

Article

Gläubiger, Schuldner, Dritte und Bereicherungsausgleich

Lorenz, Werner

in: Aufsätze | Archiv für die civilistische
Praxis | Archiv für die civilistische Praxis -
N.F. 48.1...

32 page(s) (286 - 317)

Nutzungsbedingungen

DigiZeitschriften e.V. gewährt ein nicht exklusives, nicht übertragbares, persönliches und beschränktes Recht auf Nutzung dieses Dokuments. Dieses Dokument ist ausschließlich für den persönlichen, nicht kommerziellen Gebrauch bestimmt. Das Copyright bleibt bei den Herausgebern oder sonstigen Rechteinhabern. Als Nutzer sind Sie nicht dazu berechtigt, eine Lizenz zu übertragen, zu transferieren oder an Dritte weiter zu geben.

Die Nutzung stellt keine Übertragung des Eigentumsrechts an diesem Dokument dar und gilt vorbehaltlich der folgenden Einschränkungen:

Sie müssen auf sämtlichen Kopien dieses Dokuments alle Urheberrechtshinweise und sonstigen Hinweise auf gesetzlichen Schutz beibehalten; und Sie dürfen dieses Dokument nicht in irgend einer Weise abändern, noch dürfen Sie dieses Dokument für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, aufführen, vertreiben oder anderweitig nutzen; es sei denn, es liegt Ihnen eine schriftliche Genehmigung von DigiZeitschriften e.V. und vom Herausgeber oder sonstigen Rechteinhaber vor.

Mit dem Gebrauch von DigiZeitschriften e.V. und der Verwendung dieses Dokuments erkennen Sie die Nutzungsbedingungen an.

Terms of use

DigiZeitschriften e.V. grants the non-exclusive, non-transferable, personal and restricted right of using this document. This document is intended for the personal, non-commercial use. The copyright belongs to the publisher or to other copyright holders. You do not have the right to transfer a licence or to give it to a third party.

Use does not represent a transfer of the copyright of this document, and the following restrictions apply:

You must abide by all notices of copyright or other legal protection for all copies taken from this document; and You may not change this document in any way, nor may you duplicate, exhibit, display, distribute or use this document for public or commercial reasons unless you have the written permission of DigiZeitschriften e.V. and the publisher or other copyright holders.

By using DigiZeitschriften e.V. and this document you agree to the conditions of use.

Kontakt / Contact

DigiZeitschriften e.V.

Papendiek 14

37073 Goettingen

Email: info@digizeitschriften.de



Gläubiger, Schuldner, Dritte und Bereicherungsausgleich

von

Professor Dr. **Werner Lorenz**, München

I.

1. Die Probleme, die der Bereicherungsausgleich in Rechtsbeziehungen stellt, an denen mehr als zwei Personen beteiligt sind, führen sofort mitten in die Grundlagen des Schuldrechts und berühren zugleich wichtige Fragen des Sachenrechts. Sie zwingen zum Durchdenken wichtiger Grundfiguren, wie z. B. des Versprechens der Leistung an einen Dritten, der Leistung eines Dritten auf fremde Schuld und der Leistung durch Vermittlung eines Dritten. Der Reichtum an Möglichkeiten, den das Gesetz zur richtigen Bewertung der im Spiele befindlichen Parteiinteressen bietet, erfordert gerade auf bereicherungsrechtlichem Hintergrund dogmatische Präzisierung, damit erkannt wird, daß eine jede der zur Verfügung stehenden Rechtsfiguren auf bestimmte, von den Parteien gewollte Gestaltungen zugeschnitten ist und nicht beliebig manipulierbar ist. Worum es im einzelnen geht, soll sogleich an einem praktischen Fall gezeigt werden, den der IV. Zivilsenat des BGH im Jahre 1952 zu entscheiden hatte. Er wird hier in einer für die grundsätzliche Problematik unschädlichen Vereinfachung des Sachverhalts geboten und soll als anschauliches Beispiel zur Einführung des Themas dienen¹:

Ein Landkreis (1) hatte an einen benachbarten Landkreis (2) einen Dampfkessel verkauft, für den er selbst keine Verwendungsmöglichkeit hatte. Der

¹ BGHZ 5, 281 = LM Nr. 1 zu § 813 BGB mit Anm. von *Ascher*. Die im Text vorgenommene Vereinfachung betrifft zwei hier unwesentliche Punkte: Der Landkreis (1) hatte seinerseits den Kessel von der Firma H. gekauft und bezahlt, hatte ihn sich jedoch nicht selbst übereignen lassen, sondern sich mit einer von der Firma H. erteilten Ermächtigung begnügt, über das Eigentum an diesem Kessel im eigenen Namen verfügen zu dürfen. Ferner trat als Kläger nicht, wie im Text unterstellt, der Landkreis (1) auf, sondern ein Dritter, an den dieser Landkreis den Kessel nach Aufhebung des zwischen den beiden Landkreisen geschlossenen Vertrages weiterverkauft hatte.

Landkreis (2) verkaufte den Kessel sofort weiter an die Beklagte, eine Tierkörperverwertungsanstalt. Im Kaufvertrag zwischen den beiden Landkreisen war deshalb die Übereignung des Kessels direkt an die Beklagte vereinbart. Nachdem diese Übereignung erfolgt war, kam es zwischen den beiden Landkreisen zu Differenzen wegen der Kaufpreiszahlung; es hatten Kesselarmaturen gefehlt, weswegen der Landkreis (2) mindern wollte. Man einigte sich schließlich dahin, daß der Kaufvertrag im gegenseitigen Einverständnis aufgehoben wurde. Der Landkreis (1) verlangte nun von der Beklagten die Herausgabe des Kessels. Die Klage wurde in allen drei Instanzen abgewiesen.

An der Richtigkeit dieses Ergebnisses ist nicht zu zweifeln. Was dagegen aufhorchen läßt, ist die Begründung, die der BGH der Entscheidung gegeben hat. Da an eine Vindikation nicht zu denken war – die Beklagte war Eigentümerin des Kessels geworden und auch nach der Aufhebung des Vertrags zwischen den beiden Landkreisen geblieben –, wurde ein Rückübereignungsanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung geprüft. Diese Prüfung fand im Rahmen der §§ 328 ff. BGB statt, d. h. unter dem Gesichtspunkt des Versprechens der Leistung an einen Dritten, wobei dahingestellt blieb, ob die Beklagte echte Drittbegünstigte sein sollte oder ob ihr nur ein bis zur Erbringung der Leistung entziehbares Recht zugeacht war. In keinem der beiden Fälle dürfte, wie der BGH ausführt, der Versprechende (Landkreis 1 als Kläger) wegen des mangelhaften Deckungsverhältnisses zum Versprechensempfänger (Landkreis 2) in eine gültige und schon abgeschlossene Valutabeziehung des Landkreises (2) zur Beklagten eingreifen. Lediglich vor Erbringung der Leistung hätte sich die Beklagte nach § 334 BGB Einwendungen aus der Deckungsbeziehung entgegenhalten lassen müssen. Eine *condictio indebiti* aus § 813 BGB sei dagegen mit dieser Bestimmung nicht zu begründen, und zwar selbst dann nicht, wenn die Deckungsbeziehung infolge Anfechtung rückwirkend wieder entfallen wäre.

2. Mit diesem im Nachsatz enthaltenen *obiter dictum*, das leider sogar zum ersten Leitsatz der Entscheidung erhoben wurde², hat sich der BGH in höchst überflüssiger Weise in ein sehr umstrittenes Problem des Bereicherungsrechts begeben³, und auch mit der Einordnung der Leistungs-

² *E. von Caemmerer*, Bereicherung und unerlaubte Handlung, Festschrift für *E. Rabel* I (1954), 333 ff. (383 Fn. 193) hält diesen Leitsatz ebenfalls für bedenklich, scheint aber an der Subsumtion des Falles unter den Vertrag zugunsten Dritter keinen Anstoß zu nehmen. Siehe dazu auch die späteren Bemerkungen bei *E. von Caemmerer*, Bereicherungsansprüche und Drittbeziehungen, JZ 1962, 385 (387 zu 3 b und 387–388 zu 3 c). *J. Esser*, Schuldrecht (2. Aufl. 1960), § 190.3 auf S. 784 zu Beispiel c) ist sogar der Ansicht, daß es keine Rolle spiele, ob der Kaufvertrag als echter oder als unechter Vertrag zugunsten Dritter angesehen werden muß, und lehnt mit BGHZ 5, 281 (284–285) auch bei echter Drittbegünstigung im Falle der Anfechtung der Deckungsbeziehung die Kondition des Versprechenden gegen den Dritten ab.

³ Das RG hatte – siehe das Urt. vom 27. 4. 1915, JW 1915, 652 = Warn Rspr 1915 Nr. 163 – in einem *obiter dictum* die von ihm als herrschend bezeichnete gegenteilige Meinung

beziehungen, um die es hier ging, in den Bereich der §§ 328 ff. BGB ist nicht das Richtige getroffen worden. Das Gesetz hat die „Drittleistungen“, wie man die Leistung durch den Versprechenden an den Dritten beim Vertrag auf Leistung an einen Dritten seit *Stampe*⁴ zu nennen pflegt, so ausgestaltet, daß der Dritte das ihm Zugewandte zwar als eine Leistung des Versprechensempfängers aufgrund des zu ihm bestehenden Valutaverhältnisses betrachten darf, hat seine Rechtsposition aber erkennbar der ihm fremden Deckungsbeziehung untergeordnet, aus der sein Forderungsrecht gegen den Versprechenden bei echter Drittbegünstigung abgeleitet ist. Der berechtigende Vertrag zugunsten Dritter steht deshalb im Ergebnis – nicht allerdings was sein Zustandekommen betrifft – der Abtretung des Erfüllungsanspruchs nahe, wenn man einmal davon absieht, daß sich die Parteien die Aufhebung des Rechts des Dritten vorbehalten können (§ 328 II BGB), und der Versprechensempfänger im Zweifel auf Leistung an den Dritten klagen kann (§ 335 BGB). Vor allem aber trifft ein hier maßgeblicher Aspekt zu: Ebenso wie ein Zessionar nach § 404 BGB mit Einwendungen des Schuldners aus dessen Beziehung zum Zedenten rechnen muß, so ist beim berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter der Dritte nach § 334 BGB den Einwendungen des Versprechenden aus dessen Beziehung zum Versprechensempfänger ausgesetzt⁵.

3. Für das Anwendungsgebiet des berechtigenden Vertrages zugunsten Dritter ist die Unterordnung der Interessen des Dritten unter die ihm fremde Deckungsbeziehung kennzeichnend⁶. Schon ein Blick in das Gesetz zeigt, worum es dem Gesetzgeber in erster Linie ging: Lebensversicherungs- und Leibrentenverträge mit Drittbegünstigung, Vermögens- oder Gutsübernahmen, bei denen Abfindungsleistungen zugunsten Dritter versprochen werden, d. h. also Versorgungsverträge im weitesten Sinne. Es kommen noch hinzu gewisse „Gelegenheitsfälle im Alltagsverkehr“, die sich dadurch auszeichnen, daß die Valutabeziehung unentgeltlich ist (Schenkung oder Ausführung eines Auftrags in der Form indirekter Vertretung)⁷. Ausscheiden kann man heute die zahlreichen Fälle, in denen

vertreten und einen Rückgewähranspruch des Versprechenden gegen den Dritten nach §§ 813, 334 BGB befürwortet. Zum Meinungsstand in der Literatur siehe unten N. 13.

⁴ *E. Stampe*, Aus einem Freirechtslehrbuch, AcP 107, 274 ff. (287).

⁵ Auf diese Nähe zur Zession ist schon oft hingewiesen worden; siehe *K. Hellwig*, Die Verträge auf Leistung an Dritte (1899), 305; *H. Krefß*, Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts (1929), 618–619 und zuletzt *Heinrich Lange*, Die Auswirkung von Leistungsstörungen beim echten Vertrag zugunsten Dritter im Rechtsbereich des Dritten, NJW 1965, 657. Aus der Rechtsprechung siehe dazu RGZ 66, 158 (161).

⁶ Zu dieser Interessenwertung siehe *E. Ulmer*, Akkreditiv und Anweisung, AcP 126 129 ff. (144–145); *J. Esser* (N. 2), § 190.2 auf S. 782.

⁷ Siehe die Darstellungen bei *Ph. Heck*, Grundriß des Schuldrechts (1929), 143; *G. Wesenberg*, Verträge zugunsten Dritter (1949), 138.

unsere Gerichte schon wenige Jahre nach Inkrafttreten des BGB echte Drittbegünstigungen rein haftungsrechtlicher Art angenommen haben. Es ging dabei bekanntlich meistens darum, dem geschädigten „leistungsnahen“ Dritten den Vorteil der vertraglichen Gehilfenhaftung oder der längeren Verjährung vertraglicher Schadensersatzansprüche zu verschaffen⁸. Seitdem wir uns daran gewöhnt haben, solche Sachverhalte als eigenständige „Verträge mit Schutzwirkung für Dritte“ aufzufassen, bilden die zahlreichen haftungsrechtlichen Fälle, die unsere Kommentare zu § 328 BGB noch füllen, nur mehr einen Annex dieses Rechtsinstituts, der jetzt außer Betracht bleiben kann.

Wenn man nun fragt, warum dem Dritten beim berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter trotz dieser Unterordnung seiner Interessen unter die Deckungsbeziehung ein eigenes Forderungsrecht – abgezweigt aus dieser Beziehung – gegeben wird, so geben gerade die gesetzlichen Fälle echter Drittbegünstigung darüber Aufschluß: Es ist ein praktisches Bedürfnis im Hinblick auf die Rechtsverwirklichung, das für diese Rechtsverleihung spricht. Wer durch einen Lebensversicherungsvertrag begünstigt werden soll, der soll mit dem Tode des Versprechensempfängers selbst aktiv legitimiert sein. Er soll nicht von der Initiative der Erben abhängig sein, deren eigene Interessen ihm vielfach keine Gewähr dafür bieten, daß er in den ungeschmälerten Genuß der Versicherungssumme kommt. Ähnlich können die Dinge in den vom Gesetz erwähnten Fällen der Vermögens- oder Gutsübernahme liegen, wenn der Übernehmer dabei Abfindungsleistungen an Dritte verspricht. Der Veräußerer möchte in diesen Fällen weder selbst damit befaßt sein, die häufig fortlaufend zu entrichtenden Versorgungsleistungen an die Dritten durchsetzen zu müssen, noch will er diese Wahrung der Drittinteressen nach seinem Tode seinen Erben überlassen. Die von ihm bedachten Dritten sollen sie zu eigenem Recht verfolgen können⁹.

