

WERNER FLUME

Studien zur Lehre von
der ungerechtfertigten
Bereicherung

Mohr Siebeck

Werner Flume
Studien zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung
herausgegeben von Wolfgang Ernst



Werner Flume

Studien zur Lehre von der
ungerechtfertigten Bereicherung

herausgegeben von
Wolfgang Ernst

Mohr Siebeck

Werner Flume, geboren 1908; 1931 Promotion; 1947 Habilitation; 1949–1954 Professor für Römisches Recht und Bürgerliches Recht in Göttingen, seit 1954 in Bonn (em. 1976).

ISBN 3-16-147930-0 / eISBN 978-3-16-165046-8 unveränderte eBook-Ausgabe 2025

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

© 2003 J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Garamond Antiqua gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Verlagsbuchbinderei Dieringer in Gerlingen gebunden.

Inhaltsübersicht

Einleitung: Werner Flumes Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, von <i>Wolfgang Ernst</i>	1
Kapitel 1: Die Rechtsfigur der ungerechtfertigten Bereicherung	25
Kapitel 2: Der Inhalt der Bereicherungshaftung	113
Kapitel 3: Bereicherungsrecht und Sachenrecht in Mehrpersonen- verhältnissen	163
Kapitel 4: Anmerkungen zu einzelnen Urteilen	213
Quellenregister	257
Entscheidungsregister	258
Sach- und Personenregister	260

Inhaltsverzeichnis

Einleitung: Werner Flumes Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, von <i>Wolfgang Ernst</i>	1
---	---

Kapitel 1:

Die Rechtsfigur der ungerechtfertigten Bereicherung

§ 1: Die Unterschiedlichkeit des römischen Kondiktionsrechts und des modernen Bereicherungsrechts am Beispiel des Wegfalls der Bereicherung	27
I. Das römische Recht in der Überlieferung der justinianischen Kompilation	27
II. Auseinandersetzung mit der neueren Romanistik	53
III. Die Entwicklung von der Glosse bis zum geltenden Recht . . .	59
IV. Das geltende Recht	66
§ 2: Die ungerechtfertigte Bereicherung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch als eine Rechtsfigur der Bereicherung	92
I. Die ungerechtfertigte Bereicherung in der Bezogenheit auf das Vermögen des Bereicherungsschuldners und auf das des Bereicherungsgläubigers	92
II. Das Merkmal „auf Kosten“ als Merkmal allgemein der Rechtsfigur der Bereicherung	92
III. Der Anspruch auf das ohne rechtlichen Grund Erlangte als auf das Vermögen des Bereicherungsschuldners bezogener Bereicherungsanspruch	95
IV. Der Einheitstatbestand der ungerechtfertigten Bereicherung ..	100
V. Die Vermögensorientierung des Bereicherungsanspruchs nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundes- gerichtshofs und die Saldotheorie	102

1. Die Vermögensorientierung der Saldotheorie nach der Rechtsprechung von Reichsgericht und Bundesgerichtshof	102
2. Die verfahrensrechtliche Saldotheorie	104
3. Die materiellrechtliche Saldotheorie	105
VI. Die Vermögensorientierung der Rechtsfigur der ungerech- fertigten Bereicherung und die Zurechnung des Wegfalls der Bereicherung nach § 818 Abs. 3 BGB	106

Kapitel 2:

Der Inhalt der Bereicherungshaftung

§ 3: Der Wegfall der Bereicherung	115
I. Die Saldotheorie des Reichsgerichts	115
II. Die sogenannte „neue Saldotheorie“ als Lehre von dem faktischen Synallagma bei der Rückabwicklung nichtiger gegenseitiger Verträge und des Bereicherungsrechts	118
III. Die Saldotheorie des Reichsgerichts und die Rechtsprechung des BGH	122
IV. Der Anspruch nach § 812 BGB auf das ohne rechtlichen Grund Erlangte in der Orientierung abstrakt am Vermögen des Schuldners als Bereicherungsanspruch nach § 818 III BGB	124
V. Die vermögensmäßige Entscheidung der Partner des gegenseitigen Vertrags und die Bereicherungshaftung bei Nichtigkeit des Vertrags	126
VI. Die Gefahrtragung für Zufall	128
VII. Der Einsatz des aufgrund nichtigen gegenseitigen Vertrags Erlangten durch den Bereicherungsschuldner	130
VIII. Die Gefahrtragung des Bereicherungsschuldners kraft seiner vermögensmäßigen Entscheidung und die Regelung des Rücktrittsrechts und der Haftung des bösgläubigen Bereicherungsschuldners	131
IX. Der dem Erlangten zuzurechnende Wegfall der Bereicherung	133
X. Zusammenfassung	134
§ 4: Aufwendungen und Erträge bei der Rückabwicklung nichtiger gegenseitiger Verträge	138

I. Grundsätzliches zur Rechtsfigur der ungerechtfertigten Bereicherung nach §§ 812 ff. BGB	138
II. Vertragskosten und Refinanzierungskosten	141
III. Aufwendungen und Verwendungen für den Bereicherungsgegenstand	144
IV. Nutzungen	149
1. Nutzungen ungerechtfertigter Sachleistungen	149
2. Nutzungen ungerechtfertigter Geldleistungen	153
V. Die Nutzung des Kondiktionsgegenstandes durch Belastung als Kreditunterlage	157

