

Der Ausschluß des Bereicherungsanspruchs durch Kenntnis des Leistenden von dem fehlenden Rechtsgrund

von

Beak-Gyu Min

Tectum Verlag
Marburg 2002

Die Deutsche Bibliothek - CIP-Einheitsaufnahme

Min, Beak-Gyu:

Der Ausschluß des Bereicherungsanspruchs durch Kenntnis des Leistenden
von dem fehlenden Rechtsgrund
/ von Beak-Gyu Min
- Marburg : Tectum Verlag, 2002
ISBN 3-8288-5109-6

© Diese Arbeit ist urheberrechtlich geschützt. Sie darf ohne
Zustimmung des Verlags nicht vervielfältigt oder in Datennetzen
oder auf sonstige Weise zugänglich gemacht werden.

Tectum Verlag
Marburg 2002

Inhaltsverzeichnis

Erster Abschnitt: Entwicklung des § 814 BGB.....	9
I. Bereicherungstypen im römischen Recht	9
1. condictio sine causa.....	10
2. condictio indebiti.....	12
3. Auffassung des Irrtums im römischen Recht	14
a) Anwendungsbereich des Irrtums im römischen Recht	14
b) Definition des Irrtums.....	15
c) Tatbestandsmerkmal in der condictio indebiti.....	15
d) Unverschuldeter Irrtum und Beweislast.....	16
4. Ergebnis	19
II. Das gemeine Recht	21
1. Allgemein	21
2. condictio indebiti.....	22
3. Auffassung des Irrtums im gemeinen Recht	24
a) Bemühung um weitere Entwicklung der Irrtumslehre	24
b) Entschuldbarkeit des Irrtums und Beweislast.....	25
4. Ergebnis	28
III. Entstehung des BGB	29
1. Entwürfe zum BGB.....	29
2. Bedeutung des Irrtums im Bereich der Leistungskondiktion.....	31
Zweiter Abschnitt: Würdigung des § 814 Fall 1 BGB als Sonderfall des Bereicherungsrechts.....	34
I. § 814 Fall 1 BGB als Ausnahmetatbestand zu § 812 BGB.....	34
II. Verhältnis des § 814 Fall 1 BGB zur condictio indebiti	35
III. § 814 Fall 1 BGB als Schenkung?	37
IV. § 814 Fall 1 BGB als Verzicht?	40
V. Vergleichende Betrachtung des Rückforderungs-ausschlusses mit anderen Rechtsinstituten.....	42
1. Gewährleistungsausschluß in §§ 460 S. 1, 536 b und 640 Abs. 2 BGB.....	43
2. Die ratio legis des Gewährleistungsausschlusses	45
3. Ergebnis	48
VI. Probleme des Vertrauensschutzes	50
1. Verwirkung	50

2. Rückforderungsausschluß aus dem Verbot widersprüchlichen Verhaltens	56
VII. Interessenabwägung des Bereicherten	58
VIII. Die Funktion und der Zweck des § 814 Fall 1 BGB in der <i>condictio indebiti</i>	62
IX. Vergleichende Betrachtung mit anderen Normen	65
1. Rückforderungsausschluß wegen eines Gesetzes- oder eines Sittenverstoßes des Leistenden gem. § 817 S. 2 BGB	65
a) Allgemeines zu § 817 S. 2 BGB	65
aa) Überblick über den § 817 S. 2 BGB	65
bb) Das Bewußtsein des Gesetzes- und des Sittenverstoßes	67
cc) Verhältnis zwischen der Nichtigkeit gem. §§ 134, 138 BGB und dem Kondiktionsausschluß gem. § 817 S. 2 BGB	67
b) Zweck des § 817 S. 2 BGB als Rechtsschutzverweigerung	68
c) Anwendungsprobleme des § 817 S. 2 BGB	71
d) Einschränkungsversuch des § 817 S. 2 BGB	73
aa) Die Problemstellung	73
bb) Einschränkung der Anwendung des § 817 S. 2 BGB aus dem Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes	73
cc) Einschränkung der Anwendung des § 817 S. 2 BGB aus Treu und Glauben gem. § 242 BGB	75
e) Ergebnis	76
2. Einschränkungsversuch des § 818 Abs. 3 BGB	76
a) Entwicklung und Begriff	76
b) Notwendigkeit der Einschränkung des § 818 Abs. 3 BGB	79
c) Die Differenzierung der verschärften Haftung nach Kondiktionsarten	81
d) Schwächen der Saldotheorie	83
e) Versuch der Einschränkung des § 818 Abs. 3 BGB	84
f) Gesetzesvorschlag und Ergebnis	87
I. Leistung auf eine nicht bestehende Verbindlichkeit	88
II. Die allgemeine Auslegung des § 814 Fall 1 BGB	91
III. Kenntnis	94
1. Positive Kenntnis von der Nichtschuld im § 814 Fall 1 BGB	94
2. Kenntnis des Empfängers von Rechtsmangel	98
3. Kenntnis von einer dauernden Einrede: § 813 BGB	100

4. Kenntnis von der Anfechtbarkeit	103
5. Rechtsfolge der Kenntnis des Vertreters	105
6. Wissenszurechnungsprobleme aufgrund des Vorliegens von Organisationsmängeln	107
a) Allgemeine Problemstellungen der Wissenszurechnung.....	107
b) Differenzierung zwischen Wissen und Wissenszurechnung	109
c) Die Zurechnung des Wissens der Organmitglieder	111
IV. Beschränkung des Anwendungsbereichs des § 814 Fall 1 BGB....	114
1. Anwendbarkeit des § 814 Fall 1 BGB auf die <i>condictio sine causa</i> ..	114
2. Anwendbarkeit des § 814 Fall 1 BGB auf Fälle des Nichtseintritts des mit der Leistung bezweckten Erfolges (<i>condictio ob rem</i>).....	116
3. Anwendbarkeit des § 814 Fall 1 BGB auf Fälle des späteren Wegfalls des Rechtsgrundes (<i>condictio ob causam finitam</i>)	118
4. Anwendbarkeit des § 814 Fall 1 BGB auf Fälle der Gesetzesverstöße oder der Sittenwidrigkeit durch Annahme der Leistung (<i>condictio ob turpem vel iniustam causam</i>)	120
Vierter Abschnitt: Verhältnis von § 815 BGB zu § 814 BGB	123
I. Rückforderungsausschluß wegen Kenntnis der tatsächlichen oder rechtlichen Unmöglichkeit gem. § 815 Fall 1 BGB	123
1. <i>condictio ob rem</i>	123
2. Funktion des § 815 Fall 1 BGB	125
3. Überlegungen zu der Kenntnis im § 815 Fall 1 BGB	127
II. Rückforderungsausschluß des § 814 Fall 2 BGB im Vergleich zu § 815 Fall 2 BGB	128
1. Allgemeines zu § 814 Fall 2 BGB	128
2. Anwendungsbereich des § 814 Fall 2 BGB	129
3. Formnichtige Verträge.....	131
III. Rückforderungsausschluß bei Verstoß gegen Treu und Glauben gemäß § 815 Fall 2 BGB.....	133
1. Allgemeiner Überblick	133
2. Anwendungsbereich.....	134
Zusammenfassung	136
Literaturverzeichnis	145
Abkürzungsverzeichnis.....	160

EINLEITUNG

Nach § 812 Abs. 1 S. 1 BGB ist „zur Herausgabe verpflichtet, wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt“, d. h. § 812 BGB faßt die Leistungskondiktion und die Ansprüche wegen Bereicherung „in sonstiger Weise“ in einer Formel zusammen. Die Leistungskondiktion präsentiert sich als schuldrechtlicher Kondiktionsstyp und als Fortsetzung des Vertragsrechts. Während sich das störungsfrei abgeschlossene und abgewickelte Schuldverhältnis durch Realisierung der beiderseitigen Zweckvorstellung über den angestrebten Geschäftserfolg kennzeichnet, hält das Bereicherungsrecht in der Leistungskondiktion ein Abwicklungsprogramm für fehlgeschlagene Schuldverhältnisse mit einer Divergenz zwischen der Zweckvorstellung des Leistenden und dem erreichten Erfolg bereit. Die Leistungskondiktion ist durch eine mit der Leistung geschaffene Sonderbeziehung zwischen den Beteiligten (Leistender und Empfänger) gekennzeichnet. Ihr kommt angesichts des die Rechtsordnung prägenden Abstraktionsprinzips besondere Bedeutung zu. Dieses Prinzip soll im Güterbewegungsrecht im Interesse der Verkehrssicherheit durch Abstraktion von der Zweckverfolgung der Parteien klare Zuordnungsverhältnisse schaffen. Der wichtigste Fall der Leistungskondiktion ist die *condictio indebiti*. Das Kondiktionsrecht sieht im Bereich der Leistungskondiktion verschiedene Kondiktionsperren vor, beispielsweise durch §§ 814, 815 und 817 BGB. § 814 Fall 1 BGB, der bei wissentlicher Leistung einer Nichtschuld die Rückforderung ausschließt, bezieht sich als Kondiktionsperre unmittelbar nur auf die *condictio indebiti* gem. § 812 Abs. 1 S.1 Fall 1 BGB. Wenn der Leistende weiß, daß die Schuld nicht besteht, und dennoch auf die nicht bestehende Schuld leistet, versagt ihm das Gesetz die Rückforderung gem. § 814 Fall 1 BGB. Deshalb spielt der § 814

BGB hier als Sonderfall des Bereicherungsrechts eine besondere Rolle, da grundsätzlich der Empfänger den Gegenstand gem. §§ 812 ff BGB dem Leistenden zurückgibt, wenn der Erwerb rechtsgrundlos erfolgte.

Die vorliegende Arbeit, die dem Ausschluß der Kondiktion bei Kenntnis der Nichtschuld gewidmet ist, macht sich zur Aufgabe herauszufinden, warum das Gesetz im Fall des § 814 Fall 1 BGB die Rückforderung der Bereicherung ausschließt, obwohl die Leistung rechtsgrundlos geschehen ist. Der Arbeit wird ein geschichtlicher Überblick vorangestellt. Hierbei sollen die Quellen der Leistungskondiktion im römischen und im gemeinen Recht herangezogen werden, auf denen die heutige Regelung der *condictio indebiti* und des § 814 BGB Fall 1 BGB wurzeln. Ferner wird auf die Rolle des Irrtums als Voraussetzung der Kondiktion eingegangen.

Danach wird innerhalb der Arbeit der Rückforderungsausschluß wegen Verwirkung, Verzicht und fehlender Schutzwürdigkeit des Empfängers behandelt. Hier geht es um Treu und Glauben. § 814 Fall 1 BGB wird überwiegend als eine Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben in der Form des Verbotes eines *venire contra factum proprium* angesehen. Der Schutz des beim Empfänger der Leistung erweckten Vertrauens sei die eigentliche *ratio legis*. Daneben hält man den Leistenden für nicht schutzwürdig. Der Empfänger dürfe sich dabei auf die Leistung als Erfüllungsleistung einrichten, während die Rückforderung des Leistenden rechtsmißbräuchlich nach den zu § 242 BGB entwickelten Grundsätzen erscheine.

Dabei erörtert diese Arbeit die Schutzwürdigkeit des Empfängers durch Auslegung des Verbots widersprüchlichen Verhaltens und durch den Einschränkungsversuch des § 817 S. 2 BGB und des § 818 Abs. 3 BGB.

Innerhalb der Arbeit geht es weiterhin um den Konditionsausschluß wegen eines Verstoßes gegen die Anstands- und Sittenpflicht des § 814 Fall 2 BGB und wegen treuwidriger Verhinderung des Erfolgseintritts nach § 815 Fall 2 BGB. § 814 Fall 2 BGB zielt auf die Fälle ab, die die Rückforderung auszuschließen, wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entspricht.

Die Konditionssperre des § 815 Fall 2 BGB bezieht sich ausschließlich auf die *condictio ob rem* im Anwendungsbereich der Vorleistung. § 815 Fall 2 BGB trägt der gegenseitigen vertrauensbegründenden Verbundenheit des Leistenden und des Empfängers Rechnung.

ERSTER ABSCHNITT: ENTWICKLUNG DES § 814 BGB

I. Bereicherungstypen im römischen Recht

Dem kasuistischen Charakter des klassischen römischen Rechts entsprechend waren lediglich einige Fallgruppen bekannt, in denen die Rückforderung einer Leistung gewährt wurde, wenn der Beklagte keinen hinreichenden Grund hatte, sie zu behalten. Allerdings darf man sich diese Fallgruppen nicht als selbständige Ansprüche vorstellen. Sie waren vielmehr zunächst Anwendungsformen eines einheitlichen Rückforderungsrechts, das an die prozessuale Form der *condictio* gebunden wurde.¹

Das römische Recht ließ die *condictio* zu, wenn eine *datio* des Leistenden vorangegangen war. Daher mußte es sich im Zeitpunkt der Leistung um einen *indebitum* gehandelt haben. Den Fall, daß eine Verpflichtung zur Leistung später, also erst nach Erbringung der Leistung entfiel, behandelte das römische Recht nicht als ein *indebitum*. Ebenso wenig fiel eine Leistung, zu deren Erbringung der Leistende erst später verpflichtet war, unter den Begriff des *indebitum*, da sie ja der Sache nach geschuldet war.

Auf Nichtschuld leistet vornehmlich der, der nach bürgerlichen Recht (*ius civile*) nichts schuldet. Doch wird eine zivilrechtliche Schuld, der eine fortdauernde Einrede (*exceptio perpetua*) entgegensteht, kondiktionsrechtlich gleichfalls als *indebitum* behandelt.²

¹ Koch, Bereicherung und Irrtum, 1979, S. 104.

² Kupisch, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1987, S.15.

Immer wurde versucht, die verschiedenen Kondiktionen in Gruppen einzuteilen. Man gestattete beispielsweise die Rückforderung, wenn der Leistende mit der Bewirkung der Leistung einen bestimmten Erfolg erreichen wollte, der aber nicht eintrat (*datio ob rem*) oder wenn das Behalten der Leistung gegen die guten Sitten verstieß (*ob turpem causam*).³ Die Kondiktion war auch in den Fällen möglich, in denen jemand irrtümlich auf eine in Wahrheit nicht bestehende Schuld geleistet hatte (*condictio indebiti*).

1. condictio sine causa

Als formlos vereinbarte Zuwendung und somit als Rechtsgrund kommen nach römischem Recht z. B. Darlehen, Mitgift, Schenkung oder die kaufweise Zuwendung einer Sache in Betracht. Bei *res nec mancipi* transportiert die wirksame Kausalabrede nach klassischem Recht mit der formlosen Übergabe der Sache das Eigentum. Bei Unwirksamkeit der Kausalabrede bleibt das Eigentum beim Zuwendenden. Er kann vindizieren. Neben der *rei vindicatio* erübrigt sich ein anderweitiger Rechtsbehelf, insbesondere die *condictio*, die auf Rückübereignung gerichtet ist und damit dann eingreift, wenn das Eigentum an der Sache übergegangen ist. Dies ist z. B. der Fall bei Zuwendung von Geld, bei der das Eigentum durch Vermischung übergeht. Dann liegt der Sache nach eine *condictio sine causa* vor. Genauso verhält es sich, wenn mit einer formlosen Kausalabrede, die unwirksam ist, ein wirksamer, da abstrakter Eigentumsübergang einhergeht. Auch dann ist im klassischen Recht der Fall einer *condictio sine causa* gegeben gewesen.⁴

³ Mayer-Maly, *Rechtsirrtum und Rechtsunkenntnis als Probleme des Privatrechts*, AcP 170, 133, S. 138.

⁴ Kupisch, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, 1987, S.10.

Es geht weiter um den Fall der handgeschäftlichen Zuwendung einer abstrakten Forderung durch stipulatio. Nach klassischem Recht berührt der Mangel der Kausalabrede die Forderungsbe-gründung nicht. Der Schuldner kann hier die fehlende causa mit einer Einrede geltend machen oder die Forderung kondizieren.⁵

Die Möglichkeit der *condictio liberationis* ist eine relativ späte klas-sische Erscheinung. Der defensive Schutz wird hier nicht über ei-ne speziell auf den kausalosen Erwerb zugeschnittene Einrede (*exceptio*), sondern über die *exceptio doli* verwirklicht.⁶

Die abstrakte Forderung ist also im Laufe der Zeit und aufgrund eines verfeinerten Empfindens für Treu und Glauben auf ihre cau-sa hin befragt worden. Hier zeigt die Entwicklungsgeschichte des Bereicherungsgedankens seine enge Verknüpfung mit dem Ge-danken des Guten und Billigen, der sich durch das ganzen Kon-diktionsrecht zieht. Im übrigen werden formlose Kausalabreden wie z. B. Schenkung oder Mitgift mit dem Stipulationsabschluß gewöhnlich konkludent enthalten und damit wirksam gegeben ge-wesen sein.⁷

⁵ Schwarz, Die Grundlage der *condictio* im klassischen römischen Recht, 1952, S. 220.

⁶ Ulp. D. 44. 4. 2. 3.

⁷ Reuter / Martinek: Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, S. 7; Schwarz, Die Grundlage der *condictio*, S. 223.

2. condictio indebiti

Für die Klassiker kann eine Gliederung nach Tatbeständen bei der Darstellung des Kondiktionsrechts nur systematischen Wert bzw. eine didaktische Bedeutung gehabt haben, nicht aber den der Schaffung besonderer Klagefiguren. Es ist davon auszugehen, daß es nur eine einheitliche *condictio* als materiellen Anspruch mit einer einheitlichen Klageformel gegeben hat. Aus diesem Grund ist es unwahrscheinlich, daß die Klassiker den einzelnen typischen Anwendungsfällen, die sie entwickelten und zur Anerkennung brachten, gleichsam verschiedene Klagerubriken zuschoben. Ist der Grund für die Gewährung der *condictio* bei *solutio indebiti* nicht so sehr speziell in der Erfüllung einer Nichtschuld als allgemeiner in der Verfehlung des Liberationseffektes der Leistung zu erblicken, dann ist der Name „*condictio indebiti*“ für eine Klage mit diesem größeren Anwendungsbereich für das klassische Recht ganz gewiß unpassend. Die Bezeichnung der *condictio* als *indebiti* paßt nicht für den Fall, wo ein anderer als der wahre Schuldner irrtümlich dem Gläubiger leistet und der Schuldner einem anderen als dem wahren Gläubiger leistet.

Die *condictio indebiti* schließt nach der Formel der *condictio* ein, daß mit Begleichung der vermeintlichen Schuld das Eigentum wirksam übergegangen ist. Das ist im klassischen Recht von vornherein gegeben, wenn bei der Zuwendung *mancipatio* und *in jure cessio* zum Einsatz kommen und liegt auch bei formloser Übereignung von *res nec mancipi* vor, da die Zuwendung *solvendi causa* trotz Nichtbestehen der Forderung zum Eigentumsübergang führt.

Die römischen Juristen heben vielfach hervor, daß die *condictio* eingreift, wenn der Rechtsgrund der Vermögensvermehrung fehlt. Das ist insbesondere der Fall bei der Zahlung auf eine nicht vor-

handene Schuld. Aber das Nichtbestehen der Schuld allein genügt nicht, um diese *condictio* zu begründen. Als weiteres Erfordernis muß die Zahlung auf die nicht bestehende Schuld irrtümlich erfolgt sein.⁸

Die *condictio* wegen einer Nichtschuld greift also dann nicht ein, wenn der Schuldner trotz Kenntnis von der Nichtschuld gezahlt hat.⁹ Sie ist nur gegeben, wenn in Unkenntnis von der Nichtschuld gezahlt wurde.¹⁰ Konsequenterweise wird die absichtliche Zahlung einer Nichtschuld daher auch als Schenkung bezeichnet, die nicht kondiziert werden kann. Zutreffend wird angemerkt¹¹, daß zwar wegen des mangelnden *animus donandi* (Schenkungsabsicht) von einer Schenkung im strengen Sinne des Wortes nicht die Rede sein könne, daß aber die Ausdrucksweise der römischen Juristen recht deutlich zeige, warum die *condictio* nicht eingreifen könne.

Dem liegt offenbar zu Grunde, daß derjenige, der weiß, daß er nicht zur Zahlung verpflichtet ist und trotzdem zahlt, sich nicht auf den allgemeinen Billigkeitssatz berufen und das Geld mit der Begründung zurückverlangen dürfe, daß der Empfänger der Zahlung das Geld ohne Rechtsgrund erhalten habe. Es würde gegen das objektive Vertrauen verstoßen, wenn man dem Zahlenden in einem solchen Fall die *condictio* gewähren würde.¹²

Mit der Bestimmung, daß nur nicht absichtlich und nicht in Kenntnis der Nichtschuld Gezahltes mit der *condictio* zurückgefordert

⁸ Kupisch, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1987, S.15; Schwarz, 1952, S. 46.

⁹ Pomp. 50 D. 12. 6; Ulp. 1 § 1 D. 12. 6; Ulp. 26 § 3 D. 12. 6; Ulp. 1 Pro. D. 36. 4; Erxleben, Der Irrtum bei der *condictio indebiti*, 1988, S. 34.

¹⁰ Jul. 37 D. 12. 6; Jul. 32 § 1 D. 12. 6.

¹¹ V. Koschembar-Lyskowski, 1903, S. 69 und Fn. 3)

¹² V. Koschembahr-Lyskowski, Die *condictio* als Bereicherungsrecht, 1903, S. 67

werden kann, hängt wohl auch die Regelung über die Zahlung einer Naturalobligation zusammen. Denn es ist nicht möglich, auf die Erfüllung einer Naturalobligation zu klagen, d. h. die Erfüllung ist nicht zwangsweise durchsetzbar. Weil aber die Zahlung auf die Naturalobligation doch die Erfüllung einer natürlichen Verbindlichkeit ist, so wäre es unbillig, dem Leistenden einer solchen Schuld die *condictio* gewähren.¹³ Der Leistende kann also, wenn er einmal erfüllt hat, die Leistung nicht mit der Begründung zurückverlangen, daß der Empfänger keinen durchsetzbaren Anspruch auf Erfüllung hatte.

3. Auffassung des Irrtums im römischen Recht

a) Anwendungsbereich des Irrtums im römischen Recht

Im Bereicherungsrecht spielt seit jeher der Irrtum eine große Rolle, da es oft um die Rückabwicklung irrtümlich erbrachter Leistungen geht. Dabei dient das Bereicherungsrecht dem Ausgleich von ungerechtfertigten Vermögensmehrungen aus Gründen der Billigkeit. Die Bedeutung des Irrtums als Voraussetzung der Rückforderung liegt im Bereich der *condictio indebiti*.

Zwar wäre überdies denkbar, daß in der nachklassischen¹⁴ *condictio sine causa* der Irrtum oder die Unkenntnis eine gewisse Bedeutung hatten. Bei den unter dem Titel “*condictio sine causa*” überlieferten Stellen handelt es sich indessen zum Teil um Sachverhalte, die ebenso gut eine „*condictio indebiti*“ rechtfertigen würden¹⁵. Und zum Teil handelt es sich um Fälle des von vornherein

¹³ V. Koschembahr-Lyskowski, 1903, S. 76.

¹⁴ Die *condictio sine causa* war der Klassik als eigener Anspruch nicht bekannt.

¹⁵ Schwarz, 1952, S. 4.

vereinbarten späteren Wegfall des rechtlichen Grundes, die mit dem Vorliegen eines Irrtums nicht zu tun haben¹⁶.

b) Definition des Irrtums

In der Philosophie versteht man unter einem Irrtum eine Vorstellung, die zwar mit dem Bewußtsein oder sogar der Gewißheit ihrer Richtigkeit erfahren wird, jedoch in Wahrheit falsch ist. Der Irrtum setzt also objektiv die Falschheit der Vorstellung, des Satzes oder Gedankens voraus und subjektiv die Überzeugung des einzelnen, diese sei wahr. Dabei unterscheidet man zwischen einem materiellen Irrtum, bei dem die Vorstellung der Wahrheit den tatsächlichen Verhältnissen, dem Gegenstand nicht entspricht und einem formalen Irrtum, bei dem die Vorstellung den logischen Gesetzen nicht entspricht.¹⁷

c) Tatbestandsmerkmal in der *condictio indebiti*

Die *datio* des Leistenden muß mit dem Ziel getätigt werden, seine Schuld zu tilgen. Es gibt verschiedene Meinungen über die Frage, ob das römische Recht den Irrtum des Leistenden über seine Verpflichtung als besonderes Merkmal des Rückforderungsanspruchs ansah.¹⁸

Zum Teil¹⁹ geht man davon aus, daß der Irrtum für die Erhebung der *condictio indebiti* im römischen Recht überhaupt keine Rolle gespielt hat.

¹⁶ V. Beseler, Juristische Miniaturen, 1929, S. 124.

¹⁷ Mayer, J., 1989, S. 9; Rittner, FS für Fritz von Hippel, 1967, S. 402, 404.

¹⁸ Koch, 1979, S. 106; Rittner, Rechtswissen und Rechtsirrtum im Zivilrecht FS für Fritz von Hippel, 1967 391, S. 397.

¹⁹ Beseler, Juristische Miniaturen, 1929, S. 124 ff.

Einer anderen Ansicht nach ist der Irrtum für die *condictio indebiti* immer notwendig gewesen.²⁰ Die *Digesten*²¹ haben dazu ausgeführt, daß der Irrtum bei der *condictio indebiti* der positive Grund für das Recht der Rückforderung sei. Innerhalb dieser Auffassung wird wiederum teilweise vertreten, daß das Vorliegen eines Irrtums des Klägers bei der Geltendmachung der *condictio indebiti* zu vermuten sei.

Gelegentlich wird auch die Auffassung vertreten, nicht der Irrtum sei positives Tatbestandsmerkmal, sondern die Kenntnis von der Nichtschuld sei negatives Tatbestandsmerkmal der Kondiktion im römischen Recht gewesen.²² In Wirklichkeit habe das Merkmal „Irrtum“ nur dazu gedient, den „*sciens*“ von der Rückforderung auszuschließen, folglich habe der Irrtum auch nicht als positives Tatbestandsmerkmal fungiert.²³ Teilweise wird aber auch vertreten, weder im klassischen noch im justinianischen Recht sei eine einheitliche Behandlung des Irrtums zu erkennen gewesen. Vielmehr sei der Irrtum hier sehr kasuistisch behandelt worden. Im nachklassischen Recht ist die Tendenz festzustellen, dem Irrtum nur wenig Beachtung beizumessen.²⁴

d) Unverschuldeter Irrtum und Beweislast

Fraglich ist, ob im römischen Recht jeder oder nur ein unverschuldeter Irrtum zur Rückforderung berechtigte. In den *Digesten* finden

²⁰ Mayer, *Der Rechtsirrtum und seine Folgen im bürgerlichen Recht*, 1989, S. 249; Schwarz, 1952, S. 101.

²¹ Prop. D. 12. 6. 7.

²² Schwarz, 1952, S. 96.

²³ Mayer-Maly, *AcP* 170, S. 143; Kupisch, 1978, S. 15, 25.

²⁴ Schwarz, 1952, S. 100

sich mehrere Äußerungen,²⁵ nach denen die Beachtlichkeit eines Irrtums an dem Grad seiner Vermeidbarkeit geknüpft sein soll. Die *condictio indebiti* ist die Rede davon, daß derjenige, der „per imprudentiam plus quam in peculio est solverit“ (unvorsichtigerweise mehr geleistet, als sich im Sondergut befindet) seine Leistung nicht zurückfordern könne.²⁶ Daraus könnte man den Schluß ziehen, im römischen Recht berechtige ein unverschuldeter, also unvermeidbarer Irrtum bei der *condictio indebiti* zur Rückforderung. Gegen diese Auslegung wird geltend gemacht, daß man ein Prinzip, wie es das des Verschuldens beim Irrtum darstellt, nicht als typisch ansehen könne, wenn sich in den Quellen nur seine allgemeine Formulierung finde, aber nicht ein einziger konkreter Anwendungsfall. Eine solche Beschränkung auf den unverschuldeten Irrtum sei vielmehr eine Verallgemeinerung der justinianischen Jurisprudenz, die es als mit ihrem moralphilosophisch geprägten Billigkeitsempfinden unvereinbar ansah, wenn jemand sich vorwerfbar irrte und gleichwohl die nachteiligen Konsequenzen dieses Irrtums nicht tragen wollte. Wenn die Klassiker also auch bei einigen bestimmten Rechtsinstituten den verschuldeten Irrtum als nicht beachtlich anerkannten, so darf doch heute als anerkannt gelten, daß der Irrtum bei der *condictio indebiti* im römischen Recht nicht unverschuldet zu sein brauchte, um die Rückforderung zu begründen.²⁷

Aus diesem Grund unterschieden die römischen Juristen auch nicht zwischen Tatsachen- und Rechtsirrtum.

Fraglich ist weiterhin, ob der Leistende das Vorliegen seines Irrtums beweisen mußte. Die Aufzählung von Tatbestandsmerkma-

²⁵ D. 22. 69 § 2; D 22. 6. 11

²⁶ D. 12. 6. 11.

²⁷ Koch, 1979, S. 106.

len darf nicht im heutigen rechtstechnischen Sinne dahin verstanden werden, daß damit zugleich die Frage entschieden sei, was ein Bereicherungskläger behaupten und beweisen müsse, um eine schlüssige Klage zu erheben. Eine solche abstrakte Formulierung eines gesetzlichen Tatbestandes war jedenfalls den klassischen römischen Juristen fremd. Ein Blick in das stark formalisierte römische Prozeßrecht zeigt vielmehr, daß die Klageformel, mit der der Streitgegenstand festgelegt wurde, für die *condictio* lediglich in Gestalt einer *actio certae creditae pecuniae* erscheint, also die einzelnen Merkmale nicht nennt. Jedoch führt die magere Aktionsformel, die nur von der Verpflichtung des Beklagten spricht, eine bestimmte Summe zu zahlen, ohne den Verpflichtungsgrund zu nennen, für die Frage nach der Tragung der Beweislast nicht weiter. Die Beweislastregelung war nach Zweckmäßigkeitserwägungen den Verhältnissen des Einzelfalls angepaßt, so daß generelle Regeln im römischen Recht nicht zu finden sind. Man wird aber im Hinblick auf den Sinn für das Pragmatische der klassischen römischen Juristen davon ausgehen können, daß sie keinen positiven Irrtumsnachweis verlangten.²⁸ Denn es wäre dem Kläger kaum jemals möglich, einen solchen Nachweis zu erbringen.

²⁸ Koch, 1979, S. 110; Schwarz, Die Grundlage der *condictio* im klassischen römischen Recht, 1952, S. 109.

4. Ergebnis

Wenn die Römer bei bestimmten Rechtsinstituten den verschuldeten Irrtum nicht anerkannten, so darf doch als anerkannt gelten, daß der Irrtum bei der *condictio indebiti* im römischen Recht kein entschuldbarer zu sein brauchte, um die Rückforderung zu begründen. Die Römer hielten den Tatsachenirrtum für beachtlich. Damit ist per argumentum e contrario nicht zu folgern, daß es auch zahlreiche Stellen gibt, an denen beim Rechtsirrtum die *condictio indebiti* zugelassen werden müßte, z. B. jeder Irrtum eines Minderjährigen²⁹.

Schließlich besteht es kein allgemeines Prinzip, welches deutlich festlegt, ob der Tatsachen- oder Rechtsirrtum ein die Rückforderung begründendes Tatbestandsmerkmal der *condictio indebiti* war. Doch kann daran festgehalten werden, daß in der Regel der Tatsachenirrtum für beachtlich galt.

Allgemein denken die Römer hinsichtlich des Erfordernisses bezüglich des Irrtums:³⁰ Bei allen Rechtsverhältnis, die rechtlich ungültig oder ohne Wirkung sind, ist dann, wenn irrtümlich die Leistung erfolgt, die Kondiktion gegeben. Wer absichtlich einen anderen leistet, obwohl er weiß, daß er dazu nicht verpflichtet ist, der kann das Geleistete nicht zurückfordern. Das Erfordernis des Irrtum bei der *condictio indebiti* beweist, daß die *condictio* sich nicht ausschließlich auf die Mangelhaftigkeit des Rechtsgrundes der Vermögensvermehrung stützen kann. Das Erfordernis des Irrtum ist somit eine Restriktion des Satzes, daß das aus einer Nichtschuld Geleistete zurückfordert werden könne. Der allgemeine Billigkeitssatz, daß sich niemand auf Kosten des anderen unrecht-

²⁹ Schwarz, 1952, S. 107; Koch, 1979, S. 113.

³⁰ Pap. 54 D. 12, 6.

mäßig bereichern dürfte, hat einen konkreten Niederschlag in dem Satz von der Rückforderung der Nichtschuld gefunden. Der Leistende glaubt, daß die Schuld bestehe und leistet deswegen. Er befindet sich im Irrtum über das Bestehen der Schuld. Da aber, wo der Leistende absichtlich leistet, trotz Kenntnis der Schuld, da kann die Irrtumsfrage nicht in Betracht kommen. Die *condictio* wird in diesem Fall ausgeschlossen nicht deswegen, weil der Leistende sich nicht im Irrtum befunden hat, sondern deswegen, weil er absichtlich leistet. Der Irrtum bei der *condictio* der Leistung einer nichtigen Schuld bezeichnet nur, daß der Leistende der Schuld weder absichtlich noch in Kenntnis der Schuld geleistet hat.

II. Das gemeine Recht

1. Allgemein

In der seit dem 11./12. Jahrhundert von Oberitalien ausgehenden europäischen Wiederbelebung der justinianischen Kompilation sind die Kondiktionen als besondere Bereicherungsansprüche und der Gedanke der Billigkeit eng miteinander verknüpft.³¹ Eine besondere religiös-moralische Empfänglichkeit kommt dieser Auffassung entgegen, die den Text des Corpus iuris, das Gesetzbuch des christlichen Kaisers Justinian, wesentlich als Gegenstand der Interpretation versteht und hier wie anderswo weniger beim Wort nimmt. Die Praxis des gemeinen Rechts sah sich angesichts der Abstraktheit des Bereicherungsgedankens und seiner Unbrauchbarkeit als unmittelbar anwendbareren praktischen Rechtssatz zunehmend auf die Notwendigkeit verwiesen, eine Konkretisierung in Fallgruppen vorzunehmen. Zu Beginn des 19. Jahrhunderts war im Bereicherungsrecht bereits die Kasuistik die eigentliche Rechtsquelle. Das dogmatische Verhältnis zwischen dem Bereicherungsprinzip und den Einzeltatbeständen, die man in Anlehnung an die Quellen schließlich wieder betonte, bleibt im damaligen gemeinen Recht ebenso wie in den naturrechtlichen Kodifikationen ungeklärt.³²

³¹ Glosse nam hoc natura zu D. 12. 6. 14; Glosse iure naturae zu D. 50. 17. 206.

³² Esser, Josef: Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrecht, 3. Aufl., 1974, S. 269.

2. **condictio indebiti**

Die die condictio indebiti kennzeichnende Abhängigkeit vom Corpus iuris hinderte die europäischen Juristen nicht, theoretische und systematische fällige rechtlichen Klärungen vorzunehmen. Das betrifft zunächst die condictio sine causa und ihre Doppelfunktion: als speziell zuständige condictio, wie sie das klassische Recht behandelt, und als allgemeine, die anderen Kondiktionen einschließende condictio, wie sie gedanklich schon im klassischen Recht angelegt und bei der Komposition der Digesten auch zum Ausdruck gebracht worden ist.³³

Hinsichtlich der condictio indebiti im gemeinen Recht sind zwei Auffassungen zu erörtern. Die erste betrifft die Bedeutung des error iuris. Die condictio setzt voraus, daß die Zahlung irrtümlich erfolgt (D. 12. 6. 1: wenn nämlich jemand irrtümlich etwas Nichtgeschuldetes geleistet hat, kann er es kondizieren). Damit wurden nach einer Auffassung³⁴ der damaligen Zeit grundsätzlich die allgemeinen Vorschriften über den Irrtum anwendbar, denen zufolge ein error iuris unbeachtlich ist. Daher hatte sich im Mittelalter die Auffassung gebildet, nur ein Irrtum darüber, daß die Zahlung „naturaliter“ geschuldet gewesen sei, nicht aber ein Irrtum über das positive Recht schließe die Kondiktion aus.

Die zweite Auffassung³⁵ hat die Zahlung eines indebitum als promutuum (Darlehen) angesehen. Diese Auffassung führt dazu, daß die Fälle, in denen die vollzogene Leistung vertretbare Sachen betraf, unmittelbar dem Recht des Darlehens unterstellt werden

³³ Kupisch, 1987, S. 32.

³⁴ D. 22. 6; D 12. 6. 7; Coing, Europäisches Privatrecht, Band I, 1985, § 97 II S. 494, „Fn. 2).

³⁵ Coing, 1985, S. 595, Fn. 4, „Cujas, Observatio c 4, 5, in Opera omnia III, Neopoli 1778“; Vgl. D 19. 2. 15. 6.

konnten, während in den anderen eine *condictio certi* oder *incerti* aus Bereicherung bestand.

Im Hinblick auf die *condictio indebiti* vertrat man³⁶ die Ansicht, daß der Grund für die Rückforderung allein der Irrtum des Leistenden sei. Noch die Rechtsprechung des Reichsgerichts³⁷ ging unter der Geltung des gemeinen Rechts davon aus, daß ein Bereicherungsanspruch nur bei schuldlos irriger Annahme des Bestehens einer Verbindlichkeit auf Seiten des Leistenden in Betracht komme.³⁸ Dagegen behauptete eine andere Ansicht³⁹, daß der Irrtum nicht der Grund des Rückforderungsrechts sei. Nach dieser Ansicht komme dem Irrtum überhaupt keine positive Bedeutung zu. Er habe nur die negative Bedeutung, daß bei seiner Abwesenheit die als gewollt erklärte Selbstbeschränkung des Willens sich als nicht wirklich gewollt herausstelle. Auf die Ausführungen hinsichtlich des Ausschlusses der *condictio indebiti* wurde im Gemeinen Recht kein besonderes Gewicht gelegt. Dies heißt jedoch nicht, daß die gemeinrechtliche Wissenschaft diesem bereicherungsrechtlich relevanten Aspekt keinerlei Bedeutung beilegt hätte. Wenn das Gemeine Recht nur bei einem Irrtum des Leistenden über seine Verpflichtung einen Bereicherungsanspruch gewährt, so muß es logischerweise einen Rückforderungsanspruch versagen, wenn der Leistende Kenntnis von seiner Nichtschuld hatte.

³⁶ Savigny, Friedrich Carl, System des heutigen römischen Rechts III, 1840, S. 263.

³⁷ RGZ 44. 136. 141; Vgl. König, Detlef, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1984, S. 41.

³⁸ Reuter / Martinek, 1983, § 6 I 1; Mayer – Maly, Rechtsirrtum und Bereicherung, FS für Lange 1970, S. 293; Koch, Bereicherung und Irrtum, 1963, S. 15.

³⁹ Windscheid / Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. II. 9. Aufl., 1906, S. 897.

