



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

„Warten auf Herausgabe: Braucht das BGB einen einheitlichen schuldrechtlichen Herausgabeanspruch?“

Dissertation vorgelegt von Andreas Laupp

Erstgutachter: Prof. Dr. Christian Baldus

Zweitgutachter: Prof. Dr. Dres. h.c. Herbert Kronke

Institut für geschichtliche Rechtswissenschaft

Warten auf Herausgabe:
Braucht das BGB einen
einheitlichen
schuldrechtlichen Herausgabeanspruch?

– Zusammenfassung –

I. Einleitung

Die betroffenen Lebenssachverhalte sind vielgestaltig: Nach Ablauf eines befristeten Mietvertrages verlangt der Mieter die beim Vermieter hinterlegte Kautionssumme heraus. Im Anschluss an eine erfolgreiche Reparatur bittet der Besteller beim Werkunternehmer um Rückgabe des hingegebenen Werkstücks. Am Ende eines Beschäftigungsverhältnisses besteht der Arbeitgeber auf Aushändigung der überlassenen Arbeitsmittel. Nach vollständiger Durchführung eines Kaufvertrages möchte der Verkäufer das dem Käufer überlassene Transportmittel zurück.

So unterschiedlich diese Fallgestaltungen auf den ersten Blick sein mögen, so vergleichbar ist die hinter all diesen Situationen stehende juristische Fragestellung: Woraus resultiert bei der Abwicklung schuldrechtlicher Verträge der Anspruch auf Herausgabe von zwischen den Parteien verschobenen Gütern?

Im Falle gescheiterter Vertragsbeziehungen ist eine Antwort schnell gefunden. Hier erweist sich das in den §§ 812 ff. BGB verankerte Bereicherungsrecht als ein sowohl in den tatbestandlichen Voraussetzungen als auch in den Rechtsfolgen differenziert ausgestaltetes Instrumentarium zur Rückgängigmachung ungerechtfertigten Habens.

In allen der einleitend genannten Konstellationen ordnungsgemäß durchgeführter Verträge stellt sich die Situation grundlegend anders dar. Zwar wird von niemandem infrage gestellt, der betroffene Gegenstand wieder herauszugeben ist. Explizit formulierte gesetzliche Anspruchsgrundlagen finden sich indes nicht. Und schon gar nicht enthält das Bürgerliche Gesetzbuch ein dem Bereicherungsrecht oder dem Rücktrittsrecht vergleichbares zentrales Rückgewährregime.

Gegenstand der vorgestellten Doktorschrift ist daher die Untersuchung, ob der soeben aufgespürte Umstand mangelnder Normierung darin begründet liegt, dass es solcher Anspruchsgrundlagen zur Schaffung sachgerechter und rechtsicherer Lösungen schlicht nicht bedarf, oder ob das BGB in den erwähnten Vertragsbeziehungen tatsächlich bereits durch den historischen Gesetzgeber übersehene und auch seither weitgehend verborgen gebliebene Lücken aufweist.

Das so vorgezeichnete Untersuchungsziel vollzieht sich in drei Schritten.

In einem ersten werden einige der wesentlichen in den §§ 433 ff. des Bürgerlichen Gesetzbuchs verankerten schuldrechtlichen Verträge einer eingehenden Analyse unterzogen. Die Doktorschrift widmet sich mit anderen Worten dem Status Quo des Vertragsrechts und macht sich dabei an die Beantwortung der folgenden Fragen: Wo sind auf Herausgabe gerichtete Anspruchsgrundlagen vorhanden? Wo fehlen sie? Lassen sich im Hinblick auf die aufgedeckten Gesetzeslücken Muster erkennen?

