Gesetzliche Schuldverhältnisse

Eine historische Strukturanalyse

von Prof. Dr. *Nils Jansen*, Münster*

Inhaltsübersicht

I. Der Begriff gesetzlicher Schuldverhältnisse 117

II. Haftungsrecht 121

III. Bereicherungsrecht 132
- *1. Die römischen Kondiktionen* 133
- *2. Die Lehre von der Restitution* 135
- *3. Die Erfindung des Bereicherungsrechts* 139
- *4. Wandlungen des Bereicherungsrechts* 148
- *5. Abschied vom Bereicherungsrecht* 158

IV. Geschäftsführung ohne Auftrag 166
- *1. Wandlungen der* negotiorum gestio 167
- *2. Zwischenbilanz* 172

V. Aufwendungen 177
- *1. Verwendungsersatz* 178
- *2. Regress nach Erfüllung fremder Verbindlichkeit* 183

VI. Gewinne 186
- *1. Bereicherung und Entreicherung* 189
- *2. „Umkehrung der Schadensersatzidee"?* 190
- *3. Die normativen Grundlagen der Gewinnhaftung* 196

VII. Rechte 203
- *1. Herrschaftsrechte und Schutzgesetze?* 209
- *2. Rechte und geschützte Rechtsgüter* 216
- *3. Die Frage nach dem Zuweisungsgehalt* 222
- *4. Einige Ergebnisse* 227

VIII. Schluss 228

---

* Erweiterte Fassung eines Vortrags, den ich auf der Zivilrechtslehrertagung im September 2015 gehalten habe. Ein herzlicher Dank für wichtige Hinweise und hilfreiche Kritik gebührt Ralf Michaels, Jacques du Plessis, Kenneth Reid und den Teilnehmern einer Aktuellen Stunde am MPI Hamburg. Ich habe den Text im Wesentlichen während eines wunderbaren Freisemesters am Stellenbosch Institute for Advanced Study verfasst. Für das anregende Umfeld und die großartige Unterstützung dort danke ich, stellvertretend für alle, Hendrik Geyer.

AcP 216, 112–233 – DOI: 10.1628/000389916X14630520754674
ISSN 0003-8997 – © Mohr Siebeck 2016

War der historische Zugriff auf die Privatrechtsdogmatik im 19. Jahrhundert eine bare Selbstverständlichkeit, so galt im 20. Jahrhundert das genaue Gegenteil.[1] Ein historischer Zugriff auf die Dogmatik steht unter Rechtfertigungsdruck, auch in dieser Vereinigung. Nur selten wurden hier rechtshistorische Themen verhandelt; die Referate von *Haferkamp* und *Zimmermann* in jüngerer Zeit waren Ausnahmen.[2] Heute soll es allerdings um ein Thema gehen, das die Vereinigung bereits vor Jahren mit einem Referat von *Gerhard Dilcher* diskutiert hat:[3] um die Bedeutung rechtshistorischer Argumente für die Privatrechtsdogmatik.

Anders als *Dilcher* möchte ich das Thema allerdings nicht theoretisch abstrakt, sondern konkret dogmatisch in Angriff nehmen. Ich begnüge mich daher mit wenigen methodischen Hinweisen: Zwar kann die Rechtsgeschichte zur Lösung von Rechtsanwendungsfragen unmittelbar nichts beitragen. Beispielsweise bildet die Tatsache, dass die römische *actio funeraria* eine Wurzel des § 679 BGB bildet, kein Argument dafür, Bestattungsunternehmern mit einem Anspruch nach § 683 BGB gegen den Bestattungspflichtigen zu helfen, wenn dieser sich zur Bestattung nicht bereitfinden mag.[4] Rechtsdogmatische Aussagen verlangen eine rechtliche, nicht eine historische Begründung;[5] das geltende Recht findet seine Grundlage nicht in den Digesten, sondern im BGB.[6] Bisweilen bedeutet es deshalb sogar einen Fortschritt, wenn die Rechtsdogmatik sich von der Geschichte emanzipiert.[7]

Allerdings weiß der Rechtshistoriker auch um die Fesseln der Vergangenheit, die Juristen binden – hier greife ich ein Bild von *Savigny*[8] und *Francis Bacon*[9] auf. Von den Fesseln veralteter Gesetze, die *Bacon* vor Augen standen, kann und darf die Geschichtswissenschaft die Jurisprudenz zwar nicht lösen, solange das alte Recht weitergilt. *Savigny* ging es freilich um Sprachfesseln, die

---

[1] *Zimmermann* AcP 202 (2002), 243, 246 ff.

[2] *Zimmermann* AcP 202 (2002), 243–316; *Haferkamp* AcP 214 (2014), 60–92.

[3] *Dilcher* AcP 184 (1984), 247–288.

[4] So aber BGHZ 191, 325, 332 f. (2011); das besondere öffentliche Interesse an der Erfüllung der Pflicht der Gemeinde durch den Bestattungsunternehmer folgt im Übrigen nicht aus der Tatsache, dass die Verpflichtung der Gemeinde bei einer Bestattung durch einen Privaten zurücktritt (so aber *loc. cit.*, 331, 333).

[5] *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsrechtliche Dogmatik. Eine Zwischenbilanz zu Entwicklung, Reform und künftigen Aufgaben, 2013, 3 ff.

[6] *Luig* Rechtshistorisches Journal 5 (1986), 290 ff.

[7] Vgl. *Möllers*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, 131–164, 148.

[8] *von Savigny*, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814, 112 f.

[9] *Francis Bacon*, De verulamio de dignitate et augmentis scientiarum (Würzburg 1780), *lib.* VIII, *cap.* III, *n.* 10 (S. 327 f.).

unser Denken knebeln:[10] um Denkzwänge, gegen die keine Gesetzesänderung ankommt. Denn die Begriffe, Metaphern und Leitbilder, in die wir unsere Zivilrechtsdogmatik fassen, wurden oft vor Hunderten oder sogar Tausenden von Jahren geprägt. In ihrer Mehrheit bilden sie ein Erbe der römisch-gemeinrechtlichen Rechtswissenschaft. Sie haben sich tief in unsere juristische Sprache eingeschrieben und sind damit nicht nur zu Orientierungspunkten, sondern auch zu Grenzen juristischen Denkens geworden – gerade hier trifft *Wittgensteins* Diktum von den Sprachgrenzen als Weltgrenzen.[11] Denn solche Begriffe und Bilder können dysfunktional werden, wenn sich die soziale Umwelt des Rechts und die öffentliche Moral verändern. Mit dem Abstraktionsgrad dogmatischer Konzepte steigt zudem das Risiko, dass solche Begriffe und Bilder eine irreführende Eigenlogik entfalten. In solchen Fällen aufzuklären, ist eine wesentliche Aufgabe dogmenhistorischer Jurisprudenz. Sie macht deutlich, in welchem historischen Kontext die Regeln, Bilder und Begriffe des heutigen Rechts geprägt wurden und aus welchen Gründen sie zu dem wurden, was sie heute sind.[12] Die Dogmengeschichte kann damit die gedankliche Freiheit schaffen, die erforderlich ist, um das Recht – möglicherweise neu – zu systematisieren und in passende Begriffe und Bilder zu fassen.[13]

Dabei ist der Themenkreis, den ich zu behandeln habe, außerordentlich weit gezogen und hier auch häufig erörtert worden. Vor allem gilt dies für das Haftungsrecht – weniger Diskussionsbedarf sah die Vereinigung beim Schadensrecht[14] sowie beim Bereicherungsrecht[15] und der Geschäftsführung ohne Auftrag. *Marburger* diskutierte „Grundsatzfragen des Haftungsrechts";[16] konkreter sprach *Fritz Baur* über den quasinegatorischen Güterschutz[17] und *Leser* allgemein über die haftungsrechtlichen „Instrumente des Rechtsgüterschutzes".[18] Bereits 1965 hatte *Selb* über die „Schädigung des Menschen

---

[10] Schon *Dilcher* AcP 184 (1984), 247, 271, hat auf dies Bild und seine Autoren hingewiesen. Aber Dilcher hat hier – ganz anders als Savigny – an die Fesseln von Gesetzen gedacht.

[11] *Wittgenstein*, Tractatus logico-philosophicus, 5.6.

[12] Näher *Jansen* ZNR 27 (2005), 202–228; in dieselbe Richtung auch *Möllers* (Fn. 7), 161 f.; mit ideologiekritischer Stoßrichtung *Kennedy* Buffalo LR 28 (1978/79), 205, 210 ff.

[13] Vgl. zum Ganzen *Schmidt-Aßmann* (Fn. 5), 21 ff. m.w.N.

[14] *Niederländer* AcP 133 (1954), 41–80; *Zeuner* AcP 163 (1963), 380–400.

[15] Insbesondere *Rother* AcP 166 (1966), 134–141; *W. Lorenz* AcP 168 (1968), 26–317.

[16] *Marburger* AcP 192 (1992), 1–34: „Grundsatzfragen des Haftungsrechts unter dem Einfluß der gesetzlichen Regelungen zur Produzenten- und zur Umwelthaftung".

[17] *Baur* AcP 160 (1960), 445–493: „Der Beseitigungsanspruch nach § 1004 BGB – Zugleich ein Beitrag zum Problem der Rechtswidrigkeit auf dem Gebiet des Güterschutzes".

[18] *Leser* AcP 183 (1983), 568–602.

vor Geburt" referiert,[19] und *Büchler* reflektierte später die „Kommerzialisierung von Persönlichkeitsgütern" als „Dialektik von Ich und Mein".[20] Vor allem stand seit den 1970er Jahren die Modernisierung des Haftungsrechts auf dem Programm: *Stoll* fragte, wie die „Haftungsprobleme, die sich in einer von Technik und Massenverkehr bestimmten Sozialwelt stellen", mit dem Mittel beweisrechtlicher Haftungsverlagerung zu beherrschen seien;[21] *Steindorff* erörterte die Haftung für Gehilfenversagen,[22] *Mertens* die sonderprivatrechtlichen Elemente im Haftungsrecht,[23] *Hopt* die Berufshaftung als nichtvertragliche Haftung neben dem Haftungs- und Bereicherungsrecht,[24] und *Faust* machte zuletzt die Expertenhaftung als Beispiel für den „Schutz vor reinen Vermögensschäden" zum Thema.[25] In diesen Referaten musste es vor allem darum gehen, neue Problemlagen auf der Grundlage des BGB in den Griff zu bekommen. Man erweiterte den Kreis geschützter Rechte und formulierte weitreichende Verkehrs- und Organisationspflichten; man dachte Deliks- und Beweisrecht innovativ zusammen; und man ergänzte das Deliktsrecht um neue Haftungsinstitute wie die *culpa in contrahendo* und die Aufopferungshaftung. Eine Revision der Regeln des BGB und ihrer begrifflich-dogmatischen Grundlagen stand in diesen Referaten nicht zur Diskussion. Vorausgesetzt war vielmehr, dass das BGB in seinen Grundzügen vernünftig konzipiert sei. Nur so konnte man die Vernunft des Gesetzes auch für Probleme nutzbar machen, die jenseits des Horizonts des Gesetzgebers gelegen hatten; und genau darin liegt eine besondere Stärke der deutschen Zivilrechtsdogmatik.

Nun bildet es kaum einen Ausdruck fundierter Einsicht, wenn Engländer „one of the inherent weaknesses of codified legal systems" darin sehen „that codes inhibit conceptual thinking, encouraging a blind acceptance of choices of codifiers who are frequently long dead."[26] Aber vielleicht steckt in diesem Vorurteil, wie so oft, doch ein Körnchen Wahrheit. In einer kodifizierten Rechtsordnung ist die Distanzierung gegenüber den Kategorien des Gesetzes naturgemäß schwierig; auch der deutschen Wissenschaft war immer bewusst, dass das BGB zu einer intellektuellen „Gefängniszelle" werden

---

[19] *Selb* AcP 166 (1966), 76–128.

[20] *Büchler* AcP 206 (2006), 300–351.

[21] *Stoll* AcP 176 (1976), 145–196: „Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel".

[22] *Steindorff* AcP 170 (1970), 93–132: „Repräsentanten- und Gehilfenversagen und Qualitätsregelungen in der Industrie".

[23] *H.-J. Mertens* AcP 178 (1978), 227–262: „Deliktsrecht und Sonderprivatrecht – Zur Rechtsfortbildung des deliktischen Schutzes von Vermögensinteressen".

[24] *Hopt* AcP 183 (1983), 608–720.

[25] *Faust* AcP 210 (2010), 555–579.

[26] *Stevens*, Torts and Rights, 2007, 300.

könnte.[27] Gerade die historische Perspektive kann hier griffige Ansatzpunkte für eine kritische Reflexion schaffen.[28] In diesem Sinne sollen heute die begrifflichen und gedanklichen Grundlagen des Gesetzes und seiner Dogmatik auf dem Prüfstand stehen. Ich möchte fragen, wie weit unsere dogmatischen Begriffe, Metaphern und Leitbilder ein wertungsangemessenes, fassliches Bild des Rechts der gesetzlichen Schuldverhältnisse bieten. Solche Fragen sind alles andere als akademisch. Zum einen können die Terminologie und das System unserer Kodifikationen in Zeiten der Europäisierung des Privatrechts nicht mehr als selbstverständlich gelten;[29] zum anderen benötigen praktische Juristen einfach anwendbare Regeln, wenn sie das Recht konsistent anwenden und nicht blind nach Präjudizen suchen sollen.[30] Gerade die Praxis ist also auf eine passende dogmatische Sprache angewiesen, die die einschlägigen Wertungen unmittelbar verständlich zum Ausdruck bringt.

Das weite Thema erfordert einen exemplarischen Zugriff.[31] Die gesetzlichen Schuldverhältnisse des Sachen- und Erbrechts bleiben deshalb weitgehend ausgeblendet; Gleiches gilt für die Rechtsfolgenseite des Schadensrechts.[32] In erster Linie möchte ich prüfen, wo unser dogmatisches Erbe im Haftungs- und Bereicherungsrecht sowie im Recht der Geschäftsführung

---

[27] *Wüstendörfer* AcP 110 (1913), 219, 224. Bedauert hat man das nicht; vgl. *Sohm* DJZ 1908, Sp. 33, 34, 39; *Leonhard*, Das neue Gesetzbuch als Wendepunkt der Privatrechts-Wissenschaft, 1900, 65: „Das bürgerliche Gesetzbuch dagegen eröffnet der Privatrechtswissenschaft eine Periode, in der voraussichtlich die Anpassung des Ueberlieferten an die neuen Lebensbedingungen in den Vordergrund treten wird"; ausgesprochen ambivalent auch *Zitelmann*, Die Gefahren des bürgerlichen Gesetzbuches für die Rechtswissenschaft, Bonn 1896, 5 ff., 14 ff., 25 ff.

[28] Insbesondere Systemfragen sind vor der Kodifikation des BGB jedenfalls viel intensiver diskutiert worden als in späteren Zeiten; im 20. Jahrhundert stand diese Diskussionen häufig in einem besonderen politischen Kontext; siehe *Michaels*, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB (HKK), Bd. I, 2004, Bd. II, 2007, Bd. III, 2013, Vor § 241, Rn. 48, 50 f. zu entsprechenden Diskussionen im Dritten Reich, in der DDR sowie um die Integration des Verbraucherrechts in die Kodifikation.

[29] HKK II/*Michaels* (Fn. 28), Vor § 241, Rn. 81 ff.

[30] Ebenso, zum Bereicherungsrecht, bereits *König*, in: Bundesminister der Justiz (Hg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. II, 1981, 1515–1590, 1519; Staudinger/*St. Lorenz*, Neubearb. 2007, Vor § 812, Rn. 5.

[31] Ausführlicher zu je spezifischen Aspekten: *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts. Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz, 2002; *id.*, Theologie, Philosophie und Jurisprudenz in der spätscholastischen Lehre von der Restitution. Außervertragliche Ausgleichsansprüche im frühneuzeitlichen Naturrechtsdiskurs, 2013; *id.* ZRG (rom.) 120 (2003), 106–162; HKK II/*Jansen* (Fn. 28), §§ 249–253, 255 (Schadensrecht) und § 254 (Mitverantwortlichkeit des Geschädigten); HKK III, §§ 677–687 I (Geschäftsführung ohne Auftrag) und § 687 II (Gewinnhaftung bei Geschäftsanmaßung).

[32] Hierzu HKK II/*Jansen* (Fn. 28), §§ 249–253, 255 und § 254 (eben Fn. 31); *id.* JZ

ohne Auftrag zu strukturellen Verwerfungen führt. In einem Akt der Grundsanierung möchte ich hier insbesondere zeigen, dass die Geschäftsführung ohne Auftrag insgesamt einen Störfaktor im Schuldrecht bildet, dass das Konzept der Rechtswidrigkeit im Haftungsrecht gedanklich in die Irre führt, und dass Gleiches für die Vorstellung eines systematisch selbständigen Bereicherungsrechts gilt. Die Leistungskondiktionen gehören vielmehr ins allgemeine Schuld- bzw. Vertragsrecht; und die Gewinnhaftung bildet eine eigenständige Anspruchskategorie neben dem Schadensersatz und dem Bereicherungsausgleich. Mit der dogmatischen Reflexion der historischen Befunde sollen also zugleich die Konturen eines – jedenfalls in unserer Zeit – tragfähigen Systems der gesetzlichen Schuldverhältnisse sichtbar werden.

I. Der Begriff gesetzlicher Schuldverhältnisse

Die Unterscheidung vertraglicher und nichtvertraglicher Schuldverhältnisse bildet kein Spezifikum deutschen Rechtsdenkens: Sie lässt sich bis in die römische und griechische Antike zurückverfolgen.[33] In der katholischen Naturrechtslehre des 16. Jahrhunderts wurde sie zur systemtragenden Grundunterscheidung des Schuldrechts. Neben dem Vertragsrecht stand dort die Lehre von der Restitution, die sich durchaus als eine entfaltete Theorie gesetzlicher Schuldverhältnisse lesen lässt. Die damals formulierten Wertungen prägen das europäische Privatrecht übrigens bis heute.[34] Dementsprechend strukturiert die Unterscheidung nicht zuletzt auch das europäische Kollisionsrecht.[35] Allerdings verzichtet die Rom-II-Verordnung auf eine Definition der nichtvertraglichen Schuldverhältnisse („non-contractual obligations"), sondern zählt diese lediglich auf: „tort/delict, unjust enrichment, *negotiorum gestio* or *culpa in contrahendo*".[36]

Demgegenüber bildet der Begriff des „gesetzlichen Schuldverhältnisses" eine eigentümlich deutsche Begriffsprägung. Der heutige Begriff war keine

---

2005, 160–173; *Gisawi*, Der Grundsatz der Totalreparation. Naturrechtliche Wertungen als Grundlage für einen deutschen Sonderweg, 2015.

[33] *Aristoteles*, Nikomachische Ethik; *Gaius*, Institutiones III, 88: „omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto" (jede Obligation entsteht entweder aus Vertrag oder aus Delikt). Dazu HKK II/*Michaels* (Fn. 28), Vor § 241, Rn. 25 m.w.N.

[34] Näher *Jansen*, Theologie (Fn. 31), insbesondere 143 ff.

[35] Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II"), ABl. 2007, L 199/40–49.

[36] Art. 2 I Rom-II-Verordnung (Fn. 35); entsprechend sind torts/delicts in Kapitel II, die übrigen Schuldverhältnisse (unjust enrichment, *negotiorum gestio* und *culpa in contrahendo*) in Kapitel III geregelt.

Kategorie des römisch-gemeinen Rechts[37] und ist weder im fremd- noch im deutschsprachigen Ausland etabliert. Wenn die Literatur die „gesetzlichen Schuldverhältnisse" dabei kurzerhand als nichtvertragliche Ansprüche definiert,[38] so muss das allerdings überraschen. Denn dass die bereicherungs- und haftungsrechtlichen Ansprüche, um die es normalerweise geht, auf Gesetz beruhen,[39] unterscheidet sie gerade nicht von vertraglichen Ansprüchen und Sanktionen;[40] bei der nichtvertraglichen *culpa in contrahendo* war die angebliche „gesetzliche" Grundlage[41] lange unklar; und es kann durchaus auch zivilrechtliche Ansprüche geben, die nicht auf Gesetz, sondern auf einem Verwaltungsakt oder gerichtlichen Urteil beruhen.[42] In einer nach-naturrechtlichen Dogmatik müsste eine solche Definition also eigentlich als Kategorienfehler gelten. Den Vätern des ABGB war das noch bewusst: Den – selbstverständlich gesetzlichen – Obligationen aus Vertrag und aus Delikt haben sie in ihrem § 859 diejenigen Ansprüche gegenüberstellt, die sich „*unmittelbar* auf ein Ge-

---

[37] Zwar findet sich die Rede von einer *obligatio* „ex lege" bei *Modestin*, Digesten 44,7,52 *pr.* und 52,5, doch hat der Begriff dort eine ganz andere Bedeutung als heute (er fungiert als rechtsquellenbezogener Gegenbegriff zur *obligatio ex iure honorario*), fasst also gerade nicht eine Gruppe von Schuldverhältnissen systematisch zusammen. Im Usus Modernus und im 19. Jahrhundert erklärte man mit dem Begriff die Verpflichtung zur Vorlage von Sachen oder zur Bestattung. Zum Ganzen *Mayer-Maly* RIDA[3] 12 (1965), 437, 442 ff.; HKK II/*Michaels* (Fn. 28), Vor § 241, Rn. 26, jeweils m.w.N.

[38] Vgl. Palandt/*Grüneberg*, 74. Aufl., 2015, Vor § 241, Rn. 3; Jauernig/*Mansel*, 15. Aufl., 2014, § 241, Rn. 3; MünchKommBGB/*Bachmann*, 6. Aufl., 2012–2015, § 241, Rn. 3. Soergel/*Teichmann*, 12. Aufl., 1990, § 241, Rn. 1, nennt daneben noch Schuldverhältnisse aufgrund „sozialen Kontakts" sowie solche durch Richterspruch oder Verwaltungsakt.

[39] So die Lehrbuchliteratur: *Medicus*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl., 2007, 1, 3; *Althammer*, Schuldrecht III – Besonderer Teil 2: Gesetzliche Schuldverhältnisse, 2015, Rn. 1.

[40] HKK II/*Michaels* (Fn. 28), Vor § 241, Rn. 26.

[41] Die Literatur hat diesen Anspruch früh als „gesetzlichen" bestimmt: *Canaris* JZ 1965, 475–482; *Thiele* JZ 1967, 649, 651. Heute gilt das weithin als selbstverständlich; vgl. Jauernig/*Stadler* (Fn. 38), § 311, Rn. 34; differenzierend *Keller*, Schuldverhältnis und Rechtskreiseröffnung. Von der Lehre der culpa in contrahendo zum Rücksichtnahmeschuldverhältnis der §§ 311 Abs. 2 und Abs. 3 BGB, 2007, 166–180: Haftung aufgrund einverständlicher, aber nicht rechtsgeschäftlicher Rechtskreiseröffnung.

[42] Ein Beispiel für die Begründung eines Schuldverhältnisses durch richterlichen Hoheitsakt bot bis in die jüngste Zeit § 5 HausratsVO, wonach der Richter die Ehewohnung einem Ehepartner zuweisen und dadurch ein Mietverhältnis begründen konnte. Nach § 1568a BGB erfolgt die Zuweisung der Ehewohnung mittlerweile zwar aufgrund gesetzlichen Forderungsübergangs; im Falle des Abs. 3, Nr. 2 beruht dieser Übergang allerdings weiterhin auf der richterlichen Billigkeitsentscheidung: Staudinger/*Weinreich*, Neubearb. 2010, § 1568a, Rn. 54.

setz" gründen (Hervorhebung N.J.) – also nicht einen Vertrag oder ein Delikt voraussetzen.[43]

Auch in Deutschland ist der Begriff gesetzlicher Schuldverhältnisse jung;[44] erst seit Ende des 20. Jahrhunderts gilt er als eine systembildende Kategorie. Zwar unterschied die Lehre bereits zuvor vertragliche Schuldverhältnisse von sonstigen Tatbeständen, „an die das Gesetz als Rechtsfolge die Entstehung einer Verpflichtung … knüpft".[45] Aber diese Beschreibung sollte lange Zeit nicht mehr leisten, als die Bedeutung der Privatautonomie für das Vertragsrecht zum Ausdruck zu bringen.[46] Eine darüber hinausgehende systembildende Bedeutung erhielt der Begriff erst, als die alte Vorlesung zum besonderen Schuldrecht in zwei Teile aufgespalten wurde und dementsprechend erste Lehrbücher zu den gesetzlichen Schuldverhältnissen auf den Markt kamen.[47] Die neue Kategorie erklärt sich also aus der Vorlesungsnot. Die gesetzlichen Schuldverhältnisse sind das, was von der Vorlesung zum besonderen Schuldrecht übrig blieb, als man das Vertragsrecht ausgliederte. Das Vertragsrecht gilt als geschlossenes Rechtsgebiet. Es ermöglicht dem Einzelnen eine privatautonome, rechtsgeschäftliche Gestaltung seiner Lebensverhältnisse, bildet also die dynamische Seite des Schuldrechts.[48] Für die übrigen Schuldverhältnisse fehlt ein solcher Gedanke bislang.[49]

---

[43] Die naturrechtliche Tradition fasste mit dieser Kategorie die römischen Quasikontrakte und Quasidelikte zusammen: *Grotius*, De iure belli ac pacis libri tres (Leipzig 1758), *lib.* II, *cap.* I, § 1, *n.* 1.

[44] Auch zu Beginn des 20. Jahrhunderts war der Begriff allerdings bekannt; vgl. etwa *Proskauer*, Gesetzliche Schuldverhältnisse bei der Warenversendung, Diss. Breslau, 1928.

[45] So etwa *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts I, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., 1987, 39. Die angeblich „weithin" übliche Einteilung (Staudinger/*Olzen*, Neubearb. 2015, § 241, Rn. 46) findet sich dort erst, seit Olzen 2005 die Kommentierung übernommen hat (dort § 241, Rn. 47); siehe demgegenüber Staudinger/*J. Schmidt*, 13. Bearb. 1995, § 241, Rn. 61 sowie Vor § 241, Rn. 308. Die übrige Kommentarliteratur (Fn. 38) erwähnt lediglich, dass Schuldverhältnisse durch Rechtsgeschäft oder Gesetz entstehen.

[46] Deutlich MünchKommBGB/*Ernst* (Fn. 38), Einl. Schuldr., Rn. 36; *Looschelders*, Schuldrecht AT, 12. Aufl., 2014, Rn. 89.

[47] So ausdrücklich *Schwarz* im Vorwort zur ersten Auflage seiner Gesetzlichen Schuldverhältnisse: *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse. Deliktsrecht. Schadensrecht. Bereicherungsrecht. GoA, 6. Aufl., 2014, ii.

[48] Siehe nur *Kötz*, Vertragsrecht, 2. Aufl., 2012, § 1, Rn. 1 ff., 22 ff.

[49] *Wagner*, in: Willoweit (Hg.), Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert, 2007, 181–252, 183. Keine Erklärung bietet jedenfalls der übliche Hinweis, die Ansprüche beruhten *nicht* auf Rechtsgeschäft: *Wandt* (Fn. 47), § 1, Rn. 3; *Peifer*, Schuldrecht. Gesetzliche Schuldverhältnisse, 4. Aufl., 2014, § 1, Rn. 1; *Staake*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 2014, § 1, Rn. 4–7; Staudinger/*Olzen*, Neubearb. 2015, § 241, Rn. 61; vgl. auch Rn. 77.

Nun gehören zu den nichtvertraglichen Ansprüchen nicht nur die von der Rom-II-Verordnung erfassten allgemeinen Ausgleichsansprüche des Haftungs- und Bereicherungsrechts (hierzu rechnen auch das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis und der Erbschaftsanspruch als besonders geregelte gesetzliche Schuldverhältnisse) sowie die Geschäftsführung ohne Auftrag. Vielmehr gehören hierher eigentlich auch die besonderen Regressverhältnisse wie der Rückgriffsanspruch des vorleistenden Gesamtschuldners; ferner Gemeinschaftsverhältnisse nach §§ 741 ff. BGB, die Regelungen zum Fund (§§ 965 ff. BGB), Gewinnzusagen nach § 661a BGB, Ansprüche aufgrund einer Einbringung beim Gastwirt nach §§ 701 ff. BGB und die familienrechtlichen Unterhaltsansprüche; die Liste ist nicht abschließend.[50] Die schuldrechtliche Lehrliteratur geht über diese Anspruchsgruppen allerdings zumeist hinweg und verklammert mit dem Begriff „gesetzliche Schuldverhältnisse" spezifisch die für die Lehre besonders wichtigen Ansprüche des Bereicherungsrechts, des Deliktsrechts und der Geschäftsführung ohne Auftrag.[51]

Einen verbindenden Gedanken, der die gesetzlichen Schuldverhältnisse teleologisch integrieren könnte, sieht die Lehre allerdings nicht; vielmehr erklärt man die einzelnen Anspruchsgruppen mit je spezifischen Gedanken: als Abschöpfung nicht gerechtfertigter Vermögensvorteile, als Sanktion unerlaubter Handlungen, und als Honorierung fremdnütziger Tätigkeit.[52] Aber das braucht nicht das letzte Wort zu sein. Neben dem dynamischen, an der Privatautonomie ausgerichteten Vertragsrecht sollen vielmehr die gesetzlichen Schuldverhältnisse als individualrechtsschützender zweiter Grundpfeiler des Schuldrechts sichtbar werden: Die gesetzlichen Schuldverhältnisse statuieren *erga omnes* ein allgemeines System von Ausgleichsansprüchen, die insgesamt den schuldrechtlichen Schutz der von Rechts wegen garantierten gleichen Rechtssphäre eines jeden gewährleisten.[53] Demgegenüber lässt sich das Ver-

---

[50] Auch das Verhältnis zwischen den Eltern qualifiziert als gesetzliches Dauerschuldverhältnis jetzt *Preissner*, Das gesetzliche mittreuhänderische Schuldverhältnis kraft gemeinsamer Elternschaft, 2014.

[51] *Wagner* (Fn. 49), 183; *Althammer* (Fn. 39), Rn. 2.

[52] Besonders klar *Röthel* JURA 2012, 362. Siehe auch *Staake* (Fn. 49), § 1, Rn. 8–15 (einschließlich Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, Besitzschutzansprüchen und Fund); MünchKommBGB/*E.A. Kramer*, 5. Aufl., 2007, Rn. 58 ff., auf der Grundlage der österreichischen Kategorienbildung.

[53] In eine ähnliche Richtung zielt die Lehre vom Privatrecht als „Rechtszuweisungsordnung", für die insbesondere *Eduard Picker* steht. Demnach verwirklichen sekundäre „Schutzrechte" den Schutz primär zugewiesener „Substanzrechte": AcP 183 (1983), 369, 511–515; *id.* JZ 1987, 1041, 1056; *id.*, in: FS für Claus-Wilhelm Canaris, Bd. I, 2007, 1001–1035, 1016–1019, 1029, 1032 f. Picker ging es in diesen Arbeiten vor allem um das Verhältnis von vertraglichen und deliktischen Schadensersatzansprüchen, in jüngerer Zeit um Fragen des Deliktsrechts, insbesondere bei Störungen der Sach-Umwelt-

tragsrecht nicht unplausibel als ein gegenüber den allgemeinen gesetzlichen Schuldverhältnissen spezielles Regime darstellen, das *inter partes* einen „besonderen Rechts- und Güterkreis festlegt".[54]

II. Haftungsrecht

Das Haftungsrecht, also die Summe von Deliktsrecht, Gefährdungs- und Aufopferungshaftung sowie Schadensrecht und *culpa in contrahendo*, bildet von jeher das Herzstück der nichtvertraglichen Schuldverhältnisse. Am Anfang stand hier das Deliktsrecht, insbesondere die altrömische *actio legis Aquiliae* für Sachbeschädigungen. In dieser Klage wurden die Rechtswidrigkeit (*iniuria*) und das Verschulden (*culpa*) zu den zentralen haftungssteuernden Konzepten der Deliktsrechtsdogmatik, die sie bis heute geblieben sind.

Allerdings diente das altrömische Deliktsrecht anderen Zwecken als die Regeln des BGB, nämlich zuvörderst der Vergeltung eines erlittenen Unrechts.[55] Zwar klagte man nach der *lex Aquilia* auf Schadensersatz. Aber dabei ging es weniger um Ersatzinteressen des Geschädigten als um eine Sanktionierung des vom Schädiger begangenen Unrechts. Die nach der *lex Aquilia* geschuldete *poena* – ursprünglich ein Loskaufgeld im Rahmen eines Vergleichs über das Racherecht des Geschädigten – diente nicht der Schadenskompensation, sondern der wirtschaftlichen Talion:[56] der Vergeltung der erlittenen Schädigung. *Cicero* betonte deshalb, man dürfe nicht aus pekuniären Gründen klagen, sondern nur zur Vergeltung des erlittenen Unrechts.[57] Dies Ver-

---

beziehung: *id.*, in: FS für Helmut Koziol, 2010, 813–834; *id.*, in: FS für Dieter Medicus, 2009, 311–331; zusammenfassend *id.* JZ 2010, 541–553. Im Hintergrund stand dabei freilich stets das Programm einer „Neustrukturierung der Haftungssysteme": AcP 183 (1983), 369, 505; JZ 1987, 1041; siehe auch *id.*, in: FS für Hermann Lange, 1992, 625–696. Dabei hat Picker freilich weder den Begriff des gesetzlichen Schuldverhältnisses thematisiert noch die Binnenstruktur der Bereicherungs- und Geschäftsführungsansprüche analysiert. Insbesondere auch darum soll es in diesem Beitrag gehen. Zudem ordnet Picker den Schutzrechten auch dingliche Ansprüche wie die Negatoria des § 1004 BGB zu, die indes nicht ins Ausgleichssystem der gesetzlichen Schuldverhältnisse gehören. Abstrakt, weil ohne konzeptionellen Bezug auf den Schutz primärer Rechte, bleibt demgegenüber *Staake* (Fn. 49), § 1, Rn. 8.

[54] So *Picker* AcP 183 (1983), 369, 506–511; *id.* JZ 1987, 1041, 1044; HKK II/*Michaels* (Fn. 28), Vor § 241, Rn. 49.

[55] Ausführlich zum Folgenden *Jansen*, Haftungsrecht (Fn. 31), 189–221.

[56] *Jansen*, Haftungsrecht (Fn. 31), 208; vgl. auch HKK III/*Schiemann* (Fn. 28), §§ 823–830, 840, 842–853, Rn. 31, 39 f.

[57] Detaillierte Analyse bei *Kunkel*, Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit, 1962, 124 ff. m.w.N.

ständnis erklärt viele Regeln, die später als widersinnig gelten mussten: Der Geschädigte konnte nicht gegen die Erben des Schädigers vorgehen;[58] Mittäter hatten kumulativ, jeweils auf die volle *poena* zu haften;[59] und wer einen anderen im offensiven Notstand schädigte, brauchte dafür nicht einzustehen.[60] Noch im 2. Jahrhundert n. Chr. stellte *Gaius* den Eigentümer eines getöteten Sklaven vor die aus späterer Sicht absurde Alternative, Schadensersatz nach der *lex Aquilia* zu verlangen oder ein Kriminalstrafverfahren anzustrengen.[61] Für ein solches Institut der Unrechtsvergeltung waren die haftungssteuernden Konzepte der Rechtswidrigkeit und des Verschuldens passgerecht konzipiert. Eine pönale Sanktion verdient nur, wer ein Unrecht verschuldet.

Nun geht es Geschädigten nicht erst neuerdings primär um einen wirtschaftlichen Ausgleich. Auch die Römer schauten bei der Fortbildung der aquilischen Haftung zunehmend auf die ökonomischen Interessen des Klägers und leiteten damit tiefgreifende „Wandlungen des Deliktsrechts" ein.[62] Die am Verlust des Geschädigten ausgerichtete Sanktion der *lex Aquilia* ließ sich durchaus auch als Schadensausgleich verstehen,[63] und der Begriff der *culpa* bot bereits in Rom einen weiten Interpretationsspielraum. Ähnlich verfuhren später die gemeinrechtlichen Juristen. Im 17. und 18. Jahrhundert war die *lex Aquilia* in ganz Europa zur Grundlage einer haftungsrechtlichen Generalklausel geworden, wie sie heute Art. 1382 *Code civil* formuliert.[64] Die Klage hatte ihre pönale Natur verloren; sie gewährleistete einen umfassenden Interessenschutz; und sie bildete zugleich die Grundlage einer Gefährdungshaftung *avant la lettre*. Denn der römische Satz, der Schädiger habe *culpa levissima* zu vertreten,[65] wurde jetzt im

---

[58] *Gaius*, Institutiones IV,112 (= Institutionen Justinians 4,12,1); Institutionen 4,3,9; *Ulpian*, Digesten 9,2,23,8.

[59] *Ulpian*, Digesten 9,2,11,2, unter Berufung auf *Julian*.

[60] *Ulpian*, Digesten 9,2,49,1, unter Berufung auf *Celsus*; ferner *Ulpian*, Digesten 9,2,279,3; *id.*, Digesten 47,9,3,7; *id.*, Digesten 43,24,7,4, unter Berufung auf *Servius*.

[61] *Gaius*, Institutiones III,213.

[62] Mit diesem Titel beschrieb bekanntlich *von Caemmerer* die Entwicklung des Deliktsrechts im 20. Jahrhundert: FS zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages, 1960, 49–136; er passt freilich ebenso auf die Entwicklung der *actio legis Aquiliae* in Rom und auf die Entwicklung dieser Klage im gemeinen Recht: *Jansen*, Haftungsrecht (Fn. 31), 223 ff., 274 ff., 289 ff.

[63] Daran knüpft eine bis heute lebhafte Diskussion um die Rechtsnatur der *actio legis Aquiliae* an; zuletzt *Sirks* Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 77 (2009), 303–353, der allerdings nicht mit einem Funktionswandel des Instituts und Bedeutungsverschiebungen innerhalb der zentralen haftungssteuernden Konzepte rechnet.

[64] Diese Entwicklung ist häufig beschrieben worden, mit jeweils unterschiedlichen Akzentuierungen und auch Deutungen. Näher *Jansen*, Haftungsrecht (Fn. 31), 272–312; *id.*, in: id. (Hg.), The Development and Making of Legal Doctrine, 2010, 1–45, 5–7, jeweils m.w.N.

[65] *Ulpian*, Digesten 9,2,44 *pr.*: „In lege Aquilia et levissima culpa venit".

Sinne einer strikten Haftung auch für *negligence without fault*[66] verstanden.[67] Dabei war den gemeinrechtlichen Juristen klar, dass das ererbte Begriffsinstrumentarium der *lex Aquilia* eigentlich nicht zu ihrer Klage *de damno dato* passte.[68] *Christian Thomasius* hatte dieser Klage deshalb längst ihre „aquilische Maske" heruntergerissen.[69] Aber man behalf sich pragmatisch und fand auf der Grundlage der römischen Texte zu flexiblen Lösungen. Für die Erklärung der strikten Haftung für *culpa levissima* verwies man beispielsweise auf den Gedanken eines Quasivertrags: Gefährlichen Tätigkeiten dürfe nur nachgehen, wer stillschweigend den Ausgleich sämtlicher daraus resultierender Schäden, unabhängig von einem Verschulden, verspreche; und wer dazu nicht bereit sei, handele eben deshalb rechtswidrig schuldhaft.[70]

Das BGB bildet freilich ein *restatement* des Rechts des 19. Jahrhunderts, und um 1800 drehte sich noch einmal der Wind.[71] Das Deliktsrecht bot Unfallopfern nurmehr schwachen Schutz. Man sieht das bereits im ALR und

---

[66] Der Begriff stammt von *A. Ehrenzweig*, Negligence without Fault, 1951; nachgedruckt in California LR 54 (1966), 1422–1477.

[67] *Ogorek*, Untersuchungen zur Entwicklung der Gefährdungshaftung im 19. Jahrhundert, 1975, 37; *Jansen*, Haftungsrecht (Fn. 31), 304 ff. m.w.N. Schottische Autoren sprachen in gleicher Bedeutung von *smallest fault or neglect* bzw. *slightest fault*; näher *MacQueen/Sellar*, in: Reid/Zimmermann (Hg.), A History of Private Law in Scotland, Bd. 2, 2000, 517–547, 524 ff. Und die Beispiele, die gerade deutsche Autoren dieser Zeit für die Haftung anführen, machen deutlich, dass es nicht um realistische Verhaltensstandards ging, sondern um eine strikte Haftung; vgl. *Höpfner*, Theoretisch-practischer Commentar über die Heineccischen Institutionen, 4. Aufl., Frankfurt a.M. 1793, §§ 757 f.; *Heineccius*, Academische Reden über Desselben Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum (Frankfurt und Leipzig 1748), §§ 786 f.; *id.*, Recitationes in Elementa juris civilis secundum ordinem Institutionum (Leuven und Franeker 1773), §§ 786 f.; *Gundling*, Discourse über Die sämtlichen Pandecten (Frankfurt und Leipzig 1748), *lib.* IX, *tit.* II, § 2; *Bauriedel*, Theoretisch-praktischer Commentar über die Pandekten nach Anleitung des hellfedschen Lehrbuchs (Bayreuth 1789), § 322.

[68] Ausdrücklich noch *Hugo*, Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts, 7. Aufl., Berlin 1826, 282 ff.

[69] *Thomasius*, Larva legis Aquiliae detracta actioni de damno dato (Halle 1750; reprint 2000); näher *Jansen*, Haftungsrecht (Fn. 31), 342 ff. m.w.N.

[70] *Molina*, De iustitia et iure (Mainz 1659), *tract.* II, *disp.* 698, *n.* 3: „ratione pacti, seu quasi pacti". Verweise darauf in weit verbreiteten Kommentaren wie *Brunnemann*, Commentarius in quinquaginta libros pandectarum (Frankfurt a.M. 1692), zu Digesta 9,2,44, *nn.* 1, 5; *Struve*, Syntagma Jurisprudentiae Secundum ordinem Pandectarum (cum additionibus *Petri Mülleri*, Frankfurt und Leipzig 1738), zu Digesta 9,2, *exerc.* XIV, § 20; *Lauterbach*, Collegii Theoretico-Practici (Tübingen 1725), *lib.* IX, *tit.* II, § 9.

[71] Etwas anders *Bürge*, in: FS für Canaris I (Fn. 53), 59 ff., 75 ff. Bürge datiert den Wandel erst auf die 1860er Jahre, insbesondere auf *Jhering*, Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht, Roth 1867. Aber das liest Savigny vielleicht zu sehr durch eine kantische Brille und wird der Lehre der ersten Jahrhunderthälfte (unten bei Fn. 75 ff.) wohl nicht gerecht.

auch im österreichischen ABGB; hier statuierte § 1296 sogar ausdrücklich die „Vermuthung, dass ein Schade ohne Verschulden eines Anderen entstanden sey".[72] Besonders heftig fiel dieser Wetterwechsel, der sich – außerhalb des Einflussgebiets des *Code civil*[73] – überall in Europa beobachten lässt, in Deutschland aus.[74] Die Jurisprudenz orientierte sich wieder eng an den römischen Aktionen;[75] gegen die fest etablierte Rechtsprechung hielt die Lehre sogar an den Privatstrafen des römischen Rechts fest.[76] Entsprechend wurde der Verschuldensgrundsatz in der deutschen Lehre zu einem „Axiom",[77] das eine Haftung für *negligence without fault* bzw. für *culpa levissima* ausschließen sollte.[78]

Vorbereitet war diese Sicht auf das Deliktsrechts in der Vernunftrechtslehre, insbesondere bei Autoren wie *Samuel Pufendorf* und *Christian Wolff*, die die deliktische Haftung generalpräventiv als Sanktion für die Verletzungen bürgerlich-rechtlicher Pflichten konzipiert hatten;[79] auf *Wolff* ging da-

---

[72] Zur Gesetzgebungsgeschichte, insbesondere auch zum Einfluss Franz von Zeillers, *Hausmaninger*, in: id. (Hg.), Developments in Austrian and Israeli private law, 1999, 113–135, insbesondere 126–128, 130.

[73] Der Begriff des Verschuldens in Art. 1382 *Code civil* wurde durch die Brille älterer Autoritäten (Domat, Pothier) gelesen und sollte weiterhin auch allerleichteste Fahrlässigkeit bzw. *culpa levissima* einschließen; näher *Rotondi*, Dalla ‚Lex Aquilia' all'art. 1151 Cod. Civ., in: *id.*, Scritti Juridici Bd. 2, 1922, 465, 549 ff.; *Hoffmann*, Die Abstufung der Fahrlässigkeit in der Rechtsgeschichte, 1968; *Halpérin*, in: Jansen, Development (Fn. 64), 73, 75 ff. Die Übersetzung nach Sz. 1382 Badisches Landrecht lautete entsprechend: „Jede unrechte That eines Menschen, welche einen Andern beschädigt, verbindet den Thäter zur Entschädigung." Der Kommentarliteratur war bewusst, dass damit eine besonders weitreichende Verantwortlichkeit normiert war: *Brauer*, Erläuterungen über den Code Napoleon und die Großherzogliche Badische bürgerliche Gesetzgebung, Bd. 5, Karlsruhe 1811, 372 f.

[74] *Jansen*, Development (Fn. 64), 8–15.

[75] *Ernst*, in: Schrage (Hg.), Negligence, 2001, 343 ff.; allgemein *Zimmermann*, Roman Law, Contemporary Law, European Law, 2001, 11 ff.

[76] *Thibaut*, System des Pandekten-Rechts, 4. Aufl., Jena 1814, Bd. I, §§ 66–68; *Puchta*, Lehrbuch der Pandekten, 9. Aufl., Leipzig 1863, §§ 230, 261; *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, 7. Aufl., Frankfurt a.M. 1891, Bd. II, § 326.

[77] So bereits *Pufendorf*, De iure naturae et gentium libri octo (cum integris commentariis *Io. Nic. Hertii* atque *Io. Barbeyraci*, Frankfurt/Leipzig 1759), *lib.* I, *cap.* V, § 5: „axioma in moralibus"; *Thibaut* I (Fn. 76), § 250; *Puchta* (Fn. 76), §§ 264–267; besonders wirkmächtig *von Jhering* (Fn. 71), 6, 40 und *passim*; Motive, in: Mugdan (Hg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin 1899, Bd. II, 15: „höheres juristisches Axiom".

[78] *Thibaut* I (Fn. 76), § 253; *Puchta* (Fn. 76), § 266; maßgeblich *Hasse*, Die Culpa des Römischen Rechts, 2. Aufl., Bonn 1838, 65 ff., 90 ff.

[79] *Pufendorf*, De iure naturae (Fn. 77), I, III; *id.*, De officio hominis et civis iuxta legem naturalem libri duo (Cambridge 1682), *lib.* I, *cap.* VI; *Wolff*, Grundsätze des Natur-

bei der Begriff der unerlaubten Handlung zurück,[80] mit dem bereits die pandektistische Lehre das Deliktsrecht konzipiert hat.[81] Im 20. Jahrhundert hat man dies Haftungsmodell häufig auf Ideen des politischen und ökonomischen Liberalismus zurückgeführt.[82] Und in der Tat: Zeitgenossen erklärten die neuen Regeln als eine politisch motivierte Einschränkung des früheren Rechts,[83] die die gleichermaßen dynamische und gefahrträchtige Industrie begünstigen sollte.[84] Freilich hatten *Wolff* und später insbesondere *Kant* die Schadensersatzpflicht zugleich vom verletzten Recht her als *obligatio ex dominio* begründet;[85] *Kant* und eine Reihe jüngerer Naturrechtslehrer hatten sich folgerichtig für eine grundsätzlich strikte Haftung

---

und Völckerrechts, Halle 1754 (deutsche Ausgabe der *Institutiones iuris naturae et gentium*), §§ 87, 88; zum Ganzen *Jansen*, Haftungsrecht (Fn. 31), 337–342, 349–359 m.w.N.

[80] *Wolff*, Grundsätze (Fn. 79), §§ 87, 88; der Begriff fand dann Eingang ins ALR (Theil I, Titel VI: „Von den Pflichten und Rechten, die aus unerlaubten Handlungen entstehn").

[81] *Heise*, Grundriss eines Systems des Gemeinen Civilrechts zum Behuf von Pandecten-Vorlesungen, 3. Aufl., Heidelberg 1819, 35 (§ 160), bemerkenswerterweise ohne Literaturhinweis; *Puchta* (Fn. 76), § 261; *Windscheid* I (Fn. 76), § 101: „unerlaubtes Verhalten". Siehe auch schon *Thibaut* I (Fn. 76), §§ 131, 249 („unerlaubte Handlungen") – allerdings hat Thibaut die allgemeinen Lehren zu den römischen Delikten unter dem Oberbegriff „Verbrechen" vorgetragen und sämtliche Sanktionen als (öffentliche oder private) Strafen begriffen: *loc. cit.*, §§ 63–67. Bei den unerlaubten Handlungen und der Lehre vom Verschulden ist das Deliktsrecht nur beiläufig Thema: § 254.

[82] *Esser*, Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, 2. Aufl., 1969, 54 ff.; *Kötz* AcP 170 (1970), 1 ff.; *Brüggemeier* AcP 182 (1982), 385, 393 ff.; siehe auch *Dilcher* AcP 184 (1984), 247, 263 f., 274; *Katzenmeier*, Arzthaftung, 2002, 154–156 (zum BGB).

[83] *Ludwig*, Erläuterung der Rechts-Theorie vom Schadens-Ersatz …, Bd. I, Glogau 1812, 15 f.; vgl. auch *von Wächter*, Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts, Bd. II, Stuttgart 1842, 783 ff.

[84] *von Zeiller*, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, Wien/Triest 1811 f., § 1295, *n.* 5. Ähnlich Zeillers Einlassungen im Gesetzgebungsprozess; dazu *Hausmaninger* (Fn. 72), 126 f. m.w.N. Vgl. zum Ganzen auch *Benöhr* Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 46 (1978), 1, 11–15.

[85] *Wolff*, Ius naturae methodo scientifica pertractatum, *pars* II, Halle 1742, §§ 578–580; *id.*, Grundsätze (Fn. 79), §§ 269 f. Die Theorie Wolffs ist an diesem Punkt wenig eindeutig. Die geschützten Eigentumsrechte begründen unmittelbar offenbar nur ein Verletzungsverbot (*neminem laedere*); erst dessen Verletzung wird zweitstufig durch die Schadensersatzpflicht sanktioniert; zugleich öffnet er das Recht durchgängig gegenüber moralischen Wertungen. Entsprechend ist mal von einem Verschuldenserfordernis die Rede (*damnum dolo vel culpa datum*: ius naturae II, § 580; Institutiones iuris naturae et gentium, Halle 1750, § 270), mal von „vorsetzlicher und unvorsetzlicher Schaden" (Grundsätze, § 270). Näher zur Pflichtenlehre Wolffs und zum Problem *Gisawi* (Fn. 32), 71 ff., insbesondere 81–84 m.w.N.

für Rechtsverletzungen ausgesprochen.[86] Rechtspolitisch hatte die Historische Schule gegen strikte Haftungen weniger einzuwenden, als man im 20. Jahrhundert glaubte, im Gegenteil: Vater der modernen deutschen Gefährdungshaftungen (§ 25 des preußischen Eisenbahngesetzes von 1838) ist bekanntlich *Friedrich Carl von Savigny* – freilich nicht in seiner Rolle als Wissenschaftler, sondern in der des Staatsministers.[87]

Aus Sicht der Rechtsdogmatik des 19. Jahrhunderts war entscheidend offenbar die systemtragende Maxime, das Privatrecht juristisch, nicht politisch zu begründen. Das machte die naturrechtliche Vorstellung des Delikts als einer *laesio* bzw. Rechtsverletzung so attraktiv: Ein Delikt bestand in einer Überschreitung der Grenzen des – je nach Stand objektiven oder subjektiven – Rechts. Jenseits des evidenten Satzes, dass haften musste, wer einen anderen in diesem Sinne rechtswidrig schuldhaft geschädigt hatte, begann das Feld politischer Kontroverse. Aus Sicht der Historischen Schule war das Naturrechtsmodell des Deliktsrechts zudem schon deshalb besonders plausibel, weil es viel besser zu den Quellen passte als die gemeinrechtliche Praxis des 18. Jahrhunderts. Die Wissenschaft fragte deshalb gar nicht erst nach der normativen Überzeugungskraft dieses Deliktsrechtsmodells, sondern sah ihre Aufgabe darin, das römisch-vernunftrechtliche Konzept der Rechtswidrigkeit (*iniuria*) als dogmatische Kategorie neu zu erschließen.[88]

Man darf zweifeln, wie weit dies Modell zur Rechtswirklichkeit des ausgehenden 19. Jahrhunderts passte. In den 1870er Jahren hatte der Verschuldensgrundsatz seine axiomatische Evidenz jedenfalls wieder verloren. Eine intensive Diskussion der Wertungsgrundlagen des Haftungsrechts in diesen Jahrzehnten zeigt vielmehr deutlich, dass dieser Grundsatz als rechtspolitisches Problem wahrgenommen wurde.[89] Und mit der Verkehrspflichtenjudikatur hatte auch die Rechtsprechung längst auf Gefährdungslagen im sozialen Zusammenleben reagiert.[90] Gleichwohl prägen das Naturrechtsmodell

---

[86] *Kant*, Metaphysik der Sitten, 2. Aufl., Königsberg 1798, 97; Gleiches gilt für Kantianer wie Hepp oder von Zeiller. Näher *Jansen*, Haftungsrecht (Fn. 31), 350; *Bürge* (Fn. 71), 61 ff., jeweils m.w.N. Bürge erklärt auch die politische Aktivität Savignys auf der Grundlage einer vom verletzten Recht her gedachten Deliktsrechtskonzeption.

[87] *Baums* ZRG (germ.) 104 (1987), 277 ff.; *Bürge* (Fn. 71), 59 f.

[88] HKK III/*Schiemann* (Fn. 28), §§ 823–830, 840, 842–853, Rn. 57–62.

[89] Wichtige Stimmen waren Edgar Loening, Joseph Unger, Rudolf Merkel, Emil Steinbach oder Victor Mataja; zusammenfassend *Jansen*, Haftungsrecht (Fn. 31), 377–385 m.w.N.

[90] *Kleindiek*, Deliktshaftung und juristische Person, 1997, 41–81; *Bilstein*, Das deliktische Schadensersatzrecht der Lex Aquilia in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, 1994, 25 ff., 39 ff.; *Seiler*, in: FS für Hermann Lange (Fn. 53), 245–264, 255 f.; *Zimmermann/Verse*, in: Falk/Mohnhaupt (Hg.), Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter. Zur Reaktion der Rechtsprechung auf die Kodifikation des deutschen

und die pandektistische Rechtswidrigkeitsdogmatik das BGB.[91] Bereits früh beschloss man, die Gefährdungshaftungen nicht mit in die Kodifikation aufzunehmen, sondern spezialgesetzlich zu regeln.[92] Dabei ist es bis heute geblieben, trotz der Schuldrechtsreform. Die Gefährdungshaftung gilt als politisches Recht, das das System des bürgerlichen Rechts nicht stören soll. Die Lehre hat das ins Bild von einem „zweispurigen Haftungsrecht" gefasst und mit dem Gegensatz von ausgleichender und distributiver Gerechtigkeit zu rationalisieren versucht.[93]

Nun hatte diese Dogmatik zwar nicht zur Folge, dass „die wesentlichen Weiterentwicklungen am Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs vorbeilaufen" mussten, wie dies in den 1970er und 80er Jahren mancher fürchtete.[94] Denn dass die deutsche Rechtsprechung, entgegen dem österreichischen Vorbild,[95] Gefährdungshaftungen nicht analog anwenden mag,[96] hat bekanntlich keine Schutzlücken gerissen. Ohne zu zögern helfen Richter regelmäßig mit einer Fahrlässigkeits-[97] oder Aufopferungshaftung.[98] Das entscheidende Problem besteht vielmehr darin, dass die Dogmatik das Recht, wie es in der Praxis gilt, nicht mehr zu beschreiben und die zentralen haftungssteuernden Wertungen nicht anzusprechen vermag. So ist es heute Allgemeinwissen, dass die Übergänge zwischen dem Deliktsrecht, der Gefährdungshaftung und der

---

Privatrechts (1896–1914), 2000, 319, 333 f.; HKK III/*Schiemann* (Fn. 28), §§ 823–830, 840, 842–853, Rn. 96 f.

[91] Zur Redaktion HKK III/*Schiemann* (Fn. 28), §§ 823–830, 840, 842–853, Rn. 16–30 m.w.N.

[92] Kritisch *Kötz*, Gefährdungshaftung. Empfiehlt sich eine Vereinheitlichung und Zusammenfassung der gesetzlichen Vorschriften über die Gefährdungshaftung im BGB und erscheint es erforderlich, das Recht der Gefährdungshaftung weiterzuentwickeln?, in: Schuldrechtsreformgutachten II (Fn. 30), 1779–1834, 1792 ff. m.w.N. Die rechtspolitischen Diskussionen im Vorfeld und bei der Gesetzgebung zeichnet nach *Benöhr* Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 46 (1978), 1, 10–31.

[93] Grundlegend *Esser* JZ 1953, 129 ff.; heute statt aller *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, 13. Aufl., 1994, 604–609 (§ 84 I.2.).

[94] So der damalige Ministerialrat *Alfred Wolf* 1981 vor der Zivilrechtslehrervereinigung: AcP 182 (1982), 80, 90.

[95] *Koziol*, Bewegliches System und Gefährdungshaftung, in: Bydlinski u.a. (Hg.), Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, 1986, 51 ff.; *id./Apathy/Koch*, Österreichisches Haftpflichtrecht, Bd. III. Gefährdungs-, Produkt- und Eingriffshaftung, 3. Aufl., 2014, 371–384 m.N. auch zur Rspr.

[96] Statt aller MünchKommBGB/*Wagner* (Fn. 38), Vor § 823, Rn. 24 m.w.N.

[97] Zum Befund zustimmend MünchKommBGB/*Wagner* (Fn. 38), Vor § 823, Rn. 25 f., der das freilich kritisch beurteilt.

[98] HKK III/*Schiemann* (Fn. 28), §§ 823–830, 840, 842–853, Rn. 87; skeptisch MünchKommBGB/*Wagner* (Fn. 38), Vor § 823, Rn. 27. Hierher gehören insbesondere auch die vielen Fälle, in denen die Rechtsprechung § 906 Abs. 2, S. 2 BGB analog anwendet.

