2008; *Schnauder*, Grundfragen der Leistungskondition bei Drittbeziehungen, Berlin 1981, S. 41f und öfters; *ders.*, Wider das Dogma vom Empfängerhorizont, NJW 1999, 2841; *ders.*, Leistung und Zurechnung nach dem objektiven Empfängerhorizont, Anm. zur Voltaik-Flachdachanlage-Entscheidung BGH NJW 2019, 2608, in: juris PraxisReport, Heft 1/2020; ähnlich jetzt auch *Erman/Buck-Heeb*, 15. Aufl. 2017, § 812 Rn. 14 ff.

<sup>226</sup> Dazu oben II 2b.



## V. Hinweise zum System des genetischen und funktionellen Synallagmas

Unter *Synallagma* versteht man die kausale Abhängigkeit der Wirksamkeit des Leistungsversprechens vom Gegenleistungsversprechen im gegenseitigen Vertrag.<sup>227</sup> Das Synallagma ist insofern keine *causa* der Leistung oder des Leistungsversprechen des einen oder des anderen, weil doch jeder mit seiner Leistung einen anderen Zweck verfolgt als der andere. Das Synallagma eines gegenseitigen Vertrags ist die übereinstimmende Zweckvereinbarung beider Vertragspartner, die sowohl die Leistung des einen als auch die des anderen rechtfertigen soll. Dasselbe gilt auch für den Begriff des Austauschzwecks, der nur ein deutsches Wort dafür ist, *quod graeci συνάλλαγμα vocant*. Jeder Vertragspartner verfolgt zwar seinen eigenen Zweck, aber der gemeinsame Austauschzweck verbindet den Leistungszweck des einen mit dem Leistungszweck des anderen zu einem gegenseitigen Vertrag. Erreicht ein Vertragspartner seinen Zweck nicht, so ist es von den Gründen der Nichterreichung, in manchen Fällen auch von dem Verschulden des einen oder anderen Vertragspartner abhängig, inwieweit diese Zweckverfehlung sich auf den Anspruch und die Verpflichtungen des anderen auswirkt.<sup>228</sup>

Unter *genetischem Synallagma* werden die Folgen eines Dissenses in der Vereinbarung des Austauschzwecks und die anfängliche Zweckverfehlung verstanden, wenn also die Parteien über das, was sie einander versprochen haben, nicht einig waren oder einer der beiden Vertragspartner die versprochene Leistung objektiv nicht erbringen kann, weil sie schon vor Vertragsschluss unmöglich zu erbringen war. Schon im römischen Recht gab es dafür die Regelung, dass ein Kaufvertrag unwirksam ist, wenn der Kaufgegenstand schon vor Vertragsschluss untergegangen war (D. 18,1,15 pr.).<sup>229</sup> Diese Regelung ist auch im in § 306 a.F. Ge-

<sup>227</sup> Grundsätzlich ist jeder Schuldner im gegenseitigen Vertrag nur Zug um Zug gegen die Gegenleistung des anderen zur Leistung verpflichtet (§ 320 BGB), wird ein Vertragspartner wegen Unmöglichkeit der von ihm versprochenen Leistung von seiner Leistungspflicht befreit (§ 275 BGB), so verliert er grundsätzlich den Anspruch auf die Gegenleistung (§ 326 BGB). In Fällen schuldhafter Unmöglichkeit oder Leistungsverzögerung des einen oder anderen entstehen Schadensersatzansprüche und Rücktrittsrechte gemäß §§ 280 ff., 323 ff. BGB. Es ist jedoch denkbar und auch schon Gegenstand höchstrichterlicher Entscheidungen gewesen, dass die Parteien abstrakte Leistungen gegeneinander ausgetauscht haben (Geschäftsanteile gegen abstrakte Schuldversprechen), weshalb die eingetretene Leistungsstörungen über Bereicherungsrecht abgewickelt werden mussten, RG 18.11.1927 – RGZ 119, 5, 12 ; dazu RG, 7.11.1927 – IV 303/27, RGZ 118, 358 – Bürgschaft (oben bei Fn. 57); ferner BGH 22.6.2001 – V ZR 128/00, NJW 2001, 3118 – Bau auf fremdem Grund; H. Ehmman, Gesamtschuld (Fn. 16) 156, 182.

