

Die Positivierung des Rückgewährschuldverhältnisses im BGB

Von Privatdozent Dr. **Thomas Jaeger**, LL.M. (K.U. Leuven), München*

Das BGB kennt mit den §§ 346 ff. und 812 ff. zwei Regimes der Leistungsumkehr nach Störung einer Vertragsbeziehung (oder deren Anbahnung). Beide sind im Rahmen der juristischen Ausbildung von größter Bedeutung. Folgten sie zunächst einheitlichen Grundsätzen, so sonderte sich das Rücktrittsrecht mit der Herausbildung der Lehre vom Rückgewährschuldverhältnis sukzessive vom Bereicherungsrecht ab. Diese markiert eine Trennlinie zwischen einem subjektiven Maßstab für die Leistungsumkehr beim Rücktritt gegenüber dem objektiven Maßstab des Bereicherungsrechts. Hier wird herausgearbeitet, in welchem Umfang sich das Rückgewährschuldverhältnisdenken im positiven Recht nach der Schuldrechtsmodernisierung ablesen lässt und wie sich die subjektiven und objektiven Maßstäbe beider Regimes heute zu einander verhalten.

I. Ausgangspunkt Funktionsparallelität

Die Schuldrechtsmodernisierung¹ des Jahres 2002 gestaltete unter anderem die Leistungsrückgewähr nach dem vertraglich oder gesetzlich zustehenden Rücktritt von einem gültig zustande gekommenen Vertrag im Rahmen der §§ 346 ff. BGB umfassend neu.² Dagegen wurde das Regime der Rückabwicklung ungerechtfertigter Bereicherung nach den §§ 812 ff. BGB ungeachtet früherer Überlegungen³ letztlich nicht angetastet und ist damit seit Inkrafttreten des BGB im Jahr 1900 zumindest textlich⁴ unverändert. Die Einseitigkeit der Modernisierung mag verwundern,⁵ da die vertragsnachfolgende Leistungsrückgewähr nach den §§ 346 ff. BGB und die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung nach den §§ 812 ff. BGB sowohl historisch⁶ als auch sachlich⁷ eng zusammenhängen

und im BGB auch im selben (dem zweiten) Buch geregelt sind. Da beide Regimes mit der Rückführung eines zuvor wechselseitig vollzogenen Leistungsaustauschs nach dessen Störung befasst sind, erfüllen sie verwandte Funktionen.⁸

1. Parallelität der Ziele, Funktionen und Ansprüche im Grundsatz

Der Rücktritt verfolgt das Ziel, die vor dem Vertragsschluss bestehende Rechtslage wiederherzustellen.⁹ Die Parteien werden dabei von den wechselseitig eingegangenen vertraglichen Verpflichtungen durch Erlöschen der primären Leistungspflichten befreit (sog. Befreiungswirkung). Gleichzeitig entsteht für beide Vertragsteile eine Pflicht zur Rückgewähr, also Restitution, der empfangenen Leistungen.

Das Ziel einer Restitution des Gläubigervermögens (sog. Restitutionsfunktion) ist zugleich auch der zentrale Gesichtspunkt des Regimes der ungerechtfertigten Bereicherung: Dort muss die Umkehr eines gültigen, aber ungerechtfertigten Rechtserwerbs erfolgen.¹⁰ Eine vorgängige Befreiung von Leistungspflichten (Befreiungswirkung) ist dort nicht nötig, da solche mangels gültiger Vertragsbeziehung nicht bestanden. Die Restitutionsfunktion nimmt damit in beiden Regimes eine zentrale Stellung ein.¹¹

Die Regelungsziele des Rücktrittsrechts und des Bereicherungsrechts laufen daher zunächst parallel: Gegenstand der zentralen Ansprüche aufgrund der Bestimmungen ist sowohl nach § 346 Abs. 1 BGB als auch nach dem korrespondierenden § 818 Abs. 1 BGB jeweils die Herausgabe des Erlangten in natura. Insbesondere ist auch im Bereicherungsrecht nicht die Bereicherung selbst Gegenstand des Kondiktionsanspruchs, sondern nur das konkret Erlangte.¹² Das Bereicherungsrecht ähnelt damit der Stückschuld nach § 346 BGB. Nur dann, wenn das Erlangte nicht herausgegeben werden kann, greift

* Der Verf. ist Wiss. Referent am Max-Planck-Institut für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht in München.

¹ Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts v. 26.11.2001 = BGBl. I 2001, S. 3138.

² Vgl. zu den Änderungspunkten im Einzelnen schon in der Begründung zum Gesetzesentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts = BT-Drs. 14/6040, S. 189 ff.; *Canaris*, Schuldrechtsreform 2002, 2002, S. XXXV ff.; *Komossa*, Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung unter Berücksichtigung des neuen Rücktrittsfolgenrechts, 2007, S. 45 ff.

³ Vgl. *König*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1985, S. 1515, passim, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1981, Bd. II.

⁴ Eine starke Weiterentwicklung durch die Rechtsprechung ist freilich erfolgt, näher etwa *Leser*, Der Rücktritt vom Vertrag, 1975, S. 107 ff.

⁵ Vgl. auch *Bockholdt*, AcP 206 (2006), 769 (772): Nach der Schuldrechtsreform muss auch das Bereicherungsrecht neu überdacht werden.

⁶ Vgl. *Hellwege*, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem, 2004, S. 535 f.; *Komossa* (Fn. 2), S. 339 ff.; *Bockholdt*, AcP 206 (2006), 769 (773 f.); *Fest*, Der Einfluss der rücktrittsrechtlichen Wertungen auf die bereiche-

nungsrechtliche Rückabwicklung nichtiger Verträge, 2006, S. 24 ff.; *Konzen*, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, 2007, S. 605; *Thier*, in: Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, 2005, S. 439.

⁷ Vgl. *Komossa* (Fn. 2), S. 336 ff.; *Fest* (Fn. 6), S. 2 ff., 17 ff. und 151 ff.; *Bockholdt*, AcP 206 (2006), 769 (774 ff.).

⁸ Vgl. auch *Thier* (Fn. 6), S. 439 (S. 535 f.); *Kaiser*, Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 2012, Vorbem. zu §§ 346 ff. Rn. 27; *Konzen* (Fn. 6), S. 605; *Roth*, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, 2007, S. 1131 (S. 1135 ff.); a.A. (wesentlich andere Aufgaben und Funktionen) aber noch *Leser* (Fn. 4), S. 157.

⁹ Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 189; auch *Kaiser* (Fn. 8), Vorbem. §§ 346 ff. Rn. 2 ff.; *Hellwege* (Fn. 6), S. 535 f.; *Leser* (Fn. 4), S. 100 ff.; *Boels*, Der Rücktritt vom Vertrag trotz Rückgabemöglichkeit, 2009, S. 64 ff.

¹⁰ Vgl. etwa für das Bereicherungsrecht *Sprau*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 70. Aufl. 2011, Einf. v. § 812 Rn. 1.

¹¹ Vgl. auch *Hellwege* (Fn. 6), S. 535 f.

¹² Vgl. auch *Kaiser* (Fn. 8), Vorbem. §§ 346 ff. Rn. 28.

in beiden Regimes (nach den §§ 346 Abs. 2 und 818 Abs. 2 BGB) eine Pflicht zum Wertersatz. Dieser allgemeine Rahmen war im BGB a.F. genauso geregelt wie nach der Modernisierung.¹³

Beide Regimes gehen von der Logik aus, dass der Rückforderungsanspruch nicht am Vermögen des Schuldners orientiert ist, sondern am konkret Erlangten.¹⁴ Daher soll auch nur jener Vorteil, der beim Bereicherten entstanden ist, diesem aber nicht oder nicht mehr gebührt, an den wahren Berechtigten zurückgeführt werden (sog. Abschöpfungsfunktion).¹⁵ Die Festlegung auf das tatsächlich Erlangte bedeutet insbesondere, dass das Bereicherungsrecht nicht nur eine bloße Billigkeitshaftung inkorporiert, sondern die Herausgabepflicht mitunter über das Ausmaß der Bereicherung hinausgehen kann.¹⁶ Dies ist Ausdruck des Strebens des Regimes nach einem Ausgleich zwischen den im Bereicherungsrecht nach wie vor geltenden¹⁷ Billigkeitserwägungen und dem Ziel vollwertiger Restitution.

Nach beiden Regimes sind Restitution und Abschöpfung in das Gewand eines schuldrechtlichen Anspruchs gekleidet: Im Rücktrittsregime wird der alte vertragliche Anspruch nach herrschender Lehre in der geänderten Form des Rückgewährschuldverhältnisses fortgesetzt.¹⁸ Die Pflicht beider Vertragsparteien zur Rückgewähr der empfangenen Leistungen resultiert im Rücktrittsregime schon aus der Befreiungswirkung selbst.¹⁹ Im Regime der ungerechtfertigten Bereicherung entsteht der schuldrechtliche Anspruch neu aus dem kondiktionsbegründenden Unwerturteil der Rechtsordnung.²⁰ Aufgrund dieser Basis in den wertbehafteten Anspruchszuweisungen und Rechtsfolgenanordnungen der Rechtsordnung bildet auch der Rechtsgüterschutz eine dem Recht der ungerechtfertigten Bereicherung zuzumessende Funktion.²¹

2. Folgerung: Parallele Ausgestaltung?

Im Schrifttum, etwa von *Roth* oder *Bockholdt*, wurde aus dieser sehr weitgehenden Kongruenz der Ziele beider Regimes überwiegend gefolgert, dass das bereicherungsrechtliche Rückabwicklungsverhältnis daher im Grundsatz dem Rückgewährverhältnis nach erfolgtem Rücktritt entsprechen müsse.²² Auch

Hellwege meint, wengleich auf Basis einer rechtsvergleichenden Betrachtung, „[v]on einem einheitlichen Rückabwicklungstypus auszugehen, scheint allein der Natur der Sache zu entsprechen. Denn das Ziel der Rückabwicklung ist immer gleich, die Funktion der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge immer identisch“.²³ Zudem liegen Anfechtung und Rücktritt mitunter sehr nahe bei einander, sodass dem Berechtigten wegen desselben Umstands (etwa bei Mängeln an der Kaufsache) beide Gestaltungsrechte alternativ zur Verfügung stehen können.²⁴ Diese faktische Austauschbarkeit beider Regimes könnte bei Beschreiten unterschiedlicher Regelungswege zu Wertungswidersprüchen führen.²⁵