Während in der Regel die *condictio indebiti* durch einen tatsächlichen Irrtum begründet werden konnte, war der Rechtsirrtum nicht immer ausreichend, um eine Kondiktion zuzulassen. Daher hat man versucht⁴⁰, den Rechtsirrtum stark einzuschränken und darunter nur den Irrtum über solche Rechtsregeln gefaßt, die allgemein anerkannt oder wenigstens leicht zu erfragen sind. Daneben schloß man den Irrtum über subjektive Rechte und den Fehler in der rechtlichen Beurteilung eines Sachverhalts aus.

3. Auffassung des Irrtums im gemeinen Recht

a) Bemühung um weitere Entwicklung der Irrtumslehre

Die gemeinrechtliche Wissenschaft bemühte sich um eine Ordnung der überkommenen Rechtssätze und Rechtsauffassungen und um eine durch naturrechtliche Anschauungsmittel geprägte rechtsphilosophische Grundlage dieses Systems.⁴¹ Diese Bemühung führte zu zwei Ansichten. Auf der einen Seite hat die gemeinrechtliche Wissenschaft⁴² versucht, den Irrtum als Tatbestandsmerkmal des Bereicherungsanspruchs anzusehen, und nach der anderen Ansicht⁴³ war nicht der Irrtum des Leistenden der ausschlaggebende Grund des Rückforderungsanspruchs einer Leistung, sondern das gegen naturrechtliche Gerechtigkeitsvorstellungen verstoßende Behalten einer Leistung.⁴⁴ Rechtsgrundlosigkeit in diesem Sinne heißt Fehlen einer *causa retinendi*.

⁴⁰ Savigny, 1840, Bd. III S. 333.

⁴¹ Koch, 1979, S.110; Mayer, J, 1989, S. 6.

⁴² Coing, 1985, S. 494; D. 12. 6. 1.

⁴³ Schwarz, 1952, S. 65; Adler, Die Wirkung des Bereicherungsirrtums Jher-Jahrb. Bd 3, 1894, S. 199.

⁴⁴ Schwarz, 1967, S. 230; Koch, 1979, S.117; Mayer, J, 1989, S. 8; Kupisch, 1987, S. 30.

Das Fehlen eines Rechtsgrundes, das Erhaltene zu behalten, ist Kondiktionsgrund. Geschah die Leistung zur Erfüllung einer in Wahrheit nicht bestehenden zivilen Verbindlichkeit, kann doch nicht kondiziert werden, wenn der Erwerb und das Behalten auf einer tatsächlich bestehenden Naturalobligation beruht.

b) Entschuldbarkeit des Irrtums und Beweislast

Das gemeine Recht machte das Merkmal der Entschuldbarkeit des Irrtums zur praktisch wichtigsten Begrenzung der Leistungskondition. Nur ein unvermeidbarer Irrtum könne die Rückforderung auslösen⁴⁵. Denn das Kondiktionsrecht stelle ohnehin eine aus Billigkeitsgründen gegebene Wohltat der Rechtsordnung da, die nicht durch Leichtsinns oder Unvernunft mißbraucht werden dürfte. Die Rückforderung des irrtümlich Geleisteten wurde dadurch erschwert, daß man dem, der den Irrtum geltend machte, zwar nicht den Irrtumsbeweis selbst auferlegte, wohl aber den der Entschuldbarkeit des behaupteten Irrtums. Trotz Nachweises der Leistung und der fehlenden Verpflichtung hat der Irrende kein Rückforderungsrecht, wenn er keine besonderen Umstände, die den Irrtum unvermeidbar machten, darlegen konnte.⁴⁶ Schließlich kommt es nach der anderen Ansicht⁴⁷ auf die Entschuldbarkeit zumindest des tatsächlichen Irrtums bei der *condictio indebiti* überhaupt nicht an.

Das Erfordernis der Entschuldbarkeit brachte die Pandektistik in engen Zusammenhang mit der Frage, ob ein Rechtsirrtum die

⁴⁵ Windscheid / Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1906, S. 410; Savigny, System des heutigen römischen Rechts II, 1840, S. 144, 448.

⁴⁶ Mayer-Maly, Rechtsirrtum und Bereicherung FS für Heinrich Lange 1970, 293, S. 298; Mayer, J, 1989, S. 251; Koch, 1979, S. 118.

⁴⁷ Savigny, diese Ansicht unterscheidet zwischen entschuldbaren und unentschuldbaren Irrtum.

Rückforderung begründen könne. Während die klassischen römischen Juristen zwischen Tatsachen - und Rechtsirrtum offenbar nicht unterschieden, schuf die Kompilation Justinians strenge Regeln über die Vorwerfbarkeit des Rechtsirrtums, die erst von der späteren Pandektistik durch Ausnahmen und begriffliche Einschränkungen relativiert wurde. Die Digesten in der Nachklassik unterschieden zwischen Tatsachenirrtum und Rechtsirrtum. Aber sie definierten nicht den Begriff des Irrtums.⁴⁸ Wenn man in Unkenntnis des Rechts eine Nichtschuld bezahlte, sollte kein Rückforderungsanspruch bestehen. Dagegen wurde eine Rückforderung wegen Leistung in Unkenntnis der Tatsachen zugelassen.

Den Rechtsirrtum versteht man als Irrtum über das objektive Recht bzw. den objektiven Rechtssatz. Dieser Irrtum beruht auf einer Unkenntnis des einschlägigen Rechtssatzes oder auf unrichtiger Auslegung des Rechtssatzes. Dagegen wird der Tatsachenirrtum vom Rechtsirrtum nicht nach dem Objekt des Irrtums unterschieden, sondern nach dem Grund des Irrtums, d. h. der Gegenstand des Irrtums ist der Irrtum über die Befugnisse.⁴⁹

Die unrichtige Vorstellung über das eigene Recht kann ihren Grund entweder in einem Irrtum über das objektive Recht oder über bestimmte Tatsachen haben. Damit war für die Beurteilung des Irrtums über subjektive Rechte ein Differenzierungsmaßstab gefunden, der auch heute noch allgemein anerkannt ist. Es kommt hier allein darauf an, ob der Irrtum auf einer Verkennung der Rechts- oder der Sachlage beruht. Daß ein Irrtum über das Bestehen oder den Umfang eines subjektiven Rechts vorliegt, er-

⁴⁸ Koch, 1979, S. 110, 111, 138; Mayer, J., 1989, S. 5.

⁴⁹ Mayer, 1989, S. 6, Fn. 9: Weil, "Zeitschrift Civilrecht und Prozeß XII n. F. (1855), 377 ff".

möglichst für sich allein noch nicht die Annahme des Vorliegens eines Rechtsirrtums.⁵⁰

Das frühe gemeine Recht⁵¹ hat festgehalten, daß ein Rechtsirrtum nicht genüge, um einen Rückforderungsanspruch zu tragen. Allerdings stellte man zwischen der Rechtsirrtumslehre und dem Verschuldensprinzip nunmehr eine Verbindung her, so daß man den Rechtsirrtum ohne weiteres mit dem unentschuldbaren Irrtum identifizierte. Das ging so weit, daß man⁵² bei der Erörterung des Merkmals der Entschuldigbarkeit des Irrtums den Rechtsirrtum als einziges Beispiel für einen schuldhaften Irrtum anführte. Eine solche systematische Verwirrung hatte ihren Grund darin, daß man demjenigen, der Rechtssätze nicht kannte, vorgeworfen hat, daß er sich nicht sorgfältig genug informiert habe.⁵³

In dem gemeinen Recht wurde dann dieser Gedanke wieder aufgegriffen und die Lehre von der Schädlichkeit des Rechtsirrtums als unzutreffend bezeichnet. Diese Idee meinte nur den Zusammenhang zwischen Rechtsirrtum und Anwendung des verkannten Rechtssatzes. Sie sagte lediglich, daß der Irrtum über einen Rechtssatz dessen Anwendung nicht hindern könne. Die Anwendung der verkannten Rechtssätze bei der *condictio indebiti* kann man einfach folgern: Die Verkennung der Rechtslage beeinträchtigt nicht die Anwendung der betreffenden Regeln. Der Irrende

⁵⁰ Mayer, J., 1989, S. 7, Fn. 10, 10a.

⁵¹ Savigny, Bd. II, 1840, Über den Rechtsirrtum, S. 454, 456.

⁵² Windscheid / Kipp, 1906, I. S. 411, II., S. 897; Mayer-Maly, FS für Lange, 1970, S. 297.

⁵³ Mayer-Maly, FS für Lange, 1970, 293, S. 297; Koch, 1979, S. 120, 123.

kann daher in jedem Falle kondizieren, es sei denn, ihn treffe ein Verschulden.⁵⁴

Das gemeine Recht verlangte von dem Bereicherungskläger, seinen Irrtum zu behaupten und zu beweisen. Allerdings war dies selten von Erfolg gekrönt. Es lassen sich nämlich die rein subjektiven Vorgänge nicht beweisen.⁵⁵ Daher galt eine Vermutung, die den Kläger entlasten sollte. Es wurde nämlich davon ausgegangen, daß niemand eine Leistung in Kenntnis der Nichtschuld erbringe, es sei denn, er wolle ein Geschenk erbringen. Mit diesem Gedanken könne man das ungewollte Ergebnis vermeiden, daß der Kondizient einen besonderen Irrtumsbeweis führen mußte. Schließlich ist am Ende des Jahrhunderts der Schritt zur völligen Umkehr der Beweislast vollzogen worden.⁵⁶

4. Ergebnis

Savigny⁵⁷ hielt an der Irrtumslehre des römischen Rechts fest, womit ihm die gemeinrechtliche Lehre folgte, und erkannte den Irrtum als positive Voraussetzung der Kondiktion an. Der Irrtum mußte aber ein entschuldbarer sein, so daß in der Regel beim Rechtsirrtum ein Rückforderungsanspruch nicht begründet war. Nach obigen Ausführungen sieht man, daß der Umstand, wonach eine Rückforderung der Bereicherung bei Kenntnis des Leistenden von seiner Verpflichtung ausgeschlossen ist, sowohl im römischen Recht als auch in der Zeit des gemeinen Recht existierte,

⁵⁴ Mayer, Jörg, S. 9; Ritter, Rechtswissen und Rechtsirrtum im Zivilrecht, FS für Fritz v. Hippel, 1967, 391, S. 402, 404.

⁵⁵ Koch, 1979, S. 117.

⁵⁶ MünchKomm-Lieb, Rdnr. 13 zu § 814; Soergel-Mühl, Rdnr. 17 zu § 814; Erman-Westermann, Rdnr. 13 zu § 814.

⁵⁷ Savigny, 1840, S. 360; vgl. Koch, 1979, S. 117, 120.

wenn auch nicht als selbständige Regelung wie in § 814 Fall 1 BGB, so doch implizit in der *condictio indebiti*.

III. Entstehung des BGB

1. Entwürfe zum BGB

Das deutsche Privatrecht hat in seinem BGB das römische Erbe des Bereicherungsrechts übernommen. Die Kodifikatoren bauten auf der pandektistischen Doktrin auf. Der Teilentwurf von Franz von Kübel von 1882 legte den Schwerpunkt auf einzelne Bereicherungstatbestände: ⁵⁸ „Man hat sich davor zu hüten, die Fälle unter eine allgemeine Regel etwa des Inhalts bringen zu wollen, daß diese Kondiktion überall da stattfinde, wo der Erwerb oder die Bereicherung des Rechtsgrundes entbehre, aber im Einzelfall keiner der anderen Kondiktionsansprüche stattfinde. Es würde dies im Resultat wieder auf den als unrichtig erkannten vagen Satz zurückführen, daß, wo jemand aus anderem Vermögen oder auf dessen Kosten zugegangene Bereicherung als eine unbillige erscheine, dieselbe auch als ungerechtfertigt herauszugeben sei“.⁵⁹ So erkennt der Vorentwurf von Kübels den Bereicherungsanspruch für den Hauptfall der Leistung einer Nichtschuld an (§§ 1-13) und schließt schließlich die weiteren Fälle der Leistungskondiktion (§§14, 23) mit ein.⁶⁰

⁵⁸ Schubert, Werner: Windschein und das Bereicherungsrecht des 1. Entwurfs des BGB, 1975, S. 186; Honsell, Die Rückabwicklung, 1974, S 105; Wilhelm, Jan: Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung als Grundlagen und Grenzen des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung, 1973, S. 45.

⁵⁹ Vgl. Reuter / Martinek, 1983, S. 15.

⁶⁰ Reuter / Martinek, 1983, S. 15.

Die *condictio indebiti* wurde von den Kommissionsmitgliedern mehrheitlich als ein Unterfall der *condictio ob rem* (E I § 742) angesehen, bei dem sich die getroffene Zweckbestimmung der Erfüllung auf einen der Vergangenheit angehörenden Umstand beziehe.⁶¹ Gleichwohl wurde sie vorangestellt, da sie wegen ihrer Häufigkeit und Wichtigkeit der gesonderten Normierung bedurfte. Man sah grundsätzlich davon ab, den Irrtum des Leistenden als Grundlage der Leistungskondiktion festzumachen, doch schimmerte diese Vorstellung im Kondiktionsausschlußgrund der Kenntnis der Nichtschuld (§ 737 Abs. 4 E I) ebenso durch, wie bei dem heutigen Fall des § 814 I BGB.⁶²

Am 1. Entwurf des BGB wurde kritisiert⁶³, er lasse in seiner Aufzählung einer ganzen Reihe von überkommenen Bereicherungsvorschriften nicht das einheitliche Prinzip erkennen, auf dem das Bereicherungsrecht beruhe. Diese Kritik gab schließlich den Ausschlag dafür, daß die 2. Kommission das System der Regelungen des 1. Entwurfs gleichsam umkehrt und dessen ergänzende Vorschrift des § 748 Abs. 1 BGB als allgemeinen Grundsatz den Einzelfällen voranstellt hat.⁶⁴

Im Gegensatz zum Deliktsrecht, bei dem das BGB die Generalklausel des *neminem laedere* bewußt nicht übernahm, entschlossen sich die Kondiktoren des BGB mithin letztlich doch zu einer kondiktionsrechtlichen Generalklausel, in der die *condictio indebiti* aufgeht und der eine Aufzählung von einzelnen Sachver-

⁶¹ Mot. II S.831.

⁶² Schubert, 1975, S. 186; Simshäuser, Windscheides Voraussetzungslehre *rediviva*, AcP 172, S. 19.

⁶³ V. Gierke, Der Entwurf des BGB und deutschen Recht, 1889, S. 272; Lenel, Die Lehre von der Voraussetzung, AcP 74 (1889), 213; Vgl. Reuter / Martinek, 1983, § 1 II 1.

⁶⁴ Prot. II. S. 682 – 724.

haltsgestaltungen folgt.⁶⁵ Begründet wurde dies damit, daß es systematisch richtiger sei, „das allgemeine, die ganze Lehre beherrschende Prinzip an die Spitze zu stellen“ und daß die Vorschriften hierdurch wesentlich an „Übersichtlichkeit und Klarheit“ gewinnen würden.⁶⁶

2. Bedeutung des Irrtums im Bereich der Leistungskondiktion

Das Bereicherungsrecht steht seit jeher in enger Verbindung zur Irrtumslehre. Allerdings ist die Bedeutung des Irrtums im Bereich der Leistungskondiktion ungleich größer als im Bereich der Eingriffskondiktion. Während es im Bereich der Eingriffskondiktion nur um einen Irrtum des Bereicherten geht, bildet ein Irrtum des Leistenden im Bereich der Leistungskondiktion im BGB ein typisches Element des den Bereicherungsanspruch begründenden Tatbestandes.⁶⁷

In § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB taucht der Irrtum als positive Rückforderungsvoraussetzung nicht auf. Es geht nur um einen fehlenden Rechtsgrund. Für den Fall des § 814 BGB wird der Ausschluß der Rückforderung bestimmt: Das zum Zwecke der Erfüllung einer Verpflichtung Geleistete kann nicht zurückgefordert werden, wenn der Leistende gewußt hat, daß er zur Leistung nicht verpflichtet war.⁶⁸ Nach der Konzeption des BGB ist die Kenntnis der Nichtschuld nach § 814 BGB also lediglich eine negative Anspruchs-

⁶⁵ Reuter / Martinek, 1983, S. 21.

⁶⁶ Prot. II. S. 684.

⁶⁷ Mayer-Maly, FS für Heinrich Lange, 1970, S. 293.

⁶⁸ MünchKomm-Lieb, Rdnr. 16 zu § 814 BGB; Soergel-Mühl, Rdnr. 17 zu § 814; Koch, 1979, S. 126; Mayer-Maly, FS für Heinrich Lange, 1970, S. 294.

voraussetzung.⁶⁹ Eine Relevanz des Irrtums ergibt sich mithin erst aus § 814 BGB. Es wird nicht vom Leistenden gefordert, daß er seinen Irrtum beweisen kann, sondern die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes des § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB genügt zur Rückforderung, und dem Empfänger ist die Einrede vorbehalten, der Leistende habe die Nichtschuld gekannt.

Für eine Unterscheidung nach Irrtumsarten, wie Rechtsirrtum und Tatsachenirrtum, ist bei der Begründung von Bereicherungsansprüchen nach dem BGB kein Raum. Dies ergibt sich daraus, daß nach § 814 BGB nur eine positive Kenntnis des Leistenden von der Nichtschuld seinem Bereicherungsanspruch entgegenstehen soll. Es muß also jeder Irrtum des Leistenden genügen, um einen Anspruch zu begründen, egal ob der Leistende über Tatsachen oder aber die Rechtslage irrt. Damit entspricht die Anwendung des § 814 BGB dem Konzept der Väter des BGB, die keine Unterscheidung mehr zwischen Tatsachen- und Rechtsirrtum machen wollten.⁷⁰

Für den Ausschluß reichen erhebliche Zweifel über die Leistungspflicht oder ein grober Irrtum über die Rechtslage nicht aus, sondern es schadet nur positive Kenntnis.⁷¹ § 814 Fall 1 BGB schließt bei der Kenntnis der Nichtschuld die Rückforderung einer Leistung aus, die zum Zwecke der Erfüllung einer in Wirklichkeit nicht bestehenden Verbindlichkeit erfolgt ist.

⁶⁹ Reuter / Martinek, 1983, § 6 II; Mayer, J., 1989, S. 254; Mayer-Maly, FS für Heinrich Lange, 1970, S. 295.

⁷⁰ Mayer-Maly, FS für Heinrich Lange, 1970, S. 297; Rittner, FS für Fritz von Hippel, 1967, S. 401; Reuter / Martinek, 1983, § 18 II 2 a; Mayer, J., 1989, S. 255.

⁷¹ Singer, Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, 1993, S. 66; Münch-Komm-Lieb, Rdnr. 10 zu § 814; Soergel-Mühl, Rdnr. 3, 4 zu § 814; Staudinger-Lorenz, Rdnr. 3 zu § 814; Rittner, 1967, S. 409, 410.

Durch die dem Verhältnis zwischen § 812 BGB und § 814 BGB zugrunde liegende Konzeption verlor die Unterscheidung zwischen Rechtsirrtum und Tatsachenirrtum ebensoviel von ihrer bereicherungsrechtlichen Bedeutung wie die Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen, entschuldbarem und unentschuldbarem Irrtum. Man hatte im gemeinen Recht für eine *condictio indebiti* allgemein gefordert, daß der Irrtum des Leistenden entschuldbar war. Dadurch wurde das Bereicherungsrecht in seiner praktischen Anwendung von den Beweisschwierigkeiten befreit, die ein Streit der Parteien über die Vermeidbarkeit eines Irrtums des Leistenden im Prozeß mit sich bringt. Der Ausschluß der Kondiktion gem. § 814 BGB beruht nunmehr nach h. M. auf dem allgemeinen Gedanken der Unzulässigkeit widersprüchlichen Verhaltens.⁷² Von einem widersprüchlichen Verhalten kann man aber nicht sprechen, wenn der Kondiktionsgläubiger im Hinblick auf ein künftiges Schuldverhältnis geleistet hat, mit dessen Entstehung er noch rechnete. Der Rechtsgedanke von § 814 wäre nur einschlägig, wenn der Leistende im Augenblick der Leistung bereits gewußt hätte, daß Schuld nicht entstehen würde.⁷³

⁷² Singer, 1993, S. 65, 66; Larenz, Schuldrecht BT II 12. Aufl., 1982, § 68 III 1 b, § 69 I; MünchKomm - Lieb, Rdnr. 2 zu § 814 BGB; Soergel - Mühl, Rdnr. 2 zu § 814 BGB; Mayer - Maly, FS für Heinrich Lange, 1970, S. 294; Reuter / Martinek, 1983, § 6 I.

⁷³ Vgl. Larenz, 1981, Band II, 12. Aufl., § 69 I; Reinicke, Rechtsfolge formwidrig abgeschlossener Verträge, 1969, S. 58, 59.

ZWEITER ABSCHNITT: WÜRDIGUNG DES § 814 FALL 1 BGB ALS SONDERFALL DES BEREICHERUNGSRECHTS

I. § 814 Fall 1 BGB als Ausnahmetatbestand zu § 812 BGB

Grundsätzlich gibt der Empfänger den Gegenstand, den er auf Kosten eines anderen erworben hat, gem. §§ 812 ff BGB an diesen anderen zurück, wenn der Erwerb rechtsgrundlos erfolgte. Nur wenn ein Rechtsgrund besteht, muss der Empfänger den Gegenstand also nicht herausgeben.

Die gesetzliche Konstruktion der §§ 812 ff BGB knüpft an das Regel-Ausnahme-Verhältnis an, das darin liegt, daß in der Regel ein Rechtsgrund vorliegt und nur ausnahmsweise, wenn ein solcher fehlt, eine Rückabwicklung stattzufinden hat.

Als Regel, die bei Vorliegen des Rechtsgrundes gegeben ist, steht dieser Situation die Ausnahme gegenüber, die den Erwerb des Empfängers rechtfertigt und in der er aufgrund des Vorliegen eines Rechtsgrundes den Gegenstand behalten kann. Der Rückforderungsanspruch aus §§ 812 ff BGB ist aber nicht nur bei Vorliegen eines Rechtsgrundes ausgeschlossen. Im Einzelfall können auch andere Behaltensgründe vorliegen, die dann als weitere, nun gegenüber der allgemeinen Kondiktion bestehende Ausnahmetatbestände aufgefaßt werden müssen. Sie haben zur Folge, daß bei ihrem Vorliegen der Rückforderungsanspruch immer noch ausgeschlossen ist, obwohl es an einem Rechtsgrund für den Erwerb fehlt.

Einen solchen speziellen Behaltensgrund und damit einen Ausnahmefall zu dem Bereicherungsanspruch des § 812 BGB stellt § 814 BGB dar. Nach § 814 Fall 1 BGB wird trotz an sich fehlenden Rechtsgrundes der Rückgabeanspruch verneint, wenn der Leistende das Fehlen des Rechtsgrundes kannte.

Für § 814 BGB hat man immer wieder rechtsgeschäftliche Erklärungen zu finden gesucht. Einige⁷⁴ sehen die Norm des § 814 BGB ein Sonderfall des Verzichts. Es liege eine unbeachtliche Mentalreservation des Leistenden vor, der an seiner Willenserklärung festgehalten werden müsse. Eine solche Mentalreservation könne nämlich bei § 814 Fall I BGB bestraft werden.

Andere sehen diese Vorschrift als einen gesetzlichen Rechtsgrund. Der Leistende könne trotz Kenntnis um die Nichtexistenz der Verbindlichkeit dem Leistungsempfänger eine Behaltensberechtigung des Geleisteten verschaffen z.B. eine mit der Leistung verbundene rechtsgeschäftliche Schenkung, sofern sie hinreichender Grund für eine Behaltensberechtigung ist.⁷⁵

II. Verhältnis des § 814 Fall 1 BGB zur condictio indebiti

§ 814 BGB Fall 1 BGB bezieht sich unmittelbar auf die condictio indebiti gem. § 812 Abs. 1 S. 1 1. Fall BGB. Die Leistungen zur unmittelbaren Begründung eines Schuldverhältnisses werden hin-

⁷⁴ Köhler, Bereicherungsrecht und Vindikation, Allgemeine Prinzipien der Restitution, 1972, S. 187.

⁷⁵ Kohte, BB 1988, S. 635; Welker, 1974, § 6 I, S. 103; Reuter / Martinek, 1983, § 6 I, S. 184; Köhler, 1972, S. 187.

gegen nicht erfaßt. Die Bestimmung ist auf die Leistung *solvendi causa* beschränkt.⁷⁶

Die wichtigste Fallgruppe der Leistungskondiktion ist die in § 812 Abs. 1 S. 1 1. Fall BGB geregelte *condictio indebiti*. Mit ihr kann eine Leistung zurückgefordert werden, die zum Zweck der Erfüllung einer in Wahrheit nicht bestehenden Verbindlichkeit erbracht wurde.⁷⁷ Die *condictio indebiti* im engeren Sinne ist nur bei einer Leistung auf eine nicht bestehende und aus irgendwelchen Gründen unwirksame Verpflichtung einschlägig. Eine Kondiktion nach § 812 Abs. 1 S. 1 1. Fall BGB kommt daher in Betracht, wenn auf eine nicht zustande gekommene Verpflichtung geleistet worden ist oder wenn der Leistung ein nichtiges Rechtsgeschäft zugrunde lag.

Von der *condictio indebiti* ist die *condictio sine causa* (der Anspruch auf Rückgewähr einer ohne Rechtsgrund erbrachten Leistung) abzugrenzen. Diesem Kondiktionstyp wird der Fall der Leistung eines anderen als des geschuldeten Gegenstandes und der Fall des Dissenses über das Kausalverhältnis zugerechnet, wenn z. B. der Leistende mit Gegenstand nur eine Leihe begründen will, aber der Empfänger den Gegenstand als Schenkung annimmt. Ferner soll die *condictio sine causa* dann anwendbar sein, wenn bei fehlendem Grundgeschäft der Leistungszweck der Begründung eines vertraglichen oder gesetzlichen Schuldverhältnis nicht erreicht wird., z. B. bei der Handschenkung, die wegen Geschäftsunfähigkeit des Empfängers nicht wirksam zustande kommt. Ein praktischer Erkenntniswert, der der genannten Unterscheidung innerhalb der Kondiktion des § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB zwischen der *condictio indebiti* und der *condictio sine causa*

⁷⁶ Reuter / Martinek, 1983, § 6 I .

⁷⁷ Reuter / Martinek, 1983, § 5 I , S. 126.

zukommen könnte, ist nicht ersichtlich. Nicht zu Unrecht werden daher solche Differenzierungsversuche zwischen einer *condictio indebiti* im engeren Sinne und einer *condictio sine causa* als überspitzt und fruchtlos bezeichnet.⁷⁸

III. § 814 Fall 1 BGB als Schenkung?

Teilweise wird vertreten, die wissentliche Zahlung einer Nichtschuld sei eine Schenkung. Derjenige, der wisse, daß die Verbindlichkeit, welche er erfüllen zu wollen erklärt, nicht besteht, dürfe nicht behaupten, daß er unter der Voraussetzung des Bestehens dieser Verbindlichkeit geleistet habe. Zum Behalten des Gegenstandes könne sich der Empfänger auf den Willen des Leistenden, daß dessen Zuwendung unentgeltlich sein sollte, berufen.⁷⁹ Denn bei einem vernünftigen Menschen könne die bewußte Leistung auf eine Nichtschuld auf keinem anderen Willen als dem Schenkungswillen beruhen. Wenn eine andere Absicht seiner Leistung nicht erwiesen werden könne, sei davon auszugehen, daß er habe schenken wollen. In der Berücksichtigung eines solchen mutmaßlichen Willens des Leistenden kann man eine Ausprägung des Satzes "Ist derjenige, welcher einen Nachteil erleidet, damit einverstanden, so kann er daraus keine Ansprüche herleiten (*volenti non fit iniuria*)" erkennen.⁸⁰

⁷⁸ Koppensteiner / Kramer, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Aufl., 1988; Medicus, Schuldrecht II BT, 9. Aufl., 1999, § 126 II 2; Reuter / Martinek, 1983, § 51 I 1 2.

⁷⁹ Reuter / Martinek, 1983, § 6 I 2; Singer, 1993, § 4 3 c); Larenz, Schuldrecht II, 1983, § 69 I.

⁸⁰ Singer, 1983, § 4 I 3 c)

Auch in § 685 BGB komme dieser Gedanke zum Ausdruck, demzufolge dem Geschäftsführer bei der Geschäftsführung ohne Auftrag kein Anspruch zusteht, wenn er nicht die Absicht hatte, von dem Geschäftsherrn Ersatz zu verlangen. Diese Norm werde mit „Schenkungsabsicht“ überschrieben. Selbst wenn also keine Vereinbarung zwischen den Partei getroffen wurde, nehme das Gesetz in diesem Fall dennoch eine Rechtfertigung des Erwerbs an und erkennt den Zurückbehaltungsgrund an.⁸¹ Es müsse nämlich davon ausgehen werden, daß hier auch die Eingriffskondiktion mangels Eingriffs ausscheidet.⁸²

Insbesondere wird die Idee, § 814 Fall 1 BGB als Schenkung anzusehen, unter Berufung auf folgende Digestenstellen des römischen Rechts aufgestellt: D 50. 17. 53: „In den Fällen, in welchen die Rückforderung der Sache, wenn sie aus Irrtum gegeben wäre, stattfinden würde, ist, wenn sie wissentlich gegeben ist, eine Schenkung vorhanden“ und D 50. 17. 82: „Das scheint geschenkt zu werden, was, ohne daß ein Recht dazu zwingt, zugestanden wird“.⁸³

Es ist aber fraglich, ob die Leistung des Leistenden in Kenntnis der Nichtschuld gem. § 814 Fall I BGB als eine Schenkung angesehen werden kann. Die Normierung des § 814 Fall 1 BGB spricht dagegen, einen Fall der Schenkung anzunehmen. Denn wenn man die Leistung in Kenntnis der Nichtschuld als eine Schenkung ansehen könnte, müßte bei fehlender Schenkungsabsicht entgegen dem § 814 Fall I BGB immer der Rückforderungsanspruch des Leistenden gewährt werden. Weiterhin spricht dagegen, daß das Gesetz für die Schenkung gem. § 516 BGB einen Vertrag mit

⁸¹ MünchKomm-Seiler, Rdnr. 2, 3 zu § 685.

⁸² Kaehler, Bereicherungsrecht und Vindikation 1972, B I 1 a) bb).

⁸³ Von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, 1840, S. 454.

der Vereinbarung der Unentgeltlichkeit verlangt und dann fehlt es schon an den Voraussetzungen des § 812 BGB.

Schließlich gibt es einen gesetzlichen Unterschied zwischen dem Tatbestand des § 814 Fall 1 BGB und dem der Schenkung gem. § 516 BGB. Bei der Schenkung muß der Empfänger das Geleistete als Schenkung annehmen, da für die Schenkung ein beiderseitiges Einverständnis über die Unentgeltlichkeit erforderlich ist.⁸⁴ Bei § 814 Fall 1 BGB hingegen liegt überhaupt keine Parteiabrede über die Unentgeltlichkeit der Leistung vor. Wenn z. B. der Schuldner nach einem Streit über Bestehen der Forderung bei der Zahlung gesagt hat: „Ich schenke Dir das Geld“, während der Empfänger die Zahlung als eine Erfüllung seiner Forderung und nicht als Schenkung ansieht, fehlt ein Einvernehmen über das Vorliegen einer Schenkung. Das heißt, es liegt keine Schenkung vor und trotzdem ist die Rückforderung gem. § 814 Fall 1 BGB ausgeschlossen.

Auch können die Gründe für die Leistung in Kenntnis der Nichtschuld sehr verschieden sein.⁸⁵ Der Leistende will vielleicht die Mühe und den Ärger des Bestreitens vermeiden oder leistet aus Furcht vor einem Prozeß.

Daher ist festzuhalten, daß die Leistung in Kenntnis der Nichtschuld nicht mit einer Schenkung identisch ist und eine solche daher nicht der Grund für eine Behaltensberechtigung des Empfängers gem. § 814 Fall 1 BGB sein kann.

⁸⁴ Staudinger-Cremer, Rdnr. 25 zu § 516; MünchKomm-Kollhosser, Rdnr. 13 zu § 516; BGHZ 116, S. 167,170 = NJW 1992 564.

⁸⁵ Larenz, Schuldrecht BT II, 1983, § 69 I; Leonhard, Besonderes Schuldrecht des BGB, Band II, 1931, S. 489.

IV. § 814 Fall 1 BGB als Verzicht?

Weiterhin wäre es denkbar, den § 814 Fall 1 BGB als einen Verzicht auf einen späteren Rückforderungsanspruch aufzufassen. Nach dem Willen des Gesetzgebers ist ein Verschulden des Leistenden bei einer Willensbildung über das Bestehen oder Nichtbestehen der Schuld unbeachtlich. So kann eine vorbehaltlose Zahlung im Kaufrecht trotz beiderseitiger Zweifel der Parteien über das Bestehen der Schuld nach Treu und Glauben als Verzicht auf einen späteren Rückforderungsanspruch zu deuten sein. Auch die trotz erkannter Schäden erfolgende vorbehaltlose Rückzahlung der Kautions, die der Sicherung von Ansprüchen des Vermieters während der Mietzeit dient, ist ein Anzeichen für einen Verzicht auf einen späteren Schadensersatzanspruch.

Es ist auch denkbar, die Untätigkeit des Gläubigers, die eine Verwirkung wegen Verstoß gegen Treu und Glauben gem. § 242 BGB darstellt, als einen stillschweigenden Verzicht zu qualifizieren, falls für die Untätigkeit kein triftiger Grund ersichtlich ist. Das ist beispielsweise dann der Fall, wenn der Gläubiger fünf Jahre lang einen Gesellschaftsgewinn nicht einfordert, oder wenn er einen Anspruch auf wiederkehrende Leistungen längere Zeit nicht geltend macht und der Schuldner dies nach Treu und Glauben gem. § 242 BGB mit Rücksicht auf die Verkehrssitte als Verzicht auffassen durfte.⁸⁶

Ob der § 814 Fall 1 BGB als ein Verzicht angesehen werden kann, erscheint allerdings fraglich. Denn für einen wirksamen Verzicht bedarf es in der Regel eines Vertrages zwischen Gläubiger und Schuldner. Ein einseitiger Verzicht auf einen Anspruch ist in-

⁸⁶ MünchKomm-v. Feldmann, Rdnr. 4 zu § 397.

nerhalb des Rechts der Schuldverhältnisse nicht möglich,⁸⁷ sofern nicht Sondervorschriften eingreifen oder es sich um Einreden oder Gestaltungsrechte handelt. Daß auf Einreden und Gestaltungsrechte einseitig verzichtet werden kann, läßt sich z. B. der Einrede der Vorausklage gem. § 773 BGB, dem Recht zur Rücknahme einer hinterlegten Sache gem. § 376 Abs. 2 BGB oder dem Widerrufsrecht des Schenkers gem. § 533 BGB entnehmen. Auch im Sachenrecht ist der einseitige Verzicht gebräuchlich, der Verzicht auf das Eigentum oder andere dingliche Rechte bedarf nicht der Annahme, vgl. z. B. die Aufgabe des Eigentums an einem Grundstück gem. § 928 Abs. 1 BGB, die Aufgabe des Eigentums an einer beweglichen Sache gem. § 959 BGB und den Verzicht auf die Hypothek gem. §§ 1165, 1178 Abs. 2 BGB.⁸⁸ Für die Gleichstellung des einseitig erklärten Verzichts mit dem Verzichtsvertrag sieht man kein praktisches Bedürfnis. Bis auf diese speziellen Fälle ist also ein Vertrag für einen Verzicht nötig. Ein solcher liegt im Falle des § 814 Fall 1 BGB aber gerade nicht vor.

Sicherlich kann über § 814 BGB hinaus das Rückforderungsrecht ausgeschlossen sein, wenn das Verhalten des Leistenden nach dem allgemein im Rechtsverkehr geltenden Grundsatz von Treu und Glauben als Verzicht auf das Rückforderungsrecht zu werten ist. Der Rückforderungsanspruch ist demnach auch dann ausgeschlossen, wenn dem Leistungsempfänger erkennbar gemacht wird, der Leistende wolle die Leistung auch für den Fall bewirken, daß keine Verpflichtung dazu bestehe, wenn das Verhalten des Leistenden derartig ist, daß daraus der Empfänger den Schluß ziehen darf, der Leistende wolle die Leistung unbedingt gegen

⁸⁷ BGH NJW 1987, 3203.

⁸⁸ MünchKomm-v. Feldmann, Rdnr. 16 zu § 397.

sich gelten lassen.⁸⁹ In einem solchen Fall liegt ein Verzicht des Leistenden auf sein Rückforderungsrecht vor.

Solche Fälle sind aber nicht mit § 814 Fall 1 BGB gleichzusetzen, denn er besagt nicht, daß eine Leistung in Kenntnis der Nichtschuld immer einen Verzicht darstellt. Nur in besonderen Konstellationen, die eine Berufung auf den allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben ermöglichen, ist von einem Verzicht auszugehen.

Zwar sind die Auswirkungen des Verzichts mit den Auswirkungen der Leistung in Kenntnis der Nichtschuld gem. § 814 Fall 1 BGB gleich. Obwohl es aber einen der Ausschluß des Rückforderungsanspruches wegen Verzichts in bestimmten Fällen gibt, kann man die Leistung in Kenntnis der Nichtschuld gem. § 814 Fall 1 BGB aber nicht als einen wirksamen Verzicht ansehen. Denn zum einen verlangt das Gesetz für den Verzicht einen Vertrag und zum anderen gibt es eine Verschiedenheit der Tatbestände, da beim Verzicht z. B. ein Rechtsgrund vorhanden ist, wohingegen dieser beim Eingreifen des § 814 Fall 1 BGB gerade fehlt.

V. Vergleichende Betrachtung des Rückforderungsausschlusses mit anderen Rechtsinstituten

In der praktischen Auswirkung bestehen Parallelen zwischen dem Rückforderungsausschluß gem. § 814 Fall 1 BGB und den §§ 460, 640 und 536 b BGB, die die Gewährleistungsrechte ausschließen. Nach § 814 Fall 1 BGB kann der Leistende seine Leistung dann nicht zurückfordern, wenn er die Rechtsgrundlosigkeit kannte. Er verliert also ein ihm eigentlich zustehendes Recht, weil

⁸⁹ BGH NJW 1984, 134; BGH 32, 273, 278.

er Kenntnis von einem bestimmten Umstand (Rechtsgrundlosigkeit) hat. Gleiches gilt für die §§ 460, 640 und 536 b BGB, denn auch sie ordnen einen Rechtsverlust deswegen an, weil derjenige, dem das Gewährleistungsrecht eigentlich zustehen würde, Kenntnis von einem bestimmten Umstand (Mangel) hatte.

1. Gewährleistungsausschluß in §§ 460 S. 1, 536 b und 640 Abs. 2 BGB

Die gesetzlichen Gewährleistungsausschlüsse bei Sach- und Werkmängeln gem. §§ 442 Abs.1, 536 b, 640 Abs. 2 BGB spielen in der Praxis eine wichtige Rolle. Sämtliche gesetzlichen Gewährleistungsausschlüsse bezwecken, im Interesse beider Parteien unnötige Kosten und Risiken zu vermeiden.

Beim Kauf ist ein Gewährleistungsrecht des Käufers gem. § 460 S.1 BGB ausgeschlossen, wenn der Käufer den Mangel der Kaufsache beim Vertragsabschluß kennt.

