
Dr. Phillip Hellwege, Hamburg**

Ein einheitliches Regelungsmodell für die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge

Aus dem Nebeneinander verschiedener Modelle der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge – im deutschen Recht sind das: Rücktrittsrecht, Widerrufsrecht, Bereicherungsrecht und Eigentümer-Besitzer-Verhältnis – resultieren Wertungswidersprüche, sobald die Rückabwicklung gestört ist. Vorzugswürdig wäre es daher, ein einheitliches Regelungsmodell für die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge anzuerkennen. Die Probleme, die bei der Ausarbeitung eines solchen einheitlichen Regelungsmodells zu lösen sind, werden aufgezeigt.

I. Einleitung

Zwei Parteien schließen einen gegenseitigen Vertrag und tauschen ihre Leistungen aus. Sodann stellt sich heraus, daß ein Grund vorliegt, der eine oder auch beide Parteien dazu berechtigt, die Rückabwicklung des Vertrages zu verlangen. Der Vertrag ist z. B. nichtig, eine Partei kann den Vertrag anfechten, den Rücktritt erklären oder von einem Widerrufsrecht Gebrauch machen. Grundsätzlich müssen beide Parteien nunmehr, gegebenenfalls nach Ausübung des Anfechtungs-, Rücktritts- oder Widerrufsrechts, das jeweils Erlangte zurückgewähren. Der Vertrag wird rückabgewickelt. Ginge man ganz unbefangen an die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge heran, dann läge es wohl nahe, sie grundsätzlich einheitlich auszugestalten, also einen einheitlichen Rückabwicklungstypus anzuerkennen. Denn das Ziel der Rückabwicklung ist ja immer dasselbe: Beide Parteien sollen da-

* Dr. Phillip Hellwege ist wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg.

durch in ihren ursprünglichen Zustand, in ihren status quo ante contractum, zurückversetzt werden, daß sie das jeweils Geleistete zurückerhalten¹. Die Rückabwicklung hat also immer eine einheitliche Funktion.

II. Das Nebeneinander verschiedener Rückabwicklungstypen im geltenden Recht

1. Deutsches Recht

Als deutscher Jurist ist man jedoch gewohnt zu differenzieren. Wurde von einem Rücktrittsrecht Gebrauch gemacht, dann wird die Rückabwicklung in den §§ 346 ff. BGB geregelt. Liegt ein Verbraucherschützerwiderruf vor, so werden die Rücktrittsregeln durch § 357 BGB modifiziert. Ist der Vertrag nichtig, wurde er angefochten oder ist eine auflösende Bedingung eingetreten, dann folgt eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung. Wird von der Nichtigkeit oder Anfechtung schließlich auch das Verfügungsgeschäft erfaßt, so kann eine geleistete Sache nicht nur kondiziert, sondern zusätzlich auch noch vindiziert werden. Jeder dieser Normenkomplexe – Rücktrittsrecht, Widerrufsrecht, Bereicherungsrecht, Eigentümer-Besitzer-Verhältnis – hält jeweils unterschiedliche Regelungen für die Rückforderung des Geleisteten bereit und bildet damit einen eigenen Rückabwicklungstypus. Das deutsche Recht kennt also verschiedene Rückabwicklungstypen.

Solange es den Parteien möglich ist, das jeweils Erlangte in seinem ursprünglichen Zustand zurückzugewähren, solange also die Rückabwicklung ungestört ist, resultieren aus diesem Nebeneinander verschiedener Rückabwicklungstypen keine Probleme. Probleme entstehen erst, wenn bei der Durchführung der Rückabwicklung Störungen auftreten, wenn also eine der Parteien nicht mehr in der Lage ist, das Erlangte in seinem ursprünglichen Zustand zurückzugewähren². Das Erlangte ist z. B. untergegangen.

Dann führt das Nebeneinander verschiedener Rückabwicklungstypen zu Problemen, nämlich zu Wertungswidersprüchen³. Das wurde im deutschen Recht vor Inkrafttreten der Schuldrechtsmodernisierung besonders offensichtlich bei einem Vergleich zwischen Rücktritts- und Bereicherungsrecht. Der Rücktrittsberechtigte konnte nach altem Recht das Risiko, daß das Empfangene bei ihm zufällig untergeht, durch den Rücktritt auf den Rücktrittsgegner zurückwälzen (§ 350 BGB a. F.). Gleiches ist nach der bereicherungsrechtlichen Saldotheorie nicht möglich. Nach der Saldotheorie trägt grundsätzlich jede Partei das Risiko, daß das Empfangene bei ihr zufällig untergeht. Dieser Unterschied wurde von der wohl herrschenden Meinung als nicht begründbarer Wertungswiderspruch angesehen⁴, und sie

zielte deshalb seit jeher darauf, beide Rückabwicklungstypen – Rücktrittsrecht und Bereicherungsrecht – einander anzugleichen⁵.

Der Reformgesetzgeber hätte diese Probleme einfach dadurch lösen können, daß er dem Vorschlag von *Ulrich Huber* gefolgt wäre. In seinem Gutachten zur Überarbeitung des Schuldrechts aus dem Jahre 1981 unterbreitete er den Vorschlag, die Rückabwicklung nichtiger Verträge in das Rücktrittsrecht hineinzuziehen⁶. § 327d Abs. 1 seines Vorschlages lautete:

„Ist ein gegenseitiger Vertrag nichtig und hat eine Partei oder haben beide Parteien ihre Leistungen, zumindest teilweise, erbracht, so finden auf die Herausgabepflicht der Parteien die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 347, 348, 354a bis 354d entsprechende Anwendung.“

Der Reformgesetzgeber folgte *U. Hubers* Vorschlag indes nicht und verzichtete auch auf eine Reform des Bereicherungsrechts⁷. Er ging jedoch selbst davon aus, daß er durch die Änderungen im Rücktrittsrecht soweit als möglich einen Gleichklang zur bereicherungsrechtlichen Saldotheorie hergestellt hat⁸, daß also aus dem Nebeneinander verschiedener Rückabwicklungstypen keine Wertungswidersprüche mehr resultieren. Ob dem Gesetzgeber das gelungen ist, wurde in der Literatur bereits bezweifelt⁹. Drei Beispiele sollen hier genügen, um aufzuzeigen, daß weiterhin Unterschiede zwischen den verschiedenen Rückabwicklungstypen bestehen, die wertungsmäßig nicht zu erklären sind:

(a) Zunächst besteht zwischen Rücktrittsrecht und der noch herrschenden bereicherungsrechtlichen Saldotheorie ein rechtstechnischer Unterschied. Nach neuem Rücktrittsrecht hat es bei der Rückabwicklung eines Kaufvertrages auf den Anspruch des K gegen V keinen Einfluß, daß es ihm selbst unmöglich ist, das Erlangte zurückzugewähren. Der Untergang des von K Erlangten wird erst im Anspruch des V gegen K problematisiert. Dieser schuldet gemäß § 346 Abs. 2 BGB grundsätzlich bereicherungsunabhängigen Wertersatz. Nach der Saldotheorie stellt sich dagegen das Problem des Untergangs bei K allein im Anspruch des K gegen den V. V kann von seiner Pflicht auf Rückzahlung des Kaufpreises den Wert der an K geleisteten und bei diesem nun untergegangenen Kaufsache mindernd absetzen. Dieser rechtstechnische Unterschied ist nicht folgenlos. Z. B. bedingt er, daß die Vorleistungsfälle bei der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung weiterhin Probleme bereiten, nicht aber im Rücktrittsrecht¹⁰.