Aufopferungshaftung fließen.[99] Alle diese Ansprüche bilden gleichermaßen einen Ausdruck individueller Verantwortlichkeit.[100] Dieser Befund lässt sich jedoch nur aus einer Außenperspektive beschreiben, nicht dogmatisch zum Ausdruck bringen.[101] Er passt von vornherein nicht ins Bild vom zweispurigen Haftungsrecht. Dogmatisch gibt es nämlich keinen gleitenden Übergang zwischen rechtmäßigem Verhalten und einer rechtswidrig-schuldhaften Verletzung rechtlicher Grenzen. Es ist deshalb ausgesprochen schwierig, zu erklären, warum beispielsweise die bessere Versicherbarkeit, Pflichtversicherungen oder Direktansprüche des Geschädigten zu einer Verschärfung von Verkehrssicherungspflichten führen sollen. Bessere Versicherbarkeit hat nichts mit Verhaltensstandards zur Gefahrenabwehr zu tun. Gleichwohl gilt faktisch seit fast 100 Jahren: *assurance oblige*.[102] Wenn Juristen in ihrer Dogmatik keinen Platz für solche Wertungen finden, geht es ihnen wie Menschen, die ihr zwanghaftes Verhalten nicht steuern können, weil sie ihre unbewussten Motive nicht kennen.

Manche werden einwenden, dass ich Fehlentwicklungen beschreibe. Schon im 19. Jahrhundert, erst recht aber im 20. Jahrhundert, zankt die Wissenschaft mit der Rechtsprechung. Man ignoriert einschlägige Stellungnahmen von Richtern[103] und hält der komplexen Wirklichkeit ein dogmatisch einfaches Naturrechtssystem entgegen.[104] Man dürfe die Anforderungen nicht überspannen, die Haftungsverhältnisse müssten „dem Prinzip der

---

[99] Zur Gefährdungshaftung *von Bar*, Verkehrspflichten, 1980, 103 ff., 128 ff.; *Larenz/Canaris* (Fn. 93), 610 f. (§ 84 I.3.b). Besonders deutlich wird dieser Befund aus vergleichender Perspektive: *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts, 2010, Rn. 1/20 f.; *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., 1996, 642 ff.; *Palmer* Tulane LR 62 (1988), 1303, 1304 ff. Allgemein *Jansen*, Haftungsrecht (Fn. 31), 552–555 m.w.N.

[100] Näher *Jansen* Oxford Journal of Legal Studies (OJLSt) 34 (2014), 221–252.

[101] Vgl. etwa die widersprüchliche Formulierung bei *Stoll* AcP 176 (1976), 145, 154 ff., 161 ff., 195: Verkehrspflicht, die „ein gewisses Erfolgsmoment einschließt".

[102] So der Titel des Aufsatzes von *A. Ehrenzweig* Law and Contemporary Problems 15 (1950), 445–454; zum Ganzen *von Caemmerer*, Wandlungen (Fn. 62), 63 f.; *von Bar* (Fn. 99), 46 ff.; *id.* AcP 181 (1981), 289, 301, 313 ff.; *R. Stürner* VersR 1984, 297 ff.; *Brüggemeier* AcP 182 (1982), 385, 412 ff.

[103] Siehe insbesondere *Steffen* (seinerzeit der Vorsitzende des Haftungssenats des BGH) VersR 1980, 409, 410; *id.*, Karlsruher Forum 1985, 33; *id.* ZVersWiss 82 (1993), 13–37; ferner RGRK/*Steffen*, Bd. II/5, 12. Aufl., 1989, § 823, Rn. 114 ff. Die Wissenschaft ist über diese für das Verständnis der Rechtsprechung ausgesprochen hilfreichen Stellungnahmen ohne nähere Diskussion hinweggegangen.

[104] *Hofacker*, Verkehrssicherungspflicht, 1929, *passim*; *id.* BayVBl. 79 (1931), 365, 366; *Esser* JZ 1953, 129, 130 ff.; *Fraenkel*, Tatbestand und Zurechnung bei § 823 Abs. 1 BGB, 1979, 20 ff.

Selbstverantwortung und Selbstbestimmung entsprechen".[105] Aber das ist eine Wertung der Privatrechtsgesellschaft des 19. Jahrhunderts. Ihre Fiktion freier und gleicher Bürger war nirgends so kontrafaktisch wie im Haftungsrecht. Denn hier treffen stets Ungleiche aufeinander; auch im Kleinen setzen Menschen ihre Mitbürger in ganz unterschiedlichem Maße Gefahren aus bzw. erweisen sich im sozialen Zusammenleben als verletzlich: Beispiele sind der alltägliche Verkehrsunfall mit Kindern, auslaufendes Wasser, das in der Wohnung darunter Schaden verursacht, oder auch der gebrechliche Alte im Supermarkt. Das Recht müsste seinen Gerechtigkeitsanspruch verfehlen, wenn es in asymmetrischen Gefährdungslagen keinen Ausgleich für ungleich verteilte Risiken fände.[106]

Hinzu kommt, dass das Haftungsrecht durch die teils obligatorischen Haftpflichtversicherungen viel enger als andere Teile des Privatrechts mit den Instrumenten staatlicher Regulierung, insbesondere den kollektiven Sicherungssystemen, verbunden ist.[107] Seine gesellschaftliche Funktion besteht insoweit zuvörderst darin, Risikosphären abzugrenzen und gegebenenfalls individuelle Schäden auf die nächsten Risikoträger überzuwälzen.[108] Gerade auch damit schafft das heutige Recht Freiheitsräume – das wird in der Diskussion häufig übergangen: Die freiheitliche Wertung, dass Gefährdungen erlaubt werden können, solange zumindest sichergestellt ist, dass etwaige Schäden kompensiert werden, ist im deutschen Recht ebenso ubiquitär wie der Gedanke, dass eine Haftpflicht zumutbar sei, weil sie einfach versichert werden kann. Deshalb ist es richtig, dass die Beachtung öffentlich-rechtlicher Sicherheitsstandards nach ständiger Rechtsprechung nicht in jedem Fall von einer deliktischen Verantwortlichkeit für gleichwohl verursachte Schäden entbindet.[109] Auch die Judikatur zur Abgrenzung deliktischer Warn- und Rückrufpflichten macht augenscheinlich, wie problematisch es ist, haftungsrechtliche Risikosphären dogmatisch mit den Grenzen erlaubten Verhaltens zu parallelisieren.[110] Genau das geschieht indes mit

---

[105] *Zöllner* AcP 188 (1988), 85, 95.

[106] *Jansen* OJLSt 34 (2014), 221, 236–248.

[107] HKK III/*Schiemann* (Fn. 28), §§ 823–830, 840, 842–853, Rn. 5 f., 107 ff.; für einen Überblick MünchKommBGB/*Wagner* (Fn. 38), Vor § 823, Rn. 28–33; vergleichend *id.*, in: Zimmermann (Hg.), Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts, 2003, 189–340, 305–338. Kritisch („privatrechtsfremd") *Zöllner* AcP 188 (1988), 85, 96.

[108] HKK III/*Schiemann* (Fn. 28), §§ 823–830, 840, 842–853, Rn. 6.

[109] MünchKommBGB/*Wagner* (Fn. 38), § 823, Rn. 358 ff. mit einem umfassenden Rechtsprechungsüberblick; w.N. zur älteren Literatur bei *Jansen*, Haftungsrecht (Fn. 31), 11.

[110] BGHZ 179, 157, 160–167 (2008): Wo der Hersteller davon ausgehen dürfe, dass eine Warnung für eine effektive Gefahrenabwehr genüge, sei ein Rückruf nicht erforderlich; Meinungsstand im Übrigen bei MünchKommBGB/*Wagner* (Fn. 38), § 823,

der Verknüpfung der Haftung mit rechtswidrigen Schädigungen. Zwar müssen haftungsrechtliche Sorgfaltsstandards selbstverständlich durch den zumutbaren Kostenaufwand und den Vertrauensgrundsatz begrenzt werden.[111] Aber nur bei Alltagstätigkeiten kann rechtstreues Verhalten stets von einer Haftpflicht entbinden.[112]

Kurzum: Will man das Recht nicht auf den Stand der Naturrechtstheorie zurückführen, muss man seine Dogmatik anpassen. Für das Haftungsrecht in seiner heute geltenden Form erweist sich ein – wie rudimentär auch immer[113] – verhaltensbezogener Rechtswidrigkeitsbegriff als dysfunktional. Im BGB steht dieser Begriff nur deshalb im Zentrum des Deliktsrechts, weil das Gesetz hier auf der Grundlage der pandektistischen Dogmatik und ohne historisch-kritische Reflexion formuliert war; die Terminologie des Gesetzes bildet daher keinen guten Grund, die haftungsrechtliche Verantwortlichkeit auch weiterhin an genuine Verhaltenspflichten zu binden.[114] Mit dem Rechtswidrigkeitserfordernis stellt das Gesetz heute lediglich klar, dass Rechtfertigungstatbestände auch die Haftung ausschließen; freilich gilt das auch bei der Gefährdungshaftung.[115] Daneben ist der Begriff der Rechtswidrigkeit allenfalls für die tatbestandliche Beschreibung des Schutzbereichs des Haftungsrechts hilfreich: Ein Schadensersatzanspruch lässt sich nur begründen, wo die Schädigung einen Eingriff in den Zuweisungsgehalt eines subjektiven Rechts des Verletzten bedeutet.[116] Ungeeignet ist das Konzept der Rechtswidrigkeit

---

Rn. 677–683. Auch Protagonisten einer Engführung von Haftung und Verhaltenspflicht sehen das kritisch, weil, wo die vernünftige Reaktion auf eine Warnung einen Ausgleichsanspruch ausschließe, unvernünftiges Verhalten prämiert werde: *Wagner* JZ 2009, 908, 910.

[111] Statt aller MünchKommBGB/*Wagner* (Fn. 38), § 823, Rn. 338–346.

[112] Vgl. OLG Hamm NJW-RR 2002, 90 f.; LG Arnsberg VersR 2006, 422 f. (keine Haftung, wenn man einen Schritt zurücktritt und ein anderer dadurch stürzt); AG Siegburg NJW-RR 2001, 1390 f. (keine Haftung, wenn Steine am Schuh ein Parkett zerkratzen). In der Literatur gelten diese Entscheidungen als Nachweis der Tatsache, dass der Verschuldensgrundsatz nach wie vor eine Rolle im Haftungsrecht spiele: *Kolb*, Auf der Suche nach dem Verschuldensgrundsatz, 2008, 51 ff.

[113] Auch die Lehre vom Erfolgsunrecht bezieht das Rechtswidrigkeitsurteil bekanntlich auf die Schädigungshandlung; statt aller *Larenz/Canaris* (Fn. 93), 365 f. (§ 75 II.3.b).

[114] So indes MünchKommBGB/*Wagner* (Fn. 38), § 823, Rn. 11 f.

[115] Näher *Jansen*, Haftungsrecht (Fn. 31), 584–587. Aus haftungsrechtlicher Perspektive geht es eigentlich gar nicht um die Frage, ob der Schädiger die schädigende Handlung vornehmen durfte, sondern ob ihm der Eingriff in den fremden Rechtskreis haftungsfrei erlaubt war. Man sollte die Vorstellung eines Erlaubnistatbestands deshalb durch den Gedanken einer haftungsausschließenden Eingriffsbefugnis ersetzen.

[116] Vgl. *Helms*, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, 2007, 10 f.;

demgegenüber für das Verständnis des heutigen Rechts der Verkehrspflichten und der Fahrlässigkeit.

Dass die Vorstellung rechtswidrigen Verhaltens insoweit entbehrlich ist, zeigt übrigens nicht zuletzt ein Seitenblick auf die Dogmengeschichte des Mitverschuldens.[117] Bekanntlich gelten für die haftungsrechtliche Fremdverantwortlichkeit und die Eigenverantwortlichkeit nach § 254 BGB schon aus Gründen der Gleichbehandlung von Schädigern und Geschädigten grundsätzlich gleiche Maßstäbe.[118] Dabei steht für das Mitverschulden heute fest, was lange umstritten war: dass die Anspruchskürzung gerade nicht auf der Verletzung von Rechtspflichten zum Selbstschutz[119] beruht.[120] Was im Deliktsrecht als Verkehrspflicht konzipiert wird, gilt bei § 254 BGB als Obliegenheit.[121] Auch erlaubtes Verhalten kann eine haftungsausschließende Mitverantwortlichkeit begründen.[122] Auf diese Weise lassen sich Risikobereiche im Rückgriff auf Sorgfaltsstandards beschreiben, ohne dass man einen Mangel an Sorgfalt notwendig als rechtswidrig qualifizieren müsste. Auch deliktische

---

Jansen, Haftungsrecht (Fn. 31), 570 ff. Näher unten VIII., auch zu den Fällen einer Schutzgesetzverletzung.

[117] Näher, auch zum Folgenden, HKK II/*Jansen* (Fn. 28), § 254, Rn. 38–49 m.w.N.

[118] Besonders deutlich *Oftinger*, Haftpflichtrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 1975, 160: „Selbstverschulden" als „Verhalten …, das bei anderer Rollenverteilung ein Verschulden darstellen würde"; *Looschelders*, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, 1999, 116 ff., 126 ff.

[119] Rechtspflichten zum Selbstschutz lagen der Theorie *Christian Wolffs* zugrunde, auf den der Gedanke der quotalen Anspruchskürzung wegen Mitverschuldens zurückgeht: Philosophia practica universalis methodo scientifica pertractata, Halle 1744, *pars* I, § 724; *id.*, Ius naturae methodo scientifica pertractatum, *pars* I, Halle 1744, *cap.* II (§§ 169 ff.): „De officiis hominis erga seipsum"; *id.*, Grundsätze (Fn. 79), §§ 133, 255, 269. Zum BGB in diesem Sinne *von Liszt*, Die Deliktsobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1898, 81 ff., 84; Planck/*André*, Bürgerliches Gesetzbuch 3. Aufl., 1907, § 254, Anm. 1 ff. Auf dem Boden nationalsozialistischer Ideologie *Fritz Baur*, Entwicklung und Reform des Schadensersatzrechts, 1935, 68 f., 74 f.; *Larenz*, Vertrag und Unrecht, 2. Teil: Die Haftung für Schaden und Bereicherung, 1937, 101.

[120] *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 3. Aufl., 2003, 550 f.; *Looschelders*, Mitverantwortlichkeit (Fn. 118), 180 ff., jeweils m.w.N. Siehe auch BGHZ 33, 136, 142 f.; BGH NJW 1984, 354.

[121] *R. Schmidt*, Die Obliegenheiten, 1953, 105 ff.; Soergel/*R. Schmidt*, 10. Aufl., 1967, § 254, Rn. 14. Seither fast allgemeine Meinung; siehe nur *Ballerstedt* ZHR 121 (1958), 78, 83; *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl., 1996, Rn. 567 ff.; Staudinger/*Medicus*, 12. Aufl., 1983, § 254, Rn. 30 f., 34 ff.; Staudinger/*Schiemann*, 13. Bearb., 1998, § 254, Rn. 30 f.; ausführlich *Looschelders*, Mitverantwortlichkeit (Fn. 118), 195 ff., 219 ff. m.w.N.

[122] BGHZ 115, 84, 86 ff.: vorschriftgemäße Massentierhaltung. Anders in einem vergleichbaren Fall („Intensivhaltung" von Hühnern) OLG Düsseldorf NJW 1968, 555 f.

Verkehrspflichten sollte man deshalb als hypothetische Imperative konzipieren, wie *Looschelders* das für Verhaltensnormen im Rahmen des § 254 BGB vorgeschlagen hat.[123]

Mit alldem ist die Rechtswidrigkeit also nurmehr für die negatorischen Ansprüche von zentraler Bedeutung.[124] Auch wenn Verkehrspflichten einen Ausdruck der berechtigten Sicherheitserwartungen von Verkehrsteilnehmern bilden, hat, wer durch eine Verkehrspflicht geschützt wird, kein subjektives Recht, dass der Pflichtige diese „Pflicht" tatsächlich befolgt. Es besteht deshalb auch kein überzeugender Grund, die Verletzung einer Verkehrspflicht als rechtswidrig zu qualifizieren. Wer einen Supermarkt betritt, darf zwar erwarten, dass der Boden nicht rutschig ist. Er hat aber keinen Anspruch, dass alle 15 Minuten gewischt wird.[125] Diese Verkehrspflicht ist lediglich haftungsrechtlich sanktioniert; die Interessen von Unfallopfern sind insoweit also nur sekundär durch Schadensersatz geschützt.

III. Bereicherungsrecht

Das Deliktsrecht erweist sich mit alldem als ein Paradebeispiel dafür, wie das begrifflich-dogmatische Gerüst eines Instituts im Laufe seiner Geschichte dysfunktional werden kann, wenn sich die Funktionen eines seit zweieinhalbtausend Jahren von Generation zu Generation weitertradierten Instituts fundamental wandeln. Etwas anders liegt es im Bereicherungsrecht. Denn in seiner begrifflich-dogmatischen Substanz bildet das deutsche Bereicherungsrecht kein Erbe des römischen Rechts, sondern erst ein Ergebnis der Diskussionen im 19. Jahrhundert. Eine historische Analyse wäre deshalb überflüssig, wenn sich das Regelwerk des BGB und seine begrifflich-dogmatischen Grundlagen bewährt hätten. Genau das ist indes nicht der Fall; völlig zu Recht begann *Detlef König* sein Schuldrechtsreformgutachten 1981 mit einer langen Liste der „Ungereimtheiten der gesetzlichen Regelung".[126] Die Rechtsgeschichte kann hier dazu beitragen, die Probleme zu verstehen – und damit auch zu bewältigen –, unter denen die Dogmatik leidet: Das Bereicherungsrecht bildet geradezu ein Musterbeispiel für die Eigenlogik dysfunktionaler

---

[123] *Looschelders*, Mitverantwortlichkeit (Fn. 118), 208 f., 211 ff.; zustimmend *Lange/Schiemann* (Fn. 120), 551 f.

[124] Dazu *Wagner*, in: FS für Medicus (Fn. 53), 589–610, 600–603. Siehe noch unten VII.3.

[125] Erst recht kann man natürlich nicht verlangen, dass der Geschäftsführer diese „Pflichten" regelmäßig überwacht. Tut er dies nicht, so muss er freilich haften: OLG Köln VersR 1997, 1113 f.; OLG Karlsruhe VersR 2005, 420 f.

[126] *König* (Fn. 30), 1520.

dogmatischer Entwicklungen. Um das zu verstehen, genügt es freilich nicht, die Diskussionen des ausgehenden 19. Jahrhunderts und die Gesetzgebungsgeschichte des BGB zu rekonstruieren, wie dies *König* und in jüngerer Zeit *Helms* und *Thomale* vorbildlich getan haben.[127] Die Probleme liegen tiefer. Sie beruhen darauf, dass das moderne Recht unter dem Begriff der ungerechtfertigten Bereicherung ganz unterschiedliche Rechtsgedanken verwoben hat, die letztlich nichts miteinander zu tun haben. Das moderne deutsche Bereicherungsrecht bildet damit ein Zwittergewächs, das auf zwei gedanklich selbständigen Wurzeln gewachsen ist.[128]

1. Die römischen Kondiktionen

Nur eine dieser Wurzeln reicht zu den Kondiktionen des römischen und gemeinen Rechts zurück. Diese Klagen wurden allerdings nicht als Bereicherungsansprüche im modernen Sinne verstanden,[129] wonach der Anspruch einen ungerechtfertigten Vermögensvorteil aus dem Vermögen des Schuldners abschöpfen soll und deshalb auf die Bereicherung beschränkt ist.[130] Die römischen Juristen schauten vielmehr auf die ursprüngliche Vermögensbewegung. Wo es diese rückgängig zu machen galt, gaben sie dem Gläubiger eine *condictio*: eine Klage, die ursprünglich gar nicht für Rückforderungsansprüche, sondern zur Durchsetzung vertraglicher Leistungsversprechen geschaffen war,[131] und bei der der Beklagte dementsprechend – jedenfalls bei vertretbaren Sachen – auch durch zufälligen Untergang nicht frei wurde.[132] Dabei war der Tatbestand dieser Klage allerdings abstrakt, also inhaltlich nicht näher spezifiziert. Sie ließ sich deshalb auch für ganz andere Fallgruppen einsetzen: für Rückzah-

---

[127] *König* (Fn. 30); *id.*, Ungerechtfertigte Bereicherung. Tatbestände und Ordnungsprobleme in rechtsvergleichender Sicht, 1985; *Helms* (Fn. 116); *Thomale*, Leistung als Freiheit. Erfüllungsautonomie im Bereicherungsrecht, 2012.

[128] In der Formulierung ähnlich *Esser*, Schuldrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., 1960, 776 (§ 189). Esser hat dies Argument allerdings nicht ausgeführt und in späteren Auflagen historische Aspekte fallengelassen.

[129] *Kupisch*, Ungerechtfertigte Bereicherung: geschichtliche Entwicklungen, 1987, 1–27; *von Lübtow*, Beiträge zur Lehre von der Condictio nach römischem und geltendem Recht, 1952, 20: „Die condictio … war weder eine Klage aus der noch auf die Bereicherung". Näher *Jansen* ZRG (rom.) 120 (2003), 106, 110–123; *Lohsse*, Aequitas Martiniana, Habilitationsschrift Bonn, erscheint demnächst, §§ 4–6, insbesondere § 6 I.

[130] *von Tuhr*, in: FS für Ernst Immanuel Bekker, 1907, 291–322, 297, 303; anschaulich *Zimmermann* OJLSt 15 (1995), 403 f.

[131] Statt aller *Kaser/Hackl*, Römisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., 1996, 111–113 m.w.N.; *Liebs*, in: The Legal Mind, Essays for Tony Honoré, 1986, 163, 164 ff.; w.N. bei *Jansen* ZRG (rom.) 120 (2003), 106, 110 ff.

[132] *Paulus*, Digesten 12,1,2; *Pomponius*, Digesten 12,6,7; näher statt aller *Zimmermann*, The Law of Obligations, paperback ed., 1990, 897 f. m.w.N.

lungsansprüche aus formlosen Darlehen (*mutuum*) oder, wo die pönale Diebstahlsklage ausschied,[133] zur Rückforderung entwendeter Gegenstände (*condictio furtiva*).[134] Nicht zuletzt aufgrund ihrer strikten Rechtsfolge musste der Anwendungsbereich der Kondiktionen freilich beschränkt bleiben: Neben die Vertrags- und Entwendungsfälle traten noch die auch heute bekannten Fälle fehlgeschlagener Leistungen (*condictio indebiti*, *condictio ob rem* etc.).[135] Eine genuine Eingriffskondiktion im modernen Sinne haben die Römer demgegenüber nicht gekannt,[136] weil sie subjektive Rechte wie das Eigentum nicht als Gründe für umfassenden Rechtsschutz konzipiert haben,[137] und weil die strikte Rechtsfolge der *condictio* hier nicht passte. Aus demselben Grund haben die Römer die *condictio* auch nicht für Ansprüche auf Verwendungsersatz herangezogen – insoweit kamen allenfalls Geschäftsführungsklagen in Betracht.[138] Wenn die Römer und spätere Generationen gemeinrechtlicher Juristen die römischen Kondiktionen als Ausdruck eines naturrechtlichen Bereicherungs-

---

[133] *Gaius*, Institutiones IV,112 (= Institutionen Justinians 4,12,1).

[134] *Liebs* (Fn. 131), 166 m.N. Zu solchen Fällen auch *Lohsse* (Fn. 129), § 6 II.

[135] Zur historischen Entwicklung *Liebs* (Fn. 131), 167.

[136] Näher *Jansen* ZRG (rom.) 120 (2003), 106, 126 ff. Zwar haben die römischen Kondiktionen keine Leistung im Sinne einer wirksamen *datio* vorausgesetzt; vgl. auch *Huwiler*, in: FS für Hermann Schulin, 2002, 41–82, 46 f. Aber das bedeutet nicht, dass die Fälle, um die es hier geht, Fälle einer Eingriffskondiktion gewesen wären; vielmehr diskutiert die Literatur hier Fälle gestörter bzw. fehlgeschlagener Leistungen; vgl. näher *Heine*, Condictio sine datione. Zur Haftung aus ungerechtfertigter Bereicherung im klassischen römischen Recht und zur Entstehung des Bereicherungsrechts im BGB, 2006, 40 ff., 56 ff., 70 ff., 93 ff.; dazu *Sturm* ZRG (rom.) 126 (2009), 546–558. Auch in anderen Fällen, die in diesen Kontext gestellt werden (*Huwiler*, *loc. cit.*, 48 f.), etwa die Vermischung von Münzen, die ein Minderjähriger geleistet hatte (*Ulpian*, Digesten 12,6,29), handelt es sich nicht um einen typischen Eingriff, sondern eine unwirksame Leistung.

[137] Zwar gibt es Ansätze: Eine Kondiktion war begründet, wo Geld des Gläubigers zum Schuldner gelangt war („quia pecunia mea … ad te pervenit“: *Celsus*, Digesten 12,1,32), wo ein gutgläubiger Scheinvermächtnisnehmer einen mittlerweile verstorbenen Sklaven veräußert hatte (*African*, Digesten 12,1,23: „quasi ex re tua locupletior factus sim“; ähnlich *Ulpian*/*Iulian*, Digesten 39,6,37,1), und wo der bösgläubige Besitzer sich Früchte des Eigentümers zugeeignet hatte („cum domini fructus fuerunt“: *Papinian*, Digesten 12,6,55). Aber das waren in der Regel Leistungskonstellationen; und die Begründung ruhte offenkundig auf einem Surrogationsgedanken. Außerhalb einer solchen Leistungskondiktion griff man offenbar eher auf eine Geschäftsführungsklage zurück: *African*, Digesten 3,5,48(49); näher *Jansen* ZRG (rom.) 120 (2003), 106, 126–129; *Lohsse* (Fn. 129), § 11 I.

[138] Im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis haben die Römer auch in der Sache restriktiv entschieden und den Besitzer auf ein Zurückbehaltungsrecht verwiesen: Institutionen 2,1,30 und 33; *Julian*, Digesten 12,6,33. Den Forschungsstand zur römischen Regelung fasst zusammen: *Verse*, Verwendungen im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, 1999, 13–24 m.w.N. Der Überlegung, entscheidender Gesichtspunkt sei die strikte Rechtsfolge gewesen, widerspricht *Lohsse* (Fn. 129), § 9 I.1.

verbots verstanden haben, so stand ihnen dabei also die Rückgängigmachung missbilligter Vermögensbewegungen vor Augen, nicht die Abschöpfung einer Bereicherung im Schuldnervermögen.[139] Zudem blieb es bis zum Ende des 18. Jahrhunderts selbstverständlich, die einzelnen Kondiktionen mit ganz anderen Gedanken als dem Bereicherungsverbot zu erklären: als Realverträge, fiktive Verträge, Quasiverträge oder als Quasidelikte.[140] Erst im 18. Jahrhundert begann man, diese Erklärungen fallenzulassen und die Kondiktionen als Grundlage eines Bereicherungsrechts zu verstehen (sogleich unter III.3.).

2. Die Lehre von der Restitution

Die zweite Wurzel des modernen Bereicherungsrechts findet sich in dem Gedanken, dass aus fremdem Recht erlangte Bereicherungen herauszugeben sind. Dieser Gedanke stammt aus der Naturrechtsdiskussion des 16. Jahrhunderts; er war hier Teil der Restitutionslehre: einer theologisch gegründeten Naturrechtstheorie der ausgleichenden Gerechtigkeit, die die Voraussetzungen definierte, unter denen Menschen einander einen Ausgleich für einen erlittenen Verlust schuldeten. Entscheidend war dabei, dass jede Restitutionsverpflichtung auf einem Eingriff in den fremden Rechtskreis (*dominium*) beruhen sollte.[141] Einen Verlust musste zum einen ersetzen, wer fremdes Gut an sich genommen hatte oder eine Schädigung verantworten musste (*restitutio ratione acceptionis*); zum anderen, wer infolge eines Eingriffs aus fremdem Recht etwas erlangt hatte (*restitutio ratione rei*).[142] Im letzteren Fall war an sich das Erlangte herauszugeben.

---

[139] *Lobsse* (Fn. 129), § 6.

[140] Siehe beispielhaft *Voet*, Commentarius ad Pandectas (Paris 1829; einfach zugänglich, mit englischer Übersetzung von Gane: Commentary on the Pandects, 2. Aufl., 1989): *condictio ob rem* sowie *condictio indebiti* als Quasiverträge (*lib.* XII, *tit.* IV, § 1 bzw. XII, VI, § 1); *condictio furtiva* als deliktischer Anspruch (XIII, I, § 2); später noch *Thibaut* I (Fn. 76): *condictio indebiti* als Quasikontrakt (§§ 972 ff.), *condictio furtiva* sowie *condictio ob turpem vel iniustam causam* als Deliktsklagen (§§ 965 f.), *condictio sine causa* als „andere Art" eines Anspruchs „aus andern Gründen" (§ 986). Näher zu den gemeinrechtlichen Kondiktionen *Zimmermann*, Obligations (Fn. 132), 857–873; *Visser*, in: Feenstra/Zimmermann (Hg.), Das römisch-holländische Recht. Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert, 1992, 369–428, 383–415; *Kupisch*, in: Schrage (Hg.), Unjust Enrichment. The Comparative Legal History of the Law of Restitution, 2. Aufl., 1999, 237–273, 240–248.

[141] *Francisco de Vitoria*, Commentaria in secundam secundae (unter dem Titel „Commentarios a la Secunda secundae de Santo Tomás" hrsgg. von Beltrán de Heredia, 1932–1952), *qu.* LXII, *art.* I, *n.* 6: „omnis restitutio fundatur in dominio (jeder Restitutionsanspruch beruht auf dem *dominium*)". Ebenso dann etwa *Domenico de Soto*, De iustitia et iure (1556; Faksimiledruck 1968), *lib.* IV, *prooemium*.

[142] Für eine ausführliche Darstellung der Lehre *Jansen*, Theologie (Fn. 31), 24–142 m.w.N.

War dies nicht mehr vorhanden, trat an Stelle des Erlangten die verbliebene Bereicherung,[143] etwa in Form ersparter Aufwendungen.[144] Es handelte sich also um einen unmittelbar im verletzten Recht begründeten genuinen Rechtsfortwirkungsanspruch, wobei die Haftung folgerichtig doppelt begrenzt war: zum einen durch den haftungsbegründenden Verlust des Gläubigers und zum anderen durch die verbliebene Bereicherung des Schuldners.

Auch außerhalb des deutschen Sprachraums[145] haben Juristen seither immer wieder versucht, die römischen Kondiktionen und den Naturrechtsgedanken der Bereicherung aus fremdem Recht in einer bereicherungsrechtlichen Generalklausel oder zumindest als ein „geschlossenes Rechtsgebiet"[146] zusammenzudenken. Solche Versuche fanden durchaus einen Anhalt in den Quellen. Bereits im *Corpus iuris* Justinians erschienen die Kondiktionen als Ausdruck eines allgemeinen Bereicherungsverbots;[147] umgekehrt hatten die katholischen Naturrechtslehrer im Rahmen ihrer Lehre von der Restitution nicht zuletzt auch vertragliche Rückgabeansprüche und Fälle sittenwidrigen Erwerbs erörtert.[148] Hinzu kam, dass die Römer mit ihrer abstrakten *condictio* nicht nur Leistungsfälle, sondern auch den – freilich speziellen – Eingriffsfall der *condictio furtiva* erfasst hatten. Gleichwohl muss gesagt werden, dass alle diese Versuche gescheitert sind. Besonders interessant ist hier die Theorie von *Hugo Grotius*, der die römischen Kondiktionen im Rahmen einer bereicherungsrechtlichen Generalklausel als Ansprüche aus dem Eigentum konzipierte („obligatio quae ex dominio oritur")[149] und die einzelnen römischen Leistungskondiktionen als

---

[143] *Vitoria* (Fn. 141), LXII, VI, *n.* 2. Zu haften sei, weil und soweit die Sache *virtualiter* beim Schuldner verblieben sei. Ähnlich etwa *Molina* (Fn. 70), II, 720, *n.* 1: „quia … habet plus in bonis, quàm … habuisset …, id solum incrementum, quod tunc invenit in suis bonis, tenetur restituere & non plus" (zu haften sei aufgrund des Vermögenszuwachses und nur in dessen Höhe). Näher *Jansen*, Theologie (Fn. 31), 70 ff. m.w.N.

[144] *Cajetan*, Secunda Secundae Summae Theologiae S. Thomae Aquinatis Cum Commentariis … D.D. Thomae de Vio, Caietani (Venedig 1588), *ad qu.* LXII, *art.* VI: ersparte Aufwendungen für eine eigene Mahlzeit bei gutgläubigem Verzehr eines gestohlenen Kalbs; ersparte Aufwendungen für ein einfaches Gewand, wenn gutgläubig kostbare fremde Kleidung getragen worden sei.

[145] In Frankreich steht hier insbesondere das im *Arrêt Boudier* statuierte Prinzip *d'équité, qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui*: Recueil Sirey 1893, prem. part., 281, 283; dazu statt aller *Bürge*, in: FS für Hans Jürgen Sonnenberger, 2004, 3–21, 18 ff. m.w.N.

[146] *König*, Bereicherung (Fn. 127), 18; ähnlich auch *Zimmermann* AcP 202 (2002), 243, 292 f.: Bereicherungsrecht als einheitlicher „Rechtsbereich".

[147] *Pomponius*, Digesten 12,6,14. Allerdings soll das Argument hier nicht etwa eine Kondiktion begründen, sondern eine solche ausschließen.

[148] Nachweise bei *Jansen*, Theologie (Fn. 31), 53 ff. m.w.N.

[149] *Grotius*, De iure belli (Fn. 43), II, III, §§ 2–12; anschaulich auch *id.*, Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleertheyd (hrsgg. und ins Englische übersetzt von Lee, 1926),

konkrete Anwendungsfälle dieser Generalklausel präsentierte.[150] Das musste allerdings zu Spannungen in der Frage des Haftungsumfangs führen, denn eine Beschränkung der Haftung, wie sie in der spätscholastischen Restitutionslehre angelegt war, hätte den römischen Quellen zu den Kondiktionen fundamental widersprochen und war von Grotius auch nicht beabsichtigt.[151]

Vor allem aber ist eine solche Erklärung unplausibel, soweit der Gläubiger wirksam über sein Recht verfügt hat, wie das bei den Kondiktionen typischerweise der Fall ist: Rechtsfortwirkungsansprüche finden ihre Begründung unmittelbar im verletzten Recht, als dessen „Verlängerung" sie sich dogmatisch verstehen lassen;[152] sie müssen deshalb entfallen, wo der Berechtigte privatautonom sein Recht preisgegeben hat. Schon Grotius mochte die *condictio ob rem* deshalb nicht unter seine Generalklausel fassen;[153] und die herrschende Naturrechtsdoktrin nahm von dem Gedanken einer bereicherungsrechtlichen Generalklausel gänzlich Abstand. Zwar blieb die Vorstellung einer Bereicherungshaftung *ex dominio* lebendig;[154] diese Vorstellung trug im 18. Jahrhundert die Fortbildung der römischen Versionsklage zu einem allgemeinen berei-

---

boeck III, *deel* XXX. Näher zum Ganzen *Feenstra*, in: Schrage (Fn. 140), 197–236, 201–219; *Visser* (Fn. 140), 371–380; *Jansen* ZRG (rom.) 120 (2003), 106, 137–143.

[150] *Grotius*, Inleiding (Fn. 149), III, XXX, *nn.* 4–17; *id.*, De iure belli (Fn. 43), II, I, 2, *n.* 1. Dazu *Feenstra* (Fn. 149), 204–206.

[151] Von einer Beschränkung der Haftung ist (im Einklang mit römischem Recht) nur bei der Haftung von Minderjährigen die Rede; *Grotius*, Inleiding (Fn. 149), III, XXX, *nn.* 3 u. 11. Bei der *condictio indebiti* soll demgegenüber offenkundig das Erlangte zuzüglich etwaiger Früchte erstattet werden (*loc. cit.*, *n.* 7), ein Verlust des Erlangten also nicht zum Haftungswegfall führen (*loc. cit.*, *n.* 3). In der missverständlichen Schlusspassage *n.* 19 zu diesem Kapitel ist nichts anderes gesagt; hier betonte Grotius lediglich, dass die Haftung unabhängig von einem Fehlverhalten des Schuldners sei und ihre Grundlage im Bereicherungsverbot finde.

[152] Zu dieser im englischen Sprachraum üblichen Metapher *Gardner*, What is Tort Law For? Part 1. The Place of Corrective Justice (<http://ssrn.com/abstract=1538342>), 40, 45, 54; *Weinrib*, Corrective Justice, 2012, 84, 87, 92 f., 341; vgl. auch *id.*, The Idea of Private Law, 1995, 135; *Steel* OJLSt 33 (2013), 607–628, bei Fn. 84.

[153] *Grotius*, Inleiding (Fn. 149), III, XXXI, *nn.* 9–11. Wenig eindeutig ist auch die Darstellung in *De iure belli ac pacis* (Fn. 43): Bei den Entstehungsgründen von Obligationen qualifizierte Grotius die römischen Kondiktionen nämlich alternativ als *obligationes ex dominio* und als Quasikontrakte bzw. -delikte (II, I, 2, *n.* 1), ging im Kapitel über Bereicherungsansprüche (II, X) aber über die Kondiktionen hinweg und erläuterte auch nicht, welche Kondiktionen in welche Kategorie fallen sollten und wie diese Kategorien zu verstehen seien.

[154] *Pufendorf*, De iure naturae (Fn. 77), IV, VIII, § 6; *id.*, De officio (Fn. 79), I, XIII, § 3; *Wolff*, Ius naturae II (Fn. 85), *cap.* III: „De Obligationibus & juribus ex dominio oriundis (Über die Ansprüche und Rechte aus dem Eigentum)"; zu den Bereicherungsansprüchen dort insbesondere §§ 582–602; *id.*, Grundsätze (Fn. 79), § 271.

cherungsrechtlichen Durchgriffsanspruch.[155] Für die Leistungskondiktionen stellten Naturrechtslehrer wie *Pufendorf* und *Wolff* aber auf die gemeinrechtlichen Kategorien[156] eines stillschweigenden Vertrags[157] bzw. eines Quasivertrags[158] ab. Mit der herrschenden gemeinrechtlichen Doktrin[159] gingen sie nämlich davon aus, dass Eigentum auch bei einer irrtümlichen bzw. rechtsgrundlosen Leistung übergehe.[160] Es wäre unlogisch gewesen, die Leistungskondiktionen als *obligationes ex dominio* zu erfassen.[161]

---

155 *Zimmermann*, Obligations (Fn. 132), 880 ff.; *Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. I, Älteres Gemeines Recht, 1985, 492, Fn. 3; Bd. II, 19. Jahrhundert, 1989, 499 f. Näher *Feenstra* (Fn. 149), 227 ff., 233 ff.; *Kupisch*, Die Versionsklage, 1965, 17 ff., 40 ff., 70 ff. u. öfter; *id.* (Fn. 129), 37 ff. Zur französischen Lehre und Praxis noch im 19. Jahrhundert *Bürge* (Fn. 145), 8–17.

156 *Vinnius*, In quatuor libros institutionum imperialium commentarius, 3. Aufl., Amsterdam 1659, *lib.* III, *tit.* XXVIII, § 6, *n.* 4; *Heineccius*, Anfangsgründe des bürgerlichen Rechts nach der Ordnung der Institutionen (Wien/Leipzig 1786), §§ 966, 987 ff. (Scheinkontrakt); *Voet* (Fn. 140), XII, IV, § 1, XII, VI, § 1.

157 *Pufendorf*, De iure naturae (Fn. 77), V, VII, § 4; ferner *loc. cit.*, IV, IX, § 4 mit Fn. 5 f. Nur indirekt (*aliquo modo*) beruhten die römischen Leistungskondiktionen auf dem Grundsatz, dass der Besitzer dem Eigentümer restitutionspflichtig sei: *loc. cit.*, IV, XIII, § 5.

158 *Wolff*, Ius naturae methodo scientifica pertractatum, *pars* V, Halle 1745, §§ 570 ff., 600 ff., 618 ff.; *id.*, Grundsätze (Fn. 79), §§ 693–695.

159 Statt aller *Kupisch*, Ungerechtfertigte Bereicherung (Fn. 129), 32 f.; *Zimmermann*, Obligations (Fn. 132), 867 m.w.N. Zwar war die Übereignung nach gemeinrechtlicher Lehre insoweit „kausal" als für die Übereignung ein Rechtsgrund (*titulus*) erforderlich war, doch sollte dafür die irrtümliche Annahme eines Rechtsgrunds (*causa putativa* bzw. *erronea*) genügen.

160 *Pufendorf*, De iure naturae (Fn. 77), V, VII, § 4; *Wolff*, Ius naturae V (Fn. 158), § 580; besonders klar *id.*, Grundsätze (Fn. 79), § 693: „Da derjenige, welcher das Nichtschuldige bezahlt, es giebt, als wenn er es schuldig wäre; so bringt er auf den andern das Eigenthum der Sache …; folglich kann derselbe sie veräussern …, und der sie ihm gegeben hat, kann sie sich nicht wieder zueignen". Zweifel an diesem Standpunkt blieben vereinzelt; vgl. *Kupisch* (Fn. 140), 245–247, zu einer aporetischen Erörterung bei Heinrich von Cocceji. Verfehlt jedenfalls HKK III/*Schäfer* (Fn. 28), §§ 812–822, Rn. 29. Schäfers Behauptung, Pufendorf habe eine kausale Übereignungskonzeption vertreten, missversteht den Diskussionskontext, in dem es gar nicht um die (später zentrale) Frage ging, ob die Übereignung ein wirksames Kausalgeschäft voraussetzt, sondern allein um die Alternative von naturrechtlichem Konsens- und (gemeinrechtlichem) Traditionsprinzip; dazu *Schrage*, in: FS für Knut Wolfgang Nörr, 2003, 913–958, 916–944. Aus der älteren Naturrechtsdiskussion dazu etwa *Lessius*, De iustitia et iure (Paris 1618), *lib.* II, *cap.* III, *dub.* III, *n.* 12; *Grotius*, De iure belli (Fn. 43), II, VI, § 1 und VIII, §§ 25 f.; *Pufendorf*, *loc. cit.*, §§ 2 ff.; *Wolff*, Grundsätze (Fn. 79), § 320.

161 Näher *Jansen* ZRG (rom.) 120 (2003), 106, 144 f.

3. Die Erfindung des Bereicherungsrechts

Gleichwohl blieb der naturrechtliche Gedanke einer umfassenden Bereicherungshaftung lebendig und wurde im deutschen und niederländischen Usus modernus des 18. Jahrhunderts auch zunehmend eng mit den römischen Kondiktionen verknüpft. Einerseits formulierten manche Autoren dazu weite allgemeine Kondiktionstatbestände, die es möglich machen sollten, die römischen Leistungskondiktionen[162] oder sogar sämtliche Kondiktionen, einschließlich der Diebstahlskondiktion,[163] als spezielle Anwendungsfälle eines eigentlich unmittelbar anwendbaren Grundsatzes zu beschreiben. Andererseits machten diese Autoren, die freilich stets in der Minderheit blieben,[164] die römischen Kondiktionen zu Bereicherungsklagen im modernen Sinne, indem sie die Beschränkung der Haftung auf die verbliebene Bereicherung an die Quellen herantrugen[165] und dem Kondiktionsrecht damit eine fundamental neue Gestalt gaben.[166]

Zum Durchbruch kam die Idee einer allgemeinen Bereicherungshaftung freilich erst bei *Savigny*, der sämtliche Kondiktionen auf den Gedanken einer

---

[162] So *Lauterbach* (Fn. 70), XII, VII, 5 – dazu *Zimmermann*, Obligations (Fn. 132), 872; ähnlich auch *Voet* (Fn. 140), XII, VII, 1 u. 2 – dazu *Glück*, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, ein Commentar, Bd. 13.1, Erlangen 1811, 185 f.

[163] So *Boehmer*, Doctrina de actionibus (Frankfurt/Main 1738), *sect.* II, *cap.* V (De actionibus in personam ex aequitate), §§ 18 und ff.: Bereicherungsverbot als Grundlage sämtlicher Kondiktionen. Ähnlich *Glück* 13.1 (Fn. 162), 2 f., 5: natürliche Billigkeit; Besitzen ohne rechtlichen Grund. Speziell zur *condictio furtiva Böhmer*, *loc. cit.*, II, V, § 34; *Glück*, *loc. cit.*, 231 ff.

[164] *Kupisch* (Fn. 140), 260. Repräsentativ für den Beginn des 19. Jahrhunderts *Heise* (Fn. 81), 102 ff.

[165] Für Speziesschulden *Lauterbach* (Fn. 70), XII, VI, 29 mit verfehltem (*Flume*, in: FS für Hans Niedermeyer, 1953, 103–176, 104–114, 129–132; *Zimmermann*, Obligations [Fn. 132], 899) Verweis auf *Julian*, Digesten 12,6,26,12: „Si vero res in specie restitui non potest, b.f. possessor, qui nullam moram admisit, non tenetur, nisi in quantum locupletior factus est" (könne die Sache nicht herausgegeben werden, so hafte der gutgläubige Besitzer, sofern er sich nicht im Verzug befinde, nur soweit er noch bereichert sei); ähnlich anscheinend auch *Boehmer* (Fn. 163), II, V, §§ 28 f. Gegenüber der herrschenden Lehre, die hier eine Haftung nur für *culpa lata* annahm (vgl. etwa *Stryk*, Specimen usus moderni pandectarum [Halle 1713 ff.], *lib.* XII, *tit.* VI, § 2), war das zwar weniger eine Änderung in der Sache als in der Argumentation und im Verständnis der römischen Quellen. Weitergehend dann jedoch *Glück* 13.1 (Fn. 162), 71 f., 75, 152 („Die *condictio indebiti* geht überhaupt auf Wiedererstattung desjenigen, was der Beklagte *indebite* empfangen hat, so weit er dadurch bereichert ist."), 155 ff., 165 ff. und öfter (die Haftung nach der *condictio furtiva* solle freilich unabhängig von einer Bereicherung sein: *loc. cit.*, 232 f.). Näher zum Ganzen *Flume*, *loc. cit.*, 141 ff., 145 f.

[166] *Glück* 13.1 (Fn. 162), 8, 156 u. öfter: bei den Kondiktionen handele es sich um *actiones bonae fidei*.

„grundlosen Bereicherung des Andern aus unserm Vermögen" (im Sinne der Eigentumsrechte des Kondiktionsgläubigers) zurückführte[167] und damit den gedanklichen Bezugspunkt für die Diskussionen bis hin zum BGB formulierte.[168] Am Ausgangspunkt seiner Argumentation stand dabei die Beobachtung, dass die *condictio* typischerweise auf Rückübertragung vormaligen Eigentums gerichtet[169] und in diesem Sinne als „Ersatz" für die Vindikation zu verstehen sei.[170] Zwar habe der Kondiktionsgläubiger sein Eigentum typischerweise freiwillig weggegeben. Er verdiene aber Rechtsschutz wie ein Eigentümer, weil er dem Schuldner (Darlehensnehmer bzw. Verwahrer) sein Eigentum anvertraut bzw. nur irrtümlich übertragen habe.[171] Haftungsgrund der *condictio* war für Savigny also nicht, wie bei der Restitution, ein Eingriff in das Eigentum, son-

---

[167] *von Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 5, Berlin 1841, 526; ohne den besonderen Schutz der Kondiktionen würde „mein Vermögen zum Vortheil eines Andern ohne Rechtsgrund vermindert seyn": *loc. cit.*, 110. Zur Lehre Savignys, auch den Vorlesungen, *Schäfer*, Das Bereicherungsrecht in Europa. Einheits- und Trennungslehren im gemeinen, deutschen und englischen Recht, 2001, 145 ff.; aus der älteren Literatur *Wilhelm*, Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung als Grundlagen und Grenzen des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung, 1973, 21 ff.; *Hammen*, Die Bedeutung Friedrich Carl v Savignys für die allgemeinen dogmatischen Grundlagen des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, 1983, 187–198; *Ellger*, Bereicherung durch Eingriff, 2002, 43 ff., 50 ff.; *Huwiler* (Fn. 136), 51 ff.

[168] Vgl. *Mühlenbruch*, Lehrbuch des Pandecten-Rechts, Theil II, hrsgg. von Madai, 4. Aufl., Halle 1844, § 378, Anm. *: Die „trefflichen Ausführungen in v. Savigny's System" hätten „neues Licht über diese ganze Lehre" verbreitet. Aus der pandektistischen Diskussion statt aller *Puchta* (Fn. 76), § 307; *Sintenis*, Das practische gemeine Civilrecht, Bd. II, Leipzig 1847, § 109; *Windscheid* II (Fn. 76), § 421: „Die Tatsache, daß Jemand aus fremdem Vermögen in ungerechtfertigter Weise bereichert worden ist, erzeugt für ihn die Verpflichtung, dem Benachtheiligten herauszugeben, worum er reicher geworden ist"; *Dernburg*, Pandekten, Bd. II, 6. Aufl., 1900, § 138; anschaulich insbesondere *Arndts von Arnesberg*, Lehrbuch der Pandekten, 5. Aufl., München 1865, § 340: „Rückerstattung eines Vermögensgewinnes", den der Gegner „auf Kosten des Vermögens des Klägers" erzielt habe, der aber als „nicht gerechtfertigter Gewinn" zu behandeln sei. „Gemeinschaftliche Voraussetzung" dieser Kondiktionen sei erstens die Bereicherung des Beklagten im Sinne einer wirksamen Vermögensverschiebung, zweitens eine „Bereicherung aus dem Vermögen des Klägers oder auf dessen Kosten" und drittens ein „Mangel in Ansehung des rechtlichen Grundes dieser Vermögensänderung". Als Autorität fungiert in all diesen Beiträgen praktisch ausschließlich Savignys Darstellung der Materie.

[169] Diese Beobachtung war freilich alt; vgl. *Glück* 13.1 (Fn. 162), 5; siehe auch *Boehmer* (Fn. 163), II, V, §§ 31 f. zur *condictio sine causa specialis*.

[170] *von Savigny* V (Fn. 167), 109 ff., 515, 518. Ähnlich *Gans*, Ueber Römisches Obligationenrecht, insbesondere über die Lehre von den Innominatcontracten und dem *jus poenitendi*, Heidelberg 1819, 36 u. ff.: „Surrogat der *rei vindicatio*". *Schäfer* vermutet darin ein Plagiat von Vorlesungen Savignys: HKK III (Fn. 28), §§ 812–822, Rn. 11 mit Fn. 31 und m.w.N.

[171] *von Savigny* V (Fn. 167), 108 ff., 513 ff., 521 ff.; näher zu dieser Funktion des Irr-

dern das „höhere Vertrauen", das der Darlehensgeber dem Schuldner mit seinem freiwilligen Verzicht „auf den Schutz durch Vindication" entgegengebracht habe;[172] dem entsprach bei der *condictio indebiti* der unverschuldete Irrtum des Leistenden. Savigny konzipierte die Kondiktionen also *nicht* als Restitutionsansprüche *aus* dem Eigentum,[173] sondern also Ansprüche *wie aus* dem Eigentum.[174] Wie sich solche Ansprüche zu einem restitutorischen Bereicherungsanspruch aus dem Eigentum verhalten sollten, hat er allerdings nicht erläutert.[175]

Das gilt auch für die herrschende Lehre, die Savignys Vermögensverschiebungsformel[176] mit dem Gedanken der beschränkten Haftung nur auf die Bereicherung[177] verbunden hat. Damit erhielt das Kondiktionsrecht insgesamt eine gänzlich neue Gestalt, zumal man das bei Savigny zentrale Brückenargument der besonderen Schutzwürdigkeit des kreditierenden bzw. irrenden Kondiktionsgläubigers fallen ließ,[178] die Kondiktionen also in einer genuinen Restitutionsformel präsentierte. Offenbar schien das Brückenargument entbehrlich; zudem passte die Formel von der rechtsgrundlosen Vermögensverschiebung gut in einen Diskussionskontext, in dem die Leistungskondiktionen vor allem deshalb wichtig wurden, weil man die Übereignung abstrakt konzipierte, die Kondiktionen also als „Ersatz" der Vindikation wahrnahm.[179] Freilich wurde das

---

tums bei der *condictio indebiti id.*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 3, Berlin 1840, 114 f., 359 ff.

[172] *von Savigny* V (Fn. 167), 109.

[173] So *Wilhelm*, Rechtsverletzung (Fn. 167), 21 ff., 27 ff.; *Schäfer* (Fn. 167), 410.

[174] Näher zum Ganzen *Jansen* ZRG (rom.) 120 (2003), 106, 149–150 m.w.N.; siehe auch *Rückert* ZRG (rom.) 104 (1987), 666, 672 f.

[175] Savigny sprang an dieser Stelle argumentativ von der Frage der Schutzwürdigkeit des Eigentümers zur Bereicherung; „quasikontraktlich" bedeute hier nicht mehr als „wegen einer Bereicherung": *von Savigny* V (Fn. 167), 556, 558. Freilich ging es hier nur um die *condictio furtiva*; andere Bereicherungsansprüche wurden gar nicht im Kontext des Kondiktionsrechts erläutert.

[176] Nachweise eben Fn. 168.

[177] Jeweils für die *condictio indebiti Puchta* (Fn. 76), § 309; *Arndts* (Fn. 168), § 341. Ähnlich für die *condictio causa data non secuta* (keine Haftung, wenn die Gegenleistung ohne Schuld des anderen unmöglich geworden sei) *Puchta* (Fn. 76), § 308; *Arndts* (Fn. 168), § 342. Allgemeiner *Sintenis* (Fn. 168), § 109 (S. 531–534); *Windscheid* II (Fn. 76), § 421. Anders noch *Mühlenbruch* (Fn. 168), § 379; gegen die mittlerweile herrschende neue Lehre dann insbesondere *Erxleben*, Die Condictiones sine causa I. Die *Condictio indebiti*, Leipzig 1850, 182–190, 194–198, 201–203; *Witte*, Die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts, Halle 1859, 139–159 m.w.N. zum Streitstand S. 140.

[178] Nachweise Fn. 176; Andeutungen an das Brückenargument finden sich nur ausnahmsweise; siehe etwa *Mühlenbruch* (Fn. 168), §§ 378 f.; *Sintenis* (Fn. 168), § 109. Ausdrücklich ablehnend *Windscheid* II (Fn. 76), § 426, Fn. 14.

[179] Oben Fn. 170; danach etwa *Sintenis* (Fn. 168), § 109, Fn. 1; *Arndts* (Fn. 168), § 340: Der Kondiktionsgegenstand müsse in das Vermögen des Schuldners übergegangen sein; andernfalls sei eine Vindikation einschlägig. Siehe auch *Erxleben* I (Fn. 177),

nicht thematisiert und blieb dogmatisch so lange irrelevant, wie die Vermögensverschiebungsformel lediglich als konkretisierungsbedürftiger Rechtsgrundsatz verstanden wurde, der die römischen Kondiktionen systematisch zusammenfassen sollte. Die Formel formulierte also keinen unmittelbar anwendbaren Rechtssatz, sondern ein „näher auszuführendes" Prinzip.[180] Es blieb selbstverständlich, für die Rechtsanwendung auf konkrete Kondiktionstatbestände abzustellen: zunächst auf die Kondiktionen des römischen Rechts;[181] später, nachdem man die Leistungskondiktionen auf den Gedanken der rechtsgrundlosen bzw. voraussetzungswidrigen Leistung zurückgeführt hatte,[182] auf Bereicherungen „mit" und „ohne den Willen des Benachtheiligten".[183] Dass für

29–31, 37 f., 89 f., 183 und öfter; *Witte* (Fn. 177), 53 ff., 289 ff.; *Windscheid* II (Fn. 76), §§ 421, Nr. 1, 423, Nr. 1.

[180] *Windscheid*, Zwei Fragen aus der Lehre von der Verpflichtung wegen ungerechtfertigter Bereicherung (ursprünglich Leipzig 1875), in: *id.*, Gesammelte Reden und Abhandlungen, hrsgg. von Oertmann, 1904, 301–336, 326. Freilich sollte das Prinzip „sehr scharf umrissen" und für einen guten Richter handhabbar sein (*loc. cit.*). Der Versuch von *Sell*, das allgemeine Bereicherungsverbot (niemand dürfe sich zum Schaden eines anderen bereichern) als unmittelbar anwendbaren Grundsatz nachzuweisen (Ueber den Grundsatz des römischen Rechts, daß Niemand mit oder aus dem Schaden eines Andern sich bereichern dürfe, in: *id.*, Versuche im Gebiete des Zivilrechts, Bd. I, Gießen 1833, 1–140, 14 ff., 49 ff., 76 ff., 116 f.), fand deshalb scharfen Widerspruch: *Erxleben* I (Fn. 177), 3 ff.; *Windscheid* II (Fn. 76), § 421, Fn. 1.

[181] So etwa *Puchta* (Fn. 76), §§ 308–312; *Arndts* (Fn. 168), §§ 341–345; ähnlich *Dernburg*, Pandekten II (Fn. 168), §§ 139–143. Ein solcher Ansatz war auch in der Gesetzgebung *state of the art*: Art. 902–940 Entw. Bayr. BGB, §§ 1519–1550 Sächs. BGB, Art. 976–1006 Dresd. Entw.

[182] Jede Leistung verfolge einen bestimmten Zweck (*datio ob causam*); wo dieser verfehlt werde, könne kondiziert werden: *Erxleben* I (Fn. 177), 25–151, insbesondere 25 ff., 89 ff.; *id.*, Die Condictiones sine causa II. Die *Condictio causa data non secuta*, Leipzig 1853, bes. 47 f., 53 f., 82–139; zustimmend und im Einzelnen auf derselben Linie *Witte* (Fn. 177), 41 ff., 53 ff., 64 f. Ähnlich, aber weniger präzise die Voraussetzungslehre *Windscheids*: Bd. I (Fn. 76), §§ 97 f., Bd. II, § 423, Nr. 3, §§ 426 f. *Erxleben* (Bd. II, *loc. cit.*, vi) und *Witte* (*loc. cit.*, 65 f.) wiesen den Begriff der *Voraussetzung* deshalb als technisches juristisches Konzept zurück.

