

# **Schuldrecht Besonderer Teil II**

## **Gesetzliche Schuldverhältnisse**

**Geschäftsführung ohne Auftrag  
Eigentümer-Besitzer-Verhältnis  
Ungerechtfertigte Bereicherung  
Unerlaubte Handlungen**

**von**

**Prof. Dr. jur. Rolf Schmidt**

**Hochschule für Angewandte Wissenschaften  
Hamburg**

**14. Auflage 2022**

# Inhaltsverzeichnis

<b>1. Kapitel – Aufbau eines zivilrechtlichen Gutachtens</b> .....	<b>1</b>
I. Gliederung des Sachverhalts in Zweipersonenverhältnisse .....	2
II. Auffinden der Anspruchsziele der Beteiligten.....	2
III. Einschlägige Anspruchsgrundlage .....	3
1. Ansprüche aus Vertrag.....	3
2. Vertragsähnliche (quasivertragliche) Ansprüche .....	5
3. Dingliche (sachenrechtliche) Ansprüche.....	6
4. Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung .....	6
5. Ansprüche aus unerlaubter Handlung.....	8
IV. Anwendungsfall .....	8
<b>2. Kapitel – Geschäftsführung ohne Auftrag</b> .....	<b>11</b>
A. Überblick.....	11
B. Anwendbarkeit der §§ 677 ff. BGB.....	14
C. Die berechnigte GoA .....	18
I. Geschäftsbesorgung.....	19
II. Fremdgeschäftsführungswille (FGW) .....	20
1. Objektiv-fremdes Geschäft.....	20
2. Subjektiv-fremdes Geschäft .....	21
3. Auch-fremdes Geschäft .....	21
a. Allgemeine öffentlich-rechtliche Pflicht.....	22
b. Spezielle öffentlich-rechtliche Pflicht .....	22
c. Renovierungsfälle.....	22
d. Vertragliche Pflicht gegenüber einem Dritten .....	25
e. Kein fremdes Geschäft bei reinen Gefälligkeiten .....	27
f. Nichtiger Vertrag zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherrn .....	27
g. Besonderheiten bei mehreren Schuldner .....	37
III. Ohne Auftrag oder sonstige Berechnigung.....	38
IV. Berechnigung zur Geschäftsführung .....	38
1. Geschäftsführung im Interesse und mit Willen des Geschäftsherrn .....	39
a. Objektives Interesse.....	39
b. Wirklicher oder mutmaßlicher Wille des Geschäftsherrn.....	39
c. Maßgeblicher Zeitpunkt .....	41
2. Geschäftsführung im Widerspruch zum Willen des Geschäftsherrn .....	41
a. Erfüllung einer im öffentlichen Interesse liegenden Rechtspflicht .....	41
b. Erfüllung einer gesetzlichen Unterhaltspflicht des Geschäftsherrn .....	43
c. Die Geschäftsführung dient der Verhinderung eines Verstoßes	

gegen ein gesetzliches Verbot oder ein sittliches Gebot (str.).....	43
3. Genehmigung durch den Geschäftsherrn.....	44
V. Geschäftsfähigkeit /-unfähigkeit der Beteiligten.....	45
VI. Rechtsfolgen der berechtigten GoA.....	45
1. Pflichten des Geschäftsführers .....	45
2. Aufwendungsersatzanspruch des Geschäftsführers .....	47
D. Die unberechtigte GoA.....	50
I. Ansprüche des Geschäftsführers.....	50
II. Ansprüche des Geschäftsherrn .....	51
E. Eigengeschäftsführung (unechte GoA) .....	52
I. Irrtümliche Eigengeschäftsführung .....	53
II. Angemaßte Eigengeschäftsführung .....	54
F. Übersicht über die möglichen Ansprüche .....	57
G. Abschlussfall zur GoA .....	57
<b>3. Kapitel – Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (EBV) .....</b>	<b>60</b>
A. Einführung und Verhältnis zu anderen Instituten.....	60
I. Verhältnis zu den §§ 823 ff. BGB .....	60
II. Verhältnis zu den §§ 812 ff. BGB.....	62
III. Verhältnis zum Vertrag und zu den §§ 677 ff. BGB .....	67
B. Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB .....	68
I. (Mit-)Eigentum des Anspruchstellers an der Sache.....	68
II. Anspruchsgegner ist zumindest mittelbarer Besitzer.....	71
III. Kein Recht zum Besitz seitens des Anspruchsgegners .....	72
IV. Rechtsfolge: Verschaffung des unmittelbaren Besitzes.....	74
V. Konkurrenz zu anderen Instituten .....	75
C. Nebenansprüche gem. §§ 987 ff. BGB.....	75
I. Maßgeblicher Zeitpunkt.....	75
II. Kein Recht zum Besitz .....	76
III. Gutgläubigkeit/Bösgläubigkeit des Besitzers .....	77
IV. Nutzungsherausgabeanspruch gem. §§ 987-988 BGB.....	79
V. Schadensersatz gem. §§ 990 I, 989 BGB .....	80
1. Unverklagter und redlicher Besitzer .....	80
2. Fremdbesitzerexzess im Dreipersonenverhältnis .....	80
3. Verklagter oder bösgläubiger Besitzer .....	81
4. Deliktischer Besitzer .....	81
VI. Verwendungsersatzanspruch gem. §§ 994-1003 BGB .....	81

<b>4. Kapitel – Ungerechtfertigte Bereicherung .....</b>	<b>84</b>
A. Überblick .....	84
I. Funktion des Bereicherungsrechts .....	84
II. Leistungskondiktion / Nichtleistungskondiktion .....	89
III. Bereicherungsrecht im Zwei- und Dreipersonenverhältnis .....	90
1. Rückabwicklung im Zweipersonenverhältnis.....	90
2. Rückabwicklung im Dreipersonenverhältnis.....	92
IV. Verweisungen auf das Bereicherungsrecht .....	95
V. Bereicherungs- und Rücktrittsrecht .....	96
VI. Verhältnis zu anderen Instituten / Anwendbarkeit der §§ 812 ff. BGB.....	97
1. Verhältnis zu vertraglichen Schuldverhältnissen.....	97
2. Verhältnis zu (anderen) gesetzlichen Regelungen.....	100
a. Sperrwirkung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses .....	100
b. Vorrang der berechtigten GoA.....	101
c. Verhältnis zu § 179 BGB .....	101
d. Vorrang des § 546a BGB .....	102
e. Vorrang gesetzlicher Rückgewährschuldverhältnisse .....	103
f. Vorrang familienrechtlicher Ausgleichsregelungen .....	103
VII. Gegenstand des Bereicherungsanspruchs ("etwas erlangt").....	104
1. Rechte aller Art .....	104
2. Vorteilhafte Rechtsstellung .....	104
3. Befreiung von Schulden und Lasten .....	106
4. Gebrauchsvorteile und Dienstleistungen/Ersparte Aufwendungen.....	106
B. Die einzelnen Bereicherungstatbestände .....	109
I. Die Tatbestände der Leistungskonditionen .....	109
1. <i>Condictio indebiti</i> - § 812 I S. 1 Var. 1 BGB .....	109
a. Etwas erlangt .....	111
b. Durch Leistung eines anderen .....	111
aa. Leistungsbewusstsein .....	111
bb. Zweckgerichtetheit .....	112
cc. Mehrung fremden Vermögens.....	114
c. Ohne rechtlichen Grund.....	114
d. Erweiterung des Tatbestands durch § 813 I S. 1 BGB.....	115
e. Ausschluss des Tatbestands durch § 814 oder § 817 S. 2 BGB .....	116
f. Ausschluss des Tatbestands durch § 241a BGB .....	129
g. Umfang des Bereicherungsanspruchs (Rechtsfolge).....	130
h. Sonderproblem: Leistungsbeziehungen in Mehrpersonenverhältnissen ....	131
aa. Grundsatz der Rückabwicklung übers Eck („Anweisungsfälle“).....	131

bb. Fehlerhafte Banküberweisung .....	132
cc. Tilgung fremder Schulden, § 267 BGB .....	141
dd. Vertrag zugunsten Dritter .....	142
a.) Unechter Vertrag zugunsten Dritter.....	143
b.) Echter Vertrag zugunsten Dritter.....	144
ee. Forderungszession (Abtretung).....	146
a.) Abtretung einer nicht bestehenden Forderung .....	146
b.) Unwirksame Abtretung einer bestehenden Forderung .....	147
i. Kritik an dem herrschenden Leistungsbegriff.....	148
2. <i>Condictio ob causam finitam</i> - § 812 I S. 2 Var. 1 BGB .....	149
3. <i>Condictio ob rem</i> - § 812 I S. 2 Var. 2 BGB.....	153
a. Verfolgung eines Zwecks .....	154
b. Beiderseitige Verständigung über den Zweck der Leistung .....	155
c. Zweckvereinbarung neben einem anderen Rechtsgrund .....	157
d. Ausschlusstatbestand des § 815 BGB.....	159
e. Ausschlusstatbestände der §§ 817 S. 2 und 241a BGB .....	161
f. Umfang des Bereicherungsanspruchs (Rechtsfolge).....	161
4. <i>Condictio ob turpem vel iniustam causam</i> - § 817 S. 1 BGB.....	162
5. Herausgabepflicht Dritter - § 822 BGB .....	165
6. Fazit zu den Tatbeständen der Leistungskondiktion .....	174
II. Die Tatbestände der Nichtleistungskonditionen .....	175
1. Begriff und Systematik der Bereicherung „in sonstiger Weise“ .....	175
2. Grundsätzliche Subsidiarität gegenüber der Leistungskondiktion .....	175
3. Allgemeine Nichtleistungskondiktion - § 812 I S. 1 Var. 2 BGB .....	178
a. Allgemeine Eingriffskondiktion.....	178
aa. Bereicherungsgegenstand: „etwas erlangt“ .....	179
bb. „in sonstiger Weise“ .....	179
cc. „Auf dessen Kosten“ .....	185
dd. Fehlen des rechtlichen Grundes.....	186
b. Verwendungskondiktion.....	186
aa. Bereicherungsgegenstand: „Etwas erlangt“ .....	186
bb. Verwendungen auf ein fremdes Vermögensgut .....	187
cc. „auf dessen Kosten“ .....	190
dd. Fehlen des rechtlichen Grundes.....	190
c. Rückgriffskondiktion .....	191
4. Sonderfall der Eingriffskondiktion - § 816 BGB .....	195
a. Entgeltliche Verfügung eines Nichtberechtigten - § 816 I S. 1 BGB.....	195
aa. Begriff der Verfügung .....	196

bb. Durch einen Nichtberechtigten .....	197
cc. Wirksamkeit der Verfügung .....	198
dd. Erlangtes Etwas/Entgeltlichkeit der Verfügung .....	200
ee. Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten .....	200
b. Unentgeltl. Verfügung eines Nichtberechtigten, § 816 I S. 2 BGB .....	202
c. Annahme einer Leistung d. einen Nichtberechtigten, § 816 II BGB .....	205
C. Rechtsfolgenseite – Umfang des Bereicherungsanspruchs .....	211
I. Herausgabe des „Erlangten“ bzw. „Geleisteten“ .....	211
II. Herausgabe der gezogenen Nutzungen, § 818 I Var. 1 BGB .....	213
III. Herausgabe der Surrogate, § 818 I Var. 2 BGB .....	214
IV. Wertersatz, § 818 II BGB .....	214
V. Wegfall der Bereicherung, § 818 III BGB .....	217
1. Voraussetzungen für den Einwand der Entreicherung .....	217
2. Berücksichtigung der Gegenleistung / Saldotheorie .....	218
VI. Verschärfte Haftung nach §§ 819 I i.V.m. 818 IV BGB .....	223
1. Kenntnis des Empfängers von der Rechtsgrundlosigkeit .....	223
2. Verschärfte Haftung bei Minderjährigen .....	223
3. Rechtshängigkeit des Bereicherungsanspruchs .....	224
4. Rechtsfolgen .....	224
VII. Verschärfte Haftung nach §§ 819 II i.V.m. 818 IV BGB .....	225
VIII. Verschärfte Haftung bei ungewissem Erfolgseintritt, § 820 BGB .....	225
IX. Bereicherungseinrede, § 821 BGB .....	225
<b>5. Kapitel – Recht der unerlaubten Handlungen .....</b>	<b>226</b>
A. Einführung und Anwendbarkeit der Bestimmungen .....	226
I. Verhältnis zu vertraglichen Schadensersatzansprüchen .....	226
II. Verhältnis zum Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (EBV) .....	227
III. Verhältnis zur Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) .....	228
B. Verschuldenshaftung .....	231
I. Der Haftungstatbestand des § 823 I BGB .....	231
1. Tatbestand .....	234
a. Verletzung eines in § 823 I BGB gen. Schutz- bzw. Rechtsguts .....	234
aa. Rechtsgüter <i>Leben, Körper, Gesundheit</i> und <i>Freiheit</i> .....	234
a.) <i>Leben</i> .....	234
b.) <i>Körper und Gesundheit</i> .....	235
c.) <i>Freiheit</i> .....	244
bb. Absolute Rechte .....	244
a.) Eigentum .....	244
aa.) Substanzverletzung .....	245

bb.) Funktionsverletzung/Nutzungsbeeinträchtigung .....	245
cc.) Sachentziehung .....	245
dd.) „Weiterfressender“ Mangel.....	245
b.) Absolute sonstige Rechte.....	249
aa.) Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb .....	251
bb.) Allgemeines Persönlichkeitsrecht .....	253
b. Tatbestandsverwirklichung durch menschliches Verhalten .....	274
aa. Positives (aktives) Tun .....	274
bb. Unterlassen einer Handlung.....	275
c. Haftungsbegründende Kausalität/objektive Zurechnung .....	278
aa. Grundlagen der Zurechnung .....	278
a.) Äquivalenztheorie .....	278
b.) Adäquanztheorie.....	279
c.) Lehre vom Schutzzweck der Norm.....	279
d.) Psychisch vermittelte Kausalität .....	282
aa.) Selbstschädigendes Verhalten des Verletzten .....	282
bb.) Sog. Herausforderungs- bzw. Verfolgungsfälle .....	282
cc.) Rettungsfälle .....	283
dd.) Heilbehandlungsfälle.....	285
ee.) Zweitunfälle .....	287
bb. Zurechnung bei Verkehrssicherungspflicht u. Produzentenhaftung.....	288
2. Rechtswidrigkeit .....	289
3. Vertretenmüssen/Verschulden .....	289
a. Grundsatz: Verschuldensfähigkeit des Schädigers .....	290
aa. Verschuldensunfähigkeit, § 828 I BGB .....	290
bb. Haftung bei gegebener Einsichtsfähigkeit, § 828 III BGB .....	290
cc. Spezialfall Haftung bei Verkehrsunfällen, § 828 II BGB.....	291
dd. Geisteskrankheit, Bewusstlosigkeit und Missbrauch, § 827 BGB .....	293
b. Ausnahme: Billigkeitshaftung trotz fehlender Verschuldensfähigkeit .....	294
c. Verschulden des Schädigers.....	294
d. Gemilderter Verschuldensmaßstab.....	295
4. Schaden.....	296
5. Haftungsausfüllende Kausalität .....	297
6. Rechtsfolge: Schadensersatz .....	299
7. Ausschluss und Herabsetzung der Haftung.....	299
8. Beweislast .....	299

II. Verletzung eines Schutzgesetzes, § 823 II BGB .....	302
1. Tatbestand .....	303
a. Schutzgesetz .....	304
aa. Jede materielle Rechtsnorm .....	304
bb. Zweck der Norm: <i>Schutz eines anderen</i> .....	304
b. Verstoß gegen ein Schutzgesetz.....	306
c. Schaden und haftungsausfüllende Kausalität.....	307
2. Rechtswidrigkeit und Verantwortlichkeit .....	308
III. Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung, § 826 BGB.....	310
1. Objektiver Tatbestand.....	310
a. Schadenszufügung .....	310
b. Sittenwidrige Handlung .....	311
2. Vorsatz.....	312
IV. Amtshaftungsanspruch, § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG.....	323
V. Sonstige Haftungstatbestände, §§ 831, 832, 833 S. 2 BGB .....	325
1. Haftung für Verrichtungsgehilfen, § 831 BGB .....	325
a. Voraussetzungen .....	325
b. Ausschluss der Haftung .....	327
aa. Entlastungsbeweis durch Widerlegung der Verschuldensvermutung .....	327
bb. Entlastungsbeweis durch Widerlegung der Ursächlichkeitsvermutung .....	329
c. Verhältnis zu § 278 BGB (Erfüllungsgehilfe) .....	329
d. Verhältnis zu §§ 31, 89 I BGB (verfassungsmäßiger Vertreter) .....	330
2. Haftung für Aufsichtsbedürftige, § 832 BGB .....	332
a. Voraussetzungen .....	332
b. Entlastungsbeweis.....	333
3. Haustierhalterhaftung, § 833 S. 1 BGB.....	335
VI. Verletzung von Verkehrssicherungspflichten .....	346
1. Begriff und Einordnung in den Prüfungsaufbau.....	346
2. Inhalt und Umfang von Verkehrssicherungspflichten .....	350
a. Straßenverkehr.....	350
b. Winterdienst.....	351
c. Wege und Zugänge.....	352
d. Sportveranstaltungen.....	354
e. Sonstige Veranstaltungen .....	357
f. Treppe, Aufzug, Haus und Garten.....	358
g. Gewerbebetrieb oder Beruf.....	359
h. Spielplätze .....	360
i. Missbrauch.....	360

j. Unbefugte .....	360
k. Hinweis auf Gefahr und Freizeichnung von der Haftung .....	361
l. Abwälzung und Entlastungsbeweis .....	363
3. Verkehrssicherungspflichten und Schmerzensgeld .....	363
4. Verkehrssicherungspflichten und AGB .....	363
VII. Produzentenhaftung und Abgrenzung zur Produkthaftung .....	366
C. Gefährdungshaftung .....	376
I. Einleitung und Voraussetzungen einer Gefährdungshaftung .....	376
II. Haftung des Kraftfahrzeughalters .....	383
1. Anspruchsgrundlage des Geschädigten: § 7 I StVG .....	383
2. Voraussetzungen der Halterhaftung .....	384
a. Verwendung eines Kraftfahrzeugs .....	385
b. Anspruchsverpflichteter: Fahrzeughalter .....	385
c. Vorliegen eines Personen- oder Sachschadens .....	387
d. Schadensverursachung „bei dem Betrieb eines Kraftfahrzeugs“ .....	387
3. Ausschluss der Halterhaftung .....	393
a. Haftungsausschluss aufgrund höherer Gewalt, § 7 II StVG .....	393
b. Haftungsausschluss aufgrund Schwarzfahrt, § 7 III StVG .....	394
c. Haftungsausschluss aufgrund weiterer Einschränkungen, § 8 StVG .....	394
d. Vertraglich vereinbarter Haftungsausschluss .....	395
e. Haftungsausschluss zwischen Fahrer und Halter .....	395
4. Haftungsumfang, Mitverschulden und Direktanspruch .....	396
5. Konkurrenzen .....	403
6. Ausgleichspflicht mehrerer Haftpflichtiger .....	405
a. Abwägung gem. § 17 I und II StVG .....	405
aa. Betriebsgefahr als Ausgangspunkt .....	405
bb. Erhöhung der Haftung aufgrund besonderer Umstände .....	406
cc. Beweislast .....	406
dd. Haftungsquote .....	407
b. Umfang des Reparaturkostenersatzes .....	328
III. Haftung nach dem Haftpflichtgesetz .....	409
1. Haftung des Bahnbetriebsunternehmers .....	409
2. Haftung bei Energieanlagen .....	411
IV. Haftung nach dem Produkthaftungsgesetz .....	412
1. Haftungsvoraussetzungen .....	412
2. Haftungsausschluss .....	418
3. Umfang der Ersatzpflicht .....	419
4. Haftungshöchstgrenzen .....	419

5. Mitverschulden des Geschädigten .....	419
6. Erlöschen und Verjährung des Anspruchs .....	419
7. Ausgleichspflicht mehrerer Hersteller .....	420
8. Darlegungs- und Beweislast .....	420
9. Konkurrenzen .....	420
V. Sonstige Tatbestände der Gefährdungshaftung.....	421
D. Rechtsfolgen der Haftung .....	422
I. Ersatz des Vermögensschadens und des immateriellen Schadens.....	422
1. Begriff des Schadens.....	422
2. Ermittlung des Schadens nach der Differenzhypothese.....	428
3. Entgangene Gebrauchsvorteile/Kommerzialisierung .....	428
4. Verlust der Arbeitskraft .....	430
5. Frustrationsschaden .....	431
6. Arten des Schadensausgleichs .....	431
a. Naturalrestitution (§ 249 I BGB).....	431
b. Geld für Herstellung (§ 249 II S. 1 BGB).....	434
c. Geld für Herstellung nach Fristsetzung (§ 250 BGB).....	436
d. Schadenskompensation, § 251 BGB .....	436
7. Gewährung von Schmerzensgeld.....	437
a. Schmerzensgeldanspruch nach allgemeinem Schuldrecht.....	437
b. Schmerzensgeld bei Gefährdungshaftung.....	439
c. Schmerzensgeld bei Vertragsverletzungen.....	439
8. Geldentschädigung bei Verletzung des allg. Persönlichkeitsrechts .....	440
9. Familienplanungsschaden („Kind als Schaden“) .....	442
10. Entschädigung für Hinterbliebene („Hinterbliebenengeld“) .....	442
11. Schadensberechnung bei (Kfz-)Sachschäden .....	444
II. Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche.....	455
1. Notwendigkeit eines Unterlassungsanspruchs .....	455
2. Voraussetzungen und Rechtsfolgen eines Unterlassungsanspruchs .....	459
3. Voraussetzungen und Rechtsfolgen eines Beseitigungsanspruchs.....	460
III. Herabsetzung und Ausschluss der Haftung .....	462
1. Mitverschulden, § 254 BGB .....	462
2. Handeln auf eigene Gefahr .....	464
3. Verjährung .....	465

## 4. Kapitel – Ungerechtfertigte Bereicherung

### A. Überblick

#### I. Funktion des Bereicherungsrechts

- 196 Das in §§ 812 ff. BGB normierte Bereicherungsrecht erfüllt die Funktion, materiell nicht gerechtfertigte Vermögenswerte, die der Empfänger erhalten hat, an den Berechtigten zurückzuführen. Mithin geht es um den **Ausgleich ungerechtfertigter Vermögensverschiebungen**, der insbesondere dann in Betracht kommt, wenn ein zunächst rechtswirksamer Vermögenserwerb vorliegt, dieser aber (etwa wegen Unwirksamkeit des dem Vermögenserwerb zugrunde liegenden Vertrags) mit der materiellen Gerechtigkeit nicht im Einklang steht (Kondiktionsrecht ist Billigkeitsrecht).

**Beispiel:** Der minderjährige M kauft ohne Einverständnis seiner Eltern auf Rechnung ein Fahrrad und bekommt es übereignet. Als die Eltern später die Rechnung nicht bezahlen wollen, verlangt der Verkäufer das Fahrrad zurück. Mit Recht?

Da der Kaufvertrag aufgrund der Minderjährigkeit und der verweigerten Genehmigung durch die Eltern unwirksam ist (vgl. § 107 BGB), bestehen keine vertraglichen Ansprüche. Auch ein Rückgewährschuldverhältnis über §§ 346 ff. BGB kommt daher nicht in Betracht, da dieses lediglich eine Fortwirkung eines zunächst wirksamen Schuldverhältnisses darstellt. Die Voraussetzungen des Herausgabeanspruchs gem. § 985 BGB liegen ebenfalls nicht vor, da der Eigentumserwerb für M lediglich rechtlich vorteilhaft war und es somit zu seiner Gültigkeit nicht der Zustimmung der Eltern bedurfte. In Betracht kommt daher lediglich ein bereicherungsrechtlicher Anspruch auf Rücküberweisung und Herausgabe der Sache. M hat „etwas“ erlangt, nämlich das Eigentum und den Besitz an dem Fahrrad. Dieser Eigentums- und Besitzerwerb erfolgte „durch Leistung“ des Verkäufers sowie „ohne Rechtsgrund“, da das Kausalgeschäft – der Kaufvertrag – nichtig ist.

M muss also das Fahrrad zurückübereignen und herausgeben (§ 812 I S. 1 Var. 1 BGB).

- 197 Geht es also um die Rückgängigmachung fehlgeschlagener Verträge, wird die Funktion des Bereicherungsrechts aufgrund des im BGB geltenden **Trennungs- und Abstraktionsprinzips** überaus deutlich: Das **Trennungsprinzip** besagt, dass zwischen dem Verpflichtungs- und dem Verfügungsgeschäft strikt zu trennen ist, dass also neben der Erfüllung des Verpflichtungsgeschäfts (das Kausalgeschäft) noch ein weiteres Rechtsgeschäft (das Verfügungs- bzw. Erfüllungsgeschäft) erforderlich ist.

**Beispiel:** Verkäufer V und Käufer K schließen einen Kaufvertrag über ein Auto (§ 433 BGB). Durch dieses **Verpflichtungsgeschäft** erlangt K (nur) einen schuldrechtlichen *Anspruch* auf Übereignung und Übergabe des Fahrzeugs. V erlangt (nur) einen schuldrechtlichen *Anspruch* auf Übereignung und Übergabe des Kaufpreises. Zur *Erfüllung* dieses Geschäfts müssen noch zwei weitere Rechtsgeschäfte (**Verfügungsgeschäfte**) getätigt werden: V und K müssen sich darüber einig sein, dass das Eigentum an dem Auto auf K übergeht (dingliche Einigung), und V muss K das Auto übergeben (§ 929 S. 1 BGB). Darüber hinaus müssen K und V sich darüber einig sein, dass das Eigentum an dem Geld auf V übergeht, und K muss V das Geld übergeben (§ 929 S. 1 BGB).

- 198 Das **Abstraktionsprinzip** baut auf dem Trennungsprinzip auf und führt es weiter. Es besagt, dass die Wirksamkeit von Verpflichtungsgeschäft und Verfügungsgeschäft jeweils eigenständig, d.h. abstrakt voneinander zu beurteilen ist. Das ist folgerichtig. Denn sind Verpflichtungsgeschäft und Verfügungsgeschäft jeweils eigenständige Rechtsgeschäfte, kann das Fehlen der Wirksamkeit des einen Geschäfts nicht die Wirksamkeit des anderen Geschäfts berühren. Ist also das Verpflichtungsgeschäft unwirksam, so berührt diese Unwirksamkeit nicht ipso iure die Wirksamkeit des Verfügungsgeschäfts. Insbesondere lässt sich aus dem Gesetz keine „Fortwirkung“ des Willens-

mangels entnehmen. Vielmehr ist zu untersuchen, ob der Fehler, der zur Unwirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts geführt hat, auch beim Verfügungsgeschäft vorliegt oder ob dieses an einem anderen Fehler leidet. Ist z.B. der sich Verpflichtende **geschäftsunfähig**, verstößt das Verpflichtungsgeschäft gegen die **guten Sitten** bzw. stellt **Wucher** dar oder ist gesetzlich **verboten**, ist stets zu untersuchen, ob dieser Fehler auch im Verfügungsgeschäft vorliegt oder ob das Verfügungsgeschäft an einem anderen Fehler leidet. Besteht derselbe Fehler auch im Verfügungsgeschäft, spricht man allgemein von „**Fehleridentität**“, was aber an sich unzutreffend ist, da die Unwirksamkeit des Verfügungsgeschäfts vielmehr logische Folge des eigenständigen rechtsgeschäftlichen Charakters der dinglichen Einigung ist (und nicht, weil die Causa unwirksam ist). Zutreffender wäre es, statt von Fehleridentität von **Fehlerkongruenz** zu sprechen. Ebenso ungenau ist es, pauschal von „Durchbrechung des Abstraktionsprinzips“ zu sprechen. Denn betrachtet man die Wirksamkeit von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft separat, liegt keine „Durchbrechung des Abstraktionsprinzips“ vor, wenn der Fehler, der zur Unwirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts geführt hat, auch beim Verfügungsgeschäft vorliegt. Das Verfügungsgeschäft ist unwirksam, weil bei *ihm* der (gleiche) Fehler vorliegt.

**Beispiel:** Veräußert ein Geschäftsunfähiger ein Buch, ist nicht nur die auf Abschluss des Kaufvertrags (§ 433 BGB) gerichtete Willenserklärung nichtig gem. § 105 I BGB, sondern auch die dingliche Willenserklärung (§ 929 S. 1 BGB). Das Verfügungsgeschäft ist aber nicht deswegen unwirksam, weil die Causa (der Kaufvertrag) unwirksam ist, sondern weil auch das Verfügungsgeschäft an einem (hier: dem gleichem) Unwirksamkeitsgrund leidet. Das Scheitern von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft folgt vielmehr jeweils aus einer getrennten und eigenständigen Anwendung der (gleichen) Unwirksamkeitsvorschrift. Deswegen wäre es auch genauer, statt von Fehleridentität von **Fehlerkongruenz** zu sprechen.

Folge ist aber in jedem Fall, dass der Betroffene wegen der Unwirksamkeit des Verfügungsgeschäfts (siehe § 125 BGB) kein Eigentum verloren hat und gem. § 985 BGB das Buch herausverlangen kann.

Bei einer **Irrtumsanfechtung** ist zu beachten, dass diese sich i.d.R. nur auf das Kausalgeschäft bezieht, da sich Irrtümer bei der Willensbildung regelmäßig darauf beschränken. Beim Verfügungsgeschäft liegt regelmäßig kein Irrtum vor, sodass dieses dann auch nicht wegen Irrtums anfechtbar ist. Denn anfechtbar ist nur das Geschäft, das mit einem Willensmangel behaftet ist, auf das sich also der Anfechtungsgrund bezieht. Davon geht auch § 142 I BGB aus. Der Gläubiger kann also nicht einfach über § 985 BGB die Sache herausverlangen, wenn das Verfügungsgeschäft wegen des Abstraktionsprinzips wirksam geblieben ist. Da es aber unbillig wäre, wenn der Schuldner den rechtsgrundlos erworbenen Gegenstand behalten dürfte, hat der Gesetzgeber mit den §§ 812 ff. BGB Regelungen getroffen, die die Folgen des Abstraktionsprinzips wieder rückgängig machen.

199

**Beispiel:** Karlo will von Valentin einen antiken Kompass kaufen und macht ihm per E-Mail ein Angebot in Höhe von 250 €, er wollte aber eigentlich 150 € schreiben. V ist über dieses Angebot erfreut und übereignet dem K am nächsten Tag den Kompass. Dabei vereinbaren sie, dass K mit der Zahlung des Kaufpreises (wobei in diesem Zeitpunkt über die Höhe nicht gesprochen wird) noch eine Woche warten kann, da dieser gerade „knapp bei Kasse“ ist. Als V dann die 250 € verlangt, stellt sich der Irrtum des K heraus. Dieser ficht seine Erklärung sofort nach § 119 I Var. 2 BGB wegen eines Erklärungsirrtums wirksam an (§ 143 I BGB). V möchte „seinen“ Kompass zurück.

Anspruchsgrundlage könnte § 985 BGB sein. Dazu müsste V im Zeitpunkt des Herausgabeverlangens Eigentümer gewesen sein und K hätte kein Recht zum Besitz haben dürfen. Ursprünglich war V Eigentümer des Kompasses. Dieses Eigentum hat er aber

durch Einigung und Übergabe gem. § 929 S. 1 BGB an K verloren. Zwar war die ursprünglich von K abgegebene Willenserklärung aufgrund der Anfechtung nichtig (vgl. § 142 I BGB), diese Anfechtung bezog sich jedoch nur auf das der Verfügung zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft (der Kaufvertrag), sodass nur dieses nicht mehr existiert. Das Verfügungsgeschäft bleibt von der (Un-)Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts unberührt. Daher bleibt K Eigentümer des Kompasses. § 985 BGB ist somit nicht einschlägig. Auch Ansprüche aus §§ 1007, 861 und 823 BGB scheiden aus.

Da es aber unbillig wäre, wenn K den Kompass behalten dürfte, ohne dafür bezahlen zu müssen, führt das Bereicherungsrecht zu gerechten Ergebnissen: Da K durch die Leistung des V das Eigentum und den Besitz am Kompass ohne rechtlichen Grund (der Kaufvertrag ist aufgrund der Anfechtung nichtig) erlangt hat, ist er dem V zur Herausgabe verpflichtet. V kann also nach § 812 I S. 1 Var. 1 BGB bzw. nach § 812 I S. 2 Var. 1 BGB Eigentumsübertragung und Besitzverschaffung verlangen.

Selbstverständlich ist K dem V gem. § 122 I BGB zum Ersatz des Vertrauensschadens verpflichtet.

**200** Ist der Veräußerer vom Erwerber **arglistig getäuscht** worden und bezieht sich die Täuschung (wie regelmäßig) nur auf das Verpflichtungsgeschäft, ist hingegen unklar, ob sich der Fehler auch auf das Verfügungsgeschäft erstrecken kann. Denn wie aufgezeigt, kann gem. § 142 I BGB nur ein anfechtbares Rechtsgeschäft angefochten werden. Liegt also bei der Abgabe der Übereignungserklärung keine Täuschung (mehr) vor, dürfte sich die Wirkung des § 142 I BGB an sich nicht darauf beziehen. Gleichwohl ist es in den Fällen des § 123 I BGB sachangemessen, die Anfechtungswirkung auf das sachenrechtliche Verfügungsgeschäft zu erstrecken, um zu verhindern, dass der Gläubiger bei der Rückabwicklung auf das Bereicherungsrecht (§§ 812 ff. BGB) angewiesen ist. Mit der Erstreckung der Anfechtung auf das Verfügungsgeschäft (womit dann auch in gewisser Weise von einer „Durchbrechung des Abstraktionsprinzips“ gesprochen werden kann) wird dieses ebenfalls ex tunc vernichtet und der Gläubiger kann über § 985 BGB vorgehen. Ein großer Vorteil dieses Verfahrens ist, dass der Schuldner bei einer Verfügung dadurch zum Nichtberechtigten wird und der Dritte Eigentum nur bei Gutgläubigkeit (§ 932 BGB) erwerben kann. Auch fiele die Sache nicht in die Insolvenzmasse des Schuldners und wäre dem Zugriff der anderen Gläubiger entzogen (siehe § 47 S. 2 InsO). All diese Vorteile dürfen aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Wortlaut des § 142 I BGB eine Erstreckung des auf das Verpflichtungsgeschäft bezogenen Anfechtungsgrunds auf das Verfügungsgeschäft nicht gerade nahelegt. Der BGH verwendet schlicht den bereits genannten Begriff der „Fehleridentität“<sup>238</sup>, der sich aber nicht dem Gesetz entnehmen lässt und zudem ungenau ist, weshalb der Begriff der „Fehlerkongruenz“ verwendet werden sollte. Unbeschadet der richtigen Terminologie bedarf es aber einer rechtsmethodischen Begründung für die Erstreckung der Anfechtungsfolge auf das Verfügungsgeschäft. Eine solche Begründung liefert die Figur der teleologischen Extension<sup>239</sup>, die immer dann vorliegt, wenn (insbesondere aus Gründen der Schutzbedürftigkeit des Getäuschten) eine Norm ihrem Zweck nach auf Fälle ausgedehnt wird, die an sich nicht vom Wortlaut der Norm erfasst werden.

**201** Erstreckt man in einem solchen Fall die Anfechtungserklärung auch auf das Erfüllungsgeschäft, hat dies für den Anfechtenden den Vorteil, dass er über § 985 BGB vorgehen kann (sofern dem keine sonstigen Hindernisse wie z.B. § 932 BGB oder §§ 946 ff. BGB entgegenstehen) und nicht auf einen bereicherungsrechtlichen Anspruch mit seinen

<sup>238</sup> BGHZ 58, 257, 258; BGH DB 1966, 818; siehe auch *Ellenberger*, in: Grüneberg, Überbl v § 104 Rn 23a; *Strohe*, JuS 2002, 858, 859.

<sup>239</sup> Siehe dazu *R. Schmidt*, BGB AT, Rn 50.

Risiken angewiesen ist. Gleichwohl bleibt Raum für eine (zusätzliche) Prüfung eines bereicherungsrechtlichen Herausgabeanspruchs.

**Beispiel:** V hat von seinem Vater einen restaurierten Ford Capri Bj 1977 geerbt. Da er eher an Smartphones und Streaming-Diensten als an Autos interessiert ist und daher kein Interesse an dem Wagen hat, inseriert er ihn auf einer Internetverkaufsplattform. Als Interessent meldet sich K, der bei der Besichtigung sofort erkennt, dass es sich um ein stark limitiertes Sondermodell handelt, das zudem über einen Cosworth-Motor verfügt. K suggeriert dem V, der ganz offensichtlich nichts über diese wertbildenden Faktoren weiß, dass es sich um ein ganz gewöhnliches Serienauto handle, das zudem auch schlecht restauriert sei. Den Preis kann K daher auf 5.000 € herunterhandeln. Später erfährt V, dass der Marktwert eines solchen Exemplars rund 20.000 € beträgt. V verlangt daraufhin von K den Wagen zurück.

### Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB?

V könnte gegen K einen Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB haben. Dazu müsste V zunächst noch Eigentümer sein. Ursprünglich war er es (siehe § 1922 BGB). Er könnte aber Eigentum gem. § 929 S. 1 BGB an K verloren haben. Die diesbezüglichen Voraussetzungen liegen an sich vor: V hat den Wagen an K übereignet und übergeben. Der Übereignungstatbestand könnte aber gem. § 138 I BGB nichtig sein. Jedoch wäre das Gestaltungsrecht des § 123 BGB gegenstandslos, nähme man bei täuschungs- oder drohungsbedingten Vertragsabschlüssen § 138 BGB an. Denn § 138 BGB hat *unabhängig vom Willen des Betroffenen* zwingend die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge und lässt dem Gläubiger nicht die Wahl, durch Nichtvornahme der Anfechtung den Vertrag „laufen zu lassen“.<sup>240</sup> Um daher das Gestaltungsrecht nach § 123 BGB nicht leerlaufen zu lassen und dem Gläubiger nicht die Dispositionsbefugnis zu nehmen, ist ein täuschungs- oder drohungsbedingter Vertragsabschluss grundsätzlich lediglich nach § 123 BGB anfechtbar. Dann steht es im Ermessen des Gläubigers, durch Anfechtung die Nichtigkeit des Geschäfts herbeizuführen oder durch Verzicht auf die Anfechtung das Geschäft zu halten und stattdessen z.B. Mängelrechte aus § 437 BGB, die einen wirksamen Vertrag voraussetzen, geltend zu machen.

Der Übereignungstatbestand könnte aber gem. § 142 I BGB nichtig sein aufgrund des Herausgabeverlangens, das als Anfechtungserklärung (§ 143 BGB) zu verstehen ist. Jedoch bedürfte es eines Anfechtungsgrunds, d.h. die Übereignungserklärung müsste anfechtbar sein.

Anfechtbar sind grundsätzlich alle Willenserklärungen, sofern nur ein Anfechtungsgrund besteht. Vorliegend ist V bei der Abgabe seiner Willenserklärung in Bezug auf den Kaufvertrag getäuscht worden (§ 123 I Var. 1 BGB). Daher konnte V jedenfalls diesbezüglich die Anfechtung erklären mit der Folge der Nichtigkeit des Kaufvertrags (§ 142 I BGB). Das sachenrechtliche Verfügungsgeschäft bleibt von einer Nichtigkeit des Kausalgeschäfts grundsätzlich unberührt (Trennungs- und Abstraktionsprinzip). Soll auch die Willenserklärung bezüglich des sachenrechtlichen Verfügungsgeschäfts durch Anfechtung vernichtet werden, bedarf es auch hierzu eines Anfechtungsgrunds. Daran fehlt es grundsätzlich, da sich in den Fällen der §§ 119, 120 und 123 I Var. 1 BGB der Fehler regelmäßig nur auf die Ebene des Kausalgeschäfts bezieht. Bei der Übereignung liegt regelmäßig kein Irrtum vor und aus dem Gesetz lässt sich auch keine „Fortwirkung“ des Willensmangels entnehmen. Das bedeutet für den vorliegenden Fall: V hat ebenjenen Wagen übereignet, den er übereignen wollte. Die Fehlvorstellung betraf lediglich die Kaufvertragsebene (wertbildende Faktoren). Blicke es also bei der Nichtanfechtbarkeit der Übereignung, wäre Konsequenz, dass K (zunächst) wirksam Eigentümer bliebe und als Berechtigter frei verfügen könnte, u.a. gem. § 929 S. 1 BGB weiterverfügen könnte, ohne dass es auch auf die Gutgläubigkeit des Erwerbers (§ 932 BGB) ankäme. Zudem wäre das Auto dem Zugriff anderer Gläubiger ausgesetzt, wenn diese in das Vermögen des K vollstreckten. Dies alles erscheint unbillig angesichts des Verhaltens des K. Daher

---

<sup>240</sup> Zur Begründung siehe näher *R. Schmidt*, BGB AT, Rn 1180.

hat der BGH die Figur der „Fehleridentität“ etabliert. Im Falle der arglistigen Täuschung erstrecke sich der Unwirksamkeitsgrund bezüglich des Verpflichtungsgeschäfts auf das Verfügungsgeschäft; der Fehler im Kausalgeschäft bestehe regelmäßig auch noch beim Abschluss des Verfügungsgeschäfts fort.

Streng genommen verbietet sich diese Begründung. Denn wie aufgezeigt, muss sich der Anfechtungsgrund auf die angefochtene Willenserklärung beziehen und aus dem Gesetz lässt sich keine „Fortwirkung“ des Willensmangels entnehmen. Davon geht auch § 142 I BGB aus. Bei der Übereignung des Autos lag aber keine Täuschungshandlung vor; vielmehr beschränkte sich der Erklärungswert der Täuschung auf die Abgabe der Kaufvertragserklärung.

Gleichwohl ist es in der Sache richtig, aus den genannten Gründen auch die Unwirksamkeit des Verfügungsgeschäfts anzunehmen. Rechtsmethodisch lässt sich dies über die Figur der teleologischen Extension begründen: Der Anwendungsbereich des § 142 I BGB wird über eine Ausweitung der „anfechtbaren Willenserklärung“ auf die sachenrechtliche Verfügung erstreckt.

Erstreckt sich (mit dieser Begründung!) die Anfechtung des V damit auf die Übereignung, wird er im Ergebnis aufgrund der Rückwirkungsfiktion des § 142 I BGB so behandelt, als sei er Eigentümer geblieben. Er kann also gem. § 985 BGB das Auto vindizieren.

#### Herausgabeanspruch gem. § 812 I S. 2 Var. 1 BGB?

Ebenfalls könnte V einen bereicherungsrechtlichen Anspruch aus § 812 I S. 2 Var. 1 BGB auf Herausgabe des Wagens haben. K hat „etwas“ erlangt, nämlich Besitz<sup>241</sup> an dem Wagen. Bezüglich dieses Besitzerwerbs ist der rechtliche Grund für das Behaltendürfen aufgrund der Anfechtung des Kausalgeschäfts (des Kaufvertrags) später weggefallen. V kann also Besitz am Auto gem. § 812 I S. 2 Var. 1 BGB von K kondizieren. Umgekehrt hat K einen Kondiktionsanspruch gegen V hinsichtlich des Kaufpreises.

Weiterführender Hinweis: Es mag auf den ersten Blick irritieren, den Kondiktionsanspruch noch zu prüfen, obwohl bereits der Vindikationsanspruch bejaht wurde. Beide Ansprüche zu prüfen, ist aber richtig. Zum einen besteht kein Spezialitätsverhältnis zwischen Vindikationsrecht und Kondiktionsrecht und zum anderen müssen in einem Gutachten auch konkurrierende Ansprüche geprüft werden. Denn hinsichtlich § 985 BGB könnte man ja auch die Auffassung vertreten, dass der Anfechtungsgrund nicht auf das sachenrechtliche Verfügungsgeschäft „durchschlägt“, dieses also unberührt lässt. Dann wäre § 985 BGB nicht zu bejahen und die Herausgabe richtete sich allein nach § 812 I S. 2 Var. 1 BGB.

- 202** Freilich sind die Vorschriften der §§ 812 ff. BGB – wie sich allein schon aus der Übersicht bei Rn 203 ergibt – nicht auf die vorstehenden Konstellationen beschränkt. Im Folgenden werden sämtliche Anwendungsgebiete behandelt. Sämtlichen Kondiktionsstatbeständen ist gemeinsam, dass sie auf das römische Recht zurückgehen; deshalb spricht man auch heute noch von Konditionen. Da man schon frühzeitig erkannt hat, dass es nicht möglich ist, einen einheitlichen Tatbestand der ungerechtfertigten Bereicherung aufzustellen, und dass insbesondere das Merkmal „ohne rechtlichen Grund“ nicht für die verschiedenen in Betracht kommenden Fallgruppen einheitlich bestimmt werden kann, unterscheidet folgerichtig auch das Gesetz zwischen verschiedenen Arten von Leistungskonditionen und Nichtleistungskonditionen.<sup>242</sup> Besonders deutlich wird diese Unterscheidung bei § 812 I S. 1 BGB, der zwei Grundtatbestände enthält, nämlich Bereicherung „durch die Leistung eines anderen“ (= **Leistungskondition**) und Bereicherung „in sonstiger Weise“ (= allgemeine **Nichtleistungskondition** in Form von Eingriffs-, Rückgriffs- und Verwendungskondition). Insges-

<sup>241</sup> Nicht auch Eigentum, da V – wie geprüft – auch die Übereignungserklärung anfechten konnte.