Diese Umschreibung des Lebensgebiets der berechtigenden Verträge zugunsten Dritter mag nicht erschöpfend sein¹⁰. Gewisse Schwierigkeiten bereitet z. B. die juristische Einordnung des Frachtvertrags (§§ 435, 436 HGB) mit seinen gleichgerichteten Varianten nach der Eisenbahnverkehrsordnung (§§ 41 I, 39 II; 75 EVO) und der Kraftverkehrsordnung für den

⁸ Siehe dazu *J. Gernhuber*, Drittwirkungen im Schuldverhältnis kraft Leistungsnähe, Festschrift für *A. Nikisch* (1958), 249 ff.; *K. Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts I. Band, Allgemeiner Teil (8. Aufl. 1967), § 11 III auf S. 126 ff. und *W. Lorenz*, Die Einbeziehung Dritter in vertragliche Schuldverhältnisse – Grenzen zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung, *JZ* 1960, 108 ff.

⁹ In diesem Sinne schon *F. Leonhard*, Allgemeines Schuldrecht des BGB (1929), 353–354.

¹⁰ Nicht unter die berechtigenden Verträge zugunsten Dritter fällt der Girovertrag; siehe dazu die eingehende Darstellung bei *U. Meyer-Cording*, Das Recht der Banküberweisung (1951), 13 ff. und 52–54.

Güterfernverkehr mit Kraftfahrzeugen (§ 25 II KVO)¹¹. Dennoch ist soviel sicher: Die berechtigenden Verträge zugunsten Dritter eignen sich wegen der fehlenden Abstraktion der Valutabeziehung von der Deckungsbeziehung nicht für Fälle, in denen in jeder dieser Beziehungen ein entgeltliches Umsatzgeschäft getätigt werden soll. Wo mit der Vereinbarung einer direkten Zuwendung des Verkäufers an den Abkäufer des Käufers lediglich der Umweg über das Vermögen des ersten Käufers erspart werden soll, ist die Leistungsbeziehung dieses Käufers zu seinem Abkäufer ebenso selbständig wie in jeder normalen Veräußerungskette. Dann aber ist es bei gültiger Übereignung des Verkäufers an den Dritten selbstverständlich, daß Mängel der ersten Rechtsgrund- und Leistungsbeziehung den Fortbestand der zweiten nicht beeinflussen können. Man wird den Vorstellungen der Parteien zweier Umsatzgeschäfte bei vereinbarter Simultanleistung also nur gerecht, wenn man die beiden Rechtsverhältnisse derart voneinander abstrahiert, wie das bei Anweisungsleistungen geschieht. Es ist nichts damit gewonnen, die Lebensaufgabe des berechtigenden Vertrags zugunsten Dritter, der gewiß auch indirekte Vermögenszuwendungen vermitteln soll, schon deswegen mit derjenigen der Anweisung in Verbindung zu bringen¹² und dem Vertrag zugunsten Dritter damit Funktionen von Anweisungsleistungen zuzuweisen.

4. Beim berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter ist es nun außerordentlich kontrovers, von wem der Versprechende für den Fall des Nichtzutreffens der Deckungsbeziehung kondizieren kann¹³. Mit dem in der

¹¹ Unter dem Einfluß von *K. Hellwig* (N. 5), 477 ff. sieht die herrschende Lehre im Frachtvertrag einen berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter; siehe dazu *J. von Gierke*, Handelsrecht und Schifffahrtsrecht (7. Aufl. 1955), 537; *Baumbach-Duden*, Handelsgesetzbuch (17. Aufl. 1966), Anm. 1 B zu §§ 433, 434; *Schlegelberger-Geffler*, Handelsgesetzbuch IV (4. Aufl. 1966), Anm. 1 zu § 436. Das RG war demgegenüber zurückhaltender; vgl. RGZ 71, 342; 95, 122; 102, 344 (346). Angesichts der Verpflichtungen, die der Empfänger mit Annahme des Gutes und des Frachtbriefs gegenüber dem Frachtführer übernimmt, – mag man auch sagen, diese beruhen auf Gesetz und nicht auf Vertrag – erscheint die Einordnung in die berechtigenden Verträge zugunsten Dritter recht zweifelhaft. Siehe dazu die schon von *R. Müller-Erzbach*, Handelsrecht (2. und 3. Aufl. 1928), 608 ff. geäußerten Bedenken. Wegen des engeren Verhältnisses, das der Dritte zur Sache hat, lehnt *G. Wesenberg* (N. 7), 137 Fn. 16 diese Deutung des Frachtvertrages ab.

¹² Dies tut *Ph. Heck* (N. 7), 150, der noch darauf hinweist, daß auch beim Vertrag zugunsten Dritter die aus dem Recht der Anweisung bekannten Kausalbeziehungen – Deckungs- und Valutaverhältnis – anzutreffen seien. Trotz Gleichheit dieser Terminologie dürfen aber die Bewertungsunterschiede, die diesbezüglich zwischen Anweisungslage und Vertrag zugunsten Dritter bestehen, nicht verwischt werden.

¹³ Die Kondiktion des Versprechenden gegenüber dem Dritten lassen zu: *P. Oertmann*, Recht der Schuldverhältnisse II/1 (5. Aufl. 1928), Anm. 5 zu § 334; *Staudinger-Werner*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch II/1 (9. Aufl. 1930), Anm. 1 zu § 334; *Palandt-Danckelmann*, Bürgerliches Gesetzbuch (26. Aufl. 1967), Anm. 1 zu § 334; *Erman-Westermann*, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch I (4. Aufl. 1967), Anm. 1 zu § 334; *Heinrich Lange* (N. 5), 659. Eine vermittelnde Lösung findet sich in BGB-RGRK (11. Aufl. 1960) (*Wilde*), Anm. 4 zu § 334: Es wird zwar dem *obiter dictum* des RG (siehe oben N. 3)

modernen Lehre gerade im bereicherungsrechtlichen Zusammenhang präzisierten Leistungsbegriff, der scharf zwischen Leistung und bloßer Zuwendung unterscheidet¹⁴, ist das Problem noch nicht gelöst. Der Versprechende erbringt im Normalfall des berechtigenden Vertrags zugunsten Dritter, bei dem der Versprechensempfänger ebenfalls forderungsberechtigt ist (§ 335 BGB), seine Leistung mit doppelter Bestimmung: Einmal im Hinblick auf das verpflichtende Rechtsgrundgeschäft, das ihn mit dem Versprechensempfänger verbindet, zum anderen aber auch *solvendi causa* auf die Forderung, die der Dritte gegen ihn hat. Zugleich aber darf der Dritte das ihm Zugewendete als indirekte Leistung des Versprechensempfänger aufgrund der Valutabeziehung betrachten. Es wird nach drei Richtungen simultan geleistet. Es konkurrieren also mehrere Leistungscausae, und die Frage, welche Folge eintreten soll, wenn zwar die *causa solvendi* in der Valutabeziehung, nicht jedoch in der Deckungsbeziehung und damit auch nicht zwischen dem Versprechenden und dem Dritten zutrifft, ist aus den bereicherungsrechtlichen Bestimmungen allein nicht eindeutig zu entnehmen. Auch der Gedanke, daß die von § 334 BGB mit erfaßte Bereicherungseinrede (§ 821 BGB), die sich der Dritte vom Versprechenden im Obligationsstadium bei fehlendem Rechtsgrund der Verpflichtung in der Deckungsbeziehung entgegenhalten lassen muß, nach erbrachter Leistung ihre logische Fortsetzung in einer *condictio indebiti* (§ 813 BGB) finden müßte, erweckt zumindest den Verdacht, daß dahinter ein Bedürfnis nach konstruktiver Symmetrie steht, das ja z. B. auch in den gesetzlichen Heilungsfällen nicht durchgeführt wird.

Das dürfte auch für das vergleichbare Problem gelten, das bei der Zession entsteht: Daß der Schuldner dem Zessionar eine gegen den Zedenten gegebene Bereicherungseinrede entgegenhalten kann (§§ 821, 404 BGB), besagt auch dort nicht notwendig, daß der Schuldner das an den Zessionar in Unkenntnis der Einrede Geleistete auch zurückfordern kann¹⁵.

zugestimmt, sodann aber auf BGHZ 5, 281 eingeschwenkt, d. h. auch bei Anfechtung des Vertrags durch den Versprechenden soll eine schon an den Dritten erbrachte Leistung nicht zurückgefordert werden können. Folgende Autoren lehnen die Kondiktion des Versprechenden gegen den Dritten ab, wobei von den Sonderfällen des doppelten Mangels im Deckungs- und Valutaverhältnis und der Schenkung im Valutaverhältnis jetzt noch abzu-sehen ist: *Planck-Siber*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch II/1 (4. Aufl. 1914), Vorbem. III 3 b γ zu § 328 und Anm. 1 b) zu § 334; *Siebert-Schmidt*, Bürgerliches Gesetzbuch I (9. Aufl. 1959), Anm. 1 zu § 334; *Enneccerus-Lehmann*, Recht der Schuldverhältnisse (15. Aufl. 1958), § 35 V 3 auf S. 157; *F. Leonhard* (N. 9), 368; *J. Esser* (N. 2), § 190.3 auf S. 784 zu Beispiel e); *K. Larenz* (N. 8), § 11 auf S. 125 Fn. 2; *A. Blomeyer*, Allgemeines Schuldrecht (3. Aufl. 1964), § 42 VI 2 a) auf S. 261.

¹⁴ Siehe dazu *H. Siber*, Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit, JherJb 70, 223 ff. (262); *H. W. Köttler*, Zur Rechtsnatur der Leistungskondiktion, AcP 153, 193 ff. (199) und passim; *R. Scheyhing*, Leistungskondiktion und Bereicherung „in sonstiger Weise“, AcP 157, 371 ff. (379).

¹⁵ Siehe dazu RGZ 86, 301 (304) und BGH vom 30. 5. 1963, NJW 1963, 1869. Im gleichen

Läßt sich also die Zulässigkeit der *condictio indebiti* des Versprechenden gegen den Empfänger nicht allein mit der aus § 334 BGB folgenden Drittwirkung der Bereicherungseinrede rechtfertigen, so ist die direkte Kondiktion aber andererseits mit dem gelegentlich vorgebrachten Argument des nur „ermächtigenden“ Vertrags zugunsten Dritter auch nicht zwingend abgelehnt. Bei bloßer Ermächtigung des Dritten zum Empfang der Leistung wird für den Fall des Mangels in der Rechtsgrundbeziehung zwischen Schuldner und Gläubiger eine Kondiktion gegen den Dritten mit Recht allgemein verneint. Für *Hellwig* ergab sich diese Lösung daraus, daß er den Dritten lediglich für einen zum Empfang der Leistung bevollmächtigten Vertreter des Gläubigers hielt¹⁶ – eine Auffassung, die namentlich in den Fällen der abgekürzten Lieferung nicht mit dem realen Parteiwillen übereinstimmen dürfte und deshalb nicht ohne weiteres anzunehmen sein wird. Der Dritte ist hier aufgrund seiner schuldrechtlichen Verbindung zum Gläubiger ermächtigt, eine Zuwendung des Schuldners im *eigenen* Namen zu empfangen, während der Gläubiger den Schuldner ermächtigt oder gar verpflichtet hat (ohne daß damit eine Rechtsverleihung an den Dritten gewollt sein müßte), den ihm geschuldeten Gegenstand dem Dritten zuzuwenden. Der von den Parteien gewollte Grad der Abstraktion dieser Zuwendung dürfte – entsprechend der Funktion der Güterverschiebung als abgekürzte Lieferung – derjenigen einer Anweisungsleistung entsprechen. Deswegen ist es richtig, beim ermächtigenden Vertrag zugunsten Dritter Mängel aus der Rechtsgrundbeziehung zwischen Schuldner und Gläubiger nicht gegen den Dritten wirken zu lassen, wenn die Zuwendung an ihn dinglich wirksam erfolgt ist.

Wenn daraus für den berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter gelegentlich der Schluß gezogen wird, daß es doch gar zu seltsam sei, wenn die Rechtsstellung des Empfängers gerade da, wo er kein festes Recht hatte, umso gesicherter wäre¹⁷, so klingt das zunächst zwar bestechend, geht aber an der typischen Interessenbewertung beim berechtigenden Ver-

Sinne *A. Blomeyer* (N. 13), § 43 IV 4 a) auf S. 272; *Erman-Westermann* (N. 13), Anm. 2 zu § 404. *Planck-Siber* (N. 13), Anm. 1 a) auf S. 570 will differenzieren nach Art der Einrede, beantwortet die im Text gestellte Frage aber leider nicht konkret. Daß ein Schuldner nicht das an den Zessionar Geleistete von diesem kondizieren darf, läßt sich – trotz der Gleichheit mit der echten Drittbegünstigung im Obligationsstadium (§§ 334, 404 BGB) – damit rechtfertigen, daß der Zessionar sein obligationsmäßiges Interesse nicht von vornherein einer ihm fremden Schuldrechtsbeziehung unterordnet. Der Schuldner mag ferner auf Nichtabtretbarkeit der Forderung hinwirken (§ 399 BGB). Im Obligationsstadium hat es dagegen einen guten Sinn, dem Schuldner mit §§ 821, 404 BGB zu helfen, damit der Zessionar keine mittelbare Leistung auf die mangelhafte Rechtsgrundbeziehung zwischen Schuldner und Zedent erzwingt.

¹⁶ *K. Hellwig* (N. 5), 92 ff. und 134–136.

¹⁷ So *F. Leonhard* (N. 9), 368, im Anschluß an *R. Gottschalk*, Die Rechtsstellung Dritter im Kondiktionsrecht, *JherJb* 78, 290 ff. (308).

trag zugunsten Dritter vorbei, weil die Unterordnung des Rechts des Dritten unter die Deckungsbeziehung nicht berücksichtigt wird, und dem aus dieser Rechtsgrundbeziehung abgespaltenen Recht des Dritten, sobald die Leistung an ihn erfolgt ist, eine Selbständigkeit eingeräumt wird, die der Rechtsstellung des Anweisungsempfängers gegen den Angewiesenen nach erfolgter Anweisungsleistung gleichkäme.

Zurückzuweisen ist auch der in diesem Zusammenhang gegebene Hinweis auf die Fälle der Drittzahlung nach § 267 BGB. Man sagt: Wenn der Empfänger so unsicher gestellt wird, dann würde er besser jede Leistung durch einen Dritten ablehnen; das aber dürfe er nach § 267 BGB gerade nicht¹⁸. Hier liegt m. E. eine Fehleinschätzung der Tilgungsbestimmung des Zuwendenden vor. Bei der Drittzahlung nach § 267 BGB kann der Zahlende dem Empfänger Mängel aus der Deckungsbeziehung grundsätzlich nicht entgegenhalten; seine Leistung erfolgt ihm gegenüber allein *solvendi causa* zur Tilgung der Valutaschuld. Eine schon bestehende Deckungsbeziehung wird dabei nicht vorausgesetzt, was besonders dann sichtbar wird, wenn der Dritte auftragslos leistet. Dagegen wird im Normalfall weder beim ermächtigenden noch beim berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter vom Schuldner bzw. Versprechenden eine solche Tilgungsbestimmung für die Valutabeziehung gesetzt; denn der Schuldner bzw. Versprechende soll und will sich darum gar nicht kümmern.