Kapitel 3:

Bereicherungsrecht und Sachenrecht in Mehrpersonenverhältnissen

§ 5: Der Bereicherungsausgleich in Mehrpersonenverhältnissen	165
I. Grundsätzliches	165
II. Die Bereicherungsproblematik der Anweisungsleistung	166
1. Die Zahlungsanweisung	166
a) Die Leistung aufgrund einer gültigen Anweisung	166
b) Der Bereicherungsausgleich in den Fällen fehlender, nichtiger oder widerrufenen Anweisungen bei fehlender Rechtfertigung für die Leistung im Valutaverhältnis	168
c) Die Zahlung aufgrund einer vermeintlichen Anweisung als Bewirken der von dem anweisenden Zahlungsempfänger geschuldeten Leistung nach § 267 BGB	174
2. Die Anweisung zu Sachleistungen	178
III. Die Bereicherungsproblematik bei der Leistung eines vermeintlichen Schuldners aufgrund der Zessionserklärung an den vermeintlichen Zessionar	182
IV. Der Bereicherungsanspruch bei „veranlasster“ Drittleistung nach § 267 BGB auf eine nicht bestehende Schuld	188
V. Die Leistung des Putativschuldners, welche der Gläubiger als Leistung des wirklichen Schuldners ansieht	191
IV. Zusammenfassung	197
§ 6: Der Eigentumserwerb bei Leistungen im Dreiecksverhältnis	200

I. Der Eigentumserwerb bei der Anweisung nach §§ 783 ff. BGB und bei der Zahlungsanweisung	200
II. Der Eigentumserwerb bei der sogenannten abgekürzten Lieferung	201
1. Keine Direktübergang des Angewiesenen an den Anweisungsempfänger	201
2. Die Einigungen bezüglich der Übertragung des Eigentums	202
3. Die Entbehrlichkeit der Lehre vom „Geschäft für den, den es angeht,“ und der Konstruktion eines Durchgangserwerbs ..	203
4. Der Eigentumserwerb des Käufers bei Nichterwerb des Eigentums durch den Dritten	205
5. Zum Eigentumserwerb bei der römischen Delegation – D. 24,1,3,11-12	207
III. Der Eigentumserwerb bei der Leistung des Putativschuldners .	209

Kapitel 4:

Anmerkungen zu einzelnen Urteilen

I. Zu BGHZ 36, 30	215
II. Zu BGHZ 87, 393, BGHZ 88, 232 und BGHZ 87, 246	220
III. Zu BGH NJW 1987, 185	230
IV. Zu BGHZ 111, 382 und BGHZ 113, 62.	233
V. Zu BGHZ 146, 298	242
VI. Zu BGHZ 146, 298 und BGHZ 147, 152	248
Quellenregister	257
Entscheidungsregister	258
Sach- und Personenregister	260

Einleitung:
Werner Flumes Lehre
von der ungerechtfertigten Bereicherung

von

Wolfgang Ernst

I. Die Studien Flumes in ihrer Bezogenheit auf die Rechtsfigur
der ungerechtfertigten Bereicherung im Bürgerlichen Gesetzbuch

Die Studien *Werner Flumes* zur ungerechtfertigten Bereicherung richten sich auf die Rechtsfigur der ungerechtfertigten Bereicherung, wie sie durch das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch bestimmt ist. Es ist das Anliegen *Flumes*, die bestehende gesetzliche Regelung der ungerechtfertigten Bereicherung in ihrer Eigenart zur Geltung zu bringen. In dem Bewußtsein, daß es „gerade das Wesen des rechtlichen Denkens ist, daß man dem Recht unterworfen ist“, geht es darum, die vom Gesetzgeber des BGB getroffene Regelung ernst zu nehmen und wissenschaftlich zu Ende zu denken. So hat der Streit um die richtige Erfassung des Bereicherungsrechts für *Flume* von Anfang an auch eine methodologische Seite, ist er ein Streit um den richtigen Umgang mit dem Gesetz überhaupt.

Die in diesem Band wiedergegebenen Studien *Werner Flumes* sprechen für sich. Was in ihnen zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung entwickelt wird, kann nicht besser gesagt werden, als der Verfasser selbst es getan hat. Einer Wiederholung mit anderen Worten bedarf es nicht. Was dagegen angezeigt sein dürfte, ist der Nachweis, daß und wie sich die einzelnen Beiträge, die in einem Zeitraum von fünfzig Jahren entstanden sind, zu einer einheitlichen Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung fügen. Es geht mit der Bündelung der Studien nicht um eine auf Vollständigkeit zielende Darstellung des geltenden Bereicherungsrechts, aber doch um eine in sich geschlossene Lehre von der Rechtsfigur der ungerechtfertigten Bereicherung. Wie die Zusammenstellung der Arbeiten in diesem Band zeigen soll, wird in allen Studien, die je unterschiedlichen Grundproblemen der ungerechtfertigten Bereicherung gelten, eine Bereicherungslehre „aus einem Guß“, ein Grundverständnis der ungerechtfertigten Bereicherung hergeleitet, weiterentwickelt und angewandt. In-

sofern ergibt sich in der Zusammenfassung der Studien eine geschlossene Lehre von der Rechtsfigur der ungerechtfertigten Bereicherung, wie sie durch das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch bestimmt ist. Dem entsprechend ist es der Zweck dieser Einleitung, den Zusammenhang der einzelnen Beiträge und ihren Bezug zu dem von *Flume* entwickelten Grundverständnis der ungerechtfertigten Bereicherung darzustellen.

