

# Die Konfusion: Schuldtilgungsgrund oder nur Ausschluss der Klagbarkeit?

– Zur Vornahme der Erfüllung mit sich selbst –

ANDREAS WACKE\*

*Übersicht:* I. Die Anlassfälle. – II. Das eigene Programm. – III. Terminologie. – IV. Begründungen für die Erlöschenswirkung. – V. Die Konfusionsfolgen nach dem BGB. – VI. Eigener Lösungsansatz. – VII. Rechtsgeschäftliche Erfüllungsvornahme mit sich selbst *versus* automatischer Erlöschenswirkung. – VIII. Die Konfusion bei der Bürgschaft. – IX. Ergebnisse. – X. Wichtige Literatur.

## I. DIE ANLASSFÄLLE

1. Zwei Urteile des Bundesgerichtshofs veranlassen mich, die Lehre von der Konfusion von Schuldverhältnissen infolge Zusammenfalls von Gläubiger und Schuldner in diesem Beitrag zu Ehren meines ehemaligen Tübinger Lehrers Dieter Medicus nochmals aufzugreifen und einer kritischen Revision zu unterziehen. In beiden Fällen geht es um die – vom 5. Zivilsenat verneinte – Durchsetzbarkeit eines Anspruchs aus § 888 BGB gegen den vormerkungswidrigen Dritterwerber, nachdem der vorgemerkte Gläubiger den durch die Vormerkung gebundenen Schuldner erbt. Die Sachverhalte gebe ich hier vereinfacht und auf das Wesentliche reduziert wieder.

Im ersten Fall<sup>1</sup> hatte der durch eine Vormerkung Geschützte redlich ein Grundstück von einem Bucheigentümer gekauft. Vor der Eigentumsumschreibung auf den Käufer wurde das Grundbuch berichtigt und anstelle des Verkäufers der ursprünglich Berechtigte als Eigentümer eingetragen. Die nachträgliche Bewilligung der Grundbuchberichtigung durch den Buchberechtigten steht anerkanntermaßen einer Verfügung gleich, die gemäß § 883 Abs. 2 BGB dem vorgemerkten Gläubiger gegenüber unwirksam ist.<sup>2</sup> Vom zwischenzeitlich eingetragenen Eigentümer kann der vorgemerkte Gläubiger darum analog § 888 BGB die Zustimmung zu seiner eigenen

\* Dr. jur., Dr. h. c., Dr. h. c., LLD h. c., emeritierter ordentlicher Professor für Römisches Recht, Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht. e-mail: [Andreas.Wacke@uni-koeln.de](mailto:Andreas.Wacke@uni-koeln.de)

1 BGH NJW 1981, 447; ausführlich kritisiert von *Wacke* NJW 1981, 1577 ff.; zahlreiche weitere Nachweise bei *MüKo/Wacke* (4. Aufl. 2004) § 886 BGB Rn. 6 Fn. 23.

2 *MüKo/Wacke* § 883 BGB Rn 71.

Eintragung verlangen. Vor der Klageerhebung gegen den vormerkungswidrig eingetragenen Dritten beerbte der Käufer jedoch seinen Verkäufer.

Im zweiten Fall<sup>3</sup> räumte eine Tante über ihr Grundstück ihrem Neffen ein schuldrechtliches, durch Vormerkung gesichertes Vorkaufsrecht ein. Fünfzehn Jahre später veräußerte die Tante kurz vor ihrem Tode das Grundstück an einen Dritten. Ihm gegenüber erklärte der Neffe die Ausübung seines Vorkaufsrechts; gemäß § 888 BGB begehrte er von ihm die Zustimmung zu seiner eigenen Eintragung. Inzwischen war der Neffe jedoch Alleinerbe seiner verstorbenen Tante geworden.

Infolge der Beerbung des Verkäufers durch den Käufer hielt der BGH in beiden Fällen die akzessorische Vormerkung für erloschen. Nach der knappen Begründung des ersten Urteils sei der Zusammenfall von Gläubiger und Schuldner ein anerkannter Erlöschensgrund; die streng akzessorische Vormerkung<sup>4</sup> sei folglich ebenfalls erloschen. Ein gesetzlicher oder ansonsten in der Rechtsprechung anerkannter Ausnahmetatbestand (wie etwa das schützenswerte Interesse eines Dritten) sei nicht ersichtlich.

Zum zweiten Falle meinte derselbe fünfte Zivilsenat, der von der Vormerkung gesicherte, durch den Verkaufsfall bedingte Anspruch sei infolge der Beerbung der Verkäuferin durch den Vorkaufsberechtigten gar nicht entstanden. Jeder Vertragsschluss setze Personenverschiedenheit voraus; mit sich selbst habe der Neffe gar keinen Kaufvertrag abschließen können. Als Erbe seiner Tante hätte der Neffe die Ausübung seines Vorkaufsrechts gemäß § 505 (a. F. = 464 n. F.) Abs. 1 S. 1 BGB jedenfalls sich selbst gegenüber erklären müssen. Da er das Eigentum am Grundstück schon durch Erbgang erwarb, sei der Übereignungsanspruch [sc. als *emptio rei suae*] auf eine unmögliche Leistung gerichtet (§ 306 BGB a. F.). In Ermangelung einer wirksamen Ausübung des Vorkaufsrechts sei die akzessorische Vormerkung folglich gegenstandslos. Als Erbe seiner Tante müsse der Neffe das Grundstück demnach dem Käufer übereignen. Billigkeitserwägungen wie die, die Beerbung des Verpflichteten dürfe für den Vorkaufsberechtigten nicht zu einem Rechtsverlust führen,<sup>5</sup> könnten an diesem Ergebnis nichts ändern. Wie zu entscheiden wäre, wenn die Erblasserin länger gelebt hätte, könne offen bleiben.

3 BGH NJW 2000, 1033 = JZ 2000, 679 m. Anm. *Gebauer/ Haubold*; gegen den BGH ausführlich *Wacke* JZ 2001, 380–388; *ders.* DNotZ 2001, 302–322; MüKo/ *Wacke* § 886 BGB Rn. 6 Fn. 24 mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

4 Die Vormerkung ist freilich nicht strenger akzessorisch als Bürgschaft oder Pfand (gelockert ist die Akzessorietät nur bei der Verkehrshypothek, im Gegensatz zur Sicherungshypothek). Die öfters bezeugende Charakterisierung der Vormerkung als »streng akzessorisch« ist irreführend. Vorgemerkt wird richtiger Ansicht nach die bevorstehende Rechtsänderung. Nachträgliche Änderungen ihrer schuldrechtlichen *causa* (Novation, formgerechte Bestätigung) ohne Änderung des Anspruchsziels sind nach zutreffender neuerer Rechtsprechung des BGH für Bestand und Rang einer eingetragenen Vormerkung unschädlich; s. eingehend MüKo/ *Wacke* § 883 BGB Rn. 11 (streitig).

5 Als beachtliches Wertungsargument angeführt vom OLG Schleswig NJW-RR 1999, 1529; als Vorinstanz hatte es zu Recht gegenteilig entschieden; zustimmend *Wacke* DNotZ 2001, 304 f.

2. Im Schrifttum wurden beide BGH-Urteile mit Recht überwiegend abgelehnt. Der Haupteinwand gegen die Begründung des ersten Urteils ist, dass der Sicherungszweck von Bürgschaft, Hypothek und Pfandrecht gegenüber dem Akzessorietätsdogma vorrangig ist, wie an den Regelungen der §§ 768, 1137, 1211 (je Abs. 1 S. 2), § 254 Abs. 2 InsO (= früher § 193 S. 2 KO, § 82 Abs. 2 VglO) erkennbar.<sup>6</sup> Der vorrangige Sicherungszweck erfordert eine entsprechende Einschränkung der Konfusionsfolgen.<sup>7</sup> Auch eine Vormerkung darf demzufolge erst dann erlöschen, wenn ihr Sicherungszweck vollständig erledigt ist, wenn also außer dem Eigentumserwerb des Vorgemerkten auch sämtliche vormerkungswidrigen Zwischenrechte beseitigt sind. Der verdinglichte vorgemerkte Anspruch geht in seiner Wirkung über den schlichten Eigentumserwerb hinaus. Die erbrechtliche Sukzession befriedigt das Interesse des vorgemerkten Gläubigers nicht vollständig, denn das durch Rechtsgeschäft zu erlangende Eigentum ist von besserer Qualität. Gutgläubiger Erwerb ist nur bei rechtsgeschäftlichen Tatbeständen anerkannt (vgl. nur § 892 BGB). Durch erbrechtliche Sukzession erlangte der Neffe bloß das Eigentum mit allen Belastungen, auch soweit sie seiner Vormerkung gegenüber relativ unwirksam sind. Das ist nicht diejenige Position, die er kraft seiner Vormerkung mittels rechtsgeschäftlicher Verfügung erlangen kann. Der BGH verwechselte die durch Erbgang erlangte Schuldnerposition mit der Gläubigerposition, die Passivseite mit der Aktivseite.<sup>8</sup> Die Konfusion führte hier offenbar zur Konfusion. Gutes Urteilen erfordert jedoch säuberliches Unterscheiden.

Ein dingliches Vorkaufsrecht wäre überdies im ansonsten gleich liegenden Falle (Vereinigung mit dem Eigentum) gemäß § 889 BGB nicht erloschen.<sup>9</sup> Nicht nur Rechte Dritter (wie Nießbrauch oder Pfandrecht) an einer Forderung verbieten demnach ihr Erlöschen bei personeller Vereinigung (wie der BGH meinte; dazu unten IV 1 b), sondern auch ein dem Gläubiger selber zustehendes Vorzugsrecht. Auch Rechte *gegen* Dritte (wie hier der Anspruch aus § 888 BGB auf Verwirklichung des vorgemerkten Anspruchs) müssen von der Konfusion unberührt bleiben.<sup>10</sup> War der vormerkungswidrige Erwerber bereits gemäß § 888 BGB auf Zustimmung verklagt, dann wird der rechtshängige Anspruch nicht etwa hinfällig, wenn der Kläger in diesem Prozess den gebundenen Schuldner beerbt. Das *petitum*

6 *Medicus* Durchblick: Akzessorietät im Zivilrecht, JuS 1971, 497 ff., 500: »Die konsequente Durchführung der Akzessorietät würde hier der Funktion der akzessorischen Sicherungsrechte als Kreditsicherungsmittel genau widersprechen.«

7 Bezüglich der Bürgschaft v. *Lübtow* *Erbrecht* II (1971) 780.

8 Der Gläubiger erhält den geschuldeten Gegenstand nur *pro herede* (weil der Erbe wurde), nicht zwecks Tilgung seines Übereignungsanspruchs (*pro emptore*).

9 MüKo/ *Wacke* § 889 BGB Rn. 2. Da das Vorkaufsrecht dem Neffen hier von vornherein zu einem festen Preis eingeräumt war, konnte es aber nur als schuldrechtliches vereinbart und durch Vormerkung gesichert werden, *Wacke* DNotZ 2001, 318.

10 Bestehen bleibt auch die Haftung aus einer für den gestorbenen Hauptschuldner übernommenen Bürgschaft. Beschränkt der Gläubiger gemäß § 768 Abs. 1 S. 2 BGB seine Haftung als Erbe des Schuldners, dann schützt ihn die Beschränkung auch gegen den Regressanspruch des Bürgen.

des Klägers ist mit seinem Eigentumserwerb – wie gezeigt – keineswegs erledigt.<sup>11</sup> Die durch die Weigerung des Dritten herbeigeführte Verzögerung darf ihm nicht zum Vorteil gereichen.

Auch am erforderlichen Fallvergleich fehlt es im kritisierten zweiten Urteil:<sup>12</sup> Nicht erlöschen würde die Vormerkung, wenn der Vorkaufsberechtigte nur Miterbe wird – weniger wäre also für ihn mehr!<sup>13</sup> Nicht erlöschen würde sie auch, wenn ein beliebiger Dritter die Tante beerbt, wenn der Neffe die Erbschaft vorsorglich mit dem Vorbehalt der Haftungsbeschränkung angenommen oder wenn die Tante die Ausübung seines Vorkaufsrechts noch erlebt hätte. In diesen Fällen setzt sich das Vorkaufsrecht gegenüber dem Drittrecht durch, genau umgekehrt als nach dem Entscheidungsergebnis des BGH im Sonderfalle der Alleinerbschaft. Das ist nicht nur paradox – es ist absurd. Obsiegt hätte der Neffe, wenn er sein Vorkaufsrecht noch zu Lebzeiten der Tante hätte geltend machen können: Wenige Tage entscheiden demnach über den Erfolg oder Nichterfolg seiner Klage,<sup>14</sup> obwohl das Erbrecht bestrebt ist, die Vermögensnachfolge unabhängig vom Zufall des Vor- oder Nachversterbens einzelner Personen auszugestalten.<sup>15</sup>

Ob man einen Kaufvertrag mit sich selbst abschließen könne,<sup>16</sup> stand nicht zur Debatte und war entgegen den veröffentlichten Urteilsgründen nicht zu entschei-

- 11 Erledigt wäre ein Verfahren gegen den Verkäufer, wenn der Vorkaufsberechtigte diesen (und zwar auf Übereignung) verklagt und danach beerbt hätte.
- 12 Trotz des Gebots für den Richter, seine Entscheidung auf den anstehenden Fall zu beschränken, darf er, um Widersprüche und Inkonsistenzen zu vermeiden, Nachbar- und Gegenfälle nicht außer Betracht lassen. Auf der fallvergleichenden Methode beruht zum großen Teil die geniale Leistung der römischen Juristen, namentlich in ihren Quästionenwerken, siehe *Knütel* u. Fn. 87.
- 13 Die Trennung des gesamthänderisch gebundenen Miterbenvermögens vom Eigenvermögen jedes Erben schließt in diesem Falle die Konfusion aus, weil der unteilbare Anspruch aus § 888 BGB gegen den Dritten nur einheitlich festgestellt werden kann. Für eine dem Umfange nach beschränkte Konfusion, wonach der Miterbe-Gläubiger aus seiner Stellung als Mitträger der Schuld ausscheidet, weil insoweit Personenidentität vorliegt (*von Lübtow* Erbrecht II [1971] 1199 ff.; unten IV 4 a), ist hier kein Raum. Schlagen die Miterben aus, darf man dem allein übrig bleibenden vorgemerkten Gläubiger die Durchsetzung seines Anspruchs nicht versagen: *Wacke* DNotZ 2001, 313 f.
- 14 Der »Macht des Schicksals« im Sinne Verdis (eher noch: dem reinen Zufall) räumten die Richter des 5. Zivilsenats allzu großen Einfluss ein. Die Trauer des Neffen über seine etwas zu früh verstorbene Tante mischt sich mit seiner Wut über den letztinstanzlich verlorenen Prozess. Und dies ist keine »Wut über den verlorenen Groschen« (im Sinne Beethovens): Verloren hat er ein Grundstück im Werte von mehreren hunderttausend DM. Sein Anspruch gegen den Käufer auf den von ihm mit der Tante ausgehandelten Kaufpreis verschafft dem Neffen nur einen schwachen Trost, denn Grundstücke sind nicht beliebig käuflich wie vertretbare Sachen, weshalb auch das englische Recht bei Grundstücken ausnahmsweise die *specific performance* gewährt.
- 15 *Wacke* JZ 2001, 384 f.; *ders.* DNotZ 2001, 316 f.
- 16 Zumindest im Hinblick auf die spätere Verselbständigung eines Vermögenskomplexes ist ein Vertragsschluss mit sich selbst anzuerkennen; s. *J. Kohler* Die anfängliche Einheit von Gläubiger und Schuldner, JZ 1983, 13 ff. Ansprüche daraus sind vormerkbar: *MüKo/Wacke* § 886 BGB Rn. 9 a. E. Nach dem Gedanken der Spiegelsymmetrie zwischen Beginn

den. Denn die Ausübung eines Vorkaufsrechts führt zur Vertragsüberleitung ohne erneute Vertragsverhandlung;<sup>17</sup> deshalb bedarf auch die Ausübungserklärung gemäß § 464 Abs. 1 S. 2 BGB keiner Form. Die Beerbung des Verkäufers durch den Vorkaufsberechtigten führt zu dem Schluss, dass er dann seine einseitige Gestaltungserklärung *sich selbst gegenüber* abgibt (dazu unten VII 4). Der BGH scheint dies für unmöglich zu halten. Aber ist dies nicht nur eine ungewohnte Denkschwierigkeit? »Denk unmögliches ermöglichen!« ist eine Devise der praktischen Jurisprudenz.<sup>18</sup> Wegen Verstoßes gegen Denkgesetze darf das Revisionsgericht ein Urteil nicht unüberlegt aufheben; manchmal bedarf ein für unumstößlich gehaltenes Denkgesetz der Revision.

3. Von einer wohlwollenden, an den Parteiinteressen ausgerichteten Interpretation im Sinne des *favor negotii* oder *effet utile* findet sich in den rein deduktiv argumentierenden – und deshalb destruktiven – Urteilsgründen keine Spur.<sup>19</sup> Rein dogmatischen Prämissen zuliebe opferte der BGH wohlerworbene Rechte und schützenswerte wirtschaftliche Interessen. Beide Urteile versagen einem Gläubiger, was ihm gebührt; sie verstoßen gegen eines der obersten Rechtsgebote, gegen das *ius suum cuique tribuere* (Ulpian D. 1,1,10pr.-1). Die Aberkennung des Anspruchs gegen den Nachlass und die Verneinung seiner Drittwirkung gegen vormerkungswidrige Erwerber läuft auf eine *Bestrafung* des Erben hinaus, wie sie das römische Kaiserrecht für den Fall der Erbnunwürdigkeit statuierte.<sup>20</sup> Unser Neffe ließ sich jedoch

und Ende einer Obligation (unten IV 3) lässt sich mit ihrem Nichterlöschen auch ihre anfängliche Existenzberechtigung verteidigen. – Abreden unter Organen oder Behörden desselben Rechtsträgers sind stillschweigend unter der Rechtsbedingung einer späteren Ausgliederung geschlossen. Zu einer Übereinkunft des Ministeriums mit der (damals noch nicht rechtsfähigen) Österreichischen Bundesbahn [ÖBB] siehe *Rummel/ Reischauer* Kommentar zum ABGB (Wien 2002) § 1445 Rn. 1 letzter Abs. Ähnlich konnten unklagbare Vereinbarungen mit einem Gewaltunterworfenen mit dessen Emanzipation oder Freilassung nach römischem Recht zu klagbaren werden, z.B. ein Pachtvertrag mit einem eigenen Sklaven (*servus quasi colonus*).

17 MüKo/ H. P. Westermann (5. Aufl. 2008) § 464 BGB Rn. 1.

18 Vgl. schon *Wacke* JZ 2001, 387. Unter dieses Motto stellte ich meine Dankesrede nach der Überreichung der mir anlässlich meiner Emeritierung gewidmeten Festschrift »Status familiae« (2001). Die Rede befindet sich im Druck in der Zeitschrift *Orbis Iuris Romani* [OIR] 13 (Bratislava 2009). – »Dem Klugen, Weitumsichtigen zeigt fürwahr sich oft Unmögliches noch als möglich«: *Goethe* Faust II (1831) A III Vs 8964. Gleichsinnig *Goethe* am 9. 2. 1821, an den Juristen und Kanzler Fr. v. Müller (Goethes späteren Testamentsvollstrecker): »Um das Unmögliche bis auf einen gewissen Grad möglich zu machen, muss sich der Mensch nur keck mit rastlosem Streben an das scheinbar Unmögliche machen.« – Ähnlich *Fr. Grillparzer* Gedichte (1873): »Das Unmögliche wollen, das Undenkbare denken und das Unsägliche sagen hat stets gleiche Früchte getragen.«

19 Von der gegen das erste Urteil vorgebrachten Kritik (o. Fn. 1) ließ sich das OLG Schleswig als Berufungsinstantz überzeugen (o. Fn. 5); aber der BGH setzte sich damit nicht auseinander.

20 Erbnunwürdigkeit führte außer dem Verlust der Erbenstellung auch zum Verlust etwaiger Ansprüche gegen den Nachlass: Septimius Severus und Caracalla (198–211) nach Ulpian

nichts zu schulden kommen (i. S. d. Erbnwürdigkeitsgründe des § 2339 BGB). Und die irrationale römische Sonderregel<sup>21</sup> wurde vom modernen Recht unter den Erbnwürdigkeitsfolgen nicht rezipiert.<sup>22</sup>

Rechtsgeschäfte sind jedoch auf schonende Weise so auszulegen, dass dem Parteiwillen zum Erfolg verholfen wird. Eine geltungserhaltende Konversion mit diesem Ziel findet sich in einem frühen BGH-Urteil des 4. Zivilsenats von 1953:<sup>23</sup> Der Inhaber einer Lebensversicherung nahm von seiner Versicherungsgesellschaft ein Darlehn auf und trat ihr zur Sicherheit seinen Anspruch aus dem Versicherungsvertrage ab. Die Abtretung einer Forderung an den Schuldner eben dieser Forderung hätte formal wegen Konfusion zu ihrem Erlöschen führen müssen. Der BGH hielt diese Konsequenz für unausweichlich, aber zutreffend für unerwünscht. Denn das Erlöschen hätte den Interessen beider Parteien widersprochen. Ein Verlust der künftig fällig werdenden Versicherungssumme wäre für den Versicherungsnehmer fatal. Und ein Lebensversicherer legt seine Erträge gern durch Kreditgewährung an eigene Kunden an. Kann aber ein Versicherter seinen Anspruch auf künftige Kapitalauszahlung an beliebige Dritte zur Sicherheit abtreten, dann ist nicht einzusehen, weshalb er ihn nicht auch an das Versicherungsunternehmen zedieren könnte, mit dem er langjährig in Geschäftsbeziehung steht, von dem er darum womöglich günstigere Darlehenskonditionen erhält. Zwecks Aufrechterhaltung der Sicherungsabrede und Vermeidung der unerwünschten Konfusionsfolge deutete der BGH die Zession in eine *Verpfändung* um. Die Voraussetzungen für eine Konversion gemäß § 140 BGB sind indessen zweifelhaft,<sup>24</sup> denn die Zession war als solche nicht nichtig, sondern wirksam; nur deren Folgewirkung (Erlöschen gemäß dem herrschenden Konfusionsdogma) war nicht hinnehmbar. Und die Verpfändung einer Forderung an den Schuldner eben dieser Forderung sieht sich denselben gedanklichen

D. 49,14,29,2; Modestin D. 34,9,8; *Kieß* Die confusio im klass. röm. Recht (1995) 132 ff. Restitution gegen die Konfusionswirkung wurde nämlich nur nach Billigkeit gewährt, welche sich ein Erbnwürdiger wegen seines *dolus* verscherzt hatte: *Kretschmar* Theorie der Confusion (1899) 144 f.

