## 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.

Vorwo	ort	23
Proble	emaufriss und Zielstellung: Das vermeintliche ›Fossil‹ der	
	echtsdogmatik	25
I.	Die Willkür in der Fallgruppenmethode der h. M. zur Erfassung	
1.	der condictio ob rem	27
II.	Zwischen Einhegung und Ausweitung des Anwendungsbereichs	21
11.	The state of the s	29
TTT	der condictio ob rem: Die schwankende Rechtsprechung	29
III.	Probleme der Dogmatik des Bereicherungsrechts, die eine	20
77.7	sachgerechte Dogmatik der <i>condictio ob rem</i> verhindern	30
IV.	Anläufe und Irrwege in der Literatur zur Bewältigung der	22
	condictio ob rem	33
V.	Eine minima moralia des § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB?	39
VI.	Dogmatischer Ausgangspunkt der Arbeit	41
VII.	Terminologisches: Das »Rechtsgeschäft« der condictio als	
	conventio ob rem	43
	Thesen der Arbeit	46
IX.	Formaler Aufbau und methodischer Fortgang der Arbeit	51
Х.	Notwendige Beschränkungen, die aus der Rekonstruktion der	
	conventio ob rem folgen	54
Allger	neiner Teil: Prinzipielle Grundlegung der conventio ob rem	
	numer remaining the company was company of the comp	
Erster	Abschnitt: Die Möglichkeit eines verpflichtungsfreien	
Kausa	lvertrags 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 Usus modernus pandectarum	64
	2. Ein Teilstück der Modus-Titulus-Lehre: Die	
	vorpandektistische Auffassung von der iusta causa traditionis.	66
	3. Savignys Kontrapunkt: Der dingliche Vertrag als	
	hinreichender Rechtsakt und die iusta causa als bloßes Motiv	
	des Tradenten	68
	a) Genese des Trennungsgedankens	69
	b) Vertiefung des Trennungsgedankens im	
	Abstraktionsprinzip und das Bereicherungsrecht als	
	Ausnahme von der grundsätzlichen Unbeachtlichkeit des	
	Motivirrtums	71
	c) Inkurs: Abgleich von Savignys iusta causa traditionis mit	
	dem Leistungsbegriff im Sinne von § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1	
	BGB	74
	d) Die materiellen Rechtsgeschäfte als große Klammer der	
	Vermögensbewegungen	80
	e) Lose Fäden in Savignys Konstruktion: Freischwebender	
	Wille und das Problem der Erwerbs- und Behaltensgründe .	86
III.	Sibers Syntheseversuch der Modus-Titulus-Lehre und der	
	Konzeption Savignys	89
	1. Darstellung der Lehre: Rechtsgrund- und Leistungsgeschäfte .	91
	2. Lose Fäden in Sibers Konstruktion der Rechtsgrundgeschäfte .	93
	3. Plausibilitätskontrolle der Lehre von der Behaltensbefugnis:	
	Heilung eines Grundstückskaufvertrags	94
	a) Kernanwendungsgebiet der condictio ob rem bei Fehlschlag	
	der Heilung bzw. Ausbleiben der Gegenleistung?	98
	b) Vollumfängliche Ermittlung des Vertragsinhalts zur	
	richtigen Problemerfassung	100
	aa) Der Kontrast zum sog. Belästigungshandel	103
	bb) Strukturelle Ähnlichkeiten zum Vertrauenstatbestand	
	des Darlehensgebers	106
	cc) Kein Kernanwendungsbereich, aber § 812 Abs. 1 S. 2	
	Alt. 2 BGB zugänglich	107
	c) Zwischenergebnis	110
IV.	Zwischenfazit: Savigny und Siber als Ausgang aus der	
	unaufgeklärten Denkungsart in Obligationsverhältnissen	112