<sup>242</sup> Wie hier die ganz herrschende Auffassung, vgl. etwa BGHZ 40, 272 ff.; *Sprau*, in: Grüneberg, Einf v § 812 Rn 1, 2; *Medicus/Petersen*, BR, Rn 665; *Musielak/Hau*, GK, Rn 703 ff.; *Brox/Walker*, § 39 Rn 1; *Lorenz*, JuS 2012, 777, 778; kritisch und für einen Einheitstatbestand plädierend *Schwab*, in: MüKo, § 813 Rn 3 ff. m.w.N.

samt unterscheidet das Gesetz für das Nichtbestehen bzw. den Wegfall des rechtlichen Grundes für die Vermögensverschiebung fünf Leistungskonditionen und vier Nichtleistungskonditionen:

**Fünf Leistungskonditionen<sup>243</sup>:**

203

- § 812 I S. 1 Var. 1 BGB (**fehlender Rechtsgrund von Anfang an** – *condictio indebiti*)
- § 812 I S. 2 Var. 1 BGB (**späterer Wegfall des Rechtsgrundes** – *condictio ob causam finitam*)
- § 812 I S. 2 Var. 2 BGB (**Nichteintritt des mit der Leistung verfolgten Zwecks** – *condictio ob rem*)
- § 817 S. 1 BGB (**Empfänger verstößt mit der Leistungsannahme gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten** – *condictio ob turpem vel iniustam causam*)
- § 822 BGB (**Herausgabepflicht Dritter**)<sup>244</sup>

**Vier Nichtleistungskonditionen:**

204

- § 812 I S. 1 Var. 2 BGB (**allgemeine Nichtleistungskondition**)
- § 816 I S. 1 BGB (**entgeltliche**, dem Berechtigten gegenüber wirksame Verfügung eines **Nichtberechtigten**)
- § 816 I S. 2 BGB (**unentgeltliche**, dem Berechtigten gegenüber wirksame Verfügung eines **Nichtberechtigten**)
- § 816 II BGB (**Leistung des Schuldners an einen Nichtberechtigten**)

Hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Leistungs- und Nichtleistungskondition ist anzumerken, dass sich beide Konditionsarten im **Zweipersonenverhältnis** gegenseitig ausschließen. Wer „durch die Leistung“ eines anderen „etwas“ erhält, kann dieses „etwas“ von dem anderen nicht gleichzeitig „in sonstiger Weise“ erhalten. Im **Mehrpersonenverhältnis** ist dieses begriffslogische Exklusivitätsverhältnis nicht gegeben. Dort hat die Leistungskondition hinsichtlich desselben Bereicherungsgegenstands grds. Vorrang vor der Bereicherung „in sonstiger Weise“ und ist daher auch stets zuerst zu prüfen (**Subsidiarität der Nichtleistungskondition**).<sup>245</sup> Eine Rückabwicklung des gescheiterten Schuldverhältnisses über die Nichtleistungskondition kommt i.d.R. also nur dann in Betracht, wenn keine Leistung an den Bereicherungsschuldner vorliegt. Damit soll gewährleistet werden, dass die Rückabwicklung nur im jeweiligen Schuldverhältnis („übers Eck“) stattfindet und Einwendungen des Bereicherungsschuldners nicht unterlaufen werden. Vgl. dazu Rn 428.

205

**II. Leistungskondition / Nichtleistungskondition**

Bei der **Leistungskondition** geht es darum, eine **Leistung**, d.h. eine bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens, die **ohne gültiges Kausalgeschäft** erbracht oder die **sonst fehlgeschlagen** ist, wieder rückgängig zu machen. Zu den einzelnen Arten der Leistungskondition vgl. ausführlich Rn 270 ff.

206

Die Leistungskondition ist somit die unmittelbare Antwort auf das bereits beschriebene **Trennungs- und Abstraktionsprinzip** des BGB, infolgedessen es nämlich vorkommen kann, dass das Verfügungsgeschäft (etwa die Übereignung einer Sache) wirksam ist, während es an einem wirksamen Kausalgeschäft (etwa dem Kaufvertrag) fehlt. Hier können die aufgrund des wirksamen Übereignungsgeschäfts empfangenen Leistungen zurückverlangt bzw. ausgeglichen werden.

207

<sup>243</sup> Teilweise wird in der Literatur auch § 813 I S. 1 BGB als Leistungskondition angesehen (so etwa von *Wandt*, § 9 Rn 22). Das ist abzulehnen, da § 813 I S. 1 BGB lediglich eine Erweiterung der Kondition nach § 812 I S. 1 Var. 1 BGB darstellt (dazu Rn 295 ff.).

<sup>244</sup> Nach a.A. handelt es sich um eine Nichtleistungskondition; zur Begründung vgl. Rn 409.

<sup>245</sup> Vgl. BGHZ 40, 272, 278; 56, 228, 240.

**208** Entsteht die Bereicherung nicht durch Leistung eines anderen, kann sie in **sonstiger Weise** erfolgen. Das Gesetz unterscheidet diesbezüglich die Kondiktionstatbestände (siehe Rn 204). Die Bereicherung in sonstiger Weise kann durch den Bereicherten sowie den Entreicherten, aber auch durch einen Dritten und sogar ohne menschliches Zutun entstanden sein.

**209** **Beispiel:** Jimmy, ein ausgewiesener Whiskey-Kenner, hat über einen Onlineshop eine Flasche Devil´s Cut bestellt. Aufgrund eines Versehens des Paketdienstes wird das Paket beim Nachbarn, dem Jonny, abgegeben. Dieser glaubt, es handele sich um ein Geschenk des Jimmy, und konsumiert den Whiskey.

Hier hat Jimmy nicht an Jonny geleistet, da von seiner Seite keine bewusste und zweckgerichtete Mehrung des Vermögens des Jonny ausging. Auch der Paketdienst hat nicht an Jonny geleistet, da er keine Leistung an Jonny erbringen, sondern nur den Auftrag, die Kiste an Jimmy zu liefern, ausführen wollte. Mithin liegt eine Bereicherung des Jonny in sonstiger Weise vor. Diese liegt darin, dass er durch den Verzehr des Whiskeys „in den Zuweisungsgehalt eines fremden Rechts“ eingegriffen und sich somit einen Vermögensvorteil (ersparter Kaufpreis) verschafft hat. ⇨ Jimmy kann gem. §§ 812 I S. 1 Var. 2, 818 II BGB von Jonny den Wert des Whiskeys kondizieren.<sup>246</sup>

**210** Einen wichtigen **Sondertatbestand** der Bereicherung in sonstiger Weise (hier: **Eingriffskondiktion**) enthält § 816 I S. 1 BGB (**Verfügung eines Nichtberechtigten**): Trifft ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand entgeltlich eine Verfügung, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, so ist er dem Berechtigten gegenüber zur Herausgabe des dabei Erlangten verpflichtet.

**211** **Beispiel:** Arnold leiht dem Barnabas sein Fahrrad (§ 598 BGB). Doch weil dieser stets eine günstige Gelegenheit sucht, um schnell an Geld zu kommen, verkauft und übereignet er das Fahrrad für 50 € an den Dankwart, der B für den Eigentümer des Fahrrads hält (und halten durfte).

Hier erwirbt D Eigentum an dem Fahrrad (§§ 929 S. 1, 932 I S. 1 BGB). A kann es also nicht nach § 985 BGB herausverlangen. Ihm steht aber ein Bereicherungsanspruch auf Zahlung der 50 € gegen B zu (§ 816 I S. 1 BGB). Daneben hat er gegen B Schadensersatzansprüche wegen Pflichtverletzung des Leihvertrags (§§ 598, 280 BGB), wegen unerlaubter Handlung (§ 823 I BGB, § 823 II BGB i.V.m. § 246 StGB und aus § 826 BGB) und wegen angemaßter Eigengeschäftsführung (§ 687 II BGB). Dagegen kommt ein sachenrechtlicher Anspruch aus §§ 989, 990 BGB wegen Nichtbestehens einer Vindikationslage nicht in Betracht (B hatte im maßgeblichen Zeitpunkt der Verletzungshandlung aufgrund des Leihvertrags ein Recht zum Besitz).

### III. Bereicherungsrecht im Zwei- und Dreipersonenverhältnis

**212** Um die nachfolgenden Ausführungen besser verstehen zu können, müssen zunächst einige Grundlagen erläutert werden, ohne deren Kenntnis eine Klausuraufgabe, die Bereicherungsrecht zum Gegenstand hat, kaum gelöst werden kann.

#### 1. Rückabwicklung im Zweipersonenverhältnis

**213** Das Zweipersonenverhältnis stellt den Ausgangspunkt für das bereicherungsrechtliche Ausgleichsverhältnis dar.

---

<sup>246</sup> Anm.: Auf die Frage nach einer möglichen Entreicherung, einem Nachlieferungsanspruch gegen den Verkäufer oder einem Schadensersatzanspruch gegen den Paketdienst soll hier nicht weiter eingegangen werden, siehe dazu Rn 441.

**Beispiele:**

**(1) Irrtumsanfechtung**

214

A verkauft und übereignet an B ein Gemälde. Später stellt sich heraus, dass A sich hinsichtlich des Malers geirrt hat. Er ficht wegen Eigenschaftsirrtums an (§§ 119 II, 142 I BGB).

Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB?

A könnte gegen B einen Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB haben. Dazu müsste A zunächst noch Eigentümer sein. Ursprünglich war er es. Er könnte aber Eigentum gem. § 929 S. 1 BGB verloren haben. Die diesbezüglichen Voraussetzungen liegen an sich vor: A hat das Gemälde an B übereignet und übergeben. Der Übereignungstatbestand könnte aber gem. § 142 I BGB nichtig sein aufgrund der Anfechtung. Allerdings bezog sich der Irrtum nur auf das Kausalgeschäft, nicht auch auf das Verfügungsgeschäft (= Erfüllungs- bzw. Übereignungsgeschäft). Diesbezüglich lag kein Anfechtungsgrund vor. B konnte mithin Eigentum an dem Gemälde erwerben. Ein Vindikationsanspruch ist daher nicht gegeben.

Herausgabeanspruch gem. § 812 I S. 2 Var. 1 BGB?

A könnte aber einen bereicherungsrechtlichen Anspruch aus § 812 I S. 2 Var. 1 BGB auf Rückübereignung und Herausgabe des Gemäldes haben. B hat „etwas“ erlangt, nämlich Eigentum und Besitz an dem Gemälde. Bezüglich dieses Eigentums- und Besitzerwerbs ist der rechtliche Grund für das Behaltendürfen aufgrund der Anfechtung des Kausalgeschäfts (des Kaufvertrags) später weggefallen. A kann also Eigentum und Besitz am Gemälde gem. § 812 I S. 2 Var. 1 BGB von B kondizieren.<sup>247</sup> Gemäß § 122 I BGB ist er aber ggf. zum Ersatz des Vertrauensschadens verpflichtet. Umgekehrt hat B einen Kondiktionsanspruch gegen A hinsichtlich des Kaufpreises.

**(2) Anfechtung wegen arglistiger Täuschung oder Drohung**

215

A des obigen Beispiels ist von B über die Herkunft des Gemäldes arglistig getäuscht worden.

Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB?

A könnte gegen B einen Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB haben. Dazu müsste A zunächst noch Eigentümer sein. Ursprünglich war er es. Er könnte aber Eigentum gem. § 929 S. 1 BGB verloren haben. Die diesbezüglichen Voraussetzungen liegen an sich vor: A hat das Gemälde an B übereignet und übergeben. Der Übereignungstatbestand könnte aber gem. § 142 I BGB nichtig sein aufgrund der Anfechtung. Unterstellt, dass sich sein Irrtum und damit seine Anfechtungserklärung auch auf die Willenserklärung bzgl. des Übereignungsgeschäfts erstrecken<sup>248</sup>), wird A aufgrund der Rückwirkungsfiktion des § 142 I BGB so behandelt, als sei er Eigentümer geblieben.<sup>249</sup> Er kann also das Gemälde gem. § 985 BGB vindizieren.

Herausgabeanspruch gem. § 812 I S. 2 Var. 1 BGB?

Ebenfalls könnte A einen bereicherungsrechtlichen Anspruch aus § 812 I S. 2 Var. 1 BGB auf Herausgabe des Gemäldes haben. B hat „etwas“ erlangt, nämlich Besitz<sup>250</sup> an dem Gemälde. Bezüglich dieses Besitzerwerbs ist der rechtliche Grund für das Behaltendürfen aufgrund der Anfechtung (auch) des Kausalgeschäfts (des Kaufvertrags) später weggefallen. A kann also Besitz am Gemälde gem. § 812 I S. 2 Var. 1 BGB von B kondizieren. Umgekehrt hat B einen Kondiktionsanspruch gegen A hinsichtlich des Kaufpreises.

<sup>247</sup> Zum Streit, ob im Fall der Anfechtung wegen der mit ihr verbundenen Rückwirkungsfiktion (vgl. § 142 I BGB) § 812 I S. 1 Var. 1 BGB (*condictio indebiti*) oder § 812 I S. 2 Var. 1 BGB (*condictio ob causam finitam*) greift, vgl. Rn 374 ff.

<sup>248</sup> Im Fall der arglistigen Täuschung (§ 123 I Var. 1 BGB) nimmt der BGH an, dass der Fehler im Kausalgeschäft regelmäßig auch noch beim Abschluss des Verfügungsgeschäfts fortbesteht (sog. **Fehleridentität**, siehe oben Rn 198 ff.).

<sup>249</sup> Das hat zudem gegenüber dem bloßen bereicherungsrechtlichen Herausgabeanspruch (dazu sogleich) den Vorteil, dass der Gegenstand – bei Insolvenz des Schuldners – nicht in die Insolvenzmasse fällt (§ 47 InsO). Der Gläubiger kann also trotz Insolvenz des Schuldners die Sache gem. § 985 BGB herausverlangen.

<sup>250</sup> Nicht auch Eigentum, da A – wie geprüft – die Übereignungserklärung anfechten konnte.

**216 (3) Nichtigkeit des Geschäfts wegen Geschäftsunfähigkeit**

A ist sowohl im Zeitpunkt des Kaufvertrags als auch in dem der Übereignung geschäftsunfähig (vgl. § 104 BGB).

In diesem Fall ist nicht nur der Kaufvertrag, sondern auch die Übereignung des Gemäldes nichtig (vgl. § 105 BGB).<sup>251</sup> A bleibt also Eigentümer und kann von B das Gemälde gem. § 985 BGB vindizieren. Daneben steht ihm auch ein Kondiktionsanspruch gem. § 812 I S. 1 Var. 1 BGB auf Herausgabe des Gemäldes zu. Dasselbe würde gelten, wenn A **beschränkt geschäftsfähig** gewesen wäre und der gesetzliche Vertreter nicht eingewilligt bzw. die Genehmigung verweigert hätte (vgl. §§ 106-108 BGB - beide Geschäfte sind nicht lediglich rechtlich vorteilhaft). Selbstverständlich kann umgekehrt auch B einen entsprechenden Kondiktionsanspruch gem. § 812 I S. 1 Var. 1 BGB gegen A hinsichtlich des Kaufpreises geltend machen.

**217 (4) Nichtigkeit des Geschäfts aus sonstigen Gründen**

Die Nichtigkeit eines Geschäfts kann sich auch aus sonstigen Gründen ergeben: Dazu zählen insbesondere der **geheime Vorbehalt** (§ 116 BGB), das **Scheingeschäft** (§ 117 BGB), der **Mangel der Ernstlichkeit** (§ 118 BGB), der **Formmangel** (§ 125 BGB – etwa bei der **Schenkung**, § 516 BGB, oder der **Grundstücksübertragung**, § 311b BGB), der **Gesetzesverstoß** (§ 134 BGB) und der **Sittenverstoß** (§ 138 BGB). Hinsichtlich der Rechtsfolge ist wie folgt zu differenzieren:

⇒ Sofern ein solcher Mangel vorliegt und sich auf das Kausalgeschäft beschränkt, ist die Rechtsfolge die gleiche wie bei der Nichtigkeit wegen Irrtumsanfechtung: Zwar kommt kein Vindikationsanspruch nach § 985 BGB in Betracht, wohl aber ein Kondiktionsanspruch gem. § 812 I S. 1 Var. 1 BGB, gerichtet auf Rückübereignung und Übergabe des Gegenstands (vorliegend des Gemäldes). Umgekehrt kann auch B einen Kondiktionsanspruch gem. § 812 I S. 1 Var. 1 BGB hinsichtlich des Kaufpreises geltend machen.

⇒ Sollte sich der Mangel auch auf das Verfügungsgeschäft erstrecken (sog. Doppelmangel), gilt wiederum dasselbe wie bei der Nichtigkeit wegen Geschäftsunfähigkeit: A bleibt also Eigentümer und kann das Gemälde gem. § 985 BGB vindizieren. Daneben steht ihm auch ein Kondiktionsanspruch gem. § 812 I S. 1 Var. 1 BGB zu, der auf die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes gerichtet ist. Selbstverständlich kann umgekehrt auch B einen entsprechenden Kondiktionsanspruch gem. § 812 I S. 1 Var. 1 BGB gegen A hinsichtlich des Kaufpreises geltend machen.

## 2. Rückabwicklung im Dreipersonenverhältnis

**218** Aufbauend auf den Kenntnissen über das bereicherungsrechtliche Ausgleichsverhältnis im Zweipersonenverhältnis sollten sich die Probleme der besonders prüfungsrelevanten Rückabwicklung bei Dreipersonenverhältnissen relativ leicht erschließen.

### Beispiele:

**219 (1) Irrtumsanfechtung**

A verkauft und übereignet an B ein Gemälde. B verkauft und übereignet dieses weiter an den (gutgläubigen) C. Später stellt sich heraus, dass A sich hinsichtlich des Malers geirrt hat. Er kann seine Willenserklärung bzgl. des Kaufvertrags mit B wegen Eigenschaftsirrums erfolgreich anfechten (§§ 119 II, 142 I BGB).

#### Ansprüche A gegen C

Es könnte in Bezug auf das Gemälde ein Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB bestehen. Dazu müsste A zunächst noch Eigentümer sein. Ursprünglich war er es. Er könnte aber Eigentum gem. § 929 S. 1 BGB verloren haben. Die diesbezüglichen Voraussetzungen liegen vor: A hat das Gemälde an B übereignet und übergeben. Der Über-

<sup>251</sup> In allen Beispielen ist davon auszugehen, dass kein Geschäft i.S.v. § 105a BGB vorliegt.

eignungstatbestand könnte aber gem. § 142 I BGB nichtig sein aufgrund der Anfechtung. Allerdings bezog sich der Irrtum nur auf das Kausalgeschäft, nicht auch auf das Verfügungsgeschäft (= Erfüllungs- bzw. Übereignungsgeschäft). Diesbezüglich lag kein Anfechtungsgrund vor. B konnte mithin Eigentum an dem Gemälde erwerben und dieses wiederum gem. § 929 S. 1 BGB berechtigterweise an C veräußern. Ein Vindikationsanspruch A gegen C scheidet daher aus.

Auch ein Kondiktionsanspruch aus § 812 I S. 1 Var. 1 BGB bzw. § 812 I S. 2 Var. 1 BGB scheidet aus, da A nicht an C geleistet hat. Ein denkbarer Kondiktionsanspruch aus § 812 I S. 1 Var. 2 BGB (allgemeine Nichtleistungskondiktion) scheidet schon allein wegen des Vorrangs der Leistungskondiktion aus. Schließlich ist auch § 822 BGB nicht einschlägig, da B dem C das Gemälde nicht unentgeltlich übereignet hat.

Ergebnis: A hat gegen C keinen Herausgabeanspruch in Bezug auf das Gemälde. Sonstige Ansprüche sind von vornherein nicht ersichtlich.

### Ansprüche A gegen B

Ein Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB in Bezug auf das Gemälde kommt nicht in Betracht, da B aufgrund der Weiterveräußerung und der Übergabe an C weder Eigentümer noch Besitzer des Gemäldes ist und es daher auch nicht an A herausgeben (und rückübereignen) kann (siehe § 275 I BGB).

Auch ein bereicherungsrechtlicher Anspruch gem. § 812 I S. 1 Var. 1 BGB oder § 812 I S. 2 Var. 1 BGB auf Rückübereignung und Herausgabe des Gemäldes scheidet aus. Zwar hat B „etwas“ erlangt, nämlich Eigentum und Besitz an dem Gemälde. Auch ist der rechtliche Grund für das Behaltendürfen aufgrund der Anfechtung des Kausalgeschäfts (des Kaufvertrags) später weggefallen, weshalb A an sich Besitz am Gemälde gem. § 812 I S. 2 Var. 1 BGB von B kondizieren könnte. Doch da B wirksam das Bild weiter an C veräußert und übergeben hat, ist B die Herausgabe und Rückübereignung unmöglich (s.o.). A steht demzufolge allenfalls ein Wertersatzanspruch gegen B gem. § 818 II BGB zu, freilich begrenzt durch die Entreicherungseinrede gem. § 818 III BGB. Gemäß § 122 I BGB wäre er umgekehrt aber zum Ersatz des Vertrauensschadens verpflichtet, was zu einer Saldierung führte.

Auch ein denkbarer Kondiktionsanspruch gem. § 816 I S. 1 BGB (Herausgabe des Erlöses, den B von C erzielt hat) gegen B scheidet aus. Denn B war zur Verfügung an C berechtigt. Daran ändert auch die Anfechtung des A nichts, da sich diese lediglich auf das Kausalgeschäft bezog.

Ergebnis: A hat auch gegen B keinen Herausgabeanspruch in Bezug auf das Gemälde.

Anm.: Anders wäre es, wenn C Eigentum und Besitz am Gemälde unentgeltlich erworben hätte. Dann wäre er wegen § 822 BGB zur Herausgabe und Übereignung an A verpflichtet gewesen (siehe dazu das Bsp. bei Rn 412).

## **(2) Anfechtung wegen arglistiger Täuschung oder Drohung**

220

A des Beispiels von Rn 219 ist von B über die Herkunft des Gemäldes arglistig getäuscht worden. B verkauft und übereignet das Gemälde weiter an den gutgläubigen C.

⇒ Vindikationsanspruch (§ 985 BGB) A gegen C?

A könnte gegen C einen Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB haben. Dazu müsste er Eigentümer des Gemäldes sein und C dürfte kein Recht zum Besitz haben. Ursprünglich war A Eigentümer. Dieses Eigentum könnte er aber durch die Übereignung an B verloren haben. Jedoch könnte die Übereignung aufgrund der Anfechtung des A unwirksam sein. Im Fall der arglistigen Täuschung (§ 123 I Var. 1 BGB) nimmt der BGH an, dass der Fehler im Kausalgeschäft regelmäßig auch noch beim Abschluss des Verfügungsgeschäfts fortbesteht.<sup>252</sup> Demzufolge konnte A auch das Übereignungsgeschäft erfolgreich anfechten mit der Folge der Rückwirkung gem. § 142 I BGB. A wird diesbezüglich also so behandelt, als wäre er Ei-

---

<sup>252</sup> Sog. **Fehleridentität**, siehe oben Rn 201.

gentümer geblieben.<sup>253</sup> B war daher Nichtberechtigter und konnte nicht gem. § 929 S. 1 BGB Eigentum auf C übertragen. Allerdings war C gutgläubig (er durfte – nicht zuletzt wegen § 1006 I S. 1 BGB – davon ausgehen, B sei Eigentümer) und konnte Eigentum gem. § 932 I BGB erwerben. A ist daher nicht mehr Eigentümer.

Ergebnis: A hat gegen C keinen Herausgabeanspruch aus § 985 BGB.

⇒ Kondiktionsanspruch gem. § 812 I S. 2 Var. 1 BGB A gegen C?

Fraglich ist, ob A wenigstens das Eigentum an dem Gemälde bei C kondizieren kann. Ein Kondiktionsanspruch gem. § 812 I S. 2 Var. 1 BGB scheidet aus, da keine Leistungsbeziehung zwischen A und C besteht. Ein Kondiktionsanspruch aus § 812 I S. 1 Var. 2 BGB scheidet wegen des Vorrangs der Leistungskondiktion aus (nicht zuletzt, um den gutgläubigen Erwerb bei C nicht zu untergraben).

Ergebnis: A hat gegen C auch keinen Herausgabeanspruch aus § 812 I S. 2 Var. 1 BGB.

⇒ Kondiktionsanspruch gem. § 822 BGB A gegen C?

Ein Herausgabeanspruch aus § 822 BGB ist von vornherein nicht einschlägig, da B dem C das Gemälde nicht unentgeltlich übereignet hat.

Ergebnis: A hat gegen C auch keinen Herausgabeanspruch aus § 822 BGB.

⇒ Kondiktionsanspruch gem. § 812 I S. 2 Var. 1 BGB A gegen B?

Gegen B ist ein Kondiktionsanspruch, der auf die Rückübertragung (und Herausgabe) des Eigentums gerichtet ist, nicht gegeben, da B wegen des Gutgläubenserwerbs durch C nicht mehr Eigentümer ist. Auch gegen C besteht ein solcher Anspruch nicht. Der Gutgläubenserwerb ist (zumindest hinsichtlich des entgeltlichen Erwerbs vom Nichtberechtigten) kondiktionsfest.

Damit ist zu prüfen, ob ein bereicherungsrechtlicher Wertersatzanspruch gegen B angenommen werden kann. An sich wäre § 818 II BGB einschlägig. Da B aber als Nichtberechtigter verfügt hat, ist er gem. § 816 I S. 1 BGB zur Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten verpflichtet. Er muss also den Kaufpreis, den er von C erhalten hat (nach h.M. auch den Mehrerlös, soweit erzielt), an A herausgeben. Selbstverständlich ist B dem A auch zum Schadensersatz verpflichtet:

- vertraglich aus § 280 I BGB,
- deliktisch aus § 823 I BGB, aus § 823 II BGB i.V.m. § 263 StGB und aus § 826 BGB,
- sachenrechtlich aus §§ 989, 990 BGB
- und nach § 687 II BGB (Geschäftsanmaßung).

### 221 (3) Nichtigkeit des Geschäfts wegen Geschäftsunfähigkeit

A ist sowohl im Zeitpunkt des Kaufvertrags mit B als auch in dem der Übereignung geschäftsunfähig (vgl. § 104 BGB). B hat das Gemälde an den nichts ahnenden C weiterverkauft und übereignet.

Im Verhältnis *A-B* ist also nicht nur der Kaufvertrag, sondern auch die Übereignung des Bildes nichtig (vgl. § 105 BGB). A könnte also Eigentümer geblieben sein und nunmehr von C das Bild gem. § 985 BGB vindizieren. Dieser Vindikationsanspruch besteht jedoch nicht, wenn C gutgläubig Eigentum an dem Gemälde erwerben konnte (§§ 929 S. 1, 932 I BGB). Der Gutgläubenschutz greift aber nicht, wenn dem A das Gemälde aufgrund seiner Geschäftsunfähigkeit „abhandengekommen ist“ (vgl. § 935 I BGB). „Abhandengekommen“ ist eine Sache, wenn der Eigentümer oder sein Besitzmittler den unmittelbaren Besitz ohne (nicht notwendig gegen) seinen Willen verloren hat. Gemeint ist also der unfreiwillige Besitzverlust. Nach der wohl h.M. stellt bei **Geschäftsunfähigkeit** die Weggabe durch den Geschäftsunfähigen wegen der in die-

<sup>253</sup> Das hat – wie schon erwähnt – zudem gegenüber dem bloßen bereicherungsrechtlichen Herausgabeanspruch (dazu sogleich) den Vorteil, dass der Gegenstand – bei Insolvenz des Schuldners – nicht in die Insolvenzmasse fällt (§ 47 InsO). Der Gläubiger kann also trotz Insolvenz des Schuldners die Sache gem. § 985 BGB herausverlangen.

sem Fall anzunehmenden Bedeutungslosigkeit eines etwaigen (natürlichen Besitzwillens) einen unfreiwilligen Besitzverlust dar.<sup>254</sup> Folgt man dieser Auffassung, scheidet vorliegend der gutgläubige Eigentumserwerb des C an § 935 I BGB. Stellt man indes darauf ab, dass auch ein Geschäftsunfähiger einen rechtlich relevanten **natürlichen Besitzwillen** bilden kann<sup>255</sup> und bejaht diesen bei A, hat er das Eigentum, da er das Gemälde freiwillig an B herausgab, aufgrund der Gutgläubigkeit des C an diesen verloren. Folgt man dieser inhaltlich überzeugenden Überlegung, gilt dasselbe wie im vorherigen Beispiel: A kann das Gemälde nicht herausverlangen. Er hat aber auch hier gegen B einen Anspruch auf Herausgabe des Verkaufserlöses gem. § 816 I S. 1 BGB. Dasselbe würde erst recht gelten, wenn A **beschränkt geschäftsfähig** gewesen wäre und der gesetzliche Vertreter nicht eingewilligt bzw. die Genehmigung verweigert hätte (vgl. §§ 106-108 BGB - beide Geschäfte sind nicht lediglich rechtlich vorteilhaft). Ob A auch Schadensersatzansprüche (deliktisch aus §§ 823, 826 BGB; sachenrechtlich aus §§ 989, 990 BGB) und Ansprüche aus § 687 II BGB (Geschäftsmaßnung) zu stehen, ist eine Tatfrage.

#### (4) Nichtigkeit des Geschäfts aus sonstigen Gründen

222

Liegt einer der genannten sonstigen Nichtigkeitsgründe vor (geheimer Vorbehalt, Scheingeschäft, Mangel der Ernstlichkeit, Formmangel, Gesetzes- oder Sittenverstoß), ist die gleiche Differenzierung vorzunehmen wie im Zweipersonenverhältnis:

- ⇒ Sofern sich der Mangel auf das Kausalgeschäft *A-B* beschränkt, kommt zwar kein Vindikationsanspruch des A nach § 985 BGB in Betracht (C hat Eigentum erworben), wohl aber ein Wertersatzanspruch gegen B gem. § 818 II BGB. Umgekehrt kann auch B einen Kondiktionsanspruch gem. § 812 I S. 1 Var. 1 BGB hinsichtlich des Kaufpreises geltend machen.
- ⇒ Sollte sich der Mangel auch auf das Verfügungsgeschäft erstrecken (sog. Doppelmangel), gilt dasselbe wie bei der Nichtigkeit wegen Geschäftsunfähigkeit.

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Die vorstehenden Beispiele sollten verdeutlicht haben, wie eng die Regelungen des Allgemeinen Teils des BGB über die Rechtsgeschäftslehre mit dem Bereicherungsrecht verknüpft sind. Unzureichende Kenntnisse in der Rechtsgeschäftslehre führen unweigerlich zu einer unvollständigen bzw. fehlerhaften Lösung eines bereicherungsrechtlichen Falls. Zu den überaus prüfungs- und examensrelevanten Dreipersonenverhältnissen vgl. Rn 409 ff. und Rn 480 ff.; zu den **Zessions-** bzw. **Anweisungsfällen** vgl. Rn 328 ff.

223

### IV. Verweisungen auf das Bereicherungsrecht

Im BGB wird nicht selten auf Bereicherungsvorschriften verwiesen. Dabei stellt sich für den Rechtsanwender regelmäßig die Frage, ob er nur auf den Umfang (die Rechtsfolge) des Bereicherungsrechts verwiesen wird (sog. **Rechtsfolgenverweisung**) oder ob er auch die Voraussetzungen des bereicherungsrechtlichen Ausgleichsanspruchs prüfen muss (**Rechtsgrundverweisung**). In jedem Einzelfall ist durch Auslegung zu ermitteln, welche Art der Verweisung gemeint ist. Als Faustformel kann jedoch gesagt werden, dass es sich in den überwiegenden Fällen um eine Rechtsfolgenverweisung handelt. Lediglich in besonders gewichtigen Fällen ist von einer Rechtsgrundverweisung auszugehen.

224

<sup>254</sup> *Bayer*, in: Erman, § 935 Rn 3; *Herrler*, in: Grüneberg, § 935 Rn 5, jeweils unter Berufung auf BayObLG NJW 1991, 2571.

<sup>255</sup> Jedenfalls ist die genannte h.M. inkonsistent, wenn sie a.a.O. zugleich konstatiert, der die Freiwilligkeit bestimmende Wille sei nicht rechtsgeschäftlicher Natur. Wenn er aber nicht rechtsgeschäftlicher Natur ist, kann es auf die Geschäftsfähigkeit i.S.v. § 104 BGB, die ja gerade an die (Un-)Fähigkeit, Rechtsgeschäfte zu schließen, anknüpft, nicht ankommen. Und wenn es danach nicht auf die Geschäftsfähigkeit ankommt, kann nur der natürliche Besitzwille ausschlaggebend sein. Richtig daher wie hier *Hütte/Hütte*, SachenR I, Rn 495; *Baur/Stürmer*, SachenR, § 52 Rn 42; *Henssler*, in: Soergel, § 935 Rn 6.

- 225 ■ So handelt es sich hinsichtlich der Verweisung in **§ 682 BGB** auf das Bereicherungsrecht nach zutreffender h.M.<sup>256</sup> um eine **Rechtsgrundverweisung**. Es müssen also auch die Voraussetzungen eines *bereicherungsrechtlichen* Anspruchs erfüllt sein, damit die Herausgabepflicht eintritt. Gleiches gilt hinsichtlich des **§ 951 I S. 1 BGB**, des **§ 977 S. 1 BGB** und des **§ 531 II BGB**.<sup>257</sup>
- 226 ■ Demgegenüber handelt es sich bei **§ 684 S. 1 BGB**, der dem Geschäftsherrn die Pflicht auferlegt, dem Geschäftsführer alles durch die Geschäftsführung Erlangte nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung herauszugeben, nach h.M. zumindest im Zweipersonenverhältnis um eine **Rechtsfolgenverweisung**; die Voraussetzungen der §§ 812 ff. BGB sind somit *nicht* gesondert zu prüfen (Rn 107). Das Gleiche gilt hinsichtlich des **§ 547 I S. 2 BGB** und des **§ 628 I S. 3 BGB**. Auch die **§§ 988, 993 I BGB** gehören hierher, da sich die Voraussetzungen für die Herausgabe bereits aus diesen Vorschriften ergeben.
- Bei **§ 1301 BGB** wurde früher vertreten, es handele sich um einen Unterfall des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, für welchen die Herausgabepflicht nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung nur noch einmal klargestellt werde. Da die Störung der Geschäftsgrundlage nun in § 313 BGB gesetzlich normiert ist und die diesbezügliche Rückabwicklung über §§ 346 ff. BGB erfolgt, dürfte hinsichtlich des § 1301 BGB nun die Überlegung zutreffen, dass es sich dabei um einen Sonderfall der Zweckverfehlungskondiktion (*condictio ob rem*) gem. § 812 I S. 2 Var. 2 BGB handelt und die Norm einen selbstständigen Kondiktionstatbestand darstellt.

227

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Die Qualifikation einer Verweisung als Rechtsfolgenverweisung oder Rechtsgrundverweisung übt nicht nur Einfluss auf den Prüfungsumfang aus (Sind zusätzlich die Voraussetzungen des bereicherungsrechtlichen Anspruchs zu prüfen oder sind diese bereits in der Verweisungsnorm enthalten?), sondern ist auch hinsichtlich der Bestimmung der **Anspruchsgrundlage** von Bedeutung. So stellt bei einer Rechtsgrundverweisung die Verweisungsnorm selbst *keine* Anspruchsgrundlage dar; diese ist vielmehr dem Bereicherungsrecht zu entnehmen. Demgegenüber fungiert bei einer Rechtsfolgenverweisung die Verweisungsnorm zugleich als Anspruchsgrundlage für den bereicherungsrechtlichen Ausgleichsanspruch, da ja gerade *nur* auf die Rechtsfolgen verwiesen wird. Praktisch wichtig wird die Unterscheidung zwischen Rechtsgrund- und Rechtsfolgenverweisung immer dann, wenn ein **Ausschlussstatbestand** (etwa §§ 814, 815 oder 817 S. 2 BGB) greift. Nimmt man also eine Rechtsgrundverweisung an und liegen die Voraussetzungen bspw. des § 817 S. 2 BGB vor, ist der Anspruch im Ergebnis unbegründet. Nimmt man dagegen eine Rechtsfolgenverweisung an, spielt – da ja gerade nur auf die Rechtsfolge des Bereicherungsrechts verwiesen wird – § 817 S. 2 BGB keine Rolle. Der Ausgleichsanspruch wäre dann gegeben.

## V. Bereicherungs- und Rücktrittsrecht

- 228 Wie die Rücktrittsvorschriften der §§ 346 ff. BGB bezwecken auch die bereicherungsrechtlichen Vorschriften der §§ 812 ff. BGB die Rückgängigmachung von auf mangelhafter schuldrechtlicher Grundlage ausgetauschten Leistungen. Gleichwohl darf sich der Gläubiger nicht „aussuchen“, ob er die Rückabwicklung über §§ 812 ff. oder §§ 346 ff. BGB vornimmt, denn zwischen diesen beiden Rechtsinstituten bestehen dogmatische und rechtstechnische Unterschiede, etwa mit Blick auf die unterschiedlichen Verjährungsregelungen und die Entreicherungseinrede.

<sup>256</sup> *Sprau*, in: Grüneberg, § 682 Rn 2; *Brox/Walker*, § 36 Rn 50; *Musielak/Hau*, GK, Rn 696.

<sup>257</sup> Wobei hinsichtlich der Rechtsgrundverweisung in § 951 BGB auf das Bereicherungsrecht streitig ist, ob sich die Rechtsgrundverweisung lediglich auf die Nichtleistungskondiktion bezieht (so etwa BGHZ 40, 272, 278 f.; 55, 176, 177 ff.; *Sprau*, in: Grüneberg, Einf § 812 Rn 19) oder auch die Leistungskondiktion erfasst (so etwa *Kindl*, in: Bamberger/Roth, 3. Aufl. 2012, § 951 Rn 2 und wohl auch BGH NJW 2015, 229 f.).

- Bei **§§ 346 ff. BGB** wandelt sich das ursprüngliche Schuldverhältnis, das Übrigen nicht durch die Rücktrittserklärung unwirksam wird, in ein **Rückgewährschuldverhältnis**. Dieses Rückgewährschuldverhältnis ist *kein* neues Schuldverhältnis, sondern eine Fortwirkung des bisherigen, jedoch nun in *neuer* Form und mit *neuen* Pflichten.<sup>258</sup> Auf die Vorschriften der §§ 346 ff. BGB wird bspw. in §§ 313 III, 437 Nr. 2 und 634 Nr. 3 BGB verwiesen. Macht aber ein Verbraucher von seinem verbraucherschützenden Widerrufsrecht Gebrauch (etwa im Fall des am 13.6.2014 in Kraft getretenen § 312g I BGB), erfolgt die Rückabwicklung gem. § 355 BGB nach der speziellen Regelung des § 357 BGB; ein Rückgriff auf §§ 346 ff. BGB ist weder erforderlich noch zulässig.

229
  
- Demgegenüber regelt das Bereicherungsrecht der **§§ 812 ff. BGB** die Rückabwicklung nichtiger oder beendeter Schuldverhältnisse und begründet ein **neues, gesetzliches Schuldverhältnis**.

230

## VI. Verhältnis zu anderen Instituten/Anwendbarkeit der §§ 812 ff. BGB

Bevor man an die Prüfung eines bereicherungsrechtlichen Ausgleichsanspruchs geht, muss zunächst die **Anwendbarkeit der §§ 812 ff. BGB** feststehen. Denn häufig sind auch andere, den Ausgleich ungerechtfertigter Vermögensverschiebungen regelnde Anspruchsgrundlagen einschlägig, die möglicherweise die Anwendbarkeit des Bereicherungsrechts ausschließen oder doch zumindest Einfluss auf den Tatbestand einer bereicherungsrechtlichen Anspruchsgrundlage ausüben. Daher ist es zwingend geboten, sich *vor* der Prüfung einzelner bereicherungsrechtlicher Tatbestände mit Konkurrenzfragen zu beschäftigen.

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Darstellungen, die das Konkurrenzverhältnis zu anderen Instituten erst am Ende der Ausführungen oder überhaupt nicht behandeln, suggerieren eine Einfachheit, werden aber den Anforderungen, die an einen Leistungsnachweis gestellt werden, nicht gerecht. In der vorliegenden Darstellung ist der Aufbau so gewählt, wie man ihn auch in einer Klausur zu wählen hat. Sollte dies dem noch unkundigen Leser Schwierigkeiten bereiten, empfiehlt es sich, den Abschnitt über das Verhältnis zu anderen Instituten vorerst zu überspringen und ihn *nach* der Lektüre des Hauptteils zu studieren.

Konkurrierende Regelungen können einem vertraglichen, aber auch einem anderen gesetzlichen Schuldverhältnis entnommen werden.

### 1. Verhältnis zu vertraglichen Schuldverhältnissen

Besteht zwischen den Parteien ein wirksamer Vertrag, ist das Bereicherungsrecht unanwendbar; denn der vertragliche Erfüllungsanspruch bildet insoweit die Causa (also den Rechtsgrund) für die Vermögensverschiebung. Das gilt selbst dann, wenn vertragliche Regelungslücken bestehen, diese aber im Wege der **ergänzenden Vertragsauslegung** geschlossen werden können.

**Beispiel:** Bertold schließt mit dem Bauunternehmer Ufuk einen Werkvertrag über den schlüsselfertigen Bau einer Lagerhalle (vgl. § 631 ff. BGB). In dem Vertragswerk ist zwar nicht explizit von der Teerung der Einfahrt die Rede, doch aufgrund der geführten Vorgespräche und des marktüblichen Leistungsumfangs für Aufträge dieser Art war es U an sich klar, dass auch die Teerung der Einfahrt zum Leistungsumfang gehören würde. Als dieser nun das Werk zur Abnahme bereitstellt, wendet B ein, die Teerung der Einfahrt sei nicht vereinbart worden und werde dementsprechend von ihm auch nicht vergütet.

<sup>258</sup> Grüneberg, in: Grüneberg, vor § 346 Rn 2; Medicus/Petersen, BR, Rn 660.

Hier könnte zwar an einen Geldersatz gem. §§ 812 I S. 1 Var. 1, 818 II BGB gedacht werden, ein solcher Anspruch besteht jedoch nicht, wenn sich ein werkvertraglicher Vergütungsanspruch herleiten lässt. Ausdrücklich wurde die Teerung der Einfahrt im Bauvertrag nicht vereinbart. Auch stellt § 632 BGB keine Anspruchsgrundlage für die Vergütung der Teerung dar, da diese Norm nur die Absprache hinsichtlich der Vergütung ersetzt, nicht aber den Leistungsumfang begründet. Da aber Aufträge der vorliegenden Art üblich sind und die Parteien zuvor auch über den Leistungsumfang gesprochen hatten, ist die Lücke im Vertrag (Teerung der Einfahrt) über die Figur der ergänzenden Vertragsauslegung gem. §§ 133, 157 BGB zu schließen. Aber auch wenn man diese Auffassung nicht teilt, ist das Bereicherungsrecht nicht einschlägig, sofern die Voraussetzungen einer berechtigten GoA vorliegen. Denn dann besteht ein Aufwendungsersatzanspruch gem. §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB (im Übrigen ist auch die berechtigte GoA Rechtsgrund i.S.d. § 812 BGB).

- 236** Die Anwendbarkeit des Bereicherungsrechts scheidet auch dann aus, wenn Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert haben und die Parteien den Vertrag nicht oder nicht so geschlossen hätten, wenn sie die Veränderung vorausgesehen hätten (**§ 313 BGB – Störung der Geschäftsgrundlage**). Denn in einem solchen Fall kann **Anpassung** des Vertrags verlangt werden, soweit einem Vertragspartner unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zuzumuten ist (§ 313 I BGB). Kann demzufolge eine Anpassung des Vertrags verlangt werden (etwa durch Änderungsvertrag), ist ein Rückgriff auf das Bereicherungsrecht ausgeschlossen, da insoweit ein Rechtsgrund für die Leistungen besteht. Aber auch für den Fall, dass eine Anpassung nicht möglich oder einem Vertragspartner nicht zumutbar ist, ist die Anwendung des Bereicherungsrechts ausgeschlossen. Denn § 313 III BGB räumt dem benachteiligten Vertragspartner das Recht zum **Rücktritt** ein. Damit ist das Rücktrittsrecht nach §§ 346 ff. BGB gemeint (s.o.).
- 237** Hinsichtlich in Vollzug gesetzter **fehlerhafter Arbeitsverträge** hat die Rechtsprechung einen Ausgleichsmodus entwickelt, der dem Bereicherungsrecht ebenfalls vorgeht. Insoweit gilt: Auch der fehlerhafte (ja sogar der nichtige) Arbeitsvertrag ist Rechtsgrund i.S.d. §§ 812 ff. BGB.<sup>259</sup> Der Grund für diese „Sonderbehandlung“ liegt darin, dass es bei der Anwendung des Bereicherungsrechts aufgrund der Regelung des § 818 III BGB (Entreicherung) zu unbilligen Ergebnissen kommen kann. Auch umgekehrt wäre die Rückzahlungspflicht in Bezug auf das rechtsgrundlos erhaltene Gehalt äußerst problematisch. Bei fehlerhaften Arbeitsverträgen gilt daher nicht Bereicherungsrecht, sondern Vertragsrecht, das allerdings einige Besonderheiten aufweist.
- 238** **Beispiel:** Peppo ist seit einigen Wochen als Paketpacker bei der *Versandhandel GmbH* beschäftigt (vgl. § 611a BGB). Nun stellt sich für alle Beteiligten überraschend heraus, dass er bereits im Zeitpunkt des Abschlusses des Arbeitsvertrags geschäftsunfähig i.S.d. § 104 Nr. 2 BGB war.<sup>260</sup> Für P wird sofort ein Betreuer bestellt, der für ihn einen Gehaltsanspruch für die verrichtete Arbeit geltend macht (§§ 1896 ff. BGB). Der Geschäftsführer Gisbert, der vor einiger Zeit drei Semester Jura studiert hatte, ist der Auffassung, aufgrund der Nichtigkeit des Arbeitsvertrags nicht zur Lohnzahlung verpflichtet zu sein. Sollte man bereicherungsrechtlich gegen die Gesellschaft vorgehen, werde er den Einwand der Entreicherung einbringen, da P auch im Übrigen ständig falsche Ware eingepackt habe und seine Arbeit daher wertlos gewesen sei.