[183] *Windscheid* II (Fn. 76), § 422 (und die folgenden §§); *id.*, Bereicherung (Fn. 180), 326. Ebenso die Motive, Mugdan II (Fn. 77), 464 ff., 475 f. Für Windscheid war die Unterscheidung vor allem beweisrechtlich wichtig. Bei der Bereicherung mit Willen des Benachteiligten seien besondere Gründe erforderlich, um die Entreicherung darzutun; umgekehrt liege es bei der Bereicherung ohne Willen des Gläubigers. Weiter differenzierend *Witte* (Fn. 177): (1) Bereicherung durch den Verlierenden selbst, und zwar ohne (Verwendungen) bzw. mit Rechtsgeschäft zwischen den Beteiligten (Leistungskondiktionen); (2) Bereicherungen durch Dritte; (3) Bereicherungen durch den Gewinnenden selbst (Eingriffe); (4) Bereicherung durch Zufall. Wichtig auch *Jacobi* Jherings Jahrbücher (JhJb) 4 (1861), 159–320: Bereicherungsansprüche aus dem Eigentum, aus einem Vertrag und aus einer einseitigen Verpflichtung (insbesondere die *condictiones*).

diese Tatbestände im Einzelnen unterschiedliche Regeln galten, blieb selbstverständlich.[184]

Es erscheint in der Rückschau bemerkenswert, dass man als Eingriffsfall bei alldem lange Zeit ausschließlich die atypische[185] *condictio furtiva* diskutierte.[186] Nur wenige Lehrbücher ordneten der Vermögensverschiebungsformel auch die aus heutiger Sicht typischen Eingriffsfälle zu.[187] Meist geschah das zudem eher beiläufig, und es blieb unklar, ob überhaupt eine *condictio* oder eine andere Klage einschlägig sein sollte.[188] Denn die römischen Quellen diskutierten die einschlägigen Fälle zumeist als Vindikation, als *negotiorum gestio* oder mittels einer spezifisch auf die Bereicherung zugeschnittenen Klage. Eingriffe in Immaterialgüterrechte waren, soweit ersichtlich, überhaupt kein Thema der Diskussionen zu den Kondiktionen bzw. Bereicherungsklagen.[189] Ebenso wie bei Verfügungen über fremdes Eigentum[190] zweifelte man hier, ob der Eingriffserlös aus dem fremden Recht erlangt war.[191] Da die Quellen keinen gutgläubigen Erwerb kannten, war aber auch der heute

---

[184] Vgl. *Windscheid*, Bereicherung (Fn. 180), 333–336, zur Haftung des redlichen Besitzers im Falle einer Verfügung über eine Sache des Kondiktionsgläubigers (kein Abzug des vom Besitzer aufgewendeten Kaufpreises).

[185] Die Lehre stellte diese Kondiktion regelmäßig als atypisch dar, weil es sich um eine bloße Besitzkondiktion handelte und weil die Haftung, anders als sonst, strikt sein sollte, auch der Erbe also nicht in der Haftung beschränkt war; statt aller *Windscheid* II (Fn. 76), § 425.

[186] *von Savigny* V (Fn. 167), 556–561; *Puchta* (Fn. 76), § 311; *Arndts* (Fn. 168), § 344.

[187] *Sintenis* (Fn. 168), § 109 (S. 536–538); *Arndts* (Fn. 168), § 341, Anm. 2 (S. 541): „Übrigens kann als rechtloser Gewinn auch das Verbrauchen eines Gegenstands und so auch die Enteignung, beziehungsweise Aneignung von Geld durch Vermischung die Verpflichtung zur Rückgabe erzeugen", mit konstruiertem Verweis auf *Ulpian*, Digesten 12,6,29. Ausführlicher dann *Windscheid* II (Fn. 76), § 422; siehe auch Bd. I, § 187 a.E.

[188] Siehe etwa *Koch*, Lehrbuch des preußischen gemeinen Privatrechts, 3. Aufl., Berlin 1858, § 642: *Actio in factum* wegen Bereicherung; dazu *Jacobi* JhJb 4 (1861), 159, 164–176.

[189] In der Literatur findet sich jedenfalls keine Erwähnung. Einzelheiten unten VI.3.

[190] Protokolle der 1. Kommission, in: Jakobs/Schubert (Hg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen. Recht der Schuldverhältnisse, Bd. III, 1983, 861; Motive, Mugdan II (Fn. 77), 476 f.

[191] Verneinend ROHGE 22, 338, 340 (der Gewinn des Veranstalters sei nicht aus dem Vermögen der Urheberrechtsberechtigten erlangt und deshalb nur mit einer *negotiorum gestio* abzuschöpfen), bejahend dann aber – nach Abschluss der Beratungen zum BGB – RGZ 35, 63, 70, 74 (1895 – Ariston): Aneignung der „Früchte des geistigen Eigentumes", „Gewinn *aus* dem fremdem geistigen Eigentume"; RGZ 43, 56, 60 f. (1898).

paradigmatische Fall des § 816 Abs. 1 BGB nur schwer zu diskutieren.[192] Es blieb lange unklar, ob der gutgläubige Weiterverkäufer überhaupt haftete, ob er den seinerseits gezahlten Kaufpreis abziehen dürfe, und ob dieser Fall nach Kondiktions-, Sachen- oder Geschäftsführungsrecht zu behandeln sei.[193] § 333 ABGB regelt die Frage beispielsweise im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis.[194] Die moderne Lösung einer Eingriffskondiktion hat sich daher erst am Ende des Jahrhunderts, aufgrund einer nachdrücklichen Stellungnahme *Windscheids*, durchsetzen können.[195] Dass die Vermögensverschiebungsfor-

---

[192] Vgl. *Witte* (Fn. 177), 289 ff., 295 ff., 310 ff. Die Quellen thematisierten Veräußerungsfälle ohnehin nur dann im Kondiktionsrecht, wenn der Schuldner aus einer Leistungskondiktion haftete: siehe oben Fn. 137.

[193] Unstreitig war nur die Haftung des Besitzers ohne (schuldrechtlichen) Titel. Meinungs- und Diskussionsstand bei *Dernburg*, Pandekten, Bd. I, 2. Abt. 6. Aufl., 1900, § 225 mit Fn. 27; *Windscheid* II (Fn. 76), § 422 mit Fn. 4; *id.*, Bereicherung (Fn. 180), 302, 333. Der Fragenkreis war angesichts der unklaren, teils widersprüchlichen Quellenlage ohnehin schwierig und wurde hinsichtlich der Frage, ob der gutgläubige Besitzer den seinerseits gezahlten Kaufpreis abziehen dürfe, dadurch verkompliziert, dass der Anspruch auf den Veräußerungserlös bereicherungsrechtlich konzipiert und deshalb nicht mehr als Verlängerung der Vindikation verstanden wurde; für eine Haftung nur auf die Differenz von Kaufpreis und Verkaufserlös daher *von Savigny* V (Fn. 167), 523; *Sintenis* (Fn. 168), § 109, Fn. 118; *Ernst Zimmermann*, Aechte und unächte *negotiorum gestio*, Gießen 1872, 46; *Dernburg*, *loc. cit.*: Windscheid verneine den Entreicherungseinwand „sicher mit Unrecht". Die heutige Regel des § 816 Abs. 1, S. 1 BGB geht erst auf Windscheid und die Rechtsprechung des Oberappellationsgerichts Lübeck zurück, die sich auf einschlägige Texte des *Corpus iuris civilis* zur Vindikation (*Ulpian*, Digesten 6,1,17 *pr.*; Codex 4,51,1) und zur *negotiorum gestio* (*African*, Digesten 3,5,48(49); Codex 3,32,3,1) sowie auf eine darauf bezogene Argumentation bei *Donellus* (Commentarii de iure civili [in: Opera omnia, Florenz 1840 ff.], *lib.* XV, *cap.* XVII, § 5) stützten: *Windscheid*, *loc. cit.*, 333 ff.; OAG Lübeck SeuffA 7, 417, 424 f., Nr. 346 (1854); vgl. auch OAG Lübeck SeuffA 14, 396 f., Nr. 238 (1860).

[194] Die Vorschrift verwehrt es dem Besitzer zwar, dem Erwerber den gezahlten Kaufpreis als Aufwand entgegenzuhalten, erlaubt aber einen Geschäftsführungsausgleich, soweit der Besitzer geltend machen kann, die Sache für den Eigentümer zurückerworben zu haben; näher *von Zeiller*, Commentar (Fn. 84), zu § 333, Anm. 2. Diese ambivalente Regelung entspricht einer alten naturrechtlichen Diskussionslinie; näher *Jansen*, Theologie (Fn. 31), 65 f. m.w.N.

[195] *Windscheid*, Bereicherung (Fn. 180), 302–333. Entschieden dagegen *von Jhering* JhJb 16 (1878), 230–318, *passim*, insbesondere 235 ff. Dass Jhering und mit ihm die herrschende Meinung eine solche „Vervollständigung des dinglichen Eigentumsschutzes mittels einer persönlichen Klage" (so *von Jhering*, *loc. cit.*, 238) im praktischen Ergebnis für inakzeptabel hielten, erklärt sich nicht zuletzt daraus, dass gutgläubiger Erwerb (außerhalb des HGB) nicht anerkannt war. Im E I BGB stand die entsprechende Regelung noch im Sachenrecht (§§ 195–197 TE SR), wobei der Anspruch bei Mobilien voraussetzen sollte, dass der Besitzer die Sache ohne schuldrechtlichen „Erwerbsgrund" besessen hatte (§ 196). Für eine Verschiebung der Regelung ins Bereicherungsrecht, allerdings nicht für eine sachliche Änderung, *von Kübel*, Schuldverhältnisse aus

mel ganz allgemein auch Eingriffe in fremde Eigentumsrechte erfassen sollte, bildet also paradoxerweise einen verhältnismäßig späten Gedanken,[196] der erst im 20. Jahrhundert zu einer Grundlage der BGB-Dogmatik geworden ist.

Man erkennt auch ohne weitere Rekonstruktion der im Einzelnen komplizierten Dogmen- und Gesetzgebungsgeschichten des BGB[197] und des OR,[198] dass das dort kodifizierte Bereicherungsrecht kaum als Sediment jahrhundertelanger Erfahrung oder dogmatischen Fortschritts gelten kann.[199] Zwar war es den Vätern beider Kodifikationen wichtig, das Bereicherungsrecht unabhängig von den dogmatischen Kontroversen ihrer Zeit zu formulieren.[200] Angesichts des Diskussionsstands am Ende des 19. Jahrhunderts mussten sie aber gleichwohl eine neue Dogmatik in Regeln gießen, die kaum erprobt und dementsprechend nicht zu Ende gedacht war:[201] Die §§ 812 ff. BGB und Art. 62 ff. OR ruhen auf dem seinerzeit modernen Vermögensverschiebungsmodell,[202] auf der

---

ungerechtfertigter Bereicherung, 90, in: Schubert (Hg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Recht der Schuldverhältnisse, Bd. 3, 1980, 655–750; näher sogleich Fn. 214. Zum Ganzen *Heine* (Fn. 136), 187–196.

[196] Besonders klar *Jacobi* JhJb 4 (1861), 159, 189 f., 232–255 und öfter. Vgl. auch *Witte* (Fn. 177), v, viii, 289 ff., 314 ff.; *Windscheid*, Bereicherung (Fn. 180), 302–333.

[197] Dazu, mit je unterschiedlicher Akzentsetzung, *König*, Bereicherung (Fn. 127), 54 ff., 157 ff.; *Kupisch*, in: FS für Andreas Heldrich, 2005, 275–283; HKK III/*Schäfer* (Fn. 28), §§ 812–822, Rn. 39–46, 85 f. Ausführlich *Heine* (Fn. 136), 156–196.

[198] Zur weitgehend parallelen Geschichte des schweizerischen Bereicherungsrechts *Huwiler* (Fn. 136), 61 ff.

[199] *Zimmermann*, Obligations (Fn. 132), 887 f.

[200] Die Lehre Windscheids von der Voraussetzung fand deshalb – nach heftiger Kritik von Lenel am E I BGB – keinen Eingang in das Gesetz; siehe *Lenel* AcP 74 (1889), 213–239, 214–220, 234–239. Dieser Aufsatz war nach Planck „für das Verständniß der Vorschriften des B.G.B. von besonderer Wichtigkeit"; er bildet deshalb – nebst der Replik von *Windscheid* AcP 78 (1892), 161–202, und der Duplik von *Lenel* AcP 79 (1892), 49–107 – den einzigen allgemeinen Literaturhinweis zum Bereicherungsrecht in der ersten (und identischen zweiten) Auflage des Kommentars: *Planck*, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Bd. I. Einleitung und allgemeiner Teil, 1897, Vor § 812, vor Anm. 1. Auch im OR wurde die Voraussetzungslehre im Zuge der Diskussionen aus dem Gesetz herausgenommen: *Huwiler* (Fn. 136), 68 ff., 72 f.

[201] Ähnlich *König*, Bereicherung (Fn. 127), 16; *id.* (Fn. 30), 1520.

[202] Vgl. die Beratungen der Vorkommission des Reichsjustizamts, Jakobs/Schubert III (Fn. 190), 833 f.; Motive, Mugdan II (Fn. 77), 463. Wenn die 2. Kommission „aus dem Vermögen" durch „auf Kosten" geändert hat, so war damit eine präzisere Fassung, nicht eine Zurückweisung des Vermögensverschiebungsmodells beabsichtigt; vgl. die Protokolle, *loc. cit.*, 842 ff. Dass dies Modell gerade auch für die Leistungskondiktionen gelten sollte, war angesichts des Diskussionsstands selbstverständlich; vgl. etwa den Antrag *Struckmann*, *loc. cit.*, 842 („aus dem Vermögen eines Anderen durch eine Leistung …") oder die Formulierung des § 736a durch die Redaktions-Kommission der

innovativen Lehre von der Zweckverfehlung[203] und auf der Annahme, dass die Kondiktionen grundsätzlich durch die Bereicherung des Schuldners begrenzt seien.[204] Mit diesen drei Bausteinen hatte man freilich nicht nur die einzelnen Kondiktionen mit anderen Bereicherungsansprüchen in einer Generalklausel zusammengeführt. Vor allem hatte man aus den *condictiones* etwas gemacht, was sie im römisch-gemeinen Recht niemals gewesen waren: selbständige Ansprüche aus dem Eigentum, die auf die Abschöpfung einer Bereicherung im Vermögen des Schuldners zielten. Dieser restitutorische Rahmen des Bereicherungsrechts sollte nach 1900 das Verständnis der Rückabwicklung in Mehrpersonenverhältnissen erheblich erschweren.[205] Gleichzeitig war die *condictio indebiti* unter der Hand zum primären Instrument für die Rückabwicklung gescheiterter Verträge geworden, obgleich sie dafür niemals konzipiert war. Denn nach römisch-gemeinem Recht wurden Verträge zumeist nicht mittels einer isolierten *condictio indebiti* rückabgewickelt,[206] sondern mit vertragsrechtlichen Instrumenten,[207] bei denen die Rückabwicklung jeweils Zug um Zug erfolgte.[208] Ein Großteil der späteren Probleme bei der Rückabwicklung geschei-

---

2. Kommission: „auf Kosten eines Anderen durch eine Leistung desselben oder in sonstiger Weise …" (*loc. cit.*, 853). Näher *Kupisch* (Fn. 197), 276 ff. m.w.N.

[203] Beratungen der Vorkommission des Reichsjustizamts, Jakobs/Schubert III (Fn. 190), 834 ff.; Motive, Mugdan II (Fn. 77), 464 f., 470 f.; die Motive formulieren das in der Terminologie der Voraussetzungslehre Windscheids. Zum OR *Huwiler* (Fn. 136), 65.

[204] So bereits § 739 E I; daran wurde nichts mehr geändert: Beratungen der Vorkommission des Reichsjustizamts, Jakobs/Schubert III (Fn. 190), 838; Motive, Mugdan II (Fn. 77), 467 f., 472 f., 477. Ebenso Art. 64 OR.

[205] Sogleich bei Fn. 239 ff.

[206] Überzogen ist freilich die Behauptung, die *condictio indebiti* sei gar nicht für die Rückabwicklung gescheiterter Verträge herangezogen worden; so *König*, Bereicherung (Fn. 127), 81 ff. Dem widersprechen die Quellen zum römischen und zum gemeinen Recht; statt aller *Glück* 13.1 (Fn. 162), z.B. 88, 124, 126; siehe auch *Höpfner* (Fn. 67), § 1006. Aber die römischen und gemeinrechtlichen Quellen thematisieren gescheiterte Verträge bei der *condictio indebiti* nur ganz am Rande; und in den meisten Anwendungsfällen der heutigen *condictio indebiti* hätte man in der Tat auf die *condictio sine causa* oder auch eine *condictio furti* zurückgegriffen; *Glück*, *loc. cit.*, 127, 168.

[207] Insbesondere waren dies die *restitutio in integrum* oder auch eine Vertragsklage (etwa die *actio empti*); statt aller *Höpfner* (Fn. 67), §§ 1003, 1005–1009; *Thibaut* I (Fn. 76), §§ 199, 206; für einen Überblick *Hellwege*, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem, 2004, 395 ff., 435 ff.

[208] *Höpfner* (Fn. 67), § 1004 a.E.: „Z.E. wenn ich gegen einen Kauf Restitution bekomme, so gebe ich die gekaufte Sache zurück, und erhalte den Kaufschilling wieder. Der also, welcher die Restitution bekommt, wird ausser Schaden gesetzt; er darf aber auch nichts durch die Restitution gewinnen wollen." Aus welcher Klage geklagt wurde, sollte für die Rückabwicklung unerheblich sein: *loc. cit.*, § 1008 a.E. Freilich wurde diese Annahme am Ende des 19. Jahrhunderts problematisch, als man die Rückabwick-

terter Verträge rührte daher, dass hier weder das in Art. 63 OR und § 814 BGB tradierte Irrtumserfordernis[209] der *condictio indebiti* noch die gedankliche Isolierung von Leistung und Gegenleistung passen.[210]

Umgekehrt war bei den Diskussionen zum BGB ungeklärt geblieben, ob und wie weit die Vermögensverschiebungsformel überhaupt die Fälle der späteren Eingriffskondiktion erfasste – das erklärt die Sonderregelung des § 816 BGB.[211] Bei den Beratungen zum Bereicherungsrecht waren diese Ansprüche nur am Rande zur Sprache gekommen,[212] weil die einschlägigen Regelungen, im Einklang mit den Gesetzgebungen des 19. Jahrhunderts,[213] im Sachenrecht gestanden hatten.[214] Und der im 20. Jahrhundert zentrale Bereicherungsausgleich in Mehrpersonenverhältnissen wurde offenbar erst in den letzten Jahren des 19. Jahrhunderts als ein systematisch zu diskutierender Problemkreis wahrgenommen.[215] Freilich galten damals andere

---

lung gescheiterter Verträge allgemein auf die *condictio indebiti* umzustellen begann; näher *Bolze* AcP 76 (1890), 233–264, 239 ff.

[209] Insbesondere gilt dies für formnichtige Verträge; näher *König*, Bereicherung (Fn. 127), 81 ff., 119 ff., 151.

[210] *König*, Bereicherung (Fn. 127), 85–152.

[211] Beratungen der 1. Kommission: Jakobs/Schubert III (Fn. 190), 861 f.; Motive, Mugdan II (Fn. 77), 476 f.

[212] Vgl. die Diskussionen der 1. Kommission zu den §§ 27 f. des von Kübelschen Entwurfs, die dann zur Formulierung des § 748 E I (Sonstiges grundloses Haben) führten: Jakobs/Schubert III (Fn. 190), 826 ff.

[213] Etwa §§ 271, 276, 283, 305 und öfter I 9 ALR (1794); Art. 103, 109, 113 Abs. 2 Entw. Bayr. BGB (1861); §§ 246, 251 f. Sächs. BGB (1863/1865). Ins Bereicherungsrecht verschoben waren die Ausgleichsansprüche bei Sachverbindung und Sachverzehr allerdings in den Art. 1005 f. Dresd. Entw.

[214] Eben Fn. 195; Einzelheiten in Jakobs/Schubert III (Fn. 190), 859 ff. Der Anspruch auf den Veräußerungserlös auch gegen den schuldrechtlich berechtigten Besitzer setzte sich erst in den Beratungen der 1. Kommission durch; und erst anlässlich der Revision des E II BGB verschob man die Regelungen des § 816 BGB in das Bereicherungsrecht: *loc. cit.*, 871.

[215] Das gilt insbesondere auch für Windscheid; siehe die nur sehr knappen Hinweise in *Windscheid* II (Fn. 76), § 424, Nr. 2; ebenso in § 412 (Anweisung, an einen Dritten zu leisten bzw. eine Leistung entgegenzunehmen). Ohne prinzipiellen Zugriff auch *id.*, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, Düsseldorf 1850, 93–96; vgl. *Schubert* ZRG (rom.) 92 (1975), 186, 202. Etwas genauer dann *Erxleben* I (Fn. 177), 156–182; ausführlich und systematisch aber erst *Witte* (Fn. 177), 75–84, 254–288, 295–310, unter anderem mit einer Diskussion von Drittleistungsfällen (75 ff.) und einem scharfen Angriff gegen die ältere gemeinrechtliche Praxis, die Versionsklage als einen allgemeinen Bereicherungstatbestand heranzuziehen (267 ff.). Grundlegend dann in den 1890er Jahren *Windscheid*, Die indirekte Vermögensleistung (1892), in: *id.*, Reden und Abhandlungen (Fn. 180), 410–429; *Wendt*, Das allgemeine Anweisungsrecht, Jena 1895, 21–35 und insbesondere 55–70; aus der Rechtsprechung RG SeuffA 44, 416, 418 f., Nr. 257 (1889).

Wertungen als heute. Der Bereicherungsdurchgriff war nämlich nicht nur bei einem Doppelmangel in Anweisungsfällen selbstverständlich,[216] sondern auf Grundlage der Versionsklage insbesondere auch bei der mittelbaren Stellvertretung.[217] Die Wertungen, die die Rückabwicklung heute steuern,[218] ließen sich überhaupt erst klar formulieren und konsequent umsetzen, nachdem, was bei den Diskussionen zum BGB alles andere als selbstverständlich war,[219] dieser Bereicherungsdurchgriff bei mittelbarer Stellvertretung überwunden war.

4. Wandlungen des Bereicherungsrechts

Heute liegen die einstigen dogmatischen Grundpfeiler der §§ 812 ff. BGB und Art. 62 ff. OR in Trümmern.[220] Der einheitliche Bereicherungstatbestand gehört der Vergangenheit an; die Haftung ist bei manchen Kondiktionen nicht

---

[216] *Witte* (Fn. 177), 78 f.; *Windscheid*, Vermögensleistung (Fn. 215), 417 f.; *Wendt* (Fn. 215), 65 f.: Die „Nützlichkeit" der *recta via* (Durchgriff) liege „auf der Hand", „wenn es galt, Beziehungen solcher Art zwischen 3 Personen zu lösen, von denen die erste der zweiten, die zweite der dritten haftet." Hier fiel nämlich das sonst entscheidende Argument weg, dass der Leistungsempfänger nur erhalten habe, was ihm von Rechts wegen gebühre (*Paulus*, Digesten 12,6,44: auch wenn nicht vom wahren Schuldner geleistet worden sei, gelte „repetitio nulla est ab eo qui suum recepit"); vgl. später noch *G.H. Maier* AcP 152 (1952/53), 97. Aus der älteren Rechtsprechung RG SeuffA 44, 416, 418 f., Nr. 257 (1889). Aus der Gesetzgebung: § 180 I 16 ALR (1794); Art. 909 Abs. 2 Entw. Bayr. BGB (1861/1864); § 1524 Sächs. BGB (1863/1865); Art. 978 Dresd. Entw. (1866).

[217] § 262 I 13 ALR (1794): allgemeine Versionsklage; § 791 Sächs. BGB (1863/1865), Art. 767 Dresd. Entw. (1866): Durchgriff bei mittelbarer Stellvertretung. Auch das ABGB hatte mit den §§ 1041 f. einen Versionsanspruch statuiert; vgl. *von Zeiller*, Commentar (Fn. 84), § 1041, Anm. 1 ff.; näher *Kupisch*, in: Selb/Hofmeister (Hg.), Forschungsband Franz von Zeiller, 1980, 134–152. Rechtsprechung und Lehre haben diese Normen freilich längst als Grundlage von Bereicherungsansprüchen in sonstiger Weise, insbesondere der Eingriffskondiktion re-interpretiert: *Koziol/Welser*, Grundriß des bürgerlichen Rechts, Bd. II, 12. Aufl., 2001, 258 ff. Einen dogmatisch passenden Anknüpfungspunkt hierfür bot insbesondere die primäre Rechtsfolge der Naturalrestitution in § 1041 ABGB: *Kupisch*, *loc. cit.*, 147.

[218] *König*, Bereicherung (Fn. 127), 179–236; *Larenz/Canaris* (Fn. 93), 246–251 (§ 70 VI.).

[219] Im Rahmen der Regelungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag hatte *von Kübel* die Versionsklage auch noch für das BGB vorgesehen: Geschäftsführung ohne Auftrag, 56 ff., 60–63 mit dem Normvorschlag § 245, in: Schubert (Fn. 195), 929–995. Erst die 1. Kommission hat die Versionsklage abgelehnt – freilich weniger aus rechtspolitischen denn aus praktischen Erwägungen; siehe die Motive, Mugdan II (Fn. 77), 487 f.

[220] Ähnlich *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, 39 f.

einmal grundsätzlich auf die Bereicherung beschränkt; und die Vermögensverschiebungsformel hat ihre einst zentrale Funktion längst verloren. Sie gilt allenfalls bei den Aufwendungskondiktionen und bei der Eingriffskondiktion[221] (viele bezweifeln auch das),[222] ist hier neben der Lehre vom Zuweisungsgehalt allerdings überflüssig.[223] Und die gedankliche Engführung des Kondiktionsrechts mit der abstrakten Übereignung[224] passt schlecht in eine Welt, in der fast nurmehr bargeldlos gezahlt wird.[225] Es erscheint deshalb im Nachhinein wenig verwunderlich, dass die Bereicherungsdogmatik im 20. Jahrhundert genau in dem Maße Fortschritte gemacht hat, in dem sie Distanz gegenüber dem Wortlaut und dem begrifflichen Rahmen der Kodifikationen gewonnen hat. Diese Entwicklung ist in Deutschland, Österreich und der Schweiz im Wesentlichen parallel verlaufen; ihre Ergebnisse bilden heute elementares Examenswissen. Dazu gehören

(1) die Differenzierung der als einheitlicher Tatbestand konzipierten bereicherungsrechtlichen Generalklausel[226] in selbständige Tatbestände:[227] ins-

---

[221] *Esser*, 2. Aufl. (Fn. 128), 776 (§ 189); *Larenz/Canaris* (Fn. 93), 131 f., 135 f. (§ 67 II).

[222] *Schluep*, in: Mélanges Paul Piotet, 1990, 173–213, 179–181, 187 und öfter; *Schwenzer*, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2012, Rn. 55.09. Auch in der deutschen Literatur wurden Zweifel geäußert, insbesondere von Vertretern einer bereicherungsrechtlichen Gewinnhaftung; siehe nur *Koppensteiner/Kramer*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Aufl., 1988, 85 f.

[223] *Larenz/Canaris* (Fn. 93), 135 (§ 67 II.2.b).

[224] Motive, Mugdan II (Fn. 77), 463.

[225] *von Caemmerer*, in: FS für Ernst Rabel, Bd. I, 1954, 333–401, 338.

[226] Für das OR *Huwiler* (Fn. 136), 60 ff.; für Deutschland *Kupisch* (Fn. 197), 276 ff., sowie die übrigen Nachweise eben Fn. 202.

[227] Grundlegend für die Diskussionen nicht nur in Deutschland, sondern auch in Österreich und in der Schweiz *Wilburg*, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, 1934, 5 ff., 7 ff., 27 ff.; *von Caemmerer* (Fn. 225), 334 ff. Ein ähnliches Konzept findet sich, im Anschluss an die Darstellung bei Windscheid (oben Fn. 183) bereits 1902 bei *Jung*, Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des „rechtlichen Grundes", 26 ff., 56 ff., 125 ff. Jung hatte klargestellt, dass das Tatbestandsmerkmal „auf Kosten" nur für die Kondiktionen „in sonstiger Weise" gelte (56); und er hatte für die Lösung von Mehrpersonenverhältnissen auf die Leistungsbeziehungen abgestellt (87 ff.). Ähnlich unterschied *Heinrich Siber* „deutlich" zwei Gruppen von Bereicherungsansprüchen und stellte dabei klar, dass die Rechtsgrundlosigkeit jeweils nach unterschiedlichen Maßstäben zu bestimmen sei: Schuldrecht, 1931, 417. Besonders klar später *Esser*, 2. Aufl. (Fn. 128), 776 (§ 189); *König*, Bereicherung (Fn. 127), *passim*; in jüngerer Zeit *Koppensteiner/Kramer* (Fn. 222), 1988, 4 f. und *passim*; *Larenz/Canaris* (Fn. 93), 129 ff. (§ 67 I.2.); *Thomale* (Fn. 127), 238–262; Bamberger/Roth/*Wendehorst*, 3. Aufl., 2012, § 812, Rn. 18–31; Staudinger/*St. Lorenz* (Fn. 30), § 812, Rn. 1 f.; MünchKommBGB/*M. Schwab* (Fn. 38), § 812, Rn. 41 ff., 235 ff., 296 ff., 317 ff. (trotz *protestatio facto contraria* in Rn. 39). Zur Theorieentwicklung *Reuter/Martinek* (Fn. 220), 22–35; *Zimmer-*

besondere in die Leistungs- und die Eingriffskondiktion,[228] sowie die Rückgriffs- und Verwendungskondiktionen;[229]

(2) die Grundsätze über die Rückabwicklung in Mehrpersonenverhältnissen;[230]

(3) die Erkenntnis, dass bei der Eingriffskondiktion Erwerbsaufwendungen, die einer Vindikation des verletzten Rechts nicht hätten entgegengesetzt werden können, auch den Bereicherungsanspruch nicht mindern;[231] und

(4) die Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung bei der Rückabwicklung gescheiterter Verträge. Hier ist anerkannt, im Einzelnen allerdings hoch umstritten, dass es die vertraglich gewollte Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung zu berücksichtigen gilt;[232] dementsprechend ist hier die Haftung gerade nicht gem. § 818 Abs. 3 BGB beschränkt.[233]

---

mann, Obligations (Fn. 132), 889–891; aus der Perspektive der Flumeschule *Jahn*, Der Bereicherungsausgleich im Mehrpersonenverhältnis dargestellt anhand der Rückabwicklung von Werk- und Dienstleistungen, 2014, 11–16. Für Österreich *Koziol/Welser* (Fn. 217), 256 ff.; für die Schweiz *von Büren*, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, 1964, 296 ff., 298 ff., 309 f.; *Schwenzer* (Fn. 222), Rn. 55.04 ff.; besonders radikal BGE 123 III, 101, 107 (1997). In der Schweiz ist die Frage allerdings nach wie vor ernsthaft umstritten. Ein Teil der Lehre versteht Art. 62 OR als universell anwendbare Generalklausel, formuliert dann freilich differenzierte Einzeltatbestände, insbesondere für die Eingriffskondiktion: Basler Kommentar zum Obligationenrecht/*Schulin*, 5. Aufl., 2011, Art. 62, Rn. 10 f., 19 ff.

[228] In Österreich als „Verwendungsanspruch" auf Grundlage des § 1041 ABGB: *Koziol/Welser* (Fn. 217), 258 ff.

[229] Staudinger/*St. Lorenz* (Fn. 30), § 812, Rn. 23, 25. Terminologie und Gliederung sind jenseits der Leistungs- und Eingriffskondiktion uneinheitlich; vgl. etwa *Reuter/Martinek* (Fn. 220), 56–62 und *passim*: Leistung, Eingriff, Abschöpfung. *von Büren* (Fn. 227), 309, ersetzte den Begriff der Eingriffskondiktion plastisch durch den der „Rechtsfortwirkungskondiktion". Siehe noch unten V.

[230] *von Caemmerer* JZ 1962, 385–388; *Canaris*, in: 1. FS für Karl Larenz, 1973, 799–865; *König*, Bereicherung (Fn. 127), 179–236; zusammenfassend *Larenz/Canaris* (Fn. 93), 197–253 (§ 70); *St. Lorenz* JuS 2003, 729–733, 839–845; *Koziol/Welser* (Fn. 217), 269 ff. Mittlerweile sind nurmehr wenige Einzelfragen ernsthaft umstritten; vgl. MünchKommBGB/*M. Schwab* (Fn. 38), § 812, Rn. 52–234; Staudinger/*St. Lorenz* (Fn. 30), § 812, Rn. 36–64.

[231] BGHZ 55, 176, 179 f. (1971 – Jungbullen); *Larenz/Canaris* (Fn. 93), 302 f. (§ 73 I.5.a); *Koziol/Welser* (Fn. 217), 268.

[232] Grundlegend für die Diskussionen im 20. Jahrhundert und für die Rechtsprechung: *Bolze* AcP 76 (1890), 233–264, 239 ff. (zum gemeinen Recht), 252 ff. (zum E I BGB); *id.* AcP 82 (1894), 1–11, 6 ff. (E II BGB); RGZ 54, 137, 140 ff. (1903). Siehe auch den ausführlichen Rechtsprechungsbericht bei *König*, Bereicherung (Fn. 127), 81–154; für die Diskussionen seither *Larenz/Canaris* (Fn. 93), 321–338 (§ 73 III.); MünchKommBGB/*M. Schwab* (Fn. 38), § 818, Rn. 209–275.

[233] *Zimmermann* OJLSt 15 (1995), 403, 413.

All dies ist heute weitgehend anerkannt, und zwar, trotz ganz anderer kodifikatorischer Ausgangslage, auch in Österreich.[234] Vor dem Hintergrund der §§ 812 ff. BGB war es dahin freilich ein langer Weg:

(1) Bis in die 1980er Jahre hinein ist die Trennungslehre von *Wilburg* und *von Caemmerer* ernsthaft umstritten geblieben; es ist bemerkenswert, wie viel Energie bis heute sowohl in der Schweiz[235] als auch in Deutschland[236] darauf verwendet wird, die Vorstellung der Kodifikationen von einem einheitlichen Bereicherungstatbestand auf Grundlage der Vermögensverschiebungsformel dogmatisch neu zu rekonstruieren. Und in der Tat: Die Trennungslehre bedeutete einen durchaus nicht unproblematischen Abschied von den dogmatischen Grundlagen des Gesetzes. Im IPR hat mittlerweile freilich auch der Gesetzgeber diesen Weg eingeschlagen.[237]

(2) Vor dem Hintergrund der Vermögensverschiebungsformel mussten Rechtsprechung und Lehre die Mehrpersonenfälle zunächst im Rückgriff auf das Tatbestandsmerkmal „auf Kosten" lösen[238] und demgemäß nach einer unmittelbaren Vermögensverschiebung fragen.[239] Allerdings wurde zunehmend deutlich, dass das beispielsweise bei Leistungen im eigenen Namen aus

---

[234] *Koziol/Welser* (Fn. 217), 256–281. Beispielsweise ist die Versionsklage (§§ 1041 f. ABGB) längst als solche abgeschafft, wobei die Normen zur Grundlage der Nichtleistungskondiktionen wurden: oben Fn. 217.

[235] *Kaufmann-Bütschli*, Grundlagenstudien zur ungerechtfertigten Bereicherung in ihrer Ausgestaltung durch das schweizerische Recht, 1983, 188 ff. und *passim*; *Huwiler* (Fn. 136), 64 ff., 75 ff.

[236] *Kellmann*, Grundsätze der Gewinnhaftung. Rechtsvergleichender Beitrag zum Recht der ungerechtfertigten Bereicherung, 1969, besonders 69 ff.; *id.* NJW 1971, 862–865, 863 f.; *Wilhelm*, Rechtsverletzung (Fn. 167), 173 ff., 191 ff. und *passim*; *Kupisch*, in: FS für Ulrich von Lübtow, 1980, 501–545; *id.*, Gesetzespositivismus im Bereicherungsrecht. Zur Leistungskondiktion im Drei-Personen-Verhältnis, 1978, 21 f., 62 f. und *passim*. W.N. bei *Reuter/Martinek* (Fn. 220), 35–38. Aus jüngerer Zeit insbesondere *Schall*, Leistungskondiktion und „Sonstige Kondiktion" auf der Grundlage des einheitlichen gesetzlichen Kondiktionsprinzips, 2002; *Jahn* (Fn. 227), 33 f., 67 f., 116–178 und *passim*; HKK III/*Schäfer* (Fn. 28), §§ 812–822, Rn. 51–55. Siehe auch *Bälz*, in: FS für Joachim Gernhuber, 1993, 3–94, 5 ff. und *passim*, der wieder, wie Savigny und die Lehre des 19. Jahrhunderts auch die Leistungskondiktionen als Rechtsfortwirkungsansprüche fassen will; ähnlich *Reuter/Martinek*, *loc. cit.*, 76 und öfter. Aber das ist unplausibel; siehe oben Fn. 152.

[237] Nämlich mit der unterschiedlichen Behandlung von Leistungs-, Eingriffs- und sonstigen Kondiktionen in Art. 38 EGBGB von 1999; dazu treffend *Thomale* (Fn. 127), 250–254.

[238] Planck/*André*, 1./2. Aufl. (Fn. 200), Vor § 812, Anm. III a.E., § 812, Anm. 1.b); RG, JW 1905, 80, Nr. 19 (1904); RG JW 1908, 432, Nr. 6 (1908).

[239] Grundlegend und umfassend *von Mayr*, Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts, 1903, 211–272; daneben etwa *Oertmann*, Recht der Schuldverhältnisse, 3./4. Aufl., 1919, Vor § 812, Anm. 2.d); Staudinger/*Engelmann*, 7./8. Aufl.,

fremdem Vermögen[240] kein gangbarer Weg war. Eine dogmatische Alternative bestand anfangs darin, auf die Bereicherung des Leistungsempfängers abzustellen. Nach einer gemeinrechtlichen Formel sollte ein Durchgriff nämlich nur dann ausscheiden, wenn der Leistungsempfänger einen Anspruch auf die Zuwendung hatte. Nur dann, so das Argument, werde er durch die Zuwendung nicht rechtsgrundlos bereichert.[241] In den Doppelmangelfällen führte dieser Ansatz indes zu einem Durchgriff, der zunehmend als interessenwidrig galt.[242] Man suchte deshalb nach anderen Lösungen, die die Lehre zunächst im Leistungsbegriff des § 812 Abs. 1, S. 1 BGB fand.[243] Das bedeutete einen Abschied von der Vermögensverschiebungsformel,[244] durfte aber noch als eine Auslegung des Gesetzes durchgehen.

1912, Vor § 812, Anm. 4, § 812, Anm. 1.b) und 2. Aus der Rechtsprechung insbesondere RGZ 66, 77, 79 ff. (1907).

[240] Etwa bei der Verkaufskommission oder bei Bauarbeiten mit fremden Sachen oder auf Grundstücken, die sich nicht im Eigentum des Bestellers befinden. Weiter etwa *König*, Bereicherung (Fn. 127), 186; *id.* (Fn. 30), 1578.

[241] RG JW 1903, Beil. 3, 24, Nr. 49 (1902): Der Beklagte habe das streitgegenständliche „Sägegatter nicht ohne rechtlichen Grund, sondern auf Grund seiner vertraglichen Abmachungen" mit einem Dritten erhalten; vgl. oben Fn. 216.

[242] Z.B. *Heck*, Grundriß des Schuldrechts, 1929, 432 f.; w.N. bei *König*, Bereicherung (Fn. 127), 196 f.

[243] Grundlegend *Wilburg* (Fn. 227), 113 f.; *von Caemmerer* (Fn. 225), 350 ff.; *id.* JZ 1962, 385–388; *Esser*, 2. Aufl. (Fn. 128), 779–788 (§§ 189 f.) – *Esser* hat die Darstellung in den Folgeauflagen präzisiert und im Einzelnen modifiziert: Schuldrecht Besonderer Teil, 3. Aufl., 1969, 337–351 (§§ 101 f.). Sein finaler Leistungsbegriff galt dabei lange Zeit als spezifisch bereicherungsrechtliches Konzept; siehe etwa *Wieacker*, in: FS für Hans Carl Nipperdey, Bd. I, 1965, 783–813, 785 m. Fn. 5; *Koppensteiner/Kramer* (Fn. 222), 10–13; w.N. bei *Reuter/Martinek* (Fn. 220), 93 f. Für die Rechtsprechung insbesondere BGHZ 40, 272, 276–279 (1963 – Elektrogeräte), mit Verweis insbesondere auf *Esser*, *loc. cit.*, 2. Aufl.; 56, 228, 239–241 (1971 – Baustoffe); 58, 184, 187–190 (1972); 61, 289, 291–295 (1973); 66, 362, 363–366 (1976); 87, 393, 395–398 (1983). Die Rechtsprechung hat an diesem Ansatz lange festgehalten; vgl. etwa BGHZ 89, 376, 378 (1984).

[244] Der Übergang war freilich fließend. Beim Leistungsbegriff erörtert das Problem bereits 1902 *Jung*, Bereicherungsansprüche (Fn. 227), 87 ff., und 1912 Staudinger/*Engelmann* (Fn. 239), § 812, Anm. 1.b). Plausibel wurde dieser Ansatz aber erst angesichts der Schwierigkeiten der älteren Einheitslehre. *Wilburg* (Fn. 227), 108–114, präsentierte seine Leistungsbegriffsdogmatik 1934 als Alternative zur Lehre von der unmittelbaren Vermögensverfügung, hat das später – freilich nur *en passant* – wieder zurückgenommen und die Leistungskondiktion ganz ähnlich wie ursprünglich Savigny begründet: AcP 163 (1963/64), 346–379, 349. Demgegenüber betonte *von Caemmerer* (Fn. 225), 351, seine Auffassung stehe nicht im Widerspruch zum Erfordernis einer unmittelbaren Bereicherung. Klarer dann *id.* JZ 1962, 385: „Das .... Erfordernis der *Unmittelbarkeit der Bereicherung* besagt bei der Leistungskondiktion, daß der Anspruch dem Leistenden zusteht und daß er sich nur gegen den Leistungsempfänger richtet". Ganz auf der neuen Linie dann *Esser*: Die Tatbestandsmerkmale einer unmittelbaren Vermögensver-

Verlässlich[245] in den Griff bekam man diesen Fragenkreis aber erst in einem dritten Schritt, als man unmittelbar auf die „Parteirolle im rückabzuwickelnden Schuldverhältnis" abzustellen begann.[246] Seither betrachtet man das Bereicherungsrecht zunehmend als „eine Ergänzung des *Vertragsrechts* unter dem rechtspolitischen Gedanken, dass Vergütungs- und Rückabwicklungsansprüche nur gegen den Vertragspartner gerichtet werden können".[247] Die Dogmatik orientiert sich also an der nach vertragsrechtlichen Maßstäben richtigen Zuordnung von Konkursrisiken und Einwendungen[248] und sucht Lösungen schwieriger Fälle folgerichtig nicht mehr in einem spezifisch bereicherungsrechtlichen Leistungsbegriff.[249] Trotz verbleibender Unterschiede

---

schiebung bzw. des Erwerbs auf Kosten eines anderen seien nur bei der Eingriffskondiktion sinnvoll: Schuldrecht, 2. Aufl. (Fn. 128), 776 (189).

[245] Der maßgebliche Bankensenat des BGH (XI. Senat) verzichtet seit 2001 auf den Billigkeitsvorbehalt, wonach „in erster Linie die Besonderheiten des einzelnen Falles … zu beachten" seien (BGHZ 58, 184, 187 [1972]), bzw. dass sich angesichts der „Besonderheiten des Einzelfalls" „jede schematische Lösung verbiete"; so etwa BGHZ 61, 289, 292 (1973 – Scheckwiderruf); 89, 376, 378 (1984) m.w.N. zur älteren Judikatur. Ohne solche Vorbehalte BGHZ 147, 145 (2001); 147, 269 (2001, VI. Senat); 151, 127, 129 f. (2002, IX. Senat); 152, 307 (2002); 158, 1 (2004); 167, 171, 173–175 (2006); 176, 234, 236–243 (2008); BGH NJW 2012, 3294, 3297 f. Zwar finden sich solche Bemerkungen nach 2004 wieder in einer Reihe von Entscheidungen anderer Senate; siehe etwa BGH NJW 2004, 1169 (IX. Senat); BGH NVwZ 2007, 973, 974 (III. Senat); BGH NJW-RR 2011, 211, 212 (Xa. Senat); BGH NJW 2012, 2034, 2038 (I. Senat); BGH NJW 2015, 229, 231 (V. Senat). Aber darauf kam es in keiner dieser Entscheidungen wirklich an; keine dieser Entscheidungen war als Leitentscheidung konzipiert; und diese Entscheidungen ändern nichts daran, dass die Rechtsprechung des maßgeblichen Senats auf einem sicheren Fundament ruht. Insgesamt kann deshalb gesagt werden, dass die Rückabwicklung innerhalb von Mehrpersonenverhältnissen mittlerweile dogmatisch und teleologisch präzise strukturiert ist. Man wird deshalb kaum mehr an der These festhalten können, Bereicherungsrecht sei reinstes Fallrecht; so insbesondere *König*, Bereicherung (Fn. 127), 17, bzw. sonst notorisch unsicher; so noch *Belling/Belling* JZ 2010, 708.

[246] *Larenz/Canaris* (Fn. 93), 131 (§ 67 II.1.b).

[247] *König*, Bereicherung (Fn. 127), 179 (Hervorhebung i.O.); ähnlich *id.* (Fn. 30), 1578–1588; siehe auch Bamberger/Roth/*Wendehorst* (Fn. 227), § 812, Rn. 7, die darin eine „Rückkehr zu einer natürlichen Auffassung" sieht, „welche *unmittelbar* die gerechtigkeitsbestimmenden Wertungen heranzieht und nicht aus … Begriffen, Theorien usw deduziert". Diese Wertungen finden sich freilich im Gesetz, allerdings nicht im Bereicherungsrecht.

[248] Statt aller *Larenz/Canaris* (Fn. 93), 247 f. (§ 70 VI.1); *Koppensteiner/Kramer* (Fn. 222), 13 f., 27–49; *Schwenzer* (Fn. 222), Rn. 56–16 f.

[249] So lange Zeit die herrschende Meinung (Nachweise eben Fn. 243). Dagegen bereits *von Caemmerer* JZ 1962, 385, 386. Nachdrückliche Kritik aber erst seit den 1980er Jahren: *Gernhuber*, Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. Aufl., 1994, 108 f.; *Reuter/Martinek* (Fn. 220), 93–106; *Schnauder*, Grundfragen zur Leistungskondiktion bei

und Kontroversen in Einzelpunkten[250] ist heute weitgehend anerkannt, dass sich Entscheidungsmaßstäbe in erster Linie im Erfüllungsrecht[251] sowie in den allgemeinen Grundsätzen zur Zurechnung von Willenserklärungen und Rechtsscheintatbeständen finden. Es kommt darauf an, ob geleistet oder ein entsprechender Rechtsschein in die Welt gesetzt wurde, wem die Leistung bzw. der Rechtsschein zuzurechnen ist, und ob Erfüllung eingetreten ist.[252] Diese Wertungen werden ergänzt oder modifiziert durch spezifische Regelungen etwa im Zessionsrecht,[253] allerdings – anders als der BGH neuerdings

---

Drittbeziehungen, 1981. Siehe auch – freilich auf eigenwilliger dogmatischer Grundlage – *Bälz* (Fn. 236), 15 ff.

[250] Neben den in den folgenden Fn. Genannten insbesondere *Solomon*, Der Bereicherungsausgleich in Anweisungsfällen. Rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen Recht und zu den Rechtsordnungen des Common Law, 2004, insbesondere 101–115; Bamberger/Roth/*Wendehorst* (Fn. 227), § 812, Rn. 171 u. ff.; Staudinger/*St. Lorenz* (Fn. 30), § 812, Rn. 36–64, jeweils m.w.N. Keine Einigkeit besteht nach wie vor, wie sich die rechtsgeschäftliche Rekonstruktion der Leistungsbeziehungen und die Analyse einschlägiger vertragsrechtlicher Wertungen miteinander verbinden lassen; und bei der widerrufenen Überweisung streitet man, unter welchen Voraussetzungen der Rechtsschein einer Überweisung dem Zahlenden zurechenbar ist; Überblick etwa bei *Rademacher* NJW 2009, 2169, 2170.

[251] In diese Richtung zuerst *Kupisch*, Gesetzespositivismus (Fn. 236), 19 ff. und *passim*; ausführlich jetzt *Thomale* (Fn. 127). Wenig überzeugend die Kritik von *Jahn* (Fn. 227), 99–102, 110–115.

[252] *Larenz/Canaris* (Fn. 93), 201 ff. (§ 70); *St. Lorenz* JuS 2003, 839–845, für die „Problemfälle"; siehe auch *Koziol/Welser* (Fn. 217), 271. Die scharfe Kritik von *Thomale* (Fn. 127), 274–281 verschleiert die Nähe der Ansätze. Auch die Vermögensverfügungslehre greift für die Wirksamkeit der Anweisung zunehmend auf Wertungen der Rechtsgeschäftslehre zurück: *Jahn* (Fn. 227), 115, 139–150. Aus der Rechtsprechung BGHZ 147, 145, 149–151 (2001); 147, 269, 269–274 (2001); 158, 1, 5 f. (2004); 167, 171, 173–175, 177 (2006); 176, 234, 236–243 (2008); BGH NJW 2012, 3294, 3297 f. Auch hier hat die Rechtsprechung den fundamentalen Wandel ihres Ansatzes zu überspielen versucht; siehe etwa BGHZ 147, 269, 274 mit Verweis auf BGH NJW-RR 1990, 1200, 1201, wo sich der neue Ansatz indes lediglich angedeutet findet.

[253] *Koziol/Welser* (Fn. 217), 272 f. Die Leistung auf eine abgetretene Forderung macht deutlich, dass, wenn man allein vom Leistungsbegriff her argumentiert, sonst selbstverständliche Wertungen verschwimmen. In der Wertung liegt dieser Fall einfach: Der Schuldner kondiziert vom Zedenten: *Kupisch*, Gesetzespositivismus (Fn. 236), 83 f.; *König* (Fn. 30), 1587 f.; *Larenz/Canaris* (Fn. 93), 237–239 (§ 70 V.1); *St. Lorenz* JuS 2003, 839, 842 f.; BGH NJW 2012, 3373 f.; siehe auch Staudinger/*St. Lorenz* (Fn. 30), § 812, Rn. 91 m.w.N. und einer klaren Abgrenzung zu den Wertungen beim Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter. Gleichwohl wird argumentiert, dass die Tatsache, dass der Schuldner glaube, an den Zessionar leisten zu müssen (was in Wahrheit, weil die Forderung nicht besteht und die Zession der nichtexistenten Forderung ins Leere geht, nicht der Fall ist), ihm seinen Regressweg gegen seinen ursprünglichen Gläubiger abschneide und einen fremden Bereicherungsschuldner aufzwinge; so insbesondere *Dörner* NJW 1990, 473–477; MünchKommBGB/*M. Schwab* (Fn. 38),

meint – nicht durch § 675u BGB.[254] Auch der österreichische OGH[255] und das Schweizer Bundesgericht, das hier lange Zeit eine Beobachterposition eingenommen hat, judizieren mittlerweile auf dieser Linie.[256]

(3) Dass Erwerbsaufwendungen bei der Eingriffskondiktion – auch bei § 816 Abs. 1 BGB – ebenso wie bei der Rückabwicklung gescheiterter Verträge den Anspruch mindern, schien nach Erlass des BGB vielen offensichtlich und mit dem Gedanken einer Bereicherungshaftung vorgegeben.[257] Ganz ähnlich argumentierte *Fritz Schulz*, freilich mit gegenteiligem Ergebnis: Dass der Weiterveräußerer den Erwerbsaufwand sinnvollerweise nicht

---

§ 812, Rn. 210 m.w.N. Die Leistungsdogmatik würde also aus der Zession einen Vertrag zulasten Dritter machen! Zessionsrechtlich geht das nicht an. Dogmatisch gewichtiger wäre deshalb das Argument, der Schuldner übernehme mit seiner Tilgungsbestimmung das Insolvenzrisiko des Zessionars; so *Thomale* (Fn. 127), 359 f. Indes kann von einer privatautonomen Risikoübernahme hier offenkundig nicht die Rede sein; das zeigt anschaulich das höchstrichterlich entschiedene Fallmaterial (in dem *loc. cit.* entschiedenen Fall hatte sich beispielsweise der Abschleppunterneher geweigert, dem Kläger vor Zahlung der überhöhten Abschleppgebühr den Standort seines Fahrzeugs zu nennen). Die von Thomale genannten, kaum je praktischen Mittel des Selbstschutzes helfen zudem nur gegen unwirksame Zessionen, nicht bei der Zession nicht bestehender Forderungen. Weil die durch die Zession aufgenötigte Tilgungsbestimmung gerade keinen Ausdruck der Privatautonomie bildet, ändert sie nichts daran, dass der Schuldner nur das Insolvenzrisiko seines ursprünglichen Gläubigers zu tragen hat.

[254] So aber BGH JZ 2015, 950, Rn. 18 ff. Dies Urteil ist in seiner Begründung indes gewiss verfehlt. Anders als der BGH behauptet, entspricht eine solche Lesart des § 675u BGB nämlich offenkundig nicht der Regelungsabsicht des Gesetzgebers und lässt sich auch nicht als Umsetzung von Vorgaben des EU-Rechts begründen. Denn weder der europäische noch der deutsche Gesetzgeber haben zum Ausgleich in Mehrpersonenverhältnissen irgendeine Aussage treffen wollen: *Rademacher* NJW 2011, 2169, 2170 ff.; *Fornasier* AcP 212 (2012), 410, 433–441; *Grundmann*, in: Großkommentar Handelsgesetzbuch, 5. Aufl., 2015, Bankvertragsrecht, Dritter Teil. Zahlungsgeschäft, Rn. 413 ff., 417, 420. Offenbar beruht die Entscheidung nicht zuletzt auf – insoweit völlig berechtigten – Zweifeln an der bisherigen Rechtsprechung zur Rechtsscheinverantwortlichkeit im Überweisungsverkehr; näher zum Ganzen *Jansen* JZ 2015, 953–956 m.w.N. zur Diskussion.

[255] Überblick bei Staudinger/*St. Lorenz* (Fn. 30), Vor § 812, Rn. 8.

[256] BGE 121 III, 109, 113 ff. (1995). Überblick bei *Schwenzer* (Fn. 222), Rn. 56.18–56.24.

[257] So *Stieve*, Der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, Straßburg 1899, 89 ff., insbesondere 93–95; *Freund*, Der Eingriff in fremde Rechte als Grund des Bereicherungsanspruchs, 1902, 57–59; *von Mayr* (Fn. 239), 622 f.; Staudinger/*Engelmann* (Fn. 239), § 816, Anm. 3. Gegen die Abzugsmöglichkeit freilich bald die herrschende Meinung: *Windscheid/Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl., 1900, 820 (§ 422, Zusatz 2); *Oertmann* (Fn. 239), § 816, Anm. 2; Planck/*Landois*, Bürgerliches Gesetzbuch 4. Aufl., 1928, § 816, Anm. IV (Planck selbst hatte die Frage in den Vorauflagen nicht ausdrücklich angesprochen). Das RG hat die Frage, soweit ersichtlich, erst 1923 – gegen die Vorinstanzen – entschieden: RGZ 106, 4, 7.

abziehen dürfe, beweise, dass § 816 Abs. 1 BGB kein Bereicherungsanspruch sei.[258] Wir wissen heute, dass es sich jedenfalls um einen andersartigen Anspruch handelt.

(4) Bei der Rückabwicklung gescheiterter Verträge rekurrierten das Reichsgericht und auch die Literatur von Anfang an auf die Begriffe des Erlangten oder der Bereicherung, um Leistung und Gegenleistung miteinander zu verknüpfen (sog. „Saldotheorie").[259] Es erschien „das Nächstliegendste und Natürlichste die Lösung aus dem Wesen der Bereicherung heraus zu versuchen".[260] Dieser Ansatz, dem der BGH bekanntlich bis heute folgt,[261] reflektiert aber weder die Wertungen, die die Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung tragen, noch den Grund der Vertragsunwirksamkeit.[262] Eigentlich folgerichtig sollte die Saldotheorie deshalb zunächst z.B. auch gegen Geschäftsunfähige Anwendung finden,[263] und genau aus diesem Grund wollten wichtige Stimmen wie *Oertmann* und *von Tuhr* an der vom BGB scheinbar vorgegebenen isolierten Rückabwicklung von Leistung und Gegenleistung nach der Zweikondiktionenlehre festhalten.[264] Wirklich geklärt ist die-

---

[258] *F. Schulz* AcP 105 (1909), 1, 346 ff. Bemerkenswerterweise wurde Schulz mit diesem Argument dahin missverstanden, dass er sich *für* die Abzugsmöglichkeit ausgesprochen habe: *Oertmann* (Fn. 239), § 816, Anm. 2.

[259] RGZ 54, 137, 141 (1903); dazu *Flume* AcP 194 (1994), 427 ff. Der Entscheidung zustimmend *Hellwege* (Fn. 207), 463. Aus der Literatur insbesondere Planck/*André*, 1./2. Aufl. (Fn. 200), § 812, Anm. 1.a); vgl. auch, zum E II BGB, *Bolze* AcP 82 (1894), 1–11, 6 ff., der die Rechtsprechung seines V. Senats damit maßgeblich geprägt haben dürfte. Das übergeht die historische Kritik von *Finkenauer*, in: Falk/Mohnhaupt (Fn. 90), 305–317, 310–315.

[260] *H.A. Fischer*, in: FS für Ernst Zitelmann, 1913, 1–56, 10.