Zweite	er Abschnitt: Erkenntnisleitende Grundelemente für den	
verpfli	ichtungsfreien Kausalvertrag der conventio ob rem im Anschluss	
	rigny 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	1.5.5
	des Leistungsbegriffs	155
	aa) Konstruktive Ausgangslage	155
	bb) Dogmatische und pragmatische Lösungsversuche	157
	cc) Die rhetorische Qualität der auf Interessenwertung	1.00
	beruhenden Argumentation	160
	dd) Der prinzipielle Weg: Zuordnungsänderungen und	161
	Behaltensbefugnisse als erkenntnisleitende Wertträger.	161
	2. Weiteres Beispiel >Zession <: Behaltensbefugnis des Zedenten	
	und Rechtsschutzbefugnis des Zessionars gegenüber dem	165
	Vertragspartner bzw. Schuldner	165
	über das Bereicherungsrecht	166
	aa) Leistungsrechtliche Betrachtungsweise	167
	aa, reistungstechtiene betrachtungsweise	10/

	bb) Rechtsgrundbezogene Betrachtungsweise	170
	b) Zum Beispiel Factoring: Differenzen zwischen	
	wirtschaftlicher und dogmatischer Betrachtungsweise	171
	aa) Singuläre Sichtweise von Forderungsverkäufer und	
	-käufer	172
	bb) Sichtweise des Drittschuldners	174
	c) Bereicherungsrechtliche Konsequenzen	176
	d) Der ›Überzahlungsfall‹ als Beweis für den Grundsatz der	
	Direktkondiktion?	177
	e) Behaltensbefugnis ipso iure? Gesetzliche Schuldverhältnisse	
	und ihr institutioneller Zusammenhang	180
	aa) Zum Beispiel: Bereicherungsanspruch des Scheinvaters	
	auf Rückzahlung von rechtsgrundlos gezahltem	
	Unterhalt gegen den Sozialhilfeträger	181
	bb) Kritik der Entscheidungsgründe und des Ergebnisses .	182
	3. Zwischenfazit: Die Prärogative von Zuordnungsänderung und	
	Behaltensbefugnis vor dem Forderungsrecht	186
V.	Das forderungsfreie Zuordnungsverhältnis: Erklärungsansätze in	
	der jüngeren Literatur	190
	1. Der Versprechensakt als Übertragung des ›relativen Eigens‹	
	nach Dulckeit	190
	a) Darstellung von Dulckeits Ansatz	190
	b) Kritische Würdigung von Dulckeits Ansatz	194
	2. Das Anrecht nach Ulrich v. Lübtow als vermögensrechtliche	
	Empfangs- und Behaltensbefugnis	203
	a) Darstellung von v. Lübtows Ansatz	203
	b) Kritische Würdigung von v. Lübtows Ansatz	208
	3. Das reine Zuordnungsverhältnis der conventio ob rem nach	
	Gerhard Welker	217
	a) Darstellung von Welkers Ansatz	217
	b) Kritische Würdigung von Welkers Ansatz	220
VI.	Fazit zur conventio ob rem als verpflichtungsfreies	
	Zuordnungsverhältnis	227
	er Abschnitt: Kausale Zuordnungsverträge versus abstrakte	
	ndungsgeschäfte im vermögensrechtlichen System des BGB	229
I.	Besondere Problematik und Diskussionsrahmen	230
II.	Die Zuwendung als Wertbewegung von einer Partei zu einer	
	anderen	232
	1. Begriff und Objekte der Zuwendung	232
	2. Mittel der Zuwendung	235