Auch im Verhältnis zu der bei dem „Versprechen der Leistung an einen Dritten“ geregelten Erfüllungsübernahme (§ 329 BGB) lassen sich dieselben kausalrechtlichen Strukturunterschiede aufzeigen: Geht die Verpflichtung des Übernehmers gegenüber dem Schuldner auf „Befriedigung eines Gläubigers des anderen Teiles“, so soll dieser Gläubiger die Leistung des Übernehmers *solvendi causa* für seine Forderung an den Schuldner empfangen. Hat die Valutaschuld nicht bestanden, so kondiziert daher der Übernehmer vom Scheingläubiger, und es ist, falls der Übernehmer mit seiner Kondiktion ausfallen sollte, nur zu fragen, ob sich daran Folgen für die Abwicklung der Beziehung zwischen dem Erfüllungsübernehmer und dem vermeintlichen Schuldner knüpfen lassen. Es liegt also wie im Normalfall der Drittzahlung (§ 267 BGB), wenn die zu tilgende Schuld nicht bestand¹⁹. Wird dagegen Leistung an einen Drittgläubiger schlechthin versprochen, so ist wiederum für den Regelfall weder beim ermächtigten-

¹⁸ Siehe *F. Leonhard* (N. 9), 368.

¹⁹ Ebenso *Planck-Siber* (N. 13), Anm. 1 zu § 329 und Vorbem. III 3 b) γ zu § 328; anders dagegen *R. Gottschalk* (N. 17), 296–299, der hier bei Nichtzutreffen der Valutaschuld unterschiedslos annimmt, daß der Übernehmer bzw. der Drittzahler dem vermeintlichen Schuldner des Zuwendungsempfängers (= Scheingläubiger) eine *condictio* verschafft. Siehe dazu auch die weiteren Ausführungen zu II 2 im Text.

den noch beim berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter anzunehmen, daß der Schuldner bzw. Versprechende eine Tilgungsbestimmung für die Valutabeziehung setzt, weil das allein Sache des Gläubigers bzw. Versprechensempfänger sein soll.

Für die Maßgeblichkeit der Deckungsbeziehung gegenüber dem Zuwendungsempfänger ist es dagegen von Bedeutung, ob – wie beim berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter – dem Dritten zunächst ein eigenes Forderungsrecht verschafft wird oder nicht. Dieses Forderungsrecht ist ersichtlich aus der ihm fremden Deckungsbeziehung abgezweigt. Innerer Rechtsgrund der Verpflichtung des Versprechenden ist dann die Deckungsbeziehung, und äußerer Rechtsgrund der Leistung ist die Forderung des Dritten. Der Versprechende leistet *solvendi causa* auf diese Forderung. Mangel des verpflichtenden Rechtsgrundgeschäfts bedeutet hier notwendig zugleich Fehlschlag der gegenüber dem Dritten vorausgesetzten *causa* der Leistung. Die beiden Leistungscausae, die der Versprechende voraussetzt – bei nicht ausschließlicher Forderungsberechtigung des Dritten ist nach § 335 BGB auch der Versprechensempfänger berechtigt, die Leistung an den Dritten zu fordern – können nur zusammen bestehen oder dahinfallen.

Daraus scheint zu folgen, daß der Versprechende sowohl vom Dritten als auch vom Versprechensempfänger kondizieren kann. Mit dieser Konsequenz hätte man aber den Hilfscharakter des lediglich auf § 335 BGB gestützten Leistungszwecks überschätzt: Erfüllt ist nur mit der realen Leistung an den Dritten und damit erlischt auch der Anspruch des Versprechensempfängers. Würde realiter an den Versprechensempfänger geleistet, so hätte der Versprechende nicht erfüllt. Noch deutlicher ist das Bild bei vereinbarter ausschließlicher Forderungsberechtigung des Dritten: Dann erfolgt die Leistung des Versprechenden nur *solvendi causa* für die Forderung des Dritten an den Versprechenden, und die Erledigung der Deckungsbeziehung ist bloßer Reflex dieser Leistung. Deshalb muß der Versprechende in allen diesen Fällen vom Dritten und nur von ihm kondizieren.

Beim ermächtigenden Vertrag zugunsten Dritter liegt dagegen die *causa* der Leistung des Schuldners nur im Verhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger; sie wird gegenüber dem Dritten regelmäßig nicht vorausgesetzt. Damit wird nicht behauptet, daß in diesen Fällen eine Leistungscausa zwischen Schuldner und Drittem daneben nicht denkbar wäre. Sie könnte aber, da ein eigenes Forderungsrecht des Dritten an den Schuldner fehlt, nur in bezug auf die Valutabeziehung gedacht werden. Die Vertragsfreiheit würde eine solche Ausgestaltung sicherlich gestatten. Es handelte sich dann aber um eine Kombination eines ermächtigenden Vertrags zugunsten Dritter mit einer Erfüllungsübernahme oder auch einer Dritt-

zahlung, und die Leistung des Dritten geschähe dann *solvendi causa* sowohl für die Deckungsbeziehung als auch für die Valutabeziehung²⁰. Daß derlei Verbindungen atypisch sind, bedarf keiner besonderen Erklärung.

5. *Heinrich Siber*, der das Kondiktionsproblem beim berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter in besonders tiefgründiger Weise durchdacht hat, sprach sich generell gegen die direkte Rückforderung des Versprechenden vom Dritten aus, wenn die Zuwendung „eine abschließende Wirkung im Valutaverhältnis herbeigeführt hat“²¹. Der BGH hat sich diese These im Ausgangsfall überflüssigerweise zu eigen gemacht. Nun verdient es m. E. besondere Beachtung, daß *Siber* sich dazu auf den seinerzeit viel diskutierten Postanweisungsfall berief, der im Jahre 1904 vom RG entschieden wurde²². Ein ungetreuer Postbeamte hatte damals, ohne dem Postfiskus durch entsprechende Einzahlung die gehörige Deckung zu verschaffen, die Bezahlung einer eigenen gültigen Valutaschuld durch Postanweisung veranlaßt, indem er falsche Buchungen vornahm. Das RG hat die Klage des Postfiskus gegen den Dritten abgewiesen. Auf diesen Fall ist noch zurückzukommen (siehe unten II 1). Das „Aufstören“ der Valutabeziehung beim berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter schien für *Siber* vor allem deshalb zu Unzuträglichkeiten zu führen, weil er meinte, daß der Versprechende damit praktisch ein Wahlrecht bekommt²³: Wenn nämlich sein Vertragsgegner (Versprechensempfänger) insolvent sei, dann könnte er das Risiko von dessen Zahlungsunfähigkeit auf eine Person abwälzen, mit der er in keinem Vertragsverhältnis stand. Das hätte zur Folge, daß die schon getilgte Valutaschuld wieder aufleben müßte.

Nun ist in der Tat ein solches Wahlrecht eines Putativschuldners hier wie anderwärts durch nichts zu rechtfertigen. Es verwischt, wie noch in einem anderen Zusammenhang zu zeigen ist²⁴, die notwendige Grenzziehung zwischen Leistungskondiktion und Bereicherung „in sonstiger Weise“ und ist wohl auch nicht mit der Ablehnung der Versionsklage durch das BGB in Einklang zu bringen. Im gegenwärtigen Problembereich ist aber davon auszugehen, daß sich die von *Siber* befürchtete Konkurrenz zweier Kondiktionen in der Person des Versprechenden nicht ergibt, weil auch für den Fall nicht ausschließlicher Berechtigung des Dritten (§ 335 BGB) die primäre Leistungscausa nur diejenige ist, auf deren reale Erfüllung

²⁰ Siehe dazu *Planck-Siber* (N. 13), Anm. 1 zu § 329.

²¹ *Planck-Siber* (N. 13), Vorbem. III 3 b) γ zu § 328.

²² RGZ 60, 24.

²³ Darauf läuft die von *K. Hellwig* (N. 5), 275 ff. (296) und 310 ff. vorgeschlagene Lösung hinaus. Er hält den Versprechensempfänger und den Dritten für Gesamtgläubiger i. S. von § 428 BGB, nimmt aber für den Bereicherungsfall in Abweichung von den bei solcher Gesamtgläubigerschaft geltenden Grundsätzen an, daß der Leistende hier zwei Gesamtschuldner hat. Gegen diese Auffassung mit Recht: *Planck-Siber* (N. 13), Anm. 1 a) zu § 335.

²⁴ Siehe dazu unten im Text (zu IV).

auch das Forderungsrecht des Versprechensempfängers gerichtet ist. An dieser Lage kommt man im Kondiktionsstadium nicht vorbei.

Darüber hinaus ist aber zu fragen, ob die Bedenken *Sibers* nicht aus einem anderen Grunde für die lebensstypischen Fälle der berechtigenden Verträge zugunsten Dritter zurückzustellen sind. Beschränkt man nämlich deren Anwendungsgebiet auf diejenigen Situationen, in denen – offensichtlich auch nach der Intention des Gesetzes – eine Unterordnung des Dritten unter die ihm fremde Deckungsbeziehung allein interessengemäß ist und dem Parteiwillen entspricht, so ist das Argument mit der „aufgestörten Valutabeziehung“ weithin entschärft; denn es geht um Fälle, in denen die Valutabeziehung eine Unentgeltlichkeitscausa im weitesten Sinne aufweist, wozu außer Schenkung und Auftrag eben auch Leistungen mit Versorgungscharakter zu rechnen wären. So muß es also z. B. der Versicherungsgesellschaft möglich sein, von der drittbegünstigten Ehefrau eines Lebensversicherungsvertrags, den ihr Mann geschlossen hat, die geleistete Versicherungssumme zu kondizieren, wenn sich jetzt herausstellt, daß der Mann beim Vertragsabschluß wissentlich unvollständige Angaben über seinen Gesundheitszustand gemacht hatte, so daß eine Anfechtung (gegenüber dem Erben) wegen arglistiger Täuschung zu Recht erfolgt²⁵. Es kommt dann nicht darauf an, ob die Ehefrau diese Täuschung kannte oder kennen mußte und ob deshalb auch ihr gegenüber nach § 123 II 2 BGB ein Anfechtungsrecht besteht. Daß die Leistung in solchen Fällen in der Valutabeziehung eine abschließende Wirkung hatte, kann den Dritten nicht vor der Kondiktion des Versprechenden schützen; dies umso weniger, als man selbst bei der Anweisung in Analogie zu § 822 BGB dem Angewiesenen mit Recht die Kondiktion gegen den Anweisungsempfänger gibt, wenn die Deckungsbeziehung nicht zutrifft und infolge unentgeltlicher Leistung im Valutaverhältnis beim Anweisenden eine Bereicherung nicht vorhanden ist²⁶. Die Stellung des Dritten beim berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter kann bei vergleichbarer Lage nicht gut stärker als diejenige des Empfängers einer Anweisungsleistung sein, die sich doch durch einen besonders hohen Grad der Abstraktion von der Deckungsbeziehung auszeichnet.

6. Aus alledem folgt, daß der berechtigende Vertrag zugunsten Dritter sich nicht für Fälle abgekürzter Lieferung eignet. Die Unterordnung unter die ihm fremde Deckungsbeziehung wird den Interessen des Abkäufers des ersten Käufers nicht gerecht, und der Vorteil, den das eigene Forde-

²⁵ Erst recht gilt dies natürlich in dem von *E. Ulmer* (N. 6), 172 gebildeten Fall, wenn sich nachträglich ergibt, daß die ausgezahlte Versicherungssumme falsch berechnet war.

²⁶ Siehe dazu *A. von Tuhr*, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts* II 2 (1918), 100; *E. Ulmer*, *Das Recht der Wertpapiere* (1938), 144–145.

rungsrecht des Dritten an den Versprechenden gewährt, bleibt hier – anders als in den gesetzestypischen Fällen echter Drittbegünstigung – im Grunde ohne Funktion, weil es der Zweitverkäufer nur mit *seinem* Vertragspartner zu tun haben will, gegen den er auch für den Fall einer Rückabwicklung in einer der beiden Rechtsgrundbeziehungen durch das Zurückbehaltungsrecht gesichert sein muß.

II.

1. Auf diesem Hintergrund ist es bemerkenswert, daß die schon erwähnte Entscheidung des RG im Postanweisungsfall²⁷ auch heute noch in unserer Literatur als Beleg für die These angeführt wird, daß beim berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter der Versprechende vom Dritten wegen eines Mangels der Deckungsbeziehung nicht kondizieren könne, wenn das Valutaverhältnis in Ordnung sei²⁸. Das ist um so erstaunlicher, als die seinerzeit von *Hellwig* vertretene Ansicht, daß der Adressat ein eigenes Recht auf Auszahlung gegen die Post habe²⁹, längst überholt ist, weil heute angesichts der Postordnung (§ 27 PostO) nicht daran zu denken ist, daß die Post dem Empfänger zur Leistung verpflichtet sein will; denn sie verpflichtet sich nur dem Absender zur Übermittlung des eingezahlten Betrages. Das RG hat jedenfalls zu *diesem* Mißverständnis in der Literatur keinen Anlaß gegeben. Es hatte aber andererseits noch nicht klar erkannt, daß solche einfachen Verträge auf Leistung an Dritte nach erbrachter Leistung kausalrechtlich wie Anweisungsleistungen zu behandeln sind. Es verwischt deshalb die Grenze zu den Fällen der Drittzahlung (§ 267 BGB), wenn es sagt, der Fall sei „in derselben Weise zu beurteilen, wie in dem Falle, wenn jemand, weil er einem anderen hierzu verpflichtet zu sein glaubt, eine Schuld desselben an dessen Gläubiger bezahlt“³⁰.

Der Vergleich mit den Fällen der Drittzahlung, in denen die Valutaschuld zutrifft, die Deckungsbeziehung aber an einen Mangel leidet, führt in diesem Falle für die Kondiktionslage zwar zum gleichen Ergebnis, aber kausalrechtlich liegen die Dinge doch grundverschieden: Die Post setzt bei der Auszahlung des Betrages an den Empfänger keine bestimmte

²⁷ RGZ 60, 24; siehe dazu oben (zu N. 22) im Text.

²⁸ So z. B. bei *Enneccerus-Lehmann* (N. 13), § 35 V 3 auf S. 157; *A. Blomeyer* (N. 13), § 42 VI 2a) auf S. 261; siehe auch schon *F. Leonhard* (N. 9), 368–369.

²⁹ *K. Hellwig* (N. 5), 530 ff. Von seinem Standpunkt aus (siehe oben N. 16) war es nur folgerichtig, daß die Post vom Adressaten kondizieren konnte, wenn sie keine Deckung erhalten hatte.