[261] Die Begründung und Formulierung der Theorie hat in Einzelheiten freilich geschwankt. Ursprünglich hatte der BGH wie das RG auf die Begriffe des Erlangten bzw. der Bereicherung abgestellt: BGHZ 1, 75, 81 (1951); 53, 144, 145 f. (1970). Später hat das Gericht dann aber normativ auf das „von den Parteien gewollte Austauschverhältnis (Synallagma)" abgestellt: BGHZ 57, 137, 150 (1971); 72, 252, 255 f. (1978). Die jüngere Rechtsprechung scheint freilich wieder auf die ursprüngliche Linie eingeschwenkt zu sein; siehe etwa BGHZ 145, 52, 54 f. (2000); 147, 152, 157 (2001).

[262] Vgl. *Flume* (Fn. 165), 162 f.; *Larenz/Canaris* (Fn. 93), 323 f. (§ 73 III.2.d); *Büdenbender* AcP 200 (2000), 627, 666.

[263] So etwa Planck/*André*, 1./2. Aufl. (Fn. 200), § 812, Anm. 1.a). Zur Rechtsprechung *Diesselhorst*, Die Natur der Sache als außergesetzliche Rechtsquelle verfolgt an der Rechtsprechung zur Saldotheorie, 1968, 166–192. Bekanntlich hat die Rechtsprechung später *ad hoc* Ausnahmen zur Saldotheorie eingeführt. Überblick bei MünchKommBGB/*M. Schwab* (Fn. 38), § 818, Rn. 214 (Insolvenz), 216 (Geschäftsunfähigkeit, Täuschung, Wucher) m.w.N.

[264] Siehe insbesondere *von Tuhr* (Fn. 130), 308 ff.; *Oertmann* DJZ 1915, Sp. 1063–1067.

ser Fragenkreis bis heute nicht.[265] Auch das vergleichende Bild zeigt an dieser Stelle deutlich, dass sich sachgerechte Lösungen nicht im Rekurs auf die abstrakte Logik der *condictio indebiti* finden lassen.[266] Denn die bereicherungsrechtliche Begrifflichkeit dieser Kondiktion ist blind für die entscheidenden rückabwicklungssteuernden Wertungen. Dies sind bekanntlich vor allem die von den Parteien bei der Erfüllung vorausgesetzte Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung sowie die Risikozuweisungen, die sich aus dem Sinn und Zweck der einschlägigen Nichtigkeitsnorm ergeben.[267] Es lag deshalb nahe, auf vergleichbare gesetzliche Wertungen an anderer Stelle, insbesondere im

---

[265] Zum gegenwärtigen Diskussionsstand *Larenz/Canaris* (Fn. 93), 321–337 (§ 73 III.): „Obwohl die Rückabwicklung von unwirksamen gegenseitigen Verträgen zu den wichtigsten Aufgaben des Bereicherungsrechts gehört, ist dessen Regelung auf diese Problematik nicht hinreichend abgestimmt" (321). Für eine isolierte Rückabwicklung der einzelnen Leistung sprechen sich nurmehr wenige aus; insbesondere *Kaiser*, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB. Rücktritts-, Bereicherungs- und Schadensersatzrecht, 2000, 329–334; allerdings will Kaiser, wo möglich, im Rückgriff auf Schadensersatzansprüche (etwa nach § 122 Abs. 1 BGB) korrigieren.

[266] Anschaulich zeigt dies etwa das italienische Recht, wo man keinen dogmatischen Anhalt für eine Verknüpfung von Kondiktion und Gegenkondiktion sieht, dem Schuldner der Geldleistung den Entreicherungseinwand stets versagt und ihn kumulativ das Sachrisiko tragen lässt, wenn die verkaufte Sache beim Käufer beschädigt wird. Das führt zu offenkundig unbilligen Ergebnissen. Die italienische Lehre will deshalb, nach französischem Muster (sogleich Fn. 300), für solche Fälle einen Rückabwicklungsvertrag konstruieren: *Di Majo* Rivista Critica del Diritto Privato 1994, 291, 323 ff. Näher zum Ganzen *Schlechtriem*, Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa, 2000/2001, Bd. I, 466–468 m.w.N. Ähnlich liegt es in Polen: *loc. cit.*, 543 f.

[267] *König*, Bereicherung (Fn. 127), 80–87 und ff.; *Canaris*, in: 1. FS für Werner Lorenz, 1991, 19–63, 37–43; *Bockholt* AcP 206 (2006), 769, 776, 778 ff., 803; *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 25. Aufl., 2015, Rn. 230. Aus europäisch-funktionaler Perspektive *Schlechtriem* I (Fn. 266), 403–411; *Wendehorst*, in: Zimmermann (Hg.), Grundstrukturen eines europäischen Bereicherungsrechts, 2005, 47–140, 79 f., 82–84; Bamberger/Roth/*Wendehorst* (Fn. 227), § 818, Rn. 123–139; *Jansen* JETL 1 (2010), 16, 24 f.; *Zimmermann*, Rückabwicklung nach Widerruf, in: *Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann*, Revision des Verbraucher-*acquis*, 2011, 167–192, 181. Demgegenüber plädiert *Hellwege* (Fn. 207), 537–572 und *passim*, für ein allgemeines Rückabwicklungsmodell, das von dem Grund der Vertragsunwirksamkeit abstrahiert und nur wenige Ausnahmen anerkennt. Aber das Modell passt allenfalls dort, wo das Recht die Beteiligten für ihr Verhalten verantwortlich macht, also nicht bei Minderjährigen und sonstigen Geschäftsunfähigen. Und es passt auch nicht, wo präventive Überlegungen im Raum stehen, wie das bei sitten- bzw. verbotsgesetzwidrigen Verträgen der Fall ist. Und schließlich ist nicht offensichtlich, dass der Schutz des Betroffenen (Minderjährige, sonstige Geschäftsunfähige, unwirksam vertretene öffentliche Körperschaften) stets in gleichem Maße auf den gutgläubigen Vertragspartner abgewälzt werden darf.

Rücktrittsrecht, abzustellen.[268] Da mittlerweile auch der Gesetzgeber erkannt hat, dass für „die Rückabwicklung nach Rücktritts- und Bereicherungsrecht … gleiche Prinzipien gelten" sollten,[269] die von denen des § 818 Abs. 3 BGB teils erheblich abweichen, ist das heute wohl herrschende Lehre.[270] Wieder führte der Weg also weg von bereicherungsrechtlichen hin zu spezifisch vertragsrechtlichen Wertungen. Gleiches gilt übrigens auch für die Rückabwicklung sittenwidrig nichtiger Verträge.[271]

5. Abschied vom Bereicherungsrecht

Wer diese Wandlungen des Bereicherungsrechts aus der distanzierten Perspektive des Rechtshistorikers in einen weiteren ideengeschichtlichen Horizont einordnet, erkennt, dass die Dogmatik der letzten 100 Jahre – meist unbewusst[272] – die zwei ursprünglich unverbundenen Wurzeln des Bereicherungsrechts freigelegt hat, die *Savigny* und die Pandektistik unglücklich zusammenzudenken versucht hatten. Der römische Gedanke, dass Leistungen, die ihren Zweck verfehlen, kondiziert werden können, hat nichts mit dem Grundsatz zu tun, dass, wer in ein fremdes Recht eingegriffen hat, eine daraus resultierende Bereicherung herausgeben muss.

Allerdings sind dieser Grundsatz und damit die Eingriffskondiktion gerade keine „Entdeckung" der Lehre des 20. Jahrhunderts.[273] Seit der Frühen

---

[268] So, unter dem alten Schuldrecht und mit im Einzelnen unterschiedlichen Differenzierungen, *von Caemmerer*, in: 1. FS für Larenz (Fn. 230), 621–642, 627 ff., 634–638; *Koppensteiner/Kramer* (Fn. 222), 180–187; *Canaris* (Fn. 267), 22–27, 33 f.; *Larenz/Canaris* (Fn. 93), 324 und ff. (§ 73 III.); *Reuter/Martinek* (Fn. 220), 39, 44, 53 f., 601–603; *Büdenbender* AcP 200 (2000), 627, 630–632, 671–680. Grundsätzlich dagegen *Flume* NJW 1970, 1161, 1164–1166.

[269] Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drucksache 14/6040 (2001), 194.

[270] Ausführlich und detailliert *Bockholt* AcP 206 (2006), 769–804; siehe auch *Thier*, in: FS für Heldrich (Fn. 197), 439–455; *Roth*, in: FS für Canaris I (Fn. 53), 1131–1148, 1135 f., 1138–1148; *Medicus/Petersen* (Fn. 267), Rn. 228 f., 231–235; MünchKomm BGB/*M. Schwab* (Fn. 38), § 818, Rn. 252–265 m.w.N. A.A. aufgrund einer Kritik der Rücktrittswertungen *Ernst*, in: FS für Ulrich Huber, 2006, 165–237, 232–236.

[271] Ausführlich *König* (Fn. 30), 1526 ff., 1531 ff.

[272] Vgl. allerdings *Wilhelm*, Rechtsverletzung (Fn. 167), 21, der zutreffend geltend macht, Savigny habe nicht die Eingriffskondiktion „in die Vorstellungswelt der Leistungskondiktion gezwängt"; allenfalls liege es umgekehrt, weil für Savigny alle Bereicherungsansprüche Rechtsfortwirkungsansprüche seien. Freilich scheint auch Wilhelm hier nicht bewusst gewesen zu sein, dass die Vorstellung eines Rechtsfortwirkungsanspruchs und die Leistungskondiktion auf ganz unterschiedliche Wurzeln zurückgehen.

[273] So aber *Kleinheyer* JZ 1970, 471; *Reuter/Martinek* (Fn. 220), 24–30; *Ellger* (Fn. 167), 21 f., 38 f.; vgl. auch *Larenz/Canaris* (Fn. 93), 130 (§ 67 I.2.b). Die These wäre

Neuzeit bildet der restitutorische Bereicherungsausgleich einen Grundstein der Privatrechtstheorie, der im 19. Jahrhundert allerdings lange Zeit hinter der begrifflichen Fassade der Leistungskondiktion versteckt geblieben war. Seine Leistungsfähigkeit sollte freilich erst in der Kontroverse zwischen der Rechtswidrigkeitstheorie der Eingriffskondiktion[274] und der Lehre vom Zuweisungsgehalt subjektiver Rechte deutlich zutage treten.[275] In der Sache ging es in dieser Diskussion vor allem um Verletzungen von Persönlichkeits- und Immaterialgüterrechten. Jetzt konnte die Dogmatik derartige Eingriffsfälle erstmals unverstellt in den Blick nehmen, anstatt sie schief unter den Tatbestand der unmittelbaren Vermögensverschiebung zu subsumieren.[276] Zwar bot die Lehre vom Zuweisungsgehalt dabei niemals eine mechanisch anwend-

---

übrigens auch dann verfehlt, wenn man nur auf das 19. Jahrhundert schaute; am Ende des Jahrhunderts war der Gedanke einer Bereicherungshaftung wegen Eingriffs in fremde Rechte durchaus klar präsent; siehe die Nachweise oben Fn. 196.

[274] *Schulz* AcP 105 (1909), 1 ff., 431 ff., 443 ff.; *Siber* (Fn. 227), 417; *von Tuhr/Siegwart*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Aufl., Bd. I/1, 1942, 415 f. (§ 52 VIII.: „unberechtigte Handlung" des Eingreifers); später *Kellmann* (Fn. 236), 90–97, 110–116; *Jakobs*, Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, 1964, 106–110, 113–122; modifiziert auch *Wilhelm*, Rechtsverletzung (Fn. 167), 81 ff., 90–100 (rechtswidriges Haben).

[275] *Heck*, Schuldrecht (Fn. 242), 421; vgl. auch *id.* AcP 136 (1932), 105, 111 f. Grundlegend dann *Wilburg* (Fn. 227), 27–46, und vor allem *von Caemmerer* (Fn. 225), 253–656; *Mestmäcker* JZ 1958, 521, 523–525. Später etwa *Esser*, 3. Aufl. (Fn. 243), 365 (§ 104 I.); *Koppensteiner/Kramer* (Fn. 222), 75–84; *Larenz/Canaris* (Fn. 93), 169–177 (§ 69 I.); allgemein auch *Westermann*, Lehrbuch des Sachenrechts, 1951, 7–9 (§ 2 II.): Güterzuordnung als Grund für schuldrechtliche Ausgleichsansprüche. Ursprünglich konnte man auch die Zuweisungslehre durchaus als rechtspolitische Gegenposition zur restriktiven herrschenden immaterialgüterrechtlichen Lehre wahrnehmen. Allerdings befand sie sich in ihren Ergebnissen von Anfang an weitgehend im Einklang mit der Rechtsprechung; siehe sogleich Fn. 276.

[276] So etwa RGZ 90, 137, 139 (1917); 121, 258, 263 (1928 – Frauenberufe): nichtfahrlässige Aneignung fremden Gedankenguts als „unmittelbare Vermögensverschiebung zwischen den Parteien". Angesichts des weiten immaterialgüterrechtlichen Schadensbegriffs (oben Fn. 189) war das allerdings nicht ganz unplausibel. Die Diskussion war rechtspolitisch besonders brisant, weil die Bereicherungshaftung hier auf eine Verpflichtung zur Herausgabe des Eingriffsgewinns hinauszulaufen schien; dazu noch unten bei Fn. 486 f., 495. *Bolze* AcP 92 (1902), 319, 331–351, insbesondere 335 f., wollte deshalb die Vorschriften des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses zugunsten des gutgläubigen Bereicherungsschuldners analog anwenden; ihm folgten noch *Enneccerus/Lehmann*, Recht der Schuldverhältnisse, 14. Aufl., 1954, 851 f. (§ 221 II.2); dagegen Planck/*Landois*, 4. Aufl. (Fn. 257), Vor § 812, Anm. 7 e, § 812, Anm. 2 b; zusammenfassend *Orth*, Die Bereicherung im Patentrecht, 1928, 5 ff. Treffend *Jsay*, Patentgesetz und Gesetz, betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern, 6. Aufl., 1932, Vor § 35 PatG, Rn. 5: Zwar lasse sich der Standpunkt der Vorauflagen nicht aufrechterhalten, der Eingriffsgewinn sei nicht auf Kosten erlangt, weil er Frucht der Tätigkeit des Eingreifers

bare Formel;[277] sie lenkte den Blick aber doch auf die entscheidenden Wertungsgesichtspunkte[278] und machte damit den Weg für die spätere Rechtsfortbildung frei. Genau deshalb bildete die Unterscheidung von Leistungs- und Eingriffskondiktion im 20. Jahrhundert also einen entscheidenden dogmatischen Fortschritt; Gleiches gilt für die übrigen oben besprochenen Elementarlehren (2) bis (4).

Es ist an der Zeit, die dogmatischen Konsequenzen dieser Wandlungen des Bereicherungsrechts auszusprechen. Denn diese Wandlungen haben den rechtlichen Charakter insbesondere auch der Leistungskondiktionen nicht unverändert gelassen. Als „eigenständige Ausgleichsansprüche"[279] neben den vertraglichen und deliktischen Schuldverhältnissen lassen diese Kondiktionen sich heute kaum mehr verstehen; vielmehr bilden sie Rückabwicklungsschuldverhältnisse, die ihren teleologischen Ort im allgemeinen Schuldrecht finden. Funktional gehören sie in den Kontext der Regeln über die Erfüllung[280] und über die Rückabwicklung gescheiterter Verträge.[281] Das bedeutet nicht, dass man die Erstattung rechtsgrundloser Zuwendungen auf vertragliche Rechtsgrundlagen umstellen müsste.[282] Vielmehr gilt es die Leistungskondiktionen in englischer Terminologie als *remedies* zu rekonstruieren:[283] Man versteht diese Ansprüche und die Rückabwicklung in Mehrpersonenverhältnissen jedenfalls viel einfacher, wenn man sich von dem Gedanken löst, sie seien spezifisch bereicherungsrechtlich zu begründen.

Zwar entspricht es der Systematik des BGB und des OR,[284] wenn die Lehre bis heute umgekehrt von dem Gedanken eines systematisch selbständigen Be-

---

bilde. Aber darauf komme es auch gar nicht an; in der Sache gehe es um ganz andere Fragen, konkret um den Schutz des schuldlosen Patentverletzers.

[277] *Koppensteiner/Kramer* (Fn. 222), 79; *Schwenzer* (Fn. 222), Rn. 57.03.

[278] Treffend *Helms* (Fn. 116), 62.

[279] So aber Bamberger/Roth/*Wendehorst* (Fn. 227), § 812, Rn. 3; siehe auch *id.* (Fn. 267), 94–97, 113 (Leistungsmängel als „Paradigma der ungerechtfertigten Bereicherung"). Grundsätzlich *Kupisch* (Fn. 236), 503 f. Missverständlich („Bereicherungsrecht ist Abschöpfungsrecht") formuliert insoweit auch noch *Thomale* (Fn. 127), 215, dessen Thesen das hier entwickelte Konzept freilich im Übrigen bestätigen.

[280] So, unter Aufgabe ihrer früheren Ansichten, für das europäische Recht auch *Wendehorst*, in: Zimmermann (Hg.), The Draft Civil Code for Israel in Comparative Perspective, 2008, 113–131, 129 f.

[281] Für die Rückabwicklung gescheiterter Verträge zutreffend Bamberger/Roth/*Wendehorst* (Fn. 227), § 812, Rn. 5; siehe auch schon *von Caemmerer* (Fn. 225), 342.

[282] In diese Richtung *Peters* AcP 205 (2005), 159–204, der dazu weitreichende Schutz- und Rückgabepflichten konstruiert, die zu Ansprüchen nach §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB führen sollen.

[283] *Zimmermann* OJLSt 15 (1995), 403, 405, 411.

[284] So auch im schweizerischen OR. Hier steht das Bereicherungsrecht zwar im Allgemeinen Teil; dort geht es aber im ersten Titel um die „Entstehung der Obligationen"

reicherungsrechts her denkt.[285] Ich glaube jedoch, dass wir Abschied von dieser Vorstellung nehmen sollten, mit der die deutsche Dogmatik es sich viel zu lange unnötig schwer gemacht hat. Sie resultiert aus der Verselbständigung der Bereicherungsdogmatik im 19. Jahrhundert[286] und wäre nur dann hilfreich, wenn Bereicherungsansprüche tatsächlich unabhängig von den vertragsrechtlichen Fragen wären, warum eine Verpflichtung nicht bestand und warum die Erfüllung fehlschlug.[287] Aber genau das ist nicht mehr der Fall. Die Vorstellung eines systematisch selbständigen Bereicherungsrechts ist deshalb kaum hilfreicher als es die Vorstellung eines allgemeinen Schädigungs- oder Verschuldensrechts wäre. Eine gemeinsame Funktion der unterschiedlichen Kondiktionen findet sich allenfalls in kaum hilfreicher Abstraktionshöhe.[288] Entscheidend ist nicht, „welchen Platz die Leistungskondiktion … im Bereicherungsrecht einnimmt",[289] sondern welche Funktion ihr im System des bürgerlichen Rechts zukommt. Ähnlich wie die Lehre die §§ 90 ff. BGB nicht in den Lehrbüchern zum Allgemeinen Teil, sondern im Sachenrecht erläutert, sollte sie die Kondiktionen dort behandeln, wo sie funktional hingehören. Die Systematik des Gesetzes zwingt nicht dazu, fundamental verschiedene Tatbestände als ein einheitliches Institut zu konzipieren und damit fern von den jeweiligen Sachfragen und den einschlägigen gesetzlichen Normbeständen zu diskutieren.

---

aus Vertrag, Delikt und Bereicherung. Das ist systematisch der gleiche Kontext wie er sich im deutschen Besonderen Schuldrecht findet, nämlich die selbständige Begründung von Schuldverhältnissen, nicht ihre Rückabwicklung; näher *Kupisch* (Fn. 236), 503 f.; *Kaufmann-Bütschli* (Fn. 235), 15 f., 38–45, die darin allerdings verfehlt einen Strukturunterschied zwischen dem deutschen und schweizerischen Recht sieht: *loc. cit.*, 124 f.

[285] Anschaulich *Esser*, 2. Aufl. (Fn. 128), 763 (§ 187 1): „Die §§ 812 ff enthalten den Versuch, alle Arten ungerechtfertigter Erwerbsakte nach Tatbestand und Rechtsfolgen unter einheitliche Regeln zu bringen." Selbst *Kötz*, der es sich zum Programm gemacht hat, das Vertragsrecht insgesamt, unabhängig von der Systematik des BGB, darzustellen, erörtert traditionell bereicherungsrechtliche Rückabwicklungsprobleme nur bei nach §§ 134, 138 BGB nichtigen Verträgen näher: Vertragsrecht (Fn. 48), *passim*.

[286] So auch die schweizerische Lehre, im Rückgriff auf die Lehre des 19. Jahrhunderts (Wyss); vgl. *Kaufmann-Bütschli* (Fn. 235), 41 ff. und *passim*; *Schluep* (Fn. 222), 182 f. Theoretisch gilt die Bereicherungshaftung zwar als subsidiär, doch ist das missverständlich: *Koller*, in: Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., 2000, § 28, Rn. 11; vgl. auch Basler Kommentar/*Schulin* (Fn. 227), Art. 62, Rn. 37–40.

[287] *Zimmermann* OJLSt 15 (1995), 403, 417.

[288] Vgl. statt aller *Larenz/Canaris* (Fn. 93), 128 (§ 67 I.1): Abschöpfung unverdienter Vorteile. Aber viele unverdiente Vorteile darf man behalten – etwa Wertsteigerungen von Grundstücken aufgrund öffentlicher Maßnahmen (Bebauungsplan; Sperrung oder Bau einer Straße) oder auch aufgrund privater Investitionen auf Nachbargrundstücken. Viel spezifischer deshalb wenig später *loc. cit.*, 130 (§ 67 I.2.b): Rückabwicklung gescheiterter Verträge und Güterschutz.

[289] So noch *Thomale* (Fn. 127), 238.

Auch mit Blick auf eine europäische Dogmatik bietet es sich übrigens nicht an, die gleichermaßen abstrakte und amorphe Idee[290] eines systematisch selbständigen Bereicherungsrechts weiter zu verfolgen.[291] Im Anschluss an das französische und insbesondere das niederländische Recht hat die Rechtsvergleichung begonnen, die *condictio indebiti* aus dem Bereicherungsrecht auszugliedern;[292] und die Principles of European Contract Law und die UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts regeln Sachfragen wie die Rückabwicklung gescheiterter Verträge[293] oder den Durchgriff bei mittelbarer Stellvertretung[294] längst innerhalb des jeweiligen vertragsrechtlichen Kontexts. Gewiss ist es einfacher, auf diese Weise konkrete Lösungen zu finden, als eine Einigung über die hochkomplexen dogmatischen Konzepte eines Bereicherungsrechts herzustellen. Denn deren Funktion und Anwendungsbereich in den jeweiligen Rechtssystemen hängen immer auch von systematischen Weichenstellungen und Wertungen an anderer Stelle ab;[295] ihre Bedeutung ist Juristen anderer Rechtsordnungen daher häufig nicht recht verständlich.[296] So hat die *condictio indebiti* nur in wenigen Rechtsordnungen ein derart weites Anwendungsfeld auch bei der Rückabwicklung von willensmangelbedingt unwirksamen Verträgen wie in Deutschland:[297] Nach dem allgemeinen Rückabwicklungstatbestand des § 877 ABGB sind die empfangenen Leistungen Zug um Zug zurückzuerstatten;[298] in Südafrika gilt bis heute die

---

[290] *Zimmermann*, in: id., Bereicherungsrecht (Fn. 267), 17–46, 26.

[291] *Wendehorst* (Fn. 280), 121–130.

[292] *Visser*, in: Reimann/Zimmermann (Hg.), The Oxford Handbook of Comparative Law, paperback ed., 2008, 969–1002, 975–977, 981, 983.

[293] Zu den defizitären Regelungen der PECL und der ursprünglichen Version der Unidroit-Principles *Zimmermann*, in: FS für Ernst A. Kramer, 2004, 735–754. Die Unidroit-Principles haben in ihrer 3. Auflage 2011 für eine einheitliche Regelung optiert: *id.* (Fn. 267), 173.

[294] Art. 3:302 PECL erlaubt hier, im Einklang mit einer Reihe nationaler Rechtsordnungen, den Durchgriff; ähnlich Art. 13 (2) der Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods; die Konvention ist freilich nicht in Kraft getreten. Demgegenüber schließt Art. 2.2.4 PICC einen solchen Durchgriff plausibel aus.

[295] *Zimmermann* (Fn. 290), 26.

[296] *du Plessis* RabelsZ 76 (2012), 947–966; *id.* Edinburgh LR 18 (2014), 416, 419 ff.

[297] *Zimmermann* OJLSt 15 (1995), 403, 404 f.; *Wendehorst* (Fn. 267), 75 f.

[298] Die Vorschrift gilt heute als Kondiktion (etwa *Wendehorst*, in: FS für Koziol [Fn. 53], 425–461, 426; HKK III/*Schäfer* [Fn. 28], §§ 812–822, Rn. 37), steht allerdings außerhalb des Rechts der Leistungskondiktionen (§§ 1431–1437). *von Zeiller* beschrieb die Regelung als *restitutio in integrum*: Commentar (Fn. 84), § 877. Wo die Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung bei der Rückabwicklung untunlich ist, ist für die Isolierung eine entsprechende Begründung erforderlich, im Minderjährigenrecht etwa im Rückgriff auf § 1424 S. 2 ABGB: „Was jemand an eine Person bezahlt hat, die ihr Vermögen nicht selbst verwalten darf, ist er in so weit wieder zu zahlen verbunden,

gemeinrechtliche *restitutio in integrum*;[299] ähnlich führt nach französischem Recht ein unwirksamer Vertrag zu einem Rückabwicklungsschuldverhältnis (*contrat synallagmatique renversé*),[300] dessen gesetzliche Grundlage unklar ist, weil sie offenbar als unwichtig gilt.[301] Auch nach schweizerischem Recht erfolgt bei nichtigen Verträgen mittlerweile eine „Rückabwicklung nach Vertragsgrundsätzen".[302] Umgekehrt dienen die *condictio indebiti* bzw. andere bereicherungsrechtliche Instrumente vielerorts, auch im europäischen Gemeinschaftsrecht,[303] nicht zuletzt auch der Rückforderung von Leistungen an den Staat.[304] Nach deutschem Recht wäre hier indes der speziell geregelte öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch einschlägig, nicht das Bereicherungsrecht.[305] Kurz: „Das" Bereicherungsrecht ist überall etwas anderes.

Für das deutsche und schweizerische Recht gilt jedenfalls der historische Befund, dass die einheitliche Regelung der §§ 812–822 BGB, Art. 62–67 OR auf dogmatischen Vorstellungen des ausgehenden 19. Jahrhunderts beruht, über die die Rechtsentwicklung längst hinweggegangen ist. Zum geltenden Recht passen diese Vorstellungen nicht. Die Rückabwicklung gescheiterter Verträge und die Rückforderung von Vorleistungen auf nicht zustande gekommene Verträge gehören in die Lehrbücher und Vorlesungen zum Recht der Leistungsstörungen bzw. zum Vertragsrecht; im Übrigen ist der richtige Ort der Leistungskondiktionen das Erfüllungsrecht,[306] also wieder das allgemeine Schuldrecht. Für die *condictio ob rem* entspricht diese These wohl herrschender Meinung,[307] freilich nicht der Vorlesungs- und Lehrbuchpraxis. Bei der Rückabwicklung gescheiterter Verträge entspricht sie immerhin österreichischem Vorbild[308] und auch in Deutschland einer vor-

---

als das Bezahlte nicht wirklich vorhanden, oder zum Nutzen des Empfängers verwendet worden ist."

[299] *du Plessis*, The South African law of Unjustified Enrichment, 2012, 68–94.

[300] *Carbonnier*, Droit civil, Bd. II. Les biens. Les obligations, 2004, § 1022.

[301] *König*, Bereicherung (Fn. 127), 85 f.; *Schlechtriem* I (Fn. 266), 427–431.

[302] *Wiegand*, in: FS für Peter Gauch, 2004, 709, 717–722 m.w.N.; siehe auch *Honsell*, in: FS für Schulin (Fn. 136), 25, 29 f.

[303] EuGH, Rs T-166/98 (*Cantina Sociale di Dolivano ./. Kommission der EG*), Slg. 2004 II, 3999, Rn. 84, 159–162 m.w.N.; siehe auch Bamberger/Roth/*Wendehorst* (Fn. 227), § 812, Rn. 10 f.; Staudinger/*St. Lorenz* (Fn. 30), Vor § 812, Rn. 27a.

[304] Siehe nur für England *Birks*, Unjust Enrichment, 2003, 118 f., 206 f.; für Schottland *Evans-Jones*, Unjustified Enrichment, Bd. I, 2003, Rn. 6.27 ff. und öfter; für Südafrika *du Plessis* (Fn. 299), 114–116, 142 f., 150 f., jeweils m.w.N.

[305] Näher, statt aller, Staudinger/*St. Lorenz* (Fn. 30), Vor § 812, Rn. 73–86 m.w.N.

[306] Ebenso für das europäische Recht mittlerweile auch *Wendehorst* (Fn. 280), 129 f.

[307] *von Caemmerer* (Fn. 225), 346–348; *Larenz/Canaris* (Fn. 93), 150 f. (§ 68 I.3.a); *Wendehorst* (Fn. 267), 75.

[308] *Koziol* AcP 212 (2012), 1, 11 f. Einzelheiten sind freilich umstritten: *Wendehorst* (Fn. 298), 450 ff.

dringenden Ansicht.[309] Sie gilt aber auch für die übrigen Leistungskondiktionen,[310] insbesondere für die Fälle gescheiterter Leistungsversuche, in denen der Ausgleich zwischen den an der Zuwendung beteiligten Parteien stattfindet (hierher gehören von jeher die Fälle unwirksamer Leistungen von Minderjährigen[311] oder auch die Fälle einer angefochtenen Tilgungsbestimmung[312]). Denn der Rückforderungsanspruch gründet sich hier nicht auf die Bereicherung aus fremdem Vermögen, sondern allein darauf, dass die Leistung ihren Zweck verfehlt hat.[313] Der Anspruch hängt davon ab, ob geleistet wurde, wem die Leistung bzw. ein entsprechender Rechtsscheintatbestand zuzurechnen ist, und ob Erfüllung eingetreten ist.[314] Diese Fragen haben keine spezifisch bereicherungsrechtliche Bedeutung mehr,[315] sondern finden ihre Antwort in den Regeln und Wertungen des allgemeinen

---

[309] Ebenso für das europäische Vertragsrecht *Wendehorst* (Fn. 267), 82–84. Siehe auch *Schlechtriem* I (Fn. 266), 403–411; *Jansen* JETL 1 (2010), 16, 24 f. Ebenso das Plädoyer für ein einheitliches Rückabwicklungsregime für gescheiterte Verträge bei *Zimmermann* (Fn. 293); *Hellwege* (Fn. 207).

[310] So jetzt offenbar auch *Thomale* (Fn. 127) mit dem Dreischritt von Rechtsgeschäftslehre, Identifikation von Erfüllungs- und Bereicherungsleistung sowie Leistungskondiktion. Demgegenüber sieht *Wendehorst* (Fn. 267), 96 f., 113, in der Rückabwicklung bei Leistungsmängeln nach wie vor das „Paradigma der ungerechtfertigten Bereicherung". Wie hier allerdings *id.* (Fn. 280), allerdings nur für das europäische Recht.

[311] *Ulpian*, Digesten 12,6,29; Motive, Mugdan II (Fn. 77), 477.

[312] Dazu *Thomale* (Fn. 127), 216–222.

[313] So sehr klar bereits 1980 *Kupisch* (Fn. 236), 510 f., 527 f., der eben darum die neue Trennungslehre für gesetzeswidrig hielt. Siehe auch *von Caemmerer* (Fn. 225), 342 f.

[314] Siehe bereits *König*, Bereicherung (Fn. 127), 34 f. Die entscheidende Wirkung der Leistung bestehe darin, dass die Beweislast hinsichtlich des Schuldgrunds übergehe; freilich hatte König nur nach einer Reform der in den §§ 812 ff. BGB geregelten Tatbestände gefragt, nicht nach ihrem systematischen Ort. Ähnlich *Thomale* (Fn. 127), 164, 216 f., 222–224, und öfter. Anschaulich heute etwa die Argumentation des BGH zum SEPA-Lastschriftverfahren: BGHZ 186, 269, 280–282 (2010). Vgl. auch die vergleichende Analyse bei *Wendehorst* (Fn. 267), 102–113.

[315] Nachweise zum „bereicherungsrechtlichen Leistungsbegriff" in der älteren Lehre Essers oben Fn. 243. Bis heute ist häufig von einem spezifisch bereicherungsrechtlichen Leistungsbegriff die Rede, meist allerdings ohne nähere Erklärung; so etwa *St. Lorenz* JuS 2003, 729, 732; BGHZ 176, 234, 237 (2008); BGH JZ 2015, 950, Rn. 17. Explizit jedoch *Solomon* (Fn. 250), 21 ff., 35–41, und *Jahn* (Fn. 227), 113 f., mit dem Argument, dass die Annahme einer Tilgungsbestimmung bei Realleistungen konstruiert wirke und Tilgungsbestimmungen im Übrigen sogar bei Überweisungen entbehrlich seien. Gerade hier wird indes, wann immer es darauf ankommt, nach einer konkludenten Tilgungsbestimmung gefragt; und ohne die konstruktive Unterscheidung verschiedener Rechtsgeschäfte innerhalb real einheitlicher Vorgänge müsste die Lehre eigentlich auch den Gedanken abstrakter Rechtsgeschäfte preisgeben.

Schuldrechts.[316] Umgekehrt hat das einst zentrale Irrtumserfordernis bei der *condictio indebiti* seine eigenständige Bedeutung ebenso verloren[317] wie der Gedanke der Vermögensverschiebung.

Demgegenüber bildet die Eingriffskondiktion mit dem Haftungsrecht ein genuin „gesetzliches Schuldverhältnis" aufgrund des Eingriffs in einen fremden Rechtskreis. Hier geht es um eigenständige Ansprüche, die Störungen des rechtlich geschützten *status quo* ausgleichen sollen.[318] Sie verwirklichen den Schutz subjektiver Rechte unabhängig von vertraglich begründeten Erwartungen.[319] Entscheidend sind hier vor allem die separat zu behandelnden Fragen nach dem Kreis geschützter Rechte (unten VII.)[320] sowie nach der Ab-

---

[316] Für den Leistungsbegriff ebenso *von Caemmerer* JZ 1962, 385, 386; *Kupisch*, Gesetzespositivismus (Fn. 236), 22 (der deshalb allerdings umgekehrt die Trennung von Leistung und Vermögensverschiebung bestritten hat); programmatisch auch *Gernhuber* (Fn. 249), 108 f. (der die Bedeutung des Leistungsbegriffs für die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung allerdings nicht thematisiert hat). Treffend *Zimmermann* OJLSt 15 (1995), 403, 406: Der Leistungsbegriff synchronisiere das Bereicherungs- mit dem Vertragsrecht. Ausdrücklich jetzt auch *Grigoleit*, in: FS für Medicus (Fn. 53), 125–153, 141 f.; MünchKommBGB/*M. Schwab* (Fn. 38), § 812, Rn. 47 ff.; nachdrücklich und detailliert *Thomale* (Fn. 127), 163 ff. und *passim* mit der darüber hinausgehenden These, dass jede bereicherungsrechtliche Leistung eine Erfüllungsleistung i.S. des § 362 BGB sei (*loc. cit.*, 174–212).

[317] Bei der Rückabwicklung gescheiterter Verträge ist das Erfordernis funktionslos und irrelevant; wo Verträge wie nach § 877 ABGB nach der *restitutio in integrum* abgewickelt werden, ist dafür folglich kein Platz. Im Übrigen war früh geklärt, dass das Irrtumserfordernis des § 814 BGB lediglich das Verbot des *venire contra factum proprium* klarstellen solle, indem es eine Rückforderung ausschließe, wo der Empfänger annehmen durfte, der rechtsgrundlos Leistende werde es bei der Zuwendung belassen: *Siber* (Fn. 227), 428; *König* (Fn. 30), 1520 f., 1526 f., 1529 f., 1542 – siehe auch das Restatement in § 1 Abs. 2 (d) des Vorschlags; *Reuter/Martinek* (Fn. 220), 183–185; *Zimmermann* OJLSt 15 (1995), 403, 407, 410 f.; *id.* (Fn. 290), 27; *Thomale* (Fn. 127), 191–194. Gleiches gilt in der Schweiz, obgleich Art. 63 OR den Gläubiger eigentlich mit dem Beweis belastet, „dass er sich über die Schuldpflicht im Irrtum befunden" habe. Mittlerweile hat die Rechtsprechung das Erfordernis „zurechtgehauen"; auch in der Schweiz gilt: „Nur positives Wissen um das Fehlen einer Schuldpflicht der tatsächlich leistenden Person verhindert die Kondiktion. Beweisen muss das die Empfängerin des Geldes": *Rusch* ZSR 128 (2009) I, 131, 156; vgl. auch Basler Kommentar/*Schulin* (Fn. 227), Art. 63, Rn. 1, 4. Das niederländische Recht kommt ganz ohne Irrtumserfordernis aus: *Schlechtriem* I (Fn. 266), 144 f.

[318] Vgl. *von Büren* (Fn. 227), 296–298; Jauernig/*Mansel* (Fn. 38), Vor § 241, Rn. 3 f.: Personen- und Güterschutz; Ausgleichsordnung bei ungerechtfertigten Vermögensverschiebungen.

[319] *Jansen* JETL 1 (2010), 16, 22.

[320] Welche Rechte bereicherungs- und haftungsrechtlichen Schutz genießen, bestimmt sich dabei zwar zum Teil ebenfalls aufgrund gesetzlicher Wertungen, die außerhalb des Rechts der gesetzlichen Schuldverhältnisse statuiert sind (etwa im Sachen- und

grenzung von Bereicherungsausgleich, Schadensersatz und Gewinnhaftung (unten VI). Freilich ist das Spektrum der Bereicherungsansprüche mit der Eingriffs- und den Leistungskondiktionen nicht erschöpft. Neben der Frage nach dem Verhältnis von Bereicherungsausgleich und Gewinnhaftung steht hier vor allem der Aufwendungsregress (Verwendungs- und Rückgriffsansprüche). Aus rechtshistorischer Perspektive führen beide Fragen in das Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag bzw. der römischen *negotiorum gestio*. Vor einer Diskussion der Aufwendungsersatzansprüche gilt es deshalb einen Blick in die Geschichte auch dieses Instituts zu werfen.

IV. Geschäftsführung ohne Auftrag

Die *negotiorum gestio* bildet kein notwendiges Element einer entwickelten Rechtsordnung.[321] Ursprünglich vielmehr ein juristischer Spiegel einer spezifisch römischen Sozialmoral, wurde sie später zum Chamäleon unserer Dogmengeschichte. „A quite original genuinely Roman creation"[322] war sie nämlich auch in ihrer hochabstrakten Tatbestandsbildung, die es späteren Juristen immer wieder ermöglicht hat, das Institut für unterschiedlichste Aufgaben zu instrumentalisieren und fundamental divergierenden Deutungen zu unterwerfen.[323] Das heutige Recht memoriert die vielen Farbwechsel dieses Instituts im Rahmen der Geschäftsführung ohne Auftrag, hat diese Wandlungen freilich niemals reflektiert.

Immaterialgüterrecht). Entscheidend sind hier aber vor allem die Ausschlussfunktion und der Zuweisungsgehalt subjektiver Rechte (unten VII.), also Wertungen, die ihren dogmatischen Ort nicht zuletzt im Haftungs- und Bereicherungsrecht finden. In diesem Sinn treffend *Cane*, in: Swadling/Jones (Hg.), The Search for Principle. Essays in Honour of Lord Goff of Chieveley, 1999, 171–206, 173: „The definition of … property rights is to be found partly in property law and partly in tort law." Die These, dass solche Wertungen sich *ausschließlich* außerhalb des Haftungs- und Bereicherungsrechts fänden (*Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, 438 ff., 464 ff. und öfter), bildet deshalb eine dogmatische Idealisierung, die letztlich auf eine libertäre Beschneidung des gesetzlichen Rechtsgüterschutzes zielt.

[321] *Grotius*, De iure belli (Fn. 43), II, X, § 9; *Zimmermann*, Obligations (Fn. 132), 435; *Wagner* (Fn. 49), 444 und ff.

[322] *F. Schulz*, Classical Roman Law, 1951, 624.

[323] Zum Folgenden bereits HKK III/*Jansen* (Fn. 28), §§ 677–687 I; *id.* ZEuP 15 (2007), 958–991.

1. Wandlungen der negotiorum gestio

Worum also ging es den römischen Juristen mit ihren Klagen aufgrund Geschäftsführung (*negotium gestum*)?[324] Scheinbar wie heute reagierten sie damit auf Fälle, in denen jemand ohne vertragliche Verpflichtung im fremden Rechtskreis tätig geworden war. Allerdings lagen die Fälle ganz anders als heute; normalerweise handelte der Geschäftsführer nämlich aufgrund einer Absprache: Geschäftsführer waren nicht nur der vom Magistrat eingesetzte Kurator eines Geschäftsunfähigen,[325] sondern auch Freigelassene, die mit der Verwaltung des Vermögens ihres Herrn betraut waren.[326] Unter dem BGB wären das Fälle vertraglicher Geschäftsbesorgung. Die römischen Juristen haben solche Absprachen indes nicht als bindende Verträge verstanden; ein Grundsatz wie *pacta sunt servanda* galt ohnehin nicht.[327] Ähnlich lag es, wo der Geschäftsführer als Prozessvertreter für einen kriegsbedingt Abwesenden handelte.[328] Auch das geschah kaum jemals ohne Auftrag. Römer waren vorsichtige Leute und um ihre Zukunft besorgt. Man vertraute seine Vermögensangelegenheiten Freunden (*amici*) an, bevor man ins Feld zog.

Das römische Institut war also in besonderem Maße Ausdruck sozialer Treuebindungen, wie sie unter gleichrangigen *amici* oder zwischen Herren und Klienten bestanden. Diese Treuebindungen ließen sich nicht im Gerichtsweg erzwingen, doch sahen die Juristen darin eine Grundlage vertragsähnlicher Sekundäransprüche auf Schadens- und Aufwendungsersatz.[329] Freilich ging

---

[324] Den im *ius commune* üblichen Begriff der *negotiorum gestio* haben die Römer offenbar nicht verwendet. Während das französische Recht mit der *gestion d'affaires d'autrui* an die römische Terminologie anknüpft, geht die deutsche Geschäftsführung ohne Auftrag begrifflich auf das Naturrecht zurück: *Wolff*, Ius naturae V (Fn. 158), § 512: *negotium sine mandato*; § 228 I 13 ALR: „Geschäfte eines Andern ohne dessen Auftrag". Ähnlich dann *Kant* (Fn. 86), 121: „Geschäftsführung ohne Auftrag"; *von Zeiller*, Das natürliche Privat-Recht, 3. Aufl., Wien 1819, 182 f. (§ 138); *Höpfner* (Fn. 67), § 936; *Glück*, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, ein Commentar, Bd. 5.1, Erlangen 1798, 318.

[325] *Kaser*, Das römische Privatrecht, Bd. I, 2. Aufl., 1971, 587 m.w.N. Entsprechend hatten ältere Juristen wie Quintus Mucius Scaevola das Institut nicht im Obligationen-, sondern im Personenrecht behandelt: *F. Schulz*, Geschichte der Römischen Rechtswissenschaft, 1961, 112; *Lenel*, Palingenesia Iuris Civilis, Leipzig 1889, Bd. II, Sp. 71 f. (zu *Pomponius*, Ad Q. Mucium Libri XXXIX).

[326] *Seiler*, Der Tatbestand der negotiorum gestio im römischen Recht, 1968, 105 ff.; *Zimmermann*, Obligations (Fn. 132), 417 f., jeweils m.w.N.

[327] Nach römischem Recht begründete eine Einigung (*pactio*) allein gerade keine rechtliche Verpflichtung (*obligatio*): *Ulpian*, Digesten 2,14,7,4: „nuda pactio obligationem non parit".

[328] *Wlassak*, Zur Geschichte der Negotiorum Gestio, Jena 1879, 39 ff.; *Partsch*, Studien zur negotiorum gestio I, 1913, 13; *Seiler*, negotiorum gestio (Fn. 326), 47 f. m.w.N.

[329] Vgl. *Paulus*, Digesten 13,6,17,3; *F. Schulz*, Principles of Roman Law, 1936, 236 f.

es niemals um eine Vergütung oder um Schadensersatz für Verletzungen des Geschäftsführers. Schadensersatz für Körperverletzungen kam ohnehin nicht in Betracht,[330] und die Frage einer Gegenleistung blieb außerhalb des Rechts. Gewiss wurde insoweit im Rahmen von Klientenverhältnissen anderes erwartet als innerhalb der Oberschicht. Entsprechend bildete die selbstgefährdende Nothilfe, die heute prominent durch die Lehrbücher geistert,[331] keinen Anwendungsfall der römischen *negotiorum gestio*. Deren Gegenstand waren vielmehr allein die treuhänderischen Pflichten bei der Wahrnehmung fremder Vermögensangelegenheiten sowie die daran anknüpfenden Ausgleichsansprüche.

Mit dem Römischen Reich wurden auch die römische Sozialmoral und der damit verbundene Gedanke einer vertraglosen Treuhand[332] Geschichte. Absprachen über eine Geschäftsführung konzipiert man seit dem Mittelalter als Vertrag; insoweit wurde die römische *negotiorum gestio* funktionslos. Gleichzeitig wurde die Abschöpfung ungerechtfertigter Bereicherungen zu einem fundamentalen Gerechtigkeitspostulat. Die gemeinrechtlichen Juristen rückten deshalb die Ausgleichsfunktion der *negotiorum gestio* ins Zentrum ihres Denkens und machten das Institut zu einem Mittel der Bereicherungsabschöpfung.[333] Auch in Rom war der Anwendungsbereich des römischen *negotium gestum* nämlich nicht auf fremdnütziges Handeln beschränkt gewesen; der Treuhandgedanke hatte es möglich gemacht, die Geschäftsführungsklagen auch für Rückgriffs- und Abschöpfungsansprüche heranzuziehen.[334] Das war wichtig, weil das römische Recht, wie gesehen, keinen allgemeinen Bereicherungsanspruch kannte. Funktionale Pendants sind heute – neben der Geschäftsführung ohne Auftrag – die Rückgriffs- und Verwendungkondiktionen, das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis oder auch Legalzessionen wie § 67 VVG.

---

[330] *Gaius*, Digesten 9,3,7: „liberum corpus nullam recipit aestimationem (der Körper eines freien Menschen ist einer monetären Bewertung entzogen)". Das schloss auch deliktische Ansprüche auf Schadensersatz für Heilungskosten und Verdienstausfall aus; näher HKK II/*Jansen* (Fn. 28), §§ 249–253, 255 (Fn. 31), Rn. 10 f.

[331] *Medicus/Petersen* (Fn. 267), Rn. 424 f., 428 f.

[332] HKK III/*Jansen* (Fn. 28), §§ 677–687 I, Rn. 11; siehe auch, jeweils aus der vergleichenden Perspektive des *common law*, *Stoljar*, in: R. David u.a. (Hg.), International Encyclopedia of Comparative Law, Bd. X, Kap. 17, 1984, Rn. 26, 258 ff.; *Zimmermann*, Obligations (Fn. 132), 446: „strongly fiduciary flavour".

[333] *Dawson*, Unjust Enrichment, 1951, 68 ff., 76 f., 166 f.; *Schrage* RIDA[3] 36 (1989), 401, 405 ff., 412 ff.; *Hallebeek*, in: Schrage (Fn. 140), 59–120. Für einen Überblick über die Quellen HKK III/*Jansen* (Fn. 28), §§ 677–687 I, Rn. 14–20.

[334] Näher *Kaser*, Das römische Privatrecht, Bd. II, 2. Aufl., 1975, 417 f.: „Ausgleichsklage für mannigfache Fälle, in denen jemand im Interesse eines anderen tätig geworden ist".

Damit wurde die *negotiorum gestio* zu einem flexiblen, wenn auch konturlosen Ausgleichsinstrument[335] für die Bereicherungsabschöpfung und insbesondere auch für den Verwendungsersatz. Auch bei unberechtigter Geschäftsführung – nach verbreiteter Ansicht sogar bei einem Widerspruch des Geschäftsherrn – war ein wechselseitiger Bereicherungsausgleich geschuldet.[336] Beim Regress nach Zahlung fremder Schuld ging es folgerichtig allein darum, ob dem Schuldner Einreden genommen wurden oder der Gläubiger übervorteilt wurde.[337] Nach einer Geschäftsführungsabsicht oder einer altruistischen Motivation des Regressgläubigers fragte man nicht. Freilich wäre es ahistorisch gedacht, das Ausgleichsmodell der *negotiorum gestio*, für das durchaus ein praktisches Bedürfnis bestand, einfach als „Denaturierung" zu verwerfen.[338] Für das Verständnis des heutigen Rechts ist viel wichtiger zu verstehen, dass gemeinrechtliche Juristen niemals fragen konnten, ob der Tatbestand der *negotiorum gestio* für einen solchen Bereicherungsausgleich passend formuliert war. Denn aus ihrer Perspektive ging es allein darum, Lösungen ihrer Probleme in den römischen Quellen zu finden.

Eine dritte Konzeption der *negotiorum gestio* stammt schließlich aus dem Naturrechtsdiskurs. Hier galt von jeher *pacta sunt servanda*, und mit der Restitution war ein allgemeiner Bereicherungsanspruch in Sicht. Brauchte man in einem solchen System überhaupt noch ein Institut der *negotiorum gestio*? Die prominente Antwort von *Grotius* war ein klares[339] „Nein",[340] doch hat

---

[335] HKK III/*Jansen* (Fn. 28), §§ 677–687 I, Rn. 16–20 m.w.N. Praktisch alle Einzelheiten waren heillos umstritten.

[336] *Molina* (Fn. 70), II, 554, *n.* 3; *Brunnemann* (Fn. 70), zu Digesta 3,5,6(5), *n.* 8 (zu § 3); *Struve* (Fn. 70), VII, § 54; *Voet* (Fn. 140), V, III, § 3; ausführlich *Glück* 5.1 (Fn. 324), 343 ff., 379 f. Zum Ganzen etwa *Zimmermann*, Obligations (Fn. 132), 875 ff.; *van Zyl*, in: Feenstra/Zimmermann (Fn. 140), 329, 362 ff.; *Visser* (Fn. 140), 415 ff.; *Harke*, Geschäftsführung und Bereicherung, 2007, 57 ff.

[337] Vgl. etwa *Voet* (Fn. 140), V, III, § 10; *Mevius*, Jurisdictionis Summi Tribunalis Regii, Quod est Vismariae … Decisiones, 2. Aufl., Frankfurt/Stralsund 1675, *pars* II, *decisio* 132, zur Zahlung fremder Schulden, um mit einer uneinbringlichen Forderung aufzurechnen.

[338] So etwa *von Caemmerer* (Fn. 225), 360 ff., 362 f.; MünchKommBGB/*Seiler* (Fn. 38), § 677, Rn. 13 m.w.N.

[339] Unausgesprochen ebenso die ältere spätscholastische Lehre, die das Institut gar nicht erörtert hatte; offenbar sah man keine Notwendigkeit dafür: HKK III/*Jansen* (Fn. 28), §§ 677–687 I, Rn. 21. Nur wenige, mehr am positiven Recht orientierte Autoren wie Molina, gingen überhaupt auf die Geschäftsführung ein, wobei sie sich im Wesentlichen auf eine Darstellung der römischen Regeln beschränkten, ohne dem eine naturrechtliche Begründung hinzuzufügen: *Molina* (Fn. 70), II, 553 f., insbesondere 553, *n.* 1.

[340] *Grotius*, De iure belli (Fn. 43), II, X, § 9. Ebenso dann *Darjes*, Institutiones Iurisprudentiae Universalis, 3. Aufl., Jena 1748, § 828, sowie Thomasius: *Emme*, Philoso-

das spätere Naturrecht dann doch an dem Institut festgehalten. Allerdings verstand man die *negotiorum gestio* jetzt als unselbständigen Ausdruck vertrags-[341] oder bereicherungsrechtlicher[342] Wertungen. Sie beruhe, so insbesondere *Christian Wolff*, auf der Absicht des Geschäftsführers, vertraglich für den Geschäftsherrn tätig zu werden, sowie auf einem vermuteten korrespondierenden Einverständnis des Geschäftsherrn.[343] Folgerichtig gerieten jetzt auch Vergütungsansprüche in den Blick;[344] zugleich wurde der Anwendungsbereich der *negotiorum gestio* eng auf die Abwehr von Schäden beschränkt. Denn nur wo ein Schaden drohte, durfte man ein Einverständnis des Geschäftsherrn vermuten; niemand sollte sich bloß Nützliches oktroyieren lassen müssen.[345] Die ökonomische Theorie hat die Geschäftsführung ohne Auftrag später ganz auf dieser Linie als einen aufgrund hoher Transaktionskosten nicht zustande gekommenen „hypothetischen Vertrag" gedeutet.[346] Seither bildet die Nothilfe, neben der treuhänderischen Vermögensverwaltung und dem Bereicherungsausgleich, das dritte Paradigma der Geschäftsführung ohne Auftrag:[347] In der Welt der Theorie geht es um die Reparatur schadhafter Dächer und um das Löschen von Bränden.[348]

Nachdem der österreichische Gesetzgeber dies Naturrechtsmodell übernommen und die *negotiorum gestio* folgerichtig auf Fälle altruistischer Nothilfe beschränkt hatte (§§ 1035–1040 ABGB),[349] fand es im 19. Jahrhundert

---

phia Juris Ostensa in Doctrina de Obligationibus & Actionibus (sub praesidio *Christiani Thomasii*), Leipzig 1682, §§ 133 f.; vgl. auch *id.*, Notae ad Inst. Justinianeas … (Halle 1712), 233 (*lib.* III, *tit.* XXVIII).

[341] *Pufendorf*, De iure naturae (Fn. 77), IV, XIII, § 13 sowie V, IV, § 1.

[342] So insbesondere *de Cocceji*, Introductio ad Henrici de Cocceji Grotium Illustratum (Halle 1748), *diss.* XII, *cap.* VII, §§ 566 ff.; später *von Zeiller*, Privat-Recht (Fn. 324), 130, 182 f. (§§ 97, 138); *id.*, Commentar (Fn. 84), §§ 863, 1036.

[343] *Wolff*, Ius naturae V (Fn. 158), §§ 504, 512 ff.; *id.*, Grundsätze (Fn. 79), §§ 686, 690; vgl. auch *Heineccius*, Elementa iuris naturae et gentium (Halle 1738), § 348.

[344] *Molina* (Fn. 70), II, 554, *n.* 1; ambivalent später *Wolff*, Ius naturae V (Fn. 158), §§ 539 f. Siehe auch § 232 I 13 ALR; dazu *Dernburg*, Lehrbuch des preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, Bd. II, 2. Aufl., Halle 1880, 804.

[345] *Wolff*, Ius naturae V (Fn. 158), §§ 524 f., 543 ff.; *id.*, Grundsätze (Fn. 79), § 690.

[346] *Kötz*, in: FS für Bernhard Großfeld, 1999, 583, 585 ff.

[347] Vgl. auch *Grotius*, der die *negotiorum gestio* in diesem Sinne als nützliches Institut des positiven Rechts betrachtet hatte: Inleiding (Fn. 149), III, XXVII; ausführlich *Domat*, Les loix civiles dans leur ordre naturel … (Paris 1777), *part* I, *liv.* II, *tit.* IV, *passim*, insbesondere vor *sect.* I.

[348] *Wolff*, Ius naturae V (Fn. 158), §§ 512, 543; *von Zeiller*, Commentar (Fn. 84), zu § 1036.

[349] §§ 1035, 1037 ABGB verbieten den unbeauftragten Eingriff; neben der Nothilfe (§ 1036) honoriert das Gesetz noch die Geschäftsführung zum „klaren überwiegenden Vortheile" (§ 1037). Deutlich *von Zeiller*, Commentar (Fn. 84), zu § 1037, Anm. 1:

auch Eingang in die dogmatische Diskussion. Man erweiterte die möglichen Rechtsfolgen der *negotiorum gestio* deshalb auch auf Vergütungsansprüche;[350] später fragte man zudem nach einem geschäftsführungsrechtlichen Schadensersatzanspruch des Nothelfers.[351] Wenn spätere Kodifikationen[352] im Gefolge des Art. 422 Abs. 1 OR den Geschäftsherrn heute mit den Schadensrisiken der Nothilfe belasten, so steht dahinter also eine Wertung, die traditionell nicht mit der *negotiorum gestio* verknüpft war.[353] Allenfalls hatte man die Möglichkeit einer *pro-rata*-Haftung für Sachschäden in Analogie zur *lex Rhodia* über den Seewurf diskutiert[354] – eine vielleicht klügere Lösung, für die auch der österreichische Gesetzgeber optiert hatte.[355] Aber auch der OGH gewährt dem

---

„wenn die Gefahr des Schadens nicht so dringend war, daß man nicht füglich den Willen des Eigenthümers hätte einholen können; noch mehr aber, wenn es sich nicht um die Erhaltung, sondern um eine Vervollkommnung oder Verbesserung einer Sache handelt: so … verdient (die Geschäftsführung) … keine … Begünstigung des Gesetzes"; es bleibe dann beim Bereicherungsausgleich. Der Anspruch des § 1037 sollte nur rechtsmissbräuchliches Verhalten des eindeutig Begünstigten ausschließen. Näher zum Ganzen *Meissel*, Geschäftsführung ohne Auftrag. Zwischen Quasikontrakt und aufgedrängter Bereicherung, 1993, 29 ff.; *Swoboda*, Bevollmächtigungsvertrag und Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, versio in rem, 1932, 62 ff. mit einer kantischen Deutung der Regelung Zeillers.

[350] RGZ 32, 4, 16 (1892: Seebergung); zuvor OAG Wiesbaden SeuffA 10, 75 f., Nr. 61 (1833); OLG/OAG Wolfenbüttel SeuffA 9, 401 f., Nr. 306 (1844); ausführlich für einen Fall berufsfremder Tätigkeiten OLG Hamburg SeuffA 46, 289, 290 ff., Nr. 186 (1891): „Bei Leuten, welche … ihre Arbeitskraft wirthschaftlich verwerthen, ist es … ein *impensum* und ein *sumptus*, wenn Jemand seine Arbeitskraft … dem Interesse eines Andern opfert"; w.N. bei *Wollschläger*, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, 1976, 313 f.; HKK III/*Jansen* (Fn. 28), §§ 677–687 I, Rn. 61 f., 123 f.