<sup>259</sup> Etwas anderes gilt nur für den Fall, in dem der Arbeitnehmer nach der Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber für die Dauer des Kündigungsrechtsstreits gegen den Willen des Arbeitgebers weiterbeschäftigt wird, die Kündigung sich aber letztlich als wirksam herausstellt. Hier wird nach wohl überwiegender Ansicht im Grundsatz eine Rückabwicklung über die §§ 812 ff. BGB vorgenommen. Siehe näher dazu sogleich.

<sup>260</sup> § 105a BGB, wonach ein Geschäft des täglichen Lebens, das mit geringwertigen Mitteln bewirkt werden kann, gültig ist, wenn es von einem volljährigen Geschäftsunfähigen getätigt wird, ist vorliegend nicht einschlägig.

Hier ist der Arbeitsvertrag von Anfang an nichtig (§ 105 I BGB). Die Rückabwicklung könnte daher über das Bereicherungsrecht gem. §§ 812 ff. BGB vorgenommen werden. Die GmbH hat „etwas erlangt“, nämlich die Dienste des P. Diese Dienste kann sie aber nicht herausgeben, sodass insofern ein Wertersatz nach § 818 II BGB in Betracht kommt. Ein solcher Wertersatzanspruch ist möglicherweise aber dadurch ausgeschlossen, dass die Arbeitsleistung des P mangelhaft war und dadurch gem. § 818 III BGB eine Entreicherung auf Seiten der Gesellschaft angenommen werden könnte. Der mit § 104 Nr. 2 BGB zum Ausdruck kommende Schutz des Geschäftsunfähigen würde sich aber dann zum Nachteil verkehren, weil P insoweit „leer“ ausgehen würde. Hinzu kommt, dass bei einem solchen Ergebnis der Arbeitnehmer das Produktions- und Absatzrisiko seines Arbeitgebers tragen würde. Um derartige Wertungswidersprüche zu vermeiden, behandelt die Rechtsprechung die Rückabwicklung fehlerhafter, ja sogar nichtiger Arbeitsverträge nicht über die Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung, sondern über ein „**modifiziertes Vertragsrecht**“ („faktisches Arbeitsverhältnis“). Danach wird das fehlerhafte Arbeitsverhältnis nach Beginn der Arbeitsleistung wie ein wirksames, allerdings modifiziertes, behandelt.<sup>261</sup> Daher gelten folgende Regeln:

**1. Eine Auflösung des Vertrags** ist nur mit Wirkung für die Zukunft (also *ex nunc*) möglich. Die engen Grenzen der §§ 620 ff. BGB sowie die des Kündigungsschutzgesetzes gelten nicht.

**2. Der Arbeitnehmer kann vertragliche Gehaltsansprüche** geltend machen (Anspruchsgrundlage ist § 611a II BGB).

**3. Im Übrigen kommt eine Haftung des Arbeitnehmers** nur bei grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz in Betracht.

Vorliegend kann der Betreuer im Namen des P also Lohnansprüche gegen die Gesellschaft geltend machen. Umgekehrt ist die Gesellschaft wohl nicht berechtigt, Schadensersatz zu verlangen, da nach obigen Grundsätzen eine Verantwortlichkeit des P nicht vorliegt. Denn selbst wenn man eine grobe Fahrlässigkeit annähme, stünde einem Anspruch der Gesellschaft immer noch die Geschäftsunfähigkeit des P entgegen.

**Weiterführender Hinweis:** Von den eben genannten Grundsätzen des fehlerhaften Arbeitsvertrags macht das BAG aber dann eine Ausnahme, wenn es am Willen an einer (Weiter-)Beschäftigung fehlt. Das gilt insbesondere für die Weiterbeschäftigung im Kündigungsrechtsstreit. In einem solchen Fall sei nach Bereicherungsrecht rückabzuwickeln.<sup>262</sup> 239

**Beispiel:** Peppo ist voll geschäftsfähig. Das hindert ihn aber nicht daran, trotz zwei entsprechender Abmahnungen weiter falsche Ware einzupacken. G kündigt ihm daher. P erhebt sofort Kündigungsschutzklage und hat in erster Instanz auch Erfolg. G wird verurteilt, P weiterzubeschäftigen. Aufgrund der von G erhobenen Berufung wird das Urteil später aber vom LAG aufgehoben und die Kündigung des G für wirksam erklärt. 240

Hier greifen nach Auffassung des BAG die Grundsätze des fehlerhaften Arbeitsvertrags nicht, weil es am Willen des Arbeitgebers zur Weiterbeschäftigung gefehlt habe.<sup>263</sup> Folgt man dieser Auffassung, kann Wertersatz gem. § 818 II BGB für die geleistete Arbeit (Tariflohn) gefordert werden.<sup>264</sup>

---

Die Grundsätze des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses gelten auch für die **fehlerhafte Gesellschaft**. Tätigt ein vertretungsberechtigter Gesellschafter im Namen der Gesellschaft (z.B. GbR oder OHG) Rechtsgeschäfte im Außenverhältnis, so bindet er die anderen Gesellschafter grds. auch dann, wenn der Gesellschaftsvertrag sich später als 241

<sup>261</sup> Vgl. BGHZ 41, 282, 287; BGH NJW 1992, 1501, 1502; BAG DB 1974, 1531 f. (jeweils zu Arbeits- und Gesellschaftsverträgen); *Medicus/Petersen*, BR, Rn 193; *Sprau*, in: Grüneberg, Einf § 812 Rn 6.

<sup>262</sup> Siehe BAGE 90, 251 ff.

<sup>263</sup> BAG NJW 1987, 2251 f.

<sup>264</sup> Im Regelfall gleichen sich die entsprechenden Ansprüche aus, da der Arbeitgeber Lohn gezahlt und der Arbeitnehmer gearbeitet und seine Gegenleistung erbracht hat.

nichtig (etwa wegen Anfechtung durch einen Gesellschafter) erweist. Würde man ein anderes Ergebnis zulassen, wäre der handelnde Gesellschafter im Vergleich zu den anderen Gesellschaftern benachteiligt, weil er allein das Risiko der Unwirksamkeit des Gesellschaftsvertrags tragen würde. Der Gesellschaftsvertrag ist dann lediglich *ex nunc* unwirksam, denn die Fehlerhaftigkeit des Gesellschaftsvertrags stellt grds. einen wichtigen Auflösungsgrund i.S.d. § 723 BGB bzw. § 133 HGB dar. Etwas anderes gilt lediglich dann, wenn der Schutzzweck der §§ 104 ff. BGB unterlaufen würde. Dann ist der Gesellschaftsvertrag *ex tunc*, also von Anfang an unwirksam.

242

**Beispiel:** Willi, Domi und Herbert gründen einen Pizzadienst in der Rechtsform einer GbR.<sup>265</sup> Da W und D nicht besonders finanzstark sind und auch das Gesellschaftskapital der GbR bereits investiert ist, bezahlt H den von der GbR verpflichteten Warenlieferanten Ludwig im Namen der GbR aus eigener Tasche. Kurz darauf stellt sich heraus, dass W beim Unterzeichnen des Gesellschaftsvertrags einem Erklärungsirrtum (§ 119 I BGB) unterlegen ist. Er ficht erfolgreich seine Willenserklärung bzgl. des Gesellschaftsvertrags an. Folge dieser Anfechtung ist die rückwirkende Unwirksamkeit des Gesellschaftsvertrags (§ 142 I BGB). Dummerweise wird nun auch noch von Unbekannten in das Lager des Pizzadienstes eingebrochen und es werden sämtliche Warenbestände gestohlen. Da H nicht alleine auf den Kosten sitzen bleiben möchte, verlangt er von W und D je ein Drittel des Betrags, den er L überwiesen hat.

Zwar konnte W durch seine Anfechtung den Gesellschaftsvertrag an sich vernichten, es wäre jedoch unbillig, wenn H das Risiko der Unwirksamkeit des Gesellschaftsvertrags und die Kosten für die bereits erfolgte Warenlieferung nicht anteilig auf W und D abwälzen könnte. Würde man allerdings Bereicherungsrecht anwenden, könnten sich W und D auf Entreicherung berufen. Um dieses unbillige Ergebnis zu vermeiden, wendet die h.M. die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft an. Danach wird die unwirksame Gesellschaft auch mit Wirkung für die Vergangenheit wie eine wirksame Gesellschaft behandelt. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Zweck der an sich anzunehmenden rückwirkenden Unwirksamkeit unterlaufen würde (etwa Minderjährigen- bzw. Geschäftsunfähigenschutz - §§ 104 ff. BGB).

Vorliegend ist W jedoch nicht geschäftsunfähig und daher nicht schutzwürdiger als H. Im Gegenteil entspricht es der Billigkeit, wenn H die Kosten anteilig auf W und D abwälzen kann. W und D müssen sich daher so behandeln lassen, als sei die Gesellschaft zum Zeitpunkt des Geschäfts mit L wirksam gewesen. Da H in diesem Fall W und D gem. § 426 I und II BGB in Regress hätte nehmen können, gilt diese Folge auch vorliegend. Die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags ist demnach erst nach dem Zeitpunkt des Geschäfts mit L anzunehmen.

## 2. Verhältnis zu (anderen) gesetzlichen Regelungen

243

Auch (andere) gesetzliche Regelungen können in ihrem Anwendungs- bzw. Regelungsbereich eine **abschließende Regelung** treffen und damit die Anwendbarkeit des Bereicherungsrechts oder doch zumindest die Voraussetzungen eines bereicherungsrechtlichen Ausgleichsanspruchs ausschließen. Das betrifft in erster Linie das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, aber auch die berechtigte GoA.

### a. Sperrwirkung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses

244

Die Vorschriften der §§ 987 bis 1004 BGB über das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer einer Sache enthalten bestimmte Schutzvorschriften zugunsten des unrechtmäßigen, aber **redlichen Besitzers**, die durch das Bereicherungsrecht (aber auch durch das Deliktsrecht) nicht einfach unterlaufen werden dürfen. Das gilt insbesondere hinsichtlich des Anspruchs des Eigentümers auf **Nutzungersatz**

<sup>265</sup> Zur Rechtsfähigkeit der GbR vgl. BGHZ 147, 145 ff.; 147, 269 ff. (mit Bespr. von K. Schmidt, JuS 2001, 1122); BGH ZIP 2001, 781 ff. (mit Bespr. v. Löhnig, JA 2001, 622 ff.); ZIP 2002, 1419; BGHZ 152, 307, 311 ff.; Lorenz, JuS 2003, 729, 730.

(§§ 987, 988 BGB), der einen weitergehenden Anspruch – etwa aus §§ 812 ff. BGB – ausschließt (§ 993 I a.E. BGB). Umgekehrt kann der Besitzer Verwendungsersatz ausschließlich nach §§ 994 und 996 BGB verlangen; ein Anspruch aus §§ 812 ff. BGB scheidet insoweit auch hier aus. Da das Verhältnis EBV-Bereicherungsrecht bereits ausführlich bei Rn 130 ff. beschrieben wurde, sei insoweit darauf verwiesen.

### b. Vorrang der berechtigten GoA

Bei Vorliegen einer *berechtigten* GoA scheidet Ansprüche des Geschäftsherrn aus **ungerechtfertigter Bereicherung** aus, weil jene – solange sich der Geschäftsführer in ihrem Rahmen bewegt – den Rechtsgrund für Leistungen und Eingriffe bildet.<sup>266</sup> Ansprüche aus berechtigter GoA sind – sofern der Klausursachverhalt dies nahelegt – also stets vor solchen des Bereicherungsrechts zu prüfen. Liegt eine *unberechtigte* GoA vor, ist ein Rechtsgrund für die Leistung bzw. den Eingriff nicht vorhanden. Hier findet der bereicherungsrechtliche Ausgleich über §§ 677, 684 S. 1 BGB statt. Liegt sogar eine *angemaßte Eigengeschäftsführung* vor, sind von vornherein originäre Ansprüche des Geschäftsherrn aus ungerechtfertigter Bereicherung neben solchen aus GoA nicht ausgeschlossen.

245

**Beispiel:** A „leiht“ sich das Schifferklavier des B ohne dessen Wissen und Wollen und spielt in der Fußgängerzone. Bis zum Abend haben Passanten in den offenen Instrumentenkasten Münzen im Wert von insgesamt 350 € geworfen.

246

Hier kommen neben Schadensersatzansprüchen aus § 823 I BGB und §§ 989, 990 BGB Ansprüche aus § 687 II i.V.m. §§ 678 bzw. 667 BGB in Betracht. A müsste dem B dann die Einnahmen herausgeben. Da der Anspruch aus § 687 II BGB auf Seiten des Geschäftsherrn die Anwendbarkeit von Ansprüchen aus ungerechtfertigter Bereicherung nicht ausschließt, wäre zusätzlich ein Anspruch aus § 812 I S. 1 Var. 2 BGB (hier: Eingriff in den Zuweisungsgehalt eines fremden Rechts) zu prüfen.

Soweit es jedoch um Ansprüche des Geschäftsführers gegen den Geschäftsherrn geht, enthält § 687 II BGB eine abschließende Regelung, neben der andere Ansprüche ausgeschlossen sind.

### c. Verhältnis zu § 179 BGB

Handelt ein Vertreter ohne Vertretungsmacht und ist das so zustande gekommene Vertretergeschäft mangels Genehmigung des Geschäftsherrn oder wegen der Fiktion der Verweigerung gemäß § 177 II S. 2 BGB endgültig unwirksam, haftet der *falsus procurator* dem Geschäftsgegner nach § 179 BGB. Diese Vorschrift begründet eine (verschuldensunabhängige) Garantiehaftung, die auf dem Gedanken beruht, dass der *falsus procurator* Vertrauen veranlasst und enttäuscht hat.<sup>267</sup> Neben dieser Haftung ist eine Abwicklung über das Bereicherungsrecht jedoch nicht ausgeschlossen.

247

**Beispiel:** Violetta war viele Jahre Chefeinkäuferin für die Boutique der Gunda. In deren Namen schloss sie stets Verträge mit verschiedenen Warenlieferanten. Als sich die beiden Damen wegen einer privaten Angelegenheit überwarfen, widerrief G die Vollmacht der V. Um G „eins auszuwischen“, kauft V nun in deren Namen beim Großhändler Ottokar 200 Markenjeans der Größe 42. O liefert die Ware an die Boutique. Als G am nächsten Tag die Rechnung erhält, ist sie entsetzt und fragt nach der Rechtslage.

248

Da G das Geschäft der V kaum genehmigen wird, bestehen vertragliche Ansprüche O gegen G nur dann, wenn eine Rechtsscheinvollmacht nach §§ 171, 172 BGB oder eine Anscheinsvollmacht angenommen werden kann. Dies ist eine Tatfrage und für den vorliegenden Fall wohl zu verneinen. O hat aber einen Schadensersatzanspruch gegen V

<sup>266</sup> Zur Problematik hinsichtlich des konstruierten Fremdgeschäftsführungswillens beim sog. auch-fremden Geschäft, nur um eine berechtigte GoA statt Bereicherungsrecht anzunehmen, vgl. Rn 51 ff.

<sup>267</sup> BGHZ 73, 266, 269.

aus § 179 I BGB. Gemäß dieser Vorschrift ist der Vertreter dem Geschäftsgegner **nach dessen Wahl** zur **Erfüllung** (wenn und soweit die Erfüllung durch den Vertreter bewirkt werden kann) oder zum **Schadensersatz** (der dem Geschäftsgegner daraus entsteht, dass der Vertrag nicht so, wie er geschlossen worden wäre, wirksam geworden ist) verpflichtet.

Fraglich ist, ob O sich (stattdessen) auch an V halten kann. Unterstellt, dass kein Eigentumsvorbehalt vereinbart wurde und daher § 985 BGB nicht greift, kommt lediglich ein Kondiktionsanspruch in Betracht. Sofern man im Rahmen einer Leistungskondition auf die Sicht des Leistenden (also auf die des O) abstellt, kann dieser die erbrachte Leistung gem. § 812 I S. 1 Var. 1 BGB kondizieren. Der Kondiktionsanspruch würde vorliegend dann in der Rückübereignung und der Verschaffung des unmittelbaren Besitzes an den Jeans bestehen. Stellt man hingegen auf den objektivierten Empfängerhorizont (vorliegend also auf den der V) ab, ist danach zu fragen, wen ein verständiger Dritter in der Situation des Leistungsempfängers als Leistenden betrachtet hätte (Argument aus §§ 133, 157 BGB). Da sich hier aber wohl kein anderes Ergebnis ergibt, kann O von G Rückübereignung und Besitzverschaffung verlangen. Macht er diesen Anspruch geltend, mindert sich insoweit sein Anspruch gegen V (der vernünftigerweise nur in einem Schadensersatzanspruch bestehen wird).

#### d. Vorrang des § 546a BGB

249 Gibt der Mieter die Mietsache nach Beendigung des Mietverhältnisses nicht zurück, kann der Vermieter für die Dauer der Vorenthaltung als **Entschädigung** den vereinbarten Mietzins oder den Mietzins verlangen, der für vergleichbare Sachen ortsüblich ist (§ 546a I BGB). Nach § 546a II BGB (vgl. für Wohnräume auch § 571 BGB) kann er darüber hinaus **Schadensersatz** verlangen. Ein Schadensersatzanspruch aus dem Gesichtspunkt der allgemeinen Pflichtverletzung (§ 280 BGB) tritt subsidiär hinter den Regelungen der §§ 546a und 571 BGB zurück.

Fraglich ist, ob der Vermieter **Nutzungersatz** und **Schadensersatz** gem. §§ 987, 989, 990 BGB geltend machen kann. Voraussetzung ist zunächst das Bestehen einer Vindikationslage im Zeitpunkt der Tatbestandsvoraussetzungen (also der Verletzungshandlung). Da dies regelmäßig anzunehmen ist, kommt es weiterhin auf die Frage an, ob die §§ 987 ff. BGB überhaupt anwendbar sind, wenn die Voraussetzungen der vertraglichen Sonderregelung der §§ 546a und 571 BGB gegeben sind. Sollte man dies bejahen, ist schließlich die Frage zu klären, ob die §§ 987 ff. BGB nicht dadurch ausgeschlossen sind, dass der Besitzer zunächst rechtmäßig die Sache besitzen durfte, bevor er das Recht zum Besitz verloren hat (sog. *Nicht-mehr-Berechtigter*, dazu Rn 169). Verneint man die Anwendbarkeit der Vorschriften aus dem EBV (etwa mit dem Argument, dass § 546a BGB eine auf einem Vertragsverhältnis beruhende Sonderregelung enthält, die die §§ 987 ff. BGB ausschließt<sup>268</sup>), können diese auch keine Sperrwirkung gegenüber dem **Bereicherungsrecht** entfalten. Dann aber stellt sich die Frage, ob die *§§ 546a und 571 BGB* eine Sperrwirkung entfalten. Da der in Betracht kommende Bereicherungsanspruch kaum über das hinausgeht, was der Vermieter bereits über §§ 546a, 571 BGB fordern kann (insbesondere ortsübliche Miethöhe, Schadensersatz), besteht gar kein Bedürfnis, das Bereicherungsrecht anzuwenden. Insbesondere sind im Falle der Wohnraummiete die Mehreinnahmen, die sich dadurch ergeben hätten, dass der Vermieter das Mietobjekt zu einem höheren als dem ortsüblichen Mietzins hätte vermieten können, bereits im Rahmen des Schadensersatzes unter dem Aspekt des entgangenen Gewinns hinreichend berücksichtigt.

<sup>268</sup> Vgl. dazu *Herrler*, in: *Grüneberg*, Vorb v § 987 Rn 11 f.

### e. Vorrang gesetzlicher Rückgewährschuldverhältnisse

Ausgeschlossen ist das Bereicherungsrecht dann, wenn gesetzliche Rückgewährschuldverhältnisse bestehen. Das gilt namentlich für **§§ 346 ff. BGB** (auf die bspw. in § 313 III, 437 Nr. 2, 634 Nr. 3 BGB verwiesen wird). Macht ein Verbraucher von seinem verbraucherschützenden Widerrufsrecht Gebrauch (etwa im Fall des § 312g I BGB), erfolgt die Rückabwicklung indes gem. § 355 BGB nach der speziellen Regelung des § 357 BGB, sodass weder §§ 346 ff. BGB noch §§ 812 ff. BGB anwendbar sind.

250

### f. Vorrang familienrechtlicher Ausgleichsregelungen

Für die Rückabwicklung fehlgeschlagener Ehen gehen im Fall der **Scheidung** die Vorschriften des **Zugewinnausgleichs** (§§ 1372 ff. BGB) dem Bereicherungsrecht vor.<sup>269</sup> Sofern ein anderer Güterstand vereinbart wurde, ist im Falle der Rückabwicklung unentgeltlicher Zuwendungen an § 530 BGB zu denken. Im Übrigen sind die Vorschriften über die **Störung der Geschäftsgrundlage** (§ 313 BGB) einschlägig. Raum für das Bereicherungsrecht besteht also lediglich dann, wenn die genannten Institute den Sachverhalt nicht abschließend klären oder zu schlechthin unangemessenen und unzumutbaren Ergebnissen führen.<sup>270</sup>

251

Hinsichtlich **Lebenspartnerschaften** nach dem LPartG ist zu beachten, dass diese seit dem 1.10.2017 zwar nicht mehr begründet werden können<sup>271</sup>, Partner einer bestehenden eingetragenen Lebenspartnerschaft aber eine mit der Ehe gleichgestellte Verantwortungs- und Einstehungsgemeinschaft bilden.<sup>272</sup> An die Begründung einer solchen Lebenspartnerschaft knüpfen vielfältige Rechtsfolgen im Zivil- und im öffentlichen Recht, die mit denen einer Ehe nahezu identisch sind und sowohl im LPartG als auch im BGB und in zahlreichen Sondergesetzen verankert sind. So haben sich die Partner über ihren Vermögensstand (zu verstehen wie „Güterstand“) zu erklären, § 6 S. 1 LPartG. Sollte dies eine Ausgleichsgemeinschaft sein, wird der während der Partnerschaft erzielte Zugewinn wie bei der Ehe (§§ 1371 ff. BGB) nach der Auflösung der Partnerschaft ausgeglichen, siehe § 6 S. 2 LPartG, der auf §§ 1364-1390 BGB verweist. Diese Regelung dürfte (wie bei der Ehe) den Vorschriften über die Störung der Geschäftsgrundlage und dem Bereicherungsrecht grundsätzlich vorgehen und einen Rückgriff nur dann zulassen, wenn unzumutbare Ergebnisse erzielt würden. Vgl. dazu im Einzelnen *R. Schmidt*, FamR, 11. Aufl. 2022, Rn 177 ff./442 ff.

### g. Vorrang des Erstattungsanspruchs bei Zahlungsdiensten

Im Fall eines nicht autorisierten Zahlungsvorgangs hat der Zahlungsdienstleister (d.h. die Bank oder Sparkasse) des Zahlers zwar gegen diesen keinen Anspruch auf Erstattung seiner Aufwendungen (§ 675u S. 1 BGB), er ist aber umgekehrt verpflichtet, dem Zahler den Zahlungsbetrag unverzüglich zu erstatten und, sofern der Betrag einem Zahlungskonto belastet worden ist, dieses Zahlungskonto wieder auf den Stand zu bringen, auf dem es sich ohne die Belastung durch den nicht autorisierten Zahlungsvorgang befunden hätte (§ 675u S. 2 BGB). Diese Regelung stellt funktionales Bereicherungsrecht dar und ist *lex specialis* gegenüber der *condictio in debiti*.<sup>273</sup> Zu den „Anweisungsfällen“ vgl. ausführlich Rn 328 ff.

252

<sup>269</sup> Vgl. BGHZ 115, 132 ff.; *Tiedtke*, JZ 1992, 334 ff.

<sup>270</sup> Vgl. BGH NJW 2010, 2202 ff.; BGHZ 115, 132, 138 f.; 116, 167, 170; 127, 48 ff.; 142, 300 ff.

<sup>271</sup> Siehe das Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts v. 20.7.2017 (BGBl I 2017, S. 2787), wonach seit Inkrafttreten des Gesetzes am 1.10.2017 gleichgeschlechtliche Paare die Ehe, aber nicht mehr die Lebenspartnerschaft eingehen können. Bestehende Lebenspartnerschaften genießen selbstverständlich Bestandsschutz, können aber auf Antrag in eine Ehe umgewandelt werden; dazu eingehend *R. Schmidt*, FamR, 11. Aufl. 2022, Rn 20a ff.

<sup>272</sup> Zwar ist seit dem 1.10.2017 (siehe das Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts – BGBl I 2017, 2787) gem. § 1353 I S. 1 BGB n.F. die Eheschließung auch zwischen zwei Personen desselben Geschlechts möglich, jedoch bleiben die bis dahin geschlossenen Lebenspartnerschaften nach dem LPartG bestehen; die Lebenspartner haben gem. § 20a LPartG aber die Möglichkeit, vor dem Standesamt ihre Lebenspartnerschaft in eine Ehe umzuwandeln.

<sup>273</sup> Wie hier *Köndgen*, JuS 2011, 481, 489; *Belling/Belling*, JZ 2010, 708, 710 f.; a.A. *Grundmann*, WM 2009, 1109, 1117.

## VII. Gegenstand des Bereicherungsanspruchs („etwas erlangt“)

- 253 Die Pflicht des Bereicherungsschuldners zur Herausgabe wird in erster Linie durch die einzelnen Tatbestände des Bereicherungsrechts normiert, die in den §§ 812, 816, 817 und 822 BGB enthalten sind. Danach ist als Bereicherungsgegenstand das „**Erlangte**“ anzusehen. Damit ist nach der Rechtsprechung **jeder vermögenswerte Vorteil** auf Seiten des Bereicherungsschuldners gemeint.<sup>274</sup> Folgende Bereicherungsgegenstände kommen in Betracht<sup>275</sup>:

### 1. Rechte aller Art

- 254 Zu den Rechten i.S. des Bereicherungsgegenstands gehört zunächst der Erwerb eines **dinglichen Rechts** (z.B. Eigentum, Pfandrecht). Dabei braucht es sich nicht um ein Vollrecht zu handeln; auch ein Anwartschaftsrecht oder die bloße Verstärkung eines Rechts (z.B. Vorrangeinräumung für eine Hypothek) stellen einen Vermögensvorteil dar. Zweifelhaft ist, ob auch der Besitz und die Grundbuchstellung dingliche Rechte sind oder lediglich tatsächliche Verhältnisse darstellen. Verneint man die Einstufung als dingliche Rechte, sind sie jedenfalls vom Begriff der vorteilhaften Rechtsstellung umfasst.
- 255 Auch **persönliche Rechte** (z.B. Forderung, Gutschrift, vertragliches Schuldanerkenntnis gem. § 812 II BGB) gehören zu den Rechten i.S. des Bereicherungsgegenstands.<sup>276</sup>

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Hinsichtlich des § 812 II BGB, wonach die Anerkennung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses als Leistung gilt, ist zu beachten, dass diese Vorschrift *keinen* Sonderfall einer Leistungskondition und somit *keine* Anspruchsgrundlage für einen Bereicherungsanspruch darstellt. Vielmehr handelt es sich bei § 812 II BGB um eine gesetzliche Erläuterung des Leistungsbegriffs. Es wäre also falsch, in der Klausur von einem „Anspruch aus § 812 II BGB“ zu sprechen. Richtige Anspruchsgrundlage ist auch hier § 812 I S. 1 Var. 1 BGB.

- 256 Auch **Geldforderungen** gehören ebenfalls hierher, etwa wenn Erstattung des (infolge Anfechtung des Kaufvertrags) rechtsgrundlos gezahlten Kaufpreises verlangt wird. Der Anspruch ist dann auf die Zahlung der Geldsumme gerichtet.

### 2. Vorteilhafte Rechtsstellung

- 257 Eine vorteilhafte Rechtsstellung mit Vermögensbezug begründet zunächst der **Besitz**, sofern man ihn nicht schon als dingliches Recht qualifiziert. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Besitz unmittelbar (§ 854 I BGB) oder mittelbar (§ 868 BGB) ausgeübt wird. Lediglich die Besitzdienerschaft (§ 855 BGB) stellt keine vorteilhafte Rechtsstellung dar.
- 258 Hinsichtlich der **Kondition** des Besitzes ist zu beachten, dass dieser nach h.M. grundsätzlich nur Gegenstand einer Leistungskondition, nicht auch einer Eingriffskondition sein kann. Denn ließe man eine Eingriffskondition am Besitz zu, bestünde die Gefahr, dass die speziellen Besitzschutzvorschriften der §§ 858 ff. BGB unterlaufen würden.<sup>277</sup>

<sup>274</sup> Vgl. dazu aus jüngerer Zeit BGH GRUR 2012, 417, 418; WM 2006, 1001; NJW 2006, 1731, 1732. In der Literatur wird überwiegend auf einen Vermögensbezug verzichtet und „jede vorteilhafte Rechtsposition“ als ausreichend erachtet, auch wenn sie keinerlei Vermögensbezug hat (so *Wandt*, § 10 Rn 4; *Schwab*, in: MüKo, § 812 Rn 3; *Buck-Heeb*, in: Erman, § 812 Rn 6; *Lorenz*, in: Staudinger, § 812 Rn 65). Das ist abzulehnen, da das gesamte Bereicherungsrecht auf einen Ausgleich ungerechtfertigter Vermögensverschiebungen ausgerichtet ist (wie hier die zitierte Rspr. sowie *Sprau*, in: Grüneberg, § 812 Rn 8).

<sup>275</sup> Vgl. *Sprau*, in: Grüneberg, § 812 Rn 8 und 81 ff.

<sup>276</sup> Vgl. BGH ZIP 2002, 1419.

<sup>277</sup> *Sprau*, in: Grüneberg, § 812 Rn 13 ff.; *Herrler*, in: Grüneberg, § 861 Rn 12; *Pajunk*, JuS 2001, 42, 45.

**Beispiel:** Angelika hat sich von Barbara das Mofa geliehen, um zu der nahe gelegenen Eisdiele zu fahren. Als sie dort ein Bananensplit genießt, sieht sie plötzlich, dass Widukind gerade im Begriff ist, das Mofa zu stehlen. Noch bevor er davonfahren kann, packt ihn Angelika von hinten und drückt ihn zu Boden.

Unabhängig von der Frage, ob W überhaupt „etwas erlangt“ hat, ist ein Herausgabeanspruch unter dem Gesichtspunkt der Eingriffskondition gem. § 812 I S. 1 Var. 2 BGB schon deshalb ausgeschlossen, weil das Besitzrecht für diesen Fall eine abschließende Wertung enthält. Liegen die Voraussetzungen der Besitzkehr (§ 859 II BGB) vor, darf diese Wertung nicht über die Vorschriften des Bereicherungsrechts umgangen werden.

Die Wertungen des Besitzrechts können aber dann nicht umgangen werden, wenn der Besitz nicht mehr vorhanden ist. Das ist bei Verarbeitung oder Vermischung der Fall, aber auch dann, wenn die Sache (wie im obigen „Whisky-Fall“) konsumiert worden ist. **259**

Zu den vorteilhaften Rechtsstellungen i.S.d. Bereicherungsrechts gehört schließlich auch die bloße **Buchposition** wie etwa die unrichtige Eintragung als Eigentümer oder Grundpfandinhaber im Grundbuch. Der Vorteil besteht hier darin, dass von dem Grundbuch ein Rechtsschein ausgeht mit der Folge, dass der Eingetragene – auch wenn er nichtberechtigt ist – wirksam über das betreffende Recht verfügen kann (vgl. §§ 891, 892 BGB).<sup>278</sup> **260**

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Die Aufgabe des Bereicherungsrechts besteht in solchen Fällen darin, die mit dem materiellen Recht im Widerspruch stehende formelle Rechtslage abzuändern. Zwar kommt diese Aufgabe an sich dem § 894 BGB zu, diese Anspruchsgrundlage steht aber nur dem Inhaber des dort genannten Rechts zu. Die Vorschriften der §§ 812 ff. BGB stehen dagegen auch solchen Personen zu, die nicht Inhaber des dinglichen Rechts aus § 894 BGB sind. Kommen aber beide Anspruchsgrundlagen in Betracht, steht der bereicherungsrechtliche Grundbuchberichtigungsanspruch aus §§ 812 ff. BGB selbstständig neben dem dinglichen aus § 894 BGB. In der Fallbearbeitung sind also beide Anspruchsgrundlagen nebeneinander zu prüfen (Anspruchskonkurrenz). Eigenständige Bedeutung hat der bereicherungsrechtliche Berichtigungsanspruch aber dann, wenn die Voraussetzungen des § 894 BGB nicht vorliegen. **261**

**Beispiel:** Peppo hat von Nepomuk ein wunderschönes Hausgrundstück erworben und ist auch als Eigentümer im Grundbuch eingetragen. Da er jedoch stets an dem Abschluss eines günstigen Geschäfts interessiert ist und in Ottokar einen zahlungskräftigen Käufer gefunden zu haben glaubt, bestellt er zu dessen Gunsten ein dingliches Vorkaufsrecht (§§ 873, 1094 BGB). Doch schon am nächsten Tag muss er feststellen, dass er von O betrogen worden ist. Daher ficht er wirksam alle Erklärungen an (§§ 123 Var. 1, 142 I BGB). Doch damit nicht genug. Es stellt sich heraus, dass N im Zeitpunkt der Geschäfte mit P geschäftsunfähig i.S.d. § 104 Nr. 2 BGB war. Der für diesen bestellte Betreuer (vgl. §§ 1896, 1901, 1902 BGB) ist aber trotzdem bereit, es bei dem Verkauf an P zu belassen. **262**

Zunächst einmal ist klarzustellen, dass das Haus des vorliegenden Falles nicht Gegenstand besonderer Rechte sein kann, da es wesentlicher Bestandteil des Grundstücks ist, auf dem es errichtet wurde (vgl. §§ 93, 94 BGB). Es kann also nur um die Rückübertragung des Grundstücks gehen.

In Betracht kommt zunächst ein Grundbuchberichtigungsanspruch des P gegen O aus § 894 BGB. „Berechtigter“ i.S. dieser Vorschrift ist aber nur derjenige, dem das geltend gemachte Recht materiell zusteht. Vorliegend geht es um das Eigentum an dem Hausgrundstück. Dieses Eigentum konnte wegen der Geschäftsunfähigkeit des N nicht auf P übergehen. Demzufolge ist N nach wie vor der wahre Eigentümer des Grundstücks. P

<sup>278</sup> Sprau, in: Grüneberg, § 812 Rn 9.

kann sich bei dem von ihm geltend gemachten Anspruch gegen O also nicht auf § 894 BGB stützen.

Da jedoch aufgrund der wirksamen Anfechtung des P die zwischen ihm und O getätigten Rechtsgeschäfte allesamt rückwirkend nichtig sind, liegt eine rechtsgrundlose Leistung i.S.d. § 812 I S. 1 Var. 1 BGB vor. Die Leistung besteht in der Verschaffung einer formal-rechtlichen Eigentümerstellung im Grundbuch, obwohl die materiell-rechtliche Rechtslage aufgrund der Anfechtung eine andere ist. P kann von O daher die „Herausgabe“ dieser Grundbuchposition verlangen. Formell-rechtlich sieht das so aus, dass P aufgrund der Vorschrift des § 19 Grundbuchordnung (GBO) die (Wieder-) Bewilligung der Eintragung als Eigentümer verlangen muss. Gegenstand der Kondition ist also die **Abgabe einer Erklärung**. Sollte O sich weigern, die Bewilligungserklärung abzugeben, ersetzt § 894 ZPO diese Erklärung.

### 3. Befreiung von Schulden und Lasten

- 263 Auch die Befreiung von Verbindlichkeiten kann das fremde Vermögen mehren und zu einem bereicherungsrechtlichen Herausgabeanspruch führen. Zu nennen sind etwa Schuldnerlass (§ 397 I BGB), negatives Schuldanerkenntnis (§ 397 II BGB), Befreiung des Schuldners von einer Verbindlichkeit (vgl. etwa § 267 BGB)<sup>279</sup> oder einer dinglichen Last (z.B. Verzicht des Gläubigers auf sein Pfandrecht) sowie die Befreiung von der gesetzlichen Unterhaltungspflicht oder der Barzahlungspflicht des § 817 IV ZPO.

264

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Die Befreiung von Schulden und Lasten besteht nicht selten in der rechtswirksamen Leistung eines Dritten auf die Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner gem. § 267 BGB (siehe das Beispiel bei Rn 69/72 zur berechtigten GoA). Da in diesen Fällen zumeist eine Fremdtilgungsbestimmung und damit ein Fremdgeschäftsführungswille vorliegen werden, ist von einem Ausgleichsanspruch aus §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB auszugehen. Von einer gleichzeitigen Anwendung des Bereicherungsrechts ist abzusehen, da die berechnete GoA insoweit einen „Rechtsgrund“ darstellt. Selbst wenn die Voraussetzungen der *berechneten* GoA nicht vorliegen, stellen die Vorschriften über die GoA eine abschließende Regelung dar. In diesem Fall richtet sich der Anspruch nach §§ 677, 684 S. 1 BGB lediglich nach der *Rechtsfolge* des Bereicherungsrechts.

### 4. Gebrauchsvorteile und Dienstleistungen/Ersparte Aufwendungen

- 265-266 Jemand kann auch dann einen Vermögensvorteil und damit „etwas erlangt“ haben, wenn er ohne die Leistung des anderen Aufwendungen gemacht hätte, um den gleichen Erfolg zu erreichen. Konkret geht es um Fälle, in denen jemand eine Dienst- oder Werkleistung empfängt und dafür an sich eine Entlohnung hätte errichten müssen, der das Entgelt regelnde Vertrag aber (etwa wegen § 142 I BGB oder § 105 BGB) nichtig ist. Generell geht die h.M. davon aus, dass Gebrauchsvorteile sowie geleistete Dienste immer als – nicht gegenständlicher – Vermögensvorteil i.S.d. § 812 I S. 1 Var. 1 BGB anzusehen sind.<sup>280</sup> Ob Aufwendungen erspart wurden, wird dann erst bei der Prüfung des Umfangs des Bereicherungsanspruchs (§ 818 BGB) relevant.<sup>281</sup>

- 267 **Beispiel:** Der 17-jährige Ratward möchte für das Wochenende ein Leichtkraftrad (siehe § 2 Nr. 10 FZV) mieten, welches auf öffentlichen Straßen mit der Fahrerlaubnis der Klasse A1 gefahren werden darf. R ist Inhaber einer Fahrerlaubnis der Klasse A1. Unter Täuschung des Vermieters Ehrenfried über sein wahres Alter mietet er von diesem ein Leichtkraftrad (§ 535 BGB), um am Wochenende umherzufahren. Als E anschließend von R den mietvertraglich vereinbarten Mietzins verlangt, weigert dieser sich unter Be-

<sup>279</sup> Vgl. dazu BGH NJW 2000, 3492 f.; *Herbert*, JA 2001, 358, 359 f.

<sup>280</sup> Vgl. BGH NJW 2002, 612, 613 f.; *Voit/Geweke*, JuS 2001, 358, 360 f.; *Brox/Walker*, § 40 Rn 5.

<sup>281</sup> *Brox/Walker*, § 40 Rn 5.

rufung auf seine Minderjährigkeit und die fehlende Zustimmung seiner Eltern, den Mietzins zu entrichten.

Hier besteht aufgrund der Regelung der §§ 106 ff. BGB und der verweigerten Zustimmung seitens der Eltern tatsächlich kein vertraglicher Anspruch des E aus § 535 II BGB. Möglicherweise hat E aber einen Nutzungersatzanspruch aus §§ 987 I, 990 I BGB (EBV), denn selbst wenn Nutzungen (§ 100 BGB) nicht mehr vorhanden sind, ist gem. §§ 987 I, 990 I BGB Geldersatz in Höhe des objektiven Werts zu leisten. § 990 I BGB setzt jedoch die Bösgläubigkeit des Anspruchsgegners voraus. Fraglich ist, ob es vorliegend auf die Bösgläubigkeit des R oder auf die Bösgläubigkeit seiner Eltern analog § 166 BGB ankommt.

- ⇒ Stellt man auf die *Deliktsähnlichkeit* der Bestimmungen der §§ 987 I, 990 I BGB ab, entscheidet bei einem Minderjährigen die Regelung des § 828 III BGB analog. Danach ist auf die Bösgläubigkeit des Minderjährigen abzustellen, sofern dieser die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsichtsfähigkeit (und Reife) hat.<sup>282</sup> Da dies bei R anzunehmen ist, hätte E demzufolge einen Anspruch aus §§ 987 I, 990 I BGB auf Nutzungersatz, der in der Höhe dem Mietzins entspricht.
- ⇒ Betont man demgegenüber die *Rechtsgeschäftsähnlichkeit* der §§ 987 I, 990 I BGB, müssen die Wertungen der §§ 104 ff. BGB in jedem Fall stärker berücksichtigt werden. Abzustellen ist dann auf die Gut- bzw. Bösgläubigkeit des gesetzlichen Vertreters. Da die Eltern des R von der „Mietfahrzeugaktion“ ihres Sohnes gar nichts wussten, konnten sie auch nicht bösgläubig i.S.d. § 990 I BGB sein. Demzufolge stünde dem E kein Nutzungersatz zu.

Vertritt man die Rechtsgeschäftsähnlichkeit der §§ 987 I, 990 I BGB und sind die gesetzlichen Vertreter gutgläubig (das Gleiche würde im Übrigen gelten, wenn man die Deliktsähnlichkeit vertreten würde, der Minderjährige aber gutgläubig wäre bzw. dessen Einsichtsfähigkeit fehlte), besteht also kein Nutzungersatzanspruch seitens des Gläubigers E aus §§ 987 I, 990 I BGB. In einem solchen Fall ist eine analoge Anwendung des § 988 BGB in Betracht zu ziehen, der nach Auffassung des BGH auch auf die rechtsgrundlos erlangte Nutzung anwendbar ist (insoweit gilt nach dem BGH: rechtsgrundlos = unentgeltlich). Grund für die Gleichstellung von rechtsgrundlos und unentgeltlich ist die abschließende Regelung des EBV zugunsten des unrechtmäßigen Besitzers (vgl. § 993 I a.E. BGB, wonach der gutgläubige, aber unrechtmäßige Besitz weder zum Nutzungersatz noch zum Schadensersatz verpflichtet ist). Würde man also die Rechtsgrundlosigkeit mit der Unentgeltlichkeit nicht gleichsetzen und § 988 BGB nicht analog anwenden, könnte über das EBV kein Nutzungersatz verlangt werden. Bei Befolgung der Auffassung des BGH hat E somit einen grundsätzlichen Nutzungersatzanspruch aus §§ 987 I, 990 I BGB i.V.m. § 988 BGB analog (da § 988 BGB auch auf § 818 BGB verweist, stellt sich dann das Problem der Entreicherung, siehe dazu sogleich).

Die Literatur steht mehrheitlich auf dem Standpunkt, dass die Gleichstellung von rechtsgrundlos und unentgeltlich und damit die analoge Anwendung des § 988 BGB auf fehlgeschlagene Leistungsverhältnisse nicht erforderlich sei. Denn der Gesetzgeber habe mit dem Bereicherungsrecht eine ausreichende Regelung für die Rückabwicklung fehlgeschlagener Leistungsverhältnisse geschaffen. Teilt man diesen Standpunkt, werden fehlgeschlagene Leistungsbeziehungen trotz Vorliegens eines an sich abschließenden Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses nach den §§ 812 ff. BGB abgewickelt. Fraglich ist dann aber, ob der Minderjährige überhaupt um die rechtsgrundlose Nutzung bereichert ist. Folgt man der Auffassung, die das Problem der ersparten Aufwendungen im Rahmen der Entreicherung gem. § 818 III BGB diskutiert, ist für den vorliegenden Fall zu differenzieren:

- ⇒ War das Mieten des Leichtkraftrads erforderlich, hat R durch die nicht vorhandene vertragliche Verpflichtung zur Mietzinszahlung Aufwendungen erspart. Dann wäre

---

<sup>282</sup> Zu § 828 II BGB vgl. die vorige Fußnote.

## Ungerechtfertigte Bereicherung – „Etwas erlangt“

das Erlangte (die Nutzung) wertmäßig noch in seinem Vermögen vorhanden, sodass er den Wert herauszugeben hat (§ 818 II BGB).

- ⇒ Hat es sich bei der Nutzung des Leichtkraftrads um eine Luxusaufwendung (also um eine Aufwendung, die er sonst nicht unternommen hätte) gehandelt, hat R keine Aufwendungen erspart. Er wäre mithin entreichert. Eine Haftung des R wäre nur unter den Voraussetzungen der verschärften Haftung gem. §§ 818 IV, 819 I BGB bei Kenntnis des R von der Rechtsgrundlosigkeit der Gebrauchsüberlassung in Betracht gekommen.