Die bestimmende Eigenheit des geltenden Bereicherungsrechts, die von *Flume* entwickelt und für die Lösung der vielfältigen Einzelfragen zugrunde gelegt wird, ist die Bezogenheit des Bereicherungsanspruchs auf die Vermögen des Bereicherungsschuldners und des Bereicherungsgläubigers: Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch gründet sich der Bereicherungsanspruch auf den Kontakt zweier Vermögen, also auf einen Vorgang, bei welchem die Vermögensträger ganz ausgeblendet sind. Ob eine auszugleichende Bereicherung eingetreten ist, ergibt sich nicht aus dem Faktum der Leistung, sondern erst und nur aus der Betrachtung der Güterlage des Empfängers insgesamt. Ausgehend von diesem Grundsatz kann *Flume* Lösungen für die verschiedensten Probleme des Bereicherungsrechts angeben. So ist zum Beispiel, um vorzugreifen, für den Wegfall der Bereicherung nur eine solche Vermögensminderung maßgeblich, die dem Bereicherungsvorgang, dem Kontakt beider Vermögen zuzurechnen ist, und so bestimmen sich im sogenannten Dreiecksverhältnis die Parteien des Bereicherungsanspruchs danach, wessen Vermögen den Abgang und wessen Vermögen den entsprechenden Zuwachs erfahren hat. Diese Einleitung will zeigen, was der Grundsatz der Vermögensorientierung bedeutet, wie er von *Flume* aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch und seiner Entstehung herausgearbeitet und dann auf die einzelnen Sachfragen angewandt wird.

II. Von der römischen *condictio indebiti* zum vermögensorientierten Bereicherungsanspruch des BGB

1. Die Gegensätzlichkeit der *condictio indebiti* und des modernen Bereicherungsanspruchs

Wie tiefgreifend das geltende deutsche Bereicherungsrecht durch die Orientierung am Vermögen geprägt ist, wird erkennbar, wenn man es mit dem Recht der römischen *condictio* vergleicht und wenn man die geschichtlichen Wandlungen nachvollzieht, in denen aus der römischen *condictio* der Bereicherungsanspruch des geltenden Rechts geworden ist. Dieser Vergleich greift, was das geltende Recht betrifft, die Leistungskondiktion heraus, die insoweit für die Rechtsfigur der ungerechtfertigten Bereicherung überhaupt stehen mag¹.

¹ Die Leistungskondiktion ist die Grundfigur der allgemeinen Rechtsfigur der ungerech-

Die *condictio indebiti* des Römischen Rechts war die Klage auf die Rückleistung des Gegenstandes, der von dem Leistenden in der Annahme einer Leistungspflicht dem Empfänger zugewandt worden war, ohne daß diese Leistungspflicht bestand. Daß diese Rückforderung der *per errorem solutionis causa* erfolgten Leistung und der moderne Bereicherungsanspruch grundlegend verschieden sind, zeigt sich besonders deutlich an der Frage des Wegfalls der Bereicherung. Die *condictio* ist einfach auf die Rückforderung des Gegenstands gerichtet, der zuvor der Gegenstand der *datio* gewesen ist, und deswegen besteht für die *condictio indebiti* von vornherein keine spezifische Problematik eines Wegfalls der Bereicherung: Für die *condictio* ist nicht zu fragen, ob das Vermögen des Empfängers in Höhe des Werts des Gegenstands der *datio* vermehrt worden ist, und es ist auch nicht zu fragen, ob etwaige bereicherungsmindernde Abzugsposten bestehen. Bei Wegfall des durch die *datio* erlangten Gegenstandes wird der Schuldner der *condictio indebiti* auch nicht wegen Wegfalls der Bereicherung frei. Es ist vielmehr die allgemein für die Verpflichtungen zur Leistung bestimmter Gegenstände bestehende Regel, daß eine Haftung des Schuldners über den Sachuntergang hinaus nur bei Verzug oder *dolus* besteht.

Wenn das klassische römische Recht den Wegfall der Bereicherung in Ausnahmefällen für beachtlich gehalten hat, so beruht dies nicht darauf, daß für den Konditionsschuldner ein anderer Haftungsmaßstab gegolten hätte. Es handelt sich um die Fälle, in denen der Empfänger der rechtsgrundlosen Leistung ein *pupillus* war, sowie um die Fälle der nichtigen Ehegattenschenkung: Hier soll der Empfänger der Zuwendung aus der Nichtigkeit des Vertrages ersichtlich keinen Schaden erleiden. Es handelt sich um Sonderfälle, die gerade deutlich machen, daß es einen allgemeinen Grundsatz der Beschränkung der Haftung auf die verbliebene Bereicherung bei der römischen *condictio* nicht gegeben hat.