[351] Keine Hinweise in der älteren Literatur: *van Zyl* (Fn. 336). Bejahend später *Ruhstrat* AcP 64 (1881), 110, 146 ff.; ablehnend *Kohler* JhJb 25 (1887), 1, 138 ff.

[352] Art. 200 NBW. Für einen vergleichenden Überblick *Suderow*, Die Geschäftsführung ohne Auftrag. Ein Rechtsvergleich zwischen Deutschland, Frankreich und den Niederlanden, 2005, 137 ff.

[353] Treffend *Ranieri*, Europäisches Obligationenrecht, 3. Aufl., 2009, 1799. Ausführlicher zur Dogmengeschichte des Problems bei Auftrag und *negotiorum gestio* *Honsell*, in: FS für von Lübtow (Fn. 236), 485–500.

[354] *von Zeiller*, Commentar (Fn. 84), zu §§ 1043 f.; *Wesener*, in: FS Johannes Bärmann, 1975, 31–59, 34, 34 ff., 46 ff. Für die gemeinrechtliche Lehre *Glück*, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, ein Commentar, Bd. 14.1, Erlangen 1813, 233 f. Die pandektistische Lehre lehnte eine solche Verallgemeinerung ab, gewährte jedoch unter Umständen bei einer Aufopferung eigener Sachen eine *actio negotiorum gestorum contraria* oder einen Bereicherungsanspruch: *Windscheid* II (Fn. 76), 471 (§ 403).

[355] § 1043 ABGB. Schadensersatzansprüche waren nur beim Auftrag (§ 1014), nicht bei der Geschäftsführung ohne Auftrag vorgesehen. Der Anspruch nach § 1043 ist auf Schäden am Eigentum beschränkt, erfasst also nicht die besonders problematischen Fälle der Verletzung oder Tötung des Nothelfers.

Nothelfer mittlerweile nach schweizerisch-deutschem Vorbild[356] Schadensersatz, wo dies billig scheint.[357] Offenbar geht es dabei vor allem um einen Zugriff auf Versicherungsansprüche des Geschäftsherrn.

2. Zwischenbilanz

Angesichts dieser Wandlungen und Farbwechsel der *negotiorum gestio* wäre spätestens bei der Kodifikation des BGB zu fragen gewesen, welche konkrete Funktion der Geschäftsführung ohne Auftrag neben dem Vertrags-, Bereicherungs- und Haftungsrecht zukommen soll, welche spezifischen Wertungen das Institut tragen, und ob sein einheitlicher Tatbestand zu den verschiedenen Rechtsfolgen passt. Eine solche Diskussion hat indes nicht ansatzweise stattgefunden; zu keinem Zeitpunkt verfügten die Väter des BGB über eine klare oder auch nur gemeinsame Vorstellung von der Funktion der Geschäftsführung ohne Auftrag.[358] Es verwundert deshalb nicht, dass das moderne Recht all die einstigen Anwendungsfälle der *negotiorum gestio* memoriert[359] und die Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag so anwendet, wie das bereits zuvor der Fall war. Wo die einstigen Regelungslücken geschlossen sind, führt das freilich unweigerlich zu Wertungswidersprüchen. Auch wenn der Gesetzgeber die Fragen nach der Funktion und dem Anwendungsbereich der Geschäftsführung ohne Auftrag nicht beantworten mochte, darf die Dogmatik diesen Fragen nicht länger ausweichen. Es ist also höchste Zeit, die historischen Wandlungen der *negotiorum gestio* dogmatisch zu reflektieren.[360] An dieser Stelle müssen wenige Hinweise genügen:

---

[356] Zur deutschen Diskussion näher HKK III/*Jansen* (Fn. 28), §§ 677–687 I, Rn. 119–120 m.w.N.

[357] OGH ÖJZ 1996, 265–267 (1995). Zum Ganzen ausführlich vergleichend *Ranieri* (Fn. 353), 1772 ff., 1787 ff.

[358] Näher HKK III/*Jansen* (Fn. 28), §§ 677–687 I, Rn. 36–40, 43 m.w.N.

[359] In der Praxis deutscher und europäischer Gerichte steht nach wie vor das Ausgleichsmodell der Geschäftsführung ohne Auftrag im Vordergrund. Zum deutschen Recht *Wollschläger* (Fn. 350), 76 ff. und *passim*; siehe auch HKK III/*Jansen* (Fn. 28), §§ 677–687 I, Rn. 27 ff., 75, jeweils m.w.N.; zum niederländischen und französischen Recht *Suderow* (Fn. 352), 42 ff., 67 ff., 183 ff. m.w.N. Auch dort geht es um die Rückabwicklung nichtiger Dienstleistungsverträge (78 ff.), um pflichtgebundene Geschäftsführer (82 ff.) und um die Zahlung fremder Schulden (192 ff.) sowie den Unterhaltsregress (203 ff.).

[360] Vorsichtig in diese Richtung offenbar die jüngere Rechtsprechung und MünchKommBGB/*Seiler* (Fn. 38), § 677, Rn. 11 ff., 24; aus der Rechtsprechung: BGHZ 140, 102, 109 f. (1998); 155, 342, 350 (2003); 156, 394, 398 ff. (2003). Vgl. auch BGH NJW 2005, 2069, 2072 (zu § 1357 BGB); BGH NZBau 2004, 34 ff. m.w.N.

Wenn die Rechtsprechung die Geschäftsführung ohne Auftrag zur Rückabwicklung nichtiger Dienstverträge anwendet[361] und dem Titelkäufer einen geschäftsführungsrechtlich begründeten Schadensersatzanspruch auf Rückzahlung des erhaltenen Kaufpreises gewährt,[362] so bildet das zwar ein altes Anwendungsfeld der *negotiorum gestio*.[363] Heute kollidiert diese Praxis indes mit den Wertungen der §§ 813 ff., 817, 818 Abs. 3 BGB. Gewiss führen diese Normen bei der Vertragsrückabwicklung ihrerseits zu Problemen. Aber man sollte Normanwendungsprobleme besser dort ansprechen, wo sie entstehen, anstatt sie mittels einer Anwendung der Geschäftsführung ohne Auftrag zu umgehen. Bei der Rückabwicklung gescheiterter Verträge muss das Bereicherungsrecht deshalb den Rückgriff auf die Geschäftsführung ohne Auftrag ausschließen.[364] Die auch kasuistisch nicht mehr zu bewältigende Dogmatik von Fremdgeschäft und Fremdgeschäftsführungswillen[365] führt von den Sachfragen nur ab.[366] Ähnlich liegt es, wo Leistungen aufgrund eines Vertrags mit einem Dritten erbracht wurden.[367] Hier sieht offenbar auch die Rechtsprechung zunehmend deutlich,[368] dass die Privatautonomie und die im Bereicherungsrecht entwickelten Grundsätze über den Rückgriff in Mehrpersonenverhältnissen einen Rückgriff auf die Geschäftsführung ohne Auftrag von vornherein ausschließen müssen.[369]

---

[361] Geschäftsführung ohne Auftrag bei nach §§ 134, 138 nichtigen Verträgen: BGHZ 37, 258, 262 ff. (1962); 39, 87, 89 f. (1963); 101, 393, 399 (1987). Mangels behördlicher Genehmigung unwirksamer Vertrag: BGHZ 157, 168, 175 (2003); formunwirksamer Vertrag: BGH BB 2004, 2707, 2709 f. (2004). Die Literatur ist bekanntlich kritisch: *Schubert* AcP 178 (1978), 425, 451 ff.; *Helm*, in: Schuldrechtsreformgutachten (Fn. 30), Bd. III, 1983, 335, 364; *St. Lorenz* NJW 1996, 884, 884 ff.; *Medicus/Petersen* (Fn. 267), Rn. 412; MünchKommBGB/*Seiler* (Fn. 38), § 677, Rn. 48.

[362] OLG Stuttgart NJW 1996, 665 (1995).

[363] § 1339 Sächs. BGB: „Ohne Auftrag werden fremde Geschäfte geführt, wenn … der Auftrag ungültig … ist"; *Thibaut* II (Fn. 76), § 969, Fn. c; *Chambon*, Die Negotiorum Gestio, Leipzig 1848, 115 f.; *von Kübel*, Geschäftsführung ohne Auftrag (Fn. 219), 4. Zum älteren Recht: HKK III/*Jansen* (Fn. 28), §§ 677–687 I, Rn. 17.

[364] Treffend MünchKommBGB/*Seiler* (Fn. 38), § 677, Rn. 48: Für die Rückabwicklung sei das Bereicherungsrecht speziell.

[365] Statt aller *Medicus/Petersen* (Fn. 267), Rn. 410–415; *Falk* JuS 2003, 833–837; MünchKommBGB/*Seiler* (Fn. 38), § 677, Rn. 9–42; näher HKK III/*Jansen* (Fn. 28), §§ 677–687 I, Rn. 75 f., 87–93.

[366] Vgl. – im Einzelnen freilich vielstimmig – *Falk* JuS 2003, 833–837; *Thole* NJW 2010, 1243–1248; *Loyal*, Die „entgeltliche" Geschäftsführung ohne Auftrag, 2011, 20–27.

[367] HKK III/*Jansen* (Fn. 28), §§ 677–687 I, Rn. 94–97 m.w.N.

[368] BGH NJW-RR 2004, 81, 83 (2003); BGH NJW-RR 2004, 955, 956 (2004). Zumindest verbal hält der BGH in diesen Urteilen freilich an seinem traditionellen Ansatz fest.

[369] *Thole* NJW 2010, 1243, 1245; Palandt/*Sprau* (Fn. 38), § 677, Rn. 7a.

Das zweite Beispiel führt zum Schadensersatzanspruch des Nothelfers in den sog. Aufopferungsfällen. Hier gilt in Deutschland und mittlerweile auch in Österreich richterrechtlich eine strikte Haftung – sogar von Minderjährigen – für die tätigkeitsspezifischen Risiken der Nothilfe.[370] Diese Gerichtspraxis kollidiert scharf mit dem sonst allgemein anerkannten Grundsatz, dass Schadensersatz nur schuldet, wer für den Schaden verantwortlich ist. Wie im *common law* müsste es deshalb eigentlich darauf ankommen, ob der Geschäftsherr die Rettung herausgefordert hat.[371] Als evidentes Gerechtigkeitspostulat wird man diese auch historisch-vergleichend singuläre Regel[372] kaum begründen können.[373] Der Gedanke einer zurechnungsunabhängigen Begünstigungshaftung ist jedenfalls nicht plausibel, denn die Haftpflicht ist bekanntlich unabhängig vom Rettungserfolg; sie trifft auch die Familie eines Unglücksopfers, das trotz des Rettungsversuchs verstorben ist. Zwar mag ein Schadensersatzanspruch des Nothelfers rechtspolitisch unabweisbar sein, wo private Nothilfe im öffentlichen Interesse liegt. Aber genau deshalb gibt es kollektiv finanzierte Unfallversicherungsansprüche.[374] Ein Regress des Sozialversicherungsträgers gegen das schuldlose Unfallopfer ist jedenfalls nicht angängig.[375]

---

[370] Nachweise eben Fn. 356, 357.

[371] Siehe etwa *Wagner* v *International Railway Co* (1921) 232 New York Reports 176, 180 (per *Cardozo* J.). Näher *Kortmann*, Altruism in Private Law. Liability for Nonfeasance and Negotiorum Gestio, 2005, 111–163, insbesondere 142 ff., 146; *Stoljar* (Fn. 332), Rn. 245, 250, jeweils m.w.N.

[372] *Ranieri* (Fn. 353), 1799; *Honsell* (Fn. 353).

[373] Allenfalls könnte man auf den Gedanken der Selbstaufopferung abstellen. Aber das würde lediglich zu einem bereicherungsrechtlichen Billigkeitsausgleich führen. Sonst müssten Familien, die ihren Ernährer verloren haben, auch noch für den Unterhalt der Angehörigen des beim Rettungsversuch umgekommenen etwas draufgängerischen Nothelfers aufkommen. Näher *Jansen* ZEuP 2007, 958, 974–976.

[374] In Deutschland § 2 Abs. 1, Nr. 12 f. SGB VII; in Österreich § 176 Abs. 1 Ziff. 2 ASVG. Für einen vergleichenden Überblick *Stoljar* (Fn. 332), Rn. 256 f.; *Fötschl*, Hilfeleistungsabreden und *contrat d'assistance*, 2005, 393 ff. Die Literatur plädiert von jeher für eine kollektive Versicherungslösung: *Michaelis* ZAkDR 8 (1941), 330; ausführlich später *von Hippel*, in: FS für Karl Sieg, 1976, 171, 181 f.; siehe auch *Dagan*, The Law and Ethics of Restitution, 2004, 120 ff.

[375] *Wollschläger* (Fn. 350), 303 f.; *Zimmermann* FamRZ 1979, 103, 109; MünchKommBGB/*Seiler* (Fn. 38), § 683, Rn. 21 m.w.N. Anders die ältere deutsche und aktuelle österreichische Rechtsprechung: RGZ 167, 85, 91 f. (1941); BGHZ 38, 270, 281 (1962); OGH ÖJZ 1996, 265, 266 f. (1995). Der BGH hat den Regress freilich bereits 1984 zu Recht abgeschnitten: BGHZ 92, 270, 272 ff.

Das dritte Beispiel betrifft die disparaten Fälle unabgesprochenen Handelns für einen anderen im weiten Feld zwischen Fußballkartenerwerb,[376] wettbewerbsrechtlicher Abmahnung[377] und Nothilfe. Wer hier Geschäftsführungsansprüche gewährt, setzt sich darüber hinweg, dass Aufwendungsersatz- und Vergütungsansprüche grundsätzlich eine vertragliche Einigung voraussetzen. Soweit die römische *negotiorum gestio* hier anders wertete, war sie Ausdruck eines wesentlich engeren Vertragsrechts und Spiegel einer ganz anderen Sozialmoral und Lebenswelt. Wo der Grundsatz *pacta sunt servanda* und die Privatautonomie gelten, kann für die Begründung vertragsähnlicher Ansprüche jedenfalls nicht mehr genügen, dass die Leistung gewollt oder nützlich war. Die geschäftsführungsrechtliche Begrifflichkeit von Fremdgeschäft, Geschäftsführungsbewusstsein und mutmaßlichem Willen hilft deshalb nicht weiter.[378] Die Grundwertung lautet vielmehr, dass ein Geschäftsführungs- und insbesondere ein Vergütunganspruch ausgeschlossen sein muss, wo eine vertragliche Absprache möglich gewesen wäre.[379] In Zeiten, in denen jedermann überall erreichbar ist, kommt die Geschäftsführung ohne Auftrag also normalerweise nur noch bei der ärztlichen Behandlung Bewusstloser in Frage. Gerade hier passt die vertraglose Konzeption der römischen *negotiorum gestio* freilich nur schlecht, denn bei professionellem Handeln sollten die dafür konzipierten vertragsrechtlichen Regeln des Dienst- oder Werkvertragsrechts gelten.[380] Zwar will die herrschende Lehre gleichwohl zumindest grundsätzlich die Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag anwenden.[381] Aber das ändert

---

[376] *Medicus/Petersen* (Fn. 267), Rn. 422: Erwerb eines Fußballtickets zu einem Überpreis. Das Fußballticket ist in der Lehrbuchliteratur offenbar an die Stelle der Briefmarke getreten, die eine Sammlung vervollständigen sollte: *Heck*, Schuldrecht (Fn. 242), 258; *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II, 12. Aufl., 1981, 349 (§ 57 I.a). Bei den Römern ging es um einen Sklaven, den der Geschäftsherr nicht benötigte: *Ulpian*, Digesten 3,5,5,8.

[377] Anschaulich zur früheren missbräuchlichen Abmahnpraxis BGHZ 149, 371 (2002); zuletzt BGH NJW 2010, 1208 f.: Nur die erste Abmahnung sei als berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag anzuerkennen; hier bestehe der Anspruch aus § 12 Abs. 1 UWG.

[378] *Thole* NJW 2010, 1243, 1245–1247; *Falk* JuS 2003, 833, 837–839.

[379] So sehr klar bereits *von Zeiller*, Commentar (Fn. 84), zu § 1037, Anm. 1; treffend der BGH immerhin in den Erbensucherfällen: BGH JZ 2000, 521, 522 (1999); BGH NJW-RR 2006, 656. Anders aber wieder für den Vergütungsanspruch eines Energieversorgers nach fehlgeschlagenem Versorgerwechsel: BGH NJW-RR 2005, 639. Näher zum Ganzen *Jansen* ZEuP 2007, 958, 977.

[380] Zweifelnd *Loyal* (Fn. 366), *passim*; Loyal hält die erfolgsunabhängige Einstandspflicht des Geschäftsherrn auch bei Werkleistungen für plausibel (wendet sich freilich gerade deshalb gegen eine geschäftsführungsrechtliche Vergütungspflicht).

[381] *Katzenmeier* (Fn. 82), 109–111; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 7. Aufl., 2014, Rn. 130.

nichts an den vertraglichen Rechtsfolgen. Bei Kassenpatienten soll das sozialversicherungsrechtliche Sachleistungsprinzip (§ 2 Abs. 2, S. 1 SGB V) eine Geschäftsführung ohne Auftrag nämlich ohnehin ausschließen;[382] im Übrigen folgen Rechtsprechung und Lehre dem „rechtspolitischen Gebot", solche Konstellationen „dem Vertrag gleichzustellen und mit Vertragsfolgen auszugestalten".[383] Üblicherweise wird ein Vertragsschluss deshalb nachgeholt, allerdings nicht durch den Patienten und seine Ärzte, sondern durch deren Juristen: Obgleich im Krankenhaus sonst über alles aufgeklärt und jede Einwilligung minutiös dokumentiert werden muss, soll für eine rückwirkende (!) konkludente Genehmigung nämlich die einverständliche Fortsetzung der Behandlung seitens des typischerweise schwer erkrankten Patienten genügen.[384] Gleiche Regeln gelten aber auch, wenn sich ausnahmsweise keine Genehmigung herbeizaubern lässt: Der Arzt darf sein übliches Honorar verlangen;[385] und seine Haftung richtet sich nach den allgemeinen Regeln des § 280 BGB. Die Haftungsprivilegierung des § 680 BGB gilt jedenfalls nicht, denn diese Norm ist ihrem Sinn und Zweck nach nicht einschlägig.[386]

Die Beispiele machen deutlich, dass für die Anwendung der Geschäftsführung ohne Auftrag in einer historisch reflektierten Dogmatik kein Raum mehr sein kann, wo aufgrund vertraglicher Absprachen gehandelt wurde oder eine vorherige Einigung möglich war. Entweder sind die Lösungen des Vertragsrechts oder die des Bereicherungsrechts abschließend. Dass die Väter des BGB möglicherweise von anderen Vorstellungen ausgingen,[387] ändert daran nichts,[388] denn insoweit war ihnen die Bedeutung ihrer Regelung selbst nicht

---

[382] Überblick zum Diskussionsstand bei *Killinger*, Die Besonderheiten der Arzthaftung im medizinischen Notfall, 2009, Rn. 244 f.

[383] *Deutsch/Spickhoff* (Fn. 381), Rn. 131.

[384] OLG Frankfurt VersR 1987, 1118.

[385] Statt aller *Deutsch/Spickhoff* (Fn. 381), Rn. 130.

[386] *Katzenmeier* (Fn. 82), 109 f.; *Deutsch/Spickhoff* (Fn. 381), Rn. 130 f., 960, jeweils m.w.N. zur Diskussion. Anders nur, wo ein Arzt außerhalb des Dienstes und ohne erforderliches Werkzeug zufällig bei einem Notfall anwesend ist und dann hilft.

[387] Für *von Kübel* war die Anwendung der Geschäftsführung ohne Auftrag bei Handeln auf einen nichtigen Vertrag selbstverständlich: Geschäftsführung ohne Auftrag (Fn. 219), 4 f., für die 1. Kommission die Anwendung der Geschäftsführung ohne Auftrag trotz Rechtspflicht gegenüber einem Dritten (§ 760 E I). Während von Kübel dabei aber eigentlich auf ein Altruismusmodell der Geschäftsführung ohne Auftrag setzte, hielt die 1. Kommission das für unrealistisch und wollte auch gar keine rechtlichen Anreize für Handeln im fremden Rechtskreis setzen. Näher HKK III/*Jansen* (Fn. 28), §§ 677–687 I, Rn. 36 m.w.N. Solche Aussagen können die Rechtsanwendung heute schon deshalb nicht steuern, weil man bei alldem die Funktion der Geschäftsführung ohne Auftrag im Gefüge des Schuldrechts nicht reflektiert hatte.

[388] Anders zuletzt *Bergmann*, Die Geschäftsführung ohne Auftrag als Subordinationsverhältnis, 2010, 408–412 und *passim*. Bergmann sieht die *negotiorum gestio*

ganz klar. Mit der Anerkennung der Geschäftsführung ohne Auftrag im BGB kann deshalb nurmehr die Maßgabe verbunden sein, einen Vertrag zu konstruieren, wo eine Einigung den Umständen nach unmöglich war und das Handeln des Geschäftsführers dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entsprach – in diesem Sinne verweisen etwa die §§ 1959 Abs. 1, 1978 Abs. 1, S. 2, 1991 Abs. 1 BGB auf die Geschäftsführung ohne Auftrag. Allerdings müsste einem bewusstlos behandelten Patienten dann zumindest ein Anfechtungsrecht analog § 119 BGB zustehen. Andernfalls würde ihm nämlich möglicherweise eine vertragliche Erfüllungsverpflichtung oktroyiert, obwohl er einem solchen Vertrag niemals zugestimnt hätte. Wer bewusstlos eine Blutspende erhält, in die er aufgrund religiöser Überzeugungen niemals eingewilligt hätte, sollte nicht auch noch den Arzt bezahlen müssen. Nur eine Haftung auf den Vertrauensschaden nach § 122 BGB scheint mir hier interessengerecht und im System unseres Schuldrechts teleologisch folgerichtig begründbar.[389] Es ist schlechterdings nicht einzusehen, warum, wer noch bei Bewusstsein, aber – etwa wegen eines Schocks oder aufgrund von Schmerzen – ohne Erklärungsbewusstsein ins Krankenhaus eingeliefert wird, den konkludent abgeschlossen Behandlungsvertrag anfechten kann, wohingegen anfechtungsfest gebunden bleibt, wer bewusstlos eingeliefert wurde, als Geschäftsherr ohne Auftrag aber ganz wie aus einem Vertrag verpflichtet wird.

V. Aufwendungen

Nicht beantwortet ist mit diesem Durchgang durch die Geschichte der *negotiorum gestio* allerdings der Fragenkreis des Aufwendungsregresses. Hier geht es um Ausgleichsansprüche für Aufwendungen, die einem anderen außerhalb einer Leistungsbeziehung zugutegekommen sind, und für die sich keine spezielle Regressregelung findet[390] – konkret also um Rückgriffsansprüche nach Erfüllung fremder Verbindlichkeiten und um Verwendungsersatz. His-

---

als „Kulminationspunkt der auftragslosen und fremdnützigen Geschäftsführung für einen anderen" (*loc. cit.*, 9, und wortgleich immer wieder). Er ist deshalb der Ansicht, dass die §§ 812 ff. BGB nur bei der Rückabwicklung unwirksamer Austauschverträge passen; für die Rückabwicklung durchgeführter Subordinationsverträge (Auftrag, Dienst- und Werkverträge, Geschäftsbesorgungsverträge) seien die §§ 677 ff. BGB einschlägig; ähnlich *Loyal* (Fn. 366), 286–292. Plausibel scheint mir das nicht.

[389] Auch in der Entscheidung des BGH zum Vergütungsanspruch des Energieversorgers nach fehlgeschlagenem Versorgerwechsel (BGH NJW-RR 2005, 639) hätte ein solcher Anspruch auf Schadensersatz genügt.

[390] Zu den Abgrenzungsfragen etwa MünchKommBGB/*M. Schwab* (Fn. 38), § 812, Rn. 303–306.

torisch wie vergleichend sind das besonders schwierige und auch kontroverse Rechtsfragen.[391] Das römische Recht differenzierte für den Verwendungsersatz notwendige (*necessariae impensae*), nützliche (*utiles*) und sonstige, nicht nützliche (*voluptuariae*) Impensen[392] und gewährte dem Besitzer dabei gar keinen selbständigen Verwendungsersatzanspruch, sondern lediglich ein Zurückbehaltungsrecht.[393] Beim Rückgriff nach Zahlung fremder Schulden galten demgegenüber keine derartigen Beschränkungen. Sofern die Drittleistung den Interessen des Schuldners nicht geradezu zuwiderlief, konnte der Rückgriffsgläubiger ohne weiteres als *negotiorum gestor* gegen den Schuldner vorgehen.[394] Bis heute finden sich in den kontinentalen Rechtsordnungen deutlich sichtbare Spuren dieser Wertungen. Demgegenüber urteilt das *common law* konsistenter, wenn auch traditionell sehr restriktiv: Man mag den *altruistic intermeddler* nicht und versagt ihm grundsätzlich jeden Ausgleich.[395]

1. Verwendungsersatz

Hinsichtlich des Verwendungsersatzes stehen die deutschsprachigen Rechtsordnungen in der Tradition der kontinentalen gemeinrechtlichen Jurisprudenz, die die restriktiven Regeln des römischen Rechts niemals akzeptieren mochte und deshalb von Anfang an mit Ansprüchen aufgrund einer *negotiorum gestio* überlagert hat.[396] In dieser Tradition gewähren das BGB

---

[391] Siehe bereits *von Caemmerer* (Fn. 225), 360 ff., 365 ff. („Crux des Bereicherungsrechts"); *Wendehorst* (Fn. 267), 115–129. Für eine umfassende Bestandsaufnahme *Schlechtriem* II (Fn. 266), 1–77.

[392] Überblick bei *Verse* (Fn. 138), 13–20 m.w.N.

[393] Nachweise oben Fn. 138.

[394] *Labeo*, Digesten 3,5,42; siehe auch *Ulpian*, Digesten 3,5,5,3.

[395] „The general principle is, beyond all question, that work and labour done or money expended by one man to preserve or benefit the property of another do not according to English law create any lien upon the property saved or benefited, nor, even if standing alone, create any obligation to repay the expenditure": *Falcke* v *Scottish Imperial Insurance* (1887) Law Reports 34, Chancery Division 234, 248 (per *Bowen*, L.J.); aus jüngerer Zeit *The Goring*, [1987] Queen's Bench 687, 708 (per *Ralph Gibson* L.J.; bestätigt in [1988] 1 Appeal Cases 831): „The common law has never recognised any general doctrine of necessitous intervention by a stranger". Ausnahmen macht die Rechtsprechung nach wie vor nur bei einem redlichen Verwender; näher *Zimmermann* OJLSt 15 (1995), 403, 421 f.; *Verse* (Fn. 138), 95–104. Zur Erfüllung fremder Verbindlichkeiten *Whittaker*, in: Johnston/Zimmermann (Hg.), Unjustified Enrichment. Key Issues in Comparative Perspective, 2002, 433–457, 445–448; *MacQueen*, Payment of another's debt, in: Johnston/Zimmermann, *loc. cit.*, 458–489, 459 ff. Angesichts der Tatsache, dass Forderungen mittlerweile als unbeschränkt zessionsfähig gelten, sind auch die Regeln zur Erfüllung fremder Verbindlichkeiten im Fluss.

[396] Für einen Überblick zur scholastischen Jurisprudenz und zur Glossa ordinaria *Schrage* RIDA[3] 36 (1989), 401, 412 ff.; *Hallebeek* (Fn. 333), 80 ff., und vor allem *Lohsse*

(§ 994 Abs. 2), das OR (Art. 940 Abs. 2)[397] und das ABGB (§§ 331 f., 336, 1037)[398] auch bösgläubigen Besitzern in engen Grenzen einen geschäftsführungsrechtlichen Anspruch auf Verwendungsersatz; zudem macht eine Reihe von Verweisungen deutlich, dass eigennütziges Verhalten einen geschäftsführungsrechtlichen Verwendungsregress nicht ausschließt.[399] In der Schweiz ist dementsprechend unklar, ob Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag neben dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis Anwendung finden.[400]

Ein zentrales Argument für die Gewährung geschäftsführungsrechtlicher Verwendungsersatzansprüche fand sich von jeher im Bereicherungsverbot.[401] Seit dem 19. Jahrhundert hat sich deshalb in Deutschland das Bereicherungsrecht als eine dritte Schicht möglicher Ansprüche über die Sondervorschriften des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses und der Geschäftsführung ohne Auftrag gelegt.[402] In Frankreich ist der Verwendungsausgleich sogar gänzlich im allgemeinen Bereicherungsausgleich aufgegangen.[403] Dass aus diesem Nebeneinander erhebliche Spannungen resultieren können, haben die Väter des BGB durchaus klar gesehen. Zwar wollte man die Ansprüche auf Verwendungsersatz als eine Form des Bereicherungsausgleichs regeln, meinte aber gleichwohl, nach kompliziertem Hin und Her,[404] auf eine abschließende Detailre-

---

(Fn. 129), § 9. Für die frühe Neuzeit etwa *Groenewegen*, Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus (Leiden 1649) zu Inst. 2,1,30 m.w.N.; *Voet* (Fn. 140), V, III, § 23; unklar demgegenüber III, V, § 9; später *Thibaut* II (Fn. 76), § 569 m.w.N.; w.N. zur Rechtsprechung bei *Wollschläger* (Fn. 350), 200 ff.

397 Ersetzt werden „auch für den Berechtigten" notwendige Verwendungen.

398 Ersetzt werden Verwendungen zum „klaren und überwiegenden Vorteile" des Eigentümers.

399 Siehe insbesondere §§ 539 Abs. 1, 581 Abs. 2, 601 Abs. 2; 994 Abs. 2, 1049 Abs. 1, 1216, 2023 Abs. 2, 2125 BGB.

400 Bejahend Basler Kommentar/*Weber* (Fn. 227), Vor Art. 419, Rn. 15; verneinend *Honsell*, Schweizerisches Obligationenrecht. Besonderer Teil, 8. Aufl., 2006, 336; unklar differenzierend Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht IV.3.1/*Stark*, 3. Aufl., 2001, Art. 939 ZGB, Rn. 1. Konkurrierende Bereicherungsansprüche sind jedenfalls ausgeschlossen: Berner Kommentar/*Stark*, Art. 940 ZGB, Rn. 32.

401 *Lohsse* (Fn. 129), § 9; vgl. auch *Verse* (Fn. 138), 29–36.

402 In der schweizerischen Praxis ist eine Verwendungskondiktion demgegenüber nicht anerkannt: *Schwenzer* (Fn. 222), Rn. 57.11.

403 Detailliert *Verse* (Fn. 138), 65–87 m.w.N. Ursprünglich stellte man hier auf Geschäftsführungsansprüche, nach der Einführung der bereicherungsrechtlichen Generalklausel im *Arrêt Boudier* (oben Fn. 145) auf Bereicherungsansprüche ab; vgl. auch *Zimmermann* AcP 202 (2002), 243, 260.

404 Der Vorentwurf von Johows hatte hier eine an das römische Recht angelehnte Spezialregelung formuliert. Die 1. Kommission wollte den Verwendungsausgleich demgegenüber im Bereicherungsrecht aufgehen lassen, fand damit aber scharfen Widerspruch schon in der Vorkommission des Reichsjustizamts, die den Anspruch des unredlichen Besitzers grundsätzlich auf notwendige Verwendungen beschränkte. Die

gelung im Sachenrecht nicht verzichten zu können.[405] Angesichts der späteren Schwierigkeiten mit aufgedrängten Bereicherungen im Rahmen der Aufwendungskondiktion[406] war das vielleicht kein völlig unvernünftiger, in der Rückschau freilich kein glücklicher Standpunkt.[407] Die heutige Rechtsprechung des BGH zu den §§ 994 ff. BGB entspricht zwar durchaus den Vorstellungen des Gesetzes, führt aber bekanntlich zu schweren Wertungswidersprüchen, wenn etwa, wer als bösgläubiger Besitzer eine fremde Sache renoviert, Verwendungsersatz nur dann erhält, wenn er die Sache auch noch veräußert hat – dann ist § 687 Abs. 2 BGB einschlägig und verweist über § 684 BGB ins Bereicherungsrecht. Demgegenüber soll § 996 BGB den Bereicherungsausgleich sperren, wenn der Besitzer die Sache zurückgibt und sie dann vom Eigentümer veräußert wird.[408]

Eine rationale Dogmatik kann solche Widersprüche nicht länger hinnehmen. Die Fortbildung des Verwendungsausgleichs muss dies nur historisch zu erklärende Nebeneinander konkurrierend widersprüchlicher Ausgleichsmechanismen überwinden.[409] Gewichtige Stimmen sprechen sich deshalb dafür aus, einfach das Dogma von der Sperrwirkung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses fallenzulassen.[410] Aber auch das könnte nur einen Teil der Widersprüche beseitigen;[411] es würde der Intention des Gesetzes kaum gerecht; und es würde ganz gewiss zu keiner einfach handhabbaren Lösung führen. Die historische Analyse lässt nämlich keinen Zweifel daran, dass einzig die Regeln des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses spezifisch für den Verwendungsausgleich formuliert worden sind. Die Regeln der Geschäftsführung ohne

---

2. Kommission hielt an diesem Standpunkt im Wesentlichen fest: Jakobs/Schubert (Hg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen. Sachenrecht, Bd. I, 1985, 812–814, 817–823; vgl. auch *Verse* (Fn. 138), 36–42.

[405] *Verse* (Fn. 138), 41.

[406] Zusammenfassend *König* (Fn. 30), 1569 f.; Bamberger/Roth/*Wendehorst* (Fn. 227), § 818, Rn. 141–159 m.w.N. zur Diskussion.

[407] Treffend *Heck*, Grundriß des Sachenrechts, 1930, 293 f.

[408] Beispiel von *Larenz*/*Canaris* (Fn. 93), 287 (§ 72 IV.2); *Canaris* JZ 1996, 344, 346 f. Viele andere Beispiele werden in der Literatur diskutiert. Detaillierte Analysen bei *Verse* (Fn. 138), 2–10, 56–62, 137–140, 159.

[409] So auch schon *Heck* (Fn. 407), 294 f.

[410] So insbesondere *Pinger*, Funktion und dogmatische Einordnung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses, 1973, 103 ff.; *Canaris* JZ 1996, 344, 346 ff.; *Larenz*/*Canaris* (Fn. 93), 345 f. (§ 74 I.3); MünchKommBGB/*Medicus*, 4. Aufl., 2004, § 996, Rn. 10 f. (anders jetzt MünchKommBGB/*Baldus* (Fn. 38), § 996, Rn. 12); *Medicus*/*Petersen* (Fn. 267), Rn. 897; *Verse* (Fn. 138), 159 f. m.w.N.

[411] Die Lösung führt insbesondere zu einer unbilligen Privilegierung unredlicher Besitzer gegenüber einem nichtbesitzenden Verwender; siehe *Verse* (Fn. 138), 159: Anwendung des Bereicherungsrechts neben den §§ 994 ff. BGB nur eine Notlösung.

Auftrag und der §§ 812 ff. BGB sind weder in ihren Wertungen noch in ihrer dogmatischen Begrifflichkeit auf den Verwendungsregress abgestimmt.[412] Es wäre verwunderlich, wenn sie passten. Schon deshalb bietet es sich auch *de lege ferenda* nicht an, den Verwendungsausgleich insgesamt nach bereicherungsrechtlichen Regeln auszugestalten.[413]

Dogmatisch sinnvoller ist es offenbar, die einschlägigen Regeln des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses mit denen des Geschäftsführungsausgleichs und mit den §§ 812 ff. BGB konstruktiv zusammenzudenken und funktional auf den Verwendungsausgleich abzustimmen. Diesen Weg hat offenbar ein Teil der jüngeren deutschen Literatur eingeschlagen, ohne das allerdings offen auszusprechen;[414] auch das österreichische Recht lässt sich in diesem Sinne verstehen.[415] Nur so lässt sich das eigentliche historische Problem des Verwendungsausgleichs, die Konkurrenz eigentumsrechtlicher, geschäftsführungsrechtlicher und bereicherungsrechtlicher Regeln, überwinden: Wer den Verwendungsausgleich als Anwendungsfall konkurrierender Regeln analysiert, muss die einzelnen Anspruchsgrundlagen nämlich unweigerlich gegeneinander ausspielen. Führt man demgegenüber die Normen und Wertungen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses, der Geschäftsführung ohne Auftrag und des Kondiktionsrechts konstruktiv zusammen, so werden die verstreu-

---

[412] Treffend Bamberger/Roth/*Wendehorst* (Fn. 227), § 818, Rn. 140 ff.: „Haftung nach Aufwendungsgrundsätzen (‚unechte' Bereicherungshaftung)". Zwar spreche das Gesetz in diesem Zusammenhang von einer Bereicherungshaftung, doch sei eine solche gar nicht gemeint; vielmehr gehe es um eine Kompensation für den Verwendungsverlust (Rn. 140). Ähnlich auch *Schlechtriem* II (Fn. 266), 2 ff.

[413] So aber *König* (Fn. 30), 1515 (Reformvorschlag § 3.2), 1568–1571, 1575–1577; *Verse* (Fn. 138), 157 f. Beide sahen freilich klar die spezifischen Besonderheiten des Aufwendungsausgleichs und sprachen sich folgerichtig für eine besondere gesetzliche Fixierung des Anspruchs sowie für eine Integration einzelner Bausteine des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses in diesen „Bereicherungsanspruch" aus. Insoweit liegen diese Vorschläge ganz auf der hier vertretenen Linie.

[414] Knapp, aber klar, Baur/*Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl., 2009, § 53, Rn. 33; näher zu Einzelfragen etwa *Larenz*/*Canaris* (Fn. 93), 286 ff. (§ 72 IV.); *Verse* (Fn. 138), 166–167 m.w.N. zur „Anwendung bereicherungsrechtlicher Grundsätze im Rahmen der §§ 994 ff. BGB", insbesondere mit den Vorschlägen einer bereicherungsrechtlichen Subjektivierung des Kriteriums der Werterhöhung in § 996 BGB und einer Eingliederung des Verwendungsausgleichs in Mehrpersonenverhältnissen in die allgemeinen – aus Verses Sicht bereicherungsrechtlichen – Regeln zur Rückabwicklung in Mehrpersonenverhältnissen. Gegen eine solche Subjektivierung des § 996 BGB *Canaris* JZ 1996, 344, 349. Aus der Tatsache, dass der Gesetzgeber dem Eigentümer den Sachverlust ohne Ausgleich zumutet, wo der Schädiger schuldlos handelt, folgt indes nicht, dass den Eigentümer auch das zusätzliche Risiko ruinöser Verwendungsersatzansprüche treffen sollte.

[415] Vgl. *Schlechtriem* II (Fn. 266), 46–48 m.w.N. zur im Einzelnen kontroversen Diskussion.

ten Aussagen des Gesetzes zum Verwendungsausgleich zu Bausteinen eines eigenständigen gesetzlichen Ausgleichsanspruchs, der der Regelungsabsicht des Gesetzes insgesamt viel näher kommt als die gegenwärtige Konkurrenzdogmatik. All das im Einzelnen zu entfalten ist dies nicht der rechte Ort; es genügen wenige Fixpunkte:

(1) Der Verwendungsausgleich zielt auf eine Kompensation der Aufwendungen des Verwenders, nicht auf einen bereicherungsabschöpfenden Vorteilsausgleich. Historisch ist das selbstverständlich, denn für die Abschöpfung einer Bereicherung, die über die Aufwendungen des Verwenders hinausgeht, boten die Regeln der *negotiorum gestio* keinen Anknüpfungspunkt. Das BGB hat diese Wertung im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis unmissverständlich bestätigt;[416] und auch der vergleichende Befund bietet keinen Anhalt, daran zu zweifeln.[417] Man sollte diese Wertung nicht durch einen Rückgriff auf die insoweit doch unspezifischen Regeln der §§ 812 ff. BGB neutralisieren.[418]

(2) § 996 BGB formuliert eine allgemein anwendbare Sperre des Anspruchs unredlicher Verwender; die Vorschrift gilt also auch im Rahmen der §§ 687 Abs. 2, 684 BGB. Zwar darf in der Tat gefragt werden, ob dies auch dann der Fall sein soll, wenn der Eigentümer den ungewollten Vermögenszuwachs realisiert hat.[419] Freilich bietet der historische und vergleichende Befund Anlass zur Skepsis, in dieser Frage voreilig bereicherungsrechtlichen Gerechtigkeitsintuitionen zu vertrauen.

(3) Geschäftsführungs- und bereicherungsrechtliche Voraussetzungen des Ausgleichs sollten gleichlaufen: Für die Frage einer Bereicherung des Eigentümers muss es deshalb entscheidend darauf ankommen, ob die Verwendung seinem Willen entsprach; umgekehrt darf eine verbleibende Bereicherung als Indiz dafür gelten, dass die Verwendung willensgemäß war. Nimmt ein redlicher Hausbesitzer eine unaufschiebbare Reparatur vor, so erspart der Eigentümer Reparaturkosten also auch dann, wenn das Haus später abbrennt. Umgekehrt kann der Eigentümer aber auch nur dann als bereichert gelten, wenn die Verwendung seinem Willen entsprach; dieser ursprünglich geschäftsführungsrechtliche Maßstab operationalisiert den Schutz vor aufgedrängten Verwendungen treffender als die Unterscheidung subjektiver und objektiver Bereicherungsbegriffe.[420]

---

[416] Bei § 996 BGB deshalb st. Rspr.: BGH NJW 1996, 921, 922.

[417] *Wendehorst* (Fn. 267), 118, 126; *Schlechtriem* II (Fn. 266), 78.

[418] *König* (Fn. 30), 1570 f.; Baur/*Stürner* (Fn. 414), § 53, Rn. 33 a.E.; *Medicus/Petersen* (Fn. 267), Rn. 900; Bamberger/Roth/*Wendehorst* (Fn. 227), § 818, Rn. 154–156.

[419] So *Larenz/Canaris* (Fn. 93), 288–291 (§ 72 IV.).

[420] Näher *Jansen* ZEuP 2007, 958, 972–974. Kritisch freilich *Loyal* (Fn. 366), 31 f., 214 ff. In den Beispielen (Auffangen einer Vase) fehlt es allerdings bereits am Tatbestand einer Kondiktion.

2. Regress nach Erfüllung fremder Verbindlichkeit

Der Regress nach Erfüllung fremder Schulden steht häufig im Zusammenhang mit dem Verwendungsausgleich;[421] ein Beispiel bilden die §§ 1041 f. ABGB.[422] Zu Recht verweist die Literatur auf parallele Problemlagen, insbesondere bei aufgedrängter Bereicherung;[423] hinzu kommen Schwierigkeiten bei der Abgrenzung.[424] Auch die Dogmengeschichte ist in manchem parallel verlaufen: Soweit sich keine spezielle Grundlage für einen Anspruch fand, diskutierte man den Rückgriff zumeist im Rahmen der *negotiorum gestio* und fand die Begründung im Bereicherungsverbot;[425] das war auch nach Erlass des BGB noch selbstverständlich.[426] Den in Deutschland heute selbstverständlichen Bereicherungsregress hat offenbar erst *von Caemmerer* etabliert;[427] die Schweiz kommt bis heute gut ohne ein solches Instrument aus.[428]

Diese Parallelen ändern allerdings nichts an wichtigen Differenzen zwischen dem Verwendungs- und dem Erfüllungsregress, die seit dem 19. Jahrhundert zunehmend deutlich hervorgetreten sind. Die entscheidenden Bestimmungsparameter für den Rückgriff nach Erfüllung fremder Verbind-

---

[421] Siehe insbesondere *König* (Fn. 30), 1524 (§ 3 des Reformvorschlags: „Aufwendungskondiktion"), 1564–1574; Bamberger/Roth/*Wendehorst* (Fn. 227), § 812, Rn. 145–164. Demgegenüber hatte *von Caemmerer* die Fallgruppen deutlich getrennt: (Fn. 225), 360 ff., 365 ff.; ebenso die moderne vergleichende Literatur: *Zimmermann* OJLSt 15 (1995), 403, 421 f. und 423 f.; *Schlechtriem* II (Fn. 266), 1 ff., 359 ff.; hier steht der Rückgriff nach Erfüllung fremder Verbindlichkeit im Kontext des Ausgleichs in Mehrpersonenverhältnissen.

[422] Ursprünglich waren diese Vorschriften Ausdruck eines Versionsanspruchs; sie gelten heute allerdings als Grundlagen von Bereicherungsansprüchen in sonstiger Weise; Nachweise oben Fn. 217.

[423] *Wendehorst* (Fn. 267), 115–129.

[424] Vgl. MünchKommBGB/*M. Schwab* (Fn. 38), § 812, Rn. 311 ff., der die Selbstvornahme der Aufwendungskondiktion zuordnet, obgleich seine Definition der Rückgriffskondiktion diese Fälle präzise erfasst (Rn. 317).

[425] HKK III/*Jansen* (Fn. 28), §§ 677–687 I, Rn. 11, 16 f., 27 f., 75; für den Gesamtschuldner- und Bürgenregress HKK II/*Meier* (Fn. 28), §§ 420–432/I, Rn. 108 ff., jeweils m.w.N.

[426] Eine Ausnahme bildet *von Mayr* (Fn. 239), 219–235. Die übrige Literatur griff das aber zunächst nicht auf; repräsentativ *Oertmann* (Fn. 239), § 267, Anm. 3.b): „Der Rückgriff … bestimmt sich … ausschließlich nach dem Innenverhältnis der Beteiligten: Auftrag, Geschäftsführung, Schenkung." Vgl. auch *F. Schulz*, Rückgriff und Weitergriff, 1907, 12 ff. und *passim*; ein unmittelbarer Bereicherungsanspruch spielt hier keine Rolle.

[427] *von Caemmerer* (Fn. 225), 360 ff.; siehe *Meier* ZfPW 1 (2015), 103, 110 f. Überblick zum bereicherungsrechtlichen Schrifttum bei *Schneider*, Rückgriffskondiktion, 2008, 29–40.

[428] *Schwenzer* (Fn. 222), Rn. 57.11.

lichkeit fanden sich nämlich niemals in der römischen Differenzierung unterschiedlicher Verwendungen; sie finden sich aber auch nicht mehr in den Regeln des Geschäftsführungs- oder Bereicherungsrechts. Wo der Regress nicht spezifisch geregelt ist, kommt es vielmehr von jeher auf die Wertungen und Normen des allgemeinen Schuldrechts an: Entscheidend sind erstens die römisch-deutsche Wertung, dass eine befreiende Drittleistung auch gegen den Willen des Schuldners möglich ist (§ 267 BGB)[429] und umgekehrt die Reichweite vertraglicher Abtretungsverbote (§ 399, 2. Alt. BGB);[430] zweitens die Möglichkeit einer nachträglichen Änderung der Tilgungsbestimmung bei irrtümlicher Leistung im eigenen Namen[431] sowie die richtige Zuordnung von Konkursrisiken bei Rückabwicklung in Mehrpersonenverhältnissen;[432] und schließlich drittens, auf der Rechtsfolgenseite, die im Zessionsrecht exemplarisch normierten Regeln zum Schuldnerschutz.[433] Alle diese Aussagen und

---

[429] *Meier* ZfPW 1 (2015), 103, 106; vgl. *Gaius*, Digesten 3,5,38; *id.*, Digesten 46,3,53. Die Regelung des § 267 BGB bildet hier bekanntlich, auch in der romanistischen Tradition, eine Extremposition: *Schlechtriem* II (Fn. 266), 360.

[430] Angesichts der identischen Interessenlage muss der Regress bei einem Abtretungsverbot ausgeschlossen sein, soweit dies auch gegen den Dritten wirkt: *Larenz/Canaris* (Fn. 93), 192 f. (§ 69 III.2.b); *Medicus/Petersen* (Fn. 267), Rn. 952; *Meier* ZfPW 1 (2015), 103, 113; *Jakobs* (Fn. 274), 169–171 m. Fn. 54; folglich hat die Drittleistung dann ausnahmsweise keine Erfüllungswirkung, so dass der Dritte beim Zahlungsempfänger kondiziert; siehe sogleich Fn. 434. Aus internationaler Perspektive erscheint die Möglichkeit dinglicher Abtretungsverbote bei Geldforderungen freilich problematisch; hier sind zu Recht nur schuldrechtliche Abtretungsverbote anerkannt: siehe etwa Art. 9.1.9 PICC; Art. 9 UN Convention on the Assignment of Receivables in International Trade (http://www.uncitral.org) – dazu *Kieninger*, in: FS 600 Jahre Würzburger Juristenfakultät, 2002, 297–317.

[431] Historisch-vergleichende Hinweise insbesondere bei *von Caemmerer*, in: FS für Hans Dölle, Bd. I, 1963, 135–168, 136–138 und *passim*. Besonders kontrovers ist die Frage in Deutschland; grundlegend *G.H. Maier* AcP 152 (1952/53), 97 ff.; *von Caemmerer*, *loc. cit.*, 147 ff.; heute etwa *Larenz/Canaris* (Fn. 93), 192 f. (§ 69 III.2.c); ausführlich noch einmal *Thomale* (Fn. 127), 27–41, 382–389 m.w.N. Die rückwirkende Änderung ist auch in Österreich und in der Schweiz anerkannt; siehe insbesondere *Koziol* JBl 1978, 626, 633 mit Verweisen auf die deutsche Diskussion; BGE 70 II, 271, 275 (1944). Wichtiger ist freilich, dass die Entscheidung überall in den Regeln des allgemeinen Schuldrechts gesucht wird; das schweizerische Bundesgericht stellte beispielsweise tragend darauf ab, dass der Drittleistende einseitig auf seine Kondiktion gegen den Gläubiger verzichten und dadurch den Schuldner bereichern könne. Umgekehrt wird in Deutschland (*Thomale*, *loc. cit.*) argumentiert, dieser Rückgriffsweg müsse ausscheiden, weil ein einseitiger Verzicht nach deutschem Recht unmöglich sei.

[432] In der deutschen Diskussion bildete dies von Anfang an ein entscheidendes Argument; siehe etwa bei *G.H. Maier* AcP 152 (1952/53), 97, 100 f.; *von Caemmerer* (Fn. 431), 148; zusammenfassend *Koppensteiner/Kramer* (Fn. 222), 39–41.

[433] Bei der Rückgriffskondiktion wendet die mittlerweile herrschende Lehre die §§ 404, 406 ff. BGB analog an: *Larenz/Canaris* (Fn. 93), 192 (§ 69 III.2.b); *Medicus/Pe-*

Wertungen gehören zusammen; die Dogmatik folgt seit langem dem Postulat, Schuldbefreiung und Regress zu „synchronisieren".[434] Man sollte diese Vorgaben deshalb nicht im Rückgriff auf abstrakte Aussagen im Geschäftsführungs- oder Bereicherungsrecht konterkarieren. Wo die Erfüllung auch gegen den Willen des Schuldners möglich ist, bestimmt sich der Rückgriff nicht danach, ob die Leistung des Dritten wirklich dem Willen des Schuldners entsprach und ob dieser seine Schuld überhaupt bezahlen wollte.[435] Entscheidend ist allein das normative Kriterium, dass der Regress die Lage des Schuldners rechtlich nicht verschlechtern darf.[436]

Gewiss lassen sich all diese Regeln und Argumente in eine bereicherungsrechtliche oder geschäftsführungsrechtliche Terminologie übersetzen. Aber zur Problemlösung trägt ein solcher Ansatz nichts bei. Ebenso wie bei den Leistungsfällen sollte man den Regress deshalb nicht als selbständiges besonderes Schuldverhältnis konzipieren und Lösungen in den Normen des Geschäftsführungs- oder Bereicherungsrechts suchen. Vielmehr bildet der Regress – im Kontext von Gesamtschuld, Legalzession und § 255 BGB – einen allgemeinen Rückgriffsanspruch nach Erfüllung fremder Verbindlichkeit;[437] als solcher gehört er, nicht anders als die Leistungskondiktionen, funktional ins allgemeine Schuldrecht. Typische Regressprobleme wie die Behandlung der laufenden Verjährung des Primäranspruchs lassen sich auf diese Weise einfacher und wertungsgerechter lösen als bei einer Konstruktion eines selbständigen gesetzlichen Schuldverhältnisses.[438]

---

tersen (Fn. 267), Rn. 952; MünchKommBGB/*M. Schwab* (Fn. 38), § 818, Rn. 198. Nichts anderes kann folgerichtig gelten, wo der Regress auf die §§ 677, 683 BGB gestützt wird. Die Rechtslage ist hier freilich unsicher; vgl. *Helm* (Fn. 361), 341; *Wollschläger* (Fn. 350), 84 ff.; MünchKommBGB/*Seiler* (Fn. 38), § 683, Rn. 28 m.w.N.

[434] *Meier* ZfPW 1 (2015), 103, 114; *F. Schulz*, Rückgriff (Fn. 426), 39: „Die Erfüllung fremder Verbindlichkeiten erzeugt stets einen Regreßanspruch für denjenigen, für den die Verbindlichkeit eine eigene ist." Vgl. auch *Larenz/Canaris* (Fn. 93), 192 (§ 69 III.2.b).

[435] Zur Geschäftsführung ohne Auftrag *Wollschläger* (Fn. 350), 88, 116 ff.

[436] *Wollschläger* (Fn. 350), 321 f.; MünchKommBGB/*Seiler* (Fn. 38), § 683, Rn. 6. Siehe auch *F. Schulz*, Rückgriff (Fn. 426), 74. Man müsse den Anspruch „vom Rechte des befriedigten Gläubigers" her konzipieren.

[437] Ebenso bereits 1907 *F. Schulz*, Rückgriff (Fn. 426), insbesondere 39 ff., 74 ff. Schulz nannte keine Anspruchsgrundlage für seinen gesetzesfern begründeten Vorschlag. *De lege lata* wird man natürlich auf das Geschäftsführungs- bzw. Bereicherungsrecht abstellen. Aber die entscheidenden Normen und Wertungen finden sich im allgemeinen Schuldrecht.

[438] Näher zur Problematik HKK III/*Jansen* (Fn. 28), §§ 677–687 I, Rn. 95 m.w.N. zur unsicheren Rechtsprechung. Interessengerecht ist allein die entsprechende Anwendung der Verjährungsregeln auch im Rahmen des Regresses. Bei der Rückgriffskondiktion entspricht das herrschender Lehre; Nachweise eben Fn. 433.

VI. Gewinne

Als Haftungsfolgen der gesetzlichen Ausgleichsansprüche stehen neben dem nachteilsorientierten Schadensersatz die Bereicherungsherausgabe sowie die Gewinnhaftung. Im 20. Jahrhundert wurde das Verhältnis dieser beiden vorteilsorientierten Haftungsfolgen zueinander zu einem Hauptproblem des Schuldrechts; bis heute gibt es keine allgemein akzeptierte Lösung.[439] Die Ursachen für diese Probleme liegen wieder in der Geschichte; sie resultieren in Deutschland nicht zuletzt aus der unglücklichen Verselbständigung der Bereicherungsdogmatik im 19. und 20. Jahrhundert.

Dabei bildet die überkompensatorische Abschöpfung rechtswidrig erlangter Gewinne ein verhältnismäßig junges Konzept, das in Deutschland erst seit Anfang des 20. Jahrhunderts systematisch diskutiert wird.[440] Im 19. Jahrhundert hatte man, wo eine Gewinnabschöpfung erforderlich schien, zumeist *ad hoc* auf die *negotiorum gestio* zurückgegriffen,[441] ohne aber die normativen Grundlagen eines solchen Anspruchs zu klären.[442] Die Väter der mo-

---

[439] Siehe nur die instruktiv kritische Übersicht bei *Helms* (Fn. 116), 15–24 und *passim*; rechtsvergleichend *Boosfeld*, Gewinnausgleich. Vergleichende und systematisierende Gegenüberstellung der französischen, niederländischen und englischen Tradition, 2015.

[440] Grundlegend *F. Schulz* AcP 105 (1909), 1 ff.; Überblick bei HKK III/*Jansen* (Fn. 28), § 687 II, Rn. 6 f., 45–50; *Helms* (Fn. 116), 13 ff. Ein ähnliches Bild ergibt sich bei einem Blick ins Ausland: *Boosfeld* (Fn. 439), 15–181.

[441] HKK III/*Jansen* (Fn. 28), § 687 II, Rn. 14 f. m.w.N. Lange Zeit ließ man dabei auch gutgläubige Eingreifer auf den Gewinn haften, doch hat die Rechtsprechung hier die Haftung seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts auf einen Wertersatz beschränkt: OAG Jena SeuffA 21, 95, Nr. 51 (1866); RGZ 13, 172, 184 f. (1885). Der ältere Art. 423 OR (Art. 473a OR von 1881) war zwar noch ohne das spätere Vorsatzerfordernis formuliert; Rechtsprechung und Lehre haben deshalb bis in die 1970er Jahre den Tatbestand der Geschäftsanmaßung fast einhellig als widerrechtlichen Eingriff in ein fremdes Recht beschrieben und auf ein Vorsatz- oder Verschuldenserfordernis verzichtet: BGE 97 II, 169, 177 f. (1971); *Amrein*, Die Gewinnherausgabe als Rechtsfortwirkung. Ein Beitrag zur Lehre von der unechten (eigennützigen) Geschäftsführung ohne Auftrag, Diss. Zürich 1967, 22 f., 70 und *passim*; w.N. bei *Bürgi-Wyss*, Der unrechtmässig erworbene Vorteil im schweizerischen Privatrecht, 2005, 204 f. Mittlerweile gewähren die herrschende Lehre und Rechtsprechung einen Anspruch auf Gewinnherausgabe aber nurmehr gegen bösgläubige Eingreifer; siehe unten Fn. 552.