(b) Es bestehen Unterschiede bei der Wertbemessung. Ist im Vertrag eine Gegenleistung bestimmt, so ist sie nur im Rücktrittsrecht nach § 346 Abs. 2 S. 2 BGB bei der Berechnung des Wertersatzes zu berücksichtigen¹¹. Fehlt im Vertrag eine Entgeltabrede, so kommt es nach Rücktritts- und Bereicherungsrecht gleichermaßen auf den objektiven Wert

¹ Vgl. z. B. *Soergel/U. Huber*, BGB, 12. Aufl., § 467 Rn. 1; *Büdenbender* AcP 200 (2000), 631; *Wolf* AcP 153 (1954), 109; *Wunner* AcP 168 (1968), 431 ff.; *Hellwege*, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem, 2004, S. 28 f., 84. De lege ferenda wird ein einheitlicher Rückabwicklungstypus befürwortet von *Schlechtriem* (2003) 7.4 *Electronic Journal of Comparative Law*, II.3; *Zimmermann*, in: FS Ernst A. Kramer, 2004, S. 746 ff. und *Hellwege*, passim.

² Zu den verschiedenen Arten von Störungen in der Rückabwicklung vgl. *Hellwege* (Fn. 1), S. 1 f. Probleme treten auch bezüglich Nutzungen und Verwendungen auf.

³ *Hellwege* (Fn. 1), S. 20 ff.

⁴ *Staudinger/W. Lorenz*, BGB, 1999, § 818 Rn. 41; *Rengier* AcP 177 (1977), 441; *Canaris*, in: FS Werner Lorenz, 1991, S. 26 f.; *U. Huber*, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. 1,

1981, S. 735 f., 853 f.; *J. Hager*, in: *Ernst/Zimmermann* (Hrsg.), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, 2001, S. 442.

⁵ Zu diesen Bestrebungen vgl. *Hellwege* (Fn. 1), S. 23 ff., 101 ff., 106 ff.

⁶ *U. Huber* (Fn. 4), S. 735 f., 853 f.

⁷ Kritisch hierzu *S. Lorenz*, in: *Schulze/Schulte-Nölke* (Hrsg.), *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, 2001, S. 346 f.

⁸ Regierungsentwurf, BT-Drucksache 14/6040, S. 194 f.

⁹ Vgl. z. B. *J. Hager* (Fn. 4), S. 442; *Hellwege* (Fn. 1), S. 153 f.

¹⁰ *J. Hager* (Fn. 4), S. 442; *Hellwege* (Fn. 1), S. 153 f.

¹¹ Hierzu vgl. z. B. Regierungsentwurf, BT-Drucksache 14/6040, S. 196; *MünchKommBGB/Gaier*, 4. Aufl., § 346 Rn. 22; *AnwKomm-BGB/J. Hager*, § 346 Rn. 39 ff.; *Canaris*, *Schuldrechtsmodernisierung 2002, 2002, S. XXXVIII f.*; *Faust*, in: *P. Huber/Faust*, *Schuldrechtsmodernisierung 2002*, § 10 Rn. 10 ff., 41; *J. Hager* (Fn. 4), S. 450 f.; *Kohler* JZ 2002, 687 ff.

an. Doch unterscheiden sich die Zeitpunkte, die der Wertbemessung zugrunde gelegt werden¹².

(c) Das Verhältnis zwischen der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung und der Rückabwicklung nach den Regeln über das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis bleibt weiterhin ungeklärt¹³. Dieses altbekannte Problem hat der Reformgesetzgeber nicht gelöst. Das Bereicherungsrecht wurde ja auch nicht reformiert.

Das Nebeneinander verschiedener Rückabwicklungsregeln führte und führt somit immer noch zu Problemen und Wertungswidersprüchen¹⁴.

2. Englisch Recht

Ein ähnliches Nebeneinander verschiedener Rückabwicklungstypen findet sich auch im englischen Recht. Es lassen sich hier Fallgruppen bilden, in denen die Durchführung der Rückabwicklung jeweils unterschiedlich ausgestaltet ist: Anfechtung, Nichtigkeit, Rücktritt, Rücktritt vom Kaufvertrag, frustration. Auch hier führt dieses Nebeneinander zu Wertungswidersprüchen, sobald die Rückabwicklung gestört ist¹⁵. Das wird wiederum an drei Beispielen deutlich:

(a) Anfechten kann eine Partei den Vertrag nur dann, wenn sie noch in der Lage ist, das Erlangte in seinem ursprünglichen Zustand herauszugeben. Restitutio in integrum muß möglich sein, so beschreiben englische Juristen diese Anfechtungsvoraussetzung¹⁶. Ist also die Kaufsache bei K untergegangen, so ist die Anfechtung ausgeschlossen – grundsätzlich selbst dann, wenn sich K als Anfechtungsgrund auf eine arglistige Täuschung des V beruft¹⁷. Das Risiko des zufälligen Untergangs der empfangenen Leistung trägt damit wohl der Empfänger, und zwar anders als nach der deutschen Saldotheorie selbst der arglistig getäuschte Empfänger¹⁸. Eine Ausnahme zur Voraussetzung der restitutio in integrum besteht dann, wenn der Untergang dem Anfechtungsgegner zugerechnet werden kann, also z.B. im Fall eines mangelbedingten Untergangs¹⁹.

(b) Ist der Vertrag nichtig, besteht die Voraussetzung der restitutio in integrum nicht. Sie ist auf das Anfechtungsrecht begrenzt. Das Problem der gestörten Rückabwicklung stellt sich erst im Rahmen der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung. Das englische Bereicherungsrecht unterscheidet sich, zumindest nach noch herrschender Meinung²⁰, wesent-

lich vom kontinentaleuropäischen. Der Bereicherungsgläubiger muß sich auf einen der etablierten unjust factors berufen, um seinen Bereicherungsanspruch erfolgreich durchsetzen zu können²¹. Ist der Vertrag wegen Minderjährigkeit nichtig, so kann der Minderjährige seine Leistung nur unter den Voraussetzungen einer total failure of consideration zurückverlangen²². Die total failure of consideration entspricht der *condictio ob rem* des § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB, allerdings mit dem entscheidenden Unterschied, daß bei total failure of consideration der mit der Leistung bezweckte Erfolg regelmäßig der Erhalt der vertraglich versprochenen Gegenleistung ist²³. Ist K minderjährig, kann er also seine eigene Leistung zurückfordern, wenn die Gegenleistung des V ausbleibt. Umgekehrt bestünde aber, zumindest nach noch ständiger Rechtsprechung, ein Anspruch des minderjährigen K nicht, wenn er diese vertraglich versprochene Gegenleistung des V erlangt hat. Er kann die Rückabwicklung des nichtigen Vertrages selbst dann nicht verlangen, wenn die erlangte Leistung mangelbedingt untergegangen ist²⁴. Der Minderjährige trägt damit trotz Vertragsnichtigkeit nicht nur das Risiko des zufälligen Untergangs, sondern auch die Folgen solcher Umstände, die der anderen Partei zugerechnet werden können. Er wird damit schlechter behandelt als z.B. derjenige, der den Vertrag wegen einer Täuschung anfechten möchte.