³⁰ RGZ 60, 24 (29). Im Nachsatz wird verdeutlichend hinzugefügt, daß sich „der Zahlende bezüglich seiner Verpflichtung, den andern von seiner Schuld zu befreien, in Irrtum befunden hatte, . . .“.

Valutaschuld voraus; sie will und soll diesbezüglich gar keine Tilgungsbestimmung treffen und leistet nur *solvendi causa* auf die Deckungsbeziehung. Der Drittzahler dagegen will regelmäßig einen Tilgungseffekt im Valutaverhältnis erzielen. Dieser Zweck ist z. B. das erklärte Ziel einer Zahlung, die der Haftpflichtversicherer an den vom Versicherten Geschädigten leistet, d. h. die Tilgung der Schadensersatzforderung ist die dem Schadensersatzgläubiger gegenüber vorausgesetzte *causa solvendi*.

So ist es nicht nur im Normalfall des § 267 BGB, sondern auch in den verwandten Drittzahlungsfällen, in denen – wie z. B. bei der Leistung des Schuldübernehmers oder des Bürgen – der Drittzahler mit dem Gläubiger bereits durch ein verpflichtendes Rechtsgrundgeschäft verbunden ist. Für die Leistung des Schuldübernehmers hat § 417 I 1 BGB diesen Bezug der Leistungscausa zur Urschuld ausdrücklich hergestellt, und in § 417 II BGB wird ferner normiert, daß die Rechtsgrundbeziehung zwischen dem Übernehmer und dem Urschuldner gegenüber dem Gläubiger nicht als Bezugspunkt der ihm erbrachten Leistung in Betracht kommt. Dasselbe muß für die Bürgenzahlung gelten³¹. Beide Fälle weisen gegenüber der gewöhnlichen Drittzahlung nach § 267 BGB nur die Besonderheit auf, daß bei einem Mangel im Schuldübernahme- bzw. Bürgschaftsvertrag der innere Rechtsgrund der Verpflichtung gegenüber dem Gläubiger fehlt und dann deshalb bereits der für die Leistung gesetzte äußere Rechtsgrund der Erfüllung nicht zutreffen kann; denn er steht unter dem Vorbehalt der Gültigkeit des Rechtsgrundverhältnisses des Leistenden zum Gläubiger.

2. Daß bei der einfachen Drittzahlung nach § 267 BGB ebenfalls die Wertung des § 417 I 1 BGB gilt, läßt auch die Formulierung des Gesetzes erkennen: Der Dritte bewirkt an den Gläubiger *die Leistung des Schuldners*, was doch nur heißen kann, daß diese Leistung *solvendi causa* auf die Valutaschuld erfolgt. Ein daneben in der Deckungsbeziehung erstrebter Tilgungserfolg ist dem Gläubiger gegenüber also unmaßgeblich. Er mag bei Tilgung der Valutaschuld in der Regel gleichzeitig erreicht werden; aber notwendig ist das nicht. Bis zu diesem Punkt besteht für die Drittzahlung nach § 267 BGB, soweit ersichtlich, auch kaum Streit.

Man hat aber bezweifelt, ob für den Fall des Nichtzutreffens der Valutaschuld der Dritte vom Scheingläubiger kondizieren kann bzw. muß oder ob er damit dem vermeintlichen Schuldner eine Kondiktion verschafft hat³² und deshalb die Auseinandersetzung mit dem Scheingläubiger ihm überlassen kann. War die Drittzahlung auftragslos, so ist die Antwort nicht

³¹ Siehe dazu statt aller *E. von Caemmerer*, JZ 1962, 385 (386 zu 3 a).

³² In diesem Sinne vor allem *R. Gottschalk* (N. 17), 296–298. Siehe demgegenüber die Stellungnahme der Rechtsprechung in RGZ 60, 284 (287) und RG vom 1. 5. 1917, LZ 1917, 1342: Wenn die Valutaschuld nicht bestand, steht die Kondiktion dem Drittzahler zu.

zweifelhaft: Es lag dann keine nützliche Geschäftsführung vor (§ 683 BGB), und der vermeintliche Schuldner wird sie nicht genehmigen. Da er auch nicht bereichert ist (§ 684 Satz 1 BGB), kann überhaupt nur eine Rückforderung des Dritten vom vermeintlichen Gläubiger in Betracht kommen.

Wie aber steht es, wenn die Zahlung des Dritten auf Weisung des vermeintlichen Valutaschuldners erfolgte, und der Dritte sich zur Leistung an den Scheingläubiger bereit erklärt, weil er seinerseits dem vermeintlichen Valutaschuldner eine gleiche Summe aus Kauf schuldet? Würde der Dritte hier auf die Kondiktion gegen den Scheingläubiger verwiesen, so trüge er das Risiko von dessen Insolvenz, ohne von seiner Kaufpreisschuld freigeworden zu sein. Zur Vermeidung dieses unerfreulichen Ergebnisses könnte man erwägen, dem Dritten – selbstverständlich gegen Abtretung seiner Kondiktion – einen Anspruch auf Aufwendungsersatz (analog § 670 BGB) gegen den vermeintlichen Valutaschuldner zu geben; denn es ist nicht einzusehen, daß der Dritte, der als Käufer ursprünglich zur Drittzahlung nicht verpflichtet war, schlechter dastehen soll als jemand, der sich – ohne bereits Schuldner gewesen zu sein – z. B. als Beauftragter verpflichtet, den Auftraggeber von einer Schuld gegenüber einem anderen zu befreien. Da es nicht Aufgabe des Beauftragten sein kann, das Bestehen der Valutaschuld zu prüfen, darf er seine Aufwendung regelmäßig als „den Umständen nach für erforderlich halten“³³.

Wenn man dagegen annimmt, der Drittzahler habe in diesem Falle dem vermeintlichen Schuldner von vornherein eine Kondiktion gegen den Scheingläubiger verschafft, so hat man zwar den Interessen des Drittzahlers, der damit sogleich von seiner Kaufpreisschuld gegenüber dem vermeintlichen Schuldner freigeworden ist, ebenfalls und, wie zuzugeben ist, auf erheblich einfachere Weise entsprochen. Aber diese Lösung wäre nicht mehr in die für Drittzahlungen typische kausalrechtliche Struktur einzuordnen, weil man dahin nur dann gelangen könnte, wenn der Drittzahler keine Tilgungsbestimmung bezüglich der Valutaschuld getroffen hätte. Deshalb ist die Frage berechtigt, ob man für Fälle der weisungsgemäßen Zahlung einer Kaufpreisschuld an einen vom Verkäufer benannten Empfänger beim Käufer – auch wenn die Weisung später und unabhängig vom Kaufabschluß erfolgt ist und befolgt wird – einen speziellen Tilgungswillen im Hinblick auf eine ihm fremde Valutaschuld voraussetzen darf. Der Verkäufer wird dergleichen von ihm auch nicht stillschweigend verlangen, und das eigene Interesse des Käufers dürfte regelmäßig den Schluß auf einen solchen Leistungswillen nicht nahelegen. Er

³³ Wegen der Möglichkeit eines solchen Regreßanspruchs will *A. von Tuhr* (N. 26), 101 Fn. 218 die Kondiktion des Drittzahlers ablehnen und diese von vornherein dem vermeintlichen Valutaschuldner zusprechen.

vollzieht lediglich eine Anweisungsleistung, die für ihn *causa solvendi* auf die Kaufpreisschuld und simultan für den Verkäufer *causa solvendi* auf dessen (vermeintliche) Valutaschuld geht³⁴. Deshalb wird man sagen müssen, daß hier nur der Verkäufer als vermeintlicher Valutaschuldner kondiziert.

Damit wird der Anwendungsbereich der reinen Drittzahlungsfälle nach § 267 BGB – ebenso wie vorher schon der Anwendungsbereich der berechtigenden Verträge zugunsten Dritter – zugunsten der Anweisungsleistungen (im weitesten Sinne) praktisch sehr eingeengt. Aber es bleiben doch noch wichtige Fälle, wie z. B. die schon erwähnte Zahlung des Haftpflichtversicherers an den Geschädigten oder die Zahlung des Dritten, der die Anwartschaft auf das Eigentum einer unter Eigentumsvorbehalt gekauften Sache entweder durch Rechtsgeschäft erworben oder gepfändet hat und nun die Restkaufpreisschuld des Eigentumsvorbehaltskäufers zahlt.

III.

1. Das bisherige Ergebnis läßt sich dahin zusammenfassen, daß bei Leistungen, mit denen simultan auf mehrere Rechtsgrundbeziehungen eingewirkt wird, nicht regelmäßig davon ausgegangen werden kann, daß der Bereicherungsausgleich für den Fall des Nichtzutreffens des einen oder des anderen Rechtsgrundes innerhalb der betreffenden Rechtsgrundbeziehung zu erfolgen hat³⁵. Weder beim berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter gilt das bei anfänglichem bzw. rückwirkendem Mangel der Deckungsbeziehung, noch ist es im Falle der Drittzahlung nach § 267 BGB so, wenn die Rechtsgrundbeziehung zwischen Schuldner und Gläubiger nicht zutrifft. Im einen wie im anderen Falle kondiziert der Leistende (Versprechende bzw. Dritte) von einer Person, mit der ihn kein verpflichtendes

³⁴ Siehe dazu RG vom 29. 5. 1915, JW 1915, 919, ein Fall, in welchem ein Schuldner auf Grund einer Vereinbarung mit seinem Gläubiger an einen Dritten zahlte. Das RG betont mit Recht, daß es bei solchen Anweisungsleistungen (im weitesten Sinne) dem Schuldner nur um die Erfüllung seiner Verpflichtung gegenüber seinem Gläubiger geht. Aus welchem Rechtsgrunde der Dritte die ihm vom Schuldner direkt gemachte Zuwendung empfängt, braucht den Schuldner nicht zu interessieren. Er hat folglich auch keine Kondiktion, wenn der dritte Empfänger einen anderen Rechtsgrund voraussetzt. Siehe auch BGH vom 4. 4. 1962, JZ 1962, 671 mit lehrreicher Anm. von J. Esser, der auf dem Hintergrund dieses ebenfalls eine Anweisungsleistung betreffenden Falles alle nur erdenklichen Möglichkeiten durchspielt.

³⁵ Siehe dazu auch die Beobachtung von E. Ulmer (N. 6), 144 Fn. 23, der gegenüber der Tendenz, nur die kausal miteinander verbundenen Parteien als zur Prozeßführung geeignet zu erachten, mit Recht bemerkt, daß dies auf eine Vergewaltigung abweichender Parteiabsichten hinauslaufen kann und dort zur Unbilligkeit führt, wo deshalb das Insolvenzrisiko zuungunsten des Bereicherungsklägers verschoben wird.

Rechtsgrundgeschäft verbindet. Beim berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter ist es sogar so, daß die Gültigkeit der Valutabeziehung den Dritten nicht vor der Kondiktion des Versprechenden zu schützen vermag, während im Falle der Drittzahlung die Gültigkeit der Deckungsbeziehung die Kondiktion des Dritten vom vermeintlichen Gläubiger grundsätzlich nicht hindert.

Es ist zuzugeben, daß es sich hier um besondere Ausgestaltungen der Leistungscassa handelt, die dann ihre Zielrichtung nicht auf denjenigen Partner nimmt, mit dem der Leistende durch verpflichtendes Rechtsgrundgeschäft verbunden ist. Solche Abweichungen von der normalen Zielrichtung der Leistung können ihre Grundlage nur in der vom Parteilwillen getragenen besonderen Tilgungsbestimmung des Leistenden haben, der solche *causa solvendi* gegenüber dem Empfänger erkennbar voraussetzt. Wo also, wie in den weitaus meisten Fällen, solche besondere Tilgungsbestimmung nicht ersichtlich ist, muß auf die in den ineinandergreifenden Rechtsgrundbeziehungen vorzufindende Interessenlage zurückgegriffen werden. Deshalb ist eine echte Drittbegünstigung beim Versprechen der Leistung an einen Dritten nur dann anzunehmen, wenn einerseits eine Unterordnung der Interessen des Dritten unter die ihm fremde Deckungsbeziehung den Vorrang vor der Erledigung der Valutabeziehung haben soll, und andererseits sowohl der Versprechensempfänger als auch der Dritte ein besonderes Interesse gerade an der Anspruchsberechtigung des Dritten haben. Das ist aber, wie im Ausgangsfall gezeigt wurde, bei abgekürzter Lieferung regelmäßig nicht anzunehmen. Der Erstverkäufer soll hier dem Zweitkäufer nur den Besitz unmittelbar verschaffen – ein Gesichtspunkt, den *von Caemmerer* zutreffend mit den Sicherungsinteressen des Erstkäufers in Verbindung gebracht hat, der allein zu bestimmen hat, unter welchem Titel der Zweitkäufer die Ware erhalten soll³⁶.

Die gleiche Zurückhaltung ist, wie sich zeigte, auch mit der Annahme der für Drittzahlungen (§ 267 BGB) typischen Tilgungsbestimmung des Drittzahlers geboten, weil im Normalfall auch hier der Dritte, wenn er auf Weisung seines Gläubigers den geschuldeten Gegenstand einem anderen zuwendet, in die ihm fremde Valutabeziehung seines Gläubigers zum Empfänger weder Einblick hat, noch daran interessiert ist, ihn sich zu verschaffen, da sein primäres Interesse auf die Erledigung der Schuldrechtsbeziehung zu seinem Gläubiger gerichtet ist³⁷. Es dominieren also

³⁶ Siehe *E. von Caemmerer*, JZ 1962, 385 (289).

³⁷ Dagegen scheint *K. Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts II. Band, Besonderer Teil (8. Aufl. 1967), § 62 II b auf S. 376 auch bei Anweisungslagen davon auszugehen, daß der Angewiesene an den Empfänger unter den Voraussetzungen des § 267 BGB leistet. Eine solche nur für Drittzahlungen, nicht jedoch für Anweisungsleistungen typische Tilgungsbestimmung trifft der Angewiesene aber gerade nicht.

unter den Leistungsbeziehungen im „Dreiering“ diejenigen Ausgestaltungen, in denen der direkt Zuwendende eine Leistungscausa zum Empfänger nicht voraussetzt.