- 21 Es erscheint willkürlich, dass ein unwürdiger Erbe, der zufällig zugleich Nachlassgläubiger war, durch den Verlust seiner Forderung härter bestraft wurde als ein gewöhnlicher Erbnwürdiger. Damit wurden ihm nicht nur Vorteile vorenthalten sondern überdies eigene Rechte aberkannt. Konnte er durch Nichtantritt der Erbschaft den Forderungsverlust vermeiden? Da die *confusio* erst mit Erbschaftsantritt eintrat (D. 46,3,95,2), ist die Frage für Außenerben zu bejahen. Und gewaltunterworfenen Hauserben hatten wegen eigener unklagbarer Ansprüche gegen den Hausherrn ohnehin kein Absonderungsrecht.
- 22 Gegen deren Rezeption *Kretschmar* (Fn. 20). Übernommen wurde der Sonderrechtssatz einzig in das stark romanistisch gefärbte baltische Gesetzbuch, Art. 2876; *Fabricius* (u. Fn. 32) 67 (rechts).
- 23 BGH NJW 1953, 1865 = VersR 1953, 469; dazu *Doerstling* NJW 1954, 1429 ff. Er hielt das Konfusionsdogma für dispositiv. Das Urteil betraf primär Umstellungsfragen nach der Währungsreform von 1948.
- 24 *Kollhoser/ Jansen* JA 1988, 307; *Gernhuber* Die Erfüllung und ihre Surrogate (2. Aufl. 1994) § 19,6 S. 425 f. m. Fn. 27.

Schwierigkeiten ausgesetzt wie eine Sicherungszession an ihn.<sup>25</sup> Richtiger Ansicht nach sind Zession und Verpfändung an den Schuldner jedenfalls unter den hier vorliegenden Voraussetzungen unbedenklich, nämlich wenn die Forderung (hier auf Auszahlung der angesparten Versicherungssumme) noch nicht fällig ist (dann wäre ja auch keine Aufrechnung gegen den Anspruch auf Darlehnsrückzahlung zulässig),<sup>26</sup> und wenn sie (im Falle der Abtretung) nur zur Sicherheit (also fiduziarisch, mit der Pflicht zur Rückübertragung) erfolgt.<sup>27</sup> Bloß vorübergehende Subjektsvereinigung führt nämlich nicht zum Erlöschen des Rechtsverhältnisses.<sup>28</sup>

Inzwischen nachgiebiger geworden, rückte denn auch der 4. Zivilsenat von dem Urteil von 1953 und der dort vorgenommenen Umdeutung in eine Verpfändung ab. Nach dessen neuerer Rechtsprechung müsse eine Konfusion nicht zwingend zum Erlöschen der Forderung führen. Diese Rechtsfolge sei weder gesetzlich vorgeschrieben noch logisch zwingend.<sup>29</sup> Vielmehr sei vom Fortbestehen der Forderung auszugehen, wenn dies nach der Interessenlage der Parteien geboten erscheine.<sup>30</sup> – Die generalklauselartige Weite dieser vagen Formulierung bedarf freilich der Präzisierung durch einschränkende Kriterien (bes. der nur einstweiligen rechtsgeschäftlichen Subjektsvereinigung). Mit seiner (im Ergebnis billigenwertigen) jüngeren Rechtsprechung machte sich der vierte Zivilsenat, wie es scheint, die Problemlösung zu einfach. Dessen bemerkenswerte Abkehr vom zwingenden Charakter der Konfusion hat der fünfte Senat in seinem späteren zweiten Urteil (o. Fn. 3) überdies nicht berücksichtigt. Die Frage wäre dem Großen Zivilsenat vorzulegen gewesen.

25 *Alfred Thal* Die Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit beim Pfandrecht an Forderungen (1905).

26 Vgl. unten Fn. 125. Auch der *dolo petit*-Einwand versagt, wenn der Kläger kein *statim redditurus* ist. – Kann der Versicherungsnehmer das vor dem Versicherungsfall fällig werdende Darlehn nicht zurückzahlen, muss zwecks Aufrechnung entweder das Darlehn gestundet oder die Laufzeit der Lebensversicherung verkürzt werden, um die zeitgleiche Fälligkeit herbeizuführen.

27 *Wimmer* 892. Für Österreich *Rummel/ Reischauer* (o. Fn. 16) § 1445 ABGB Rn. 1 Abs. 2–3. – Im 19. Jh. betrachtete man hingegen eine Zession an den Schuldner als »juristisches Unding«, siehe *Schwedler* 64 ff. Die Ausnahmenvorschriften für den Erwerb von Wechsel oder Scheck durch den Aussteller oder Bezogenen (s. u. Fn. 72) hatten jedoch schon Vorläufer in Artt. 11 und 89 der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung.

28 *Schellen* 76 ff. – *Gernhuber* (Fn. 24) verweist auf § 2175 BGB: Trotz Konfusion erlischt eine Forderung nicht, die der Gläubiger einem Dritten abtreten muss; ebensowenig wenn er aus der Sicherungsabrede zur Rückzession verpflichtet ist.

29 Dem Satz von der mangelnden Bindungs- und Überzeugungskraft der Rechtslogik stimme ich gern zu. Im einschlägigen Schrifttum des In- und Auslands stößt man allerdings fortwährend auf die gegenteilige Ansicht. Was die Rechtslogik gebietet, darüber bestehen in unserem Falle selbst unter den Senaten des BGH unterschiedliche Ansichten. Die hier niedergeschriebenen Zeilen verstehen sich auch als ein Beitrag zur Entmythologisierung der Bedeutung der Logik für das Recht.

30 BGH NJW 1995, 2287, 2288; BGH NJW-RR 1999, 1406, 1407. Zust. *Piotet* FS E. A. Kramer (2004) 612.

## II. DAS EIGENE PROGRAMM

Dass das bislang herrschende Konfusionsdogma interessenwidrig ist, weil es zur Frustration abgeschlossener Rechtsgeschäfte führt, im Verein mit dem Akzessorietätsdogma Sicherungsrechte zerstört, dem Zufall personeller Vereinigungen allzu großen Einfluss einräumt und letztlich eine Vernichtung wirtschaftlicher Werte zur Folge hat, dürfte deutlich geworden sein. Deshalb ist es aufzugeben. Das Postulat nach seiner Abschaffung sieht sich allerdings schwerwiegenden Einwänden ausgesetzt.

Das Erlöschen von Verbindlichkeiten infolge des Zusammenfalls von Gläubiger und Schuldner<sup>31</sup> ist in zahlreichen europäischen Kodifikationen<sup>32</sup> und darüber hinaus auch in solchen anderer Kontinente – von Chile über Georgien bis Japan<sup>33</sup> – festgeschrieben; auch das englische Recht folgt dem dort ungeschriebenen Grundsatz des *common law* (*merger of rights*).<sup>34</sup> Es handelt sich demnach um ein ehernes »Weltrechts«-Prinzip. Schon das klassische römische Recht erklärte es (wie es scheint, unbestritten)<sup>35</sup> zum Bestandteil des *ius civile*,<sup>36</sup> und an dessen Geltung hat

- 31 Oder der Beerbung von Gläubiger und Schuldner durch einen Dritten. Ein Beispiel bildet C. 8,43(42),2 (*anno* 232 n. Chr.): Sukzedierte der Fiskus sowohl dem Gläubiger als auch dem Schuldner, wird der Bürge befreit. Getrennte Kassenstellen des Fiskus (*diversae stationes*) hindern dies nicht (abweichend für die Aufrechnung § 395 BGB). Ebenso C. 8,41,24 (*anno* 294): ... *si idem utrisque succedat* ...
- 32 Vorzüglicher rechtsvergleichender Überblick bei *Fabricius* Art. Konfusion, in: Schlegelbergers Rvgl. Hwb 5 (1936) 66–71. Spanischer Código civil Artt. 1156, 1192–1194; italienischer Codice civile Artt. 1253–1255. Die Vorschriften der deutschsprachigen Gesetzbücher unten Fn. 62.
- 33 Chilenischer Código civil von 1855 Artt. 1665–1669; argentinischer Código civil Artt. 862–867 (in der annotierten Ausgabe von *R. de Zavalía* Buenos Aires 1989, mit rechtsvergleichenden Hinweisen); brasilianischer Código civil (in Kraft seit Januar 2003) Artt. 381–384 (unverändert übernommen aus dem älteren Código civil von 1912, Artt. 1049–1052); Guatemalas Código civil von 1966, Artt. 1495–1500; japanisches BGB Art. 520 (ich benutze die mit rechtsvergleichenden Hinweisen annotierte spanische Übersetzung von *R. Domingo/ N. Hayashi* Madrid/ Barcelona 2000). – Art. 452 des ansonsten sehr stark vom BGB beeinflussten modernen Zivilgesetzbuchs Georgiens vom 25. Nov. 1997: »Das Schuldverhältnis erlischt, wenn der Gläubiger und der Schuldner in einer Person zusammenfallen.« Erbrechtliche Sondervorschriften über das Wiederaufleben erloschener Forderungen enthält das knappe Zivilgesetzbuch Georgiens in seinen insgesamt 1520 Artikeln soweit ersichtlich nicht.
- 34 *Fabricius* (Fn. 32) 66 (links). *Merger* = Fusion, Verschmelzung, Aufgehen, Konsumption. Zum römischen Recht siehe *Daube*, Sale of Inheritance and Merger of Rights, *SZ* 74 (1957) 234–315 = *Daube* Collected Studies in Roman Law I (1991) 649 ff.
- 35 Zusammenfassend *Kieß* (Fn. 20) 190.
- 36 Pomponius D. 46,3,107: ... *civiliter (resolvitur obligatio) veluti acceptilatione vel cum in eandem personam ius stipulantis promittentisque devenit*. O. Karlowa, der seine monumentale Darstellung des römischen Privatrechts strikt in den Dualismus zwischen *ius civile* und *ius honorarium* unterteilt (Römische Rechtsgeschichte II, Leipzig 1901), behandelt die *confusio* dementsprechend unter den zivilrechtlichen Erlöschensgründen S. 825 und hält sie für sehr alt. Aus der Zusammenstellung mit dem Erlass (*acceptilatio*) schließt

sich im Laufe der zweitausendjährigen Geschichte nicht viel geändert.<sup>37</sup> Am Erlöschen akzessorischer Sicherheiten wurde auch bis zum ersten der erwähnten BGB-Urteile von 1980 soweit ersichtlich nie gezweifelt. Dieses Urteil zwingt jedoch zu einem Umdenken. In der Tat ist es schwer begreiflich, weshalb infolge der Beerbung durch den Gläubiger auch ein vom Schuldner bestelltes Pfandrecht oder der Direktanspruch aus einer von ihm abgeschlossenen Haftpflichtversicherung erlöschen soll.<sup>38</sup> Kaum zu rechtfertigen ist es, dass eine Forderung mit dem Erbanfall sofort erlöschen soll, schon bevor der Gläubiger den Schuldbetrag dem angefallenen Schuldnervermögen tatsächlich entnommen hat (und ohne dass sichergestellt ist, ob er ihn überhaupt voll entnehmen können). Von den Vormerkungsfällen sowie von den gesetzlichen und *praeter legem* entwickelten Ausnahmen ausgehend (somit von den Randbereichen zum Kernproblem vorstoßend) ist es mein Ziel, die traditionelle Konfusionslehre auf ein neues Fundament zu stellen.

Die Unmöglichkeit der Koexistenz von Gläubiger und Schuldner in einer Person ist kein übermenschliches Naturgesetz. Entgegen einer häufig wiederholten Behauptung ist die Personenverschiedenheit auch keine der Rechtsordnung vorgegebene Denknötwendigkeit für das Bestehenbleiben einer Obligation.<sup>39</sup> Ebenso wenig geht es hier um ein ausgedachtes Übungsexempel für Rhetorikstudenten.<sup>40</sup> Zur

*Karlowa*, dass sich Pomponius die Aufhebung der Obligation »nicht als eine satisfaktionsmäßige Befriedigung des Gläubigers denkt.« – Übersichten über die Erlöschensgründe nach Zivil- und Amtsrecht einschließlich der *confusio* bringen neuerdings *T. Giménez Candela Estudios en homenaje al prof. J. Iglesias III* (Madrid 1988) 1315–1340 (1322 f.) und *F. Hernández-Tejero* in: *Derecho romano de obligaciones, Homenaje J.-L. Murga* (Madrid 1994) 179–223 (212 f.).

- 37 Zur Dogmengeschichte *Wesenberg Symbolae Taubenschlag I* (Eos 48,1; Warschau 1956) 553–578; *Gualazzini Art. Confusione, Diritto intermedio, Enciclopedia del diritto* [ED] 8 (1961) 1048 f.
- 38 So zur Haftpflichtversicherung OLG Stuttgart VersR 1952, 318. Gegen ein Erlöschen des Versicherungsanspruchs jedoch OLG Hamm MDR 1995, 695 und die herrschende Lehre: *Schellen* 87 ff.; *Gernhuber* 423 f.; *Wimmer FS Mayer-Maly* (2002) 897 f.
- 39 Diese Konzeption klingt freilich an bei *Kieß* 60: Die einer Wertung entzogene Konfusionswirkung unterliege nicht der Verfügung der Juristen. Für die Römer bildete das Erlöschen der Obligation infolge einer Personenvereinigung die logische, zwangsläufige Folge ihrer Definition. Ähnliche Behauptungen begegnen in der pandektistischen Literatur auf Schritt und Tritt.
- 40 Freilich bildet gerade die Konfusion ein Tummelfeld für argumentative Exerzitien. Zugespielt etwa v. *Lübtow*, *Erbrecht II* (1971) 1201: »Es geht nicht an, den aus zwingenden *logischen* [kursiv im Original] Erwägungen folgenden Satz, daß die Konfusionswirkung eintritt, soweit auf der Gläubiger- und Schuldnerseite Personenidentität vorliegt, aus Billigkeitsgründen zu durchbrechen. Ein begrifflich unmöglicher Rechtszustand kann nicht auf diese Weise zu einem begrifflich möglichen werden.« – Jenseits des menschlichen Denkvermögens gäbe es danach kein Sein. Gegen geistreiche Zuspitzungen dieser Art, vor allem bei *Ernst Wolf* (in Bezug auf das Wesen der Ehe als absolutes oder relatives Recht und damit als Institution oder Vertrag) schon *Wacke, Logische Paradoxien in antiker und moderner Jurisprudenz, FS der RWiss. Fak. zur 600-Jahr-Feier der Univ. Köln* (1988) 325, 360 ff., bes. das Wort von *Ballerstedt JZ* 1974, 726: »Jurisprudenz ist mehr als ein ontologisches Exerzierreglement.«

Aufgabe steht vielmehr die Lösung realer Fälle, wie sie sich im Leben zuweilen zu tragen; freilich um Grenzfälle, an denen sich unser juristisches Instrumentarium zu bewähren hat. Zu ihrer Bewältigung bedarf es der Überwindung einer menschlichen Denkschwäche, weil eine »Verbindlichkeit gegen sich selbst« unser Vorstellungsvermögen strapaziert. Dass mit dem Zusammenfall von Schuldner und Gläubiger das *vinculum iuris* (als Lichtbogen zwischen zwei Polen oder Gummiband zwischen zwei Haltepunkten gedacht)<sup>41</sup> zusammenbreche<sup>42</sup> oder -schrumpfe, ist freilich naives Rechtswirkungsdenken. Die Abkehr von dieser Vorstellung nenne ich »verfeinertes Rechtswirkungsdenken«.<sup>43</sup>

Keiner der zahlreichen mit dem Thema befassten Autoren fragte sich nämlich konkret, was im Falle der Beerbung eines Schuldners durch den Gläubiger wirklich geschieht. Feststeht nur, dass wegen des zivilprozessualen Zweiparteiensystems und der Unzulässigkeit von Insichprozessen der Gläubiger dann nicht gegen sich selbst klagen kann.<sup>44</sup> Doch ist sein Interesse mit dem Erbanfall noch nicht befriedigt, das Schuldnervermögen noch nicht von seiner Verbindlichkeit befreit. Die Annahme des Erlöschens schon mit dem bloßen Erbanfall ist darum verfrüht. Erforderlich ist überdies noch eine Vermögensbereinigung; sie setzt eine Abrechnung voraus, welche der Erbe vorzunehmen hat. Bis zu diesem Zeitpunkt bleiben die wechselseitigen Verbindlichkeiten als unklagbare Rechnungsposten – eben als Naturalobligationen – bestehen. Bestehen bleiben folglich auch die für sie bestellten akzessorischen Sicherheiten. Klar erkannte dies bereits der geniale spätclassische römische Jurist Julius Paulus mit seiner zutreffenden Aussage: *remanet propter pignus naturalis obligatio* (D. 36,1,61pr.; unten VI 3).

Die Konfusion ist nach meiner im Folgenden zu begründenden These weder ein Erfüllungssurrogat noch ein eigenständiger Erlöschensgrund.<sup>45</sup> Die Konfusion bereitet die Schuldtilgung nur vor und erleichtert sie, indem sie den Gläubiger-Schuldner instand setzt, durch buchungsmäßige Liquidation sich selbst zu befriedi-

41 Inst. 3,13pr.; vgl. Modestin D. 44,7,54. *G. Falcone* *Obligatio est iuris vinculum* (Torino 2003); ausführlich rezensiert von *A. Burdese* *Iura* 54 (»2003«, aber 2007) 216–226. Ferner *Wacke*, Übertragbarkeit des *iuris vinculum* mittels Zession? in: *Iuris vincula*, Studi in onore di M. Talamanca 8 (Napoli 2001) 333–380

42 Von einem »Zusammensturz der Obligation« spricht *Karlowa* (Fn. 36) 826.

43 *Wacke* Das Rechtswirkungsdenken: Ursprünge, Leistungsfähigkeit und Grenzen, FS H. Holzhauser (Bielefeld 2005) 367–394, 391 f. Ein bekanntes Beispiel für verfeinertes (»raffiniertes«) Rechtswirkungsdenken ist *Theodor Kipps* Lehre von den Doppelwirkungen, wonach auch ein *ipso iure* nichtiges Rechtsgeschäft (wegen der weitergehenden Wirkungen der Anfechtung) noch angefochten werden kann.

44 Vgl. näher unten VI 2. Aus einer Eigentümergrundschuld kann deswegen der Eigentümer nicht gegen sich selbst die Zwangsvollstreckung betreiben, § 1197 Abs. 1 BGB. Verboten wird ihm damit vor allem ein (missbräuchliches) Abschütteln nachrangiger Grundstücksbelastungen. Eine Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung ist zulässig; ihre Ausübung ruht aber während der personellen Vereinigung, BGHZ 64, 316. Drittrechte an der Grundschuld sind vom Vollstreckungsverbot nicht betroffen.

45 Ähnlich im Ergebnis *Schellen*. Anders für das römische Recht *Kieß* § 16.

gen bzw. sich selbst zu befreien.<sup>46</sup> Der Erbe kann die ihm gebührende Leistung durch zulässiges Insihgeschäft dem ihm angefallenen Nachlass entnehmen. Insofern übernimmt der Erbe die Rolle des Verstorbenen, den er bei dieser Sonderform der Übergabe (auf der Veräußererseite) und bei der Einigungserklärung zugleich repräsentiert. Aber erst mit dieser Entnahme ist der Gläubiger befriedigt und die Schuld getilgt; mit dem bloßen Vermögensanfall entfällt während der Zwischenphase nur die Klagbarkeit.

Auf einschlägige Vorarbeiten kann ich für meine Beweisführung zurückgreifen und ergänzend verweisen: außer meiner veröffentlichten Kritik an den beiden erstgenannten BGH-Urteilen (o. Fn. 1 und 3) vor allem auf meine ausgreifende rechts-historische Untersuchung, ob erbrechtliche Sukzession als Persönlichkeitsfortsetzung aufzufassen sei.<sup>47</sup> Gestützt auf einzelne periphere Konstitutionen aus Justinians Gesetzgebung, besonders auf seine Novelle 48 vom Jahre 537, deutete die ältere Lehre des Gemeinen Rechts die Erbfolge als Fortsetzung der Persönlichkeit des Verstorbenen. Diese jahrhundertlang als Grundregel des Erbrechts aufgefasste Konzeption schwächte die jüngere Lehre des *ius commune* dahingehend ab, dass der Erbe nur als Repräsentant des Toten anzusehen sei.<sup>48</sup> Der richtige Kern dieser jüngeren Lehre erleichtert die Vorstellung, dass die Rechtsstellung des Toten nicht sofort mit dem Erbfalle verdrängt wird, sondern bis zur Liquidation seines Nachlasses fortlebt; bei dieser Liquidation nimmt der Erbe in einer Doppelrolle seine eigene Position und die seines Rechtsvorgängers in Personalunion wahr. Die Figur des Erblassers schlägt der Erbe mit anderen Worten nicht sogleich mit dessen Ableben aus dem Brettspiel, sondern der Erbe besetzt vorübergehend zugleich dessen Spielfeld – bis beide Figuren miteinander verschmelzen oder aber (wie in Fällen nachträglicher Vermögenstrennung) der Erbe ausnahmsweise das zusätzlich besetzte Feld des Toten wieder räumt.<sup>49</sup> Der hilfreiche Gedanke der vom Erben in Personalunion wahrzunehmenden Doppelrolle als gleichzeitiger Repräsentant des Verstorbenen bei der Nachlassliquidation ist im umfangreichen Schrifttum der letzten hundert Jahre über die Konfusion soweit ersichtlich nicht präsent.

46 Siehe schon *Wacke* DNotZ 2001, 312, 319. Anders insoweit noch Schellen. Meiner Konzeption nahestehend jedoch schon *Jos. Kohler*, Lehrbuch des Bürgl. Rechts II 1 (1906) 221 f., angeführt bei *von Lübtow* II 772 Fn. 13.

47 *Wacke* SZ 123 (2006) 197–247.

48 Kodifiziert in Bayerns Codex Maximilianus von 1756 (Art. III 1 § 6) und (noch geltend) in Österreichs ABGB § 547: *Wacke* SZ 123, 238 ff.

