



Universiteit  
Leiden

The Netherlands

**Der Fall "De Koning". Einige Bemerkungen zum  
Rechtsschutz des gutgläubig leistenden Schuldners  
und dem seines Gläubigers.**

Zwalve, W.J.

**Citation**

Zwalve, W. J. (1999). Der Fall "De Koning". Einige Bemerkungen zum Rechtsschutz des gutgläubig leistenden Schuldners und dem seines Gläubigers. *Zeitschrift Für Europäisches Privatrecht*, 3, 570-582. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3413>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3413>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

# Der Fall „De Koning“

*Einige Bemerkungen zum Rechtsschutz des gutgläubig leistenden Schuldners und dem seines Gläubigers*

von Willem J. Zwolve, Leiden

## Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Römisches Recht
- III. Römisch-holländisches Recht
- IV. Französisches Recht
- V. Niederländisches Recht
- VI. Die Diskussion in Deutschland

## I. Einleitung

Im Jahre 1739 starb auf der Rückreise nach *patria* an Bord des Schiffes „Cornelia“, irgendwo auf dem Atlantik, Jan de Koning. Er war 1717 im Dienste der „Vereinigten Ostindischen Compagnie“ (V.O.C.), des damals mächtigsten Handelsunternehmens der Welt, nach „Indien“ abgereist und kehrte, wie so viele andere vor und nach ihm, nie mehr zurück. Es ist eine traurige Geschichte, aber wir Juristen sind daran natürlich nicht weiter interessiert. Wir fragen uns, was mit seinem Nachlaß geschah und wem das rückständige Gehalt gezahlt wurde. Den Akten zufolge zahlte es sein Arbeitgeber 1741 einem gewissen Caspar Nolten, der sich als *procurator* einiger der Erben *ab intestato* des Verstorbenen legitimieren konnte. Die „Compagnie“ wurde aber 1749 von dem einzigen Erben *ab intestato* Jan de Konings, seiner Halbschwester Margaretha, verklagt. Sie hatte nichts zu tun gehabt mit dem *procurator* Nolten, und das ihm gezahlte Geld war ihr nicht zugute gekommen. Der „Hof van Holland“ hatte der Klage stattgegeben und zwar auf Grund klarer Prinzipien des römischen Rechts. Der Leistungsempfänger Nolten war nicht vom Gläubiger Margaretha beauftragt worden, die Leistung entgegenzunehmen, und der gutgläubig leistende Schuldner war also in diesem Falle nicht befreit. Die Compagnie aber verfügte über ausgezeichnete politische Kontakte und war in der Lage, die Sache zur Kenntnis des damaligen Gesetzgebers, der Stände von Holland, zu bringen. Sie beanspruchte und bekam ein Privileg vom gemeinen (römischen) Recht: die Compagnie konnte der Klage entgegenhalten, daß sie im guten Glauben geleistet hatte an jemanden, der zwar keine Inkas-

sobefugnis des wahren Gläubigers hatte, sich aber trotzdem als zur Entgegennahme der Leistung berechtigt hingestellt hatte. Die Frage war nun, wie Margaretha entgegenzukommen sei. Die Stände ließen sich vom römischen Recht inspirieren und beauftragten 1751 die „Compagnie“, ihre *condictio indebiti* gegen Nolten an Margaretha abzutreten<sup>1</sup>. Mit dieser Geschichte sind wir beim Thema: dem Rechtsschutz des gutgläubig leistenden Schuldners und dem seines Gläubigers.

## II. Römisches Recht

Dem römischen Recht zufolge waren zur Entgegennahme der Erfüllungsleistung, abgesehen von dem *adiectus solutionis gratia* und dem *adstipulator*, nur der Gläubiger oder sein zum Empfang ermächtigter Beauftragter, namentlich der *procurator*, berechtigt<sup>2</sup>. Der Schuldner war nicht befreit, wenn er im guten Glauben an einen anderen geleistet hatte.

D. 46, 3, 34, 4 (Iulianus, *libro quinquagesimo quarto Digestorum*): „si nullo mandato intercedente debitor falso existimaverit voluntate mea pecuniam se numerare, non liberabitur“<sup>3</sup>.

Es gab im römischen Recht nicht den weitgehenden Schutz des gutgläubig leistenden Schuldners, wie ihn zum Beispiel das heutige niederländische und französische Recht kennen<sup>4</sup>. Das heißt also, daß die Leistungsgefahr im römischen Recht grundsätzlich vom Schuldner getragen wurde. Wer an einen nichtberechtigten Dritten leistete, wurde von seiner Schuld nicht befreit und zwar selbst dann nicht, wenn er im guten Glauben gezahlt hatte. Es gab aber eine Ausnahme und die betraf den Fall, in dem der Schuldner im Auftrag seines Gläubigers an einen Leistungsempfänger gezahlt hatte, dem die Berechtigung zur Entgegennahme der Leistung mittlerweile vom Gläubiger entzogen worden war, ohne daß aber der Schuldner davon in Kenntnis gesetzt worden war. In diesem Falle, das heißt also im Falle einer Leistung, die von einem zum Empfang der Leistung *zunächst berechtigten* Dritten entgegen genommen worden war, war es dem Schuldner gestattet, seinem Gläubiger die Leistung, die ja in dessen Auftrage erfolgt war, entgegenzusetzen. Dann also wurde die Leistungsgefahr vom Gläubiger getragen.

D. 46, 3, 12 pr. & 2 (Ulpianus, *libro trigensimo ad Sabinum*): „Vero procuratori recte solvitur. verum autem accipere debemus eum, cui mandatum est vel specialiter vel cui omnium negotiorum administra-

<sup>1</sup> Siehe für diesen Fall *Dionysius van der Keessel*, *Praelectiones iuris hodierni*, Amsterdam/Kaapstad, 1962, S. 418–420 und „Groot Placaet-Boeck, vervattende de placaten, ordonnantien ende edicten van de Staten Generaal der Vereenighde Nederlanden ende van de Staten van Hollandt en West-Vrieslandt, mitsgaders van de Staten van Zeelandt“ (GPB) VIII, S. 1213.