Auch soweit es die *datio sine causa* von Geld und vertretbaren Sachen betrifft, kennt das römische Recht keine typisch „bereicherungsrechtliche“ Lösung, sondern es kommen die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung, wie sie für diesen Leistungsgegenstand gelten. Da nun Geld und vertretbaren Sachen nur *pondere, numero, mensura constant*² berührt der Verlust individueller Stücke die Obligation nicht. Ein Wegfall oder eine Beschränkung der Haftung kommt daher nicht in Frage. Es ist höchst aufschlußreich, daß die *condictio indebiti* für Geld und vertretbare Sachen von Gaius (Institutiones 3,91) mit dem

fertigten Bereicherung auch nach dem BGB. Schon die Regelung der Bereicherung im 1. Entwurf zum BGB (§§ 737-747) war ganz auf die Leistungskondition abgestellt. Von dem Bereicherungsanspruch desjenigen, „aus dessen Vermögen nicht kraft seines Willens oder nicht kraft seines rechtsgültigen Willens ein anderer bereichert ist“, war erst in dem Schlußparagrafen, 1. Entwurf § 748, die Rede, nach welchem die Vorschriften der Leistungskondition auch für die – wie es im 2. Entwurf und im Gesetz heißt – „Bereicherung in sonstiger Weise“ gelten sollten.

² S. Th. Rüfner, Vertretbare Sachen? (2000) insb. 41 f.

mutuum, dem Darlehen, auf eine Stufe gestellt wird. Diese Gleichstellung ist von den Kompilatoren in die Institutionen Justinians übernommen worden, Institutiones 3,14,1: *Is quoque, qui non debitum accepit ab eo qui per errorem solvit, re obligatur: daturque agenti contra eum propter repetitionem condicticia actio* („Auch wer von einem, der irrtümlich leistet, eine Nichtschuld empfängt, wird durch Sachhingabe verpflichtet; und man gibt demjenigen, der gegen ihn auf Rückgewähr klagt, eine Kondiktionsklage“³). Wie die Gleichstellung der *condictio indebiti* mit der *condictio* auf Grund eines *mutuum* zeigt, ist die *condictio indebiti* – wenn auch die *datio sine causa* zu einer Bereicherung des Empfängers geführt hat und die *condictio* darauf gerichtet ist, diese Bereicherung rückgängig zu machen, – doch keine am Vermögen des Empfängers orientierte Bereicherungsklage; vielmehr ist die *condictio* in diesem Fall wie beim *mutuum* auf die Rückgabe des durch die *datio sine causa* Erlangten gerichtet. Die römische *condictio* zielt auf eine „Restitution“, auf die Vornahme des Leistungsvorgangs in umgekehrter Richtung, sie zielt nicht darauf, die möglicherweise sehr vielfältigen Folgen, die dieser Vorgang im Vermögen des Empfängers verursacht hat, durch Abschöpfung eines Geldbetrages zu neutralisieren.

2. Das justinianische Gesetzgebungswerk in der Spannung zwischen klassischem Kondiktionenrecht und allgemeinem Bereicherungsverbot

Das justinianische Recht hat die Kondiktionen des klassischen römischen Rechts als solche im Grundsatz beibehalten, es hat diese aber in den Kontext eines rechtsgrundsätzlichen Prinzips gestellt, des Verbots, sich auf fremde Kosten zu bereichern⁴. Ausgesprochen findet sich dieses gleichsam naturrechtliche Bereicherungsverbot durch einen Satz des Pomponius, der in den Digestentitel *de condictione indebiti* eingestellt ist: *Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiores* (D. 12,6,14⁵). Auch an anderen Stellen wird auf die *aequitas* verwiesen⁶. Nun passen das klassische römische Recht der *condictio indebiti* und das naturrechtliche Bereicherungsverbot nicht richtig zusammen: Denn Rechtsgrund der *condictio indebiti* ist nicht das

³ Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler, *Corpus Iuris Civilis*, Text und Übersetzung, Bd. I (2. Aufl. 1997) 172.

⁴ Zum Verhältnis der justinianischen Gesetzesredaktion zu den Texten der römischen Juristen im Bereich des Kondiktionenrechts s. D. Liebs, *The History of the Roman condictio up to Justinian*, in: N. MacCormick/P. Birks (ed.), *The legal mind – Essays for Tony Honoré* (1986) 163 ff., sowie jetzt A. Saccoccio, *Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle conditiones giustinianee* (Mailand 2002).

⁵ Parallelüberlieferung D. 50,17,206.

⁶ Etwa D. 12,1,32; zu einer möglichen außerrechtlichen Herkunft des Bereicherungsverbots, die zuerst Fritz Schulz erwogen hat, s. Chr. Wollschläger, *Das stoische Bereicherungsverbot in der römischen Rechtswissenschaft*, in: Behrends/M. Diesselhorst/W. E. Voss (Hg.), *Römisches Recht in der europ. Tradition* (1985) 41 ff.

locupletior fieri, sondern die *datio sine causa*. Die *datio* als solche begründete die *condictio* und diese ist gegenständlich auf das Erlangte bezogen, wie eben noch die Institutionen Justinians von einer *repetitio* sprechen (I. 3,14,1). Die *datio sine causa* bewirkt zwar zugleich eine Bereicherung des Empfängers, Rechtsgrund der klassischen *condictio indebiti* war aber nicht das *locupletior fieri*, die *condictio indebiti* war nicht auf die durch die *datio* bewirkte Bereicherung gerichtet, sondern die Rückforderung galt dem Gegenstand der *datio*. Da die „Bereicherung“ des Konditionsschuldners dessen Haftung weder begründete noch inhaltlich bestimmte, war das Recht der römischen *condictio indebiti* auch im justinianischen Gesetzgebungswerk – trotz Sätzen wie dem aus D. 12,6,14 – kein „Bereicherungsrecht“ im eigentlichen Sinne des Wortes.