Das Erfordernis einer parallelen Ausgestaltung der beiden Regimes wird lediglich von einer, wengleich gewichtigen, Minderzahl an Autoren, vor allem *Flume* und *Kaiser*, bestritten²⁶ oder zumindest vor zu großzügigen Übertragungen gewarnt (vor allem rücktrittsrechtlicher Wertungen in das Bereicherungsrecht, so *Lorenz*).²⁷ *Lorenz* hebt insoweit heraus, die Rückabwicklung als vertragliches Schuldverhältnis sei mit dem Rückabwicklungsregime als gesetzlichem Schuldverhältnis nicht gleichzusetzen.²⁸ *Kaiser* wiederum betont, dass in den beiden Regimes jeweils auf unterschiedliche Störungen reagiert werde:²⁹ Der Rücktritt antworte in der Regel auf Leistungsstörungen bei der Durchführung des Vertrages, das Bereicherungsrecht in der Regel auf Fehler beim Vertragsschluss selbst.³⁰ Das Bereicherungsrecht bilde dabei nach dem System des BGB, das sich insbesondere im Verweis auf das Bereicherungsrecht in den §§ 346 Abs. 3 S. 2 und 347 Abs. 2 BGB manifestiere, „die umfassende Auffangregel [...], nach der selbst dann noch etwas herausgegeben werden muss, wenn die Rücktrittsvorschriften bereicherungsunabhängige Ansprüche auf Wertersatz für Verschlechterungen [...] oder auf Ersatz notwendiger Verwendungen [...] ausschließen.“³¹

Sieht man das Bereicherungsrecht allerdings als Auffangregel, so wäre es systematisch tatsächlich merkwürdig, aus dem besonderen Rücktrittsregime Grundsätze auf den allge-

Bockholdt, AcP 206 (2006), 769 (773 ff.); ähnlich *Roth* (Fn. 8), S. 1131 (S. 1135).

²³ *Hellwege* (Fn. 6), S. 535 f.

²⁴ Vgl. *Bockholdt*, AcP 206 (2006), 769 (775) m.w.N.

²⁵ Vgl. *Bockholdt*, AcP 206 (2006), 769 (776 f.); ähnlich schon bereits *Canaris*, in: Festschrift für Werner Lorenz zum 80. Geburtstag, 1991, S. 19 (S. 26 f.).

²⁶ Etwa *Kaiser* (Fn. 8), Vorbem. §§ 346 ff. Rn. 27; *Flume*, AcP 194 (1994), 427 (445); *ders.*, in: *Canaris/Heldrich/Hopt/Roxin/Schmidt/Widmaier* (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe der Wissenschaft, 2000, S. 525 (S. 542 f.).

²⁷ Differenzierend *Lorenz*, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, 2007, S. 793 (S. 804 ff.).

²⁸ Vgl. *Lorenz* (Fn. 27), S. 793 (S. 804).

²⁹ So v.a. *Kaiser* (Fn. 8), Vorbem. §§ 346 ff. Rn. 27; ähnlich *Lorenz* (Fn. 27), S. 793 (S. 804).

³⁰ Mit Verweis auf § 812 Abs. 1 S. 2 Fall 1 BGB a.A. (Bereicherungsrecht erfasst daher nicht bloß Störungen beim Vertragsschluss selbst) *Bockholdt*, AcP 206 (2006), 769 (775).

³¹ *Kaiser* (Fn. 8), Vorbem. §§ 346 ff. Rn. 27; ähnlich *Lorenz* (Fn. 27), S. 793 (S. 805).

¹³ Vgl. allgemein etwa BT-Drs. 14/6040, S. 190 ff.; *Heinrichs*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 61. Aufl. 2002, § 346 Rn. 1 ff.; *Hellwege* (Fn. 6), S. 93 f.

¹⁴ Vgl. *Komossa* (Fn. 2), S. 221 ff. und 336.

¹⁵ Vgl. etwa *Sprau* (Fn. 10), Einf. v. § 812 Rn. 1.

¹⁶ Vgl. auch *Konzen* (Fn. 6), S. 605; anders (Bereicherungsauskehr ist Billigkeit) noch *Leser* (Fn. 4), S. 100 ff.

¹⁷ Vgl. nur § 818 Abs. 3 BGB.

¹⁸ Vgl. schon *Stoll*, AcP 131 (1929), 141.

¹⁹ Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 189.

²⁰ Vgl. etwa *Sprau* (Fn. 10), Einf. v. § 812 Rn. 1. Dies rückt das Bereicherungsrecht im Übrigen auch in eine funktionale Nähe zum Schadensersatzrecht, vgl. *Hagen*, in: Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, 1973, S. 867 (S. 868).

²¹ Vgl. etwa *Sprau* (Fn. 10), Einf. v. § 812 Rn. 1.

²² Vgl. *Komossa* (Fn. 2), S. 337; *Fest* (Fn. 6), S. 22; ähnlich *Coen*, Vertragsscheitern und Rückabwicklung, 2003, S. 415;

meinen Bereich der Bereicherung übertragen zu wollen.³² Die Verweisungen aus dem Rücktrittsrecht in das Bereicherungsrecht gingen dann zudem ins Leere.³³ Die Befürworter einer einheitlichen Lösung verneinen diese konstruktiven Unterschiede zwischen Rücktritts- und Bereicherungsrecht auch nicht, meinen aber, konstruktive Unterschiede treten gegenüber der funktionellen Ähnlichkeit der Regime in den Hintergrund.³⁴

II. Schuldrechtsmodernisierung

Das Schrifttum ist sich, schon angesichts der klaren diesbezüglichen Zielsetzung³⁵ des historischen Gesetzgebers, weitgehend darüber einig, dass die Schuldrechtsmodernisierung ein Zusammenrücken von Rücktritts- und Bereicherungsrecht gebracht haben soll.³⁶ Nachdem die Schuldrechtsmodernisierung das Bereicherungsrecht unberührt ließ, kann dies, wenn überhaupt, allerdings wohl nur so erfolgt sein, dass eine einseitige Annäherung des Rücktritts- an das Bereicherungsrecht stattgefunden haben muss.³⁷ Soweit diese Annahme zutrifft, hätte ein Hinrücken des Rücktritts- zum Bereicherungsregime freilich auch zur Folge, dass das Rückgewährschuldverhältnis in seiner Bedeutung und seinem Anwendungsbereich anlässlich der Schuldrechtsreform reduziert worden wäre.

Diese Schlussfolgerung ist aber, wie wiederum schon ein Blick auf das nach Ansichten und Lösungen facettenreiche Schrifttum³⁸ zeigt, wohl doch zu einfach gedacht: Wie schon eingangs gezeigt, geht die Ansicht im Schrifttum im Gegenteil teils sogar dahin, dass das Rücktrittsrecht im Vergleich zu

den anderen Rückabwicklungsinstituten (also vor allem dem Bereicherungsrecht) durch die Reform aufgewertet wurde.³⁹ Auch werden dort Ausstrahlungswirkungen der Schuldrechtsmodernisierung im, an sich nicht reformierten, Rückabwicklungsrecht konstatiert.⁴⁰ Andererseits lassen sich jedoch sehr klar starke bereicherungsrechtliche Elemente im neuen Rücktrittsrecht ausmachen.⁴¹ Bei näherer Betrachtung dürfte die Schuldrechtsreform beide Tendenzen zeigen, d.h. eine wechselseitige Annäherung der Regimes aus beiden Richtungen.⁴² Sie ist zudem bei weitem nicht so umfassend, dass die weiterhin zahlreich bestehenden Unterschiede zwischen den beiden Regimes völlig eingeebnet würden.⁴³

Bei näherer Betrachtung besteht daher nach wie vor keine Klarheit darüber, ob und wie weit eine Übernahme bereicherungsrechtlicher Wertungen in das Rücktrittsrecht stattgefunden hat. Blicken wir daher vor diesem Hintergrund nochmals auf das geltende Recht und die Rücktrittsbestimmungen im Detail: In welchem Ausmaß ist eine bereicherungsrechtliche Logik im positiven Rücktrittsrecht vorzufinden und was folgt daraus für den Stellenwert des Rückgewährschuldverhältnisses im geltenden Recht?

1. Ausgangspunkt Trennungsthese

Allgemein gesteht das Rückabwicklungsregime dem Bereicherungsrecht nur sehr eingeschränkten Raum zu: So soll der Rückgewährschuldner nach § 346 BGB generell nicht berechtigt sein, gegenüber Wertersatzansprüchen aus dem Rückgewährschuldverhältnis die Einrede der Entreicherung zu erheben.⁴⁴ Die Materialien zum BGB begründen diese sowohl für den vertraglichen, als insbesondere auch für den gesetzlichen Rücktritt getroffene Anordnung damit, dass die Saldotheorie den Anwendungsbereich der Entreicherungseinrede nach § 818 Abs. 3 BGB in Fällen, in denen die Leistungen wechselseitig bereits erbracht sind, wesentlich einenge.⁴⁵ Der grundsätzliche Ausschluss der Entreicherungseinrede im Rücktrittsrecht stärke demnach dort, ähnlich wie im Bereicherungsrecht, die Anwendung der Saldotheorie.⁴⁶ Dies unterstreicht zugleich auch die Geltung der Lehre vom faktischen Synallagma, die im Hintergrund der Saldotheorie steht, denn wie schon *Leser* zutreffend betonte, sind die Saldotheorie sowie die Theorie vom faktischen Synallagma nicht völlig vom ursprünglichen Vertragsverhältnis abgelöst, sondern berücksichtigen Nachwirkungen des Vertrages auf die Abwicklung.⁴⁷

Ungeachtet dieser allgemeinen, vom Bereicherungsrecht abgewandten Tendenz des Rückabwicklungsregimes finden

³² Vgl. auch *Kaiser* (Fn. 8), Vorbem. §§ 346 ff. Rn. 27.

³³ Vgl. *Kaiser* (Fn. 8), Vorbem. §§ 346 ff. Rn. 27.

³⁴ So etwa *Roth* (Fn. 8), S. 1131 (S. 1138).

³⁵ Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 194.

³⁶ Vgl. etwa *Thier* (Fn. 6), S. 439; *Bockholdt*, AcP 206 (2006), 769 (773).

³⁷ A.A. (offenbar implizite Rückwirkung der Schuldrechtsmodernisierung auf das nicht reformierte Bereicherungsrecht) aber *Roth* (Fn. 8), S. 1131 (S. 1135): „Seit der Schuldrechtsreform sind die Wertungen des Rücktrittsrechts im Bereicherungsrecht noch deutlicher zu berücksichtigen, da der Gesetzgeber bei der Neugestaltung des Rücktrittsrechts in der umgekehrten Richtung bereits das offenbar als richtig empfundene Kernstück der Saldotheorie in § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB übernommen hat.“ Ebenso a.A. wohl *Bockholdt*, AcP 206 (2006), 769 (775).