<sup>2</sup> *Max Kaser*, *Das römische Privatrecht*, Erster Abschnitt, 2. Auflage, 1971, S. 637; *Reinhard Zimmermann*, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1990, S. 752.

<sup>3</sup> Siehe auch C. 8, 42(43), 12: „Invito vel ignorante creditore qui solvit alii, non se liberat obligatione“.

<sup>4</sup> Siehe Art. 6:34, Abs. 1 niederländisches BW und Art. 1240 Cc.

tio mandata est . . . sed et si quis mandaverit, ut Titio solvam, deinde vetuerit eum accipere: si ignorans prohibitum eum accipere solvam, liberabor, sed si sciero, non liberabor<sup>4</sup>.

Wir sind hiermit in ein Problemgebiet geraten, das die Romanisten seit langem beschäftigt, denn die Frage stellt sich wie die Befreiung des Schuldners sich in diesem Falle gestaltete. Fand sie *ipso iure* statt, oder bedurfte es der Aufnahme einer Einrede (*exceptio*) in das Prozeßformular? Es gibt noch eine andere Frage und zwar die nach der Gestaltung des Regresses des Gläubigers gegenüber dem nichtberechtigten Drittempfänger<sup>5</sup>.

Man muß bei diesen Fragen die Grundanschauung des *ius civile* zum Ausgangspunkt nehmen, daß von einer Leistung mit *ipso iure* befreiender Wirkung nur dann die Rede gewesen sein kann, wenn die Leistung dem Gläubiger tatsächlich zugute gekommen ist<sup>6</sup>. Das heißt, daß sie entweder direkt oder indirekt seinem Vermögen zugewendet worden ist. Von einer direkten Zuwendung kann in unserem Fall nicht die Rede sein. Wenn also in den Quellen bemerkt wird, daß die Leistung des Schuldners an einen nicht (mehr) zur Entgegennahme der Leistung berechtigten Dritten ihn in unserem Fall tatsächlich *ipso iure* befreite, dann muß es sich, dem Ausgangspunkt zufolge, um eine Leistung gehandelt haben, die der Leistungsempfänger *bona fide*, das heißt mit der Absicht, sie dem Gläubiger zugute kommen zu lassen, entgegen genommen hat.

D.46.3.38.1 (Africanus, *libro septimo Quaestionum*): „Si debitorem meum iusserim Titio solvere, deinde Titium vetuerim accipere et debitor ignorans solverit, ita eum liberari existimavit, si non ea mente Titius nummos acceperit, ut eos lucretur. alioquin, quoniam furtum eorum sit facturus, mansuros eos debitoris et ideo liberationem quidem ipso iure non posse contingere debitori, exceptione tamen ei succurri aequum esse, si paratus sit conditionem furtivam, quam adversus Titium habet, mihi praestare: sicuti servatur, cum maritus uxori donaturus debitorem suum iubeat solvere: nam ibi quoque, quia nummi mulieris non fiunt, debitorem non liberari, sed exceptione eum adversus maritum tuendum esse, si conditionem, quam adversus mulierem habet, praestet“.

Der Leistungsempfänger ist zwar nicht mehr der vom Gläubiger zum Empfang der Leistung Berechtigte gewesen, aber er hat die Leistung als *negotiorum gestor* seines ehemaligen Auftraggebers entgegengenommen. Dieser Tatbestand schließt eine Leistungskondiktion des zahlenden Schuldners gegen den Leistungsempfänger aus und begründet lediglich die *actio negotiorum gestorum* oder sogar, wie Kaser dargetan hat<sup>7</sup>, die *actio mandati* des Gläubigers gegen seinen ehemaligen Beauftragten. Es wird dabei von mir vorausgesetzt, daß es sich im gegebenen Falle um eine wirkliche Leistung an den Leistungsempfänger

<sup>5</sup> Siehe zu diesen Fragen Franz Haymann, Schutz des guten Glaubens des leistenden Schuldners im römischen Recht, *Bullettino dell' Istituto di Diritto Romano* 51/52 (1948) 393 ff.; H.J. Wolff, Julian und die celsinische Durchgangstheorie, in: *Mélanges Meylan*, Band I, 1963, S. 409 ff.; Kaser, Zur Frage einer *condictio* aus gutgläubigem Erwerb oder gutgläubiger Leistung im römischen Recht, in: Max Kaser (Hg.), *Festschrift für Wilhelm Felgentraeger*, 1969, S. 277 ff., und Paul Bremer, Leistung an einen Nichtberechtigten im klassischen römischen Recht, 1970.

<sup>6</sup> Soweit zu Recht Gerhard Beseler, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* (ZSS) 53 (1933) 19.

<sup>7</sup> Kaser (Fn. 5)