3. Die zunehmende Bestimmung des Kondiktionenrechts durch den Bereicherungsgedanken in Mittelalter und Neuzeit

Nachdem die Gesetzgebung Justinians die römischen Kondiktionen mit einem gleichsam naturrechtlichen Bereicherungsverbot überwölbt hatte, konnte die Handhabung der Kondiktionen von dem sie begleitenden „Prinzip“ des Bereicherungsverbots nicht unbeeinflusst bleiben, als das Gesetzgebungswerk Gegenstand von Wissenschaft und Praxis wurde. Zwar geht man in der mittelalterlichen und neuzeitlichen Anwendung des justinianischen Gesetzgebungswerkes noch von den einzelnen überlieferten Kondiktionen aus. Deren Auslegung und Verallgemeinerung wird jedoch – beginnend schon in der Zeit der Glossatoren – wesentlich durch das allgemeine Bereicherungsverbot mitbestimmt⁷. Die kanonistische Lehre konnte diese Ausrichtung nur bestärken⁸. Von Grotius wird das Bereicherungsrecht systematisch auf das Bereicherungsverbot gegründet⁹. Hinsichtlich des Bereicherungsanspruchs, der durch den Empfang von *res quae pondere numero mensura consistunt* begründet war, hielt man an der Unveränderlichkeit der Haftung fest. So schreibt Bartolus zu 12,6,7: *Sed quando quantitas solvitur, tunc indistincte dicitur quis locupletior in eo, quod recepit: quantitas enim perire non potest*¹⁰.

⁷ S. ausf. J. Hallebeek, Developments in Mediaeval Roman Law, in: *Eltjo J. H. Schrage* (ed.), *Unjust Enrichment* (1995) 59 ff. mit Lit.-Nachw. S. 60 N. 5; Zimmermann, *The Law of Obligations* (1990) 873 ff.; D. Visser, *Das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung*, in: *Zimmermann/Feenstra*, *Das römisch-holländische Recht* (1992) 369 ff.

⁸ S. G. Dolezalek, *The Moral Theologians' doctrine of restitution and its juridification in the sixteenth and seventeenth centuries*, *Acta iuridica* 1992, 104 ff. mit umf. Nachw.

⁹ S. R. Feenstra, *Grotius' Doctrine of Unjust enrichment as a Source of Obligation*, in *Schrage* (oben N. 7) 197 ff.

¹⁰ *Bartolus a Saxoferrato*, *Commentaria in Secundam Digesti Veteris Partem*, ad D. 12,6,7; *Opera Omnia*, Tom. II, Venetiis 1590, f. 46 v.

Für die weitere Entwicklung in Deutschland ist besonders bedeutsam, daß im *usus modernus*¹¹ das rechtsprinzipielle Bereicherungsverbot auch auf den Umfang der Haftung des Kondiktionsschuldners und damit auf den Charakter dieser Haftung überhaupt zurückwirkt: Wenn der Kondiktionsanspruch darauf beruht, daß sich der Schuldner nicht zum Schaden des Gläubigers bereichern darf, dann darf auch die Inanspruchnahme des Schuldners nicht dazu führen, daß der Schuldner seinerseits einen Schaden erleidet. So heißt es bei Justus Hennig Böhmer¹²: „*Interim primum fundamentum est ex aequitate naturali, ne accipiens lucretur cum damno alterius, et proinde si in lucro non haeret, cessat quoque conditio, l. 65, § 8 eod [D. 12,6,65,8]. Imo eatenus tantum datur, quatenus in lucro haeret, l. 26, § 12 eod [D. 12,6,26,12]. cum alioquin, si ex ipsa indebiti acceptatione absolute obligaretur, haec omnia aliter essent decedenda, in quo interesse controversiae potissimum consistit.*“ Allerdings sollte dies nicht für den generischen Bereicherungsgegenstand gelten, bei dem auch der *usus modernus* eine Berufung auf den Wegfall der Bereicherung nicht anerkannte¹³. Erst im 19. Jahrhundert drang in der Pandektenwissenschaft die Ansicht vor, daß auch für die *conditio indebiti* von Geld und *res quae pondere, numero, mensura constant* der Wegfall der Bereicherung die Verpflichtung des Bereicherungsschuldners ausschließe¹⁴. Damit ist die Leistungskondition, auch wenn sie von dem ohne rechtlichen Grund Erlangten ausgeht und insofern gegenständlich orientiert ist, zu einer konsequent am Vermögen orientierten Rechtsfigur geworden. In diesem Zustand war die Bereicherungslehre, die das BGB von der späten Pandektenwissenschaft des 19. Jahrhunderts übernehmen sollte¹⁵.