2. Die Nichtbeachtung dieser verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten der causa einer Leistung ist zu einem erheblichen Teil daran schuld, daß es bei der Behandlung des Problems des Doppelmangels in Anweisungslagen bei unseren Gerichten zu Unklarheiten gekommen ist. So ist es z. B. verfehlt, wenn das OLG Hamburg³⁸ – unter Berufung auf das obiter dictum des RG im Postanweisungsfall³⁹ – einer Bank, die einen Überweisungsauftrag irrtümlich ein zweites Mal ausgeführt hatte, die in diesem Falle sicherlich berechnete Rückforderung gegen den Empfänger lediglich deshalb gewährte, weil der Empfänger vom vermeintlichen Anweisenden nichts mehr zu fordern hatte, aber im übrigen bemerkte, daß anders zu entscheiden gewesen wäre, wenn zufällig noch irgendeine Valutaschuld bestanden hätte. Ob noch eine Valutaschuld bestand oder nicht, ist aber ganz unmaßgeblich, weil die Bank in dieser Hinsicht typischerweise keine Tilgungsbestimmung trifft⁴⁰. Wenn hier die direkte Kondition zugelassen wird, dann nur deshalb, weil es an einer „Weisung“ des Anweisenden überhaupt gefehlt hat. Bei nicht existenter Weisung fehlt aber auch eine Tilgungsbestimmung des (vermeintlich) Anweisenden für die Valutabeziehung. Der Empfänger ist also „in sonstiger Weise“ bereichert, und zwar auf Kosten der Bank, die den Betrag dem vermeintlich Anweisenden nicht in Rechnung stellen darf. Ebenso liegt es, wenn von einem Geschäftsunfähigen eine Weisung ausging, die wegen ihrer Ähnlichkeit zu den rechtsgeschäftlichen Handlungen als nichtig zu behandeln ist⁴¹.

Diesen Fällen nicht existenter oder nichtiger Banküberweisungen sind andere Fälle von Anweisungsleistungen im weitesten Sinne an die Seite zu stellen, bei denen auf Weisung eines geschäftsunfähigen Zwischenmannes ein Gegenstand direkt einem Dritten zugewendet wurde. Dann kann der Zuwendende ebenfalls unter dem Gesichtspunkt der Bereicherung

³⁸ OLG Hamburg vom 28. 5. 1920, SeuffA, 76 Nr. 143.

³⁹ RGZ 60, 24 (29), siehe dazu oben im Text zu N. 22, 30.

⁴⁰ E. Ulmer (N. 6), 163 Fn. 49 will demgegenüber die Rückforderung der Bank ausschließen, wenn der Empfänger „zufälligerweise ein entsprechendes Kausalverhältnis zum Anweisenden hat, auf das er ohne Verschulden die Leistung anrechnet“. Es ist aber m. E. zu bedenken, daß bei fehlender bzw. nichtiger Weisung auch keine Tilgungsbestimmung für die Valutabeziehung gesetzt ist. Eine andere Frage ist es, ob man dem Empfänger, der über den Betrag gutgläubig disponiert hat, gegenüber der Bank die Berufung auf § 818 III BGB gestatten sollte. Insoweit als der vermeintlich Anweisende gegenüber dem Empfänger als befreit anzusehen ist, wäre er dann auf Kosten der Bank „in sonstiger Weise“ ungerechtfertigt bereichert.

⁴¹ OLG Dresden vom 25. 9. 1922, SeuffA, 77 Nr. 182. Siehe auch E. Ulmer (N. 6), 164 ff. und (N. 26), 145; U. Meyer-Cording (N. 10), 32.

„in sonstiger Weise“ vom dritten Empfänger direkt kondizieren⁴², weil hier im Falle einer gliedweisen Weitergabe desselben Gegenstandes sogar hätte vindiziert werden können, und bei allseits nichtigem Erfüllungsgeschäft eine Zuordnung zu einer „Leistung“ nicht möglich ist⁴³. Es ist wohl kaum nötig zu betonen, daß diese Fallgestaltungen nicht mit der Problematik der sogenannten Einheits- oder Doppelkondition verwechselt werden dürfen, die einen dinglich wirksamen, aber causallosen rechtsgeschäftlichen Erwerb des Dritten vom Nichtberechtigten zur Voraussetzung hat. Bei solcher Lage wäre der Dritte niemals der Vindikation des Berechtigten ausgesetzt gewesen, und sein Erwerb kann einer Leistung zugeordnet werden. Dann aber ist es nur konsequent, wenn sich der Dritte auch im Kondiktionsstadium nur mit dem Partner seiner Leistungsbeziehung auseinandersetzen braucht⁴⁴.

Beruhet dagegen der causallose Erwerb des Dritten nur auf Verbindung oder Vermischung (§§ 946 ff. BGB), so ist er wiederum auf Kosten des früheren Eigentümers „in sonstiger Weise“ bereichert, wenn bis zum Zeitpunkt der Verbindung oder Vermischung von ihm hätte vindiziert werden können⁴⁵. So lag es in den Fällen, in denen gestohlenen Gut durch mehrere Hände lief und schließlich bei einem Dritten verarbeitet wurde⁴⁶, oder wo

⁴² RGZ 86, 343 (349), wo eine solche Kondition – freilich ohne nähere Begründung – vorausgesetzt wird. Siehe dazu die eingehende Darstellung bei *U. von Lübtow*, Beiträge zur Lehre von der *Condictio* nach römischem und geltendem Recht (1952), 30 ff.

⁴³ Zum gleichen Ergebnis gelangt *H. Siber*, Schuldrecht (1931), 423–424, in dem von ihm gebildeten Fall, „daß ein Geisteskranker 2 eine von 1 erworbene Sache an 3 weiterveräußert und daß sie 3 verbraucht oder verarbeitet“. Siehe auch *R. Scheyhing* (N. 14), 386–387, der aber zu weit geht, wenn er bereits bei nichtigem Rechtsgrundverhältnis die Zuordnung zu einer Leistung nicht mehr für möglich hält. Für den Fall der rückwirkenden Nichtigkeit infolge Anfechtung (§ 142 I BGB) wird dieser Gedanke von ihm auch schon nicht mehr durchgeführt. Ein nichtiges Rechtsgrundgeschäft hindert aber m. E., solange das Erfüllungsgeschäft abstrakt gültig ist, die Zuordnung zu einer Leistung keineswegs. Es sind dies vielmehr die typischen Fälle, in denen wegen der dann ebenfalls nicht zutreffenden *causa solvendi* die Rückabwicklung nur in dem betreffenden Leistungsverhältnis stattfindet. Erst bei gleichzeitig nichtigem Erfüllungsgeschäft scheidet die Zuordnung zur Leistung, weil dann die Vindikation gegeben war. Ist diese untergegangen, so tritt an ihre Stelle der Rechtsfortwirkungsanspruch.

⁴⁴ Siehe dazu statt aller *E. von Caemmerer*, Leistungsrückgewähr bei gutgläubigem Erwerb, Festschrift für *G. Boehmer* (1954), 145 ff.

⁴⁵ Wie hier *H. Siber* (N. 43), 423–424; *Staudinger-Seufert*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch II/4 (11. Aufl. 1960), Anm. 8 b e zu § 812; *H. Berg*, Bereicherung durch Leistung und in sonstiger Weise in den Fällen des § 951 Abs. I BGB, AcP 160, 505 ff. (514); *Enneccerus-Lehmann* (N. 13), § 221 III 3 auf S. 885; nicht einzusehen ist jedoch die abweichende Lösung in der darauffolgenden Ziff. 4, weil es m. E. keinen Unterschied macht, auf welche Weise der Geisteskranke in den Besitz des Geldes gelangt ist, das er – sei es zur Bezahlung einer Schuld, sei es als Darlehen – an einen Dritten weitergibt, bei dem dann das Eigentum des Berechtigten erlischt. Auch ob der Untergang des Eigentums auf § 948 BGB oder auf schlichtem Verbrauch beruht, ist für die Kondiktionsberechtigung belanglos.

⁴⁶ RGZ 106, 4 ff. mit dem Hinweis, daß der dem Vormann gezahlte Kaufpreis hier nicht abgesetzt werden kann, da dies auf einen Lösungsanspruch des Dritten hinauslief.

ein Geschäftsunfähiger das ihm gelieferte Saatgut auf dem Grundstück eines Dritten aussäte⁴⁷, oder wo er eine ihm von einer Bank ausgezahlte Darlehenssumme sogleich an einen Dritten weitergab, der damit Wechsel einlöste⁴⁸. In allen diesen Fällen hätten der Eigentümer, der Lieferant und die Bank von dem Dritten vindizieren können. Die Kondiktion tritt dann an die Stelle der Vindikation⁴⁹, und es kommt, wie der Fall der Weitergabe von Diebesgut zeigt, das beim Letztkaufverarbeiter wird, nicht einmal auf die Gültigkeit bzw. Ungültigkeit der Rechtsgrundbeziehungen an.

3. Ganz anders ist die Situation dagegen, wenn bei dinglich wirksamer linearer Weitergabe (A–B–C) oder auch bei direkt vollzogener Zuwendung (A–C auf Weisung des voll geschäftsfähigen B) lediglich die Rechtsverhältnisse zwischen A–B und B–C mangelhaft sind. Dann erst stellt sich das viel diskutierte Problem des Durchgriffs beim Doppelmangel in Bereicherungsketten oder in Anweisungslagen im Rahmen der Leistungskondiktion. Daß bei gliedweiser, dinglich wirksamer Weitergabe eine die einzelnen Glieder der Bereicherungskette überspringende Klage nicht begründet ist, ergibt sich für das deutsche bürgerliche Recht nicht zuletzt aus der Ausnahmenvorschrift des § 822 BGB⁵⁰ und der sich daran anschließenden, heute wohl gesicherten Erkenntnis, daß unentgeltliche und causale (entgeltliche) Weitergabe nicht nur dogmatisch verschiedene Dinge sind, sondern auch vom Standpunkt der legitimen Sicherungsinteressen der jeweiligen Empfänger unterschiedlich beurteilt werden müssen⁵¹.

Nicht anders ist es aber im entsprechenden Falle des Doppelmangels bei abgekürzter Lieferung. Ein unzweideutiger Fall dieser Art ist, soweit feststellbar, von unseren Gerichten – trotz der zahlreichen überflüssigen *obiter dicta* zu diesem Problem⁵² – bisher erst einmal entschieden worden:

⁴⁷ RGZ 51, 80 und RG vom 19. 6. 1902, Gruchot Beitr. (Beilagenheft) 47, 937.

⁴⁸ RG vom 30. 1. 1917, WarnRspr 1917 Nr. 116.

⁴⁹ Hierher gehört auch der Fall bei *H. Berg* (N. 45), 512–513: A hat als Bauhandwerker Material in das Hausgrundstück des D eingebaut, aber der Bauunternehmer B, der ihn unter Vertrag hatte, war geschäftsunfähig. Hier ist D auf Kosten des A „in sonstiger Weise“ bereichert, weil eine Zuordnung zu einer Leistung in den Rechtsverhältnissen A–B und B–D nicht mehr möglich ist. Der Fall muß scharf geschieden werden von den sogleich (im Text) zu behandelnden Fällen des Doppelmangels in Anweisungslagen im Rahmen der Leistungskondiktion. Dort entscheidet *H. Berg*, wie seine Anm. in NJW 1962, 101 (102) erkennen läßt, richtig.

⁵⁰ Siehe dazu vor allem *W. Wilburg*, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht (1934), 115–116.

⁵¹ Bedenklich sind in dieser Hinsicht die zu weiten Formulierungen in BGHZ 37, 363 (365) = JZ 1963, 285 mit kritischer Anm. von *R. Wiethölter*; neuerdings hat aber BGHZ 47, 393 (396) dieser Kritik weitgehend Rechnung getragen. Siehe dazu ferner die Darstellung bei *K. Lorenz* (N. 37), § 62 II 3 auf S. 381.

⁵² *R. Krawielicki*, Unentgeltlichkeit im Bereicherungsrecht, JherJb 81, 257 ff. (313 Fn. 143) stellt in seiner überaus gründlichen Studie fest, daß sich (bis 1931) offenbar noch

Es gibt eine nicht veröffentlichte Entscheidung des IV. Zivilsenats aus dem Jahre 1954, die unter Berufung auf den nicht einschlägigen Fall des geschäftsunfähigen Zwischenmannes den Durchgriff zugelassen hat⁵³. Der VII. Zivilsenat des BGH hat aber unlängst in einem *obiter dictum* zu verstehen gegeben, daß er die zunehmende Kritik an dieser Lösung für durchschlagend hält⁵⁴. Dem ist zuzustimmen, wenn auch zu befürchten ist, daß die wenigen Sätze, mit denen das Problem dort angegangen wird, zu neuen Mißverständnissen führen werden; denn die durchaus zu billigende, hier aber nicht einschlägige RG-Rechtsprechung zum Durchgriff in Fällen des geschäftsunfähigen Zwischenmannes wird unterschiedslos neben die BGH-Entscheidung aus dem Jahre 1954 gestellt, die es nun zu überwinden gilt⁵⁵. Die Erkenntnis, daß es in den vom RG völlig richtig entschiedenen Fällen um Bereicherungen „in sonstiger Weise“ ging, während es sich hier um die Rückabwicklung fehlgeschlagener *Leistungen* in Anweisungslagen handelt, würde damit wieder verloren gehen.

kein Gericht mit einem solchen Fall zu befassen hatte. Möglicherweise ist jedoch RG vom 21. 10. 1931, JW 1932, 735 ein solcher Fall; siehe dazu aber unten N. 55, wo eine andere Deutung versucht wird. Um bloße *obiter dicta* handelt es sich sicherlich in RG vom 18. 4. 1934, JW 1934, 2458 (2459); BGHZ 5, 281 (284); BGH vom 30. 10. 1952, LM Nr. 14 zu § 812 BGB; BGH vom 24. 3. 1960, JZ 1962, 404 (405); BGHZ 36, 30 (32).

⁵³ BGH vom 25. 3. 1954 (IV ZR 202/53): Die Klägerin hatte im eigenen Namen, aber für Rechnung einer Landesforstverwaltung an die Beklagte Holz geliefert. Die Valutabeziehung war nichtig (Verstoß gegen gesetzliche Verbote). Für den Fall, daß auch die Deckungsbeziehung nichtig sein sollte – der BGH verwies zu diesbezüglicher Tatsachenfeststellung zurück –, wurde die direkte Kondiktion gegeben; denn „ist . . . auch das Deckungsverhältnis fehlerhaft, dann ist überhaupt kein Rechtsgrund mehr für die Leistung vorhanden. Weder das Rechtsgeschäft zwischen dem, für dessen Rechnung geleistet wurde, und dem Empfänger der Leistung, noch das Rechtsgeschäft zwischen dem, für dessen Rechnung die Leistung erfolgte, und dem Leistenden kommen als Rechtsgrund in Betracht. In diesem Falle steht daher der Bereicherungsanspruch dem Leistenden gegen den Empfänger zu“. Der BGH zitiert in dieser Entscheidung außer RGZ 86, 343 (347) – siehe dazu oben zu N. 42 – noch RG vom 18. 4. 1934, JW 1934, 2458, ein Fall mit unentgeltlicher Valutabeziehung. Dann ist der direkte Durchgriff natürlich unproblematisch. Siehe dazu im einzelnen: W. Lorenz, Zur Frage des bereicherungsrechtlichen „Durchgriffs“ in Fällen des Doppelmangels, JZ 1968, 51–54. . . .