III. Ab	straktheit und Kausalheit der Zuwendungsmittel	237
1.	Entstehungsvoraussetzungen und Wirksamkeitsabstraktion	237
2.	Bestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgenabstraktion	240
3.	Das vertragliche Kausalverhältnis der conventio ob rem:	
	Identität zwischen inhaltlicher und äußerlicher Kausalheit?	244
	a) Die schlichte Finalstruktur der conventio ob rem	244
	b) Forderungsobjekte als Unterbrechung des vertraglichen	
	Finalzusammenhangs und Verdopplung der causa finalis	
	bei Schuldverträgen	245
	c) Konstruktive Schwierigkeiten bei der conventio ob rem	248
4.	Kritik an der <i>causa finalis</i> als Entstehungsvoraussetzung für	
	Verträge	249
	a) Finalität als mittelbarer Rechtszweck?	249
	b) Systematische Versagensfälle der causa finalis	252
	c) Dysfunktionale Verengung von privatautonomer	
	Handlungsorientierung	254
	d) Vermischung von negativen Wirksamkeitsvoraussetzungen	
	und positiven Tatbestandselementen	258
	e) Dogmatische Grenzverwirrung durch die Finalcausa bei	
	der condictio ob rem	260
IV. Fo	lgerungen für rechtsgeschäftliche Kausalverhältnisse:	
In	haltlich 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
Besonde	rer Teil: Dogmatik der conventio ob rem	
Hinführu	ng	279
Erster Ab	schnitt: Vertragliche Grundstruktur und rechtsgeschäftlicher	
Abschlus	statbestand der conventio ob rem	283
I. Di	e Vertragsnatur der conventio ob rem nach gegenwärtiger	
Do	ogmatik	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	
	conventio ob rem zu und worin unterscheidet sich dieser	
	vom Rechtsfolgewillen?	311
	aa) Widersprüche zwischen der Dogmatik der	
	Gefälligkeitsverhältnisse und der conventio ob rem	313
	bb) Pflichtenfreier oder pflichtenbegründender	
	Rechtsfolgewille als Auslegungsproblem des	
	Rechtsgeschäfts	317
	cc) Id quod agitur: Hermeneutische Rückwärtsbewegung	
	zur Interpretation des Erklärungsverhaltens	320
II.	Der Mindestinhalt von vertragsbegründenden	
	Willenserklärungen als verdecktes Problem der Qualifizierung	
	der conventio ob rem	324
	1. Gewollte Änderung der Zuordnung von Vermögenspositionen	
	als minimale Rechtsfolgensetzung bei allen Güterverträgen	325
	a) Änderung der Vermögenszuordnung als Seriösitätsindiz	
	für die Annahme eines Vertragsschlusses	327
	b) Zum Beispiel: Das ›abredewidrig‹ empfangene Kind	328
	2. Begründung einer Behaltensbefugnis als minimale	
	Rechtsfolgensetzung bei materiellen Güterverträgen	335
	a) Die Bedeutung der Behaltensbefugnis in der	
	Rechtsgeschäftslehre	337
	b) Vertraglich vereinbarte Erwerbs- und Behaltensbefugnisse	
	im BGB	339
	aa) Der Spielvertrag als Paradigma für die gesetzliche	
	Anerkennung rechtsgeschäftlicher Behaltensbefugnisse.	341

b	bb) Abweichende Bestimmungen: Nichtvertrag oder Forderungsbeziehung ohne Rechtsschutz	342
3 7mi	schenergebnis: Der auf eine vermögensrelevante	342
	ordnungsänderung und auf einen reinen Behaltensgrund	
	chtete Rechtsfolgewille bei allen materiellen	
-	· ·	350
veri	mögensverträgen	330
	hnitt: Rechtsfolgewille und Vertragsnexus	353
	Bezweckter Erfolg in § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB als	
rechtsf	folgenneutraler Vertragsbestandteil	353
II. Gegens	seitigkeit im Austauschvertrag: Gewolltes und bezwecktes	
Synalla	agma oder bloße Geschäftsgrundlage?	354
1. Das	Synallagma als Problem der Geschäftsgrundlage bei	
Wal	ter Schmidt-Rimpler	355
a) I	Der vertragsimmanente Finalnexus als gewollte Rechtsfolge	
b	pei Joachim Gernhuber	357
	Kritische Würdigung: Synallagma als rechtsfolgenneutraler	
7	Vertragsinhalt	358
	nicht so gewollte Verknüpfung: Inhaltsirrtum,	
Rec	htsfolgeirrtum oder unerheblicher Motivirrtum?	363
	rrtum über das Synallagma an sich als ›klassischer‹	
	nhaltsirrtum?	364
	rrtum über die Rechtsfolgen des Synallagmas: error iuris	
	ocet?	366
	Autonom gesetzte Rechtsfolgen und heteronome	
	Rechtswirkungen	367
	Zwischenergebnis: error iuris non nocet – extra ordinem .	369
	htsfolgewille und Zweckbindungen jenseits des	
	ragstypischen Leistungsprogramms	370
	Zweckbindung als vereinbarter Geschäftszweck ohne	
	Rechtsfolgenregelung nach Eugen Locher	373
	Vertiefung von Lochers These durch Helmut Köhler:	
	Zweckbindung als Regelungen des Vertragsinhalts über die	
	Zweckverwirklichung und die Zweckstörung	377
	Zum Beispiel: Bohrhämmer für die Ostzone	380
	Kritische Würdigung des Bohrhämmer-Falls	382
	Berücksichtigung der Ansichten von Locher und Köhler	386