Der gesetzliche Gewährleistungsausschluß im Mietrecht ist in § 536 b BGB geregelt. Er greift bei Kenntnis des Mieters vom Mangel ein und wird vor allem bei vorbehaltloser Zahlung des Mietzinses trotz Kenntnis des Mangels angenommen. Der Mieter hat den Mietzins jedoch nicht ohne Vorbehalt gezahlt, wenn er den Mangel rügt und dann in der Erwartung, der Vermieter werde den Mangel demnächst abstellen, den vollen Betrag entrichtet.⁹⁰

Die Vorschrift des § 536 b BGB regelt drei verschiedene Fälle, in denen die Gewährleistungsrechte des Mieters in unterschiedlichem Umfang ausgeschlossen sind. Der Mieter, der den Mangel

⁹⁰ Köhler, Zur Funktion und Reichweite des gesetzlichen Gewährleistungsausschlusses, JZ 1989, 770; Sonnenschein, Die Entwicklung des privaten Wohnraummietrechts 1986 bis 1988, NJW 1990, S. 20.

der Mietsache kennt, verliert die Rechte auf Minderung des Mietzinses, des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung, des Aufwendungsersatzes und das Kündigungsrecht aus §§ 536, 536a Abs. 1 und 2 BGB.⁹¹ Es ist strittig, ob die Vorschrift des § 536 b BGB sich tatsächlich auf den Ausschluß der Mängelgewährleistungsrechte nach §§ 536, 536 a BGB beschränkt oder sich auch auf den Erfüllungsanspruch nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB bezieht. Nach herrschender Meinung soll der Erfüllungsanspruch des Mieters trotz Kenntnis des Mangels unberührt bleiben, so daß der Mieter nicht daran gehindert ist, vom Vermieter weiterhin Erfüllung durch Beseitigung des Mangels zu verlangen.⁹²

Der Verlust der Gewährleistungsrechte des Bestellers gem. § 640 Abs. 2 BGB knüpft schließlich an die vorbehaltlose Abnahme eines mangelhaften Werkes in positiver Kenntnis des Mangels an. Nach § 640 Abs. 2 BGB verliert der Besteller nur den Nachbesserungsanspruch gem. § 633 BGB und die Wandlungs- und Minderungsrechte gem. § 634 Nr. 1, 2 BGB. Dagegen behält der Besteller aber den statt Wandlung oder Minderung auch möglichen Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung gem. § 634 Nr.4 BGB, der allerdings nur besteht, wenn der Unternehmer den Mangel nach § 276 BGB zu vertreten hat. Auch Ansprüche aus §§ 280 I, 241 II werden durch § 640 Abs. 2 BGB nicht ausgeschlossen.⁹³

⁹¹ Stornel, Mietrecht, 3. Aufl., 1994, Rdnr. 406, 407, 417, 422; Hassold, Die Mängelhaftung im Mietrecht, JuS 1975, S. 550; BGH NJW 1988, 914, S. 915; MünchKomm-Voelskow, Rdnr. 3 zu § 539.

⁹² BGH NJW 1980, 777, S. 779; Staudinger-Emmerich, Rdnr. 5 zu § 539; Jauernig-Teichman, Rdnr. 1 zu § 539.

⁹³ Böggering, Die Abnahme beim Werkvertrag, JuS 1978, 512, S. 512; Jacobs, Die Abnahme beim Werkvertrag, AcP 186, 145, S. 164; Staudinger-Peters, Rdnr. 1 zu § 640; BGH NJW 1980, 1952.

2. Die ratio legis des Gewährleistungsausschlusses

Der Gewährleistungsausschluß wegen Kenntnis des Sachmangels wird als Folge eines rechtsgeschäftlichen Verzichts interpretiert. Eine solche Interpretation unterstützt eher die rechtsgeschäftlichen Theorien. Es heißt in den Motiven⁹⁴: „Im Falle der Kenntnis des Erwerbers ist dessen Verzicht auf die Gewährleistung oder die Annahme begründet, daß er die aus dem Recht des Dritten ihm drohende Gefahr übernehmen wollte“. In ähnlicher Weise wird der Gewährleistungsausschluß bei dem § 640 Abs. 2 BGB damit begründet, daß die vorbehaltlose Abnahme trotz Kenntnis des Mangels als Anerkenntnis der vertragsgemäßen Erfüllung bzw. als Verzicht oder Verwirkung auf die Gewährleistungsrechte zu werten sei. Daher findet auch § 442 BGB seine Rechtfertigung in dem Gedanken eines vermuteten Verzichts des Käufers auf die Rechtsmängelhaftung des Verkäufers. Wer einen Rechtsmangel kennt, muß sich, selbst wenn er tatsächlich einen dahingehenden Willen nicht gehabt, so behandeln lassen, als verzichte er insoweit auf die Gewährleistung.

Diese Interpretation des Gewährleistungsausschlusses als Folge eines rechtsgeschäftlichen Verzichts ist sicherlich unbefriedigend. Ein solcher Verzicht auf Gewährleistungsrechte ist als Erlaß gem. § 397 Abs. 1 BGB möglich, setzt aber das vorherige Entstehen solcher Ansprüche voraus. Wenn man den Ausschluß der Gewährleistungsansprüche als rechtsgeschäftlichen Verzicht ansehen will, muß das vorherige Entstehen solcher Ansprüche voraus-

⁹⁴ Moti. II, 215; Moti. II, 490; Moti. II, 229; BGH 1979, 276, 277; Peters, Schadenersatz wegen Nichterfüllung bei vorbehaltloser Abnahme einer als mangelhaft erkannten Werkleistung?, NJW 1980, 750, S. 751; Köhler, Zur Funktion und Reichweite der gesetzlichen Gewährleistungsausschlüsse, JZ 1989, S. 761; Walter, Die fahrlässige Unkenntnis des Käufers vom Rechtsmangel als Mitverschulden, JZ 1991, 78, S. 79.

gesetzt sein. Aber nach § 442 Abs.1 BGB bzw. auch nach § 640 Abs. 2 BGB stehen dem Käufer solche Ansprüche von vornherein gar nicht zu. Sollte die rechtsgeschäftliche Handlung eines Verzichts vorliegen, würde es sich letztlich um einen vertraglichen Gewährleistungsausschluß handeln. Dies ist jedoch nicht der Fall, da die Rechtsfolge der Kenntnis vom Mangel §§ 442 Abs.1, 536 b, 640 Abs. 2 BGB nicht abhängig von dem Willen der Parteien, sondern unabhängig davon eintritt.⁹⁵

Die Vorschriften über den Haftungsausschluß bei Kenntnis eines Mangels werden häufig mit dem Prinzip des *venire contra factum proprium* begründet. Der Ausschluß der Sachmängelansprüche bei Kenntnis des Käufers hängt einer Ansicht zufolge damit zusammen, daß derjenige, der eine Sache kauft, obwohl er ihre Mangelhaftigkeit kenne, den Eindruck erwecke, als lege er auf die Mangelfreiheit der Sache keinen Wert. An diesen von ihm gesetzten Vertrauenstatbestand müsse er sich halten (Verbot des *venire contra factum proprium*). Die Vorschriften über den Haftungsausschluß beruhen auf dem Gedanken einer Haftungserleichterung für den Verkäufer bzw. Vermieter und Hersteller, wenn sich der Käufer verkehrswidrig verhalte.⁹⁶ Dabei bereitet die tatbestandliche Feststellung eines widersprüchlichen Verhaltens Schwierigkeiten. Denn die Ausübung des Gewährleistungsrechts und der Vertragsabschlusses in Kenntnis des Mangels stehen bei natürlicher Betrachtung nicht in einem formalen Gegensatz zueinander. Was den Gegensatz hervorbringt, ist erst die normative Wertung, daß dem Berechtigten, der trotz Kenntnis des Mangels kontrahiert, die an sich bestehenden Gewährleistungsrechte nicht zustehen sollen. Diese Betrachtung mündet zwangsläufig in einen

⁹⁵ Köhler, JZ 1989, S. 762; Singer, 1993, § 4 2, S. 61.

⁹⁶ Soergel-Huber, Rdnr. 3 zu § 460; Staudinger-Honsell, Rdnr. 1 zu § 460; MünchKomm-Westermann, Rdnr. 1 zu § 460.

logischen Bruch, da das Prinzip des venire contra factum proprium gerade begründen soll, warum dem Berechtigten keine Gewährleistungsrechte zustehen.

Es erscheint zudem nicht ganz überzeugend, den Grundgedanken des venire contra factum proprium hier heranzuziehen, da zum einen dieses Prinzip relativ unbestimmt ist und es zum anderen gerade die Frage ist, ob im Einzelfall ein treuwidriger Widerspruch zum vorhergehenden Verhalten vorliegt. Dieses Prinzip setzt nämlich gerade voraus, daß der Handelnde beim Gegner in zurechenbarer Weise Vertrauen erweckt hat. Insofern sind zwei Konstellationen denkbar: In der ersten geht der den Mangel kennende Verkäufer davon aus, daß der Käufer den Sachmangel bei Vertragsabschluß kennt. Dabei kann der Verkäufer den Vertrag dahin auslegen, daß die Sache so, wie sie ist, verkauft sein soll und damit kein Fehler, bzw. zumindest ein konkludenter Haftungsausschluß vorliegt. Daher kann der Verkäufer berechtigterweise erwarten, von der Mangelhaftung frei zu sein. In der zweiten Konstellation liegt das Problem darin, daß zwar der Käufer, aber nicht der Verkäufer den Mangel positiv kennt. Auf das Schweigen des Käufers über den Mangel den Vertrauenstatbestand zu gründen, wäre allenfalls möglich, wenn man von einer Offenbarungspflicht des Käufers ausgehen würde. Eine solche kann wohl kaum angenommen werden. Und da der Verkäufer selbst keine Kenntnis von dem Mangel hat, kann er auch aus dem Verhalten des Käufers keine Schlüsse auf dessen Einstellung bzw. dessen künftiges Verhalten ziehen. Es fehlt somit bereits an einem objektiven Vertrauenstatbestand,⁹⁷ so daß in dieser Konstellation der Gedanke des venire contra factum proprium nicht greifen kann.

⁹⁷ Singer, 1993, S. 60; Köhler, JZ 1989, S. 762.

3. Ergebnis

Die bisherige Auslegung der gesetzlichen Gewährleistungsausschlusses könnte überwiegend an die Rechtsfiguren des Verzichts und des widersprüchlichen Verhaltens anknüpfen. Diese Ansicht ist aber unzulänglich.⁹⁸ Der Grundgedanke des gesetzlichen Gewährleistungsausschlusses ist die Vermeidung unnötiger Kosten und Risiken.⁹⁹ Kennt der Gläubiger bei Vertragsabschluß bzw. Abnahme des Werkes gem. §§ 442 Abs.1, 536 b und 640 II BGB den Mangel, so ist es ihm zumutbar, sein Interesse schon bei den Vertragsverhandlungen oder bei der Abnahme wahrzunehmen. Wenn der Gläubiger den Mangel hingegen erst vor oder bei Abnahme bzw. Annahme gem. 464, 536 b und 640 II BGB erfährt, ist es ihm zumutbar, sich seine Rechte gegenüber dem Schuldner vorzubehalten.

Die Regeln über den Gewährleistungsausschluß lassen sich als gesetzliche Typisierung rechtsgeschäftlichen Parteiverhalten deuten. Es handelt sich um eine gesetzliche Rechtsfolgenbestimmung, die von dem Bestreben geleitet ist, den Interessenkonflikt zwischen Partei zu regeln und dabei dem mutmaßlichen Parteiwillen maßgebliche Bedeutung einzuräumen. Das Haftungssystem des § 460 BGB beruht auf dem Zusammenspiel mehrerer Elemente, vor allem der mutmaßlichen Äquivalenzwertung, die den Parteiwillen prägt, und den Prinzipien der Selbstverantwortung des Verkehrs. Entsprechendes gilt für die ähnlichen Präklusionsnormen der §§ 464, 536 b und 640 II BGB.

Eine Parallele in den Auswirkungen von § 814 Fall 1 BGB und den Gewährleistungsausschlüssen wird deutlich, wenn man die jeweils

⁹⁸ Vgl. in diesen Arbeit, Zweiter Abschnitt IV, VI 2.

⁹⁹ Vgl. Singer, 1993, § 4 II 2, S. 60.

andere Partei des Rechtsverhältnisses betrachtet. Diese erhält als Folge dieser Vorschriften dauerhaft einen Vorteil, der ihr eigentlich nach der Rechtsordnung gerade nicht zustehen würde.

Wegen § 814 Fall 1 BGB darf der Empfänger das Geleistete behalten, ohne daß es einen Rechtsgrund gibt. Der Gewährleistungsausschluß bewirkt jeweils, daß Wandlung bzw. Minderung nicht möglich sind, d. h. der Verkäufer, Unternehmer oder Vermieter erhält auch hier einen wirtschaftlichen Vorteil, der ihm eigentlich nach der Rechtsordnung gerade nicht zustehen soll.

Anders ist die Rechtslage bei Rückforderungs- und Gewährleistungsausschlüssen wegen Kenntnis des Mangels. Grundsätzlich geht es in § 814 Fall 1 BGB um die Verhinderung eines Rückgewährrechts. Voraussetzung hierfür ist, daß es bei § 814 Fall 1 BGB an einem Rechtsgrund fehlt. Dies ist aber in den Fällen des Gewährleistungsausschlusses gerade anders. Dort besteht ein Rechtsgrund in Form eines Kauf-, Werk- oder Mietvertrages. Es geht beim Gewährleistungsausschluß nicht um die Kenntnis einer Rechtsgrundlosigkeit, sondern um die Kenntnis eines sich aus dem Rechtsgrund ergebenden Rechts – oder Sachmangels.

Schließlich besteht ein weiterer Unterschied darin, daß § 814 Fall 1 BGB sehr streng das gesamte Rückforderungsrecht des Leistenden ausschließt. Der Leistende hat keinen andere Ausweg seine Leistung zurückzubekommen, wenn er in Kenntnis vom Fehlen des Rechtsgrundes ohne Vorbehalt geleistet hat. D.h. er verliert wegen solcher Kenntnis i. S. des § 814 Fall 1 BGB seine gesamten Rückforderungsrechte. Dagegen ist dies im Gewährleistungsrecht nur für das Kaufrecht ebenso streng geregelt worden. Der Gewährleistungsausschluß wegen Kenntnis des Käufers von Mangel im Einzelfall entspricht nicht dem wirklichen Willen des Käufers. Daher sei die Einschränkung der Rechte des Käufers richtig, da es ihm zumutbar ist, bei Kenntnis von dem Mangel der

Sache sein Interesse selbst zu wahren. Im Werkvertragsrecht und im Mietrecht sind die Regelungen hingegen weniger streng, da dem Besteller, zumindest nach noch h. M. immerhin gegebenenfalls ein Schadenersatzanspruch und ein Ersatzanspruch gem. § 634 Nr. 4 BGB bleibt, wenn den Unternehmer ein Verschulden trifft. Auch im Mietrecht bleibt dem Mieter immerhin noch der Erfüllungsanspruch gem. § 535 Abs. 1 S. 2 BGB.

VI. Probleme des Vertrauensschutzes

1. Verwirkung

Seit langem ist anerkannt, daß der Inhaber ein ihm an sich zustehendes Recht verwirken kann, wenn er einen längeren Zeitraum von seinem Recht keinen Gebrauch gemacht hat und der Schuldner sich darauf einrichten durfte und eingerichtet hat, er werde dieses Recht nicht mehr ausüben.¹⁰⁰ Die Verwirkung infolge Zeitablauf bedeutet, daß dem Inhaber des Rechts die Ausübung seines Rechts versagt wird. Denn dadurch hat der Rechtsinhaber bei der Gegenseite den Eindruck erweckt, mit der Beanspruchung des Rechts werde in Zukunft nicht mehr zu rechnen sein.¹⁰¹ Dieses Ergebnis wird auch vom BGH¹⁰² festgestellt: Das Recht ist verwirkt, wenn sich ein Schuldner wegen der Untätigkeit seines Gläubigers über einen gewissen Zeitraum hin bei objektiver Beurteilung darauf einrichten darf und eine spätere Geltungsmachung gegen Treu und Glauben verstößt.

¹⁰⁰ MünchKomm-Roth, Rdnr. 360 zu § 242; Singer, 1993, S. 223.

¹⁰¹ BGHZ 105, 290, 298; BGH NJW 1984, 1684.

¹⁰² BGH WM 1982, 101; BGH NJW 1980, 880.

Hierbei versucht man zwei Fallgruppen zu unterscheiden. Bei der ersten Fallkonstellation kommt es darauf an, daß der Rechtsinhaber über längere Zeit den Eindruck erweckt oder aufrechterhalten hat, daß ein ihm an sich zustehendes Rechts nicht bestehe. Eine Vertrauenshaftung kraft Rechtsirrtum kommt hier in Betracht, wenn sich der gutgläubige Partner in einen entschuldbaren, vom Rechtsinhaber zu verantwortenden Rechtsirrtum befindet.

In der zweiten Fallkonstellation ist dem Schuldner durchaus bekannt oder muß zumindest bekannt sein, daß dem Gläubiger das in Anspruch genommene Recht zusteht, er zieht aber aus dem Unterlassen der Rechtsausübung über längere Zeit den Schluß, der Berechtigte werde sein Recht nicht mehr ausüben.¹⁰³

Zusätzliche Voraussetzung der Verwirkung infolge Zeitablauf ist, daß das fragliche Recht über eine längere Zeitspanne hinweg nicht verwirklicht worden ist. In der Regel bedeutet das, daß einerseits der Rechtsinhaber sein Recht nicht ausgeübt, andererseits der Verpflichtete das ihm auferlegte Sollen nicht beachtet hat. Da der Zeitablauf unabdingbare Voraussetzung der Verwirkung ist, und sie von den sonstigen Fällen des venire contra factum proprium abgrenzt, ist ein Mindestmaß an verstrichener Zeit in jedem Fall erforderlich, damit Verwirkung eintreten kann. Aber nur der Zeitablauf für sich allein genügt nicht, um die Rechtsfolge der Verwirkung auszulösen.¹⁰⁴ Es müssen vielmehr weitere Umstände hinzu kommen, die in einer Gesamtbeurteilung der Interessenlage die einschneidende Folge der Verwirkung rechtfertigen.¹⁰⁵ Der jeweils verwirkungsrelevante Zeitraum kann nicht für alle in Betracht kommenden Rechte einheitlich bestimmt werden, sondern auf-

¹⁰³ Vgl. MünchKomm-Roth, Rdnr. 326 zu § 242; BGH NJW 1984, 1684.

¹⁰⁴ Singer, 1993, § 12 III 1 a).

¹⁰⁵ BGH WM 1971, 1084.

grund der Vielzahl und der völligen Verschiedenheit der einzelnen Rechte sind die maßgeblichen Verwirkungsfristen jeweils für den konkreten Einzelfall zu bestimmen.¹⁰⁶ Eine Rolle spielen dabei z. B. die Verjährungsfrist des geltend gemachten Rechts¹⁰⁷, das rechtspolitische Interesse an einer schnellen Abwicklung¹⁰⁸ oder die wirtschaftliche Bedeutung der Angelegenheit¹⁰⁹ und die Kenntnis des Rechts beim Berechtigten oder Bereicherten, d.h. der Verwirkungszeitraum verlängert sich um den Zeitraum, währenddessen der Berechtigte in nicht zurechenbarer Weise in Unkenntnis bezüglich seines Rechts war.

Grundlage der Lehre von der Verwirkung eines Rechts ist zum einen der Schutz des Vertrauens auf eine bestimmte Rechtslage. Daher muß das erforderliche Vertrauen auch einen rechtlichen Bezug aufweisen. Dieser ist dadurch gewährleistet, daß Gegenstand der Verwirkung nur Rechte sein können. Im Vordergrund der Lehre von der Verwirkung steht zum anderen das Vertrauen darauf, daß der Berechtigte sein Recht nicht mehr ausüben wird. Dafür hat der BGH¹¹⁰ festgestellt: „Ein Recht ist verwirkt, wenn sich ein Schuldner wegen der Untätigkeit seines Gläubigers über einen gewissen Zeitraum hin bei objektiver Beurteilung darauf einrichten darf und eingerichtet hat, dieser werde sein Recht nicht mehr geltend machen“. Da dieses Vertrauen rechtlichen Schutz genießen soll, muß es unter rechtlichen Gesichtspunkten schutzwürdig sein. Wer also z. B. angibt, er habe kein Vermögen mehr und sein

¹⁰⁶ MünchKomm-Roth, Rdnr. 329, 347 zu § 242; Soergel-Teichmann, Rdnr. 338 zu § 242.

¹⁰⁷ MünchKomm-Roth, Rdnr. 330 zu § 242; BGHZ 103, 62 ff (68).

¹⁰⁸ LG Düsseldorf MDR 1971, 1013.

¹⁰⁹ Staudinger-Schmidt, Rdnr. 484 zu § 242; MünchKomm-Roth, Rdnr. 347 zu § 242.

¹¹⁰ BGH NJW 1980, 880.

Gläubiger hingegen sei sehr vermögend und könne den Verlust leicht verschmerzen, der kann vielleicht moralischen Beistand erhoffen, rechtliche Anhaltspunkte für den Schutz seines Vertrauens lassen sich jedoch nicht finden. Und das Vertrauen ist insbesondere auch dann nicht schutzwürdig, wenn der Schuldner pflichtwidrig erforderliche Informationen über das Bestehen und den Umfang des Rechts nicht erteilt und damit die Untätigkeit des Berechtigten mit veranlaßt hat.¹¹¹

Soweit in einzelnen Bereichen versucht wurde, Verwirkung allen nach Ablauf eines bestimmten Zeitraums anzunehmen, wurde neben den Tatbestandsmerkmalen „besonderer Vertrauens auslösender Umstand“ und „tatsächliches Vertrauen“ auch das Tatbestandsmerkmal „Vertrauensdisposition“ als verzichtbar angesehen.¹¹² Es trifft zwar zu, daß die Erwartungshaltung des Schuldners, das tatsächliche Vertrauen, als innere Tatsache anhand von Indizien festgestellt werden kann. Die Schlußfolgerung, daß von daher konkrete Dispositionen nicht erforderlich sind, ist aber unzutreffend. Diese sind vielmehr die einzige Möglichkeit einer auf den konkreten Fall bezogenen Feststellung des tatsächlichen Vertrauens. Darüber hinaus kann auf Vertrauensdisposition schon deshalb nicht verzichtet werden, weil durch sie überhaupt erst der Schutzzweck der Verwirkung erfüllt wird. Hat der Bereicherte vertraut, hat er aufgrund dieses Vertrauens jedoch keinerlei Disposition getroffen, aufgrund derer er bei der nunmehr verspäteten Rechtsausübung Nachteile erleiden würde, ist dieses Vertrauen nicht schutzwürdig. Es besteht dann kein Anlaß, den Berechtigten an seiner Rechtsausübung zu hindern. Der Nachteil, der ihm an-

¹¹¹ LG Düsseldorf NJW-RR 1988, 281.

¹¹² Vgl. BGH NJW 1984, 1684; ZMR 1990, 378.

sonsten entstehen würde, ließe sich eben gerade nicht durch schützenswerte Positionen des Bereicherten rechtfertigen.¹¹³

Der Bereicherte könnte im Grundsatz nur dann Vertrauensschutz genießen, wenn er hinsichtlich seines erworbenen Besitzstandes bösgläubig war. Das anfänglich schuldhafte Verhalten des Bereicherten könnte nachträglich durch säumiges Verhalten des Berechtigten gerechtfertigt werden, jedoch erfordere die Schutzwürdigkeit des Bereicherten ein ganz andere, länger andauernde Untätigkeit des Berechtigten.¹¹⁴ Das Verhalten des Bereicherten richtet sich in diesen Fällen wesensgemäß nicht auf die Rechtmäßigkeit des eigenen Verhaltens, sondern in erster Linie auf das künftige Verhalten des Berechtigten. Im Fall der Bösgläubigkeit z. B. bei bewußtem Rechtsverstoß oder bei fahrlässiger Verletzung der Nachforschungsobliegenheit bezieht sich das Vertrauen des Bereicherten darauf, daß der Berechtigte die Rechtsverletzung dulde und nicht gegen diese vorgehen werde, etwa weil er seine Interessen nicht als gravierend beeinträchtigt empfindet oder die Risiken eines Prozesses scheut und dergleichen. Entsteht nach längerer Untätigkeit des Berechtigten ein solcher Duldungsanschein¹¹⁵, dann ist der Bereicherte nicht bösgläubig im Rechtssinne, denn er darf auf konsequente Duldung vertrauen. Bei Gutgläubigkeit genügt für die Verwirkung nämlich die Zeit bis zum Aufbau eines schutzwürdigen Besitzstandes, wohingegen im Falle der Bösgläubigkeit das Zeitmoment konstitutives Element für die Vertrauensbildung ist.¹¹⁶

¹¹³ Singer, 1993, § 12 III 1 c); BGH WM 1969, 688.

¹¹⁴ Singer, 1985, S. 342.

¹¹⁵ Vgl. OLG Schleswig-Holstein BB 1976, 1418; MünchKomm-Roth, Rdnr. 388 zu § 242.

¹¹⁶ Neu, Christian, Die neuere Rechtsprechung zur Verwirkung im Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 1984, S. 123.

Es ist zu überlegen, ob die Kenntnis des Bereicherten der Schwachwürdigkeit seines Vertrauens entgegensteht. Es ließe sich argumentieren, daß derjenige, der weiß oder wissen müßte, daß er noch in Anspruch genommen werden kann, bewußt auf den Fortbestand einer Sachlage vertraue, die sich mit der Rechtslage nicht decke, und deshalb keinen rechtlichen Schutz genießen könne, sich anderweitig vor den Nachteilen einer verspäteten Rechtsausübung zu schützen.

Es ist fraglich, ob die Schwachwürdigkeit des Vertrauens dann entfällt, wenn der Bereicherte weiß, daß der Berechtigte sein Recht kennt.¹¹⁷ Erwägungen sind darüber angestellt worden, ob im Hinblick auf Nachforschungspflichten der Vertrauensschutz zu versagen ist, wenn der Bereicherte die Fehlerhaftigkeit der an ihn ergangenen Abrechnung kennt oder kennen mußte, oder wenn der Verpflichtete weiß, daß dem Berechtigten bei der Abrechnung ein Irrtum zugunsten des Bereicherten unterlaufen ist. Bei einem Vergleich dieses Irrtums mit dem zur Anfechtung einer Willenserklärung berechtigenden Irrtumsfällen gem. § 119 BGB und angesichts des Ausschlusses der Vertrauenshaftung für den Anfechtenden, wenn die Gegenseite die Anfechtbarkeit gem. § 122 Abs. 2 BGB kannte oder kennen mußte,¹¹⁸ könnte man geneigt sein, dies auf den vorliegenden Fall zu übertragen und damit keinen Vertrauensschutz zu gewähren. Die Kenntnis oder das Kennenmüssen der Beseitigungsmöglichkeit der Erklärung durch Anfechtung schließt die Schwachwürdigkeit des Vertrauens damit aus.

¹¹⁷ MünchKomm-Roth, Rdnr. 356 zu § 242.

¹¹⁸ Vgl. LG München NJW-RR 1989, 852.

2. Rückforderungsausschluß aus dem Verbot widersprüchlichen Verhaltens

Wenn das Gesetz die Kondiktion des Leistenden gem. § 814 Fall 1 BGB als Einschränkung der Regel des § 812 ff BGB versagt, dann könnte dies aus dem Verbot widersprüchlichen Verhaltens herrühren, wie es vertreten wird.¹¹⁹ Der Leistende müsse das gegen sich gelten lassen, was er einmal zum Ausdruck gebracht habe. Er habe seine Leistung freiwillig als Schuld erfüllt gegeben, obwohl er wußte, daß keine Verpflichtung zur Erfüllung bestand, und müsse sich so behandeln lassen, als sei es eine Schuld gewesen, als hätte also die Schuld in Wirklichkeit bestanden. Berufe er sich auf die Nichtschuld und mache er einen Rückforderungsanspruch geltend, so widerspreche er seinem anfänglichen Verhalten. Nach dieser Auffassung kann der Leistende die Leistung, die er unter dem Vorbehalt der späteren Rückforderung bewirkt hat, kondizieren, da er sich insoweit nicht widersprüchlich verhält.

Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens ist eine Einschränkung der Rechtsausübung, die aus dem Grundsatz von Treu und Glauben herrührt. Der Begriff „widersprüchliches Verhalten“ weist auf ein formales Verhältnis zwischen dem früheren und dem späteren Verhalten hin. Derjenige, der ein rechtliches Gebot oder Verbot verletzt, setzt sich in Widerspruch zum Recht.¹²⁰ Wenn jemand seine anfangs abgegebene Erklärung zu Lasten des anderen Teils später zu ändern versucht, wird von ihm verlangt, an seiner ursprünglichen Erklärung festzuhalten. Mit dieser Auffassung hat

¹¹⁹ BGHZ 73, 202, 205; Koppensteiner / Kramer, 1988, S. 102; Larenz, BT, Band II, 1981, S. 554.

¹²⁰ Singer, 1993, S. 23, 26.

man versucht,¹²¹ § 814 Fall 1 BGB einen neuen dogmatischen Grund zu geben.¹²²

Unter Zugrundelegung dieser Auffassung ist fraglich, ob § 814 Fall 1 BGB auch dann die Rückforderung des Leistenden ausschließen kann, wenn auf Seiten des Leistungsempfängers kein Vertrauenstatbestand geschaffen worden ist, weil er selbst auch das Nichtbestehen der Schuld kannte. § 814 Fall 1 BGB soll in diesem Fall dahingehend eingeschränkt werden, daß die Kondiktion nur ausgeschlossen sein soll, wenn der Leistende mit seiner wissentlichen Leistung auf die Nichtschuld einen Vertrauenstatbestand beim Empfänger geschaffen hat,¹²³ der Empfänger also keine Kenntnis vom Nichtbestehen der Schuld hatte.

Dieser Auffassung kann allerdings deswegen nicht gefolgt werden, weil eine teleologische Beschränkung des § 814 Fall 1 BGB entsprechend den Erfordernissen des Vertrauensschutzes bei einer konsequenten Handhabung zu einer weitgehenden Aushöhlung der Kondiktionssperre führen würde.

Der BGH¹²⁴ hat sich in einem Fall zu dieser Problematik geäußert: In dem Fall hatte die Rentenversicherungsstelle der Oberpostdirektion nach dem Tod des Rentenberechtigten die Rente versehentlich weiter bezahlt. Der Empfänger dieser Leistungen hatte die Rechnungsstelle über den Tod des Berechtigten informiert. Der BGH lehnte bei diesem Sachverhalt die Anwendung von §

¹²¹ Larenz, BT, Band II, 1981, § 69 I; Staudinger-Lorenz, Rdnr. 2 zu § 814; MünchKomm-Lieb, Rdnr. 1 zu § 814; Koch, Bereicherung und Irrtum, 1978, S. 158; Reuter / Martinek, 1983, § 6 I 1; Kohte, Die Kondiktion nach § 814 Alt. 1 BGB, BB 1988, 633, S. 635.

¹²² Reuter / Martinek, 1983, S. 185.

¹²³ Larenz, BT, Band II, 12. Aufl., 1981, § 69 I.

¹²⁴ BGHZ 73, 202, 205.

814 Fall 1 BGB ab, da der Empfänger nicht darauf hätte vertrauen dürfen, die rechtgrundlos empfangenen Zahlungen behalten zu können. Er betonte aber, daß es sich bei dieser Argumentation nicht um eine Einschränkung der Norm mit Rücksicht auf die Besonderheiten des Einzelfalls, sondern um die Berücksichtigung einer typischen Ausnahmesituation handele, die für sämtliche privatrechtlichen Leistungen der öffentlichen Hand im Bereich der gebundenen Verwaltung Gültigkeit beanspruche.

Schließlich ist es zu bemerken, daß durch § 814 Fall 1 BGB die rechtgrundlose Bereicherung nicht nachträglich legitimiert werden soll. Die in § 812 Abs. 1 BGB angeordnete Umkehrzuordnung des Geleisteten an den Leistenden soll vom § 814 Fall 1 BGB unberührt bleiben. § 814 Fall 1 BGB verhindert lediglich das Entstehen einer auf die Realisierung des gesetzlichen Rückgewährverhältnisses gerichteten Rechtspflicht. Die Verpflichtung des Empfängers auf Rückgewähr geht ins Leere, wenn die rechtgrundlose Bereicherung weiter beim Empfänger bestehen bleibt. Es kommt nur ein forderungs- und verpflichtungsfreies Rückgewährverhältnis zustande, das der Empfänger freiwillig erfüllen kann, ohne hierzu rechtlich verpflichtet zu sein.¹²⁵ Gibt der Empfänger das Geleistete im Hinblick auf § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB freiwillig zurück, da er nicht weiß, daß ihm eine Einwendung aus § 814 Fall 1 BGB zusteht, so ist nunmehr nicht etwa der andere Teil ungerechtfertigt bereichert.

VII. Interessenabwägung des Bereicherten

Fraglich ist, ob die Interessen des rechtsgrundlos Bereicherten mehr Beachtung verdienen, als die eines Entreicherten, der zwar

¹²⁵ Welker, 1974, S. 103.

von dem Nichtbestehen seiner Schuld Kenntnis hatte, aber z. B. wegen Beweisschwierigkeiten oder zur Vermeidung von Streit geleistet hat.

Im Prinzip geht der Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung auf Herausgabe des Geleisteten, das nach der Rechtsordnung einem anderem z. B. dem Leistenden zusteht. Die Interessenlage, die einen Kondiktionsanspruch begründet, ist dadurch gekennzeichnet, daß der Kondiktionsschuldner etwas erlangt hat. Bei der Interessenabwägung kommt es nicht nur auf das hohe Gläubigerinteresse an der Rückerlangung, sondern insbesondere auf das geringe Gewicht des Schuldnerinteresses am Behalten des Gegenstandes an.

Wenn der Leistende hingegen weiß, das er zur Erbringung der Leistung nicht verpflichtet ist, fällt die Interessenabwägung gem. § 814 Fall 1 BGB nach dem Gesetz zugunsten des Leistungsempfängers aus, da in diesem Fall der Empfänger ein berechtigtes Interesse am Behaltendürfen des Gegenstandes habe. Denn es sei für den Gutgläubigen, der die Leistung in der Annahme des Vorliegens eines Rechtgrundes entgegennimmt, untragbar, wenn er bis zur Verjährung einer Rückforderungsklage ausgesetzt sein sollte, obwohl der Schuldner wußte, zur Leistung nicht verpflichtet zu sein.¹²⁶

§ 814 Fall 1 BGB wird insofern als eine Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben in der Form des Verbotes eines *venire contra factum proprium* angesehen.¹²⁷ Das bedeutet, daß der Schutz des beim Empfänger der Leistung erweckten Vertrauens

¹²⁶ König, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1984, S. 44; Kaehler, Bereicherungsrecht und Vindikation, 1972, S. 197.

¹²⁷ Larenz, Schuldrecht II, 12. Aufl., 1981, § 69 I; Welker, 1974, S. 104; Koppensteiner / Kramer, 1988, S. 54; MünchKomm-Lieb, Rdnr. 2 zu § 812.

die eigentliche ratio legis ist. Man hält hier den Leistenden für nicht schutzwürdig, wenn er gewußt hat, daß die Verbindlichkeit nicht bestand. Er hat dann nämlich in Wirklichkeit den Erfolg der Tilgung nicht gewollt, sondern etwas anderes, z. B. die Erfüllung einer Anstandspflicht oder die Zahlung einer verdeckten Gegenleistung wie bei § 815 BGB.¹²⁸ Wenn ihm dieser Erfolg der Leistung nicht mehr ausreichend erscheint, hat das Gesetz keine Interesse daran, die Änderung seines Willens zu schützen.

In manchen Fällen aber kann der § 814 Fall 1 BGB wegen seiner gesetzlich festgelegten starren Form zu einem unbefriedigenden Ergebnis führen. Hat z. B. der Schuldner die Quittung verloren und zahlt zweimal, weil er daran zweifelt, sie wieder zu finden, und teilt er dies dem Gläubiger mit, ist kann es für den Leistungsempfänger keine unbillige Zumutung sein, wenn er die Leistung schließlich doch herausgeben muß.¹²⁹ Im römischen Recht wurde gesagt: „Hat jemand mit der Abrede geleistet, daß zurückgegeben werde, wenn sich herausstellt, daß es sich um eine Nichtschuld handelt...., so findet die Rückforderung statt“.¹³⁰

Der Leistungskondiktion kommt angesichts des die heutige Rechtsordnung prägenden Abstraktionsprinzips, das im Güterbewegungsrecht im Interesse der Verkehrssicherheit durch Abstraktion von der Zweckverfolgung der Parteien eine klare Zuordnung schaffen soll, eine besondere Bedeutung zu. Es ist nicht die Aufgabe des Bereicherungsrechts, eine ungerechtfertigte Bereicherung auf Seiten des Empfängers zu rechtfertigen und ihm eine Behaltensberechtigung einzuräumen.

¹²⁸ Reuter / Martinek, 1983, § 6 I 1 2; Welker, 1974, S. 102.

¹²⁹ v. Lübtow, Beiträge zur Lehre von der condiction nach römischem Recht, 1951, S. 144.

¹³⁰ D 22. 6. 2.

Man könnte daran denken, den Vertrauensschutz des Leistungsempfängers, der auf den Empfang der Leistung aus dem Vermögen seines wirklichen Schuldners vertraut, auf das ihm in Bereicherungsrecht grundsätzlich eingeräumte Maß beschränken. Der Vertrauensschutz könnte sich auf den Schutz des Empfängers nach § 818 Abs. 3 BGB beschränken.¹³¹

Denn wenn man den Ausschluß der Rückforderung der Leistung in Kenntnis der Nichtschuld mit einem Verstoß gegen Treu und Glauben begründet, dann ist immerhin auch zu beachten, daß der Empfänger der Leistung grundsätzlich keinen Behaltensgrund hat, da er das Geleistete ohne Rechtsgrund behalten darf.

Der Wertung des § 814 Fall 1 BGB zufolge soll derjenige nach dem Grundsatz von Treu und Glauben weniger geschützt werden, dem ohne Rechtsgrund ein Teil seines Vermögens verloren gegangen ist. Diese Wertung wird mit dem Argument in Frage gestellt, daß bei der Interessenabwägung zwischen dem Leistenden und dem Empfänger das Gewicht der Interessen des Leistenden (Entreicherten) stärker zu berücksichtigen sei, wenn er bei seiner Leistung in Kenntnis der Nichtschuld keinen Beweis für das Fehlen der Verpflichtung führen konnte und nur deshalb geleistet hat. Hier gibt es keinen Grund, den Interessenschutz des Leistenden gegenüber dem des Empfänger zurücktreten zu lassen.

¹³¹ Medicus, Bürgerliches Recht, 13. Aufl., 1987, Rdnr. 676; Vgl. BGHZ 87, 393.