[442] Das beklagte etwa *von Jhering* JhJb 16 (1878), 230, 237. Jhering selbst meinte, der Veräußerungsgewinn gebühre dem Verkäufer, nicht dem Eigentümer. Demgegenüber beließ es Windscheid bei der Behauptung, dass im Veräußerungserlös „*auch*, und an erster Stelle, der Entgelt für die Sache" stecke: *Windscheid* II (Fn. 76), § 428, Fn. 8. Ohne große Resonanz blieben zunächst die Beiträge von *von Monroy*, Die vollmachtlose Ausübung fremder Vermögensrechte, Rostock 1878, 58 ff., 153 ff., und *Kohler*, Das

dernen Kodifikationen nahmen Ansprüche auf Gewinnherausgabe dementsprechend gar nicht als systematisch zu regelndes Regelungsproblem wahr.[443] Der Begriff „Gewinnhaftung" wurde überhaupt erst in den 1970er Jahren geprägt;[444] er ist seither allerdings fest etabliert.[445] Seine genaue Bedeutung[446] und die praktische Relevanz solcher Ansprüche sind freilich nicht zuletzt eine Frage der Detailregeln zur Gewinnberechnung.[447] Auch in der Sache wurde die Gewinnhaftung erst im 19. Jahrhundert mit der Entstehung des Immaterialgüterrechts und der Ausdifferenzierung unterschiedlicher Marktstufen in komplexen Vertriebsprozessen wichtig. Freilich spielten Immaterialgüterrechtsverletzungen bei den Gesetzgebungsdiskussionen um die deutschen und schweizerischen Geschäftsanmaßungstatbestände keine Rolle, obgleich die ersten wichtigen Entscheidungen zu diesem Fragenkreis in diese Zeit fallen.[448] Seit dem 20. Jahrhundert bilden kommerziell motivierte Persönlichkeitsverletzungen ein weiteres Diskussionsfeld.

Demgegenüber ist die Frage, wem der Gewinn aufgrund rechtswidriger Nutzung fremden Eigentums oder bei einer Veräußerung über Wert gebühre, nicht neu. Implizite Antworten boten von jeher die römischen Regeln über den Fruchterwerb[449] sowie einzelne Fragmente zum Verkauf und zur Vermietung fremder Sachen.[450] Systematisch diskutiert wurde die Frage indes

---

Autorrecht, eine zivilistische Abhandlung, Jena 1880, 309 f.; *id.* JhJb 25 (1887), 1, 123 f. *Fritz Schulz* hat später allerdings an die Argumente Monroys angeknüpft; und vor allem hat die geschäftsführungsrechtliche Argumentation Kohlers die Rechtsprechung zur dreifachen Schadensberechnung maßgeblich geprägt (unten bei Fn. 530 ff.).

443 HKK III/*Jansen* (Fn. 28), § 687 II, Rn. 6.

444 Der Ausdruck geht offenbar zurück auf *König*, in: FS für Ernst von Caemmerer, 1978, 179–207.

445 *Schlechtriem*, in: Juristische Fakultät Heidelberg (Hg.), Ungerechtfertigte Bereicherung. Grundlagen, Tendenzen, Perspektiven, 1984, 57, 83 ff.; *Rusch*, Gewinnhaftung bei Verletzung von Treuepflichten, 2003; *Helms* (Fn. 116); HKK III/*Jansen* (Fn. 28), § 687 II: „Gewinnhaftung bei Geschäftsanmaßung", jeweils m.w.N. Siehe aber auch *Boosfeld* (Fn. 439): „Gewinnausgleich".

446 Definition als überkompensatorischer Anspruch auf Herausgabe rechtswidrig erlangter Gewinne etwa bei *Helms* (Fn. 116), 6–8, 22–24; *Rusch* (Fn. 445), 1 f.

447 *Helms* (Fn. 116), 198–201; *Boosfeld* (Fn. 439), 185–189; *Bürgi-Wyss* (Fn. 441), 228–239. Seit die Rechtsprechung von einer Berücksichtigung der Gemeinkosten bei der Gewinnberechnung absieht (BGHZ 145, 366, 372–375 [2000]), hat die Gewinnhaftung bei Immaterialgüterrechtsverletzungen erheblich an Bedeutung gewonnen.

448 HKK III/*Jansen* (Fn. 28), § 687 II, Rn. 4; *Weber* ZSR 133/I (1992), 333, 340 ff.

449 Institutionen 2,1,35 und 4,17,2; *Pomponius*, Digesten 22,1,45; Codex 3,32,22 (Imp. Diocletian und Maximian). Zum Ganzen *Kaser* I (Fn. 325), 427 f.; *Kaser* II (Fn. 334), 289.

450 Überblick bei HKK III/*Jansen* (Fn. 28), § 687 II, Rn. 11–13; vgl. auch *Kupisch* (Fn. 140), 257, jeweils m.w.N.

erst in der spanischen Spätscholastik.[451] Hier sah sich die Beichttheologie mit der Frage konfrontiert, wem Handelsgewinne gebührten, die auf besonderen Kenntnissen über die Preise auf verschiedenen Handelsplätzen und Marktstufen beruhten; zugleich galt es das neuartige Konzept einer restitutorischen Eingriffshaftung[452] zu präzisieren.[453]

Nun war diese Naturrechtsdiskussion für das gemeine Recht nur schwer anschlussfähig und blieb deshalb lange Zeit irrelevant. Es ist aber doch bemerkenswert, wie sehr Argumentation und Ergebnisse der Naturrechtstheorie der später ganz eigenständig formulierten Lehre *von Caemmerers*[454] entsprachen, wonach durch den Eingriff in ein fremdes Recht lediglich der Sachwert bzw. der Wert der angemaßten Nutzung erlangt wird. Der Mieterlös, so diese Intuition, gebührt grundsätzlich dem Eigentümer,[455] der Handelsgewinn aufgrund spezifischer Marktkenntnisse dem Kaufmann.[456] Eine restitutorische Gewinnabschöpfung wäre demnach ein konzeptionelles Unding: eine paradoxe *contradictio in adiecto*. Ebenso dachte man im 19. Jahrhundert. *Savigny* und die pandektistische Lehre haben eine Gewinnhaftung im Rahmen der bereicherungsrechtlichen Vermögensverschiebungsformel niemals erwogen.[457] Und auch nach Erlass des BGB galt es als selbstverständlich, dass die Kondiktionen eine auf die Bereicherung beschränkte Kompensation gewähren sollten,[458] also eine „Entreicherung" im Sinne eines Vermögensnachteils des Gläubigers voraussetzten. Woher dann aber die Unsicherheiten und

---

[451] Die gemeinrechtliche Jurisprudenz hat die Frage einer Gewinnhaftung nicht systematisch diskutiert; näher HKK III/*Jansen* (Fn. 28), § 687 II, Rn. 13–16 m.w.N. Führende Autoren gingen von der Vorstellung aus, dass ein Veräußerungs- bzw. Eingriffserlös immer aus der Sache erlangt war; siehe etwa *Baldus*, Commentaria ad Codicem (Venedig 1599), *ad* C. 3,32,3, *nn.* 3, 6, 12; *id.*, In Secundam Digesti Veteris Partem Commentaria (Venedig 1599), *ad* D. 12,1,23: „Precium succedit loco rei in universalibus actionibus". Angesichts der Doktrin vom gerechten Preis war das nur folgerichtig.

[452] Oben III.2.

[453] Näher *Jansen*, Theologie (Fn. 31), 73–77 m.w.N.

[454] *von Caemmerer* (Fn. 225), 356–360.

[455] *Molina* (Fn. 70), II, 719, *nn.* 1, 5; *Lessius* (Fn. 160), II, XII, XVII, *nn.* 110, 114. Die Frage war nicht unstreitig, wohl weil das Beispiel einer Goldkette divergierende Deutungen zuließ.

[456] *Molina* (Fn. 70), II, 720, *n.* 2 und 721, *n.* 6; *Lessius* (Fn. 160), II, XII, XVI, *n.* 106. Anders bei der Veräußerung einer Erbschaft: *Cajetan* (Fn. 144), *ad* LXII, II; *Molina*, *loc. cit.*, II, 718, *n.* 3. Hier galt der Erlös als Surrogat der Erbschaft – wohl, weil man den Veräußerungsgewinn als Zufallsgewinn qualifizierte; vgl. auch *Lessius*, *loc. cit.*, II, XII, XVII, *n.* 110: *nudum pretium* – bloßer Erlös, nicht Ergebnis einer Handelstätigkeit.

[457] Das galt auch, wo die Kondiktionen als „Klagen auf Rückerstattung grundlosen Gewinnes" beschrieben wurden: *Arndts* (Fn. 168), § 340 mit Anm. 3.

[458] Statt aller Planck/*André*, 1./2. Aufl. (Fn. 200), § 812, Anm. 1.b; *Oertmann* (Fn. 239), Vor § 812, Anm. 2.b: „Die Erlangung muß erfolgt sein auf Kosten eines an-

Kontroversen im 20. Jahrhundert? Warum ersetzte man schon bei den Gesetzgebungsdiskussionen die Formulierung „aus dem Vermögen" durch das Erfordernis „auf Kosten"? Und wie konnte man nach 1900 auf den Gedanken einer bereicherungsrechtlichen Gewinnhaftung kommen? Kurz: Warum hat die Bereicherungsdogmatik das Erfordernis einer Vermögensminderung beim Gläubiger verabschiedet?

1. Bereicherung und Entreicherung

Eine erste Erklärung bietet die im Rückblick paradoxe Unsicherheit, wie weit die Vermögensverschiebungsformel die typischen Eingriffsfälle zu erfassen vermögen.[459] In solchen Fällen schien es häufig um Vorteile zu gehen, die der Schuldner nicht aus dem Vermögen des Gläubigers, sondern von einem Dritten erhalten hatte. Daher die Formulierung „auf Kosten", mit der die Lehre schon lange Bereicherungen erfasste, die zwar nicht aus dem Eigentum des Gläubigers stammten, aber „doch dem Vermögen" des Gläubigers „entzogen" zu sein schienen.[460] Man dachte hier an den Verkauf und die Vermietung fremder Sachen,[461] an die Kondiktion abstrakter Schuldversprechen,[462] oder auch an den Anspruch einer Stadt gegen den Fiskus auf Herausgabe von ihr gebührenden, verfehlt zugunsten des Fiskus erhobenen Steuern.[463] Bei den Beratungen des BGB diskutierte man die grundlose Ausschlagung einer Erbschaft; auch hier sollte die Formulierung „auf Kosten" also Fälle erfassen, in denen sich das fragliche Vermögensgut zwar noch nicht gegenständlich im Vermögen des „Entreicherten" befunden hatte,[464] aber doch offensichtlich dem Gläubiger gebührte. Über die Wertungen war man also weitgehend einig; fraglich war zunächst lediglich die angemessene dogmatische Formulierung.[465]

Nach 1900 wurde das Erfordernis eines Vermögensnachteils allerdings auch in der Sache zum Problem, und zwar zunächst vor allem bei der ver-

---

dern. Dem Gewinn bei dem einen muß ein Verlust bei dem andern gegenüberstehen". Zur Konzeption des BGB richtig auch *Helms* (Fn. 116), 25 f.

[459] Siehe oben bei Fn. 185–196.

[460] *Arndts* (Fn. 168), § 340, Anm. 3.

[461] *African*, Digesten 12,1,23; *Papinian*, Digesten 12,6,55. Für alle diese Fälle Verweise in *Arndts* (Fn. 168), § 340, Anm. 3.

[462] *Julian*, Digesten 12,7,3.

[463] OAG Bayern Blätter für Rechtsanwendung 11 (1846), 337–340 (= SeuffA 2, Nr. 57) (1846).

[464] Protokolle, Mugdan II (Fn. 77), 1170 f. Siehe weiter Fn. 460.

[465] *Jung*, Bereicherungsansprüche (Fn. 227), 153 f.; *Oertmann* (Fn. 239), Vor § 812, Anm. 2.b; *Siber* (Fn. 227), 419 f.

traglosen Nutzung fremder Sachen.[466] Diese Fälle schienen problematisch, weil der Schuldner hier, anders als bei den älteren Vermietungsfällen, keine Zahlung von dritter Seite erhalten hatte, die dem Gläubiger gebührte. Nicht ohne Bauchschmerzen[467] rang sich das Reichsgericht aber gleichwohl zu dem Standpunkt durch, dass ein Bereicherungsanspruch einen Schaden im Sinne der §§ 249 ff. BGB nicht voraussetze.[468] Dabei spiegelte dieser Verzicht auf ein Entreicherungserfordernis beim Gläubiger nicht zuletzt den zunehmend engen Schadensbegriff,[469] mit dem das deutsche Recht im 20. Jahrhundert eine Außenseiterposition einnehmen sollte.[470] Man konnte deshalb durchaus glauben, dass die Eingriffskondiktion auf eine Vorteilsabschöpfung beim Schuldner zielte, die unabhängig von einem Nachteil des Gläubigers war.

2. „*Umkehrung der Schadensersatzidee*"?

Diese Vorstellung von der Eingriffskondiktion als Mittel des Vorteilsausgleichs hing zweitens zusammen mit dem bekannten Bild vom Be-

---

[466] Bejahend bereits früh die OLG-Rechtsprechung: OLG Cöln, OLG 13, 388 ff. (1905); KG OLG 36, 56 ff. (1917); maßgeblich dann RGZ 97, 310, 312 (1919 – Gleisanlagen): Der Vermögensnachteil bestehe in der entgangenen Nutzungsgebühr. In diesem Kontext auch *Koziol/Welser* (Fn. 217), 257 f.

[467] Ablehnend, weil nicht *auf Kosten* des Eigentümers, soweit diesem kein konkreter Vermietungserlös entgangen war, RG Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht 1917, Sp. 921 f.

[468] So ausdrücklich das Reichsgericht 1919 im Gleisanlagenfall: RGZ 97, 310, 311 f.

[469] Darauf wies bereits *Koppensteiner* hin: NJW 1971, 1769. Die abstrakte Schadensberechnung bei Vertragsverletzungen war im 19. Jahrhundert allgemein anerkannt; und bei Immaterialgüterrechtsverletzungen sahen weder die Literatur noch die Rechtsprechung Probleme, den Schaden objektiv, anhand einer entgangenen Lizenzgebühr zu bestimmen: oben Fn. 189. Man ging also davon aus, dass der Eingriffserlös dem Rechtsinhaber gebührte; näher zum Ganzen HKK II/*Jansen* (Fn. 28), §§ 249–253, 255, Rn. 111–121. Auch im Gleisanlagenfall hätte sich auf dieser Linie durchaus ein Schaden bzw. Vermögensnachteil begründen lassen. Genau umgekehrt argumentierte deshalb *Fritz Schulz* – auf der Grundlage eines engen Schadensbegriffs –, der Anspruch auf den immaterialgüterrechtlichen Eingriffserwerb müsse entgegen § 812 BGB unabhängig von einem Schadens- bzw. Entreicherungserfordernis sein: AcP 105 (1909), 1, 64 ff., 66 ff.

[470] Näher *Schlechtriem* II (Fn. 266), 15 f., 23, 30, 33, 47, 68 f. zur *règle du double plafond* bei der Verwendungskondiktion. Bei den Eingriffsfällen ergibt sich ein gleicher Befund bereits aus der Tatsache, dass hier der Ausgleich häufig nicht bereicherungsrechtlich konzipiert wird, sondern von vornherein entweder auf eine deliktische Gewinnabschöpfung oder auf einen – häufig ebenfalls deliktischen – Schadensausgleich zielt; näher *loc. cit.*, 82–87, 94 f., 105 f.

reicherungsausgleich als „Spiegelbild" zum Schadensersatz.[471] Die Lehre vom Interesse, so hatte *Friedrich Mommsen* 1855 argumentiert, blicke „lediglich auf den Gläubiger" und ziele hier auf einen Nachteilsausgleich. Demgegenüber werde „bei der Bereicherung allein auf den Schuldner gesehen";[472] hier gehe es um den rechtswidrigen Vermögenszuwachs beim Schuldner und damit um einen Vorteilsausgleich. Das war ein verblüffend einfaches Bild zur Systematisierung schuldrechtlicher Sekundäransprüche, das sich rasch in den Köpfen festsetzte.[473] *von Tuhr* präsentierte die Lehre von der Bereicherung 1907 als „Gegenstück"[474] zur Lehre vom Schadensersatz, und *Fritz Schulz* sprach wenig später von der „Umkehrung der Schadensersatzidee"[475] und prägte damit eine dogmatische Kurzformel, die 1964 *von Büren* auch zur Darstellung des schweizerischen Bereicherungsrechts heranzog.[476] Auf derselben Linie hatte *Wilburg* vorgetragen, eine „feinere Auffassung" müsse Schadensersatz und Bereicherungsausgleich „trennen";[477] und 1969 fasste *Esser* die mittlerweile allgemeine Überzeugung in die „einprägsame" Formel,[478] man habe es bei der Eingriffskondiktion „mit *Be*reicherungs- und nicht mit *Ent*reicherungsrecht zu tun".[479]

Bilder erklären. Metaphorisch machen sie Komplexes anschaulich. Ihre Wirkung liegt in der Imagination, ihre Bedeutung in der Vorstellung derjenigen, die das Bild benutzen, und damit nicht zuletzt im jeweiligen Verwendungskontext. *Mommsen* ging es um den subjektiven Schadensbegriff und um Probleme der hypothetischen Kausalität. Werde der geschuldete Gegenstand beim Schuldner vernichtet, so scheide ein Schadensersatzanspruch zwar aus, wenn der Gegenstand auch beim Gläubiger untergegangen wäre.[480] Dem

---

471 So etwa *Schwenzer* (Fn. 222), Rn. 55.07. Eine ins Einzelne komplex entfaltete Theorie dieses Bildes bietet *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich, 1999.

472 *F. Mommsen*, Zur Lehre von dem Interesse, Braunschweig 1855, 22.

473 Wichtig, neben im Folgenden genannten Beiträgen, vor allem die 1913 erschienene Abhandlung „Bereicherung und Schaden" *H.A. Fischers* (Fn. 260); *von Mayr* (Fn. 239), 591 f.; *Jung*, in: FS zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, Bd. 3, 1929, 143, 154 ff.

474 *von Tuhr* (Fn. 130), 303; *Jung* (Fn. 473), 154: „Der Rechtsbehelf aus §§ 812ff … ist nun das genaue systematische Gegenstück zum außervertraglichen Schadenersatze"; *von Tuhr/Siegwart* (Fn. 274), 400–402 (§ 52 I. und II.): „Die Bereicherung besteht, wie der Schaden, in der Differenz zwischen dem jetzigen Vermögensstand und Vermögensstand, welcher ohne die ungerechtfertigte Vermögensverschiebung vorliegen würde"; sie setze sich zusammen aus *lucrum emergens* und *damnum cessans*.

475 *F. Schulz* AcP 105 (1909), 1, 445.

476 *von Büren* (Fn. 227), 295.

477 *Wilburg* (Fn. 227), 5 f., 106–108 (Zitat).

478 Staudinger/*St. Lorenz* (Fn. 30), § 812, Rn. 24.

479 *Esser*, 3. Aufl. (Fn. 243), 363 (§ 104 I.); nicht in der 2. Aufl.

480 Derartige „Reserveursachen" bilden einen der wenigen Aspekte der Schadens-

Gläubiger bleibe aber in jedem Fall ein Bereicherungsanspruch. *von Tuhr* nahm das Bild auf, veranschaulichte damit aber umgekehrt die Beschränkung der Haftung auf die im Vermögen des Schuldners verbliebene Bereicherung.[481] Ähnlich ging es *Hans Albrecht Fischer* im Ausgangspunkt um Probleme der Saldotheorie; allerdings folgerte er weitergehend eine Haftung auch auf das *commodum ex negotiatione* bei §§ 816 und 818 Abs. 1 BGB.[482] Noch radikaler hatte *Fritz Schulz* mit diesem Bild zuvor seinen Vorschlag einer allgemeinen Gewinnhaftung begründet, die er als „eine Erweiterung des Grundgedankens der sog. Bereicherungsansprüche" charakterisierte und in scharfen Kontrast zu § 812 BGB stellte.[483] Auch *Wilburg* verwendete dies Bild von *Schulz*, wollte damit freilich schon *de lege lata* eine Gewinnhaftung bei der Eingriffskondiktion begründen;[484] er folgte hier der These *Hecks*, dass „in der Zuweisung eines subjektiven Rechts … immer die Zuweisung desjenigen Erwerbes" liege, „der durch Veräußerung und Ausübung erzielt wird."[485] Für das Urheberrecht[486] und die gewerblichen Schutzrechte[487] entsprach das zwischenzeitlich durchaus dem Standpunkt des Reichsgerichts. Demgegenüber begründete der BGH mit diesem Bild lediglich einen Anspruch auf eine angemessene Lizenzgebühr bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts; paradoxerweise hatte er allerdings zugleich auch einen Schaden bejaht.[488] Bereicherungsrechtliche Gewinnansprüche hat der BGH nur ganz ausnahmsweise zugesprochen.[489]

Juristische Bilder steuern das Denken und den Blick auf das Gesetz. Sie wirken nicht, weil sie zutreffen, sondern aufgrund ihrer Plausibilität und Verbreitung. Das macht sie gefährlich, gerade wo sie vereinfachen. In der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts wurde das Bild *Mommsens* zum Ausdruck eines bereicherungsrechtlichen Paradigmenwechsels; es stand für die neue Lehre, die das Dogma von der Vermögensverschiebung hinter sich gelassen hatte.[490]

---

theorie Mommsens, mit denen er sich nicht durchsetzen konnte; heute wird am Schaden kaum mehr gezweifelt; vgl. *Medicus/Petersen* (Fn. 267), Rn. 849 ff. m.w.N.

[481] *von Tuhr* (Fn. 130), 297 ff.; ebenso *von Tuhr/Siegwart* (Fn. 274), 421 ff. (§§ 53 II.).

[482] *H.A. Fischer* (Fn. 260), 5–8, 16 f., 31–37.

[483] *F. Schulz* AcP 105 (1909), 1, 443 (Zitat), 472 ff., 478. Zur Diskussion HKK III/*Jansen* (Fn. 28), § 687 II, Rn. 46–49.

[484] *Wilburg* (Fn. 227), 28, 97 ff., 106 ff., 128 ff.; ähnlich bereits *von Mayr* (Fn. 239), 591 f. Wilburg wollte den Gewinn allerdings unter den Beteiligten aufteilen.

[485] *Heck*, Schuldrecht (Fn. 242), 421.

[486] RGZ 35, 63, 66 ff. (1895 – Ariston); 90, 137, 139 f. (1917 – Erikamuster).

[487] RG JW 1890, 162, Nr. 17; RGZ 43, 56, 60 f. (1898).

[488] BGHZ 20, 345, 355 (1956 – Paul Dahlke).

[489] Vgl. etwa BGHZ 5, 116, 123 (1952); BGH NJW 1966, 823, 825 (Messmer Tee II; gekürzt in BGHZ 44, 372, 379 f.); BGHZ 56, 317, 322 (1971); 81, 75, 81 f. (1981 – Carrera).

[490] Statt aller *Koppensteiner* NJW 1971, 1769 f.; *Koppensteiner/Kramer* (Fn. 222), 1 f., 157, 159; *Larenz/Canaris* (Fn. 93), 128 (§ 67 I.1.b); *Zimmermann* OJLSt 15 (1995),

Als Argument für eine bereicherungsrechtliche Gewinnhaftung war das Bild freilich brisant. Denn eine überkompensatorische Haftung für unverschuldete Rechtsverletzungen ist nicht zuletzt im Immaterialgüterrecht ein Unding. Unplausibel war die These der bereicherungsrechtlichen Gewinnhaftung gleichwohl nicht; sonst hätte sie nicht so viele Anhänger gefunden,[491] auch in der Schweiz.[492] Das Bild passte zum Axiom, die Bereicherung bilde – neben Delikt und Vertrag – einen selbständigen Entstehungsgrund von Schuldverhältnissen und es fand eine Bestätigung in der lange einflussreichen Lehre von der Vermögensorientierung des Bereicherungsanspruchs.[493] Wenn der Gegenstand der Kondiktion nicht der erlangte Gegenstand, sondern die Bereicherung im Vermögen des Schuldners war, dann war ein vollständiger Vorteilsausgleich nur folgerichtig. Hinzu kam, dass viele die Haftung auf den Eingreifergewinn gar nicht als überkompensatorische Sanktion wahrnahmen. Maßgebliche Stimmen meinten ohnehin, dem Inhaber eines Rechts sei auch der Erwerb aufgrund einer Veräußerung, einer anderweitigen Verfügung über das Recht oder seiner Nutzung zugewiesen.[494] Eine bereicherungsrechtliche Gewinnhaftung schien also nicht nur auf Grundlage der Rechtswidrigkeitstheorie der Eingriffskondiktion plausibel.

---

403 f.; *Koziol/Welser* (Fn. 217), 257 f.; *Staake* (Fn. 49), § 9 f.; *Schaufelberger*, Bereicherung durch unerlaubte Handlung, 1981, 9 f.; Basler Kommentar/*Schulin* (Fn. 227), Art. 62, Rn. 4, jeweils m.w.N. Nicht bei allen diesen Autoren steht das Bild im Kontext der Gewinnhaftung.

[491] Dafür insbesondere *Jakobs* (Fn. 274), 17 ff., 72 ff., 128 ff. und *passim*; *id.*, lucrum ex negotiatione. Kondiktionsrechtliche Gewinnhaftung in geschichtlicher Sicht, 1993, 5 f. und *passim*; *Kellmann* (Fn. 236), 132–143, 156 f. und *passim*; *Haines*, Bereicherungsansprüche bei Warenzeichenverletzungen und unlauterem Wettbewerb. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Eingriffskondiktion, 1970, 118 ff., 127 ff.; *Esser*, 3. Aufl. (Fn. 243), 369–371, 376–378 (§§ 104 II., 105 I.); *Reuter/Martinek* (Fn. 220), 537–542; *Koppensteiner* NJW 1971, 1769, 1771 f.; *Koppensteiner/Kramer* (Fn. 222), 121–125, 155–160; vorsichtig differenzierend auch AK/*Joerges*, 1979, § 818, Rn. 43 ff.; MünchKomm-BGB/*Lieb*, 4. Aufl., 2004, § 818, Rn. 18 ff., 23 f. m.w.N. Eine minutiöse Rekonstruktion der einzelnen seinerzeit ausgetauschten Argumente, etwa zum Anspruchsinhalt bei § 816 I und § 281 a.F. BGB wäre an dieser Stelle uninteressant; denn sie erklären nicht die fundamentalen Verschiebungen in der Bereicherungsdogmatik.

[492] Siehe nur die Übersicht bei *Bürgi-Wyss* (Fn. 441), 107–112.

[493] *H.A. Fischer* (Fn. 260), 10 f., 16 f. und *passim*: Die Aussage des § 812 Abs. 1, S. 1 BGB, der Anspruch gehe auf das Erlangte, sei entsprechend zu berichtigen bzw. restriktiv auszulegen. Später insbesondere *von Tuhr/Siegwart* (Fn. 274), 401 f., 421 ff. (§§ 52 II., 53 II.); *Flume* (Fn. 165), 148 ff., 151 ff.; *id.* NJW 1970, 1161, 1162 – allerdings jeweils mit Blick allein auf die Entreicherung des Schuldners. Für den Mehrwert im Vermögen des Schuldners insbesondere *Jakobs* (Fn. 274), *passim*; *Wilhelm* (Fn. 167), 62 ff.

[494] Eben Fn. 484, 485.

Im 20. Jahrhundert wurde das Bild von der Bereicherung als Spiegel des Schadens zu einem Störfaktor der Schuldrechtsdogmatik. Denn in diesem Bild gab es nur das vorteilsorientierte Bereicherungsrecht auf der einen und das nachteilsorientierte Haftungsrecht auf der anderen Seite. Damit war eine saubere Unterscheidung von Bereicherungen aus fremdem Recht und Eingriffsgewinnen unmöglich; das Bild verstellte also den Weg zu einer gedanklich selbständigen Gewinnhaftung. In der Sache war das insbesondere bei der Verletzung gewerblicher Schutzrechte problematisch; hier erschien eine verschuldensunabhängige Haftung auf den vollen Eingriffsgewinn inakzeptabel. Maßgebliche Literaturstimmen und auch die Rechtsprechung wollten Bereicherungsansprüche bei Immaterialgüterrechtsverletzungen deshalb an die spezialgesetzlichen Verschuldensvoraussetzungen eines Entschädigungsanspruchs binden.[495] Mittlerweile ist freilich verstanden, warum dies Bild in die Irre führt – Spiegelbild des Schadensausgleichs ist nicht der Bereicherungsanspruch, sondern die überkompensatorische Gewinnhaftung,[496] die damit eine dritte, eigenständige Anspruchskategorie neben dem Haftungs- und dem Bereicherungsrecht bildet.[497] In der Schweiz ist das mittlerweile auch in der Rechtsprechung anerkannt;[498] völlig zu Recht gilt hier allein die Eingriffskondiktion, also ein Anspruch auf eine hypothetische Lizenzgebühr, als passendes Instrument zur Sanktionierung schuldloser Immaterialgüterrechtsverletzungen.[499]

Es ist angesichts all dessen höchste Zeit, das irreführende Bild vom Bereicherungsrecht als Spiegel des Schadensrechts fallenzulassen[500] und die §§ 812 ff. BGB bzw. Art. 62 ff. OR unmittelbar in den Blick zu nehmen. Zwar

---

[495] Siehe nur *Jsay* (Fn. 276), Vor § 35 PatG, Rn. 5; für einen Überblick *Seligsohn* GRUR 33 (1928), 672–677 m.w.N. Aus der Rechtsprechung zum Patentrecht RGZ 43, 56, 60 (1898); 144, 187 ff. (1934); 156, 65 ff. (1937). Zum Ganzen *Helms* (Fn. 116), 63–65 mit detailliertem Rechtsprechungsbericht; ebenso bereits *von Caemmerer* (Fn. 225), 356. Der BGH hat zwar normalerweise nur Ansprüche auf eine angemessene Nutzungsgebühr bzw. Lizenz ausgesprochen, diese Begrenzung aber lange Zeit nicht zur Regel erhoben; siehe oben Fn. 489. Erst seitdem diese Begrenzung gilt, spricht der BGH bei schuldloser Verletzung gewerblicher Schutzrechte zumindest einen Bereicherungsausgleich zu: BGHZ 68, 90 ff. (1976 – Kunststoffhohlprofil I) mit BGHZ 82, 299, 305–308 (1981 – Kunststoffhohlprofil II); BGHZ 99, 244, 246 ff. (1986 – Chanel No. 5).

[496] Treffend *Helms* (Fn. 116), 3; *id.*, in: Basedow/Hopt/Zimmermann (Hg.), The Max Planck Encyclopedia of European Private Law, 2012, 485.

[497] *R.H. Weber* ZSR 133/I (1992), 333, 335 ff., 342 ff.; Staudinger/*Bergmann*, Neubearb. 2006, § 687, Rn. 11; *Helms* (Fn. 116), 488 und *passim*.

[498] BGE 133 III, 153, 159 im Anschluss an *Weber* (Fn. 497).

[499] Ausführlich und m.w.N. *Jenny*, Die Eingriffskondiktion bei Immaterialgüterrechtsverletzungen. Unter Berücksichtigung der Ansprüche aus unerlaubter Handlung und unechter Geschäftsführung ohne Auftrag, 2005, *passim*.

[500] Richtig *Helms* (Fn. 116), 3.

setzt ein Bereicherungsanspruch keinen Schaden voraus. Anders als ein Anspruch auf Gewinnherausgabe zielt er aber auch nicht einfach auf eine Vorteilsabschöpfung. Er verschafft dem Gläubiger nur das, was ihm von Rechts wegen gebührt.[501] Insoweit wird heute zunehmend wieder die alte Wertung akzeptiert, dass dem Inhaber eines Rechts grundsätzlich nur der objektive Wert des Rechts und seiner Nutzungen zugewiesen ist, nicht aber auch ein darüber hinausgehender Erlös aus gewinnträchtiger Nutzung oder Verwertung des Rechts.[502] Da weder der deutsche noch der schweizerische[503] Gesetzgeber an dieser Wertung rütteln wollten – auch nicht bei § 816 Abs. 1 BGB –,[504]

---

[501] Treffend *Kupisch*, in: FS für Ulrich von Lübtow (Fn. 236), 506 f.

[502] Zur Naturrechtstheorie und zur für das moderne Recht grundlegenden Lehre von Caemmerers oben Fn. 454–456. Später insbesondere *König* (Fn. 444), 184–188; *id.* (Fn. 30), 1155 ff., 1558 f. Heute ist das nicht mehr ernsthaft bestritten; siehe umfassend *Helms* (Fn. 116), 66–71 und ff.; für eine rechtstheoretische Analyse *Boosfeld* (Fn. 439), 210–231. Siehe auch *Larenz/Canaris* (Fn. 93), 264–267, 271–273, 277–280 (§ 72); *Ellger* (Fn. 167), 904–910; Bamberger/Roth/*Wendehorst* (Fn. 227), § 812, Rn. 9, 27; MünchKommBGB/*M. Schwab* (Fn. 38), § 818, Rn. 79; Palandt/*Sprau* (Fn. 38), § 818, Rn. 19. Aus der Rechtsprechung explizit insbesondere BGH GRUR 1960, 554, 557 (1960 – Handstrickverfahren); BGHZ 82, 299, 305–308 (1981 – Kunststoffhohlprofil II); auch zuvor sprach die Rechtsprechung bei der Eingriffskondiktion lediglich Wertersatz, also einen Anspruch auf eine Nutzungsgebühr, zu (eben Fn. 489). Für die Schweiz *Kaufmann-Bütschli* (Fn. 235), 200–210, 261; *Holenstein*, Wertersatz oder Gewinnherausgabe?, 1983, 114 ff., 123.

[503] *Bürgi-Wyss* (Fn. 441), 118 ff.

[504] Historisch ist die herrschende Lesart von § 816 Abs. 1 BGB jedenfalls verfehlt. Der Gesetzgeber hat mit seiner Formulierung nämlich niemals die spezifische Bedeutung verbunden, die die herrschende Lehre heute damit verknüpft. Denn die Differenz zwischen Erlös und Wert war bei den Beratungen gar kein Thema; siehe Jakobs/Schubert III (Fn. 190), 859–871; Protokolle, Mugdan II (Fn. 77), 1181; vgl. auch *König*, Bereicherung (Fn. 127), 170–172. Anders, aber unsubstantiiert HKK III/*Schäfer* (Fn. 28), §§ 812–822, Rn. 187, mit einem Verweis auf Motive, Mugdan III (Fn. 77), 224, und auf § 28 I 15 ALR. Zwar findet sich in den Motiven in der Tat ein Verweis auf die Vorschrift des ALR. Aber dort war die Formulierung („bei der Veräußerung gezogener Vortheil") kaum spezifischer als die des BGB; das ALR bildete nur eine von mehreren Referenzen, und vor allem sprachen die Motive ganz unspezifisch von der erlangten Bereicherung, ohne die Differenz von Wert und Erlös überhaupt zu thematisieren. In der von der 1. Kommission beschlossenen Fassung gab die Vorschrift dem Eigentümer dementsprechend einen Anspruch auf „Herausgabe der erlangten Bereicherung" (§ 839 E I). Nach Erlass des BGB hat ein Großteil der Lehre demgemäß wie selbstverständlich daran festgehalten, dass das Erlangte „nur die oberste Grenze der Haftung" bilde: *Oertmann* (Fn. 239), § 816, Anm. 2; *Jung* (Fn. 473), 156–158; *Siber* (Fn. 227), 442 f. Noch 1942 sprachen *von Tuhr/Siegwart* (Fn. 274), 421 (§§ 53 II.) vom „erzielten Kaufpreis", setzten dabei aber, wie die Fn. klarstellt, selbstverständlich voraus, dass der Anspruch grundsätzlich auf den Wert der Sache beschränkt sei. Anders zwar zunächst RGZ 88, 351, 359 (1916, allerdings nur *obiter* in einem Zwangsversteigerungsfall); ausdrücklich offengelassen dann von RGZ 138, 45, 47 (1932).

stößt der Gedanke einer bereicherungsrechtlichen Gewinnhaftung deshalb zunehmend auf Ablehnung:[505] auch bei § 816 Abs. 1 BGB,[506] im Rahmen der Nutzungsherausgabe,[507] oder bei § 285 BGB.[508] Die Frage nach den normativen Grundlagen eines Anspruchs auf den Eingriffsgewinn muss damit erneut in den Fokus rücken.[509]

3. Die normativen Grundlagen der Gewinnhaftung

Ein naheliegendes und gewiss wichtiges Argument bildet hier die Prävention. Bis heute erklärt ein Großteil der deutschen und schweizerischen Literatur die Gewinnhaftung als Sanktion besonders anstößigen deliktischen Verhaltens;[510] maßgebliche Beiträge zur Gewinnhaftung[511] stützten sich auf die einschlägigen Statements englischer Lordrichter: „This Court never al-

---

[505] Überblick zur deutschen Diskussion bei *Helms* (Fn. 116), 71–118. Intensiv diskutiert wurde die Frage auch in der Schweiz; seit den 1980er Jahren lehnt man dort eine bereicherungsrechtliche Gewinnhaftung praktisch einhellig ab: *Kaufmann-Bütschli* (Fn. 235), 200–210; *Holenstein* (Fn. 502), 158 ff.; *Bürgi-Wyss* (Fn. 441), 113 ff., 123 ff.; Basler Kommentar/*Schulin* (Fn. 227), Art. 62, Rn. 22, Art. 64, Rn. 4a, jeweils m.w.N.

[506] Siehe insbesondere *von Caemmerer*, in: FS für Hans Lewald, 1953, 443–457, 446–449; *König*, Bereicherung (Fn. 127), 170–173; *id.* (Fn. 30), 1523 (Gesetzesvorschlag mit der Vermutung, der Erlös entspreche dem Wert); *Helms* (Fn. 116), 81–92. Aus jüngerer Zeit Soergel/*Beuthien*, 13. Aufl., 2011, § 687, Rn. 5; *Medicus/Petersen* (Fn. 267), Rn. 723; Staudinger/*St. Lorenz* (Fn. 30), § 816, Rn. 23, 25, mit Überblick zum Meinungsstand.

[507] Siehe etwa BGH JZ 1996, 151, 153 m. Anm. *Medicus*; dazu *Helms* (Fn. 116), 100 ff.

[508] *von Caemmerer* (Fn. 225), 389, Fn. 211; *Bollenberger*, Das stellvertretende Commodum, 1999, 336–344; *Helms* (Fn. 116), 116 f. Siehe auch *Roth*, in: FS für Hubert Niederländer, 1991, 363, 370 f., 374, 380 f.; *Köndgen* RabelsZ 56 (1992), 696, 737 ff., 743 f.; *Stoll*, in: FS für Peter Schlechtriem, 2003, 677–698, 693 f.; HKK II/*Schermaier* (Fn. 28), §§ 280–285, Rn. 87.

[509] Zum deutschen Recht insbesondere Fn. 116; für eine vergleichend abgesicherte, theoretische Diskussion jetzt *Boosfeld* (Fn. 439).

[510] *von Caemmerer* (Fn. 225), 359 f.; *Wittmann*, Begriff und Funktion der Geschäftsführung ohne Auftrag, 1981, 158 ff.: besonderer Schadensersatzanspruch; *Wenckstern* AcP 200 (2000), 240, 258 ff.; vgl. auch *Ebert*, Die Geschäftsanmaßung. Zur Funktion des § 687 Abs. 2 BGB im privatrechtlichen Anspruchssystem, 2000, 108 ff., 134 f. und *passim*; *Wagner*, DJT 66, Bd. I, 2006, A 87–A 90 mit These 14 (A 134). Aus der Schweiz insbesondere *Nietlispach*, Zur Gewinnherausgabe im schweizerischen Privatrecht. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, 1994, *passim*.

[511] *F. Schulz* AcP 105 (1909), 1; *König* (Fn. 444), 178 (jeweils *Jegon* v *Vivian*; sogleich Fn. 512); *Köndgen* RabelsZ 64 (2000), 661, 663; *Wagner*, DJT 66, Bd. I, 2006, A 84 (jeweils *Rookes* v *Barnard*; sogleich Fn. 513); vgl. auch *Köndgen* RabelsZ 56 (1992),

lows a man to make profit by a wrong"[512] bzw. „tort does not pay".[513] Allerdings genügt diese Intuition allein nicht zur Erklärung der Gewinnhaftung. Sie begründet eine haftungsrechtliche Strafsanktion, die über den Schaden des Verletzten hinausgeht, erklärt aber nicht, warum die Sanktion am Gewinn des Eingreifers zu bemessen ist, und lässt vor allem offen, warum der Gewinn dem Verletzten gebührt.[514] Allein ginge das Argument deshalb viel zu weit: Wer schwarz zu einem Geschäftstermin fährt, wäre dem Verkehrsunternehmer den Geschäftsgewinn schuldig, obgleich dieser damit nichts zu tun hat; und wer mit einer fremden Patrone jagt, müsste die Beute dem Eigentümer überlassen.[515] Konsequent, das haben die Diskussionen auf dem Juristentag 2006 gezeigt, führt ein solcher Ansatz aus dem privatrechtlichen Ausgleichssystem hinaus.[516] Er würde den Verletzten letztlich zu einem bloßen Akteur kollektiver Interessen machen, der den Gewinn folgerichtig mit dem Staat zu teilen hätte.[517]

Besonders *Helms* stützt sich deshalb auf ein Argument des Rechtsgüterschutzes. Zwar genüge nicht jeder Eingriff in den Zuweisungsgehalt eines fremden Rechts für einen Anspruch aus § 687 Abs. 2 BGB; entgegen landläufiger Meinung gewähre die Rechtsprechung keinen Anspruch, wenn dem verletzten Recht nur eine untergeordnete Bedeutung im Gewinnerzielungsprozess zukomme.[518] Entscheidend, so rekonstruiert Helms die Rechtsprechung, sei vielmehr die Verletzung von Gewinnchancen des Verletzten. Auch dies Argument erklärt jedoch nicht, warum dem Verletzten ein Anspruch auch dann zustehen soll, wenn feststeht, dass er selbst gar keine Möglichkeit gehabt oder niemals Anstalten gemacht hätte, einen derartigen Gewinn zu er-

696, 739 ff.: „Vertragsbruch darf sich nicht lohnen". Aus der Schweiz etwa *R.H. Weber* ZSR 133/I (1992), 333 f.; *Nietlispach* (Fn. 510), 1 f., 12 ff., 43 f. und *passim*, jeweils m.w.N.

[512] Lord *Hatherly* in *Jegon* v *Vivian* (1870 – 71) Law Reports. Chancery Appeal Cases, 742, 761.

[513] Lord *Devlin* in *Rookes* v *Barnard* [1964] AC 1129, 1227: „… to teach a wrongdoer that tort does not pay".

[514] Darauf wies schon *Fritz Schulz* hin: AcP 105 (1909), 1, 443 f.: Eine Haftung, die über den Schaden hinausgehe, lasse sich nur pragmatisch begründen; sie beruhe auf den Schwierigkeiten des Verletzten, einen Schaden zu beweisen. Da der Gewinn dem Verletzten ebenso wenig gebühre wie dem Eingreifer, sei eigentlich eine Abschöpfung zugunsten des Fiskus der folgerichtige Weg. Ähnliche Zweifel auch bei *von Caemmerer* (Fn. 225), 360; *Kleinheyer* JZ 1970, 471; nachdrücklich jetzt *Boosfeld* (Fn. 439), 190 ff., insbesondere 198–200.

[515] Lehrbuchbeispiel von *von Monroy* (Fn. 442), 160. Diese Konsequenz akzeptiert *Ebert* (Fn. 510), 122 f. Dagegen zu Recht *Helms* (Fn. 116), 134–146, insbesondere 140 ff.

[516] *Helms* (Fn. 116), 487.

[517] Verhandlungen des 66. DJT, 2006, Bd. II/1, L 91: Sitzungsbericht, Vorschlag VI.5.

[518] *Helms* (Fn. 116), 148–150, 156–172.

zielen. Mit solchen Fällen hat die Rechtsprechung sich von jeher konfrontiert gesehen: nicht nur bei Persönlichkeitsverletzungen, sondern auch, wo die Inhaber von Immaterialgüterrechten nicht unternehmerisch tätig sind und das Recht deshalb allenfalls im Wege der Lizenzierung verwerten können,[519] oder wo jemand sein Erbe ungenutzt liegen lässt, ohne bereit zu sein, Familiengut zu veräußern. Wenn in solchen Fällen der Anspruch auf den Eingreifergewinn nicht ausgeschlossen sein soll, so wird der schadensrechtliche Gedanke eines Ausgleichs für die Vereitelung einer Gewinnchance zur Fiktion. Es führt gedanklich in die Irre, die vorteilsorientierte Gewinnhaftung als Instrument des *Nachteils*ausgleichs zu konzipieren.[520] Nun zieht die deutsche Rechtsprechung bei der Verletzung von Persönlichkeits- und auch bei Immaterialgüterrechten in der Tat die restriktiven Konsequenzen dieses Ansatzes und versagt dem Betroffenen einen Anspruch auf Gewinnherausgabe.[521] Aber das zeigt nur, dass ein Schadensersatzmodell der Gewinnhaftung[522] zu inakzeptablen Schutzlücken führen muss.[523] Nicht zuletzt deshalb verzichtet das Schweizer Bundesgericht auf ein Schadenserfordernis.[524]

In der Rückschau bildet dies Schadensersatzmodell der Gewinnhaftung ohnehin einen Unfall der Dogmengeschichte:[525] Als am Ende des 19. Jahrhun-

---

[519] Vgl. etwa RGZ 35, 63 (1895 – Ariston); 43, 56 (1898).

[520] Gerade bei Markenrechtsverletzungen, um die es *Helms* (Fn. 116) konkret geht, passt dieser Ansatz auch konzeptionell nicht. Denn der Markenrechtsinhaber darf die Sachen des Eingreifers ebenso wenig verkaufen wie der Eigentümer das Markenrecht verwerten darf. Entsprechend bleibt die Argumentation von Helms widersprüchlich: Bei Zustimmungsvorbehalten soll ein Gewinnhaftungsanspruch daran scheitern, dass der Rechtsinhaber den Gewinn nicht hätte selbst erzielen können (163 ff.). Gleichwohl soll es bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen unerheblich sein, ob der Verletzte die Verwertungshandlung selbst vornehmen konnte (174 ff.).

[521] Die Rechtsprechung lehnt in solchen Fällen schadensersatzrechtliche Ansprüche auf Gewinnherausgabe bekanntlich ab: Bei gewerblichen Schutzrechten findet dann die dritte Form der Schadensberechnung keine Anwendung (BGH GRUR 1995, 349, 351 f. [1995]); und bei Persönlichkeitsverletzungen bildet der Gewinn nur einen Faktor bei der Bemessung der Entschädigung (BGHZ 128, 1, 16 [1994 – Caroline von Monaco]) – eine Abschöpfung nach § 687 Abs. 2 BGB soll jeweils ausscheiden. Die Argumente, bei denen es nicht zuletzt um eine Abgrenzung der Kompetenzen von I. und VI. Zivilrechtssenat geht, wiederholt *G. Müller*, DJT 66, Bd. II/1, 2006, L 9, L 17–L 19.

[522] Siehe auch *Wendehorst* (Fn. 471), 169 ff.

[523] *Helms* (Fn. 116), 174–179; *Wagner*, DJT 66, Bd. I, 2006, A 88–A 90; *Taupitz*, DJT 66, Bd. II/1, 2006, L 57, L 79.

[524] BGE 133 III, 153, 159 f. (2006).

[525] Anders, aber wenig plausibel, *Helms* (Fn. 116), 213–226. Zwar wurde der Anspruch auf den Eingreifergewinn nicht zuletzt deshalb eingeführt, weil Ansprüche auf Schadensersatz kaum zu beweisen und damit unzulänglich waren. Aber das bedeutet nicht, dass man den Anspruch, modern gesprochen, als Instrument des Nachteilsausgleichs verstanden hätte; im Gegenteil: Der Anspruch sollte unabhängig von einem

derts die Grundlagen der dreifachen Schadensberechnung etabliert wurden, war das Verhältnis von Bereicherungsausgleich, Schadensersatz und Gewinnhaftung gedanklich völlig ungeklärt.[526] Obgleich das jüngere Naturrecht beim Büchernachdruck längst Ansprüche auf Eingreifergewinn eingeführt hatte,[527] fehlten solche Ansprüche in den einschlägigen Sondergesetzen.[528] Gleichzeitig setzte die gemeinrechtliche Geschäftsanmaßung nach mittlerweile herrschender Meinung Vorsatz voraus,[529] doch erschien das bei Immaterialgüterrechtsverletzungen als zu eng. *Kohler* und die Gerichte sahen sich deshalb veranlasst, dem zuvor üblicherweise geschäftsführungsrechtlich begründeten[530] Anspruch auf den Eingreifergewinn einen schadensrechtlichen Mantel umzulegen.[531] Weder Kohler[532] noch das Reichsgericht[533] ließen dabei freilich

---

Schaden sein: RGZ 35, 63, 69 (1895 – Ariston). Dies bildet den Grund dafür, was Helms überspielt, auf die *negotiorum gestio* abzustellen. Denn nur dort fand sich ein Instrument des Vorteilsausgleichs.

[526] Oben bei Fn. 440 ff.

[527] *Kant* (Fn. 86), 128; genauer *id.*, Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks, Berlinische Monatsschrift, May 1785, 403, 404 ff.; *von Zeiller* (Fn. 324), 197 f. (§ 138) m.w.N.

[528] Hier galten als Sanktionen typischerweise Schadensersatz oder Entschädigung sowie eine Strafe oder Buße und gegebenenfalls eine Vernichtung; siehe §§ 18 ff., 54 f. Urheberrechtsgesetz 1870 (BGBl des Norddeutschen Bundes 1870, 339 ff.); § 16 Urheberrechtsgesetz 1876 (RGBl 1876, 4 ff.), § 9 Photographiegesetz 1876 (RGBl 1876, 8 ff.), § 14 I Geschmacksmustergesetz 1876 (RGBl 1876, 11 ff.) – jeweils mit einem Verweis auf die §§ 18 ff. Urheberrechtsgesetz 1870; §§ 14 ff. Markenschutzgesetz 1874 (RGBl 1874, 143 ff.); §§ 34 ff. Patentgesetz 1877 (RGBl 1877, 501 ff.); § 35 Patentgesetz 1891 (RGBl 1891, 79 ff.). Nach §§ 18 Abs. 6, 54 Abs. 4 Urheberrechtsgesetz 1870 sollte der schuldlose Eingreifer bis zur Höhe seiner Bereicherung zum Schadensersatz verpflichtet sein; hier war also auch der Bereicherungsausgleich in den Schadensersatz integriert.

[529] Oben Fn. 441.

[530] In der Naturrechtsdiskussion (eben Fn. 527) war das selbstverständlich; ebenso hatte die Rechtsprechung Urheberrechts- und Patentrechtsverletzungen lange Zeit als *negotiorum gestio* gedeutet: ROHGE 22, 338, 340 f. (1877); RGZ 29, 49, 53 (1892).

[531] *Kohler*, Deutsches Patentrecht systematisch bearbeitet unter vergleichender Berücksichtigung des französischen Patentrechts, Mannheim 1878, 457 f.; RGZ 35, 63, 66 (1895 – Ariston): „Unterschied … zwischen dem nach einem beschädigenden Ereignisse bestehenden Vermögen und dem Betrage desselben, wie er ohne jenes Ereignis sein würde"; ähnlich RGZ 43, 56, 58 (1898); 156, 65, 66 (1937).

[532] *Kohler* (Fn. 531), 457 f.: Es gehe um einen „Ersatz dessen … was sich der Entschädigungspflichtige durch Benützung des fremden Vermögens widerrechtlich angeeignet hat, anstatt es in das Vermögen des Berechtigten, wie er verpflichtet war, zu inferiren". Als Autoritäten fungierten dabei zum einen *Ulpian*, Digesten 3,5,5,5, zum anderen anglo-amerikanische Judikate, die in solchen Fällen einen *trust* konstruiert hatten. Ebenso später *Kohler*, Lehrbuch des Patentrechts, 1909, 194 f.

[533] RGZ 35, 63, 72 ff. (1895 – Ariston); 70, 249, 253 (1909): „durch die Analogie mit der sog. unechten Geschäftsführung begründete Ausbildung des patentrechtlichen

den geringsten Zweifel aufkommen, dass sich die Wertungsgrundlagen der Gewinnherausgabe weiterhin im Geschäftsführungsrecht fanden, und dass der Anspruch auch dann nicht ausgeschlossen sein sollte, wenn feststand, dass dem Verletzten kein Schaden entstanden war.[534] Erst im 20. Jahrhundert hat die schadensrechtliche Einbettung des Anspruchs Anlass zu Zweifeln insoweit gegeben.[535] Das schweizerische Bundesgericht, das der deutschen Rechtsprechung lange gefolgt war,[536] hat diese unglückliche Verquickung von Vor- und Nachteilsausgleich deshalb schon in den 1970er Jahren aufgegeben;[537] und die Lehre kritisiert das deutsche Modell zu Recht als „kaum tolerable Verwässerung des Schadensbegriff und … Vermengung verschiedener Anspruchsfunktionen".[538] Umso misslicher ist es deshalb, dass die dreifache Schadensberechnung mit Art. 13 (1) (a) Immaterialgüterrechts-RL (2004/48/EG) Eingang auch in das Unionsrecht gefunden hat.[539]

Vor diesem Hintergrund gilt es nun genauer zu fragen, warum und unter welchen Umständen der Eingreifer zwar auf eigenes Risiko, im Übrigen

---

Begriffs der ‚Entschädigung'". Das Gericht stützte sich primär auf gemeinrechtliche Autoritäten zur *negotiorum gestio* (*Corpus iuris*; ALR) sowie auf geschäftsführungsrechtliche Argumente in anderen Zusammenhängen, etwa beim Erbschaftsanspruch (RGZ 29, 49, 53 [1892]; 35, 63, 72 f. [1895 – Ariston]; 37, 41, 45 [1896]), daneben bisweilen auch auf die honorarrechtliche Bereicherungshaftung bei einer Reihe von Deliktsklagen: RGZ 35, 63, 72 f. (1895 – Ariston); 42, 56, 60 (1898). Nach Inkrafttreten des BGB stellte das Gericht dann unmittelbar auf § 687 Abs. 2 BGB ab und begründete den Gewinnherausgabeanspruch bei fahrlässiger Patentverletzung mit der Entscheidung des BGB-Gesetzgebers für eine Gewinnhaftung bei Geschäftsanmaßung: RGZ 70, 249, 254 f. (1909); siehe auch RGZ 156, 65, 67 f. (1937).

[534] RGZ 35, 63, 69 (1895 – Ariston); vgl. auch RGZ 43, 56 (1898). Ganz ähnlich wie in den Fällen, in denen der BGH später einen Anspruch auf den Eingriffsgewinn verneint hat, hatte in der Ariston-Entscheidung der rechtswidrige Eingriff der Beklagten den Umsatz und Gewinn des Klägers sogar noch gesteigert. Denn erst durch die Musikwerke des Beklagten war die Musik des Klägers in weiten Kreisen bekannt geworden.

[535] Eben Fn. 521. Außerhalb Deutschlands führt das mittlerweile europäische Schadensersatzmodell der Gewinnhaftung zu erheblicher Rechtsunsicherheit; näher *Boosfeld* (Fn. 439), 204–208.

[536] *Bürgi-Wyss* (Fn. 441), 130 f. m.N.

[537] BGE 97 II, 169, 175–178 (1971): „Die Gewinnherausgabe ist … nicht Ersatz für einen Schaden des Patentinhabers, sondern Entäusserung der dem auftraglosen Geschäftsführer aus unbefugter Patentbenützung entstandenen Vorteile. Sie besteht unabhängig vom Schaden, … ist aber auch geschuldet, wenn der Patentinhaber keinen Schaden erlitten oder ihm die fremde Patentbenützung sogar genützt hat"; BGE 133 III, 153, 156 ff. (2006). Gewinnherausgabe und Schadensersatz sollen einander deshalb nicht mehr länger wechselseitig ausschließen, sondern nur dann, wenn der Schaden in entgangenem Gewinn besteht.

[538] *Nietlispach* (Fn. 510), 86 f.; in der Sache ebenso *Jenny* (Fn. 499), 104–108 m.w.N.

[539] Treffend *Jenny* (Fn. 499), 364–366, 368–371.

aber für den Verletzten zu wirtschaften hat. Warum, mit anderen Worten, wird der Eingreifer in die Rolle eines Geschäftsführers wider Willen gezwungen? Eine Antwort bietet hier, soweit ersichtlich, nur der alte Gedanke treuhänderischer Bindung:[540] Wer bewusst im fremden Rechtskreis wirtschaftet, kann und darf nicht davon ausgehen, dies auf eigene Rechnung tun zu dürfen. Er ist deshalb von Rechts wegen wie ein Treuhänder zu behandeln. Gleiches gilt unter Umständen, wenn der Eingreifer wissen musste, dass er im fremden Rechtskreis wirtschaftete. Daher die Parallele von Eingriffsgewinnhaftung und der Haftung für die Verletzung von Treuepflichten:[541] Wer fremde Rechte wirtschaftlich verwertet, muss das redlicherweise auf Rechnung des Rechtsinhabers tun, denn diesem ist die Verwertung vorbehalten. Ebensowenig wie ein Treuhänder kann ein Eingreifer davon ausgehen, auf eigene Rechnung zu wirtschaften. Nur deshalb gebührt der Gewinn dem Rechtsinhaber und zwar unabhängig davon, ob dieser selbst einen solchen Gewinn erzielen konnte und wollte.

Historisch führt dieser Treuhandgedanke zurück in die römischen und gemeinrechtlichen Diskussionen zur *negotiorum gestio*; er trägt von jeher die Idee einer Geschäftsführereingriffshaftung[542] und damit auch den schadensrechtlichen Anspruch auf Gewinnherausgabe bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten. Zwar ist es höchste Zeit, die Gewinnhaftung gedanklich aus dem Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag zu lösen;[543] in diesem Kontext stehen § 687 Abs. 2 BGB und Art. 423 OR nur aus zufälligen Gründen, letztlich aufgrund aktionenrechtlicher Beschränkungen des römischen Rechts.[544] Der Treuhandgedanke erweist sich aber gerade auch dann als tragfähig, wenn man die Gewinnhaftung gedanklich aus dem Geschäftsführungsrecht löst[545] und als selbständigen gesetzlichen Ausgleichsanspruch neben dem Bereicherungsausgleich und Schadensersatz ver-

---

[540] *Dawson* Harvard LR 74 (1961), 817, 836; *Stoljar* (Fn. 332), Rn. 295; *von Caemmerer* (Fn. 225), 360: Bei der Gewinnhaftung werde der vorsätzliche Eingreifer zum *constructive trustee* gemacht, während er bei der Eingriffskondiktion nur „quasikontraktlich" auf den Wert hafte (357). Das Argument geht auf Kohler zurück (eben Fn. 532). Ähnlich stellt auch *Boosfeld* (Fn. 439), 256–269, auf den Gedanken eines hypothetischen Vertrags ab.