³⁸ Vgl. etwa *Lorenz* (Fn. 27), S. 793 (S. 804 ff.); *Kohler*, AcP 208 (2008), 417 (422 f.); *König* (Fn. 3), Rn. 1549; *Roth* (Fn. 8), S. 1131 (S. 1147 f.); *Thier* (Fn. 6), S. 439 (S. 454 f.); *Linke*, Die Rückabwicklung gescheiterter gegenseitiger Verträge, 2007, S. 221 ff.; *Fest* (Fn. 6), S. 12 ff. m.w.N., S. 151 ff.; *Komossa* (Fn. 2), S. 407 ff.; auch (letztlich differenzierend) *Konzen* (Fn. 6), S. 605 (S. 609 ff.); *Ernst*, in: Festschrift für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag, 2006, S. 165 (S. 233 f.); vor Schuldrechtsmodernisierung auch bereits *Flume*, AcP 194 (1994), 427 (454); *Hellwege* (Fn. 6), S. 537 ff.; *Coen* (Fn. 22), S. 415 ff.; *Heß*, Rückabwicklung und Wertersatz, 2011, S. 247 ff.; *Döll*, Rückgewährstörungen beim Rücktritt, 2011, S. 445; *Canaris* (Fn. 25), S. 19.

³⁹ So ausdrücklich *Fest* (Fn. 6), S. 1.

⁴⁰ Vgl. *Thier* (Fn. 6), S. 439 (S. 440); *Lorenz*, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, 2001, S. 329 (S. 346); krit. *Kaiser* (Fn. 8), Vorbem. §§ 346 ff. Rn. 27.

⁴¹ Vgl. etwa *Thier* (Fn. 6), S. 439 (S. 443 ff.).

⁴² Ähnlich *Thier* (Fn. 6), S. 439 (S. 440).

⁴³ Vgl. etwa *Bockholdt*, AcP 206 (2006), 769 (773).

⁴⁴ Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 195.

⁴⁵ Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 195.

⁴⁶ Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 195.

⁴⁷ Vgl. *Leser* (Fn. 4), S. 157 f.

sich dort bei genauerer Betrachtung doch einige Bezugspunkte zum Bereicherungsregime. Sie finden sich dort gleichermaßen in expliziter wie impliziter Weise.

Vor dem Hintergrund der Tendenz des Rücktrittsregimes, den bereicherungsrechtlichen Spielraum eng zu halten, wird im Schrifttum zum Teil eine sehr strenge Trennung von Rücktritts- und Bereicherungsregime vertreten: Demnach soll außerhalb der expliziten Bezugnahmen im BGB das Bereicherungsrecht im Rücktrittsregime überhaupt keine Rolle spielen. Darauf ist nach dieser These also in Zusammenhängen außerhalb der expliziten Bezugnahmen nicht, insbesondere auch nicht ergänzend, zurückzugreifen.⁴⁸ Die These von der strengen Trennung von Rücktritts- und Bereicherungsregime lehnt eine subjektive Herangehensweise an die Wertberechnung als unzulässige Vermengung der vertraglichen Rückgewähr nach den Rücktrittsvorschriften mit der Frage der aufgedrängten Bereicherung bei der Verwendungskondition ab.⁴⁹

Mit der These von der strengen Trennung lässt sich beispielsweise beim Wertersatz nach § 346 Abs. 2 BGB, der hier nachfolgend an anderer Stelle genauer diskutiert wird, ein Ergebnis begründen, wonach zunächst weder der objektive, noch der subjektive Wert der Sache für den Gläubiger der Wertberechnung zugrunde gelegt werden könne, sondern alleine der Wert der Leistung nach Maßgabe der gescheiterten Parteienvereinbarung. Über die These einer strengen Trennung wird zum Teil aber etwa auch eine ergänzende Heranziehung des Bereicherungsrechts bei der vertraglichen Rückabwicklung bei Eintritt einer auflösenden Bedingung im Sinne des § 158 Abs. 2 BGB abgelehnt.⁵⁰ Auch diese Rückabwicklung richte sich alleine nach der Parteienvereinbarung und deren ergänzender Auslegung.

Der Trennungsthese widersprechen freilich die Materialien zum BGB, die in der in § 346 Abs. 2 S. 2 BGB ausdrücklich angeordneten Pflicht zur Orientierung an der im (gescheiterten) Vertrag ausdrücklich bedungenen Gegenleistung einerseits zunächst zwar eine Verfestigung des Rückgewährschuldverhältnisdenkens unternehmen, die aber andererseits für Fälle, in denen eine ausdrückliche Abrede im Vertrag fehlt auf die objektiven Wertverhältnisse abstellen will und dabei ausdrücklich eine Parallelregelung zu § 818 Abs. 2 BGB im Rücktrittsrecht verankern will.⁵¹ Da diese Parallelregelung für die objektiven Wertverhältnisse in Abs. 2 allerdings nicht ausdrücklich genannt ist, kann die Auffassung, dass ein völliges Außerachtlassen bereicherungsrechtlicher Wertungen außerhalb der ausdrücklichen Bezugnahmen des Rücktrittsregimes geboten sei, nicht vorbehaltlos richtig sein. Auch der BGH geht in seiner Rechtsprechung davon aus, dass die Parteien auch bei grob missverhältnlicher Preisabrede an ihren Wertvorstellungen festzuhalten sind.⁵² Der BGH durchbricht da-

mit allerdings die Begründung der Materialien zum Ausnahmefall fehlender Wertbestimmung nicht, sondern unterstreicht vielmehr die Verankerung der Lehre vom Weiterwirken des ursprünglichen Vertrages beim Regelfall vorhandener Wertbestimmung.

2. Bereicherungsrechtliche Grundsätze im Rücktrittsrecht

Auf der Suche nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen im Rücktrittsrecht begegnet man zunächst den expliziten Bezugnahmen auf das Bereicherungsrecht in den §§ 346 und 347 BGB. Daneben bestehen bei genauerem Hinsehen aber auch einige, wenige, implizite Berührungspunkte.

a) § 346 Abs. 3 S. 2 BGB

Hervorstechend ist zunächst § 346 Abs. 3 S. 2 BGB. Nach § 346 Abs. 3 S. 1 BGB entfällt die Pflicht zum Wertersatz, die ihrerseits nur schlagend wird, wenn eine Rückgewähr in natura nach Abs. 1 ausscheidet, unter den drei in diesem Absatz genannten Bedingungen (Verarbeitung, Vertretenmüssen des Gläubigers, ordentliche Sorgfalt beim gesetzlichen Rücktritt). Nach S. 2 ist eine „verbleibende Bereicherung“ jedoch auch bei Eingreifen dieser Befreiungsgründe noch herauszugeben.⁵³ Der Rückgewährschuldner hat demnach den Leistungsgegenstand in dem Zustand, in dem er sich befindet, sowie die daraus allenfalls gezogenen Nutzungen herauszugeben.⁵⁴ Es ist dies eine Rechtsfolgenverweisung in das Bereicherungsrecht.⁵⁵ Aufgrund dieser Anordnung greift § 818 BGB – bzw. ab Kenntnis des Rückgewährschuldners vom Rücktrittsgrund: § 819 BGB – subsidiär.⁵⁶

Mit den Ausschlüssen der Wertersatzpflicht in den drei Fällen des S. 1 eröffnet § 346 Abs. 3 BGB daher ein, wenngleich begrenztes, Einfallstor für Entreicherungserwägungen. Gleichzeitig sichert S. 2 das Interessensgleichgewicht in Fällen ab, in denen die besonderen Ausschlussgründe des Abs. 3 ausnahmsweise nicht mit einer vollständigen Entreicherung überlappen, weil beim Rückgewährschuldner eine Bereicherung verbleibt. Diese Reform steht, ebenso wie jene des nachfolgend besprochenen § 347 BGB, in direktem Zusammenhang mit dem Entfall des § 327 S. 2 BGB a.F., nach dessen allgemeinem Rechtsgedanken derjenige, der den Rücktritt nicht zu vertreten hat, immer nur nach Bereicherungsrecht haften sollte - unabhängig davon, wer letztlich den Rücktritt erklärte.⁵⁷

In bereicherungsrechtlicher Hinsicht farblos ist demgegenüber die Umdrehung der früheren Privilegierung des Rücktrittsgegners nach § 327 S. 2 BGB a.F. in eine Privilegierung des Rücktrittsberechtigten im nunmehrigen § 346 Abs. 3 S. 1

⁴⁸ So *Kaiser* (Fn. 8), § 346 Rn. 69 m.w.N.; *Hellwege* (Fn. 6), S. 466 f.

⁴⁹ Vgl. *Kaiser* (Fn. 8), § 346 Rn. 108.

⁵⁰ Vgl. *Kaiser* (Fn. 8), § 346 Rn. 68; a.A. etwa *Grüneberg*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 70. Aufl. 2011, § 346 Rn. 14.

⁵¹ Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 196.

⁵² Vgl. BGH NJW 2009, 1068 (1070, Zweibrücker-Wallach-Fall).

⁵³ Für ein Beispiel etwa BGH NJW 2008, 911 (Schadensersatzanspruch wegen anderweitiger Beschädigung der mangelhaften Sache); auch *Grüneberg* (Fn. 50), § 346 Rn. 14.

⁵⁴ Vgl. *Grüneberg* (Fn. 50), § 346 Rn. 14; *Kaiser* (Fn. 8), § 346 Rn. 243.

⁵⁵ Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 196.

⁵⁶ Vgl. *Kaiser* (Fn. 8), § 346 Rn. 69.

⁵⁷ Näher, auch zum unklaren Wortlaut der alten Norm, etwa *Heinrichs* (Fn. 13), § 327 Rn. 2.