In einem zweiten Schritt wendet sich der Verfasser etwaigen Lösungsansätzen zu: Handelt es sich bei den fehlenden Anspruchsgrundlagen tatsächlich um Lücken im engeren Sinne – was nicht der Fall wäre, wenn es dem BGB gelänge, die Rückführung der betreffenden Güter auf andere Weise zu bewerkstelligen? Lassen sich etwaige Gesetzeslücken schließen? Gegebenenfalls wie? Welche Überlegungen stellte der historische Gesetzgeber an? Welche die Wissenschaft? Womit behilft sich die Rechtsprechung? Ein besonderes Augenmerk liegt dabei auf dem Bereicherungsrecht: Ist dieses Regime, wie einleitend unterstellt, tatsächlich auf gescheiterte Vertragsbeziehungen beschränkt? Greifen die bereicherungsrechtlichen Tatbestände ein? Und wenn ja, wie verhält es sich auf der Rechtsfolgenseite? Sind die §§ 812 ff. BGB für eine Abwicklung ordnungsgemäß durchgeführter Verträge tauglich? Oder macht der Entreicherungsabwehr des § 818 Abs. 3 BGB den bereicherungsrechtlichen Anspruch zu einem Herausgabeanspruch minderen Werts? Welches Lösungspotential verbirgt sich in der *condictio ob causam finitam*?

In einem letzten Schritt wechselt der Verfasser die Perspektive und versetzt sich in die Rolle des Gesetzgebers: Wie könnte ein einheitlicher schuldrechtlicher Herausgabeanspruch formuliert werden? Welche flankierenden Regelungen sollte er enthalten? Wo wäre er sinnvollerweise zu verankern?

Ein konkreter Normvorschlag, der all diese – und weitere – Fragen beantwortet, schließt die Doktorschrift ab.

II. Teil 1: Analyse des Vertragsrechts

Bei der Untersuchung des vertragsrechtlichen Normenbestands entscheidet sich der Verfasser für eine Unterteilung nach der vertragscharakteristischen Leistung und wendet sich daher zunächst den Gebrauchsüberlassungsverträgen, sodann den Verträgen über Tätigkeiten und schließlich den auf endgültige Übertragung von Vermögenswerten gerichteten Verträgen zu. Die Arbeit berührt und diskutiert dabei eine Fülle von Einzelfragen. Die hierbei gewonnenen wesentlichen Erkenntnisse und aufgestellten Thesen sollen hier zwar nicht vertieft dargestellt, jedoch zumindest angedeutet werden.

1. Gebrauchsüberlassungsverträge

Im Bereich der sogenannten Gebrauchsüberlassungsverträge gelangt die Doktorschrift zu zwei Zwischenergebnissen. Erstens, dass diese im Hinblick auf die Hauptleistungspflichten jeweils im Gesetz verankerte vertragliche Ansprüche enthalten; und zweitens, dass deren Normierung einer nur wenig überzeugenden Gesetzessystematik folgt.

Besonders anschaulich wird dies bei Miete, Pacht und Landpacht: Das Mietrecht enthält für das Mietobjekt in Gestalt des § 546 BGB *de lege lata* eine Rückgabevorschrift, die Pacht für das Pachtobjekt keine eigene Norm, sondern über § 581 Abs. 2 BGB lediglich einen Verweis auf die Miete. Die Landpacht wiederum arbeitet ohne Verweis, sondern vollzieht die Herausgabe über einen eigenständigen § 596 Abs. 1 BGB. Als Grund hierfür macht die Doktorschrift einen Umstand aus, der sich auch im Folgenden nicht selten als tragend herausgestellt wird – die Historie. Speziell auf die Landpacht zugeschnittene Regelungen fanden sich bereits im BGB in der Fassung vom 1. Januar 1900. Etwa 50 Jahre später wurden diese dann jedoch durch das Gesetz über das landwirtschaftliche Pachtwesen ergänzt, welches neben ordnungsrechtlichen auch zivilrechtliche Fragen regelte. Erst 1985 führte der Gesetzgeber letztere in das BGB über. Durch Einfügung des Untertitels 5 entschied er sich in diesem Zuge für die Schaffung eines nahezu selbständigen Normenkomplexes, der auf das

Mietrecht nur noch punktuell Bezug und sich ergebende Doppelregelungen bewusst in Kauf nahm.