(c) Ist im Falle eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage der Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943 anwendbar, dann hält die wohl herrschende Meinung beim zufallsbedingten Untergang eine Schadensteilung für allein billig²⁵. Sie begründet dies damit, daß keine der Parteien den Rückabwicklungsgrund, das ist der Wegfall der Geschäftsgrundlage, und keine der Parteien die Störung in der Rückabwicklung, also den zufallsbedingten Untergang des Erlangten, zu vertreten hat. Das scheint auf den ersten Blick plausibel zu sein. Merkwürdig ist nur, daß in den Fällen der Anfechtung selbst der arglistig getäuschte Anfechtungsberechtigte das Risiko des zufälligen Untergangs alleine tragen soll und das, obwohl der Anfechtungsgegner den Rückabwicklungsgrund zu vertreten hat. Und der Minderjährige soll den Untergang des Empfangenen selbst dann tragen, wenn dieser Untergang dem Vertragspartner des Minderjährigen zugerechnet werden kann.

3. Zusammenfassung

Die Reihe der Beispiele, in denen das Nebeneinander verschiedener Rückabwicklungstypen zu Wertungswidersprüchen führt, ließe sich sowohl für das deutsche als auch für das englische Recht fortsetzen²⁶ und das Gesagte gilt gleichermaßen für zumindest eine weitere europäische Rechtsordnung, nämlich das schottische Recht²⁷. Schließlich

12 Hellwege (Fn. 1), S. 55, 94 f., 97 f., 158 f.

13 Hellwege (Fn. 1), S. 163 ff., S. 170.

14 Vgl. die Darstellung bei Coen, Vertragsscheitern und Rückabwicklung, 2003, S. 183 ff. Ausführlich Hellwege (Fn. 1), S. 20 ff.

15 Coen (Fn. 14), S. 114 ff.; Hellwege (Fn. 1), S. 173 ff.

16 Treitel, The Law of Contract, 11. Aufl., 2003, S. 378 ff.; Atiyah, An Introduction to the Law of Contract, 5. Aufl., 1995, S. 412 f.; Beale, in: Chitty on Contracts, Bd. 1, 29. Aufl., 2004, §§ 6–112 ff.

17 Clarke v. Dickson (1858) El Bl & El 148. In dem Fall Spence v. Crawford 1939 SC (HL) 52 wurde dagegen eine Ausnahme zugunsten des arglistig Getäuschten zugelassen. Die Anfechtung ist nicht ausgeschlossen, wenn der arglistig Getäuschte das Empfangene nicht zurückgewähren kann. Er muß aber dennoch Wertersatz leisten. Spence v. Crawford ändert damit nichts an der Gefahrverteilung für den zufälligen Untergang. Vgl. hierzu Birks, An Introduction to the Law of Restitution, 1989, S. 422; McKendrick, in: Birks (Hrsg.), Laundering and Tracing, 1995, S. 236.

18 Das Problem der Verteilung der Zufallsgefahr scheint nicht endgültig entschieden: siehe Clarke v. Dickson (1858) El Bl & El 148 einerseits und Twycross v. Grant (1877) 2 CPD 496 andererseits und vgl. die Darstellung bei Hellwege (Fn. 1), S. 216 f., 220.

19 Newbigging v. Adam (1886) 34 ChD 582, (1888) 13 AppCas 308. Vgl. hierzu Birks (Fn. 17), S. 416 f.

20 Anders nun Birks, Unjust Enrichment, 2003, S. 34 ff., 87 ff. Birks hat sich damit ausdrücklich der von Sonja Meier entwickelten Kritik am unjust factor approach angeschlossen (S. 38): Meier, in: Johnston/Zimmermann (Hrsg.), Unjust Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective, 2002,

S. 37 ff.; dies., in: Birks/Rose (Hrsg.), Lessons of the Swaps Litigation, 2002, S. 168 ff.; dies. ZEuP 1998, 716 ff.; dies., Irrtum und Zweckverfehlung, 1999, passim; kritisch auch Zimmermann (1995) 15 OJLS 403 ff.

21 Burrows, The Law of Restitution, 2. Aufl., 2002, S. 41 ff.; McKendrick, in: Birks/Rose (Fn. 20), S. 88.

22 Chitty/Whittaker (Fn. 16), § 8–062; Lord Goff of Chieveley/Jones, The Law of Restitution, 6. Aufl., 2002, § 25–006; Burrows (Fn. 21), S. 413.

23 Burrows (Fn. 21), S. 324 f.; Birks (Fn. 17), S. 223 ff.; Virgo, in: Johnston/Zimmermann (Fn. 20), S. 103 ff.

24 So ausdrücklich Pearce v. Brain [1929] 2 KB 310.

25 Gamero SA v. I.C.M./Fair Warning (Agency) Ltd. [1995] 1 WLR 1226; Burrows (Fn. 21), S. 365; Haycroft/Waksman [1984] JBL 215, 224.

26 Zum deutschen Recht vgl. ausführlich Coen (Fn. 14), S. 183 ff.; Hellwege (Fn. 1), S. 20 ff.; zum englischen Recht Coen (Fn. 14), S. 114 ff.; Hellwege (Fn. 1), S. 173 ff.

27 Hellwege (Fn. 1), S. 287 ff.

trifft es auch für Regelungswerke der Privatrechtsvereinheitlichung wie das UN-Kaufrecht²⁸, die UNIDROIT Principles²⁹ und die Principles of European Contract Law zu³⁰. Die drei Thesen dieses Abschnittes würden auch hier nur bestätigt werden:

(a) Das geltende deutsche, englische und schottische Recht sowie die Regelungswerke der Privatrechtsvereinheitlichung kennen verschiedene Rückabwicklungstypen.

(b) Solange die Rückabwicklung ungestört ist, entstehen aus dem Nebeneinander verschiedener Rückabwicklungstypen keine Probleme.

(c) Solche Probleme entstehen erst, wenn die Rückabwicklung gestört ist. Die Rückabwicklung ist gestört, sobald eine Partei nicht mehr in der Lage ist, das Erlangte in seinem ursprünglichen Zustand zurückzugewähren. In diesen Fällen resultieren aus dem Nebeneinander verschiedener Rückabwicklungstypen Wertungswidersprüche.

III. Ein einheitliches Regelungsmodell?

Es ist also nun auf folgende Fragen eine Antwort zu suchen³¹: Gibt es zwingende Gründe für dieses Nebeneinander verschiedener Rückabwicklungstypen? Wäre nicht ein einheitliches Rückabwicklungsregime vorzugswürdig?

Prima facie scheint ein solcher einheitlicher Rückabwicklungstypus in der Tat vorzugswürdig zu sein. Denn wie zu Beginn ausgeführt wurde, sind Ziel und Funktion der Rückabwicklung immer identisch. Beide Parteien sollen das jeweils Geleistete zurückerhalten und dadurch in ihren status quo ante contractum zurückversetzt werden. Auch führt das Nebeneinander verschiedener Rückabwicklungstypen zu Problemen. Was sind also die Argumente, die gegen einen einheitlichen Rückabwicklungstypus und damit für Differenzierungen zwischen den verschiedenen Fallgruppen sprechen könnten?