ger gehandelt hat, das heißt, daß der Schuldner an den Leistungsempfänger eine bestimmte Geldsumme, zum Zwecke der Tilgung seiner Schuld seinem Gläubiger gegenüber, zu Eigentum übertragen hat<sup>8</sup>. Diese Feststellung ist wichtig, denn sie erklärt, weshalb eine Leistung an einen nichtberechtigten Leistungsempfänger, der die Leistung *mala fide*, das heißt also mit der Absicht, sich damit zu bereichern, entgegengenommen hatte, den zahlenden Schuldner grundsätzlich nicht befreite. Der Leistungsempfänger beging damit ein *furtum* und dies hatte zur Folge, daß von einem Eigentumsübergang des im Wege der Zahlung geleisteten Geldes nicht die Rede gewesen sein kann. Die *condictio furtiva*, die im gegebenen Falle dem Solventen gestattet wurde<sup>9</sup>, stand nur dem Eigentümer, das heißt also dem Solventen, zu<sup>10</sup>. Es fehlte hier also der Leistungstatbestand, der es dem Solventen ermöglicht hätte, sich auf eine Leistung mit *ipso iure* befreiender Wirkung zu berufen. Er wurde deshalb auch nicht *ipso iure* befreit, sondern *exceptionis ope*. Die Grundlage dieser *exceptio* (es war die *exceptio doli*<sup>11</sup>) war daher nicht die *bona fide*-Leistung des Schuldners an sich, das heißt also sein Irrtum (das war lediglich eine nebensächliche Bedingung), sondern vielmehr das Verhalten des Gläubigers: er hatte seinem Schuldner ermöglicht oder ihn sogar beauftragt, an einen Dritten zu leisten, und konnte sich also seinem Schuldner gegenüber nachher, wenn er mittlerweile, ohne den Schuldner davon in Kenntnis zu setzen, die Inkassobefugnis des angewiesenen Ermächtigten eingezogen hatte, nicht auf das Fehlen dieser Inkassobefugnis berufen. Anders gesagt: Die Grundlage der *exceptio doli* des Solventen war gelegen im *venire contra factum proprium* des Gläubigers<sup>12</sup>. Eben weil die Befreiung des Solventen in diesem Fall nicht *ipso iure*, sondern *exceptionis ope* erfolgte, verfügte der Solvent über eine Kondiktion (die *condictio furtiva*) gegen den böswilligen Empfänger seiner Leistung. Er hatte also die Wahl: Entweder er bediente sich der *exceptio doli* nicht und erfüllte seinem Gläubiger die Schuld, in welchem Falle er sich der *condictio furtiva* gegen den nichtberechtigten Dritten bediente, oder er zog es vor, sich der *exceptio doli* zu bedienen. Der *praetor* gestattete ihm dies aber nur, wenn er bereit war die *condictio furtiva* abzutreten, die ihm gegen den *mala fide* nichtberechtigten Leistungsempfänger zustand.

<sup>8</sup> Siehe Dieter Medicus, Zur Leistungsannahme durch den „*falsus procurator*“, in: Synteleia Arangio Ruiz, Band I, 1964, S. 214 ff. und auch Okko Berends, Die Prokuratur, ZSS 88 (1971) 272, Anm. 231. Zum Begriff des „*falsus procurator*“ siehe sonst noch Fritz Schwarz, Die Grundlage der *condictio* im klassischen römischen Recht, 1952, S. 50–52; Hans Hermann Seiler, Der Tatbestand der *negotiorum gestio* im römischen Recht, 1968, S. 61, Anm. 3; Kaser (Fn. 5) 285, 287–288 und Joseph A. C. Thomas, A note on *falsus procurator*, in: Studi in onore di Giuseppe Grosso, Band II, 1968, S. 407 ff. Anders Haymann (Fn. 5) 403; siehe aber Bremer (Fn. 5) 62.

<sup>9</sup> Siehe im Text zu D. 46, 3, 38, 1.

<sup>10</sup> D. 13, 1, 1.

<sup>11</sup> D. 47, 2, 81, 5.

<sup>12</sup> Grundlegend E. Riezler, *Venire contra factum proprium*, 1912. Anders, wohl zu Unrecht, Haymann (Fn. 5) 404 u. 415 ff.

Die Frage stellt sich, weshalb der *praetor* es in diesem Falle für notwendig erachtete, auf einer Abtretung der *condictio furtiva* zu bestehen. Wenn man *Kaser* zustimmt und dem römischen Recht eine besondere Rückgriffskonklusion im Sinne des § 816 Abs. 2 BGB, abspricht, weil der Gläubiger wegen des notwendig vorangehenden Mandats über die *actio mandati* verfügte (die bekanntlich nicht notwendigerweise immer vom Ende des Mandats beeinträchtigt wurde), so scheint die Abtretung der *condictio furtiva* des Solventen auf den ersten Blick tatsächlich völlig überflüssig<sup>13</sup>. Der Regreß des Gläubigers gegenüber dem nichtberechtigten Leistungsempfänger scheint ja gesichert. Das Richtige ist hier, wie auch sonst öfter, von *Ernst Levy* erblickt worden<sup>14</sup>. Die *condictio furtiva* des beklagten Solventen wurde nicht von der prozessualen Konsumption betroffen, die im Prozeß zwischen dem Solventen und seinem Gläubiger stattfand. Da es aber unbillig erschien, die *condictio furtiva* des Solventen noch zuzulassen, nachdem er sich auf den Rechtsschutz der *exceptio doli* berufen hatte, wurde die Klage deshalb auf indirektem Wege gehemmt. Diese sogenannte „judiziale“ Konsumption<sup>15</sup> wurde vom *praetor* vorgenommen, indem er die Erteilung der *exceptio doli* abhängig machte von der Abtretung der *condictio furtiva*. Es wurde damit also nicht eine Frage des Regresses gelöst, sondern lediglich ein Problem zufälliger Aktionenkonkurrenz.

Ich habe den Problembereich, mit dem wir uns beschäftigen, bis hier in einer ganz bestimmten Version vorgeführt, und zwar auf die Art und Weise wie sie von *Afrikan* überliefert wird. Es gibt aber in den *Pandekten* noch Spuren einer anderen Theorie, nach der die *mala* oder *bona fides* des Leistungsempfängers nicht berücksichtigt wird und die in allen Fällen zur *ipso iure* Befreiung des Solventen führt. Sie scheint namentlich von *Ulpian*<sup>16</sup> vertreten worden zu sein und wird mit der *celsinischen* Durchgangslehre in Verbindung gebracht<sup>17</sup>. Die Antinomie ist von *Kaser* in der *Festschrift Felgentraeger* eingehend erörtert worden. Ich werde mich damit nicht weiter beschäftigen. Fragen wie diese sind in gewisser Hinsicht (und ich betone in gewisser Hinsicht) müßig. Wenn man sie vom Standpunkt der modernen Dogmengeschichte her betrachtet (und warum sollten wir das nicht), erübrigen sie sich, weil sie in der späteren *Privatrechtsgeschichte* keine Rolle gespielt haben. Die hat sich, wie sich aus *Azos* „*Summa*“<sup>18</sup> und der „*Glossa Ordinaria*“<sup>19</sup> ergibt, was unser Problem angeht, völlig im Einklang mit der *afrikanischen* Lehre entwickelt. Zu unserer Frage enthält die *mittelalterliche* Tradition übrigens sehr wenig

<sup>13</sup> So *Beseler*, ZSS 57 (1937) 28, und *Schwarz* (Fn. 8) 54.