Dritte	er Abschnitt: Die Rechtsnatur des ›bezweckten Erfolgs‹ als	
Vertr	agsbestandteil der conventio ob rem	391
I.	Ökonomietheoretischer Hintergrund zur grundsätzlichen	
	Irrelevanz von Verwendungszwecken diesseits des	
	Austauschvertrags	391
	1. Die ökonomische Austauschform der gegenseitigen	
	Schuldverträge	392
	2. Der Ruisdael-Fall: Wozu gebraucht man ein Kunstwerk?	399
	3. Savignys Irrtumslehre und die Kritik von Ferdinand Lassalle .	407
	a) Grundzüge von Savignys Auffassung vom	
	Eigenschaftsirrtum und das als ius singulare qualifizierte	
	Gewährleistungsrecht beim Kauf	412
	b) Von der Ausnahme zum Prinzip: Lassalles Verständnis des	
	Eigenschaftsirrtums und der ädilizischen Mängelklagen	414
	4. Folgerungen	415
II.	Rechtsfolgewille und ›bezweckter Erfolg‹ im Sinne von § 812	
	Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB	422
	1. Das Problem der ›tatsächlichen Willensübereinstimmung‹ des	
	BGH	422
	2. Die <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 conventio ob rem	444
	er Abschnitt: Der ›bezweckte Erfolg‹ als Vertragsinhalt von § 812	
	1 S. 2 Alt. 2 BGB und die schuldvertragliche Geschäftsgrundlage	
	313 Abs. 1, 2 BGB	
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 condictio ob rem von § 313 BGB	457
	1. Kriterium des Tempus der tatsächlichen	
	Vermögensrealisierung	458
	a) Das Datum der Kondiktion: Vermögensmehrung durch	
	Leistungsvollzug als tatbestandliche Voraussetzungen für	
	§ 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB	458
	b) Harrender Vertragsvollzug als ungeschriebene	
	Voraussetzung für § 313 BGB?	469
	2. Kriterium des Tempus der ›Wirklichkeit‹: Fälle des	
	irrtümlichen Seins als subjektive Geschäftsgrundlage und	
	Fälle der enttäuschten Zukunft als conventio ob rem	476
	a) Verwerfungen in der Fallgruppe der sog.	
	Vertragszweckstörung im Rahmen von § 313 BGB	478
	b) Unbegründete Befürchtungen der Gesetzgeber bei § 812	
	Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB	482
	c) Die falsche Kategorie von ›subjektiv-objektiv‹ für § 313 und	
	§ 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB	486
	3. Das Kaleidoskop der Konkurrenzlösungen für § 313 und § 812	
	Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB	487
	a) Subsidiaritätsdogma der älteren Rechtsprechung zulasten	
	der condictio ob rem	487
	b) ›Freie‹ Anspruchskonkurrenz beider Störungsfiguren seit	
	BGHZ 177, 193 ff.?	488
	c) Ansichten in der Literatur	489
	d) Kritik der Konkurrenzlösungen: Inkongruenz des	
	Tatbestands schließt mehrfache Anspruchsbegründung aus.	491
IV.	Phylogenese der Geschäftsgrundlage und des ›bezweckten	
	Erfolgs« der condictio ob rem	494
	1. Der offene Begriffsinhalt von ›Geschäftsgrundlage‹ und	
	bezwecktem Erfolg	494
	2. Die gleiche Frontstellung der ›Geschäftsgrundlage‹ und des	
	>bezweckten Erfolgs« gegen unerhebliche Motive	499
	3. Exkurs: Warum Motive im Recht nicht (alle) zählen (können).	509
	a) Zum Beispiel: Testamentsanfechtung wegen Motivirrtums.	512