1. Auflösende und modifizierende Wirkung eines Rückabwicklungsgrundes

Die Anfechtung vernichtet im englischen und gemäß § 142 Abs. 1 BGB auch im deutschen Recht den Vertrag ex tunc. Das Rückabwicklungsschuldverhältnis ist ein gesetzliches Schuldverhältnis. Dagegen bringt der Rücktritt den Vertrag nicht zum Erlöschen³². Der Rücktritt modifiziert das Vertragsverhältnis lediglich. Der auf Leistungsaustausch gerichtete Vertrag wird in ein auf Rückabwicklung zielendes Schuldverhältnis umgewandelt. Das Rückabwicklungsverhältnis wird daher im deutschen Recht als ein vertragliches Schuldverhältnis angesehen. Es ist der ursprüngliche Vertrag mit modifiziertem Inhalt. Mit dieser unterschiedlichen Rechtsnatur der Rückabwicklungsverhältnisse versuchte zuletzt *Dagmar Kaiser* die Unterschiede zwischen Rücktrittsrecht und Bereicherungsrecht zu begründen, so z. B., daß im Rücktrittsrecht die subjektive Äquivalenz von Leistung und

Gegenleistung auch in der Rückabwicklung Beachtung findet, § 346 Abs. 2 S. 2 BGB, im Bereicherungsrecht dagegen nicht³³.

Doch vermag dieser Erklärungsansatz nicht zu überzeugen³⁴. Im deutschen Recht ging die früher ganz herrschende Meinung davon aus, daß durch den Rücktritt das gesamte Schuldverhältnis vernichtet werde. Das bereicherungsrechtliche und das rücktrittsrechtliche Rückabwicklungsverhältnis unterschieden sich ihrer Rechtsnatur nach nicht³⁵. Daß sich diese herrschende Meinung änderte, hatte allein darin seinen Grund, daß man trotz des Rücktritts den Parteien vertragliche Schadensersatzansprüche wegen Nebenpflichtverletzungen gewähren wollte³⁶. Solche vertraglichen Schadensersatzansprüche verneinte die früher herrschende Meinung, eben weil der Vertrag durch den Rücktritt vernichtet wurde³⁷. Ganz ähnlich entschied sich das englische Recht für diese modifizierende Wirkung des Rücktritts, um z. B. die Fortgeltung von vertraglichen Klauseln, die die Haftung einer Partei auf Schadensersatz begrenzen oder ausschließen, nach Ausübung des Rücktrittsrechts erklären zu können³⁸. Der Zweck, der hinter dieser Konstruktion des Rücktritts steht, hat also überhaupt nichts mit der Durchführung der Rückabwicklung zu tun. Man sollte daraus deshalb auch keine Rückschlüsse für die Rückabwicklung ziehen.

2. Fehler beim Vertragsschluß und bei der Vertragsdurchführung

Im deutschen Recht wurde ebenfalls von *Kaiser* versucht, die Unterschiede zwischen bereicherungsrechtlicher Rückabwicklung und der Rückabwicklung nach Rücktrittsrecht damit zu erklären, daß die Fälle, in denen Fehler beim Vertragsschluß auftreten, nach Bereicherungsrecht rückabgewickelt werden, dagegen Fälle, in denen Fehler bei der Vertragsdurchführung auftreten, nach Rücktrittsrecht³⁹: Liege ein Fehler, wie etwa bei der arglistigen Täuschung, schon zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses vor, dürfe der Vertrag auch für die Rückabwicklung keine Wirkung entfalten. Treten Fehler, wie etwa beim Vertragsbruch, dagegen erst nachträglich auf, dann werde durch den Rücktritt z. B. die Abrede, daß Leistung und Gegenleistung als äquivalent anzusehen seien, nicht berührt, so daß die subjektive Äquivalenz auch in der Rückabwicklung beachtet werden müsse. Die Annahme, daß Fehler beim Vertragsschluß immer zu einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung, Fehler bei Vertragsdurchführung zu einer Rückabwicklung nach Rücktrittsrecht führen, geht jedoch fehl⁴⁰: So liegt z. B. beim Verbraucherschützenden Widerruf der Fehler beim Vertragsschluß, nicht bei der Durchführung, und trotzdem wird der Widerruf als gesetzliches Rücktrittsrecht besonderer Art angesehen⁴¹. Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung

³³ *Kaiser*, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB, 2000, S. 318 ff., 509 ff. Vgl. hierzu auch *Hellwege* (Fn. 1), S. 104 ff.

³⁴ Hierzu ausführlich *Hellwege* (Fn. 1), S. 465 ff., 526 ff.

³⁵ RGZ 50, 255 (266 f.); *Enneccerus/Lehmann*, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., 1958, § 38.II; *Siber*, Schuldrecht, 1931, S. 213 f.; *Oertmann*, BGB, 4. Aufl., Vor § 346 Anm. 2.a; *Soergel/Schmidt*, BGB, 10. Aufl., Vor § 346 Rn. 4.

³⁶ Grundlegend *Stoll AcP* 131 (1929), 141 ff.

³⁷ RGZ 50, 255 (266 f.).

³⁸ *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.* [1980] AC 827; *Chitty/McKendrick* (Fn. 16), § 25–047.

³⁹ *Kaiser* (Fn. 33), S. 318 ff., 509 ff.

⁴⁰ *Hellwege* (Fn. 1), S. 522 ff.

⁴¹ *Palandt/Heinrichs* (Fn. 32), § 357 Rn. 2; MünchKomBGB/*Ulmer* (Fn. 11), § 355 Rn. 30. A.A. *Reiner AcP* 203 (2003), 26 ff., 41 ff.

²⁸ *Coen* (Fn. 14), S. 209 ff.; *Zimmermann* (Fn. 1), S. 748 f.; *Hellwege* (Fn. 1), S. 576 ff.

²⁹ *Coen* (Fn. 14), S. 221 ff.; *Zimmermann* (Fn. 1), S. 749 ff.; *Hellwege* (Fn. 1), S. 581 ff.

³⁰ *Coen* (Fn. 14), S. 253 ff.; *Zimmermann* (Fn. 1), S. 737 ff.; *Hellwege* (Fn. 1), S. 584 ff.

³¹ Zum folgenden vgl. ausführlich *Hellwege* (Fn. 1), S. 360 ff., 521 ff.

³² Zum englischen Recht *Johnson v. Agnew* [1980] AC 367; *Chitty/McKendrick* (Fn. 16), § 24–001; *Chitty/Beale* (Fn. 16), § 6–103; *Treitel* (Fn. 16), S. 370; *Atiyah* (Fn. 16), S. 398 ff. Zum deutschen Recht *Palandt/Heinrichs*, BGB, 63. Aufl., Einf. v. § 346 Rn. 6, § 346 Rn. 4.

nach Eintritt einer auflösenden Bedingung ist mit *Kaiser* ebenfalls nicht erklärbar. Schließlich offenbart auch die *condictio ob causam finitam* des § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB, daß das Bereicherungsrecht auch dann anwendbar sein kann, wenn Fehler des Leistungsverhältnisses erst nachträglich auftreten. Auch die Differenzierungen des geltenden englischen Rechts sind mit *Kaisers* Ansatz nicht vereinbar⁴².