<sup>228</sup> Dazu insbesondere Kegels Schüler Ulrich Klinke, *Causa und genetisches Synallagma – Zur Struktur der Zuwendungsgeschäfte* (Berlin 1983) 104 ff.

<sup>229</sup> Dazu erhellend Gregor Albers, *Perpetuatio obligationis. Leistungspflicht trotz Unmöglichkeit im klassischen Recht* (Köln Weimar 2019) 90 ff., 98. Zu den dazu vor Inkrafttreten des BGB bestehenden Rechtsvorstellungen vgl. Allgemeines Preußisches Landrecht I. Teil, 5. Titel §§ 1- 453; Windscheid/Kipp, *Pandekten II* (Fn. 24) §§ 264, 265, S. 80-94; August von Bechmann, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, Bd. I (Erlangen 1876) §§ 70 ff.;

setz geworden, wonach ein gegenseitiger Vertrag unwirksam sein sollte, wenn die Leistung eines der beiden Vertragspartner schon vor Vertragsschluss objektiv unmöglich geworden ist; ebenso in Art. 1601 CC. Der deutsche Gesetzgeber hat jedoch mit Wirkung vom 2. 1. 2002 diese Regelung gestrichen und durch die Regelungen der §§ 275, 311a BGB ersetzt,<sup>230</sup> wonach ein derartiger Vertrag nicht mehr unwirksam, vielmehr dem Schuldner zum Schadenersatz statt der Leistung oder zum Aufwendungsersatz verpflichtet sein soll; es sei denn, dass er das Leistungshindernis bei Vertragsschluss nicht kannte und seine Unkenntnis auch nicht zu vertreten hat. Das Problem kann zweifellos auf verschiedene Weise geregelt werden. *Klinke* hat schon lange vor dieser sogenannten Schuldrechtsmodernisierung zwischen verschiedenen dazu entwickelten Theorien unterschieden: Austauschzwecktheorie, Geschäftsgrundlagentheorie, Bedingungstheorie und *causa*-Theorie.<sup>231</sup> Darauf muss hier verwiesen werden.

Unter *funktionellem Synallagma* versteht man dagegen ein System zur Regelung von nach Vertragsschluss eintretenden Störungen eines gegenseitigen Schuldverhältnisses. Es geht insbesondere um die Auswirkungen der Nichterfüllung oder Schlechterfüllung oder der Leistungsverzögerung auf die Rechte des anderen Vertragspartners, also die Fragen, ob dem anderen die Einrede des nicht erfüllten Vertrags zusteht, ob er vom Vertrag zurücktreten oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung oder Verzugs verlangen kann (§§ 320-326 BGB). Die Problematik des funktionellen Synallagmas, insbesondere die Rechtsfolgen der Unmöglichkeit, des Verzugs und sonstiger Leistungsstörungen im gegenseitigen Vertrag sind im deutschen Recht durch den Gesetzgeber, also positivistisch detailliert geregelt und seit dem Inkrafttreten des durch eine unübersehbar gewordene Rechtsprechung und Literatur bis in letzte Einzelheiten zu klären versucht worden, worauf hier nur noch verwiesen werden kann.<sup>232</sup>

---

*Heinrich Dernburg*, Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens (1. und 2. Aufl. Halle 1899) 200 ff.

<sup>230</sup> Dazu *H. Ehmann/Sutschet*, Modernisiertes Schuldrecht (Fn. 67) 29 ff., 122 ff.

<sup>231</sup> *Klinke*, Genetisches Synallagma (Fn. 228) 103 ff.

<sup>232</sup> Vgl. dazu *Ulrich Huber*, Leistungsstörungen, (Tübingen 1999) Bd. I und II; zu den modernisierten Regelungen vgl. *Harm Peter Westermann*, in: Erman, Handkommentar zum BGB, 15. Aufl. (Köln 2017) Vorb. vor § 320 ff. und Anm. vor §§ 225-292. Vgl. zur Unmöglichkeit und dem Wegfall der Geschäftsgrundlage außerdem den Beitrag von *Albers*, Unerwartete Ereignisse (Fn. 7).