Nr. 3 BGB. Nach alter Rechtslage haftete der Rücktrittsgegner, der den Rücktrittsgrund nicht zu vertreten hatte, nur nach Bereicherungsrecht.⁵⁸ Das BGB privilegiert nunmehr nur noch einseitig den Rücktrittsberechtigten.⁵⁹ Am Ausmaß des Rückgriffs auf das Bereicherungsrecht hat sich in diesem Punkt aber nichts geändert.

b) § 347 Abs. 2 S. 2 BGB

Die zweite explizite Bezugnahme des Rücktrittsregimes auf das Bereicherungsrecht findet sich in § 347 Abs. 2 S. 2 BGB. § 346 Abs. 1 BGB verpflichtet den Rückgewährschuldner zur Herausgabe tatsächlich gezogener oder schuldhaft nicht gezogener Nutzungen. Korrespondierend gibt § 347 Abs. 2 BGB dem Rückgewährschuldner einen allgemeinen Anspruch auf Ersatz notwendiger Verwendungen auf die rückzugewährende Sache sowie einen besonderen Anspruch auf Ersatz anderer (bloß nützlicher) Aufwendungen, soweit der Rückgewährgläubiger andernfalls durch die Rückgewähr der Sache bereichert wäre. Die Schuldrechtsmodernisierung kehrte damit von der alten Rechtslage (§ 347 S. 2 BGB a.F.) ab, wonach der Schuldner jedenfalls⁶⁰ beim vertraglichen Rücktritt Verwendungen auch dann nicht ersetzt bekam, wenn diese beim anderen Teil zu einer Bereicherung führten.⁶¹

Anders als § 346 Abs. 3 S. 2 BGB, soll es sich bei § 347 Abs. 2 S. 2 BGB jedoch um keine Rechtsfolgenverweisung in das Bereicherungsrecht handeln, sondern (ähnlich dem Anspruch nach Abs. 1)⁶² um die Niederlegung eines eigenständigen Aufwendungsersatzanspruchs, der mit dem Verweis auf die Bereicherungsgrenze lediglich der Höhe nach beschränkt werde.⁶³ Das Verständnis des § 347 Abs. 2 S. 2 BGB als eigenständiger Anspruch anstatt eines Rechtsfolgenverweises hat zur Folge, dass dieser Anspruch etwa auch dann bestehen bleiben würde, wenn die Bereicherung später wegfällt.⁶⁴ Nach derselben Logik wird es im Schrifttum auch abgelehnt, den Bereicherungsanspruch des Rückgewährgläubigers nach § 346 Abs. 3 S. 2 BGB mit einem Aufwendungsersatzanspruch des Rückgewährschuldners nach § 347 Abs. 2 S. 2 BGB zu saldieren, sodass also insbesondere die Aufwendungen nicht den Umfang der herauszugebenden Bereicherung im Rahmen des § 346 BGB mindern sollen.⁶⁵ Sehr wohl befürwortet dieses Schrifttum dagegen eine Saldierung der Aufwendungsersatzansprüche nach den Abs. 1 und 2 des § 347 BGB mit einander. Demnach ist ein Aufwendungsersatz für nicht gezogene Nutzungen (Abs. 1) dann auch um jene fiktiven Aufwendungen zu mindern, die zur Ziehung der Nutzungen nötig gewe-

sen wären (Abs. 2).⁶⁶ Versteht man § 347 Abs. 2 S. 2 BGB als eigenständigen Anspruch, folgt daraus somit, ungeachtet des scheinbaren Verweises auf Bereicherungsrecht in der Norm selbst, eine völlige Unberührtheit des rücktrittsrechtlichen Aufwendungsersatzes vom Bereicherungsrecht.

Dass derlei richtig sein kann, erscheint allerdings fraglich. Tatsächlich ist in den Materialien zwar von einer abschließenden Regelung in Abs. 2 die Rede und erfolgt daher, anders als bei § 346 Abs. 3 S. 2 BGB,⁶⁷ kein ausdrücklicher Rechtsfolgenverweis auf das Bereicherungsrecht.⁶⁸ Darüber hinaus setzen die Materialien den Aufwendungsersatzanspruch aber nur in Beziehung zum Wertersatzanspruch des Rückgewährgläubigers aus § 346 Abs. 2 BGB, und gerade nicht auch zum Bereicherungsanspruch nach § 346 Abs. 3 BGB: In Bezug auf den Anspruch nach § 346 Abs. 2 BGB wird eine Saldierung abgelehnt.⁶⁹

Daraus ist aber nicht auch zu schließen, dass die Bereicherungszusammenhänge im Rahmen des Rücktritts künstlich danach aufzuspalten seien, ob es sich um Bereicherungen in Zusammenhang mit (entfallenem) Wertersatz oder um Bereicherungen in Zusammenhang mit Nutzungsaufwendungen handelt. Das Bereicherungsrecht würde hier wohl für eine einheitliche Saldierung unabhängig vom Normzusammenhang streiten.⁷⁰ Ganz abgesehen davon wäre selbst bei Annahme einer Verselbständigung der Bereicherung beim Aufwendungsersatz vom allgemeinen Bereicherungsrecht der dort verwendete Bereicherungsbegriff noch immer nach bereicherungsrechtlichen Maßstäben auszulegen. Auch aus dieser Perspektive scheint eine Verselbständigung daher nicht sinnvoll.

Insgesamt stellt sich § 347 Abs. 2 S. 2 BGB damit wohl eher als Grenzfall dahingehend dar, dass an dieser Regelung ein allfälliges Denken vom Rückgewährschuldverhältnis endet und ins allgemeine Bereicherungsrecht übergeht. Aber selbst wenn es sich um keine direkte Einfügung von Bereicherungsrecht in das Rücktrittsrecht qua Verweis handeln sollte, unternimmt § 347 Abs. 2 S. 2 BGB zumindest eine Unterfütterung des Rückgewährrechts mit bereicherungsrechtlichem Denken, da seine Tatbestandsanordnung ohne dieses nicht aufgelöst werden kann.

Diese Frage soll hier allerdings nicht vertieft werden: Für die vorliegenden Zwecke der Bewertung der Schuldrechtsmodernisierung unter dem Blickwinkel des Verhältnisses von Schuldverhältnissen und Bereicherungsdenken genügt die Feststellung, dass § 347 Abs. 2 S. 2 BGB zumindest nach herrschender Ansicht gerade keine bereicherungsrechtliche Durchbrechung des Rückgewährschuldverhältnissen nach Art des § 346 Abs. 3 S. 2 BGB darstellt, da hier kein allgemeiner Rechtsfolgenverweis auf das Bereicherungsrecht, sondern lediglich eine terminologische Bezugnahme auf den Bereicherungsbegriff im Rahmen eines im Übrigen selbständigen Aufwendungsersatzanspruchs vorliegen soll. § 346 Abs. 3 S. 2 BGB ist nach dieser herrschenden Ansicht also die einzige

⁵⁸ Näher auch *Kaiser* (Fn. 8), § 346 Rn. 209.

⁵⁹ Vgl. auch BT-Drs. 14/6040, S. 195.

⁶⁰ Die Rechtslage beim gesetzlichen Rücktritt war umstritten, näher BT-Drs. 14/6040, S. 197.

⁶¹ Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 197; auch *Kaiser* (Fn. 8), § 347 Rn. 2 und 5.

⁶² Vgl. *Kaiser* (Fn. 8), § 347 Rn. 44.

⁶³ Vgl. *Grüneberg* (Fn. 50), § 374 Rn. 3; *Kaiser* (Fn. 8), § 347 Rn. 58 m.w.N.

⁶⁴ Vgl. *Kaiser* (Fn. 8), § 347 Rn. 58.

⁶⁵ Vgl. *Kaiser* (Fn. 8), § 347 Rn. 59 m.w.N.

⁶⁶ Vgl. *Kaiser* (Fn. 8), § 347 Rn. 59.

⁶⁷ Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 196.

⁶⁸ Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 197.

⁶⁹ Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 197.

⁷⁰ Vgl. grundlegend *Leser* (Fn. 4), S. 157 f.

ausdrückliche Bezugnahme auf das allgemeine Bereicherungsrecht im Rücktrittsregime.

c) Implizite Berührungspunkte

Auf der Suche nach impliziten Überschneidungspunkten des Rücktrittsregimes mit dem Bereicherungsrecht stößt man etwa auf § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 Alt. 2 BGB. Nach dieser Norm ist der Rückgewährschuldner nicht generell von der Wertersatzpflicht für Zufallsschäden befreit, sondern nur dann, wenn der Schaden ebenso beim Rückgewährgläubiger eingetreten wäre. Diese Regelung anlässlich der Schuldrechtsmodernisierung steht in Zusammenhang mit der parallel vorgenommenen Streichung von § 350 BGB a.F., der die Folgen des zufälligen Sachuntergangs auf den Rücktrittsgegner abwälzte.⁷¹ § 350 BGB a.F. wurde als Widerspruch zu den allgemeinen Gefahrtragungsregeln und zur bereicherungsrechtlichen Saldotheorie angesehen.⁷² Diese dogmatische Widersprüchlichkeit der Norm führte zu ihrer Streichung. Aus der Streichung ergibt sich eine Stärkung der Saldotheorie im Rahmen des Rücktrittsrechts und daraus wiederum eine implizite Stärkung bereicherungsrechtlicher Logik im Rücktrittsregime.

Bereicherungsrechtliche Maßstäbe fließen aber etwa auch im Rahmen von § 346 Abs. 4 BGB in das Rücktrittsrecht ein. Die dort vorgenommene Verweisung auf die Schadensersatzpflicht beider⁷³ Vertragspartner bei Verletzung von Rückgewährpflichten wird im Schrifttum als Verpflichtung zu wechselseitiger Rücksichtnahme ab positiver Kenntnis vom Rücktrittsgrund verstanden.⁷⁴ Begründet wird dies insbesondere mit einem Verweis auf die verschärfte Haftung bei ungewissem Erfolgseintritt nach § 820 Abs. 1 S. 2 BGB, die nur im Fall eingreift, dass der Schuldner mit der Rückgabe- bzw. Rückgewährverpflichtung rechnen musste.⁷⁵

Anders als im Schrifttum mitunter geäußert,⁷⁶ ist dagegen in der reinen Parallelität von Funktionen und Funktionsausgleich von Rücktritts- und Bereicherungsrecht gerade keine Annäherung des Bereicherungsrechts an das Rücktrittsrecht zu erblicken: Im Rahmen der beiden Regimes gemeinsamen Abschöpfungsfunktion sind Bereicherungs- und Rücktrittsrecht, wie zuvor ausgeführt, nicht am Vermögen des Schuldners orientiert, sondern am konkret Erlangten.⁷⁷ Mit der Festlegung auf das tatsächlich Erlangte inkorporiert das Bereicherungsrecht aber nicht nur eine bloße Billigkeitshaftung, sondern kann die Herausgabepflicht, wie auch im Rücktrittsrecht,

mitunter über das Ausmaß der Bereicherung hinausgehen.⁷⁸ Es ist dies Ausdruck des Strebens, insbesondere des Bereicherungsregimes, nach einem Ausgleich zwischen den dort nach wie vor geltenden⁷⁹ Billigkeitserwägungen und dem Ziel vollwertiger Restitution.