VIII. Die Funktion und der Zweck des § 814 Fall 1 BGB in der *condictio indebiti*

Das Kondiktionsrecht sieht im Bereich der Leistungskondiktion verschiedene Ausschlußtatbestände vor. Solche Ausschlußtatbestände schränken nun die zuvor gegebene Regel aus verschiedenen rechtsethischen Erwägungen heraus wieder ein, indem sie die zu weit gehenden Geltungsanordnungen der Einzelkondiktionen partiell wieder zurücknehmen. Bei den Kondiktionssperren handelt es sich methodologisch um negative Geltungsanordnungen in Form unvollständiger Rechtssätze, die erst in Verbindung mit den ihnen zugeordneten positiven Geltungsanordnungen verständlich sind.¹³²

§ 814 Fall 1 BGB bezieht sich nicht auf den Fall des § 812 Abs. 1 S. 2 Fall 2 BGB, sondern nur auf die *condictio indebiti* gem. § 812 Abs. 1 S. 1 1 Alt. BGB.¹³³ Wenn der Käufer z. B. in der Erwartung zahlt, daß ein schwebend unwirksamer Kaufvertrag noch durch Genehmigung zustande kommt, der Vertragsschluß später aber scheitert, erfolgte die Leistung ohne rechtlichen Grund. Damit sind die in § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB genannten Voraussetzungen für die Rückforderbarkeit des Geleisteten an sich erfüllt. Trotzdem versagt das Gesetz bei Leistung auf ein in Aussicht genommenes Schuldverhältnis die *condictio indebiti*, da der Käufer wußte, daß er zur Anzahlung nicht verpflichtet war. Statt dessen greift § 812 Abs. 1 S. 2 Fall 2 BGB als der speziellere Tatbestand. § 814 BGB greift hier nicht, da er nur auf den § 812 Abs. 1 S. 1 BGB anwend-

¹³² Larenz, BT Band II, 1981, § 69 I; Reuter / Martinek, 1983, § 6 I 1.

¹³³ Welker, Gerhard, Bereicherungsausgleich wegen Zweckverfehlung, 1974, S. 102; Reuter / Martinek, 1983, § 6 I, S. 182.

bar ist. Er ist insoweit teleologisch zu reduzieren. Das liegt daran, daß der Grundgedanke des § 814 Fall 1 BGB nicht zutrifft, wenn die Leistung in der Erwartung der Heilung der Vertragsnichtigkeit erbracht wird. Die Verweigerung von Rechtsschutz ist nämlich nur gerechtfertigt, soweit das Rückforderungsbegehren des Leistenden tatsächlich gegen Treu und Glauben verstößt. Dies ist für § 812 Abs. 1 S. 2 Fall 2 BGB in § 815 BGB geregelt. Daher schließt § 814 Fall 1 BGB beim noch ungültigen Vertrag, wenn der Käufer zahlt, die Rückforderung nur bis zur endgültigen Unwirksamkeit des Vertrages aus, denn bis dahin muß der Käufer sich an seiner freiwilligen Vorleistung festhalten lassen.

Man¹³⁴ sieht heutzutage den Irrtum des Leistenden bei der *condictio indebiti* angesichts des § 814 Fall 1 BGB als ein Tatbestandsmerkmal an. Das Merkmal der Kenntnis der Nichtschuld gem. § 814 Fall 1 BGB stellt im Umkehrschluß also eine negative Geltungsanordnung für die *condictio indebiti* dar.¹³⁵

Die Kenntnis der Nichtschuld in § 814 Fall 1 BGB tritt also zu den Tatbestandsmerkmalen der *condictio indebiti* hinzu. Daher wäre es verfehlt, die Kenntnis als einen gesetzlichen Rechtsgrund oder eine Behaltensberechtigung des Leistungsempfängers zu definieren. Der Gesetzgeber hat den Grund der Kondiktionssperre gem. § 814 Fall 1 BGB nämlich nicht im Nichtbestehen eines Irrtums über die Verpflichtung oder im unentschuldbaren Irrtum des Leistenden, sondern im widersprüchlichen Verhalten einer Leistungserbringung trotz Kenntnis der Nichtschuld angesehen.

¹³⁴ MünchKomm-Lieb, Rdnr. 2 zu § 814.

¹³⁵ Larenz, 1981, § 69 I, S. 553; Kohte, BB 1988, S. 638.

Eine Rückforderung ist nur bei positiver Kenntnis von der Nichtschuld ausgeschlossen. Selbst gröbste Fahrlässigkeit verhindert hingegen nicht, daß der Leistende das Geleistete zurückfordern kann. Durch diese Nichtberücksichtigung der Entschuldbarkeit des Irrtums ist das Bereicherungsrecht in seiner praktischen Anwendung von Beweisschwierigkeiten befreit worden, die ein Streit der Parteien über die Vermeidbarkeit eines Irrtums des Leistenden in Prozeß mit sich gebracht hätte.¹³⁶ Hat der Leistende allerdings positive Kenntnis von der Nichtschuld, so ist die Rückforderung endgültig, und zwar unabhängig von der Motivation des Leistenden ausgeschlossen.

Die Kenntnis der fehlenden Leistungspflicht bewirkt keinen Kondiktionsausschluß gem. § 814 Fall 1 BGB, wenn die Leistung des Leistenden unter Zwang oder unter Vorbehalt erfolgt. Dabei kommt es auf ein Verschulden des Leistenden bei seiner Willensbildung über das Nichtbestehen der Schuld nicht an.

Aus den Materialien¹³⁷ ergibt sich, daß man die Möglichkeit einer vertraglichen Einigung über den Verzicht auf den Bereicherungsanspruch oder einen Vergleich als einen Rechtsgrund hätte sehen können. Jedoch ist eine vertragliche Deutung der Kenntnis gem. § 814 Fall 1 BGB verfehlt, da § 814 Fall 1 BGB auch die Fälle der Kulanz oder des geschäftlichen Konflikts, z.B. Geschenk und Bagatellschuld zur Vermeidung rechtlicher oder geschäftlicher Aus-

¹³⁶ Mayer-Maly, Theo, FS für Lange, 1970, S. 293; Reuter / Martinek, 1983, § 6 I, S. 184.

¹³⁷ Welker, Bereicherungsausgleich wegen Zweckverfehlung 1974, S. 103; Kaehler, Bereicherungsrecht und Vindikation 1972, S. 187; Reuter / Martinek, 1983, § 6 I 1.

einandersetzungen, umfassen kann.¹³⁸ Schließlich unterscheidet man den Kondiktionsausschluß gem. § 814 Fall 1 BGB von rechtsgeschäftlichen Erklärungen. Er stellt weder einen Verzicht noch ein Anerkenntnis und keine Verwirkung dar. Und die Widersprüchlichkeit des Verhaltens rechtfertigt die strenge Rechtsfolge nicht.

IX. Vergleichende Betrachtung mit anderen Normen

1. Rückforderungsausschluß wegen eines Gesetzes- oder eines Sittenverstößes des Leistenden gem. § 817 S. 2 BGB

a) Allgemeines zu § 817 S. 2 BGB

aa) Überblick über den § 817 S. 2 BGB

Nach § 817 S. 2 BGB ist die Rückforderung ausgeschlossen, wenn dem Leistenden ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten zur Last fällt. Dieser Ausschluß bei gesetzes- oder sittenwidriger Leistung beruht auf dem römischen und dem gemeinrechtlichen Kondiktionssystem. Dieses ist geschichtlich mit der *condictio ob turpem causam* und damit zugleich mit der *condictio ob rem* verbunden. Diese Regelung bezieht sich im gemeinen Recht auf den Fall, daß der Empfänger mit der Leistung zur Vornahme einer gesetzes- oder sittenwidrigen Handlung bzw. zur Unterlassung einer Handlung, zu deren Vornahme keine Verpflichtung bestand, bestimmt werden sollte.

¹³⁸ Kohte, BB 1988, S. 634; Larenz, 1981, § 69 I, S. 553; Singer, 1993, § 4 2, S. 67 ff; MünchKomm-Lieb, Rdnr. 3 zu § 814.

Bei beiderseitigem Verstoß sollte die *condictio ob rem* immer ausgeschlossen sein, so daß sich diese Kondiktionssperre als Ausnahme von der Ausnahme im Regelungskomplex der *condictio ob rem* versteht.¹³⁹

Nach dem Wortlaut des § 817 S. 2 BGB könnte man die Frage stellen, ob bei einem beiderseitigem Gesetzes- oder Sittenverstoß dieser auch bei nur einseitig erfüllten Verträgen Anwendung findet. Zwar sollte man demjenigen, der sich außerhalb der Rechtsordnung stellt,¹⁴⁰ keinen zusätzlichen Schutz verleihen, eine Leistung zu verlangen, wenn er durch Vorleistung ein zusätzliches Risiko auf sich genommen hat. Allerdings ist trotz dieser Kritik an einer Anwendung des § 817 S. 2 BGB festzuhalten.¹⁴¹

Der Anwendungsbereich der Kondiktionssperre wäre nämlich weitgehend ausgehöhlt, da das gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßende Rechtsgeschäft nach §§ 134, 138 BGB nichtig ist und dem Leistenden somit bereits eine Rückforderungsrecht aus § 812 Abs. 1 BGB zusteht.¹⁴² Daher wird der Rückforderungsausschluß gem. § 817 S. 2 BGB auf alle Arten der Leistungskondiktion erstreckt.

¹³⁹ Honsell, Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte, 1974, S. 86; Reuter / Martinek, 1983, § 6 V 1 a.

¹⁴⁰ Larenz / Canaris, Band II 2, 13. Aufl., 1994, § 68 III 3 c; Medicus, BT II, 9. Aufl. 1999, Rdnr. 660; Honsell, 1974, S. 2.

¹⁴¹ Reuter / Martinek, 1983, § 6 V 1 a; Brox, BT, 23. Aufl., 1998, Rdnr. 405; Koppensteiner, 1989, § 7 2 a; MünchKomm-Lieb, Rdnr. 14 zu § 817.

¹⁴² MünchKomm-Lieb, Rdnr. 10 zu § 817; Honsell, 1974, S. 32; Reuter / Martinek, 1983, § 6 V 1 a; Dauner, Der Kondiktionausschluß gemäß § 817 S. 2 BGB, JZ 1980, 459, S. 501; Koppensteiner / Kramer, 1989, § 7 IV 2 a.

bb) Das Bewußtsein des Gesetzes- und des Sittenverstoßes

Bei der Frage nach der Erheblichkeit des Bewußtseins der Sittenwidrigkeit im Bereicherungsrecht ist davon ausgehen, daß die Bestimmungen des § 817 BGB mehr die Durchsetzung objektiver Ordnungsgrundsätze als eine Reaktion auf scharf mißbilligtes Verhalten darstellen sollen.¹⁴³ Für diese Diagnosen eines Rechtsbruchs und eines Mißbrauchs der Rechtsordnung braucht man eine Kenntnis der qualifizierenden Umstände. Ein Absehen von der Kenntnis des Unwerturteils der Rechtsordnung könnte dazu dienen, Beweisschwierigkeiten abzuschneiden.¹⁴⁴ Daher bietet es sich an, die Relevanz des Bewußtseins der Sittenwidrigkeit auf den § 817 S. 2 BGB, also auf Fälle, in denen dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt, beschränken.

cc) Verhältnis zwischen der Nichtigkeit gem. §§ 134, 138 BGB und dem Kondiktionsausschluß gem. § 817 S. 2 BGB

Bei einem wegen Wuchers nichtigem gegenseitigen Vertrag braucht der Wucherer die Leistung nicht zu erbringen, weil dieser Vertrag nach den §§ 134 oder 138 Abs. 2 BGB in Verbindung mit dem Strafgesetzbuch nichtig ist. Hat er sie jedoch erbracht, kann er sie nicht gem. § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB zurückfordern, weil § 817 S. 2 BGB seiner Leistungskondition entgegen steht.¹⁴⁵ Schließlich kann er für die Leistung, die er dem Bewucherten nach § 817 S. 2 BGB belassen muß, keinerlei Entgelt fordern. Um ein Leerlaufen des Kondiktionsausschlusses zu verhindern, wird die Vorschrift des § 817 S. 2 BGB daher auf sämtliche Ansprüche aus

¹⁴³ Mayer-Maly, Das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit, 1971, S. 47; Larenz / Canaris, Band II 2, 13. Aufl., 1994, § 68 III 3 b.

¹⁴⁴ Honsell, 1974, S. 45; Mayer-Maly, 1971, S. 48.

¹⁴⁵ Medicus, Vergütungspflicht des Bewucherten?, Gedächtnisschrift für Rolf Dietz, 1973, S. 61 f; Dauer, JZ 1980, S. 495.

der Leistungskondiktion ausgedehnt.¹⁴⁶ Es können z. B. für ein gewährtes Darlehen auch keine Zinsen gefordert werden. Durch diese Analogie wurde der Anwendungsbereich des § 817 S. 2 BGB schließlich auf sämtliche gem. §§ 134, 138 BGB nichtigen Verkehrsgeschäfte ausgedehnt.¹⁴⁷

b) Zweck des § 817 S. 2 BGB als Rechtsschutzverweigerung

Der Zweck des § 817 S. 2 BGB ist schwer zu definieren, da Unklarheit über die Rechtfertigung der Kondiktionssperre gem. § 817 S. 2 BGB besteht. Die römische Parömie "Bei gleicher Sittenwidrigkeit ist die Sache des Besitzenden besser - In pari turpitudine melior est causa possidentis" verstand man zunächst als Begründung für den Kondiktionsausschluß.¹⁴⁸ Diese Idee bezieht sich darauf, daß der Besitz im Eigentumsprozeß - wie die Vermutung des Eigentums für den Besitzer einer beweglichen Sache - die bessere Position beinhaltet, also beispielsweise die Umkehr der Beweislast und die Begünstigung des Besitzers bei gleicher causa. Allerdings wurden die Zusammenhänge zwischen dem Besitzrecht und der Kondiktionssperre im Zuge der dogmatischen Entwicklung so verschüttet, daß eine solche Idee nicht mehr als Begründung für den Kondiktionsausschluß erhalten kann.

Die Motive des BGB lassen aber keine Zweifel darüber,¹⁴⁹ daß § 817 S. 2 BGB als eine zivilrechtliche Strafvorschrift zu verstehen

¹⁴⁶ GH FamRZ 1960, 129.

¹⁴⁷ Honsell, 1974, S. 4; MünchKomm-Lieb, Rdnr. 5 zu § 817; Larenz / Canaris, Band II 2, 13. Aufl., 1994, § 68 III 3 f; Dauner, JZ 1980, S. 496.

¹⁴⁸ Reuter / Martinek, 1983, § 6 V 1 b; Honsell, 1971, S. 88.

¹⁴⁹ Motive II, 849; Honsell, 1983, S. 58; MünchKomm-Lieb, Rdnr. 9 zu § 817; BGH NJW 1985, 638 = BGHZ 63, 635, 639.

ist, mit der die verwerfliche Gesinnung des Leistenden getroffen werden sollte.¹⁵⁰

Nach einer Auffassung ist zu kritisieren, daß bei einem beiderseitigen Gesetzes- oder Sittenverstoß den Leistenden der Verlust seiner Leistung ohne Ausgleich treffen soll.¹⁵¹ Danach erscheint es nicht einsichtig, warum eine Bestrafung des Leistenden sich als Prämie für den ebenso strafwürdigen Empfänger auswirken sollte.¹⁵² Eine solche Bestrafung des Leistenden wäre ungerecht, da bei gleicher Strafwürdigung nur einer bestraft würde, während der andere belohnt würde, weil der Empfänger das Geleistete nicht herausgeben muß.

Nach einer anderen Ansicht ist § 817 S. 2 BGB als eine Versagung des Rechtsschutzes für solche Beziehungen anzusehen, in denen sich beide Beteiligte selbst außerhalb der Rechtsordnung gestellt haben.¹⁵³ Diese Rechtsschutzverweigerungstheorie stellt auf die zurechenbare Risikoübernahme des Bereicherungsgläubigers, also des Leistenden ab. Wenn jemand einen Vermögensgegenstand unter Verletzung der Rechtsordnung jemanden übergeben habe, könne er keine Ansprüche gegen den Empfänger geltend machen. D.h., daß Rückforderungsansprüche gegen den Empfänger jedenfalls nicht mit Hilfe der staatlichen Gerichte

¹⁵⁰ Koppensteiner / Kramer, 1988, § 7 2 a; Dauer, JZ 1980, S. 499; Larenz, Band II, 12. Aufl., 1981, § 69 III 6, S. 560; Medicus, II BT, 9. Aufl., 1999, Rdnr. 664; Loewenheim, 1988, S. 54; MünchKomm-Lieb, Rdnr.9 zu § 817; König, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1984, S. 136.

¹⁵¹ GHZ 39, 87; BGHZ 63, 365.

¹⁵² Reuter / Martinek, 1983, § 6 V 1 b; Koppensteiner / Kramer, 1988, § 7 2 a; König, 1984, S. 138.

¹⁵³ MünchKomm-Lieb, Rdnr. 39 zu § 817; Soergel-Mühl, Rdnr. 5 zu § 817; Dauer, JZ 1980, S. 499; Esser / Weyers, 8. Aufl., Band II BT, 2000, § 49 IV 2; BGHZ 44, 1, S. 6; Honsell, 1971, S. § 14 I.

durchgesetzt werden könnten. Auch diese Meinung führt zu ungerechten Ergebnissen, da die Leistung bei dem Empfänger verbleibt.¹⁵⁴

Diese Empfängerbegünstigung ist jedoch die notwendige Kehrseite der Rechtsschutzverweigerung gegenüber dem Leistenden. Die Rechtsschutzverweigerungstheorie bemüht sich aber darum, ein offenbar dem Gerechtigkeits- und Billigkeitsempfinden widersprechendes Ergebnis bei der Anwendung der Konditionssperre zu vermeiden. Dies wird durch eine Einschränkung des Anwendungsbereiches des § 817 S. 2 BGB auf Ansprüche aus § 812 Abs. 1 BGB erreicht.¹⁵⁵ Denn die Rechtsprechung¹⁵⁶ verlangt für die Anwendung des § 817 S. 2 BGB die Kenntnis oder das Kennenmüssen der Verbotswidrigkeit des Leistenden. Dadurch wird dem Leistenden nämlich trotz gesetzes- oder sittenwidrigen Handelns die Durchsetzung seines Anspruchs auf Herausgabe ermöglicht, sofern er sich nur der Verwerflichkeit seines Handelns bei Abschluß des Rechtsgeschäfts noch nicht bewußt war.

Schließlich muß man eine Rechtsschutzverweigerung für rechtspolitisch fragwürdig halten. Denn wenn die Verbotsnorm den Leistenden schützen will, darf die Rückforderung des Leistenden auch bei beiderseitigem Verstoß gegen Gesetz oder gute Sitten nicht ausgeschlossen sein. Daher sollte man erwägen, die Vorschrift des § 817 S. 2 BGB abzuschaffen.

¹⁵⁴ Larenz, BT Band II, 12. Aufl., 1981, § 69 III b; Reuter / Martinek, 1983, § 6 V 1 b.

¹⁵⁵ Dauner, JZ 1980, S. 499.

¹⁵⁶ GHZ 50, 90, S. 92; Staudinger-Lorenz, Rdnr. 22 zu § 817; Esser / Weyers, 8. Aufl., Band II BT, 2000, § 49 IV 3.

c) **Anwendungsprobleme des § 817 S. 2 BGB**

Die Anwendbarkeit des § 817 S. 2 BGB auf nicht bereicherungsrechtliche Ansprüche, z.B. auf dingliche Rückgabeansprüche, auf Ansprüche aus unerlaubter Handlung, aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis und auf die GoA ist sehr umstritten. Sie wird von der Rechtsprechung¹⁵⁷ mit der Begründung verneint, daß § 817 S. 2 BGB eine nicht analogiefähige Ausnahmegesetzvorschrift sei und wegen ihres Strafcharakters¹⁵⁸ einen Fremdkörper im Zivilrecht darstelle.

Nach dem Grundgedanken der Rechtsschutzverweigerungstheorie beschränkt sich die Anwendbarkeit aber keineswegs auf kondiktionsrechtlich relevante Gesetzes- und Sittenverstöße. Eine starke Meinung in der Literatur¹⁵⁹ hält daher die Anwendung des § 817 S. 2 BGB auf dingliche Herausgabeansprüche für möglich.

Eine Ausdehnung der Rechtsschutzverweigerung auch auf andere als dingliche Ansprüche z. B. auf Ansprüche aus unerlaubter Handlung und aus GoA wird jedoch weitgehend abgelehnt. Das Problem einer solcher Ausdehnung kann nämlich nicht generell und einheitlich, sondern nur aufgrund der jeweiligen Interessenlage beantwortet werden. Eine Ausdehnung des Rückforderungsausschlusses auf dingliche Rückgabeansprüche (§ 985 BGB) ist aber jedenfalls dann erforderlich, wenn die Nichtigkeit des Geschäfts aufgrund des Gesetzes- oder Sittenverstoßes nicht nur auf

¹⁵⁷ GHZ 40, 1.

¹⁵⁸ Medicus, 9. Aufl., II BT, 1999, § 664.

¹⁵⁹ Honsell, 1971, § 12 I; Esser / Weyers, BT Band II, 8. Aufl., 2000, § 49 IV 2; Koppensteiner / Kramer, 1988, § 7 b, S. 63; Medicus, BT II, 9. Aufl., 1999, Rdnr. 668; Reuter / Martinek, 1983, § 6 V I f; Larenz, II, 12. Aufl., 1981, § 69 III B, S. 562; MünchKomm-Lieb, Rdnr. 24 zu § 817; Staudinger-Lorenz, Rdnr. 13 zu § 817.

das schuldrechtliche Kausalgeschäft, sondern auch auf das dingliche Erfüllungsgeschäft erstreckt. Dies erscheint wegen der Abhängigkeit der Wirksamkeit des Erfüllungsgeschäftes von der Intensität des Gesetzes- und Sittenverstoßes einleuchtend. Denn ansonsten wäre die Vindikation bei einem besonders schweren Verstoß zulässig, während in leichteren Fällen, also bei Wirksamkeit des Verfügungsgeschäftes, Bereicherungsrecht einschlägig wäre, und nur dann das Kondiktionsverbot des § 817 S. 2 BGB eingreifen würde. Da dies nicht sachgerecht ist, muß der Gedanke des § 817 S. 2 BGB auch greifen, wenn in Fällen schwerer Gesetzes- oder Sittenverstöße ein Anspruch aus § 985 geltend gemacht wird.¹⁶⁰

Beim Kauf kommt eine Kaufpreisvindikation nur in Betracht, wenn, wenn der Käufer den Kaufpreis bar gezahlt hat und wenn das Geld beim Empfänger (Verkäufer) noch unvermischt vorhanden ist. Dies wird selten der Fall sein, so daß hier bereicherungsrechtliche Ansprüche geltend gemacht werden müssen. Dem Empfänger des Geldes hingegen steht hinsichtlich der Kaufsache bei Unwirksamkeit des Verfügungsgeschäftes aufgrund eines schweren Gesetzes- oder Sittenverstoßes die Vindikation zu. Dieses Problem liegt nicht in der mangelnden Stimmigkeit des Gesetzes begründet, sondern ist vielmehr Ausfluß des Abstraktionsprinzips. Auch dieser Fall zeigt, daß § 817 S. 2 BGB auf den dinglichen Herausgabeanspruch angewendet werden muß, damit es nicht zu ungerechten Ergebnissen kommt.

Wegen des Ausnahme- und des Strafcharakters dieser Norm erscheint allerdings im übrigen eine zu weite Ausdehnung des

¹⁶⁰ Honsell, 1974, § 12 III; MünchKomm-Lieb, Rdnr. 25 zu § 817; Dauner, JZ 1980, S. 498; Medicus, BT II, 9. Aufl., 1999, Rdnr. 668; Larenz / Canaris, BT II Halbb. 2, 13. Aufl., 1994, § 68 III 3 e.

Rückforderungsverbots nicht sachgerecht.¹⁶¹ Daher sollte er auf die anderen Rechtsverhältnisse nicht angewendet werden.

d) Einschränkungsvoruch des § 817 S. 2 BGB

aa) Die Problemstellung

Wie oben schon angesprochen, wird es als ungerecht empfunden, daß der gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstoßende Vorleistende nach § 817 S. 2 BGB seinen Leistungsgegenstand endgültig und ohne Ersatzmöglichkeit verlieren soll, während der Empfänger, dem der gleiche Verstoß zur Last fällt, den Gegenstand behalten darf. Daher wird § 817 S. 2 BGB auch häufig als eine wenig befriedigende und gesetzgeberisch verfehlte Vorschrift bezeichnet und man hat versucht, den Anwendungsbereich des § 817 S. 2 BGB zu reduzieren.¹⁶²

Der BGH¹⁶³ hat in einem Fall, in dem beide Parteien (der Schwarzarbeiter und sein Auftraggeber) bewußt gegen das Gesetz verstoßen haben, zu diesem Problem Stellung genommen. Die Einschränkung kann sich danach aus den Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes oder aus Treu und Glauben gem. § 242 BGB ergeben.

bb) Einschränkung der Anwendung des § 817 S. 2 BGB aus dem Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes

Weiterhin muß dem Leistenden trotz des § 817 S. 2 BGB ein Bereicherungsanspruch zustehen, wenn der Sinn und Zweck des

¹⁶¹ BGH WM 1990, 1324; Medicus, Vergütungspflicht des Bewucherten?, Festschrift für Rolf Dietz, 1973, S. 69; Honsell, 1974, § 12 III.

¹⁶² Fabricius, Einschränkung der Anwendung des § 817 S. 2 BGB durch den Zweck des Verbotsgesetzes?, JZ 1963, S. 85.

¹⁶³ BGH WM 1990, 1669 = BGH ZIP 1990, 1086.

Verbotsgesetzes ausnahmsweise die Gewährung eines Rückforderungsanspruchs und damit die Unanwendbarkeit des § 817 S. 2 BGB zwingend erfordert. Grundsätzlich soll der Rückforderungsanspruch des Leistenden, der gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ausgeschlossen sein,¹⁶⁴ weil der Leistende sich durch die Vornahme des Vertrages¹⁶⁵ außerhalb der Rechtsordnung gestellt hat und nach der Ansicht der Rechtsschutzverweigerung nicht schutzwürdig ist. Wenn er durch ein solches Geschäft ein Risiko eingeht, muß er dieses Risiko selbst tragen.

Jedoch ist immer am konkreten Fall zu prüfen, ob die dem § 817 S. 2 BGB zugrunde liegende Rechtsschutzverweigerung nach dem Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes gerechtfertigt ist oder nicht. Wenn der Sinn und Zweck der Verbotsnorm die Rückforderung der Leistung zwingend gebietet, muß von dem Rückforderungsausschluß eine Ausnahme gemacht werden. Insbesondere wenn das Gesetz den sozial schwächeren Vertragspartner beim Fehlen einer Sonderregelung schützen will, muß entgegen § 817 S. 2 BGB dem Leistenden ein Rückforderungsrecht zugestanden werden.

Wenn das Verbotsgesetz hingegen dem Schutz der Allgemeinheit dient, steht dem Leistenden i. S. des § 817 S. 2 BGB ein Rückforderungsanspruch zu.¹⁶⁶ Man muß also überprüfen, wer in dem konkreten Fall durch das Gesetz geschützt werden soll.

Auf den Schwarzarbeiterfall bezogen ergibt sich daraus folgende Konsequenz: Die soziale Schutzbedürftigkeit des wirtschaftlich

¹⁶⁴ Tiedkte, DB 1990, S. 2307; Kohler, Schwarzarbeitsvertrag: Wirksamkeit, Vergütung, Schadenersatz, JZ 1990, 466, S. 468.

¹⁶⁵ Vgl. Honsell, 1974, § 12 II; BGH ZIP 1990, 1086.

¹⁶⁶ Koppensteiner / Kramer, 1988, § 7 IV 2 b; Larenz, 12. Aufl., Band II BT, 1981, § 69 III b, S. 562; Tiedkte, DB 1990, S. 2307; Fabricius, JZ 1963, S. 90.

und sozial schwächeren Arbeitnehmers sollte dazu führen, daß man von den Bestimmungen des Bereicherungsrechts, hier § 817 S. 2 BGB, abweicht.¹⁶⁷ Das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit soll vor allem nicht die Vertragspartner schützen. Dem Schwarzarbeiter muß daher trotz der Vorschrift des § 817 S. 2 BGB ein Bereicherungsanspruch gewährt werden.

*cc) Einschränkung der Anwendung des § 817 S. 2 BGB aus
Treu und Glauben gem. § 242 BGB*

Der Bereicherungsanspruch gehört systematisch zu der Rechtsbilligkeit und unterliegt daher in besonderem Maße den Grundsätzen von Treu und Glauben. Auch unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben wird man dem Schwarzarbeiter trotz des Gesetzesverstoßes einen Rückforderungsanspruch zugestehen müssen. Nach Auffassung des BGH¹⁶⁸ „wäre es mit § 242 BGB nicht zu vereinbaren, wenn der Beklagte den Wert des rechtswidrig Erlangten nicht erstatten müßte, sondern unentgeltlich behalten könnte“ und „es sollte der wirtschaftlich meist stärkere Auftraggeber zudem keinesfalls günstiger behandelt werden als der wirtschaftlich schwächere Schwarzarbeiter“. Hier führt also der Grundsatz von Treu und Glauben zur Nichtanwendbarkeit des § 817 S. 2 BGB, da es nicht der Billigkeit entspräche, dem durch die Vorleistung begünstigten Besteller den nicht gerechtfertigten Vorteil unentgeltlich zu belassen

¹⁶⁷ Tiedtke, DB 1990, 2307; Fabricius, JZ 1986, S. 90; Köhler, JZ 1990, S. 468; BGH WM 1990, 1669; Reuter / Martinek, 1983, § 6 V 1 c.

¹⁶⁸ BGH WM 1990, 1669 = ZIP 1990, 1086; Larenz, BT II, 12. Aufl., 1981, § 69 III b, S. 560.

e) Ergebnis

Es ist ein allgemeiner Zug des BGB, daß es sich sowohl auf dem Gebiet des rechtsgeschäftlichen Verkehrs als auch auf dem Gebiet des gesetzlichen Haftungsrechts darauf beschränkt, die Interessenkonflikte der unmittelbar Beteiligten zu regeln, ein Prinzip, von dem nur in Ausnahmefällen z. B. §§ 844, 845 BGB abgewichen wird. § 817 BGB bewertet nur die Interessen der an einer Vermögensverschiebung unmittelbar Beteiligten, des Empfängers einer Leistung und des Leistenden. Aber auch die Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 817 S. 2 BGB durch eine Berücksichtigung schutzwürdiger objektiver Interessen des Leistenden selbst wird durch Entwicklungstendenzen des Bürgerlichen Rechts geschützt. Der Ausschluß des § 817 S. 2 BGB erscheint also gerechtfertigt, wenn der Schutzzweck des Verbotsgesetzes im Interesse des Leistenden selbst erfordert, daß das Geleistete dem Leistenden zurückgewährt wird. Erst eine Erörterung der Institutionskonkurrenzen kann plausible und systematisch in der Rechtsordnung statt in schlichten einzelfallgezogenen Billigkeitserwägungen verankerte Antworten auf die Frage nach einer Berücksichtigung des § 817 S. 2 BGB außerhalb des Bereicherungsrechts geben und schließlich zugleich für die anderen Konditionssperren der §§ 814 und 815 BGB die Grundlagen und Grenzen einer Extension festlegen.

2. Einschränkungsversuch des § 818 Abs. 3 BGB

a) Entwicklung und Begriff

Die Herausgabepflicht des Empfängers wird zunächst maßgeblich von den Grundnormen der §§ 812, 816, 817 BGB bestimmt. Herauszugeben ist erster Linie das erlangte Etwas. Der bereicherungsrechtliche Primäranspruch ist nicht am Vermögen orientiert, sondern auf Herausgabe des Gegenstandes gerichtet, den der

Empfänger (Bereicherungsschuldner) durch Leistung erlangt hat. § 818 Abs. 3 BGB beschränkt die Herausgabeverpflichtung des Empfängers auf die vorhandene Bereicherung, da der Empfänger sich sowohl auf den Wegfall des Erlangten berufen als auch bereicherungsmindernde Vermögensdispositionen geltend machen und infolgedessen die Herausgabe des Erlangten verweigern kann bzw. von entsprechenden Ausgleichszahlungen abhängig machen kann.¹⁶⁹ Die Hauptschwäche dieser Regelung ergibt sich daraus, daß sie den tragenden Grund der Privilegierungen gem. § 818 Abs. 3 BGB, nämlich die Gutgläubigkeit des Empfängers, bei der Bestimmung der Rechtsfolgen völlig außer acht läßt. Daraus ergeben sich für den Leistenden unter Umständen Nachteile.

Man¹⁷⁰ bemängelte gegenüber dem I. Entwurf, daß die Regelung des § 818 Abs. 3 BGB auf bereicherungsrechtliche Vertragsabwicklung nicht passe. Der zweiten Kommission¹⁷¹ kamen Bedenken, ob der gutgläubige Veräußerer oder Verarbeiter fremden Guts den gleichen Schutz verdiene wie der gutgläubige Empfänger einer irrtümlich erbrachten Leistung. Kurz nach Inkrafttreten des BGB stellte man dar,¹⁷² daß § 818 Abs. 3 BGB mit Recht den Empfänger von dem Vertrauensschaden entlaste, den er infolge eines Irrtums seines Partners erlitten hatte. Außerhalb der irrtümlichen Leistung einer Nichtschuld, insbesondere in den Fällen der Bereicherung aus fremdem Gut, passe die Vorschrift nicht.

¹⁶⁹ MünchKomm-Lieb, Rdnr. 1 zu § 818; Koppensteiner/ Kramer, 2. Aufl. 1988, S. 129.

¹⁷⁰ Flume, Die Entreichungsgefahr und die Gefahrtragung bei Rücktritt und Wandlung, NJW 1970, 1161, S. 1162; Koppensteiner/ Kramer, 2. Aufl., 1988, S. 129.

¹⁷¹ Protokolle (2. Kommission), bei Mugdam II, S. 1184.

¹⁷² V. Tuhr, Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, Festgabe für Ernst Immanuel Bekker, 1907, 291, S. 316; König, 1984, S. 59.

Bei der Fassung des § 818 Abs. 3 BGB "nicht mehr bereichert" denkt man an gegenständliche Leistungen. Sind irrtümlich geleistete Sachen, sogar in Kenntnis der Nichtschuld, verbraucht, verarbeitet und verlorengegangen, so soll der gutgläubige Empfänger nur den ihm noch verbliebenen Vermögenswert abliefern. „Nicht mehr bereichert“ kann der Empfänger aber auch deshalb sein, da das Geleistete ihn zu Aufwendungen veranlaßt hat, die er sonst nicht gemacht hätte. Ausgaben und Vermögensverringerungen konnten nach Auffassung der Ersten Kommission¹⁷³ die Bereicherung entfallen lassen, selbst wenn auch der Empfänger keinen Ersatzanspruch gegen den Leistenden gehabt hätte.

Die damit verbundene Privilegierung des Empfängers beruhte darauf, daß dem Leistenden (Bereicherungsgläubiger) die Rückforderung ohnehin nur aus Gründen der Billigkeit gestattet wurde und daher zum Schutze des Empfängers eine weitgehende Beschränkung des Rückforderungsrechts erforderlich war. Dementsprechend wurde nicht die von § 812 BGB angeordnete Pflicht zur Herausgabe des Erlangten, sondern die Pflicht zur Herausgabe der Bereicherung als das Anliegen des Bereicherungsrechts angesehen.¹⁷⁴

Demgegenüber hat sich im neueren Schrifttum¹⁷⁵ eine geradezu radikale Wende vollzogen. Im Vordergrund der Betrachtung steht nicht mehr die Bereicherung, sondern das Erlangte. Die Herausgabe dieses Erlangten ist das primäre Ziel des Bereicherungsrechts. Die Verpflichtung zur Herausgabe des Erlangten ist der

¹⁷³ Motive II, S. 838, Protokolle (1. Kommission), 1515 ff.

¹⁷⁴ Larenz, 12. Aufl., 1981, S. 576; Soergel-Mühl, Rdnr. 57 zu § 818; MünchKomm-Lieb, Rdnr 48 zu § 818.

¹⁷⁵ Gursky, Ersparnisgedanke und Reserveursache im Bereicherungsrecht, JR 1972, S. 279ff; Koppensteiner/ Kramer, 2. Aufl., 1988, S. 125; Erman-Westermann, Rdnr. 2 zu § 818; MünchKomm-Lieb, Rdnr 49 zu § 818.

normale Anspruchsinhalt, während die Möglichkeit, sich auf Wegfall der Bereicherung berufen zu dürfen, als Ausnahmefall zugunsten des Empfängers, zum Schutz seiner einer Abwägung zugänglichen Interessen erscheint.

b) Notwendigkeit der Einschränkung des § 818 Abs. 3 BGB

Im Prinzip ist der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung darauf gerichtet, daß ein ohne Rechtsgrund erfolgter Rechtserwerb oder Vermögenserwerb rückgängig gemacht wird. Dieser Anspruch stellt nicht auf die Bereicherung, sondern auf die Herausgabe des Erlangten ab. Die nach § 818 Abs. 3 BGB mögliche Beschränkung auf den Betrag der noch vorhandenen Bereicherung ist demgegenüber eine ausnahmsweise Begünstigung des gutgläubigen Empfängers. Hierauf ist an mehreren Stellen ausdrücklich Bezug genommen.¹⁷⁶

Hierzu gelangt man selbst ohne die Hinweise des Gesetzgebers aufgrund des Verhältnisses zwischen § 818 Abs. 3 BGB und §§ 818 Abs. 4, 819 BGB (verschärfte Haftung). Es ist mißverständlich, wenn es in der Rechtsprechung¹⁷⁷ immer wieder heißt, der Bereicherungsanspruch sei von vornherein in sich auf den Betrag beschränkt, der aus einem Vergleich des Vermögens vor und nach dem Eintritt der rechtsgrundlosen Vermögensmehrung ergibt. Vielmehr spricht der Gesetzesverfasser davon, daß § 818 Abs. 3 BGB nur für die Gutgläubigkeit des Empfängers eine ab-

¹⁷⁶ V. Caemmerer, FS für Rabel, 1954, S. 368; Larenz, Band II, 12. Aufl., 1981, S. 368; Fikentscher, SchuldR., 8. Aufl., 1991, S. 602; Soergel-Mühl, Rdnr. 57, 58 zu § 818.