4. Die Entscheidung des BGB für den vermögensorientierten Bereicherungsanspruch

In der Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs hat sich die Orientierung des Bereicherungsanspruchs am Vermögen des Empfängers, wie sie in der Literatur des 19. Jahrhunderts und vor allem bei *Savigny* vorgezeichnet war, endgültig durchgesetzt¹⁶. Damit hat der Bereicherungsanspruch des BGB eine eigentümliche, ganz charakteristische Gestaltung erhalten¹⁷.

¹¹ Dazu *Kupisch*, Ungerechtfertigte Bereicherung, *usus modernus* etc., in *Schrage* (oben N. 7) 237 ff.

¹² *Doctrina de actionibus* (1739) sect. 2, cap. 5, § 18; Hervorhebung vom Hrsg.

¹³ *S. Kupisch*, aaO. (o. N. 11), S. 263.

¹⁴ Zwar war dies nicht allgemein anerkannt, es blieben in der Literatur gewichtige Gegenstimmen; s. dazu *Windscheid*, Pandektenrecht (9. Aufl. 1906) § 424 N. 3 Zit.

¹⁵ S. zum gemeinen Bereicherungsrecht auch *F. L. Schäfer*, Das Bereicherungsrecht in Europa. Einheits- und Trennungslehren im gemeinen, deutschen und englischen Recht (2001).

¹⁶ Zur Beratung des Bereicherungsrechts s. auch *Schäfer* (vorige N.) 279 ff.

¹⁷ Zum Vergleich des deutschen Bereicherungsrechts mit den vergleichbaren Rechtsfigu-

a) Schon der *von Kübel'sche* Vorentwurf bestimmte für die Leistungskondiktion in § 5: „Hat sich der Empfänger beim Empfang der Leistung in gutem Glauben befunden, so haftet er nur soweit, als er zur Zeit der Rechtshängigkeit des Rückforderungsanspruchs noch bereichert ist“¹⁸. Der *von Kübel'sche* Vorentwurf geht davon aus, „daß das eigentliche Prinzip des Kondiktionsanspruchs wegen Zahlung einer Nichtschuld in der Haftung des Beklagten bis zum Betrag seiner Bereicherung liegt“¹⁹. *v. Kübel* handelt ausführlich von der in Gesetzgebung und Literatur vertretenen Ansicht²⁰, daß zwischen der *condictio indebiti* auf Speziesleistungen und auf Geld oder vertretbare Sachen zu unterscheiden sei, folgte aber schließlich der h. M. der Literatur des 19. Jahrhunderts²¹, daß die Haftung des gutgläubigen Bereicherungsschuldners in allen Fällen auf die Bereicherung beschränkt sei. Der gutgläubige Empfänger der ohne rechtlichen Grund erlangten Leistung kann nach *v. Kübel*²² „über das Geleistete als Eigentümer nach Gutdünken verfügen, kann es veräußern, verschenken, vernachlässigen, verschleudern, derelinquieren.“ Sowohl die Erste wie die Zweite Kommission sind dem *v. Kübel'schen* Entwurf hierin gefolgt.

b) In der Ersten Kommission wurde der *v. Kübel'sche* Vorschlag im Wesentlichen angenommen. In der Zusammenfassung der Beratung²³ wird herausgestellt, daß die damit beschlossene Haftung des Bereicherungsschuldners von der allgemeinen Haftung des Schuldners grundlegend abweiche, ja geradezu „das Gegenteil“ bestimme: Während nach allgemeinem Schuldrecht die zufällig eingetretene Unmöglichkeit zur Schuldnerbefreiung, die vorsätzlich oder fahrlässig verursachte Unmöglichkeit dagegen zur Schadensersatzhaftung führe, hafte der Bereicherungsschuldner nur insoweit, als er bei Klageerhebung noch bereichert sei. Deswegen sei er haftfrei, wenn er zu dieser Zeit das Empfangene nicht mehr habe, gleichviel, ob der Grund in einem Zufall oder in einer Handlung des Empfängers bestehe. Als eine Einschränkung des *v. Kübel'schen*

ren des Auslands s. *Schlechtriem*, Restitution und Bereicherungsrecht in Europa – Eine Rechtsvergleichende Darstellung I, II (2000); *E.J.H. Schrage* (ed.), *Unjust Enrichment and the Law of Contract* (Den Haag 2001); s. auch *D. Johnston/R. Zimmermann* (ed.), *Unjustified Enrichment: Key issues in Comparative Perspective* (Cambridge 2002), dort S. 227 ff. insb. den Beitrag von *J. Gordley* zum Vergleich des Wegfalls der Bereicherung mit der Doktrin des „change of position“; speziell zum engl. Recht s. *Schäfer* (N. 15) 495 ff. sowie *S. Meier*, *Irrtum und Zweckverfehlung* (1999). Um ein gemeineuropäisches Bereicherungsrecht bemüht sich auch *F. Giglio*, *Condictio proprietaria und europäisches Bereicherungsrecht* (2000).

¹⁸ *von Kübel*, Schuldverhältnisse aus ungerechtfertigter Bereicherung, in: *W. Schubert* (Hg.) *Die Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB. Recht der Schuldverhältnisse Teil 3* (1980) S. 655.

¹⁹ *v. Kübel*, aaO., S. 696.