<sup>14</sup> *Ernst Levy*, Nachträge zur Konkurrenz der Aktionen und Personen, 1962, S. 12–16.

<sup>15</sup> Dazu *Max Kaser/Karl Hackl*, Das römische Zivilprozessrecht, 2. Auflage, 1996, § 43 II 3.

<sup>16</sup> D. 46, 3, 18.

<sup>17</sup> Dazu *Berthold Kupisch*, Der angebliche Durchgangserwerb des Celsus, ZSS 106 (1976) 61 ff.

<sup>18</sup> *Azo*, *Summa Codicis*, Venedig, 1596, ad Codex IV, tit 5, no 21 (ed. Ven. col. 291).

<sup>19</sup> Siehe die Gl. „*convenitur*“ ad C. 6.2.19.

Interessantes. Es gibt eben sehr viel römisches Recht im gemeinen Recht. Und damit sind wir zurück beim Fall „De Koning“.

### III. Römisch-holländisches Recht

Das „Rooms-Hollandse“ Recht jener Zeit fügte sich, natürlich, nach den Prinzipien des gemeinen römischen Rechts. Der Schuldner, die V.O.C., wurde also, diesen Prinzipien zufolge, nicht befreit, als er im guten Glauben an einen nichtberechtigten Dritten geleistet hatte. Noch immer war der Rechtsschutz des gutgläubig leistenden Schuldners beschränkt auf den Fall, daß der Schuldner im Auftrag seines Gläubigers an einen Leistungsempfänger gezahlt hatte, dem die Berechtigung zur Hinnahme der Leistung nachträglich vom Gläubiger entzogen worden war, ohne daß der Schuldner davon vorher in Kenntnis gesetzt worden war<sup>20</sup>. Dies ergibt sich noch aus einem anderen Fall, der zufälligerweise zur selben Zeit von dem damaligen holländischen „Hoge Raad“ entschieden wurde<sup>21</sup>. Es handelte sich dabei um einen Käufer, der dem Makler des Verkäufers den Kaufpreis gezahlt hatte. Der Makler war zur Entgegennahme des Kaufpreises nicht von dem Verkäufer ermächtigt worden und hatte deshalb die einschlägige Vollmacht gefälscht. Der Käufer zahlte daraufhin im guten Glauben an den ohnehin von seinem Kontrahent zum Abschluß des Kaufvertrages bevollmächtigten Makler. Nichtsdestoweniger meinte der „Hoge Raad“, daß der Käufer nicht befreit war, und berief sich dabei auf das römische Recht (D. 46, 3, 34, 4): „Si nullo mandato intercedente debitor falso existimaverit voluntate mea pecuniam se numerare, non liberabitur. et ideo procuratori, qui se ultro alienis negotiis offert, solvendo nemo liberabitur“.

Der „Hof van Holland“ hatte also im Falle „De Koning“ eine völlig vorhersehbare Entscheidung getroffen, indem er zugunsten der Klägerin entschied. Nachdem sich aber herausgestellt hatte, daß die V.O.C. vom gemeinen Recht privilegiert worden war, gestaltete sich die Rechtslage anders, und es wurde ein besonderes Problem geschaffen, das dem römischen Recht fremd gewesen war. In dem einzigen Fall, in dem das gemeine Recht befreiende Wirkung verband mit einer Leistung, die von einem nichtberechtigten Drittempfänger entgegen genommen worden war, handelte es sich um einen Leistungsempfänger, dem vorher kraft *mandatum* die Berechtigung zur Entgegennahme der Leistung erteilt worden war. Der Regreß des abgewiesenen Gläubigers war also nach römischem Recht immer gesichert. Wie wir gese-

<sup>20</sup> Hugo Grotius, *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Gelcerdheid*, Leiden, 1965, III, 39, 13; Johannes Voet, *Commentarius ad Pandectas*, Genf, 1757, 46, 3, 2&3; Arnold Vinnius, *In IV libros Institutionum Imp.* Commentarius, Leyden, 1726, ad Inst. 3, 27, 10 § 5, S. 710, und auch *Van der Keessel* (Fn.1) 414–422.

<sup>21</sup> Wilhelm Pauw, *Observationes tumultuariæ novæ I*, herausgegeben von H. F. W. D. Fischer et al., 1964, n. 114.

hen haben, diente die erzwungene Abtretung der *condictio furtiva* des Schuldners lediglich zur Lösung einer Frage zufälliger Aktionenkonkurrenz. Im Falle „De Koning“ aber war eine Leistung von einem nichtberechtigten Drittempfänger entgegengenommen worden, der zuvor in keinerlei Weise mit dem Gläubiger in Verbindung gestanden hatte. Die Frage stellte sich also, wie der Regreß des Gläubigers in diesem Fall zu gestalten war. Es wäre kein Problem gewesen, wenn das damalige „Rooms-Hollandse“ Recht eine allgemeine Klage auf Grund ungerechtfertigter Bereicherung gekannt hätte, wie für diese Zeit manchmal<sup>22</sup> angenommen wird. Aber es kannte sie (noch) nicht, jedenfalls wußte der damalige Gesetzgeber noch nichts davon. Er erkannte aber die Regreßfrage und wußte sie auf keine andere Weise zu lösen, als dem Schuldner die Verpflichtung aufzuerlegen, seine Kondiktion gegen den Leistungsempfänger an die Klägerin abzutreten. Er entnahm diese Lösung natürlich dem römischen Recht, aber die Interessenlage war eine ganz andere als sie es im römischen Recht gewesen war. Jetzt diente die erzwungene Abtretung der Leistungskondiktion des Solventen tatsächlich zur Gewährleistung des Regresses des Gläubigers. Von dieser besonderen Ausnahme abgesehen, blieb aber ansonsten alles beim alten, das heißt beim römischen Recht. Die Leistungsgefahr wurde grundsätzlich vom Schuldner getragen, und in dem einzigen Fall, in dem der Gläubiger die Gefahr einer Fehlleistung seines Schuldners trug, lag der Rechtsgrund dieser Ausnahme nicht so sehr im Irrtum des Solventen, sondern im Verhalten (dem *venire contra factum proprium*) des Gläubigers<sup>23</sup>, wie übrigens auch von *Donellus*<sup>24</sup> ausdrücklich betont wird.