Als weiteres Zwischenergebnis bleibt festzuhalten, dass die Gebrauchsüberlassungsverträge zwar, wie dargestellt, im Hinblick auf die Hauptleistungspflicht, nicht aber im Hinblick auf Leistungen, die lediglich „bei Gelegenheit“ des Vertrages von einer Partei an eine andere verschoben werden, Regelungen enthalten. Auch insoweit die Leistungen zur Vorbereitung, Durchführung und Sicherung der vertraglichen Hauptleistung dienen, bestehen Lücken.

2. Verträge über Tätigkeiten

Die im BGB geregelten Verträge über Tätigkeiten enthalten *de lege lata* grundsätzlich keine Herausgabennormen. Solche Vorschriften fehlen dabei unabhängig davon, ob das Regelungsgefüge gesetzlich umfangreich ausgestaltet ist (so beim Werkvertrag) oder aber sich auf vergleichsweise wenige Normen beschränkt (so beim Dienstvertrag). Dies gilt für die meisten untersuchten Verträgen zunächst für Nebenleistungen, d. h. „bei Gelegenheit des Vertrags“ zwischen den Parteien verschobene Güter und beim Werkvertrag darüber hinaus sogar für das Werkstück selbst, sofern sich daran die Werkleistung des Herstellers vollzieht.

Eine bemerkenswerte Anomalie besteht indes für den Auftrag und – darauf aufbauend – den Geschäftsbesorgungsvertrag. Dort wurde in Gestalt des § 667 BGB eine interessante Vorschrift Gesetz: „*Der Beauftragte ist verpflichtet, dem Auftraggeber alles, was er zur Ausführung des Auftrags erhält und was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt, herauszugeben.*“ Die Norm bewerkstelligt in ihrer ersten Alternative genau diejenige Rückführung zwischen den Parteien verschobener Güter, den die anderen bis an diese Stelle untersuchten Verträge vermissen ließen. Und dennoch macht auch § 667 BGB einen einheitlichen schuldrechtlichen Herausgabeanspruch nach Ansicht des Verfassers nicht obsolet. Zum einen nicht, weil § 667 BGB nicht bidirektional, sondern unidirektional ausgestaltet ist (ausschließlich Anspruch *Auftraggebers*, nicht aber des *Auftragnehmers*, obwohl auch dieser zur Erfüllung des Auftrags eigene Mittel eingesetzt haben kann, die er zurückerhalten möchte). Und zum anderen nicht, weil er zunächst auf den Auftrag beschränkt bleibt. Allerdings setzt sich der Befund der Anomalie wegen des Verweises in § 675 Abs. 2 BGB sodann für den Geschäftsbesorgungsvertrag fort – in seinem Umfang abhängig von der Frage, ob man den dortigen Begriff der Geschäftsbesorgung unter einem Einheitsgedanken mit demjenigen des § 662 BGB als identisch oder nach der sogenannten Trennungstheorie, der auch der Verfasser zuneigt, als enger betrachtet.

3. Auf endgültige Übertragung von Vermögen gerichtete Verträge

Auch im Bereich der auf endgültige Übertragung von Vermögen gerichteten Verträge wie Kauf, Tausch und Schenkung weist das BGB zufolge der vorgestellten Doktorschrift Lücken auf. Und diese lassen sich nicht damit erklären, dass es einer Rückführung von Gütern hier nicht bedürfte. Denn soll auch die vertragliche *Hauptleistung* beim anderen Vertragsteil bleiben, gilt dies nicht für der Vorbereitung, Durchführung und Sicherung derselben dienende *Nebenleistungen*. Gerade solche Nebenleistungen sind indes rechtstatsächlich häufig und Gegenstand wissenschaftlichen Interesses. Nicht von ungefähr bilden für Larenz in seiner Habilitationsschrift von 1930 (Leinen-)Säcke, in denen Kaufobjekte übergeben werden, den Ausgangspunkt der Überlegungen zur Ermittlung von „Lücken im Gesetz“.