¹⁷⁷ RGZ 137, 336, 163, 360; BGHZ 9, 335.

weichende Regelung von dem Grundsatz ist, daß alles herauszugeben sei.¹⁷⁸

§ 818 Abs. 3 BGB spricht nicht davon, welche Voraussetzung en für die Beschränkung des Bereicherungsanspruchs auf den gleitenden Betrag der noch vorhandenen Bereicherung gegeben sein müssen. Anhaltspunkte hierfür bieten vielmehr die Voraussetzungen aus § §§ 818 Abs. 4, 819, 820 BGB. Trotz unterschiedlicher Voraussetzungen besteht bei diesen Vorschriften die Gemeinsamkeit, daß der Empfänger nicht mehr auf die Endgültigkeit seines Erwerbs vertrauen durfte.¹⁷⁹ § 819 Abs. 1 BGB fordert, daß der Empfänger das Fehlen des Rechtsgrundes der empfangenen Leistung in der Laiensphäre positiv kennt.¹⁸⁰ Der Ziel des § 818 Abs. 3 BGB ist eine Sicherung einer bestimmten Vermögensposition des gutgläubigen Empfängers unter Anerkennung der bereits erfolgten Verfügungen hinsichtlich der empfangenen Leistung, selbst wenn diese zu einem Verlust geführt haben. Dahinter steht der Gedanke, daß ein Gutgläubiger von der Rechtsordnung in besonderer Weise geschützt werden muß. Diese Schutzbedürftigkeit besteht bei Bösgläubigkeit eben gerade nicht. In den Fälle, in denen Begünstigung des Empfängers nach § 818 Abs. 3 BGB ausgeschlossen ist, kann der Empfänger nämlich nicht auf die Endgültigkeit des Erwerbs vertrauen. Das rechtfertigt den Schluß, daß für die Begünstigung aus § 818 Abs. 3 BGB eben dieses Vertrauen auf die Endgültigkeit des Erwerbs gefordert wird.

Es ist also festzustellen, daß die Beschränkung der Herausgabeverpflichtung des Empfängers auf die jetzt vorhandene Bereiche-

¹⁷⁸ Mugdan Bd. 2, Motive, S. 463.

¹⁷⁹ V. Caemerer, FS für Rabel, 1954, S. 386; BGHZ 55, 128.

¹⁸⁰ Esser-Weyers, Band II, 8. Aufl., 2000, § 51 III 1 a; Soergel-Mühl, Rdnr. 5 zu § 819.

rung nur dann eintritt, wenn und solange er den Mangel des Rechtsgrundes nicht kennt, und selbst dann nur bis zum Eintritt der Rechtshängigkeit. Dadurch ist es richtig, in der Beschränkung geradezu das wesentliche Merkmal des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung zu sehen.¹⁸¹

§ 818 Abs. 3 BGB wird nicht nur bei Bösgläubigkeit eingeschränkt, sondern auch über die Verweisung auf die allgemeinen Vorschriften in §§ 818 Abs. 4 und 819 BGB. Aufgrund dieser Verweisung wird die starre Vorschrift des § 818 Abs. 3 BGB etwas flexibler. Dabei kann man von der Überlegung ausgehen, daß es sich bei dem Untergang oder der Verschlechterung des Erlangten um Umstände handelt, die nicht grundsätzlich zu Lasten einer Partei gehen dürfen.

c) Die Differenzierung der verschärften Haftung nach Kondiktionsarten

Der Zusammenhang zwischen des § 818 Abs. 3 BGB und den allgemeinen Vorschriften im Sinne des § 818 Abs. 4 BGB zwingt dazu, die bei der Bestimmung des Erlangten begonnene und beim Entreicherungsseinwand fortgesetzte Unterscheidung zwischen gegenstandsorientierter Leistungskondiktion und vermögensorientierter Nichtsleistungskondiktion zu Ende zu führen.

Da die Leistungskondiktion der Rückforderung fehlgeschlagener Schuldverhältnisse dient, wird ihr eine vermögensorientierte Normalhaftung mit ergänzender Haftung des bösgläubigen Schuldners für schuldhafte Verschlechterung bestimmter Schuldgegenstände nicht gerecht. Würde man § 818 Abs. 3 BGB auch auf den bösgläubigen Schuldner der Leistungskondiktion anwenden, so wäre namentlich die angesichts der Interessenlage gebotene

¹⁸¹ Larenz, Band II, 12. Aufl., 1981, S. 576.

Gleichbehandlung von vertraglichem Gläubiger (Rücktrittschuldner) und bösgläubigem Schuldner aus Leistungskondiktion durch die §§ 346 ff BGB einerseits und die §§ 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB andererseits nicht zu erreichen.¹⁸² Es verstößt gegen das Gebot der Gleichbewertung, wenn man den bösgläubigen Schuldner der Leistungskondiktion besser stellt als den Gläubiger.¹⁸³ Da der Gläubiger bis zur Grenze des § 275 BGB bei nicht zu vertretender Unmöglichkeit die Wiederbeschaffung des Empfangenen schuldet, kann der Schuldner der Leistungskondiktion ceteris paribus (übriges Vermögen) nicht bloß auf Herausgabe seines aktuellen unrechtmäßigen Haben haften.

Da es für die Nichtleistungskondiktion bei der vom historischen Gesetzgeber anvisierten Aufgabe der Abschöpfung unrechtmäßigen Habens aus fremdem Vermögen bleibt, spricht alles für das enge Verständnis der allgemeinen Vorschriften, d. h. die Rechtshängigkeitsnormen des §§ 291, 292 BGB. Die Rechtsordnung vermag ohne Willkür aus der Bösgläubigkeit des Schuldners nicht mehr als die Konsequenz zu ziehen, daß er in Zukunft das, was er aus fremdem Vermögen hat, wie fremdes Vermögen behandeln muß.

Die Anknüpfung an eine normative Korrektur des Bereicherungsbegriffs durch das güterschutzrechtliche Rechtsfortwirkungsprinzip weist indessen auf eine Einschränkung des § 818 Abs. 3 BGB als die Erweiterung des § 818 Abs. 4 BGB als folgerichtige dogmatische Umsetzung hin.¹⁸⁴ Die Rechtsfortwirkung bedingt, daß die Wertersatzpflicht nach § 818 Abs. 2 BGB bereicherungsunabhän-

¹⁸² V. Caemmerer, FS für Rabel, 1954, 333, S. 342; Medicus, 18 Aufl., 1999, Rdnr. 661.

¹⁸³ Wilhelm, Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung, 1973, S. 184.

¹⁸⁴ Reuter / Martinek, 1983, § 18 I c.

gig entsteht und fortbesteht. Die Haftung des gutgläubigen Schuldners ohne die Möglichkeit, den an einen Dritten gezahlten Erwerbspreis als Bereicherungsminderung zur Geltung zu bringen, läßt sich ausschließlich im Wege der Einschränkung des § 818 Abs. 3 BGB begründen.¹⁸⁵

d) Schwächen der Saldotheorie

§ 818 Abs. 3 BGB fordert eine Gegenüberstellung des Erlangten bzw. seines Wertes mit dem als Entreichung in Betracht kommenden Abzugsposten. Die Bereicherung besteht in dem Überschuß der Aktiva über die Passivposten.¹⁸⁶ Dieser Überschuß wird häufig als Saldo bezeichnet. Die Saldotheorie prägt die Rechtsprechung¹⁸⁷ heute noch. Im Schrifttum¹⁸⁸ gibt es dazu kritische Stellungnahmen. Die Prämisse der Saldotheorie, daß „die mittels der Kondiktion abzuschöpfende Bereicherung nicht anders sei als die sich bei Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalls ergebende Vermögensdifferenz“¹⁸⁹, ist angesichts der gegenständlichen Orientierung des Bereicherungsrechts in den §§ 812, 818 Abs. 2 BGB nicht haltbar. Praktisch zeigt sich dieser Mangel beim Austausch vollkommen gleichwertiger Leistungen. Hier müßte die Einordnung des Kondiktionsgegenstandes als abstrakter Vermögensdifferenz folgerichtig durchgeführt zur Versagung der Kondiktion führen, eine Schlußfolgerung, die jedoch

¹⁸⁵ Lieb, Nutzungsmöglichkeit als Gegenstand in Bereicherungsansprüchen, NJW 1971, 1289, S. 1293.

¹⁸⁶ Reuter / Martinek, 1983, § 17 III 3 aa), bb).

¹⁸⁷ BGHZ 72, 252, 256 = BGHZ 78, 216.

¹⁸⁸ Esser / Weyers, Schuldrecht II, BT, 7 Aufl., 1991, 51 II 3 b, c.; Münch-Komm-Lieb, Rdnr 88 zu § 818; Staudinger-Lorenz, Rdnr. 44 zu § 818, Fikentscher, 1991, Rndr. 1172 bis 1178.

¹⁸⁹ Koppensteiner / Kramer, 1988, § 14 III 1 b).

niemand zu ziehen bereit ist. Stärker fällt ins Gewicht, daß die allgemein anerkannte Nichtanwendung der Saldotheorie zuungunsten des arglistig Getäuschten von den gedanklichen Grundlagen dieser Theorie her nicht zu erklären ist.

In welchem Umfang die Saldotheorie angewendet werden kann, wird von ihren Vertretern nicht einheitlich beurteilt. Im Gegensatz zu der sog. „strengen Saldotheorie“ weicht die herrschende eingeschränkte Saldotheorie von der Vorstellung eines in sich auf den wirtschaftlichen Überschuß aus Leistung und Gegenleistung beschränkten Bereicherungsanspruches ab, wenn die zurückzugewährenden Leistungen noch vorhanden, aber ungleichartig sind. Hier läßt sie eine gegenseitige Rückgabe der Leistungen zu, um nicht mit § 812 BGB in Konflikt zu geraten. Dem wirtschaftlichen Zusammenhang wird dadurch Rechnung getragen, daß der Bereicherungskläger die Ungleichheit der Leistungen schon in seinem Klageantrag berücksichtigen und deren Rückgewähr Zug um Zug anbieten muß.¹⁹⁰ Keine Anwendung findet die Saldotheorie, wenn nur einseitig erfüllt ist, hier fehlt es an dem wirtschaftlichen Zusammenhang, in dem der Grund für eine Saldierung erblickt wird. Dieser soll sich erst aus dem tatsächlichen Vollzug des nichtigen Vertragsverhältnisses, dem Leistungsaustausch, ergeben.¹⁹¹

e) Versuch der Einschränkung des § 818 Abs. 3 BGB

Das Verschulden des Empfängers an der Verschlechterung, dem Untergang oder einer Unmöglichkeit der Rückgewähr des Erlangten führt dann zur Einschränkung des § 818 Abs. 3 BGB und zur Risikoentlastung des Leistenden, wenn die allgemeinen Voraus-

¹⁹⁰ Esser / Weyers, BT, 1991, 7. Aufl., 51 II 3 b.

¹⁹¹ Staudinger-Lorenz, Rdnr. 45 zu § 818, Soergel-Mühl, Rdnr. 42 zu § 818; Erman-Westermann, Rdnr. 27 zu § 818.

setzungen gem. §§ 818 Abs. 4, 819 BGB oder positiver Forderungsverletzung gegeben sind. § 818 Abs. 3 BGB hat gerade den Zweck, einen Schadenersatzanspruch des Leistenden auszuschließen.¹⁹²

Gegen eine undifferenzierte Berücksichtigung von Gesichtspunkten wie Verursachung oder Verschulden beim Leistenden spricht grundsätzlich, daß durch das Bereicherungsrecht lediglich ein rechtsgrundloses Haben ausgeglichen werden soll. Im Prinzip ist das Bereicherungsrecht nämlich am Vermögen des Empfängers orientiert, auf die Frage eines Schadens kommt es nicht an. Das Schadenersatzrecht hingegen ist am Vermögen des Trägers des beeinträchtigten Rechtsgut orientiert.

Eine Einschränkung des § 818 Abs. 3 BGB könnte sich aus dem Verbot widersprüchlichen Verhaltens ergeben.¹⁹³ Aus dem Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben gem. § 242 BGB läßt sich herleiten, daß es unzulässig sein kann, sich zu dem durch ein früheres Verhalten geschaffenen Vertrauenstatbestand in Widerspruch zu setzen. Wenn das Erlangte aufgrund Verschulden des Empfängers untergeht oder verschlechtert wird, könnte sich aus dem Grundsatz des § 242 BGB ergeben, daß der Empfänger trotz Gutgläubigkeit einer Wertersatzpflicht nach § 818 Abs. 2 BGB ausgesetzt ist.¹⁹⁴ Dies würde jedoch zu weit gehen. Denn ein widersprüchliches Verhalten des Empfängers und damit ein Verstoß gegen § 242 BGB läßt sich nur dann annehmen, wenn Verschlechterung oder Untergang des Erlangten darauf zurückzuführen

¹⁹² Koppenssteiner / Kramer, 1988, S. 122, 129.

¹⁹³ Vgl. Singer, 1993, S. 142 ff.

¹⁹⁴ LG Frankfurt MDR 1970, 843; Regnier, Wegfall der Bereicherung, AcP 177, 418, S. 438; Huber, Der Wegfall des betrogenen Gebrauchtwagenkäufer –BGHZ 57, 137, JuS 1972, 439, 443.

ren sind, daß der Empfänger in Kenntnis der Rechtsgrundlosigkeit seines Erwerbs auf das Erlangte eingewirkt hat.¹⁹⁵ Solches Verhalten kann erst zum Erwerb geführt haben und aber auch zeitlich nach dem Erwerb liegen. Unter diesen Umständen muß der Empfänger grundsätzlich Schadensersatz nach §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4 oder aus positiver Forderungsverletzung leisten. Dann darf sich der Empfänger hinsichtlich des Erlangten nicht auf den Wegfall der Bereicherung berufen.

Dieses Ergebnis kann man darauf stützen, daß man § 242 BGB als allgemeine Vorschrift im Sinne der §§ 818 Abs. 4, 819 BGB ansieht. In diesem Fall wird man nicht nur durch die Einschränkung eines Rechts, sondern auch unter den Voraussetzungen der §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 2 BGB zu der genannten Rechtsfolge gelangen müssen. § 242 BGB kann nicht nur die Einschränkung eines Rechts, sondern auch die Begründung eines Rechts zur Folge haben, da es nicht auf die rein konstruktive Frage ankommen kann, ob es sich bei dem Recht um eine Einwendung oder lediglich eine Einrede handelt. Daher haftet der Empfänger in diesem Fall trotz Entreicherung gem. § 818 Abs. 2 BGB in der Höhe des Wertes des Erlangten oder der eingetretenen Verschlechterung oder Wertminderung.

§ 818 Abs. 3 BGB kann sozusagen beim einseitigen Bereicherungsanspruch als Regel des Vertrauensschutzes angesehen werden, die beim Leistenden unter Umständen zu einem endgültigen Vermögensverlust führt. Man könnte erwägen, daß sich der Empfänger beim zufälligen Untergang, bei zufälligen Verschlechterung oder der dem zufälligen Wertverlust des Erlangten nicht auf Vertrauensschutz berufen darf. Dies würde aber zu weit gehen, da derartige zufällige Ergebnisse noch eher in die Risikosphäre

¹⁹⁵ Rengier, AcP 177, S. 445; Erman-Westermann, Rdnr. 18 zu § 818.

des Leistenden fallen als in die des Empfängers. § 818 Abs. 3 BGB gilt bei Zufall schließlich auch nicht zur zugunsten des gutgläubigen, sondern auch zugunsten des bösgläubigen Empfängers, so daß der gutgläubige Empfänger in diesen Fällen gar nicht durch § 818 Abs. 3 BGB privilegiert wird.

f) Gesetzesvorschlag und Ergebnis

Die Einschränkung des § 818 Abs. 3 BGB ließe sich auf zwei verschiedene Arten ausdrücken. Zum einen könnte man die sich aus dem Verbot widersprüchlichen Verhaltens ergebende Einschränkung in einen Rechtssatz fassen, den man sich als eine dem § 818 Abs. 4 BGB angefügte Gesetzesbestimmung vorstellen könnte, auf die sich auch die Verweisung in den §§ 819 ff BGB erstrecken würde. Zum anderen könnte die teleologische Reduktion des § 818 Abs. 3 BGB bei der Rückabwicklung fehlgeschlagener gegenseitiger Verträge als ein Rechtssatz formuliert werden, den man sich als eine im Anschluß an § 820 BGB in das Gesetz eingefügte Bestimmung vorstellen könnte. Die Haftung des Empfängers bei der Rückabwicklung eines fehlgeschlagenen gegenseitigen Vertrags gestaltet sich dann, wenn zu seinen Lasten die Voraussetzungen der §§ 818 Abs. 4, 819 BGB vorliegen, nicht anders als diejenige des Empfängers einer einseitigen Leistung.

Bei der Rückabwicklung eines fehlgeschlagenen gegenseitigen Vertrages stehen sich grundsätzlich zwei selbständige Ansprüche aus § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB gegenüber, wenn die Parteien für ihre Leistungen eigene subjektive Rechte eingesetzt haben oder wenn dies aufgrund der Wertungen der Verkehrsschutzvorschriften z. B. §§ 892, 932 BGB gerechtfertigt erscheint. Eine erbrachte Gegenleistung kann auch nicht im Rahmen einer aus § 818 Abs. 3 BGB hergeleiteten abstrakten Vermögensdifferenz als Abzugsposten gegenüber der empfangenen Leistung berücksichtigt werden. § 818 Abs. 3 BGB stellt keinen hinreichenden Zu-

rechnungsgrund für eine Risikoverteilung dar. Bei einem von dem Empfänger zu vertretenden Untergang oder einer von ihm zu vertretenden Verschlechterung einer gegenständlich zurückzugewährenden Leistung ist der Empfänger dann einem Schadenersatzanspruch gem. §§ 292 Abs. 1, 989 BGB oder aus positiver Forderungsverletzung ausgesetzt.

Wenn die Voraussetzungen der §§ 818 Abs. 4, 819 BGB nicht vorliegt, braucht der Empfänger nicht mit einer Rückabwicklung zu rechnen und wird insoweit durch § 818 Abs. 3 BGB privilegiert. Deshalb haftet er dann für die Leistung, für die keine Gegenleistung vorgesehen ist, weder auf Schadenersatz noch auf Wertersatz. Bei der Rückabwicklung eines fehlgeschlagenen gegenseitigen Vertrages ist eine teleologische Reduktion des § 818 Abs. 3 BGB vorzunehmen, die ebenfalls als eine im Anschluß an § 820 BGB in das Gesetz eingefügte Bestimmung gedacht werden kann. Die Haftung des Empfängers ist jedoch der Höhe nach durch den Wert der erbrachten oder versprochenen Gegenleistung begrenzt.

Dritter Abschnitt: Voraussetzungen und Anwendungsbereich des § 814 Fall 1 BGB

I. Leistung auf eine nicht bestehende Verbindlichkeit

Der Rückforderungsausschluß wegen Kenntnis der Nichtschuld gem. § 814 Fall 1 BGB kommt dann in Betracht, wenn der Leistende zur Erfüllung einer Verbindlichkeit, die in Wahrheit nicht bestand, geleistet hat. Erste Voraussetzung ist also das Vorliegen einer Leistung. Die Leistung ist eine zentrale Voraussetzung aller Leistungskonditionen.

Es ist die Aufgabe des Bereicherungsrechts, eine fremde, der Sache nach nicht berechnete Vermögensvermehrung auszugleichen. Hier soll das durch die Leistung herbeigeführte Ergebnis gegenständlich rückgängig gemacht werden.¹⁹⁶ Daher muß für das Bereicherungsrecht ein speziell bereicherungsrechtlicher Begriff der Leistung gefunden werden. Über die Frage, was unter einer Leistung zu verstehen ist, herrschte lange Streit. Lange wurde der Begriff der Leistung i. S. des § 812 Abs. 1 BGB mit dem der Zuwendung gleichgesetzt und als bewußte Mehrung fremden Vermögens angesehen. Das gesetzliche Tatbestandsmerkmal der Leistung wurde im tatsächlichen Sinn verstanden, d. h. als bewußte Mehrung fremden Vermögens.

Rechtsgrundlose Vermögensverschiebung durch den Leistenden wären grundsätzlich gem. § 812 Abs. 1 S. 1 1 Alt. BGB wieder rückgängig zu machen. Grundsätzlich ist dann das Erlangte wieder zurückzugeben. Ausnahmsweise kann der Empfänger das Erlangte aber nach dem Wortlaut des § 814 Fall 1 BGB behalten. § 814 Fall 1 BGB steht der Rückgängigmachung der rechtsgrundlosen Leistung nach § 812 ff. BGB nämlich entgegen, wenn die Leistung des Leistenden eine bewußte Vermehrung fremden Vermögens in Kenntnis der Nichtschuld war.

§ 814 Fall 1 BGB setzt weiter voraus, daß die erbrachte Leistung zur Erfüllung einer nicht bestehenden Verbindlichkeit erfolgt ist. Aus diesem Tatbestand geht hervor, daß die Vorschrift des § 814 BGB speziell auf den Fall der Leistungskondiktion d. h. auf die *condictio indebiti*, zugeschnitten ist. Das Nichtbestehen der Verbindlichkeit im Leistungszeitpunkt ist unabdingbare Voraussetzung der *condictio indebiti* und des § 814 Fall 1 BGB.

¹⁹⁶ Rothoef, Vermögensverlust und Bereicherungsausgleich, AcP 163, 215, S. 223.

Aus dem klaren und unmißverständlichen Wortlaut des § 814 BGB ergibt sich, daß diese Vorschrift nur den Fall erfaßt, in dem die Leistung causa solvendi erbracht wird.¹⁹⁷ Es kommt also allein auf den objektiv erkennbaren Willen der Beteiligten an, denn den inneren Willen, zum Zwecke der Erfüllung zu leisten, kann der Leistende im Rahmen des § 814 BGB logischerweise nicht haben, wenn er die Nichtschuld kennt. § 814 BGB kann somit nicht unmittelbar solche Zuwendungen erfassen, die nicht der Erfüllung einer Verbindlichkeit, sondern anderen Zwecken dienen. Somit können dem Wortlaut des § 814 Fall 1 BGB zufolge allein causa solvendi erbrachte Leistungen Gegenstand dieser Vorschrift sein.

Die Leistung muß i. S. des § 814 Fall 1 BGB durch eine in Wirklichkeit nicht bestehende Verbindlichkeit veranlaßt sein. Diese Verbindlichkeit entsteht aufgrund vertraglicher oder gesetzlicher Rechtsbeziehungen, welche die Grundlage dafür bilden, daß die einer Partei verpflichtet wird, etwas zu leisten und die andere berechtigt wird, etwas zu empfangen. Fehlt es an solch einem wirksamen Rechtsverhältnis, so entsteht keine Verbindlichkeit zwischen dem Leistenden und dem Empfänger. Wenn die Leistung ohne rechtlichen Grund erbracht worden ist, fehlt es immer an einer Verbindlichkeit. Es ist unerheblich, ob die Verbindlichkeit durch Gesetz oder durch Vertrag entstanden war.¹⁹⁸ Ebenso unbeachtlich ist, ob sie von Anfang an nicht bestand oder erst nachträglich vor der Erfüllung wieder weggefallen ist. Schließlich kommt es für das Nichtbestehen der Verbindlichkeit nur auf den Zeitpunkt der Leistung an. Dies ist z.B. im Fall der nachträglichen Unmöglichkeit gem. § 326 Abs. 1 BGB. relevant, wo zu-

¹⁹⁷ Vgl. Reuter / Martinek, 1983, § 6 I 1.

¹⁹⁸ Reuter / Matinek, 1983, § 5 I 2.

nächst eine Verbindlichkeit bestand, diese aber im Nachhinein aufgrund der eingetretenen Unmöglichkeit erlischt¹⁹⁹.

II. Die allgemeine Auslegung des § 814 Fall 1 BGB

Die Kondiktionsperre in § 814 Fall 1 BGB stellt weder einen Verzicht noch eine Schenkung dar. Die Annahme, eine wissentliche Zahlung einer Nichtschuld sei eine Schenkung und bewußte Leistung auf eine Nichtschuld darüber hinaus sogar ein Schuldanerkenntnis, ist eine bloße Fiktion. Für beide Fälle verlangt das Gesetz einen Vertrag. Wie oben angesprochen, ist die Schenkung bzw. ein Verzicht mit der wissentlichen Zahlung einer Nichtschuld aber nicht identisch. Die Einschränkung der *condictio* erklärt sich deshalb aus dem Gesichtspunkt einer Interessenabwägung der Parteien. Es wäre für den Empfänger, der mit gutem Gewissen die Leistung entgegennimmt, untragbar, wenn er noch lange nach der Leistung einer Rückforderungsklage ausgesetzt sein könnte, obwohl der Leistende von Fehlen eines Rechtsgrundes gewußt hat. Aber hier ist sehr fraglich, ob die Interessen des Empfängers mehr zu beachten sind, als die des Leistenden. Derjenige, der ohne Rechtsgrund eines Teils seines Vermögens verlustig geworden ist, sollte nach dem Grundsatz von Treu und Glauben mehr geschützt werden, da darin auch der Sinn des Bereicherungsanspruch liegt.

Bei § 814 Fall 1 BGB handelt es sich um einen gesetzlich geregelten Fall des Verbots widersprüchlichen Verhaltens. Der Grundsatz des Verbots widersprüchlichen Verhaltens ist hier einschlägig, da es nach Rechtsordnung nicht zulässig ist, eine anfangs

¹⁹⁹ MünchKomm. – Emmerich, Rdnr. 36 zu § 323; Soergel – Wiedemann, Rdnr. 10 zu § 323; Palandt – Heinrichs, Rdnr. 5 zu § 323.

abgegebene Erklärung zu Lasten des anderen Teils später zu ändern. Wegen der starren Vorschrift des § 814 Fall 1 BGB behält der Empfänger das Geleistete bei Kenntnis des Leistenden vom Fehlen eines Rechtsgrundes. Wenn er die Vorschrift des § 814 Fall 1 BGB nicht kennt, gibt er das Geleistete an dem Leistenden freiwillig zurück.

Würde man nun im Fall der Kenntnis des Leistenden gem. § 814 Fall 1 BGB den Empfänger nicht zur Rückgabe des Geleisteten verpflichten, so geschähe dies gegen den Sinn des § 812 Abs. 1 S. 1 BGB. Der Empfänger behielte etwas, was ihm das Gesetz nicht zubilligt. Leistet der Leistende bewußt auf eine Nichtschuld, so sollte er kondizieren können, wenn die Vermögensmehrung des Empfängers in diesem Fall eines rechtlichen Grundes entbehrt. Für das Behaltendürfen des Empfängers kommt es darauf an, daß der Empfänger gegenüber dem bewußt auf eine Nichtschuld Zahlenden geschützt werden soll. Es ist allerdings fragwürdig, ob die Interessen des Empfängers mehr zu beachten sind, als die des Leistenden. Die Vorstellung des Bereicherungsrechts ist gerade, den Leistenden zu schützen. Deshalb sollte der Leistende in dieser Situation entsprechend dem Sinn des Bereicherungsrechts und dem Grundsatz von Treu und Glauben auch stärker geschützt werden, als der Empfänger. Das Bereicherungsrecht hat im Interesse der Rechtssicherheit den Schutz des Leistenden zum Gegenstand. Grundsätzlich müssten deshalb die Interessen des Leistenden stärker berücksichtigt werden. Hat der Leistende allerdings Kenntnis von seiner Nichtschuld, kann er sich nicht auf diesen Vertrauensschutz berufen. Damit fehlt es bei § 814 Fall 1 BGB an einem schutzwürdigen Interessen des Leistenden.

Zur Vermeidung des in § 814 Fall 1 BGB geregelten Rückforderungsausschlusses kann sich der Leistende bei der Leistung in Kenntnis von dem Fehlen des Rechtsgrundes die Rückforderung

vorbehalten. Wenn die h. M.²⁰⁰ die Möglichkeit des ansprucherhaltenden Vorbehalts anerkennt, wird dies durch den Wortlaut des § 814 BGB nicht gerecht. Nur dies wird aber der Interessenanlage gerecht. Es belegt Notwendigkeit und Möglichkeit einer einschränkenden Auslegung.

Der Leistende wird einen Rückforderungsvorbehalt nur noch erklären, um den Einwand des § 814 Fall 1 BGB vorzubeugen und um die verschärfte Haftung des Empfängers nach § 820 BGB zu begründen.²⁰¹ Dabei sollte der Leistende die Erklärung des Vorbehalts unter Zeugen abgeben oder schriftlich fixieren,²⁰² da er die Erklärung später beweisen muß.

Der Leistende kann neben der Erklärung des Vorbehalts der Rückforderung natürlich weitere Absprachen mit dem Leistungsempfänger treffen. So kann der Leistende z. B. von dem Empfänger das Zugeständnis verlangen, daß dieser ihm später das Bestehen der Forderung nachweisen muß. Die Leistung ähnelt dann einer Sicherungsleistung.

²⁰⁰ Larenz / Canaris, Bd. II BT 13 Aufl. 1994, § 68 III 1; Staudinger – Lorenz, Rndr. 6 zu § 814; Koch, Harald, Bereicherung und Irrtum, 1978, S.117, 118; Kohte, Wolfhard, Die Kondiktionsspre nach § 814 Alt. 1 BGB, BB 1988, S. 634.

²⁰¹ König, 1984, S. 46.

²⁰² König, 1984, S. 45; Erman-Westermann, Rndr. 9 zu § 814, 3 zu 820; Staudinger-Lorenz, Rndr. zu § 814, 5 zu § 820.

III. Kenntnis

1. Positive Kenntnis von der Nichtschuld im § 814 Fall 1 BGB

Aus der Fassung des § 814 Fall 1 BGB ergibt sich, daß die Kodifikatoren des BGB den Irrtum nur in negativer Form vor Augen hatten. Daher beruht der Ausschluß der Rückforderung nicht auf dem Irrtum des Leistenden, sondern auf dessen positiver Kenntnis der Nichtschuld. Während beim Irrtum Vorstellung und Wirklichkeit auseinanderfallen, handelt es sich bei der Kenntnis um eine der Wirklichkeit entsprechende Vorstellung. Der Irrtum beinhaltet die Unkenntnis der Wirklichkeit und ist demzufolge gleich dem Nichtwissen zu behandeln.²⁰³ Da nach § 814 Fall 1 BGB nur positive Kenntnis der Nichtschuld die Rückforderung ausschließt, muß daher der Irrtum im Umkehrschluß als negative Anspruchsvoraussetzung eine Rückforderung rechtfertigen.

Eine Rückforderung ist dann nicht ausgeschlossen, wenn der Leistende lediglich an dem Bestand seiner Verbindlichkeit zweifelt. Erst wenn der nach der Fassung des § 814 Fall 1 BGB die Beweislast tragende Empfänger (der Bereicherte) nachweist, daß der Leistende nicht nur gezweifelt hat, sondern positiv wußte, daß er nicht schuldet, greift § 814 Fall 1 BGB²⁰⁴. Lediglich in den Fällen, in denen jemand zweifelt und schließlich zur Vermeidung weiterer Komplikation leistet, sich also über den Zweifel bewußt hinge-

²⁰³ Mayer-Maly, Rechtsirrtum und Bereicherung, FS für Heinrich Lange, 1970, 293, S. 297.

²⁰⁴ MünchKomm. – Lieb, Rdnr. 16 zu § 814.

setzt,²⁰⁵ könnte man über die Anwendung des § 814 Fall 1 BGB nachdenken. Denn hier tritt zum Zweifel ein weiteres Element hinzu, nämlich das des bewußten Nachgebens. Dieses könnte der Rückforderung dann deswegen entgegenstehen, weil man darin den Willen des Leistenden erblicken könnte, es bei der Leistung endgültig zu belassen.

Auch hier sollte man aber mit Unterstellungen z. B. wegen einer angedrohten Zwangsvollstreckung sehr vorsichtig sein.²⁰⁶ Denn schließlich steht der Leistende in den Zweifelsfällen meist unter erheblichem Druck. Nur wenn dieser Druck fehlt, kann man überhaupt davon ausgehen, daß eine endgültige Erledigung gewollt ist. Jedenfalls aber werden solche Fälle freilich vereinzelt bleiben.

Festzuhalten bleibt, daß das bloße Kennenmüssen der Unwirksamkeit des Geschäfts und selbst Unkenntnis, die auf grober Fahrlässigkeit beruht, nicht ausreichen, um die Rückforderung gem. § 814 Fall 1 BGB auszuschließen.²⁰⁷ Dies ergibt sich aus dem eindeutigen Wortlaut der Norm und wird dadurch gestützt, daß das Gesetz in §§ 169, 173 und 179 Abs. 3 BGB von Kennen und Kennenmüssen nebeneinander spricht. Allein die positive Kenntnis vom Nichtbestehen der Verbindlichkeit, für deren Vorliegen der Bereicherte die Beweislast trägt, rechtfertigt einen Ausschluß der *condictio indebiti* nach § 814 Fall 1 BGB.

Bei der Beurteilung der Frage, ob der Leistende positive Kenntnis von der Nichtschuld hatte, werden von ihm allerdings keine präzise Rechtskenntnisse verlangt. Es genügt die Kenntnis der tatsächlichen Umstände, deren rechtliche Würdigung erst zur Ablehnung des Bestehens einer Schuld führt, wenn der Leistende eine

²⁰⁵ RGZ 97, 140.

²⁰⁶ Koppenssteiner / Kramer, 1988, 12. Aufl., S. 54.

²⁰⁷ BGH WM, 1972, 283; BGH WM 1973, 294.

zutreffende Parallelewertung in der Laiensphäre trifft.²⁰⁸ D. h. er muß die Umstände kennen, aus denen sich ergibt, daß er nach der Rechtslage nichts schuldet und gleichwohl in diesem Bewußtsein die Leistung bewirken. Die Rückforderung bezieht sich auf die Rechtsgrundlosigkeit, von welcher der Leistende im Zeitpunkt der Leistung positive Kenntnis hatte. Voraussetzung ist allerdings, daß die positive Kenntnis des Leistenden i. S. des § 814 Fall 1 BGB eine aktuelle Kenntnis ist.²⁰⁹ Die Rückforderung ist deshalb nicht ausgeschlossen, wenn der Leistende erst später oder vorher vom Fehlen des Rechtsgrundes Kenntnis hatte.

Das BGB stellt an anderen Stellen der Kenntnis das Kennenmüssen gleich. Es bezeichnet das Kennenmüssen als die auf Fahrlässigkeit beruhende Nichtkenntnis eines Umstandes.²¹⁰ Teilweise beschränkt sich diese Gleichstellung z. B. etwa beim gutgläubigen Erwerb im Fahrnisrecht gem. § 932 Abs. 2 BGB auf den Fall einer auf grober Fahrlässigkeit beruhenden Unkenntnis. Trotz der Gleichstellung in Bestimmungen des BGB wird freilich genau zu prüfen sein, ob für beide Komponenten die gleichen Grundsätze gelten können. § 814 Fall 1 BGB erwähnt aber lediglich die positive Kenntnis der Nichtschuld. Das Kennenmüssen einer Nichtschuld reicht deshalb nicht aus, um die Rückforderung auszuschließen. Die Beschränkung des Wortlauts des § 814 Fall 1 BGB auf die Nennung der positiven Kenntnis macht auch den Willen des Gesetzgebers deutlich, daß nur dieser Fall erfaßt sein sollte. Wenn der Gesetzgeber in der Legaldefinition des Kennenmüssens (§ 122 Abs. 2 BGB) eindeutig differenziert, drückt er in dem Unterlassen einer entsprechenden Differenzierung bzw. der Nichtbe-

²⁰⁸ Staudinger-Lorenz, Rdnr. 3 a) zu § 814.

²⁰⁹ Staudinger – Perters, Rdnr. 73 zu § 640.

²¹⁰ MünchKomm. – Kramer, Rdnr. 8 zu § 122 BGB; Erman – Brox, Rdnr. 9 zu § 122 BGB; Soergel - Hefermehl, Rdnr. 5 zu § 122 BGB.

rücksichtigung des Kennenmüssens in § 814 Fall 1 BGB eindeutig aus, daß ein Kennenmüssen hier nicht ausreicht. Entscheiden ist demnach allein die positive Kenntnis, wonach die Folge des § 814 Fall 1 BGB bei Unkenntnis des Leistenden vom Fehlen des Rechtsgrundes nicht ausgelöst wird. Dies gilt selbst dann, wenn die Unkenntnis auf grober Fahrlässigkeit beruht.²¹¹

Selbstverständlich kommt der Ausschluß der *condictio indebiti* nach § 814 Fall 1 BGB nicht in Betracht, wenn bei bestehender Verpflichtung eine Zweckverfehlung einer Leistung des Leistenden von den eigenen Abwicklungsregeln des Vertrages bzw. des Schuldrechts erfaßt wird. Solche Regelungen, die gleichsam als insoweit modifiziert fortgeltender Rechtsgrund fungieren, lassen der *condictio indebiti* schon tatbestandlich keinen Raum.²¹² Bei der Frage der Wirksamkeit der Verpflichtung im Zeitpunkt der Leistung kommt darauf an, ob die Verpflichtung zur Erfüllung überhaupt jemals bestanden hat oder ob sie erst im Zeitpunkt der Leistung erloschen war, ob sie beispielsweise wegen Dissenses anfänglich gem. § 154 BGB unwirksam war oder auf einem unwirksamen Vergleich gem. § 779 BGB basiert.²¹³ Woran das Bestehen der Verpflichtung letztlich scheitert, ist jedoch letztlich gleichgültig, da es nur darauf ankommt, daß keine Verpflichtung zur Leistung bestand, nicht aber warum sie nicht bestand.

Die vorzeitige Leistung vor Eintritt der Bedingung bei einer aufschiebend bedingten Verbindlichkeit ist kein Fall des § 814 BGB. Zwar entsteht die Rechtswirkung eines Rechtsgeschäfts unter einer aufschiebenden Bedingung gem. § 158 Abs. 1 BGB erst mit

²¹¹ Soergel – Mühl, Rdnr. 5 zu § 814 BGB; BGH WM 1972, 283.

²¹² Reuter / Martinek, 1983, § 5 I 2.

²¹³ Reuter / Martinek, 1983, § 5 I 2.

dem Eintritt der Bedingung,²¹⁴ so daß im Zeitpunkt der Leistung keine Verpflichtung zur Erfüllung besteht. Bei einer aufschiebend bedingten Verbindlichkeit tritt aber die Wirkung des Rechtsgeschäfts unverzüglich ein, nur ist die Fälligkeit des Anspruchs noch nicht gegeben. Deswegen kann man hier die vorzeitige Leistung der bedingten Verbindlichkeit nicht als in Kenntnis der Nichtschuld erfolgen.

2. Kenntnis des Empfängers von Rechtsmangel

§ 814 BGB schließt die Rückforderung des rechtsgrundlos Geleisteten aus, wenn der Leistende gewußt hat, daß er zur Leistung nicht verpflichtet war. Umgekehrt haftet der Empfänger, wenn er den Mangel des Rechtsgrundes bei Empfang kennt. Hier scheint der Gesetzgeber in beiden Fälle, die sich im Wortlaut „mit Kenntnis der Nichtverpflichtung“ und „Kenntnis des Mangels eines Rechtsgrundes“ nur leicht unterscheiden, eine Entscheidung zugunsten einer strengeren Gewißheit über die Rechtslagen getroffen zu haben. Hierbei muß man sowohl die positive Kenntnis der die Rechtsgrundlosigkeit begründenden Tatsachen als auch die positive Kenntnis der sich ergebenden Rechtsfolge der Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäfts haben. Der Empfänger, der sich bewußt der Einsicht verschließt, um sich die Vorteil zu sichern, verdient keinen Schutz.²¹⁵ Sonst leidet der beweisbelastet Leistende unter Beweisnot, da eine innere Tatsachen oft nur schwer fest-

²¹⁴ MünchKomm-Westermann, Rdnr. 8, 9 zu § 158; Staudinger-Bork, Rdnr. 12 zu 158; Soergel-Wolf, Rdnr. 21, 22 zu § 158.