⁵⁴ BGHZ 48, 70 = JZ 1967, 492–494. Die Mehrzahl der vom BGH dort angeführten Autoren befürwortet freilich den Durchgriff: *Staudinger-Seufert* (N. 45), Anm. 8 cb zu § 812; BGB-RGRK (11. Aufl. 1960) (*Scheffler*), Anm. 50 zu § 812 und *K. Lorenz* (N. 37), § 62 II b auf S. 376.

⁵⁵ Der BGH zitiert RGZ 86, 343; siehe dazu oben N. 42. Außerdem wird noch RG vom 21. 10. 1931, JW 1932, 735 angeführt – eine Entscheidung, die eine Banküberweisung betraf. Das Deckungsverhältnis war fehlerhaft (Dissens) und auch die Valutabeziehung litt an einem Mangel. Das RG meinte dazu: „Der Fall liegt nicht anders, als wenn eine Bank auf Anweisung versehentlich zweimal an den Gläubiger des Anweisenden zahlt. In diesem Falle kann sie, wie nicht zweifelhaft sein kann, die zweite Zahlung, auf die der Zahlungsempfänger kein Recht hatte, zurückfordern.“ Wenn man die Gleichstellung von Dissens im Deckungsverhältnis mit nicht existenter Anweisung akzeptiert, so läßt sich das Urteil in der Tat noch unter die oben zu N. 46–48 gegebenen Fälle einordnen. Das Urteil bleibt aber aus anderen Gründen dennoch fragwürdig, wie *E. von Caemmerer*, JZ 1962, 388–389 Fn. 36, mit Recht bemerkt.

Nur weil die direkt erfolgte Zuwendung des Angewiesenen (Erstverkäufers) an den Empfänger (Zweitkäufer) zwei verschiedenen indirekten Leistungen zuzuordnen ist, deren *causae* nicht zutrafen, ist es in *diesen* Fällen des Doppel mangels dogmatisch richtig und interessengemäß, die Rückabwicklung in jeder der fehlgeschlagenen Leistungsbeziehungen getrennt vorzunehmen, und die Tatsache zu ignorieren, daß im äußeren Vollzug die wieder rückgängig zu machende Rechtsänderung einen abgekürzten Weg nahm; denn auch in diesem Falle ist der Anweisende (Erstkäufer) bereichert⁵⁶: Die direkte Zuwendung des Angewiesenen hat dem Anweisenden als Leistungsempfänger eine Kondiktion gegen den Empfänger verschafft. Es ist im Ansatzpunkt also nicht anders wie wenn nur die Valutabeziehung nicht zuträfe. Ist auch die Deckungsbeziehung nichtig, so ist es ebenfalls *diese* Kondiktion, die der Anweisende durch die fehlgeschlagene Leistung des Angewiesenen an ihn erlangt hat⁵⁷. Besonders deutlich zeigt sich das, wenn man sich Fälle vorstellt, in denen die eine der beiden Rechtsgrundbeziehungen von vornherein nicht zutraf, die andere aber erst später wegfällt (§ 812 I 2 1. Fall). Hier ist unstreitig zunächst nur eine Kondiktion wegen der einen fehlgeschlagenen Leistung in der Deckungs- oder Valutabeziehung gegeben. Soll sich das mit dem späteren Wegfall des rechtlichen Grundes in der anderen Schuldrechtsbeziehung ändern? Daß jetzt auf einmal der Empfänger auf Kosten des Angewiesenen „in sonstiger Weise“ ungerechtfertigt bereichert sein soll, wäre eine durch nichts zu erklärende Metamorphose einer zunächst in der Deckungs- oder Valutabeziehung gegebenen Leistungskondiktion.

IV.

1. Aus den zahlreichen Problemen, die sich im Spannungsgebiet zwischen Leistungskondiktion und den Ansprüchen aus Bereicherung „in sonstiger Weise“ ergeben, sei zum Schluß noch eine in neuerer Zeit wieder in den Blickpunkt des wissenschaftlichen Interesses getretene Frage herausgegriffen: Die Erfüllung einer fremden Schuld in der irrigen Meinung, es handele sich um eine eigene Verbindlichkeit. Es geht in dieser durch einige neuere höchstrichterliche Entscheidungen⁵⁸ angeregten Diskussion

⁵⁶ Dies wird von *K. Lorenz* (N. 37), § 62 II b auf S. 376 verneint.

⁵⁷ Es sei im übrigen auf die eingehende Darstellung bei *H. W. Köttler* (N. 14), 216–219 verwiesen; siehe ferner *E. von Caemmerer*, JZ 1962, 388–389 und *J. Esser* (N. 2), § 190. 4 auf S. 784–785, der aber den oben im Text betonten Unterschied nicht macht und deshalb die hier für richtig gehaltene Rechtsprechung des RG (siehe oben zu N. 42) ebenfalls für falsch entschiedene Fälle des Doppel mangels im Rahmen der Leistungskondiktion hält. Siehe dazu noch *W. Lorenz* (N. 53).

⁵⁸ BGHZ 36, 30 mit OLG Nürnberg vom 17. 9. 1963, MDR 1964, 55 und BGHZ 40, 272.

um zwei Fallgruppen, die sich zwar theoretisch sauber scheiden lassen, aber die Tatsacheninstanz vor eine schwierige Frage stellen:

In der ersten Gruppe handelt es sich um Fälle, in denen der Leistende und der Empfänger gemeinsam irrtümlich vom Bestehen der zu tilgenden Schuld ausgehen, während in Wahrheit ein anderer Schuldner ist. In der zweiten Gruppe dagegen will der Leistende zwar ebenfalls einer ihm gegenüber dem Empfänger vermeintlich obliegenden Leistungspflicht nachkommen, aber der Empfänger ist der Ansicht, es handele sich dabei um eine Zuwendung, die als indirekte Leistung eines anderen gedacht ist, von dem er diesen Gegenstand zu fordern hatte.

Stellt man allein auf den inneren Willen des Leistenden ab, dann geht die zweite Fallgruppe in der ersten auf, weil es dann keine Rolle spielt, ob der Empfänger die ihm irrtümlich erbrachte Leistung unter den gegebenen Umständen aus seiner Sicht als indirekte Leistung seines Schuldners betrachten durfte. Das damit aufgeworfene Problem kann hier nicht vertieft werden⁵⁹. Es ist für die weitere Erörterung des anzustuernden Hauptproblems nur darauf hinzuweisen, daß bei solcher Gleichbehandlung der beiden Fälle immer eine *condictio indebiti* des irrtümlich Leistenden gegen den Empfänger zu gewähren ist. Das ist jedenfalls seit dem Gemeinen Recht herrschende Meinung und soll jetzt nicht in Zweifel gezogen werden⁶⁰.

Bei dieser Kondiktion des irrtümlich Leistenden gegen den Empfänger ist man freilich nicht stehengeblieben. Schon *Unterholzner*⁶¹ und, ihm folgend, *Oertmann*⁶² haben dem Putativschuldner die Möglichkeit eröffnet,

⁵⁹ Die in der vorigen Note angeführte Rechtsprechung steht auf dem Standpunkt, daß es nicht auf den inneren Willen des Leistenden, sondern auf die Erkennbarkeit der Person des Leistenden aus der Sicht des Empfängers ankommt. Sie stützt sich dabei u. a. auf *J. Esser* (N. 2), § 190. 2 auf S. 782 und *derselbe* in: Fälle und Lösungen zum Schuldrecht (1963), 128 Fn. 19. Im gleichen Sinne: *V. Thomä*, Tilgung fremder Schuld durch irrtümliche Eigenleistung?, JZ 1962, 623 (627 zu III 6); *W. Zeiss*, Leistung, Zuwendungszweck und Erfüllung, JZ 1963, 7 (10 zu 5) und *derselbe* in: Leistungsverhältnis und Insolvenzzrisiko bei irrtümlicher Tilgung fremder Schulden, AcP 165, 332 ff. (334–336). Die Gegenmeinung vertritt besonders dezidiert *W. Flume*, JZ 1962, 281 (282 Fn. 14); ebenso *H. Berg*, NJW 1964, 720 (721) und *derselbe* in: Bereicherungsanspruch bei Leistung an einen Dritten – BGHZ 36, 30, JuS 1964, 137 (140).

⁶⁰ Grundlegend dazu RGZ 44, 136. Den gegenteiligen Standpunkt vertreten *E. Jung*, Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des rechtlichen Grundes (1902), 53 ff. (55), und 83 Fn. 133; ferner *derselbe* in: Das Wesen des schuldrechtlichen Grundes (§ 812 BGB) und dessen Bedeutung für die Systematik des Privatrechts. Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben – Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, Bd. III (1929), 143 ff. (160–161); *H. G. Maier*, Irrtümliche Zahlung fremder Schulden, AcP 152, 97 ff. und *G. Boehmer*, Der Erfüllungswille (1910), 87 und *derselbe* zuletzt in: NJW 1955, 210.

⁶¹ Siehe dazu *Unterholzner*, Schuldverhältnisse I (1840), Nr. 218 auf S. 462.

⁶² *P. Oertmann*, Die Zahlung fremder Schulden, AcP 82, 367 ff. (465) und *derselbe* in: Die Frage der Bereicherungshaftung des Vollstreckungsgläubigers bei Pfändung fremder Sachen, AcP 96, 1 ff. (34–37).

die irrtümliche Eigenleistung „hinterher mit veränderter Absicht“ und „als zum besten des Schuldners gemacht“ zu „genehmigen“. Der Gedanke ist in neuerer Zeit von *Flume*⁶³ wieder aufgegriffen und durch *von Caemmerer*⁶⁴ dogmatisch präzisiert worden. Er findet in der Literatur mehr und mehr Zustimmung, und auch der BGH hat im Jahre 1964 in einem verkehrsrechtlichen Haftpflichtfall darauf zurückgegriffen⁶⁵.

2. Wenn über die unter den Beteiligten bestehenden Leistungspflichten kein Streit besteht, und wenn vor allem ihre Zahlungsfähigkeit gewährleistet ist, dann ist das Wahlrecht, das der Putativschuldner in diesen Fällen haben soll, nicht weiter problematisch. Nun wird aber gesagt, dieses Wahlrecht sei insbesondere dann geboten, „wenn der Gläubiger zahlungsunfähig geworden ist, die Rechtsverfolgung gegen ihn im Ausland stattfinden muß oder der Aufenthalt des Gläubigers vielleicht überhaupt unbekannt ist“⁶⁶. Andererseits wird aber der für richtig befundene Ausgangspunkt der herrschenden Lehre, der auf einer *condictio indebiti* gegen den Gläubiger beruht, gerade damit gerechtfertigt, daß er dann zur richtigen Entscheidung führt, wenn „der Empfänger solvent, der wahre Schuldner aber zahlungsunfähig, unauffindbar oder im Ausland schwer belangbar ist“⁶⁷. Die Befürworter des Wahlrechts des Putativschuldners geben ihm also „the best of both worlds“: Er soll das geringste aller hier möglichen Insolvenzrisiken tragen, wobei zu beachten ist, daß die Frage, auf wessen Verschulden die irrtümliche Leistung zurückzuführen ist, heute im deutschen Recht bei der *condictio indebiti* – anders als z. B. nach Art. 2036 I des italienischen Codice Civile von 1942 – keine Rolle mehr spielt. Vom Ausgangspunkt der herrschenden Lehre geht es also um die Frage, ob es geboten und zulässig ist, dem Putativschuldner mit einer Kondiktion gegen den Echtschuldner zu helfen, wenn er aus einem der genannten Gründe mit seiner Kondiktion gegen den Empfänger der indebite-Leistung ausfällt.

Für den Fall der Unauffindbarkeit oder des Auslandsaufenthalts des

⁶³ *W. Flume*, JZ 1962, 281–282.

⁶⁴ *E. von Caemmerer*, Irrtümliche Zahlung fremder Schulden, Festschrift für H. Dölle I (1963), 135 ff. (147–156) und andeutungsweise schon *derselbe* in: JZ 1962, 386 (zu 3 a) und 388 Fn. 28.

⁶⁵ BGH vom 14. 7. 1964, LM Nr. 18 zu § 17 StVG = NJW 1964, 1898 = VRS 27, 169 ff. Das Wahlrecht des Putativschuldners befürworten *K. Lorenz* (N. 37), § 62 II b auf S. 377 und *W. Zeiss*, AcP 165, 332 ff. (337).

⁶⁶ So *E. von Caemmerer* (N. 64), 148.

⁶⁷ So *E. von Caemmerer* (N. 64), 147. Diese Fallgestaltungen faßte schon *A. von Tuhr*, Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, Festschrift für *E. I. Bekker* (1907), 293 ff. (311), ins Auge. Er nahm Fortfall bzw. Minderung der Bereicherung beim Gläubiger an, der dem Putativschuldner lediglich den ihm verbliebenen (wertlosen) Anspruch gegen den wahren Schuldner abzutreten hatte.

Gläubigers muß schon das Bedürfnis für ein Wahlrecht des Putativschuldners bezweifelt werden: Er hat die Möglichkeit, die noch bestehende Forderung des Gläubigers an den Echtschuldner zu pfänden und sich überweisen zu lassen. Gegenüber anderen Gläubigern dieses Gläubigers hat er hier in der Regel wohl auch den nicht zu unterschätzenden praktischen Vorteil, allein von der Existenz dieses Zugriffsobjekts zu wissen. Er braucht also einen Wettlauf mit diesen Gläubiger-Gläubigern nicht zu befürchten.

Davon abgesehen kann der Putativschuldner mit seiner Kondition gegen den Gläubiger aber daran scheitern, daß dessen Bereicherung mittlerweile fortgefallen ist, weil er den Anspruch gegen den Echtschuldner im Vertrauen auf das Empfangene hat verjähren lassen. Hier kann dem Putativschuldner auch das Wahlrecht nicht zum Bereicherungsregreß „in sonstiger Weise“ gegen den Echtschuldner verhelfen. Schon für die Fälle auftragsloser Drittzahlungen (§ 267 BGB) auf eine der kurzen Verjährung unterliegende Forderung (§§ 196, 197 BGB) ist es nicht unproblematisch, die Regreßforderung der regelmäßigen Verjährungsfrist (§ 195 BGB) zu unterstellen⁶⁸. Eine nach Eintritt der Verjährung erfolgte Drittzahlung ist jedenfalls weder ein *utiliter gestum*, noch hinterläßt sie beim Schuldner eine Bereicherung. Das Wahlrecht des Putativschuldners, zum gleichen Zeitpunkt ausgeübt, kann nicht gut anders beurteilt werden; denn es ist im Ergebnis nichts anderes als die nachträgliche Herbeiführung des Drittzahlungseffekts. Auch von *Caemmerer*, der das Wahlrecht des Putativschuldners als rückwirkende Bestätigung einer irrtümlichen Eigenleistung in Analogie zu § 144 BGB deutet, hat trotz der postulierten Rückziehung auf den Zeitpunkt der indebite-Leistung diese Konsequenz nicht gezogen⁶⁹.