3. Prospektive und retrospektive Wirkung eines Rückabwicklungsgrundes

Im englischen Recht werden die Unterschiede zwischen den Fällen der Anfechtung und denen des Rücktritts damit erklärt, daß die Anfechtung retrospektive Wirkung hat, der Rücktritt dagegen nur prospektive. Die Voraussetzung der *restitutio in integrum* zielt darauf sicherzustellen, daß beide Parteien in ihren *status quo ante contractum* zurückversetzt werden könnten. Beim Rücktritt könne es hingegen nicht darum gehen, den *status quo ante contractum* wiederherzustellen. Denn der *status quo ante contractum* schließe ein, daß ein Vertrag niemals bestand, und dieses Ziel könne von vornherein nur erreicht werden, wenn der Vertrag rückwirkend vernichtet werde⁴³. Doch wurde mit dieser Konstruktion des Rücktritts wiederum allein bezweckt, daß z. B. vertragliche Klauseln, die die Haftung einer Partei begrenzen, auch nach Ausübung des Rücktrittsrechts fortgelten⁴⁴. Auch hier erlaubt also der Zweck, der hinter diesem Unterschied steht, keine Rückschlüsse auf die Durchführung der Rückabwicklung⁴⁵.

Es gibt demnach keinen zwingenden Grund dafür, verschiedene Rückabwicklungstypen anzuerkennen⁴⁶. Daß die Rückabwicklung immer ein einheitliches Ziel hat und damit die Regeln zur Rückabwicklung immer eine einheitliche Funktion haben, spricht vielmehr für die Anerkennung eines einheitlichen Rückabwicklungstypus⁴⁷.

IV. Wertungswidersprüche

Warum führt das Nebeneinander verschiedener Rückabwicklungstypen im geltenden Recht eigentlich zu Wertungswidersprüchen⁴⁸?

In der Diskussion um die gestörte Rückabwicklung gegenseitiger Verträge haben sich drei Faktoren herausgebildet, die die Lösung des Problems, welche Partei die Folgen von Störungen in der Rückabwicklung tragen soll, maßgeblich beeinflussen sollen:

(a) Die Verantwortlichkeit für den Rückabwicklungsgrund: So wird z. B. in den Fällen der arglistigen Täuschung im deutschen Recht eine Ausnahme von der Saldotheorie zugelassen⁴⁹.

(b) Schutzzweckerwägungen: Auch zugunsten von Minderjährigen gelten Ausnahmen von der Saldotheorie⁵⁰.

(c) Die Zurechnung der Störung in der Rückabwicklung: So besteht wiederum eine Ausnahme von der Saldotheorie, wenn das von K Empfangene mangelbedingt untergeht⁵¹. Ganz ähnliches gilt für das Rücktrittsrecht in § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 Alt. 1 BGB⁵².

In der Konsequenz müßte dann doch die Zuordnung der verschiedenen Fälle zu den unterschiedlichen Rückabwicklungstypen auf Grundlage eines dieser Faktoren vorgenommen werden⁵³. Man müßte z. B. alle Fälle zusammenfassen, in denen eine Partei für den Rückabwicklungsgrund verantwortlich ist, also z. B. die arglistige Täuschung und den Vertragsbruch. Und man müßte solche Fälle zusammenfassen, in denen die Rückabwicklung aus Schutzzweckerwägungen eingeführt wird, z. B. Minderjährigkeit und den verbraucher-schützenden Widerruf. Einer solchen Zuordnung folgen weder das deutsche noch das englische Recht. Sie wäre aber auch höchst unpraktikabel, müßte man doch in jedem einzelnen Rückabwicklungstypus Rücktrittsgründe, Anfechtungsgründe und Nichtigkeitsgründe zusammenfassen. Zudem wäre wohl äußerst problematisch, welche Rückabwicklungsgründe vergleichbar sind und deshalb zu einem Rückabwicklungstypus zusammengefaßt werden sollten.

Innerhalb einer solchen Systematik würden aus dem Nebeneinander verschiedener Rückabwicklungstypen wohl keine Wertungswidersprüche folgen. Sie entstehen erst dadurch, daß vergleichbare Rückabwicklungsgründe verschiedenen Rückabwicklungstypen zugeordnet werden und daß nicht vergleichbare Rückabwicklungsgründe zu einem Rückabwicklungstypus zusammengefaßt werden.

V. Ein einheitliches Regelungsmodell!

Akzeptiert man, daß ein einheitlicher Rückabwicklungstypus vorzugswürdig ist, so stellt sich die Frage, wie dieser ausgestaltet werden sollte. Um es gleich vorwegzunehmen: Unflexibel müßte ein solcher einheitlicher Rückabwicklungstypus nicht sein. Er könnte durchaus differenzierte Lösungen anbieten. So könnten z. B. bei der Frage, welche Partei die Folgen von Störungen in der Rückabwicklung tragen soll, die bereits angesprochenen Wertungen Berücksichtigung finden. Der entscheidende Unterschied zu einem System, das mehrere Rückabwicklungstypen anerkennt, ist, daß dort diese Fragen in jedem Rückabwicklungstypus, also z. B. im Rücktrittsrecht, im Widerrufsrecht, im Bereicherungsrecht und im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, von neuem gestellt werden müssen und damit identische Probleme mit unterschiedlichem juristischen Handwerkszeug gelöst werden. Damit besteht aber die Gefahr, daß sie auch unterschiedlichen Lösungen zugeführt werden. Ein einheitlicher Rückabwicklungstypus braucht diese Fragen hingegen nur einmal zu beantworten. Wertungswidersprüche sind so am ehesten vermeidbar.

Wie sollte ein solcher einheitlicher Rückabwicklungstypus also aussehen? An dieser Stelle sollen nur die Probleme aufgezeigt werden, die sich bei Ausarbeitung eines einheitlichen Rückabwicklungstypus stellen⁵⁴.

⁴² Hellwege (Fn. 1), S. 523 f.

⁴³ Albery (1975) 91 LQR 337 f., 345 f.

⁴⁴ Siehe die Nachweise in Fn. 38.

⁴⁵ Hellwege (Fn. 1), S. 529 ff.

⁴⁶ Ausführlich zu den Gründen, die gegen einen einheitlichen Rückabwicklungstypus im deutschen, englischen aber auch schottischen Recht vorgetragen werden, Hellwege (Fn. 1), S. 521 ff.

⁴⁷ Hellwege (Fn. 1), S. 535 f.

⁴⁸ Ausführlich Hellwege (Fn. 1), S. 360 ff.

⁴⁹ BGHZ 53, 144 (147 ff.) = JZ 1970, 416 (417) m. Anm. Diesselhorst;

BGHZ 57, 137 (147 ff.) = JZ 1972, 438 (440 ff.) m. Anm. Lieb.

⁵⁰ BGHZ 126, 105 (108) = JZ 1994, 1024; BGH NJW 2000, 3562.

⁵¹ BGHZ 78, 216 (223 f.) = JZ 1981, 62 (63).

⁵² Vgl. hierzu Palandt/Heinrichs (Fn. 32), § 346 Rn. 12; HK-BGB/Schulze, 3. Aufl., § 346 Rn. 16; Faust, in: P. Huber/Faust (Fn. 11), § 10 Rn. 30.

⁵³ So Coen (Fn. 14), S. 416.

⁵⁴ Ausführlich Hellwege (Fn. 1), S. 537 ff.