²¹⁵ BGH JZ 1996 1126= BGH W M 1996 1504; Probst, Martin, Rückabwicklung und Rechtskenntnis, AcP 196 225, s. 226; Martinek, Michael, Zur Kenntnis des Bereicherung vom Rechtsmangel als Voraussetzung seiner verschärfen Haftung, JZ 1996, S. 1099.

stellbar ist, während der Empfänger mehre Vorteil durch Berufung auf seine Rechtsblindheit bekommen wird.

Einig Stimmen im Schrifttum²¹⁶ stellt hinsichtlich der Kenntnis des Empfängers und der Rechtsfolge auf eine Parallelwertung in der Laiensphäre ab. Danach ist es ausreichend und erforderlich, wenn der Empfänger in laienhafter Weise die Vorstellung hat, daß „an der Geschichte etwas faul ist“, ihm die Vermögensmehrung nicht zugute kommt oder er das Bewußtsein hat, nach der Sachlage auf das Erlangte keinen Anspruch zu haben.²¹⁷ Durch diese Ansicht kann man eine Prämierung der Rechtsunkenntnis teilweise vermeiden und sozusagen mindestens vom Empfänger eine juristische Halbbildung verlangen. Allerdings darf man von ihm kein volle juristischen Kenntnis verlangen.

Das Argument des OLG Hamm²¹⁸ und einiger Stimmen²¹⁹ knüpft an die objektive Kenntnis vom Mangel des Rechtsgrundes des Empfängers an. Nach dieser Ansicht will man die Kenntnis vom Rechtsgrundmangel norminativ – objektiv bestimmen. Dadurch ist die subjektiven Vorstellung des Empfänger etwas relativiert und ein bewußtes sich Verschließen des Empfängers vor einer Rechtsgrundlosigkeit nicht mehr denkbar. Dazu sagt OLG Hamm in seinem Leitsatz: „ Die Kenntnis des Empfängers vom Mangel des Rechtlichen Grundes ist objektiv zu bestimmen, Der Empfän-

²¹⁶ Mayer –maly, Theo, Rechtsirrtum und Bereicherung FS für Heinrich Lange 1970 293, S. 301; Esser – Weyer, BT II(. Aufl. 2000, § 5 III 1 a; Larenz, BT Band II 12. Aufl. 1981, § 70 IV, S. 585.

²¹⁷ Esser – Weyer, 2000, § 51 III 1 a.

²¹⁸ OLG Hamm NJW 1977 1824; OLG Hamm NJW – RR 1987 882.

²¹⁹ Reuter – Martinek, 1983, § 18 II 2 a; Schreiber, Klaus, Der Bösgläubigkeit des Bereicherungsschuldners JuS 1978 230, S. 231.

ger muß lediglich die tatsächlichen Umstände kennen, aus denen sich die Rechtsgrundlosigkeit ergibt....“²²⁰

Wenn der Empfänger der Leistung dem Leistenden die Tatsachen mitgeteilt hat, aus denen sich das Fehlen des Rechtsgrundes ergibt, kann der Vertrauensschutz des Empfängers in die gesetzliche Regelung nicht integriert werden und § 814 Fall 1 BGB steht in diesem Fall der Kondiktion nicht entgegen. Der BGH²²¹ geht davon aus, daß § 814 Fall 1 BGB eine besondere Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben ist, gegen den der Leistende verstößt, wenn er den in Kenntnis vom Fehlen des Rechtsgrundes geleisteten Gegenstand später wieder zurückverlangt.²²² In diesem Fall kann der Empfänger nur dann darauf vertrauen, das Geleisteten zu behalten, wenn er das Verhalten des Leistenden schon als bestehende Rechtsaufgabe ansehen kann. Eine solche Vertrauen des Empfängers setzt voraus, daß er auch weiß, daß der Leistende freiwillig eine Nichtschuld erfüllt. Wenn der Empfänger weiß, daß der Leistende die Leistung erbringt, ohne hierzu verpflichtet zu sein, schließt dies die Anwendung des § 814 Fall 1 BGB aus, da der Empfänger nicht darauf hätte vertrauen dürfen, die rechtsgrundlos empfangene Leistung behalten zu dürfen.

3. Kenntnis von einer dauernden Einrede: § 813 BGB

Der Entwurf I²²³ hatte dem Nichtbestehen oder späteren Erlöschen der Schuld den Fall an die Seite gestellt, daß „dem Anspruch auf

²²⁰ Vgl.Fn. 227).

²²¹ BGHZ 36, 232. 235; 55, 128. 134.

²²² Larenz / Canaris, Bd. II 13. Aufl., 1994, § 68 III 1 a); Koppensteiner / Kramer, 2. Aufl., 1988, § 7 I 3.

²²³ Entwurf I § 737 Abs. 2.

Leistung eine Einrede entgegenstand, durch welche die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen würde“, als ob sie (mit einer peremptorischen Einrede belastete Verbindlichkeit) rechtlich nie bestanden hätte. Nach seiner Entstehungsgeschichte bezieht sich § 813 BGB auf die Leistungskondiktion gem. § 812 Abs. 1 S. 1 BGB. Wenn etwas zum Zweck der Erfüllung einer vermeintlichen Schuld geleistet wurde, obwohl dem Anspruch eine dauernde Einrede entgegenstand, soll es wie die Leistung einer Nichtschuld behandelt werden.²²⁴

Demgemäß kann man sich fragen, ob § 814 BGB anzuwenden ist. Dies wäre der Fall, wenn z. B. eine peremptorische Einrede gem. § 813 Abs. 1 BGB als Nichtbestehen der Schuld gem. § 814 Fall 1 BGB anzusehen wäre und die Erfüllung in Kenntnis der peremptorischen Einrede als die Erfüllung der Nichtschuld in Kenntnis gem. § 814 Fall I BGB anzusehen wäre.

Die Kondiktion wegen des Vorliegens einer einredebehafteten Forderung setzt anders als die *condictio indebiti* das Bestehen einer wirksamen Verbindlichkeit voraus. Der Erfüllungszweck wird nur deswegen verfehlt, da dem Anspruch des Empfängers auf die Leistung im Zeitpunkt der Leistung eine dauernde Einrede entgegenstand, nicht aber, weil es an einer Verbindlichkeit fehlen würde.

Eine auf Erfüllung gerichtete Klage ist in diesen Fällen abzuweisen, falls der Schuldner die ihm zur Zeit der Leistung zustehende Einrede geltend macht. Demgemäß ist diese Verbindlichkeit so anzusehen, als ob sie rechtlich nicht besteht und ist folglich gleich einer Nichtschuld zu behandeln.

²²⁴ MünchKomm-Lieb, Rdnr. 1, 2 zu § 813; Staudinger-Lorenz, Rdnr. 1, 2 zu § 813.

Eine Ausnahme wird nur für die Verjährungseinrede gemacht. Zwar gibt diese grundsätzlich ein dauerndes Leistungsverweigerungsrecht, so daß die Erzwingbarkeit des Anspruchs nach der Vollendung der Verjährung endet, d. h. der Schuldner ist dann nicht mehr zur Leistung verpflichtet, der Gläubiger zum Fordern nicht mehr berechtigt. Es handelt sich also um eine dauernde Einrede. Trotzdem entsteht bei ordnungsgemäßer Leistung eine normale Behaltensberechtigung. Dies stellt das Gesetz in den §§ 222 Abs. 1 S. 1, 813 Abs. 1 S.2 BGB klar, indem es sagt, das zur Befriedigung eines verjährten Anspruchs Geleistete könne nicht zurückgefordert werden.²²⁵

Diese Einzelkondition ist heute nur von geringer praktischer Bedeutung, auch wenn § 813 Abs. 1 S. 1 BGB sowohl für schuldrechtliche als auch für dingliche Ansprüche²²⁶ Anwendung findet.

Schließlich sind die Kenntnis der Nichtschuld bzw. der Rechtsgrundlosigkeit im Sinne des § 814 Fall 1 BGB und die Kenntnis vom Bestehen einer dauernden Einrede bzw. Bestehen des Rechtsgrundes im Sinne des § 813 BGB also nicht gleichzusetzen.²²⁷ § 814 bezieht sich nur auf den Fall, daß der Leistende leistet, obwohl er aktuelle positive Kenntnis hat, daß der Rechtsgrund zur Erfüllung im Zeitpunkt der Leistung fehlt. Dagegen geht es in § 813 Abs. 1 BGB nicht um eine Einwendung, die einen Anspruch erst gar nicht entstehen oder wieder erlöschen lassen. Wie schon oben gesagt greift hier bereits die *condictio indebiti* ein. Von

²²⁵ MünchKomm-Lieb, Rdnr. 8 zu § 813; Reuter / Martinek, 1983, § 5 IV, S. 172.

²²⁶ Erman-Westermann, Rdnr. 1 zu § 813; Staudinger-Lorenz, Rdnr. 8 zu § 813.

²²⁷ Dagegen MünchKomm. Lieb, Rdnr. 6 zu § 814 BGB; RGRK – Heimann – Trosien, Rdnr. 6 zu § 814 BGB; Soergel – Mühl, Rdnr. 13 zu § 814 BGB; Erman – Westermann, Rdnr. 7 zu § 814 BGB.

den rechtshemmenden Einreden umfaßt er nicht die bloß aufschiebenden, welche nur zu einer vorübergehenden Leistungsverweigerung berechtigen, sondern nur die ständigen dauernden peremptorischen Einreden. Und wenn man § 814 Fall 1 BGB zugunsten des Leistungsempfängers auslegen will, sollte man beachten, daß der Empfänger grundsätzlich keinen Behaltensgrund hat, da er das Geleistete ohne Rechtsgrund behalten darf. Bei der Interessenabwägung des Grundsatzes von Treu und Glauben zwischen dem Empfänger und dem Leistenden sollte man darauf achten, daß das Gewicht der Interessen des Leistenden stärker als die Interessen des Empfängers zu berücksichtigen. Daher ist § 814 Fall 1 BGB auf den Fall nicht anzuwenden, daß der Leistende bei Erbringung der Leistung Kenntnis vom Bestehen einer peremptorischen Einrede im Sinne des § 813 Abs. 1 BGB hatte.²²⁸

4. Kenntnis von der Anfechtbarkeit

§ 142 Abs. 2 BGB regelt, daß wer die Anfechtbarkeit kannte, so behandelt wird, wie wenn er die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts gekannt hätte.²²⁹ Damit stellt sich die Frage, ob man die Rechtsfolge des § 814 Fall 1 BGB auf den Fall anwenden kann, daß jemand in Kenntnis der Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts leistet.

Strittig ist, ob bei erfolgter Anfechtung § 812 Abs. 1 Satz 1 oder Abs. Satz 2 1. Alt. BGB greift. Da § 814 Fall 1 BGB nur für die *condictio indebiti* greift, ist dieses Einordnungsproblem hier relevant. Grundsätzlich wird man aus der rückwirkenden Anordnung der Nichtigkeit des Kausalgeschäfts gem. § 142 Abs. 1 BGB auf den Zeitpunkt seiner Begründung schließen müssen, daß die

²²⁸ Vgl. Erman-Westermann, Rdnr. 3, 4 zu § 813.

²²⁹ Weimar, Anspruchsgrundlage bei Rückwirkung der Anfechtung, JR 1871, S. 64.

Rechtsordnung auch den Leistungszweck als von Anfang an verfehlt angesehen wissen will.²³⁰ Dann kann man feststellen, daß die *condictio indebiti* den Fall der Anfechtung des Grundgeschäfts erfassen kann.

Deshalb wird eine Partei, die die Anfechtbarkeit des Grundgeschäfts gekannt hat, so behandelt, wie wenn sie die Nichtigkeit des zugrunde Geschäfts gekannt hätte.²³¹ § 142 Abs. 2 BGB hat zunächst Bedeutung bei einer Anfechtung des Grundgeschäftes. Ist aber auch das Vollzugsgeschäft anfechtbar und wird auch dieses angefochten, so führt die Anfechtung zu einer Nichtigkeit des Vollzugsgeschäftes mit rückwirkender Kraft. Die Kenntnis der Anfechtbarkeit steht gem. § 142 Abs. 2 BGB der Kenntnis der Nichtigkeit und damit der Kenntnis des Rechtsgrundmangels gleich, nicht aber einer Rückforderung wegen Wegfalls des Rechtsgrundes. Wenn der Leistende die Anfechtbarkeit des Grundgeschäfts selbst nicht kennt, sondern nur der Empfänger um dessen Anfechtbarkeit weiß, kommt die Anwendung des § 814 Fall 1 BGB selbstverständlich nicht in Betracht, da nach § 814 Fall 1 BGB die Kenntnis der Empfängers belanglos ist.²³²

Es ist aber zu beachten, daß derjenige, welcher in Kenntnis eines ihm zustehenden Anfechtungsrechts leistet, in der Regel das anfechtbare Geschäft in dem Sinne des § 144 BGB bestätigt. Damit geht das Anfechtungsrecht und damit die Möglichkeit der Beseitigung der Verbindlichkeit ohnehin verloren.²³³

²³⁰ MünchKomm-Mayer-Maly, Rdnr. 14 zu § 142.

²³¹ Weimar, JR 1971, S. 64.

²³² Vgl. Erman-Westermann, Rdnr. 7 zu § 814 BGB.

²³³ Vgl. MünchKomm. – Mayer, Rdnr. 1 zu § 144 BGB; Erman – Brox, Rdnr. 2 zu § 144 BGB.

Wenn der Leistende keine Berechtigung zur Anfechtung hat, sondern nur der Empfänger zur Anfechtung berechtigt ist²³⁴ und der Leistende das Anfechtungsrecht schon vor der Anfechtung durch den Empfänger gekannt hat,²³⁵ dann kommt eine teleologische Reduktion des § 814 Fall 1 BGB in seiner Anwendung auf die *condictio indebiti* in Betracht. Dies erscheint deswegen sachgerecht, weil der Leistende vom gültigen Bestehen seiner Verpflichtung ausgehen konnte. Daher kann seine Rückforderung in dieser Konstellation nicht nach § 814 Fall 1 BGB ausgeschlossen sein.

Festzuhalten bleibt, daß § 814 Fall 1 BGB der *condictio indebiti* dann steht nicht entgegen, wenn nur der Empfänger zur Anfechtung berechtigt war, der Leistende dies aber gewußt hat.

5. Rechtsfolge der Kenntnis des Vertreters

Entscheidend für den Ausschluß der Kondiktion nach § 814 Fall 1 BGB ist die positive Kenntnis der Nichtschuld des Leistenden. § 814 BGB geht von der natürlichen Einzelperson aus, die für sich über das erforderliche Wissen verfügt oder nicht verfügt. Leistet der Leistende nicht selbst, sondern bewirkt der Vertreter die Leistung, so soll es auf die Kenntnis des Vertreters ankommen. Dies geht aus dem in § 166 Abs. 1 BGB entsprechend dem Repräsentationsprinzip festgelegten Grundsatz hervor.²³⁶

²³⁴ Reuter / Martinek, 1983, § 5 I 3.

²³⁵ Staudinger – Lorenz, Rdnr. 89 zu § 812; Weimar, JR 1971 64, S. 65; ders., Die Bedeutung der Kenntnis des Anfechtungsgrundes gem. § 142 Abs. 2 BGB für Haftungstatbestände, MDR 1975 116, S. 117.

²³⁶ Staudinger-Schilken, Rdnr. 1 zu § 166; Soergel-Leptien, Rdnr. 1 § 166.

Wenn § 166 Abs. 1 BGB auch auf § 814 BGB angewendet wird,²³⁷ stößt das auf grundsätzliche Bedanken.

Diese ergeben sich zunächst schon daraus, daß der Vertreter den Vertretenen nur im Rahmen seiner Vertretungsmacht binden kann. Es ist zu berücksichtigen, daß die bewußt rechtsgrundlose Leistung nicht anderes als eine unentgeltliche Zuwendung darstellt. Dann aber muß man sich fragen, ob die Vertretungsmacht auch derlei abdeckte. Das wird im Zweifel zu verneinen sein. Die §§ 1641, 1804, 1915 Abs. 1 BGB verbieten Eltern, Vormündern und Pflegern Schenkungen;²³⁸ dann kann ihre gesetzliche Vertretungsmacht sie aber auch nicht befugen, wissentlich zu Lasten der Betroffenen rechtsgrundlos zu leisten.

Wenn man die gesetzlich umschriebenen Vollmachten betrachtet, kann nichts anderes gelten. Die §§ 54, 56 HGB reden insoweit bei Prokuristen bzw. Ladenangestellten von „gewöhnlichen“ Geschäften.²³⁹ Die unter § 814 BGB fallenden Leistungen sind aber äußerst ungewöhnlich. Z. B. die Prokura kann sie nicht abdecken.

Bei anderen rechtsgeschäftlich erteilten Vollmachten wird die Auslegung in der Regel ergeben, daß sie Leistungen im Sinne des § 814 BGB nicht legitimieren.²⁴⁰

²³⁷ Staudinger –Lorenz, Rdnr. 4 zu § 814;MünchKomm. – Lieb, Rdnr. 11 zu § 814; RGRK –Heimann – Trosien, Rdnr. 7 zu § 814.

²³⁸ Staudinger –Helmut Engler, Rdnr. 2 zu § 1641; MünchKomm. – Hinz, Rdnr. 2 zu § 1641; Erman Komm. –Michalski, Rdnr. 1 zu § 1641.

²³⁹ MünchKomm –Lieb / Krebs, Rdnr. 27 zu § 54 HGB, Rdnr. 28 zu § 56 HGB; Volker Röhrich HGB Komm. – Wagner, Rdnr. 26 zu § 54 HGB, Rdnr. 19 zu § 56 HGB; HGB Komm. Von Norbert – Sonnenschein / Weitemeyer, Rdnr. 19 zu § 54 HGB, Rdnr. 9 zu § 56 HGB.

²⁴⁰ Baumann, Die Kenntnis juristischer Personen des Privatrechts von rechtserheblichen Umständen, ZGR 1973, 284,S. 296; Schilken, Wissenszurechnung

Sollte die Vollmacht gleichwohl genügen, so kann im Einzelfall immer noch ein Mißbrauch der Vertretungsmacht mit den entsprechenden Folgen vorliegen.²⁴¹

Damit kann der Anwendungsbereich des § 166 Abs. 1 BGB im Rahmen des § 814 BGB überhaupt nur schmal sein. § 166 Abs. 1 BGB soll Nachteile von dem Gegner anwenden, die sich ergeben würden, wenn man das Wissen des Vertreters unberücksichtigt ließe. § 814 BGB betrifft aber den Erhalt von Vorteilen bei der Gegenseite. Das ist eine gänzlich andere Konstellation, in der die Anwendung des § 166 Abs. 1 BGB nicht geboten ist, wie sie ohnehin ja nur eine analoge sein könnte.

Anders können die Dinge nur liegen, wenn der Vertretene dem Vertreter völlig freie Hand läßt oder dessen Leistungen in eigener Kenntnis der Rechtsgrundlosigkeit genehmigt.

6. Wissenszurechnungsprobleme aufgrund des Vorliegens von Organisationsmängeln

a) Allgemeine Problemstellungen der Wissenszurechnung

Es bleibt die Frage zu erklären, welche Kenntnisse innerhalb einer Organisation als vorhanden sind, wenn die kenntniserlangende Person als Stellvertreter oder Repräsentant mit dem fraglichen Geschäft, für das die Kenntnis von Bedeutung ist, befasst ist. Relevant ist die Frage vor allem bei der Zurechnung der Kenntnis von Organmitgliedern und sonstigen verfassungsmäßig berufenen

im Zivilrecht 1982, S. 103; Medicus, Problem der Wissenszurechnung, VersR Karlsruher Forum 1994, S. 10; BGHZ 41, 282, S. 287; Vgl. LG Frankfurt / M., VersR 1987 1185.

²⁴¹ Fischer, Mißbrauch der Vertretungsmacht, FS für Schilling, 1973, S. 7; BGH 1976, 913; BGH W M 1964 87.

Vertretern juristischer Personen. Hier wird weithin die Auffassung vertreten, daß die Kenntnis der Organmitglieder oder der verfassungsmäßig berufenen Vertreter auch unmittelbar die Kenntnis der juristischen Person sei. Jedoch ist auch eine Tendenz auszumachen,²⁴² die auf andere Überlegungen hinausläuft. Es mehren sich nämlich Stimmen, die letztlich auf die berechtigterweise zu erwartende Kommunikation zwischen dem Geschäftsherrn und die für ihn handelnden Personen abstellen.

Einer Organisation sind grundsätzlich diejenigen Kenntnisse zuzurechnen, welche die Person hat, die konkret für diese Organisation gegenüber dem Verhandlungspartner auftritt. Dies wird regelmäßig ein Vertreter oder eine zur Aufnahme und Weiterleitung von Informationen zuständige Repräsentant der Organisation sein.²⁴³ Hinsichtlich des Organmitglieds ist es unstrittig, daß dessen Kenntnis der juristischen Person zuzurechnen ist, wenn genau dieses Organmitglied für die juristische Person im Zusammenhang mit dem zur Diskussion stehenden Rechtsgeschäft mit Einzelvertretungsmacht gehandelt hat.²⁴⁴

Für alle anderen Personen ist die Rechtslage unklar und umstritten. Besonders problematisch ist dies bei Personen, die nicht als ausdrücklich als Vertreter fungieren, aber als sogenannte Repräsentanten oder Wissensvertreter nach der Arbeitsorganisation des Geschäftsherrn dazu berufen sind, im Rechtsverkehr für ihn bestimmte Aufgaben in eigener Verantwortung zu erledigen. Der

²⁴² BGHZ 83 293; LG Frankfurt NJW – RR 1986 1085; OLG karsuhr, VersR 1993 865.

²⁴³ Soergel – Leptien, Rndr. 5 zu § 166 BGB; MünchKomm. –Thiele, Rdnr. 19 zu § 166 BGB.

²⁴⁴ Grunewald, Barbara, Wissenszurechnung bei juristischen Person, FS für Beusch, 1993 301, S. 302; Taupitz, VersR Sonderheft Karlsruhe Form 1994, S. 25.

BGH²⁴⁵ geht davon aus, daß sich eine juristische Person beim Abschluß eines Vertrages immer das Wissen aller ihrer vertretungsberechtigten Organwalter zurechnen lassen müsse, selbst wenn der die Kenntnis habende Organwalter nicht von dem Vertrag gewußt habe. Demgegenüber ist festzustellen, daß sich diese Meinung eindeutig über die Regelung des § 166 Abs. 1 BGB hinwegsetzt.²⁴⁶ Danach kommt es für die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung, die durch die Kenntnis gewisser Umstände beeinflusst werden, nur auf die Person des Vertreters und nicht auf die des Vertretenen an. Der BGH²⁴⁷ lehnt die bisherige Rechtspraxis ab, die bei der Beurteilung der Kenntnis der Nichtschuld im Rahmen juristischer Personen auf den jeweils für die Leistung zuständigen Vertreter abgestellt hatte. Eine solche Auffassung würde einer Vertragsbearbeitung aufgrund eines abrufbaren Datenverbundes innerhalb einer juristischen Person nicht mehr gerecht.

b) Differenzierung zwischen Wissen und Wissenszurechnung

Das dem § 814 BGB zugrunde liegende Modell geht von der natürlichen Einzelperson aus, die für sich über das erforderliche Wissen verfügt oder nicht verfügt. Erst bei arbeitsteiliger Leistungserbringung stellt sich das nicht ausdrücklich geregelte Problem der Wissenszurechnung. Die Betrachtung der Problematik der Wissenszurechnung wird gemeinhin auf die Frage, ob das Wissen einer Person einer anderen Person zugerechnet werden kann, reduziert. Hierbei geht es um die Verantwortlichkeit für ei-

²⁴⁵ BGH NJW 1995 2159.

²⁴⁶ Baumann, ZGR 1973, S. 290; Richardi, Reinhard, Die Wissenvertretung AcP 169 385, S. 395.

²⁴⁷ BGH NJW 1993 2807; LG Frankfurt NJW – RR 1986 1085; BGH VersR 1987 1185.

nen Umstand, der nicht in eigener Person, sondern bei einer anderen Person eingetreten ist. Schließlich rechnet § 166 Abs. 1 BGB dem Vertretenen fremdes Wissen zu. Dagegen blickt § 166 Abs. 2 BGB auf den Vertretenen selbst.²⁴⁸ Daher bedeutet die Wissenszurechnung die Verantwortlichkeit für fremdes Wissen, für fremdes Verhalten und für fremde Informationsweitergabe. Wissen bedeutet dagegen die Verantwortlichkeit für eigenes Wissen, für eigenes Verhalten, für eigene Informationssuche und Abfrage aus einem vorhandenen Speicher.²⁴⁹

Bei Wissenszurechnung geht es um die Zurechnung von Wissenskomponenten. Dabei ist von Relevanz, welche Informationen von der anderen Partei benötigt werden, so daß für eine unverzügliche Weiterleitung zu sorgen ist. Wie es der Entscheidung des LG Frankfurt²⁵⁰ zugrunde liegt, handelt es sich bei der Wissenszurechnung um die Tatsachenfeststellung, die das notwendige Fundament bildet, um die Frage beantworten zu können, ob die fragliche Kenntnis noch in den jeweiligen Aufgabenkreis fällt. Schließlich ist anzumerken, daß privat erworbenes Wissen grundsätzlich nicht zuzurechnen ist.²⁵¹ Dies läßt sich damit begründen, daß eine auf den Gedanken des Organisationsmangels gegründete Zurechnung nur bis an die Grenzen der arbeitsteiligen Organisation innerhalb der Sphäre des Unternehmers, nicht aber darüber hin-

²⁴⁸ Taupitz, Wissenszurechnung nach englischem und deutschem Recht, VersR Sonderheft Karlsruher Forum 1994, 16, S. 17.

²⁴⁹ Bohrer, Michael, DNotZ 1991, 124, Anmerkung von BGH v. 5. 12. 1989, S. 129.

²⁵⁰ LG Frankfurt NJW-RR 1986, 1085.

²⁵¹ BGH DNotZ 1991, 122.

aus vorzunehmen ist,²⁵² weil der Nutzen aus der Arbeitsteilung dort sein Ende findet.

c) Die Zurechnung des Wissens der Organmitglieder

Was die Wissenszurechnung angeht, vermag das BGB die heute vor allem im Bereich der Wirtschaft vorherrschenden Bedingungen arbeitsteiligen Handelns insgesamt gesehen nicht befriedigend zu erfassen.²⁵³ Dies gilt für die Zurechnung des Wissens von Mitarbeitern (Hilfskräften) ebenso wie für die Zurechnung des Wissens von Organmitgliedern juristischer Personen.

Keine Schwierigkeit bereitet das Problem der Wissenszurechnung, wenn jemand erst durch einen anderen repräsentiert werden kann. Eine juristische Person kann nur durch ihre Organe handeln. Eine Wissenszurechnung findet nicht nur im Rahmen von § 166 Abs. 1 BGB bei der Abgabe und Entgegennahme von Willenserklärungen statt, sondern sie erfolgt überall dort, wo die Kenntnis bestimmter Umstände rechtserheblich ist. Die Notwendigkeit einer selbständigen Wissenszurechnung tritt nicht in Erscheinung, wenn gesetzliche Bestimmung die Kenntnis gewisser Umstände bei der Vornahme eines Rechtsgeschäfts für rechtserheblich erklären. Sofern ein Dritter z. B. Mitglieder der Organe die fraglichen Umstände kannte, findet § 166 Abs. 1 BGB unmittelbar Anwendung. Voraussetzung ist also, daß er als Stellvertreter das Rechtsgeschäft abgeschlossen hat.

§ 166 Abs. 1 BGB wird häufig als Grundlage der Wissenszurechnung genannt. Nach dieser Vorschrift kommt es auf die Kenntnis des Vertreters an. Diese Bestimmung paßt indessen nur schein-

²⁵² Taupitz, VersR Sonderheft Karlsruher Forum 1994, S. 27; Schult, Zur Vertretung im Wissen, NJW 1990, 477, S. 480.

²⁵³ Vgl. LG München ZIP 1988, 924.

bar für die Kenntnis eines Organs. Es kommt auf zwei Überlegungen an. Die erste ist die, daß § 166 BGB zwischen der Kenntnis des Vertreters und der des Vertretenen unterscheidet und § 166 Abs. 2 BGB ausnahmsweise auch einmal auf die Kenntnis des Vertretenen abstellt. Die Kenntnis eines Organs muß deshalb der juristischen Person als eigene Kenntnis zugerechnet werden können.²⁵⁴

Die zweite Überlegung betrifft den Zurechnungsgrund. § 166 Abs. 1 BGB stellt darauf ab, daß der Vertreter das konkrete Rechtsgeschäft im Namen des Vertretenen getätigt hat, während die Kenntnis eines Organs der juristische Person unabhängig davon zugerechnet wird, ob das Organ am konkreten Rechtsgeschäft mitgewirkt hat. Im rechtsgeschäftlichen Bereich ist die Kenntnis von Organmitgliedern unmittelbar Kraft der Organstellung zu berücksichtigen, ohne daß es dazu eines Rückgriffs auf § 166 Abs. 1 BGB bedürfte.

Insoweit bleibt aber anzumerken, daß es einen Mißbrauch der Organstellung darstellen kann und oft darstellen wird, wissentlich rechtsgrundlose Leistungen zu erbringen.²⁵⁵ In einem solchen Fall kann § 814 BGB der Kondiktion nicht im Wege stehen.

Namentlich bei der Haftung der juristischen Person hat sich eine Lehre von den Organisationsmängeln entwickelt.²⁵⁶ Auch Wissen, das der juristischen Person zur Verfügung stehen müßte, versucht

²⁵⁴ Schultz, Michael, Zur Vertretung im Wissen, NJW 1990 477, S. 481; BGH NJW 1982 1585.

²⁵⁵ OLG Köln NJW – RR 1990 760.

²⁵⁶ Palandt – Heinrichs, Rndr. 7 zu § 31; Medicus, VersR 1994, S. 14; Has-sold, Gerhard, Die Lehre vom Organisationsverschulden, JuS 1982 583, S. 586.

man, mit einer solchen Konstruktion zu aktivieren.²⁵⁷; es soll zu lasten der juristischen Person gehen, wenn Wissen zwar nicht vorhanden ist, aber bei gehöriger Organisation wäre. Solche Überlegungen mögen sinnvoll und geboten sein, wo es darum geht, Dritte vor Schaden zu bewahren, die mit der juristischen Person kontrahieren. Bei § 814 BGB geht es um derartiges nicht, wenn die Bestimmung Dritten Vorteile erhält, die eigentlich sachlich nicht begründet, rechtsgrundlos sind. Rechtsgrundlose Leistung zu vermeiden, kann eine besondere Organisationspflicht der juristischen Person nicht angenommen werden. Das wäre sogar gefährlich für den Geschäftsverkehr, weil es dazu führen könnte, daß auch geschuldete Leistungen nur mit Vorsicht und zögernd erbracht werden. Bei § 814 BGB ist vielmehr daran festzuhalten, wobei bei der juristischen Person eben nur als Leistenden ihr konkretes Organ auftritt, das auch noch im Rahmen seiner Zuständigkeit handeln muß.

Würde man eine Zurechnung der Kenntnis z. B. der Vertragsabteilung im Rahmen des § 814 BGB bejahen, könnten Unternehmen, die abteilungsmäßig organisiert sind, kaum noch Rückforderungsansprüche aus § 812 BGB geltend machen, wenn einem ihrer Mitarbeiter das Nichtbestehen einer Forderung bekannt war. Das wäre mit dem Sinn des § 814 BGB nicht vereinbar, der eine Ausprägung des allgemeinen Grundsatzes von Treu und Glauben darstellt.²⁵⁸ Ein Organisationsmangel ist gerade kein Fall des widersprüchlichen Verhalten, sondern ein Fall des vorwerfbareren Verhalten, so daß die Rechtsprechung²⁵⁹ zur rechtsgeschäftlichen Zurechnung im Schadenersatz – und Haftungsrecht auf die

²⁵⁷ Palandt – Heinrichs, Rndr. 8 zu § 166; MünchKomm. –Schramm, Rdnr. 17, 19 zu § 166 BGB; Staudinger – Schilken, Rdnr. 20 zu § 166;

²⁵⁸ BGH NJW 1989 2879 2881; BGHZ 73 202 205.

²⁵⁹ OLG Hamm BB 1995 2083.

Kenntnis i. S. des § 814 BGB nicht übertragbar ist. Da eine arbeitsteilmäßige Organisation und selbständige Bearbeitung von Auszahlungsanträgen auch im Interesse des Vertragspartners an einer schnellen Erledigung liegt, ist es auch nicht angebracht, die Kenntnis eines Mitarbeiters der Vertragsabteilung der Leistungsabteilung zuzurechnen

IV. Beschränkung des Anwendungsbereichs des § 814 Fall 1 BGB

1. Anwendbarkeit des § 814 Fall 1 BGB auf die *condictio sine causa*

Es soll erörtert werden, ob der Anwendungsbereich des § 814 Fall 1 BGB auf die *condictio sine causa* ausdehnt werden kann.

Denn man²⁶⁰ versucht, innerhalb des Tatbestandes des § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB zwischen den Fällen der *condictio indebiti* und *condictio sine causa* zu unterscheiden. Es ist also zunächst der Unterschied herauszuarbeiten, der dieser Ansicht nach zwischen der *condictio sine causa* und der *condictio indebiti* zu machen ist. Beide werden in dem § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB mit dem Ausdruck „ohne rechtlichen Grund“ zusammengefaßt. Die *condictio indebiti* ist dann einschlägig, wenn eine Leistung auf eine nicht bestehende und unwirksame Verpflichtung erbracht wird. Die *condictio sine causa* gliedert sich in drei Fallgruppen auf. Die erste Gruppe sind die Fälle der Verfehlung des Erfüllungszwecks bei bestehendem Kausalverhältnis, bei der zweiten Gruppe geht um die Fälle der *datio obligandi causa* und der *datio donandi causa*.

²⁶⁰ RGRK-Heimann-Trosien, Rdnr 75, 76 zu § 812; Fickentscher, 8. Aufl. 1991, § 99 I d) e), 3, Rdnr. 1094-1098; Esser / Weyers, 2000, § 48 I, § 49 I.

Ein solcher Fall ist z. B. dann gegeben, wenn man eine Handschenkung durchführen will, die Rechtsfolge aber wegen Geschäftsunfähigkeit des Empfängers nicht eintreten kann. Bei der dritten Gruppe schließlich geht es um Fälle²⁶¹ des Dissenses über das Kausalverhältnisses. Z. B. will der Leistende nur ein Darlehen begründen, aber der Empfänger nimmt die Sache als eine Schenkung an.²⁶²

Es wird also vertreten,²⁶³ daß die Fälle des Fehlens der eigentlichen Zweckvereinbarung (*condictio sine causa*) und die Erfüllung einer nicht bestehenden Verbindlichkeit (*condictio indebiti*) zu unterscheiden seien. Die differenzierungswürdige Besonderheit der Einzelkondiktion des § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB sei eine Verfehlung des Leistungszwecks, da die Güterverschiebung nicht von einem Schuldverhältnis der Parteien gedeckt sei.

Die Vornahme einer solchen Unterscheidung zwischen einer *condictio indebiti* im engeren Sinne und der *condictio sine causa* erscheint nicht einsichtig. Daher sind nach einer anderen Ansicht²⁶⁴ alle diese Fallgruppen eine *condictio indebiti* im weiteren Sinne gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB. Denn mit der Aussonderung der angeblichen Spezialgruppen werde sonst die unangebrachte Unterscheidung zwischen Zweckverfehlung und Rechtsgrundlosigkeit gemacht.

Jedenfalls lassen sich solche Güterverschiebungen mit der *condictio sine causa* rückgängig machen, denen die schuldrechtliche Grundlage fehlt. Kennt der Leistende dieses Fehlen des Rechts-

²⁶¹ RGRK-Heimann-Trosien, Rdnr. 76 zu § 812.

²⁶² RGZ 117, 287.

²⁶³ RGRK-Heimann-Trosien, Rdnr. 75 zu § 812.

²⁶⁴ Erman-Westermann, Rdnr. 45 zu § 812; Westermann, 1967, S. 210; Staudinger-Lorenz, Rdnr. 78 zu § 812.

grundes und leistet trotzdem, so muß die *condictio sine causa*, wenn man sie denn überhaupt als eigene *condictio* anerkennen will, jedenfalls durch analoge Anwendung des § 814 Fall 1 BGB ausgeschlossen werden. Nimmt man diese Unterscheidung nicht vor, so ist § 814 BGB ohnehin direkt anwendbar.

2. Anwendbarkeit des § 814 Fall 1 BGB auf Fälle des Nichtseintritts des mit der Leistung bezweckten Erfolges (*condictio ob rem*)

Nach § 812 Abs. 1 S. 2 Fall 2 BGB kann eine Leistung dann zurückgefordert werden, wenn der mit ihr „nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt“. Die Leistung, die in diesen Fällen erbracht wird, dient nicht der Erfüllung einer Verpflichtung, sondern einem anderen, zwischen den Parteien vereinbarten Zweck.²⁶⁵ Ein solcher über die Verpflichtung zur Leistung hinausgehender Zweck wird in Fällen der *condictio indebiti* gerade nicht vereinbart.

Unter dem bezweckten Erfolg im Sinne des § 812 Abs. 1 S. 2 Fall 2 BGB versteht man - zumindest bei zweiseitigen Verträgen - die Rückforderung der Leistung, die als Äquivalent für die Gegenleistung erbracht wird. Besteht hier aufgrund eines noch nicht rechtsgeschäftlichen Konsenses der Parteien ein Schwebezustand, wird das Vertrauen des Leistenden in die *causa futura* durch die Möglichkeit der Rückforderung nach § 812 Abs. 1 S. 2. Fall 2 BGB geschützt.²⁶⁶ § 814 Fall 1 BGB wäre nur anwendbar, wenn der Lei-

²⁶⁵ Vgl. Koppensteiner / Kramer, 12. Aufl., 1988, § 7 III 1; Esser / Weyers, 8. Aufl., 2000, § 49 II; Medicus, 9. Aufl., 1999, Rdnr. 644.

²⁶⁶ Vgl. Singer, 1983, § 5 III 3 c bb); Staudinger-Lorenz, Rdnr. 8 zu § 814; Kanzleiter, Der Ausschluß der Rückforderung von Leistungen auf formnichtige Grundstücksgeschäfte, DNotZ 1986, 258, S. 258.

stende in Zeitpunkt der Vorleistung bereits gewußt hätte, daß die Schuld nicht entstehen wird.