Als höchst unbillig und der Korrektur durch ein Wahlrecht des Putativschuldners bedürftig wird dagegen der Fall erachtet, daß beim Gläubiger durch luxuriöse Verwendung des irrtümlich Gezahlten die Bereicherung fortgefallen ist, er aber gleichwohl seine Forderung gegen den Echtschuldner behalten hat. Sieht man einmal davon ab, daß Stein des Anstoßes hier § 818 III BGB ist, der nach dem Verständnis von Praxis und Lehre dem Kondiktionsgläubiger das Risiko des „vermögensmäßigen Ge-

⁶⁸ Siehe dazu und zum Folgenden die näheren Ausführungen bei *W. Lorenz*, Das „Wahlrecht“ des Putativschuldners bei irrtümlicher Zahlung fremder Schulden, Festschrift zum 50jährigen Bestehen des Instituts für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg (1967), 267 ff. insbes. Fn. 22. Kürzlich hat BGHZ 47, 370 (374–376) freilich wieder die Rechtsprechung des RG bestätigt, wonach auch bei Bezahlung kurzfristig verjährender Schulden durch einen Dritten der Geschäftsführer- bzw. Bereicherungsregreß der 30jährigen Verjährung unterliegen soll. Für den Fall, daß dieser Regreß bereicherungsrechtlich ist, gibt der BGH aber – ohne endgültig dazu Stellung zu nehmen – zu, daß hier einiges dafür spricht, die Verjährung an der für die getilgte Forderung laufenden Frist zu orientieren.

⁶⁹ Siehe *E. von Caemmerer* (N. 64), 153–154.

barens“ des Empfängers aufbürdet⁷⁰, so muß man wohl zugeben, daß sich dieser Fall durch den tatsächlichen und wirtschaftlichen Bezug zwischen indebite-Leistung und der bestehengebliebenen Forderung des Gläubigers gegen den Echtschuldner aus dem üblichen Rahmen des § 818 III BGB heraushebt. Die Zulassung des Wahlrechts könnte hier in der Tat die Unbilligkeit, die in der Berufung des Gläubigers auf den Bereicherungsfall liegt, korrigieren.

Man darf dabei freilich die berechtigten Interessen des Echtschuldners nicht vernachlässigen, der nun – rückwirkend auf den Zeitpunkt der indebite-Leistung – einen neuen Gläubiger erhält. Sollte ihm dadurch etwa eine Aufrechnungsmöglichkeit gegenüber seinem ursprünglichen Gläubiger genommen werden können, so daß er nun seine Forderung in Konkurrenz mit anderen Gläubigern seines Gläubigers eintreiben müßte? Er stünde dann schlechter da als im Falle der Zession, wo er nach § 406 BGB gegenüber dem Zessionar aufrechnen könnte. Auch bei auftragsloser Drittzahlung kann man, wenn sie die Zerstörung einer Aufrechnungslage zur Folge hat, nicht mehr von nützlicher Geschäftsführung sprechen, und der befreite Schuldner ist insoweit auch nicht bereichert, als er jetzt mit seiner vormals zur Aufrechnung geeigneten Forderung an den Gläubiger wegen dessen Insolvenz ausfällt. Wiederum muß man deshalb sagen: Das Wahlrecht, mit dem nachträglich der Effekt einer Drittzahlung nach § 267 BGB hergestellt werden soll, darf die Position des Echtschuldners nicht verschlechtern⁷¹.

Man muß aber noch weitere Fälle ins Auge fassen, wie etwa den, daß der Echtschuldner seinerseits *nach* der indebite-Leistung des Putativschuldners an den Gläubiger geleistet hat. Die rückwirkende Zuordnung der irrtümlichen Eigenleistung des Putativschuldners als Leistung auf fremde Schuld führte hier, konsequent zu Ende gedacht, zu dem unerfreulichen Ergebnis, daß jetzt der Echtschuldner ein *indebitum* geleistet hätte, weil der mit seiner Leistung erstrebte Tilgungseffekt, so wie es sich nun darstellt, gar nicht eintreten konnte. Der Echtschuldner wäre also einerseits dem bereicherungsrechtlichen Rückgriff des Putativschuldners ausgesetzt und trüge andererseits das Risiko der Insolvenz seines vormaligen Gläubigers und jetzigen Konditionsschuldners, während der Putativschuldner kraft seines Wahlrechts in der glücklichen Lage wäre, sich den zahlungskräftigeren unter den beiden möglichen Schuldnern auszusuchen.

⁷⁰ Siehe dazu die kritischen Bemerkungen von W. Flume, Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht, Festschrift für H. Niedermeyer (1953), 103 ff. (152) und passim; siehe auch noch denselben in JZ 1962, 282 Fn. 14: Der Gläubiger könne sich hier in der Regel nicht auf den Wegfall der Bereicherung berufen.

⁷¹ Im gleichen Sinne und auf allgemeiner Grundlage F. Schulz, Rückgriff und Weitergriff (1907), 76.

Die Lösung stünde abermals im Widerspruch zu einem im Zessionsrecht zum Ausdruck gekommenen Werturteil: Nach § 407 BGB wird der Schuldner, der es positiv nicht anders weiß, in seinem Vertrauen auf den „historischen Rechtsschein“ (*Heck*) geschützt. Er darf von der Fortdauer der Rechtsinhaberschaft seines Gläubigers ausgehen, und der Zessionar wird vom Gesetz auf die Eingriffskondiktion gegen den Zedenten verwiesen (§ 816 II BGB). Es wäre ungereimt, wenn die Ausübung des Wahlrechts dem Putativschuldner, der sich damit ein Surrogat der als getilgt anzusehenden Forderung des Gläubigers verschafft, zum Nachteil des Echtschuldners eine bessere Position verschaffte als einem Zessionar.

Deshalb muß als *Zwischenergebnis* festgehalten werden: Die Ausübung des Wahlrechts durch den Putativschuldner darf nicht an den berechtigten Interessen des Echtschuldners vorbeigehen. Das bedeutet insbesondere, daß der Putativschuldner nicht erwarten kann, gegenüber dem Echtschuldner rückwirkend in eine bessere Position zu gelangen als diejenige, welche § 267 BGB einem normalen Drittzahler verschafft. Er darf ferner im Hinblick auf den Echtschuldner nicht besser dastehen als jemand, der die Forderung des Gläubigers gegen den Echtschuldner durch Zession erworben hat. Es handelt sich, wie gesagt, um ein *Zwischenergebnis*; denn die Interessen des Gläubigers und vor allem diejenigen seiner Gläubiger sind noch gar nicht berücksichtigt.

3. Die weiteren Überlegungen sind an dem Gedanken auszurichten, daß mit der Ausübung des Wahlrechts die Wirkung der Drittzahlung nach § 267 BGB hergestellt werden soll, und dies sogar rückwirkend auf den Zeitpunkt der irrtümlichen Eigenleistung. Bei der Drittzahlung wird es nun mit Recht als unzulässig erachtet, daß der Dritte ein Erfüllungsurrogat bietet⁷². Er darf die reale Leistung bewirken, aber z. B. nicht mit einer Forderung aufrechnen, die er gegen den Gläubiger hat⁷³. Dazu fehlt es an der Gegenseitigkeit; der Gläubiger wäre sichtlich benachteiligt, wenn

⁷² Siehe *Planck-Siber* (N. 13), Anm. 4 zu § 267; *Siebert-Schmidt* (N. 13), Anm. 3 zu § 267; *Staudinger-Werner* (10./11. Aufl. 1967), Anm. 7 zu § 267; BGB-RGRK (11. Aufl. 1960) (*Nastelski*), Anm. 6 zu § 267. Abzulehnen ist der von *Klang-Gschmitzer*, Kommentar zum ABGB VI (2. Aufl. 1951), Anm. III zu §§ 1422, 1423 auf S. 399 vertretene Standpunkt: Da auch in den normalen Fällen der Drittzahlung bereits eine Verfügung über fremdes Recht gegen den Willen des Schuldners möglich sei, so dürfe der Dritte auch aufrechnen.

⁷³ RG vom 7. 10. 1932, HRr 1933 Nr. 994. Auch das Urteil des KG vom 9. 5. 1928, JW 1928, 2563 weicht, obwohl es bezüglich der Ersatzleistung durch Hinterlegung eigene Wege geht, hinsichtlich der Unzulässigkeit der Aufrechnung durch einen Dritten nicht hiervon ab. Die Motive zum E. I. (Mot. II 105) wollten dagegen die Frage, ob ein Dritter, der für den Schuldner wirksam erfüllen kann, befugt ist, die fremde Schuld mit einer gegen den Gläubiger zustehenden Forderung aufzurechnen, „nicht unbedingt verneinen“. Im Gegensatz dazu ging aber dann die Mehrheit der Kommission für die zweite Lesung davon aus, „daß ein Dritter, auch wenn er für den Schuldner wirksam leisten dürfte, mit einer ihm gegen den Gläubiger zustehenden Forderung nicht aufrechnen könne“ (Prot. I 362).

ihm der Dritte eine solche Verrechnung aufzwingen könnte, die ihm möglicherweise eine gegen seinen Schuldner gegebene Aufrechnungslage zerstört. Er bliebe dann dessen Schuldner und erhielte als Bezahlung für seine Forderung die Anweisung auf einen Betrag, über den er vielleicht schon anderweitig disponiert hat⁷⁴.

Wenn es richtig ist, daß der Putativschuldner die *condictio indebiti* gegen den Gläubiger hat, so kann er diese Forderung ebenso wenig wie irgendeine andere Forderung, die er gegen den Gläubiger haben mag, nachträglich zur Tilgung einer Forderung des Gläubigers gegen den Echtschuldner verwenden. Darüber hilft auch die Deutung nicht hinweg, die von *Caemmerer* diesem Phänomen gegeben hat: Der Putativschuldner verzichte damit nur auf die Geltendmachung des Mangels der „Geschäftsgrundlage“ seiner Leistung und bestätige rückwirkend seine irrtümliche Leistung, ebenso wie er von vornherein nach § 267 BGB hätte erfüllen können⁷⁵. Der Vergleich mit den Fällen, in denen ein Drittzahler ein Erfüllungssurrogat, wie z. B. die Aufrechnung einer eigenen Forderung bietet, zeigt aber gerade, daß es bei der nachträglichen Zuordnung des irrtümlich Geleisteten als Leistung auf fremde Schuld um etwas anderes geht: Es geht um mehr als den Verzicht, sich auf den Mangel der „Geschäftsgrundlage“ zu berufen, so daß „lediglich“ die weitere Folge eintritt, daß eine Kondiktion entfällt, die sonst gegeben wäre. Es handelt sich vielmehr um eine „Äquivalentverfügung“, wie sie das Gesetz im Falle der Aufrechnung kennt⁷⁶. Ebenso wie der Aufrechnende durch einseitiges Rechtsgestaltungsgeschäft über seine Aktivforderung verfügt und äquivalent die Befreiung von seiner Schuld durch Tilgung der Passivforderung erreicht, so will der Putativschuldner mit der Ausübung des Wahlrechts nicht nur über seine Kondiktion verfügen, sondern auch das Forderungsrecht des Gläubigers gegen den Echtschuldner zum Erlöschen bringen. Bei der Aufrechnung läßt sich die Rechtsmacht zu solchem tilgenden Gestaltungsgeschäft mit dem Bestehen einer Aufrechnungslage erklären, an der es in den Fällen der einseitigen nachträglichen Zuordnung der irrtümlichen Eigenleistung auf fremde Schuld aber typischerweise fehlt, weil die Gegenseitigkeit nicht gegeben ist. Für die Ausübung des Wahlrechts durch den Putativschuldner ist eine vergleichbare Rechtfertigung zu einseitig gestaltender Verfügung mit verfügungsgleicher Einwirkung auf eine fremde Rechtsgrundbeziehung also nicht ersichtlich. Aus diesem Grunde wird es, wie gesagt, einem Drittzahler (§ 267 BGB) nicht gestattet, die fremde

⁷⁴ Zu diesem letzten Gesichtspunkt siehe schon *H. G. Maier* (N. 60), 101.

⁷⁵ So *E. von Caemmerer* (N. 64), 149–151.

⁷⁶ Zu diesem Begriff siehe *E. Strohal*, DJZ 1909, 1031 (1036) und *derselbe*, JherJb 57, 231 ff. (244–245); *A. von Tuhr* (N. 26), II 1 auf S. 257 und *H. Siber* (N. 43), 122, 133.

Schuld durch Aufrechnung einer eigenen Forderung an den Gläubiger zu tilgen⁷⁷.

Es ist also, wie sich in weiterer Zusammenfassung sagen läßt, nicht nur vom Standpunkt der legitimen Interessen des Echtschuldners problematisch, ihn der Rückgriffskondition des Putativschuldners auszusetzen, sondern auch die Interessen des Gläubigers lassen das nicht ohne weiteres zu. Mit dem Hinweis, er habe doch das Seine erhalten⁷⁸, ist es nicht getan. Man kann es dem Putativschuldner nicht gestatten, sich durch Ausübung des Wahlrechts nachträglich und sogar mit Rückwirkung in die Position eines Drittzahlers nach § 267 BGB zu bringen. Im übrigen wäre auch zu bedenken, daß das Wahlrecht dem Putativschuldner eine Rechtsmacht verschaffte, die noch weiter reichen würde, als die eines Drittzahlers, der die Leistung real bewirken will; denn der Drittzahler kann mit seinem Erfüllungsversuch immerhin am vereinten Widerstand von Schuldner und Gläubiger scheitern (§ 267 II BGB).

4. Eine Auseinandersetzung mit einem weiteren Konstruktionsversuch, der von *Thomä* unternommen wurde, kann hier nicht erfolgen⁷⁹. Es soll vielmehr nur noch die wichtige Frage aufgeworfen werden, ob nicht die vom Gesetz in bestimmter Weise geschützten Interessen der Gläubiger des Empfängers der indebite-Leistung das Wahlrecht des Putativschuldners ebenfalls verbieten. Das Wahlrecht soll dem Putativschuldner erklärtermaßen das Risiko der Insolvenz des Gläubigers und Konditionsschuldners ersparen. Er soll für diesen Fall statt einer wertlosen Leistungskondition eine ihn befriedigende Bereicherung „in sonstiger Weise“ beim Echtschuldner herausholen können.