Vorliegend handelte es sich um eine Luxusaufwendung, sodass R entreichert und grundsätzlich nicht zum Ersatz der Nutzungen verpflichtet ist. Da er allerdings Kenntnis von der Rechtsgrundlosigkeit der Leistung des E hatte, würde er gem. §§ 818 IV, 819 BGB im Ergebnis doch auf Nutzungersatz haften. Anders als bei der Eingriffskondition, die zumeist auch eine unerlaubte Handlung i.S.d. § 823 BGB darstellt und bei der wegen der damit verbundenen Deliktsnähe auf die Kenntnis des Minderjährigen abzustellen ist (vgl. § 828 III BGB), handelt es sich bei der Leistungskondition um eine rechtsgeschäftsähnliche Kondiktionsart, sodass das Abstellen auf die Kenntnis des Minderjährigen dem Minderjährigenschutz der §§ 106 ff. BGB zuwiderlaufen würde. Daher ist im Rahmen der auch vorliegend einschlägigen Leistungskondition auf die Kenntnis der Eltern des R gem. § 166 I BGB abzustellen. Da diese keine Kenntnis von dem Mietfahrzeuggeschäft ihres Sohnes hatten, ist R im Ergebnis entreichert. E steht der geltend gemachte Anspruch nicht zu (wegen der Entreicherung somit auch nicht nach BGH).

268

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Das vorstehende Beispiel ist ebenso kompliziert wie examenstypisch. Es sollte aber verdeutlichen, dass bei fehlender Kenntnis des gesetzlichen Vertreters der Minderjährige hinsichtlich der Nutzungen, die er aufgrund einer Leistung durch den Bereicherungsgläubiger erhalten hat und die Luxusaufwendungen darstellen, entreichert ist. Generell muss das Verhältnis zwischen dem Minderjährigenrecht, dem EBV und dem Bereicherungsrecht für eine gute Fallbearbeitung sicher beherrscht werden.

269

**Weiterführender Hinweis:** Hätte R das Leichtkraftrad während der Benutzung beschädigt, wäre zwar an eine Haftung aus §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB zu denken gewesen, Ansprüche aus diesen Normen müssen im Ergebnis aber ausscheiden, weil es anderenfalls zu einer quasivertraglichen Haftung des Minderjährigen kommen würde. In aller Regel wird jedoch ein Schadensersatzanspruch aus §§ 989, 990 BGB sowie aus § 823 BGB vorliegen, da insoweit auf die Einsichtsfähigkeit des Minderjährigen (§ 828 III BGB) abzustellen ist.

## B. Die einzelnen Bereicherungstatbestände

Wie bereits bei Rn 202-204 dargestellt, kennt das Gesetz fünf Tatbestände der Leistungskondiktion und vier Tatbestände der Nichtleistungskondiktion. Diese Bereicherungstatbestände gilt es im Folgenden zu behandeln.

270

### I. Die Tatbestände der Leistungskonditionen

Das BGB nennt fünf Arten der Leistungskondiktion.<sup>283</sup> Diese sind:

271

- **Fehlender Rechtsgrund von Anfang an** (§ 812 I S. 1 Var. 1 BGB – *condictio indebiti* – Rn 272 ff.)
- **Späterer Wegfall des Rechtsgrundes** (§ 812 I S. 2 Var. 1 BGB – *condictio ob causam finitam* – Rn 373 ff.)
- **Nichteintritt des mit der Leistung verfolgten Zwecks** (§ 812 I S. 2 Var. 2 BGB – *condictio ob rem* – Rn 382 ff.)
- **Empfänger verstößt mit der Leistungsannahme gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten** (§ 817 S. 1 BGB – *condictio ob turpem vel iniustam causam* – Rn 404 ff.)
- **Herausgabepflicht Dritter** (§ 822 BGB – Rn 409 ff.)<sup>284</sup>

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Alle Leistungskonditionen setzen gleichermaßen voraus, dass jemand *durch die Leistung* eines anderen *etwas erlangt* hat. Nur hinsichtlich der *Art des fehlenden bzw. weggefallenen rechtlichen Grundes* für die Vermögensverschiebung unterscheidet das Gesetz mit der Aufnahme verschiedener Leistungskondiktionsarten. Bedeutung erlangt diese Unterscheidung zum einen im Hinblick auf die Haftungsverschärfung gem. §§ 819, 820 BGB, zum anderen aber auch dann, wenn einer der Ausschlusstatbestände der §§ 813 II, 814 oder 815 BGB vorliegt.

- So schließen die §§ 813 II und 814 BGB lediglich den Kondiktionstatbestand des § 812 I S. 1 Var. 1 BGB aus, nicht jedoch den des § 812 I S. 2 Var. 1 BGB. Daher verwundert es nicht, dass die Frage, ob im Falle einer Anfechtung die Rückabwicklung des von Anfang an als nichtig geltenden Vertrags (vgl. § 142 I BGB) über § 812 I S. 1 Var. 1 oder über § 812 I S. 2 Var. 1 BGB vorzunehmen ist, heftig umstritten ist; vgl. dazu Rn 374 ff.
- Eine vergleichbare Situation besteht hinsichtlich des Ausschlusstatbestands des § 815 BGB, der sich nur auf die Zweckkondiktion gem. § 812 I S. 2 Var. 2 BGB bezieht, vgl. dazu Rn 399.
- Der Erweiterungstatbestand des § 813 I S. 1 BGB bezieht sich nur auf § 812 I S. 1 Var. 1 BGB; vgl. dazu Rn 295 ff.
- Dagegen beziehen sich die Ausschlusstatbestände der §§ 241a und 817 S. 2 BGB auf alle Arten der Leistungskondiktion; vgl. dazu Rn 322 f. und 305 ff.

### 1. *Condictio indebiti* - § 812 I S. 1 Var. 1 BGB

Der Grundtatbestand der Leistungskondiktion (§ 812 I S. 1 Var. 1 BGB) setzt voraus, dass jemand durch die Leistung eines anderen ohne rechtlichen Grund etwas erlangt hat.

272

**Beispiel:** Wenn in Beispiel (3) von Rn 216 der geschäftsunfähige A das Gemälde an B veräußert, ist nicht nur der Kaufvertrag, sondern auch die Übereignung des Gemäldes

273

<sup>283</sup> Wie gesagt, wird teilweise in der Literatur auch § 813 I S. 1 BGB als Leistungskondiktion angesehen (so etwa von Wandt, § 9 Rn 22). Das ist abzulehnen, da § 813 I S. 1 BGB lediglich eine Erweiterung der Kondiktion nach § 812 I S. 1 Var. 1 BGB darstellt (dazu Rn 295 ff.).

<sup>284</sup> Nach a.A. handelt es sich bei § 822 BGB um eine Nichtleistungskondiktion; zur Begründung vgl. Rn 409.

nichtig (vgl. § 105 BGB). A bleibt also Eigentümer und kann von B das Gemälde gem. § 985 BGB vindizieren. Daneben steht ihm auch ein Kondiktionsanspruch gem. § 812 I S. 1 Var. 1 BGB auf Herausgabe des Gemäldes zu. Denn B hat „etwas“ (= hier: den unmittelbaren Besitz, nicht das Eigentum, da der Eigentumserwerb an der Geschäftsunfähigkeit scheiterte) „ohne rechtlichen Grund“ (der Kaufvertrag, der den Rechtsgrund gebildet hätte, ist nichtig) erhalten.

274

### Voraussetzungen und Rechtsfolgen der *condictio indebiti*

#### I. Etwas erlangt

Mit „etwas erlangt“ ist **jeder vermögenswerte Vorteil** gemeint. Als Bereicherungsgegenstände kommen nicht nur Rechte aller Art, sondern auch vorteilhafte Rechtsstellungen, Befreiungen von Verbindlichkeiten, Gebrauchsvorteile und Dienstleistungen sowie ersparte Aufwendungen in Betracht.

#### II. Durch Leistung eines anderen (d.h. des Bereicherungsgläubigers)

Leistung ist **jede bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens**. Maßgeblich ist die objektivierte Sicht des Leistungsempfängers. Der Leistungszweck besteht i.d.R. in der Erfüllung einer (vermeintlichen) Verbindlichkeit.

#### III. Ohne rechtlichen Grund

Der Gläubiger muss geleistet haben, obwohl **von Anfang an keine Verbindlichkeit** hierzu bestand. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn das Verpflichtungsgeschäft **nichtig** ist (bspw. wegen §§ 105, 134 oder 138 BGB; bzgl. § 142 I BGB vgl. Rn 374 ff.).

#### IV. Erweiterung des Tatbestands durch § 813 I S. 1 BGB

Nach § 813 I S. 1 BGB kann das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete auch dann zurückgefordert werden, wenn der Anspruch zwar besteht, aber mit einer **dauernden Einrede** (bspw. § 821 oder § 853 BGB) behaftet ist. Zu den dauerhaften Einreden zählt zwar auch die Einrede der Verjährung (§ 214 I BGB), sie bleibt aber gem. § 813 I S. 2 BGB von der Erweiterung durch § 813 I S. 1 BGB unberührt.

#### V. Ausschluss des Tatbestands durch § 814 bzw. § 817 S. 2 BGB

Von diesen beiden Ausschlussstatbeständen spielt vor allem **§ 817 S. 2 BGB** eine Rolle. Die h.M. dehnt den Anwendungsbereich des § 817 S. 2 BGB auf **alle Fälle der Leistungskondiktion** aus und lässt es folgerichtig auch genügen, wenn **nur dem Leistenden ein Gesetzes- oder Sittenverstoß zur Last fällt**. Speziell zum sittenwidrigen Kreditvertrag steht der BGH darüber hinaus auf dem Standpunkt, dass das Geleistete i.S.d. § 817 S. 2 BGB anders zu verstehen sei als bei den Leistungskonditionen, nämlich dergestalt, dass nur das, was **endgültig in das Eigentum des Bereicherungsschuldners übergehe**, als nicht kondizierbare „Leistung“ i.S.d. § 817 S. 2 BGB gelte. Beim sittenwidrigen **Ratenkreditvertrag** stellt sich als nicht kondizierbare „Leistung“ i.S.d. § 817 S. 2 BGB demnach nur die Nutzungsmöglichkeit des Kapitals für die vereinbarte Zeit dar. Der Gläubiger kann das Darlehen also nach den vereinbarten Zeiträumen zurückfordern; ein Darlehenszinsanspruch besteht jedoch nicht.

Umstritten ist, ob der Ausschlussstatbestand des § 817 S. 2 BGB in seiner Anwendung auf die Fälle der Leistungskondiktion beschränkt ist (so der BGH) oder eine **allgemeine Rechtschutzversagung** (i.S. einer Strafvorschrift) darstellt mit der Folge, dass er **auch außerhalb des Bereicherungsrechts** (insbesondere auf die §§ 985, 823 und 894 BGB) anwendbar ist (so die h.L.). Da aber auch der BGH im Fall der Sittenwidrigkeit des Verpflichtungsgeschäfts bei Ansprüchen außerhalb des Bereicherungsrechts den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) anwendet und einen Herausgabeanspruch trotz proklamierter sittlicher Indifferenz des Erfüllungsgeschäfts verneint, kommt er i.d.R. zu dem gleichen Ergebnis.

Der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) kann auch umgekehrt wirken und zur Folge haben, dass die Anwendbarkeit des § 817 S. 2 BGB in Fällen ausgeschlossen ist, in denen diese Vorschrift eigentlich zum Ausschluss des Kondiktionsanspruchs führen würde.

#### VI. Ausschluss des Tatbestands durch § 241a BGB

Die Vorschrift des § 241a BGB dient dem Verbraucherschutz und verhindert das Entstehen eines (vertraglichen oder gesetzlichen) Anspruchs seitens des Unternehmers, wenn dieser an einen Verbraucher unbestellt Waren liefert oder unbestellt sonstige Leistungen erbringt. Nach

§ 241a II BGB bestehen gesetzliche Ansprüche grundsätzlich nicht, es sei denn, dass die Leistung nicht für den Empfänger bestimmt war oder in der irrigen Vorstellung einer Bestellung erfolgte und der Empfänger dies erkannte oder bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen können.

Bleibt es aber bei der Grundregel, sind gesetzliche Ansprüche (wie etwa der Herausgabeanspruch aus § 985 BGB oder solche aus §§ 812 ff. BGB) ausgeschlossen.

### VII. Umfang des Bereicherungsanspruchs (Rechtsfolge)

Der Umfang des Bereicherungsanspruchs richtet sich in erster Linie auf das durch die Leistung des anderen „Erlangte“. Ergänzt und modifiziert wird dieser Herausgabeanspruch durch § 818 I BGB (Herausgabepflicht auch bzgl. der gezogenen Nutzungen sowie desjenigen, was der Empfänger aufgrund eines erlangten Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des erlangten Gegenstands erwirbt). Ist die Herausgabe wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht möglich oder ist der Empfänger aus einem anderen Grund zur Herausgabe außerstande, hat er gem. § 818 II BGB den Wert zu ersetzen. Aber auch ein solcher Wertersatzanspruch ist gem. § 818 III BGB auf die noch vorhandene Bereicherung beschränkt. In diesem Rahmen besteht ein besonderes Problem dann, wenn der Bereicherungsschuldner für das von ihm Erlangte eine Gegenleistung an den Bereicherungsgläubiger erbracht hat, aber die Gegenleistung bei diesem nicht mehr vorhanden ist, vgl. Rn 529 ff.

#### a. Etwas erlangt

Zunächst muss der Bereicherungsschuldner „etwas erlangt“ haben. Damit ist **jeder vermögenswerte Vorteil** gemeint (Rn 253). Als Bereicherungsgegenstände kommen nicht nur Rechte aller Art, sondern auch vorteilhafte Rechtsstellungen, Befreiungen von Verbindlichkeiten, Gebrauchsvorteile und Dienstleistungen sowie ersparte Aufwendungen in Betracht. Da diese bereits ausführlich bei Rn 253 ff. beschrieben sind, sei insoweit auf die dortigen Ausführungen verwiesen. 275

#### b. Durch Leistung eines anderen

Des Weiteren muss der Bereicherungsschuldner den vermögenswerten Vorteil durch *eine Leistung* des Bereicherungsgläubigers erlangt haben. Bei allen Tatbeständen der Leistungskondiktion geht es darum, eine im Rahmen einer Leistungsbeziehung erbrachte Leistung, die ohne gültiges Kausalgeschäft erfolgte oder die sonst fehlgeschlagen ist, wieder rückgängig zu machen. Zentrales Merkmal aller Leistungskonditionen ist somit der Begriff der Leistung. 276

Die h.M. versteht unter **Leistung** jede bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens.<sup>285</sup> 277

#### aa. Leistungsbewusstsein

Wie sich aus dieser Definition ergibt, liegt eine Leistungskondiktion also nicht vor, wenn dem Leistenden das **Bewusstsein** fehlt, das Vermögen des Leistungsempfängers zu mehren. In Betracht kommt dann nur eine Nichtleistungskondiktion. 278

**Beispiel:** Nachbar N wird von E gebeten, deren Rasen zu mähen. Gedankenlos, wie er nun einmal ist, gießt er dabei sein eigenes Benzin in den Tank des der E gehörenden Rasenmähers, denkt aber, es handele sich um das Benzin der E. 279

Hier hat N unbewusst das Vermögen des E (durch das irrtümliche Verbrauchen des eigenen Benzins) vermehrt, sodass ein Wertersatzanspruch wegen Leistungskondiktion ausscheidet. In Betracht kommt ein Wertersatzanspruch unter dem Gesichtspunkt der Verwendungskondiktion.

<sup>285</sup> BGHZ 40, 272, 277; 58, 184, 188; BGH ZIP 1999, 435, 437; BGH ZIP 2002, 1419; *Sprau*, in: Grüneberg, § 812 Rn 14; *Brox/Walker*, § 40 Rn 6; *Messierle*, JuS 2001, 28, 33; *Lorenz*, JuS 2003, 729, 730.

**280-282** Die Feststellung des Leistungsbewusstseins (und somit die **Abgrenzung zwischen Leistungs- und Nichtleistungskondiktion**) stößt immer dann auf Schwierigkeiten, wenn kein individuelles, sondern lediglich ein **generelles Leistungsbewusstsein** angenommen werden kann. Bedeutung erlangt diese Problematik immer dann, wenn der Bereicherungsschuldner **minderjährig** ist. Denn bei diesem ist nach h.M. im Fall der Leistungskondiktion (wegen deren Nähe zum Rechtsgeschäft) auf die Kenntnis des gesetzlichen Vertreters abzustellen (vgl. § 166 I BGB), im Fall der Eingriffskondiktion (wegen deren Deliktsnähe) auf § 828 III BGB. Die Annahme bzw. Verneinung des Leistungsbewusstseins können somit fallentscheidend sein.

**Beispiel:** So ist beim **Schwarzfahren** fraglich, ob der Bahnbetreiber ein Leistungsbewusstsein nur gegenüber berechtigten Fahrgästen hat oder sich dieses generell auf alle Fahrgäste erstreckt. Es kann durchaus von einem Leistungsbewusstsein der Betreiber-gesellschaft hinsichtlich aller im Zug bzw. in der Straßenbahn befindlichen Fahrgäste ausgegangen werden. Denn der Nichterwerb eines Tickets ändert ja nichts am Bestehen eines Beförderungsvertrags. Davon geht auch der Bahnbetreiber aus, indem er ein „erhöhtes Beförderungsentgelt“ als Vertragsstrafe vorsieht. Das aber setzt das Vorliegen eines Beförderungsvertrags voraus, der wiederum ein Leistungsbewusstsein impliziert.

Ist damit also von einem Leistungsbewusstsein auszugehen, liegt ein bereicherungsrechtlicher Anspruch unter dem Aspekt der **Leistungskondiktion** vor.

Anmerkung: Angesichts des als Vertragsstrafe ausgestalteten „erhöhten Beförderungsentgelts“ (meist um die 60 €) stellt sich die Frage nach dem Sinn des bereicherungsrechtlichen Ausgleichs, der sich ja lediglich an der Höhe des „einfachen“ Beförderungsentgelts orientiert. Wenn man aber berücksichtigt, dass eine Vertragsstrafe einen wirksamen Vertrag voraussetzt und daher ausscheidet, wenn es (etwa wegen nicht gegebener Geschäftsfähigkeit des Schwarzfahrers) an einem wirksamen Vertrag fehlt, erlangt der bereicherungsrechtliche Ausgleichsanspruch Bedeutung (siehe aber auch den Minderjährigenfall bei Rn 267).

## bb. Zweckgerichtetheit

**283** Neben dem Bewusstsein der Leistungserbringung muss der Leistende mit seiner Leistung einen **bestimmten Zweck** verfolgen. Durch das Kriterium der Zweckgerichtetheit, unterscheidet sich die Leistung von der bloßen Zuwendung (etwa Schenkung), bei der es sich zwar auch um eine bewusste Mehrung fremden Vermögens handelt, nicht aber um eine zweckgerichtete. Die Zweckgerichtetheit ergibt sich aus der ausdrücklichen oder zumindest konkludenten Tilgungsbestimmung, die am Maßstab des objektiven Empfängerhorizonts (§§ 133, 157 BGB) zu ermitteln ist<sup>286</sup>. Bei der *condictio indebiti* (§ 812 I S. 1 Var. 1 BGB) besteht der Leistungszweck in der Erfüllung einer (vermeintlichen) Verbindlichkeit gegenüber dem Leistungsempfänger.

**284** Hinsichtlich der **Rechtsnatur der Zweckbestimmung** (Zwecksetzung) ist fraglich, ob diese ein einseitiges **Rechtsgeschäft** oder doch zumindest eine **rechtsgeschäftsähnliche Handlung** darstellt oder ob zu ihrer Bejahung ein **natürlicher Wille** genügt.

- Lässt man einen **natürlichen Willen** genügen, ist zur Bejahung einer Leistung i.S.d. § 812 I S. 1 Var. 1 BGB eine **Geschäftsfähigkeit** des „Leistenden“ **nicht** erforderlich. Demzufolge könnte auch ein Geschäftsunfähiger „leisten“, sofern er nur einen natürlichen Willen bilden kann. Die Rückabwicklung des nichtigen Geschäfts wäre dann über die Leistungskondiktion vorzunehmen, weil eine Zweckbestimmung zu bejahen wäre.
- Fordert man dagegen einen **rechtsgeschäftlichen Willen**, setzt die Leistung i.S.d. § 812 I S. 1 Var. 1 BGB die **Geschäftsfähigkeit** des „Leistenden“ voraus. Ein Ge-

<sup>286</sup> Vgl. dazu unten Rn 330 (mit entsprechenden Nachweisen).

schäftsunfähiger kann demzufolge nicht leisten (woraus folgt, dass nur eine Nichtleistungskondiktion durch den gesetzlichen Vertreter in Betracht kommen kann). Bei einem beschränkt Geschäftsfähigen wäre an eine **Einwilligung des gesetzlichen Vertreters** zu denken. Liegt eine solche vor, ist das „Geleistete“ über eine Leistungskondiktion zurückzufordern. Folge dieser Qualifizierung ist ferner, dass die Zweckbestimmung der Anfechtung zugänglich ist (angefochten werden können nicht nur Willenserklärungen, sondern auch rechtsgeschäftsähnliche Handlungen).<sup>287</sup>

Stellungnahme: Richtigerweise ist zu differenzieren: Beruht die Leistungserbringung auf einem Rechtsgeschäft (Beispiel: Zahlung des Kaufpreises), sollte man auch bei ihr zumindest von einer rechtsgeschäftsähnlichen Handlung ausgehen. Beruht die Leistungserbringung dagegen auf einem Realakt (Beispiel: Besitzaufgabe durch einen Geschäftsunfähigen), sollte man auch bei ihr nur von einer tatsächlichen Tathandlung ausgehen und einen natürlichen Willen genügen lassen. Bei Vorhandensein eines solchen ist eine Leistungskondiktion also möglich.

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Die Frage nach der Rechtsnatur der Zweckbestimmung ist also immer dann relevant, wenn der „Leistende“ geschäftsunfähig<sup>288</sup> bzw. in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist. Darauf wird bei Rn 387 zurückzukommen sein.

Auch der Leistungszweck selbst ist in mehrfacher Hinsicht von Bedeutung. Zunächst kann die Leistung – abgesehen von § 817 S. 1 BGB – nur dann kondiziert werden, wenn der Leistungszweck verfehlt wurde. Darüber hinaus dient die Frage nach dem Leistungszweck zu Ermittlung von Bereicherungsgläubiger und -schuldner. Das zeigt sich etwa im Fall einer „**Leistungskette**“<sup>289</sup>:

285

**Beispiel:** Adelheid möchte eine ihr gehörende antike Brosche verkaufen. Dazu schaltet sie den Antiquitätenhändler Raff ein und übereignet<sup>290</sup> ihm die Brosche. R verkauft und übereignet die Brosche im eigenen Namen für Rechnung der A (also als mittelbarer Stellvertreter) an Fidelio. Noch bevor F den Kaufpreis entrichtet, stellt sich heraus, dass das Kausalgeschäft zwischen A und R nichtig ist. A verlangt die Brosche von F heraus.

286

Ein Herausgabeanspruch aus § 985 BGB besteht nicht, da lediglich das Kausalgeschäft, nicht aber das Übereignungsgeschäft zwischen A und R nichtig ist. Außerdem muss in Ermangelung entgegenstehender Sachverhaltsangaben von der Gutgläubigkeit des F ausgegangen werden (§ 932 BGB). Möglicherweise besteht aber ein Anspruch A gegen F auf Rückübereignung gem. § 812 I S. 1 Var. 1 BGB. Dazu müsste eine Leistungsbeziehung zwischen A und F bestanden haben. Mit der Übereignung der Brosche von A an R wird der Zweck verfolgt, das Kausalverhältnis zwischen A und R zu erfüllen. Zweck der Übereignung von R an F ist die Erfüllung des zwischen diesen Personen bestehenden Kaufvertrags. Ein „Leistungsverhältnis“, das mit der Leistungskondiktion rückgängig gemacht werden könnte, besteht also ausschließlich zwischen A und R sowie zwischen R und F, nicht aber zwischen A und F. Deshalb scheidet eine Leistungskondiktion zwischen A und F aus. Eine Nichtleistungskondiktion kann ebenfalls nicht angenommen werden, weil sie gegenüber der Leistungskondiktion subsidiär ist. Der Grundsatz der Rückabwicklung übers Eck ist auch interessengerecht. Jeder Vertragspartner behält seine Einwendungen gegen den jeweils anderen und ist nur dessen Einwendungen ausgesetzt. Jeder trägt das Risiko der Zahlungsunfähigkeit seines gewählten Vertragspartners. Vorliegend ist F schutzwürdig; er darf auf die Wirksamkeit des Kaufvertrags und der Übereignung zwischen ihm und R vertrauen; die Nichtigkeit des Kausalgeschäfts

<sup>287</sup> Vgl. BGHZ 106, 163, 166; 111, 382, 386; *Larenz/Canaris*, § 67 II 1e; *Brox/Walker*, § 40 Rn 6.

<sup>288</sup> Hinsichtlich der Geschäftsunfähigkeit eines Volljährigen ist der neue, am 1.8.2002 in Kraft getretene § 105a BGB zu beachten, wonach ein Geschäft des täglichen Lebens, das mit geringwertigen Mitteln bewirkt werden kann, bei Bewirkung gültig ist.

<sup>289</sup> *Brox/Walker*, § 40 Rn 7.

<sup>290</sup> Zwar ist eine Übereignung der Sache auf den Beauftragten nicht zwingend, ist vorliegend aber als gegeben hinzunehmen, um die Problematik, um die es hier geht, überhaupt aufwerfen zu können.

zwischen A und R soll ihn nicht berühren. A muss sich also an R halten. Diesbezüglich sind verschiedene Wege denkbar: Der Anspruch A gegen R kann gem. § 818 I BGB auf Abtretung der Kaufpreisforderung R gegen F oder gem. § 818 II BGB auf den Wert der Brosche gerichtet sein. Auch kommen Ansprüche aus §§ 687 oder 285 BGB in Betracht. § 816 I S. 1 BGB scheidet dagegen aus, weil zum einen R von F den Kaufpreis noch nicht erlangt hat und zum anderen R nicht Nichtberechtigter war, da er von A zuvor Eigentum erwarb. Vgl. dazu auch die weiteren Ausführungen.

- 287 Weiterführender Hinweis: Wäre im Verhältnis zwischen A und R auch das Übereignungsgeschäft unwirksam gewesen (sog. **Doppelmangel**) und hätte F wegen Abhandkommens der Brosche auch nicht gutgläubig Eigentum daran erwerben können (vgl. § 935 I BGB), hätte A gegen F einen Herausgabeanspruch aus § 985 BGB gehabt. In einem solchen Fall wäre es auch angebracht, bei A darüber hinaus eine Direktkondiktion gem. § 812 I S. 1 Var. 1 BGB (auf Verschaffung des Besitzes) gegen F zuzulassen, denn aus der Wertung des § 935 BGB folgt, dass F weniger schutzwürdig ist als A.

### cc. Mehrung fremden Vermögens

- 288 Schließlich muss sich das **Vermögen** des Leistungsempfängers **vermehr**t haben. Das ist immer dann der Fall, wenn sich die Vermögenslage bei einem Vergleich der Situation vor mit der nach der Leistung verbessert hat. Dies kann auf unterschiedliche Weise erfolgen. So können dem Vermögen des Leistungsempfängers Aktivposten hinzugeführt werden, indem er Rechte erwirbt (z.B. Eigentum oder Forderungen), oder es können Passivposten wegfallen (dem Schuldner werden Schulden erlassen; eine gegen den Schuldner gerichtete Forderung wird vom Bereicherungsgläubiger erfüllt, § 267 BGB). Schließlich ist eine Verbesserung der Vermögenslage des Schuldners dann anzunehmen, wenn dieser Aufwendungen erspart.

- 289 **Zusammenfassung:** Auf der Grundlage des herrschenden Leistungsbegriffs scheidet eine Leistungskondiktion also immer dann aus, wenn die Mehrung fremden Vermögens unbewusst oder ohne Zwecksetzung erfolgt.

### c. Ohne rechtlichen Grund

- 290 Voraussetzung eines *jeden* Anspruchs wegen ungerechtfertigter Bereicherung ist nicht nur die Bereicherung auf Seiten des Empfängers, sondern auch das Fehlen eines die Vermögensverschiebung rechtfertigenden Rechtsgrundes. Denn nur dann ist die Bereicherung „ungerechtfertigt“.<sup>291</sup>

- 291 Einen Rechtsgrund für die Vermögensverschiebung kann zum **Beispiel** das Vorliegen einer vertraglichen Verpflichtung (Kaufvertrag etc.) bilden. Ist die Verpflichtung in einem Vertrag begründet und wird dieser erfolgreich angefochten oder ist wegen nicht vorhandener Geschäftsfähigkeit nichtig, ist ein Rechtsgrund für die zuvor erbrachte Leistung weggefallen bzw. nicht vorhanden. Das Erlangte muss nach den Regeln des Bereicherungsrechts von dem Bereicherten herausgegeben werden.

Zwar wird nach wie vor darüber gestritten, ob das Fehlen des Rechtsgrundes objektiv<sup>292</sup> oder subjektiv<sup>293</sup> zu bestimmen ist, dieser Streit ist für die Falllösung aber regelmäßig nicht ergiebig und daher kaum von Relevanz. Denn folgt man dem bereits ausführlich dargestellten herrschenden Leistungsbegriff, der zum einen auf die *Zweckgerichtetheit*, zum anderen aber auch auf den objektivierten Empfängerhorizont abstellt, muss dies für die Bestimmung des (fehlenden) Rechtsgrundes zwangsläufig bedeuten, dass eben-

<sup>291</sup> Vgl. dazu etwa BGH ZIP 2002, 1419, 1420.

<sup>292</sup> So BGH LM Nr. 33; *Sprau*, in: Grüneberg, § 812 Rn 44; *Schwab*, in: MüKo, § 812 Rn 137 ff.; *Schlechtriem*, ZHR 149 (1985), 327, 337.

<sup>293</sup> So *Medicus/Lorenz*, SchuldR II, § 127 V 4; *Larenz/Canaris*, SchuldR II 2, § 67 III 1 a; *Reuter/Martinek*, § 4 II 4 b.

falls eine objektiv-subjektive Grundauffassung einzunehmen ist. Maßgeblich ist demnach der mit dem **Schuldverhältnis verfolgte Zweck**<sup>294</sup>.

**Beispiel:** Bei einem Kaufvertrag über eine Sache verpflichtet sich der Verkäufer, dem Käufer die vereinbarte Sache mangelfrei zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen (§ 433 I BGB). Der Käufer verpflichtet sich, den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die Sache abzunehmen (§ 433 II BGB).

292

Ist der Kaufvertrag unwirksam (Anfechtung; fehlende Geschäftsfähigkeit; Sittenwidrigkeit; Verstoß gegen ein Gesetz; Verstoß gegen eine Formvorschrift), hat eine Partei aber bereits ihre Verpflichtung erfüllt, ist die Leistungserbringung verfehlt. Mithin liegt nach beiden Auffassungen kein Rechtsgrund für die erbrachte Leistung vor: aus objektiver Sicht, weil der Vertrag nichtig ist, und aus subjektiver Sicht, weil der mit der Leistungserbringung verfolgte Zweck nicht eingetreten bzw. verfehlt ist.

Der vorliegend zu behandelnde Bereicherungstatbestand des § 812 I S. 1 Var. 1 BGB setzt ausdrücklich voraus, dass der Rechtsgrund **von Anfang an fehlen muss** (fällt er erst später weg, kommt § 812 I S. 2 Var. 1 BGB in Betracht). Der Gläubiger hat also geleistet, obwohl keine Verbindlichkeit bestand.

293

#### Beispiele:

294

(1) Virgilia verkauft und übereignet an Klarissa eine antike Brosche (§§ 433, 929 S. 1 BGB). Als sich später herausstellt, dass Virgilia im Zeitpunkt des Kaufvertragschlusses (nicht aber im Zeitpunkt der Übereignung) geschäftsunfähig i.S.d. § 105 II BGB<sup>295</sup> war, verlangt sie von Klarissa die Brosche heraus.

Hier hat Virgilia die Brosche in Erfüllung eines nichtigen Kaufvertrags an Klarissa übereignet. Wegen der wirksamen Übereignung kommt ein Herausgabeanspruch aus § 985 BGB nicht in Betracht. Sie kann das Eigentum an der Brosche aber kondizieren, weil der Rechtsgrund (der schuldrechtliche Kaufvertrag) für die Übereignung fehlte.

(2) Zacharias hält einen Kampfhund. Entgegen der gesetzlichen Bestimmung lässt er diesen ständig frei herumlaufen. Als nun Eusebia von einem Kampfhund angegriffen und auch gebissen wird, leistet Z sofort Schadensersatz (§§ 823 I, 249 II S. 1, 253 II BGB), weil er glaubt, sein Hund habe E gebissen. Später stellt sich jedoch heraus, dass es der Hund des Gonzo war, der E gebissen hat.

Hier hat E von Z etwas erlangt (namentlich Schadensersatz), ohne dass hierfür ein Rechtsgrund bestand. Z kann den Betrag von E kondizieren.

#### d. Erweiterung des Tatbestands durch § 813 I S. 1 BGB

Bei § 813 I S. 1 BGB handelt es sich nicht um eine Leistungskondiktion (vgl. bereits Rn 203). Vielmehr erweitert die Vorschrift den Tatbestand der *condictio indebiti* (und nur diesen!). Nach dieser Vorschrift kann das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete auch dann zurückgefordert werden, wenn der Anspruch zwar besteht, aber mit einer **dauernden** (nicht einer bloß vorübergehenden) **Einrede** behaftet ist. Zu den dauernden (peremptorischen) Einreden zählen bspw.

295

- die Einrede der Nichtigkeit eines Vertrags (vgl. dazu BGHZ 174, 334 ff.).
- Verjährung (§ 214 I BGB),
- die Einrede des Sach- und Rechtsmangels im Kaufrecht (§ 438 IV S. 2 BGB),
- die Einrede der Bereicherung (§ 821 BGB) und
- die Einrede der unerlaubten Handlung (Arglisteinrede – § 853 BGB).<sup>296</sup>

<sup>294</sup> Vgl. BGH ZIP 2002, 1419 f.

<sup>295</sup> Es ist davon auszugehen, dass kein Geschäft des täglichen Lebens i.S.v. § 105a BGB vorliegt.

<sup>296</sup> Vgl. ferner die dauernden Einreden aus §§ 242, 1166, 1973, 1975, 1990, 2083, 2345 BGB. Zu den von § 813 BGB nicht erfassten vorübergehenden (dilatatorischen) Einreden gehören bspw. § 320 und § 273 BGB. Auch ist zu beachten,

- 296 Der Grund für die Erweiterung der *condictio indebiti* besteht darin, dass eine mit einer dauernden Einrede belastete Forderung, wenn der Schuldner die Einrede erhebt, grds. so anzusehen ist, als ob die Forderung rechtlich nie bestanden hätte, der Kondiktionsanspruch aber gleichwohl bestehen soll.
- 297 Die Erweiterung der *condictio indebiti* durch § 813 I S. 1 BGB gilt gem. § 813 I S. 2 i.V.m. § 214 II BGB aber dann **nicht**, wenn es sich bei der Einrede um die **Einrede der Verjährung** handelt (Prinzip von Regel – Ausnahme – Gegenausnahme).
- 298 **Beispiel:** Klara zahlt an Vanessa die aufgrund eines Kaufvertrags geschuldeten 100 €. Als sich später (nach Eintritt der Verjährung) herausstellt, dass K von V durch Betrug zum Vertragsschluss bewogen worden ist, fordert sie das Geld zurück.  
Hier kann K ihren Kondiktionsanspruch nur auf die Begründung stützen, dass V die Forderung durch eine unerlaubte Handlung erlangt habe (§ 813 I S. 1 i.V.m. § 853 BGB). Demgegenüber bleibt die Einrede der Verjährung gem. § 813 I S. 2 i.V.m. § 214 II BGB der V erhalten.
- 299 § 813 I S. 1 BGB greift ferner nicht bei der Einrede aus **§ 438 IV S. 2 BGB**. Zwar handelt es sich bei § 438 IV S. 2 BGB um eine dauernde Einrede, dennoch kann sich aus ihr kein Rückforderungsanspruch bzgl. des Kaufpreises ergeben, wenn die Verjährungsfrist gem. §§ 438 IV S. 1, 218 BGB eingetreten ist. Anderenfalls würde man die Wirkung der Verjährung über § 813 BGB weitgehend nivellieren.
- 300 **Beispiel:** Gudrun hat in Vickys Boutique eine modische Armbanduhr gekauft und sofort bezahlt. Nach einigen Wochen macht sie einen Sachmangel geltend. V meint jedoch, es liege kein Sachmangel vor, und weigert sich, auf Mängelrechte einzugehen. Erst nach Ablauf der Verjährungsfrist des § 438 BGB erhebt G Klage auf Rückerstattung des Kaufpreises.  
Hätte G den Kaufpreis noch nicht entrichtet, stünde ihr die Mängelinrede gem. § 438 IV S. 2 BGB zu mit der Folge, dass sie den Kaufpreis nicht entrichten müsste. Da G die Uhr jedoch bereits bezahlt hat, steht der Rückerstattung des Kaufpreises gem. §§ 437 Nr. 2, 323 BGB i.V.m. §§ 346 ff. BGB die Verjährung gem. §§ 438 IV S. 1, 218 BGB entgegen. Denn auch ein Rücktritt ist nur so lange möglich, wie die Verjährungsfrist hinsichtlich des Primäranspruchs noch nicht verstrichen oder gem. § 204 BGB gehemmt ist.  
Diese Rechtsfolge darf nicht dadurch umgangen werden, dass ein Anspruch aus Bereicherungsrecht (hier: § 812 I S. 1 Var. 1 i.V.m. § 813 BGB) gewährt wird. Zwar stellt § 438 IV S. 2 BGB eine dauernde Einrede dar. Würde man diese aber als Einrede i.S.d. § 813 BGB gelten lassen, umginge man die ausdifferenzierte Regelung des Gewährleistungsrechts mit seinen unterschiedlichen Verjährungsfristen. Daher kann § 438 IV S. 2 BGB nicht als Einrede i.S.d. § 813 BGB angesehen werden. G steht somit auch kein Rückerstattungsanspruch aus Bereicherungsrecht zu.
- 301 Demgegenüber begründet **§ 813 II BGB** hinsichtlich der Erfüllung einer nur betagten Verbindlichkeit vor deren Fälligkeit keine Kondiktion. Mit diesem **Ausschlussstatbestand** soll ein Hin- und Herschieben der Leistung vermieden werden.<sup>297</sup>

## e. Ausschluss des Tatbestands durch § 814 oder § 817 S. 2 BGB

### aa. Kenntnis der Nichtschuld, § 814 BGB

- 302 Trotz Vorliegens der bisher genannten Voraussetzungen ist die *condictio indebiti* (und nur diese!<sup>298</sup>) gem. **§ 814 BGB** ausgeschlossen, wenn

---

dass die Einreden aus § 214 I BGB und § 438 IV S. 2 BGB nicht von § 813 I S. 1 BGB erfasst werden (vgl. § 813 I S. 2 BGB und die Ausführungen sogleich Rn 297 ff.).

<sup>297</sup> Vgl. *Sprau*, in: Grüneberg, § 813 Rn 7; *Brox/Walker*, § 40 Rn 25.

<sup>298</sup> Vgl. BGHZ 106, 169, 171; 113, 62, 70; BGH ZIP 2002, 1419, 1420.

- der Leistende im Zeitpunkt der Leistung gewusst hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war (**Kenntnis der nicht bestehenden Verpflichtung**). Hier verdient der Leistende keinen Schutz, weil er sich durch die Rückforderung in Widerspruch zu seinem früheren Verhalten setzt.<sup>299</sup> Im Einzelnen gilt:

Die „Kenntnis der nicht bestehenden Verbindlichkeit“ ist nicht bereits dann anzunehmen, wenn der Leistende es lediglich für möglich gehalten hat, zur Leistung nicht verpflichtet zu sein. In diesem Fall ist der Kondiktionsanspruch nicht ausgeschlossen. Andererseits genügt zur Bejahung des Ausschlusstatbestands die **laienhafte Vorstellung, zur Leistung nicht verpflichtet zu sein**.

Bei **Vollmacht** ist auf die Kenntnis des Vertreters abzustellen (Wissenszurechnung gem. § 166 I BGB). Vgl. aber auch § 166 II S. 1 BGB!

Handelt es sich bei dem Leistenden um einen **Minderjährigen**, ist – wegen der Nähe der Leistungskondiktion zu den Rechtsgeschäften – auf die Kenntnis des gesetzlichen Vertreters abzustellen (§ 166 I BGB analog).

Eine Besonderheit besteht in dem Fall, dass der Leistende die **Anfechtbarkeit des Geschäfts kennt**. Denn gem. § 142 II BGB steht diese Kenntnis der Kenntnis der Nichtigkeit gleich. Zahlt also bspw. der Käufer einer Sache den Kaufpreis an den Verkäufer (= Leistung i.S.d. Bereicherungsrechts), obwohl er weiß, dass er vom Verkäufer zuvor getäuscht worden ist (er zahlt also in Kenntnis der Anfechtbarkeit), müsste man an sich gem. der Regelung des § 142 II BGB diese Kenntnis mit der Kenntnis der Nichtigkeit gleichsetzen und zu dem Ergebnis gelangen, dass der Käufer in Kenntnis einer nicht bestehenden Verpflichtung geleistet hat und dass sein Kondiktionsanspruch nach § 812 I S. 1 Var. 1 BGB im Fall einer Anfechtung daher gem. § 814 BGB ausgeschlossen ist. Dass dieses Ergebnis unbillig ist, liegt auf der Hand; immerhin war der Anfechtungsberechtigte bis zur Erklärung seiner Anfechtung noch zur Leistung verpflichtet. Der mit dem Ausschlusstatbestand des § 814 BGB verfolgte Zweck (Versagung des Anspruchs wegen treuwidrigen Verhaltens) kann daher nicht greifen. § 814 BGB ist für diesen Fall unanwendbar.

Allerdings kann sich die genannte Problematik nach der h.M. nicht stellen, da sie den Kondiktionsanspruch nach erfolgter Anfechtung nicht über die *condictio indebiti*, sondern über die *condictio ob causam finitam* abwickelt und für diese Kondiktion § 814 BGB bereits seinem Wortlaut nach nicht anwendbar ist.

- die Leistung einer **sittlichen Pflicht** oder einer auf den **Anstand zu nehmenden Rücksicht** entsprach. 304

Diese Variante betrifft (nur) den Fall, dass der Leistende irrig glaubte, zur Leistung verpflichtet zu sein, während die Verpflichtung in Wirklichkeit gar nicht bestand.

**Beispiele**<sup>300</sup>: Bruderherz B leistet nicht nur Unterhalt an seine mittellose Schwester in der unzutreffenden Annahme, dazu gesetzlich verpflichtet zu sein (*sittliche Pflicht*, da eine rechtliche Unterhaltspflicht zwischen Geschwistern nicht besteht, vgl. § 1601 BGB), sondern gibt bei einem Restaurantbesuch auch der Kellnerin K ein übliches Trinkgeld, weil er meint, eine Rechtspflicht zu erfüllen (es besteht keine Rechtspflicht, ein Trinkgeld zu geben, sondern allenfalls eine *Anstandspflicht*).

Hätte hier B von vornherein gewusst, dass eine rechtliche Verbindlichkeit nicht besteht, wäre bereits die Variante der „Kenntnis der nicht bestehenden Verbindlichkeit“ einschlägig gewesen.

Schließlich ist zu beachten, dass die h.M. die Vorschrift des § 814 BGB auch auf die Fälle des § 813 BGB entsprechend anwendet. Dies bedeutet, dass die Kondiktion ausge-

<sup>299</sup> Die Vorschrift des § 814 BGB ist also eine besondere Ausprägung des Grundsatzes *venire contra factum proprium* (kein Schutz desjenigen, der sich in Widerspruch zu seinem vorherigen Verhalten setzt), vgl. BGH ZIP 2002, 1419, 1420; BGHZ 113, 62, 70.

<sup>300</sup> Vgl. *Brox/Walker*, § 40 Rn 27.

geschlossen ist, wenn der Leistende trotz Kenntnis des Bestehens einer dauernden Einrede leistet.

### bb. Beiderseitiger Gesetzes- oder Sittenverstoß, § 817 S. 2 BGB

**305** Einen weitaus wichtigeren Ausschlussgrund enthält **§ 817 S. 2 BGB**. Nach dieser Vorschrift ist die Leistungskondiktion ausgeschlossen, wenn dem Leistenden „gleichfalls“ ein **Gesetzes- oder Sittenverstoß zur Last fällt**, es sei denn, dass die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand. Das zur Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit Geleistete kann gemäß der gesetzlichen Formulierung nicht kondiziert werden.