²⁰ S. Zit. aaO., S. 697.

²¹ AaO., S. 698 ff.

²² AaO., S. 699.

²³ Prot. I, 1511 f. = *Jakobs/Schubert*, *Die Beratung des BGB, Recht der Schuldverhältnisse III* (1983) 779.

Konzepts wurde nur der Vorschlag angesehen, wonach, „wenn der Empfänger das Empfangene nicht mehr habe, aber sein Vermögen durch dasselbe anderweit bereichert worden sei, die Verpflichtung zur Herausgabe dieser Bereicherung durch den späteren Wegfall der letzteren nicht erlöschen solle“²⁴. Hierzu und zu weiteren Anträgen, „die Zweifel zu lösen suchen, die sich in manchen Fällen hinsichtlich der Frage erheben könnten, ob und in welchem Umfang eine Bereicherung vorliege“, entschied die Mehrheit in der Ersten Kommission jedoch²⁵: „Es sei nicht ratsam, im Gesetz auf die Lösung solcher Zweifel sich einzulassen. Den Vorzug verdient es, die Erledigung derselben der Wissenschaft und Praxis zu überlassen, zumal es doch nicht möglich sei, alle diesem Gebiete angehörenden zweifelhaften Fragen im Gesetze zu entscheiden.“ Im vollen Bewußtsein der Tragweite hatte damit die Erste Kommission die Vermögensorientierung des Bereicherungsanspruchs – gerade auch in ihrem Unterschied zu den gewöhnlichen Haftungsregeln – zur Grundlage des Bereicherungsrechts gemacht.

c) Im Reichsjustizamt wurde ein Vorstoß unternommen, von der gleitenden Skala der Bereicherung abzugehen und den Empfänger zu verpflichten, „den Werth der Leistung zu vergüten [...], wenn derselbe nur überhaupt in sein Vermögen gekommen sei, ohne Rücksicht darauf, ob der Empfänger zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit noch bereichert sei“²⁶. Demgegenüber erschien der Mehrheit „die beschränkte Haftung bis zur vorhandenen Bereicherung der Billigkeit und der natürlichen Auffassung entsprechender. [...] Dem gutgläubigen Empfänger dürfe es nicht zum Schaden gereichen, wenn er mit dem Empfangenen wie mit dem Bestandtheil seines Vermögens verfare“²⁷.

d) In der Zweiten Kommission²⁸ wollte ein Antragsteller die Berücksichtigung des Wegfalls der Bereicherung auf die „erste Vermögensmehrung“²⁹ beschränken. Er begründete dies mit der Schwierigkeit des „Beweises“ und damit, daß die Bereicherung „ein außerordentlich schwer zu fixierender Begriff“ sei. Die Mehrheit der Kommission wandte sich jedoch gegen diese Beschränkung der Berücksichtigung des Wegfalls der Bereicherung. Für die Leistungskondition wurde darauf verwiesen, daß die Vermögensverschiebung mit dem Willen

²⁴ Prot. I, 1511 f. = *Jakobs/Schubert*, Die Beratung des BGB, Recht der Schuldverhältnisse III (1983) 779; der Vorschlag D (nicht C) ging auf Planck zurück, s. Antrag 2 (Nr. 240) Abs. 2; Prot. 1. Komm. FolioS. 1503, bei *Jakobs/Schubert*, aaO. 776.

²⁵ *Jakobs/Schubert*, aaO.

²⁶ Prot. RJA S. 591 f.; *Jakobs/Schubert*, Die Beratung des BGB, Recht der Schuldverhältnisse III (1983) 838; das Mitglied, das diesen Antrag stellte, dürfte *Jacubezky* gewesen sein, der als Mitglied der Zweiten Kommission einen gleichgerichteten Vorstoß unternahm, vgl. dazu *Jakobs/Schubert*, Die Beratung des BGB, Recht der Schuldverhältnisse III (1983) 847 i.V. mit Mugdan II, 1182.

²⁷ Prot. RJA S. 592 f.; aaO. S. 838.

²⁸ Protokolle Mugdan II, 1183.

²⁹ Mugdan II, 1183.

des Leistenden erfolgt sei, und der Rückforderungsanspruch des Leistenden „lediglich auf Gründen der Billigkeit“ beruhe: „Die Billigkeit erfordere und gestatte aber nur, ihm insoweit einen Anspruch einzuräumen, als der gutgläubige Empfänger nicht dadurch Schaden leide; dieser würde aber Schaden leiden, wenn er mehr herausgeben müßte als die Bereicherung“.