49 Die Wichtigkeit der Veranschaulichung im Recht illustrierte *Medicus* beispielhaft in seinen Beiträgen »Modellvorstellungen im Schuldrecht«, FS Felgenträger (1969) 309–322 und »Zivilrecht verständlich machen«, in: B. Töpfer (Hrsg.), *Wie würden Sie entscheiden?*, FS G. Jauch (1990) 139–147. Auf seiner Gabe, komplizierte Dinge einfach darzustellen, beruht der phänomenale Erfolg seiner zahlreichen Lehrbücher.

## III. TERMINOLOGIE

1. Im Anschluss an das römisch-gemeine Recht unterscheidet die europäische Rechtslehre zwischen sachenrechtlicher Konsolidation und schuldrechtlicher Konfusion.<sup>50</sup> *Consolidari (cum proprietate)* bedeutet im klassischen Rechtslatein das Erstarren zum Volleigentum mit dem Wegfall eines darauf lastenden beschränkten dinglichen Rechts,<sup>51</sup> wenn also der Eigentümer eine Dienstbarkeit, den Nießbrauch oder ein Pfand hinzuerwirbt oder umgekehrt. *Solida proprietas* heißt nämlich in den Quellen das unbelastete Eigentum.<sup>52</sup> Im Grundstücksrecht entschied sich das BGB jedoch im Anschluss an die Hypothekengesetze des 19. Jh. mit § 889 für die Preisgabe des römischen Grundsatzes *nulli res sua servit*.<sup>53</sup> An beweglichen Sachen erlöschen freilich nach wie vor mit der Subjektsvereinigung Nießbrauch und Pfand, es sei denn, dass der Eigentümer an deren Fortbestand (besonders zwecks Rangerhalts eines anderen Rechts) ein Interesse nachweist (§§ 1063, 1256 BGB). Die römischen Juristen behalfen sich auch bei Grundstücken mit einer Pflicht zur Neubestellung der erloschenen Belastung aus Billigkeitsgründen.<sup>54</sup> Den praktischen Bedürfnissen mag dies in vielen Fällen genügt haben. Wegen der damit verbundenen Rangverluste war das aber nur eine Verlegenheitslösung.

- 50 Von den römischen Quellen wird die Unterscheidung noch nicht konsequent durchgehalten. Den Begriff *consolidatio* verwenden erst die Spätklassiker Ulpian und Tryphonin: *Kieß* 199 ff. – Nicht unterschieden werden die Begriffe offenbar in den Niederlanden. Vgl. *J. E. Jansen*, »Konfusion über die Konfusion« (auf holländisch), in: Groninger Opmerkingen en Mededelingen 24 (2007) 73–99. Jansen 76 übersetzt *consolidatio* in Inst. 2,3,4 mit »vermenging«. Den Begriff »Konfusion« bezieht er auch auf Sachenrechte und untersucht das Schicksal beschränkter dinglicher Rechte (unter Einbeziehung der Pandektenlehre) nach dem Untergang ihres Gegenstandes gemäß art. 3:81 lid 3 im neuen Burgerlijk Wetboek (entspr. § 949 BGB).
- 51 D. 23,3,78,2. In den Quellen nur bezüglich des *usufructus* verwendet: *Heumann/ Seckel*, Handlexikon s. v. Bei Servituten sprechen sie von *confundere*. In der Konsolidation sieht man darum eine Unterart der Konfusion: *Heimbach* Art. Confusio, Weiskes Rechtslexikon III (1844) 19.
- 52 Javolen D. 38,2,35; Paulus D. 39,3,9,2.
- 53 Über Entstehungsgeschichte und Normzweck siehe MüKo/ Wacke § 889 BGB Rn. 1; *Wieling* Sachenrecht I (2. Aufl. 2006) 18 f.
- 54 Paulus D. 8,1,18: »Bei allen infolge Erbschaftsantritts erloschenen Dienstbarkeiten werde dem Vermächtnisnehmer die Einrede der Arglist schaden (gab man zum Bescheid), wenn er deren Neubestellung nicht dulden will.« Ein *per damnationem* vermachtetes Grundstück gebührt dem Bedachten nur in dem Zustande, wie es dem Testator zustand, also belastet mit der Servitut zugunsten des herrschenden Grundstücks des Erben (Florentinus D. 30,116,4). Das zufällige Erlöschen der Servitut infolge des Durchgangserwerbs des Erben darf nicht zu dessen Lasten gehen und zur Bereicherung des Bedachten führen; dies verhindert die *exceptio doli*. Beim umgekehrten Erlöschen einer das Erbgrundstück belastenden Servitut erhielt der Legatar eine auf deren Neubestellung gerichtete *actio ex testamento*. Vgl. *Kieß* 52 ff.

2. *Confundere* bedeutet wörtlich-konkret zusammengießen, vermengen (i. S. v. § 948 BGB).<sup>55</sup> Im übertragenen Sinne (abgeleitet vom Adjektiv *konfus*) ist ›Konfusion‹ die Verwirrung, Unordnung.<sup>56</sup>

Uneinigkeit besteht in der Frage (die selten gestellt wird), ob der Rechtsbegriff ›Konfusion‹ nur den Sachverhalt des Zusammenfalls zweier Personen bezeichnet oder überdies die juristische Wirkung (meist das Erlöschen) mit umfasst.<sup>57</sup> Im zweiten Sinne verstehen den Begriff offenbar diejenigen Autoren, welche (seit der Pandektistik) der »echten« Konfusion von Gläubiger und Schuldner eine »unechte« gegenüberstellen, die (wie beim Zusammenfall des Bürgen mit dem Hauptschuldner oder auch mit dem Gläubiger) *kein* Erlöschen der Hauptobligation bewirkt. Bei »unechter« Konfusion vermindert sich nur die Anzahl der beteiligten Subjekte auf der Schuldner- oder der Gläubigerseite.

Der Ausdruck »unechte« Konfusion ist jedoch wenig glücklich.<sup>58</sup> Will man unterscheiden, so spreche man in den Bürgschaftsfällen besser von uneigentlicher, atypischer oder untechnischer Konfusion. Die römischen Quellen kennen eine solche Unterscheidung nicht.<sup>59</sup> Mit dem Wort *confusio* beschreiben die Juristen zuweilen bloß den Tatbestand der Personenvereinigung; zur Bezeichnung der Erlöschenswirkung fügen sie ein Verb wie *extinguere*, *perimere*, *tollere* hinzu.<sup>60</sup> In diesem

55 Die Pandektenlehre unterschied *confusio rerum* und *confusio iurium*; so C. F. Mühlenthal *Doctrina Pandectarum* (ed. nova, Bruxelles 1838) Sachindex p. 711.

56 Vgl. besonders die alttestamentliche Sprachenverwirrung nach dem gescheiterten Turmbau zu Babel, frz. ›*confusion des langues*‹. Spaßig die widersprüchliche Berliner Redensart: »Det muss alles seine jehörige Konfusion haben.« »Der Konfusionsrat« ist der Titel eine Posse von W. Friedrichs (1846). Gleichsinnig ital. *confusionista*, *confusionario*.

57 Das zuvor erwähnte Wort ›Konsolidation‹ bezieht sich auch auf die Rechtswirkung, den Untergang des beschränkten dinglichen Rechts. Ebenso umschreibt der Ausdruck ›Novation‹ sowohl den Tatbestand als auch die Rechtsfolge. Der Eintritt einer Aufrechnungslage unterscheidet sich aber von der Aufrechnungserklärung. – Die Grundfrage, welche Rechtsbegriffe der Tatbestandsseite, welche der Rechtsfolgeseite einer Norm zuzurechnen sind und damit Wirkungen beschreiben, wäre einer generellen Untersuchung wert. Sie hat sich Rudolf Gmür in seiner fundamentalen Monographie über das Rechtswirkungsdenken (Bern 1981; rezensiert u. a. von Medicus, AcP 1985, 1985, 86–91) soweit ersichtlich nicht vorgelegt.

58 Vgl. schon Kretschmar (Fn. 20) 36 f. (mit weit. Lit.); neuerdings Gernhuber § 19 I 2, S. 416 f.; Staudinger/Olzen Rn. 26 a. E. Was soll am Zusammenfall von Bürgen und Hauptschuldner »unecht« sein?

59 Zugespitzt schreibt Kieß 60 Fn. 1: »Die unechte Bürgschaftskonfusion hatte ihre eigenen Kriterien und hat nichts mit der *confusio* im technischen Sinne zu tun.« Aber die römischen Juristen dachten nicht in so starren Kategorien. Die später sogenannte »echte« Konfusion durch Zusammenfall von Gläubiger und Schuldner geht bei den Falldarstellungen in ihren problematischen Schriften mit dem Zusammenfall der beiden anderen Seiten im bürgschaftsrechtlichen Dreiecksverhältnis bunt durcheinander, z. B. in D. 46,3,43 (Echtheitsanzweiflungen bei Kieß 91 wegen seines fragwürdigen systematischen Ansatzes – eine *petitio principii*).

60 Die Ausdrucksweise ist nicht einheitlich; oft wird die Erlöschensfolge subintelligiert: Kretschmar 6 f.; genauer Friedländer Diss. 12. Welcher Sprachgebrauch überwiegt, bedarf hier keiner Überprüfung.

neutralen Sinne, als Tatbestandskennzeichnung ohne Bezug auf eine bestimmte Rechtsfolge, sei auch im Folgenden der Begriff ›Konfusion‹ verstanden.<sup>61</sup>

Das Fremdwort ›Konfusion‹ übersetzten die Gesetzbücher Preußens, Österreichs und der Schweiz als ›Vereinigung‹.<sup>62</sup> Unser BGB spricht in den erbrechtlichen Ausnahmetatbeständen der §§ 1976, 1991 Abs. 2, 2143, 2175, 2377 S. 1 genauer von der »Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung«. Ohne solchen verdeutlichenden Zusatz hat sich das Ersatzwort ›Vereinigung‹ aber bei uns nicht durchgesetzt.<sup>63</sup> In Übereinstimmung mit der Zivilrechtslehre behält auch die neue deutsche Digestenübersetzung das eingebürgerte Fremdwort ›Konfusion‹ bei.<sup>64</sup>

#### IV. BEGRÜNDUNGEN FÜR DIE ERLÖSCHENSWIRKUNG

Als Begründung für die Erlöschungswirkung der (»echten«) Konfusion finden sich im wesentlichen vier Argumente; sie stehen jedoch sämtlich auf schwachen Füßen.<sup>65</sup>

1. »Niemand kann sein eigener Schuldner oder Gläubiger sein.« Ein derartiger Satz steht am Beginn fast jeder herkömmlichen Darstellung über die Konfusion. Die Motive zum 1. Entwurf des BGB heben ebenfalls damit an.<sup>66</sup> Anschließend wird das Prinzip meist mit weiteren Sätzen verdeutlicht oder ausgeschmückt (man spricht etwa von der Unvereinbarkeit disparater Rollen). Die Diversität von Gläubiger und Schuldner begegnet hier konzeptionell als eine Existenzbedingung für Beginn und Ende jeder Obligation. Ein »rapporto giuridico unipersonale« (*Salvatore Pugliatti*), eine »obligation unipersonelle« (*Denis Petot*) erscheint danach – weil eine *contradictio in adiectio* – wie eine Chimäre, ein Homunkulus aus der Alchimistenküche. Mit solch axiomatischen Grundannahmen baut sich die herrschende Lehre jedoch – wie es scheint – einen Popanz auf, der in den meisten Fällen – wie

61 Ebenso *Gebauer/Haubold* JZ 2000, 679 Fn. 1.

62 Preuß. ALR I 16 §§ 476–499 (in den Zwischenüberschriften begegnet freilich wiederholt der Ausdruck *Confusion*); österr. ABGB § 1445; Schweizer OR Art. 118.

63 Wohl auch wegen irreführender Assoziation an die Bildung krimineller oder terroristischer Vereinigungen, §§ 129 ff. StGB.

64 Beispielsweise in D. 18,4,2,18: »Wenn jemand Erbe seines Schuldners wird, dann ist er infolge Konfusion nicht länger Gläubiger.« Die von *Spruit* herausgegebene niederländische Übersetzung spricht hier von »schuldvermenging«.

65 Ein ausführlicher Überblick über die in der Pandektenwissenschaft des 19. Jh. vertretenen Theorien bei *Schwedler* 6–59. Kürzere Hinweise bei *Kieß* 185 ff. Zum modernen deutschen Recht *Schellen* 93 ff.

66 Mugan II (1899) 64. Ausführliche Erörterungen mit umfangreichen Nachweisen, herausgegeben von W. *Schubert* Redaktoren-Vorlagen zum 1. BGB-Entwurf, Schuldrecht I (1980) 1116–1119. Ebenso in obstinater Wiederholung v. *Lübtow* II 770 ff. mit reichen Belegen.

die Erfahrung lehrt – vernünftigen und sachgerechten Lösungen nicht im Wege steht.

a) Mit der vom römischen Recht abweichenden Anerkennung des Vorausvermächtnisses – auch zugunsten eines alleinigen Erben – ist das Dogma vom BGB selbst entzaubert worden.<sup>67</sup> Eine vorübergehende (nur zeitweilige) Subjektsvereinigung beeinträchtigt überdies – wie angedeutet – nicht die Fortexistenz von Obligationen, auch wenn dies in den erbrechtlichen Sondervorschriften mit der Fiktion »gelten als nicht erloschen« (§§ 1976, 1991 Abs. 2, 2143, 2175, 2377 S. 1 BGB) bzw. des Wiederauflebens (Art. 118 Abs. 2 Schweizer OR) beschrieben wird (unten V 2-5).

b) Rechte Dritter (Nießbrauch oder Pfand) an einer Forderung (man denke besonders an eine gerichtliche Forderungspfändung) verhindern ferner das Erlöschen trotz Konfusion, weil ihrem Schutze der Vorrang gebührt. Wie bei einer Aufhebung durch Rechtsgeschäft verlöre der Inhaber des beschränkten dinglichen Rechts sein Nutzungs- oder Befriedigungsrecht ohne Erlangung einer Befriedigung. Nach im 1. BGB-Entwurf vorgesehenen Bestimmungen (§§ 1032 und 1223) sollte die Vereinigung von Gläubiger und Schuldner darum nicht gegen den Nießbraucher oder Pfandgläubiger der Forderung wirken. Diese Ausnahmenvorschriften wurden freilich später als selbstverständlich gestrichen.<sup>68</sup> Ihr Inhalt folgt aus dem Grundsatz, dass niemandem sein Recht ohne seinen Willen genommen werden darf. Die Aufhebung durch Rechtsgeschäft bedarf darum kraft ausdrücklicher Vorschriften der Zustimmung des Nießbrauchers bzw. Pfandgläubigers (§§ 1071, 1276; für Rechte an Grundstücken vgl. allgemein § 876 BGB). Diesen Bestimmungen wird die von Rechts wegen eintretende Konfusion im Wege der Analogie gleichgestellt. Über das Ergebnis ist man sich einig.<sup>69</sup>

67 § 2150 BGB. *Wacke* JZ 2001, 381 f.; *ders.* DNotZ 2001, 315 f. Die umfassende Erbenstellung absorbiert nicht das dem Alleinerben zugewendete Vorausvermächtnis. Er ist vielmehr doppelt begünstigt. Zum abweichenden römischen Recht siehe *Wimmer* Das Prälegat (2004).

68 Protokolle III 422 und 536. Vorschriften gleichen Inhalts finden sich jedoch z.B. in Art. 520 des japanischen Zivilgesetzbuchs und in Art. 1254 ital. Codice civile. Beibehalten wurde vom BGB die Spezialvorschrift des § 1256 Abs. 1 S. 2, wonach ein Pfandrecht nicht durch Konsolidation mit dem Eigentum erlischt, wenn die gesicherte Forderung mit dem Recht eines Dritten belastet ist. Nach *Wieling* Sachenrecht (o. Fn. 53) 747 soll dann das Pfandrecht nur relativ dem geschützten Dritten gegenüber fortbestehen; anders die h. L.

69 Für ein Erlöschen des Nießbrauchs wegen Untergangs seines Objekts (der Forderung) freilich noch *Rudolf Stammler* Der Nießbrauch an Forderungen (1880) – für den späteren Autor der »Lehre vom richtigen Recht« (1902; 2. Aufl. 1926) ein sonderbar schiefes Werturteil. Gegen Stammler: *Schwedler* 97 ff., 112 ff. mit ungewöhnlich weit ausholender Begründung. *Schwedlers* Schrift trägt ein Widmungsblatt an Stammler (seinen Doktorvater?). Über R. Stammler siehe *Erler*, HRG IV (1990) 1894 ff.

Wie verträgt sich aber der Ausschluss des Erlöschens mit der angenommenen Unvereinbarkeit des Zusammentreffens von Gläubiger- und Schuldnerrolle in einer Person? Bleibt die Forderung trotzdem bestehen – oder erlischt sie und gilt sie nur zugunsten des dinglich Berechtigten hinsichtlich seiner Ausübungsbefugnisse (Frucht- und Zinsgenuss) als fortbestehend?<sup>70</sup> Nach der ursprünglich vorgesehenen Gesetzesbestimmung (»wirkt nicht gegen«) sollte die Forderung wohl nur relativ fortbestehen, soweit der Interessenschutz von Nießbraucher und Pfandgläubiger dies erfordern. Ein relativ unwirksames Erlöschen der Forderung ist jedoch schwer vorstellbar;<sup>71</sup> und ein Nießbrauch oder Pfand an einem erloschenen Recht wäre gegenstandslos. Trotz schwer überwindlicher Vorstellungsschwierigkeiten steht fest, dass die Erlöschungswirkung der Konfusion hier im Drittinteresse durchbrochen wird, weil es an der erforderlichen vollen Identität von Gläubiger- und Schuldnerposition fehlt.

c) Im Wertpapierrecht gilt der Ausschluss der Konfusion und die Weiterübertragbarkeit nach dem Rükckerwerb durch den Schuldner (Aussteller oder Bezogenen) anerkanntermaßen seit dem ADHGB.<sup>72</sup> Man ist geneigt, diese im Interesse der Umlauffähigkeit der Papiere geschaffene Regelung auf deren Verbriefung zurückzuführen und als Parallele auf den Ausschluss der Konsolidation von Grundstücksrechten wegen deren Eintragung zu verweisen (§ 889 BGB). Indessen kommt es für das Fortbestehen des beschränkten dinglichen Rechts am Grundstück auf dessen Eintragung oder Eintragungsfähigkeit nicht an; die Verlautbarung im Grundbuch erleichtert nur den Nachweis der Aufrechterhaltung.<sup>73</sup> Für in jüngerer Zeit nur noch virtuell existierende aber nicht mehr in Urkundenform hergestellte Wertpapiere hat der Ausschluss des Erlöschens im Konfusionsfalle (Rükckerwerb eigener Aktien) darum entsprechend zu gelten. –

Fassen wir die bisherigen Erörterungen zusammen, dann ist die Disparität der Rechtssubjekte nur dann eine Voraussetzung für das Bestehenbleiben einer Obligation, wenn man als deren Essentiale ihre Klagbarkeit verlangt. Die Existenz unklagbarer Verbindlichkeiten zwischen zwei von derselben Person innegehabten Vermögenskomplexen lässt sich damit nicht wegdisputieren.

70 Zu den Konstruktionsversuchen *Schellen* 75 ff.; *Gernhuber* 424 f.

71 Zur Streitfrage *Kretschmar* (Fn. 20) 245 ff. Die im Gemeinen Recht viel diskutierte »Relativität der Confusion« gebrauchte den Begriff in unterschiedlichem Sinne: ausführlich *Kretschmar* § 14.

72 oben Fn. 27. WG Artt. 3 Abs. 1 und 3, Art. 11 Abs. 3; ScheckG Artt. 6 Abs. 1, 14 Abs. 3; Schweizer OR Artt. 118, 1001, 1108, je Abs. 3. *Kretschmar* 41 ff.; *Schellen* 66 ff.; auf Inhaberpapiere ausgedehnt durch die Rechtsprechung: *Gernhuber* 426.

73 MüKo/ *Wacke* § 889 BGB Rn. 2. – Auf die Einverleibung in öffentliche Bücher wird hingegen in § 1446 österr. ABGB abgestellt.

2. Manche Autoren führen das Erlöschen durch Konfusion auf die Unmöglichkeit einer Zahlung an sich selbst zurück.<sup>74</sup> Zugespitzt schreibt *Alberto Trabucchi* in seinem auflagenstarken und weitverbreiteten Einführungslehrbuch: »evidentemente sarebbe assurdo pensare che un debitore paghi a se stesso.«<sup>75</sup> Indessen ist dies keineswegs absurd, sondern (wie zu zeigen sein wird) die einzig richtige Lösung. Absurd sind im Gegenteil (in Verbindung mit dem Akzessorietätsdogma) die Konsequenzen des von der herrschenden Ansicht angenommenen Erlöschens der Obligation von Rechts wegen (siehe oben I 2). Das Urteil über die Evidenz unterliegt überdies zeitbedingt schwankenden Wertungen.<sup>76</sup> Und der Lehrsatz »niemand könne sein eigener Schuldner sein« nimmt für sich Evidenz in Anspruch, ohne evident zu sein.<sup>77</sup>

In einer Variante der ebenerwähnten Ansicht wird gelehrt, das Schuldverhältnis erlösche durch Konfusion, weil der Gläubiger die ihm gebührende Leistung dem ihm angefallenen Vermögen des Schuldners selbst entnehmen könne.<sup>78</sup> Ohne tatsächliche Entnahme wäre ein Erlöschen jedoch (wie bereits angedeutet) verfrüht. Ungerechtfertigt wäre das Erlöschen vor allem, falls der Gläubiger den geschuldeten Betrag einem überschuldeten Nachlass nicht voll entnehmen kann. Die Forderung bestärkende Sicherheiten dürfen in diesem Falle entgegen der herrschenden Meinung nicht erlöschen; vielmehr müssen sie ihm zu seiner vollständigen Befriedigung zur Verfügung stehen.<sup>79</sup>

74 Wiederholt etwa v. *Lübtow* II 777 f.: Infolge des Erbschaftserwerbs durch den Gläubiger sei »die Zahlung unmöglich geworden; denn niemand kann an sich selbst eine Leistung aus eigenem Vermögen erbringen.«

75 *Trabucchi* Istituzioni di diritto civile (34. ed. Padova 1993) § 246. Unzutreffend auch *Trabucchi*s weitergehende These, »La confusione è un modo di estinzione satisfattorio, perché il creditore-debitore si libera di quello che era un suo debito.« Das von Art. 1253 Codice civile vorgeschriebene Erlöschen der Obligation ist vielmehr ein Schuldbefreiungsgrund o h n e Gläubigerfriedigung. – Im Ausgangspunkt ähnlich schon *Carl Crome* Grundzüge des Römischen Privatrechts (2. Aufl. Bonn 1922) 212 (§ 45 I 3): Die Obligation erlischt durch *confusio*..., »da niemand an sich selbst leisten kann.« Richtig hingegen *Crome* S. 288: »Der Erbe übernimmt die Rolle des Erblassers.«

76 *T. Giaro* Absurditätsargumente in der römischen Jurisprudenz, *Orbis Iuris Romani* [OIR] 11 (Trnava 2006) 31 ff., 61. Mit der Einordnung des Tauschvertrages als Kauf – von den Prokulianern für absurd erklärt (Gaius 3,141) – konnten sich die Sabinianer in den modernen Rechtsordnungen letztlich durchsetzen (etwa § 515 BGB). – Entgegen der Rechtfertigung der gleich zu erörternden *regula Catoniana* durch die Sabinianer (Gaius 2,244) ist es keineswegs absurd, wenn eine ungültige letztwillige Verfügung dadurch gültig wird, dass der Testator länger lebt.