Bei der Abschöpfungsfunktion stehen daher Rücktritts- und Bereicherungsrecht jeweils parallel nebeneinander, doch überschneidet sich die Handhabe dieser Funktion nicht mit dem jeweils anderen Regime und ist insbesondere die rücktrittsrechtliche Abschöpfungserwägungen nicht zwingend bereicherungsrechtlich inspiriert. Nach der Trennungsthese ist vielmehr davon auszugehen, dass das Rücktrittsrecht eine eigenständige Abschöpfungsdogmatik entwickelt. Selbst wenn man, umgekehrt, die rücktrittsrechtliche Abschöpfung auch außerhalb der expliziten Bezugnahmen auf Bereicherungsrecht als bereicherungsrechtlich inspiriert oder von bereicherungsrechtlichen Grundsätzen determiniert ansehen will, ist zu konstatieren, dass zumindest die Schuldrechtsmodernisierung hier keine Veränderung und insbesondere kein Zusammenrücken des Rücktritts- und des Bereicherungsregimes gebracht hat.

3. Gegenteilendenz: Stärkung der Lehre vom Rückgewährschuldverhältnis

Den punktuellen Einflüssen des Bereicherungsrechts auf das modernisierte Rücktrittsregime stehen zahlreiche Einzelregelungen gegenüber, die dem Denken eines Fortbestands des schuldrechtlichen Organismus verpflichtet sind und einen Einfluss des gescheiterten Vertrages auf die Rückabwicklungsbeziehungen sicherstellen.

a) Dogmatische Kraft des Willens des historischen Gesetzgebers

In dieser Hinsicht fällt es zunächst auf, dass die Materialien zur Schuldrechtsmodernisierung die Rücktrittsbestimmungen ausdrücklich vor dem Hintergrund eines aufrechten Rückgewährschuldverhältnisses sehen und sich dabei in Fortsetzung der vorangehenden Rechtslage wähnen.⁸⁰ Insbesondere betonte der Gesetzgeber, dass hinsichtlich der Anerkennung der wesentlichen Rechtsfolgen des Rücktritts und insbesondere hinsichtlich „der rechtsdogmatischen Einordnung des durch den Rücktritt entstehenden Rückgewährschuldverhältnisses“ breite „Übereinstimmung“ in der Rechtsprechung und im Schrifttum bestehe.⁸¹ Dies ist, wie auch ein Blick auf die hier dargestellte h.M.⁸² zeigt, sicherlich korrekt.

Allerdings spiegelte das BGB a.F. diese Dogmatik nicht klar wider. Der Gesetzgeber sah sich daher veranlasst, anlässlich der Schuldrechtsmodernisierung klarzustellen, dass „der

⁷¹ Vgl. Kaiser (Fn. 8), § 346 Rn. 199.

⁷² Vgl. Leser (Fn. 4), S. 190 ff.; Kaiser (Fn. 8), § 346 Rn. 199 m.w.N.

⁷³ Vgl. für die insoweit h.M. Kaiser (Fn. 8), § 346 Rn. 223 m.w.N.

⁷⁴ Vgl. Bockholdt, AcP 206 (2006), 769 (795 f.); Thier (Fn. 6), S. 439 (S. 447); Kaiser (Fn. 8), § 346 Rn. 223 und 228 f.; Roth (Fn. 8), S. 1131 (S. 1140 und 1142).

⁷⁵ Vgl. Thier (Fn. 6), S. 439 (S. 447); Kaiser (Fn. 8), § 346 Rn. 229; Bockholdt, AcP 206 (2006), 769 (795 f.).

⁷⁶ So Konzen (Fn. 6), S. 605.

⁷⁷ Vgl. Komossa (Fn. 2), S. 221 ff. und 336.

⁷⁸ Vgl. auch Konzen (Fn. 6), S. 605; anders (Bereicherungs- auskehr ist Billigkeit) noch Leser (Fn. 4), S. 100 ff.

⁷⁹ Vgl. nur § 818 Abs. 3 BGB.

⁸⁰ Vgl. i.d.S. BT-Drs. 14/6040, S. 194.

⁸¹ Beide Zitate BT-Drs. 14/6040, S. 191.

⁸² Vgl. etwa BGH NJW 2008, 911 m.w.N.; BGH NJW 2009, 3155 (3157); aus dem Schrifttum, statt vieler, Kaiser (Fn. 9), § 346 Rn. 1 und 69 m.w.N.

Rücktritt den Vertrag nicht im Ganzen aufhebt, sondern ihn in ein Abwicklungsverhältnis mit vertraglicher Grundlage umwandelt[, und dass] die früher h.M. [...], die annahm, dass durch den Rücktritt unter Wegfall des Vertrags ein gesetzliches Schuldverhältnis entstehe, und zwar ein modifiziertes Bereicherungsverhältnis, [...] überholt⁸³ sei. Mit anderen Worten sollte das Rücktrittsrecht mit der Schuldrechtsmodernisierung in bessere Übereinstimmung mit der Lehre vom Rückgewährschuldverhältnis gebracht werden.

Auch wenn die Lehre vom Rückgewährschuldverhältnis bereits vor der Schuldrechtsmodernisierung unbestrittene Dogmatik war, ist der Umstand ihrer expliziten Anerkennung durch den Gesetzgeber und Umsetzung im Gesetzestext doch bedeutsam. Sie stellt diese Dogmatik qualitativ auf eine neue Stufe: Die ausdrückliche Orientierung des historischen Gesetzgebers an *Stolls* Rückgewährschuldverhältnislehre⁸⁴ bedeutet im Vergleich zur älteren Rechtslage eine weitere methodische Verfestigung des Rückgewährschuldverhältnissen. Die Beachtlichkeit dieser Lehre für den Rücktritt ist nach dem reinen Wortlaut sowie der Struktur des BGB, wie gezeigt, keineswegs zwingend. Dadurch, dass sich der Gesetzgeber ausdrücklich in diese Tradition stellte, hat er der Dogmatik allerdings quasi-normativen Charakter verliehen. Eine Abkehr vom erklärten Willen des historischen Gesetzgebers im Sinne einer Um- bzw. Rückbildung der Dogmatik durch Lehre und Rechtsprechung wird dadurch so gut wie unmöglich.

b) Verankerung des Rückgewährschuldverhältnisses im geltenden Rücktrittsrecht

Die Annahme liegt nahe, dass die vom historischen Gesetzgeber wie selbstverständlich der Reform des Rücktrittsrechts zugrunde gelegte Lehre vom Rückgewährschuldverhältnis auch in der Ausformung von Einzelbestimmungen zum Ausdruck kommt. Eine genauere Betrachtung bestätigt diese Vermutung.

So zeigt das BGB unmissverständlich, dass der Vertrag in ganz grundsätzlicher Weise die Grundlage des Leistungstauschs bei der Rückabwicklung bildet. Dies folgt schon aus § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und S. 2 BGB, wonach der Wertersatz für Leistungen, die nicht (was der präferierte Regelfall wäre) gegenständlich zurückgegeben werden können, anhand der vertraglich geschuldeten Gegenleistung zu berechnen ist.⁸⁵ Im Schrifttum wird in diesem Zusammenhang auch vorgebracht, ein Weiterwirken des Vertrages in Abgrenzung zu dessen Beendigung nach Bereicherungsrecht folge auch schon daraus, dass im Rücktrittsrecht eine § 142 Abs. 2 BGB entsprechende Nichtigkeitsanordnung gerade fehle.⁸⁶ In ähnlicher Weise soll es nach dem Schrifttum auf den Konnex zwischen Vertragsabrede und Rückabwicklung hindeuten, dass die §§ 346 ff. BGB systematisch vor den Erlöschensgründen der §§ 362 ff. BGB stehen.⁸⁷

Obleich anlässlich der Schuldrechtsmodernisierung völlig neu gefasst, waren diese Systematik und die beiden Bezugspunkte eines Abstellens auf die Leistung in natura einerseits und einer Orientierung an der im Vertrag bestimmten Gegenleistung andererseits allerdings auch bereits in § 346 BGB a.F. so enthalten. Sie bringen daher das Rückgewährschuldverhältnissen des Rücktrittsrechts zum Ausdruck, taugen aber nicht als Beispiel für eine Verstärkung desselben im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung.

Andere Beispiele belegen jedoch, dass die Schuldrechtsmodernisierung eine solche Verstärkung des Rückgewährschuldverhältnissen in Einzelbestimmungen durchaus vorgenommen hat. Zu nennen ist hier etwa die sachliche Ausweitung der, zuvor nur analog auf den gesetzlichen Rücktritt anwendbaren,⁸⁸ Bestimmung auf sowohl vertragliche als auch gesetzliche Rücktrittsrechte gleichermaßen. Insbesondere wurde mit der Modernisierung das in § 327 S. 2 BGB a.F. gelegene bereicherungsrechtliche Einfallstor beim gesetzlichen Rücktritt beseitigt, wonach der Rücktrittsgegner nur nach Bereicherungsrecht zu haften hatte, falls der Rücktrittsgrund von ihm nicht zu vertreten war.⁸⁹ Die Gegenleistung war dem Gläubiger nach altem Recht daher nur rückzugewähren, sofern sie im Vermögen des Schuldners noch vorhanden war. In gleicher Weise wurde auch der frühere Verweis auf das Bereicherungsrecht in § 323 Abs. 3 BGB a.F., betreffend die Rückforderung einer wegen nicht zu vertretendem Unmöglichwerden nicht geschuldete Gegenleistung, durch einen nunmehr in § 326 Abs. 4 BGB enthaltenen Verweis auf die Rücktrittsvorschriften ersetzt.⁹⁰ Mit der Konsolidierung des vertraglichen und gesetzlichen Rücktritts im neuen § 346 BGB wurden demnach einzelne Einfallstore des Bereicherungsrechts geschlossen und auf diese Weise das Rückgewährschuldverhältnissen beim gesetzlichen Rücktritt gestärkt.⁹¹

Diese punktuellen Beispiele für eine rückgewährschuldverhältnisstärkende Wirkung der Neufassung und Vereinheitlichung des Rücktritts über § 346 BGB sind überdies nur Ausdruck einer allgemeinen Tendenz, an die hier zu erinnern ist: Bereits einleitend wurde hervorgehoben, dass der Anwendungsbereich der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung vor der Schuldrechtsmodernisierung insgesamt weitaus umfassender war: Erfasst waren etwa auch Einzelfragen der Rückabwicklung von Verträgen wegen Leistungsstörungen (etwa wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage).⁹²

Eine darüber noch hinausgehende, totale Unterordnung des gesamten Rücktrittsrechts unter ein Weiterwirken des schuldrechtlichen Organismus greift überdies dann Platz, wenn man der eingangs dargestellten Meinung im Schrifttum folgt, wonach außerhalb des expliziten Rechtsfolgenverweises in § 346 Abs. 3 S. 2 BGB keinerlei ergänzende Bezugnahmen auf das Bereicherungsrecht zulässig sein sollen.⁹³ Nach dieser, zumin-

⁸⁸ Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 190.