1. Wahl eines materiellen Grundmodells

Das erste Problem, das es zu lösen gilt, ist das der Verteilung der Zufallsgefahr⁵⁵. Dafür gibt es drei materielle Grundmodelle⁵⁶, auf die die Lösungen des deutschen und englischen Rechts reduziert werden können und die bereits angesprochen wurden. Man kann die Zufallsgefahr dem jeweiligen Empfänger einer Leistung auferlegen. Das ist das erste Grundmodell, das der Lösung der Saldotheorie entspricht. Man kann die Zufallsgefahr aber auch dem jeweiligen Leistenden auferlegen. Das ist das zweite Grundmodell und zugleich die Lösung der ursprünglichen Zweikonditionenlehre. Man kann schließlich, und das ist das dritte Grundmodell, die Folgen zufälliger Ereignisse unter den Parteien aufteilen. Das ist die Lösung, der das englische Recht in den Fällen der frustration folgt. Betrachtet man das geltende deutsche, englische und auch das schottische Recht, dann werden eine Reihe von Argumenten angeführt, aus denen sich zwingend die Wahl eines dieser Grundmodelle ergeben soll: *Flume* verweist z. B. für die Wahl des ersten Grundmodells auf den Willen der Parteien, auf ihre vermögensmäßige Entscheidung⁵⁷. Die Lehre vom faktischen Synallagma beruft sich für die Wahl des ersten Grundmodells auf den faktischen Leistungsaustausch⁵⁸. Andere Argumente, die in der Diskussion auftauchen, sind z. B. das Vertrauen der Parteien, die Grundsätze *casum sentit dominus* und *venire contra factum proprium nulli conceditur*⁵⁹, in der Rechtsgeschichte und der rechtsgeschichtlichen Forschung der Arglistewand der *exceptio dolii*⁶⁰ oder im englischen und schottischen Recht der Grundsatz „He who seeks equity must do equity“⁶¹.

Diese Argumente vermögen jedoch mit Ausnahme von zweien nicht zu überzeugen⁶²: dem Grundsatz vom Gleichlauf von Herrschaft und Risiko und dem Grundsatz vom Gleichlauf von Versicherbarkeit und Risiko. Daß z. B. der Wille untauglicher Anknüpfungspunkt ist, offenbart schon die Beobachtung, daß verschiedene Autoren aus dem Willen der Parteien ganz entgegengesetzte materielle Grundmodelle herleiten, *Flume* z. B. das erste Grundmodell, *Canaris* dagegen das zweite Grundmodell⁶³. Gleiches gilt für das Vertrauen der Parteien oder das Verbot widersprüchlichen Verhaltens. Die Grundsätze vom Gleichlauf von Herrschaft und Risiko und von Versicherbarkeit und Risiko sprechen für das erste materielle Grundmodell, also das der Saldotheorie: Jede Partei trägt die Gefahr für das jeweils Empfangene.

2. Ausnahmen vom ersten materiellen Grundmodell

Wenn man sich für das erste Grundmodell entschieden hat, stellt sich die Frage, ob Ausnahmen zuzulassen sind, ob es also Gründe gibt, in Ausnahmefällen die Zufallsgefahr nicht dem Empfänger einer Leistung, sondern der anderen Partei aufzuerlegen. Solche Ausnahmen werden im Rahmen der deutschen bereicherungsrechtlichen Saldotheorie zugunsten des Minderjährigen⁶⁴, des arglistig Getäuschten⁶⁵ und immer dann zugelassen, wenn dies der Schutzzweck der Nichtigkeitsnorm erfordert⁶⁶. Das englische Anfechtungsrecht kennt dagegen die Ausnahme zugunsten des arglistig Getäuschten nicht⁶⁷ und im schottischen wird sogar eine Ausnahme zugunsten des Minderjährigen von der herrschenden Meinung abgelehnt⁶⁸. Im deutschen Rücktrittsrecht wird nach § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB eine Ausnahme von der regelmäßigen Verteilung des Zufallsrisikos auch beim gesetzlichen Rücktrittsrecht zugunsten des Rücktrittsberechtigten zugelassen⁶⁹. Davon werden insbesondere die Fälle erfaßt, in denen der primäre Rückabwicklungsgrund der anderen Partei zugerechnet werden kann, V also eine Pflichtverletzung begangen hat und diese Pflichtverletzung dem K erlaubt, die Rückabwicklung zu verlangen. Auch eine solche Ausnahme kennt das englische Recht nicht⁷⁰. Schließlich läßt das deutsche Rücktrittsrecht nach § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 Alt. 2 BGB dann eine Ausnahme von der regelmäßigen Risikoverteilung zu, wenn dieser Schaden auch bei der anderen Partei, also bei V, eingetreten wäre⁷¹.

M.E. sind all diese Ausnahmen abzulehnen⁷². Der jeweilige Empfänger sollte grundsätzlich immer die Zufallsgefahr für das Empfangene tragen. Hiervon sind nur marktbedingte Wertverluste auszunehmen⁷³. Eine solche Lösung wird freilich auf Widerspruch stoßen. Im deutschen Recht wird man insbesondere die Belastung des Minderjährigen mit der Zufallsgefahr für das Empfangene als mit dem Zweck des Minderjährigenrechts nicht mehr vereinbar ansehen. Zweck des Minderjährigenrechts ist es, den Minderjährigen vor den Folgen seines Handelns im Geschäftsverkehr zu schützen, und, so wird man der hier vorgeschlagenen Lösung vorwerfen, mit diesem Zweck sei es nicht vereinbar, wenn man dem

55 Hierzu ausführlich *Hellwege* (Fn. 1), S. 538 ff.

56 *Hellwege* (Fn. 1), S. 384 ff.

57 *Flume*, in: FS Niedermeyer, 1953, S. 154 f.; *ders.* NJW 1970, 1163; *ders.* AcP 194 (1994), 439 ff.

58 *von Caemmerer*, in: FS Rabel, Bd. 1, 1954, S. 386; *Blomeyer* AcP 154 (1955), 535.

59 *Leser*, Von der Saldotheorie zum faktischen Synallagma, 1956, S. 48; *Wieling* JuS 1973, 397; *Esser*, Schuldrecht, Bd. 2, 3. Aufl., 1969, S. 382 f.; *Klang/Wilburg*, ABGB, 2. Aufl., §§ 1431 ff. Anm. XC 4 e; *Kinnear v. Brodie* (1901) 31 540; Baron David Hume's Lectures, hrsg. in 6 Bd. von *Paton*, 1939–1958, Bd. 1, S. 300 ff.

60 *Levy* SZ 68 (1951), 367; *Hope's Major Practicks*, hrsg. in 2. Bd. von *Clyde*, 1937 bis 1938, IV, 9, 10.

61 *Aguilar v. Aguilar* (1820) 5 Mad 414, 416 Fn. 1; Scottish Law Commission, Recovery of Benefits Conferred under Error of Law, Discussion Paper No. 95, Bd. 2, 1995, § 268; *Gloag/Henderson*, The Law of Scotland, 11. Aufl., 2001, § 28.08.

62 Ausführlich *Hellwege* (Fn. 1), S. 539 ff.

63 Vgl. *Hellwege* (Fn. 1), S. 127 ff., 136 ff., 539 f.

64 BGHZ 126, 105 (108) = JZ 1994, 1024; BGH NJW 2000, 3562; *von Caemmerer* (Fn. 58), S. 387.

65 BGHZ 53, 144 (147 ff.) = JZ 1970, 416 (417); BGHZ 57, 137 (147 ff.) = JZ 1972, 438 (440 ff.); *Flessner* NJW 1972, 1781 f.