77 *Gernhuber* (Fn. 24) 420.

78 *R. Leonhard* Art. Confusio, Pauly-Wissowa RE 4 (1901) 873.

79 Insbesondere ein vom Schuldner bestelltes Pfandrecht. Und zwar auch ohne dass der Gläubiger als Erbe des Schuldners seine Haftung beschränkt. Beim Zugriff auf einen Bürgen wäre er allerdings dessen Regressanspruch ausgesetzt. Ohne vorgeschützte Haftungsbeschränkung stünde dem Bürgen der *dolo petit*-Einwand zu. Was der Gläubiger vom Bürgen verlangt, müsste er als Erbe des Schuldners wieder zurückgeben.

3. Als tragenden Grund für die Erlöschenswirkung der Konfusion betrachtete man seit der Pandektenlehre die von *Paul Kretschmar* (wohl *faute de mieux*) sogenannte Initialrückziehung.<sup>80</sup> Nach dieser Regel soll ein Rechtsverhältnis erlöschen, wenn es in eine Lage gerät, in der es von Anfang an nicht hätte begründet werden können: *Ea quae initio recte constiterunt, resolvuntur, cum in eum casum reciderunt, a quo non potuissent consistere* (oder *incipere*),<sup>81</sup> nach den Anfangsworten kurz auch *ea quae*-Regel genannt. Als »Initialrückziehung« offenbar deshalb bezeichnet, weil sich die gegenwärtige Gültigkeit eines Geschäfts oder Rechtsverhältnisses nach dessen Entstehungsvoraussetzungen richten soll. Der zugrunde liegende Gedanke der Spiegelsymmetrie begegnet wieder auf der formalen Ebene bei der grundsätzlich erforderlichen Korrespondenz von Haftungsbegründung und Haftungslösung nach der bekannteren Regel: *Prout quidque contractum est, ita et solvi debet*. In derselben Weise wie eine Verbindlichkeit eingegangen wurde, muss sie auch aufgehoben werden; dies lehrte Quintus Mucius Scaevola.<sup>82</sup> Der Regel über die Initialrückziehung schreibt man ein ähnlich hohes Alter zu wie der *regula Catoniana*, mit der sie eine innerliche Verwandtschaft aufweist.<sup>83</sup>

Alle drei Regeln kennen jedoch Ausnahmen. Von der *regula Catoniana* sind sie bekanntlich besonders zahlreich.<sup>84</sup> Aber auch die Haftungslösung muss nicht immer der förmlichen Haftungsbegründung entsprechen (wie die *acceptilatio* der *stipulatio*). Formlose Erlassverträge erhielt der Prätor als *pacta de non petendo* aufrecht.<sup>85</sup> Nicht immer führt auch der spätere Wegfall einer essentialen Entstehungs-

80 *Kretschmar* 8 ff.; zustimmend u. a. *Wesenberg* Eos 48,1 (1956) 553 ff.; vgl. *Wimmer* 891, je mit weit. Nachw.; krit. jedoch *Kieß* 186 ff.

81 Die Quellen bei *Kieß* 186 ff.

82 Nach D. 46,3,80; *D. Liebs* Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter (7. Aufl. 2007) Nr. P 127 mit weit. Nachw.

83 *Weiss* Institutionen des römischen Rechts (2. Aufl. 1949) 436 f. Nach der *regula Catoniana* nützt es nicht, wenn eine bei der Testamentserrichtung fehlende Gültigkeitsvoraussetzung später eintritt. Nach der Lehre von der Initialrückziehung führt (*vice versa*) der spätere Wegfall einer anfänglich gegebenen Gültigkeitsvoraussetzung ebenfalls zu Nichtigkeit.

84 *Quae definitio in quibusdam falsa est*, schreibt dazu *Celsus* in D.34,7,1pr. Grundsätzliche Zweifel an der Berechtigung der *regula Catoniana* bei *Wacke*, Ex post facto convalescere im römischen und im modernen Recht, in: Au-delà des frontières: Mélanges W. Wołodkiewicz II (Varsovie 2000) 1025, 1031 f. – Der *regula Catoniana* folgt im Ergebnis (unbewusst) die herrschende Meinung, indem sie eine Heilung ungültiger gemeinschaftlicher Testamente von Verlobten durch nachfolgende Eheschließung ausschließt. Dagegen *Wacke* FamRZ 2001, 457 ff. im Grundanliegen nicht widerlegt durch die Erwidern von *Kanzleiter* FamRZ 2001, 1198 ff. Nach dem Tode eines Ehegatten scheidet eine formgerechte Bestätigung des vor der Heirat errichteten gemeinschaftlichen Testaments aus. Folglich bleibt nur die Alternative zwischen Anerkennung der Konvaleszenz oder dem (m. E. ungerechtfertigten, überdies dem *favor testamenti* widerstrebenden) Verdikt der Nichtigkeit. Die zeitliche Reihenfolge der qualitativ gleichwertigen Akte (nach h. M. muss man erst heiraten, danach kann man testieren) darf aber nicht den Ausschlag geben.

85 Die formlose Aufhebung einer formbedürftigen Verbindlichkeit erkennt Art. 155 Schweizer OR ausdrücklich an.

voraussetzung zur Nichtigkeit des Rechtsakts:<sup>86</sup> Ein gültig errichtetes Testament wird nicht hinfällig mit dem Verlust der Testierfähigkeit. Ein Geisteskranker kann keine Ehe eingehen; aber infolge nachträglicher Geisteskrankheit wird eine Ehe nicht ungültig.<sup>87</sup> Nicht alle Entstehungsvoraussetzungen müssen demnach fortwährend andauern. Die drei Regeln enthalten folglich keine konkret anwendbaren Rechtssätze mit Geltungsanspruch. Sie sind eher deskriptive als normative Regeln: doktrinaire Überhöhungen, von denen im Einzelfall zu prüfen ist, ob sie passen.<sup>88</sup> Jeweils handelt es sich um den Versuch einer *causae coniectio* (einer Zusammenfassung von Gründen), die aber ihre Funktion verliert, sobald sie sich als fehlerhaft erweist.<sup>89</sup> Zwar beschreibt die Lehre von der Initialrückziehung die Konfusionswirkung für das antike Recht zutreffend; in ihrer Allgemeinheit passt sie jedoch auch auf diverse weitere Fälle, auf andere wiederum nicht. Eine direkte Verbindung zwischen ihr und der Konfusionswirkung wird in den antiken Quellen überdies (soweit ersichtlich) nicht gezogen.<sup>90</sup>

4. Zwei weitere Theorien erklären die Tilgungswirkung der Konfusion schließlich mit den Gedanken der Zweckerreichung<sup>91</sup> bzw. des Zweckfortfalls.<sup>92</sup> Beide Annahmen verbindet die Idee der Zweckerledigung. Die Begründung mit der anderweitigen Zweckerreichung ist jedoch unzutreffend, und die These des Zweckfortfalls passt nicht auf sämtliche Fälle.

a) Dass der Zweck einer Verbindlichkeit durch die Konfusion nicht auf andere Weise (gewissermaßen im Wege überholender Kausalität) erreicht wird, wurde eingangs anhand der beiden Vormerkungsfälle eindringlich demonstriert. Ein Fortbestand der Vormerkung (und anderer akzessorischer Sicherheiten bei insolventem Nachlass) setzt voraus, dass das Gläubigerinteresse durch die bloße Konfusion noch

86 Dass die Regel *non tamen in omnibus verum est*, erkannte schon Paulus D. 45,1,140,2 unter Erwähnung zweier Ausnahmen.

87 Ulpian D. 1,6,8pr: Im Zustand der Geisteskrankheit gezeugte oder geborene Kinder sind ehelich. *Knütel* Rechtsfindung im antiken Rom, in: J.- L. Linares et alii (Hrsgg.), *Liber amicorum Juan Miquel* (Barcelona 2006) 523, 534 ff. = *Knütel* Spaziergänge im römischen Recht (Seoul 2007) 249 ff.; rezensiert von Wacke, *Orbis Iuris Romani* 12 (2008) 163 f.

88 Nicht durchgesetzt hat sich (*non placuit*) der Lehrsatz von der Initialrückziehung z.B. bei der Häufung von bedingter Schuld und unbedingtem letztwilligen Erlass, wenn die Bedingung schon *vivo testatore* eintrat, nach Inst. 2,20,14 i. f. (im Anschluss an Papinian D. 35,2,5).

89 Vgl. Paulus D. 50,17,1: *Regula... quasi causae coniectio est – quae simul cum in aliquo vitata est, perdit officium suum*. Wacke, Sprichwörtliche Rechtsprinzipien und europäische Rechtsangleichung, OIR 5 (1999) 174, 175 ff.

90 *Kieß* 186, 188 f. Ein Anklang immerhin bei Gaius 4,78 (unten VI 2).

91 Siehe etwa die im Literaturverzeichnis angeführten Dissertationen von *Mertens* (1927) und *Friedländer* (1931). Dagegen zutr. v. *Lübtow* II 772 m. weit. Lit.

92 *Gernhuber* 419 f.: »Sinnverlust ..., ein Erlöschensgrund, dem Evidenz eigen ist.« (mit reichen weiteren Nachweisen, bes. im Anschluss an *Ph. Heck*). In der Schweizer Rechtslehre spricht *Piotet* 608 von »*épuisement de l'obligation, ... atteinte de son but*«.

nicht (voll) befriedigt ist. Ein weiteres Argument dagegen liefert die gesetzliche Regelung der Gesamtschuld:<sup>93</sup> Die Leistung durch einen Gesamtschuldner befreit auch die übrigen Schuldner (§ 422 Abs. 1 BGB); sie erzeugt für den Leistenden Ausgleichsansprüche gegen die übrigen Gesamtschuldner (§ 426 Abs. 2 BGB). Die Vereinigung eines Gesamtschuldners mit dem Gläubiger wirkt aber nur relativ ihm gegenüber (§ 425 BGB); die anderen bleiben weiterhin verhaftet. Wie beim Erlassvertrag mit einem Gesamtschuldner<sup>94</sup> scheidet dieser somit infolge der Konfusion mit dem Gläubiger aus dem Gesamtschuldverhältnis aus; entsprechend seiner Beitragspflicht im Innenverhältnis wird er befreit und die Gesamtschuld reduziert,<sup>95</sup> ohne dass der Gläubiger insoweit als befriedigt anzusehen wäre.<sup>96</sup>

b) Wegen Sinnentleerung erlischt ein Miet- oder Leihvertrag, wenn Mieter oder Entleiher das Eigentum erwerben (namentlich bei der Umwandlung von Wohnungsmiete in Wohnungseigentum<sup>97</sup>, an Mobilien etwa durch *brevi manu traditio*, § 929 S. 2 BGB) oder wenn umgekehrt der Eigentümer den Mieter oder Entleiher beerbt.<sup>98</sup> Wo aber über die Gewährung von Gebrauch und Nutzung hinaus ein Leistungserfolg geschuldet wird (die lastenfreie Eigentumsverschaffung), kann von einem Sinnfortfall, von der Gegenstandslosigkeit der Obligation bei Personenvereinigung – wie gezeigt – keine Rede sein. Die Bildung einer Theorie erfordert also eine Differenzierung nach Fallgruppen.

Nach alledem sind ernsthafte Zweifel daran anzumelden, ob die Konfusion als eigenständiger Schuldtilgungsgrund anerkannt werden kann.

93 Rechtsvergleichende Parallelen bei *Piotet* 608; Einzelheiten bei *Schellen* 17 ff. Trotzdem plädierte *Kretschmar* (gegen *Schwedler* 88 f.) für die Befriedigungswirkung der Konfusion, weil die hypothekenrechtlichen Spezialvorschriften der §§ 1164 Abs. 2, 1173, 1174 je Abs. 1 BGB sie der Erfüllung gleichstellen und den Regress eröffnen. Die Erfüllungswirkung der Konfusion ist seit jeher umstritten; *Windscheid*, *Pandekten* (9. Aufl.) II § 352 stellt sie der Aufrechnung (Kompensation) zur Seite.

94 Dazu eingehend *Wacke* AcP 170 (1970) 42–75. Zur Analogie zwischen Konfusion und Erlass (*acceptilatio*) schon o. Fn. 36.

95 »Konfusion im Gesamtschuldverhältnis bedeutet Kürzung der Gesamtschuld um jenen Betrag, der auf den ausgeschiedenen Gesamtschuldner entfällt.« *Gernhuber* 427. Ebenso frz. Code civil Art. 1209. Ob die restlichen Schuldner weiterhin gesamtschuldnerisch oder als Teilschuldner haften, ist umstritten.

96 Die von Art. 438 des japanischen BGB aufgestellte Fiktion, der ausgeschiedene Gesamtschuldner habe für seinen Anteil erfüllt, läuft auf dasselbe Ergebnis hinaus, erzeugt aber ein schiefes Bild.

97 *Rummel/Reischauer* (o. Fn. 16) § 1445 ABGB Rn. 2. – Die Anmietung der eigenen Sache ist nach § 1093 ABGB gültig, wenn ihr Gebrauch einem anderen gebührt.

98 Bei dem Mieterschutz unterliegenden Wohnungen zahlt der Eigentümer zuweilen dem Mieter ein Abstandsgeld, damit er ausziehe; der Vermieter kauft ihm gewissermaßen sein Mietrecht ab.

## V. DIE KONFUSIONSFOLGEN NACH DEM BGB

1. Abweichend von den meisten ausländischen Kodifikationen enthält unser BGB über die Konfusion keine allgemeine Vorschrift. Dieser im internationalen Vergleich einzigartige Verzicht hat Nachteile, aber auch Vorteile; und die Vorteile dürften überwiegen. Im ersten Entwurf war als § 291 die Vorschrift vorgesehen: »Vereinigung. Das Schuldverhältniß erlischt, wenn Forderung und Verbindlichkeit in derselben Person sich vereinigen.« Die zweite Kommission strich diese Bestimmung, aus »der Erwägung, daß die Regel, soweit sie richtig ist, aus dem Wesen der Obligation sich von selbst ergibt und überdies aus den Ausnahmen, welche der Entwurf enthält, sich unschwer ableiten läßt.«<sup>99</sup> Für das Bürgschaftsrecht vorgesehen gewesene Spezialvorschriften wurden ebenfalls gestrichen (unten IX 3).<sup>100</sup> Nach einer Grundeinsicht der BGB-Verfasser sollte sich ein Gesetzbuch von einem Lehrbuch unterscheiden und keine doktrinären Aussagen enthalten. Abweichend von manchen Kodifikationen (namentlich der Naturrechtsepoche)<sup>101</sup> fasst das BGB darum auch nicht die Erlöschensgründe einleitend in einer zusammenfassenden Übersicht katalogartig zusammen.

Wegen dieses Verzichts enthält das BGB im Schuldrecht keine generelle *sedes materiae* über die Konfusion, sondern nur verstreute Einzelvorschriften namentlich im Erbrecht. Wegen fehlender legislativer »Verortung« ist kein Schuldrechtskommentator infolgedessen gehalten, sich mit der Konfusion vertieft auseinanderzusetzen.<sup>102</sup> Diesem eher formalen Nachteil steht der beachtliche Vorteil gegenüber, dass eine Entfaltung der Materie nicht durch das Korsett normativer Bestimmungen festgeschnürt wird.<sup>103</sup> Eine kodifizierte Rechtsregel hat zwar bekanntlich für den Rechtsanwender Entlastungsfunktion: Der Hinweis auf die Gesetzesbestimmung erspart ihm eine ausholende Begründung. Diesem Rationalisierungseffekt steht die Gefahr gegenüber, dass über die Hintergründe einer Norm und ihre Berechtigung

99 Protokolle I (1897) 376; Jakobs/Schubert, Die Beratungen des BGB Schuldrecht I (1978) 736 ff.

100 Ausländische Gesetzbücher regeln die Bürgschaftskonfusion zusammen mit der allgemeinen Vorschrift unter den Erlöschensgründen. Diese Zusammenfassung erleichtert die Übersicht.

101 Preuß. ALR I 16 §§ 1 ff. Der frz. Code civil nennt neun (Art. 1234), der span. Código civil sechs (Art. 1156), der chilenische nicht weniger als zehn (Art. 1567) Erlöschensgründe. Nicht alle davon (wie die Verjährung) sind jedoch solche im eigentlichen Sinne.

102 So finden sich darüber in den beiden kürzlich erschienenen Schuldrechtsbänden des wichtigen Historisch-Kritischen Kommentars [HKK] zum BGB ausweislich des Sachregisters bedauerlicherweise keine Erläuterungen.

103 Eine so freizügige Distanzierung vom Erlöschensdogma wie neuerdings vom 4. Zivilsenat des BGH praktiziert (o. Fn. 30) wäre unter dessen gesetzlicher Festschreibung nicht denkbar. Eine so falsche Regel wie diejenige über das Freiwerden akzessorischer Sicherheiten (wie viele ausländische Gesetzbücher sie kennen) ist bei uns glücklicherweise nicht kodifiziert.

nicht mehr nachgedacht wird. Im Glauben, der Gesetzgeber habe die Lösung vorgedacht, wendet man sie an, auch wenn sie nicht durchdacht ist.

Einer Hervorhebung bedarf die zitierte, vom Schrifttum zuweilen nicht gewürdigte Einschränkung<sup>104</sup> in den Protokollen: »... soweit sie [die Regel] richtig ist ...«. Unter Abstandnahme von selbstgewissen Grundaussagen in den Materialien der Vorkommission sind in der zweiten Kommission doch erhebliche (wenngleich aus den Protokollen nicht näher ersichtliche) Zweifel aufgetreten. Zuvor waren im Schrifttum gegen die angeführte Entwurfsvorschrift beachtliche Bedenken vorgebracht worden.<sup>105</sup> Einzelne Kommissionsmitglieder ahnten deshalb offenbar, dass einiges am überkommenen Konfusionsdogma falsch sein könnte. Nachfolgender besserer Erkenntnis wollten sie sich nicht verschließen. Abgesehen von kasuistisch normierten Randfragen überließ der Gesetzgeber somit die Lösung der Kernprobleme »mit richtigem Takte der Wissenschaft;« dadurch »entging er der Gefahr, eine wissenschaftlich unhaltbare Auffassung zu sanktionieren.«<sup>106</sup>

2. Die erbrechtlichen Spezialvorschriften, aus denen nach Ansicht des Gesetzgebers der Grundsatz vom Rechtsanwender *e contrario* erschlossen werden soll, verbindet der Grundgedanke der nur einstweiligen, später wieder aufgehobenen Subjekts- oder Vermögensvereinigung. Zu deren Zusammenfassung in einer gemeinsamen Vorschrift konnte sich der Gesetzgeber wegen ihrer Verschiedenartigkeit allerdings nicht durchringen.<sup>107</sup>

104 Ignoriert wird sie durch *v. Lübow* II 771 bei seiner inhaltlichen Wiedergabe der Materialien.

105 Zusammenstellung gutachterlicher Äußerungen zum Entwurfe eines BGB II (1890/1967) 63. Hervorhebungswert ist daraus *Laband* AcP 73 (1888) 207 f: »Der lehrbuchartige Satz ist in seiner Allgemeinheit nicht einmal richtig; nur das gilt ausnahmslos und kraft logischer Notwendigkeit, dass niemand ein Forderungsrecht gegen sich selbst [gemeint ist wohl: gerichtlich] geltend machen kann.« Der Vorbehalt in den Protokollen »... soweit sie richtig ist ...« wird auf diesen Einwand Labands zurückgehen. Weitere Hinweise bei *Schwedler* 72 ff.; *Kretschmar* 222 f.

106 *Kretschmar* 222. – Nicht zu vernachlässigen ist der Beitrag der Rechtsprechung. Ohne die einleitend geschilderten, vom BGH (wenngleich falsch) entschiedenen Vormerkungsfälle wäre die Problematik kaum einer näheren Analyse unterzogen worden. – In die Diskussion über die Alternative zwischen Gesetzesbindung und Entscheidungsfreiheit des Richters sind außer den Generalklauseln auch diejenigen Fälle einzubeziehen, in denen das BGB auf eine Normierung verzichtete; dies sei ergänzend bemerkt zur dogmengeschichtlichen Abhandlung von *H. Hübner* *Kodifikation und Entscheidungsfreiheit des Richters in der Geschichte des Privatrechts* (1980). Zur Nichtregulierung von *casus rariores* im Streben nach Vereinfachung kurz *Wacke* *Quod raro fit, non observant legislatores: A Classical Maxim of Legislation*, in: *Critical Studies in Ancient Law etc., Essays in Honour of Alan Watson* (Oxford 2001) 393–398.

107 Motive II 117. Die Unterschiede lassen sich jedoch vernachlässigen; gegebenenfalls ließen sie sich auch in einer gemeinsamen Vorschrift zum Ausdruck bringen. Eine zusammenfassende Bestimmung diente der Rationalisierung; sie ersparte es den Kommentatoren, fünf Einzelvorschriften jeweils separat zu erläutern. Eine kurze zusammenfassende Bestimmung findet sich z.B. in Art. 118 Abs. 2 Schweizer OR: »Wird die Vereinigung rück-

Die Zeitspanne zwischen der Vereinigung und ihrer Wiederaufhebung kann sich lange hinziehen: am längsten bei angeordneter Nacherbfolge (§ 2143 BGB) bis zum Eintritt des Nacherbfalles, also meistens bis zum Todes des Vorerben (§ 2106 BGB). Ein Erbschaftsverkauf (§ 2377 BGB) ist solange möglich, wie die Erbschaft als Sondervermögen (Inbegriff von Sachen und Rechten) noch existiert. Nachlassverwaltung oder Nachlasskonkurs<sup>108</sup> (§ 1976 BGB) hat der Erbe unverzüglich ab Kenntnis von der Insolvenz der Erbschaft zu beantragen (§ 1980 BGB); der Antrag eines Nachlassgläubigers ist bis zu zwei Jahren ab Erbschaftsannahme zulässig (§ 1981 Abs. 2 S. 2 BGB). Bloßer Durchgangserwerb des Erben liegt hingegen vor, wenn er eine dem Testator gegen ihn zustehende Forderung dem Bedachten abzutreten hat (§ 2175 BGB).