**306** Wegen seiner systematischen Stellung und der Formulierung „gleichfalls“ müsste man annehmen, dass sich der Ausschlussbestand des § 817 S. 2 BGB nur auf die (seltene<sup>301</sup>) Leistungskondiktion nach § 817 S. 1 BGB bezieht. Dennoch dehnt die h.M.<sup>302</sup> den Anwendungsbereich des § 817 S. 2 BGB auf **alle Fälle der Leistungskondiktion** aus und lässt es folgerichtig auch genügen, wenn **nur dem Leistenden ein Gesetzes- oder Sittenverstoß zur Last fällt**. Zur Begründung vgl. das folgende **Beispiel**:

**307** **Sittenwidriger Ratenkreditvertrag:** Grimhild ist finanziell am Ende. Ihre Hausbank gewährt ihr keinen Kredit mehr. Da entdeckt sie zufällig das Zeitungsinserat der Kredithai GmbH, in dem diese damit wirbt, dass man Kredite bis zu 10.000 € ohne Bonitätsprüfung vererbe. Grimhild sieht hierin die einzige Chance, die drohende Zwangsvollstreckung in ihr mittlerweile bescheidenes Vermögen abzuwenden. Deshalb ist sie auch bereit, einen Zinssatz zu akzeptieren, der 200% über dem marktüblichen Zinssatz liegt (dieser liegt bei 8,9% p.a. effektiv für ungesicherte Ratenkredite, Grimhild soll dementsprechend 26,7% p.a. effektiv leisten). Sie unterzeichnet den Darlehensvertrag (§ 488 BGB) über ein Tilgungsdarlehen mit einer Laufzeit von 24 Monaten. Später empfiehlt ihr Freund Friedrich, der Jura studiert und vor kurzem eine Vorlesung über sittenwidrige Kreditverträge besucht hat, sie solle wegen Sittenwidrigkeit des Kreditvertrags die hohen Zinsen nicht zahlen.

Hier könnte der Darlehensvertrag tatsächlich wegen Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz (§ 134 BGB i.V.m. § 291 StGB – Wucher) und/oder wegen **Wuchers** gem. § 138 II BGB nichtig sein. Hinsichtlich des § 291 StGB hätte die Kredithai GmbH die G aber **ausgebeutet** haben müssen. Dazu hätte sie subjektiv die Erlangung der durch den hohen Zinssatz ermöglichten Vorteile bezwecken müssen. Hinsichtlich des § 138 II BGB gelten ähnlich hohe subjektive Anforderungen (**zweckgerichtete Ausbeutung einer Zwangslage**).<sup>303</sup> Die Frage, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, kann aber dahinstehen, wenn bereits der Tatbestand des § 138 I BGB (der auf der Rechtsfolgenseite ebenfalls die Nichtigkeit vorsieht) verwirklicht ist.

Zur Sittenwidrigkeit von Ratenkreditverträgen am Prüfungsmaßstab des **§ 138 I BGB** hat der BGH den Rechtsgrundsatz entwickelt, dass ein schuldrechtliches Rechtsgeschäft sittenwidrig und damit nichtig sei, wenn zwischen Leistung und Gegenleistung ein **auffälliges Missverhältnis** bestehe und der Kreditgeber die schwächere Lage des Kreditnehmers bewusst zu seinem Vorteil ausnutze oder sich leichtfertig der Erkenntnis verschließe, dass der Kreditnehmer sich nur wegen seiner schwächeren Lage auf die drückenden Bedingungen einlasse (sog. „**wucherähnliches Geschäft**“).<sup>304</sup> Das auffällige Missverhältnis sei i.d.R. zu bejahen, wenn der Vertragszins den marktüblichen Effektivzins relativ um **100%**<sup>305</sup> oder absolut um 12 Prozentpunkte<sup>306</sup> übersteige. Subjektiv sei

<sup>301</sup> Die Leistungskondiktion nach § 817 S. 1 BGB ist deshalb selten, weil zum einen zumeist allein der *Leistende* gesetz- bzw. sittenwidrig handelt, und zum anderen wegen der mit der Gesetzes- bzw. Sittenwidrigkeit verbundenen Nichtigkeit des Geschäfts (vgl. §§ 134, 138 BGB) bereits § 812 I S. 1 Var. 1 BGB einschlägig ist.

<sup>302</sup> BGHZ 44, 1, 6; 50, 90, 91; BGH NJW 2003, 1860, 1861; BGH NJW 2006, 45, 46; *Sprau*, in: Grüneberg, § 817 Rn 12; *Brox/Walker*, § 41 Rn 6 ff.

<sup>303</sup> Vgl. dazu instruktiv BGH NJW 2003, 1860, 1861.

<sup>304</sup> Vgl. BGHZ 80, 153, 159 f.; 128, 255, 257 f. (st. Rspr.). Vgl. auch BGH NJW 2002, 429 ff. und BGH NJW 2003, 1860, 1861.

<sup>305</sup> BGHZ 104, 102, 105; 110, 336, 338.

<sup>306</sup> BGHZ 110, 336, 338.

die Sittenwidrigkeit zu bejahen, wenn der Kreditgeber vorsätzlich oder zumindest grob fahrlässig die schwächere Lage des Kreditnehmers ausnutze, was i.d.R. dann anzunehmen sei, wenn auf der Seite des Kreditgebers ein gewerblicher Kreditgeber stehe und auf Seiten des Kreditnehmers ein Nichtkaufmann. Bei einem **besonders groben Missverhältnis** (Überschreiten des marktüblichen Effektivzinses relativ um **200%**) sei die verwerfliche Gesinnung zu unterstellen; der Kreditgeber müsse dann besondere Gründe vorbringen, den Vorwurf der Sittenwidrigkeit zu entkräften.

308

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Vergleicht man die vom BGH aufgestellten Grundsätze zum „wucherähnlichen Geschäft“ nach § 138 I BGB mit den Voraussetzungen des § 134 BGB i.V.m. § 291 StGB bzw. des § 138 II BGB, ist die Frage berechtigt, warum der BGH nicht gleich den Prüfungsmaßstab des § 134 BGB i.V.m. § 291 StGB bzw. § 138 II BGB heranzieht. Die Antwort ist auf der Rechtsfolgenseite zu suchen:

- Liegt ein „wucherähnliches Geschäft“ i.S.d. **§ 138 I BGB** vor, ist zwar das **Kausalgeschäft** (der Kreditvertrag) **unwirksam**, **nicht** aber das **dingliche Erfüllungsgeschäft** (Übertragung des Eigentums an dem Geld sowie die Zinszahlungen), sodass die Leistungen zwar kondizierbar, nicht aber vindizierbar sind. Hier ist dann aber insbesondere der Ausschlussatbestand des § 817 S. 2 BGB zu beachten.<sup>307</sup>
- Bei § 134 BGB i.V.m. § 291 StGB bzw. **§ 138 II BGB** dagegen schlägt der Mangel auf das **dingliche Erfüllungsgeschäft** durch. Dieses ist **nichtig**. Hier greift dann der Vindikationsanspruch aus § 985 BGB, auf den nach Auffassung des BGH der Ausschlussatbestand des § 817 S. 2 BGB nicht anwendbar ist (der BGH steht auf dem Standpunkt, bei der Vorschrift des § 817 S. 2 BGB handele es sich um eine Ausnahmenvorschrift und wegen ihres Strafcharakters um einen Fremdkörper im BGB, der nicht über das Bereicherungsrecht hinaus angewendet werden dürfe); vgl. dazu sogleich bei Rn 313 ff.

Folgt man dieser Rechtsprechung, ist der Kreditvertrag zwischen der Kredithai GmbH und G nach § 138 I BGB sittenwidrig und damit nichtig. Da aber zum einen *nur* die Kredithai GmbH sittenwidrig handelte und zum anderen wegen der Nichtigkeit des Kreditvertrags der Rechtsgrund für die Vermögensverschiebung fehlte und damit die *condictio indebiti* einschlägig ist, richtet sich der Rückforderungsanspruch der Kredithai GmbH nicht nach § 817 S. 1 BGB, sondern allein nach § 812 I S. 1 Var. 1 BGB.

309

G hat etwas durch Leistung der Kredithai GmbH erlangt, nämlich Eigentum und Besitz am Geld (bzw. im Fall einer Banküberweisung auf das Girokonto das Schuldversprechen der Hausbank gem. §§ 780 i.V.m. 675c ff. BGB). Fraglich ist jedoch, ob ein Kondiktionsanspruch der Kredithai GmbH wegen § 817 S. 2 BGB ausgeschlossen ist.

Wegen seiner systematischen Stellung und der Formulierung „gleichfalls“ müsste man annehmen, dass sich der Ausschlussatbestand des § 817 S. 2 BGB nur auf die Leistungskondiktion nach § 817 S. 1 BGB bezieht. Dennoch dehnt die h.M. den Anwendungsbereich des § 817 S. 2 BGB auf **alle Fälle der Leistungskondiktion** aus und lässt es folgerichtig auch genügen, wenn **nur dem Leistenden ein Gesetzes- oder Sittenverstoß zur Last fällt**. Diese Ausdehnung des Ausschlussatbestands überzeugt: Denn beschränkte man § 817 S. 2 BGB nur auf die Fälle des § 817 S. 1 BGB, ergäbe sich das widersinnige Ergebnis, dass der selbst gesetzes- oder sittenwidrig handelnde Empfänger einer Leistung bessergestellt wäre als derjenige, der durch die Annahme nicht gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstößt. Denn der sittenwidrig handelnde Empfänger, gegen den ein Anspruch nach § 817 S. 1 BGB besteht, könnte die Leistung aufgrund des Ausschlussatbestands des § 817 S. 2 BGB behalten, während der „anständige“ Empfänger aufgrund einer *condictio indebiti* oder *condictio*

<sup>307</sup> Vgl. auch den Fall BGH NJW 2003, 1860 ff.

*ob rem* das Geleistete herausgeben müsste, wenn für diese Fälle § 817 S. 2 BGB nicht gelten sollte.<sup>308</sup>

Im Ergebnis muss der Ausschlussstatbestand des § 817 S. 2 BGB daher „erst recht“ auch für § 812 I S. 1 Var. 1 BGB anwendbar sein.

**310** Ist die Anwendbarkeit des § 817 S. 2 BGB auf *alle* Fälle der Leistungskondiktion sowie auf den Fall, dass *allein* dem Leistenden ein Gesetzes- oder Sittenverstoß zur Last fällt, geklärt, ist des Weiteren die Frage nach der Rechtsfolge zu beantworten.

**311** Im obigen Beispiel zum **sittenwidrigen Ratenkredit** wurde festgestellt, dass zwar das Kausalgeschäft (also der Kreditvertrag), nicht aber das dingliche Erfüllungsgeschäft (Übereignung des Geldes) nichtig sei. Das führt zu einem grundsätzlichen Kondiktionsanspruch der Kredithai GmbH aus § 812 I S. 1 Var. 1 BGB, der aber wegen der ebenfalls bejahten Anwendbarkeit des § 817 S. 2 BGB ausgeschlossen sein könnte.

Speziell zum sittenwidrigen Kreditvertrag steht der BGH auf dem Standpunkt, dass das Geleistete i.S.d. § 817 S. 2 BGB anders zu verstehen sei als bei den Leistungskonditionen, nämlich dass nur das, was **endgültig in das Eigentum des Bereicherungsschuldners übergehe**, als **nicht kondizierbare** „Leistung“ i.S.d. § 817 S. 2 BGB gelte.<sup>309</sup> Demzufolge muss bei einem Darlehen folgendermaßen differenziert werden:

⇒ Das Darlehenskapital (die Valuta) geht wertmäßig nicht endgültig in das Vermögen des Darlehensnehmers über; vielmehr muss es in Raten oder nach Endfälligkeit zurückgeführt werden. Man kann also sagen, das Kapital werde lediglich vorübergehend zur Nutzung gewährt.

⇒ Endgültig in das Vermögen des Darlehensnehmers soll nach Auffassung des BGH aber die zeitlich begrenzte Nutzungsmöglichkeit des Kapitals übergehen.

Als **nicht kondizierbare „Leistung“ i.S.d. § 817 S. 2 BGB** stellt sich demnach nur die **Nutzungsmöglichkeit** des Kapitals für die vereinbarte Zeit dar. Die Kredithai GmbH kann also trotz Nichtigkeit des Darlehensvertrags nicht die sofortige Rückzahlung des Kredits verlangen, sondern ist darauf verwiesen, das Kapital so zurückzufordern, wie sie es auch bei Gültigkeit des Vertrags nur hätte zurückfordern können, vorliegend also in 24 Monatsraten.

**Weiterführender Hinweis:** Würde es sich um ein auf unbestimmte Zeit gewährtes Darlehen handeln, müsste man dem Darlehensgläubiger selbstverständlich ebenso ein Kündigungsrecht einräumen, als wenn der Darlehensvertrag wirksam gewesen wäre.<sup>310</sup> § 488 III BGB wäre dann entsprechend anzuwenden.

Da G sowieso das Kapital hätte zurückzahlen müssen, kann sie sich auch nicht auf den Wegfall der Bereicherung berufen (vgl. §§ 819 I, 818 IV, 276 I BGB). Etwas anderes hätte nur dann gegolten, wenn die Zweckverfolgung bei dem sittenwidrigen Darlehen von vornherein mit einem dem Darlehensgläubiger bekannten Risiko verbunden gewesen wäre, dieses Risiko sich verwirklicht hätte und G deswegen nicht mehr bereichert gewesen wäre.<sup>311</sup> Doch dafür liegen keine Anhaltspunkte vor.

Damit bleibt noch die Frage nach dem ursprünglich vereinbarten **Darlehenszins** zu beantworten. Aufgrund der Nichtigkeit des Darlehensvertrags besteht ein vertraglicher Zinsanspruch gem. § 488 I S. 2 BGB jedenfalls nicht.

⇒ Nach h.M. besteht ein solcher auch nicht nach Bereicherungsrecht, da dem Anspruch aus §§ 812 I S. 1 Var. 1, 818 I und II BGB insoweit der Ausschlussstatbestand des § 817 S. 2 BGB entgegenstehe.<sup>312</sup>

<sup>308</sup> Vgl. *Musielak/Hau*, GK, Rn 731.

<sup>309</sup> BGH NJW 1995, 1152 und ZIP 1995, 456, 457 f.

<sup>310</sup> Vgl. BGHZ 99, 333, 338.

<sup>311</sup> Vgl. BGH NJW 1995, 1152.

<sup>312</sup> BGH a.a.O.; *Larenz/Canaris*, § 68 III 3 c; *Sprau*, in: Grüneberg, § 817 Rn 21.

⇒ *Medicus/Petersen* wollen wenigstens einen angemessenen (wohl marktüblichen) Zinssatzanspruch gewähren<sup>313</sup>, sodass sich der Anspruch der Kredithai GmbH auf ca. 4% p.a. effektiv belaufen dürfte.

Stellungnahme: Die zuletzt genannte Auffassung kann für sich beanspruchen, dass nach der von der h.M. favorisierten Auffassung der Vorschrift des § 817 S. 2 BGB ein Strafcharakter beigemessen wird, der mit dem Standpunkt der Vorschrift im BGB (und nicht in einem Strafgesetz) kaum vereinbar ist (dazu sogleich). Andererseits ist der zuletzt genannten Auffassung aber entgegenzuhalten, dass sie zu einer geltungserhaltenden Reduktion führt, die sie im Rahmen des AGB-Rechts aber gerade ablehnt.<sup>314</sup> Zur Vermeidung von derartigen Wertungswidersprüchen ist daher demjenigen, der die Grenzen des Zulässigen überschreitet, das Recht einheitlich zu versagen und es nicht nur in einem Fall vollständig und es in einem anderen Fall auf das noch gerade zulässige Maß zu reduzieren.

Ergebnis: Die Kredithai GmbH kann die Darlehenssumme wie vereinbart in 24 Monatsraten zurückverlangen, allerdings zinslos. F's Auffassung ist also zutreffend.

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Prüfungstechnisch bleibt lediglich anzumerken, dass aus der Formulierung in § 817 S. 2 BGB „ist ausgeschlossen“ folgt, dass es sich bei dem Ausschlussstatbestand des § 817 S. 2 BGB nicht um eine (geltend zu machende) Einrede, sondern um eine (von Amts wegen zu berücksichtigende) **Einwendung** handelt.<sup>315</sup> Daher sind in der Fallbearbeitung die Voraussetzungen des § 817 S. 2 BGB selbst dann zu prüfen, wenn der Anspruchsgegner sie nicht geltend gemacht hat.

312

Umstritten ist, ob der Ausschlussstatbestand des **§ 817 S. 2 BGB** in seiner Anwendung auf die Fälle der **Leistungskondiktion beschränkt** ist oder eine **allgemeine Rechtsschutzversagung** (i.S. einer Strafvorschrift) darstellt mit der Folge, dass er **auch außerhalb der Fälle der Leistungskonditionen** (insbesondere auf die §§ 985, 823 und 894 BGB) anwendbar ist.

313

Vorüberlegung: Der Streit besteht deshalb, weil im Bürgerlichen Recht das Abstraktionsprinzip gilt. Dieses Prinzip hat zur Folge, dass das sachenrechtliche Erfüllungsgeschäft (etwa Übereignung einer Kaufsache) regelmäßig von der Nichtigkeit des schuldrechtlichen Verpflichtungs- bzw. Kausalgeschäfts (etwa ein Kaufvertrag) unberührt bleibt. Wenn nun aber bspw. wegen Fehleridentität<sup>316</sup> oder wegen § 134 BGB nicht nur das Verpflichtungsgeschäft, sondern auch das Erfüllungsgeschäft nichtig ist, könnte der Verkäufer die Sache vom Käufer nach § 985 BGB herausverlangen, obwohl ihm ein Bereicherungsanspruch wegen § 817 S. 2 BGB nicht zusteht. Dieser Umstand wirft die Frage auf, ob § 817 S. 2 BGB auf alle Ansprüche, zu deren Begründung sich der Gläubiger auf eigenes gesetzes- oder sittenwidriges Verhalten berufen muss, anwendbar ist.

314

- Der BGH und ein Teil des Schrifttums stehen auf dem Standpunkt, bei der Vorschrift des § 817 S. 2 BGB handele es sich um eine **Ausnahmevorschrift** und wegen ihres **Strafcharakters** um einen Fremdkörper im BGB, der (daher) **nicht über die Leistungskonditionen hinaus angewendet werden dürfe**.<sup>317</sup>
- Das wohl herrschende Schrifttum wirft der zuerst genannten Auffassung Ungereimtheiten vor, die aufgrund einer Unterscheidung hinsichtlich der Gültigkeit des Erfüllungsgeschäfts eintreten können, und sieht in der Vorschrift des § 817 S. 2 BGB eine **allge-**

315

316

<sup>313</sup> Vgl. *Medicus/Petersen*, BR, Rn 700.

<sup>314</sup> Vgl. *Medicus/Petersen*, BR, Rn 69.

<sup>315</sup> *Brox/Walker*, § 41 Rn 10.

<sup>316</sup> Zur Fehleridentität (besser: Fehlerkongruenz) vgl. oben Rn 198 ff. und BGHZ 58, 257, 258; BGH DB 1966, 818; siehe auch *Ellenberger*, in: Grüneberg, Überbl v § 104 Rn 23a. Ausführlich zur Begründung *R. Schmidt*, BGB AT, Rn 1451 ff.

<sup>317</sup> BGHZ 35, 103, 109; 39, 87, 90 f.; 44, 1, 3 f.; 63, 365, 369; BGH NJW 1980, 452, 453; 1992, 310; 2000, 1560; BGHZ 152, 307, 311; BGH NJW 2003, 1860, 1861 f.; NJW 2006, 45, 46 (meist unter Bezugnahme auf RGZ 145, 152 ff.; 161, 52, 60); BGH NJW 2020, 1962, 1970; *Sprau*, in: Grüneberg, § 817 Rn 2; *Falk*, JuS 2003, 833, 834.

**meine Rechtsschutzversagung**, die **alle Ansprüche ausschließt**, zu deren Begründung sich der Gläubiger auf ein eigenes gesetz- oder sittenwidriges Verhalten berufen muss (*nemo auditur turpitudinem suam allegans*).<sup>318</sup>

**Beispiel:** Anton schenkt und übereignet seiner Frau Wanda ein Hausgrundstück, um sie zur Erhebung der Scheidungsklage zu veranlassen. Die Ehe wird auf Klage der W geschieden. Später fordert A wegen Sittenwidrigkeit die Rückübertragung.

- ⇒ Geht man von der Unanwendbarkeit des § 817 S. 2 BGB auf Ansprüche außerhalb der Leistungskonditionen aus und unterstellt die Sittenwidrigkeit sowohl des Verpflichtungsgeschäfts (der Schenkung) als auch des Erfüllungsgeschäfts (der Übertragung des Eigentums am Grundstück), kann A in der Tat das Grundstück nach § 985 BGB vindizieren.
- ⇒ Erachtet man dagegen lediglich das Verpflichtungsgeschäft für sittenwidrig (mit dem Argument, dass ein dingliches Erfüllungsgeschäft sittlich neutral sei), kommt nur ein Rückübertragungsanspruch nach Bereicherungsrecht (§ 812 I S. 1 Var. 1 BGB) in Betracht. Dann aber muss in jedem Fall der Ausschlussatbestand des § 817 S. 2 BGB beachtet werden mit der Folge, dass der Anspruch im Ergebnis scheitert.

Der Umstand, dass W für den Fall, dass der Sittenverstoß auch das Erfüllungsgeschäft erfasst, das Grundstück wieder zurückübereignen muss, und für den Fall, dass der Sittenverstoß das Erfüllungsgeschäft unberührt lässt, das Grundstück behalten darf, ist nicht zu rechtfertigen. Daher wird zunehmend in der Literatur vertreten, dass § 817 S. 2 BGB als allgemeine Rechtsschutzversagung aufzufassen sei, die alle Ansprüche ausschließt, zu deren Begründung sich der Gläubiger auf eigenes gesetz- oder sittenwidriges Verhalten berufen müsse. Nach dieser Auffassung gilt § 817 S. 2 BGB für jede Rückforderung von Leistungen, gleichgültig, ob es sich um eine Vindikation, um einen Anspruch wegen unerlaubter Handlung oder um eine Kondiktion handele. Ob dem zugestimmt werden kann, ist fraglich. Denn § 817 S. 2 BGB ist eine Ausnahmegesetzvorschrift und bezieht sich systematisch nur auf die Leistungskonditionen. Ausnahmetatbestände sind – um nicht vom BGB ungewollte Ergebnisse zu erzielen – nach der juristischen Methodenlehre grds. eng auszulegen und auch nicht außerhalb des Normengefüges, auf das sie sich beziehen, anzuwenden. Es besteht auch keine planwidrige Regelungslücke, die mittels analoger Anwendung geschlossen werden könnte. Daher ist **von einer Anwendung des § 817 S. 2 BGB über die Arten der Leistungskondiktion hinaus abzusehen**. § 817 S. 2 BGB ist nicht anwendbar bei Ansprüchen aus Vertrag, aus unerlaubter Handlung, aus GoA, aus EBV und auch nicht beim Nutzungsherausgabeanspruch aus § 987 BGB oder dem Verwendungsersatzanspruch aus § 994 BGB (str.). Allerdings kommt der BGH auch bei Nichtanwendbarkeit des § 817 S. 2 BGB außerhalb der Leistungskonditionen i.d.R. zu dem gleichen Ergebnis, wenn er im Fall der Sittenwidrigkeit des Verpflichtungsgeschäfts bei Ansprüchen außerhalb des Bereicherungsrechts den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) anwendet und einen Herausgabeanspruch trotz proklamierter sittlicher Indifferenz des Erfüllungsgeschäfts verneint.

Vorliegend ist der Rückübertragungsanspruch des A also unbegründet. Nach Auffassung der h.L. wegen § 817 S. 2 BGB und nach Auffassung des BGH wegen § 242 BGB.

**317** Der **Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB)** kann auch umgekehrt wirken und zur Folge haben, dass die Anwendbarkeit des § 817 S. 2 BGB in Fällen ausgeschlossen ist, in denen diese Vorschrift eigentlich zum Ausschluss des Kondiktionsanspruchs führen würde. Dazu einige **Beispiele** und **Gegenbeispiele**:

**318** **Schwarzarbeiterfall**<sup>319</sup>: Fliesenleger Poldi arbeitet nicht nur gelegentlich „schwarz“.<sup>320</sup> Diesmal verlegt er Bodenfliesen im Hause der betuchten Gräfin Anastasia. Als er nach

<sup>318</sup> Medicus/Petersen, BR, Rn 697; Larenz/Canaris, § 68 III 3 c; Herrler, in: Grüneberg, vor § 854 Rn 13; Baur/Stürner, Sachenrecht, § 5 IV 3a; Michalski, Jura 1994, 232 ff.

<sup>319</sup> Vgl. auch Wolf/Neuner, AT, § 45 Rn 15; Köhler, AT, § 13 Rn 10; Stadler, AT, § 26 Rn 9. Ähnliche Fälle wurden auch vom BGH entschieden (BGH NJW 2013, 3167 ff. und NJW 2014, 1805, 1806 f.).

getaner Arbeit einen Lohn i.H.v. 1.500 € (60 Std. a 25 €) verlangt, verweist A auf die erheblichen Baumängel. Zudem ist sie der Meinung, dass der Vertrag aufgrund der „Ohne-Rechnung-Absprache“ unwirksam sei und dass daher eine Forderung des P nicht bestehe. Mit Recht?

Hier haben sowohl A als auch P eine Steuerhinterziehung begangen und damit zunächst gegen die Abgabenordnung verstoßen (vgl. §§ 370 AO, 25 II StGB), die ohne weiteres ein Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB darstellt und die Nichtigkeit des Vertrags zur Folge hat. A und P haben aber auch gegen das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz verstoßen (vgl. § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG). Da die von P erbrachte Werkleistung von erheblichem Umfang war (was bei einer Leistung im Umfang von ca. 1.500 € angenommen werden kann<sup>321</sup>), liegt ein Verstoß gegen das SchwarzArbG vor, der für *beide Seiten* eine mit Bußgeld sanktionierte Ordnungswidrigkeit darstellt (vgl. § 8 I Nr. 1 und 2 SchwarzArbG). Fraglich ist, ob (auch) dieser Gesetzesverstoß die Nichtigkeit des Werkvertrags zur Folge hat. Zweck des Gesetzes ist die Bekämpfung der Schwarzarbeit wegen ihrer sozialschädlichen Auswirkungen. Zum einen soll der Arbeitslosigkeit und Steuerausfällen entgegengewirkt werden und zum anderen sollen redliche Handwerker vor der Preisunterbietung durch Schwarzarbeiter und Auftraggeber vor minderwertiger Leistung und unsachgemäßer Verwendung von Rohstoffen geschützt werden. Im Vordergrund dürfte aber die Beeinträchtigung des Beitragsaufkommens der Sozial-, Renten- und Arbeitslosenversicherung stehen.<sup>322</sup>

Dieser Zweck lässt sich aber nur dann erreichen, wenn den auf Schwarzarbeit gerichteten Verträgen die Wirksamkeit versagt wird, weil dann beide Vertragsparteien vom Abschluss solcher Verträge abgeschreckt werden.<sup>323</sup> Der BGH nimmt eine Nichtigkeit jedenfalls dann an, wenn der Unternehmer vorsätzlich gegen das gesetzliche Verbot der Schwarzarbeit verstößt und der Besteller den Verstoß des Unternehmers kennt und bewusst zum eigenen Vorteil ausnutzt.<sup>324</sup> Nach dem OLG Hamm ist eine Nichtigkeit sogar dann anzunehmen, wenn die Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch keine „Ohne-Rechnung-Abrede“ getroffen und damit zunächst einen wirksamen Vertrag geschlossen haben, nachträglich jedoch vereinbarten, dass auf das Ausstellen einer Rechnung verzichtet werden soll. Die nachträgliche „Ohne-Rechnung-Abrede“ habe den Vertrag geändert und insgesamt unwirksam gemacht. Ein Rechtsverständnis, das die Nichtigkeit auf die nachträgliche Abrede begrenze, liefe der ausdrücklichen Absicht des Gesetzgebers zuwider, die Form der Schwarzarbeit in Gestalt von „Ohne-Rechnung-Abreden“ wirkungsvoll zu bekämpfen.<sup>325</sup>

Der Werkvertrag zwischen A und P ist in zweierlei Hinsicht nach § 134 BGB **nichtig**, weil **beide Parteien** zum einen eine Steuerhinterziehung begangen und zum anderen bewusst gegen das SchwarzArbG verstoßen haben und dabei die erbrachte Werkleistung von erheblichem Umfang war.<sup>326</sup>

P steht also mangels wirksamen Vertrags keine Werklohnforderung aus § 631 I BGB zu.<sup>327</sup>

Möglicherweise steht P dann aber ein Aufwendungsersatzanspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag gem. §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB zu. Jedoch hat P seine Aufwendun-

<sup>320</sup> Schwarzarbeit ist in § 1 II SchwarzArbG definiert. Danach leistet Schwarzarbeit, wer insbesondere Dienst- oder Werkleistungen erbringt und u.a. dabei keine Sozialversicherungsbeiträge oder Steuern abführt.

<sup>321</sup> AG Frankfurt/M 20.9.2010 – 4.10 OWi 107/10.

<sup>322</sup> Vgl. auch BGHZ 85, 39, 43; 89, 369, 373 f.; LG Mainz NJW-RR 1998, 48; *Arnold*, in: Erman, § 134 Rn 63.

<sup>323</sup> St. Rspr., vgl. nur BGHZ 85, 39, 44; 89, 369, 372; 111, 308, 311; 176, 198, 201; LG Mainz NJW-RR 1998, 48; zustimmend *Köhler/Lange*, JZ 1990, 466; *Medicus/Petersen*, AT, Rn 651; *Armbrüster*, in: MüKo, § 134 Rn 77.

<sup>324</sup> BGH NJW 2013, 3167, 3168 f. Hier ging es um die Pflasterung einer Einfahrt, für die ein Werklohn von 1.800 € vereinbart worden war.

<sup>325</sup> OLG Hamm NJW-RR 2018, 273, 274.

<sup>326</sup> Ob nach Auffassung des BGH die Nichtigkeitsfolge auch dann eingetreten wäre, wenn die Werkleistung von nicht erheblichem Umfang gewesen wäre, geht aus der BGH-Entscheidung nicht hervor.

<sup>327</sup> Vgl. auch BGH NJW 2014, 1805, 1806 mit Verweis auf BGH NJW 2013, 3167, 3168 f. Vgl. auch *Lorenz*, NJW 2013, 3132, 3133 f. Anders wäre es gewesen, wenn nur ein einseitiger Verstoß gegen das SchwarzArbG vorgelegen hätte (etwa, weil A davon ausgegangen wäre, dass P Steuern und Sozialabgaben entrichtet).

gen im Hinblick auf den mit der Ausführung des Geschäfts verbundenen Verstoß gegen das Verbotsgesetz des § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG nicht für erforderlich halten dürfen.<sup>328</sup>

Schließlich kommt ein Ausgleichsanspruch über das Bereicherungsrecht in Betracht. Vorliegend ist an einen Wertersatz in Form eines „Quasi-Vergütungsanspruchs“ des P aus § 812 I S. 1 Var. 1 BGB und daneben aus § 817 S. 1 BGB jeweils i.V.m. § 818 II BGB zu denken. Doch einem solchen Anspruch könnte der Ausschlusstatbestand des § 817 S. 2 BGB entgegenstehen. Folge wäre, dass den Schwarzarbeiter das volle Risiko einer Zahlungsverweigerung des Auftraggebers trifft. Dies könnte eine unbillige Privilegierung des Auftraggebers nach sich ziehen. Um daher das Risiko der Schwarzarbeit nicht allein dem Schwarzarbeiter aufzubürden und dem „Auftraggeber“ nicht zu kostenfreier Leistung zu verhelfen, wendete der BGH in einer Entscheidung aus dem Jahre 1990 auf der Basis der damals geltenden Fassung des SchwarzArbG den an sich greifenden Ausschlusstatbestand des § 817 S. 2 BGB unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§ 242 BGB) einfach nicht an mit der Folge, dass im Ergebnis gleichwohl ein Anspruch des Schwarzarbeiters auf „Quasi-Vergütung“ bestand.<sup>329</sup> Die Höhe bemaß sich nach dem objektiven Wert der Schwarzarbeit.<sup>330</sup> Von diesem „Quasi-Vergütungsanspruch“ war ggf. der Minderwert der erbrachten Leistung in Abzug zu bringen, da der Auftraggeber insoweit nicht bereichert war (vgl. § 818 III BGB).

Nunmehr hat der BGH aber entschieden, dass die Grundsätze von Treu und Glauben der Anwendung des § 817 S. 2 BGB nicht entgegenstünden. Die Durchsetzung des vom Gesetzgeber mit dem SchwarzArbG verfolgten Ziels, die Schwarzarbeit effektiv einzudämmen, erfordere eine strikte Anwendung dieser Vorschrift. Insoweit sei eine andere Sicht geboten, als sie vom Senat 1990 auf der Grundlage der alten Fassung des SchwarzArbG vertreten wurde.<sup>331</sup>

Demzufolge hat P keinen Quasi-Vergütungsanspruch gegen A. Diese (vermeintliche) Privilegierung der A mag zwar unbillig erscheinen, erhält diese doch eine „kostenlose Werkleistung“, anders aber lassen sich die o.g. Schutzzwecke des SchwarzArbG nicht effektiv durchsetzen. Hinzu kommt, dass A infolge der Nichtigkeit des Vertrags auch keine Mängelrechte gem. §§ 634 ff. BGB geltend machen kann und mitunter das Risiko eines sehr hohen Schadens trägt, was den (vermeintlichen) Vorteil doch spürbar relativiert.

In diesem Zusammenhang hat der BGH folgerichtig auch entschieden, dass § 817 S. 2 BGB auch einer Rückforderung des bislang Geleisteten entgegensteht. Der Besteller hat also keinen bereicherungsrechtlichen Anspruch auf Rückzahlung der Vergütung (oder eines Teils davon), wenn sich das Werk als mangelhaft herausstellt.<sup>332</sup>

### 319

**Bordellkauf:** Der nach wie vor in der Ausbildungs- und Kommentarliteratur zu lesende Fall, bei dem ein Bordellbetrieb zu einem (überhöhten) Preis verkauft wird und der Käufer sich anschließend unter Berufung auf § 817 S. 2 BGB weigert, den Kaufpreis zu bezahlen, ist seit Inkrafttreten des **Prostitutionsgesetzes** am 1.1.2002 (BGBl I 2001 S. 3983) nicht mehr ohne weiteres haltbar. Nach der hier vertretenen Auffassung verstößt die Ausübung der Prostitution nicht mehr gegen § 138 I BGB. Allerdings geht der BGH wohl nach wie vor davon aus, dass die Prostitution sittenwidrig ist. Immerhin hat er entschieden, dass die Vereinbarung zwischen Prostituierten und Kunden über die Vornahme sexueller Handlungen gegen Entgelt nicht mehr dem Verdikt der Sittenwidrigkeit unterfalle.<sup>333</sup>

Jedenfalls folgt daraus, dass entsprechende Entgeltforderungsansprüche der Prostituierten wirksam sind; daraus entstandene (zivilrechtliche) Forderungen (jedenfalls auf Seiten der/des Prostituierten) sind gerichtlich durchsetzbar (§ 1 S. 1 ProStG).

<sup>328</sup> Vgl. BGH NJW 2014, 1805, 1806 f.

<sup>329</sup> BGHZ 111, 308, 311 ff.; vgl. dazu *Ellenberger*, in: *Grüneberg* § 134 Rn 22.

<sup>330</sup> Vgl. BGHZ 111, 308, 311 ff.

<sup>331</sup> BGH NJW 2014, 1805, 1806 f.; vgl. auch BGH NJW 2015, 2406 f.

<sup>332</sup> BGH NJW 2015, 2406 f.

<sup>333</sup> BGHZ 168, 314, 318.

Geht man aber richtigerweise davon aus, dass die Ausübung der Prostitution selbst nicht (mehr) sittenwidrig ist und damit nicht gegen § 138 I BGB verstößt, bedeutet dies, dass Pacht-, Kauf- und Gesellschaftsverträge über Bordelle jedenfalls dann nicht (wegen § 138 I BGB) unwirksam sind, wenn die Betreiber des Bordells nicht gegen § 180a StGB (Ausbeutung der Prostituierten) verstoßen. Verträge über verbotene Bordelle sind dagegen nach wie vor sittenwidrig und nichtig. Das Gleiche gilt hinsichtlich solcher Bordellkaufverträge, in denen der Kaufpreis in einem auffälligen Missverhältnis zum Wert der Leistung steht, da hier der unangemessen hohe Preis, nicht der Bordellbetrieb an sich im Raum steht.

Hinsichtlich der Rückabwicklung eines nichtigen Bordellvertrags ist (ähnlich wie bei dem obigen Scheidungsfall) danach zu fragen, ob die Sittenwidrigkeit sich auch auf das dingliche Übertragungsgeschäft erstreckt. Ist dies der Fall (etwa wenn es sich um einen besonders schweren Sittenverstoß handelt – Prostituierte werden zur Prostitution gezwungen und/oder sind erst 14 Jahre alt), ist gleichzeitig auch § 134 BGB erfüllt mit der Folge der Nichtigkeit auch der Grundstücksübertragung; das Bordellgrundstück ist nach § 985 BGB zurückzübertragen („große Sittenwidrigkeit“). Erfasst die Nichtigkeit des Grundgeschäfts dagegen nicht das Erfüllungsgeschäft (Prostituierte arbeiten „lediglich“ ohne gültige Arbeitsgenehmigung oder sind „bereits“ 17 Jahre alt – sog. „kleine Sittenwidrigkeit“), wird der Käufer Eigentümer und der Verkäufer muss über §§ 812 I S. 1 Var. 1, 817 S. 1 BGB kondizieren (Rückübertragung des Grundstücks).

Bei einem Rückübertragungsanspruch aus § 985 BGB ist zu beachten, dass der BGH den Ausschlusstatbestand des § 817 S. 2 BGB nicht anwendet. Diesen wendet er unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§ 242 BGB) aber auch nicht innerhalb des Bereicherungsrechts an, sofern anderenfalls der von § 138 BGB missbilligte Rechtszustand aufrechterhalten würde.

Im Ergebnis kann der Verkäufer eines Bordellgrundstücks also die Rückübertragung verlangen, wenn anderenfalls der sittenwidrige Verstoß aufrechterhalten würde. § 817 S. 2 BGB ist nicht anwendbar.

**Schenkkreis:** S ist vor einiger Zeit einem sog. Schenkkreis beigetreten. Schenkkreise sind eine Form des Schneeball- oder Pyramidensystems. Neue Teilnehmer „schenken“ nach ihrem Eintritt in die Gruppe Mitgliedern, die bereits länger dabei sind, Geld in der Hoffnung, später, nach einem Aufstieg in der Hierarchie, selbst von Neumitgliedern „beschenkt“ zu werden. Meist gibt es vier Hierarchiestufen. Auf der ersten Stufe steht ein Mitspieler, der sich von acht Teilnehmern der vierten Stufe Geld „schenken“ lässt. Die Höhe der Schenketräge ist von Kreis zu Kreis unterschiedlich. Sie kann in der Summe z.B. 40.000 € betragen. Spieler der ersten Stufe erhalten keine „Schenkungen“. Die Spieler der ursprünglich zweiten Stufe stehen auf der nun ersten Stufe und lassen sich von den neu angeworbenen acht Teilnehmern auf der vierten Stufe wiederum Geld „schenken“. Um den Kreis am Laufen zu halten, müssen immer mehr Teilnehmer angeworben werden (daher auch Schneeballsystem). Nach 10 Runden müssten 4.096 neue Teilnehmer vorhanden sein, damit alle bis dahin gegründeten Kreise neue Teilnehmer auf der vierten Stufe erhalten. Wollen diese 4.096 neuen Teilnehmer irgendwann einmal auf der ersten Stufe stehen, müssten danach schon weitere 32.768 neue Teilnehmer angeworben werden. Die Summe von 40.000 € errechnet sich aus acht Einsätzen a 5.000 €. Hintergrund dieser summenmäßigen Begrenzung sind die steuerlichen Schenkungsfreibeträge.

Nachdem S dem B, einem Mitglied der „ersten Stufe“ 5.000 € „geschenkt“ hat, es ihm aber nicht gelungen ist, die erforderliche Anzahl an Neumitgliedern zu akquirieren, verlangt er nun seinen „Einsatz“ zurück und beruft sich auf die Sittenwidrigkeit des „Schenkungsvertrags“.

319a

Der von S geltend gemachte Anspruch könnte sich aus § 812 I S. 1 Var. 1 BGB (*condictio indebiti*) ergeben. Der fehlende Rechtsgrund ergibt sich aus der Sittenwidrigkeit des dem „Schenkungsvertrag“ zugrunde liegenden Schneeballsystems (§ 138 I BGB).<sup>334</sup>

Ein Ausschluss des Anspruchs nach § 814 BGB kommt nicht in Betracht, da nicht unterstellt werden kann, dass S die Sittenwidrigkeit der Zuwendung kannte.

Fraglich ist jedoch, ob dem Kondiktionsanspruch aus § 812 I S. 1 Var. 1 BGB die Kondiktionssperre des § 817 S. 2 BGB entgegensteht. Denn auch S hat sich an dem sittenwidrigen Geschäft beteiligt. Der BGH hat jedoch entschieden, dass bei sog. Schenkreisen der bereicherungsrechtliche Rückforderungsanspruch des „Schenkers“ gegen den „Beschenkten“ nicht an § 817 S. 2 BGB scheitert.<sup>335</sup> Denn griffe die Kondiktionssperre des § 817 S. 2 BGB, würde die Nichtigkeitsfolge „im Ergebnis konterkariert“. Dadurch würden die Initiatoren solcher „Spiele“ zum Weitermachen geradezu eingeladen, denn sie dürften die mit sittenwidrigen Methoden erlangten Gelder - ungeachtet der Nichtigkeit der das „Spiel“ tragenden Abreden - behalten. § 762 I S. 2 BGB finde keine Anwendung, weil die „Spielvereinbarung“ nichtig sei.<sup>336</sup> Daher stehe dem „Schenker“ gegen den „Beschenkten“ ein Anspruch aus § 812 I S. 1 Var. 1 BGB zu.

Stellungnahme: Auf der Basis der vom BGH vorgenommenen Wertung ist der „Beschenkte“ bzw. Initiator beim Schenkkreis nicht schutzwürdig. Ihm soll der Anreiz genommen werden, sein sittenwidriges Verhalten fortzusetzen. Dies kann sehr gut dadurch erreicht werden, dass die Rückzahlungsansprüche nicht an § 817 S. 2 BGB scheitern. Denn nunmehr weiß jeder „Schenker“, dass er später als „Beschenkter“ jederzeit Rückforderungsansprüchen neuer „Schenker“ ausgesetzt ist. Die vom Gesetzgeber gewollte generalpräventive Wirkung des § 817 S. 2 BGB ist damit bestens erreicht.

Ergebnis: Auf der Grundlage der Auffassung des BGH ist der von S geltend gemachte Kondiktionsanspruch nicht wegen § 817 S. 2 BGB ausgeschlossen.<sup>337</sup>

320

**Radarwarngerät:** Raser Roland (R) ist es leid, nun schon zum zweiten Mal ungerechtfertigt „geblitzt“ worden zu sein. Daher kauft er bei der Verkehrsrüpel GmbH (V) ein Radarwarngerät zum Preis von 750 €, um ab sofort zuverlässig vor der lästigen „Wege-lagerei“ gewarnt zu werden. Doch schon bei der ersten Fahrt mit dem in Betrieb genommenen Gerät stellt sich heraus, dass es defekt ist. R verlangt von V die Erstattung des Kaufpreises.

Besteht ein Sachmangel, bieten die Sachmängelrechte nach §§ 434 ff. BGB eine abschließende Regelung über die Pflichten des Verkäufers. R macht einen Rückerstattungsanspruch geltend. Damit ist der Rücktritt nach §§ 437 Nr. 2, 323, 346 ff. BGB gemeint. Unabhängig vom Vorliegen der dort genannten Voraussetzungen besteht vorliegend die Besonderheit, dass der Kaufvertrag nach Auffassung der Rechtsprechung gem. § 138 I BGB wegen Sittenwidrigkeit nichtig ist.<sup>338</sup> Der Kauf eines Radarwarngeräts diene einzig und allein dem Zweck, sich der Durchsetzung von Geschwindigkeitsüberwachungen und so den von der StVO getroffenen Regelungen zu entziehen.<sup>339</sup> Ein Rücktritt kommt demzufolge nicht in Betracht, da dieser gerade einen wirksamen Vertrag voraussetzt. Ob dieser Rechtsprechung angesichts der Regelung in § 23 I c StVO (Verbot nur der Benutzung und des Mitführens in Kraftfahrzeugen, nicht des generellen Besitzes von Radarwarngeräten) gefolgt werden kann, ist zu bezweifeln. Sachgerechter erscheint es,

<sup>334</sup> BGH WRP 2009, 322, 323 f.; NJW 2006, 45, 46.

<sup>335</sup> BGH WRP 2009, 322, 323 f.; NJW 2006, 45, 46.

<sup>336</sup> BGH NJW 2006, 45, 46.

<sup>337</sup> Freilich kann die Durchsetzung des Anspruchs aus anderen Gründen (etwa Verjährung) ausgeschlossen sein, vgl. BGH WRP 2009, 322, 323 f. Zu der abweichenden Wertung in den sog. Schwarzarbeitsfällen vgl. Rn 318.

<sup>338</sup> Eine Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) besteht nicht, da keine gesetzliche Vorschrift existiert, die den Erwerb von Radarwarngeräten verbietet. § 23 I c StVO verbietet lediglich das Mitführen im betriebsbereiten Zustand, nicht aber den Erwerb (das erkennt *Würdinger*, JuS 2012, 234, 237).