66 BGHZ 146, 298 (307 ff.) = JZ 2001, 1135 (1137 ff.); BGHZ 147, 152 (157 f.) = JZ 2002, 299 (300) m. Anm. G. Reiner. Siehe hierzu *Bork* JZ 2001, 1138 ff.; *Flume* ZIP 2001, 1621 ff.; *Maaß* NJW 2001, 3468 f.

67 Zwar ist in den Fällen der arglistigen Täuschung im englischen Recht die Anfechtung nicht ausgeschlossen, wenn der arglistig Getäuschte nicht in der Lage ist, das Empfangene in seinem ursprünglichen Zustand zurückzugewähren. Er ist aber verpflichtet, Wertersatz zu leisten. Bezüglich der Gefahrverteilung wird deshalb zugunsten des arglistig Getäuschten keine Ausnahme zugelassen: *Spence v. Crawford* 1939 SC (HL) 52; *Birks* (Fn. 17), S. 422; *McKendrick* (Fn. 17), S. 236.

68 Scottish Law Commission, Report on the Legal Capacity and Responsibility of Minors and Pupils, Report No. 110, 1987, § 3.36; *Lord Fraser*, A Treatise on the Law of Scotland relative to Parent and Child and Guardian and Ward, 3. von *Clark* besorgte Aufl., 1906, S. 518; *Hume* (Fn. 59), S. 300 ff.

69 Vgl. hierzu *Palandt/Heinrichs* (Fn. 32), § 346 Rn. 13; *AnwKom-BGB/J. Hager* (Fn. 11), § 346 Rn. 49; *Canaris* (Fn. 11), S. XL ff.; *S. Lorenz* (Fn. 7), S. 344 ff.; *J. Hager* (Fn. 4), S. 440; *Kaiser* JZ 2001, 1062 ff.

70 Vgl. *Hellwege* (Fn. 1), S. 269 ff.

71 Zu den Einzelheiten vgl. Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/6040, S. 196; *Palandt/Heinrichs* (Fn. 32), § 346 Rn. 12; *MünchKommBGB/Gaier* (Fn. 11), § 346 Rn. 53 f.; *AnwKom-BGB/J. Hager* (Fn. 11), § 346 Rn. 47 ff.; *Faust*, in: *P. Huber/Faust* (Fn. 11), § 10 Rn. 29 ff.; *Kaiser* JZ 2001, 1060.

72 Ausführlich *Hellwege* (Fn. 1), S. 554 ff.

73 *Hellwege* (Fn. 1), S. 548 f. Siehe auch *Armstrong v. Jackson* [1917] 2 KB 822.

Minderjährigen die Zufallsgefahr als Folge seines Erwerbes auferlege. Doch ist dieser Schluß nicht zwingend⁷⁴. Es geht im Vorliegenden um das Problem der Verteilung der Zufallsgefahr; das Minderjährigenrecht bezweckt aber nicht, den Minderjährigen von Zufällen zu entlasten, sondern eben vor den Folgen rechtsgeschäftlichen Handelns zu schützen. Allerdings könnte man entgegen, faktische Folge des rechtsgeschäftlichen Handelns sei auch, daß der Minderjährige nun die Zufallsgefahr für das Erhaltene tragen würde. Haben die Parteien aber einen Tauschvertrag geschlossen, so müßte der Minderjährige dann doch zumindest die Gefahr des Untergangs der weggegebenen Leistung tragen. Denn die hätte er auch ohne den Tausch tragen müssen. Diesen Schluß zieht die herrschende Meinung zur Saldotheorie indes nicht. Sie läßt eine Ausnahme nur zugunsten des Minderjährigen, nicht aber auch zu dessen Ungunsten zu. Es kommt zu einer doppelten Gefahrentlastung bei dem Minderjährigen und zu einer Gefahrkumulierung bei dessen Vertragspartner⁷⁵. Das stellt aber eine Bevorzugung des Minderjährigen dar, die nicht mehr vom Schutzzweck des Minderjährigenrechts gedeckt ist.

Freilich keine wirkliche Ausnahme von der Verteilung der Zufallsgefahr ist es, dem V die Gefahr aufzubürden, daß das von K Empfangene bei diesem mangelbedingt untergeht. Dieser Verlust kann dem V zugerechnet werden. Dies entspricht auch § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 Alt. 1 BGB, der Saldotheorie und in der Regel dem englischen Recht⁷⁶.

3. Umsetzung des ersten materiellen Grundmodells

Sodann muß überlegt werden, wie das erste Grundmodell umgesetzt werden kann. Es bieten sich zwei Lösungen: (a) Das Recht, die Rückabwicklung geltend zu machen, ist ausgeschlossen. Dieser Lösung folgten im deutschen Recht §§ 351 ff. BGB a. F. und das englische Recht im Anfechtungsrecht⁷⁷ und sie begegnet auch in Art. 82 Abs. 1 des UN-Kaufrechts⁷⁸. (b) Kann eine Partei das Erlangte nicht mehr zurückgewähren, dann erfolgt eine Rückabwicklung dem Werte nach. Diese zweite Lösung scheint vorzugswürdig⁷⁹. Sie wurde inzwischen auch im deutschen Rücktrittsrecht anerkannt, die englische Literatur bevorzugt sie im Anfechtungsrecht und bei einer total failure of consideration⁸⁰ und auch die Literatur zum UN-Kaufrecht steht der Ausschlusslösung kritisch gegenüber⁸¹.

4. Grundsätze der Wertbemessung

Entscheidet man sich für eine Rückabwicklung dem Werte nach, so sind einheitliche Grundsätze der Wertbemessung zu

⁷⁴ Vgl. ausführlich Hellwege (Fn. 1), S. 555 ff.

⁷⁵ Hellwege (Fn. 1), S. 109 ff., 147 f., 555 ff. Es bleibt bei dieser Gefahrkumulierung aber nur, solange sich nur eine Gefahr realisiert. Verwirklichen sich beide Gefahren, so gilt die Gefahrverteilung der Zweikonditionenlehre. Im Rücktrittsrecht kommt es dagegen zur Gefahrkumulierung sogar in diesen Fällen. Das scheint mir ein Hauptmangel des neuen Rücktrittsrechts zu sein; vgl. dazu Hellwege (Fn. 1), S. 58.

⁷⁶ Zum deutschen Recht siehe die Nachweise in Fn. 71. Zum englischen Recht siehe *Newbigging v. Adam* (1886) 34 ChD 582, (1888) 13 AppCas 308.

⁷⁷ Siehe oben die Nachweise in Fn. 16.

⁷⁸ Vgl. hierzu *Schlechtriem*, Internationales UN-Kaufrecht, 2. Aufl., 2003, Rn. 321 ff.; *Schlechtriem/Leser/Hornung*, UN-Kaufrecht, 3. Aufl., Art. 82 Rn. 6 ff.; *Krebs*, Die Rückabwicklung im UN-Kaufrecht, 2000, S. 92 ff.

⁷⁹ *Zimmermann* (Fn. 1), S. 748 ff.; *Hellwege* (Fn. 1), S. 562 ff.