III. Teil 2: Möglichkeit der Schließung der in Teil 1 aufgedeckten Lücken

Auf dieser Grundlage wendet sich der Verfasser im zweiten Teil der Untersuchung der Frage zu, ob und gegebenenfalls in welcher Weise sich der zutage geförderte Befund mangelnder spezialgesetzlicher Anspruchsgrundlagen auswirkt. Sollte das BGB in der Lage sein, die Rückführung zwischen Parteien verschobener Güter auch in nicht normierten Bereichen rechtsicher zu gewährleisten und sollten sich die Ansprüche auch ihrem Inhalt und Umfang nach als sachgerecht erweisen, handelte es sich bei den Gesetzeslücken zumindest, aber auch nur, um einen Schönheitsfehler. Andernfalls erscheine eine Novellierung *de lege ferenda* nahezu unumgänglich.

1. Gemischte Verträge

Vor dem Hintergrund der Vertragsfreiheit widmet sich die Untersuchung zunächst einigen grundsätzlichen Überlegungen. Sie kommt dabei zu dem Ergebnis, dass sich die ermittelten Lücken weder unter dem Gesichtspunkt einer Mehrheit von Verträgen noch durch Annahme sogenannter gemischter Verträge schließen lassen. Insbesondere gelänge, selbst wenn man verträte, bei allen Verträgen, in denen neben der Hauptleistung weitere Güter überlassen werden, handle es sich gar nicht um in die in den §§ 433 ff. BGB enthaltenen Vertragstypen in ihrer „Reinform“, sondern durchweg um „gemischte Verträge“, auf Grundlage der hierzu entwickelten Dogmatik ein sachgerechter und rechtssicherer Lückenschluss nicht. Und dies unbeschadet der Frage, ob man einem Absorptions- oder einem Kombinationsgedanken zuneigt, eine analoge Rechtsanwendung befürwortet oder sich für eine Diskurstheorie ausspricht. Spätestens im Rechtsfolgenbereich, der bei Ansprüchen stets mitgedacht werden muss, entstünden Brüche und kaum überwindbare Wertungswidersprüche.

2. „Ergänzende Vertragsauslegung“

Sodann wird in der Untersuchung dargelegt, dass die Lücken auch nicht durch das Instrument der sogenannten „ergänzenden Vertragsauslegung“ schließen lassen. Der Verfasser gelangt dabei zu der Überzeugung, dass die ergänzende Vertragsauslegung zu Schaffung von Ansprüchen in lückenhaften Bereichen zwar grundsätzlich tauglich ist, auf diesem Wege generierte Ansprüche jedoch spezialgesetzlich verankerten nicht gleichkommen. Grund dafür sind hier zwar nicht die Rechtsfolgen – denn auch Ansprüche aus ergänzender Vertragsauslegung sind vertraglicher Natur –, indes fehlte es an der Anforderung einer rechtssicheren Rückführung.

Der ergänzenden Vertragsauslegung mangelt es an Kontur. Einig sind sich Wissenschaft und Praxis lediglich über Existenz und Ausgangspunkt – der Anknüpfung an den sogenannten hypothetischen Parteiwillen. Alle hierüber hinausgehenden Fragen, und dabei bereits diejenige, wann eine für die ergänzende Vertragsauslegung erforderliche planwidrige Regelungslücke vorliegt, sind strittig. Die Vielzahl der Kontroversen verdeutlicht, dass die ergänzende Vertragsauslegung die Anforderung einer zuverlässigen Lösung nicht erfüllt.