#### IV. Französisches Recht

Das alles änderte sich grundsätzlich, als 1811 der französische Code civil in Holland eingeführt wurde, dessen diesbetreffende Bestimmungen in das alte niederländische Zivilgesetzbuch von 1838 übernommen worden sind. Der Code enthält folgende Bestimmung:

Art. 1240 Cc: „Le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance, est valable, encore que le possesseur en soit par suite évincé“.

Wir verdanken diese Bestimmung nicht Pothier („l'auteur anonyme du Code“), sondern einzig und allein der juristischen Mittelmäßigkeit der Redaktoren des Code. Bei Pothier findet man lediglich einen Hinweis auf einige

<sup>22</sup> Siehe namentlich *Robert Feenstra*, Grotius' doctrine of unjust enrichment as a source of obligations: its origins and its influence in Roman Dutch law, in: J. H. Schrage (Hg.), *Unjust Enrichment. The Comparative Legal History of the Law of Restitution*, 1995, S. 197 ff.

<sup>23</sup> Siehe für das heutige römisch-holländische Recht in Südafrika *Sir J. W. Wessels*, *The Law of Contract in South Africa*, 1951, §§ 2202 ff., S. 617–618.

<sup>24</sup> *Hugo Donellus*, *Commentarii de iure civili*, Lib. XVI, cap. x, § 27 (ed. Nürnberg 1827, X, S. 264).

Ausnahmen, die es im „ancien droit français“ von der gemeinrechtlichen Regel gab:

„On répute quelquefois pour créancier celui qu'on a juste sujet de croire tel, quoique ce soit une autre personne qui soit le créancier véritable; et le paiement fait à ce créancier putatif est valable, comme s'il eût été fait au créancier véritable“<sup>25</sup>.

Die Beispiele Pothiers entstammen sämtlich dem alten französischen Liegenschaftsrecht. Es handelt sich dabei um die Leistung feudaler Lasten und Bodenrenten, der „Censes“. Hier herrschte die alte Parömie „possession vaut titre“: die Bodenrenten und feudalen Lasten waren zwar dem Eigentümer der „Seigneurie“ geschuldet, aber man konnte sich ihrer ohne weiteres entledigen, indem man sie dem Besitzer leistete.

„La raison est que tout possesseur étant de droit réputé et présumé propriétaire de la chose qu'il possède, tant que le vrai propriétaire n'apparait point, ces débiteurs ont eu juste sujet de croire, en vous voyant en possession de la seigneurie, que vous en étiez propriétaire, et par conséquent le créancier des droits qu'ils vous ont payés“<sup>26</sup>.

Dies alles ist weit entfernt von der allgemein formulierten Ausnahme des Artikels 1240 Cc. Wenn man sich die Mühe nimmt, die Motive und Protokolle zu dem Code civil zu Rate zu ziehen, kommt man nicht viel weiter als bis zu den folgenden Platitüden des Staatsrates *Bigot-Prémeneu*:

„L'équité veut encore que le paiement soit valable, lorsqu'ayant été fait de bonne foi par le débiteur à celui qui était en possession de la créance, ce débiteur avait un juste sujet de le regarder comme le véritable créancier“<sup>27</sup>.

So kam es also, einem oberflächlichen Billigkeitsurteil des französischen Gesetzgebers zu Folge, zu einer spektakulären Wende im Leistungsrecht. Während das römische Recht die Leistungsgefahr grundsätzlich dem Solventen zuwies, wird sie im modernen französischen und niederländischen Recht manchmal vom Gläubiger getragen. In dem einzigen Fall, in dem dies auch im römischen Recht der Fall war, wurde diese Ausnahme gerechtfertigt durch das Verhalten des Gläubigers, das den Schein der Empfangsberechtigung des Drittempfängers ausgelöst hatte. Im modernen französischen und niederländischen Recht aber genügt auch der Schein, der von einem Dritten, das heißt also von einem anderen als dem zum Empfang der Erfüllungsleistung Berechtigten, hervorgerufen wird. Die Erwägung, ob und inwieweit dieser Schein der Empfangsberechtigung dem wahren Berechtigten zuzumuten ist, spielt dabei keine oder lediglich eine untergeordnete Rolle. So kann es also passieren, daß ein Gläubiger ohne jegliches Verschulden seinerseits die Gefahr einer Fehlleistung seines Schuldners trägt.

Ich habe eben die Redaktion des Artikels 1240 Cc getadelt und, wie ich meine, zu Recht. Es sind dabei nämlich zwei Probleme völlig übersehen wor-

<sup>25</sup> Robert J. Pothier, *Traité des obligations*, n. 503, in: *Oeuvres de Pothier*, Band III, Paris, 1818, S.389.

<sup>26</sup> Pothier (Fn.25).

<sup>27</sup> Jean C. Loaré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, XII, 1828, S.366.

den. Erstens die Frage, wie sich der Rückgriff des Gläubigers auf den nichtberechtigten Leistungsempfänger gestaltet, und zweitens das Problem, wie sich die Leistungskondiktion des Solventen zu seinem Recht verhält, sich seinem Gläubiger gegenüber auf den Schutz des Artikels 1240 Cc zu berufen. Ich werde diese beiden Fragen weiter verfolgen und zwar nicht für das französische Recht<sup>28</sup>, sondern für das niederländische Recht, weil sie eben da für erhebliche Probleme gesorgt haben.

