

Verpflichtungsfreier Vertrag als schuldrechtlicher Rechtsgrund

V&R Academic

Beiträge zu Grundfragen des Rechts

Band 23

Herausgegeben von
Stephan Meder

Christoph Sorge

Verpflichtungsfreier Vertrag als schuldrechtlicher Rechtsgrund

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

V&R unipress

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

ISSN 2198-5405

ISBN 978-3-8470-0756-2

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

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungsfonds Wissenschaft der VG WORT.

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

Marion und Hans-Dieter Sorge gewidmet.

Inhalt

Vorwort	23
Problemaufriss und Zielstellung: Das vermeintliche ›Fossil‹ der Zivilrechtsdogmatik	25
I. Die Willkür in der Fallgruppenmethode der h. M. zur Erfassung der <i>condictio ob rem</i>	27
II. Zwischen Einhegung und Ausweitung des Anwendungsbereichs der <i>condictio ob rem</i> : Die schwankende Rechtsprechung	29
III. Probleme der Dogmatik des Bereicherungsrechts, die eine sachgerechte Dogmatik der <i>condictio ob rem</i> verhindern	30
IV. Anläufe und Irrwege in der Literatur zur Bewältigung der <i>condictio ob rem</i>	33
V. Eine ›minima moralia‹ des § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB?	39
VI. Dogmatischer Ausgangspunkt der Arbeit	41
VII. Terminologisches: Das »Rechtsgeschäft« der <i>condictio</i> als <i>conventio ob rem</i>	43
VIII. Thesen der Arbeit	46
IX. Formaler Aufbau und methodischer Fortgang der Arbeit	51
X. Notwendige Beschränkungen, die aus der Rekonstruktion der <i>conventio ob rem</i> folgen	54

Allgemeiner Teil: Prinzipielle Grundlegung der *conventio ob rem*

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

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

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

bb) Rechtsgrundbezogene Betrachtungsweise	170
b) Zum Beispiel Factoring: Differenzen zwischen wirtschaftlicher und dogmatischer Betrachtungsweise . . .	171
aa) Singuläre Sichtweise von Forderungsverkäufer und -käufer	172
bb) Sichtweise des Drittschuldners	174
c) Bereicherungsrechtliche Konsequenzen	176
d) Der ›Überzahlungsfall‹ als Beweis für den Grundsatz der Direktkondiktion?	177
e) Behaltensbefugnis <i>ipso iure</i> ? Gesetzliche Schuldverhältnisse und ihr institutioneller Zusammenhang	180
aa) Zum Beispiel: Bereicherungsanspruch des Scheinvaters auf Rückzahlung von rechtsgrundlos gezahltem Unterhalt gegen den Sozialhilfeträger	181
bb) Kritik der Entscheidungsgründe und des Ergebnisses .	182
3. Zwischenfazit: Die Prärogative von Zuordnungsänderung und Behaltensbefugnis vor dem Forderungsrecht	186
V. Das forderungsfreie Zuordnungsverhältnis: Erklärungsansätze in der jüngeren Literatur	190
1. Der Versprechensakt als Übertragung des ›relativen Eigens‹ nach Dulckeit	190
a) Darstellung von Dulckeits Ansatz	190
b) Kritische Würdigung von Dulckeits Ansatz	194
2. Das Anrecht nach Ulrich v. Lübtow als vermögensrechtliche Empfangs- und Behaltensbefugnis	203
a) Darstellung von v. Lübtows Ansatz	203
b) Kritische Würdigung von v. Lübtows Ansatz	208
3. Das reine Zuordnungsverhältnis der <i>conventio ob rem</i> nach Gerhard Welker	217
a) Darstellung von Welkers Ansatz	217
b) Kritische Würdigung von Welkers Ansatz	220
VI. Fazit zur <i>conventio ob rem</i> als verpflichtungsfreies Zuordnungsverhältnis	227
Dritter Abschnitt: Kausale Zuordnungsverträge versus abstrakte Zuwendungsgeschäfte im vermögensrechtlichen System des BGB	
I. Besondere Problematik und Diskussionsrahmen	230
II. Die Zuwendung als Wertbewegung von einer Partei zu einer anderen	232
1. Begriff und Objekte der Zuwendung	232
2. Mittel der Zuwendung	235

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

Besonderer Teil: Dogmatik der *conventio ob rem*

Hinführung	279
----------------------	-----

Erster Abschnitt: Vertragliche Grundstruktur und rechtsgeschäftlicher Abschlusstatbestand der <i>conventio ob rem</i>	283
--	-----