[541] *Helms* (Fn. 116), 493.

[542] Näher HKK III/*Jansen* (Fn. 28), § 687 II, Rn. 12 f., 15.

[543] *Wenckstern* AcP 200 (2000), 240, 242–249; *Helms* (Fn. 116), 127 f. (jeweils mit einer ihrerseits unglücklichen deliktsrechtlichen Deutung des Anspruchs); Basler Kommentar/*Weber* (Fn. 227), Art. 423, Rn. 2; *Nietlispach* (Fn. 510), 96 f., 144.

[544] Zum Ganzen HKK III/*Jansen* (Fn. 28), § 687 II, Rn. 12, 27, 57 m.w.N. zur älteren Diskussion.

[545] *Dawson* Harvard LR 74 (1961), 817, 836; *Stoljar* (Fn. 332), Rn. 295.

steht.[546] Das bestätigt nicht zuletzt ein Blick auf das *common law*; hier liegt der Gedanke treuhänderischer Bindung vor allem auch den einschlägigen sachenrechtlichen Rechtsbehelfen zugrunde.[547]

Es ist nach allem also durchaus plausibel, wenn die herrschende Lehre die Voraussetzungen der Gewinnhaftung außerhalb der Spezialgesetze abschließend in § 687 Abs. 2 BGB[548] bzw. Art. 423 OR[549] normiert sieht. Zwar haben die Gesetzgeber diesen Vorschriften gewiss keine derart weitreichende Systembedeutung beilegen wollen.[550] Auch bildet das geschäftsführungsrechtliche Vorsatzerfordernis entgegen verbreiteter Lesart nicht in jedem Fall den entscheidenden Wertungsgesichtspunkt: Nicht ohne guten Grund genügt für einen immaterialgüterrechtlichen Gewinnhaftungsanspruch Fahrlässigkeit;[551] nach schweizerischem Recht kommt es auf die Bösgläubigkeit des Eingreifers an;[552] und ein entschuldigter Erlaubnistatbestandsirrtum kann

---

[546] Die in der deutschen Diskussion lange zentrale Frage einer bereicherungsrechtlichen, geschäftsführungsrechtlichen oder deliktsrechtlichen Qualifikation der Gewinnhaftung ist rechtstheoretisch wenig hilfreich: *Boosfeld* (Fn. 439), 183. Gewiss passt die Gewinnhaftung weder in einen bereicherungsrechtlichen noch in einen geschäftsführungsrechtlichen Rahmen. Aber daraus dürfte man nur dann schließen, dass es sich um einen deliktischen Anspruch handelt (so etwa *Helms* [Fn. 116], 134 f. und *passim*; w.N. in Fn. 510 und 543), wenn die Kategorien des BGB dogmatisch abschließend wären. Solche Denkzwänge soll die historische Reflexion dogmatischer Kategorien indes gerade überwinden; näher *Jansen* ZNR 27 (2005), 202, 213 ff., 223 ff.

[547] Instruktiver Überblick bei *Boosfeld* (Fn. 439), 125–134.

[548] Grundlegend nach wie vor *von Caemmerer* (Fn. 506), 448; *id.* (Fn. 225), 356 ff., 359; *Larenz* II (Fn. 376), 565 (§ 69 IV a); *Wittmann* (Fn. 510), 154 ff.; *König* (Fn. 444), 186 f.; Soergel/*Beuthien* (Fn. 506), § 687, Rn. 4 f.; HKK II/*Schermaier* (Fn. 28), §§ 280–285, Rn. 87. Auch *de lege ferenda* in diesem Sinne *Taupitz*, DJT 66, Bd. II/1, 2006, L 57, L 80–L 84. Das Argument ist allerdings älter: *Jung* (Fn. 473), 156 f.

[549] *Holenstein* (Fn. 502), 159 ff.; *Bürgi-Wyss* (Fn. 441), 255 ff. und *passim*; Basler Kommentar/*Schulin* (Fn. 227), Art. 64, Rn. 4a; Basler Kommentar/*Weber* (Fn. 227), Art. 423, Rn. 8–11. Der Vorschlag, die Gewinnhaftung auf einen um Verschuldenselemente angereicherten Billigkeitsanspruch aus Eingriffskondiktion zu stützen (*Nietlispach* [Fn. 510], 328 f. und *passim* m.w.N.), hat kaum Zustimmung gefunden: *Jenny* (Fn. 499), 131 ff., 193 ff.

[550] Insoweit fehlte dem Gesetzgeber nämlich ein systematisches Problembewusstsein: oben bei Fn. 441 ff. Siehe auch *Reichard* AcP 193 (1993), 567, 577 ff.; Staudinger/*Bergmann* (Fn. 497), § 687, Rn. 13, 38; HKK III/*Jansen* (Fn. 28), § 687 II, Rn. 51.

[551] BGHZ 57, 116, 118 (1971 – Wandsteckdose II); *Steindorff* AcP 158 (1959/60), 431, 451 ff., 454; *Beuthien/Wasmann* GRUR 1997, 255, 257.

[552] Obgleich Art. 423 OR (Art. 473a OR von 1881) im Einklang mit der Lehre des 19. Jahrhunderts ohne das spätere Vorsatzerfordernis formuliert ist (oben Fn. 441), gewähren die herrschende Lehre und auch die Rechtsprechung einen Anspruch nurmehr gegen bösgläubige Eingreifer: BGE 129 III, 422, 425 f. (2003); BG v. 7.12.2006 – 5 C 66/206 m. Anm. *von Gerlach* JZ 2007, 1162, 1164; *Holenstein* (Fn. 502), 168–175; *Bürgi-Wyss* (Fn. 441), 208–214; *Jenny* (Fn. 499), 135–147; Basler Kommentar/*Schulin*

die Haftung nicht ausschließen: Wer eine Sache aufgrund nichtigen Kommissionsvertrags auf fremde Rechnung veräußert hat, ist zur Gewinnherausgabe verpflichtet, auch wenn er nicht wissen konnte, dass der Auftrag nichtig war.[553] Entscheidend ist allein der in § 687 Abs. 2 BGB und Art. 423 OR zwar unausgesprochene, geschäftsführungsrechtlich aber selbstverständliche Gedanke treuhänderischer Bindung. Dafür kommt es nicht auf ein vorwerfbares Fehlverhalten an, sondern auf das Bewusstsein, im fremden Rechtskreis zu wirtschaften.

Die treuhänderische Bindung erklärt also, warum der Gewinn dem Verletzten gebührt. Sie begründet damit einen Ausgleichsanspruch, der unabhängig von einem Schaden ist und über eine Entschädigung für das durch den Eingriff Erlangte hinausgeht. Zugleich gewinnen damit die Tatbestände der § 687 Abs. 2 BGB, Art. 423 OR deutlichere Konturen. Eine treuhänderische Bindung entsteht nämlich nicht schon durch eine vorsätzliche Schädigung bzw. durch eine Nutzung des fremden Rechts, sondern nur dann, wenn der Eingreifer Verwertungsbefugnisse des Rechtsinhabers usurpiert. Das kann durchaus auch dann der Fall sein, wenn das verletzte Rechtsgut im Gewinnerzielungsprozess austauschbar oder nur von untergeordneter Bedeutung ist,[554] wenn also der Veräußerer beispielsweise damit rechnet, dass ein kleiner Teil seiner Verkaufsware in fremdem Eigentum steht. Einzelheiten sind hier freilich nicht mehr der Gegenstand einer historisch argumentierenden Rechtsdogmatik.

VII. Rechte

Der historische Durchgang durch das Recht der gesetzlichen Schuldverhältnisse führt mit alldem zu einer signifikanten Revision des Schuldrechtssystems:

(1) Ein Großteil des Kondiktionsrechts gehört systematisch ins allgemeine Schuldrecht bzw. ins Vertragsrecht. Die Kodifikation allgemeiner Bereiche-

---

(Fn. 227), Art. 64, Rn. 4a; Basler Kommentar/*Weber* (Fn. 227), Art. 423, Rn. 8, 11, jeweils m.w.N.

[553] HKK III/*Jansen* (Fn. 28), § 687 II, Rn. 55.

[554] Anders, aufgrund des fehlenden Bezugs auf den Treuhandgedanken aber ungenau *Helms* (Fn. 116), 156 ff.: „das in Anspruch genommene Recht“ müsse „den Gewinnerzielungsvorgang zumindest in einem gewissen Umfange maßgeblich (mit-)geprägt“ haben; „das verletzte Recht“ müsse „eine entscheidende Rolle im Gewinnerzielungsprozess gespielt“ haben; bei Markenrechtsverletzungen komme es darauf an, ob die Marke bekannt sei. Siehe auch, korrespondierend bei der Gewinnberechnung, *loc. cit.*; 202 ff., 209 ff.

rungstatbestände, die in der Schweiz und in Deutschland als selbständige Schuldverhältnisse neben dem Delikts- und Vertragsrecht stehen, beruht auf einer Verselbständigung der Bereicherungsrechtsdogmatik im 19. Jahrhundert und auf einer unglücklichen Verknüpfung der römischen Kondiktionen mit Elementen der naturrechtlichen Restitutionslehre. Mittlerweile sind diese ehemaligen dogmatischen Grundlagen des Bereicherungsrechts Rechtsgeschichte.

(2) Die Geschäftsführung ohne Auftrag bildet ein Relikt des römischen Rechts, das neben dem lückenlosen Vertragsrecht und dem Deliktsrecht zu einem Störfaktor geworden ist. Neben den Regeln des Vertrags-, Bereicherungs- und Deliktsrechts verbleibt der Geschäftsführung ohne Auftrag nur ein marginaler Anwendungsbereich: Sie erlaubt zum einen die Fiktion eines Vertragsschlusses, wo eine Einigung nach den Umständen unmöglich war; und sie bildet zum anderen eine wichtige Grundlage für die Fortbildung der im BGB unglücklich geregelten Ansprüche auf Verwendungsersatz.

(3) Das Deliktsrecht bildet mit den vielfältigen Gefährdungs- und Aufopferungstatbeständen eine teleologische Einheit, die es erlaubt, von einem geschlossenen Haftungsrecht zu sprechen.[555]

Damit bilden das Haftungsrecht, die Eingriffskondiktion und die Gewinnhaftung jeweils selbständige Gruppen von Ansprüchen innerhalb des Systems der gesetzlichen Schuldverhältnisse. Gemeinsam gewährleisten diese Ansprüche den schuldrechtlichen Schutz subjektiver Rechte: Sie zielen auf einen – je unterschiedlich bemessenen – Verlust- bzw. Vorteilsausgleich und vervollständigen damit den primären Integritätsschutz subjektiver Rechte durch die vindikatorischen Herausgabe- und negatorischen Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche.[556] Maßgebliche Stimmen gehen deshalb davon aus, dass für das Deliktsrecht und die Eingriffskondiktion ein gleicher Schutzbereich gelte; jeweils sei entscheidend, ob die Verwendung und Nutzung des verletzten Rechts exklusiv dem Betroffenen zugewiesen sei.[557] Gleiches gilt aber auch für den Schutzbereich strikter Haftungstatbestände wie der Ge-

---

[555] Oben II.; *Jansen*, Haftungsrecht (Fn. 31); *id.,* OJLSt 34 (2014), 221–252.

[556] *Raiser* JZ 1961, 464, 465; *Schlechtriem* II (Fn. 266), 81 f., 84; *Picker*, in: FS für Franz Bydlinski, 2002, 269–318, 275, 313 f., 317 f.; *id.*, in: FS für Claus-Wilhelm Canaris (Fn. 53), 1017 f. Siehe bereits *id.* AcP 183 (1983), 369, 512 f.; *J. F. Hoffmann*, Zession und Rechtszuweisung, 2012, 35 ff., 51 ff.; JZ 1987, 1041, 1056.

[557] *Larenz/Canaris* (Fn. 93), 170–177 (§ 69 I.); *Zimmermann* OJLSt 15 (1995), 403, 418; *Picker*, in: FS für Hermann Lange (Fn. 53), 683 ff.; *id.* JZ 2010, 541, 547 f., 551; *Schurer*, Der Schutzbereich der Eingriffskondiktion. Zugleich ein Beitrag zur Struktur von Zivilrechtspositionen, 2000, 9 und *passim*; *id.,* HKK II/*Michaels* (Fn. 28), Vor § 241, Rn. 74; Palandt/*Sprau* (Fn. 38), § 812, Rn. 40; ähnlich auch *Reuter/Martinek* (Fn. 220), 245–281.

fährdungs- und Aufopferungshaftung:[558] Einzelne Gefährdungshaftungstatbestände formulieren den Kreis der geschützten Rechtsgüter nur deshalb enger, weil dort jeweils die konkret befürchteten Unfälle beschrieben werden; einen spezifisch begrenzten Katalog gefährdungshaftungsrechtlich geschützter Rechtsgüter hat der Gesetzgeber damit nicht formuliert.[559] Ebenso bestimmt die herrschende Lehre schließlich auch die Tatbestände der Geschäftsanmaßung nach § 687 Abs. 2 BGB und Art. 423 OR in Analogie zur Eingriffskondiktion und zum Deliktsrecht.[560] Entscheidend soll auch hier der Eingriff in den Zuweisungsgehalt des fremden Rechts sein. *König* hatte deshalb vorgeschlagen, die Gewinnhaftung als einen speziellen Tatbestand der Eingriffskondiktion zu regeln.[561] Zwar führt nicht jeder vorsätzliche Eingriff in ein fremdes Recht zu der für die Gewinnhaftung erforderlichen treuhänderischen Bindung des Eingreifers; vielmehr kommt es dafür auf die wirtschaftliche Verwertung des fremden Rechts an. Aber damit ist nur der Eingriff spezifisch qualifiziert, nicht der Kreis der geschützten Rechte und Rechtsgüter beschränkt.[562] Es scheint deshalb durchaus folgerichtig, ein System individuell zugewiesener Rechte bzw. Rechtspositionen[563] als Allgemeinen Teil der gesetzlichen Schuldverhältnisse zu konzipieren.[564]

---

[558] Hier gilt § 904 S. 2 BGB bekanntlich nicht nur bei Eigentumsverletzungen, sondern auch bei Verletzungen der anderen deliktisch geschützten Rechte: RGRK/*Steffen* (Fn. 103), § 823, Rn. 389; MünchKommBGB/*Säcker* (Fn. 38), § 904, Rn. 2 m.w.N.

[559] Näher *Jansen*, Haftungsrecht (Fn. 31), 572–575.

[560] Die Literatur hat den Tatbestand der Geschäftshaftung dementsprechend häufig – wie bei der Eingriffskondiktion – als Eingriff in den Zuweisungsgehalt eines fremden Rechts bestimmt; grundlegend *von Caemmerer* (Fn. 225), 395 ff.; *Wittmann* (Fn. 510), 151 ff.; *Bollenberger* (Fn. 508), 303 f.; Soergel/*Beuthien* (Fn. 506), § 687, Rn. 6, 14–17; MünchKommBGB/*Seiler* (Fn. 38), § 687, Rn. 19 f.; Staudinger/*Bergmann* (Fn. 497), § 687, Rn. 11 ff., 15 ff.; für die Schweiz *Jenny* (Fn. 499), 133–135, 380: „Zuweisungswidrigkeit"; Basler Kommentar/*Weber* (Fn. 227), Vor Art. 419, Rn. 19 f. Häufig ist das allerdings mit der Vorstellung einhergegangen, dass dazu die Verletzung eines Ausschließlichkeitsrechts erforderlich sei; in diesem Sinne auch noch HKK III/*Jansen* (Fn. 28), § 687 II, Rn. 35–38, 58 m.w.N.

[561] *König* (Fn. 30), 1550, 1552 ff., 1558.

[562] Anders anscheinend *Helms* (Fn. 116), 148 ff. Aber auch Helms will nicht den Kreis der geschützten Rechtsposition abweichend vom Tatbestand der Eingriffskondiktion bestimmen, sondern lediglich den gewinnhaftungsauslösenden Tatbestand näher bestimmen. Freilich deutet Helms die Gewinnhaftung dabei verfehlt als ein Instrument des Nachteilsausgleich; dazu oben bei Fn. 518 ff.

[563] In diese Richtung geht *Pickers* Lehre vom Privatrecht als „Rechtszuweisungsordnung"; Nachweise oben Fn. 53.

[564] So *Thomale* (Fn. 127), 244; vgl. auch *Picker*, in: FS für Claus-Wilhelm Canaris (Fn. 53), 1016–1019, 1029, 1032 f.; *id.* JZ 2010, 541, 546: „lückenloser Rundumschutz" sämtlicher von der Rechtsordnung zugewiesenen Rechtspositionen (w.N. insoweit oben Fn. 53); in dieselbe Richtung Staudinger/*Bergmann* (Fn. 497), § 687, Rn. 11 f.

Ein solches Modell stellt den Einzelnen und seine subjektiven Rechte gegenüber jedermann ins Zentrum der gesetzlichen Schuldverhältnisse. Es öffnet die privatrechtliche Regelbildung damit systematisch gegenüber den Wertungen nationaler und internationaler Grundrechtskataloge.[565] Eine solche konzeptionelle Ausrichtung am Schutz subjektiver Rechte bildet freilich nicht nur ein Erfordernis zeitgemäßer Privatrechtsdogmatik, sondern zugleich auch ein wichtiges Erbstück europäischen Rechtsdenkens, das sich bis in die Diskussionen zur Restitutionslehre im 16. Jahrhundert zurückverfolgen lässt.[566] Zwar war diese Lehre bereits im 17. Jahrhundert Rechtsgeschichte,[567] doch blieb der Gedanke, dass deliktische und Bereicherungsansprüche gleichermaßen den Schutz subjektiver Rechte verwirklichen und sich in diesem Sinne als Rechtsfortwirkungsansprüche verstehen lassen,[568] lebendig: In der einflussreichen Lehre *Christian Wolffs* standen die Bereicherungs- und Deliktshaftungen deshalb als Ansprüche aus dem Eigentum neben den Notwehr- und Selbsthilferechten;[569] ganz ähnlich waren die gesetzlichen Schuldverhältnisse des Bereicherungs- und Deliktsrechts auch für *Kant*, *Savigny* und *Puchta* An-

---

[565] Für einen vergleichenden Überblick zur Konstitutionalisierung des Privatrechts *Brüggemeier/Colombi Ciacchi/Comandé*, Fundamental Rights and Private Law in the European Union, 2010; dort insbesondere *Comandé*, 716 ff., 728 ff., 749 ff., 754 ff. Zum Deliktsrecht ebenfalls dort *Brüggemeier/Colombi Ciacchi*, 15 ff. m.w.N.; siehe auch *Jansen* (Fn. 64), 16 f., 21 ff.; aus der älteren Literatur *von Bar*, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. I, 1996, Rn. 554 ff.; für Deutschland insbesondere *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht – eine Zwischenbilanz, 1999; vgl. auch *Leenen* Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul 43 (2011), 23–32.

[566] Oben bei Fn. 141 ff.: vgl. näher *Jansen*, Theologie (Fn. 31), 211–213 und *passim*.

[567] Schon für Hugo Grotius war die Restitutionslehre letztlich inakzeptable katholische Theologie; im späteren deutschen Naturrecht war die Lehre als Ganze nicht mehr präsent. Der systematische Bezug der gesetzlichen Schuldverhältnisse auf subjektive (Grund-)Rechte bildet demgegenüber ein bis heute tragendes Erbstück europäischer Rechtskultur. Näher *Jansen*, Theologie (Fn. 31), 176–188, 200 ff., 210 ff.

[568] Oben bei Fn. 152 ff.

[569] *Wolff*, Grundsätze (Fn. 79), §§ 269 f. (Schadensersatzpflicht); § 271 (Bereicherung aus fremdem Recht). Zuvor § 268 (Notwehr, Selbsthilfe), allgemein § 195 (Eigenthum/*dominium*). Ausführlicher *id.*, Ius naturae II (Fn. 85), *cap.* III: „De Obligationibus & juribus ex dominio oriundis (Über die Ansprüche und Rechte aus dem Eigentum)", §§ 578–580 (Schadensersatz), 582 ff., 585 ff.: Bereicherungsansprüche; das allgemeine Schädigungsverbot werde verletzt, wenn man sich aus fremdem *dominium* bereichere. *Picker* sieht in der Theorie Wolffs einen Ausdruck der „zeit- und grenzenlosen Sach- und Naturgesetzlichkeit" der komplementären Schutzsysteme subjektiver Rechte: JZ 2010, 541, 546; ähnlich *id.*, in: FS für Claus-Wilhelm Canaris (Fn. 53), 1018, Fn. 42. Die Theorie Wolffs war hier freilich insgesamt nicht ganz klar (näher oben bei und in Fn. 85); und gerade bei einer historischen Strukturanalyse verbietet sich von vornherein die Annahme überzeitlicher juristischer oder dogmatischer Wahrheiten.

sprüche aus dem Eigentum.[570] Wenn dieser Gedanke in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts in Vergessenheit geraten ist, so findet das seine Erklärung allein darin, dass er quer zum merkwürdig verbotsorientierten Verständnis des Deliktsrechts dieser Zeit stand,[571] und dass er keinen passenden Rahmen für die römischen Leistungskondiktionen bot.[572]

Heute bietet sich nach allem ein fundamental anderes Bild. Der Gedanke, die gesetzlichen Schuldverhältnisse auf ein einheitliches System subjektiver Rechte zu beziehen und damit die Schutzbereiche des Haftungsrechts sowie der Eingriffs- und Gewinnhaftung einheitlich zu fassen, erscheint deshalb dogmatisch ausgesprochen interessant. Gleichwohl findet dies Modell auch heute keinesfalls allgemeine Zustimmung;[573] weder die Rechtsprechung noch die Lehre haben sich dazu durchringen können, die Schutzbereiche des Haftungsrechts und der Eingriffskondiktion konsequent aufeinander abzustimmen. Zum einen sollten manche Rechtspositionen nämlich nur deliktsrechtlich geschützt sein. Insbesondere gilt dies für den Gewerbebetrieb. Hier gewährt der BGH bekanntlich Ansprüche nach § 823 Abs. 1 BGB, versagt aber Ansprüche aus Eingriffskondiktion, weil das Recht kein wirtschaftliches Verwertungsmonopol begründe.[574] Allerdings sollen Verstöße gegen Verbotsgesetze im Wettbewerbsrecht nach herrschender Meinung unter bestimmten Umständen Ansprüche aus Eingriffskondiktion begründen können.[575] Zugleich sprechen gewichtige Stimmen dem Persönlichkeitsrecht bis heute den

---

570 Zum Deliktsrecht oben II., bei Fn. 85 ff.; *Bürge* (Fn. 71), 61 ff., 64 ff.; zum Bereicherungsrecht III.3.

571 Oben II.

572 Oben III.5.

573 Kritisch etwa *Peukert* (Fn. 320), 456 ff., 460 ff., 527 ff. und öfter; Bamberger/Roth/*Wendehorst* (Fn. 227), § 812, Rn. 123. Offengelassen in MünchKommBGB/*M. Schwab* (Fn. 38), § 812, Rn. 251 (die folgenden Erläuterungen liegen freilich auf der Linie der Differenzierungen der Judikatur).

574 BGHZ 71, 86, 97 f. (1978 – Fahrradgepäckträger II); 107, 117, 121 f. (1989). Heute ganz herrschende Meinung; zustimmend etwa *Reuter/Martinek* (Fn. 220), 269; *Koppensteiner/Kramer* (Fn. 222), 81 f.; Jauernig/*Schlechtriem* (Fn. 38), § 812, Rn. 55; Staudinger/*W. Lorenz*, Neubearb. 1999, Vor § 812, Rn. 67; Staudinger/*St. Lorenz* (Fn. 30), Vor § 812, Rn. 67; Bamberger/Roth/*Wendehorst* (Fn. 227), § 812, Rn. 128; MünchKommBGB/*M. Schwab* (Fn. 38), § 812, Rn. 269; *Ellger* (Fn. 167), 785–802.

575 Das Meinungsspektrum ist hier ausgesprochen komplex; besonders weitgehend *Kleinheyer* JZ 1970, 471, 476; *Larenz/Canaris* (Fn. 93), 175 f. (§ 169 I.2.f); *Schurer* (Fn. 557), 122–124. Die wohl herrschende Lehre stellt, neben der Entgeltfähigkeit, auf die Vergleichbarkeit mit immaterialgüterrechtlichen Schutzpositionen ab: *Reuter/Martinek* (Fn. 220), 279–281; MünchKommBGB/*M. Schwab* (Fn. 38), § 812, Rn. 267; Bamberger/Roth/*Wendehorst* (Fn. 227), § 812, Rn. 129; umfassend *Fournier*, Bereicherungsausgleich bei Verstößen gegen das UWG. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des wettbewerblichen Leistungsschutzes, 2. Aufl., 1999, 127–176; im Einzelnen restrik-

Zuweisungsgehalt ab, weil das eine unangemessene Kommerzialisierung der Person bedeute.[576]

Zum anderen soll es aber auch Rechtspositionen geben, die nur mittels der Eingriffskondiktion, nicht aber haftungsrechtlich geschützt werden. Insbesondere gilt dies für die Inhaberschaft an einer Forderung (Forderungszuständigkeit);[577] die Frage nach einem deliktischen Schutz ist hier nicht erst seit Inkrafttreten des BGB kontrovers.[578] Neuerdings lehnen die Höchstgerichte zudem einen Schutz der Internet-Domain als „absolutes" Recht nach § 823 Abs. 1 BGB ab, obgleich die Domain – wie eine Forderung – als eine nach Art. 14 GG geschützte Rechtsposition gilt.[579] Dabei soll hier schon der Vertragsschluss zu einer prioritären Berechtigung an dem Domainnamen führen;[580] das ist in einer Rechtsordnung, die bei einer Kollision von Ansprüchen mehrerer Gläubiger einen Vorrang der älteren Forderung ablehnt,[581] schwer vereinbar mit der These, es handele sich um einen bloßen schuldrechtlichen Anspruch.[582] Dementsprechend soll dem Inhaber eines solchen Domainna-

---

tiver *Ellger* (Fn. 167), 812 ff., 819 ff., 832 ff. Für die Schweiz *Jenny* (Fn. 499), 215–217 mit Überblick zum Meinungsstand.

576 Ausführlich noch einmal *Peukert* (Fn. 320), 825–853.

577 Zur Terminologie treffend *Picker*, in: FS für Claus-Wilhelm Canaris (Fn. 53), 1003–1005.

578 Die Diskussion vor und nach Inkrafttreten des BGB rekonstruiert und analysiert detailliert HKK II/*Michaels* (Fn. 28), Vor § 241, Rn. 9, 23, 45 ff., 66 ff., 71 ff. Gegen einen Schutz bekanntlich von jeher die unspezifische Rechtsprechung, die dabei allerdings nicht zwischen dem Gegenstand und der Inhaberschaft an der Forderung unterschieden hat: RGZ 57, 353–357 (1904); 95, 283, 284 (1919); BGHZ 29, 65, 73 f. (1958 – Stromkabel); aus der Literatur etwa *Hammen* AcP 199 (1999), 591, 599 ff.; *Medicus*, in: FS für Erich Steffen, 1995, 333–345, 340–345. Für einen Schutz der Forderungszuständigkeit demgegenüber *Enneccerus*, Das Bürgerliche Recht. Eine Einführung in das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. I, 1900, 764 (§ 359); *Larenz* II (Fn. 376), 604; *Larenz/Canaris* (Fn. 93), 397 f. (§ 76 II.4.g); *Stoll* AcP 162 (1963), 203, 212; *Canaris*, in: FS für Steffen, *loc. cit*, 85–99, 90 ff. Besonders präzise und klar, auch in den Voraussetzungen *Picker*, in: FS für Claus-Wilhelm Canaris (Fn. 53), 1016–1028; HKK II/*Michaels* (Fn. 28), Vor § 241, Rn. 74.

579 BVerfG NJW 2005, 589 f. (ad-acta.de); BGH NJW 2012, 2034, 2035 f. (Gewinn.de). Siehe auch *Wieland*, in: Dreier (Hg.), Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl., 2013, Art. 14, Rn. 46: dem Sacheigentum vergleichbare Rechtsposition.

580 BGHZ 149, 191, 200 (2010 – Shell.de) mit Verweis auf BGHZ 148, 1, 10 (2001 – Mitwohnzentrale.de): „Gerechtigkeitsprinzip der Priorität". Zum technischen und transnational-rechtlichen Hintergrund *Viellechner*, Transnationalisierung des Rechts, 2013, 127–143.

581 So die Entscheidung des BGB; die vielen Gesetzgebungen und auch die Kodifikationen des 19. Jahrhunderts hatten hier umgekehrt gewertet: HKK II/*Michaels* (Fn. 28), Vor § 241, Rn. 21, 47 m.w.N.

582 Vgl. noch BGHZ 148, 1, 10 (2001 – Mitwohnzentrale.de); hier ist noch verhält-

mens gegenüber dem bei einer WHOIS-Anfrage benannten Scheininhaber der Domain ein Anspruch aus Eingriffskondiktion zustehen, denn mit dem Domainnamen sei ihm ein ausschließliches Verfügungs- und Verwertungsrecht zugewiesen.[583] Der Berechtigte ist für die Berichtigung also nicht auf seine vertraglichen Ansprüche gegenüber dem Deutschen Network Information Center (DENIC) verwiesen, sondern kann seine vertraglichen Rechte auch Dritten gegenüber durchsetzen[584] – freilich nur mit der Eingriffskondiktion, nicht mit einem deliktsrechtlichen Anspruch.

Solche Aussagen passen freilich schlecht zusammen, denn – wie natürlich auch dem BGH bewusst ist – ist der Gegenstand einer Forderung vor Erfüllung dem Gläubiger gerade nicht zugewiesen.[585] Und wenn die Vorsitzende des Haftungssenats das Persönlichkeitsrecht als „weniger ‚absolut'" qualifiziert,[586] so macht sie damit vor allem deutlich, dass die Rechtsprechung mit dem Zentralbegriff eines „absoluten" bzw. Ausschließlichkeitsrechts bei den gesetzlichen Schuldverhältnissen nurmehr wenig anfangen kann. Diese Beobachtungen führen zu der Frage, woher diese Probleme rühren, den Schutzbereich der einzelnen gesetzlichen Schuldverhältnisse dogmatisch adäquat zu beschreiben. Es scheint, als passten die Kategorien der modernen Dogmatik, insbesondere die Unterscheidung von relativen Ansprüchen, Schutzgesetzen und schrankenlosen Ausschließlichkeitsrechten, nicht recht zu den Rechtsfortbildungen im 20. Jahrhundert.

1. Herrschaftsrechte und Schutzgesetze?

Nun würde es zu weit führen, auch diese Fragen noch aus einer umfassenden historischen Perspektive in den Blick zu nehmen: Zu vielschichtig verwoben sind die Geschichten der Begriffe des Eigentums und des subjektiven Rechts,[587] der Differenzierung absoluter und relativer Rechte[588] sowie von

---

nismäßig unbefangen von „Ausschließlichkeitsrechten an einem Gattungsbegriff" die Rede.

583 BGH NJW 2012, 2034, 2026 (Gewinn.de).

584 Die Problematik mag aufgrund technischen Fortschritts mittlerweile „Rechtsgeschichte" sein (*Hoeren* JZ 2013, 475, 476); das juristische Problem bleibt freilich aktuell.

585 Der Verweis des BGH auf den Streit unter Forderungsprätendenten im Falle einer Hinterlegung (BGH NJW 2012, 2034, 2037 [gewinn.de]) führt hier nicht recht weiter. Denn daraus ergibt sich nicht, wem von zwei Vertragsgläubigern der Gegenstand der Forderung zustehen soll.

586 *G. Müller* VersR 2000, 797, 802.

587 Diese Geschichte ist nach wie vor nicht voll verstanden und im Einzelnen umstritten; zu diesen Diskussionen aus je unterschiedlicher Perspektive insbesondere *Tierney*, The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law, and

subjektiven Ausschließlichkeitsrechten und objektiven Verhaltenspflichten. Insbesondere gilt dies für den Zentralbegriff des *dominium*, der niemals nur das bürgerlich-rechtliche Eigentum bezeichnete, sondern für eine umfassende Rechtsmacht stand, die bis ins 17. Jahrhundert auch politische Herrschaftsrechte (*dominium iurisdictionis*)[589] und Rechte am eigenen Körper (*dominium vitae*, *dominium corporis* bzw. *dominium membrorum*) erfassen konnte.[590]

Freilich sind die Grundlagen, auf denen die heutige Dogmatik ruht, insoweit erst im 19. Jahrhundert präzise formuliert worden.[591] Als die Lehre damals begann, „Delictsobligationen" spezifisch als Rechtsfolgen einer Rechtsverletzung zu konzipieren,[592] war es selbstverständlich, die Vermögensrechte in relative Forderungsrechte (Obligationen) und absolute Rechte an Sachen zu gliedern;[593] und dabei bildete das Eigentum das Modell eines absoluten subjektiven Rechts, das seinem Inhaber einen gegen jedermann in jeder Hinsicht geschützten Herrschaftskreis gewährte.[594] Damit war das Paradigma des

---

Church Law 1150–1625, 1997; *Brett*, Liberty, right and nature. Individual rights in later scholastic thought, 1997; aus der deutschen Literatur insbesondere *D. Schwab*, in: Brunner/Conze/Koselleck (Hg.), Geschichtliche Grundbegriffe, Bd. 2, Studienausg. 2004, 65–115; *Willoweit* Historisches Jahrbuch 94 (1974), 131, 144 ff., 147 ff.; *Feenstra*, in: FS für Franz Wieacker, 1978, 209–234, 219 ff.; *Seelmann*, Die Lehre des Fernando Vázquez De Menchaca vom Dominium, 1979, 37 ff.; 49 ff.; 61 ff., 82 ff.; *Deckers*, Gerechtigkeit und Recht. Eine historisch-kritische Untersuchung der Gerechtigkeitslehre des Francisco de Vitoria (1483–1546), 1991, 148 ff.; *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 2014, 23–28, 100–111; w.N. bei *Jansen*, Theologie (Fn. 31), 36–38; *id.*, Haftungsrecht (Fn. 31), 316–321.

588 Siehe insbesondere *Donellus* (Fn. 193), II, VIII, § 1; *Grotius*, Inleiding (Fn. 149), I, I, § 8 sowie II, I, §§ 58 f.; *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, Berlin 1840, 338 ff., 367 ff. Eine instruktiv differenzierende Rekonstruktion der vielschichtigen Geschichte bietet HKK II/*Michaels* (Fn. 28), Vor § 241, Rn. 28–30, 33 f., 39 f., 44; *Jansen*, Haftungsrecht (Fn. 31), 324 f., 328 f., jeweils m.w.N.

589 Vgl. *D. Schwab* (Fn. 587), 76 ff.

590 Näher *Jansen*, Theologie (Fn. 31), 37 f. m.w.N.

591 Zur Frage des Ausgangspunkts im „nie erloteten Brunnenschlund" der Dogmengeschichte *Jansen* ZNR 27 (2005), 202–228.

592 Siehe etwa *Savigny* I (Fn. 588), 338 ff., 367 ff.; *Puchta* (Fn. 76), §§ 261, 303; *id.*, Vorlesungen über das heutige römische Recht, 3. Aufl., hrsgg. von Rudorff, Leipzig 1863, Bd. II, 82 (§ 261); *Arndts* (Fn. 168), §§ 84, 243; *Windscheid* I (Fn. 76), § 101; Bd. II, § 257; vgl. auch § 455, zur *actio legis Aquiliae*. Bereits *Thibaut* hatte die allgemeinen Grundsätze des Deliktsrechts dementsprechend im Rahmen der Lehre vom subjektiven Recht erörtert (I [Fn. 76], §§ 63–68). Die gemeinrechtliche Lehre des Usus modernus hatte hier einfach auf die Sachbeschädigung bzw. Schadenszufügung als solche abgestellt; statt aller *Stryk* (Fn. 165), IX, II, 2 f.

593 Vgl. nur *Puchta* (Fn. 76), §§ 29, 34; *Windscheid* I (Fn. 76), §§ 38–42. Zum Ganzen HKK II/*Michaels* (Fn. 28), Vor § 241, Rn. 39 f.

594 Statt aller *Puchta* (Fn. 76), §§ 29, 140. Das schloss es nicht aus, auch Rechte an der eigenen Person als subjektive Herrschaftsrechte zu konzipieren (so insbesondere

libertären Privatrechtsgesellschaftsdenkens formuliert: Ein verhältnismäßig enges System privater Rechte konstituiert nach außen geschützte, gegenständlich beschreibbare Sphären autonomer Entfaltung, jenseits deren Grenzen ein Feld freier Konkurrenz beginnt.[595] Freilich waren bereits im 19. Jahrhundert die Grenzen dieses Modells nicht zu übersehen: Es genügte nicht zur Beschreibung der römischen Deliktsklagen und hätte auch, hätte man es jemals konsequent umgesetzt, echte Schutzlücken gerissen. Denn schon der Betrug (*actio doli*) ließ sich nicht als eine Rechtsverletzung in diesem Sinne beschreiben.[596] Die Lehre ergänzte den Deliktsbegriff[597] der „Rechtsverletzung" deshalb noch um die alternative Kategorie des „Verbotenen Verhaltens" und zum Teil auch um die Sittenwidrigkeit.[598] Ein Delikt wie der Betrug wurde also nicht als Verletzung eines subjektiven Rechts begriffen – als hätte es kein Recht gegeben, nicht betrogen zu werden.

Diese Theorie führte freilich so lange nicht zu besonderen Schwierigkeiten, wie sie im Wesentlichen nur der Explikation der römischen Quellen diente und das Netz obrigkeitlicher Regulierung locker geknüpft war.[599] Für die Beschreibung eines Delikts wie des Betrugs war der Gedanke der Verletzung eines subjektiven Rechts durchaus entbehrlich. Das gemeine Recht verfügte nicht einmal über eine eigentliche Schutzgesetzdoktrin: Die Gesetze vor dem BGB statuierten keine Schutzzweckerfordernisse wie § 823 Abs. 2 BGB;[600] und auch die einschlägige gemeinrechtliche Literatur hat solche Überlegungen lange Zeit nicht angestellt.[601] Erst in der späteren Judikatur des Preußischen Obertribunals finden sich haftungsrechtliche Entscheidungen, die einen Anspruch unter dem Gesichtspunkt des Schutzzwecks der verletzten Norm ab-

---

Windscheid I [Fn. 76], § 40), freilich brauchte man dies nicht im Einzelnen zu entfalten, weil offensichtlich war, dass solche Rechte nicht übertragbar waren und deshalb nur insoweit relevant waren, als ihre Verletzung Haftungsansprüche begründen konnte.

595 Instruktiv *Auer* (Fn. 587), 29–45, 93 f., 104–106; *Picker*, in: Riesenhuber (Hg.), Privatrechtsgesellschaft. Entwicklung, Stand und Verfassung des Privatrechts, 2009, 207–270, 241–251.

596 *Windscheid* I (Fn. 76), § 101.

597 Die Frage wurde üblicherweise im Rahmen der Lehre vom „unerlaubten Verhalten" erörtert, wobei diese Lehre den Allgemeinen Teil des Deliktsrechts bildete: statt aller *Windscheid* I (Fn. 76), § 101.

598 *von Wening-Ingenheim* (sen.), Lehrbuch des Gemeinen Civilrechtes, 4. Aufl., München 1831 f., Bd. I, 238 (§ 100); *Windscheid* I (Fn. 76), § 101, Bd. II, § 257.

599 Zur gemeinrechtlichen Haftung für Verstöße gegen Schutzgesetze, die sich durchaus bis zu Bartolus rückverfolgen lässt, *Jansen*, Haftungsrecht (Fn. 31), 275, 399 f. m.w.N.

600 Vgl. insbesondere auch I, 6, § 26 ALR, der zwar auf den Schutznormcharakter von Polizeigesetzen abstellt, dann aber eine unbeschränkte Haftung für das *versari in re illicita* anordnet.

601 Eben Fn. 598.

weisen – sonst fehle es am „Kausalnexus zwischen dem erwachsenen Schaden und der Uebertretung der Polizeiverordnung".[602] Ebenso judizierte dann alsbald auch die gesamtdeutsche Rechtsprechung.[603] Angesichts des rasch wachsenden Bestands öffentlich-rechtlicher Regulierung war am Ende des 19. Jahrhunderts offensichtlich geworden, dass nicht jeder Verstoß gegen eine Norm des öffentlichen Rechts zu einer zivilrechtlichen Haftung führen konnte.

Der heutige § 823 Abs. 2 BGB knüpft an diese Judikatur an.[604] Die Schutzzwecklehre bildet also das Ergebnis einer Integration öffentlich-rechtlicher Regulierungen in das private Haftungsrecht: § 823 Abs. 2 BGB macht öffentlich-rechtliche Verhaltensstandards zu Bausteinen im System des bürgerlichen Haftungsrechts.[605] Für diese Verknüpfung musste die Dogmatik allerdings, was selten klar gesehen wird,[606] Schutzgesetze zur Grundlage subjektiver Privatrechte machen; und das bedeutet, dass § 823 Abs. 2 BGB gerade nicht einer anderen Logik folgt als Abs. 1: In allen Fällen des § 823 BGB sanktioniert die Haftung die Verletzung eines subjektiven Rechts. Die Schutzzwecklehre rekurriert nämlich von jeher auf dieselben Kriterien wie die öffentlich-rechtliche Schutznormtheorie:[607] Der Anspruch auf Schadensersatz setzt voraus, dass der durch die Norm bewirkte Individualschutz nicht lediglich eine mit-

---

[602] Preuß. OTr., StrArch 81, 34, 36 ff. (1870); die Literatur zum preußischen Privatrecht hat dem zugestimmt: *Dernburg* (Fn. 344), 830; *von Rönne*, Ergänzungen und Erläuterungen der preußischen Rechtsbücher, Bd. I, 6. Aufl., Berlin 1874, 248.

[603] ROHGE 20, 165, 171 (1876); RG, Gruchot 25, 952, 953, Nr. 68 (1881).

[604] Die Vorläufer des heutigen § 823 Abs. 2 BGB enthielten allerdings noch keine Schutzzweckerfordernisse; siehe insbesondere den Entwurf *von Kübels*: Unerlaubte Handlungen, 12 ff., in: Schubert (Hg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Recht der Schuldverhältnisse, Bd. 3, 1980, 653–734; §§ 181 f. Dresdener Entwurf; § 704 E I BGB. Das heutige Schutzzweckerfordernis geht erst auf die Vorkommission des Reichsjustizamts zurück. Dabei wurde die heutige Klausel als Alternative zur Vorhersehbarkeit diskutiert; sie sollte die deliktische Haftung für Gesetzesverletzungen in ihrer Reichweite begrenzen und in ihren Voraussetzungen präzisieren; dazu näher HKK III/*Schiemann* (Fn. 28), §§ 823–830, 840, 842–853, Rn. 22–24, 79 m.w.N.; zum Ganzen auch *Spickhoff*, Gesetzesverstoß und Haftung, 1998, 7 ff., 12 ff. m.w.N.

[605] Dies bildet den Grund, warum letztlich autonom privatrechtliche Wertungen des bürgerlichen Haftungsrechts für die Integration öffentlich-rechtlicher Standards maßgeblich sein müssen; statt aller MünchKommBGB/*Wagner* (Fn. 38), § 823, Rn. 387, 409.

[606] Siehe aber *Picker* AcP 176 (1976), 28, 34 ff. und insbesondere 41–47 zum quasinegatorischen Rechtsschutz bei Verletzung nachbarschützender öffentlicher Bauvorschriften; *id.*, in: FS für Hermann Lange (Fn. 53), 670 ff., 680 ff.: „subjektivrechtliche Positionen", mit denen das öffentliche Recht eine „privatrechtliche Güterzuordnung" leiste (680); zusammenfassend und verallgemeinernd *id.* JZ 2010, 541, 551; ferner *Hoffmann* (Fn. 557), 46 f.

[607] BGHZ 66, 354, 355 f. (1976); MünchKommBGB/*Wagner* (Fn. 38), § 823, Rn. 408.

telbare Reflexwirkung bildet; vielmehr muss die Norm dem Verletzten ein entsprechendes subjektives Recht einräumen.[608] Zwar ist der Verletzte hinsichtlich der fraglichen Rechtspflicht häufig nicht dispositionsbefugt, doch findet dies seine Erklärung entweder in der Natur der Sache (man kann einer Verfügung zustimmen, aber nicht in eine Täuschung einwilligen) oder darin, dass die fragliche Norm auch Rechte Dritter schützt. Dachte *Windscheid* also, man habe einen Anspruch auf Schadensersatz, *obwohl* es kein Recht gebe, nicht betrogen zu werden, so sind wir heute der Überzeugung, dass dem Geschädigten Schadensersatz zusteht, *weil* sein Recht, nicht betrogen zu werden, verletzt wurde. Und eine Verletzung von Insolvenzantragsvorschriften berechtigt die Gläubiger genau deshalb zum Schadensersatz, *weil* ihnen ein Recht zusteht, dass ein Insolvenzantrag gestellt wird, und dass das rechtzeitig geschieht. Die scheinbar fundamentalen normtheoretischen Unterschiede[609] zwischen der Haftung für eine Rechtsverletzung und der „Haftung für Verletzung objektiven Rechts" sind damit weitgehend eingeebnet.[610]

Vor diesem Hintergrund erweist sich nun aber auch die alte Vorstellung als irreführend, auf dem Felde reiner Vermögensinteressen herrsche unbegrenzte Freiheit und Konkurrenz, während subjektive Rechte ihrem Inhaber einen gegenständlich beschreibbaren Herrschaftsraum zuweisen sollen, der zwar schrankenlos, aber immer nur negativ durch Eingriffsverbote geschützt ist.[611] Einerseits war die Freiheit des Marktes immer schon durch die berechtigten Verhaltenserwartungen anderer begrenzt, für die das subjektive Recht, nicht betrogen zu werden, paradigmatisch steht. Es ist letztlich eine Frage der Zweckmäßigkeit, ob die Dogmatik diese Rechte gegenständlich beschreibt, wie die Rechtsprechung das – nicht zuletzt aus Gründen historischer Kontinuität[612]

---

[608] Im öffentlichen Recht betrifft die parallele Schutznormtheorie dementsprechend von jeher die Frage subjektiv-öffentlicher Rechte im verwaltungsgerichtlichen Verfahren (§ 113 Abs. 1, S. 1, Abs. 5, S. 1 VwGO); siehe nur BVerwGE 1, 83 (1954); 27, 29, 31 f. (1967); *Bachof*, in: GS für Walter Jellinek, 1955, 287–307, 288 f., 292 ff., 296 ff. Die öffentlich-rechtliche Lehre knüpfte terminologisch zwar an die Lehre *Jherings* an, der im Rahmen seiner Interessentheorie „Reflexwirkungen" rechtlicher Tatsachen von subjektiven Rechten unterschieden hatte (z.B. in JhJb 10 [1871], 245–254); sie fragte dabei aber immer auch nach der Rechtsmacht des Begünstigten.

[609] Die Verkürzung des Verschuldensbezugs ist an dieser Stelle nicht von Bedeutung; zu Recht kritisch MünchKommBGB/*Wagner* (Fn. 38), § 823, Rn. 385 m.w.N.

[610] Ähnlich *Schurer* (Fn. 557), 69 ff., 84 ff.

[611] Exemplarisch aus jüngerer Zeit *Picker* JZ 2010, 541, 544 (für das Eigentum) – Picker hat freilich stets privatrechtsbegründende öffentlich-rechtliche Normen in seine Konzeption miteinbezogen. Verallgemeinernd *Peukert* (Fn. 320), 527, 891 und *passim*: „Spannungsverhältnis zwischen dem Individualinteresse am exklusiven Haben und der allgemeinen Handlungsfreiheit der Ausgeschlossenen"; ähnlich *Ellger* (Fn. 167), z.B. 812.

[612] HKK III/*Schiemann* (Fn. 28), §§ 823–830, 840, 842–853, Rn. 95 m.N.

– beim Gewerbebetrieb tut, oder ob man von gesetzlich statuierten Verhaltenspflichten ausgeht, wie das im Wettbewerbsrecht der Fall ist.[613] Das gilt umso mehr, als öffentliche Standards häufig die Reichweite subjektiver Eigentums- und Persönlichkeitsrechte erweitern, indem sie auch positive Hilfspflichten statuieren; deutlich ist das im öffentlichen Nachbarrecht oder bei § 323c StGB.[614]

Andererseits erweist sich aber auch die Vorstellung eines schrankenlos absolut gegen jeden Eingriff geschützten Herrschaftsraums des Eigentümers als schief.[615] Das gilt schon nach privatrechtlichen Maßstäben, weil mittelbare Verletzungen nur so weit rechtswidrig sein können, wie der Schädiger verkehrspflichtig ist.[616] Vor allem aber vermochte die privatrechtliche Vorstellung eines umfassend gewährleisteten Herrschaftsbereichs des Eigentümers allenfalls so lange einzuleuchten, wie die Lehre die vielfältigen Normen, die das Eigentum schon immer beschränkt haben, als privatrechtsdogmatisch irrelevantes öffentliches Recht abtat;[617] damit gab es innerhalb der dogmatischen Argumentation von vornherein keinen Raum und auch keine Notwendigkeit für eine Reflexion der sozialen Funktionen subjektiver Rechte.[618] Heute ist all das kaum mehr plausibel; die Vorstellung schrankenlos absoluter Herrschafts- bzw. Monopolrechte sollte deshalb überholt sein: Gegenstand rechtlicher Zuweisungsentscheidungen sind niemals Gegenstände der empirischen Welt, also Nutzungen oder faktische Monopole,[619] sondern allein subjektive Rechtspositionen. Es geht immer um Ansprüche, Freiheiten und Befugnisse,[620] mit

---

[613] Vgl. *Picker*, in: FS für Hermann Lange (Fn. 53), 681; *Larenz/Canaris* (Fn. 93), 170 (§ 69 I.1.c).

[614] Folgerichtig qualifiziert der BGH deshalb auch § 323c StGB als Schutzgesetz i.S. des § 823 Abs. 2 BGB: BGHZ 197, 225, 227–229 (2013). Die Kritik der Literatur entzündet sich vor allem am rechtspolitischen Unbehagen an der strafrechtlichen Schutzpflicht; vgl. *Loyal* JZ 2014, 306 ff., 308. Aber das ist eine Entscheidung des Gesetzgebers, die die Zivilrechtsdogmatik nicht unterlaufen darf.

[615] Näher unten bei Fn. 667 zur Lehre Pickers und Lobingers.

[616] Statt aller Palandt/*Sprau* (Fn. 38), § 823, Rn. 46: Es gebe kein allgemeines Verbot, andere zu gefährden; *Larenz/Canaris* (Fn. 93), 400–403 (§ 76 III.1.).

[617] Historisch statt aller *D. Schwab* (Fn. 587), 74 ff.; *Auer* (Fn. 587), 130–133; privatrechtsdogmatisch *Picker* JZ 2010, 541, 548 f.

[618] Das ist umso bemerkenswerter, als die Bodenreformen des 18. und frühen 19. Jahrhunderts typischerweise auf ein solides sozial- und wirtschaftspolitisches Fundament gegründet waren; näher *D. Schwab* (Fn. 587), 89 ff. m.w.N. Zu den späteren sozialwissenschaftlich reflektierten Eigentumstheorien Jherings und Duguits *Auer* (Fn. 587), 133–136 m.w.N. Heute verfolgt einen solchen Ansatz insbesondere *Wielsch*, Zugangsregeln. Die Rechtsverfassung der Wissensteilung, 2008.

[619] Genau davon ist die Zuweisungstheorie freilich von jeher ausgegangen; statt aller *von Caemmerer* (Fn. 225), 352–354; *Larenz/Canaris* (Fn. 93), 169 f. (§ 69 I.1.b). Schief deshalb auch *Jansen*, Haftungsrecht (Fn. 31), 495 ff.

[620] Besonders klar *Picker* JZ 2010, 541, 544 und *passim*; vgl. auch *Fournier* (Fn. 575),

denen das Recht mittelbar das Vertrauen in die Integrität von Rechtsgütern und in das normkonforme Verhalten anderer schützt.

Sämtliche subjektiven Rechte weisen ihrem Inhaber also gleichermaßen einen mehr oder weniger begrenzten Herrschaftsbereich zu, der sich auf einer gleitenden Skala zwischen den Idealtypen einer nach § 823 Abs. 2 BGB drittschützenden Verbotsnorm wie § 263 StGB einerseits und des Eigentums andererseits verorten lässt.[621] Nur auf einer solchen Skala lassen sich die vielen seit dem 19. Jahrhundert neu etablierten subjektiven Rechte – vom Patent bis zur Persönlichkeit – adäquat beschreiben; und nur so werden sich sachgerechte Lösungen für neue Konflikte wie bei Internet-Domains finden lassen. Denn nur auf diese Weise kann die Dogmatik den erforderlichen Raum für die gerade bei neuen Rechten an immateriellen Gütern und bei Persönlichkeitsrechten nötigen Eingriffs- und Nutzungsbefugnisse Dritter konzipieren.[622] Die richtige Antwort auf die offensichtlichen Freiheitsgefährdungen infolge der Dynamik der Propertisierung knapper Güter besteht jedenfalls nicht darin, einerseits die gesetzlich etablierten Eigentumsrechte schrankenlos zu schützen und andererseits die Entstehung neuer Eigentumsrechte zu verhindern.[623] Sie besteht aber auch nicht darin, Regulierung und Propertisierung als Alternativen gegeneinander auszuspielen[624] – deutlich zeigen das etwa die komplexe Regulierung des (Grund-)Eigentums oder das Zusammenspiel von Ausschließlichkeitsrechten und Verhaltensnormen bei der wettbewerbsrechtlichen Marktregulierung. Erforderlich ist vielmehr eine Zuweisungs- bzw. Propertisierungsdogmatik mit Augenmaß: eine sachgerechte Begrenzung der Reichweite von Zuweisungsentscheidungen.[625] Die alte Vorstellung, absolute Rechte seien gegen jedermann geschützt, bleibt also plausibel und gilt auch für die schutzgesetzlich begründeten Rechtspositionen. Überholt ist demgegenüber die Vorstellung, „absolute" subjektive Rechte seien gegen jede Störung zu schützen.

66–81. Ähnlich bereits *Kleinheyer* JZ 1970, 471, 475, der allerdings gleichwohl die Grundlage des Bereicherungsanspruchs in der Inanspruchnahme des fremden Rechtsguts gesehen hat: *loc. cit.*, 475.

[621] Auch insoweit in der Beobachtung treffend *Auer* (Fn. 587), 111–119 m.w.N. (mit Bezug allerdings vor allem auf den Übergang von absoluten zu relativen Rechten); *Schurer* (Fn. 557), 96 f., 126.

[622] Vgl. aus der deutschen Diskussion *Auer* (Fn. 587), 152–158; *Wielsch* (Fn. 618), 12–116 und *passim*; dazu *Gutmann* RW 2010, 194–203. Siehe auch die Betonung der Schranken von Immaterialgüterrechten bei *Jenny* (Fn. 499), 208. Das Problem zieht sich bereits durch die Naturrechtstheorie: *Klippel* ZGE 7 (2015), 49, 63 f.

[623] So insbesondere *Peukert* (Fn. 320), 532, 717 ff., 790 ff. und *passim*.

[624] So aber offenbar *Auer* (Fn. 587), 144 ff., 158.

[625] Siehe auch *Schlechtriem* II (Fn. 266), 90 f.

2. Rechte und geschützte Rechtsgüter

Differenzierte Zuweisungsentscheidungen sind freilich schwierig, wo man den Gegenstand rechtlicher Zuweisungsentscheidungen gegenständlich im geschützten Rechtsgut und seiner Nutzung, nicht im schützenden Recht sieht.[626] Eine Sache kann nur als Ganze zugewiesen sein oder nicht; nur Rechte an der Sache lassen sich differenziert verteilen. Die österreichische Lehre, die im Deliktsrecht bekanntlich ohne einen Katalog besonders geschützter Rechtsgüter auskommen muss, sieht das seit langem sehr deutlich: Würde hier kein Erfordernis einer Rechtsverletzung gelten, so würde das auf eine inakzeptable, vom Gesetz offensichtlich nicht gewollte umfassende Haftung für primäre Vermögensschäden hinauslaufen.[627] Demgegenüber geht die deutsche Dogmatik sowohl im Haftungsrecht als auch im Rahmen der Eingriffskondiktion regelmäßig über das Erfordernis einer Rechtsverletzung hinweg. Offenbar erscheint dies Erfordernis angesichts des engen Rechtsgüterkatalogs überflüssig. Gleichwohl gilt: (Nur) wenn das gesetzliche Erfordernis einer Rechtsverletzung dogmatisch ernstgenommen wird, ist die Parallelisierung der Schutzbereiche der gesetzlichen Schuldverhältnisse plausibel.

Ein von jeher vieldiskutiertes Beispiel bietet die Frage nach dem Deliktsschutz der – kondiktionsrechtlich nach § 816 Abs. 2 BGB bzw. Art. 62 OR[628] geschützten – Forderungsinhaberschaft.[629] Zwar verpflichtet die Forderung nur den Schuldner, doch ist sie dem Gläubiger *erga omnes* als sein „Forderungseigentum"[630] zugeordnet.[631] Dem Gläubiger ist also exklusiv die Rechtsmacht zugewiesen, über die Forderung zu disponieren. Dies Dispositionsrecht bildet also ein „sonstiges" Eigentumsrecht, das folgerichtig nicht nur

---

[626] Nachweise eben Fn. 619–620.

[627] Näher *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht, Bd. II, 2. Aufl., 1984, 20 f. Weniger klar, in der Sache aber ebenso, formuliert dies die schweizerische Lehre: Basler Kommentar/*Schulin* (Fn. 227), Art. 41, Rn. 31, 35: „Schutzstellung" des Verletzten.

[628] *Schwenzer* (Fn. 222), Rn. 57.08 m.w.N. Mangels spezieller Regelung ist hier die allgemeine Eingriffskondiktion nach der Generalklausel des Art. 62 OR einschlägig.