⁸⁰ *Burrows* (Fn. 21), S. 177 f., 327 ff., 541 f.; *McKendrick* (Fn. 17), S. 217 ff.; *Birks*, in: *ders.* (Fn. 17), S. 337 ff.; *Chen-Wishart* (2000) 20 OJLS 567; *Virgo* (Fn. 23), S. 115 ff. Aus rechtsvergleichender Sicht: *Chen-Wi-*

entwickeln⁸². Dabei sind zwei Fragen zu unterscheiden: (a) Ist allein der objektive Wert maßgebend oder muß die vertragliche Entgeltabrede in irgendeiner Weise berücksichtigt werden? Neben der Frage, ob Ausnahmen von der regelmäßigen Risikoverteilung zugelassen werden sollen, wird bei dieser Frage vor allem im englischen Recht wohl am wenigsten Konsens herrschen⁸³. (b) Bevorzugt man, daß es allein auf den objektiven Wert ankommen darf, stellt sich zudem noch die Frage des Zeitpunkts der Wertbemessung. Entscheidend muß wohl der objektive Wert zum Zeitpunkt der Leistung sein⁸⁴.

5. Wahl eines rechtstechnischen Grundmodells

Schließlich muß man sich für ein rechtstechnisches Grundmodell entscheiden. Es wurde bereits erläutert, daß man den Untergang sowohl im Anspruch des K gegen den V (erstes rechtstechnisches Grundmodell) als auch im Anspruch des V gegen den K (zweites rechtstechnisches Grundmodell) problematisieren kann⁸⁵. Dem ersten rechtstechnischen Grundmodell folgt die Saldotheorie⁸⁶ und grundsätzlich auch das englische Recht⁸⁷. Nach der Saldotheorie wird auf den Rückzahlungsanspruch des K automatisch der Wert der erlangten Leistung angerechnet. Im englischen Anfechtungsrecht, beim Rücktritt von Warenkaufverträgen und im englischen Bereicherungsrecht muß K die Rückgabe oder Wertersatz anbieten, um mit seiner Anfechtung, mit seinem Rücktritt oder auch mit seinem Bereicherungsanspruch erfolgreich zu sein. Man könnte diesen Ansatz als Einwendungsmodell bezeichnen, weil V den Untergang bei K einredeweise geltend machen muß, wenn er von K auf Rückzahlung in Anspruch genommen wird. Nach neuem deutschen Rücktrittsrecht stellt sich das Problem des Untergangs dagegen erst im Anspruch des V gegen K. K muß bereicherungsunabhängigen Wertersatz leisten. Eine ähnliche Lösung vertreten *Flume* und *Canaris* im Bereicherungsrecht⁸⁸. Diese Lösung könnte man als Angriffsmodell bezeichnen. Bei Wahl eines dieser Modelle wäre zu berücksichtigen, daß die Einwendungslösung, so wie sie von der Saldotheorie umgesetzt wird, nur bedingt geeignet ist, die Vorleistungsfälle zu lösen⁸⁹.

VI. Schluß

Abschließend möchte ich eine rechtshistorische Anmerkung anfügen und eine letzte Frage aufwerfen: Ein einheitlicher Rückabwicklungstypus ist der europäischen Rechtsge-

shart, in: *Johnston/Zimmermann* (Fn. 20), S. 174 ff. Vgl. außerdem *Hellwege* (Fn. 1), S. 220 f.

⁸¹ *Schlechtriem* (Fn. 78), Rn. 321; *Schlechtriem/Leser/Hornung* (Fn. 78), Art. 82 Rn. 18 a f., Art. 84 Rn. 27 a.

⁸² Ausführlich *Hellwege* (Fn. 1), S. 566 ff.

⁸³ Vgl. zu der äußerst strittigen Frage, wie der Wert der Leistung in den Rücktrittsfällen zu bemessen ist, *Skelton*, *Restitution and Contract*, 1998, S. 33 ff., 53 ff., 63 ff., 75 ff.; *Beatson*, in: *Swadling/Jones* (Hrsg.), *The Search for Principle*, 1999, S. 143 ff.; *Burrows* (Fn. 21), S. 341 ff., 344 ff., 367; *Goff/Jones* (Fn. 22), §§ 20–019 ff.; *Virgo*, *The Principles of the Law of Restitution*, 1999, S. 100 ff.; *Schlechtriem*, *Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa*, Bd. 1, 2000, Kapitel 3 Rn. 664.

⁸⁴ Ausführlich *Hellwege* (Fn. 1), S. 566 ff.

⁸⁵ Ausführlich *Hellwege* (Fn. 1), S. 380 ff.

⁸⁶ *K. Schmidt* JuS 1996, 170; *Flume* ZIP 2001, 1622 f.; *ders.*, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof. FG aus der Wissenschaft, Bd. 1, 2000, S. 537 ff.; *Ernst*, in: *Flume*, *Studien zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung*, hrsg. von *Ernst*, 2003, S. 16 f.

⁸⁷ Siehe oben die Nachweise in Fn. 16.

⁸⁸ Vgl. hierzu ausführlich *Hellwege* (Fn. 1), S. 126 ff.

⁸⁹ Ausführlich *Hellwege* (Fn. 1), S. 569 ff.

schichte nicht fremd⁹⁰. Im gemeinen Recht existierte er bereits. Es waren die Regelungen zur *in integrum restitutio*. Ein deutscher Autor des 18. Jahrhunderts hat diesen Rückabwicklungstypus mit der Wendung „*restitutio in integrum est reciproca*“ umschrieben⁹¹. Damit meinte er, daß eine Partei nur dann die Rückabwicklung des Vertrages verlangen konnte, wenn sie selbst willig war, das Erlangte herauszugeben oder den Wert des Erlangten zu ersetzen. Diese Regelung zur *in integrum restitutio* war anwendbar, wann immer eine Partei die Rückabwicklung des Vertrages forderte, und zwar unabhängig davon, auf welcher Grundlage oder mit welchem Rechtsbehelf diese Partei vorging.

⁹⁰ Vgl. hierzu ausführlich Hellwege (Fn. 1), S. 394 ff.

⁹¹ Johann Hieronymus Hermann, *Deutsche Systema Juris Civilis* worinnen das Bürgerliche Recht nach der Ordnung der Pandecten deutlich und gründlich vorgetragen, und die in den Tituln vorkommende Materie mit allerhand nützlichen Casibus, Formula und außerlesenen Praejudiciis berühmter Collegiorum Juridicorum illustriret wird, 2. Aufl., 1762, S. 223.

Gehört ein solcher einheitlicher Rückabwicklungstypus, wie er hier vorgeschlagen wird, ins Bereicherungsrecht oder ins Vertragsrecht? Ist dieses Rückabwicklungsschuldverhältnis ein vertragliches oder ein gesetzliches Schuldverhältnis? Diese Fragen sollen an dieser Stelle unbeantwortet bleiben, weil sie eigentlich bedeutungslos sein sollten⁹². Kontextuell handelt es sich wohl eher um eine vertragsrechtliche Materie, und dieser einheitliche Rückabwicklungstypus würde daher zumindest im deutschen Recht ins allgemeine Schuldrecht gehören. Entscheidend ist aber allein, daß man einen Rückabwicklungstypus schafft, der einerseits die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge einheitlich regelt und der andererseits *nur* auf die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge Anwendung findet und damit unabhängig von den allgemeinen Regeln des Bereicherungsrechts ist.

⁹² So wohl auch Schlechtriem (2003) 7.4 Electronic Journal of Comparative Law, II.3.