Und damit hätte es der Verfasser auch bewenden lassen können. Doch greift er die verschiedenen Streitpunkte auf und widmet sich in besonderem Maße der Auseinandersetzung zwischen einem eher subjektivistischen und einem eher objektivistischen Verständnis der ergänzenden Vertragsauslegung, mithin der Frage, ob diese unmittelbar oder jedenfalls mittelbar an den Willen der Parteien anknüpft oder nicht vielmehr auf Grundlage objektiv-heteronomer Wertungen zu erfolgen hat. Er spricht sich dabei unter der Maßgabe von einer Methodenklarheit und Methodenehrlichkeit für eine Parallelisierung der ergänzenden mit der erläuternden Vertragsauslegung unter

gleichzeitiger Verengung des Anwendungsbereiches aus. Ist ein übereinstimmender Wille zwischen den Parteien auf keine Weise feststellbar, soll es sich nicht mehr um ergänzende Vertragsauslegung, sondern um Rechtsfortbildung handeln.

3. Rechtsfortbildung

Im Folgenden Teil wendet sich die Untersuchung dann auch eben jeder Rechtsfortbildung, und damit all jenen methodenrechtlichen Instrumenten zu, die Anwendung finden sollen, „wenn ein Rechtsbedürfnis aus dem gegebenen Normenbestand nicht befriedigend gelöst werden kann“.

Die Untersuchung bespricht zunächst die allgemeinen Voraussetzungen der Rechtsfortbildung und sodann konkret die Möglichkeit eines Lückenschlusses im Wege der Analogie, der teleologische Extension und der Bildung von Nebenpflichten aus der schuldrechtlichen Generalklausel des § 242 BGB. Dabei gelangt sie zu dem Ergebnis, dass Analogie und teleologische Extension sich nicht als taugliche Methoden erwiesen. Erstere muss – selbst bei Unterstellung einer nur schwer begründbaren Planwidrigkeit – aus den gleichen Gründen abgelehnt werden, die bereits im Rahmen der gemischten Verträge maßgeblich waren – einem Mangel an sachgerechten Ergebnissen. Denn die im BGB enthaltenen vertraglichen Herausgabevorschriften, die eine Analogie ermöglichten, umfassen mehr als die Ansprüche selbst, sind in einen besonderen Normkontext eingebettet, auf eine ganz bestimmte Vertragssituation zugeschnitten und mit spezifischen Rechtsfolgen versehen. Eine Übertragbarkeit auf lückenhafte Bereiche besteht daher nicht. Ebenfalls scheidet eine teleologische Extension aus. Die für eine solche in Betracht kommenden Normen können nämlich ihren Sinn und Zweck auch dann vollständig erfüllen, wenn man ihren Anwendungsbereich nicht über den gesetzlich festgeschriebenen Tatbestand hinaus erstreckt. Eine wesentliche Grundvoraussetzung dieses methodischen Vorgehens ist daher nicht erfüllt. Es bleibt die Generierung einer selbständigen vertraglichen Nebenpflicht aus § 242 BGB. Diese ist nach allen zu dieser Norm vertretenen dogmatischen Grundansätzen zwar problemlos möglich, vermag die Sinnhaftigkeit eines etwaigen einheitlichen schuldrechtlichen Herausgabeanspruches nach Ansicht des Verfassers indes nicht in Frage zu stellen. Das Bürgerliche Gesetzbuch zeichnet sich hinsichtlich der Rückgewähr von bei Gelegenheit des Vertrages verschobenen Gütern durch einen ausgeprägten Mangel an Systematik aus. Dieser wird durch die Möglichkeit, in denjenigen Bereichen, in denen spezialgesetzliche Normen fehlen, Ansprüche auf § 242 BGB zu stützen, nicht beseitigt.