Für die Bereicherung „in sonstiger Weise“ läßt die Mehrheit der Zweiten Kommission zwar gelten, „es möchten sich einzelne Fälle denken lassen, in welchen es zweifelhaft erscheinen könne, ob die Billigkeit diese Beschränkung erfordere.“ Sie kommt aber zu dem Schluß, man werde „ohne kasuistische und nur willkürliche Unterscheidungen zu machen, allgemein an dem Grundsatz des Entw. festhalten müssen, daß ein Rückforderungsanspruch nur zugestanden werde, wenn der Empfänger nach seiner ganzen Vermögenslage im Augenblicke der Klage noch bereichert sei.“³⁰

Folgen beide Kommissionen strikt dem *v. Kübel'schen* Vorentwurf darin, daß, abgesehen von der Sonderregelung für den bösgläubigen und verklagten Bereicherungsschuldner nach §§ 818 Abs. 4, 819 BGB, der Bereicherungsanspruch nur auf die noch vorhandene Bereicherung gerichtet ist, ist es bemerkenswert, daß beide Kommissionen sich nicht mit der Problematik befassen, unter welchen Voraussetzungen ein rechtlich relevanter Wegfall der Bereicherung anzunehmen ist. Hatte die Erste Kommission die Erledigung der Zweifel „Wissenschaft und Praxis“ überlassen, so begnügte man sich in der Zweiten Kommission, was den Wegfall der Bereicherung anbetrifft, damit, „daß der Empfänger den Fortfall einer durch die Vermögensvermehrung erlangten Bereicherung darthun müsse“ und „dabei werde selbstverständlich der Beweis des Kausalzusammenhangs erfordert werden, wenn der Empfänger behauptete, daß er im Hinblick auf die erlangten Gegenstände anderweite Ausgaben gemacht habe“³¹.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat mithin die Vermögensorientierung, die sich ergibt, wenn man das Bereicherungsrecht am Verbot der Bereicherung zum Schaden anderer ausrichtet, zum tragenden Prinzip der gesetzlichen Regelung gemacht. Diese strenge Orientierung des Bereicherungsanspruchs am Gesamtvermögen des Bereicherungsschuldners ist der logische Endpunkt einer Entwicklung, in welcher der Bereicherungsausgleich zunehmend als ein Institut der Billigkeit, der ausgleichenden Gerechtigkeit aufgefaßt wurde: Beruht nämlich der Bereicherungsanspruch auf dem Bestreben, eine unbillige Vermögensvermehrung zu bereinigen, so darf der Bereicherungsanspruch seinerseits auch nicht dazu führen, daß nun beim Bereicherungsschuldner eine – nur in die andere Richtung – unbillige Vermögensverschlechterung eintritt. Man mag die Zuspitzung der Vermögensorientierung, für die sich das Bürgerliche Gesetz-

³⁰ AaO., S. 1184.

³¹ Mugdan II, 1184 f.

buch entschieden hat, insbesondere in Anbetracht ihrer Entwicklung und auch im Vergleich zu Rechtsordnungen des Auslands durchaus kritisch bewerten³²: sie ist aber der Ausgangspunkt, den man mit *Flume* wählen muß, wenn man die Rechtswissenschaft darauf verpflichtet sieht, den Geltungsanspruch des positiven Rechts zu wahren, auch und gerade wenn das positive Recht in seiner historischen Bedingtheit und Eigentümlichkeit erkannt ist. Dabei darf die Vermögensorientierung des Bereicherungsanspruchs nicht mit einer Billigkeitshaftung gleich gesetzt werden (wie ja auch das Schadensersatzrecht nicht dadurch zu einem Billigkeitsrecht wird, daß wir den Schaden in einer Gesamtvermögensbetrachtung ermitteln). Vielmehr wurde die Konzeption des Bereicherungsrechts als Billigkeitsrecht in der Ersten Kommission ausdrücklich abgelehnt; es seien die Konditionen persönliche „Ansprüche auf Rückgängigmachung desjenigen an sich nach den maßgebenden Vorschriften eingetretenen Rechts- und Vermögenserwerbs [...], welcher eines Rechtsgrundes entbehrt“³³.

Der Orientierung des Bereicherungsanspruchs am Gesamtvermögen steht nicht entgegen, daß der Bereicherungsschuldner das Erlangte gegenständlich herauszugeben hat, soweit es noch bei ihm vorhanden ist: Auch die gegenstandsbezogene Herausgabepflicht unterliegt jedoch der gleitenden Skala, indem der Bereicherungsgläubiger eine etwaige Bereicherungsminderung auszugleichen hat, die Herausgabepflicht nur eine solche gegen Ausgleich der Bereicherungsminderung ist. Deswegen kann *Flume* sagen: „Das Erlangte ist nur als Bereicherung Gegenstand des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung“³⁴.

III. Flume zum Wegfall der Bereicherung

1. Die Vermögensorientierung auch des Wegfalls der Bereicherung und die Notwendigkeit seiner Beschränkung als mit dem BGB gegebenes Problem

Die Orientierung des Bereicherungsanspruchs am Gesamtvermögen bestimmt nun unmittelbar den Ansatz hinsichtlich des Wegfalls der Bereicherung: Ist der Bereicherungsanspruch am Vermögen des Empfängers im Ganzen orientiert, ist auch der Wegfall der Bereicherung auf das Gesamtvermögen zu beziehen. So schrieb *v. Tuhr* bereits im Jahre 1907, es müßten auch Einbußen am sonstigen Vermögen des Bereicherten in Betracht gezogen werden: dies „ergibt sich aus

³² Zumindest für die *sine causa* erfolgte Leistung von Geld (und ebenso von vertretbaren Sachen) mag man sich fragen, ob nicht die gesetzliche Anordnung einer festen Haftung auf den empfangenen Betrag die vorzugswürdigere Lösung wäre.

³³ Motive zu §§ 737-748; II, 829 = Mugdan II, 463.

³⁴ 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft I (2000) S. 528.