I.	Die Vertragsnatur der <i>conventio ob rem</i> nach gegenwärtiger Dogmatik	283
1.	Der formale Vertragsbegriff und die materiale Interpretations- offenheit der Verträge nach der Konzeption des BGB	286

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

bb) Abweichende Bestimmungen: Nichtvertrag oder Forderungsbeziehung ohne Rechtsschutz	342
3. Zwischenergebnis: Der auf eine vermögensrelevante Zuordnungsänderung und auf einen reinen Behaltensgrund gerichtete Rechtsfolgewille bei allen materiellen Vermögensverträgen	350
Zweiter Abschnitt: Rechtsfolgewille und Vertragsnexus	353
I. These: ›Bezweckter Erfolg‹ in § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB als rechtsfolgenneutraler Vertragsbestandteil	353
II. Gegenseitigkeit im Austauschvertrag: Gewolltes und bezwecktes Synallagma oder bloße Geschäftsgrundlage?	354
1. Das Synallagma als Problem der Geschäftsgrundlage bei Walter Schmidt-Rimpler	355
a) Der vertragsimmanente Finalnexus als gewollte Rechtsfolge bei Joachim Gernhuber	357
b) Kritische Würdigung: Synallagma als rechtsfolgenneutraler Vertragsinhalt	358
2. Die nicht so gewollte Verknüpfung: Inhaltsirrtum, Rechtsfolgeirrtum oder unerheblicher Motivirrtum?	363
a) Irrtum über das Synallagma an sich als ›klassischer‹ Inhaltsirrtum?	364
b) Irrtum über die Rechtsfolgen des Synallagmas: <i>error iuris nocet</i> ?	366
c) Autonom gesetzte Rechtsfolgen und heteronome Rechtswirkungen	367
d) Zwischenergebnis: <i>error iuris non nocet</i> – <i>extra ordinem</i>	369
3. Rechtsfolgewille und Zweckbindungen jenseits des vertragstypischen Leistungsprogramms	370
a) Zweckbindung als vereinbarter Geschäftszweck ohne Rechtsfolgenregelung nach Eugen Locher	373
b) Vertiefung von Lochers These durch Helmut Köhler: Zweckbindung als Regelungen des Vertragsinhalts über die Zweckverwirklichung und die Zweckstörung	377
c) Zum Beispiel: Bohrhämmer für die Ostzone	380
d) Kritische Würdigung des Bohrhämmer-Falls	382
e) Berücksichtigung der Ansichten von Locher und Köhler	386

Dritter Abschnitt: Die Rechtsnatur des ›bezweckten Erfolgs‹ als Vertragsbestandteil der <i>conventio ob rem</i>	391
I. Ökonomietheoretischer Hintergrund zur grundsätzlichen Irrelevanz von Verwendungszwecken diesseits des Austauschvertrags	391
1. Die ökonomische Austauschform der gegenseitigen Schuldverträge	392
2. Der Ruisdael-Fall: Wozu gebraucht man ein Kunstwerk?	399
3. Savignys Irrtumslehre und die Kritik von Ferdinand Lassalle . .	407
a) Grundzüge von Savignys Auffassung vom Eigenschaftsirrtum und das als <i>ius singulare</i> qualifizierte Gewährleistungsrecht beim Kauf	412
b) Von der Ausnahme zum Prinzip: Lassalles Verständnis des Eigenschaftsirrtums und der ädilischen Mängelklagen	414
4. Folgerungen	415
II. Rechtsfolgewille und ›bezweckter Erfolg‹ im Sinne von § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB	422
1. Das Problem der ›tatsächlichen Willensübereinstimmung‹ des BGH	422
2. Die <i>conventio ob rem</i> als Vereinbarung ohne vertragliche Rechtsfolgenregelung	423
3. Die Voraussetzungslehre nach Windscheid: ›Bezweckter Erfolg‹ als Selbstbeschränkung des Willens?	425
4. ›Bezweckter Erfolg‹ als schuldrechtliche Bedingung ohne Rechtsfolgenregelung nach Franz Leonhard	431
5. Kritische Würdigung	435
a) Bewertung von Windscheids Lehre	436
b) Bewertung von Leonhards Lehre	439
c) Eigene Ansicht: ›Bezweckter Erfolg‹ als rechtsfolgenneutrale Bestandsbedingung für die Behaltensbefugnis der Leistung	442
III. Fazit zur Vertragsnatur und dem Inhaltsbestandteil des ›bezweckten Erfolgs‹ bei der <i>conventio ob rem</i>	444
 Vierter Abschnitt: Der ›bezweckte Erfolg‹ als Vertragsinhalt von § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB und die schuldvertragliche Geschäftsgrundlage von § 313 Abs. 1, 2 BGB	447
I. Thesen und Vorgehensweise	452