<sup>339</sup> Vgl. LG Bonn NJW 1998, 2681. Vgl. nunmehr auch BGH NJW 2005, 1490 f. und BGH NJW 2010, 610 f.

den schlichten Kauf eines solchen Geräts als legitim zu betrachten und erst den Betrieb zu sanktionieren.<sup>340</sup>

Geht man gleichwohl mit der Rechtsprechung davon aus, dass der Kauf eines solchen Geräts sittenwidrig ist und der Kaufvertrag somit nichtig, kommen Sachmängelrechte – da diese gerade einen gültigen Kaufvertrag voraussetzen (s.o.) – nicht in Betracht. Ob R dann ein Erstattungsanspruch aus Bereicherungsrecht zusteht, richtet sich danach, ob man § 814 BGB oder § 817 S. 2 BGB anwendet.

Nach § 814 BGB ist ein Rückforderungsanspruch ausgeschlossen, wenn der Fordernde zum Zeitpunkt des Eingehens der Verpflichtung gewusst hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war. Zwar kann man bei R die Kenntnis der Sittenwidrigkeit, nicht aber die Kenntnis des Nichtbestehens der Kaufpreiszahlung unterstellen. § 814 BGB greift daher im Ergebnis nicht.

Nach § 817 S. 2 BGB ist der Rückforderungsanspruch ausgeschlossen, wenn beiden Parteien ein Verstoß gegen die guten Sitten zur Last fällt. Daher steht auch hier die Rechtsprechung auf dem (zweifelhaften) Standpunkt, der Sittenverstoß gebiete keinen Grund, die Vorschrift des § 817 S. 2 BGB unangewendet zu lassen. Der Ausschluss des Rückforderungsanspruchs treffe R auch unter Berücksichtigung des Umstands, dass V infolge der Anwendung des § 817 S. 2 BGB aus dem sittenwidrigen Vertrieb von Radarwarngeräten wirtschaftliche Vorteile ziehe, nicht unbillig. Denn R habe ebenfalls sittenwidrig gehandelt und stehe dem verbotenen Verhalten noch näher als V, weil er das Radarwarngerät zu dem Zweck erworben habe, es entgegen dem Verbot des § 23 Ic StVO zu verwenden.<sup>341</sup> Zwar untersage § 23 Ic StVO nicht schon den Erwerb eines Radarwarngeräts, sondern erst dessen Betrieb oder betriebsberechtigtes Mitführen im Kraftfahrzeug. Jedoch sei der Erwerb des Geräts eine unmittelbare Vorbereitungshandlung für dessen Betrieb, wenn das Gerät für den Betrieb im deutschen Straßenverkehr erworben werde. Deshalb sei bereits ein solcher Erwerb rechtlich zu missbilligen. Daher verdienten beide Parteien im Hinblick auf das sittenwidrige Geschäft nicht den Schutz der Rechtsordnung. Es müsse daher dabei bleiben, dass die in § 817 S. 2 BGB geregelte Rechtsschutzverweigerung grundsätzlich die Vertragspartei treffe, die aus dem sittenwidrigen Geschäft Ansprüche herleite.<sup>342</sup>

Stellungnahme: Die Rechtsauffassung des BGH ist jedenfalls nicht deshalb bedenklich, weil das Gericht – anders als bei den zuvor genannten Schenkkreis-Entscheidungen – § 817 S. 2 BGB anwendet und so dem Anspruchsteller den Kondiktionsanspruch verwehrt. Denn die generalpräventive Wirkung des § 817 S. 2 BGB ist nicht bereits dadurch erreicht, dass auch die Anbieter von Radarwarngeräten keine Kondiktionsansprüche geltend machen können. Diese liefern nämlich i.d.R. nur gegen Vorkasse. Um also den Handel mit Radarwarngeräten einzudämmen, musste der BGH den Ausschlussstatbestand des § 817 S. 2 BGB auch auf den Käufer ausweiten. Insoweit besteht Kohärenz zu den aktuellen Entscheidungen bzgl. der Schwarzarbeit (Rn 318).

Dennoch überzeugt die Auffassung des BGH aus einem anderen Grund nicht. Denn das Gericht unterstellt dem Käufer eines Radarwarngeräts eine generelle verkehrsfeindliche Gesinnung und unterläuft die gesetzgeberische Wertung, nur den Betrieb und das Mitführen im Kfz, nicht jedoch den bloßen Besitz zu sanktionieren. Aber auch die Auffassung des Gesetzgebers ist nicht frei von Bedenken. Denn offenbar hält auch er es für ausgeschlossen, dass der Erwerb eines Radarwarngeräts auch zu dem Zweck erfolgen kann, sich vor unrichtigen Messungen zu schützen. Denn dass Radarmessungen nicht unerhebliche Fehlerquoten aufweisen, ist allgemein ebenso bekannt wie die Tatsache, dass Einsprüche gegen Bußgeldbescheide kaum Aussicht auf Erfolg haben, selbst wenn die Messungen tatsächlich falsch gewesen sind.

<sup>340</sup> Zur Kritik und zu den Argumenten vgl. *R. Schmidt*, BGB AT, Rn 1259b. Vgl. auch *Faust*, JuS 2010, 442 ff.

<sup>341</sup> Zur Funktionsweise von Radarwarngeräten vgl. *R. Schmidt*, Fälle zum POR, 8. Aufl. 2018, Fall 8 Rn 19a ff.

<sup>342</sup> BGH NJW 2005, 1490, 1491. Vgl. auch BGH NJW 2010, 610 f.

Ergebnis: Auf der Grundlage der Auffassung des BGH hat R keinerlei Rechte gegen die Verkehrsrüpel GmbH.<sup>343</sup>

320a

**Illegales Glücksspiel**<sup>344</sup>: Nach den Bestimmungen des Glücksspielstaatsvertrags bedürfen Veranstalter von Glücksspielen einer behördlichen Erlaubnis. Die Entscheidung wird von den Landesbehörden in ihrem jeweiligen Zuständigkeitsbereich getroffen. V ist Veranstalter von Internet-Glücksspielen. Mit einer Lizenz seines Heimatlandes (EU-Staat) bietet er Online-Glücksspiele an. Im Bundesland L verfügt V über keine Lizenz. S, wohnhaft in L, nimmt an von V veranstalteten Online-Glücksspielen teil. Dabei verlor er 11.758,50 €, die er nunmehr zurückfordert.

Der geltend gemachte Anspruch könnte sich aus § 812 I S. 1 Var. 1 BGB ergeben. S hat an V geleistet, nämlich die Spieleinsätze. Dies müsste jedoch ohne rechtlichen Grund erfolgt sein. Rechtsgrund könnte der zwischen V und S geschlossene Spielvertrag sein. Dieser könnte aber wegen Verstoßes gegen eine Verbotsnorm gem. § 134 BGB unwirksam sein. Wäre das der Fall, fehlte der rechtliche Grund für die Leistung.

Die Unwirksamkeit des Spielvertrags könnte sich gem. § 134 BGB aus § 4 IV GlüStV ergeben. Dort heißt es: „Eine Erlaubnis für öffentliche Glücksspiele im Internet darf nur für den Eigenvertrieb und die Vermittlung von Lotterien, für die Veranstaltung, Vermittlung und den Eigenvertrieb von Sportwetten und Pferdewetten sowie für die Veranstaltung und den Eigenvertrieb von Online-Casinospielen, virtuellen Automaten Spielen und Online-Poker erteilt werden. Im Übrigen sind das Veranstalten und das Vermitteln öffentlicher Glücksspiele im Internet verboten.“

Freilich müsste § 4 IV S. 2 GlüStV seinerseits wirksam sein. Eine Unwirksamkeit könnte sich zunächst europarechtlich ergeben, wenn die Norm gegen Unionsrecht verstieße. Denkbar wäre ein Verstoß gegen Art. 56 f. AEUV, da V ja über eine Lizenz eines anderen EU-Staates verfügt; ein Verstoß wurde von der Rechtsprechung aber verneint. Die Eindämmung der den Glücksspielen immanenten Gefahren sei legitim, erforderlich und angemessen.<sup>345</sup> Entsprechendes hat die Rechtsprechung hinsichtlich der Frage nach der Vereinbarkeit mit Art. 12 I GG angenommen.

Indem V die Teilnahme an Online-Glücksspielen auch Personen aus Gebieten ermöglicht hat, in denen er über keine Lizenz verfügte, hat er gegen das Internetverbot des § 4 IV S. 2 GlüStV verstoßen. Dieser Verstoß führt gem. § 134 BGB i.V.m. § 4 IV S. 2 GlüStV zur Nichtigkeit des Vertrags mit S und damit zum Fehlen des rechtlichen Grundes i.S.d. § 812 I S. 1 Var. 1 BGB.

Fraglich ist schließlich, ob dem insoweit gegebenen Kondiktionsanspruch des S die Konditionssperre des § 817 S. 2 BGB entgegensteht, wonach die Rückforderung ausgeschlossen ist, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt. Zwar hat auch S mit seiner Teilnahme an dem Angebot des V einen Gesetzesverstoß begangen. Jedoch schränkt die h.M. die Anwendung des § 817 S. 2 BGB teleologisch ein, wenn anderenfalls unbillige Ergebnisse erzielt würden bzw. der Zweck des Bereicherungsrechts unterlaufen würde. Zweck des Internetverbots bei Glücksspielen sei die Bekämpfung der Spielsucht und speziell die Gewährung eines Schutzes der Spieler vor suchtfördernden, ruinösen und/oder betrügerischen Erscheinungsformen des Glücksspiels.<sup>346</sup> Dieser Schutz wäre umgangen, wenn der Veranstalter, und damit auch V, die Gewinne kondiktionsfest behalten dürfte.

Sicherlich besteht an der Richtigkeit des Schutzzwecks kein Zweifel. Wenn dem Staat aber der Schutz vor suchtfördernden, ruinösen und/oder betrügerischen Erscheinungsformen wichtig ist, müsste er generell das Glücksspiel (im Internet) verbieten und dürfte überhaupt keine Lizenzen vergeben, an denen er freilich finanziell partizipiert. Einem

<sup>343</sup> Zur Frage, ob R ein Widerrufsrecht gem. § 312g I BGB zugestanden hätte, wenn er das Gerät im Rahmen eines Fernabsatzvertrags (§ 312c BGB) erworben hätte, vgl. R. *Schmidt*, SchuldR AT, Rn 968 ff.

<sup>344</sup> Nach LG Gießen 21.1.2021 – 4 O 84/20.

<sup>345</sup> EuGH NVwZ 2010, 1085 ff.; BVerwGE 160, 193 ff.; OLG Köln 10.5.2019 – 6 U 196/18; LG Gießen 21.1.2021 – 4 O 84/20.

<sup>346</sup> LG Gießen 21.1.2021 – 4 O 84/20 mit Verweis auf *Heintz/Scholer*, VuR 2020, 323.

generellen Glücksspielverbot im Internet stünde auch nicht die genannte Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV entgegen. Denn gemäß der auch für die Dienstleistungsfreiheit geltenden „Cassis-Rechtsprechung“ des EuGH<sup>347</sup> sind staatliche Maßnahmen mit der Dienstleistungsfreiheit nur dann unvereinbar, wenn sie nicht aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt oder nicht geeignet sind, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Ziels zu gewährleisten, oder über das hinausgehen, was zur Erreichung des Ziels erforderlich ist, wobei den Mitgliedstaaten ein gewisser Spielraum bei der Beurteilung der Rechtfertigungsvoraussetzungen zukommt.<sup>348</sup> Nach der hier vertretenen Auffassung wäre die Bekämpfung von „suchtfördernden, ruinösen und/oder betrügerischen Erscheinungsformen“ ein „zwingender Grund des Allgemeininteresses“; ein ausnahmsloses Verbot von Internet-Glücksspielen wäre von dem genannten Spielraum, den der EuGH den Mitgliedstaaten lässt, gedeckt.

Auf der Basis der h.M. jedoch kann S daher die verspielten 11.758,50 € gem. §§ 812 I S. 1 Var. 1, 818 I, II BGB zurückverlangen.

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Die Bejahung eines der bereicherungsrechtlichen Ausschlusstatbestände der §§ 814, 815 und 817 S. 2 BGB verhindert die weitere Prüfung des Ausgleichsanspruchs. Insbesondere zum Umfang des Bereicherungsanspruchs gem. § 818 I, II und III BGB mit den typischen Problemen wie Saldotheorie/Zweikonditionentheorie, arglistige Täuschung, Minderjährigenschutz, § 819 BGB und aufgedrängte Bereicherung kann man bestenfalls im Rahmen eines Hilfsgutachtens Stellung nehmen. Das ist immer dann problematisch, wenn der Sachverhalt ersichtlich auf die Behandlung derartiger Fragen angelegt ist. In einem solchen Fall sollte man – sofern es um § 817 S. 2 BGB geht – den bereicherungsrechtlichen Anspruch nicht ausschließen. Fragen rund um den Ausschlusstatbestand des § 817 S. 2 BGB stellen dann lediglich Hürden auf dem Weg zur Rechtsfolge dar, die es zu überwinden gilt.

321

## f. Ausschluss des Tatbestands durch § 241a BGB

Die Vorschrift des § 241a BGB dient dem **Verbraucherschutz**. Sie gilt im Verhältnis Unternehmer/Verbraucher und verhindert das Entstehen eines Anspruchs seitens des Unternehmers, wenn dieser unbestellt Waren liefert oder unbestellt sonstige Leistungen erbringt.<sup>349</sup>

322

Die Vorschrift stellt zugunsten von Verbrauchern ausdrücklich fest, dass durch die Lieferung unbestellter Ware durch einen Unternehmer an einen Verbraucher ein **Anspruch** gegen diesen **nicht begründet** wird. Selbst die sonst allgemein anerkannte Möglichkeit, die Annahme eines Vertragsangebots konkludent durch Ingebrauchnahme der Sache oder durch Erbringung der Gegenleistung zu erklären, ist nach h.M. im Anwendungsbereich des § 241a I BGB ausgeschlossen.<sup>350</sup> Diese Auffassung stützt sich maßgeblich auf Wortlaut und Zweck der Vorschrift, den Verbraucher vor unbestellten Waren bzw. unerwünschten Leistungen zu schützen, jedoch setzt sie sich über die Privatautonomie und das Selbstbestimmungsrecht des Verbrauchers, durch Ingebrauchnahme die Annahme des Vertragsangebots zu erklären, hinweg. Entgegen der h.M. ist § 241a I BGB daher teleologisch zu reduzieren und zur Disposition des Verbrauchers zu stellen.<sup>351</sup>

323

Kommt also im Anwendungsbereich des § 241a I BGB nach h.M. niemals ein Vertrag zustande, sind grundsätzlich alle Ansprüche ausgeschlossen, auch die **Kondiktionsansprüche** aus §§ 812 ff. BGB und der **Vindikationsanspruch** aus § 985 BGB; Letz-

324

<sup>347</sup> Siehe dazu R. Schmidt, Staatsorganisationsrecht, 21. Aufl. 2020, Rn 342d ff.

<sup>348</sup> EuGH GRUR 2017, 627, 628; BGH NJW 2017, 2348, 2350.

<sup>349</sup> Zum Begriff des Verbrauchers vgl. § 13 BGB sowie ausführlich R. Schmidt, SchuldR AT, Rn 968 ff.

<sup>350</sup> Saenger, in: Erman, § 241a Rn 15; Grüneberg, in: Grüneberg, § 241a Rn 6; Mansel, in: Jauernig, § 241a Rn 6; Wolf/Neuner, AT, § 37 Rn 65.

<sup>351</sup> Ähnlich auch Larenz/Wolf, AT, 9. Aufl. 2004, § 29 Rn 68; Casper, ZIP 2000, 1602, 1607, jeweils zur a.F. des § 241a, die aber insoweit keine andere Formulierung enthielt.

teres ist der Fall, obwohl der Unternehmer Eigentümer bleibt! (Eigentum und der Anspruch aus § 985 BGB fallen also dauerhaft auseinander).<sup>352</sup> **Ausnahmen** gelten nur nach Maßgabe des § 241a II und III BGB. Besteht eine solche Ausnahme nicht, kann der Verbraucher die Sache also z.B. wegwerfen oder verschenken, **ohne sich Schadensersatzpflichtig** zu machen.

- 325** Bleibt es aber bei der Grundregel, sind nicht nur vertragliche, sondern auch gesetzliche Ansprüche ausgeschlossen. Das bedeutet, dass der Empfänger das Erhaltene behalten und sogar zerstören darf, ohne irgendwelchen Ansprüchen seitens des Versenders ausgesetzt zu sein. Dieser kann – obwohl er Eigentümer bleibt – nicht einmal einen Vindikationsanspruch aus § 985 BGB geltend machen, auch wenn er die Ware beim Verbraucher abholt. Ob eine derart weitgehende Beschränkung des Grundrechts aus Art. 14 I S. 1 GG verfassungsgemäß ist, mag bezweifelt werden.

Schickt der Verbraucher die Ware dennoch an den Unternehmer zurück, hat er einen Aufwendungsersatzanspruch aus berechtigter GoA (§§ 677, 683 S. 1, 670 BGB). Denn die Rücksendung solcher Ware steht im objektiven Interesse des Unternehmers und entspricht dessen mutmaßlichen Willen.

Veräußert der Empfänger die Ware jedoch an einen bösgläubigen Dritten (ein gutgläubiger Dritter würde nach §§ 929 S. 1, 932 BGB Eigentum erwerben und von vornherein keinen Herausgabeanspruch ausgesetzt sein), ist dieser zur Herausgabe verpflichtet, weil er nicht als Verbraucher i.S.d. § 241a BGB anzusehen ist.

- 326** Eine unbestellte Leistung liegt gem. § 241a III BGB jedoch nicht vor, wenn dem Verbraucher statt der bestellten eine nach Qualität und Preis gleichwertige Leistung angeboten und er darauf hingewiesen wird, dass er zur Abnahme nicht verpflichtet ist und die Kosten der Rücksendung nicht zu tragen hat.

### **g. Umfang des Bereicherungsanspruchs (Rechtsfolge)**

- 327** Ist der Tatbestand des § 812 I S. 1 Var. 1 BGB erfüllt und liegt auch kein Ausschluss-tatbestand nach §§ 814, 817 S. 2 oder 241a BGB vor, ist der Umfang des Bereicherungsanspruchs festzustellen. Dieser richtet sich in erster Linie auf das durch die Leistung des anderen „Erlangte“. Ergänzt und modifiziert wird dieser Herausgabeanspruch durch § 818 I BGB, wonach sich die Herausgabepflicht auch auf die gezogenen Nutzungen sowie auf dasjenige erstreckt, was der Empfänger aufgrund eines erlangten Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des erlangten Gegenstands erwirbt. Ist die Herausgabe wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht möglich oder ist der Empfänger aus einem anderen Grund zur Herausgabe außerstande, hat er gem. § 818 II BGB den Wert zu ersetzen. Aber auch ein solcher Wertersatzanspruch ist gem. § 818 III BGB auf die noch vorhandene Bereicherung beschränkt. In diesem Rahmen besteht ein besonderes Problem dann, wenn der Bereicherungsschuldner für das von ihm Erlangte eine Gegenleistung an den Bereicherungsgläubiger erbracht hat, aber die Gegenleistung bei diesem nicht mehr vorhanden ist. Da diese Problematik gleichermaßen bei allen Kondiktionsarten auftreten kann, ist die Rechtsfolgenseite des Bereicherungsanspruchs zusammenhängend bei Rn 529 ff. dargestellt.

---

<sup>352</sup> Wie hier *Lorenz*, JuS 2000, 833, 841; *Sosnitza*, BB 2000, 2317, 2321; *Wendehorst*, DStR 2000, 1311, 1116; *Schwarz*, NJW 2001, 1449; *Czeguhn/Dickmann*, JA 2005, 587, 588; *Deutsch*, JuS 2005, 997, 998; *Finkenauer*, in: MüKo, § 241a Rn 25 ff.; a.A. *Casper*, ZIP 2000, 1597; ZIP 2001, 1602, 1607. Vgl. ferner auch *Böttcher/Möriz*, VuR 2005, 46 ff.; *Link*, NJW 2003, 2811 ff.; *Mitsch*, ZIP 2005, 1017 ff.

## h. Leistungsbeziehungen in Mehrpersonenverhältnissen

### aa. Grundsatz der Rückabwicklung übers Eck („Anweisungsfälle“)

Die bereicherungsrechtlichen Rückabwicklungen in Zweipersonenverhältnissen wurden bereits ausführlich bei Rn 213 ff. erläutert. Zudem wurden bei Rn 218 ff. die Grundfälle der bereicherungsrechtlichen Dreipersonenverhältnisse behandelt. Gegenstand der nachfolgenden Darstellung sind Sonderkonstellationen. Gerade in **Mehrpersonenverhältnissen** kommt es nicht selten vor, dass der Leistende einen anderen Zweck verfolgt, als sich dies aus der Sicht des Leistungsempfängers darstellt. Besonders deutlich wird dies bei den sog. „**Anweisungsfällen**“. Bei diesen sind (wie bei der **Leistungskette**) mehrere Verträge über denselben Leistungsgegenstand hintereinandergeschaltet: Der Schuldner erbringt die vertragliche Leistung nicht direkt an seinen Gläubiger, sondern mittelbar (i.d.R. auf Anweisung des Gläubigers) an einen Dritten, der wiederum zur Leistung an den Gläubiger verpflichtet ist.<sup>353</sup>

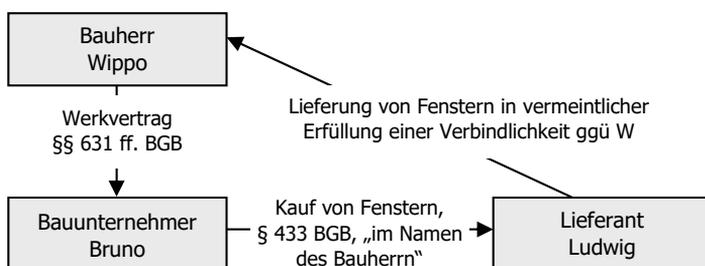
328

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Um von einem Dritten im dargelegten Sinn sprechen zu können, muss es sich bei diesem um eine **selbstständige Mittelperson** handeln (etwa um ein **Kreditinstitut**, soweit es sich bei dem Geschäft um eine Banküberweisung handelt, einen **mittelbaren Stellvertreter**, der im eigenen Namen und auf eigene Rechnung Waren des Leistenden veräußert, aber auch um einen **Subunternehmer**, der auf eigene Rechnung für den Vertragspartner des Generalunternehmers tätig wird). Denn handelt es sich bei der Hilfsperson um eine **unselbstständige Mittelperson (Stellvertreter, Bote etc.)**, verfolgt diese kaum einen eigenen Leistungszweck, sodass von vornherein nur Beziehungen zwischen den (vertretenen) Geschäftspartnern in Betracht kommen. Die Frage nach den bereicherungsrechtlichen Leistungsbeziehungen (**Rückabwicklung übers Eck**) stellt sich erst gar nicht.

329

**Beispiel:** Wippo möchte einen „schlüsselfertigen“ Wintergarten an sein Haus anbauen lassen. Dazu beauftragt er den Bauunternehmer Bruno. Dieser bestellt im Namen des W (ohne jedoch Vollmacht zu haben) Fenster beim Lieferanten Ludwig und lässt diese durch L direkt zu W liefern. Noch bevor B die Arbeit aufnehmen kann, muss er Insolvenz beantragen. L fordert W auf, die Fenster zu bezahlen, hilfsweise verlangt er die Herausgabe der Fenster.

330



Ein Kaufpreisanspruch gem. § 433 II BGB besteht nicht, da B in Ermangelung einer Vertretungsmacht nicht wirksam für W kontrahieren konnte. Auch kommt ein wirtschaftlich vergleichbarer Anspruch unter dem Gesichtspunkt der GoA nicht in Betracht, da es weder dem objektiven Interesse noch dem mutmaßlichen Willen des W entsprach, die Fenster unter Begründung einer eigenen Schuld gegenüber Lieferanten geliefert zu bekommen. Vielmehr hatte W ausdrücklich eine Komplettlösung mit B vereinbart. Ob ein Herausgabeanspruch aus § 985 BGB hinsichtlich der Fenster besteht, ist fraglich, weil

<sup>353</sup> Vgl. BGHZ 152, 307, 311 f.; 147, 145 ff.; 147, 269 ff. (mit Bespr. von K. Schmidt, JuS 2001, 1122); BGH ZIP 2001, 781 ff. (mit Bespr. v. Löhnig, JA 2001, 622 ff.); ZIP 2002, 1419; NJW 2004, 1315, 1316; Lorenz, JuS 2003, 729, 730. Vgl. nun auch Würdinger, JuS 2007, 418 ff.

nicht feststeht, ob L unter Eigentumsvorbehalt geliefert hat. Zudem kann nicht gesagt werden, ob W gutgläubig Eigentum erworben hat (§§ 929 S. 1, 932 BGB). Sollte dies der Fall sein, scheidet der Vindikationsanspruch aus § 985 BGB aus.

Möglicherweise besteht der Zahlungsanspruch aber in Form eines Wertersatzanspruchs gem. §§ 812 I S. 1 Var. 1, 818 II BGB. Allerdings kommt ein solcher Anspruch nur dann in Betracht, wenn die Herausgabe des Erlangten wegen dessen Beschaffenheit unmöglich oder der Empfänger aus einem anderen Grund zur Herausgabe außerstande ist (auf die – vorliegend nicht einschlägige – Sonderregelung des § 816 BGB soll hier nicht weiter eingegangen werden). W könnte die Fenster aber noch herausgeben, weil diese noch nicht in das Haus eingebaut wurden und daher noch keine Substanzbeeinträchtigung angenommen werden kann, die zu einem Ausschluss des § 818 I BGB führen könnte. Somit ist zu prüfen, ob L einen Herausgabeanspruch gem. §§ 812 I S. 1 Var. 1, 818 I BGB hat. Dazu müsste W von L das Eigentum und den Besitz an den Fenstern durch dessen Leistung erlangt haben. Unter Leistung ist jede bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens zu verstehen. L hat zwar bewusst an W geleistet, fraglich ist jedoch, ob auch zweckgerichtet, denn er ging ja davon aus, als Vertragspartner des W diesem die Fenster in Erfüllung einer Verbindlichkeit zu liefern. Stellt man also auf den Horizont des L ab, liegt eine Leistungsbeziehung zwischen *L und W* und damit eine Leistung i.S.d. § 812 I S. 1 Var. 1 BGB vor. Dagegen ging W davon aus, L würde die Fenster nur deshalb an ihn liefern, um der vertraglichen Verpflichtung gegenüber B nachzukommen. Stellt man also auf den Horizont des W ab, liegt nur eine Leistungsbeziehung zwischen *L und B* vor. L würde dann Ansprüche wegen Leistungskondiktion nur gegen B, nicht aber gegen W geltend machen können.

Daher ist die Frage zu beantworten, auf wessen Sichtweise (auf die des Leistenden oder auf die des Leistungsempfängers) abzustellen ist.

- ⇒ Für die Maßgeblichkeit der **Sichtweise des Leistenden** spricht die Formulierung des Leistungsbegriffs, Leistung sei jede bewusste und zweckgerichtete Mehrung *fremden* Vermögens. *Fremdes* (also anderes) Vermögen kann nur der Leistende mehren. Zudem geht die Zwecksetzung ja gerade von dem Leistenden aus. Sollten sich bei Befolgung dieses Standpunkts Unbilligkeiten ergeben, kommt eine Korrektur über § 818 III BGB in Betracht.<sup>354</sup>
- ⇒ Für die Maßgeblichkeit des **(objektivierten) Empfängerhorizonts** spricht die Nähe der Leistungskondiktion zu den Rechtsgeschäften, bei denen ganz herrschend zugunsten des Verkehrsschutzes unter Heranziehung der §§ 133, 157 BGB ebenfalls der objektivierte Empfängerhorizont maßgeblich ist. Demzufolge wäre hinsichtlich der Bestimmung des Leistungsverhältnisses danach zu fragen, wen ein verständiger Dritter in der Rolle und Situation des Leistungsempfängers als Leistenden betrachtet hätte.<sup>355</sup>

Hält man richtigerweise den objektivierten Empfängerhorizont für maßgeblich, besteht im vorliegenden Fall also kein Leistungskondiktionsanspruch des L gegen W. Die in Betracht kommende Nichtleistungskondiktion ist subsidiär. L muss sich an B halten und kann über § 179 I BGB vorgehen. Freilich trägt er das Risiko der Zahlungsunfähigkeit. Schließlich ist zu beachten, dass es keiner Entscheidung zwischen den beiden Standpunkten bedurft hätte, wenn eine Zahlung des Kaufpreises durch W an B erfolgt wäre.

## bb. Fehlerhafte Banküberweisung

- 331 Trotz Umstellung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs auf das SEPA-System (Single Euro Payments Area), bei dem die Überweisung nach dem SEPA Credit Transfer System erfolgt, hat sich die Problematik der rechtlichen Behandlung von Fehlüberweisun-

<sup>354</sup> Vgl. *Medicus/Petersen*, BR, Rn 688.

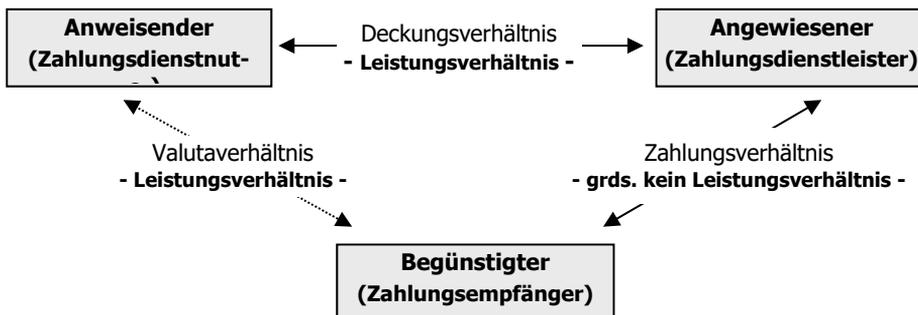
<sup>355</sup> Vgl. BGHZ 40, 272, 278; 72, 246, 249; 105, 365, 369; 122, 46, 50 f.; 147, 269, 270 ff.; 152, 307, 311 f.; BGH NJW 2004, 1315, 1316; BGH ZIP 1999, 435, 437; BGH ZIP 2002, 1419; *K. Schmidt*, JuS 2001, 1122; *Brox/Walker*, § 40 Rn 21 f.; *Lorenz*, JuS 2003, 729, 731.

gen nicht erledigt. Zwar erfolgt nach der Eingabe von IBAN (International Bank Account Number) und BIC (Business Identifier Code) eine automatische Prüfung der Richtigkeit der Buchstaben-/Zahlenkombination, das schließt jedoch nicht aus, dass bspw. der die Überweisung Tätigende irrtümlich eine (tatsächlich existierende) IBAN eines Dritten eingibt und dadurch eine Fehlüberweisung veranlasst. Hinsichtlich der Frage nach der Rückabwicklung von fehlerhaften Banküberweisungen müssen zunächst die generellen Rechtsbeziehungen der Beteiligten zueinander geklärt werden: Der Anweisende (der „Zahlungsdienstnutzer“, vgl. § 675p BGB) erteilt seiner Bank (dem „Zahlungsdienstleister“, vgl. §§ 675d, 675f, 675p BGB) einen **Überweisungsauftrag**. Bei diesem sog. **Zahlungsauftrag** (vgl. §§ 675f, 675n ff. BGB), der heutzutage unter Anwendung des bereits erwähnten SEPA-Systems und regelmäßig via Internetbanking („SEPA-Onlineüberweisung“) erteilt wird, handelt es sich um eine Weisung an die Bank (den Zahlungsdienstleister), von dem Kontoguthaben des Anweisenden (des Zahlungsdienstnutzers) einen bestimmten Betrag auf das Bankkonto des Leistungsempfängers (des „Zahlungsempfängers“, vgl. § 675f I, IV BGB) zu überweisen. Dieses Überweisungsgeschäft ist Bestandteil des Zahlungsdiensterahmenvertrags (früher: Girovertrags) gem. § 675f II BGB zwischen dem Kontoinhaber (dem Zahlungsdienstnutzer) und der ausführenden Bank (dem Zahlungsdienstleister). Infolge der Ausführung dieses Zahlungsauftrags erlangt der Leistungsempfänger (Zahlungsempfänger) eine Gutschrift auf seinem Konto.<sup>356</sup>

Das Recht des Überweisungs-, Zahlungs- und Girovertrags ist durch das in Folge einer Richtlinienumsetzung Ende 2010 neu geregelte Dienstleistungsrecht (§§ 675c-676c BGB: 28 Paragraphen!) neu gestaltet worden. Spezielle Rückabwicklungsansprüche bei nicht autorisierten Zahlungsvorgängen und widerrufenen SEPA-Lastschriften finden sich in §§ 675u S. 2 und 675x II, IV BGB, die im Rahmen ihrer Anwendungsbereiche den Rückgriff auf das Bereicherungsrecht ausschließen. Im Wesentlichen mit Wirkung zum 13.1.2018 ist durch „Gesetz zur Umsetzung der Zweiten Zahlungsdiensterichtlinie“ v. 17.7.2017 das Recht des Überweisungs-, Zahlungs- und Girovertrags abermals geändert worden. Im Folgenden sollen jedoch primär die Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung nach §§ 812 ff. BGB behandelt werden.

**Bereicherungsrechtlich** sind (wie bei der Leistungskette) ebenfalls zwei **verschiedene Leistungsverhältnisse** zu unterscheiden: Zum einen erbringt die angewiesene Bank (der Zahlungsdienstleister) eine Leistung im Verhältnis zu ihrem Kunden (dem Anweisenden bzw. Zahlungsdienstnutzer); zugleich stellt sich die Gutschrift aus der (wegen §§ 133, 157 BGB maßgeblichen) Sicht des Zahlungsempfängers als eine Leistung seines Schuldners (des Anweisenden) dar.<sup>357</sup>

332



<sup>356</sup> Vgl. (zur alten Rechtslage) BGHZ 147, 269, 273; bestätigt von BGH NJW 2004, 1315, 1316, BGH ZIP 2006, 17, 18 ff. und BGH NJW 2006, 1965.

<sup>357</sup> Vgl. auch *Brox/Walker*, § 40 Rn 15 sowie die st. Rspr., vgl. nur BGHZ 61, 289, 291.

**333** **Beispiel:** Kunigunde (= Anweisende) hat bei der Versandhandel GmbH (= Zahlungsempfänger) einen neuen Flachbildschirm für ihren PC gekauft und auch geliefert bekommen. Nun weist sie die B-Bank (= Angewiesener), bei der sie ein Girokonto unterhält, an, den Kaufpreis i.H.v. 1.200 € auf das ebenfalls bei der B-Bank unterhaltene Geschäftskonto der V zu überweisen. Nach ausgeführtem Zahlungsauftrag stellt sich heraus, dass K sich hinsichtlich der Eigenschaften des Monitors geirrt hat. Sie ficht erfolgreich ihre Willenserklärung hinsichtlich des Kaufvertrags an (vgl. §§ 119 II, 142 I BGB) und verlangt von B, die erfolgte Kontobelastung rückgängig zu machen (zur Lösung vgl. Rn 339).

**334** Der **bereicherungsrechtliche Ausgleich** vollzieht sich ebenfalls grundsätzlich nur **innerhalb des jeweils gestörten Leistungsverhältnisses**, also im Deckungsverhältnis zwischen dem **Anweisenden und der angewiesenen Bank** oder im Valutaverhältnis zwischen dem **Anweisenden und dem Zahlungsempfänger (Abwicklung übers Eck)**.<sup>358</sup> Es finden also grds. zwei Konditionen statt. Das hat folgende Gründe<sup>359</sup>:

- Die Parteien eines fehlerhaften Kausalverhältnisses sollen ihre **Einwendungen** gegen die jeweils andere behalten und nur deren Einwendungen ausgesetzt sein.
- Die Parteien eines fehlerhaften Kausalverhältnisses sollen vor Einwendungen **geschützt** werden, die ein Vertragspartner aus einem Rechtsverhältnis **zu Dritten** herleitet.
- Jeder soll das **Insolvenzrisiko** (das Risiko der Zahlungsunfähigkeit) seines gewählten Vertragspartners tragen.

**335** Lediglich, wenn die Rückabwicklung innerhalb des Leistungsverhältnisses unbillig wäre, ist ausnahmsweise anhand **wertender Kriterien** zugunsten des Schutzwürdigen eine **Nichtleistungskondiktion** (gem. § 812 I S. 1 Var. 2 BGB) in Form einer **Direktkondiktion** zuzulassen (dazu sogleich).

**336** **Hinweis für die Fallbearbeitung:** Bereicherungsrechtliche Dreipersonenverhältnisse sind das wohl Schwierigste, was das Schuldrecht zu bieten hat. Zugleich sind sie äußerst prüfungs- und examensrelevant, da sie in hervorragender Weise eine sog. „Notendifferenzierung“ zulassen und daher nicht selten zum Prüfungsgegenstand gemacht werden. Um in der Fallbearbeitung Fehler zu vermeiden, bietet es sich an, in drei Schritten vorzugehen:

**Erster Schritt:** In Anlehnung an das bisher Gesagte kommt es in der Fallbearbeitung entscheidend darauf an, zunächst die jeweiligen Beziehungen der Beteiligten zueinander herauszuarbeiten, um damit auf den Zweck der Leistungen zu schließen. Hier ist zu unterscheiden:

⇒ Im **Deckungsverhältnis** zwischen dem Anweisenden (dem Zahlungsdienstnutzer, vgl. § 675f I BGB) und der angewiesenen Bank (dem Zahlungsdienstleister, vgl. § 675f I BGB) besteht ein spezieller Geschäftsbesorgungsvertrag (§ 675 BGB) innerhalb eines Zahlungsdienstnehmervertrags gem. §§ 675c ff. BGB (konkret: §§ 675, 675f II S. 1, 675n BGB). Diesen Zahlungsauftrag will die Bank durch die Ausführung der Überweisung erfüllen. Der Zweck ihrer Leistungserbringung besteht also in der Erfüllung ihrer vertraglichen Verpflichtung gegenüber dem Anweisenden. Mithin besteht regelmäßig ein **Leistungsverhältnis** zwischen der Bank und dem Anweisenden (⇒ Leistung Bank an Anweisenden).

<sup>358</sup> Brox/Walker, § 40 Rn 15; vgl. auch BGH NJW 2011, 66, 69; 2011, 1434, 1435; BGH NJW 2008, 2331, 2332 (mit Bespr. v. Hager, JA 2008, 733 und K. Schmidt, JuS 2008, 1029; Fallbearbeitung von Hack/Thümmel, JuS 2009, 46 ff.).

<sup>359</sup> Herausgearbeitet von Canaris, in: FS-Larenz, 1973, S. 799, 802 f.; vgl. auch Medicus/Petersen, BR, Rn 667 und Brox/Walker, § 40 Rn 9.

- ⇒ Im **Valutaverhältnis** zwischen dem Anweisenden und dem Zahlungsempfänger besteht eine vertragliche Beziehung, etwa in Form eines Kaufvertrags, zu dessen Erfüllung der Anweisende die Bank anweist, den Kaufpreis (§ 433 II BGB) von seinem Girokonto auf das Girokonto seines Vertragspartners zu überweisen. Der Zweck seiner Leistungserbringung besteht also in der Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung gegenüber seinem Vertragspartner. Mithin besteht regelmäßig ein **Leistungsverhältnis** zwischen dem Anweisenden und dem Zahlungsempfänger (⇒ Leistung Anweisender an Zahlungsempfänger). Ein Leistungsverhältnis im Valutaverhältnis besteht selbst dann, wenn der Rechtsgrund für die Verbindlichkeit fehlt (Beispiel: Der Kaufvertrag ist nichtig). Denn das Fehlen einer Verbindlichkeit gegenüber dem Zahlungsempfänger spricht allenfalls für die Rechtsgrundlosigkeit der Leistung, nicht aber für das Fehlen einer solchen.<sup>360</sup>
- ⇒ Im **Zahlungsverhältnis** zwischen dem Angewiesenen (d.h. dem Zahlungsdienstleister, vgl. § 675f I BGB) und dem Zahlungsempfänger besteht hingegen **grds. kein Leistungsverhältnis** i.S.d. § 812 I S. 1 Var. 1 BGB. Zwar kann ein Rechtsverhältnis zwischen der angewiesenen Bank und dem Empfänger bestehen, wenn dieser ebenfalls Kunde der Bank ist, dieses Rechtsverhältnis muss aber bereicherungsrechtlich außer Betracht bleiben, denn es hat mit der vorliegenden Konstellation nichts zu tun. Es kann bereicherungsrechtlich keinen Unterschied machen, ob der Empfänger ein Girokonto bei derselben Bank wie der Anweisende hat oder bei einer anderen Bank unterhält. Dieses Ergebnis entspricht auch dem bereits als maßgeblich erachteten objektivierten Empfängerhorizont, wonach auf die Sicht des objektiven Dritten in der Rolle und in der Situation des Empfängers abzustellen ist (⇒ keine bereicherungsrechtlich beachtliche Leistung Bank an Empfänger).

**Zweiter Schritt:** Stehen die Beziehungen der Beteiligten zueinander fest, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, in welcher dieser Beziehungen der **Rechtsgrund fehlt**; denn grds. ist nur dort die Rückabwicklung vorzunehmen.

- ⇒ Liegt der Fehler im **Deckungsverhältnis** (also im Verhältnis Anweisender – Angewiesener) und ist der Fehler z.B. dadurch entstanden, dass die Kausalbeziehung zwischen dem Anweisenden (dem Zahlungsdienstnutzer) und dem Angewiesenen (dem Zahlungsdienstleister) fehlerhaft ist oder dass der Zahlungsauftrag widerrufen worden ist, ist der Angewiesene (die Bank) grds. darauf beschränkt, sich an seinen Vertragspartner zu halten, also von dem Anweisenden zu kondizieren (⇒ **Leistungskondiktion** Bank vom Anweisenden).<sup>361</sup> Im umgekehrten Verhältnis greifen § 675u S. 2 BGB i.V.m. § 675x II, IV BGB bzw. § 675p III BGB (für den Fall, dass ein Zahlungsauftrag widerrufen worden ist) als *leges speciales*, d.h. der Zahlungsdienstnutzer hat gegen den Zahlungsdienstleister einen Erstattungsanspruch aus den genannten Vorschriften; eines Rückgriffs auf das Bereicherungsrecht bedarf es dann nicht.
- ⇒ Liegt der Fehler im **Valutaverhältnis** (also im Verhältnis Anweisender – Zahlungsempfänger) und ist z.B. durch einen nichtigen Vertrag, auf den die Zahlung erfolgte, entstanden, muss der Anweisende vom Empfänger kondizieren. Die Bank, die sozusagen als Leistungsmittler auftritt, hat mit dieser Rückabwicklung nichts zu tun. Insbesondere liegt keine Leistungsbeziehung zwischen ihr und dem Empfänger vor, da sie lediglich eine Leistung für ihren Vertragspartner (also den Anweisenden) erbringen möchte (⇒ **Leistungskondiktion** Anweisender vom Zahlungsempfänger).

Ein Anspruch der Bank aus Leistungskondiktion gegen den Empfänger kommt wegen der nicht vorhandenen Leistungsbeziehung also i.d.R. nicht in Betracht. Daher kann allenfalls eine **Nichtleistungskondiktion** (hier: Direktkondiktion) eingreifen. Doch diese ist gegenüber der Leistungskondiktion grds. **subsidiär**, sofern bezüglich desselben Be-

<sup>360</sup> BGH ZIP 2006, 17, 18.

<sup>361</sup> Grundlegend BGHZ 152, 307, 311 f.; 147, 269, 273; 88, 232, 237. Vgl. auch BGH NJW 2004, 1169; OLG Hamm ZIP 2003, 662, 663 f.; Lorenz, JuS 2003, 729, 732; später auch Würdinger, JuS 2007, 418 ff.

reicherungsgegenstands eine Leistungsbeziehung vorliegt; anderenfalls ist eine Direktkondiktion des Angewiesenen gegen den Empfänger denkbar (dazu sogleich).