[629] Statt aller HKK II/*Michaels* (Fn. 28), Vor § 241, Rn. 23, 45–47, 71–74.

[630] HKK II/*Michaels* (Fn. 28), Vor § 241, Rn. 28–33. In diesem Sinne hat die Naturrechtslehre Forderungen von jeher als Eigentumsrechte konzipiert: *Lessius* (Fn. 160), II, III, II, *n.* 8; *Grotius* (Fn. 43), II, II, § 1. *Wolff* konzipierte die Abtretung deshalb als Übereignung einer unkörperlichen Sache: (Fn. 79), §§ 313 ff., 338. Ein ähnliches Verständnis gilt heute in Frankreich und England: *Terré/Simler/Lequette*, Les obligations, 10. Aufl., 2009, Rn. 1274 f., 1286 f.; s. 136 (1) English Law of Property Act (1925); *Smith/Leslie*, The Law of Assignment, 2. Aufl., 2013, Rn. 1.01, 2.01 und *passim*: ‚intangible property'. Auch verfassungsrechtlich gilt die Verfügungsbefugnis des Gläubigers als ein privates Eigentumsrecht: Dreier/*Wieland* (Fn. 579), Art. 14, Rn. 58 m.w.N.

[631] *Neuner*, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse, Kiel 1866, 14 f.; HKK II/*Michaels* (Fn. 28), Vor § 241, Rn. 9, 66 f.

kondiktionsrechtlich, sondern auch haftungsrechtlich geschützt sein sollte.[632] Probleme bereitet ein solcher Schutz nur dann, wenn man den faktischen Bestand der Forderung als das deliktische Schutzgut ansieht. Denn dann wäre in der Tat nicht einzusehen, warum Einwirkungen Dritter auf den Forderungsgegenstand irrelevant sein sollen, obwohl sie die Forderung ebenso zum Erlöschen bringen können (§ 275 BGB) wie eine Verfügung über das Recht. Aber das würde verkennen, dass die Forderungsinhaberschaft heutzutage[633] kein gegen Dritte geschütztes Recht an der Sache vermittelt, solange sie nicht wie der Unterhaltsanspruch (§§ 844 f. BGB)[634] oder die obligatorischen Besitzrechte[635] „verdinglicht" bzw. vergegenständlicht ist.[636]

Umgekehrt bezweifelt insbesondere *Picker* die deutsche Stromkabeljudikatur, wonach, wer ein Stromkabel beschädigt, zwar für die daraus folgenden Verletzungen der nach § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechtsgüter, nicht aber für sonstige (Betriebsausfall-)Schäden einzustehen hat.[637] In der Tat bedeutet eine Unterbrechung der Stromzufuhr auch dann nicht automatisch eine Eigentumsverletzung, wenn dadurch mittelbar Bruteier oder Bakterienkulturen zugrunde gehen. Der Anspruch auf Stromlieferung richtet sich nämlich nur gegen den Versorger; und das Recht des Eigentümers, mit seinen Sachen nach Belieben zu verfahren, impliziert normalerweise keine Ansprüche gegen Dritte, seine Sachen zu schützen.[638] Wenn Eier vernichtet werden, weil Öl oder Kohle aufgrund eines Verkehrsunfalls zu spät geliefert werden, kann

---

632 *Dörner*, Dynamische Relativität, 1985, 64–66; *Picker*, in: FS für Claus-Wilhelm Canaris (Fn. 53), 1007 f., 1014–1016; *Hoffmann* (Fn. 557), 104 ff.; HKK II/*Michaels* (Fn. 28), Vor § 241, Rn. 71 ff., 74, jeweils m.w.N. zur Diskussion. Deshalb besteht selbstverständlich weder ein deliktischer noch ein kondiktionsrechtlicher Anspruch, wenn lediglich der Forderungsgegenstand vernichtet wird und die Forderung infolgedessen erlischt. So treffend auch *Koziol* (Fn. 627), 56 f. Die österreichische Lehre diskutiert hier noch die Verleitung zum Vertragsbruch als Frage der Außenwirkung relativer Rechte; näher *Koziol*, *loc. cit.*, 41 ff. m.w.N.

633 Selbstverständlich oder gar eine begriffliche Notwendigkeit ist das freilich nicht; dienstvertragliche Ansprüche gegen Gesinde und Arbeiter waren bis ins 19. Jahrhundert auch gegen Dritte geschützt: HKK II/*Michaels* (Fn. 28), Vor § 241, Rn. 47 m.w.N.

634 Der BGB-Gesetzgeber ging hier davon aus, absolute Familienrechte zu schützen: HKK II/*Michaels* (Fn. 28), Vor § 241, Rn. 23 m.N.

635 *Dörner* (Fn. 632), 58 f.

636 Zum Begriff und zur Diskussion im 20. Jahrhundert HKK II/*Michaels* (Fn. 28), Vor § 241, Rn. 53–56.

637 BGHZ 41, 123, 126 ff. (1964 – Bruteier), im Einklang mit einer verbreiteten europäischen Judikatur: BGE 106 II, 75 ff. (1980); *Spartan Steel and Alloys Ltd.* v *Martin & Co.*, [1973] 1 QB 27, 38 (Lord *Denning*). Für einen Überblick *Ranieri* (Fn. 353), 1504–1538.

638 Vgl. aber *Wilhelm*, Sachenrecht, 4. Aufl., 2010, Rn. 66a, der einen – folgerichtig auch haftungsrelevanten – Anspruch analog § 904 BGB erwägt.

der Eigentümer deshalb nicht gegen den Dritten Unfallverantwortlichen, sondern nur gegen seinen Vertragspartner vorgehen.[639] Kommt jemand auf einer Treppe zu Schaden, weil die Haushaltshilfe schlecht gewischt hat, so richtet sich sein deliktischer Anspruch ja ebenfalls grundsätzlich nur gegen den verkehrspflichtigen Hauseigentümer; nur diesem war die Haushaltshilfe verbunden, nicht auch Dritten gegenüber verkehrspflichtig. Ganz auf dieser Linie hat auch der österreichische OGH deshalb eine Eigentumsverletzung bei einer Unterbrechung der Stromzufuhr verneint.[640] Zwingend ist ein solches Argument indes nicht. Zum einen kann, wer bei Bodenarbeiten mit Versorgungsleitungen rechnen muss, durchaus auch Dritten Beziehern gegenüber verkehrspflichtig werden. Gewiss ist eine solche Verkehrspflicht (bzw. Obliegenheit) begründungsbedürftig, doch ist eine solche Begründung nicht von vornherein ausgeschlossen. Auch ein Reinigungsunternehmen ist selbstverständlich verkehrspflichtig, wo es Dritte besonderen Gefahren aussetzt.[641] Zum anderen ist es heutzutage nicht mehr unplausibel, vertragliche Rechte auf Energie in dem Sinne zu „verdinglichen", dass der vertragliche Anspruch auf Energiebezug auch Dritten gegenüber geschützt wird. Freilich wäre dann bei einer Stromunterbrechung konsequent auch der dadurch verursachte Betriebsausfallschaden zu ersetzen.[642]

Problematischer erscheint die Frage nach den zugewiesenen Rechtspositionen allerdings bei der Eingriffskondiktion. Das liegt zum einen daran, dass die herrschende Lehre vom Zuweisungsgehalt hier ursprünglich geradezu axiomatisch annahm, dass die Verletzung bloßer Verhaltenspflichten gerade keinen Bereicherungsanspruch auslösen solle. *von Caemmerer* hatte diese Lehre nämlich als Gegenmodell zu den Rechtswidrigkeitstheorien der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts formuliert, wonach jeder rechtswidrig erlangte Gewinn herauszugeben war;[643] und er hatte deshalb die „güterzuordnende Funktion des Eigentums" in den Mittelpunkt seiner Lehre gestellt.[644] Gegenstand der Zuweisung waren also nicht subjektive Rechte, sondern die Nutzung und der Gebrauch des geschützten Rechtsguts. Wer bei der Verletzung einer Verbots-

---

[639] *Picker*, in: FS für Claus-Wilhelm Canaris (Fn. 53), 1012 f.; ausführlicher *id.*, in: FS für Helmut Koziol (Fn. 53), 813–834, 819–821, 824–826; zusammenfassend *id.* JZ 2010, 541, 544. Insbesondere kritisiert Picker zu Recht, dass der BGH ohne Weiteres eine Kausalitätsprüfung an die Stelle einer Analyse des verletzten Rechts treten lässt. Ähnlich bereits frühere Stimmen; vgl. etwa *Zeuner*, in: FS für Werner Flume, Bd. I, 1978, 775–787, 784 f. Die übrige Lehre hat das bislang allerdings weithin ignoriert.

[640] OGH JBl 1976, 210, 211 (Bakterienkulturen).

[641] MünchKommBGB/*Wagner* (Fn. 38), § 823, Rn. 325 f. m.w.N.

[642] *Jansen*, Haftungsrecht (Fn. 31), 506 f. m.w.N.

[643] Nachweise oben Fn. 274.

[644] *von Caemmerer* (Fn. 225), 352 ff.

norm einen Anspruch aus Eingriffskondiktion gewähren wollte, musste sich deshalb vorhalten lassen, er lasse „die bloß tatsächlichen Erwerbsaussichten … als Grundlage eines Bereicherungsanspruchs genügen".[645] Zum anderen leidet die Diskussion darunter, dass die Eingriffskondiktion in diesen Fällen bis heute häufig als vorteilsorientierte Gewinnhaftung konzipiert wird[646] und damit rechtspolitisch in einem schiefen Licht erscheint. Demgegenüber ist daran festzuhalten: Bei der Eingriffskondiktion kann es immer nur um einen Ausgleich für das Recht gehen, das der Eingreifer sich zu eigen macht; die Gewinnhaftung steht unter besonderen Voraussetzungen.[647] Wer eine nachbarschützende Baurechtsnorm wie beispielsweise eine Bauabstandsregelung verletzt, braucht nur unter den besonderen Voraussetzungen der Gewinnhaftung sämtliche dadurch erlangten Vorteile herauszugeben; andernfalls schuldet er lediglich den Betrag, der für die entsprechende nachbarliche Gestattung zu leisten gewesen wäre.

Zwar beruht der Anspruch aus Eingriffskondiktion gewiss nicht auf der Rechtswidrigkeit des Eingriffs als solcher. Aber er beruht eben auch nicht auf der Aneignung eines fremden Rechtsguts oder auf der Usurpierung von Erwerbsaussichten eines Konkurrenten. Grundlage der Eingriffskondiktion ist vielmehr spezifisch der Eingriff in den Zuweisungsgehalt des verletzten subjektiven Rechts.[648] Im Wettbewerbsrecht liegt dieser Zusammenhang besonders deutlich zutage, denn Normen wie die §§ 17 f. UWG gewähren dem Geschützten offensichtlich die Möglichkeit einer entgeltlichen Gestattung; die herrschende Lehre bejaht insoweit ganz folgerichtig einen Zuweisungsgehalt.[649] Gleiches muss konsequent aber bei jeder Verletzung individualschützender Verbotsgesetze (im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB)[650] und auch beim Ein-

---

[645] *von Caemmerer* (Fn. 225), 396–400 m.w.N. Von Caemmerer wandte sich mit dieser Formulierung freilich auch gegen Stimmen innerhalb seines eigenen Lagers, die Wettbewerbsverstöße unter Umständen auch bereicherungsrechtlich sanktionieren wollten; so insbesondere *Wilburg* (Fn. 227), 44 f., freilich ohne klare Erklärung.

[646] So bereits *Wilburg* (Fn. 227); siehe oben bei Fn. 484; später insbesondere *Jakobs* (Fn. 274), 115 ff. (zum Anspruch bei Verletzung von gesetzlichen Verboten), 17 ff., 72 ff., 128 ff. (zum Anspruch auf den Eingriffsgewinn); *Haines* (Fn. 491); *Kellmann* (Fn. 236), 144–154 und *passim*. Heute etwa *Fournier* (Fn. 575), 178 ff.; *Schurer* (Fn. 557), 61–66, 122–124.

[647] Oben VI.3.

[648] Eben Fn. 619–620.

[649] Nachweise oben Fn. 575.

[650] Auf dem Boden der Zuweisungslehre insbesondere *Picker*, in FS für Hermann Lange (Fn. 53), 683 ff., 685; *id.* JZ 2010, 541, 551; *Schurer* (Fn. 557), 9, 77 ff. und *passim*; *Larenz/Canaris* (Fn. 93), 170 f. (§ 69 I.1.c). Ansprüche aus Eingriffskondiktion sind freilich häufig nicht entscheidungsrelevant, weil dem Geschädigten typischerweise ohnehin ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB zusteht; in den Fällen des § 263 StGB kann

griff in den Gewerbebetrieb[651] durch eine Schutzrechtsverwarnung gelten: Wer sich hier auf den Standpunkt stellt, dass eine unberechtigte Schutzrechtsverwarnung den Betroffenen in einem deliktisch oder wettbewerbsrechtlich[652] geschützten subjektiven Recht verletze, kann nicht ohne Widerspruch einen Anspruch aus Eingriffskondiktion ablehnen:[653] Wer ein Immaterialgüterrecht verletzt, schuldet als Bereicherungsausgleich den Betrag, der für die Gewährung einer entsprechenden Lizenz zu zahlen gewesen wäre. Wer sich eines solchen Ausschließlichkeitsrechts erfolgreich berühmt, obgleich es ihm nicht zusteht, muss deshalb, wenn seine Verwarnung unberechtigt war und damit ein Recht des Verwarnten verletzt hat, umgekehrt um eben diese angemaßte Rechtsposition bereichert sein.[654] Er hat folglich den Wert einer vergleichbaren Lizenz selbst dann zu erstatten (§ 818 Abs. 2 BGB), wenn der Verwarnte nach § 1 GWB gehindert gewesen wäre, sich freiwillig zur Unterlassung der beanstandeten Tätigkeit zu verpflichten.[655]

Dagegen bleibt der bekannte Einwand, mit einem solchen Argument würden Erwerbschancen propertisiert und der freie Wettbewerb beeinträchtigt,[656] vordergründig. Denn die Wettbewerbsbeeinträchtigung besteht hier in der unberechtigten Schutzrechtsverwarnung, nicht erst in einem zeitlich nach-

---

der Getäuschte zudem in der Regel aus einer Leistungs- oder Rückgriffskondiktion vorgehen. Denn wo andere Rechtsordnungen typologisch einen Eingriff sehen, bejaht die deutsche Rechtsprechung regelmäßig eine Leistung: *Schlechtriem* II (Fn. 266), 83, 85 m.w.N.

[651] Einen möglichen Zuweisungsgehalt einzelner Aspekte des Rechts am Gewerbebetrieb bejahen mit im Einzelnen divergierenden Begründungen *Kleinheyer* JZ 1970, 471, 475 f.; *Koppensteiner/Kramer* (Fn. 222), 81 f.; *Reuter/Martinek* (Fn. 220), 269 f.; Staudinger/*W. Lorenz* (Fn. 574), Vor § 812, Rn. 72; Staudinger/*St. Lorenz* (Fn. 30), Vor § 812, Rn. 72.

[652] Für einen Schutz nur nach § 1 UWG insbesondere *von Caemmerer* (Fn. 62), 89 f.; *Larenz/Canaris* (Fn. 93), 538–562 (§ 81); umfassend auch *Sack*, Das Recht am Gewerbebetrieb, 2007; zustimmend MünchKommBGB/*Wagner* (Fn. 38), § 823, Rn. 254.

[653] Vgl. auch *Auer* (Fn. 587), 127 f.: In der Rechtsprechung werde der „hypothetische Umriss eines Immaterialgüterrechts" erkennbar. Anders freilich die ganz herrschende Lehre; oben Fn. 574. Führende Vertreter der Zuweisungslehre haben freilich – gewiss nicht ohne gute Gründe – die vorgängige Entscheidung des BGH kritisiert, unberechtigte Schutzrechtsverwarnungen nach § 823 Abs. 1 BGB zu sanktionieren; siehe eben Fn. 652. Damit würde sich folgerichtig auch der Bereicherungsanspruch erledigen.

[654] Zweifelnd, freilich ohne Erklärung, Staudinger/*St. Lorenz* (Fn. 30), Vor § 812, Rn. 74.

[655] Anders, aber damit letztlich inkonsequent, *Larenz/Canaris* (Fn. 93), 176 (§ 69 I.2.f).

[656] So indes BGH 71, 86, 97 f. (1978 – Fahrradgepäckträger II) unter Zustimmung der heute herrschenden Lehre; Nachweise oben Fn. 574. Allgemein etwa *Reuter/Martinek* (Fn. 220), 254 f.

folgenden Ausgleich;[657] und die Gewährung eines Schadensersatzanspruchs nach § 823 Abs. 1 BGB bewirkt nicht weniger eine Propertisierung von Erwerbsaussichten als ein Bereicherungsanspruch. Die einzig relevante Frage lautet in solchen Fällen, ob die Vorteile des wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens, die sich nun einmal nicht aus der Welt schaffen lassen, dem dadurch in seinem Recht Verletzten oder dem Eingreifer gebühren. Konkret geht es dabei zum einen um Bereicherungsansprüche, wenn der Verwarnte ein Verschulden des Eingreifers nicht nachweisen kann; zum anderen um die Frage, ob, wer sich vorsätzlich in wettbewerbsbeschränkender Weise fremde Rechte anmaßt, den dadurch erzielten Gewinn behalten darf. Eine solche Frage beantwortet sich von selbst, zumal sich die vom Recht missbilligte Propertisierung gewiss nicht verhindern lässt, wenn man dem Eingreifer seinen durch die unberechtigte Verwarnung erzielten Profit belässt.[658] Es war deshalb völlig überzeugend, dass auch die Rechtsprechung sich von Anfang an auf den Standpunkt gestellt hat, dass die Inhaber von Schutzrechten „auch die Gefahren tragen müssen, welche mit der Behauptung solcher ausschließlichen Patent- und Musterrechte verbunden sind";[659] sie unterwirft Schutzrechtsinhaber deshalb von jeher insoweit besonders strikten Sorgfaltsanforderungen.[660] Angemessener und auch einfacher ließe sich die auf diese Weise angestrebte Waffengleichheit[661] freilich durch einen Anspruch aus Eingriffskondiktion bei unberechtigter Schutzrechtsverwarnung verwirklichen.

---

[657] Anschaulich zeigt dies die maßgebliche Entscheidung BGH 71, 86, 97 f. (1978 – Fahrradgepäckträger II): Nachdem die Beklagte Abnehmer der Klägerin zu Unrecht verwarnt hatte, stellten diese den Bezug der Fahrradgepäckträger bei der Klägerin ein und nahmen ihn erst nach Rechtskraft des Urteils im Patentrechtsstreit wieder auf. Solche Wettbewerbsstörungen lassen sich gewiss nicht dadurch verhindern, dass man dem Verletzten den nachträglichen Ausgleich versagt.

[658] Siehe sogleich VII.3.

[659] RGZ 58, 24, 30 (1904 – Juteplüsch); dies bildet auch heute noch den Ausgangspunkt der Rechtsprechung: BGHZ 164, 1, 3 (GS, 2005 – Unberechtigte Schutzrechtsverwarnung).

[660] BGHZ 38, 200, 205 ff. (1962 – Kindernähmaschinen); 74, 9, 14 (1979): der Gefährdungshaftung angenäherter Haftungsmaßstab; BGH NJW 1996, 397, 398 f. (insoweit nicht in BGHZ 131, 233 abgedruckt). Nähere Analyse und w.N. bei *Jansen*, Haftungsrecht (Fn. 31), 484 f.

[661] BGHZ 164, 1, 3 (GS, 2005 – Unberechtigte Schutzrechtsverwarnung): Ausgleich bei unberechtigter Schutzrechtsverwarnung als „Korrelat" zu der „die Freiheit des Wettbewerbs begrenzenden Wirkung des Ausschließlichkeitsrechts".

3. Die Frage nach dem Zuweisungsgehalt

Im Zentrum des Rechts der gesetzlichen Schuldverhältnisse steht damit die Rechtsverletzung im Sinne eines Eingriffs in den Zuweisungsgehalt eines gegenüber jedermann geschützten Rechts (die Verletzung relativer Rechte wie zum Beispiel des Zustimmungsvorbehalts zur Untervermietung nach § 540 BGB gehört demgegenüber ins vertragliche Schuldrecht).[662] Soweit dieser Eingriff haftungsrechtlich zurechenbar ist, löst er einen Schadensersatzanspruch aus; im Übrigen ist der Eingreifer lediglich zur Herausgabe einer etwaigen Bereicherung verpflichtet. Zur Herausgabe eines über den Wert der erlangten Rechtsposition hinausgehenden Eingriffsgewinns ist der Eingreifer demgegenüber nur dann verpflichtet, wenn er mit dem fremden Recht auf eigene Rechnung gewirtschaftet hat.[663] Rechtswidrigkeit im Sinne eines von Rechts wegen verbotenen Verhaltens bildet demgegenüber keine allgemeine Voraussetzung gesetzlicher Ansprüche: nicht nur nicht für Ansprüche aus Eingriffskondiktion, sondern auch nicht für Haftungsansprüche und nicht einmal für Ansprüche auf Gewinnherausgabe. Offensichtlich ist das bei Aufopferungs- und Gefährdungshaftungsansprüchen; es gilt aber ebenso auch für die deliktische Haftung bei der Verletzung von Verkehrspflichten.[664] Und ein Anspruch auf Gewinnherausgabe besteht auch im Falle einer erlaubten Veräußerung einer Sache aufgrund nichtigen Kommissionsvertrags.[665]

Ungeklärt ist freilich nach wie vor die Frage, wie sich die haftungsauslösende Rechtsverletzung bzw. der Zuweisungsgehalt subjektiver Rechte dog-

---

[662] Oben I. Dies gilt auch dann, wenn dabei die Anwendung nicht der §§ 280 ff., 285 BGB, sondern der §§ 812 Abs. 1, 816 Abs. 1 oder 687 Abs. 2 BGB zur Diskussion steht. Vieles spricht dabei freilich für die *praesumptio similitudinis*, wonach bei der Verletzung relativer Rechte grundsätzlich gleiche Rechtsfolgen gelten, weil und soweit der Vertrag zwischen den Parteien einen „besonderen Rechts- und Güterkreis festlegt“: so für den Schadensersatz *Picker* JZ 1987, 1041 ff., 1044; ausführlicher *id.* AcP 183 (1983), 369, 460 ff., 505 ff.; ähnlich *Lobinger*, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung, 1989, 31 ff., 90 f.; *Hoffmann* (Fn. 557), 66; für die Gewinnhaftung *Helms* (Fn. 116), 179 ff., 186 f. m.w.N. Dass die Rechtsprechung bei der Verletzung derartiger Zustimmungsvorbehalte pauschal jeden Bereicherungs- und Gewinnausgleich versagt, stößt mittlerweile zu Recht auf scharfe Kritik; statt aller *Helms*, *loc. cit.*, 57 ff. m.w.N. Eine ganz andere Frage besteht darin, unter welchen Voraussetzungen rechtsgeschäftliches Verhalten auch ohne entsprechende vertragliche Einigung rechtlich geschützte Vertrauenstatbestände begründet, die dem Begünstigten beispielsweise ein Recht auf richtige Information vermitteln; näher *Jansen*, Haftungsrecht (Fn. 31), 534 ff. m.w.N.; jüngere Literatur bei *Faust* AcP 210 (2010), 555.

[663] Oben VI.3.

[664] Näher oben II., bei Fn. 105–125.

[665] Näher oben VI.3., bei Fn. 553.

matisch präzise beschreiben lassen.[666] Besonders interessant ist hier die verblüffend einfache Theorie *Pickers* vom bürgerlichen Recht als einer Rechtszuweisungsordnung.[667] Danach impliziert die Zuweisung eines primären „Substanzrechts" zwingend einen entsprechenden Rechtsschutz durch negatorische Ansprüche einerseits sowie durch Schadensersatz, Bereicherungs- und Gewinnausgleich andererseits.[668] Diese Ansprüche seien nämlich gleichsam „mechanisch" mit der primären Rechtszuweisung verbunden.[669] Der privatrechtliche Rechtsschutz nach den einzelnen Anspruchsgruppen verlaufe deshalb notwendig parallel.[670] Man müsste also nicht nur von einem Bereicherungsausgleich auf haftungsrechtlichen Schutz und die Möglichkeit einer Gewinnhaftung schließen können, sondern insbesondere auch von der Reichweite des negatorischen Schutzes auf entsprechende Ausgleichsansprüche.[671]

Genau dieser Schluss ist indes nicht ohne weiteres möglich[672] und zwar auch dann nicht, wenn man die primären Substanzrechte gerade nicht naiv als gegenständliche Herrschaftsrechte mit „physischen Grenzen" konstruiert,[673] sondern öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Vorschriften (etwa die §§ 904 ff. BGB) sowie die richterlichen Verkehrspflichten als rechtliche Modifikationen und Erweiterungen des Eigentums und anderer subjektiver Rechte mit ins Kalkül zieht.[674] Zwar setzt der privatrechtliche Ausgleich ei-

---

666 Detaillierte Darstellungen der Diskussion im Bereicherungsrecht etwa bei *Reuter/Martinek* (Fn. 220), 248–261; *Helms* (Fn. 116), 36 ff.

667 Umfassende Nachweise oben Fn. 53; siehe auch *Wilhelm* (Fn. 638), Rn. 66–74; *Schurer* (Fn. 557), *passim*; *Lobinger* (Fn. 662), 89 ff.; *Hoffmann* (Fn. 557), 35 ff. Für das *common law of torts* entspricht dem bis in Einzelheiten *Stevens* (Fn. 26), 4 ff., 9 ff. und *passim*.

668 *Picker* JZ 2010, 541, 546: Es gelte ein „strenges Zusammenspiel von Rechtszuweisung und Rechtsschutz"; *id.*, in: FS für Claus-Wilhelm Canaris (Fn. 53), 1017 f., 1028 ff.: Der „lückenlose Rundumschutz" bilde die „zwingende Folge" der Rechtszuweisung und folge einer „zeitlosen Sach- und Naturgesetzlichkeit". Ähnlich bereits *id.* JZ 1987, 1041, 1048; *id.* AcP 183 (1983), 369, 505 und öfter.

669 *Picker* JZ 2010, 541, 546; *id.*, in: FS für Claus-Wilhelm Canaris (Fn. 53), 1032; siehe auch *loc. cit.*, 1021: „Automatik".

670 Siehe etwa *Picker*, in: FS für Claus-Wilhelm Canaris (Fn. 53), 1016–1018.

671 *Picker*, in: FS für Claus-Wilhelm Canaris (Fn. 53), 1032: Es sei stets möglich, von einem der Schutzsysteme auf die anderen zu schließen.

672 Vgl. auch *Auer* (Fn. 587), 123–130.

673 Dies ist freilich eine missverständliche Metaphorik, derer sich Picker immer wieder bedient, wo es um Eigentumsverletzungen geht; z.B. *Picker*, in: FS für Helmut Koziol (Fn. 53), 828 ff., 830.

674 Das sieht auch *Picker* treffend: JZ 2010, 541, 546–551; siehe bereits *id.* AcP 176 (1976), 28, 34 ff., 41–47; *id.*, in: FS für Hermann Lange (Fn. 53), 680 ff. Hierher gehört insbesondere auch die Haftung nach §§ 323c StGB, 823 Abs. 2 BGB: BGHZ 197, 225, 227–229 (2013).

nen Eingriff in bzw. einen Zugriff auf eine verteidigungsfähige Rechtsposition voraus; in diesem Sinne formulieren die rechtlichen Schranken individueller Rechte zugleich auch Schranken des privatrechtlichen Ausgleichs. Gleichwohl fallen der negatorische Schutz und die Ausgleichsansprüche regelmäßig auseinander, denn es kann sinnvoll sein, die Gefährdung und sogar die Verletzung fremder Rechte zu erlauben, wenn und soweit sichergestellt ist, dass der Schädiger die Verluste eventuell Betroffener zumindest wirtschaftlich ausgleicht.[675] In diesem Sinne gewährleisten privatrechtliche Aufopferungstatbestände wie die §§ 904 S. 2 und 906 Abs. 2, S. 2 BGB einen Ausgleich für von Rechts wegen erlaubte enteignungsgleiche bzw. sonst rechtsverletzende Eingriffe.[676] Gleiche Wertungen tragen aber auch die strikten Haftungen, die einen Ausgleich gewähren, wo asymmetrische Gefährdungslagen den Geschädigten mit einem Sonderopfer belasten.[677] Das Recht ist also komplexer als es das Modell Pickers suggeriert und kompensiert die Versagung negatorischer Schutzpositionen bisweilen durch haftungsrechtliche oder auch bereicherungsrechtliche Ausgleichsansprüche.[678]

Ähnlich haben sich aber auch andere einfache Formeln wie die Lizenzbereitschaft,[679] die Dispositionsbefugnis des Verletzten oder die marktmäßige Verwertbarkeit bzw. Entgeltfähigkeit eines Rechtsguts oder Interesses[680] zur Bestimmung des Zuweisungsgehalts subjektiver Rechte als wenig belastbar

---

[675] Näher *Jansen*, Haftungsrecht (Fn. 31), 60 ff. m.w.N.; vgl. auch *Stevens* (Fn. 26), 102–107. Demgegenüber tut Picker den Satz „dulde und liquidiere" polemisch als „makaber" ab und geht auf die Problematik, soweit ersichtlich, nicht näher ein: *Picker*, in: FS für Claus-Wilhelm Canaris (Fn. 53), 1021.

[676] Zu den parallelen verfassungsrechtlichen Aufopferungsansprüchen Dreier/*Wieland* (Fn. 579), Art. 14, Rn. 155–194.

[677] *Jansen* OJLSt 34 (2014), 221, 245–248; *Fletcher* Harvard LR 85 (1972), 537, 542. Hierher gehören, das hat sich oben gezeigt (II., bei Fn. 90, 113 ff.), auch die Verkehrspflichten, deren Befolgung gewiss nicht immer erzwingbar ist.

[678] In diesem Sinne schließt insbesondere § 951 Abs. 1, S. 2 BGB die „Wiederherstellung des früheren Zustands" aus.

[679] Das Erfordernis der Lizenzbereitschaft, das den Bereicherungsausgleich bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen lange Zeit schwergemacht hat, hat der BGH deshalb zu Recht fallengelassen: BGHZ 169, 340, 343–345 (2006 – Oscar Lafontaine); kritisch *Helle* JZ 2007, 444, 446 ff.

[680] An diesem Kriterium hält auch Canaris fest, obgleich er im Übrigen treffend auf die Wertung des § 823 Abs. 2 abstellt: *Larenz/Canaris* (Fn. 93), 171 f. (§ 69 I.1.d) und öfter. Der Hinweis, das Vergewaltigungsopfer solle nicht Dirnenlohn erhalten, ist freilich wohlfeil, denn das Schmerzensgeld bildet hier offensichtlich den treffenderen und dem Umfang nach wesentlich höher zu veranschlagenden Ausgleich. Die Frage stellt sich mit Schärfe doch nur, wo das anders liegt, insbesondere bei der Frage der Gewinnhaftung – etwa durch Menschenhandel oder die bekannten Praktiken der Regenbogenpresse.

erwiesen.[681] Zwar sind Rechte, über die der Inhaber gegen Entgelt disponieren darf,[682] naturgemäß individuell zugewiesen. Auch kann das Recht mit der Versagung einer Dispositionsbefugnis durchaus zum Ausdruck bringen, dass eine Verbotsnorm oder auch ein Rechtsgut keine subjektive Rechtsposition begründen soll. Zwingend ist dieser Schluss nicht; gerade in Grenzfällen helfen solche Formeln nicht weiter. Es kann nämlich durchaus gute Gründe geben, ein subjektives Recht nicht zur Disposition seines Inhabers zu stellen;[683] bisweilen dient dies sogar einem (paternalistischen) Individualschutz. Ausgleichsansprüche in solchen Fällen von vornherein auszuschließen,[684] würde die Betroffenen schutzlos stellen und gegebenenfalls dem Schutzzweck des Dispositionsverbots sogar zuwiderlaufen. Wichtig ist das insbesondere beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht, deutlich zu sehen auch bei Rechten wie dem Leben und der körperlichen Integrität. Beispielsweise ist offensichtlich, dass das Verbot des Menschenhandels nicht einfach eine Norm der Marktregulierung bildet, sondern individuelle Freiheitsrechte schützt. Das Verbot konstituiert bzw. verstärkt also ein subjektives Persönlichkeitsrecht. Wer zur Prostitution gezwungen wurde, ist deshalb geradezu selbstverständlich auch mit einem Gewinnherausgabeanspruch zu schützen. Und wenn Art. 66 GG es Regierungsmitgliedern untersagt, ihr als Staatsperson erworbenes Ansehen zu vermarkten, dann will das Recht damit gewiss nicht etwaige Rechtsverletzer von Entschädigungs- und Ausgleichsansprüchen freistellen.[685] Vielmehr muss die Zuweisungsdogmatik auch hier einer Logik der Prävention folgen,[686] wonach, wer rechtswidrig kommerzialisiert, damit rechnen muss, den dadurch erzielten Gewinn zu verlieren.[687]

---

681 Zutreffend *Reuter/Martinek* (Fn. 220), 261 f.; *Jenny* (Fn. 499), 206–208, 214 f. m.w.N.

682 Missverständlich *Nietlispach* (Fn. 510), 116 f.: Ein „bloß faktischer Ausschlusscharakter" genüge. Entscheidend ist freilich der rechtliche Schutz; das sieht in der Sache auch die schweizerische Lehre so.

683 Zum subjektiven Recht gegen unbegründete Schutzrechtsverwarnungen eben bei Fn. 652 ff.

684 So bis heute ein Großteil der Literatur; vgl. nur Staudinger/*St. Lorenz* (Fn. 30), Vor § 812, Rn. 62: „Selbstverständlichkeit".

685 Treffend BGHZ 169, 340 (2006 – Oscar Lafontaine). Für die Gegenposition statt aller *Helle* JZ 2007, 444, 446 ff.

686 Vgl. für diese Logik, wonach das Recht Anreize setzen soll, keine rechtswidrigen Zustände zu schaffen, *Klöhn* AcP 210 (2010), 804, 841–850.

687 Der Kommerzialisierung durch den Inhaber des Rechts steuern hier die §§ 134, 138, 817 S. 2 BGB entgegen; bei der Frage nach dem Zuweisungsgehalt geht es allein um rechtsverletzende Kommerzialisierungen durch Dritte. Die Regeln über den Verfall zugunsten des Staates (§ 29a OWiG) leisten dies schon aufgrund ihres sehr begrenzten Anwendungsbereichs nicht, denn sie greifen nur, wenn keine Buße verhängt wird.

Dispositionsbefugnisse, negatorische Schutzinstrumente und Ausgleichsansprüche bilden damit jeweils unterschiedliche Elemente komplexer subjektiver Rechte, die jeweils ein spezifisches Rechtsgut schützen und allenfalls beim Eigentum weitgehend parallel laufen.[688] Der Zuweisungsgehalt subjektiver Rechte lässt sich dementsprechend nicht anhand abstrakter Kriterien bestimmen, die allgemein für sämtliche Rechte gelten. Vielmehr kommt es jeweils auf den konkreten Umfang der durch das Recht vermittelten Befugnisse und Ansprüche an.[689] Freilich schützen sämtliche gesetzlichen Ausgleichsansprüche gleichermaßen die wirtschaftlichen Integritätsinteressen der subjektiv Berechtigten;[690] sie haben also einen gleichlaufenden Schutzzweck. Dies bildet letztlich den entscheidenden Grund dafür, die Wertung des § 823 Abs. 2 BGB auch für die Eingriffskondiktion und die Gewinnhaftung heranzuziehen und auf diese Weise den Schutzbereich der gesetzlichen Schuldverhältnisse einheitlich zu bestimmen. Mit der Frage, ob Schäden infolge einer Unterbrechung der Stromversorgung einen deliktischen Anspruch begründen sollen,[691] ist dementsprechend die Frage nach der „Verdinglichung" vertraglicher Rechte auf Energie gestellt, die, wenn fremder Strom verbraucht wird, gleichsinnig auch für die Eingriffskondiktion zu beantworten ist.[692]

---

[688] In diesem Sinne bilden subjektive Rechte also „Bündel" individueller Berechtigungen, deren einzelne Elemente logisch voneinander unabhängig sind; grundlegend *Hohfeld* Yale LJ 23 (1913/14), 16, 28–59; *id.* Yale LJ 26 (1916/17), 710–770; *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1986, 187 ff. m.w.N. Zu einem Bündel integriert werden diese Elementarrechte durch das jeweils gemeinsam geschützte Rechtsgut bzw. Interesse. In diesem Sinne bilden Rechte zugleich Gründe für einen möglichst vollständigen Schutz; näher *Jansen*, Haftungsrecht (Fn. 31), 461–464.

[689] In dieselbe Richtung *Reuter/Martinek* (Fn. 220), 248: „Recht ist Zuweisung"; *Schlechtriem* II (Fn. 266), 91: Der Begriff der Zuweisung bilde „nur eine Umschreibung für das Ergebnis des jeweils erforderlichen Wertungsvorgangs".

[690] Dem Schutz gegenständlicher Integritätsinteressen dienen demgegenüber die negatorischen und quasinegatorischen Ansprüche; näher zum Ganzen *Jansen*, Haftungsrecht (Fn. 31), 60 ff.

[691] Oben bei Fn. 637 ff.

[692] In solchen Fällen sind Ansprüche gegen den Versorger häufig präkludiert; vgl. die Sachverhalte in KG NJW 1985, 1714 f.; LG München NJW-RR 2002, 994. Häufig geht es freilich nicht um die Aneignung fremden Stroms, sondern einfach um eine falsche Abrechnung; so etwa in dem vom KG, *loc. cit.*, entschiedenen Fall. Die Diskussion ist alt, wobei die ältere Literatur Rechte an elektrischer Energie als eigentumsähnliche Herrschaftsrechte verstanden hat: *Kloeß* AcP 103 (1908), 34, 90–97: „Eigenrecht an Energie", 99 ff., 116 ff. (Schutz als „sonstiges Recht" nach § 823 Abs. 1); *Sohm* JhJb 53 (1908), 373, 384 f. Die heutige Lehre entscheidet demgegenüber restriktiv: *Ellger* (Fn. 167), 584–588; ablehnend *Peukert* (Fn. 320), 170–172, 213 f., 822–824. Das Parallelproblem im Deliktsrecht kommt in den jüngeren Beiträgen irritierenderweise nicht zur Sprache.

4. Einige Ergebnisse

Diese Skizze genügt, um die Konturen eines dogmatischen Modells zu ziehen, das die gesetzlichen Schuldverhältnisse als Ausgleichsansprüche zum Schutz subjektiver Rechte rekonstruiert. Danach beruht jedes gesetzliche Schuldverhältnis auf der – nicht notwendig rechtswidrigen – Verletzung eines gegen jedermann gerichteten subjektiven Rechts (Eingriff): Wer für einen solchen Eingriff verantwortlich ist, hat den daraus resultierenden Schaden zu ersetzen; wer infolge des Eingriffs bereichert ist, hat den objektiven Wert des erlangten Rechts zu ersetzen, soweit er bereichert ist; nur wer das fremde Recht wirtschaftlich verwertet hat, ist zur Herausgabe des vollen Eingriffsgewinns verpflichtet.

Damit wird ein System von gegen jedermann geschützten subjektiven Rechten zum „Allgemeinen Teil" eines Rechts der gesetzlichen Schuldverhältnisse. Im BGB sind diese Rechte freilich nicht abschließend normiert, allerdings lassen sich wesentliche Hinweise insbesondere den Vorschriften des Deliktsrechts entnehmen. Hier wird deutlich, dass diese Rechte jeweils einen mehr oder weniger begrenzten Herrschaftsbereich statuieren, der sich auf einer gleitenden Skala zwischen den Idealtypen einer drittschützenden Verbotsnorm einerseits und des Eigentums andererseits verorten lässt. Darüber hinaus lassen die geschützten Rechte sich jedoch schon deshalb nicht auf eine einfache Formel bringen, weil hinter diesen Rechten ganz unterschiedliche materielle und immaterielle Interessen und Rechtsgüter stehen, und weil sich die gesellschaftliche Bedeutung dieser Interessen und Rechtsgüter ständig wandelt. Die Argumente, die die Frage beantworten, ob ein bestimmtes Interesse als subjektives Recht privatrechtlichen Schutz verdient, lassen sich deshalb nicht abschließend auflisten – sie reichen von präventiven Überlegungen zur Verhaltenssteuerung über die Gedanken der Entgeltfähigkeit und Kommerzialisierung bis hin zu den nationalen und internationalen Grundrechtskatalogen.

Wichtiger als eine einfache Formel ist deshalb die einheitliche Formulierung der Schutzbereiche der einzelnen gesetzlichen Schuldverhältnisse und die damit verbundene Notwendigkeit, Wertungen abzugleichen. Bei der Begründung einer tatbestandlichen Schutzposition sollte die Dogmatik also nicht isoliert auf das jeweilige Einzelproblem schauen, sondern den Blick zwischen dem Haftungsrecht, der Eingriffskondiktion und der Gewinnhaftung hin- und herwandern lassen. Dies dürfte erheblich zur Kohärenz der Rechtsfortbildung und damit zur Verlässlichkeit des Rechts beitragen.

VIII. Schluss

„[N]ichts … als ein Punkt in der Entwicklung" des Rechts sei das künftige Bürgerliche Gesetzbuch, prophezeite *Windscheid* 1878.[693] Er schrieb dies als ein „historischer Jurist", der um die „Rechtsarbeit der Jahrhunderte" wusste, die zwischen den römischen Quellen und seinem Lehrbuch lagen.[694] Ihm war daher deutlich bewusst, wie rasch und dynamisch sich das Recht und seine Dogmatik auch dann weiterentwickeln können, wenn die Rechtsgrundlagen im Wesentlichen stabil bleiben. Der Durchgang durch die Geschichte der gesetzlichen Schuldverhältnisse bietet eine anschauliche Bestätigung für Windscheids Erwartung, dass diese Prozesse auch mit der Kodifikation eines Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht zu einem Ende kommen würden.

Nun wissen auch Dogmatiker sehr wohl um die historische Dynamik des Rechts. Und doch blenden Juristen solche dogmengeschichtlichen Verschiebungen häufig aus. Denn wo sich das Gesetz nicht ändert, erlaubt die Frage „Was gilt?" normalerweise kein Differenzieren nach gestern und heute. Erst in den Augen des Historikers fallen vergangenes und heutiges Recht grundsätzlich auseinander. Historiker sehen im Recht vergangener Zeiten zunächst einmal ein empirisches soziales Phänomen.[695] Während dogmatische Juristen sich ans Gesetz gebunden sehen und deshalb keine Differenz zwischen den Normen des Gesetzes und dem geltenden Recht akzeptieren dürfen, ist für den Historiker selbstverständlich, dass das Recht auch bei gleichbleibendem Kodifikationswortlaut Wandlungen durchläuft. Kontroversen wie die Debatten zwischen den Einheits- und Trennungslehren, mit denen man seinerzeit um die richtige Lösung rang, erscheinen aus historischer Perspektive als abgeschlossene Prozesse. Historiker fragen hier nicht mehr nach der von Gesetzes wegen „richtigen" Lösung, sondern bemühen sich um eine korrekte Darstellung der dogmatischen Entwicklungen. Demgegenüber tradiert die

---

[693] *Windscheid*, Die geschichtliche Schule der Rechtswissenschaft, in: *id.*, Gesammelte Reden (Fn. 180), 66–80, 76.

[694] *Windscheid*, *loc. cit.* (Fn. 693), 75 f.

[695] Diese Annahme ist nicht ganz unproblematisch, denn auf eine empirische Bestandsaufnahme kann die Dogmengeschichte sich nicht beschränken: Mit einem Bericht über das, was Juristen vergangener Zeiten geschrieben haben, wäre nur wenig geholfen. Dogmenhistoriker müssen deshalb nicht nur die genaue Bedeutung vergangener Begrifflichkeiten kennen, sondern auch die Fragen und Kontroversen rekonstruieren, auf die die Literatur bezogen war. Aber selbst wenn sie deshalb immer auch normativ, juristisch argumentieren müssen, so tun sie dies doch *sub specie historiae*: aus der rekonstruierten Perspektive zeitgenössischer Juristen. Näher zu den parallelen Problemen bei der Rekonstruktion ausländischen Rechts *Jansen/Michaels* ZZP 116 (2003), 3, 9 ff., 13 ff. u. insb. 21 ff. Dogmenhistoriker formulieren keine Wahrscheinlichkeitsurteile über, sondern rekonstruieren vergangenes Recht.

Kommentarliteratur solche Debatten regelmäßig als nach wie vor aktuelle Kontroversen. Dabei liegen die Grenzen zwischen juristischen Kontroversen und dogmatisch verfestigtem Wissen allerdings im diffusen Ungefähr juristischer Anerkennungs- und Rezeptionsprozesse,[696] in denen sich Leitbilder verändern und Begründungserwartungen verschieben.[697] Solche Grenzen lassen sich erst mit wachsender historischer Distanz klar und objektiv erkennen. Die historische Bestandsaufnahme geht hier ohne eindeutig bestimmbare objektive Trennlinien in die dogmatische Argumentation über. Der Rechtshistoriker kann sich nur um Aufrichtigkeit und Plausibilität bemühen; in diesem Sinne habe ich stets deutlich zu machen versucht, wo ich das quellengesicherte Revier des Historikers verlassen und mich auf das offene Feld konstruktiver Dogmatik begeben habe.

Die Dogmengeschichte hält die Vergangenheit juristischen Denkens lebendig: Sie klärt auf über das Woher und das einstige Wofür der Konzepte und Ideen, die die jeweils moderne Dogmatik einfach voraussetzt. Sie schafft damit, wie ich meine, wichtiges Reflexionswissen, das man bei der juristischen Arbeit an der Dogmatik des geltenden Rechts nicht einfach ignorieren sollte.[698] Gewiss finden Rechtshistoriker in der Geschichte keine Argumente von besonderem dogmatischem Gewicht; erst recht sollten sie in den Schriften früherer Juristen nicht nach Antworten auf die Fragen ihrer Zeit suchen. Die Rechtsgeschichte bietet keine unmittelbar einschlägigen Argumente zur Entscheidung aktueller dogmatischer Kontroversen; insoweit muss auch der Rechtshistoriker als Jurist argumentieren. Aber die Rechtsgeschichte legt die begrifflichen und geistesgeschichtlichen Wurzeln der modernen Dogmatik frei und lockert damit die begrifflichen Fesseln der Vergangenheit. Sie gelangt damit zu Fragen, die die dogmatische Alltagspraxis normalerweise ausblenden muss oder erst gar nicht in den Blick bekommen kann, und die deshalb auch bei Reformdiskussionen häufig nicht angesprochen worden sind. Gerade die gesetzlichen Schuldverhältnisse bieten dafür reiches Anschauungsmaterial. Wenn beispielsweise das römische Deliktsrecht ganz anderen Funktionen diente als das moderne Recht, dann liegt die Frage nahe, ob und wie weit das dort geprägte begriffliche und konzeptionelle Fundament des Deliktsrechts auch heute noch tragfähig ist. Wenn die römische *negotiorum gestio* den spezifischen Ausdruck einer Sozialmoral bildete, die wir uns heute gewiss nicht zu eigen machen mögen, und wenn sie dabei in erster Linie Lücken im Vertragsrecht schloss, die es heute nicht mehr gibt, dann drängt sich die Frage geradezu auf, ob ein solches Institut nicht zu einem Störfaktor im modernen

---

696 Zum Ganzen *Jansen* ZRG (germ.) 128 (2011), 1–71.

697 Aus der dogmatischen Literatur statt aller *Schmidt-Aßmann* (Fn. 5), 17.

698 Eher skeptisch *Luig* Rechtshistorisches Journal 5 (1986), 290, 310–323.

Recht geworden ist. Und wenn man erkennt, dass das Bereicherungsrecht des BGB auf – im Einzelnen gar nicht geklärten – Grundlagen formuliert war, die die Dogmatik im 20. Jahrhundert verhältnismäßig rasch aufgegeben hat, dann wird der Blick frei für die Frage, ob es sich bei der Leistungskondiktionsdogmatik heute nicht in Wahrheit um Vertragsrecht reinsten Wassers handelt.

Das sind andere Fragen als sie die Rechtsdogmatik im Alltag stellt. Sie führen nicht zu Lösungen für neue Probleme, für die sich im Gesetz keine Regelung findet. Zur Frage, ob vertragliche Rechte auf Energie mit Drittschutz verstärkt werden sollten, trägt die Rechtsgeschichte beispielsweise unmittelbar nichts bei. Vielmehr führen solche Fragen zu der überfälligen begrifflichen und gedanklichen Grundsanierung unserer Dogmatik, die es möglich machen soll, das heutige Recht einfacher zu strukturieren und vor allem wertungsangemessen zu reformulieren. Eine solche Grundsanierung hat auf den Gebieten des Haftungsrechts und der Geschäftsführung ohne Auftrag niemals stattgefunden; vielmehr haben die Juristen, wo sich Lücken ergaben, an die ererbten Gebäude angebaut und die tradierte Dogmatik um Elemente wie die Gefährdungshaftungen, die Verkehrspflichten oder den Vergütungsanspruch des Geschäftsführers ergänzt. Ob und wie diese Bauteile zusammenpassen, hat man dabei nicht gefragt. Aber irgendwann muss man auch solide errichtete Gebäude sanieren; ich denke, dass es nach mehr als 2.000 Jahren nicht zu früh dafür ist.

Noch einmal: Solche Sanierungsaufgaben erfordern juristische Lösungen; und sie können durchaus auch misslingen. Die bereicherungsrechtliche Vermögensverschiebungsformel des 19. Jahrhunderts bietet ein warnendes Beispiel für eine missglückte Dogmenbildung, die ihre eigenen Ansprüche und Ziele letztlich verfehlt hat. Die historische Kritik legt lediglich die Grundlagen für die anschließende dogmatische Arbeit; sie kann keine Gewähr dafür bieten, dass diese gelingt. Gleichwohl ist viel gewonnen, wenn diese Grundlagen solide gelegt sind. In diesem Sinne erklärt die historische Perspektive, warum die Geschäftsführung ohne Auftrag zu einem rechtlichen Störfaktor geworden ist, und warum sich haftungsrechtliche Wertungen nur schwer nachvollziehbar darstellen lassen, solange man sich nicht von der Vorstellung eines zwei- bzw. mehrspurigen Systems löst und Verkehrspflichten als Obliegenheiten konzipiert. Ähnliches gilt im Bereicherungsrecht: Ich habe die Erfahrung gemacht, dass Studierende die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gescheiterter Verträge und den Ausgleich in Mehrpersonenverhältnissen viel leichter verstehen, wenn man ihnen vorab erklärt, dass es hier eigentlich um eine Ergänzung des Vertragsrechts geht. Und ganz gewiss werden die gesetzlichen Schuldverhältnisse an Kohärenz gewinnen, wenn die Dogmatik die Grundlage für alle diese Ansprüche im Eingriff in den Zuweisungsgehalt eines subjektiven Rechts erkennt. In diesem Sinne führt die Untersuchung zu folgenden dogmatischen Ergebnissen:

(1) Der Begriff der gesetzlichen Schuldverhältnisse bezeichnet in einem unspezifischen Sinn die nichtvertraglichen Schuldverhältnisse, in einem spezifischen Sinn ein System von Ausgleichsansprüchen, die insgesamt den schuldrechtlichen Schutz der von Rechts wegen garantierten gleichen Rechtssphäre eines jeden gewährleisten. Dazu gehören

- das Haftungsrecht;
- die Eingriffskondiktionen;
- Ansprüche auf Gewinnhaftung bei Verletzung eines gegen jedermann geschützten subjektiven Rechts.

(2) Das Haftungsrecht formuliert die Voraussetzungen außervertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz. Gemeinsam definieren diese Ansprüche die Reichweite individueller Verantwortlichkeit; dabei sind sie eng mit Instrumenten staatlicher Regulierung und kollektiven Sicherungssystemen verbunden. Das Deliktsrecht ist folglich nicht in einem „zwei-" oder „mehrspurigen" System von anderen Haftungen getrennt; ebensowenig wie die Gefährdungshaftung setzt ein Delikt rechtswidriges Verhalten seitens des Schädigers voraus. Verkehrspflichten sind dementsprechend als Sorgfaltsobliegenheiten, nicht als Verhaltenspflichten zu verstehen. Sie formulieren schadensrechtlich abgesicherte gesellschaftliche Sicherheitserwartungen.

(3) Das moderne Bereicherungsrecht versammelt Ansprüche ganz unterschiedlicher gedanklicher Herkunft und Funktion. Nur bei den Eingriffskondiktionen handelt es sich um genuin gesetzliche Ansprüche; hier ist verantwortungsunabhängig zum Ausgleich verpflichtet, wer durch den Eingriff in ein fremdes Recht bereichert ist. Ebenso wie das Haftungsrecht verwirklichen diese Ansprüche den Schutz subjektiver Rechte unabhängig von vertraglichen Erwartungen. Demgegenüber gehören die Leistungskondiktionen, soweit es um die Rückabwicklung gescheiterter Verträge geht, in das Vertragsrecht, im Übrigen in das allgemeine Schuldrecht. Der Tatbestand der Kondiktion besteht jeweils im gescheiterten Versuch, einen Anspruch zu erfüllen.

(4) Die Geschäftsführung ohne Auftrag bildet ein Relikt des römischen Rechts, das neben dem lückenlosen Vertragsrecht und dem Deliktsrecht zu einem Störfaktor geworden ist. Neben den Regeln des Vertrags-, Bereicherungs- und Deliktsrechts verbleibt der Geschäftsführung ohne Auftrag nur ein marginaler Anwendungsbereich: Sie erlaubt zum einen die Fiktion eines Vertragsschlusses, wo eine Einigung nach den Umständen unmöglich war; und sie bildet zum anderen eine wichtige Grundlage für die Fortbildung der im BGB unglücklich geregelten Ansprüche auf Verwendungsersatz.

(5) Die Dogmatik des Verwendungsausgleichs muss das nur historisch erklärbare Nebeneinander von Eigentümer-Besitzer-Verhältnis sowie Geschäftsführungs- und Bereicherungsrecht überwinden und dazu die einschlä-

gigen Regelungen der verschiedenen Anspruchsgruppen sinnvoll zusammendenken. Das bedeutet unter anderem:

– Der Verwendungsausgleich zielt auf eine Kompensation der Aufwendungen des Verwenders, nicht auf einen bereicherungsabschöpfenden Vorteilsausgleich.
– § 996 BGB sperrt allgemein den Anspruch unredlicher Verwender; die Vorschrift ist deshalb auch im Rahmen der §§ 687 Abs. 2, 684 BGB anwendbar.
– Die geschäftsführungs- und bereicherungsrechtlichen Voraussetzungen des Ausgleichs laufen parallel. Für die Bereicherung des Eigentümers kommt es deshalb entscheidend darauf an, ob die Verwendung seinem Willen entsprach; umgekehrt darf eine verbleibende Bereicherung als Indiz dafür gelten, dass die Verwendung willensgemäß war.

(6) Der Regress nach Erfüllung fremder Verbindlichkeit findet seine Grundlage nicht in den Tatbeständen des Bereicherungs- oder Geschäftsführungsrechts, sondern – ebenso wie die Leistungskondiktion – in den Wertungen und Normen des allgemeinen Schuldrechts; entscheidend sind

– die Möglichkeit einer befreienden Drittleistung auch gegen den Willen des Schuldners (§ 267 BGB) sowie die Reichweite vertraglicher Abtretungsverbote (§ 399, 2. Alt. BGB);
– die Möglichkeit einer nachträglichen Änderung der Tilgungsbestimmung bei irrtümlicher Leistung im eigenen Namen und die richtige Zuordnung von Konkursrisiken bei Rückabwicklung in Mehrpersonenverhältnissen;
– die im Zessionsrecht exemplarisch normierten Regeln zum Schuldnerschutz.

(7) Die Gewinnhaftung beruht auf dem Gedanken treuhänderischer Bindung, der ursprünglich aus dem Recht der *negotiorum gestio* stammt. Nur dieser Gedanke vermag zu erklären, warum ein vom Schuldner erzielter Gewinn dem Gläubiger gebührt. Eine solche treuhänderische Bindung setzt dabei allerdings nicht notwendig einen rechtswidrig vorsätzlichen Eingriff voraus; und sie bildet auch nicht stets eine Folge vorsätzlicher Rechtsverletzung. Entscheidend ist vielmehr die Usurpation fremder Verwertungsbefugnisse: Wer fremde Rechte wirtschaftlich verwertet, muss dies redlicherweise auf Rechnung des Rechtsinhabers tun, dem die Verwertung vorbehalten ist. Ebensowenig wie ein Treuhänder darf, wer bewusst im fremden Rechtskreis handelt, davon ausgehen, auf eigene Rechnung zu wirtschaften.

(8) Gegenstand rechtlicher Zuweisungsentscheidungen sind nicht physische Gegenstände der empirischen Welt, sondern subjektive Rechtspositionen – Ansprüche, Freiheiten und Befugnisse –, mit denen das Recht mittelbar das Vertrauen in die Integrität von Rechtsgütern und in das normkonforme Verhalten anderer schützt. Insoweit weisen sämtliche subjektiven Rechte ih-

rem Inhaber gleichermaßen einen mehr oder weniger begrenzten Herrschaftsbereich zu, der sich auf einer gleitenden Skala zwischen den Idealtypen einer nach § 823 Abs. 2 BGB drittschützenden Verbotsnorm wie § 263 StGB einerseits und des Eigentums andererseits verorten lässt.

(9) Im Zentrum des Rechts der gesetzlichen Schuldverhältnisse steht die Rechtsverletzung im Sinne eines Eingriffs in den Zuweisungsgehalt eines gegenüber jedermann geschützten Rechts. Soweit ein solcher Eingriff haftungsrechtlich zurechenbar ist, löst er einen Schadensersatzanspruch aus; im Übrigen ist der Eingreifer lediglich zur Herausgabe einer etwaigen Bereicherung verpflichtet. Zur Herausgabe eines über den Wert der erlangten Rechtsposition hinausgehenden Eingriffsgewinns ist der Eingreifer nur dann verpflichtet, wenn er mit dem fremden Recht auf eigene Rechnung gewirtschaftet hat.