	b) Zum Beispiel: Zuwendung zur Unternaltssicherung des	
	vermeintlich leiblichen Sohnes	514
4.	Die Willenseinigung als intersubjektiver	
	Zurechnungszusammenhang und maßgeblicher	
	Anknüpfungspunkt für beide Rechtsinstitute	516
	a) Kommunikative Gemeinsamkeit in jeweiliger	
	Selbstbestimmung	517
	b) Dogmatische Aufnahmekapazität der conventio ob rem und	
	der Geschäftsgrundlage im Rahmen der Willenseinigung	520
	c) ›Die Straße, die vor der Haustür liegt‹ - Willenseinigungen	
	und das Problem evidenter Umstände bei § 313 und § 812	
	Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB	522
	aa) Die Bedeutungsträchtigkeit selbstverständlicher	
	Umstände	524
	bb) Unbewusste Vorstellungen im Erbrecht und	
	Selbstverständlichkeiten in sozialen Näheverhältnissen.	525
	cc) Zwischenergebnis: Nicht der Bewusstseinsgrad,	
	sondern die motivatorische Kraft ist ausschlaggebend .	533
	d) Die Nähe von § 313 und § 812 Abs. 1 S 2 Alt. 2 BGB zur	
	ergänzenden Vertragsauslegung und ihr jeweils	
	kategorischer Unterschied	537
	aa) Die Inhaltsstörungsregel von § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 als	
	naturalia negotii der conventio ob rem	538
	bb) Die Zwieschlächtigkeit der	
	Geschäftsgrundlagenstörung	541
5.	Kritische Darstellung der Entwicklungsgeschichte von § 812	
	Abs. 1 S. 2 Alt. 2 und der Geschäftsgrundlagenstörung in der	
	Rechtsprechung	544
	a) Frühe Entscheidungen des Reichsgerichts zur Ablehnung	<b>545</b>
	der Voraussetzungslehre: Bedingungsrecht als Ausweg?	545
	aa) RGZ 24, 169ff.: Der Rückgriff auf die condicio in	<b>546</b>
	praesens vel in praeteritum collata	546
		549
	nach §§ 133, 157 BGB	
	b) Erste Etappe nach Inkrafttreten des BGB	550
	aa) Apodiktische Einhegung der <i>condictio ob rem</i> durch	550
	das Reichsgericht bei gegenseitigen Verträgen bb) Immanente Gesetzesfortbildung in Zeiten des Kriegs	330
	und der einsetzenden Inflation auf dem Weg zur	
	Geschäftsgrundlage	556
	Geschansgrundiage	550

	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 condictio ob rem durch	
	den BGH in den 1970er-Jahren und die Umstellung auf die	
	Geschäftsgrundlagenstörung	585
	aa) Vier Fanfarenstöße des BGH: Keine Anwendung von	
	§ 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 im Rahmen von	
	Schuldverträgen	587
	bb) Vertragsanalyse des atypischen Miet- und	
	Pachtvertrags in BGH WM 1972, 888ff	590
	cc) Variation von BGH WM 1972, 888 ff.: 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	
••	condictio ob rem und Geschäftsgrundlagenstörung nach § 313	
	BGB	603
	1. Die Vertragsform und der vertragliche Verknüpfungsmodus	
	als Ausgangspunkt	604
	a) Formanalyse der Geschäftsgrundlage: Spiegelbild des	
	synallagmatischen Verknüpfungsmodus auf zweiter Ebene	
	des Schuldvertrags	604
	b) Formanalyse des >bezweckten Erfolgs<:	
	Verknüpfungsmodus <i>sui generis</i> auf Vertragsebene der	
	conventio ob rem	605
	c) Inhaltsanalyse der Geschäftsgrundlage: Restriktionen	
	durch den synallagmatischen Verknüpfungsmodus der	
	Leistungspflichten im Schuldvertrag	606
	d) Inhaltsanalyse des ›bezweckten Erfolgs‹: Unbeschränkte	
	Wirklichkeitsoffenheit der <i>res</i> für den Parteiwillen und die	
	Familienähnlichkeit zur causa minor	608