**Dritter Schritt:** Schließlich ist in einem dritten Schritt anhand **wertender Kriterien** das bislang gefundene Ergebnis dahingehend zu überprüfen, ob es der Billigkeit entspricht (zur Erinnerung: Bereicherungsrecht ist Billigkeitsrecht). Es kommt in wertender Ergänzung des Leistungsbegriffs darauf an, ob der Empfänger oder der Anweisende schutzwürdig ist. Nur im letzteren Fall ist in Abweichung vom allgemeinen Grundsatz ein Durchgriff des Leistungsmittlers zuzulassen. Dabei ist in Ermangelung eines Leistungszwecks mit einer **Nichtleistungskondiktion** (gem. § 812 I S. 1 Var. 2 BGB) vorzugehen.<sup>362</sup>

**337 Beispiele für die Annahme einer Direktkondiktion als Nichtleistungskondiktion des Angewiesenen gegenüber dem Empfänger aufgrund überwiegender Schutzwürdigkeit des Anweisenden<sup>363</sup>:**

(1) Der Anweisende A (der Zahlungsdienstnutzer) erteilt der B-Bank (dem Zahlungsdienstleister) einen Zahlungsauftrag (§ 675f I BGB), vertippt sich bei der Angabe der Bankdaten (IBAN) des Empfängers E aber, woraufhin die von der B-Bank ausgeführte Zahlung auf das Konto des D, dem die von A angegebene IBAN zugeordnet ist, erfolgt. ⇨ Hier liegt hier eine Leistungsbeziehung zwischen A und B vor, da es bei der Bestimmung des Leistungsbegriffs auf den objektiven Empfängerhorizont ankommt. B war berechtigt, allein aufgrund des wirksamen Zahlungsauftrags (§ 675f I BGB) die Anweisung auszuführen. Denn gibt der Anweisende gültige IBAN und BIC an, darf die Bank auf die Richtigkeit der Anweisung vertrauen (§ 675r I S. 1 BGB); die Anweisung gilt als ordnungsgemäß ausgeführt (vgl. § 675r I S. 2 BGB). Gemäß der Grundregel, wonach nur innerhalb der Leistungsbeziehungen kondiziert werden kann, müsste A also den Betrag bei B kondizieren; B müsste den an A erstatteten Betrag wiederum bei D kondizieren. Solange die bei Rn 334 genannten Gründe gewahrt sind, spricht an sich auch nichts gegen die Beibehaltung dieser Grundregel. Gleichwohl ist nicht einzusehen, B mit der Abwicklung von Kondiktionsansprüchen zu belasten. Denn der Fehler ist ja von A zu verantworten; B hat den Zahlungsauftrag (vgl. § 675f I BGB) ordnungsgemäß ausgeführt (vgl. § 675r I S. 2 BGB). Ein gangbarer Weg, B aus dem „Kondiktionsgeflecht“ herauszuhalten, besteht darin, eine Direktkondiktion im Verhältnis A-D zuzulassen. Dem stehen auch nicht etwa Einwendungen des D entgegen, die durch die Direktkondiktion unterlaufen werden könnten, da D keine Einwendungen zustehen.<sup>364</sup> Anders verhielte es sich, wenn B hätte erkennen können und müssen, dass die Zahlung auf ein falsches Konto erfolgt. Dann müsste die Abwicklung übers Eck erfolgen. Denn in diesem Fall wäre B nicht schutzwürdig (§ 675r I S. 1 BGB), sodass die Voraussetzungen für die Durchbrechung des Grundsatzes nicht vorlägen. Zudem bestünde ein gesetzlicher Erstattungsanspruch A gegen B (vgl. § 675r III BGB), was ebenfalls dazu führte, dass ein Direktkondiktionsanspruch A gegen D nicht erforderlich wäre.

(2) Der Anweisende A (der Zahlungsdienstnutzer) erteilt der B-Bank (dem Zahlungsdienstleister) einen wirksamen Zahlungsauftrag (§ 675f I BGB) unter korrekter Eingabe von IBAN und BIC des richtigen Zahlungsempfängers E, an den er auch zahlen möchte. Der Zahlungsauftrag soll 3 Tage nach Erteilung ausgeführt werden (sog. Terminüberweisung, § 675n II BGB). Dann aber widerruft A den Zahlungsauftrag einen Tag vor dem vorgesehenen Ausführungstermin ordnungsgemäß (siehe § 675p III BGB). Gleichwohl führt B den Zahlungsauftrag infolge eines bankinternen Fehlers aus und belastet das Konto des A in Höhe des überwiesenen Betrags. ⇨ An sich ist

<sup>362</sup> Vgl. dazu aus jüngerer Zeit BGH NJW 2015, 1948 und BGH NJW 2015, 2725.

<sup>363</sup> Vgl. BGHZ 66, 362 ff.; 66, 372 ff.; 67, 75 ff.; 88, 232, 237; 111, 382, 386 f.; 147, 269, 273; 152, 307, 311 f.; BGH NJW 1987, 185, 186 ff.; NJW 1994, 2357, 2358; NJW 2008, 2331, 2332; NJW 2006, 1965; NJW 2004, 1315, 1316 f.; ZIP 2001, 781 ff.; BGH NJW 2015, 1948; OLG Hamm ZIP 2003, 662, 663 f.; Lorenz, JuS 2003, 729, 732; Lorenz/Canaris, § 70 IV 2a; Würdinger, JuS 2007, 418 ff.; Hack/Thümmel, JuS 2009, 46 ff.; Brox/Walker, § 40 Rn 15 ff.

<sup>364</sup> Das entspricht insoweit der Rspr. des BGH (ZIP 2006, 17, 18) zur alten Rechtslage.

der Zahlungsauftrag mit Eingang beim Zahlungsdienstleister wirksam und kann nicht widerrufen werden (§ 675p I BGB). Bei Terminüberweisungen ist gem. § 675p III BGB jedoch ein Widerruf möglich, wenn der Zahlungsdienstnutzer den Zahlungsauftrag bis zum Ende des Geschäftstags vor dem vereinbarten Tag widerruft. Das ist vorliegend geschehen. Ein Leistungsverhältnis im Deckungsverhältnis besteht daher nicht, da der Zahlungsauftrag, den A der B erteilt hat, infolge Widerrufs unwirksam ist. Damit erfolgte die Ausführung nicht autorisiert i.S.v. § 675j I S. 1 BGB. B ist verpflichtet, A den Zahlungsbetrag unverzüglich zu erstatten, d.h. dessen Zahlungskonto wieder auf den Stand zu bringen, auf dem es sich ohne die Belastung durch den nicht autorisierten Zahlungsvorgang befunden hätte (§ 675u S. 2 BGB). B muss sodann von E kondizieren (Nichtleistungskondiktion auf der Grundlage des § 812 I S. 1 Var. 2 BGB, da B nicht an E „geleistet“ hat).

- (3) Der Anweisende A (der Zahlungsdienstnutzer) ist **nicht geschäftsfähig**, als er der B-Bank (dem Zahlungsdienstleister) einen Zahlungsauftrag (§ 675f I BGB) unter korrekter Eingabe von IBAN und BIC des richtigen Zahlungsempfängers E, an den er auch zahlen möchte, erteilt. ⇒ Infolge der Geschäftsunfähigkeit ist der Zahlungsauftrag unwirksam. Führt die Bank den Zahlungsauftrag gleichwohl aus, geschieht dies nicht autorisiert i.S.v. § 675j I S. 1 BGB. Die Ausführung des Zahlungsauftrags wird A daher nicht zugerechnet. Mithin liegt **keine wirksame Anweisung** vor. B ist verpflichtet, A den Zahlungsbetrag unverzüglich zu erstatten, d.h. dessen Zahlungskonto wieder auf den Stand zu bringen, auf dem es sich ohne die Belastung durch den nicht autorisierten Zahlungsvorgang befunden hätte (§ 675u S. 2 BGB). Im Verhältnis zu E besteht ein Direktanspruch der B aus § 812 I S. 1 Var. 2 BGB<sup>365</sup>, vgl. dazu Rn 342 f. Dieses Ergebnis wird man auch auf Fälle übertragen können, in denen der Anweisende **beschränkt geschäftsfähig** ist und eine Zustimmung des gesetzlichen Vertreters fehlt, da hier dieselbe Interessenlage besteht. Das gilt auch für den Fall, dass die Zahlungsanweisung von einem **vollmachtlosen Vertreter** erteilt worden ist und die Zahlung dem vermeintlichen Anweisenden auch nicht unter Rechtsscheingesichtspunkten zuzurechnen ist.<sup>366</sup>
- (4) Die Bank hat einen Zahlungsauftrag des A **versehentlich ausgeführt**. ⇒ Hier erfolgte die Ausführung **nicht autorisiert** i.S.v. § 675j I S. 1 BGB. B ist verpflichtet, A den unautorisierten Zahlungsbetrag unverzüglich zu erstatten, d.h. dessen Zahlungskonto wieder auf den Stand zu bringen, auf dem es sich ohne die Belastung durch den nicht autorisierten Zahlungsvorgang befunden hätte (§ 675u S. 2 BGB). Im Verhältnis zum Zahlungsempfänger besteht ein Direktanspruch der Bank aus § 812 I S. 1 Var. 2 BGB in Bezug auf die nicht autorisierte Überweisung.<sup>367</sup>
- (5) Bei **weisungswidriger Erledigung** einer **wirksamen Anweisung** (etwa wenn die Bank einen höheren Betrag als den angewiesenen oder an einen falschen Adressaten überweist) handelt die Bank ebenfalls nicht autorisiert i.S.v. § 675j I S. 1 BGB. Sie ist verpflichtet, dem „Anweisenden“ den Zahlungsbetrag unverzüglich zu erstatten, d.h. dessen Zahlungskonto wieder auf den Stand zu bringen, auf dem es sich ohne die Belastung durch den nicht autorisierten Zahlungsvorgang befunden hätte (§ 675u S. 2 BGB). Im Verhältnis zum Zahlungsempfänger besteht ein Direktanspruch der Bank aus § 812 I S. 1 Var. 2 BGB.
- (6) Dasselbe gilt, wenn die Bank bewusst den Überweisungsauftrag ohne Wissen des Anweisenden **verfälscht**, indem sie etwa das vom Auftraggeber angegebene Konto durch ein anderes ersetzt. Auch in diesem Fall erlangt die Bank durch die Ausführung des verfälschten Auftrags einen unmittelbaren Bereicherungsanspruch gegen den Zahlungsempfänger aus § 812 I S. 1 Var. 2 BGB. Zudem kann in Fällen dieser Art die Zahlung der Bank an den Zahlungsempfänger nicht als Leistung durch den Anweisenden angesehen werden; das Fehlverhalten der Bank kann diesem nicht

<sup>365</sup> Nach a.A. (Lorenz, JuS 2003, 729, 733) kommt § 822 BGB als Anspruchsgrundlage in Betracht.

<sup>366</sup> Vgl. BGH NJW 2015, 1948 mit Verweis auf BGHZ 147, 145, 149; 152, 307, 311 f. Vgl. auch BGH NJW 2015, 2725.

<sup>367</sup> Vgl. BGH NJW 2015, 2725; NJW 2015, 3093 mit Bespr. v. K. Schmidt, JuS 2016, 72 ff.

zugerechnet werden, sodass keine Leistungsbeziehung zwischen diesem und dem Zahlungsempfänger besteht. Der Anweisende hat dann ebenfalls einen Direktanspruch aus § 812 I S. 1 Var. 2 BGB gegen den Empfänger.<sup>368</sup> Dem Anweisenden ist aber zu empfehlen, seinen gegen die Bank gerichteten Anspruch aus § 675u S. 2 BGB geltend zu machen. Es ist dann Sache der Bank, sich an den Zahlungsempfänger zu halten.

(7) Dagegen hat der BGH bei **irrtümlicher Zuvielüberweisung** durch die Bank eine Direktkondiktion der Bank gegenüber dem Zahlungsempfänger abgelehnt. Denn in diesem Fall stehe der Schuldner (der „Anweisende“) dem Fehlverhalten seiner Bank näher als sein Gläubiger.<sup>369</sup> Folgt man dieser Auffassung, muss der „Anweisende“ den zu viel geleisteten Betrag von der Bank gem. § 812 I S. 1 Var. 1 BGB kondizieren. Nach aktueller Rechtslage ist der Fall aber über § 675y I S. 1 und 2 BGB zu entscheiden. Bei fehlerhafter Ausführung des Zahlungsauftrags kann der „Zahler“ vom Zahlungsdienstleister die unverzügliche und ungekürzte Erstattung des Zahlungsbetrags verlangen (§ 675y I S. 1 BGB). Wurde der Betrag einem Zahlungskonto des Zahlers belastet, ist dieses Zahlungskonto wieder auf den Stand zu bringen, auf dem es sich ohne den fehlerhaft ausgeführten Zahlungsvorgang befunden hätte (§ 675y I S. 2 BGB). Es ist dann Sache der Bank, sich mithilfe eines Direktanspruchs aus § 812 I S. 1 Var. 2 BGB an den Zahlungsempfänger zu halten.<sup>370</sup>

(8) Zum Widerruf einer **SEPA-Lastschrift** (früher: Einzugsermächtigung) vgl. Rn 344 f.

338

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Insgesamt sei aber angemerkt, dass der BGH stets konstatiert, es verbiete sich jede schematische Lösung; vielmehr komme es immer auf die **Umstände des Einzelfalls** an.<sup>371</sup> Damit gibt sich der BGH den nötigen Freiraum, um die ihm vorliegenden Fälle unterschiedlich zu behandeln, ohne sich dem Einwand der Inkonsequenz bzw. Willkür auszusetzen. Für den Klausurbearbeiter hat dies den Vorteil, dass er kaum etwas falsch machen kann, solange er nur unter Beachtung der gesetzlichen Regelungen interessengerecht und folgerichtig argumentiert. Gleichwohl sollte die hier vorgeschlagene Vorgehensweise wertvolle Hilfe bei der überaus schwierigen Handhabung von bereicherungsrechtlichen Ausgleichsansprüchen in Mehrpersonenverhältnissen geleistet haben.

339

Im **Beispiel** von Rn 333 liegen die Voraussetzungen für einen Direktanspruch der B gegen V nicht vor. Leistungsbeziehungen bestehen nur zwischen **K und V** sowie zwischen **K und B**. Daher kann K von B nicht die Rückgängigmachung der Überweisung verlangen, weil diese bereits ausgeführt wurde und auch kein wirksamer Widerruf der Anweisung vorliegt (ein solcher ist ohnehin nur bis zur Ausführung der Überweisung möglich<sup>372</sup>). K muss sich im Ergebnis also an V halten und den an sie geleisteten Kaufpreis gem. § 812 I S. 1 Var. 1 BGB kondizieren. Der fehlende Rechtsgrund ergibt sich aus der Nichtigkeit des Kaufvertrags (vgl. §§ 119 II, 142 I BGB). Dieses Ergebnis entspricht auch der Billigkeit, sodass es keiner Korrektur anhand wertender Kriterien bedarf.

340

Fraglich ist auch, ob im Falle einer **unentgeltlichen Zuwendung im Valutaverhältnis** unter Wertungsgesichtspunkten eine Direktkondiktion des Angewiesenen gegenüber dem Empfänger zuzulassen ist.

341

**Beispiel**<sup>373</sup>: Der großzügige Friedbald möchte seiner Nichte Nadjeschda zum bestanden ersten juristischen Staatsexamen ein Geldgeschenk machen (vgl. §§ 516 ff. BGB). Dazu weist er – unter korrekter Eingabe von IBAN und BIC – seine Hausbank B an, von seinem Konto einen Betrag von 10.000 € auf das Konto der N zu überweisen (§

<sup>368</sup> BGHZ 152, 307, 311 f.; BGH WM 2005, 1564; Lorenz, JuS 2003, 729, 733; Löhnig, JA 2006, 82 f.

<sup>369</sup> BGH NJW 2008, 2331, 2332 (mit Bespr. v. Hager, JA 2008, 733 und K. Schmidt, JuS 2008, 1029).

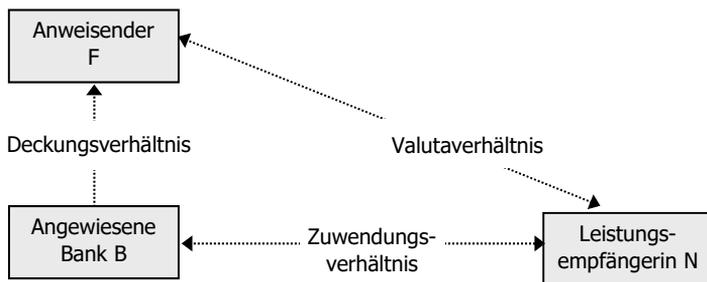
<sup>370</sup> Vgl. bereits die 10. Auflage und nunmehr auch BGH NJW 2015, 3093 f.

<sup>371</sup> Vgl. etwa BGH NJW 2015, 229 f.

<sup>372</sup> Vgl. dazu auch BGH NJW 2015, 3093.

<sup>373</sup> In Anlehnung an BGHZ 88, 232 ff. und BGHZ 147, 269 ff. Vgl. auch BGH NJW 2004, 1315 ff.

675f I BGB). Später stellt sich heraus, dass N das Examen gar nicht bestanden hatte. Um gleichwohl in den Genuss des Geldes zu kommen, hatte sie ihrem Onkel vorgetäuscht, das Examen bestanden zu haben. Nun fordert F von N das Geld zurück.



Durch die Rückforderung hat F konkludent die Anfechtung wegen Täuschung erklärt mit der Folge, dass die (vollzogene) Schenkung nichtig ist (vgl. § 142 I BGB).

Hinsichtlich der Rückforderung ist F möglicherweise darauf angewiesen, das Geld von N zu kondizieren, statt diese Aufgabe der Bank zu überlassen. Denn nach dem herkömmlichen Leistungsbegriff stellt sich aus der Sicht eines objektiven Betrachters in der Rolle und Situation der N die Überweisung als eine Leistung des F dar. Dieser wollte die Schenkung vollziehen (§ 518 II BGB). Dagegen trat B nur als Leistungsmittler auf; sie wollte nur ihrer vertraglichen Verpflichtung gegenüber F nachkommen, also nur diesem gegenüber eine Leistung erbringen. Leistungsbeziehungen bestehen demzufolge nur zwischen **F und N** sowie zwischen **B und F**. F wäre demzufolge darauf beschränkt, mithilfe einer Leistungskondition gem. § 812 I S. 1 Var. 2 BGB bzw. § 812 I S. 2 Var. 1 BGB gegen N vorzugehen. Fraglich ist, ob dieses Ergebnis der Billigkeit entspricht. Denn in §§ 822, 816 I S. 2 BGB kommt der allgemeine Rechtsgedanke zum Ausdruck, dass der unentgeltliche Erwerb weniger schutzwürdig ist als der entgeltliche, sodass für den vorliegenden Fall angenommen werden könnte, eine Direktkondition der B gegenüber N zuzulassen (schlichte Rückbuchung vom Konto der N). Jedoch ist eine Direktkondition (Nichtleistungskondition) gegenüber der Leistungskondition subsidiär. Allein die Unentgeltlichkeit des Erwerbs rechtfertigt eine Durchbrechung dieses Grundsatzes nicht.

F muss also gegen N mithilfe einer Leistungskondition gem. § 812 I S. 1 Var. 2 BGB bzw. § 812 I S. 2 Var. 1 BGB vorgehen.

Eine **Direktkondition** ist aber dann zuzulassen, wenn der Anweisende **nicht geschäftsfähig** ist. Denn ein von einem Geschäftsunfähigen veranlasster Rechtsschein kann nicht maßgeblich sein.

342

**Beispiel:** Friedbald ist nach wie vor großzügig. Auch diesmal möchte er seiner Nichte Nadjeschda, die nun das erste juristische Staatsexamen tatsächlich bestanden hat, ein Geldgeschenk machen. Wie beim ersten Mal weist er – unter korrekter Eingabe von IBAN und BIC – seine Hausbank B an, einen Betrag von 10.000 € auf das Konto der N zu überweisen (§ 675f I BGB). Doch später stellt sich heraus, dass die Geistestätigkeit des F im Zeitpunkt der Anweisung vorübergehend gestört war (vgl. § 105 II BGB). Nun ist F aber wieder ganz der Alte. Gleichwohl will er die Überweisung nicht gelten lassen und verlangt von B, sie solle das Geld zurückbuchen.

343

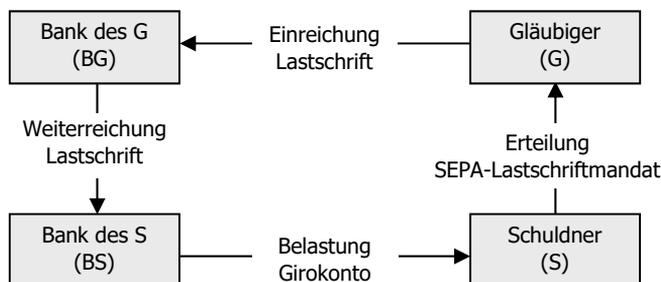
Bestimmt man die Leistungsbeziehungen, liegt wie im vorigen Beispiel eine zwischen F und N und eine zwischen B und F vor, denn F verfolgte den Zweck, die Schenkung an N zu vollziehen, und B wollte ihrer Verpflichtung aus dem Zahlungsdiensterahmenvertrag gegenüber F nachkommen. Folge wäre, dass F bei N kondizieren müsste.

Im Gegensatz zum vorherigen Beispiel ist vorliegend der Überweisungsauftrag des F wegen *fehlender Geschäftsfähigkeit* nichtig. Um den Geschäftsunfähigen zu schützen, muss der ansonsten maßgebliche objektivierte Empfängerhorizont (also der Verkehrs-

schutz) zurücktreten. Im Ergebnis ist also der Geschäftsunfähige aus der Rückabwicklung herauszuhalten. Das Gesetz knüpft an diese Wertung an und sieht vor, dass in Fällen der vorliegenden Art die Ausführung des (unwirksamen) Zahlungsauftrags nicht autorisiert ist (vgl. § 675j I S. 1 BGB). Die Bank ist verpflichtet, F den Zahlungsbetrag unverzüglich zu erstatten, d.h. dessen Zahlungskonto wieder auf den Stand zu bringen, auf dem es sich ohne die Belastung durch den nicht autorisierten Zahlungsvorgang befunden hätte (§ 675u S. 2 BGB). Im Verhältnis zu N besteht ein Direktanspruch der B aus § 812 I S. 1 Var. 2 BGB.

**344** Eine **Direktkondiktion** ist schließlich dann zuzulassen, wenn ein Überweisungsauftrag **fehlt** oder der Schuldner eine zuvor dem Gläubiger erteilte **SEPA-Lastschrift widerrufen**. Wie in den Fällen, in denen die Bank (der Zahlungsdienstleister) eine **nicht autorisierte** Überweisung (Zahlung) vornimmt (Rn 337 Bsp. 4)<sup>374</sup>, kann die Bank des Schuldners auch hier direkt beim Gläubiger des Schuldners (gem. § 812 I S. 1 Var. 2 BGB) kondizieren.

**345** **Beispiel**<sup>375</sup>: Schuldner S hat seinem Gläubiger G (ein Warenlieferant) ein SEPA-Lastschriftmandat erteilt. G macht davon auch Gebrauch und zieht einen fälligen Rechnungsbetrag ein. Einige Tage später widerruft S bei BS das SEPA-Mandat. BS nimmt G auf Rückzahlung des im SEPA-Lastschriftverfahren eingezogenen Betrags in Anspruch.



Gemäß § 675x II, IV BGB kann einer SEPA-Basislastschrift innerhalb von acht Wochen nach Kontobelastung widersprochen werden, sodass der Belastungsbetrag wieder gutgeschrieben wird. Bei einer nicht autorisierten Zahlung kann der Zahler innerhalb von 13 Monaten nach Belastung die Erstattung des Lastschriftbetrags verlangen (§ 676b II BGB).

Im vorliegenden Fall hat S gegen BS keinen Erstattungsanspruch aus § 675x I BGB, da dessen Voraussetzungen nicht vorliegen. Es besteht aber ein Erstattungsanspruch aus § 675x II, IV BGB, sofern S und BS vereinbart haben, dass S auch dann einen Anspruch auf Erstattung gegen BS hat, wenn die Voraussetzungen für eine Erstattung nach § 675x I BGB nicht erfüllt sind (vgl. § 675x II BGB).

BS muss den eingezogenen Betrag dem Konto des S gutschreiben und G auf Rückzahlung in Anspruch nehmen. I.d.R. geschieht dies dadurch, dass der Betrag über die Gläubigerbank (BG) dem Gläubigerkonto (also dem des G) rückbelastet wird. Ist dieses Konto aber nicht gedeckt und gewährt die Gläubigerbank keine Kreditlinie, konkretisiert sich das für die Schuldnerbank bestehende Ausfallrisiko.

**346** **Zusammenfassung:** Grundsätzlich ist eine Kondiktion nur innerhalb des Leistungsverhältnisses möglich (**Rückabwicklung „übers Eck“**). Das hat folgende Gründe:

- Die Parteien eines fehlerhaften Kausalverhältnisses sollen ihre **Einwendungen** gegen die jeweils andere behalten und nur deren Einwendungen ausgesetzt sein.

<sup>374</sup> Vgl. BGH NJW 2015, 2725 und NJW 2015, 3093 mit Bespr. v. K. Schmidt, JuS 2016, 72 ff.

<sup>375</sup> Nach BGH NJW 2006, 1965 mit Bespr. v. Würdinger, JuS 2007, 418 ff. (zur bisherigen Einzugsermächtigung).

- Die Parteien eines fehlerhaften Kausalverhältnisses sollen vor Einwendungen **geschützt** werden, die ein Vertragspartner aus einem Rechtsverhältnis zu Dritten herleitet.
- Jeder soll das **Insolvenzrisiko** (das Risiko der Zahlungsunfähigkeit) seines gewählten Vertragspartners tragen.

Eine **Direktkondiktion** ist lediglich dann zuzulassen, wenn anderenfalls **unbillige Ergebnisse** erzielt würden. Bei der Prüfung, ob dies der Fall ist, sind die Schutzinteressen der Beteiligten gegeneinander und untereinander abzuwägen. Bei **Überweisungsfehlern** sind aber stets die Regelungen der **§§ 675c ff. BGB** zu beachten.

Mit den Anweisungsfällen eng verwandt sind die **Abtretungsfälle**. Hat bspw. der vermeintliche Gläubiger G seine Forderung gegen den Schuldner S sicherungshalber an den Dritten D abgetreten und stellt sich nach der Zahlung des S an D heraus, dass die Forderung des G gegen S überhaupt nicht bestand, richtet sich der Bereicherungsanspruch des S nach einem Teil der Rspr. grundsätzlich gegen G und nicht gegen D.<sup>376</sup> Zur Begründung wird geltend gemacht, dass durch die Abtretung die Stellung des S nicht verschlechtert werden dürfe; S wolle regelmäßig mit der Leistung an D auch seine im Vertrag mit G vermeintlich übernommene Verpflichtung erfüllen. Der BGH fährt jedoch keine einheitliche Linie, sondern hält sich mit der Begründung, dass sich aus Gründen der Einzelfallgerechtigkeit eine schematische Lösung verbiete, den nötigen Spielraum, um im Einzelfall nach seinem Belieben zu entscheiden.<sup>377</sup> Vgl. dazu die ausführliche Bearbeitung bei Rn 363 ff.

347

### cc. Tilgung fremder Schulden, § 267 BGB

Auch bei der Tilgung fremder Schulden stellt sich die Frage, ob nur eine Rückabwicklung innerhalb der jeweiligen Leistungsbeziehungen oder ob unter bestimmten Umständen auch eine Direktkondiktion möglich ist. Hier ist danach zu unterscheiden, ob die fremde Schuld nicht besteht (Beispiel 1)<sup>378</sup> oder ob sie zwar besteht, der Leistende sich irrtümlich aber selbst für verpflichtet hält (Beispiel 2)<sup>379</sup>.

348

**Beispiel 1:** Onkel O sieht, wie sein Neffe N es trotz größter Anstrengung nicht schafft, seine Miete zu zahlen. Großzügig, wie er nun einmal ist, begleicht er die Mietschuld seines Neffen bei der raffgierigen Vermieterin V, ohne hierzu verpflichtet zu sein. Doch was O nicht weiß, ist, dass N überraschend doch noch zu Geld gekommen ist und die Mietschulden bereits am Vorabend selbst getilgt hatte.

349

Hier ist fraglich, ob O oder N einen Kondiktionsanspruch gegen V geltend machen können.

- ⇒ Vertritt man die Auffassung, O verfolge nur gegenüber dem eigentlichen Schuldner N einen eigenen Zweck (etwa mit dem Ziel, diesen zu beschenken oder diesem gegenüber einen eigenen Aufwendungsersatzanspruch unter dem Gesichtspunkt der berechtigten GoA, §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB, zu erlangen), sind unter Zugrundelegung des maßgeblichen Empfängerhorizonts Leistungsbeziehungen nur im Verhältnis *O – N* und *N – V* anzunehmen.<sup>380</sup> O müsste dann von N kondizieren.
- ⇒ Steht man demgegenüber auf dem Standpunkt, dass der nicht zur Leistung verpflichtete Dritte (vorliegend O) einen eigenen Leistungszweck gegenüber dem Gläubiger (vorliegend V) verfolgt, liegt zwischen diesen beiden ein Leistungsverhältnis vor mit der Folge, dass auch die Rückabwicklung innerhalb dieses Verhältnisses er-

<sup>376</sup> Brox/Walker, § 40 Rn 16.

<sup>377</sup> Vgl. BGHZ 122, 46, 50 f.; BGH NJW 2005, 1369.

<sup>378</sup> Vgl. Medicus/Petersen, BR, Rn 684.

<sup>379</sup> Vgl. Brox/Walker, § 40 Rn 17.

<sup>380</sup> Vgl. E. Schmidt, JZ 1971, 601 ff.; Wieling, JuS 1978, 801 ff.; Köndgen, FS Esser (1975), S. 55, 67.

folgen muss.<sup>381</sup> Allerdings wird man den Schuldner (vorliegend N) dann als Kondiktionsgläubiger anzusehen haben, wenn der Dritte für den Schuldner in berechtigter GoA gehandelt hat (was jedoch – wie im vorliegenden Fall – bei Nichtbestehen der Forderung N - V meist ausscheidet).

Stellungnahme: Bezweckt der Dritte mit seiner Zahlung die Tilgung einer fremden Schuld (vgl. § 267 BGB), handelt er dabei aus eigenem Antrieb. Er verfolgt also gegenüber dem Gläubiger einen eigenen Leistungszweck. War dieser Zweck für den Empfänger erkennbar, besteht zwischen dem Dritten und dem Empfänger ein Leistungsverhältnis. Dabei ist es völlig unproblematisch, dass der Zweck der Leistung in der Tilgung einer fremden Schuld besteht. Rechtsgrund der Leistung sollte die Schuld des Schuldners gegenüber dem Empfänger sein. Da sie nicht besteht (also eine unberechtigte GoA vorliegt), kann der Leistende vom Leistungsempfänger den Geldbetrag im Wege der Leistungskondiktion (§ 812 I S. 1 Var. 1 BGB) zurückverlangen.

War dagegen für den Empfänger nicht erkennbar, dass der Dritte mit der Leistung einen eigenen Zweck verfolgte, ist aus der maßgeblichen Sicht des Empfängerhorizonts nicht der Dritte, sondern der Schuldner Leistender.

Vorliegend übernahm O im Verhältnis zu N eine unberechtigte GoA. Da darüber hinaus davon ausgegangen werden kann, dass für die Empfängerin V die Zahlung durch O als Tilgung einer fremden Verbindlichkeit erkennbar war, kann dieser also den gezahlten Betrag von V gem. § 812 I S. 1 Var. 1 BGB kondizieren.

**350** **Beispiel 2:** Um im Milieu „mitreden“ zu können, hält Zacharias einen Kampfhund. Entgegen der gesetzlichen Bestimmung lässt er diesen ständig frei herumlaufen. Als nun Eusebia von einem Kampfhund angegriffen und auch gebissen wird, leistet Z sofort Schadensersatz, weil er glaubt, *sein* Hund habe E gebissen. Später stellt sich jedoch heraus, dass es der Hund des Milieukollegen Gonzo war, der E gebissen hat.

Hier will Z erkennbar eine eigene Verbindlichkeit gegenüber E tilgen, sodass zwischen ihm und E ein Leistungsverhältnis besteht. Da aber der Rechtsgrund für die Leistung fehlt, kann er den an E geleisteten Schadensersatz gem. § 812 I S. 1 Var. 1 BGB kondizieren. Freilich läuft er Gefahr, wegen Entreicherung (§ 818 III BGB) leer auszugehen. Sollte sich diese Gefahr realisieren, wird man ihm aus Billigkeitsgründen einen Anspruch auf Abtretung der Forderung *E gegen G* (§ 398 BGB) zugestehen müssen.

Hinsichtlich des Verhältnisses *Z - G* kommt ein Anspruch des Z gegen G aus berechtigter GoA nicht in Betracht, weil Z ja gerade im Eigeninteresse handelte; es fehlte ihm insoweit der Fremdgeschäftsführungswille. Es könnte dann zwar gem. §§ 684, 818 ff. BGB an eine Rückgriffskondiktion gedacht werden, ein solcher Anspruch scheidet aber daran, dass G nicht bereichert ist, da seine Schuld gegenüber E durch die Leistung des Z nicht getilgt wurde.

#### dd. Vertrag zugunsten Dritter

**351** Der Vertrag zugunsten Dritter (vgl. § 328 BGB) ist kein besonderer Vertragstyp. Jeder schuldrechtliche Vertrag kann als Vertrag zugunsten Dritter abgeschlossen werden. **Zweck** des unechten (aber auch des echten) Vertrags zugunsten Dritter ist vielfach, die **Versorgung eines Dritten zu gewährleisten oder zu ihr beizutragen**. Zweck kann aber auch sein, den **Leistungsweg zu verkürzen**, d.h. die doppelte Leistung (Versprechender an Versprechensempfänger; Versprechensempfänger an Dritten) durch eine direkte Leistung des Versprechenden an den Dritten zu substituieren.<sup>382</sup>

<sup>381</sup> Vgl. die h.M., etwa *Medicus/Petersen*, BR, Rn 685; *Schwab*, in: MüKo, § 812 Rn 108 f.; *Larenz/Canaris*, § 70 V 3b; *Brox/Walker*, § 40 Rn 17.

<sup>382</sup> Vgl. *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, Einf v § 328 Rn 2.

Hinsichtlich des Leistungsforderungsrechts des Dritten, zu dessen Gunsten die beiden anderen Personen einen Vertrag schließen, ist zwischen dem unechten Vertrag zugunsten Dritter und dem echten Vertrag zugunsten Dritter zu unterscheiden.

### a.) Unechter Vertrag zugunsten Dritter

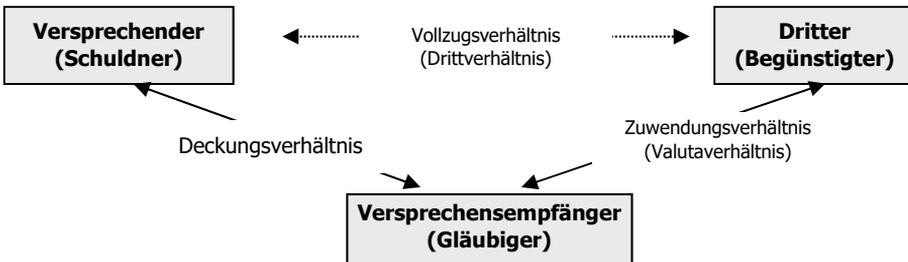
Bei einem unechten Vertrag zugunsten Dritter verpflichtet sich der Schuldner (= Versprechender) gegenüber dem Gläubiger (= Versprechensempfänger), die geschuldete Leistung mit befreiender Wirkung an einen Dritten (Begünstigter) zu erbringen.<sup>383</sup> Anders als beim echten Vertrag zugunsten Dritter erlangt der Dritte hier jedoch keinen eigenen Leistungsanspruch gegen den Schuldner. Nur der Gläubiger kann gegen den Schuldner vorgehen und von diesem die Leistung an den Dritten fordern.

352

**Bereicherungsrechtlich** sind (wie bei der Leistungskette und den Anweisungsfällen) ebenfalls verschiedene Rechtsbeziehungen zu unterscheiden:

353

- Das Verhältnis (der Vertrag) zwischen dem **Versprechenden und dem Versprechensempfänger** bestimmt die zu erbringende Leistung und die Person des Dritten und ist das die **Rechtsbeziehungen prägende Grundverhältnis**. Es wird zugleich als **Deckungsverhältnis** bezeichnet, weil der Schuldner aus ihm Deckung, d.h. den Gegenwert für seine Leistung, erhält.
- Aus der Rechtsbeziehung **zwischen dem Versprechensempfänger und dem Dritten** ergibt sich der **Rechtsgrund** für die Zuwendung an den Dritten. Dieses **Zuwendungs- oder Valutaverhältnis** entscheidet darüber, ob der Dritte die Leistung behalten darf. In der Regel handelt es sich um ein vertragliches Verhältnis; der Gläubiger kann aber auch als Geschäftsführer einer GoA oder in Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung handeln. Als Rechtsgrund kommen vor allem die Tilgung einer Schuld, aber auch Schenkung in Betracht.
- Das **Vollzugs- oder Drittverhältnis** zwischen dem Versprechenden und dem Dritten ist kein vertragliches Rechtsverhältnis.



Der bereicherungsrechtliche **Ausgleich** vollzieht sich bei Störungen im Deckungsverhältnis, aber auch im Valutaverhältnis, nach den allgemeinen Regeln. Es ist also grds. innerhalb desjenigen Verhältnisses rückabzuwickeln, in dem die Störung aufgetreten ist.<sup>384</sup>

354

**Beispiel:** Lebemann L hat sich wieder einmal kurzfristig entschlossen, eine Party zu geben. Da er jedoch nicht genügend Bier im Hause hat, „leiht“ er sich vom Nachbarn N einen Kasten. Am nächsten Tag ruft er von seinem Arbeitsplatz im Einzelhandelsgeschäft des Kaufmanns K an und weist diesen an, einen Kasten Bier an N zu liefern. Die Rechnung wolle er am Abend begleichen. Doch bei der Bestellung verspricht er sich und nennt dem K die falsche Biersorte. Am Abend bemerkt er seinen Fehler und ficht seine

355

<sup>383</sup> *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, Einf v § 328 Rn 1.

<sup>384</sup> Vgl. BGHZ 82, 28, 30; 105, 365, 369; BGH ZIP 2002, 1419.

Willenserklärung wegen Erklärungsirrtums (§§ 119 I Var. 2, 142 I BGB) wirksam an. Wie ist die Rechtslage?

Ein Herausgabeanspruch aus § 985 BGB kommt nicht in Betracht, da das Eigentum an dem Kasten Bier wirksam auf N übertragen wurde. Hinsichtlich des bereicherungsrechtlichen Ausgleichs sind zunächst die Leistungsverhältnisse zu bestimmen.

- ⇒ Ein Leistungsverhältnis liegt zwischen **L und K** vor. Denn zwischen den beiden wurde ein Vertrag über den Kauf und die Auslieferung eines Kastens Bieres geschlossen. Bei Heranziehung der Terminologie der obigen Skizze ist K also der Versprechende. Er verspricht L (dem Versprechensempfänger), den Kasten Bier direkt an N zu liefern, um damit die vertragliche Verpflichtung gegenüber L zu erfüllen (**Deckungsverhältnis**).
- ⇒ Ein anderes Leistungsverhältnis besteht zwischen **L und N (Valutaverhältnis)**. L ist gem. § 607 I S. 2 BGB gegenüber N zur Erstattung einer gleichwertigen Sache verpflichtet.
  - Dagegen besteht zwischen K und N kein bereicherungsrechtliches Leistungsverhältnis. K wollte lediglich in Erfüllung seiner Pflicht im Verhältnis zu L den Kasten Bier an N liefern, diesem gegenüber also keine Leistung erbringen.

Da nach den allgemeinen bereicherungsrechtlichen Regeln grds. innerhalb desjenigen Verhältnisses rückabzuwickeln ist, in dem die Störung aufgetreten ist, muss L das Eigentum und den Besitz an dem Kasten Bier von N kondizieren. K kann anschließend von L kondizieren (Kondiktion der Kondiktion). Selbstverständlich kann L den Kondiktionsanspruch gegen N an K abtreten (§ 398 BGB). Jedenfalls verbleibt dem K gegen L daneben ein Anspruch auf Schadensersatz gem. § 122 I BGB.

Eine Korrektur dieses Ergebnisses aus Billigkeitsgründen ist nicht erforderlich.

356

**Zusammenfassung:** Beim unechten Vertrag zugunsten Dritter besteht ein **Leistungsverhältnis** nur zwischen dem Versprechenden und dem Versprechensempfänger (**Deckungsverhältnis**) und zwischen dem Versprechensempfänger und dem Dritten, also dem Begünstigten (**Valutaverhältnis**). Bei Störungen innerhalb eines dieser Verhältnisse ist dann grds. dort rückabzuwickeln, wo die Störung aufgetreten ist. Für eine **Direktkondiktion** des Versprechenden vom Begünstigten unter dem Aspekt der Billigkeit besteht i.d.R. kein Bedürfnis.

## b.) Echter Vertrag zugunsten Dritter

357

Beim echten Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 I BGB) besteht nicht nur die Verpflichtung des Schuldners (Versprechender) gegenüber dem Gläubiger (Versprechensempfänger), den Vertrag mit diesem zu erfüllen, sondern wegen § 335 BGB hat auch der Versprechensempfänger gegen den Versprechenden einen Anspruch auf Leistung an den Dritten (Begünstigter). Daneben besteht wegen § 328 BGB auch ein eigenes Forderungsrecht des Dritten.

358

Diese Besonderheit hat bereicherungsrechtlich zur Folge, dass zwischen allen Beteiligten jeweils ein Leistungsverhältnis besteht, sodass **drei Leistungsverhältnisse** bestehen. Dabei ist zu beachten, dass der Versprechende im Regelfall wegen § 335 BGB gegenüber dem Versprechensempfänger und wegen § 328 BGB auch gegenüber dem Dritten einen Leistungszweck verfolgt. Bei Unwirksamkeit des Vertrags ist unter Zugrundelegung der allgemeinen Regeln der Bereicherungsausgleich aber auch hier grds. nur im Verhältnis zwischen dem Versprechenden und dem Versprechensempfänger (Abwicklung übers Eck) vorzunehmen.<sup>385</sup>

<sup>385</sup> Brox/Walker, § 40 Rn 19; Medicus/Petersen, BR, Rn 681.

**Beispiel:** Käufer Konrad vereinbart mit Verkäufer und Eigentümer Viktor in einem echten (Kauf-)Vertrag zugunsten des Dankmar, die Kaufsache (ein antiquarisches Schiffsmodell) dem gutgläubigen D zu liefern, da K die Sache zwischenzeitlich dem D weiterverkauft hat. Später stellt sich heraus, dass K den V über den Wert des Modells getäuscht hat. Tatsächlich ist dieses weitaus wertvoller als K dem V versichert hat. V ficht daher seine Willenserklärung bzgl. des Kaufvertrags zwischen ihm und K erfolgreich an (§§ 123 I Var. 1, 142 I BGB). Kann V von D das Modell herausverlangen?

359

Ein Herausgabeanspruch aus § 985 BGB besteht nicht, da D gutgläubig Eigentum erwerben konnte. Möglicherweise besteht aber ein entsprechender Herausgabeanspruch aus § 812 I S. 1 Var. 1 BGB. Dazu müsste V Eigentum und Besitz des Modells an D „geleistet“ haben. Hier liegt wegen des eigenen Forderungsrechts auf Seiten des D eine Leistungsbeziehung zwischen K und V, zwischen V und D sowie zwischen K und D vor. Da die Störung innerhalb des Leistungsverhältnisses zwischen V und K auftrat, erfolgt der bereicherungsrechtliche Ausgleich auch grds. nur in diesem Verhältnis. V hat daher einen Bereicherungsanspruch nur gegen K, nicht gegen D. Da D unanfechtbares Eigentum an dem Modell erworben hat, kann V nur einen bereicherungsrechtlichen Werterersatzanspruch gegen K geltend machen.

Lediglich, wenn die Zweckrichtung der Leistung ausschließlich auf den Dritten bezogen ist, kann unter Wertungsgesichtspunkten ein Bereicherungsanspruch gegen den Dritten bestehen. Das ist etwa anzunehmen, wenn der Dritte in engerer Verbindung zu dem mit der Leistung verfolgten Zweck steht als der Versprechensempfänger.

360

**Beispiel:** Volkmar ist Stellvertreter der Baufirma des Ottomar. In deren Namen schloss er mit dem Bauherrn Bruno einen Bauvertrag über ein Einfamilienhaus. Dabei hatte er ohne Wissen des O mit B eine „Maklerprovision“ vereinbart, die deshalb fällig wurde, weil der Bauvertrag zwischen B und O nur infolge der Vermittlungstätigkeit des V zustande gekommen ist. Als O zufällig davon erfährt, entlässt er diesen nicht nur fristlos, sondern verlangt auch die von B erhaltene Provision heraus.

361

Der Bauvertrag zwischen O und B ist ein echter Vertrag zugunsten Dritter, weil er das Versprechen enthält, V erhalte eine Vermittlungsprovision. Folgte man den allgemeinen Regeln, dürfte auch hier der Bereicherungsausgleich nur im Verhältnis zwischen dem Versprechenden und dem Versprechensempfänger (Abwicklung übers Eck), also zwischen O und B erfolgen (nur zwischen O und B liegt ein Vertrag vor; V war Stellvertreter des O, wenn auch hinsichtlich des konkreten Geschäfts ohne Vertretungsmacht). O müsste dann von B dessen Kondiktions- bzw. Schadensersatzanspruch gegen V (vgl. § 179 I BGB) kondizieren. Wenn man aber mit dem BGH davon ausgeht, dass die Leistung eine auf den Dritten bezogene Zweckrichtung hat, ist gerade dieser Dritte der Leistungsempfänger.<sup>366</sup> O kann also von V die von B erhaltene Provision kondizieren. Daneben hat er selbstverständlich Schadensersatzansprüche wegen Pflichtverletzung des Arbeitsvertrags (§§ 611, 280 I BGB) und wegen unerlaubter Handlung (§ 823 BGB).

**Zusammenfassung:** Beim echten Vertrag zugunsten Dritter besteht zwischen allen Beteiligten jeweils ein Leistungsverhältnis, sodass **drei Leistungsverhältnisse** bestehen. Dabei ist zu beachten, dass der Versprechende im Regelfall wegen § 335 BGB gegenüber dem Versprechensempfänger und wegen § 328 BGB auch gegenüber dem Dritten einen Leistungszweck verfolgt. Nach den allgemeinen Regeln erfolgt bei Unwirksamkeit des Vertrags der Bereicherungsausgleich aber auch hier nur im Verhältnis zwischen dem Versprechenden und dem Versprechensempfänger (**Abwicklung übers Eck**).