4. Herausgabeansprüche gemäß § 985 BGB oder § 823 BGB

Lediglich der Vollständigkeit halber erwähnt die Untersuchung, dass weder der sachenrechtliche Herausgabeanspruch aus § 985 BGB noch ein deliktsrechtlicher Anspruch aus § 823 BGB einen einheitlichen schuldrechtlichen Herausgabeanspruches zu ersetzen vermag. Erstgenannter deshalb nicht, weil der Anspruchsinhaber des betroffenen Guts nicht dessen Eigentümer zu sein braucht. Und zweitgenannter nicht, weil die Herausgabe als Inhalt eines deliktsrechtliche Schadensersatzes unter einem Verschuldensvorbehalt steht.

5. Bereicherungsrecht, insbesondere „*condictio ob causam finitam*“

Breiten Raum in der Doktorschrift nimmt schließlich das Bereicherungsrecht und das möglicherweise hierin verborgene Lösungspotential ein. Die Untersuchung vollzieht dabei eine Art Pendelbewegung. Sie richtet ihren Blick wechselweise auf die §§ 812 ff. BGB im Allgemeinen und die *condictio ob causam finitam* im Besonderen. Diese

Anspruchsgrundlage, die zumeist mit einigen wenigen Worten besprochen und der regelmäßig lediglich ein schmaler Anwendungsbereich zuerkannt wird, bleibt nach Auffassung des Verfassers unterschätzt. Denn bei genauerer Betrachtung könnte die *condictio ob causam finitam* – so der Ausgangspunkt der angestellten Überlegungen – nicht nur zum Lückenschluss geeignet sein, sondern möglicherweise sogar als „umfassender schuldrechtlicher Herausgabeanspruch“ *de lege lata* einen „einheitlichen schuldrechtlichen Herausgabeanspruch“ *de lege ferenda* erübrigen.

Nach einem Abriss über die regelmäßig unter § 812 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 BGB gefassten Konstellationen wendet sich die Untersuchung zunächst dem Tatbestand der *condictio ob causam finitam* zu. Unter Darstellung und Diskussion einer Reihe von Einzelfragen wie derjenigen nach einem subjektiven oder objektiven Rechtsgrundbegriff gelangt der Verfasser zunächst zu der Überzeugung, dass diese Kondiktion tatbestandsseitig nicht auf gescheiterter Leistungsbeziehungen begrenzt ist, sondern auch die vorliegend untersuchten Fälle erfasst, die sich dadurch auszeichnen, dass die Verträge ordnungsgemäß durchgeführt werden und die Parteien die Pflicht zur Herausgabe bestimmter Güter den Parteien von vornherein kennen.

Noch nicht geklärt ist mit diesem Befund, ob dieser Anspruch seit jeher als einschlägiges Rückabwicklungsinstrument für diese Konstellationen vorgesehen war. Dieser Fragestellung nähert sich die Untersuchung im Wege einer eingehenden historischen Betrachtung, die in einem weiten Bogen vom römischen Recht über die Pandektenwissenschaft des 19. Jahrhunderts, die Entstehung des BGB bis hin zur Weiterentwicklung der Bereicherungsrechtsdogmatik nach Inkrafttreten der Kodifikation reicht. Der Verfasser gelangt dabei zu der Überzeugung, dass die *condictio ob causam finitam* zwar zu keinem Zeitpunkt als allgemeiner Rückgewähranspruch konzipiert worden sein dürfte, sich historisch jedoch auch nicht begründen lässt, warum dieser Anspruch eine solche Funktion heute nicht einnehmen könnte.