§ 812 Abs. 1 S. 2 Fall 2 BGB regelt die Fälle, in denen darüber hinaus noch ein weiterer Zweck zwischen den Parteien vereinbart war, der sich nicht in der Erfüllung einer Verbindlichkeit erschöpft. Ein solcher Zweck kann z. B. die Erbringung einer Leistung sein, mit der gerade bezweckt werden soll, daß das Rechtsgeschäft noch wirksam zustande kommt. Typischerweise ist dies der Fall bei der Anzahlung auf eine noch nicht rechtswirksam begründete Kaufpreisschuld.²⁶⁷ Hier hat der Leistende vor dem endgültigen Abschluß eines Kaufvertrages, also bevor es überhaupt eine rechtswirksam begründete Kaufpreisschuld gibt, eine Anzahlung geleistet. Weil er aufgrund einer Vereinbarung mit dem Verkäufer erwartete, daß der zunächst fehlende Rechtsgrund irgendwie nachträglich geschaffen werden würde, wollte er die von ihm angenommene künftige Schuld im voraus erfüllen. Wenn der Vertrag nun nicht mehr wirksam zustande kommt, kann er die Vorleistung zurückfordern.²⁶⁸ § 812 Abs. 1 S. 2 Fall 2 BGB hat also die Funktion, die Möglichkeit der Rückforderung der eigenen Leistung zu gewährleisten, wenn wegen des Fehlens eines Anspruchs gegen den Empfänger weder die Gegenleistung verlangt noch ein sekundärer Schadenersatzanspruch gestellt werden kann.²⁶⁹

²⁶⁷ BGH JZ 1961, 699; 1971, 556; BGH DB 1972, 348; Staudinger-Lorenz, Rdnr. 109 zu § 812; MünchKomm-Lieb, Rdnr. 174 zu § 812.

²⁶⁸ Larenz, Band II, 12. Aufl., 1981, § 69 II; Reuter / Martinek, 1983, § 5 III 1 a) aa).

²⁶⁹ Söllner, Der Bereicherungsanspruch wegen Nichteintritts des mit einer Leistung bezweckten Erfolgs, AcP 163, 20, S. 43; Medicus, Ansprüche auf Schadenersatz, JuS 1986, 665, S. 666; MünchKomm-Lieb, Rdnr. 162 zu § 812; Medicus, 9. Aufl., 1999, Rdnr. 691; Larenz, 12. Aufl., 1981, 69 II.

§ 814 Fall 1 BGB gilt nicht für Rückforderungsansprüche wegen des Nichteintritts des mit der Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckten Erfolges.²⁷⁰ § 814 Fall 1 BGB setzt Leistungen voraus, denen zur Zeit ihrer Bewirkung der Rechtsgrund gefehlt hat. Schon aus diesem Grund paßt der Wortlaut des § 814 Fall 1 BGB nicht auf die Fälle der Kondiktion wegen Ausbleibens des mit der Leistung bezweckten Erfolges.²⁷¹

Vielmehr hat das Gesetz in § 815 BGB eine eigene Regelung für den Rückforderungsausschluß in Fällen des Nichteintritts des mit der Leistung bezweckten Erfolges getroffen.

3. Anwendbarkeit des § 814 Fall 1 BGB auf Fälle des späteren Wegfalls des Rechtsgrundes (condictio ob causam finitam)

Bei der condictio ob causam finitam ist der spätere Wegfall des Rechtsgrundes die Voraussetzung für die Rückforderung der Leistung. Es besteht insofern eine Ähnlichkeit zur Rückforderung der Leistung zur condictio indebiti, als bei beiden Kondiktionsarten der Rechtsgrund fehlt, bei der condictio indebiti von Anfang an, bei der condictio ob causa finitam erst nachträglich.

Fraglich ist, ob § 814 Fall 1 BGB auf den Fall des späteren Rechtsgrundwegfalls angewendet werden kann, ob es also auf den Zeitpunkt des Wegfalls des Rechtsgrundes ankommt.

Im Gegensatz zur condictio indebiti erfaßt die condictio ob causa finitam die Leistung auf eine Verbindlichkeit, die tatsächlich besteht. Die Besonderheit der condictio ob causa finitam liegt darin,

²⁷⁰ § 812 Abs. 1 S. 2 Fall 2 BGB.

²⁷¹ Staudinger-Lorenz, Rdnr. 8 zu § 814; Welker, Bereicherungsrecht wegen Zweckverfehlung, 1974, S. 102.

daß der Rechtsgrund erst später endgültig weggefallen ist. Hauptfälle dieser Vorschrift sind die auflösende Bedingung, die Befristung und die einverständliche Vertragsaufhebung. Die praktische Bedeutung dieser Einzelkondiktion als Rückabwicklungsvorschrift ist beschränkt, da das BGB in vielen Fällen, auf die die *condictio ob causa finitam* an sich anwendbar wäre, Sonderregelungen mit Rechtsfolgenverweisungen auf das Bereicherungsrecht z. B. §§ 326 Abs. 4, 528 Abs. 1 S. 1 BGB getroffen hat.²⁷²

§ 814 Fall 1 BGB ist auf die Bereicherung wegen späteren Wegfalls des Rechtsgrundes gem. § 812 Abs. 1 S. 2 Fall 1 BGB nicht anwendbar, da Gegenstand der Kenntnis nach § 814 Fall 1 BGB die bei der Leistung vorhandene Rechtsgrundlosigkeit sein muß. Bei dem Rückforderungsanspruch gem. § 812 Abs. 1 S. 2 Fall 1 BGB lag aber zum Zeitpunkt der Erbringung der Leistung ein Rechtsgrund vor. Der Leistende ist dem Empfänger zur Erfüllung verpflichtet gewesen. Daher ist § 814 Fall 1 BGB auf die *condictio ob causam finitam* nicht anzuwenden.

²⁷² Loewenheim, Ulrich, Bereicherungsrecht, 1988, S. 48; Koppensteiner / Kramer, 2. Aufl., 1988, S. 55; Medicus, 9. Aufl., 1999, Rdnr. 647; Larenz / Canaris, 13. Aufl., 1994, § 68 I 2 a).

4. Anwendbarkeit des § 814 Fall 1 BGB auf Fälle der Gesetzesverstoßes oder der Sittenwidrigkeit durch Annahme der Leistung (condictio ob turpem vel iniustam causam)

§ 817 S. I BGB bildet im Verhältnis zur condictio indebiti einen Sonderfall, er enthält einen speziellen Tatbestand der Leistungskondiktion, bei der der Grund für die Rückübertragung der Leistung im Gegensatz zu den anderen Leistungskonditionen nicht darin liegt, daß der von den Parteien in Aussicht genommene Leistungszweck verfehlt wurde, sondern darin, daß der Leistungszweck von der Rechtsordnung mißbilligt wird und daher der Empfänger das Geleistete nicht behalten soll.

Diese Vorschrift erlangt keine größere Bedeutung für den Fall der Kenntnis des Leistenden von der Nichtschuld, da ein Gesetzes- und Sittenverstoß in den meisten Fällen gem. §§ 134, 138 BGB zur Nichtigkeit des Grundgeschäfts führt.²⁷³ Zum Beispiel hat ein Geschäftsmann einem Beamten als „Dankeschön“ für die Vornahme einer Diensthandlung ein Auto zukommen lassen. Der Kondiktionstatbestand des § 812 BGB könnte ausscheiden, wenn die Übersendung und Annahme des Autos einen Schenkungsvertrag zwischen Leistendem und Beamtem begründet hätte, und wenn die Schenkung wirksam wäre.

Die condictio indebiti würde bei Unwirksamkeit der Schenkung und damit fehlendem Rechtsgrund im Hinblick auf § 814 Fall 1 BGB ausscheiden, wenn der Leistende gewußt hat, daß er zur Leistung nicht verpflichtet war. Eine Rückforderung könnte aller-

²⁷³ Koppenscheiner / Kramer, 2. Aufl., 1988, S. 59; Loewenheim, 1988, S. 52; Fikentscher, 8. Aufl., 1991, Rdnr. 1111.

dings nach § 817 Fall 1 BGB erfolgen. Der Empfänger muß dazu mit positiver Kenntnis vom Gesetzesverstoß haben.²⁷⁴

Dem Kondiktionsanspruch aus § 817 S. 1 BGB kommt dann eigenständige Bedeutung zu, wenn das Grundgeschäft trotz des Rechts- oder Sittenverstoßes gültig ist, da sich der Verbotszweck der übertretenen Norm allein auf die Annahme der Leistung bezieht. Dies wird im Fall der Vorteilsnahme angenommen, da sich § 331 StGB nur gegen den Beamten richtet.²⁷⁵ Hat der Empfänger gegen ein Verbotsgesetz oder die guten Sitten verstoßen, und liegt ein Verbot mit einseitiger Strafanordnung gem. § 331 StGB vor, ist nur § 817 S. 1 BGB anwendbar. Hier ist die Anwendung des § 814 Fall 1 BGB nicht denkbar.

Wenn das Grundgeschäft wegen Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit unwirksam ist, ist die erbrachte Leistung wegen fehlenden Rechtsgrundes schon nach § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB kondizierbar, so daß § 817 S. 1 BGB daneben nur dann selbständige Bedeutung hat, wenn die *condictio indebiti* wegen § 814 Fall 1 BGB ausgeschlossen ist. Dann kann der Anspruch auf § 817 S. 1 BGB gestützt werden.²⁷⁶ Der Rückforderungs-ausschluß des § 814 Fall 1 BGB führt nicht gleichzeitig zum Ausschluß eines Anspruchs aus § 817 S. 1 BGB, da diese Vorschrift dem Leistenden das Recht zur Rückforderung ohne Rücksicht darauf gibt, ob er bei der Leistung das Nichtbestehen einer Verpflichtung hierzu gekannt hat oder nicht.

²⁷⁴ Vgl. Fickentscher, 8. Aufl., 1991, Rdnr. 1112, 1113; Reuter / Martinek, 1983, § 5 V 1; BGH NJW 1980, 452; BGH WM 1989, 1083.

²⁷⁵ Vgl. RGRK-Heimann-Trosien, Rdnr. 5 zu § 817; MünchKomm-Lieb, Rdnr. 4 zu § 817; Erman-Westermann, Rdnr. 4 zu § 817.

²⁷⁶ Honsell, Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte, 1974, S. 34, 139; Reuter / Martinek, 1983, § 5 V 1.

In diesem Fall hat § 817 S. 1 BGB eine unverzichtbare ergänzende Funktion. Im Falle einer Anwendung neben anderen Einzelkonditionen gilt für § 817 S. 1 BGB die besondere Haftungsverstärkung des § 819 Abs. 2 BGB. Wegen dieses Strafcharakters fordert das Gesetz auf Seiten des Empfängers Deliktsfähigkeit und ein Verschulden in Form der Kenntnis der Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit seines Handelns.²⁷⁷ Wenn diese gegeben ist, wiegt die Verletzung des Verbotsgesetzes oder die Sittenwidrigkeit schwerer als die Kenntnis des Leistenden vom Fehlen einer Verpflichtung zur Erfüllung. Wer durch die Annahme der Leistung gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstößt, kann die Rückgabe des Geleisteten also nicht mit der Begründung verweigern, der Leistende habe von der Nichtigkeit der Schuld gewußt. § 814 Fall 1 BGB ist also nicht anwendbar. Vielmehr stellt § 817 S. 1 BGB eine Ausnahme zur Regelung des § 814 Fall 1 BGB dar.

Im Ergebnis ist die Vorschrift des § 814 Fall 1 BGB auf die Rückforderung der Leistung wegen verwerflichen Empfang des Empfängers gem. § 817 S. 1 BGB nicht anwendbar.

²⁷⁷ MünchKomm-Lieb, Rdnr. 38 zu § 817; Koppensteiner / Kramer, 1988, S. 73; Reeb, Grundprobleme des Bereicherungsrechts, 1975, S. 64.

VIERTER ABSCHNITT:

VERHÄLTNIS VON § 815 BGB ZU § 814 BGB

I. Rückforderungsausschluß wegen Kenntnis der tatsächlichen oder rechtlichen Unmöglichkeit gem. § 815 Fall 1 BGB

1 condictio ob rem

Große dogmatische Einordnungsschwierigkeiten macht die Leistungskondiktion, die in den Fällen greifen soll, in denen der mit der Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt. Man hält den Anwendungsbereich der Kondiktion wegen Nichteintritts des mit der Leistung bezweckten Erfolges für eng begrenzt. Die Kondiktion findet lediglich in zwei Fallgruppen statt. Zum einen bei Erbringung einer Leistung auf ein noch nicht bestehendes Rechtsverhältnis in der Erwartung, daß es später zustande kommen werde und zum anderen bei bestimmten Realverträgen, deren Zweck kein anderer ist als der Zweck der Leistung selbst,²⁷⁸ z. B. bei der Schenkung einer Aussteuer, wenn die erwartete Heirat nicht zustande kommt, oder bei einem Zuschuß zum Zweck der Durchführung einer Forschungsreise, die dann unterbleibt.

Der Hauptfall ist derjenige, daß jemand einem anderen gegenüber eine Leistung in der erklärten Absicht erbringt, eine bestimmte Gegenleistung zu erlangen, ohne daß zuvor ein Vertrag im Sinne

²⁷⁸ Söllner, Der Bereicherungsanspruch wegen Nichteintritts des mit einer Leistung bezweckten Erfolges, AcP 163, S. 34.

des § 305 BGB zustande gekommen ist. Bei der Zahlung in der Hoffnung, daß der Vertrag abgeschlossen werde, kann sich daraus der Tatbestand des § 812 Abs. 1 S. 2 2. Alt. BGB entwickeln, wenn der Empfänger das mit der Leistungserbringung verbundene Vertragsangebot nicht annimmt. Zwar hat der Vorleistende eine Nichtschuld erbracht. Dennoch steht ihm eine *condictio indebiti* nicht zu, weil hier die speziellere Regelung des § 812 Abs. 1 S. 2 2. Alt. BGB einschlägig ist. Wer in Erwartung eines Vertragschlusses eine Vorauszahlung leistet, weiß, daß er dazu nicht verpflichtet ist. Dieses Wissen steht der Kondiktion wegen Nichteintritts des bezweckten Erfolges aber nicht entgegen, sofern der Leistende nicht die Unmöglichkeit des mit der Leistung bezweckten Erfolg von vornherein kannte. Nur dann greift § 815 BGB, der sich speziell auf die Kondiktion gem. § 812 Abs. 1 S. 2 2. Alt. BGB bezieht²⁷⁹ und auf andere Fälle der Leistungskondiktion nicht anwendbar ist.

Mit § 815 Fall 1 BGB versucht man, bei positiver Kenntnis ebenso wie bei § 814 Fall 1 BGB eine Rückforderung der Leistung in Kenntnis eines widersprüchlichen Verhaltens auszuschließen. Nach § 815 Fall 2 BGB ist diese Kondiktion auch ausgeschlossen, wenn der Leistende den Eintritt des Erfolges wider Treu und Glauben verhindert hat.²⁸⁰

Man²⁸¹ sieht die *condictio ob rem* im Grunde als einen Fremdkörper im heutigen Schuldrecht an. Zwischen der *condictio indebiti* und der *condictio ob rem* besteht nicht nur der terminologische

²⁷⁹ Larenz / Canaris, Band II 2, 13. Aufl., 1994, § 68 I 2; Brox, BT, 23. Aufl. 1998, Rdnr. 400.

²⁸⁰ Medicus, SchuldR. BT, 9. Aufl., 1999, Rdnr. 658; Koppensteiner / Kramer, 198, S. 59.

²⁸¹ Söllner, AcP 163, S.20; Liebs, JZ 1978, S. 697; V. Cammerer, FS für Rabel, 1954, S. 344.

Unterschied, sondern vor allem auch jene Verschiedenheit in den subjektiven Voraussetzungen. Die *condictio ob rem* setzt einen Irrtum über die Leistungspflicht nicht voraus und entfällt nur, wenn der Leistende wußte, daß die Gegenleistung unmöglich ist.

2. Funktion des § 815 Fall 1 BGB

Ein Bereicherungsanspruch besteht dann, wenn der mit einer Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt. Zu fragen ist also immer, welchen Zweck der Leistende mit der Zahlung des Kaufpreises an den Empfänger verfolgt hat. Nach einer vereinzelt vertretenen Ansicht²⁸² soll § 812 Abs. 1 S. 2 2. Alt. BGB auch dann anwendbar sein, wenn der Leistende *solvendi causa*, also zur Erfüllung der Verbindlichkeit aus dem Vertrag gezahlt hat. Nach der ganz herrschenden Ansicht²⁸³ setzt diese Vorschrift hingegen voraus, daß nicht bzw. nicht nur zur Erfüllung einer Verpflichtung geleistet wird. Das ergebe sich daraus, daß die Leistung nur zur Erfüllung einer Verbindlichkeit von § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt BGB erfaßt werde, wenn dieser Erfüllungszweck nicht erreicht werde. § 812 Abs. 1 S. 2 2. Alt. BGB sei hingegen anwendbar, wenn ein über die Erfüllung hinausgehender Erfolg verfolgt und nicht erreicht werde.²⁸⁴

Für die Fälle des Grundstückskaufs bei formnichtigem Kaufvertrag ergibt sich daraus, daß die Leistung des Käufers den Erfolg be-

²⁸² Lieb, Manfred, Bereicherungsanspruch wegen Mißerfolge und Wegfall der Geschäftsgrundlage, JZ 1978, S. 697; Rothoef, Dietrich, Vermögensverlust und Bereicherungsausgleich, AcP 163, s. 225; Erman, Horst, Die Funktion der Zweckvereinbarung bei der Erfüllung, JZ 1968, S. 549.

²⁸³ Medicus, BT, 9 Aufl., 1999, Rdnr. 644.

²⁸⁴ BGH WM 1980, 104; BGH NJW 1980, 451; BGH DNoTZ 1980, 227; BGH JuS 1980, 374; Reinicke, BGH JA 1980, S. 433, 435.

zweckt, daß der Vertrag trotz seiner Nichtigkeit durchgeführt wird.²⁸⁵ Wenn dieser Erfolg nicht eintritt, weil der Käufer nicht als Eigentümer im Grundbuch eingetragen worden ist, dann kann der Käufer von dem Verkäufer den gezahlten Kaufpreis gem. § 812 Abs. 1 S. 2 2. Alt. BGB kondizieren, wenn diesem Konditionsanspruch keine Einwendung entgegensteht.

Wenn man nach der Minderansicht in diesen Fällen § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt BGB anwenden würde, müßte die Rückforderung gem. § 814 Fall 1 BGB ausgeschlossen sein, wenn der Leistende die Formnichtigkeit kennt und daher weiß, daß er zu der Erbringung der Leistung nicht verpflichtet ist. Folgt man der herrschenden Meinung und wendet § 812 Abs. 1 S. 2 2. Alt. BGB an, ist das Rückforderungsrecht nur dann gem. § 815 BGB ausgeschlossen, wenn der Leistende gewußt hat, daß der Erfolgseintritt unmöglich ist oder den Eintritt des Erfolges wider Treu und Glauben verhindert hat.

Teilweise wird vertreten, in den Grundstücksfällen passe nicht der § 815 BGB, sondern es sei § 814 BGB anzuwenden. Die Rückforderung des Käufers solle gem. § 814 BGB ausgeschlossen sein, wenn er in Kenntnis der Vertragsnichtigkeit, d. h. ohne Verpflichtung zur Leistung, gezahlt habe. § 815 BGB erstrecke den Kondiktionsausschlußgrund des § 814 Fall 1 BGB auf die *condictio ob rem*.²⁸⁶

²⁸⁵ Reinicke, BGH JA 1980, S. 434.

²⁸⁶ MünchKomm-Lieb, Rdnr. 1 zu § 815; Soergel-Mühl, Rdnr. 1 zu § 815; Singer, Verbot widersprüchlichen Verhaltens, 1993, S. 257; Reuter / Martinek, 1983, § 6 I 1; Kanzleiter, Der Ausschluß der Rückforderung von Leistungen auf formnichtige Grundstücksgeschäfte, DNotZ 1986, S. 259, 260.

Diese Ansicht ist jedoch abzulehnen, § 814 Fall 1 BGB kann keine Anwendung auf die *condictio ob rem* finden.²⁸⁷ Schon der Wortlaut der Norm spricht dagegen. Darüber hinaus paßt aber auch der Grundgedanke der Vorschrift schon vornherein nicht auf die Leistung, die um eines künftigen Erfolges willen erbracht wird. Denn da der Leistende typischerweise einen Zweck verfolgt, der unabhängig von gegenwärtig bestehenden Rechtstiteln erreicht werden soll, hat die Kenntnis der gegenwärtigen Rechtsgrundlosigkeit keinen Einfluß auf die Zulässigkeit der Rückforderung beim Scheitern jenes speziellen Leistungszwecks. § 815 BGB regelt den Tatbestand in entsprechender Weise und ist daher als speziellere Regelung zu § 814 Fall 1 BGB anzusehen.

3. Überlegungen zu der Kenntnis im § 815 Fall 1 BGB

Nach einer Ansicht²⁸⁸ nach schließt § 814 Fall 1 BGB den Bereicherungsanspruch aus, wenn der Leistende um die Formnichtigkeit des Vertrages gewußt hat und somit Kenntnis davon hatte²⁸⁹, daß er zur Leistung nicht verpflichtet ist, weil kein Rechtsgrund vorliegt. Beim formnichtigen Rechtsgeschäft ist der Bereicherungsanspruch grundsätzlich auf die *condictio indebiti* zu stützen, die mit der Problematik des Forderungsausschlusses aber bei Kenntnis der Nichtschuld nach § 814 BGB ausgeschlossen ist. Die Konditionssperre der Kenntnis der Unmöglichkeit des Erfolgseintritts nach § 815 Fall 1 BGB bezieht sich auf die *condictio ob rem* gem. § 812 Abs. 1 S. 2 Fall 2 BGB. Wer wissentlich zur Erfüllung

²⁸⁷ MünchKomm-Lieb, Rdnr. 4 zu § 814; Erman-Westermann, Rdnr. 1 zu § 814; OLG Köln, 8. 4. 1994, NJW-RR 1994, 1026, S. 1027.

²⁸⁸ Reuter / Martinek, 1983, § 5 I 1, § 6 I 1; Larenz / Canaris, 1994, § 68 I 1, III 2.

²⁸⁹ Vgl. In dieser Arbeit, Vierter Abschnitt, II 3.

eines unmöglichen Zwecks leistet, will die Zweckerreichung in Wirklichkeit nicht, so daß er keinen Schutz verdient wie nach dem Wortlaut des § 814 Fall 1 BGB. Es kommt hier wie bei § 814 BGB auf positive Kenntnis von der Unmöglichkeit des Erfolgseintritts an. Dabei steht die rechtliche Unmöglichkeit der tatsächliche Unmöglichkeit gleich.²⁹⁰ Bloße Zweifel an der Erreichbarkeit des Erfolges reichen bei § 815 Fall 1 BGB nicht.

II. Rückforderungsausschluß des § 814 Fall 2 BGB im Vergleich zu § 815 Fall 2 BGB

1. Allgemeines zu § 814 Fall 2 BGB

Nach § 814 Fall 2 BGB ist die Rückforderung ausgeschlossen, wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach. Die Begriffe der sittlichen Pflicht und des Anstands lassen sich nicht generell und für alle Zeiten gültig bestimmen. Hier kommt es maßgebend auf die jeweilige Umstände des Einzelfalles an. Unter Berücksichtigung des Grundgesetzes wird man sich weniger auf die Ansichten der in Betracht kommenden Gesellschaftskreise oder der sozial Gleichstehenden berufen können.²⁹¹

Es gehört zum Tatbestand dieser Konditionssperre, daß der Leistende das Bestehen einer sittlichen Verpflichtung bewußt angenommen hat, während bei positiver Kenntnis vom Nichtbestehen der Schuld ein Rückforderungsanspruch des Leistenden bereits

²⁹⁰ Reuter / Martinek, 1983, § 6 III; Kanzleitner, DNotZ 1986, S. 259; Reinicke, JA 1980, S. 434; Singer, 1993, S. 255

²⁹¹ RGRK-Heimann-Trosien, Rdnr. 14 zu § 814; Staudinger-Lorenz, Rdnr. 18 zu § 814.

gem. § 814 Fall 1 BGB ausgeschlossen wäre. Und der Leistende glaubt im Fall 2 BGB an das Bestehen der Rechtspflicht, doch wird er durch eine Sittenpflicht oder Anstandsrücksicht gehalten, dem Empfänger die Leistung zu belassen.²⁹² Es ist hier unerheblich, ob der Leistende sich der Sittenpflicht oder Anstandsrücksicht bewußt war oder nicht. Eine solche Pflicht setzt voraus, daß bedürftige nahe Verwandte, die keinen gesetzlichen Unterhaltsanspruch haben, unterstützt werden. Die Kondiktion kann unter solchen Gesichtspunkten ausgeschlossen werden.

Nach den Protokollen der 2. Lesung des BGB – im E I war dieser Kondiktionsausschluß noch nicht vorgesehen – beruht sie auf die Vorstellung, daß die Rechtsordnung nicht verhindern darf, was dem Gefühl der Rechtsgenossen für Sitte und Anstand entspricht.²⁹³ Dieser Gedanke ist, „ das Recht dürfe nicht seine Hand dazu bieten, das sittliche Bewußtsein des Volkes zu verletzen“.²⁹⁴

2. Anwendungsbereich des § 814 Fall 2 BGB

Der Verlust der Bedeutung des § 814 Fall 2 BGB resultiert primär aus dem Ausbau des Netzes der sozialen Sicherungen, welche die Fälle von Unterhalts- und Unterstützungszahlungen für Familienangehörige ohne Rechtspflicht oder über eine bestehende Rechtspflicht hinaus hat selten werden lassen.²⁹⁵

Darüber hinaus existieren in einer modernen und arbeitsteiligen Gesellschaft nur ganz geringe allgemeine und moralische Ver-

²⁹² Reuter / Martinek, 1983, § 6 II, S. 193.

²⁹³ Prot. II, 695.

²⁹⁴ Prot. II, 695. Reuter / Martinek, 1983, § 6 II , S. 193; Staudinger-Lorenz, Rdnr. 16 zu § 814.

²⁹⁵ RGZ 104, 246, S. 249.

pflichtungen, die neben der Rechtsordnung bestehen und so eine sozialnormative Kraft entfalten. Sittliche Pflichten sind als moralische Kategorien meist nur noch individuell, aber kaum mehr intersubjektiv von Bedeutung, da sich Pflichten im mitbürgerlichen Rechtsverkehr weitgehend auf Rechtspflichten verkürzt haben. Schließlich ist die Sittenpflicht zur Versorgung eines Mitmenschen z. B. Verpflegung der kranken Mutter durch eine staatlichen Zwangsversicherung ersetzt.²⁹⁶

Trotz der geringeren Bedeutung des § 814 Fall 2 BGB spielt er noch in den Fällen eine Rolle, in denen die Sitten- oder Anstandspflicht gegenüber dem Mitmenschen durch gesetzliche Bestimmungen nicht ganz ersetzt werden kann, z. B. die Almosengabe an den Bettler, die Spende an eine soziale Hilfsorganisation und eine Unterstützung der Eltern oder sogar von Großeltern in der langen Zeit des Studiums der erwachsenen Kinder. Schließlich müssen die Umstände so sein, daß sich gar keine andere Absicht des Gebenden, etwa auf eine spätere Rückforderung, denken läßt.

Wer unterhaltsbedürftige Angehörige, denen gegenüber er nicht unterhaltspflichtig ist, in der Annahme unterstützt, das Gesetz zwingt ihn dazu, erfüllt nur eine sittliche Pflicht. Für das Bestehen einer solchen sittlichen Pflicht kommt es darauf an, daß bedürftige nahe Verwandte, die keinen gesetzlichen Unterhaltsanspruch haben, unterstützt werden oder ein Ehemann seine Frau über das angemessene Maß hinaus unterhält.²⁹⁷ Die Vorschrift des § 1360 b BGB schließt den Rückforderungsanspruch aus rechtlichen Gesichtspunkten aus, sei es wegen einer ungerechtfertigter Bereiche-

²⁹⁶ Reuter / Martinek, § 6 II, S. 194.

²⁹⁷ OLG FarmRZ 1990 774.

rung oder wegen einer etwaigen besonderen familienrechtlichen Ausgleichspflicht.

Die irrige Annahme einer solchen Verpflichtung berechtigt dann nicht zur Rückforderung. Dasselbe kann für solche Leistungen gelten, zu denen in der tatsächlich erbrachten Höhe keine Rechtspflicht bestand. Dabei wird allerdings vorausgesetzt, daß das angenommene Verwandtschaftsverhältnis tatsächlich bestand.²⁹⁸ Denn wenn das Verwandtschaftsverhältnis irrig angenommen wird, liegt keine sittliche Verpflichtung vor. Daher kann jemand, der dachte, er würde sein nichteheliches Kind ökonomisch unterstützen, jedoch gar nicht der Vater ist, seine Unterhaltsleistungen zurückfordern. § 814 Fall 2 BGB hindert die Rückforderung in diesem Fall nicht.

§ 814 Fall 2 BGB greift auch für ein abstraktes Versprechen, durch das eine jährliche Rente einem Geschwisterteil zugesagt wird oder wenn ein Ehemann seiner Frau über die gesetzliche Unterhaltspflicht hinaus Unterhalt gewährleistet. In diesem Fall kommt der Ehemann nur einer Anstandspflicht nach.²⁹⁹

3. Formnichtige Verträge

Die Berufung auf die Formnichtigkeit von Verträgen verstößt grundsätzlich nicht gegen eine sittliche Pflicht. Trotzdem liegt nach der Vermutung des Gesetzgebers³⁰⁰ ein Anwendungsbereich der Kondiktionsperre des § 814 Fall 2 BGB in den Fällen der Formnichtigkeit von Verträgen. Die Bedenken, daß § 814 Fall 2 BGB zu

²⁹⁸ Soergel – Mühl, Rdnr 18 zu § 814 BGB; Leuter / Martinek, 1983, § 6 II.

²⁹⁹ RGRK-Heimann-Trosien, Rdnr. 15 zu § 814; Soergel-Mühl, Rdnr. 16 zu § 814; RGZ 63, 38.

³⁰⁰ Prot. II, 695; Staudinger-Lorenz, Rdnr. 6 zu § 815.

einer Aushöhlung gesetzlicher Formvorschriften führen würde, haben sich aber nicht bewahrheitet.³⁰¹ Denn der Leistende kann kondizieren. Dieses einfache Prinzip hat der Gesetzgeber bereits durchbrochen, wenn er zuweilen die Rückforderung des auf formnichtiger Grundlage Geleisteten ausschließt.³⁰² Auch wenn der Leistende arglistig gehandelt hat, z.B. dadurch, daß er den Formmangel selbst veranlaßt hat, ist die Rückforderung nicht ausgeschlossen.³⁰³ Zwar kann sich der Problembereich der Berufung auf eine gesetzliche Formvorschrift mit § 814 Fall 2 BGB berühren, wenn in bestimmten Fällen eine moralische Verpflichtung zur Vertragsdurchführung besteht. Dies werden aber absolute Ausnahmefälle sein.

Nach der Dogmatik des Gesetzes bewirkt der Formmangel die Ungültigkeit der eingegangenen Leistungsverpflichtung. Die schon erbrachten Leistungen können kondiziert werden. Bereits aus dem Bereicherungsrecht ergibt sich, daß eine in Kenntnis der fehlenden Leistungspflicht erfolgte Güterverschiebung nicht rückgängig gemacht werden kann, da der solchermaßen Leistende nicht als des Rechtsschutzes bedürftig erachtet wird. Das Gesetz geht aber über das in § 814 BGB zum Ausdruck gekommene allgemeine Prinzip des bloßen Rückforderungsausschlusses durch das sogenannte Heilungsprinzip hinaus. Beim Schenkungsversprechen soll die Heilungswirkung nicht von der subjektiven Voraussetzung der Kenntnis von der mangelnden Leistungspflicht abhängig sein.³⁰⁴ Das Gesetz will mit dieser Vereinfachung der Praktikabilität des

³⁰¹ Staudinger-Lorenz, Rdnr. 17 zu § 814.

³⁰² Lorenz, Rechtsfolgen formnichtiger Schuldverträge, JuS 1966, 429; BGH NJW 1965 812.

³⁰³ RGZ 107, 357; Reuter / Martinek, § 6 II, S. 194; Soergel-Mühl, Rdnr. 16 zu § 814; Vgl. BGH NJW 1980 451.

³⁰⁴ Lorenz, NJW 1966, 434; RGZ 98, 237.

Rechts dienen. Wer nämlich formlos eine Schenkung versprochen hat und nun in der irrigen Annahme, damit rechtlich gebunden zu sein, die Leistung bewirkt, der kann nicht zurückfordern, obwohl die Warnfunktion der Formschrift für den Leistenden nicht wirksam gewesen ist. Schließlich wird im Fall der Heilung zum Schutz des Vertrauens des Leistungsempfängers auch dem formlosen Versprechen eine verpflichtende Kraft zuerkannt.

III. Rückforderungsausschluß bei Verstoß gegen Treu und Glauben gemäß § 815 Fall 2 BGB

1. Allgemeiner Überblick

Das Bereicherungsrecht bietet in § 815 Fall 2 BGB eine selbständige Vorschrift an, die eine spezielle Ausprägung des Gedankens der unzulässigen Rechtsausübung ist.³⁰⁵ Wenn dort die Rückforderung wegen Nichteintritts des mit der Leistung bezweckten Erfolgs wider Treu und Glauben verhindert wird, so handelt es sich innerhalb der Fallgruppe der unzulässigen Rechtsausübung um eine Versagung von Rechten wegen treuwidriger Begründung der Rechtsstellung.³⁰⁶

Was § 814 Fall 1 BGB für die Leistungskondition nach § 812 Abs. 1 S. 1 BGB darstellt, regelt vergleichbar der § 815 Fall 2 BGB für den Anspruch auf Rückgewähr wegen Nichteintritts des mit der Leistung bezweckten Erfolgs. Diese Vorschrift bringt den Gedanken zum Ausdruck, daß eine Rechtsposition nicht ausgenutzt

³⁰⁵ Palandt-Thomas, Rdnr. 3 zu § 242; Brox, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 1979, Rdnr. 445.

³⁰⁶ Staudinger-Lorenz, Rdnr. 2 zu § 815; RGRK-Heimann-Trosien, Rdnr. 5 zu § 815.

werden darf, die in treuwidriger Weise begründet wurde.³⁰⁷ Wer eine Leistung um eines bestimmten Erfolges willen erbringt, kann nicht zuerst diesen Erfolg vereiteln und dann aus seinem Ausbleiben Rechte herleiten wollen.

Mit der Vorschrift des § 815 Fall 2 BGB hat der Gesetzgeber einen Grundgedanken des Schuldrechts, der in § 162 BGB zum Ausdruck gekommen ist, für die *condictio ob rem* aktiviert. Die in § 815 Fall 2 BGB zum Ausdruck gelangte Wertung läßt sich auch als Parallele zu § 326 Abs. 2 BGB begreifen. So wie bei synallagmatisch verknüpften Gegenleistungen der eine Teil den Anspruch auf die Gegenleistung behält, wenn die Unmöglichkeit seiner eigenen Leistung von anderen Teil gem. 326 Abs. 2 BGB zu vertreten ist, so darf der Leistungsempfänger das aufgrund der Zweckvereinbarung Geleistete auch dann behalten, wenn der Leistende den Eintritt des bezweckten Erfolges vereitelt hat.³⁰⁸

2. Anwendungsbereich

Die Konditionssperre des § 815 Fall 2 BGB bezieht sich ausschließlich auf die *condictio ob rem* im Anwendungsbereich der Vorleistung, dagegen nicht auf die *condictio ob causam finitam*.³⁰⁹ Die Rechtsprechung³¹⁰ hat die analoge Anwendung von § 815 Fall 2 BGB auf die Kondiktion wegen späteren Wegfalls des rechtlichen Grundes abgelehnt, da es in casu nicht um Zweckverfeh-

³⁰⁷ Roth, Treu und Glauben beim Schwarzkauf, NJW 1980, 250, S. 252.

³⁰⁸ Staudinger-Lorenz, Rdnr. 2 zu § 185; Reuter / Martinek, 1983, § 6 IV; Lorenz / Canaris, Schuldrecht Band II/1 BT, 13. Aufl., 1994, § 68 III 2.

³⁰⁹ Soergel-Mühl, Rdnr. 1 zu § 815; Kühne, Die Rückforderung von Vermögenszuwendungen zwischen Ehegatten bei Scheidung der Ehe unter besonderer Berücksichtigung des Bereicherungsrechts, FamRZ 1968, 356, S. 361.

³¹⁰ BGH NJW 1968, 245; JZ 1968, 381; Kühne, FamR 1968, 356, S. 361.

lung, sondern um einen Wegfall des Rechtsgrundes geht, wo § 815 Fall 2 BGB nicht anwendbar sei. Gegen diese Analogie spricht weniger der Strafcharakter des § 815 BGB, sondern der Gedanke, daß ein Einbruch in das Gefüge der Abwicklungsvorschriften bei leistungsgestörten Dauerrechtsverhältnissen erzielt würde. Wenn also der Partner, der die vorzeitige Beendigung des Vertrages nicht zu vertreten hat, durch einen vom anderen Teil schuldhaft gesetzten Beendigungsgrund einen Schaden erlitten hat, so wird ihm über das Schadensrecht geholfen, nicht aber durch einen pauschalen Rückforderungsausschluß.³¹¹

Bei der Teilerfüllung führt die Anwendung des § 815 Fall 2 BGB zur Unzuträglichkeit, wenn ein Vertragsteil nicht vollständig, sondern erst teilweise geleistet hat, z. B. wenn erst eine Anzahlung auf den Kaufpreis erbracht wurde. Denn einerseits besteht dann bei grundlosem Meinungswechsel des Leistenden wegen § 815 BGB kein Rückforderungsanspruch, wegen der Nichtigkeit des Vertrages auch kein Anspruch gegen den Empfänger der Anzahlung auf die Gegenleistung und kein Anspruch des Vertragspartner auf restliche Erfüllung.³¹² Nur bei der Leistung trotz Kenntnis von der Formnichtigkeit des Vertrages und der Rückforderung nach § 812 Abs. 1 S. 2 Fall 2 BGB kann dem Bereicherungsanspruch der Einwand des § 815 Fall 2 BGB entgegengehalten werden. Es muß sein, daß derjenige, der eine auf ein formnichtiges Grundstücksgeschäft³¹³ erbrachte Leistung zurückfordert, nur die von Gesetz grundsätzlich an die Unwirksamkeit des Geschäfts

³¹¹ MünchKomm-Lieb, Rdnr. 3 zu § 815; Soergel-Mühl Rdnr. 1 zu § 815; Reuter / Martinek, 1983, § 6 IV, S. 198; Staudinger-Lorenz, Rdnr. 3 zu § 815.

³¹² Kanzleiter, Der Ausschluß der Rückforderung von Leistungen auf formnichtige Grundstücksgeschäft, DnotZ 1986, 258, S. 262; Vgl. BGH JA 1980, 433; BGH NJW 1980, 451; Vgl. in dieser Arbeit, Vierter Abschnitt II 3.

³¹³ BGH DNotZ 1980, 227; BGH NJW 1980, 451.

geknüpfte Konsequenz zieht. Von dieser Regel macht § 815 Fall 2 BGB nur unter den Voraussetzungen eines Verstoßes gegen Treu und Glauben eine Ausnahme. In diesem Fall geht es davon ab, daß der Leistende die Unwirksamkeit des Vertrages regelmäßig ebenfalls kennt und deshalb das Risiko seiner Rückabwicklung einkalkulieren müßte.³¹⁴

Diese Überlegungen führen dazu, daß an das Vorliegen eines Verstoßes gegen Treu und Glauben bei der nachträglichen Geltendmachung eines Formmangels nach Erfüllung bzw. Teilerfüllung nicht gegenüber den allgemeinen Voraussetzungen niedrigere, sondern besonders strenge Anforderungen zu stellen sind.