⁸⁹ Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 190; auch *Kaiser* (Fn. 8), § 346 Rn. 127 f. und 133.

⁹⁰ Vgl. auch *Kaiser* (Fn. 8), § 346 Rn. 133.

⁹¹ Ähnlich *Kaiser* (Fn. 8), § 346 Rn. 133.

⁹² Vgl. *Kaiser* (Fn. 8), Vorbem. §§ 346 ff. Rn. 26.

⁹³ Vgl. bei Fn. 48 und 50.

⁸³ BT-Drs. 14/6040, S. 191.

⁸⁴ Vgl. *Stoll*, AcP 131 (1929), 141.

⁸⁵ So auch *Kaiser* (Fn. 8), § 346 Rn. 69.

⁸⁶ So *Kaiser* (Fn. 8), § 346 Rn. 69.

⁸⁷ So *Kaiser* (Fn. 8), § 346 Rn. 69.

dest mit dem erklärten Streben des Gesetzgebers⁹⁴ der Schuldrechtsmodernisierung nach möglichst weitgehender Konsolidierung beider Regimes allerdings nicht ohne weiteres zu vereinbarenden, Auffassung bildet das Rücktrittsrecht einen im Grunde nach völlig eigenständiger Logik funktionierenden Bereich. Diese Logik wiederum speist sich, wie gezeigt, in ihrem Kern aus dem Denken vom Weiterwirken des schuldrechtlichen Organismus.

c) Kritik

Der Gesetzgeber der Schuldrechtsmodernisierung begründete die Festlegung auf den subjektiven Maßstab in § 346 Abs. 2 BGB damit, dass die Wirkung einer rücktrittsrelevanten Störung des Leistungsaustauschs gerade nicht auch „die von den Parteien privatautonom ausgehandelte Entgeltabrede“⁹⁵ erfasse. Diese Auffassung begegnet ganz grundsätzlich der zutreffend schon von *Gsell* geäußerten Kritik, dass die Dominanz des ursprünglichen Vertrages nach Rücktritt wohl schon deswegen nicht konsequent sein kann, weil der Rücktritt der subjektiven Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung die Wirkung nimmt, da der weitere Leistungsaustausch unterbleibt und im Übrigen daher auch primär in natura rückzugewähren ist.⁹⁶

Ein wesentlicher Kritikpunkt an der Dominanz des Rückgewährschuldverhältnissen ergibt sich auch daraus, dass der Schutz gesetzlich geschützter Rechtsgüter im Rahmen des mit vertragsbezogenen Störungen befassten Rückgewährschuldverhältnisses keine Rolle spielt. Vielmehr überlagert der weiterwirkende ursprüngliche Vertrag beim Rücktritt den Rechtsgüterschutz, der in Ermangelung der Lehre vom Rückgewährschuldverhältnis auch für die Rückführung der Vermögensverschiebung nach einem Vertragsrücktritt greifen würde.

Dass eine solche Vermögensverschiebung auch vor dem Hintergrund eines gültigen, aber gestörten Vertrages grundsätzlich bereicherungsrechtlich relevant sein kann und also von der Rechtsordnung mit demselben Unwerturteil belegt bzw. mit demselben Rechtsgüterschutz bedacht ist, wie eine Vermögensverschiebung ohne gültigen Vertrag führen nicht nur die von der Anwendbarkeit des Bereicherungsrechts ausgehende ältere deutsche Lehre⁹⁷ sowie die weiterwirkenden Bereiche bereicherungsrechtlicher Rückabwicklung im BGB vor Augen, sondern auch ein Vergleich mit anderen Rechtsordnungen, die das Rückgewährschuldverhältnis nicht kennen. Prominentes Beispiel für die letztgenannte Beobachtung ist etwa das ebenfalls in Konditionen gegossene österreichische Recht der ungerechtfertigten Bereicherung,⁹⁸ das dort auch für die Leistungsrückgewähr nach Rücktritt zur Anwendung ge-

langt.⁹⁹ Nur aufgrund der Lehre vom Rückgewährschuldverhältnis tritt der subsidiäre Rechtsgüterschutz durch die Rechtsordnung, auf den die Leistungsrückgewähr ebenfalls gegründet werden könnte, gegenüber den weiterwirkenden subjektiven Vertragsbeziehungen in den Hintergrund.

4. Befund

Die Forderung nach einer weitgehenden Kongruenz von bereicherungsrechtlicher Rückabwicklung und Rückgewähr nach Rücktritt erscheint vernünftig, gemessen an der eben untersuchten Rechtswirklichkeit des deutschen Rechts handelt es sich jedoch um einen Sollzustand *de lege ferenda*.¹⁰⁰ Eine genauere Untersuchung zeigt vielmehr ein Abrücken des Rücktrittsrechts vom Bereicherungsrecht anlässlich der Schuldrechtsmodernisierung, und zwar sowohl auf der Ebene des positiven Rechts wie auch in der Dogmatik.¹⁰¹

a) Dominanz des Rückgewährschuldverhältnisses

Das Rücktrittsregime folgt im Unterschied zum Bereicherungsregime einem subjektiven Maßstab. Auch geht es ganz allgemein von der Unzulässigkeit bereicherungsrechtlicher Einwendungen aus. Von einer Kongruenz oder auch nur einem Zusammenrücken von Bereicherungs- und Rücktrittsrecht mit der Schuldrechtsmodernisierung kann damit weitgehend nicht gesprochen werden.

Die einzige unumstritten bereicherungsrechtlich determinierte Norm des Rücktrittsrechts liegt im expliziten Rechtsfolgenverweis des § 346 Abs. 3 S. 2 BGB. Schon bei der zweiten expliziten Bezugnahme auf das Bereicherungsregime, § 347 Abs. 2 BGB, ist dagegen umstritten, ob bereicherungsrechtliche Maßstäbe eine einem Rechtsfolgenverweis vergleichbare Rolle spielen, oder ob lediglich eine (vom Bereicherungsregime unabhängige), faktische Anspruchsdeckung unter Verwendung des Bereicherungsbegriffs Platz greift. Darüber hinaus lassen sich an einzelnen Punkten des Rücktrittsregimes nach der Schuldrechtsmodernisierung zwar implizite Anknüpfungspunkte an das Bereicherungsrecht ausmachen, etwa bei der Zufallsschadenshaftung nach § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB oder bei der Schadenshaftung nach § 346 Abs. 4 BGB, doch ist es durchaus strittig, ob sich daraus eine Maßgeblichkeit bereicherungsrechtlicher Grundsätze für das Rücktrittsrecht ergeben kann. So lehnt vor allem die von *Kaiser* und anderen Autoren vertretene Trennungsthese außerhalb der expliziten Bezugnahme des § 346 Abs. 3 S. 2 BGB auf das Bereicherungsrecht jedweden analogen Rückgriff auf bereicherungsrechtliche Logik im Rücktrittsregime ab. Der Stellenwert des Bereicherungsregimes im Rücktrittsrecht ist damit

⁹⁴ Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 194.

⁹⁵ BT-Drs. 14/6040, S. 196.

⁹⁶ So zutreffend *Gsell*, LMK 2009, 276149 (Anm. zum Zweibrücker-Wallach-Fall).

⁹⁷ Vgl. *Komossa* (Fn. 2), S. 339 ff.; *Leser* (Fn. 3), S. 150 ff.; *Konzen* (Fn. 6), S. 605; auch die w.N. in Fn. 5.

⁹⁸ Vgl. v.a. §§ 877, 1041 f. und 1431 ff. ABGB.

⁹⁹ Vgl. § 921 ABGB; näher etwa *Gruber*, in: Kletecka/Schauer, ABGB-Online Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2010, § 918 Rn. 38.

¹⁰⁰ Daher auch die Alternativvorschläge bei *Hellwege* (Fn. 6), S. 536 ff.

¹⁰¹ Ähnlich *Bockholdt*, AcP 206 (2006), 769 (773), wonach die Schuldrechtsmodernisierung gerade keine Einfügung von Bereicherungslogik in das Rücktrittsrecht brachte. Für die abweichende a.A. vgl. die Nachweise in Fn. 37.

insgesamt schwach und die Überschneidungspunkte sind reduziert.

Dem steht eine massive Stärkung des Rückgewährschuldverhältnissen bzw. der Rückbezüglichkeit des Rücktrittsrechts auf das ursprüngliche Vertragsverhältnis anlässlich der Schuldrechtsmodernisierung gegenüber. Auch hier ist als breiter Anknüpfungspunkt das gesetzgeberische Bekenntnis der Schuldrechtsmodernisierung zu nennen, wonach die Rücktrittsbestimmungen ausdrücklich im Kontext der Lehre vom Rückgewährschuldverhältnis zu sehen sind. Zahlreiche Einzelregelungen verfestigen dieses Postulat: Das Rückgewährschuldverhältnis spielt eine dominierende Rolle im Rücktrittsrecht, die zum Teil bereits vor der Schuldrechtsmodernisierung so angelegt war, die zu einem anderen Teil aber auch durch diese weiter befördert wurde. Beispiele sind etwa die Ausweitung der Bestimmungen auf den vertraglichen Rücktritt oder das Zurückdrängen des Bereicherungsrechts aus Sonderfragen der Rückabwicklung. Folgt man der Trennungslehre, so greift überhaupt eine totale Unterordnung des gesamten Rücktrittsrechts unter ein Weiterwirken des schuldrechtlichen Organismus Platz.

Augenscheinlich passen daher das Postulat von einer möglichst weitgehenden Parallelität von Rücktritts- und Bereicherungsregime nicht auf die Realität de lege lata. Tatsächlich steht es schon nicht einmal mit dem gleichzeitigen Bekenntnis zum Rückgewährschuldverhältnis in Einklang: Der Gesetzgeber der Schuldrechtsmodernisierung widerspricht sich hier bei genauerem Hinsehen selbst. Da das Bereicherungsregime nicht reformiert wurde, kann die Parallelität der Regimes nur durch eine Stärkung des Bereicherungsrechts im Rücktrittsrecht realisiert werden. Mit der theoretischen und tatsächlichen Hinwendung des Rücktrittsrechts zur Lehre vom Weiterwirken des schuldrechtlichen Organismus hat sich dagegen das Rücktrittsregime noch stärker vom Bereicherungsrecht losgelöst und dogmatisch weiter verselbständigt.