Damit richtet sich der Blick der Untersuchung einmal mehr auf die Rechtsfolgenseite. An deren Spitze stellt der Verfasser zunächst die Vorfrage nach einer gegenstands- oder vermögensorientierten Betrachtungsweise und – damit verknüpft – nach der im Rahmen bereicherungsrechtlicher Ansprüche geschuldeten Leistungsintensität. Nach seiner Überzeugung kommt es trotz des in § 818 Abs. 3 BGB verankerten Entreichereinwands jedenfalls in den in der Doktorschrift untersuchten Konstellationen ordnungsgemäßer Vertragsdurchführung zu keiner Verminderung dieser Intensität im Vergleich zu der aus vertragsrechtlichen Ansprüchen geschuldeten. Weiterhin gelangt er zu dem Ergebnis, dass auch im Hinblick auf Leistungsort, Kosten der Herausgabe, Leistungszeit, Verjährung, Beweislast sowie der Verteilung von Nutzungen und Aufwendungen ein überraschender Gleichlauf zwischen Bereicherungs- und Vertragsrecht besteht. Wesentliche Bedeutung besitzt dabei regelmäßig die durch § 820 Abs. 1 S. 2 BGB angeordnete Haftungsverschärfung. Über die Verknüpfung mit § 818 Abs. 4 BGB und den darin enthaltenen Verweis in den allgemeinen Teil des Schuldrechts spiegelt sie im Bereicherungsrecht all diejenigen Wertungen, die auch im Rahmen vertraglicher Herausgabevorschriften bestehen.

6. Schlussfolgerungen aus Teil 2

Das in Teil 2 der Untersuchung gefundene Ergebnis lässt auf den ersten Blick aufatmen. Auch in Fällen, in denen spezialgesetzlich normierte vertragliche Herausgabevorschriften

fehlen, gelingt dem Bürgerlichen Gesetzbuch eine sachgerechte Rückführung der im Rahmen schuldrechtlicher Verträge zwischen den Parteien verschobenen Güter.

Der Grund hierfür liegt dabei aber weniger in der nur schwer greifbaren Figur der ergänzenden Vertragsauslegung oder der Existenz ungeschriebener, auf § 242 BGB gestützter Nebenpflichten als vielmehr in der Leistungsfähigkeit und Ausdifferenziertheit des bereicherungsrechtlichen Regelungsgefüges. Dieses stellt – anders als zunächst zu vermuten wäre – nämlich nicht nur in gescheiterten Leistungsbeziehungen das einschlägige Rückabwicklungsinstrumentarium dar, sondern enthält in Gestalt der *condictio ob causam finitam* auch bei ordnungsgemäßer Vertragsdurchführung und -beendigung eine taugliche und die Parteiinteressen zu einem angemessenen Ausgleich führende Anspruchsgrundlage.

Hieraus zu schlussfolgern, dass es eines einheitlichen schuldrechtlichen Herausgabeanspruchs, der Titel und Anlass der vorgestellten Doktorschrift bildet, nicht bedürfte, griffe nach Ansicht des Verfassers jedoch in mehrfacher Weise zu kurz.

Denn wenn im Ergebnis eine für die untersuchten Fallgestaltungen überraschende Entsprechung zwischen den Rechtsfolgen vertraglicher und bereicherungsrechtlicher Rückabwicklung erarbeitet werden konnte, darf nicht übersehen werden, dass dies nur unter einer Reihe von Prämissen und Überlegungen gilt, die zwar stets die Überzeugung des Verfassers wiedergeben, jedoch an vielen Stellen nicht als gefestigt angesehen werden können. Eine Herausgabekonstruktion über § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB bleibt zwangsläufig mit beträchtlichen Unsicherheiten behaftet. Diese Unsicherheiten beruhen zum einen darauf, dass es sich beim Bereicherungsrecht insgesamt um eine der umstrittensten Materien des Zivilrechts handelt, hängen zum anderen aber auch mit der *condictio ob causam finitam* im Besonderen zusammen. Diese führt wegen des im Rahmen der Leistungskonditionen zu beobachtenden Fokus auf die *condictio indebiti* seit jeher ein Schattendasein. Und vollends mangelt es an fundierten Überlegungen, wenn es – wie vorliegend – über § 820 Abs. 1 S. 2 BGB zu einer Haftungsverschärfung kommt, so dass sich die im Einzelnen bestehenden Ansprüche lediglich über komplizierte Verweisungsketten generieren lassen. Ein Rückabwicklungsregime, das in der gleichen Weise rechtssicher ist wie beispielsweise der auftragsrechtliche Herausgabeanspruch nach § 667 BGB, lässt sich nach Ansicht des Verfassers mit der haftungsverschärften *condictio ob causam finitam* daher nicht begründen. Die tatsächlich eintretenden Rechtsfolgen einer Vertragsabwicklung auf dieser Basis sind für den Betroffenen nicht vorhersehbar. Dem an eine zivilrechtliche Kodifikation zu stellenden Anspruch kann eine solche Regelungsform nicht genügen.