ZUSAMMENFASSUNG

I.

Das römische Privatrecht enthält für Vermögensverschiebungen die Regelungen der Rückgewähr. Diese Regelungen betreffen vor allem Vermögensverschiebungen aus dem Bereich der rechtsgeschäftlichen Güterbewegung zwischen zwei Person. Nach diesen Regelungen muß der Rückgewährschuldner grundsätzlich das zurückgeben, was er empfangen hat. Der Ausgleichsanspruch im römischen Recht ist eine bedeutende Schöpfung der Römer und lebt in fortgebildeter Gestalt in den heutigen Gesetzen weiter. Die Römer haben diese Ansprüche an die *condictio* gebunden. Diese *condictio* ließ sich über die förmlich begründeten Ansprüche aus der Stipulation heranziehen. Der praktisch wichtigste bereicherungsrechtliche Anwendungsfall der *condictio* ist die Rückforde-

³¹⁴ BGH JZ 1968 381; BGH JZ 1971 556.

rung einer Nichtschuld. Die römischen Juristen heben dabei hervor, daß die *condictio* aus einer Nichtschuld nicht eingreift, wenn der Schuldner trotz Kenntnis von der Nichtschuld gezahlt hat.

Als andere Fallgruppe steht daneben die *condictio ob rem*, deren erwünschte Realisierung der Geber ganz in das Belieben des Empfängers stellt, und die ursprünglich als anschließender Behaltensgrund angesehen worden ist. Im römischen Recht brauchte der Irrtum bei der *condictio indebiti* nicht entschuldbar zu sein, um die Rückforderung zu begründen.

Die gemeine Rechtswissenschaft drückt der Kondiktion den Stempel von Billigkeitsinstituten auf. Das gemeine Recht war an das klassische Aktionenschema und an die strengen Auslegungsgrundsätze für die klassischen Prozeßformeln nicht mehr gebunden. Man legte lediglich fest, daß der Kläger für die *condictio indebiti* nachweisen müsse, in entschuldbarem Irrtum geleistet zu haben.

In § 812 Abs. 1 S.1 BGB taucht der Irrtum als positive Rückforderungsvoraussetzung nicht auf. Hierbei geht es nur um einen fehlenden Rechtsgrund. Für das BGB ist der Irrtum des Leistenden eine negative Voraussetzung der Bereicherung.

II.

§ 814 Fall 1 BGB bezieht sich unmittelbar nur auf die *condictio indebiti* gem. § 812 Abs. 1 S.1 1. Alt. BGB. Er wird nach einer Ansicht als eine Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben in der Form des Verbotes eines *venire contra factum proprium* angesehen. Daher sei der Schutz des beim Empfänger der Leistung erweckten Vertrauens eigentlich die *ratio legis*. § 814 Fall 1 BGB ist eine Ausnahme der Leistungskondiktion. Nach dieser Vorschrift wird die Kondiktion trotz an sich fehlenden Rechtsgrundes versagt, wenn der Leistende die Kenntnis vom Fehlen des

Rechtsgrundes hat. So auch hier, wenn der Empfänger auf Kosten des Leistenden das Empfangene behalten soll. Dann muß allerdings eine spezielle Interessenlage das Behalten ausnahmsweise rechtfertigen. Der innere Grund dieser Rechtfertigung liegt darin, daß dem Empfänger nicht das Risiko übertragen werden soll, später über seinen Anspruch zu prozessieren. Eine solche Ermächtigung zum Behalten der Leistung bezieht sich nicht nur auf eine private Vereinbarung, sondern auch auf ein gesetzliches Schuldverhältnis, denn der Leistende leistet "causa solvendi".

Auch hat man für § 814 BGB rechtsgeschäftliche Erklärungen zu finden gesucht. Einige sehen die Norm des § 814 BGB als einen Sonderfall des Verzichts. Es liege eine unbeachtliche Mentalreservation des Leistenden vor, der an seiner Willenserklärung festgehalten werden müsse. Wieder andere sehen diese Vorschrift als einen gesetzlichen Rechtsgrund. Der Leistende könne trotz Kenntnis um die Nichtexistenz der Verbindlichkeit dem Leistungsempfänger eine Behaltensberechtigung des Geleisteten verschaffen z.B. eine mit der Leistung verbundene rechtsgeschäftliche Schenkung,

Diesen Auffassungen ist jedoch nicht zu folgen. Zwar sind die Auswirkungen des Verzichts mit den Auswirkungen der Leistung in Kenntnis der Nichtschuld gem. § 814 Fall 1 BGB gleich. Obwohl es aber einen Ausschluß des Rückforderungsanspruches wegen Verzichts in bestimmten Fällen gibt, kann man die Leistung in Kenntnis der Nichtschuld gem. § 814 Fall 1 BGB aber nicht generell als einen wirksamen Verzicht ansehen. Denn zum einen verlangt das Gesetz für den Verzicht einen Vertrag und zum anderen gibt es eine Verschiedenheit der Tatbestände, da beim Verzicht z. B. ein Rechtsgrund vorhanden ist, wohingegen dieser beim Eingreifen des § 814 Fall 1 BGB gerade fehlt.

Und es gibt einen gesetzlichen Unterschied zwischen dem Tatbestand des § 814 Fall 1 BGB und dem der Schenkung gem. § 516 BGB. Bei der Schenkung muß der Empfänger das Geleistete als Schenkung annehmen, da für die Schenkung ein beiderseitiges Einverständnis über die Unentgeltlichkeit erforderlich ist. Bei § 814 Fall 1 BGB hingegen liegt überhaupt keine Parteiabrede über die Unentgeltlichkeit der Leistung vor. Schließlich ist die Leistung in Kenntnis der Nichtschuld nicht mit einer Schenkung identisch und wie beim Verzicht gibt es bei der Schenkung ein Rechtsgrund, nicht aber bei § 814 Fall 1 BGB.

III.

Der Gewährleistungsausschluß wegen Kenntnis des Sachmangels wird als Folge eines rechtsgeschäftlichen Verzichts bzw. als Ausfluß des Verbots widersprüchlichen Verhaltens interpretiert. Die Interpretation des Gewährleistungsausschlusses als Folge eines rechtsgeschäftlichen Verzichts ist nicht zufriedenstellend. Ein solcher Verzicht auf Gewährleistungsrechte ist als Erlaß gem. § 397 Abs. 1 BGB möglich, setzt aber das vorherige Entstehen solcher Ansprüche voraus. Aber nach § 442 Abs. 1 BGB bzw. auch § 640 Abs. 2 BGB stehen dem Käufer solche Ansprüche von vornherein gar nicht zu. Auch erscheint es nicht überzeugend, den Grundgedanken des *venire contra factum proprium* hier heranzuziehen, da zum einen dieses Prinzip relativ unbestimmt ist und es zum anderen gerade die Frage ist, ob im Einzelfall ein treuwidriger Widerspruch zum vorhergehenden Verhalten vorliegt. Wegen § 814 Fall 1 BGB darf der Empfänger das Geleistete behalten, ohne daß es einen Rechtsgrund gibt und der Verkäufer, Unternehmer, Vermieter erhält ebenfalls durch den Gewährleistungsausschluß einen wirtschaftlichen Vorteil, der ihm eigentlich nach der Rechtsordnung gerade nicht zustehen soll. Trotz dieser ähnlichen Auswirkungen kann § 814 Fall 1 BGB nicht angewendet werden, wenn der Käufer, Besteller oder Mieter Kenntnis vom Mangel haben, da

die Rechtslage eine andere ist. Denn bei § 814 Fall 1 BGB ist Voraussetzung, daß ein Rechtsgrund fehlte. Dies ist bei Gewährleistungsausschluß gerade anders. Es besteht ein Rechtsgrund in Form eines Kauf-, Werk- oder Mietvertrages. Es geht beim Gewährleistungsausschluß nicht um Kenntnis einer Rechtsgrundlosigkeit, sondern um Kenntnis des Mangels.

IV.

Es ist fraglich, ob die Interessen des rechtgrundlos Bereicherten mehr Beachtung verdienen als die des Leistenden. Der § 814 Fall 1 BGB kann wegen seiner gesetzlich festgelegten starren Form zu einem unbefriedigenden Ergebnis führen.

Denn es ist nicht die Aufgabe des Bereicherungsrechts, eine ungerechtfertigte Bereicherung auf Seiten des Empfängers zu rechtfertigen und ihm eine Behaltensberechtigung einzuräumen.

Wenn man den Ausschluß der Rückforderung der Leistung in Kenntnis der Nichtschuld mit einem Verstoß gegen Treu und Glauben begründet, dann ist immerhin auch zu beachten, daß der Empfänger der Leistung grundsätzlich keinen Behaltensgrund hat, da er das Geleistete ohne Rechtsgrund behalten darf.

Daher soll einer Ansicht zufolge bei der Interessenabwägung zwischen dem Leistenden und dem Empfänger das Gewicht der Interessen des Leistenden (Entreicherten) stärker zu berücksichtigen sein, wenn er bei seiner Leistung in Kenntnis der Nichtschuld keinen Beweis für das Fehlen der Verpflichtung führen konnte und nur deshalb geleistet hat. Hier gibt es keinen Grund, den Interessenschutz des Leistenden gegenüber dem des Empfängers zurücktreten zu lassen.

Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens ist eine Einschränkung der Rechtsausübung, die aus dem Grundsatz von Treu und Glau-

ben herrührt. Nach dieser Ansicht ist es widersprüchlich, wenn jemand seine anfangs abgegebene Erklärung zu Lasten des anderen Teils später zu ändern versucht. Daher wird von dem Leistenden verlangt, an seiner ursprünglichen Erklärung festzuhalten. Unter diesen Umständen ist fraglich, ob § 814 Fall 1 BGB auch dann die Rückforderung des Leistenden ausschließen kann, wenn auf Seiten des Leistungsempfängers kein Vertrauenstatbestand geschaffen worden ist, weil er selbst auch das Nichtbestehen der Schuld kannte. § 814 Fall 1 BGB soll in diesem Fall dahingehend eingeschränkt werden, daß die Kondiktion nur ausgeschlossen sein soll, wenn der Leistende mit seiner wissentlichen Leistung auf die Nichtschuld einen Vertrauenstatbestand beim Empfänger geschaffen hat, der Empfänger also keine Kenntnis vom Nichtbestehen der Schuld hatte.

Die in § 812 Abs. 1 BGB angeordnete Umkehrzuordnung des Geleisteten an den Leistenden soll vom § 814 Fall 1 BGB unberührt bleiben. § 814 Fall 1 BGB verhindert lediglich das Entstehen einer auf die Realisierung des gesetzlichen Rückgewährverhältnisses gerichteten Rechtspflicht. Die Verpflichtung des Empfängers auf Rückgewähr geht ins Leere, wenn die rechtgrundlose Bereicherung weiter beim Empfänger bestehen bleibt. Es kommt nur ein forderungs- und verpflichtungsfreies Rückgewährverhältnis zustande, das der Empfänger freiwillig erfüllen kann, ohne hierzu rechtlich verpflichtet zu sein. Gibt der Empfänger das Geleistete im Hinblick auf § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB freiwillig zurück, da er nicht weiß, daß ihm eine Einwendung aus § 814 Fall 1 BGB zusteht, so ist nunmehr nicht etwa der andere Teil ungerechtfertigt bereichert.

V.

Es ist unbillig, daß der gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstoßende Vorleistende nach § 817 S. 2 BGB seinen Leistungs-

gegenstand endgültig und ohne Ersatzmöglichkeit verlieren soll, während der Empfänger, dem der gleiche Verstoß zur Last fällt, den Gegenstand behalten darf. Daher wird § 817 S. 2 BGB auch häufig als eine wenig befriedigende und gesetzgeberisch verfehlte Vorschrift bezeichnet und man hat versucht, den Anwendungsbereich des § 817 S. 2 BGB einzuschränken. Eine solche Einschränkung kann sich aus dem Sinn und Zweck der Verbotsgesetzes oder aus Treu und Glauben gem. § 242 BGB ergeben.

Es ist zu prüfen, ob die dem § 817 S. 2 BGB zugrunde liegende Rechtsschutzverweigerung nach dem Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes gerechtfertigt ist oder nicht. Wenn das Gesetz den sozial schwächeren Vertragspartner beim Fehlen einer Sonderregelung schützen will, muß entgegen § 817 S. 2 BGB dem Leistenden ein Rückforderungsrecht zugestanden werden. Man muß also überprüfen, wer in dem konkreten Fall durch das Gesetz geschützt werden soll.

Im Prinzip ist der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung darauf gerichtet, daß ein ohne Rechtsgrund erfolgter Rechtserwerb oder Vermögenserwerb rückgängig gemacht wird. Dieser Anspruch stellt nicht auf die Bereicherung, sondern auf die Herausgabe des Erlangten ab. Die nach § 818 Abs. 3 BGB mögliche Beschränkung auf den Betrag der noch vorhandenen Bereicherung ist demgegenüber eine ausnahmsweise Begünstigung des gutgläubigen Empfängers.

Hierzu gelangt man selbst ohne die Hinweise des Gesetzgebers aufgrund des Verhältnisses zwischen § 818 Abs. 3 BGB und §§ 818 Abs. 4, 819 BGB (verschärfte Haftung). Es ist mißverständlich, wenn der Bereicherungsanspruch von vornherein in sich auf den Betrag beschränkt ist, der sich aus einem Vergleich des Vermögens vor und nach dem Eintritt der rechtsgrundlosen Vermögensmehrung ergibt. Dahinter steht der Gedanke, daß ein gut-

gläubiger Empfänger von der Rechtsordnung in besonderer Weise geschützt werden muß. Es ist also festzustellen, daß die Beschränkung der Herausgabeverpflichtung des Empfängers auf die jetzt vorhandene Bereicherung nur dann eintritt, wenn und solange er den Mangel des Rechtsgrundes nicht kennt. § 818 Abs. 3 BGB wird nicht nur bei Bösgläubigkeit eingeschränkt, sondern auch über die Verweisung auf die allgemeinen Vorschriften in §§ 818 Abs. 4 und 819 BGB. Aufgrund dieser Verweisung wird die starre Vorschrift des § 818 Abs. 3 BGB etwas flexibler.

VI.

Sittliche Pflichten und Anstandsrücksicht gem. § 814 Fall 2 BGB sind als moralische Kategorien meist nur noch individuell, aber kaum mehr intersubjektiv von Bedeutung, da sich Pflichten im Rechtsverkehr weitergehend auf Rechtspflichten reduziert haben. Der Gesetzgeber erkennt den Hauptanwendungsbereich der Konditionssperre des § 814 Fall 2 BGB in den Fällen der Formnichtigkeit von Verträgen.

In diesen Fällen besteht eine moralische Verpflichtung zur Vertragsdurchführung. Das Gesetz geht über das in § 814 BGB zum Ausdruck gekommene allgemeine Prinzip des bloßen Rückforderungsausschlusses durch das Heilungsprinzip hinaus.

Die Zuwendungen in Erfüllung einer sittlichen Pflicht und Anstandsrücksichten sind im Rahmen des § 814 BGB als eigenständige, vom Tatbestand der wissentlichen Zahlung einer Nichtschuld, unabhängige Fallgruppe zu bewerten.

Das Bereicherungsrecht bietet in § 815 Fall 2 BGB eine selbständige Vorschrift an, die eine spezielle Ausprägung des Gedankens der unzulässigen Rechtsausübung ist. Wenn die Rückforderung wegen Nichteintritt des mit der Leistung bezweckten Erfolgs wider Treu und Glauben verhindert wird, so handelt es sich um eine

Versagung von Rechten wegen treuwidriger Begründung der Rechtsstellung. Schließlich enthält § 815 BGB eine rechtshindernde Einwendung des Konditionsschuldners, die sich speziell auf § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 2 BGB bezieht. Nach § 815 Fall 2 BGB ist diese Kondition ausgeschlossen. Dieser Ausschlußgrund enthält eine Ausprägung des Rechtsgedankens des § 242 BGB.

LITERATURVERZEICHNIS

Adler, Karl -Emanuel: Die Wirkung des Bereicherungsirrtums
JherJahrb. Bd 3, 1894, S. 199.

Bar, Christian: Vertragliche Schadenersatzpflichten ohne Vertrag?, JuS 1982 637.

Baumann, Horst: Die Kenntnis juristischer Person des Privatrechts von rechtserheblichen Umständen, ZGR 1973 284.

Baumgärtel, Gottfried: Handbuch der Beweislast im Privatrecht I 1981.

Baur, Stürner: Sachenrecht, 17. Aufl. 1999.

Beseler, Gerhard: Juristische Miniaturem 1929.

Böggering, Peter: Die Abnahme beim Werkvertrag JuS 1978 512.

Bohrer, Micheal: DNotZ 1991 124, Anmerkung von BGH v. 5. 12. 1989

Brandt, Hans: Eigentumserwerb und Austauschgeschäft 1940.

Brox, Hans: Besondere Schuldrecht 23. Aufl. 1998.

Brox, Hans: Allgemeines Schuldrecht 25. Aufl. 1998.

Beuthien, Volker: Zuwender und Leistender - Ein kritischer Beitrag zur neuen Terminologie bei Leistungen im bereicherungsrechtlichen Dreieck JZ 1968 323.

Canaris, Claus - Wilhelm: Die Vertrauenshaftung in deutschen Privatrecht 1972.

Canaris, Claus - Wilhelm: Vertrauenshaftung, FS für Larenz 1983 91.

Canaris, Claus - Wilhelm: Anmerkung zur minderjährigen blinden Flugpassagier, BGH Urteil von 7. 1. 1971, JA 1971 556, S. 560.

Coing, Helmut: Europäisches Privatrecht I 1985.

Dauner, Barbara: Der Kondiktionsausschluß gemäß § 817 S. 2 BGB, JZ 1980, 459

Ehmann, Horst: Ist die Erfüllung Realvertrag ? NJW 1969 1833.

Ehmann, Horst: Die Funktion der Zweckvereinbarung bei der Erfüllung, JZ 1968 549.

Erman, Walter: Handkommentar zum BGB, I II Band, 10 Aufl., Münster 2000.

Esser, Josef: Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrecht 3. Aufl. 1974

Esser - Weyers: Schuldrecht Band II BT Teilband 2 8. Aufl. 2000.

Erxleben, Albrecht: Der Irrtum bei der *condictio indebiti* 1988.

Fabricius, Fritz: Einschränkung der Anwendung des § 817 S. 2 BGB durch den Zweck des Verbotsgesetzes?, JZ 1963, 85.

Fickentscher, Wolfgang: Schuldrecht 8. Aufl. 1991.

Fischer, Robert: Der Mißbrauch der Vertretungsmacht, in : FS für Schilling 1973.

Flessner, Wegfall der Bereicherung – Rechtsvergleichung und Kritik 1970.

Flume, Werner: AT des Bürgerlichen Recht Bd. 2, 4 Aufl., 1998.

- Flume, Werner: Bürgerliches Recht 18. Aufl. 1999, § 27 III 1.
- Flume, Werner: Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung von römischen zum geltenden Recht FS für Hans Niedermeyer 1953 103.
- Flume, Werner: Anmerkung BGH JZ 1990 548.
- Flume, Werner: Die Entreicherungsgefahr und die Gefahrtragung bei Rücktritt und Wandlung, NJW 1970, 1161.
- Gernhuber, Joachim: Formnichtigkeit und Treu und Glauben, FS für Schmidt – Rimpler 1957 172
- Grunewald, Barbara: Wissenszurechnung bei juristischen Personen, FS für Karl Beusch 1993 301.
- Gursky, Karl Heinz: Ersparnisgedanke und Reserveursache im Bereicherungsrecht, JR 1972, 279
- Handelsgesetzbuch: Kommentar / Heymann, Hrsg. von Norbert Horn, 2 Aufl. Band 1 1995.
- Hassold, Gerhard: Die Lehre vom Organisationsverschuld, JuS 1982 583.
- Hassold, Gerhard: Die Mängelhaftung im Mietrecht, JuS 1975, S. 550.
- Hausmaniger, Herbert / Selb, Walter: Römisches Privatrecht 7. Aufl. 1994.
- Häsemeyer, Ludwig: Die Bedeutung der Form im Privatrecht, JuS 1980 1.
- Hadding, Walter: Die Verweisung auf die Vorschriften über Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung im BGB, FS für Mühl 1981 240.

Honsell, Heinrich: Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäft 1974.

Honsell, Heinrich : Bereicherungsanspruch und Schadenersatz bei arglistiger Täuschung NJW 1973 350, S. 350ff;.

Huber, Ulrich: Der Unfall des betrogenen Gebrauchtwagenkäufers – BGHZ 57, 137, JuS 1972, 439, 443.

Jacobs, H. H.: Die Abnahme beim Werkvertrag AcP 186 145.

Jauernig, BGB 6. Aufl.1991.

Jagenburg, Walter: Die Rechtsprechung zum privaten Bau - und Bauvertragsrecht im Jahre 1973, NJW 1973 2264.

Jagenburg, Walter: Geldersatz für Mangel trotz vorbehaltloser Abnahme? BauR. 1974 361.

Kaehler, Christian – Michael: Bereicherungsrecht und Vindikation Allgemeine Prinzipien der Restitution- 1972.

Kanzleiter, Rainer: Anmerkung v. OLG Hamm, 21. 1. 1985, DNotZ 1986 745.

Kanzleiter, Rainer: Der Ausschluß der Rückforderung von Leistungen auf formnichtige Grundstücksgeschäfte , DNotZ 1986 259.

Kaser, Max: Das römische Privatrecht 1972.

Kaser, Max: Das römische Privatrecht 14. Aufl. 1986.

Käßer, Petra: Der fehlerhafte Arbeitsvertrag 1975.

Keilholz, Kurt: Um eine Neubewertung der Abnahme im Werkvertrags – und Baurechts, BauR 1982 121.

Kellmann, Christof: Bereicherungsausgleich bei Nutzung fremder Rechtsgüter, NJW 1971 862 .

Knobbe – Keuk, Brigitte: Verunglückte Schenkung, FS für Flume 1979, 149.

Knütel, Rolf: Anmerkung zu BGHZ 55 128, JR 1971 293.

Köhler, Christian - Michael: Bereicherungsrecht und Vindikation, Allgemeine Prinzipien der Restitution 1972, S. 187.

Köhler, Helmut: Zur Rechtsnatur der Mängelhaftung bei der Veräußerung neuerrichteter Bauwerke, NJW 1984 1321.

Köhler, Helmut: Zur Funktion und Reichweite der gesetzlichen Gewährleistungsausschlüsse, JZ 1989 761.

Köhler, Helmut: Grundfälle zum Gewährleistungsrecht bei Kauf, Miete und Werkvertrag, JuS 1979 268.

Köhler, Helmut: Schwarzarbeitsvertrag: Wirksamkeit, Vergütung, Schadenersatz , JZ 1990 466.

Köhler, Helmut: Patronasterklärungen als Kreditsicherheit: Tatsächliche Verbreitung Wirtschaftlich Gründe – rechtliche Bedeutung, WM 1978 1334

Kötter, Hans – Wilhelm: Zur Rechtsnatur der Leistungskondition, AcP 153, 193.

Koch, Eckart: Gewährleistungsvorbehalt, § 460 BGB und Vertragsabschluß, NJW 1981 1658.

Koch, Harald: Bereicherung und Irrtum 1978.

Kohte, Wolfhard: Die Konditionssperre nach § 814 . Alt. 1 BGB, BB 1988 633.

Kohte, Wolfhard: Die Rechtsfolgen der Mietpreisüberhöhung, NJW 1982 2803.

Kornblum, Udo: Das Geschenk der Defraudantin - BGH NJW 1969 605, JuS 1970 440.

König, Detlef: Ungerechtfertigte Bereicherung 1984.

Koller, Ingo: Öffentlichrechtliche Nutzungsbeschränkungen und Eingriffsbefugnisse als Rechtsmängel - BGH NJW 1983 275, JuS 1984 106.

Kommentar zu Handelsstand, Handelsgesellschaften, Handelsgeschäften und besonderen Handelsverträgen von Volker Röhrich 1998.

Koppensteiner, Hans - Georg. / Kramer, Ernst A.: Ungerechtfertigte Bereicherung , 2. Aufl.1988.

Koschembahr – Lyskowsk, J: Condictio als Bereicherungsklage im klassischen römischen Recht 1903

Kunkel / Honsell: Römisches Recht 1987.

Kupisch, Berthald: Ungerechtfertigte Bereicherung - Geschichtliche Entwicklung 1987.

Kupisch, Berthald: Zum Rechtsgrund i. s. des § 812 BGB bei Erfüllung, Eine rechtsdogmatische und rechtsgeschichtliche Untersuchung NJW 1985 2370 -.

Kupisch, Berthald: Die Versionsklage 1965.

Kühne, Gunther: Die Rückforderung von Vermögenszuwendungen zwischen Ehegatten, Bei Scheidung der Ehe unter besonderer Berücksichtigung des Bereicherungsrecht, FamRZ 1968 356.

Küpper, Wolfgang: Schadenersatz aus c. i. c beim gescheiterten Abschluß eines formbedürftigen Vertrages DB 1990 2460

Landwehr, Götz: Die Haftung der juristischen Person für körperchaftliche Organisationsmängel AcP 164 482.

Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts Band I 14. Aufl. 1987.

Larenz, Karl: Schuldrecht Band II Halb. I BT 13. Aufl. 1986.

Larenz, Karl: Schuldrecht II 12 Aufl. 1981.

Larenz, Karl / Canaris, Claus - Wilhelm: Lehrbuch des Schuldrechts Bd. II. Halb. 2, 13. Aufl. 1994.

Leonhard, Franz: Besonderes Schuldrecht des BGB, Band II, 1931.

Levy, Ernst: Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen, römischen Recht 1964.

Lieb, Manfred: Nutzungsmöglichkeit als Gegenstand in Bereicherungsansprüchen, NJW 1971, 1289.

Lübtow, Ulrich: Beiträge zur Lehre von der *condictio* nach römischen und geltendem Recht 1951.

Loewenheim, Ulrich: Bereicherungsrecht 1988.

Lorenz, Werner: Bereicherungsrechtliche Drittbeziehungen, JuS 1968 441.

Lorenz, Werner: Rechtsfolge formnichtiger Schuldverträge, JuS 1966 429.

Lorenz, Werner: Anmerkung v. BGH JZ 1968 38.

Lüderitz, Alexander: Der praktische Fall, JuS 1970 182.

- Martinek, Michael: Zur Kenntnis des Bereicherungsschuldners vom Rechtsmangel als Voraussetzung seiner verschärften Haftung, JZ 1996, S. 1099.
- Mayer, Jörg: Der Rechtsirrtum und seine Folgen im Bürgerlichen Recht 1989.
- Mayer – Maly, Theo: Das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit 1971.
- Mayer - Maly, Theo: Rechtsirrtum und Rechtsunkenntnis als Probleme des Privatrecht, AcP 170 133.
- Mayer - Maly, Theo: Rechtsirrtum und Bereicherung FS für Heinrich Lange 1970 293.
- Mayer - Maly, Theo: Römisches Privatrecht 1996.
- Medicus, Dieter: Grenzen der Haftung für culpa in contrahendo, JuS 1965 209.
- Medicus, Dieter: Vergütungspflicht des Bewucherten?, Gedächtnisschrift für Rolf Dietz 1973 61.
- Medicus, Dieter: Kaufvertrag und Werkvertrag, JuS 1992 273.
- Medicus, Dieter: Schuldrecht I AT 11 Aufl. 1999.
- Medicus, Dieter: Schuldrecht II BT 9 Aufl., 1999.
- Medicus, Dieter: Bürgerliches Recht 18. Aufl. 1999.
- Medicus, Dieter: Problem der Wissenszurechnung, VersR Sonderheft Karlsruher Forum 1994 4.
- Michael, Schutz: Zur Vertretung im Wissen, NJW 1990 477.
- Migsch, Erwin: Die sogenannte Pflichtschenkung, AcP 173 46

Mittenzwei, Ingo: Mitverschulden des Käufers bei der Bestimmung des Haftungsumfang für Sach - und Rechtsmängel im Kaufrecht - BGHZ 110 196, JuS 1994 187.

Münchener Kommentar zum BGB

Band 1: Allgemeiner Teil 4. Aufl., München 2001;

Band 2 : Schuldrecht, AT, 3. Aufl., München 2001;

Band 3, 1. Halbband: BT, 3. Aufl., München 1995;

Band 3, 2. Halbband: BT, 3. Aufl., München 1994.

Band 8 : Familienrecht II, 4 Aufl. München 2002.

Münchener Kommentar zum HGB; Band 1, 1996.

Musielak, Hans – Joachim: Grundlage der Beweislast 1975.

Otte, Gerhard: Konkretisierung der Bösgläubigkeit der rechtsgrundlosen Besitzes gem. § 819 I BGB

Palandt BGB Kommentar, 60 Aufl. 2001.

Pinger, Winfried: Was leistet der Leistungsbegriff im Bereicherungsrecht?, AcP 179 315.

Peters, Frank: Gründfälle zum Werkvertragsrecht JuS 1992 1022 - 1993 290.

Peters, Frank: Der Anspruch auf Schaderersatz wegen Nichterfüllung gem. § 635 BGB, JZ 1977 458.

Peters, Frank: Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei vorbehaltloser Abnahme einer als mangelhaft erkannten Werkleistung ? NJW 1980 751.

Peters, Frank: Der Anspruch auf Abnahme bei Kauf und Werkvertrag FS für Max Keller 1989 228.

Peters, Frank: Unselbständige Rechnungsposten und selbständige Forderungen , JZ 1986 669.

Probst, Martin: Rückabwicklung und Rechtskenntnis - Zur Interpretation des § 819 Abs. 1 BGB, AcP 196, 225.

Prölss, Jürgen / Martin, Anton: Versicherungsvertragsgesetz 26. Aufl. 1998, Rdnr 3 zu § 2VVG.

Reeb, Hartmut: Gründfälle zum Bereicherungsrecht , JuS 1972 586.

Reeb, Hartmut: Grundprobleme des Bereicherungsrechts, 1975.

Reinicke, Dietrich: Einwendungen gegen einen Bereicherungsanspruch wegen Nichteintritt des bezweckten Erfolges, Anmerkung zu BGH JZ 1980 433.

Reinicke, Dietrich: Rechtsfolgen formwidrig abgeschlossener Verträge 1969.

Reinicke, Dietrich / Tiedtke, Klaus: Schadenersatzpflichten aus Verschuld bei Vertragsabschluß nach Abbruch von Vertragsverhandlungen ohne triftigen Grund, ZIP 1989 1093.

Reinicke, Michael: Anmerkung v. BGH JZ 1980 433.

Reinking, Kurt / Kippels, Georg: Arglisthaftung und Organisationsverschulden, ZIP 1988 892.

Reuter, Dieter / Martinek, Michael: Ungerechtfertigte Bereicherung 1983.

RGRK Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Kom-

mentar, hrsg, von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes; Band II, 2. Teil (§§ 414 – 610), 12. Aufl., Berlin 1978; Band II 5. Teil (§§ 812 – 831), 12 Aufl., Berlin 1989.

Richardi, Reinhard: Die Wissensvertretung, AcP 169 389.

Riesenhuber, Karl: Der Gewährleistungsausschluß wegen nachträglich erkannter Mängel im Mietrecht, ZMR 1994 394.

Rittner, Fritz: Rechtswissen und Rechtsirrtum im Zivilrecht, FS für Fritz von Hippel 1967 391.

Roth, Günter: Treu und Glauben beim Schwarzarbeit, NJW 1980 250.

Rothoef, Dietrich: Vermögensverlust und Bereicherungsausgleich, AcP 163, 215.

Savigny, Friedrich Carl: System des heutigen römischen Rechts II, 1840.

Schubert, Werner: Windschein und Bereicherungsrecht der 1. Entwurfs des BGB 1975

Schilken, Eberhard: Wissenszurechnung in Zivilrecht 1983.

Schilken, Eberhard: Zur Bedeutung des § 822 BGB, JR 1989 363

Schilken, Eberhard: Gesellschaftsrecht 1986.

Schneider, Egon: BDR 1969 666, Anmerkung v. AG Adelsheim 11. 12. 1968.

Schwarz, Fritz: Die Grundlage der *condictio* im klassischen römischen Recht 1952.

Schreiber, Klaus: Der Bösgläubigkeit des Bereicherungsschuldners, JuS1978 230.

Schreiber, Klaus: Die Haftung für Hilfspersonen, Jura 1987 643.

Schulz, Michael: Zur Vertretung im Wissen, NJW 1990 477.

Schulz, Wolfgang: Die Bedeutung der Kenntnis des Vertretenen beim Vertreterhandeln für juristische Personen und Gesellschaften, NJW 1996 1392.

Schwarz, Fritz: Die Grundlage der *condictio* im klassischen römischen Recht 1952.

Schwarz, Fritz: Classical Roman Law 1961.

Schwenker, Christian: Die Vollmacht des Vermittlungsagenten beim Abschluß von Versicherungsverträgen, NJW 1992 728.

Sellert, Wolfgang: Zur Anwendung der § 831, 31 BGB auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, AcP 175 77.

Siebert, Wolfgang: Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtausübung 1934.

Simshäuser, Wilhelm: Windscheides Voraussetzungslehre *rediviva* AcP 172 19.

Singer, Reinhard: Formnichtigkeit und Treu und Glauben, WM 1983 254.

Singer, Reinhard: Das Verbot widersprüchliche Verhaltens 1993.

Soergel Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen.

Band I: Allgemeiner Teil, 1, 2, 13. Aufl., 1999, 2000;

Band II: Schuldrecht I, 12 Aufl., Stuttgart 1999;

Band III: Schuldrecht II, 12 Aufl., 1992.

Band VIII: Familienrecht II, 12 Aufl. 1987.

Söllner, Alfred: Der Bereicherungsanspruch wegen Nichteintritts des mit einer Leistung bezweckten Erfolges, AcP 163 20.

Sonnenschein, Jürgen: Die Entwicklung des privaten Wohnraummietrecht 1986 bis 1988, NJW 1990 20.

Sonnenschein, Jürgen: Die Entwicklung des privaten Wohnraummietrechts 1989 - 1996, NJW 1997, S. 1282.

Sonnenschein, Jürgen: Schwarzarbeit JZ 1976 497.

Staudinger, Julius Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen;

Allgemeiner Teil (§§ 21 – 103), 13 Aufl., Berlin 1995;

Allgemeiner Teil (§§ 90 – 240), 13. Aufl., Berlin 1995;

Recht der Schuldverhältnisse (§§ 241 – 243), 13. Aufl., Berlin 2000;

Recht der Schuldverhältnisse (§§ 433 – 534), 13. Aufl., Berlin 1999;

Recht der Schuldverhältnisse (§§ 631 – 651), Neubearbeitung Berlin 2000;

Recht der Schuldverhältnisse (§§ 812 – 822), Neubearbeitung Berlin 1999.

Recht des Familienrechts (1638 – 1683), 13 Aufl. 2000.

Sternel, Friedemann: Mietrecht 1988.

Sternel, Friedemann: Mietrecht 3. Aufl. 1994.

Tiedte, Klaus: Die gegenseitigen Ansprüche des Schwarzarbeiters und seines Auftraggebers, DB 1990 2307.

Tiedte, Klaus: Baubetretungsvertrag und Schwarzarbeit, NJW 1983 714.

Taupitz, Jochen: Wissenszurechnung nach englischen und deutschen Recht, VersR Sonderheft Karlsruher Forum 1994 16

Tuhr, v. Andreas: Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, Festgabe für Ernst Immanuel Bekker, 1907, 291.

V. Caemmerer: Bereicherung und unerlaubte Handlung, FS für Rabel 1954 337.

Wacke, Andreas: donatio non praesumitur, AcP 191 1.

Walter, Gerhard: Die fahrlässige Unkenntnis des Käufer vom Rechtsmangel als Mitverschulden, Jura 1991 78.

Waltermann, Raimund: Arglistiges Verschweigen eines Fehlers bei der Einschaltung von Hilfskräften, NJW 1993 889.

Waltermann, Raimund: Zur Wissenszurechnung - am Beispiel der juristischen Personen des privaten und öffentlichen Rechts, AcP 192 181.

Weimar, Wilhelm: Anspruchsgrundlage bei Rückwirkung der Anfechtung, JR 1871, 64.

Weitnauer, Herman: Die Leistung, FS für Ernst von Caemmerer 1978 256.

Weitnauer, Herman: Die bewußte und zweckgerichtete Vermehrung fremden Vermögen, NJW 1974 1729, S. 1730.

Welker, Gerhard: Bereicherungsrecht wegen Zweckverfehlung 1974.

Westermann, Harm Peter: Doppelmangel bei Bereicherungskette und Dreiecksverhältnis - BGHZ 48, 70 JuS 1968 17.

Wieling, Heinrich: Drittzahlung, Leistungsbegriff und fehlende Anweisung, JuS 1978 801.

Wieling, Hans Josef: Empfängerhorizont : Auslegung der Zweckbestimmung und Eigentumserwerb, JZ 1977 291.

Wieling, Hans Josef: Venire contra factum proprium und Verschulden gegen sich selbst AcP 1976 338.

Wieling, Hans Josef: Synallagma bei Nichtigkeit und gesetzlichem Rücktritt, JuS 1973, 397.

Wilhelm, Jan: Rechtsverletzung und Vermögensverschiebung als Grundlage und Grenze des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung 1973.

Wilhelm, Jan: Das Merkmal „auf Kosten“ als notwendiges Kriterium der Leistungskondition, JuS 1973 1.

Wilhelm, Jan: Mängelhaftung und Kenntnis des Gläubigers vom Mangel, JZ 1982 488.

Wilhelm, Jan: Kennnizzurechnung kraft Kontovollmacht ?, AcP 183 30.

Wilhelm, Jan: Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung als Grundlagen und Grenzen des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung 1973.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

aA	anderer Ansicht
Abschrift	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Art	Atrikel
BAG	Bundesarbeitsgericht
BauR	Baurecht
BB	Der Betriebs – Berater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
bzw	beziehungsweise
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
DnotZ	Deutsche Notar – Zeitschrift
FS	Festschrift
gem	gemäß
GmbH	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung

hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
idR	in der Regel
iSd	im Sinne des
JR	Juristische Rundschau
JZ	Juristischen – Zeitung
KO	Konkursordnung
LG	Landgericht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MünchKomm	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Ge- setzbuch
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW- RR	NJW – Rechtsprechungs – Report
Nr	Nummer
OLG	Oberlandesgericht
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen einschließlich der freiwilligen Gerichtsbarkeit
RG	Reichsgericht
RGRK	Reichsgerichtsrätekommentar
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RdnR	Randnummer

Rspr	Rechtsprechung
S	Seite
usw	und so weiter
VersR	Versicherungsrecht, Juristische Rundschau für die Individualversicherung
vgl	vergleiche
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenspraxis
ZMR	Zeitschrift für Miet – und Raumrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung
zT	zum Teil