	2. Wechselseitige Begrenzung der Anwendungsbereiche von	
	§ 313 BGB und der condictio ob rem	610
Fünfte	er Abschnitt: Der Verknüpfungsmodus im Tatbestand der	
conve	ntio ob rem und das Problem der Entgeltlichkeit	613
I.	Inventur der gegenwärtigen Rechtsdogmatik zur Zweckbindung	
	des Leistungsgegenstands der conventio ob rem	613
II.	Der ›bezweckte Erfolg‹ der conventio ob rem als Bedingung sui	
	generis	615
	1. Strukturelle Ähnlichkeiten zwischen der Verknüpfungsform	
	im Tatbestand der conventio ob rem und der Bedingung nach	
	§ 158 Abs. 2 BGB	617
	a) Inhaltliche Aufnahmefähigkeit der Bedingung und des	
	>bezweckten Erfolgs<	617
	b) Liquidierung der Rechtsfolgen von Gesetzes wegen ohne	
	Gestaltungserklärung mit ex nunc-Wirkung	619
	c) Die Parallele der treuwidrigen Vereitelung von § 162 und	
	§ 815 Alt. 2 BGB	621
	2. Unterschiede zur schuldrechtlichen Resolutivbedingung im	(22
	Sinn des § 158 Abs. 2 BGB	623
	a) Zweifel am Eintritt oder Nichteintritt der zur Bedingung erhobenen Wirklichkeit	622
		623
	b) Differenzierung zwischen Zweckverwirklichung und Zweckstörung	625
	c) Unmittelbare Wirkung ab Bedingungssetzung: Der sog.	023
	Schwebezustand	626
	d) Haftungsbewehrte Bindungswirkung nach § 160 BGB	628
	3. Die sog. Bestandsbedingung in Ernst Stampes Lehre von den	020
	Güterschiebungen	630
	a) Grundsätzliche Bewertung von Ernst Stampes	000
	Konstruktion	633
	b) Übertragung der Bestandsbedingung auf den ›bezweckten	
	Erfolg im Tatbestand der conventio ob rem	634
III.	Verwerfungen in der Dogmatik des Verknüpfungsmodus	636
	1. Entgeltlichkeit als Verknüpfung von Forderungen bzw.	
	Leistungen im Tatbestand eines Rechtsgeschäfts	636
	a) Synallagmatische, konditionale und kausale	
	Verknüpfungen	637
	b) ›Unentgeltlichkeit‹ im Gesetzgebungsprozess und	
	›Entgeltlichkeit‹ im Spiegel der älteren Literatur	640

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

IV.	Der fiduziarische Charakter der conventio ob rem: Materiale				
	Aı	nreiche	rung als anwendungsbezogene Auslegungshilfe und		
	do	gmatis	sch-inhaltliche Vorprägung	711	
	1.	. Anknüpfung an rechtshistorisches Herkommen und			
		judikatives Fortkommen			
		a) Römische Reflexionen II: Fiduziarische Zuwendungen als			
		Ker	rnbereich von conventiones ob rem	712	
		aa)	Eine archäologische Spurensuche: Der		
			römisch-rechtliche Begriff der res im Rechtsgeschäft		
			der conventio ob rem	712	
		bb)	Die allgemeine fiducia im römischen Recht	728	
		cc)	Die Berücksichtigung des fiduziarischen Charakters in		
			den familienrechtlichen Fallgruppen der condictio ob		
			rem	734	
		dd)	Savignys Unterscheidung zwischen der		
			Rückabwicklung von donationes mortis causa und		
			gewöhnlichen Schenkungen	752	
		b) Wie	ederaufgreifen des römischen <i>fiducia</i> -Charakters durch		
		der	BGH bei familialen Lebensgemeinschaften	762	
		aa)	Bezweckter Erfolg« als Gebundenheit der Sache an die		
			Person des Gebers (1)	764	
		bb)	Gemeinschaftlicher Zweck der subsistenziellen		
			Sicherung der Lebensgemeinschaft (2)	765	
		cc)	Solidarisch ausgestalteter Verwendungszweck (3)	766	
			Tatbestandliche Beschränkung des		
		ŕ	Rückforderungsanspruchs durch teilweise		
			Zweckerreichung (4)	768	
		ee)	Entreicherungseinrede des Kondiktionsschuldners als		
			nachträgliche Anerkennung des fiduziarischen		
			Charakters (5)	770	
		ff)	Fiduziarische Zweckbindung zulasten der Erben des		
			Zuwendenden (6)	773	
	2.	Überle	eitung: Die conventio ob rem als Umkehrung des		
			förmigen Tauschverhältnisses	779	
	3.	Wesen	smerkmal des gleichgerichteten Interesses im Rahmen		
		fiduzia	arischer conventiones ob rem	783	
		a) Kri	tik des materialen Integrationshebels von § 313 BGB zur		
			ücksichtigung 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) Familiale Kooperation als Vertragsgegenstand von	
§ 313 BGB: Verdecktes Synallagma und ökonomischer	
Äquivalententausch?	790
b) Zwischenergebnis: Es gibt keine Geschäftsgrundlage des	
familialen Kooperationsvertrags	799
aa) Die Lebensgemeinschaft ist nicht nur Grundlage,	
sondern conditio sine qua non für das Geschäft	799
bb) Die ›namenlosen‹ Zuwendungen zwischen Partnern	• • • •
einer Lebensgemeinschaft bei Manfred Lieb	801
4. Folgerungen: Die wertzuordnende Treuhand als	001
Auslegungshilfe zur Bestimmung der Entgeltlichkeit bei	
fiduziarischen Zweckbindungen nach § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2	
e e e e e e e e e e e e e e e e e e e	804
a) Grundgedanke der sog. echten fiduziarischen Treuhand	806
b) Der römisch-rechtliche Treuhandcharakter des ›bezweckten	
Erfolgs der conventio ob rem	807
c) Die sächlich-gegenständliche Ausrichtung der Treuhand auf	
das Treugut	808
aa) Strukturelle Ähnlichkeiten mit dem gesetzlichen	
Sondervermögen	808
bb) Abgleich mit der bereicherungsrechtlich geprägten	
conventio ob rem	811
d) Zusammenfassung	812
Summarischer Teil: Die Arbeit im Grundriss	
Zusammenfassung	817
•	
Fazit	881
Literaturverzeichnis	883
Personenregister	919
Sachregister	929