Man sagt, daß der Konkurs der klassische „Prüfstein der Rechte“ sei. In der Tat kann nur das Konkursrecht darüber entscheiden, ob es legitim ist, den irrtümlich Leistenden nach allen Seiten hin gegen Insolvenzrisiken abzusichern. Unser Konkursrecht ist von dem Grundgedanken beherrscht, daß es einem Gläubiger nicht gestattet ist, sich nach Ausbruch der Krise zum Nachteil anderer Konkursgläubiger eine Sonderdeckung zu verschaffen. Dieser Gedanke ist vom Gesetzgeber in einer Reihe von Vorschriften zum Ausdruck gebracht worden, die sich nahtlos ineinander-

⁷⁷ Siehe oben N. 73. Auch wenn man in der Leistungsannahme keine Verfügung über das Forderungsrecht sieht, so richtet sich die Befugnis dazu doch nach Verfügungsgrundsätzen, wie *H. Siber* (N. 43), 120 bemerkt. Anders als der Schuldner kann ein Dritter selbst für den Fall des Annahmeverzugs des Gläubigers den Tilgungseffekt auch nicht durch Hinterlegung unter Verzicht auf Rücknahme (§§ 376 II Ziff. 1, 378 BGB) erzielen, wie der Umkehrschluß aus § 268 II BGB ergibt. Es handelt sich also im Falle der Aufrechnung um eine besondere, vom Gesetz verliehene einseitige Rechtsmacht zur Gestaltung mit verfügbaregleicher Einwirkung auf eine fremde Forderung.

⁷⁸ So *E. von Caemmerer* (N. 64), 150.

⁷⁹ Zur Kritik an der Konstruktion von *V. Thomä* (N. 59) siehe *W. Lorenz* (N. 68), 278 ff.

fügen (§§ 7, 14, 15, 30 ff. und 53 ff. KO). In diesem Zusammenhang bewährt sich die Erkenntnis, daß die Ausübung des Wahlrechts durch den Putativschuldner gegenüber dem Gläubiger und nachmaligen Gemeinschuldner eine der Aufrechnung gleichzuachtende, einseitig gestaltende Verfügung mit verfügungsgleicher Einwirkung auf dessen Forderung gegen den Echtschuldner ist. Es ist deshalb an die gesetzlichen Schranken der Konkursaufrechnung zu erinnern, wonach es einem Gläubiger des Gemeinschuldners nach Sichtbarwerden der Krise verboten ist, der Masse eine gegen einen Dritten zustehende Forderung jetzt noch dadurch zu entziehen, daß nachträglich die zur Aufrechnung erforderliche Identität von Schuldner und Gläubiger des Gemeinschuldners hergestellt wird. Der Konkursgläubiger soll sich keine der Absonderung vergleichbare Sonderdeckung mehr verschaffen können⁸⁰. Gewiß hat der Gesetzgeber hier wohl vor allem den krassen Fall im Auge gehabt, daß zwei Personen, von denen eine der Masse etwas schuldet, während die andere von ihr etwas zu fordern hat, zu ihrem beiderseitigen Vorteil masseverkürzend kolludieren. Die Konkursmasse wird aber in gleicher Weise durch das dem Putativschuldner eingeräumte Wahlrecht geschmälert, wonach er seine irrümliche Eigenleistung nachträglich noch als auf fremde Schuld erbracht gelten lassen kann. Es ist also auf dem Boden der herrschenden Lehre, die dem Putativschuldner eine Leistungskondition gegen den Gläubiger gewährt, nicht möglich, im Wege eines Wahlrechts der Masse eine gegen einen Dritten zustehende Forderung um den Preis eines fast wertlosen Kondiktionsverzichts zu entziehen.

Dagegen sollte nicht eingewendet werden, daß der Wortlaut von § 55 KO, der die Beschränkungen der Aufrechenbarkeit im Konkurs normiert, unseren Fall des nach Konkurseröffnung ausgeübten Wahlrechts des Putativschuldners nicht deckt. Das Gesetz erwähnt zwar vor allem die Fälle, daß jemand, der dem Gemeinschuldner vor der Eröffnung des Verfahrens etwas schuldig war, nun nach Konkurseröffnung (§ 55 I Ziff. 2 KO) oder doch nach Ausbruch der Krise (§ 55 I Ziff. 3 KO) eine für einen anderen Gläubiger vor Konkurseröffnung entstandene Forderung an den Gemeinschuldner erwirbt. Unmittelbar getroffen wäre also der Fall, daß der Echtschuldner jetzt die Kondition des Putativschuldners durch Abtretung erwirbt und damit aufrechnet. Der umgekehrte Fall der Herstellung einer Aufrechnungslage durch rechtsgeschäftliche Verschiebung der Schuldnerstellung (wie z. B. vom Echtschuldner zum Putativschuldner) brauchte vom Gesetz nicht besonders behandelt werden, weil darin eine Verfügung über das Forderungsrecht des Gläubigers liegt, die ohne

⁸⁰ Siehe dazu *E. Jaeger*, Lehrbuch des Konkursrechts (8. Aufl. 1932), 128, wo treffend dargelegt wird, daß es sogar eine der Absonderung überlegene Sonderdeckung ist.

dessen Genehmigung nicht möglich ist (§ 415 BGB) und jetzt an der Verfügungsbeschränkung des Gemeinschuldners scheitert (§ 7 KO).

Wenn man anerkennt, daß die Ausübung des Wahlrechts nach Sichtbarwerden der Krise funktionsgleich mit einer das Gegenseitigkeitserfordernis zu spät herstellenden und daher unzulässigen Konkursaufrechnung ist, so wird dieser Fall – von allen anderen Bedenken, die schon vorgebracht wurden, einmal abgesehen – vom Rechtsgedanken des § 55 KO erfaßt. Nun sind die Aufrechnungsverbote in § 55 KO zwar konkursrechtliche Ausnahmebestimmungen; aber auch Ausnahmenvorschriften sind, wie *Larenz* mit Recht lehrt⁸¹, der Analogie fähig, wenn dem Ausnahmesatz ein gegenüber dem allgemeinen Grundsatz „engeres Prinzip“ zugrunde liegt. Im Interesse der Gleichbehandlung der Konkursgläubiger stellt § 55 KO das Prinzip auf, daß die Gegenseitigkeit der Forderungen schon zu Konkursbeginn bestanden haben muß⁸². Wenn man nun das Wahlrecht des Putativschuldners im Falle des Gläubigerkonkurses zuließe, dann würde einem wirkungsgleichen Tatbestand nicht die nach diesem engeren Prinzip sachlich gebotene Lösung zuteil werden. Deshalb ist die Lücke im engeren Prinzip durch Analogie zu schließen.

Gegen das Wahlrecht könnten möglicherweise auch aus § 15 KO Bedenken hergeleitet werden, weil sich der Putativschuldner damit einen gleichgerichteten, bisher der Masse zustehenden Anspruch gegen den Echtschuldner verschafft, ohne daß dieser Erwerb auf einer Rechtshandlung des Gemeinschuldners beruht. Man gelangt dahin, wenn bedacht wird, daß auch das Regreßrecht eines auftragslosen Drittzahlers (§ 267 BGB) aus dem Rechte des befriedigten Gläubigers herzuleiten ist⁸³ und – ähnlich wie bei der Zession – der Rückgriffsberechtigte nur dasjenige verlangen kann, was der befriedigte Gläubiger vom Schuldner hätte fordern können. Dann wird deutlich, daß der Putativschuldner trotz des Tilgungseffekts, den man der Wahlrechtsausübung zuschreibt, in dieselbe Lage gelangt wie jemand, der an einem zur Masse gehörigen Gegenstand ein Recht erwirbt. Dabei ist es konkursrechtlich auch belanglos, daß der Gegenwert dem Gemeinschuldner bereits vor Konkurseröffnung zugeflossen ist, weil der

⁸¹ Siehe *K. Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (1960), 260–261.

⁸² Daß die Einschränkung der Aufrechnung im Konkurs, die § 55 KO vorsieht, ein insolvenzrechtliches *Prinzip* ist, ebenso wie § 54 KO eine dem Konkurszweck entsprechende prinzipielle Erweiterung der allgemeinen gesetzlichen Erfordernisse der Aufrechenbarkeit normiert, sollte nicht zweifelhaft sein. Es geht auch hier letztlich um das Gebot der Gleichbehandlung aller persönlichen Gläubiger des Gemeinschuldners, das verlangt, daß schon zur Zeit des Konkursbeginns Forderung und Schuld in ein und derselben Person begründet sind; siehe dazu statt aller *Jaeger-Lent*, Konkursordnung I (8. Aufl. 1958), Einleitung zu § 53 und Anm. 8 zu § 55.

⁸³ Zur zessionsgleichen Herleitung des Regreßrechts vom Rechte des befriedigten Gläubigers siehe *F. Schulz* (N. 71), 74 ff.

Verzicht auf die Geltendmachung einer gewöhnlichen Konkursforderung kein die Masse gleichstellendes Äquivalent ist.

Diese konkursrechtliche Schranke läßt sich auch nicht mit der Analogie zu § 144 BGB überspringen, indem man sagt, die Wahlrechtsausübung beziehe sich auf den Zeitpunkt der irrtümlichen Eigenleistung des Putativschuldners zurück. Aus § 144 BGB folgt nicht mehr, als daß ein für die Parteien bereits wirksames Rechtsgeschäft, das bisher der kassatorischen *ex tunc*-Anfechtung ausgesetzt war, nunmehr ungeachtet des zur Anfechtung berechtigenden Tatbestandes fortgelten soll⁸⁴. Mit dem Wahlrecht wird aber letztlich etwas ganz anderes bezweckt: Es soll eine rechtsgrundlose Leistung rückwirkend in Bezug zu einem Rechtsgeschäft des Empfängers mit einem Dritten gesetzt werden. Das geht über die *inter partes*-Wirkung eines Verzichts auf das Anfechtungsrecht bzw. die Kondiktion, die allein zur Disposition des Putativschuldners stünde, weit hinaus – ganz abgesehen davon, daß der einseitige Kondiktionsverzicht wegen des Vertragsprinzips des Schuldnerlasses (§ 397 BGB) auf gewisse Schwierigkeiten stößt.

Um dem Wahlrecht diese Kraft zu geben, müßte erst einmal die Begründung gelingen, daß dem Putativschuldner von vornherein alternativ die Leistungskondiktion gegen den Gläubiger und die Rückgriffskondiktion gegen den Echtschuldner zustehen, und das ausgeübte Wahlrecht – so wie § 263 II BGB es für den hier allerdings in keiner Weise einschlägigen Fall der Wahlschuld normiert hat – dergestalt wirkt, daß der gewählte Kondiktionsanspruch als der von Anfang an allein gegebene gilt. Solche Alternativität von Leistungskondiktion des A gegen B und Bereicherungsanspruch „in sonstiger Weise“ des A gegen C wäre aber mit der Ablehnung der Versionsklage durch das geltende Recht nicht zu vereinbaren⁸⁵.

⁸⁴ Auch im direkten Anwendungsbereich von § 144 BGB ist es nicht richtig zu sagen, das anfechtbare Rechtsgeschäft gelte nach erfolgter Bestätigung als von Anfang an wirksam, wie es z. B. noch *Planck-Flad*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch I (4. Aufl. 1913), Anm. 1 zu § 144, ausdrückt. Durch die Bestätigung treten keine neuen Rechtswirkungen ein, sondern es werden die *inter partes* bereits eingetretenen Wirkungen nur unanfechtbar; vgl. in diesem Sinne *A. von Tuhr* (N. 26), II 1 auf S. 322; *P. Oertmann*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil (3. Aufl. 1927), Anm. 4 und 6 zu § 144; *Enneccerus-Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts I 2 (15. Aufl. 1960), § 203 III 6 auf S. 1229; *W. Flume*, Allgemeiner Teil. Das Rechtsgeschäft (1965), § 31. 7 auf S. 568–569; *H. Lange*, BGB Allgemeiner Teil (9. Aufl. 1967), § 49 II 4 auf S. 308, unter Hinweis auf das Verstreichenlassen der Anfechtungsfrist durch den Anfechtungsberechtigten: Das Geschäft wird endgültig unanfechtbar und *bleibt* damit von Anfang an gültig (Hervorhebung vom Verfasser).

⁸⁵ *W. Zeiss*, AcP 165, 337 scheint es jetzt – anders wohl noch *derselbe* in JZ 1963, 8 – trotz prinzipieller Ablehnung der Kumulierung von Leistungs- und Eingriffskondiktion wenigstens für denkbar zu halten, daß der irrtümlich Leistende „von vornherein eine subsidiäre Eingriffskondiktion“ gegen den Echtschuldner haben kann, auf die er „erst nach Verzicht auf seine Leistungskondiktion“ gegen den Empfänger zurückgreifen kann. Im Sinne der bei *E. von Caemmerer* (N. 2), 360 erarbeiteten Typologie handelt es sich freilich um einen Fall des bereicherungsrechtlichen Rückgriffs „in sonstiger Weise“, nicht aber um

V.

Es wäre gewiß reizvoll, an diese Problematik des deutschen bürgerlichen Rechts eine rechtsvergleichende Betrachtung anzuschließen. Das ist im gegenwärtigen Rahmen nicht möglich⁸⁶. Deshalb nur eine kurze Schlußfeststellung: Das zur Rechtfertigung des Wahlrechts des Putativschuldners auch in Deutschland zitierte Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts aus dem Jahre 1944⁸⁷ läßt nicht erkennen, daß auch nur eines der schwierigen Probleme, die hier besprochen wurden, tatbestandlich indiziert war. Der Echtschuldner hatte dort seinerseits irgendeine Forderung gegen den Putativschuldner eingeklagt, und im Rahmen dieses Prozesses wurde aus dem Kondiktionsverzicht des Putativschuldners gegen den Empfänger eine Gegenforderung des Beklagten an den Kläger hergeleitet. Der Empfänger der indebite-Leistung war eine Kantonalbank, an deren Solvenz kein Zweifel bestand und die nach den insoweit problemlosen Umständen des Falles wohl auch bereit gewesen wäre, gegen einen Erlaß der Bereicherungsforderung dem Putativschuldner ihre Forderung an den Echtschuldner zu zedieren, weil andere Eigeninteressen ersichtlich nicht im Spiele waren. Der Fall zeigt ferner nicht, daß die sonst gegen die Zulassung des Wahlrechts sprechenden legitimen Interessen des Echtschuldners irgendwie betroffen waren. Es handelt sich also um einen Idealfall, der deshalb in seiner Bedeutung rechtsvergleichend nicht überschätzt werden sollte. Im übrigen stimmt es nachdenklich und darf als gewisse Richtigkeitskontrolle des gefundenen Ergebnisses dienen, daß weder das französische Recht noch der gesamte anglo-amerikanische Rechtskreis dem Putativschuldner eine solche Rechtsmacht geben. Man gibt auch dort primär die Kondiktion gegen den Empfänger, und wenn es statt dessen zum Bereicherungsregreß gegen den Echtschuldner kommt, so jedenfalls nicht deshalb, weil er zur freien Disposition des Putativschuldners stünde⁸⁸.

eine Eingriffskondiktion, die ebenfalls zu der Gruppe der Bereicherungsfälle „in sonstiger Weise“ gehört.

⁸⁶ Siehe dazu *W. Lorenz* (N. 68), 283–288.

⁸⁷ BG vom 17. 10. 1944, BGE 70 II, 271 ff.

⁸⁸ Dazu im einzelnen *W. Lorenz* (N. 68), 284–288.