Daher zeigen die Umgestaltungen des Rücktrittsregimes im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung eine Durchdringung und Stärkung der Lehre vom Rückgewährschuldverhältnis. Das geltende Rücktrittsregime des BGB ist damit gewissermaßen eine Teilkodifikation der Lehre vom Rückgewährschuldverhältnis. Bereicherungsrecht ist lediglich punktuell und subsidiär in die Reform eingeflossen: Eine eigenständige rücktrittsrechtliche Rezeption bereicherungsrechtlicher Grundsätze gibt es nicht. Damit hat das Bereicherungsregime im Rücktrittsrecht auch nicht breiten Einfluss, den das gesetzgeberische Postulat von der möglichst weitgehenden Parallelität beider Regimes vermuten lassen möchte.

Insgesamt ist damit die Dominanz des ursprünglichen Vertrages im Rückgewährschuldverhältnis absolut. Diese Dominanz endet erst dort, wo sich dem ursprünglichen Vertrag keine Regelung mehr entnehmen lässt. Aber selbst für derlei Fälle wird von einem Teil der Lehre eine totale Unterordnung des gesamten Rücktrittsrechts unter ein Weiterwirken des schuldrechtlichen Organismus dahingehend befürwortet, dass im Rücktrittsrecht (mit einer Ausnahme) überhaupt keine ergänzenden Bezugnahmen auf das Bereicherungsrecht zulässig sein

sollen.¹⁰² Dass der Rücktritt der subjektiven Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung die Wirkung nimmt, da der weitere Leistungsaustausch unterbleibt und im Übrigen daher auch primär in natura rückzugewähren ist,¹⁰³ bleibt dabei generell außer Betracht.

b) Spaltungswirkung des Rückgewährschuldverhältnisses

Die dogmatische Hinwendung des Rücktrittsrechts zur Lehre vom Rückgewährschuldverhältnis eröffnet ein Spannungsverhältnis zur bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung.¹⁰⁴ Je nachdem, ob ein rücktritts- oder eine bereicherungsrechtlicher Ansatz Platz greift, spalten sich die Rechtsfolgen auch bei ähnlich gelagerten Problemen nach geltendem Recht mitunter auf. Diese Aufspaltung ist zunächst lediglich dem Umstand geschuldet, dass die beiden Regimes nebeneinanderstehen. Allerdings ist das Nebeneinander sowohl grundsätzlich als auch was die Tiefe der Trennung angeht auf die Stärkung des Rückgewährschuldverhältnissen zurückzuführen: Einerseits hat sich das Rücktrittsrecht historisch überhaupt erst über die Lehre vom Rückgewährschuldverhältnis begonnen, sich aus dem Bereicherungsrecht herauszulösen. Andererseits hat die Schuldrechtsmodernisierung die Eigenständigkeit und Getrenntheit des Rücktrittsrechts vom Bereicherungsrecht weiter gestärkt und die Dominanz der Lehre vom Rückgewährschuldverhältnis im Rücktrittsrecht ausgebaut. Auf der Seite des Bereicherungsrechts gibt es dagegen keine vergleichbaren dogmatischen Bewegungen oder gesetzgeberischen Ambitionen.

Das Rücktrittsregime bewegt sich daher bislang unter der Ägide eines subjektiven Maßstabs ebenso sukzessive wie einseitig vom Bereicherungsrecht weg. Dieser Befund steht insbesondere quer zum Eingangspostulat weitgehender Parallelität von Funktionen und Zielsetzungen beider Bereiche, das vom Schrifttum¹⁰⁵ befürwortet wird und überdies dem erklärten Wunsch des Gesetzgebers der Schuldrechtsmodernisierung entspricht. Letzterer wollte ja „für die Rückabwicklung nach Rücktritts- und Bereicherungsrecht, soweit möglich, gleiche Prinzipien gelten“ sehen.¹⁰⁶ Diese einseitige Ablösungsbewegung des Rücktrittsrechts vom Bereicherungsrecht lässt sich auch als Spaltungswirkung des Rückgewährschuldverhältnisses für die beiden Regimes beschreiben. Die Lehre vom Rückgewährschuldverhältnis bewirkt ein zumindest partielles Auseinanderrücken der Ziele von Bereicherungs- und Rücktrittsregime ebenso wie ein Auseinanderklaffen einzelner Rechtsfolgen. Aus wirtschaftlicher Sicht ist dies unbefriedigend. Damit zeugen die Regelung des § 346 Abs. 2 S. 2 BGB und der weitere Ausbau des Rückgewährschuldverhältnissen im Rücktrittsrecht auch nicht von einem tiefgreifenden Wirtschaftsverständnis des Gesetzgebers der Schuldrechtsmodernisierung.

¹⁰² Vgl. bei Fn. 48, 50 und 93.

¹⁰³ Vgl. Gsell, LMK 2009, 276149 (Anm. zum Zweibrücker-Wallach-Fall).

¹⁰⁴ Vgl. auch Thier (Fn. 6), S. 439 (S. 440).

¹⁰⁵ Vgl. Fn. 8 ff.

¹⁰⁶ BT-Drs. 14/6040, S. 194.

IV. Konsolidierungsoptionen

Innerhalb des Rückgewährdenkens ist eine Konsolidierung des Rücktritts- und des Bereicherungsregimes ohne Reform des Letzteren nicht möglich. De lege lata lassen sich aber immerhin noch Grundsätze für das Ineinandergreifen beider Regimes formulieren.

1. Verlängerung der Rückgewährschuld in das Bereicherungsrecht

Die Hauptzahl der Überlegungen im Schrifttum¹⁰⁷ geht in Richtung einer Verpflanzung rücktrittsrechtlicher, und damit: rückgewährrechtlicher, Wertungen in das Bereicherungsrecht. Dem ist zuzugestehen, dass die Funktionsparallelität der Regimes und die im besprochenen Schrifttum daraus überwiegend gefolgte Notwendigkeit paralleler Ausgestaltung konsequentermaßen auch für eine Überarbeitung des Bereicherungsrechts unter dem Gesichtspunkt rücktrittsrechtlicher Wertungen spricht. Dass dies das Verhältnis von *lex generalis* (Bereicherungsrecht) zu *lex specialis* (Rücktrittsrecht) zwischen den beiden Gebieten umkehren würde,¹⁰⁸ ist zwar als Kritik wohl zutreffend, lässt sich angesichts der ausufernden Fortentwicklung des Rücktrittsrechts aber gleichwohl nicht vermeiden, will man auf Konsolidierung nicht überhaupt verzichten. Herrschend ist eine solche Dominanz des Rückgewährschuldverhältnisdenkens über das Rücktrittsrecht im engeren Sinne hinaus aber, wie betont, bislang nicht.

Jede mögliche Reform des Bereicherungsrechts entlang rücktrittsrechtlicher Wertungen, die hier im Übrigen nicht zum Kern der Themenstellung gehört und daher nur resümierend gestreift wird, hat aber wohl klare Grenzen. Immerhin würde eine solche Reform das Bereicherungsrecht unter die Logik eines weiterwirkenden schuldrechtlichen Organismus stellen. In Einzelbereichen mag ein solches Weiterwirken und damit eine Übertragung rücktrittsrechtlicher Wertungen auf das Bereicherungsrecht in mehr¹⁰⁹ oder weniger¹¹⁰ überzeugender Weise in Frage kommen. Vor allem sind, wie schon *Leser* zutreffend betonte, auch die im Bereicherungsrecht maßgebliche Saldotheorie sowie die Theorie vom faktischen Synallagma nicht völlig vom ursprünglichen Vertragsverhältnis abgelöst, sondern berücksichtigen Nachwirkungen des Vertrages

auf die Abwicklung.¹¹¹ Auch ist bei der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung ganz allgemein ein gewisses Spannungsverhältnis zwischen dem (jedenfalls nach der besprochenen h.M.) für Objektivität streitenden Unwerturteil des Rechtsgüterschutzes und der Orientierung am tatsächlich erlangten Vorteil im Rahmen der Abschöpfungsfunktion nicht zu übersehen. Hier besteht also eine gewisse Nähe zum rücktrittsrechtlichen Restitutionsdenken. Im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung wurden all dem entsprechend auch Überlegungen zu einer begrenzten Annäherung der Leistungskondition für die Rückabwicklung beim nichtigen gegenseitigen Vertrag angestellt.¹¹²

Über den nichtigen Vertrag hinaus jedoch hat die Figur eines weiterwirkenden schuldrechtlichen Organismus im Bereicherungsrecht keinen Anwendungsbereich.¹¹³ Dass sich die Vorschläge im Schrifttum, das Bereicherungsrecht stärker rücktrittsrechtlich zu determinieren dennoch so zahlreich finden,¹¹⁴ dürfte wohl vor allem auf einen im Vergleich zum Rücktrittsrecht stärkeren Auslegungs- und Lückenfüllungsbedarf in diesem von der Modernisierung ausgesparten Rechtsbereich zurückzuführen sein. Das nicht der Modernisierung unterzogene Bereicherungsrecht lässt es vergleichsweise stärker an eindeutigen Vorgaben des Gesetzgebers fehlen und stützt sich in größerem Umfang auf offene Rechtsbegriffe. Diese vermeintliche „Lückenhaftigkeit des Bereicherungsrechts“¹¹⁵ legt es nahe, interpretatorische Spielräume im Bereicherungsrecht unter Rückgriff auf das Rücktrittsregime aufzufüllen. So kommt den Rückabwicklungsvorschriften der §§ 346 ff. BGB im Vergleich zum Bereicherungsregime deren vergleichsweise höherer Grad an Determinierung zugute. Vor diesem Hintergrund bieten die vielfältigen offenen Rechtsbegriffe des Bereicherungsrechts ein deutliches Einfallstor für einseitige Ergänzungsvorschläge.