#### Vorwort

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

Eine Arbeit über das »Rechtsgeschäft« der condictio ob rem gem. § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB zu schreiben, mag überraschen und wirft Fragen nach dem praktischen Nutzen auf. Gilt schon das Bereicherungsrecht im Allgemeinen wegen gesetzlicher Reformresistenz und struktureller Unübersichtlichkeit als wenig attraktiv für Qualifikationsschriften, so dürfte dies noch mehr auf die genannte Rechtsfigur zutreffen - um vom »Rechtsgeschäft« im Tatbestand ganz zu schweigen. Für die Erkenntnis, dass römisch-rechtliche Rechtsinstitute auch heute noch ›nützlich‹ sein können, bedurfte es scheinbar erst zweier Grundsatzurteile des BGH von 2008 zur Rückabwicklung von Zuwendungen gescheiterter nichtehelicher Lebensgemeinschaften (NJW 2008, S. 3282 ff., 3277 ff.). In den Entscheidungen wurde der Kondiktionstypus als mögliche Anspruchsgrundlage erwähnt, womit eine rechtsdogmatische Amnesie zumindest aufgehalten werden konnte. Allerdings ist der praktische Nutzen der condictio ob rem keinesfalls auf den durch die Rechtsprechung erkorenen Anwendungsbereich beschränkt. Wie die Arbeit zu zeigen versucht, ermöglicht ein systematischgeschichtliches Verständnis vielmehr die Anerkennung eines weitläufigen privatautonomen Bereichs jenseits von Erfüllungszwang und Markttausch. Darüber hinaus verdeutlicht die Beschäftigung mit vermeintlichen ›Institutsorchideen wie die Zweckverfehlungskondiktion, dass im Detail häufig ein entscheidender Schlüssel für das privatrechtlich Allgemeine verborgen liegt. In diesem Sinn kann die hier geleistete Rekonstruktion des »Rechtsgeschäfts« in § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB vielleicht einen kleinen Anstoß dazu geben, das Vermögensrecht des BGB neu auszurichten und eindimensionale Fehlentwicklungen in der Dogmatik zu korrigieren. Derweil beruhigt sich der Verfasser indes am Räsonnement des Rechtsgelehrten Gustav Hugo (1764-1844): »Wie weit würde 24 Vorwort

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

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

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

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

Hannover im Juli 2017

Christoph Sorge

<sup>1</sup> *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.<sup>2</sup> 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

<sup>2</sup> 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), Verlobtenzuwendungen gem. § 1301 BGB oder die Wirkungen des Bedingungsausfalls im Rahmen der §§ 158 ff. BGB. Daneben lassen sich etliche Institute finden, die jedenfalls bei bestimmten Zweckverfehlungen >vermögenskorrigierend< eingreifen, wie etwa der Verwendungszweck im Sachmängelgewährleistungsrecht nach § 434 Abs. 1 S. 1, 2 BGB oder die Regelungen für den Eintritt oder das Fehlgehen des Gesellschaftszwecks (§§ 726, 730–735 BGB). Ferner darf das Erbrecht nicht vergessen werden, wo etwa mit § 2295 BGB eine spezielle Zweckverfehlung mit Rücktrittsrecht vom gegenseitigen Erbvertrag geregelt ist. Aber auch in unmittelbarer dogmatischer Nachbarschaft lässt sich mit der condictio indebiti (§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB) ein Kondiktionstypus finden, der, soweit man die Finalität im Leistungsbegriff (über)betont, die Frage nach einem originären Anwendungsbereich für die condictio ob rem fraglich werden lässt.