Die genannten Ausschlussgründe für eine Konfusion erwähnt das BGB nicht vollständig.<sup>109</sup> Dass bei der Ausschlagung der dem vorläufigen Erben angefallenen Erbschaft die Konfusion außer Kraft tritt,<sup>110</sup> versteht sich zufolge der in § 1953 Abs. 1 BGB angeordneten Rückwirkung der Ausschlagung von selbst. Zuweilen verzichtete der Gesetzgeber selber – wie erwähnt – auf die Normierung von im 1. Entwurf enthaltenen gewesenen Spezialvorschriften;<sup>111</sup> damit vertraute er auf die Fähigkeit des Rechtsanwenders zur Entscheidungsfindung. In der Anerkennung weiterer Konfusionsausschlussgründe *praeter legem* sind die Gerichte demnach frei.<sup>112</sup> Ausgeschlossen wird die Konfusion dementsprechend nach einhelliger Ansicht auch bei angeordneter Testamentsvollstreckung.<sup>113</sup> Ein schon vor dem Erbfall über das Vermögen des Schuldners eröffnetes Konkursverfahren verbietet analog § 1976 BGB gleichfalls das Erlöschen des gegen ihn gerichteten Anspruchs.<sup>114</sup>

gänglich, so lebt die Forderung wieder auf.« Gemeint ist damit offenbar nicht nur die Trennung in verschiedene Rechtssubjekte, sondern auch die Trennung der Vermögensmassen.

108 Ich verwende bewusst den eingebürgerten Ausdruck anstatt des unhandlichen Neologismus »Nachlassinsolvenzverfahren«.

109 Entsprechend den wissenschaftstheoretischen Erkenntnissen von *Dieter Nörr* *Divisio und Partitio* (Berlin 1972) handelt es sich hier um eine bloße die Anwendungsfälle lose aneinanderreihende *partitio*, nicht um eine den Problembereich in sektorieller Unterteilung vollständig erfassende *divisio*.

110 Gleiches gilt bei Erbuwürdigkeitserklärung oder erfolgreicher Testamentsanfechtung: *Gernhuber* 421.

111 Über die Bürgschaftskonfusion s. o. Fn. 100, unten VIII; für das Nichterlöschen wegen Drittrechten an der Forderung oben IV 1 b Fn. 68.

112 Abweichend *Staudinger/Gursky* § 886 Rn. 19 BGB, der in seiner positivistischen Grundeinstellung dem Gesetz unbekannte Konfusionsausschlussgründe nicht anerkennen will.

113 BGHZ 25, 275, 282; 48, 214, 220; *Gernhuber* 422.

114 *Heinr. Kunick* Die Einschränkungen der Aufrechnung und der Konfusion im Konkurs (1926) 68 ff., 71 f. Durch die Annahme, dass ein laufendes Konkursverfahren mit dem Tode des Schuldners in einen Nachlasskonkurs übergeleitet werde, käme man sogar zur direkten Anwendung des § 1976 BGB. – Bei solventem Nachlass kommt der Gläubiger in den Genuss der um seinen Anspruch geminderten Erbschaft. Bei insolventem Nachlass erwirbt er nicht nur nichts von Todes wegen, sondern er muss sich (wie jeder andere

Analog § 2175 BGB erlischt insbesondere eine Forderung trotz zeitweiliger Vereinigung mit dem Schuldner nicht, wenn der Gläubiger zu ihrer Zession an einen Dritten (gleich aus welchem Rechtsgrund) verpflichtet ist.<sup>115</sup> Ein weiterer vom Gesetz nicht erwähnter Ausschlussgrund ist gegeben, wenn ein Dritter kraft einer Erfüllungsübernahme den Gläubiger-Schuldner von der konfundierten Verbindlichkeit zu befreien hat.<sup>116</sup> Und das vorrangige Sicherungsinteresse akzessorischer Sicherheiten gebietet letztlich (nach unserem Hauptanliegen auch ohne Vermögensabsonderung<sup>117</sup>) ebenfalls ein Fortbestehen des konfundierten Anspruchs bis zur vollständigen Befriedigung des Gläubigers.

Angesichts so zahlreicher Ausnahmen stellt sich die Frage nach der Existenzberechtigung des Erlöschensdogmas überhaupt. Angesichts ihrer unvollständigen Erfassung durch den Gesetzgeber<sup>118</sup> ist ein Rückschluss auf das Vorliegen des Regelatbestandes im Zweifelsfalle nicht zulässig;<sup>119</sup> für diesen spricht keine Vermutung. Der Regelbeweislast entsprechend hat vielmehr diejenige Partei das Erlöschen darzulegen und notfalls zu beweisen, die sich auf den Untergang eines entstandenen Anspruchs durch Konfusion beruft.<sup>120</sup> Dazu muss sie dartun, dass das Ziel der Obligation vollständig erledigt ist, ihr Fortbestand unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt mehr Existenzberechtigung hat.<sup>121</sup>

3. Ist kein Ausnahmefall gegeben, dann erlischt die Forderung nach h. M. definitiv. Die selten hervorgehobene Konsequenz ist, dass der Gläubiger sie nicht mehr abtreten kann.<sup>122</sup> Bei einem Erbschaftsverkauf muss der Gläubiger folglich gemäß

Gläubiger) wegen seiner Forderung mit der Konkursquote begnügen (so wie wenn eine andere Person erben würde).

115 Als Privileg allein für Vermächtnisse wäre § 2175 BGB nicht zu rechtfertigen; für die Analogiefähigkeit dieser Vorschrift *Gernhuber* 425; zust. *Staudinger/Olzen* Rn. 30.

116 Die zufällige Beerbung des Schuldners durch den geschädigten Gläubiger soll einen Haftpflichtversicherer nicht entlasten: *Gernhuber* 423 f.

117 Ausgenommen die Bürgschaft bei solventem Nachlass.

118 Weitere von der Rechtsprechung anerkannte Fälle: Den Rückforderungsanspruch des verarmten Schenkers aus § 528 BGB kann der Träger der Sozialhilfe gemäß § 93 SGB XII auch dann noch auf sich überleiten, wenn der Beschenkte den Schenker beerbte, BGH JZ 1996 mit zust. Anm. *Vollkommer/Schwaiger*; *Staudinger/Olzen* Rn. 29 a. E. – Auf der Grenze zum Ausschluss dinglicher Konsolidation liegt BGH NJW 1980, 771: Der Anspruch auf Duldung einer Wasserleitung im Tiefenraum einer Straße erlischt nicht durch den Eigentumserwerb an der Straße, weil das Eigentum infolge einer Normänderung verloren gehen könnte (dazu unten Fn. 121); *Gernhuber* 424.

119 Eine Entscheidung nach der *Maxime exceptio firmat regulam* wäre voreilig; zutr. *Kretschmar* 223.

120 Zutr. *Wilhelm* Sachenrecht (1. Aufl.) Rn. 1204.

121 Sogar den (vagen) Eventualfall einer künftigen Normänderung zieht BGH NJW 1980, 771 in Betracht (oben Fn. 118). Der Fortbestand eines manifesten Duldungsanspruchs kann für den Berechtigten wichtiger sein als der möglicherweise nicht für die Ewigkeit garantierte Erwerb des Vollrechts. Einfacher ausgedrückt: Doppelt hält besser. Sollte ein Strick reißen, kann der andere noch halten.

122 *Fabricius* (Fn. 32) 68 (links).

§ 2377 Satz 2 BGB die Forderung wiederherstellen. Die Wiederherstellung erloschener akzessorischer Sicherheiten kann ihm jedoch schwerfallen, wenn Drittinteressen betroffen sind. Der Ausschluss der Abtretbarkeit leuchtet auch nicht ein, wenn ein (etwa fern im Ausland weilender) Erbe sich in die Nachlassangelegenheiten noch gar nicht eingemischt hat (also gerade dort, wo an einen Verkauf der Erbschaft am ehesten zu denken ist). Ohne den manifestierten Willen, die angefallene Erbschaft zu behalten, erscheint die Annahme der Konfusion als verfrüht. Weiß ein Erwerbsinteressent über das Erlöschen der Forderung Bescheid, dann wird er überdies wohl eher von vornherein einen geringeren Kaufpreis bieten, anstatt seinen unsicheren Anspruch auf Neubestellung zu verfolgen.

4. Nach den stereotypen gesetzlichen Formulierungen »gelten die infolge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit ... erloschenen Rechtsverhältnisse als nicht erloschen«. In dieser Ausdrucksweise steckt ein innerer Widerspruch.<sup>123</sup> Er dürfte so aufzulösen sein, dass die tatsächlich erloschenen Rechte und Verbindlichkeiten juristisch so zu behandeln sind, als seien sie nicht erloschen.<sup>124</sup> Ihr Fortleben würde damit (als »Quasi-Obligation« gegen sich selbst) nur fingiert. Ebenso gut könnte man aber auch (umgekehrt) ihr Erlöschen hinwegfingieren und es »als nicht erfolgt ansehen«, wie sich das BGB in § 1977 Abs. 1 für die Aufrechnung ausdrückt.<sup>125</sup> Beide Sichtweisen laufen darauf hinaus, dass die Forderung, solange die Möglichkeit ihres Wiederauflebens besteht, eben doch nicht vollständig erloschen ist; ihr Erlöschen ist von Rechts wegen dadurch bedingt,<sup>126</sup> dass kein Fall nachträglicher Vermögenstrennung eintritt. Bis dahin besteht ein Schwebezustand.

Während des Schwebezustands »ruht« der Anspruch nach einer im Schrifttum verbreiteten Ansicht.<sup>127</sup> Die Vorstellung vom Ruhen eines Rechts, das nicht untergegangen, sondern dessen Ausübung nur gehemmt ist,<sup>128</sup> stimmt überein mit der im römischen Rechtskreis seit längerer Zeit vertretenen (wenngleich nicht überall

123 Zugespißt *v. Lübtow* II 774: »Diese Fiktion, daß die nicht mehr existierenden Rechte als existierend »gelten« sollen, ist höchst widersinnig.« – Rechtssätze dürfen jedoch ebenso wenig wie Urteilsbegründungen Widersprüche enthalten. Widerspruchsfreiheit ist die logische Mindestbedingung für richtiges Begründen: *P. Raisch*, Juristische Methoden. Vom antiken Rom bis zur Gegenwart (1995) 136 f.

124 Vgl. *K. Hackl* Vom »quasi« im römischen zum »als ob« im modernen Recht, in: *R. Zimmermann* u. a. (Hrsgg.), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik (1999; H. H. Seiler gewidmet) 117–127.

125 Folgende Regel läßt sich aufstellen: Soweit eine Aufrechnung mangels Gegenseitigkeit ausgeschlossen ist, erlischt auch durch Konfusion eine Forderung nicht.

126 Gegen die Qualifikation als *condicio iuris* polemisiert aber *von Lübtow* II 775: Das von Rechts wegen eingetretene Erlöschen lasse sich durch die bloß tatsächliche Trennung von Nachlass und Eigenvermögen des Erben nicht beseitigen. Ein Schwebezustand liege darum nicht vor.

127 Nachgewiesen z.B. bei *von Lübtow* II 774, 784.

128 Vgl. etwa *Wieling*, Vom untergegangenen, schlafenden und aufgewachten Eigentum bei Sachverbindungen, *JZ* 1985, 51 ff. Allgemein *Amirante Voce* »Quiescenza dei diritti«, *Enciclopedia del diritto* (Milano 1987) 136–145.

herrschenden) Konzeption von den Konfusionswirkungen. Im Anschluss an *Denis Piotet* nenne ich sie der Kürze halber das Lösungsmodell des *mos gallicus* (näheres unten VI 1).

Nach Schweizer OR Art. 118 Abs. 2 »lebt« die Forderung mit Rückgängigmachung der Vereinigung »wieder auf« (im französischen Wortlaut: »l'obligation renaît«). Die metaphorisch-vitalistische Umschreibung vom »Wiederaufleben«, von der Wiedererweckung ist der Indikator dafür,<sup>129</sup> dass der Anspruch in der Zwischenphase nicht tot, sondern allenfalls scheinot war. Der Apposition »erloschene« Rechtsverhältnisse in den erbrechtlichen Ausnahmetatbeständen des BGB darf man folglich kein zu hohes Gewicht beilegen;<sup>130</sup> durch die *contradictio* »gelten als nicht erloschen« wird sie vom Gesetz selbst wieder aufgehoben. Will man die hybride (chamäleonartige) Gestalt einer zwischen Scheintod und Wiederauferstehung schwebenden Verbindlichkeit mit einer vertrauten Kategorie kennzeichnen, dann bietet sich dafür das (zur Einordnung der Konfusionswirkungen bislang nirgends verwendete) Etikett der unklagbaren Verbindlichkeit – der Naturalobligation – an (dazu unten VI 3).

5. Mit den Vorschriften über das Außerkrafttreten der Konfusionsfolgen bezweckte der Gesetzgeber ausweislich der Motive eine »dingliche« (gemeint war: *ipso iure* erfolgende) Wiederherstellung des früheren Zustands mit Rückwirkung.<sup>131</sup> Eine bloße obligatorische Pflicht zur Wiederbegründung hielt er (mit Recht) für ungenügend, weil wegen des Untergangs von Nebenrechten (wie Bürgschaft und Pfand) der Gläubiger alsdann Schaden erlitt.<sup>132</sup>

Um dem Anliegen des Gesetzgebers, dem Gläubiger den Zugriff auf die Nebenrechte zu erhalten, gerecht zu werden, muss man zunächst die *Identität* des erloschenen mit dem rückwirkend wieder aufgelebten Anspruch annehmen;<sup>133</sup> denn im

129 *Piotet* 610 ff. spricht von *révateur* (wörtlich »Enthüller«), von der *renaissance* der Rechtsverhältnisse.

130 *Kollhosser/ Jansen* JA 1988, 308. Auf die Goldwaage legt die Ausdrucksweise hingegen *von Lübtow* II 771.

131 Gegen Rückwirkung beim Eintritt des Nacherbfalles jedoch *MüKo/ Grunsky* § 2143 Rn. 2. *Lange/ Kuchinke* Erbrecht § 28 VIII 3 (a. E.) bevorzugen darum den Ausdruck »Lähmung«.

132 Motive V 631; *Mugdan* V 339. Für unrichtig« erklärt *von Lübtow* II 774 ff. das mit dieser Fiktion vom Gesetzgeber erstrebte Ziel: Da Erbe und Nachlass nicht zwei getrennte Rechtssubjekte sind, könnten Rechtsbeziehungen zwischen ihnen weder bestehen noch wiedererstehen. Das endgültige Erlöschen infolge der Konfusion könne die bloß tatsächliche Trennung der Vermögensmassen nicht mehr beseitigen. Aber dies ist übertriebener Scharfsinn. Zutreffend heben die Gesetzesmotive (ebenda) hervor, dass der Erbe »durch die Konkursöffnung aus dem Nachlasse verdrängt wird«:

133 *Anders von Lübtow* II 776: Der neue Anspruch sei mit dem erloschenen nicht identisch, sondern er weise »eine andere Struktur auf«; ähnlich S. 784. Übertriebene Folgerungen für die Hypothek bei *MüKo/ Siegmann* § 1976 BGB Rn. 4: Verwandlung mit der Konfusion in eine Eigentümergrundschuld, bei Absonderung aber wieder Rückverwandlung in eine forderungsbekleidete Fremdhypothek.

Falle einer Novation würden akzessorische Sicherungsrechte für den neuen Anspruch nach h. M. von Rechts wegen nicht haften.<sup>134</sup> Vom jeweiligen Vorstellungsmodell über den Zustand des Hauptrechts in der Zwischenphase hängt auch das Schicksal der Nebenrechte ab: »Schläft« das Hauptrecht nur, dann »schlafen« auch akzessorische Nebenrechte; mit dem Erwachen des Hauptrechts müssten sie ebenfalls aufstehen. War das Hauptrecht hingegen tot, dann blieben Wiederbelebungsversuche der Nebenrechte erfolglos; sie könnten nur (mit Rangverlust) neu bestellt werden. Da der Gesetzgeber letzteres vermeiden wollte, kann seinem Ziel nur die Vorstellung vom »Ruhen« entsprechen. Fraglich bliebe dann aber noch die Wirksamkeit von Verfügungen, die während der Schwebephase getroffen wurden; Beispiel: Über die für die Hauptschuld haftende Pfandsache hat der Verpfänder inzwischen weiter verfügt.<sup>135</sup> Und die Schwebezeit kann (wie erwähnt) lange andauern (besonders bei Vor- und Nacherbschaft, § 2143 BGB).

Auch weil man einen Bürgen nicht zur Wiedereingehung einer erloschenen Bürgschaft zwingen kann, verdient die Lösung des automatischen Wiederauflebens den Vorzug. Die vom Gesetz dafür aufgestellte Voraussetzung der Haftungsbeschränkung ist für die Bürgschaft auch wertungsmäßig richtig. Beschränkt nämlich der Gläubiger-Erbe seine Haftung *nicht*, dann kann der selbstschuldnerische Bürge das, was der Gläubiger vom ihm fordert, von ihm als Erben im Regresswege wieder zurückfordern; der Gläubiger verlangt also etwas, was er sogleich wieder zurückgeben muss (*dolo petit*-Einwand, § 242 BGB).

Für unsere einleitend analysierten Vormerkungsfälle ist aber nicht einzusehen, weshalb der Gläubiger vorab seine Erbenhaftung beschränken müsste, um in den Genuss der Drittwirkung seines vorgemerkten Anspruchs gegen Zwischenerwerber zu gelangen.<sup>136</sup> Die Einleitung des Nachlassinsolvenzverfahrens wäre dafür nicht

134 Gegen die h. M. freilich *Wacke* Erzwingt eine Novation den Verlust bestehender Sicherheiten? DNotZ 2000, 615–635.

135 Die Aufrechterhaltung von Rechten gutgläubiger Dritter ordnet Art. 1496 des Código civil Guatemalas (von 1966) an (die einzige mir diesbezüglich bekannt gewordene Vorschrift): »... se restablece la situación primitiva con todos sus privilegios, garantías o accesorios, sin perjuicio de tercero y de buena fe.« Bei uns kann man § 161 Abs. 2 und 3 BGB analog anwenden: Ein Pfändungspfandrecht erlischt gemäß §§ 161 Abs. 1 S. 2, Abs. 2, 1252 BGB; ein redlicher rechtsgeschäftlicher Pfandrechtswerb bleibt gemäß § 161 Abs. 2 und 3, 932, 1207 BGB bestehen. Die Vorschrift des § 1253 Abs. 1 BGB (zwangswises Erlöschen durch Rückgabe an den Verpfänder wegen unseres Faustpfandprinzips) stört nicht, wenn die zweite Verpfändung gemäß § 1205 Abs. 2 erfolgte. Mit einem Anwartschaftsrecht (*expectative*) vergleicht den Schwebezustand in unserem Zusammenhang *Piotet* 616 ff.

136 Diesen Vorschlag machte *Flume* JZ 2000, 1159, 1160; ebenso für eine Anfechtungserklärung schon *Seckel* s. u. Fn. 171; dagegen *Wacke* DNotZ 2001, 314 f. Wie *Flume* (aber ohne Berücksichtigung meiner Einwände) *Wilhelm* Sachenrecht (3. Aufl. 2007) Rn. 2282, 2283: Vor erfolgter Vermögensabsonderung bestehe der vorgemerkte Anspruch als bedingter oder künftiger fort. Diese Deutung steht der hier vertretenen (Naturalobligation) nahe. Der gesetzeskonforme Ausweg setzt die Vollständigkeit der gesetzlichen Ausnahmen voraus, was jedoch (wie gezeigt) nicht zutrifft.

nur ein unverhältnismäßig hoher administrativer Aufwand. Zwischen genereller Haftungsbeschränkung als Erbe und Durchsetzung seines vorgemerkten Anspruchs als Gläubiger gibt es auch keinen sachlichen Zusammenhang.<sup>137</sup> Bei nicht überschuldeter Erbschaft besteht kein Rechtsschutzbedürfnis für Haftungsbeschränkungsmaßnahmen, sehr wohl jedoch an der Beseitigung von vormerkungswidrig eingetragenen Rechten. Der Anspruch aus § 888 BGB muss auch dann durchsetzbar bleiben, wenn ein Außerkrafttreten der Konfusionswirkung unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt in Betracht kommt. Wegen § 884 BGB darf ein vorgemerkter Gläubiger nämlich durch den Tod des Schuldners ebensowenig beeinträchtigt werden wie gemäß § 106 InsO durch dessen Insolvenz.

6. Die den gesetzlichen Einzelbestimmungen zugrunde liegende Vorstellung vom sofortigen Erlöschen mit personeller Vereinigung, aber späterem eventuellen Wiederaufleben, hat Parallelen in ausländischen Gesetzbüchern<sup>138</sup> und ist ein Erbstück des römisch-gemeinen Rechts. Antiken Quellen zufolge konnte ein Erbe unter gewissen Voraussetzungen vom Prätor gegen das vom *ius civile* vorgesehene Erlöschen durch Konfusion die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (*in integrum restitutio*) beantragen.<sup>139</sup>

Die Wiederaufhebung der Konfusionsfolge mit beantragter Haftungsbeschränkung ist auch nach dem BGB systemkonform. Der Gläubiger-Erbe kann wie jeder externe Gläubiger seine Forderung zur Insolvenztabelle anmelden und im Falle ihrer Nichtanerkennung den Verwalter verklagen.