## V. Niederländisches Recht

Wie gestaltet sich also der Regreß des Gläubigers beim nichtberechtigten Leistungsempfänger? Das alte niederländische Zivilgesetzbuch von 1838 war gerade im Schuldrecht (nicht im Sachenrecht) eine getreue Kopie des Code civil. Es enthielt also keine allgemeine Bereicherungsklage, sondern lediglich einige besondere Kondiktionen, wie z.B. die *condictio indebiti*<sup>29</sup>. Der französische Cour de Cassation hat bekanntlich in dem berühmten „arrêt“-Boudier<sup>30</sup> das System limitierter Leistungskondiktionen durchbrochen, indem er eine allgemeine Bereicherungsklage einführte. Das niederländische Gegenstück zum „Cour de Cassation“, der „Hoge Raad“, hat diesen Schritt aber nicht mitgehen wollen. Noch 1959 wies er den Versuch zur Einführung einer allgemeinen Bereicherungsklage mit Bestimmtheit von sich<sup>31</sup>. In Bezug auf unser Problem erwies sich diese Entscheidung als äußerst problematisch, denn es gab im alten Zivilgesetzbuch für unseren Fall keine Rückgriffskondiktion. Es gab also keinen einzigen gesetzlichen Anhaltspunkt für die Regreßklage des Gläubigers gegen den nichtberechtigten Drittempfänger. Die einzige Klage, die vorgesehen war, war die *condictio indebiti* des Solventen gegen den nichtberechtigten Leistungsempfänger, aber das Gesetzbuch enthielt, ebenso wie der Code civil, keine Aussage über das Verhältnis dieser Klage zum Recht des Solventen, sich seinem Gläubiger gegenüber auf den Schutz des Artikels 1422 altes Burgerlijk Wetboek (BW) (= 1240 Cc) zu berufen.

Es ist bei alledem hervorzuheben, daß natürlich meistens, speziell beim bösen Glauben des Drittleistungsempfängers, eine Deliktsklage verfügbar ist. Auch wird in vielen Fällen eine Kontraktsklage verfügbar sein. Aber was,

<sup>28</sup> Siehe für die Regreßfrage in unserem Fall jetzt François Terré/Philippe Simler/Yves Lequette, *Droit Civil. Les Obligations*, 5. Auflage, 1993, n. 1223, S. 926; Henri Mazcaud/François Chabas, *Leçons de Droit Civil*, Band II, 1. Halbband, *Obligations*, 1991, n. 833; Marcel Planiol/Georges Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, Band VII, *Les obligations*, 1954, n. 1156, S. 557. Die Regreßfrage scheint seit dem „arrêt Boudier“ (Req. 15 juin 1892, D. 92.1.596) ziemlich müßig, trotzdem aber erheben sich in diesem Zusammenhang manchmal Probleme: siehe z.B. Tribunal commercial Paris, 24 mai 1988, *Recueil Dalloz* (D.) 1988, 533 und dazu Paris, 5e ch. C., 4 janvier 1990, D. 1990, IR 44.

<sup>29</sup> Art. 1395, Abs. 1 altes BW (1838).

<sup>30</sup> Req. 15 juin 1892, D. 92.1.596.

<sup>31</sup> *Hoge Raad* 30 Januari 1959, *Nederlandse Jurisprudentie* 1959, 584 (Quint/Tepoel).

wenn keine deliktische oder vertragliche Grundlage vorhanden ist? Man hat auf verschiedene Weise versucht, das niederländische Recht aus dieser mißlichen Lage zu befreien. Der aus rechtshistorischer Sicht wohl schönste Versuch war der, den Rechtsschutz des Art.1422 altes BW mit der Abtretung der *condictio indebiti* des Solventen zu verbinden<sup>32</sup>. Das war, wie wir gesehen haben, die Lösung des alten „Rooms-Hollandse“ Rechts gewesen. Man war sich aber dessen damals nicht mehr bewußt und lehnte die Lösung ab, eben weil das Gesetzbuch den Rechtsschutz des Art.1422 altes BW nicht ausdrücklich an eine Bedingung geknüpft hatte<sup>33</sup>. Die aus systematischer Sicht wohl schönste Lösung war der Versuch, den Regreß des Gläubigers nach Analogie der Fälle gesetzlichen Forderungsüberganges zu regeln, wie sie das alte Gesetzbuch im Art.1438 kannte<sup>34</sup>. Alle diese Fälle der sogenannten *cessio legis* („Subrogation“) aber setzen im niederländischen Recht notwendigerweise eine Leistung des Subrogierten an denjenigen, in dessen Rechten er subrogiert wird, voraus, und, weil es daran in unserem Falle grundsätzlich fehlte, lehnte man auch diese Lösung ab<sup>35</sup>. Der im neunzehnten Jahrhundert führende (Groninger) Civilist Land hat deshalb sogar behauptet, es gebe in unserem Falle bei fehlender Delikts- oder Kontraktgrundlage überhaupt keine Möglichkeit des Regresses<sup>36</sup>. Seine Meinung war nicht die herrschende. Letzten Endes hat man sich nicht mehr bemühen wollen, eine befriedigende gesetzliche Grundlage für den Rückgriff des Gläubigers auf den nichtberechtigten Drittleistungsempfänger darzutun. Es gebe ihn einfach, weil es ihn geben müsse<sup>37</sup>. Das war stark, zumal da jeder wußte, daß der „Hoge Raad“ eine allgemeine Bereicherungsklage ablehnte. Das neue niederländische Zivilgesetzbuch, das 1992 in Wirkung getreten ist, hat endlich Klarheit gebracht. Es enthält in Art.6:36 BW eine besondere, mit der des § 816 Abs.2 BGB vergleichbare, Kondiktion für diesen Fall. Sie ist eigentlich überflüssig, weil das neue Gesetzbuch ebenfalls einen allgemeinen Bereicherungsanspruch enthält (6:212 BW). Wie dem auch sei, das neue Gesetzbuch hat zwar Deutlichkeit geschaffen, aber auch ein neues Problem. Es handelt sich um folgende Frage. Wie verhält sich nun eigentlich die Leistungskondiktion des Solventen, der an einen nichtberechtigten Drittempfänger geleistet hat, zur Regreßklage des Gläubigers?

<sup>32</sup> In diesem Sinne S.G. *Wiersma*, Bijdrage tot de leer der overdragt van schuldvorderingen, 1863, S.204 und J.H. *Thiel*, De goede trouw van derden en hare bescherming tegenover de handelingen van partijen, 1903, S.20.