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

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

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

2. Wechselseitige Begrenzung der Anwendungsbereiche von § 313 BGB und der <i>condictio ob rem</i>	610
Fünfter Abschnitt: Der Verknüpfungsmodus im Tatbestand der <i>conventio ob rem</i> und das Problem der Entgeltlichkeit	
I. Inventur der gegenwärtigen Rechtsdogmatik zur Zweckbindung des Leistungsgegenstands der <i>conventio ob rem</i>	613
II. Der ›bezweckte Erfolg‹ der <i>conventio ob rem</i> als Bedingung <i>sui generis</i>	615
1. Strukturelle Ähnlichkeiten zwischen der Verknüpfungsform im Tatbestand der <i>conventio ob rem</i> und der Bedingung nach § 158 Abs. 2 BGB	617
a) Inhaltliche Aufnahmefähigkeit der Bedingung und des ›bezweckten Erfolgs‹	617
b) Liquidierung der Rechtsfolgen von Gesetzes wegen ohne Gestaltungserklärung mit <i>ex nunc</i> -Wirkung	619
c) Die Parallele der treuwidrigen Vereitelung von § 162 und § 815 Alt. 2 BGB	621
2. Unterschiede zur schuldrechtlichen Resolutivbedingung im Sinn des § 158 Abs. 2 BGB	623
a) Zweifel am Eintritt oder Nichteintritt der zur Bedingung erhobenen Wirklichkeit	623
b) Differenzierung zwischen Zweckverwirklichung und Zweckstörung	625
c) Unmittelbare Wirkung ab Bedingungssetzung: Der sog. Schwebezustand	626
d) Haftungsbewehrte Bindungswirkung nach § 160 BGB	628
3. Die sog. Bestandsbedingung in Ernst Stampes Lehre von den Güterschiebungen	630
a) Grundsätzliche Bewertung von Ernst Stampes Konstruktion	633
b) Übertragung der Bestandsbedingung auf den ›bezweckten Erfolg‹ im Tatbestand der <i>conventio ob rem</i>	634
III. Verwerfungen in der Dogmatik des Verknüpfungsmodus	636
1. Entgeltlichkeit als Verknüpfung von Forderungen bzw. Leistungen im Tatbestand eines Rechtsgeschäfts	636
a) Synallagmatische, konditionale und kausale Verknüpfungen	637
b) ›Unentgeltlichkeit‹ im Gesetzgebungsprozess und ›Entgeltlichkeit‹ im Spiegel der älteren Literatur	640

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

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

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

Summarischer Teil: Die Arbeit im Grundriss

Zusammenfassung	817
Fazit	881
Literaturverzeichnis	883
Personenregister	919
Sachregister	929

Vorwort

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

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

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

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

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

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

Hannover im Juli 2017

Christoph Sorge

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

Problemaufriss und Zielstellung: Das vermeintliche ›Fossil‹ der Zivilrechtsdogmatik

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Diesem sozialen Konflikt widmen sich Wortlaut und Telos der vornehmlich

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

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

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

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

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

Ein innerer Zusammenhang zwischen den jeweiligen empirischen Falltypen ist bei keinem der genannten (und nicht genannten) Kommentatoren erkennbar. Um nur ein Beispiel herauszugreifen, sei die Gruppe der sog. Verwendungszweckfälle den sog. Veranlassungsfällen gegenübergestellt: Der erste Realtypus zeichnet sich dadurch aus, dass ein vertraglicher Leistungsgegenstand vom Empfänger in einer bestimmten Art und Weise verwendet werden soll, was aber nicht geschieht. Beim zweiten Realtypus dagegen verfolgt der Leistende vergeblich, mit seiner Zuwendung den Empfänger zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen, das rechtlich nicht erzwingbar ist. Während auf den ersten Blick die ›Nichterzwingbarkeit‹ einer im weitgehenden Sinne zu verstehenden ›Gegenleistung‹ das verbindende *tertium comparationis* sein könnte, zeigt sich auf konkreter Tatsachenebene rasch der fehlende Zusammenhang: Was hat ein »fortifikatorisches« Grundstücksgeschäft zwischen einem Eigentümer und dem Reichsmilitärfiskus⁴ mit einem Ehegatten zu tun, der seine Partnerin zur Rückkehr in die häusliche Gemeinschaft bewegen will⁵ oder dessen Frau ein Schuldversprechen abgibt, um eine Strafanzeige zu vermeiden⁶?

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

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

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

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

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

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

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

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

Seit den beiden Leitentscheidungen des XII. Zivilsenats zur grundsätzlichen

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

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

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