Dass schon mit dem bloßen *Anfall* des Schuldnervermögens an den Gläubiger dessen Forderung gegen ihn erlöschen, aber mit beantragter Haftungsbeschränkung oder mit der Ausschlagungserklärung wieder aufleben soll,<sup>140</sup> ist jedoch letztlich wenig organisch gedacht. Dies widerspricht auch dem erörterten Nichterlöschen der Forderung während nur zeitweiliger personeller Vereinigung wie bei treuhände-

137 Aus der geerbten Sekundärhaftung des Grundstücksverkäufers (im ersten vom BGH entschiedenen Falle des gutgläubigen Vormerkungserwerbs aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB) folgt nicht etwa der Verlust des Primäranspruchs des Käufers. Die Bestimmung des § 185 Abs. 2 Abs. 1 Fall 3 BGB ist entgegen *Gebauer/ Haubold* JZ 2000, 683 nicht entsprechend anwendbar. Die von dieser Vorschrift angeordnete »Konvaleszenz durch Erbenhaftung« ist interessenswidrig, denn aus dem Können folgt kein Müssen, s. ausführlich *Wacke* JZ 2001, 385 f.

138 Argentinien Art. 867; Guatemala s. Fn. 135; weit. Hinw. bei *Fabricius* 69 f.

139 Grundsätzlich war sie freilich verbunden mit einer Beseitigung des Erbschaftserwerbs, siehe *Kieß* 114 ff. Für sofortigen Eintritt der Konfusion mit dem Zusammentreffen der inkompatiblen Eigenschaften von Gläubiger und Schuldner *Kretschmar* 204 ff.; für die Rückwirkung im Falle der Wiederaufhebung S. 218 ff.

140 Für das römische Recht kann man diese Lösung mangels einschlägiger Quellenaussagen nur vermuten, und zwar beim *ipso iure*-Erbschaftserwerb gewaltunterworfenener Hauserben; vgl. *Kieß* 113. Zwischen ihnen und ihrem Gewalthaber konnten wegen der Einheit des Hausvermögens nur Naturalobligationen bestehen. Klagbare Ansprüche hausfremder Erben erloschen erst mit dem Erbschaftsantritt, D. 46,3,95,2.

rischer Zession an den Schuldner (oben I 3 mit Fn. 23, 30). Naturgemäßem Rechtsdenken entspricht eher die Annahme, dass ein Anspruch (stufenweise absteigend) zunächst in eine Ruhelage gerät, also einstweilen »schläft«, bis sich entscheidet, ob er wiedererweckt wird oder (vor allem mit der Erfüllung) endgültig zugrunde geht (dahinscheidet).

Angesichts der nach fast hundertjähriger Geltung des BGB erst in jüngster Zeit aufgetretenen Kontroversen um die Behandlung vorgemerakter Ansprüche im Konfusionsfalle war die im Vorjahr seines Inkrafttretens (1899) von *Paul Kretschmar* aufgestellte Prognose, dass sich »sehr bald eine einheitliche und befriedigende Lehre herausbilden werde« (S. 222) jedenfalls allzu optimistisch.

## VI. EIGENER LÖSUNGSANSATZ

1. Die Vorstellung vom Ruhen der Verbindlichkeit während der Subjektsvereinigung ist der Sachlage demnach in allen Fällen angemessener als das unnatürliche Hin und Her ihres sofortigen Erlöschens und etwaigen rückwirkenden Wiederauflebens nach den Sondervorschriften des Erbrechts. Die Ansicht der Gesetzesverfasser, dass die Regel aus diesen Spezialvorschriften »sich unschwer ableiten« lasse, ist damit widerlegt. Zu würdigen bleibt noch das zweite in den Gesetzesmaterialien angeführte Argument, dass die Regel »aus dem Wesen der Obligation sich von selbst ergibt« (oben Fn. 99). Dem damaligen Zeitgeist entsprechend dachten die Gesetzesverfasser dabei wegen der für essentiell gehaltenen Personenverschiedenheit sicherlich an ihr sofortiges Erlöschen. Diese Meinung der Kommissionsmitglieder ist für uns jedoch ebenfalls nicht verbindlich.<sup>141</sup>

Vorrangiger Zweck der Obligation ist nämlich, dass der Gläubiger zu dem Seinen gelange (oben bei Fn. 6–7). Dem praktischen Ziel der Gläubigerbefriedigung gegenüber muss das rein dogmatische Bedenken, eine Verbindlichkeit sich selbst gegenüber sei nicht vorstellbar, zurücktreten. Für die Wertberechnung des Nachlasses werden Ansprüche und Verbindlichkeiten diesem gegenüber selbstverständlich berücksichtigt.<sup>142</sup> Die Höhe eines Pflichtteilsanspruchs, eines Quotenvermächtnisses oder der Erbschaftssteuer (§ 10 Abs. 3 ErbStG) darf nämlich nicht davon abhängen, wer zufällig Erbe wird. Diese für die Berechnung der Nachlassgröße seit jeher geltende wirtschaftliche Sichtweise<sup>143</sup> darf die materiellrechtliche Konfusionslehre nicht außer Betracht lassen.

141 *Kollbosser/Jansen* JA 1988, 308 f.

142 *Fabricius* 69 (links).

143 Zur Pflichtteilsberechnung (*quarta Falcidia*) D. 35,2,1,18; zum Quotenvermächtnis D. 30,104,7. Dass zwischen Nachlass und Erbenvermögen eine Abrechnung (*ratio*) zu erfolgen hat, wird von Paulus D. 21,2,41,2 ausführlich dargelegt (für den Fall der Weiterveräußerung der mit einem Rechtsmangel behafteten Sache, wenn der Käufer seinen Abkäufer beerbt): *Kieß* 73 ff., 756 ff.

Für den Zweck der Obligation, die Befriedigung des Gläubigers herbeizuführen, legt sich das Erlöschensdogma demnach als zufälliger Störfaktor in den Weg. Durch dieses programmwidrige Hindernis darf man sich aber nicht irritieren lassen. Es muss aus dem Weg geräumt, das Leistungsprogramm der Obligation muss störungsfrei abgewickelt werden. Zu erreichen ist dies durch die Annahme, dass abgesehen vom Wegfall der Klagbarkeit mit der Obligation im Konfusionsfalle materiellrechtlich überhaupt nichts passiert.

Mit der Rezeption der Personenvereinigung als materiellen Erlöschensgrund ins *ius civile* war das Konfusionsproblem somit von den Römern von vornherein falsch eingefädelt worden. Dass für die Pflichtteilsberechnung nach der *lex Falcidia* die Konfusion nicht berücksichtigt werden darf, war den römischen Juristen nicht entgangen (s. Fn. 143). Die Emanzipation vom Erlöschensdogma gelang nach Jahrhunderten erst einigen Juristen des *mos gallicus*, deren Vertreter den römischen Quellen gegenüber unabhängiger waren.<sup>144</sup> Sie betrachteten die Konfusion bloß als Ausübungshindernis.<sup>145</sup> Ausdrückliche Vorschriften im romanischen Rechtskreis schließen ein Erlöschen aus, wenn der Erbe seine Annahme unter dem Vorbehalt der Inventarerrichtung erklärt.<sup>146</sup> Diese Lösung war möglich geworden, nachdem Justinian das *beneficium inventarii* als wahrhaftige Rechtswohltat für den Erben<sup>147</sup> zur Beschränkung seiner Haftung eingeführt hatte.<sup>148</sup> Aus dem Ausschluss der Konfusion bei Erbschaftsannahme unter vorbehaltener Haftungsbeschränkung wird zu Recht gefolgert, dass wechselseitige Forderungen erst mit definitiver Verschmelzung der beiden Vermögensmassen erlöschen.<sup>149</sup>

Bis zur Vermögensverschmelzung sind die in einer Hand vereinigten Vermögensmassen demnach so zu behandeln, wie wenn sie verschiedenen Rechtsträgern gehörten. Das enigmatische Phänomen des »rapporto giuridico unisoggettivo« (*Pugliatti*) bzw. der »obligation unipersonelle« (*Piotet*) entwirrt sich somit, wenn man als Zurechnungsendpunkte der Verbindlichkeit statt der Rechtssubjekte die

144 Überblick bei G. Köbler Lexikon der europäischen Rechtsgeschichte (1997) Artt. *mos Gallicus* und *mos Italicus*, S. 382.

145 Ausführliche Hinweise bei Kretschmar 39 Fn. 7. Nach dem Wortlaut des Art. 1300 Code civil »éteint (la confusion) les deux créances«. Die französische Lehre deutete dies (unter dem Beifall der italienischen) um in eine *paralyse de l'exécution*. Anknüpfend an die alte Vorstellung der Prokulianer von der *actio quiescens* (unten nach Fn. 151) reduzierte die Jurisprudenz damit das vermeintlich logische Axiom von der Inkompatibilität der Gläubiger- und Schuldner-eigenschaft auf den prozessualen Satz, dass sich niemand selbst verklagen kann: so *Wesenberg* Eos 48 (1956) 573 f. – Art. 1300 spricht irrig von *deux créances* und verwechselt dabei die *confusion* mit der (in Frankreich gemäß Art. 1290 Code civil ebenfalls *ipso iure* eintretenden) *compensation*; s. *Ferid* Das französische Zivilrecht I (1971) Rn. 2 D 88.

146 Art. 1192 Abs. 2 span. Código civil, Art. 802 Ziff. 2 franz. Code civil etc.; s. *Fabricius* 70 (links).

147 Als solche gewürdigt von *Wacke* SZ 123, 233.

148 C. 6,30,22,9; *Wesenberg* Eos 48, 564.

149 *Favero* Voce confusione ED 8,1050 (rechts).

verwalteten Vermögen betrachtet. Den Ausdruck »Vereinigung« (Konfusion) sollte man auf die Vermögensmassen, nicht auf die Rechtssubjekte beziehen. Diese Vorstellung ist freilich gewöhnungsbedürftig. Wird ein Sondervermögen von einer Amtsperson verwaltet (z. B. bei Nachlassinsolvenz oder Testamentsvollstreckung), besteht jedoch diesbezüglich keine Denkschwierigkeit. Aber auch ein alleiniges Rechtssubjekt kann (vorübergehend) Herr zweier Vermögensmassen sein.<sup>150</sup> Dass zwischen ihnen eine Abrechnung (Liquidation, Clearing) erfolgen muss, versteht sich. Solange diese nicht vollständig abgewickelt ist, besteht zwischen ihnen eine Naturalobligation.

2. Die praktisch zwingende Konsequenz einer Personenvereinigung ist wegen des prozessualen Zweiparteienprinzips und des Verbots von Insichprozessen nur das Erlöschen des Prozessrechtsverhältnisses. Wegen der Unmöglichkeit des Prozessierens im subalternen Gewaltverhältnis galt dies im römischen Recht in weitergehendem Umfang. Wird während eines laufenden Verfahrens die eine Partei von der anderen adoptiert, so erlischt nach D. 5,1,11 das Prozessrechtsverhältnis.<sup>151</sup> Eine Schulenkontroverse bestand nach Gaius 4,78 für den Fall des späteren Wiederausscheidens aus dem Gewaltverhältnis: Wegen der Schadenstat eines Sklaven hat der Geschädigte eine Noxalklage gegen dessen Herrn. Erwirbt der Geschädigte den Sklaven, dann erlischt (*intercidit*) die Klage nach Ansicht der Sabinianer definitiv. Die Prokulianer lassen sie hingegen nur ruhen (*quiescere*); mit einer Weiterveräußerung des Sklaven lebt sie darum wieder auf. Die Lehre der Sabinianer hat sich durchgesetzt;<sup>152</sup> für die Mindermeinung der Prokulianer sprechen aber die besseren Gründe. Die Noxalhaftung lastet pfandrechtsähnlich auf dem Sklaven nach der Regel *noxam caput sequitur*. Die Sabinianer denken materiellrechtlich: Mit dem Eigentumserwerb durch den Geschädigten erlischt die Noxalhaftung ebenso wie ein Pfandrecht (entsprechend der Regel *Nulli res sua servit*). Die nur prozessual denkenden Prokulianer verneinen hingegen hier eine Konsolidation: Das bestehende Gewaltverhältnis ist für sie bloß ein zeitweiliges Ausübungshindernis.

3. Von fundamentaler Bedeutung für das Schicksal akzessorischer Sicherungsrechte im Konfusionsfalle ist ein in diesem Zusammenhang zu wenig gewürdigtes Fragment des spätklassischen Juristen Julius Paulus, D. 36,1,61(59)pr. Ich reduziere seine unverhältnismäßig ausführliche kritische Anmerkung zur Entscheidung eines praktischen Falles auf ihren wesentlichen Aussagegehalt. Ein Schuldner hatte ein Pfand bestellt; seinen Gläubiger setzte er zum Erben ein mit der fideikommissarischen

150 Ob der Nachlass in der Hand des Erben ein Sondervermögen bildet, ist umstritten. Gegen die wohl ablehnende h. M. siehe Wacke SZ 123 (2006) 244 Fn. 191.

151 Kieß 188.

152 Justinian übernimmt sie in Inst. 4,8,6: Kieß 80 ff.

Bitte, den gesamten Nachlass seiner (des Testators) Tochter auszukehren.<sup>153</sup> Nach anfänglicher Weigerung des Gläubigers zwang ihn der Prätor, die (möglicherweise überschuldete) Erbschaft anzunehmen und den Nachlass dem Fideikommiss entsprechend der Tochter herauszugeben (offenbar ohne Abzug des ihm geschuldeten, vielleicht noch nicht fälligen Betrages).<sup>154</sup> Mit dem Erbschaftsantritt war der Gläubiger nach *ius civile* Erbe geworden; sein akzessorisches Pfandrecht wäre damit formal erloschen. Erbe blieb er freilich nur für eine kurze Übergangszeit; nach prätorischem Amtsrecht wurde die Personenvereinigung alsbald wieder aufgehoben. Die Frage nach dem etwaigen Untergang des Pfandrechts verneint Paulus mit längerer (im einzelnen hier unwichtiger) Begründung. Ihr Kernsatz lautet: *remanet ergo propter pignus naturalis obligatio*; zu deutsch etwa: »zwecks Aufrechterhaltung der Pfandhaftung bleibt eine unklagbare Verbindlichkeit übrig«. Deshalb könne der Gläubiger die Pfandsache sowohl (falls er sie besitzt) zurückbehalten als auch (falls er sie nicht besitzt) herausverlangen und zu ihrer Verwertung schreiten.<sup>155</sup> In der umfangreichen textkritischen Literatur zu dieser Quelle wurden zahlreiche Bedenken gegen sie angemeldet, namentlich hat man die Echtheit des hier hervorgehobenen Kernsatzes angezweifelt.<sup>156</sup> Der Schlüsselbegriff der *naturalis obligatio* kann aber für die Lehre von der Konfusion nicht hoch genug geschätzt werden. Wegen der im Interesse des Gläubigers wünschenswerten Fortdauer des akzessorischen Pfandrechts genügt die Existenz einer unklagbaren Verbindlichkeit.<sup>157</sup> Eine solche

153 Über das durch Senatsbeschlüsse geregelte *fideicommissum hereditatis* (woraus sich wegen der Regel *semel heres semper heres* die Vor- und Nacherbschaft entwickelte) siehe Kaser, Das römische Privatrecht I (2. Aufl. 1972) § 190. Die Tochter war hier vermutlich keine der *patria potestas* unterstehende Hauserbin.

154 *Verum est non esse solutam pecuniam*, heißt es im Text. Dass der Prätor hier nicht für die Befriedigung des Gläubigers Sicherheitsleistung anordnete, wird von Paulus kritisiert.

155 Im konkreten Fall, da sich kein Käufer fand, durch *impetratio dominii*, der hoheitlichen Zuweisung des Eigentums an den Pfandgläubiger; zu ihr *Dernburg*, Das römische Pfandrecht II (Leipzig 1864) 240 ff.; Kaser, Das römische Privatrecht II (2. Aufl. 1975) 320 m. Fn. 18.

156 So *Kieß* 164 ff. mit reichen Nachweisen; dagegen jetzt *Ankum* in gründlicher Exegese, *Studii Labruna I* (Napoli 2007) 151–168, 164; wohl unentschieden *Out* (u. Fn. 161) 195–202. Nach *Kieß* 167 mit Lit. in Fn. 74 sei das Ergebnis schon aus dem Wortlaut der dinglichen Pfandklage (*actio Serviana*) ableitbar, weil deren Bedingungen für ein Erlöschen (*eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse*) infolge der Konfusion nicht erfüllt seien. Diese rein formale Herleitung bedarf jedoch der rechtfertigenden Richtigkeitskontrolle. Die griffige und zeitlos gültige sachliche Begründung fand Paulus in der Fortexistenz der *naturalis obligatio*, worauf seine gesamte Argumentation hinausläuft (*remanet ergo...*). Dem schwachen formalen Argument fügte Paulus damit ein zweites, überzeugenderes hinzu. Dass ein anonym nachklassischer Textbearbeiter klüger gewesen sein soll als der große Paulus, ist wenig glaubhaft. Der von Unverstand zeugende Verdacht ist ein Residuum von der in der textkritischen Romanistik eine zeitlang herrschend gewesenen generellen Skepsis gegenüber der *naturalis obligatio*.

157 Ulpian D. 20,1,14,1: *Ex quibus casibus naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constitit*. »Soweit eine Naturalobligation vorhanden ist, dauert anerkanntermaßen das Pfandrecht fort.«

hat zu seinen Gunsten während der vorübergehenden Subjektsvereinigung gegenüber dem treuhänderisch innegehabten Schuldnervermögen fortbestanden, so dass das *pignus* nach Paulus nicht erloschen ist.

Diese von Paulus entwickelte Lösung entspricht der erwähnten Ansicht der Prokulianer vom bloßen Ruhen der Noxalhaftung während der Subjektsvereinigung nach Gaius 4,78 *cit.* Eine residuäre Naturalobligation wie von Paulus hier angenommen begegnet auch in anderen Fällen.<sup>158</sup> Die Existenz von zwei verschiedenen Rechtssubjekten setzt eine *naturalis obligatio* nicht voraus;<sup>159</sup> es genügt eine Sonderung in zwei Vermögenskomplexe. Paradigma ist das vom *patrimonium* des Hausvaters faktisch getrennte *peculium* (Sondergut) eines Hauskinds oder Sklaven. Kreditgeschäfte zwischen *pater familias* und *filius in potestate* oder *servus* waren gang und gäbe. Obwohl nicht klagbar, führten sie zu bilanzmäßigen Rechnungsposten und bildeten die geeignete Grundlage für die wirksame Bestellung und Fortdauer akzessorischer Sicherheiten.

Das von Paulus erkannte Fortbestehen einer *naturalis obligatio* ist keine behelfsmäßige Verlegenheitslösung, sondern das tragfähige Konstruktionselement für den Fortbestand des akzessorischen Pfandrechts.<sup>160</sup> Methodologisch beifallswert überwindet Paulus die aus dem zivilrechtlichen Konfusionsdogma resultierende Denkschwierigkeit und verhilft so dem Pfandgläubiger zu seiner Befriedigung. Dieses konstruktive Vorgehen unterscheidet sich wohltuend von dem defätistischen Kniefall des 5. Zivilsenats des BGH vor dem im herkömmlichen Sinne verstandenen Konfusionstheorem (oben I). Der Hinweis auf die *naturalis obligatio* ist als griffige Quintessenz das Wertvollste an dem ansonsten etwas spröde und langatmig anmutenden Text, ein Beispiel für die Korrektur des überkommenen Zivilrechts durch das schmiegsame und elastische prätorische Amtsrecht.

Eine gegenteilige Entscheidung eröffnete dem Schuldner den Weg zur fraudulösen Vernichtung des Pfandrechts:<sup>161</sup> Anstatt den auserkorenen Erben direkt einzusetzen, wendet (vielleicht sogar auf dessen Rat) der Testator den Nachlass seinem Gläubiger unter der Restitutionsauflage zu. Auf diesem Umwege erzielte der Erbe

158 Kaser (Fn. 153) 481 m. Fn. 28. D. 4,5,2,2; 12,6,19pr.; 12,6,38,1–2; 14,6,10; 46,1,21,2–3.

159 So freilich Favreau Diss. Erlangen 1898, 6. Zutreffend ist diese These nur für die im BGB verbliebenen Naturalobligationen der verjährten Schuld, der Spielschuld und des Ehe-maklerlohns. Eingehend behandelt jetzt einschließlich der historischen und rechtsvergleichenden Grundlagen in der umfassenden Monographie von Götz Schulze Die Naturalobligation (Tübingen 2008), 754 S. Die *obligatio naturalis* deutet Schulze unter anderem zutreffend als Rechnungsposten zwischen verschiedenen Vermögenskomplexen.

160 Zum methodologischen Rüstzeug der antiken Juristen gehörte auch die Konstruktion; siehe Wacke Die Konstruktion des Anwartschaftsrechts aus bedingter Übereignung etc., in: Spuren des römischen Rechts, FS B. Huwiler (Bern 2007) 651 ff., 667 f. Fn. 62. – Unerwähnt lässt Paulus das sachenrechtliche Problem einer zwischenzeitlichen Konsolidation des Pfandrechts infolge des vorübergehenden Erwerbs des Eigentums an der Pfandsache.

161 Zutreffende Folgenerwägung, erkannt von J. C. Ont Vormen van Accessorieteit (Proefschrift Leiden 2005) 195 ff., 199.

einen schulden- und pfandrechtsfreien Nachlass (dies wäre im buchstäblichen Sinne ein *circumvenire* gemäß Paulus D. 1,3,29).

Die glückliche Erkenntnis einer fortbestehenden Naturalobligation ist schließlich verallgemeinerungsfähig. Sie setzt weder eine Pfandrechtsbestellung noch eine auf die Konfusion folgende Vermögensabsonderung voraus.<sup>162</sup> Die Leitidee des Paulus führt geradewegs zur (wie gezeigt, gleichfalls verallgemeinerungsfähigen: o. Fn. 115) Vorschrift des § 2175 BGB. Nach dem Tatbestand dieser Vorschrift vermacht der Testator einem Dritten die ihm gegen den Erben zustehende Forderung. Nach dem (spiegelbildlichen) Sachverhalt des Paulusfragments belastet der Testator seinen Gläubiger mit dem Vermächtnis zur Restitution des Nachlasses an einen Dritten. Beide Fälle verbindet die nur vorübergehende Subjektsvereinigung im Wege des Durchgangserwerbs, woraus materiellrechtlich kein Untergang des Anspruchs gefolgert werden darf.