<sup>33</sup> N.K.F. *Land*, Verklaring van het Burgerlijk Wetboek, 4. Teil, 2. Auflage (W.H. de Savornin Lohman) 1907, S.377 ff. und in: *Themis* 1871, S.415; Land war, mit G. *Diephuis* und (dem Theologen!) C. *W. Opzoomer*, der führende Zivilist des niederländischen 19. Jahrhunderts. Zu *Diephuis* siehe Fn.37.

<sup>34</sup> In diesem Sinne F.J. *de Jong*, Praeadvieszen der Broederschap van Candidaat-Notarissen 1941, S.75-77.

<sup>35</sup> Mr. C. *Asser's* Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Band III, 1 (De Verbintenissen), 3. Auflage (bearbeitet von L.E.H. *Rutten*), 1967, S.324.

<sup>36</sup> Siehe Fn.33.

<sup>37</sup> In diesem Sinne schon G. *Diephuis*, Het Nederlandsch Burgerlijk Regt, X, 1886, S.490.

## VI. Die Diskussion in Deutschland

Die Frage ist, wie ich zu wissen meine, in Deutschland umstritten<sup>38</sup>. Man kann sie auch anders formulieren. Hat der Solvent ein Wahlrecht? Niemand zweifelt heute daran, daß der Solvent die Wahl hat, auf den Rechtsschutz, z.B. des § 407 Abs.1 BGB, zu verzichten, um stattdessen an seinen Gläubiger das ihm Geschuldete zu leisten und sich nachher den nichtberechtigten Drittleistungsempfänger mit der *condictio indebiti* des § 812 BGB vorzunehmen. Muß man aber diese Wahlmöglichkeit als ein eigentliches Vermögensrecht betrachten oder lediglich als ein *ius mere facultatis*, wie man in Holland sagt? Die Frage ist wichtig beim Konkurs des Solventen und bei dem seines Gläubigers. Man denke an folgende Sachlage. Der Schuldner S hat irrtümlich seinem alten Gläubiger G gezahlt, dessen Forderung aber ohne sein Mitwissen dem Z abgetreten worden ist. Nachher ist der Solvent in Konkurs geraten. Ein schlauer Konkursverwalter kommt jetzt auf die Idee, den Rechtsschutz des § 407 Abs.1 BGB nicht zu beanspruchen, und beabsichtigt die Konkursmasse mit dem Ertrag der *condictio indebiti* zu vergrößern. Dies alles natürlich auf Kosten des Gläubigers, der von dem *concursum creditorum* betroffen wird und mit seiner Forderung ausfällt. Die einzige Möglichkeit des Gläubigers, den Konkursverwalter zu überlisten, besteht in der Genehmigung der Leistung des Solventen. Auf Grund von § 185 BGB wird die Leistung an den nichtberechtigten Leistungsempfänger dem Gläubiger gegenüber im Sinne des § 816 Abs.2 BGB wirksam und verliert der Solvent demzufolge seine Leistungskondition. Es wird ihm also auf diese Weise seine Wahlmöglichkeit genommen.

Es ist bemerkenswert, daß die Motive zum BGB ein ganz anderes Bild zeigen. Es wird z.B. zu den §§ 407 und 408 BGB bemerkt,

„daß der Schuldner, der ohne Kenntnis vom Gläubigerwechsel oder von der früheren Uebertragung an den früheren Gläubiger oder an denjenigen, der ihm gegenüber durch einen späteren Uebertragungsakt ... als Gläubiger bestimmt ist, eine Leistung behufs Erfüllung bewirkt, vom früheren Gläubiger usw. nicht kondizieren kann, obwohl an einen Nichtgläubiger geleistet ist. Denn im Sinne des Gesetzes, welches sagt, der Schuldner werde unter den gedachten Voraussetzung durch die Leistung an den Nichtgläubiger befreit, ist hier ... der Empfänger trotz seines mangelnden Gläubigerrechts als Gläubiger anzusehen“<sup>39</sup>.

Hier ist nicht die Rede von einer Wahlmöglichkeit, geschweige denn einem Wahlrecht. Das ehemalige Reichsgericht hat aber die Ansicht der Motive

<sup>38</sup> Werner Lorenz, in: Staudinger, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch II, §§ 741–822, Berlin, 1994, § 816 Abs.2, Rn.32; Manfred Lieb, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band V, 3. Auflage, München, 1997, § 816 Abs.2 BGB, Rn.63 und auch Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, 2. Halbband, München, 1994, II § 69 3 d. Namentlich sind noch zu erwähnen Wulf-Henning Roth, Ist eine Genehmigung nach § 816 II BGB möglich?, Juristenzeitung 1972, 150–153 und Wilhelm Weimar, Zweifelsfragen bei Leistung eines gutgläubigen Schuldners an den Zedenten, Juristische Rundschau 1966, 461.

<sup>39</sup> Benno Mugdan, Die gesammten Materialien zum BGB, Band II, Berlin, 1899, S.74.

abgelehnt und dem Schuldner eine Wahlmöglichkeit zugesprochen, indem es die Kondiktion des Schuldners für zulässig erklärte. Ich zitiere aus den Gründen:

„[D]ie Ansicht der Motive muß allgemein abgelehnt werden; sie findet im Gesetze keinen Boden. Dem Gesetz entspricht nur die Lehre, die streng daran festhält, daß die Vorschriften der §§ 407, 408 bloße Schutzvorschriften zugunsten des Schuldners sind. [...] Aber auch Gründe der Billigkeit und der Zweckmäßigkeit sprechen für die Zulässigkeit der Kondiktion, da dem Schuldner, der in Unkenntnis von der Abtretung dem Zedenten, bzw. dem späteren Zessionar zahlte oder versprach, unter Umständen daran gelegen sein kann, statt dessen dem Zessionar, bzw. dem ersten Zessionar leisten zu dürfen. Das tritt besonders deutlich zutage, wenn der wirkliche Gläubiger in Konkurs oder Vermögensverfall geraten ist und der Schuldner eine aufrechnungsfähige Gegenforderung gegen ihn hat. Hier besitzt der Schuldner in der Möglichkeit der Aufrechnung eine Deckung für seine Gegenforderung, die man ihm durch Versagung der Kondiktion gegen dem Empfänger ohne jeden sachlichen Grund entziehen würde.“<sup>40</sup>

Es fragt sich jetzt, ob der Berechtigte in der Lage ist, seinem Schuldner diese Wahlmöglichkeit zu nehmen, indem er die Leistung des Schuldners an den nichtberechtigten Leistungsempfänger genehmigt. Die Frage wurde vom Bundesgerichtshof bejaht und zwar sogar in dem Sinne, daß die Genehmigung schon als konkludent in der Geltendmachung von Bereicherungsansprüchen gegen den nichtberechtigten Leistungsempfänger gelegen angenommen wird<sup>41</sup>.