Dies ist aber, wie nicht zuletzt das Beispiel des Wertersatzes zeigt, weder stets überzeugend, noch kann dadurch ein umfassender Gleichklang der Regimes hergestellt werden. Da sich die Dogmatik des Rücktritts mit dessen starker Ausrichtung auf ein gescheitertes Vertragsverhältnis jedoch grundlegend vom Bereicherungsrecht unterscheidet, wo ein solches Vertragsverhältnis nur in einem Teilbereich (bei der Rückabwicklung nichtiger Verträge) im Hintergrund der Rückabwicklung steht, sind derlei Ergänzungsvorschläge aus rücktrittsrechtlichem Blickwinkel jedenfalls außerhalb vertragsbezogener Sachverhalte des Bereicherungsrechts unangebracht. Einzelwertungen dennoch allgemein auf das Rücktrittsrecht übertragen zu wollen, entbehrt zumindest einer tragfähigen dogmatischen Grundlage. Nicht zu vergessen ist auch, dass eine stärkere rücktrittsrechtliche Determinierung des Bereicherungs-

¹⁰⁷ Vgl. besonders *Kohler*, AcP 208 (2008), 417 (448 ff.); *Lorenz* (Fn. 27), S. 793 (S. 806); sowie allgemein die Nachweise in Fn. 38.

¹⁰⁸ So *Kaiser* (Fn. 8), Vorbem. §§ 346 ff. Rn. 27.

¹⁰⁹ Vgl. *Bockholdt*, AcP 206 (2006), 769 (775); *König* (Fn. 3), Rn. 1549; *Flume*, in: Festschrift für Hans Niedermeyer zum 70. Geburtstag, 1953, S. 103 (S. 164 ff.).

¹¹⁰ Vgl. *Roth* (Fn. 8), S. 1131 (S. 1135): „Seit der Schuldrechtsreform sind die Wertungen des Rücktrittsrechts im Bereicherungsrecht noch deutlicher zu berücksichtigen, da der Gesetzgeber bei der Neugestaltung des Rücktrittsrechts in der umgekehrten Richtung bereits das offenbar als richtig empfundene Kernstück der Saldotheorie in § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB übernommen hat.“

¹¹¹ Vgl. *Leser* (Fn. 3), S. 157 f.; *König* (Fn. 3), Rn. 1547 f., lässt sich ein Festhalten an der vermögensmäßigen Entscheidung des nichtigen Vertrages jedoch auch im Rahmen der Zweikonditionentheorie problemlos begründen.

¹¹² Vgl. *König* (Fn. 3), Rn. 1547 ff.

¹¹³ Vgl. dazu auch die Nachweise in Fn. 26 und 27.

¹¹⁴ Vgl. besonders *Roth* (Fn. 8), S. 1131 (S. 1147 f.); *Fest* (Fn. 6), S. 12 ff.; sowie allgemein die Nachweise in Fn. 38.

¹¹⁵ *Bockholdt*, AcP 206 (2006), 769 (774).

rechts diesem gerade jene Flexibilität nehmen würde, durch die es sich in der Praxis auszeichnet.¹¹⁶

2. Rücknahme der Emanzipation des Rücktrittsrechts?

Umgekehrt würde die von einem kleineren Teil des Schrifttums¹¹⁷ befürwortete, stärkere bereicherungsrechtliche Durchdringung des Rücktrittsrechts bedeuten, dass dieses im Grunde wieder in das Bereicherungsregime zurückgeführt würde. Der hier konstatierte Prozess seiner sukzessiven Emanzipation würde dadurch also umgekehrt. Dies widerspräche allerdings neben der verfestigten deutschen Dogmatik insbesondere dem erklärten gesetzgeberischen Ziel der Schuldrechtsmodernisierung und kann sohin schon aus diesem Grund keine ersichtlich realistische Option für das deutsche Recht darstellen. Mit der Schuldrechtsmodernisierung wurde das Rückgewährschuldverhältnissen im Rücktrittsrecht quasi-normativ bekräftigt. Ungeachtet der hier geäußerten Zweifel an der Notwendigkeit eines Fortbestands dieser Lehre ist ein Rückbau des Rückgewährschuldverhältnissen also nicht zu erwarten.

3. Parallelanwendung und verbleibende Inkonsistenz

Vor diesem Hintergrund stellt sich die von Kohler¹¹⁸ vorgeschlagene, parallele Anwendung des Bereicherungsrechts, in deren Rahmen also die eigenständige Funktion des Bereicherungsrechts im Rahmen der dafür bestehenden rücktrittsrechtlichen Einfallstore anerkennt, als vorerst einzig methodisch transparente, praxistaugliche und kurzfristig gangbare Konsolidierungsoption zwischen den Regimes dar. Die Parallelitätsthese unternimmt keine Verpflanzung bereicherungsrechtlicher Wertungen in das Rücktrittsregime und bedeutet daher keine Umkehrung von dessen Emanzipation, sondern ist lediglich um die Ausnützung und eine allenfalls weite Auslegung der verbliebenen expliziten und impliziten bereicherungsrechtlichen Einfallstore im Rücktrittsrecht nach der Schuldrechtsmodernisierung bemüht. Der strengen Trennungsthese erteilt diese Parallelitätsthese damit eine Absage bzw. steht sie ihr gerade diametral entgegen.

Hinzu kommt, dass das Bereicherungsrecht auch im modernisierten BGB weiterhin als allgemeine Regelung für die Neutralisierung von Störungen im Leistungstransfer bzw. als Auffangbecken für nicht speziell dem Rücktrittsregime unterworfenen Sachverhalte zur Anwendung kommt. Dies zeigt nicht zuletzt die Grenzen der Anwendbarkeit des Rückgewährschuldverhältnissen auf, die insbesondere innerhalb (im Bereicherungsrecht verbliebener) rücktrittsrechtlicher Sachverhalte auftreten. Außerhalb des Anwendungsbereichs des vom Rückgewährschuldverhältnis determinierten Sonderregimes des Rücktritts im engeren Sinne kommt daher das Bereicherungsrecht direkt und ohne Bedarf einer Übertragung oder Parallelität zur Anwendung.

Über die Möglichkeit einer parallelen Anwendung des Bereicherungsrechts im Rücktrittsrecht (sowie über eine, hier

aber nur resümierend gestreifte, Beachtlichkeit vermögensmäßiger Entscheidungen im Rahmen des Bereicherungsrechts) hinaus muss die bestehende, Inkohärenz nach sich ziehende Sonderstellung des Rücktrittsrechts innerhalb des im Übrigen (noch) bereicherungsrechtlich durchdrungenen BGB allerdings wohl hingenommen werden. In diesen, nicht konsolidierungsfähigen Bereichen schafft die Lehre vom Rückgewährschuldverhältnis ein geschlossenes und vom Bereicherungsrecht abgetrenntes Regime für den Rücktritt. Angesichts der klaren Stärkung des Rückgewährschuldverhältnissen im Rücktrittsrecht und den dogmatischen Tendenzen zu einer klaren Trennung seiner Wertungen vom Bereicherungsrecht ist bis auf weiteres auch mit einer weiteren Verfestigung des Loslösungs- bzw. Abrückungsprozesses zu rechnen. Dass diese Doppelgleisigkeit mit der wirtschaftlichen Realität in Widerspruch steht, nimmt der Gesetzgeber in Kauf.

Aufgrund der Durchbrechungen des Rücktrittsrechts durch Bereicherungsrecht, das über diese Durchbrechungen nicht kohärent dem subjektiven Bindungsdenken des Rückgewährschuldverhältnissen folgt, besteht auch nach der Schuldrechtsmodernisierung noch immer eine hybride Mischung subjektiver und objektiver Grundsätze im Rücktrittsrecht fort. Die (hier abgelehnte) Trennungsthese und die (hier befürwortete) Parallelitätsthese unterscheiden sich insoweit nur hinsichtlich des (bei der Trennungsthese geringeren) Ausmaßes dieser Durchmischung, nicht aber hinsichtlich des grundsätzlichen Durchmischungsbefunds.

Die bestehenden Unstimmigkeiten im Schrifttum zum Ausmaß einer Durchmischung des Rücktrittsrechts mit bereicherungsrechtlichen Einfallstoren erschweren auch eine transparente Diskussion über die Bedeutung der Lehre vom Rückgewährschuldverhältnis nach der Schuldrechtsmodernisierung und insbesondere über eine genaue Eingrenzung ihres Anwendungsbereichs bzw. der Geltung subjektiver Logik im Verhältnis zu den Grenzen ihrer Anwendbarkeit. Lassen sich diese Grenzen im Rücktrittsrecht und über dieses hinaus nicht so deutlich ausmachen, dass Rücktritts- und Bereicherungsrecht in diesem Rahmen klar zu einander in Beziehung gesetzt und voneinander abgegrenzt werden können, führt wohl kein Weg daran vorbei, mittel- bis langfristig eine gemeinsame Überarbeitung beider Bereiche in Angriff zu nehmen. Durch eine solche gemeinsame Reform würden Rücktritts- und Bereicherungsrecht wieder, wie vor dem Siegeszug der Lehre vom Rückgewährschuldverhältnis, vereinheitlicht. Anders als davor, hätte diese Vereinheitlichung aber nicht zwingend eine Dominanz des Bereicherungsrechts zur Folge, sondern müsste wohl ein Ausgleich zwischen subjektiven und objektiven Maßstäben bezogen auf ähnlich gelagerte Sachverhalte gefunden werden. Anders als im gegenwärtigen Durchmischungssystem würden solche reformierten (Neube-)Wertungen die BGB-rechtliche Dogmatik der Neutralisierung von Störungen im Leistungstransfer überspannen und wären so, hoffnungsgemäß, für die von ihnen erfassten Sachverhalte idealer Weise in sich kohärent bzw. widerspruchsfrei.

Es erscheint vielversprechend, künftige gesetzgeberische Anstrengungen im Bürgerlichen Recht darauf zu verwenden, einheitliche, den aktuellen Herausforderungen des Sozial- und Wirtschaftslebens gerecht werdende Normen zur Handhabe

¹¹⁶ Vgl. Lorenz (Fn. 27), S. 793 (S. 808).

¹¹⁷ Vgl. Kohler, AcP 208 (2008), 417 (448 ff.); Lorenz (Fn. 27), S. 793 (S. 806).

¹¹⁸ Vgl. Kohler, AcP 208 (2008), 417 (435 f. und 448 ff.).

von Störungen im Leistungstransfer zu schaffen. Eine solche Reform wurde bereits angestoßen, verlief sich im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung aber letztlich in Einseitigkeit. Die Debatte über eine größere Reform sollte gerade angesichts der nachhaltigen Beschwörung des Einheitsgedankens und seiner Bedeutung für das Recht, bei gleichzeitiger starker Heterogenität der im Schrifttum vorgeschlagenen Lösungen, wieder aufgenommen werden.