## VII. RECHTSGESCHÄFTLICHE ERFÜLLUNGSVORNAHME MIT SICH SELBST VERSUS AUTOMATISCHER ERLÖSCHENSWIRKUNG

1. Im Gegensatz zur langwierigen obigen Auseinandersetzung mit den gesetzlichen Regelungen und der herrschen Meinung erscheint unser Lösungsweg hiernach einfach: Die Konfusion versperrt nicht das Tor zur Befriedigung des Gläubigers. Die Erfüllung ist in gleicher Weise vorzunehmen, wie wenn der Schuldner noch lebte. In Ermangelung einer für ihn auftretenden Amtsperson (Testamentsvollstrecker, Nachlassverwalter) hat der Gläubiger-Erbe als Repräsentant des Verstorbenen die Erfüllung in Personalunion mit sich selbst vorzunehmen (vgl. o. I bei Fn. 47). Als solcher fungiert er solange, wie der Zweck es erfordert. Auch ein Alleinerbe führt korrekterweise zunächst eine Zeit lang ein separates Erbschaftskonto, worin er alle den Nachlass betreffenden Ein- und Ausgänge verbucht.<sup>163</sup> *Ego* erklärt die Annahme der von *alter ego* abgegebenen Einigungserklärung.<sup>164</sup> Eine Auflassungserklärung vor dem Grundbuchamt durch Insihgeschäft – von § 181 BGB zugelassen – ist der notariellen Praxis vertraut.<sup>165</sup> Für einen durch Übereignungsvormerkung ge-

162 Anders *Kretschmar* 128 f. Prätorischer Zwang zur Erbschaftsrestitution wird ebenfalls nicht vorausgesetzt; so auch *Kretschmar* aaO. Gegen eine Verallgemeinerung freilich *Dacke* Diss. Erlangen 1933, 15 ff. mit ält. Lit.

163 Separate Buchführung erleichtert auch den Nachweis des etwaigen Platzgreifens der Erschöpfungseinrede, §§ 1990 f. BGB.

164 Siehe schon *Wacke* NJW 1981, 1580 (links). Eine Analyse der römischen Quellen bei *Wacke* Tilgungsakte durch Insihgeschäft: Zur Leistung eines Tutors oder Prokurators an sich selbst, SZ 103 (1986) 223–247. Den Zusammenhang der Konfusion mit dem *sibi solvere* und *a se exigere* sah als einer der wenigen schon *Girtanner* Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrechte II (Jena 1851) 504 ff.; gegen ihn zu Unrecht *Bohne* Diss. Heidelberg 1909, 8 f.; *Kieß* 177.

165 *Wacke* DNotZ 2001, 311 f. Zu Unrecht für unmöglich erklärt durch *von Lübtow* II 777.

sicherten Grundstückskäufer ist es wichtig, als Käufer im Grundbuch eingetragen zu werden, denn seine Eintragung als Erbe war bloße Grundbuchberichtigung.

Erlischt also ein Anspruch erst durch rechtsgeschäftliche Erfüllung und nicht schon von Rechts wegen mit der Konfusion, dann bedarf es keiner Sondervorschriften zum Schutze von bestehenden Drittrechten: Die Bestimmungen der §§ 1071, 1276 BGB sind nicht nur analog (so oben IV 1 b), sondern direkt anwendbar.

2. Die vom Erben zu spielende Doppelrolle lässt sich auch am steckengebliebenen gestreckten Erwerbstatbestand des § 933 BGB exemplifizieren. Wer die von einem Nichtberechtigten unter Besitzkonstitut veräußerte Sache (§ 930 BGB) erwerben will, muss gemäß § 933 BGB noch bis zum späteren Zeitpunkt der Übergabe redlich sein. Stirbt vor der Übergabe der Veräußerer und beerbt ihn der Erwerbswillige, würde sein Übereignungsanspruch (§ 433 Abs. 1 BGB) aufgrund der herrschenden Konfusionsregel erlöschen. Gemäß § 857 BGB bloß ideeller Besitzer geworden, besäße er die Sache dem Nachlass gegenüber ohne Rechtsgrund (§ 812 BGB); dem Berechtigten gegenüber wäre er wie der nichtberechtigte Veräußerer (§ 1922 BGB) gemäß § 985 ff. BGB herausgabepflichtig. Zum ungerechtfertigten Vorteil des Berechtigten wäre das intendierte Übereignungsgeschäft an dem Zufall gescheitert, dass der Veräußerer vor der Übergabe starb und der Erwerbswillige ihn allein beerbte. Nicht gescheitert wäre die Übereignung bei bloßer Miterbschaft; weniger wäre für den Erwerbswilligen mehr. Wegen dieses absurden Ergebnisses ist die Konfusionsregel auch bei Alleinerbschaft unangebracht. Die Konfusion ignoriert die Doppelrolle des Erben, der hier zusätzlich eine schon leibzeitig begründete Erwerbssaussicht hatte; diese darf (außer durch nachfolgende Bösgläubigkeit) nicht frustriert werden. Die dingliche Einigungserklärung war hier beiderseits bereits abgegeben; und da sie (sofern überhaupt widerruflich) bis zum Tode des Veräußerers nicht widerrufen wurde, bestand sie fort (arg. § 130 Abs. 2 BGB). Die noch ausstehende Übergabe muss (im Unterschied zum bereits vereinbarten Besitzkonstitut) eine »wirkliche« sein, in Gestalt einer tatsächlichen Aushändigung.<sup>166</sup> Der dem Erben gemäß § 857 BGB kraft Gesetzes zufallende Besitz kann dafür als rein vergeistigte Sachherrschaft nicht genügen. Bis zum Publizitätsakt der Übergabe gebührt der Vorrang dem Erhaltungsinteresse des wahren Berechtigten.<sup>167</sup> Nimmt aber der immer noch redliche Erbe die gekaufte Sache aus dem Nachlass fehlerfrei an sich, dann händigt er sie (gewissermaßen zugleich im Namen des verstorbenen Veräußerers) an sich selbst aus.<sup>168</sup> Durch Insichgeschäft erfüllt er damit den bis dahin uner-

166 Art.1141 Code civil verlangt beim Doppelverkauf die *possession réelle*. Ebenso § 430 österr. ABGB.

167 Wacke Das Besitzkonstitut als Übergabesurrogat (1974) 43–50, passim.

168 Bei Miterbschaft genügt für fehlerfreien Besitzerwerb die Duldung der Ansichnahme durch die Miterben. – Eigenmächtige Wegnahme bei Lebzeiten des Veräußerers verschafft hingegen keinen fehlerfreien Besitz, folglich nicht das Eigentum gemäß § 933 BGB.

füllten (richtigerweise auch durch Konfusion nicht erloschenen) Anspruch auf Übergabe (§ 433 Abs. 1 BGB) mittels Leistung an sich selbst.<sup>169</sup>

Der (parallel zum einleitend erwähnten gutgläubigen Vormerkungserwerb gebildete) Fall lehrt dreierlei: (1.) Damit das zeitlich gestreckte Übereignungsgeschäft nicht durch den zufälligen Tod des Veräußerers frustriert wird, muss der Verstorbene bis zu der in § 933 BGB vorgeschriebenen Übergabe als fortlebend fingiert werden. (2.) Als Repräsentant des Toten fungiert sein Erbe. In der Rolle des Veräußerers übergibt er als Fortsetzer der Persönlichkeit des Verstorbenen die Sache an sich selbst. (3.) In der umgekehrten Rolle des Erwerbswilligen nimmt der die Sache (im eigenen Namen) entgegen. Beide Rollen vereint der Erbe in Personalunion. (»Zwei Seelen wohnen in seiner Brust«).

3. Hatte der (spätere) Erbe eine Sache vom Verstorbenen unter Eigentumsvorbehalt auf Abzahlung gekauft, dann verwandelt sich sein Anwartschaftsrecht noch nicht mit dem Erbfall zum Volleigentum; denn das wäre für ihn ein ungerechtfertigter Vorteil, und die Konfusion ist nicht Zahlung. Solange der Erbe den restlichen Kaufpreis aus seinem Erbenvermögen dem Nachlass nicht gutschreibt und so den Bedingungseintritt herbeiführt (§ 449 Abs. 1 BGB), können Nachlassgläubiger noch auf die Kaufsache zugreifen. Bei von einem Nichteigentümer auf Abzahlung veräußelter Sache genügt der gute Glaube des Käufers beim Erwerb seines Anwartschaftsrechts durch Übergabe oder fehlerfreie Ansichnahme aus dem Nachlass.

4. Sich selbst gegenüber abzugeben hat der Erbe zuweilen auch eine Anfechtungserklärung. *Emil Seckel*, der Entdecker der Kategorie der Gestaltungsrechte, bildete schon den Fall, dass jemand durch Drohung zur Übereignung einer Sache gezwungen wird und ein Dritter sie anschließend in Kenntnis der Drohung erwirbt.<sup>170</sup> Nach erfolgreicher Anfechtung gegenüber seinem Vertragspartner könnte der Gezwungene die Sache vom Dritten vindizieren. Beerbt aber der Anfechtungsberechtigte den Anfechtungsgegner, dann scheint das Anfechtungsrecht infolge Konfusion unterzugehen. Abhelfen wollte *Seckel* mittels analoger Anwendung der erwähnten erbrechtlichen Spezialvorschriften über das Außerkrafttreten der Konfusion.<sup>171</sup> Sie sprechen zu eng von der »Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von

169 Der Übereignungswille muss in diesem Zeitpunkt nicht mehr aktuell fortbestehen. Der irrige Glaube, bereits gemäß § 930 BGB vom Berechtigten erworben zu haben, ist unschädlich; fehlte diese Überzeugung, wäre der Erwerbswillige nicht redlich. Auch wenn der Konkursverwalter des Veräußerers zwecks Erfüllung eines vermeintlichen Aussonderungsanspruchs herausgibt, geht jetzt das Eigentum an den Redlichen über. Der Übereignungseffekt ist dann Gesetzeswirkung (*Plus est in re quam in existimatione*). Das die rechtsgeschäftlichen Erklärungen aber bereits abgegeben waren, ist der Eigentumsübergang doch auf sie zurückzuführen und bloß zeitlich aufgeschoben.

170 *Seckel* Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts (1903), hier zitiert nach der Sonderausgabe der Wiss. Buchgesellschaft (Darmstadt 1954) 44 f.

171 Bes. § 1976 BGB (Antrag auf Nachlassverwaltung). Den gleichen Gedanken hatte für die Durchsetzung eines vorgemerkten Anspruchs später *Flume*; dagegen siehe oben bei Fn. 136.

Recht und Belastung«. Die Beerbung des Anfechtungsgegners durch den Anfechtungsberechtigten hat der Gesetzgeber nicht mitbedacht. Eine Anfechtungserklärung sich selbst gegenüber hielt *Seckel* für unmöglich. Aber gerade dies ist nach der überzeugenden Begründung durch *Heinz Friedländer* die einzig in Betracht kommende Lösung.<sup>172</sup> Beerbt ein Vorkaufsberechtigter den Verpflichteten, dann gibt er seine Ausübungserklärung dementsprechend ebenfalls sich selbst gegenüber ab (vom BGH freilich für unmöglich gehalten, vgl. o. nach Fn. 17).

5. Ein verjährter Anspruch ist klageweise nicht mehr durchsetzbar, aber freiwillig erfüllbar (§ 214 BGB). Fallen Gläubiger und Schuldner in eins zusammen, dann fragt sich, ob der zugleich die Schuldnerposition wahrnehmende Gläubiger durch außergerichtliches Insihgeschäft noch auf die verjährte Schuld an sich selbst leisten kann. Papinian D. 46,3,95,2 bejahte dies einst in einem vergleichbaren Fall: Wer einem Mündel ohne Zustimmung seines Vormunds Geld lieh und ihn später beerbte, der könne vom Nachlasswert die gewährte Darlehenssumme in voller Höhe abziehen und nicht nur den geringeren Betrag, der davon im Mündelvermögen noch als Bereicherung vorhanden ist. Die Berufung eines Bereicherungsschuldners auf seine Entreicherung (vgl. § 818 Abs. 3 BGB) soll also danach wegfallen, wenn ihn der Kondiktionsgläubiger beerbt. Wertungsmäßig erscheint die von Papinian nicht begründete Ansicht jedoch unrichtig.<sup>173</sup> Denn die Konfusion darf den Gläubiger weder benachteiligen noch – wie hier – begünstigen. Über die dem Verstorbenen zustehenden Einreden der Verjährung oder der Entreicherung darf sich der Gläubiger bei seiner Befriedigung durch Insihgeschäft mithin nicht hinwegsetzen.

## VIII. DIE KONFUSION BEI DER BÜRGSCHAFT<sup>174</sup>

Im Dreiecksverhältnis der Bürgschaft probierten die römischen Juristen *more geometrico* wie auf dem Schachbrett alle denkbaren Züge der Spielfiguren durch. In der

172 *Friedländer* Die Konfusion von Anfechtungsrechten (Diss. Breslau 1931) 50 f. – In Rechtsordnungen mit vorgeschriebener *gerichtlicher* Geltendmachung von Willensmängeln wie in Frankreich ergäben sich allerdings hier wegen des Ausschlusses von Insihprozessen Schwierigkeiten.

173 *Kieß* führt S. 180 f. die exegetische Literatur an, würdigt aber das Ergebnis nicht. Eine Andeutung bei *Kretschmar* 135 f. Er fand die Lösung in der Regel, »daß jeder Schuldner sich selbst solvent ist«; nach einem dort zitierten Wort von *Azo*: *In hoc casu pauper sibi dives est*. Tragweite und Rechtfertigung dieser Regel bedürften freilich näherer Untersuchung.

174 Diesem Thema widmete sich für das römische Recht *Gerhard Wesenberg* in seiner von *Alexander Beck* betreuten Königsberger Dissertation von 1935 auf 34 Druckseiten. Für ein Promotionsvorhaben ein verhältnismäßig schmales Thema. Wegen voreingenommener Behandlung der Quellen kritisch gewürdigt in den Rezensionen von *Kretschmar SZ* 56 (1956) 349–356 und *Fr. Weber* Krit. Vierteljahresschrift 27 (1935) 107 ff. *Wesenberg* akzeptierte die kritischen Einwände später in *Eos* 48,1, 553. – Der 1908 in Kolberg geborene G. Wesenberg ist nach einem außerordentlich unruhigen, durch zahlreiche Orts-

topologischen Feldvermessung, der planmäßigen Analyse diverser Fallkonstellationen zeigt sich ihre wahrhaft intuitive Kraft.<sup>175</sup>

1. Beerbt der Gläubiger den Hauptschuldner (sogenannte »echte« Konfusion; vgl. oben III 2), dann erlöschen den Quellen zufolge akzessorische Sicherungen wie Bürgschaft und Pfandrecht. Auf das vorrangige Sicherungsinteresse des Gläubigers nahm man dabei zu wenig Rücksicht. *In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur*, heißt es zu allgemein bei Ulpian D. 46,3,43.<sup>176</sup> Haben die Römer das Erlöschensdogma etwa so weit getrieben, dass sogar bei Insolvenz des Hauptschuldners der Bürge frei wurde? (Vgl. o. Fn. 173). Die Gesetzbücher Spaniens und Italiens, welche die Regelung übernahmen, gedenken des Insolvenzfalles gleichfalls nicht.<sup>177</sup>

Wertungsmäßig richtig ist das Erlöschen nur bei solventem Nachlass. Im kritischen Falle seiner Insolvenz muss ein vom Schuldner bestelltes Pfand dem Gläubiger hingegen haften, denn in der Sicherungsfunktion besteht sein Zweck. Bei vom Schuldner selber bestellten Vorzugsrechten ergibt sich auch kein Regressproblem. Die vor der Inanspruchnahme eines Bürgen von § 771 BGB vorgeschriebene Vorausklage kann der Gläubiger zwar nicht gegen sich selber erheben. Die von § 771 in Wahrheit gemeinte Vorausvollstreckung kann er jedoch betreiben in Gestalt des von ihm zu beantragenden Nachlassinsolvenzverfahrens. Eine Haftungsbeschränkungsmaßnahme ist auch vor der Inanspruchnahme eines selbstschuldnerischen Bürgen nötig. Ohne eine solche wäre (vor allem bei solventem Nachlass) eine Belangung des Bürgen rechtsmissbräuchlich (§ 242 BGB); denn der Gläubiger müsste das vom Bürgen Beigetriebene ihm im Regresswege wieder erstatten.<sup>178</sup>

wechsel gekennzeichneten Leben als ao. Professor in Wien schon mit 49 Jahren an einer heimtückischen Blutkrankheit verstorben. Siehe den einfühlsamen Nachruf von *Kunkel SZ 75 (1959) 507–513*. – Neuerdings behandelt die *confusio* im römischen Bürgschaftsrecht (gleichfalls nicht bedenkenfrei) *Kieß §§ 8–9*.

175 Siehe *Knüttel* (o. Fn. 87).

176 Der Satz träfe zu, wenn unter *liberatio* nur die Erfüllung samt Surrogaten zu verstehen wäre. Im Folgesatz gedenkt Ulpian jedoch sofort der *confusio*.

177 Spanien Art. 1.193: »La confusión ... aprovecha a los fiadores.« Italien Art. 1253: »... l'obbligazione si estingue, e i terzi che hanno prestato garanzia per il debitore sono liberati.« Geradezu »blind« für den kritischen Fall der Insolvenz, kommentiert *González Porrás* die unanimamente für »clara y sencilla« gehaltene Vorschrift so: »... extinguida la obligación principal, la accesoria non tiene razón de ser, carece de finalidad y no tiene función que complir.« In: *Comentario del Código civil, Ministerio de Justicia II (Madrid 1991)* zu Art. 1.193 pp. 275 f. Um sich den Zugriff auf den Bürgen zu erhalten, muss der Gläubiger folglich unter dem Vorbehalt der Inventarerrichtung die Erbschaft annehmen, Art. 1.192 Abs. 2 Código civil. Ebenso wie er bei uns (wegen des sonst auf ihn zukommenden Regressanspruchs des Bürgen) seine Haftung beschränken muss.

178 Die Belangbarkeit des Bürgen wird erwogen bei unter Regressverzicht schenkungshalber übernommener Bürgschaft von *Kretschmar 227*; für Spanien von *González Porrás (Fn. 177) 276*.

2. Beerbt der Gläubiger den Bürgen, dann erlischt nur seine Bürgschaftsforderung (Ulpian D. 46,3,43 Satz 2). Den seltenen Fall einer Insolvenz des Bürgen kann man hier vernachlässigen.<sup>179</sup>

3. Im dritten Fall des Zusammenfalls von Hauptschuldner und Bürgen bestand ebenfalls ein Schuldenstreit (vgl. zu Gaius 4,78 schon oben VI 2). Die Sabinianer ob siegten mit ihrer Ansicht, dass dann die Bürgschaft erlösche, weil niemand Schuldner und Bürge zugleich sein könne (*quoniam nemo potest apud eundem pro ipso obligatus esse*: D. 46,1,21,3). Eine Ausnahme machte man, falls die Bürgschaftsforderung die stärkere (*plenior*),<sup>180</sup> die gesicherte Hauptschuld z. B. nur eine Naturalobligation war. Die Prokulianer ließen sich durch dieses Dogma nicht beeindrucken; sie ließen offenbar beide *actiones* fortbestehen<sup>181</sup> und damit dem Gläubiger die Wahl, ob er aus der Hauptforderung oder der Bürgschaftsforderung gegen den Erben vorgehen wollte. In dieser Klagenkonkurrenz sah Proculus keine Denkschwierigkeit. Die Hauptschuld absorbierte generell nicht die Bürgenschuld. Dass man sich für die eigene Schuld zusätzlich verbürgen kann, wird schon durch die Etymologie des Wortes ›leisten‹ nahegelegt (*praestare* von *praes stare*).<sup>182</sup> Die zusätzliche Verbürgung für die eigene Schuld ist für den Gläubiger vorteilhaft, wenn die Hauptschuld eine rechnerisch beschränkte ist wie die des mit der Sondergutsklage nur *de peculio* belangbaren Hausvaters.<sup>183</sup> Sicherte die strengrechtliche (stipulierte) *fideiussio* den Anspruch aus einem *bonae fidei iudicium*, dann war wegen des Einwendungsausschlusses die Bürgschaftsklage für den Gläubiger günstiger als die Hauptklage. Die Übernahme einer weiteren Verbindlichkeit erfüllungshalber durch den Schuldner (etwa aus einem Wechsel) enthält für uns keine Denkschwierigkeit (§ 364 Abs. 2 BGB).

Eine Kompromisslösung vertrat Afrikan D. 46,3,38,5: Sicherte der Bürge seine Bürgschaftsverbindlichkeit zusätzlich durch ein Pfand, dann erlischt das Pfand nicht durch den Zusammenfall von Bürgen und Hauptschuldner; eine vom Bürgen bestellte Nachbürgschaft soll jedoch erlöschen. Das Fortbestehen des vom Bürgen be-

179 Sollte ein Gläubiger so unvorsichtig sein, einen Insolventen als Bürgen und später oben drein dessen Erbschaft anzunehmen, dann muss er sich dies selbst zuschreiben.

180 Papinian D. 46,3,95,3 u. a.; auch *maior* genannt, z.B. D. 42,6,3pr. Als Lehre den Klassikern von Kieß 103 f. (gegen die h. M.) zu Unrecht abgesprochen.

181 Scaevola D. 46,3,93,3: *Quid ergo, si fideiussor reum heredem scripserit? confundetur obligatio secundum Sabini sententiam, licet Proculus dissentiat*. Kieß 96, 101, 110. – Bei Beerbung eines Gesamtschuldners durch den anderen blieben beide Forderungen bestehen: D. 45,2,13; 46,1,5; Kieß 95 f. – Ein weiterer Fall: Sukzediert ein durch Einrede geschützter Schuldner in eine vollkräftige Schuld gleichen Inhalts, so kann er nicht nur (selbstverständlich) aus der vollkräftigen Schuld belangt werden, sondern er verliert obendrein den Einredeschutz; Papinian D. 46,3,95,2 (2. Hälfte) sah darin ein Bekräftigung (*confirmatio*) der einredebehafteten Schuld; vgl. D. 16,1,8,13; Kretschmar 94 (in der Fn.).