Die Auffassung des Bundesgerichtshofes ist zunehmender Kritik ausgesetzt<sup>42</sup>. Die Kritik konzentriert sich auf die Stellung des Berechtigten im Konkurs des Schuldners und beruht auf folgenden Betrachtungen: Wenn der Berechtigte (meistens ein Zessionar) die Möglichkeit hätte, sich im Falle der Insolvenz des Schuldners durch nachträgliche Genehmigung der Leistung des Schuldners die Wirksamkeit dieser Leistung im Sinne des § 816 Abs.2 BGB zu erwirken, und damit die Möglichkeit hätte, der Konkursmasse die Kondiktion gegen den nichtberechtigten Leistungsempfänger zu entziehen, scheint er sich damit hinsichtlich der anderen Konkursgläubiger, die mit ihren Forderungen zumindest zum Teil ausfallen, zu begünstigen. Er hat sich ja zu Lasten der Konkursmasse, der die Kondiktion gegen den nichtberechtigten Dritten genommen worden ist, einen neuen solventen Schuldner verschafft. Wenn diese Bedenken gegen die Ansicht des Bundesgerichtshofes berechtigt wären, müßten sie zwangsläufig zu der Schlußfolgerung führen, daß der Berechtigte dadurch hinsichtlich den anderen Konkursgläubigern ungerechtfertigt bereichert worden ist und deshalb dem Bereicherungsanspruch des § 812 BGB ausgesetzt ist. Dann aber erhebt sich die Frage ob, – und wenn ja inwieweit – ein Gläubiger, der, wie Paulus sagen würde, *suum recipit*, durch die Entgegennahme einer ihm geschuldeten Leistung ohne Grund bereichert

<sup>40</sup> Urteil vom 21.10.1913, Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ) 83, 188.

<sup>41</sup> Urteil vom 28.5.1969, BGHZ 52, 150, und BGH 6.4.1972, Neue Juristische Wochenschrift 1972, 1197.

<sup>42</sup> Siehe oben (Fn.38).

worden sein kann. Mir kommen die Bedenken gegen die Ansichten des Bundesgerichtshofes etwas einseitig vor und zwar, weil sie zu sehr das Interesse des Schuldners betonen. Es gibt aber auch noch den Gläubiger. Man sollte bedenken, daß der Schuldner sich schon im guten Glauben und *solvendi animo* einer Leistung *entledigt hat*, die natürlich, wenn sie nicht dem nichtberechtigten Dritten, sondern dem berechtigten Gläubiger zugewendet worden wäre, auch beim nachträglichen Konkurs des Solventen den Konkursgläubigern gegenüber wirksam gewesen wäre. Die Kritik scheint mir außerdem eine merkwürdige Konsequenz zu haben für das Verhalten eines Konkursverwalters, denn sie impliziert, daß der Konkursverwalter in Fällen wie dem unseren grundsätzlich auf den Schuldnerschutz zu verzichten hätte, und zwar weil er sonst der Konkursmasse den Ertrag einer Kondiktion entziehen würde. Wie dem auch sei, ich werde zur Unterstützung der Ansicht des BGH noch ein Argument hinzufügen, das deutschen Zivilisten wohl unbekannt sein dürfte, und zwar ein rechtsvergleichendes.

Der niederländische Gesetzgeber, der sich mehr als vierzig Jahre mit dem neuen Zivilgesetzbuch auseinandergesetzt (bzw. herumgeschleppt) hat, hat sich bei der Einführung der neuen Regreßklage des Art. 6:36 BW all die Fragen gestellt, die die deutschen Zivilisten beschäftigen. Er ist sich zwar der besonderen deutschen Problematik nicht bewußt gewesen, hat aber dazu Stellung bezogen. In den Motiven wird die Frage erörtert, ob die Regreßklage des Gläubigers gegen den nichtberechtigten Leistungsempfänger davon abhängig ist, daß der Schuldner den Rechtsschutz des Art. 6:34 BW in Anspruch genommen hat. Ich zitiere aus den Motiven:

„Der wahre Berechtigte kann sich der Regreßklage [des Art. 6:36] auch dann bedienen, wenn der Schuldner den Rechtsschutz [des Art. 6:34] noch nicht in Anspruch genommen hat“<sup>43</sup>.

Ich entnehme dieser Bemerkung ebenfalls die Ansicht, daß es ebensowenig einer Genehmigung bedarf, um die Regreßklage erheben zu können. Damit steht jetzt fest, daß im heutigen niederländischen Recht nicht mehr die Rede sein kann von einem *Wahlrecht* des gutgläubig leistenden Schuldners<sup>44</sup>. Er kann für sich den Rechtsschutz des Art. 6:34 BW beanspruchen, aber es ist ihm grundsätzlich unmöglich, die Rückgriffsmöglichkeit seines Gläubigers zu beeinträchtigen, indem er stattdessen die Leistungskondiktion erhebt. In diesem Interessenkonflikt wird dem Gläubiger der Vorzug gegeben. „Diese Lösung ergibt“, so die Motive, „eine vernünftige Beurteilung der Interessenlagen“<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 6, Deventer, 1981, S. 168.

<sup>44</sup> Derselben Ansicht ist *H. Wammes*, *Betaling aan een onbevoegde*, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registerwezen* n. 6004 (1991) 293–298. Siehe auch *M.W. Scheltema*, *Onverschuldigde betaaling*, Deventer, 1997, S. 88–92.

<sup>45</sup> Parlementaire Geschiedenis (Fn. 43).