Ferner – und dessen ungeachtet – bleibt der Befund einer wenig systematischen und schlüssigen gesetzgeberischen Normierung. In Gestalt des § 667 BGB lediglich für das Auftrags- und Geschäftsbesorgungsrecht eine weitreichende vertragliche Rückabwicklungsvorschrift zu verankern, eine solche für andere Vertragsverhältnisse jedoch nicht vorzuhalten, erscheint für den Verfasser kaum nachvollziehbar. Nicht gerechtfertigt werden kann sie jedenfalls mit einer vom historischen Gesetzgeber bisweilen geäußerten Überlegung, dass die Vielgestaltigkeit der Vertragswirklichkeit eine einheitliche Normierung ausschließe. Genauso wie es möglich war, im Bereich des Auftrags eine Formulierung zu finden, die sich für jedwede denkbare Geschäftsbesorgung als tauglich erweist, kann dies auch für die übrigen im BGB geregelten Vertragstypen gelingen. Und dies umso mehr, als zwischen Betätigungsverträgen mit Geschäftsbesorgungscharakter, für die § 667 BGB wegen § 675 Abs. 2 BGB anwendbar ist, und solche ohne diesen Charakter, für die allenfalls eine Analogie in Betracht kommt, nicht selten lediglich Nuancen liegen.

Man wird der These beizupflichten haben, dass es sich bei den §§ 666 ff. BGB insgesamt um Normen handelt, die eher Allgemeines als Besonderes Schuldrecht enthalten. Diese Normen in ihren Wertungen zu erfassen, sie aus ihrer unglücklich gewählten Stellung zu lösen und im Allgemeinen Teil des Schuldrechts zu verankern, sollte daher den Gegenstand rechtswissenschaftlicher Anstrengungen sein.

IV. Teil 3: Ein einheitlicher schuldrechtlicher Herausgabeanspruch *de lege ferenda*

Im letzten Teil seiner Untersuchung stellt sich der Verfasser dieser Anstrengung. Er springt über einhundert Jahre zurück und versetzt sich in die Lage des – historischen – Gesetzgebers. Im Stile der Materialien zum BGB diskutiert er dabei gleichsam mit sich selbst, stellt Überlegungen an, verwirft diese wieder und formuliert nach einigem Ringen eine Norm, die er am Ende seiner Untersuchung – und nun auch an dieser Stelle – gerne herausgibt:

§ 371 Herausgabe des vorübergehend Erlangten

- (1) Wer als Teil eines Vertrags durch die Leistung des anderen Teils etwas erlangt, dessen endgültiger Verbleib bei ihm weder durch beide Teile noch durch das Gesetz bestimmt ist, ist dem anderen Teil zur Herausgabe verpflichtet.
- (2) Dient das Erlangte der Vorbereitung, Durchführung oder Sicherung der Hauptleistung, so ist im Zweifel nicht anzunehmen, dass der endgültige Verbleib bei dem Empfänger bestimmt ist. Ist für den Verbleib bei dem Empfänger ein Endtermin nicht bestimmt, so ist im Zweifel anzunehmen, dass er zur Herausgabe erst nach der Durchführung des Vertrags verpflichtet ist.
- (3) Soweit der Empfänger das Erlangte einem Dritten überlässt, kann der andere Teil die Herausgabe des Erlangten auch von dem Dritten verlangen.