182 Kaser RPI (2. Aufl. 1971) 489.

183 *Wacke, Fideiussio = iussum?* Bürgschaften für den eigenen Gewaltunterworfenen oder Gewalthaber, Index 27 (Napoli 1999) 523–549.

stellten Pfandrechts erklärt sich damit, dass es auch vom Schuldner von vornherein für dessen eigene Schuld bestellt werden kann. Mit dem Erlöschen der Nachbürgschaft folgt Afrikan hingegen der Ansicht des Sabinus. Obwohl Afrikan diese für die richtigere hielt (*rectius existimari*), erscheint uns die Gegenmeinung des Prokulus als vorzugswürdig, denn die Nachbürgschaft könnte für den Gläubiger noch von Vorteil sein.<sup>184</sup>

Derselben Ansicht waren (speziell mit Rücksicht auf die Nachbürgschaft) die Verfasser des BGB. Eine Vorschrift des 1. Entwurfs sah das Fortbestehen der Bürgschaft vor, soweit der Gläubiger daran ein Interesse hat.<sup>185</sup> Die zweite Kommission strich die Bestimmung als unnötig mit der Begründung, eine unbefangene Gesetzesanwendung werde nicht verkennen, dass die Rechte des Gläubigers durch die Vereinigung nicht berührt würden. In welcher Weise sich Wissenschaft und Praxis das Fortbestehen der Gläubigerrechte zurechtlege, sei gleichgültig.<sup>186</sup>

Nach heute herrschender Ansicht ergibt sich der Fortbestand der Bürgschaft auch aus ihrem unterschiedlichen Inhalt zur Hauptschuld: Der Bürge verspricht nicht die Tilgung der Hauptschuld an Stelle des Schuldners, sondern nur eine ihr entsprechende Leistung; deutlich wird dies bei der Verbürgung für eine unvertretbare Leistung.<sup>187</sup>

## IX. ERGEBNISSE

1. Unsere Resultate lassen sich in folgenden fünf Sätzen zusammenfassen:

»<sup>1</sup>Vereinigen sich Schuldner- und Gläubigervermögen in einer Hand, so erlischt eine Forderung nicht. <sup>2</sup>Der Schuldner hat die Erfüllung durch Rechtsgeschäft mit sich selbst vorzunehmen. <sup>3</sup>Bis zur Verschmelzung der beiden Vermögensmassen besteht die Verbindlichkeit als Naturalobligation fort. <sup>4</sup>Akzessorische Sicherheiten bleiben bis dahin bestehen. <sup>5</sup>Rechte Dritter an der Forderung werden durch die Vereinigung nicht berührt.«

In der Ersetzung des automatischen Erlöschens bei personeller Vereinigung durch einen rechtsgeschäftlichen Erfüllungsakt mit sich selbst fanden wir das *simplex sigillum veri*. Entgegen der gebetsmühlenhaft oft wiederholten, bislang kaum angezweifelten Erlöschensthese der herrschen Meinung führt der Zusammenfall von Gläubiger und Schuldner zunächst bloß zum Wegfall der Klagbarkeit; wegen der Umwandlung in eine Naturalobligation bleiben akzessorische Sicherheiten bestehen. Zurechnungsendpunkte (»Träger«) der Naturalobligation sind die in einer

184 Gegen ein Erlöschen der *caution de la caution* ausdrücklich Art. 2035 Code civil; ebenso für den *subfiador* span. Código civil Art. 1.848; auch *Girtanner* 511 f. Auch hier also wieder eine späte Rehabilitierung der im Altertum unterlegenen Ansicht der Prokulianer!

185 § 678. Begründung und rechtshistorische Belege bei *Mugdan* II 378; *Windscheid* Pand. (9. Aufl.) II § 480.

186 Protokolle 2534; *Mugdan* III 1028.

187 *Schellen* 277 ff.

Hand noch unvereinigten Vermögensmassen.<sup>188</sup> Vom Augenblick der formellen Subjektsvereinigung ist das Erlöschen zu verschieben auf den späteren Zeitpunkt der materiellen Vermögensbereinigung. Die Entnahme des geschuldeten Betrages aus dem angefallenen Vermögen des Schuldners ist Rechtsgeschäft (ebenso wie wenn der Verstorbene selber noch geleistet hätte), nicht bloße Tathandlung (Realakt; wengleich die h. M. dies so sieht). Die rechtsgeschäftliche Vornahme mit sich selbst erfordert unbeschränkte Geschäftsfähigkeit.<sup>189</sup>

Die zwischenzeitlich ruhende Naturalobligation lebt bei Wiederaufhebung der Subjektsvereinigung unter Wahrung ihrer Identität als klagbare wieder auf. Erbrechtliche Spezialvorschriften sind dafür entbehrlich. Die Naturalobligation erlischt aber nicht mit dem Wegfall des Haftungsbeschränkungsrechts.<sup>190</sup>

Die für die Nachlassberechnung seit jeher gültige wirtschaftliche Betrachtungsweise führte zur (für die bisherige Lehre ungewohnten) Entdogmatisierung des Konfusionstheorems.<sup>191</sup> Der Verzicht der BGB-Verfasser auf eine gesetzliche Fixierung beließ uns glücklicherweise im Gegensatz zu den meisten ausländischen Kodifikationen die Freiheit zu einem neuen Lösungsansatz. Materielle Rechtsänderungen sind mit damit nicht verbunden. Problematisch gebliebene Fälle lassen sich aber dadurch einwandfrei lösen. Das Leistungsprogramm ist unabhängig vom zufälligen Todeszeitpunkt abzuwickeln, einerlei ob nur die Übergabe oder auch die dingliche Einigungserklärung noch aussteht. Nach der vom Gesetzgeber erkannten, aber unvollkommen verwirklichten Leitidee darf das ungewollte Ereignis der Konfusion den Beteiligten weder schaden noch nützen.<sup>192</sup> Der Vorrang vor der Erlöschenswir-

188 Das herrschende *dictum* »niemand kann sich selbst etwas schulden« beschreibt die Rechtslage ungenau. Denn im Erbfall schuldet man nicht sich selbst, sondern der Nachlass schuldet (zunächst) dem Erben. Obschon unklagbar, ist die Schuld sich selbst gegenüber erfüllbar.

189 Einem minderjährigen Gläubiger bringt die Leistungsannahme keinen lediglich rechtlichen Vorteil, s. *Wacke* JuS 1978, 80 ff.

190 Nur die Belangung eines Bürgen (und anderer Interzedenten) verbietet sich ohne Haftungsbeschränkung wegen der alsdann auf den Gläubiger als Erben des Schuldners zukommenden Regresshaftung.

191 Aufzugeben waren die Lehrsätze, dass durch nachträglichen Eintritt eines anfänglichen Geltungshindernisses ein entstandenes Recht vernichtet werde (»Initialrückziehung«: oben Fn. 80), dass kein Gläubiger zugleich Schuldner und kein Schuldner zugleich Bürge sein könne; schließlich dass jede Person nur ein Vermögen innehaben könne (vgl. o. Fn. 150): sämtlich vorgefasste Theoreme, die einer praktischen Rechtsverwirklichung im Wege standen. Insgesamt wurde unsere Thematik beherrscht durch einen außergewöhnlich hohen theoretischen Aufwand, der nach den Worten von *Gernhuber* 420 besser den Sachproblemen zugute kommen sollte. Besonders unfruchtbar erscheint die Streitfrage, ob die Konfusion zum sofortigen Erlöschen führe oder der Anspruch zuvor noch für eine logische (zeitlich nicht wahrnehmbare) Sekunde fortbestehe (dazu *von Lübtow* II 772 f.). Letzteres ließe sich annehmen bei einer Zession des Anspruchs an den Schuldner.

192 Ein ungerechtfertigter Vorteil wäre es für den Abzahlungskäufer, wenn er durch die Beerbung des Verkäufers automatisch das Eigentum erwürbe (oben VII 3); oder für den Be-

kung gebührt darum dem Sicherungsinteresse des Gläubigers. Bei atypischer Konfusion zwischen Hauptschuldner und Bürgen bleibt die Bürgschaft bestehen, wenn sie (wegen einer Nachbürgschaft oder eines Pfandrechts) für den Gläubiger vorteilhaft ist. Die Darlegungs- und Beweislast für das Erlöschen trägt derjenige, der sich darauf beruft (oben bei Fn. 120). Sich selbst gegenüber abzugeben sind gegebenenfalls auch einseitige Gestaltungserklärungen wie die Anfechtung wegen Willensmangels, die Ausübung eines Vorkaufs- oder einer Rücktrittsrechts (oben VII 4).

2. Beispielhaft konnte gezeigt werden, wie nachteilig sich Schlüsse aus einem für axiomatisch gehaltenen »Wesen« eines Rechtsinstituts auswirken können.<sup>193</sup> Die sonst vorherrschend prozessual denkenden römischen Juristen schoben das Konfusionsproblem mit seiner Rezeption als Erlöschensgrund ins *ius civile* von vornherein auf ein falsches Gleis. Mit diesem Etikett versehen segelte es seit Jahrhunderten unter falscher Flagge. Die Emanzipation vom Erlöschensdogma gelang erst im *mos gallicus*, als man dem kaiserlichen römischen Recht unabhängiger gegenüberstand. Entsprechende Ansätze von *Girtanner* und *Vangerow* blieben hierzulande vereinzelt.<sup>194</sup> *Paul Labands* Kritik am ersten BGB-Entwurf nahm der Gesetzgeber zwar noch zur Kenntnis (vgl. o. Fn. 105); doch blieb er auf halbem Wege stehen. Für einen wünschenswerten prinzipiellen Neubeginn war die Zeit noch nicht reif. *Paul Kretschmars* »Theorie der Confusion« von 1899 ist noch ein Spätprodukt der quellentreu rückwärts gewandten Historischen Rechtsschule.<sup>195</sup>

Unsere historischen Rückblenden hatten einen praktischen, für die Dogmatik förderlichen Nutzen.<sup>196</sup> Widerlegen konnten wir nämlich das herrschende Erlöschensdogma ironischerweise auch mit Argumenten aus den römischen Quellen, vor allem mit der in der Antike nicht herrschenden Lehre der Prokulianer vom bloßen Ruhen des Anspruchs;<sup>197</sup> in deren Tradition verfiel der Spätklassiker Julius Paulus auf die glückliche Eingebung der residuären *naturalis obligatio*. Einmal mehr zeigte sich, dass die Pandekten wirklich »alles enthalten«, darunter auch einander entgegengesetzte Lösungsmöglichkeiten. In einer weithin unkodifizierten Rechtsordnung ohne Bindung an Präjudizien sind *dissenting opinions* auch nicht verwunderlich. Wer heute eine Mindermeinung vertritt, der lasse sich mithin durch man-

reicherungsgläubiger, wenn er unter Wegfall des Bereicherungseinwands den vollen Schuldbetrag erhalte (oben VII 5).

193 Vgl. schon *Scheuerle* Das Wesen des Wesens, AcP 163 (1964) 429–471. Über Begriffsjurisprudenz neuerdings *F. Bydliński* Fs. H. Hausmaninger (Wien 2006) 69–90.

194 *Girtanner* o. Fn. 164; anlässlich des Spezialfalls der Konfusion mit einem Gesamtschuldner von *Vangerow* Pandekten III (7. Aufl. Leipzig 1869) § 573 II 1.

195 Trotz der engeren Thematik vergleichbar den großen Monographien von *Mühlenbruch* über die Zession (1817; 3. Aufl. 1836), von *Hasse* über die *culpa* (1815, 1838; Neudr. 1963) oder von *Friedrich Mommsen* über das Interesse (1855).

196 Weiterführend der von Jörn Eckert hrsgg. Sammelband »Der praktische Nutzen der Rechtsgeschichte«, Hans Hattenhauer gewidmet (2003) mit zahlreichen wichtigen Beiträgen.

197 Die Prokulianer pflegten insoweit ein »verfeinertes Rechtswirkungsdenken«, s. o. Fn. 43.

gelnde Akzeptanz nicht entmutigen. Der richtigen Erkenntnis zum Siege zu verhelfen, erfordert bisweilen eine lange Zeit.<sup>198/199</sup>

## X. WICHTIGE LITERATUR

*Betti, Emilio*: Sulla concezione classica della confusio, SDHI 28 (1962) 14–26.

*Bobne, Edmund*: Die Konfusion der Obligationen nach römisch-gemeinem Recht (Diss. Heidelberg; Berlin 1908) VII, 46 S.

*Dacke, August Theodor*: Der Untergang der Schuldverhältnisse durch Konfusion (Diss. Erlangen; Emsdetten 1933) VI, 56 S.

*Fabricius, P.*: Art. Konfusion, in: Fr. Schlegelberger (Hrsg.), Rechtsvergleichendes Handwörterbuch 5 (Berlin 1936, Neudr. Frankfurt/M.) 66–71.

*Favreau, Paul*: Über die confusio von Bürgerschaft und Hauptschuld nach gemeinem Recht und bürgerlichem Gesetzbuch (Diss. Erlangen 1898) 29 S.

*Friedländer, Heinz*: Die Konfusion von Anfechtungsrechten. Ein Beitrag zur Lehre von der Zweckerreichung. (Diss. Breslau 1931) 53 S.

*Friedmann, Felix*: Die Wirkungen der confusio nach römischem Recht (Diss. Greifswald; Berlin 1884) 82 S.

*Gernhuber, Joachim*: Die Erfüllung und ihre Surrogate (2. Aufl. Tübingen 1994) 416–428 (m. weit. Lit.).

198 Als Parallele sei bezüglich des Ranges von Grundstücksrechten auf die Lehre von *Philipp Heck* hingewiesen (Sachenrecht 496 ff.): Jahrzehntelang als absolute Mindermeinung ein Mauerblümchendasein fristend, ist sie nicht zuletzt dank meiner Wiederbelebungsbestrebungen sei der 1. Aufl. im Münchener Kommentar (1981) heute absolut herrschend (MüKo/Wacke 4. Aufl. § 879 BGB Rn. 12 ff.). Hecks ebenso einfache wie geniale Idee beruht auf dem Vergleich zwischen Rechtserwerb (§§ 873 ff. BGB) und Rangerwerb (§ 879 BGB). Da der Grundbucheintragung als solcher für den Rechtserwerb keine Rechtskraft zukommt (sie kann unrichtig sein, § 894 BGB), sondern nur eine Richtigkeitsvermutung (§ 892 f. BGB), kann für den Rangerwerb (trotz abweichenden Gesetzeswortlauts) nichts anderes gelten.

199 Bei der Niederschrift kam mir die von meinem bald achtzigjährigen Hamburger Lehrer *Leo Raape* oft an seine Hörer im Saal gerichtete Frage in den Sinn: »Wozu sitzen Sie hier? – Antwort: um denken zu lernen!« Wie hier gezeigt, müssen wir manchmal auch das Umdenken lernen. An Raapes imponierende Persönlichkeit wird sich *Dieter Medicus* aus seiner Hamburger Zeit als Habilitand bei unserem gemeinsamen Lehrer *Max Kaser* erinnern. Denken heißt, »sich etwas durch Begriffe vorzustellen«; so der Einleitungssatz von *Mayer-Maly* in seinem kürzlich posthum erschienenen Beitrag über *Cogitatio* in: *Fides humanitas ius*, Studii Labruna V (Napoli 2007) 3433. Dazu gehören auch Vorstellungen über Geschehensabläufe.

- Giménez Candela, Teresa*: Una clasificación de los modos de extinguirse las obligaciones, in: Estudios en homenaje al prof. Juan Iglesias III (Madrid 1986) 1315–1340 (hier S. 1322 f.).
- Girtanner, Wilhelm*: Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrechte II (Jena 1851) 501 ff.
- Grifo, Giuliano/ Gualazzini, Ugo/ Favero, Gianantonio*: Art. Confusione, Enciclopedia del diritto [ED] 8 (Milano 1961) 1045–1057.
- Heimbach*: Art. Confusio, in: J. Weiskes Rechtslexikon 3 (Leipzig 1844) 16–22.
- Hernández-Tejero, Francisco*: Extinción de las obligaciones, in: Derecho romano de obligaciones, Homenaje al prof. José Luis Murga Gener (Madrid 1994) 179–223 (hier S. 212 f.).
- Hollfelder, Hans*: Die confusio im römischen Recht (Diss. Erlangen 1930) 66 S.
- Jiménez Salcedo, Carmen*: El régimen jurídico de la confusión en Derecho romano, als »en preparación« angezeigt in: Monografías de Derecho romano, (dir.: Antonio Fernández de Buján, Madrid, Verlag Dykinson).
- Kieß, Peter*: Die confusio im klassischen römischen Recht (Diss. Freiburg i. B.; Berlin 1995) 207 S.; rezensiert von *H. Hinker* SZ 115 (1998) 559–563
- Kollhoser, Helmut/ Jansen, Christina*: Konfusion, Jurist. Arbeitsblätter [JA] 20 (1988) 305–311.
- Kretschmar, Paul*: Die Theorie der Confusion. Ein Beitrag von der Aufhebung der Rechte (Leipzig 1899) VIII, 263 S.
- Kunick, Heinrich*: Aufrechnung und Konfusion im Konkurs (Berlin/Leipzig 1926) 77 S.
- von Lübtow, Ulrich*: Erbrecht II (Berlin 1971) 770–792.
- Mertens, Heinrich*: Die juristische Natur der Konfusion bei Schuldverhältnissen. Ein Beitrag zur Lehre von der Zweckerreichung (Diss. Göttingen; Rügenwalde 1927) IX, 56 S.
- Piotet, Denis*: Survivance et exercice de la créance dont le débiteur est devenue créancier en l'absence de confusion. Le régime de l'obligation unipersonnelle comme contribution à la théorie de l'expectative de droit, in: *H. Honsell et alii* (Hrsgg.), Privatrecht und Methode, FS Ernst A. Kramer (Basel 2004) 605–626.
- Pugliatti, Salvatore*: Il rapporto giuridico unisoggettivo, in: Studi in onore di A. Cicu II (Milano 1951) 155–288 = *Pugliatti*, Diritto civile (Metodo-Teoria-Pratica; Milano 1951) 395 ff.

- Schellen, Norbert*: Konfusion (von J. P. Meincke betreute Diss. Köln 1985) XVIII, 306 S.
- Solazzi, Siro/ Amore, Diego*: Art. Confusione nelle obbligazioni, *Novissimo Digesto italiano* [NNDI] 4 (Napoli 1958, rist. 1981) 77–87.
- Schwedler, Gustav*: Das Erlöschen der Schuldverhältnisse durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit (Halle 1897) 180 S.
- Staudinger/Olzen, Dirk*: Konfusion (Schuldverhältnisse Buch 2; Neubearb. 2006) Einl. zu §§ 362 ff. Rn. 25–34.
- Wacke, Andreas*: Gutgläubiger Vormerkungserwerb und Konfusion, *NJW* 34 (1981) 1577–1581.
- Wacke, Andreas*: »Vom Pech, eine gute Erbschaft zu machen« oder Die Ausschaltung des Zufalls als Maxime der Gerechtigkeit, *DNotZ* 2001, 302–320.
- Wacke, Andreas*: Personalunion von Gläubiger und Schuldner, Vertragsschluss mit sich selbst und die Ungerechtigkeit der Konvaleszenz durch Erbenhaftung, *JZ* 2001, 380–388.
- Wacke, Andreas*: Erbrechtliche Sukzession als Persönlichkeitsfortsetzung? Personelle Identifikation mit dem Verstorbenen – oder Rollenverschiedenheit von Nachlassinhaber und Erben. Rechtsgeschäftliche Abwicklung versus Konfusion, *SZ* 123 (2006) 197–247.
- Wesenberg, Gerhard*: Der Zusammenfall in einer Person von Hauptschuld und Bürgschaftsschuld im klassischen römischen Recht (Diss. Königsberg; Breslau-Neukirch 1935) VIII, 34 S.; rezensiert von *P. Kretschmar* *SZ* 56 (1956) 349–356 und *Fr. Weber* *Krit. Vierteljahresschrift* 27 (1935) 107 ff.
- Wesenberg, Gerhard*: Zur Dogmengeschichte der schuldrechtlichen confusio, in: *Symbolae Taubenschlag I* (Eos 48,1; Warschau 1956) 553–578.
- Wimmer, Markus*: Geschichtliche Anmerkungen zur Theorie der Konfusion, in: *Iurisprudentia universalis*, FS Theo Mayer-Maly (Köln/Weimar/Wien 2002) 889–900.



# Die Voraussetzungen negatorischen Rechtsschutzes

– Versuch einer Neubegründung –

GERHARD WAGNER

Die Beiträge von *Dieter Medicus* sind aus dem heutigen bürgerlichen Recht nicht hinweg zu denken. Wie kaum ein anderer hat er Generationen von Studenten durch seine Lehrbücher geprägt, insbesondere durch das Werk »Bürgerliches Recht«. Unter den Kommentierungen von *Dieter Medicus* ragt diejenige des § 1004 BGB im Münchener Kommentar heraus.<sup>1</sup> Sie trägt alle Kennzeichen des Arbeits- und Argumentationsstils des Jubilars, nämlich die Verbindung von rechtshistorischer Bildung, dogmatischer Konsequenz und praktischem Pragmatismus. Seine Darstellung der negatorischen Ansprüche profitiert daher von der Balance zwischen historischer Grundierung und Entwicklungsoffenheit, die es ermöglicht, aktuellen Bedürfnissen Rechnung zu tragen und neue Wege zu beschreiten, ohne auf eine konsistente dogmatische Struktur zu verzichten. Um diese Balance geht es auch bei der folgenden Untersuchung, die ausgehend von der aktuellen Rechtsprechung zum negatorischen Rechtsschutz bei Verletzungen geistigen Eigentums die Fragen nach den Voraussetzungen des § 1004 BGB und seiner Stellung im System der Rechtsbehelfe stellt.

## I. DER GRUNDLAGENSTREIT ZU § 1004 BGB

### 1. Die herrschende Meinung

§ 1004 BGB ist eine derjenigen Bestimmungen des BGB, über deren Grundstruktur keine Einigkeit besteht. Die herrschende Meinung sieht in § 1004 BGB die Ausprägung eines allgemeinen Rechtsprinzips, nach dem die drohende Verletzung absoluter subjektiver Rechte die in § 1004 Abs. 1 BGB geregelten Abwehransprüche auf Unterlassung und Beseitigung auslöst.<sup>2</sup> Geschützt sind danach insbesondere die Rechte des § 823 Abs. 1 BGB, darüber hinaus aber auch sonstige Interessen, soweit sie einem Schutzgesetz i.S. d. § 823 Abs. 2 BGB anheim gegeben worden sind.<sup>3</sup> Was

1 MüKo-BGB/*Medicus* 4. Aufl. 2004.

2 Exemplarisch MüKo-BGB/*Medicus* (Fn. 1) § 1004 Rn. 6; *Larenz/Canaris* Schuldrecht, Bd. II/2, 13. Aufl. 1994, § 86 I, S. 673 f.

3 RGZ 60, 6 (7 f.); 61, 366 (369); 116, 151 (153 ff.); eingehend MüKo-BGB/*Wagner* 5. Aufl. 2009, Vor § 823 Rn. 35.