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

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

<sup>3</sup> MüKo/Schwab (2017)<sup>7</sup>, § 812 Rz. 457–526: (1) Einseitig verpflichtende Verträge, (2) erwartetes Wohlverhalten, (3) erwartete Erbeinsetzung/Eheschließung, (4) erwarteter Verträgsschluss, (5) Zweckschenkungen, (6) Nichterreichung des Sicherungszwecks, (7) Rückabwicklung von Zuwendungen in gescheiterten Paarbeziehungen; Soergel/Schmidt-Kessel/Hadding (2012)<sup>13</sup>, § 812 Rz. 117ff.: (1) Zweckanstaffelung im Rahmen gegenseitiger Verträge, (2) Veranlassungsfälle, (3) Vorschüsse (Anzahlungen), (4) Sicherungsfälle, (5) Verwendungsfälle; AK-BGB/Joerges (1979), § 812 Rz. 44ff.: (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 Reichsmilitärfiskus<sup>4</sup> mit einem Ehegatten zu tun, der seine Partnerin zur Rückkehr in die häusliche Gemeinschaft bewegen will<sup>5</sup> oder dessen Frau ein Schuldversprechen abgibt, um eine Strafanzeige zu vermeiden<sup>6</sup>?

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 Stofflieferunge der höheren Rechtsprechungsinstanzen verlässt und sich dem normativ vorgekosteten Tatsachenmaterial teilweise auch unterordnet. 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*.

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

<sup>4</sup> RG, Urt. v. 30.3.1931 - VI 552/30 = RGZ 132, S. 238-249.

<sup>5</sup> RG, Urt. v. 18. 1. 1923 - IV 120/22 = LZ 1923, S. 386-388.

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

<sup>7</sup> 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 \( w\)ahrend der judikativen Orientierungsphase führten jedoch zu keinem positiven, substanziellen Inhalt. Vor dem Hintergrund von Wirtschaftskrise und Inflation Anfang des 20. Jahrhunderts öffnete die Rechtsprechung dann allerdings das Institut von § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB schrittweise für einen »über den Anspruch auf die Gegenleistung hinausgehende[n] Erfolg«<sup>8</sup>, sodass nunmehr auch Zweckverfehlungen innerhalb eines gegenseitigen Schuldvertrags der Rechtsfigur zugänglich waren.9 Mit voranschreitender Ausdifferenzierung der Geschäftsgrundlagenstörung durch die Dogmatik in den Zwischenkriegsjahrzehnten setzte dagegen wieder ein Verdrängungsprozess ein, wonach das Reichsgericht vermehrt die Oertmann'sche Formel in Kombination mit >normativen Kriterien aus der Literatur anstelle von § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB heranzog. Mit den Grundsatzurteilen des BGH in den 1970er-Jahren wurde schließlich der Anwendungsbereich der condictio ob rem zugunsten einer extensiven Auslegung der Störung der Geschäftsgrundlage noch weitergehend beschnitten, sodass selbst außerhalb von Schuldverträgen stehende Zweckabreden nicht mehr unter den Tatbestand der condictio ob rem fielen. 10

Seit den beiden Leitentscheidungen des XII. Zivilsenats zur grundsätzlichen

<sup>8</sup> Erstmalig in RGZ 66, S. 132-134, 134.

<sup>9</sup> 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)<sup>12</sup>, vor § 812 Rz. 21 u. § 812 Rz. 89f. sowie Staudinger/St. Lorenz (2007), § 812 Rz. 106 – jeweils m.w. N.

<sup>10</sup> BGH WM 1971, S. 276f.; WM 1972, S. 888-890; WM 1975, S. 366-368; WM 1977, S. 535f.