362

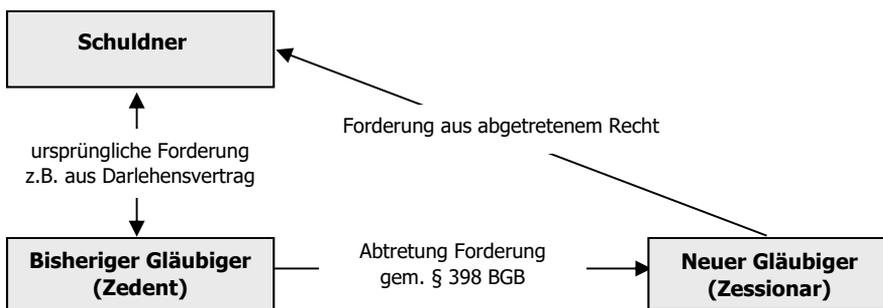
Ausnahmsweise kann unter **Wertungsgesichtspunkten** ein Bereicherungsanspruch gegen den Dritten bestehen, wenn die **Zweckrichtung der Leistung ausschließlich auf ihn bezogen ist**. Das ist etwa der Fall, wenn der Dritte in engerer Verbindung zu dem mit der Leistung verfolgten Zweck steht als der Versprechensempfänger.

<sup>366</sup> BGHZ 58, 184, 187 ff.

### ee. Forderungszession („Abtretungsfälle“)

- 363 Eine Abtretung einer Forderung (Forderungszession) liegt vor, wenn der Inhaber einer Forderung (also der Gläubiger) die Forderung an einen anderen vertraglich überträgt. Mit dem Abschluss des Abtretungsvertrags tritt der neue Gläubiger (Zessionar) an die Stelle des bisherigen Gläubigers (Zedent), § 398 BGB.

Findet eine Abtretung statt, kann der vormalige Inhaber der Forderung diese nicht mehr geltend machen, da er anschließend nicht mehr aktivlegitimiert ist. Vielmehr steht die Forderung dem neuen Gläubiger zu, da er an die Stelle des Zedenten tritt. Hingegen bleibt das Schuldverhältnis zwischen dem Schuldner und dem Zedenten i.Ü. bestehen. Durch die Abtretung wird also lediglich eine abgespaltene Forderung übertragen und nicht etwa das gesamte Schuldverhältnis. Daraus ergibt sich, dass der Zessionar das erworbene Forderungsrecht verliert, wenn der Schuldner gegenüber dem Zedenten anfechtet oder zurücktritt.



**Beispiel:** Käthe hat bei Violetta eine Skulptur zum Preis von 1.500 € gekauft und bereits übereignet bekommen. Der Kaufpreis ist erst in einer Woche fällig. Da V ihrerseits bei Dolores in der Verbindlichkeit steht, tritt sie dieser ihre Kaufpreisforderung gegen K ab.

Wegen § 398 S. 2 BGB tritt D in die Rolle der V und ist nun Inhaberin der Kaufpreisforderung gegen K.

- 364 Tritt der Zedent eine in Wirklichkeit nicht bestehende Forderung ab oder ist die Forderung zwar wirksam, aber die Abtretung unwirksam, stellt sich die Frage nach der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung. Die gleiche Frage stellt sich, wenn der Schuldner an den Zessionar zahlt, sich dabei aber über die Person des Zedenten irrt.

#### a.) Abtretung einer nicht bestehenden Forderung

- 365 Leistet der (Putativ-)Schuldner auf eine abgetretene, in Wirklichkeit nicht bestehende Forderung, stellt sich die Frage, ob die Rückabwicklung im Verhältnis zwischen Schuldner und Zessionar oder im Verhältnis zwischen Schuldner und Zedenten erfolgen muss.

- 366 **Beispiel:** Im obigen Beispiel, in dem V die Kaufpreisforderung gegen K an D abgetreten hat, stellt sich nachträglich heraus, dass der Kaufvertrag nichtig ist. Zwischenzeitlich hatte K aber den Kaufpreis an D entrichtet. An wen muss K sich halten, wenn sie den Kaufpreis erstattet bekommen möchte?

Gemäß der in § 398 S. 2 BGB angeordneten Rechtsfolge tritt mit dem Abschluss des Abtretungsvertrags der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers. Der Schuldner ist demzufolge nur noch den Ansprüchen des neuen Gläubigers ausgesetzt. Tilgt er diesem gegenüber seine Schuld, verfolgt er mit seiner Tilgung auch nur diesem gegenüber einen Leistungszweck. Mithin besteht ein Leistungsverhältnis ausschließlich zwischen dem Schuldner und dem Zessionar. Folgt man dem Grundsatz, dass nur in-

nerhalb der Leistungsbeziehungen eine Rückabwicklung vorzunehmen ist, müsste K den Kaufpreis von D kondizieren. D wiederum müsste sich im Rahmen einer Rückgriffskondiktion an V halten.<sup>387</sup>

Solange D in der Lage ist, den Kaufpreis an K herauszugeben, ist die vorstehende Lösung unproblematisch. Was soll aber gelten, wenn D zahlungsunfähig ist? K hatte sich die D auch nicht als Vertragspartnerin ausgesucht, sondern die (zahlungsfähige) V. Beließe man es also bei der genannten Lösung, würde K mit dem Liquiditätsrisiko der D belastet, obwohl sie sich diese gar nicht als Vertragspartnerin ausgesucht hat. Mithin wird man sich auf den Standpunkt stellen müssen, dass sich die Stellung des Schuldners durch die Zession nicht verschlechtern darf.<sup>388</sup>

Ergebnis: Aus Wertungsgesichtspunkten ist daher der K das Recht zuzubilligen, entgegen der Grundregel den Kaufpreis von V zu kondizieren.<sup>389</sup>

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Dieser Fall hat noch einmal verdeutlicht, dass Bereicherungsrecht Billigkeitsrecht ist, dass also das vom Leistungsbegriff her gefundene Ergebnis „korrigiert“ werden muss, wenn es der Billigkeit nicht entspricht. Vorliegend entsprach es deshalb nicht der Billigkeit, weil es das Liquiditätsrisiko ungerechtfertigt dem Schuldner aufbürdete.

367

**Zusammenfassung zur Abtretung einer nicht bestehenden Forderung:**

Leistet der (Putativ-)Schuldner auf eine abgetretene, in Wirklichkeit nicht bestehende Forderung, ist aus Wertungsgesichtspunkten dem Schuldner das Recht zuzubilligen, entgegen der Grundregel den Kaufpreis vom Zedenten zu kondizieren.

368

**b.) Unwirksame Abtretung einer bestehenden Forderung**

Fraglich ist, ob das Gleiche auch für den Fall gilt, dass der Schuldner in der irrigen Annahme, eine bestehende Forderung sei durch Abtretung oder in anderer Weise übergegangen, an den vermeintlichen Erwerber leistet. Diese Konstellation ist regelmäßig mit Fragen des Minderjährigenrechts verbunden.

369

**Beispiel:** Nachdem die o.g. Sache rückabgewickelt ist und V die Skulptur auch zurück- erhalten hat, verkauft sie sie diesmal an die wohlhabende, aber erst 17 Jahre alte Kuni- gunde. Die Eltern der K haben diesem Geschäft zugestimmt. Zur Begleichung ihrer Schuld tritt sie allerdings ihren Lohnzahlungsanspruch, den sie gegen ihren Arbeitgeber Amadeus hat, ohne Einverständnis ihrer Eltern an V ab. A überweist „wunschgemäß“ das Geld an V. Als die Eltern von dieser Abtretung erfahren, berufen sie sich auf die Unwirksamkeit der Abtretung und fordern A auf, K den ihr zustehenden Lohn zu zahlen. Mit Recht?

370

Hinsichtlich der behaupteten Unwirksamkeit der Abtretung haben die Eltern Recht, weil § 113 I BGB nicht die Abtretung von Lohnzahlungsansprüchen umfasst. Daher können die Eltern den im Namen ihrer Tochter geltend gemachten Lohnzahlungsanspruch gem. § 611 I BGB geltend machen.

Fraglich ist, ob A gegen V über § 812 I S. 1 Var. 1 BGB einen Rückzahlungsanspruch hat. Dazu müsste sich seine Zahlung an V als Leistung dargestellt haben.

Legt man bei der Bestimmung der Leistungsverhältnisse den grds. maßgeblichen objek- tivierten Empfängerhorizont zugrunde, ist die Zahlung des A an V als Leistung i.S.d. § 812 I S. 1 Var. 1 BGB zu qualifizieren. Denn A glaubte, der Lohnzahlungsanspruch der K sei durch die Abtretung an V auf diese übergegangen, sodass er nun ihr gegenüber verpflichtet sei.

<sup>387</sup> So vertreten von *Medicus/Petersen*, BR, Rn 685; *Schmidt-Kessel/Hadding*, in: Soergel, § 812 Rn 129; *Dörner*, NJW 1990, 473 ff.; *Bayer*, JuS 1990, 883, 884 ff.; *Tiedtke*, WM 1999, 517 ff.

<sup>388</sup> Anders *Medicus/Petersen* (BR, Rn 685), nach deren Auffassung das Liquiditätsrisiko des neuen Gläubigers zu den Lasten gehört, welche die §§ 398 ff. BGB dem Schuldner zumuten.

<sup>389</sup> Vgl. auch BGH ZIP 2002, 1419; BGHZ 105, 365, 368 ff.; 122, 46, 49 ff.; 82, 28, 30; *Schwab*, in: MüKo, § 812 Rn 121; *Lorenz*, in: Staudinger, § 812 Rn 41; *Buck-Heeb*, in: Erman, § 812 Rn 36; *Sprau*, in: Grüneberg, § 812 Rn 77.

Diese Leistung erfolgte auch ohne Rechtsgrund, weil die Abtretung (die an sich den Rechtsgrund bilden würde) wegen der verweigerten Genehmigung der Eltern unwirksam war (vgl. § 108 I BGB). Daran ändert auch die Regelung des § 409 BGB (Abtretungsanzeige) nichts, da die Abtretungsanzeige ein Rechtsgeschäft darstellt und die Verweigerung der Genehmigung sich einheitlich auf den gesamten Abtretungsvorgang erstreckt. V hatte also gar keine Forderung gegen A.

Da sich die Stellung des Schuldners durch die Zession aber nicht verschlechtern darf, ist fraglich, ob diesem Ergebnis nicht Wertungsgesichtspunkte entgegenstehen. Auf der anderen Seite würde eine Korrektur wiederum zu Lasten des Minderjährigenschutzes gehen. Letztlich besteht ein Spannungsverhältnis zwischen dem Schuldnerschutz (Liquiditätsrisiko nur zu Lasten desjenigen, der sich seinen Vertragspartner zuvor auch selbst ausgesucht hat) und dem Minderjährigenschutz. Wegen der hohen Stellung, die das BGB dem Minderjährigenschutz eingeräumt hat, wird das Spannungsverhältnis stets i.S.d. Minderjährigenschutzes zu lösen sein.<sup>390</sup>

Ergebnis: A hat gegen V gem. § 812 I S. 1 Var. 1 BGB einen Rückzahlungsanspruch.

371

**Zusammenfassung zur unwirksamen Abtretung einer bestehenden Forderung:** Leistet der Schuldner in der irrigen Annahme, eine bestehende Forderung sei durch Abtretung oder in anderer Weise übergegangen, an den vermeintlichen Erwerber, liegt zwischen ihm und dem vermeintlichen Erwerber eine Leistungsbeziehung vor, innerhalb derer die Rückabwicklung vorzunehmen ist. Zwar kann man anhand von Wertungsgesichtspunkten diskutieren, dem Schuldner das Recht zuzubilligen, entgegen der Grundregel den Kaufpreis vom Zedenten zu kondizieren. Ist der Zedent aber minderjährig und haben die gesetzlichen Vertreter die Abtretung nicht genehmigt, entspricht es dem Minderjährigenschutz, den Minderjährigen aus der Rückabwicklung herauszuhalten. In diesem Fall bleibt es bei der Grundregel, dass innerhalb desjenigen Leistungsverhältnisses abzuwickeln ist, in dem der Rechtsgrund fehlt.

### i. Kritik an dem herrschenden Leistungsbegriff

372

Der von der h.M. vertretene Leistungsbegriff wird teilweise als zu starr bezeichnet. Insbesondere bei Mehrpersonenverhältnissen wird kritisiert, mit ihm ließen sich zu viele Probleme nicht interessengerecht lösen.<sup>391</sup> Dieser Auffassung ist zwar zuzugeben, dass sie unter Hinzuziehung materieller Kriterien losgelöst von formalen Zwängen bemüht ist, eine gerechte Einzelfallentscheidung herbeizuführen. Doch fehlt ihr gerade dadurch die Tauglichkeit der Anwendung in der Praxis, wodurch zugleich ein Stück Rechtssicherheit verloren geht. Daher sollte man nach wie vor bei der Lösung eines bereicherungsrechtlichen Falls zunächst von dem von der h.M. verwendeten Leistungsbegriff ausgehen und lediglich bei der Bestimmung der Leistungsverhältnisse bei Mehrpersonenbeziehungen bzw. bei der Beteiligung von Minderjährigen prüfen, ob Korrekturen des Leistungsbegriffs aufgrund gesetzlicher Wertentscheidungen erforderlich sind.

<sup>390</sup> Vgl. dazu auch BGHZ 113, 62, 68 ff.; OLG Düsseldorf VersR 2000, 1529; *Sprau*, in: Grüneberg, § 812 Rn 77.

<sup>391</sup> Siehe nur *Larenz/Canaris*, § 70 VI 2; *Brox/Walker*, § 40 Rn 9.

## 2. *Condictio ob causam finitam* - § 812 I S. 2 Var. 1 BGB

Diese Leistungskondiktion unterscheidet sich von der *condictio indebiti* dadurch, dass der Rechtsgrund für die Leistung zwar im Zeitpunkt der Leistungserbringung bestand, später<sup>392</sup> aber weggefallen wäre, wenn ihn der Leistende nicht schon vorher durch Leistung zum Erlöschen gebracht hätte (**Leistungskondiktion wegen späteren Wegfalls des Rechtsgrundes**).<sup>393</sup> Gründe für den späteren (hypothetischen) Wegfall des Rechtsgrundes sind insbesondere:

373

- Eintritt einer auflösenden Bedingung (§ 158 II BGB)
- Eintritt eines Endtermins
- Vertragsaufhebung
- Leistungen nur vorläufiger Natur
- Widerruf einer vollzogenen Schenkung nach §§ 530, 531 II BGB
- Anfechtung des Verpflichtungsgeschäfts (str.)

Von besonderer Bedeutung ist die Frage, ob in Fällen einer **Anfechtung** (bspw. wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung) die *condictio indebiti* oder die *condictio ob causam finitam* einschlägig ist. Wie bereits mehrfach erörtert, ist diese Frage nicht nur akademischer Natur, sondern vor allem dann relevant, wenn der Ausschlussstatbestand des **§ 814 BGB** vorliegt, der sich lediglich auf den Kondiktionstatbestand der *condictio indebiti* bezieht.

374

■ Teilweise wird die Rückabwicklung eines erfolgreich angefochtenen Rechtsgeschäfts wegen der mit der Anfechtung verbundenen rückwirkenden Nichtigkeitsfolge (vgl. § 142 I BGB) über § 812 I S. 1 Var. 1 BGB (*condictio indebiti*) vorgenommen.<sup>394</sup> Diese Auffassung behandelt den Fall unter Verweis auf § 142 I BGB also so, als habe der Rechtsgrund von Anfang an nicht bestanden.

375

■ Demgegenüber nimmt die Gegenauffassung die Rückabwicklung eines wegen Anfechtung vernichteten Leistungsverhältnisses über § 812 I S. 2 Var. 1 BGB (*condictio ob causam finitam*) vor.<sup>395</sup> Dem ist zuzustimmen. Zwar ist richtig, dass die Anfechtung das Rechtsgeschäft i.d.R. rückwirkend vernichtet, entscheidend ist jedoch, dass zum Zeitpunkt der Leistung der Rechtsgrund nun einmal bestand und das Rechtsgeschäft daher bis zur Anfechtungserklärung als wirksam zu behandeln ist. Hinzu kommt, dass § 812 I S. 2 Var. 1 BGB explizit von einem späteren Wegfall des rechtlichen Grundes spricht. Begriffslogisch kann nur etwas wegfallen, was zunächst einmal da war, was klar dafür spricht, die Irrtumsanfechtung unter die *condictio ob causam finitam* zu subsumieren. Schließlich ist zu beachten, dass die Rückwirkung auch rechtsdogmatisch nur eine Fiktion darstellt und zudem noch nicht einmal ausnahmslos gilt. So werden das fehlerhafte Arbeitsverhältnis und die fehlerhafte Gesellschaft bekanntermaßen nur mit Wirkung für die Zukunft (*ex nunc*) korrigiert bzw. vernichtet.<sup>396</sup> Daher scheint es insgesamt angebracht, ein durch Anfechtung vernichtetes Rechtsgeschäft über § 812 I S. 2 Var. 1 BGB rückabzuwickeln.

376

**Beispiel:** Elisa verkauft und übereignet an Kimberly einen antiken Kompass, den sie vor einigen Monaten von ihrem verstorbenen Großvater geerbt hat. Dabei ist E von K

<sup>392</sup> Streng genommen ist die Verwendung des Adverbs „später“ tautologisch, weil ein Wegfall immer später stattfindet. Da die Formulierung aber Gesetzestext ist, wird sie auch vorliegend verwendet.

<sup>393</sup> Vgl. BGH NJW 2002, 436 ff.

<sup>394</sup> So Schmidt-Kessel/Hadding, in: Soergel, § 812 Rn 184, 189; Wendehorst, in: Bamberger/Roth, 3. Aufl. 2012, § 812 Rn 63; Busche, in: MüKo, § 142 Rn 15; Lorenz, in: Staudinger, § 812 Rn 88.

<sup>395</sup> Sprau, in: Grüneberg, § 812 Rn 26; Musielak/Hau, GK, Rn 728; Brox/Walker, § 40 Rn 30; Stadler, in: Jauernig, § 812 Rn 14; Schwab, in: MüKo, § 812 Rn 183; R. Schmidt, BGB AT, Rn 1268. Die Rspr. legt sich zumeist nicht fest und stützt den Anspruch schlicht auf § 812 I BGB (vgl. z.B. BGH NJW 2002, 612, 613). Das ist aus der Sicht des BGH zwar möglich, sofern der Ausschlussstatbestand des § 814 BGB nicht vorliegt, in der Fallbearbeitung wird aber eine Festlegung erwartet.

<sup>396</sup> Ganz ähnlich nun auch Conrad, JuS 2009, 397, 398.

über das Alter und die Herkunft des Kompasses getäuscht worden. Nachdem E über die Sachlage aufgeklärt worden ist, ficht sie „das Geschäft“ an (§§ 123 I Var. 1, 142 I BGB).

Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB?

E könnte gegen K einen Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB haben. Dazu müsste E zunächst noch Eigentümerin sein. Ursprünglich war sie es. Sie könnte aber Eigentum gem. § 929 S. 1 BGB verloren haben. Die diesbezüglichen Voraussetzungen liegen an sich vor: E hat den Kompass an K übereignet und übergeben. Der Übereignungstatbestand könnte aber gem. § 138 I BGB nichtig sein. Jedoch wäre das Gestaltungsrecht des § 123 BGB gegenstandslos, nähme man bei täuschungs- oder drohungsbedingten Vertragsabschlüssen § 138 BGB an. Denn § 138 BGB hat *unabhängig vom Willen des Betroffenen* zwingend die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge und lässt dem Gläubiger nicht die Wahl, durch Nichtvornahme der Anfechtung den Vertrag „laufen zu lassen“.<sup>397</sup> Um daher das Gestaltungsrecht nach § 123 BGB nicht leerlaufen zu lassen und dem Gläubiger nicht die Dispositionsbefugnis zu nehmen, ist ein täuschungs- oder drohungsbedingter Vertragsabschluss grundsätzlich lediglich nach § 123 BGB anfechtbar. Dann steht es im Ermessen des Gläubigers, durch Anfechtung die Nichtigkeit des Geschäfts herbeizuführen oder durch Verzicht auf die Anfechtung das Geschäft zu halten und stattdessen z.B. Mängelrechte aus § 437 BGB, die einen wirksamen Vertrag voraussetzen, geltend zu machen.

Der Übereignungstatbestand könnte aber gem. § 142 I BGB nichtig sein aufgrund der erklärten Anfechtung. Anfechtbar sind grundsätzlich alle Willenserklärungen. Voraussetzung ist aber, dass ein Anfechtungsgrund besteht. Vorliegend ist E bei der Abgabe ihrer Willenserklärung in Bezug auf den Kaufvertrag getäuscht worden. Daher konnte E jedenfalls diesbezüglich die Anfechtung erklären mit der Folge der Nichtigkeit des Kaufvertrags (§ 142 I BGB). Das sachenrechtliche Verfügungsgeschäft bleibt davon grundsätzlich unberührt (Trennungs- und Abstraktionsprinzip). Soll auch die Willenserklärung bezüglich des sachenrechtlichen Verfügungsgeschäfts durch Anfechtung vernichtet werden, bedarf es auch hierzu eines Anfechtungsgrunds. Daran fehlt es grundsätzlich, da sich in den Fällen der §§ 119, 120 und 123 I Var. 1 BGB der Fehler regelmäßig nur auf die Ebene des Kausalgeschäfts bezieht. Bei der Übereignung liegt regelmäßig kein Irrtum vor und aus dem Gesetz lässt sich auch keine „Fortwirkung“ des Willensmangels entnehmen. Das bedeutet für den vorliegenden Fall: E hat ebenjenen Kompass übereignet, den sie übereignen wollte. Die Fehlvorstellung betraf lediglich die Kaufvertrags-ebene. Blicke es also bei der Nichtanfechtbarkeit der Übereignung, wäre Konsequenz, dass K (zunächst) wirksam Eigentümerin bliebe und als Berechtigte frei verfügen könnte, u.a. gem. § 929 S. 1 BGB weiterverfügen könnte, ohne dass es auch auf die Gutgläubigkeit des Erwerbers (§ 932 BGB) ankäme. Zudem wäre der Kompass dem Zugriff anderer Gläubiger ausgesetzt, wenn diese in das Vermögen der K vollstreckten. Dies alles erscheint unbillig angesichts des Verhaltens der K. Daher hat der BGH die Figur der „Fehleridentität“ etabliert. Im Falle der arglistigen Täuschung erstreckte sich der Unwirksamkeitsgrund bezüglich des Verpflichtungsgeschäfts auf das Verfügungsgeschäft; der Fehler im Kausalgeschäft bestehe regelmäßig auch noch beim Abschluss des Verfügungsgeschäfts fort.

Streng genommen verbietet sich diese Begründung. Denn wie aufgezeigt, muss sich der Anfechtungsgrund auf die angefochtene Willenserklärung beziehen und aus dem Gesetz lässt sich keine „Fortwirkung“ des Willensmangels entnehmen. Davon geht auch § 142 I BGB aus. Bei der Übereignung des Kompasses lag aber keine Täuschungshandlung vor; vielmehr beschränkte sich der Erklärungswert der Täuschung auf die Abgabe der Kaufvertragserklärung.

Gleichwohl ist es in der Sache richtig, aus den genannten Gründen auch die Unwirksamkeit des Verfügungsgeschäfts anzunehmen. Rechtsmethodisch lässt sich dies über die Figur der teleologischen Extension begründen: Der Anwendungsbereich des § 142 I

---

<sup>397</sup> Zur Begründung siehe näher R. Schmidt, BGB AT, Rn 1180.

BGB wird über eine Ausweitung der „anfechtbaren Willenserklärung“ auf die sachrechtliche Verfügung erstreckt.

Erstreckt sich (mit dieser Begründung!) die Anfechtung der E damit auf die Übereignung, wird sie im Ergebnis aufgrund der Rückwirkungsfiktion des § 142 I BGB so behandelt, als sei sie Eigentümerin geblieben. Sie kann also gem. § 985 BGB den Kompass vindizieren.

Herausgabeanspruch gem. § 812 I S. 2 Var. 1 BGB?

Ebenfalls könnte E einen bereicherungsrechtlichen Anspruch aus § 812 I S. 2 Var. 1 BGB auf Herausgabe des Kompasses haben. K hat „etwas“ erlangt, nämlich Besitz<sup>398</sup> an dem Kompass. Bezüglich dieses Besitzerwerbs ist der rechtliche Grund für das Behaltendürfen aufgrund der Anfechtung des Kausalgeschäfts (des Kaufvertrags) später weggefallen. E kann also Besitz am Kompass gem. § 812 I S. 2 Var. 1 BGB von K kondizieren. Umgekehrt hat K einen Kondiktionsanspruch gegen E hinsichtlich des Kaufpreises.

Anm.: Aber auch wenn man die Rückabwicklung eines erfolgreich angefochtenen Rechtsgeschäfts über § 812 I S. 1 Var. 1 BGB vornimmt, ist damit eine Kondiktion trotz Vorliegens der Voraussetzungen des Ausschlussstatbestands des § 814 BGB noch nicht zwangsläufig ausgeschlossen. Zwar ist dieser Ausschlussstatbestand an sich einschlägig, er darf für den Fall der Anfechtung aber nicht angewendet werden. Denn trotz Kenntnis der Anfechtbarkeit ist der Leistende bis zur Erklärung der Anfechtung zur Leistung verpflichtet. Dieser Pflicht kann er sich nicht entziehen. Daher kann die Vorschrift des § 814 BGB als besondere Ausprägung des Verbots widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*) ihren Zweck nicht erfüllen; sie muss unberücksichtigt bleiben.

Die Kondiktion ist aber aus einem anderen Grund ausgeschlossen: Wenn der Leistende anfechtungsberechtigt ist und er in Kenntnis dieses Rechts die Leistung erbringt (vgl. § 142 II BGB), wird regelmäßig eine Bestätigung des anfechtbaren Rechtsgeschäfts vorliegen, sodass eine Anfechtung ausgeschlossen ist (§ 144 BGB)<sup>399</sup> und damit ein Bereicherungsanspruch nach allen Auffassungen entfällt.

Zu beachten ist darüber hinaus, dass bei Ausübung eines (vertraglichen oder gesetzlichen) **Rücktrittsrechts** durch Rücktrittserklärung allein die strengeren Vorschriften der §§ 346 ff. BGB eingreifen (vgl. etwa § 437 Nr. 2 BGB). Die Tatbestände der §§ 812 ff. BGB sind *a priori* ausgeschlossen. Bei Ausübung eines *gesetzlichen* Rücktrittsrechts besteht allerdings die Besonderheit, dass in § 346 III S. 2 BGB wiederum auf die *Rechtsfolgen* der §§ 812 ff. BGB verwiesen wird. 377

Liegt eine **Störung der Geschäftsgrundlage** vor, ist der Vertrag grds. an die geänderten Umstände anzupassen (§ 313 I BGB); sollte eine Vertragsanpassung nicht möglich oder für eine Vertragspartei unzumutbar sein, kommt nicht etwa eine Rückabwicklung über § 812 I S. 2 Var. 1 BGB in Betracht, sondern über die Rücktrittsregeln nach §§ 346 ff. BGB. Dies stellt § 313 III BGB klar. 378

Auch im **Scheidungsrecht** ist die Rückabwicklung einer gescheiterten Ehe grds. nicht über § 812 I S. 2 Var. 1 BGB, sondern über die speziellen Regeln des Scheidungsrechts (§§ 1363 ff.; 1564 ff. BGB) vorzunehmen. Das gilt auch für während der Ehe gemachte Zuwendungen (Schenkungen i.S.d. § 516 BGB) oder einen Rechtserwerb nach § 965 BGB. Eine Schenkung liegt vor, wenn die Zuwendung unentgeltlich und freigiebig, insbesondere ohne Erwartung des Fortbestands der Ehe erfolgt. Scheitert die Ehe, sind Schenkungen im Rahmen des späteren Zugewinnausgleichs ausgleichspflichtig. Eine Rückabwicklung kann auch über §§ 528, 530 BGB erfolgen. Soll(te) die Zuwendung aber der ehelichen Lebensgemeinschaft dienen, spricht man von einer sog. ehebedingten oder unbenannten Zuwendung unter Ehegatten. Das gilt selbst 379

<sup>398</sup> Nicht auch Eigentum, da E – wie geprüft – auch die Übereignungserklärung anfechten konnte.

<sup>399</sup> Zur Leistung in Kenntnis der Anfechtbarkeit vgl. *Weishaupt*, JuS 2001, L 89 f.

dann, wenn keine oder nur eine teilweise Gegenleistung vereinbart wird. Da hier gerade keine Schenkung i.S.d. § 516 BGB vorliegt, kann die Zuwendung auch nicht gem. § 528 BGB zurückgefordert oder gem. § 530 BGB widerrufen werden. Hinsichtlich der Rückabwicklung greifen die güterrechtlichen Regelungen („Zugewinnausgleich“) und subsidiär die Grundsätze über die Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 I BGB). Besonders problematisch ist die Frage nach der Rückabwicklung von Zuwendungen, die von den Schwiegereltern erbracht worden sind, solche Zuwendungen meist in der Erwartung erfolgen, dass die Ehe dauerhaft besteht: Nach bisheriger Rechtsprechung hatten Schwiegereltern hinsichtlich der gegenüber ihrem Schwiegerkind gemachten Zuwendungen bei nachträglichem Scheitern der Ehe zwar einen grundsätzlichen Ausgleichsanspruch nach den Grundsätzen über die Störung der Geschäftsgrundlage. Voraussetzung war aber, dass sich die Beibehaltung der geschaffenen Vermögenslage als für den Zuwendenden unzumutbar erwies. Das wiederum hat die bisherige Rechtsprechung verneint, wenn die Ehegatten im gesetzlichen Güterstand der Zugewinngemeinschaft gelebt hatten. Denn dann partizipiere das eigene Kind im Rahmen des Zugewinnausgleichs angemessen an der Zuwendung. Diese Rechtsprechung hat der BGH nunmehr aufgegeben. Er hat entschieden, dass Zuwendungen der Eltern, die um der Ehe ihres Kindes Willen an das (künftige) Schwiegerkind erfolgen, nicht als unbenannte Zuwendungen, sondern als Schenkungen zu qualifizieren seien.<sup>400</sup> Auf derartige Schenkungen sei im Rahmen einer etwaigen Rückabwicklung jedoch nicht das Schenkungsrecht, sondern es seien (wie bei den unbenannten Zuwendungen unter Ehegatten) die Grundsätze der **Störung der Geschäftsgrundlage** anzuwenden. Lag der Zweck der schwiegerelterlichen Zuwendung darin, dass der Zuwendungsgegenstand (auch) dem eigenen Kind zugutekommt, indem dessen Ehe fortbesteht, ist nach dem Scheitern der Ehe auch ein **bereicherungsrechtlicher Anspruch** aus § 812 I S. 2 Var. 2 BGB (Zweckverfehlung, dazu sogleich Rn 382 ff.) denkbar.<sup>401</sup>

**380** Als **Ausschlusstatbestände** kommen nur die gleichermaßen für alle Leistungskonditionen geltenden **§§ 817 S. 2 und 241a BGB** in Betracht. Insoweit besteht volle Kongruenz zur *condictio indebiti*.

**381**

### Voraussetzungen und Rechtsfolgen der *condictio ob causam finitam*

#### **I. Etwas erlangt**

Volle Kongruenz zur *condictio indebiti*

#### **II. Durch Leistung eines anderen**

Volle Kongruenz zur *condictio indebiti*

#### **III. Späterer Wegfall des rechtlichen Grundes**

Der Rechtsgrund für die Leistung bestand zwar im Zeitpunkt der Leistungserbringung, wäre später aber weggefallen, wenn ihn der Leistende nicht schon vorher durch Leistung zum Erlöschen gebracht hätte. Gründe für den späteren (hypothetischen) Wegfall des Rechtsgrundes sind insbesondere der Eintritt einer auflösenden Bedingung und die Anfechtung. Hinsichtlich des Rechtsgrundes besteht volle Kongruenz zur *condictio indebiti*.

#### **IV. Ausschluss des Tatbestands durch § 817 S. 2 oder § 241a BGB**

Volle Kongruenz zur *condictio indebiti*

#### **V. Umfang des Bereicherungsanspruchs (Rechtsfolge)**

Volle Kongruenz zur *condictio indebiti*

<sup>400</sup> BGHZ 184, 190 ff. unter Aufgabe seiner bisherigen Rspr. (vgl. etwa BGHZ 129, 259, 263; BGH FamRZ 2006, 394 m.w.N.). Danach galt: Erfolgte die Zuwendung der Eltern zugunsten ihres Kindes als auch zugunsten ihres Schwiegerkindes, wurde die Zuwendung an das Schwiegerkind als ehebezogene Zuwendung, die Zuwendung an das eigene Kind hingegen als Schenkung angesehen.

<sup>401</sup> Vgl. dazu BGHZ 184, 190 ff. und ausführlich nebst Beispielsfall *R. Schmidt*, FamR, 11. Aufl. 2022, Rn 226 f.

### 3. *Condictio ob rem* - § 812 I S. 2 Var. 2 BGB

Gemäß dieser Leistungskondiktion, die teilweise auch *condictio causa data causa non secuta* genannt wird, fehlt ein Rechtsgrund für das Behaltendürfen, wenn der „**mit einer Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt**“.

382

#### Voraussetzungen und Rechtsfolgen der *condictio ob rem*

383

##### I. Etwas erlangt

Volle Kongruenz zur *condictio indebiti*

##### II. Durch Leistung eines anderen

Volle Kongruenz zur *condictio indebiti*

##### III. Nichteintritt des mit der Leistung bezweckten Erfolgs

Bei dieser Kondiktion fehlt ein Rechtsgrund für das Behaltendürfen, wenn der „mit einer Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt“.

- Zunächst muss mit der Leistung ein Erfolg bezweckt sein. Damit ist nicht der Erfolg „Schuldtilgung“ gemeint, den jemand bezweckt, wenn er zur Erfüllung einer Verbindlichkeit leistet. Eine solche Leistung erfolgt *solvendi causa* (= um zu erfüllen). Wird dieser Erfolg nicht erreicht, weil die Verbindlichkeit nicht besteht (Beispiel: Kaufvertrag ist nichtig), greift bereits § 812 I S. 1 Var. 1 BGB ein. Nicht zu einer *condictio ob rem* führt auch der Fall, dass jemand in Erfüllung eines gegenseitigen Vertrags leistet, um die Gegenleistung des Vertragspartners zu erlangen; dieser Tatbestand ist in den §§ 320 ff. BGB speziell geregelt. Ein Bereicherungsanspruch aus § 812 I S. 2 Var. 2 BGB scheidet auch dann aus, wenn jemand zur Erfüllung einer bestehenden Verbindlichkeit leistet und sich herausstellt, dass die Geschäftsgrundlage fehlte oder inzwischen weggefallen ist; denn die Leistung ist mit Rechtsgrund erbracht. In einem solchen Fall sind allein die Regeln über die Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) anwendbar.

Raum für einen Bereicherungsanspruch wegen Nichteintritts des bezweckten Erfolgs besteht also nur dort, wo jemand **eine Leistung erbringt, um den Empfänger zu einem bestimmten Verhalten zu bewegen, auf das der Leistende keinen Anspruch hat**, und dieser Erfolg nicht eingetreten ist.

Eine *condictio ob rem* ist auch dann nicht ausgeschlossen, wenn **die vereinbarte Zweckbestimmung neben einen anderen Rechtsgrund tritt**.

- Zur Bejahung der Zweckverfolgung genügt ein einseitiges Motiv des Leistenden nicht. Vielmehr müssen sich *beide Parteien* über den Zweck der Leistung (wenigstens stillschweigend) verständigt haben (sog. Zweckverständigung). Zur Annahme einer stillschweigenden Zweckverständigung reicht es allerdings aus, dass der Empfänger die Erwartung des Leistenden kennt und durch die Annahme zu verstehen gibt, dass er die Zweckbestimmung billigt.

##### IV. Ausschluss des Tatbestands durch § 815 BGB

Trotz Nichteintritts des bezweckten Erfolgs ist die *condictio ob rem* gem. § 815 BGB in zwei Fällen ausgeschlossen:

- Der Erfolgseintritt war von Anfang an unmöglich und der Leistende hat dies gewusst. In diesem Fall ist der Leistende unter dem Gesichtspunkt *venire contra factum proprium* nicht schutzwürdig.
- Der Leistende hat den Erfolgseintritt treuwidrig verhindert. Mit diesem Ausschlussstatbestand hat der Gesetzgeber die gleiche Wertung getroffen wie bei einer unzulässigen Verhinderung des Eintritts einer Bedingung (§ 162 I BGB).

##### V. Ausschluss des Tatbestands durch § 817 S. 2 BGB oder § 241a BGB

Volle Kongruenz zur *condictio indebiti*

##### VI. Umfang des Bereicherungsanspruchs (Rechtsfolge)

Volle Kongruenz zur *condictio indebiti*

### III. Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung, § 826 BGB

- 768 Einen weiteren Haftungstatbestand bildet § 826 BGB. Nach dieser Bestimmung macht sich Schadensersatzpflichtig, wer in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt.

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Ebenso wie § 823 I und II BGB setzt auch § 826 BGB Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Verantwortlichkeit voraus.

- Der **Tatbestand** ist verwirklicht, wenn der Täter durch eine vorsätzliche sittenwidrige Handlung einem anderen in zurechenbarer Weise Schaden zufügt. Mit Schaden ist nicht nur jeder Vermögensschaden gemeint, sondern es sind auch ungewollte Verpflichtungen und der immaterielle Schaden erfasst. Sittenwidrig ist nach der Rechtsprechung ein Verhalten, das nach seinem durch umfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermittelnden Gesamtcharakter gegen das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ verstößt. Nach dem hier vertretenen Ansatz ist auf die Grundrechte abzustellen, die über die Figur der mittelbaren Drittwirkung bei der Auslegung des Begriffs der Sittenwidrigkeit maßgeblich sind. Ist ein Verhalten mit den Grundrechten der anderen Partei schlechterdings unvereinbar, wird man Sittenwidrigkeit bejahen müssen. Schließlich muss die Schädigung vorsätzlich sein. Hierzu sind – wie der BGH klarstellt – ein Wissens- und ein Wollenselement erforderlich. Der Handelnde müsse die Schädigung und den möglicherweise eintretenden Schaden des Anspruchstellers gekannt bzw. vorausgesehen und in seinen Willen aufgenommen, jedenfalls aber für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen haben (bedingter Vorsatz).<sup>936</sup> Bei einer juristischen Person ist (wegen fehlender Handlungsfähigkeit) erforderlich, dass ein verfassungsmäßig berufener Vertreter i.S.d. § 31 BGB den objektiven und subjektiven Tatbestand des § 826 BGB verwirklicht hat.<sup>937</sup> Im Übrigen muss die anspruchsvoraussetzenden Tatsachen grds. der Geschädigte beweisen.<sup>938</sup>
- Hinsichtlich der **Rechtswidrigkeit** ist zu beachten, dass eine sittenwidrige Schadenszufügung stets rechtswidrig sein dürfte. Daher erübrigt es sich, im Rahmen des § 826 BGB die Rechtswidrigkeit separat neben der (auf Tatbestandsebene zu prüfenden) Sittenwidrigkeit eines Verhaltens zu prüfen. Da das Verhalten des in Anspruch Genommenen aber nicht sittenwidrig ist, wenn dieser sich auf einen anerkannten Rechtfertigungsgrund stützen kann, fehlt es bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes folgerichtig an der Sittenwidrigkeit, also am Tatbestand. Daraus folgt, dass bei der Prüfung der Sittenwidrigkeit bereits auf Rechtfertigungsgründe einzugehen ist, sofern der Sachverhalt Anlass dazu bietet.
- Da es sich bei § 826 BGB um einen Verschuldenstatbestand handelt, ist schließlich auf dritter Ebene die **Verantwortlichkeit** zu prüfen. Der Täter muss zunächst deliktstfähig sein. Bei juristischen Personen greift § 31 BGB. Anders als § 823 BGB, der auch Fahrlässigkeit genügen lässt, verlangt § 826 BGB Vorsatz. Ein „fahrlässiges sittenwidriges Verhalten“ wäre ohnehin nicht denkbar.

## 1. Objektiver Tatbestand

### a. Schadenszufügung

- 769 Nach allgemeiner Auffassung schützt § 826 BGB vor jeder nachteiligen Einwirkung auf die Vermögenslage, aber auch vor jeder Beeinträchtigung eines rechtlich anerkannten Interesses oder vor einer Belastung mit einer ungewollten Verpflichtung.<sup>939</sup> Unter

<sup>936</sup> BGH NJW 2021, 3330, 3331 mit Verweis auf BGHZ 108, 134, 143; 160, 149; 175, 58; BGH NJW 2020, 1962, 1969.

<sup>937</sup> BGH NJW 2017, 250, 251 m.w.N.

<sup>938</sup> Allgemeiner Grundsatz, insoweit lediglich klarstellend OLG Brandenburg 19.12.2019 – 5 U 103/18.

<sup>939</sup> BGHZ 160, 149, 153 mit Verweis auf *Wagner*, in: MüKo, 4. Auflage, § 826 Rn 6 m.w.N.; ausdrücklich auch BGH NJW 2020, 1962, 1968: „... muss sich der Geschädigte auch von einer auf dem sittenwidrigen Verhalten beruhenden Belas-

„Schaden“ i.S.v. § 826 BGB sind also nicht nur Vermögensseinbußen (auch der **reine Vermögensschaden** ist – im Gegensatz zu § 823 I BGB – erfasst), sondern auch ungewollte Verpflichtungen und der immaterielle Schaden zu verstehen.<sup>940</sup> Unter den Voraussetzungen des § 253 II BGB ist daher auch Schmerzensgeld zu zahlen. Schließlich gewährt die Rechtsprechung u.U. auch – im Rahmen der nach § 249 I BGB vom Schädiger vorzunehmenden Naturalrestitution – eine (Rück-)Zahlung des Kaufpreises, der aufgrund einer ungewollten Verpflichtung gezahlt worden war, und das selbst dann, wenn zwischen dem Schädiger und dem Geschädigten kein Vertragsverhältnis bestand (etwa in dem Fall, dass ein Kfz-Hersteller das Abgasreinigungssystem manipuliert; dann kann der Geschädigte den an den Verkäufer gezahlten Kaufpreis beim Hersteller als Schaden geltend machen).<sup>941</sup>

## b. Sittenwidrige Handlung

Wie ausgeführt, gewährt § 826 BGB Schadensersatz bei einer vorsätzlichen sittenwidrigen schadensverursachenden Handlung des Täters. Darüber, was unter „sittenwidrig“ zu verstehen ist, besteht Unklarheit. Nach der Rechtsprechung ist ein Verhalten sittenwidrig, wenn es nach seinem durch **umfassende Würdigung** von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermittelnden Gesamtcharakter gegen das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ verstößt.<sup>942</sup> Doch mit dieser Formel ist das Problem nicht wirklich gelöst. Im Gegenteil ist nun die Frage zu beantworten, was unter „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ zu verstehen ist. Klar dürfte jedenfalls sein, dass es nicht auf die moralisch besonders hochstehende Auffassung bestimmter Kreise ankommt. Das zur Entscheidung angerufene Gericht darf bei der Beurteilung daher nicht einfach von seinem eigenen Anstandsgefühl ausgehen. Es hat vielmehr auf das Anstandsgefühl des „anständigen Durchschnittsmenschen“ abzustellen. Doch wie muss sich der Durchschnittsmensch verhalten, um „anständig“ zu sein? Insgesamt scheint es weniger auf ein rechtliches als auf ein gesellschaftliches, insbesondere soziologisches Verständnis anzukommen. Da die herrschenden sozialen und ethischen Wertvorstellungen oft aber nur schwer feststellbar sind, ist fraglich, ob die Einbeziehung der Sittenwidrigkeit in einen Haftungstatbestand nicht zu einer **Verfassungswidrigkeit** (Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz) desselben führt. Wenn man aber von einer **restriktiven** Interpretation dieses Tatbestandsmerkmals ausgeht und darüber hinaus bedenkt, dass der Täter den Schaden auch **vorsätzlich** verursacht haben muss, kann das Verdikt der Verfassungswidrigkeit vermieden werden. Das Verwerfliche kann dann in dem *Zweck* der Handlung (z.B. Existenzgefährdung oder zumindest Vermögensschädigung) sowie in dem angewandten *Mittel* (z.B. Täuschung) liegen. Aber auch aus der *Verknüpfung* eines an sich erlaubten Mittels mit einem nicht zu beanstandenden Zweck (sog. Mittel-Zweck-Relation) kann sich die Sittenwidrigkeit ergeben. Richtigerweise genügt es nach ständiger Rechtsprechung des BGH daher im Allgemeinen nicht, dass der Handelnde eine Pflicht verletzt und einen Vermögensschaden hervorruft. Vielmehr müsse eine besondere Verwerflichkeit seines Verhaltens hinzutreten, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zutage getretenen Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben könne.<sup>943</sup> Damit können also auch die Folgen eines Verhaltens geeignet sein, die Sittenwidrigkeit zu begründen. Das ist nicht ganz unproblematisch, da die Sittenwidrigkeit eine Frage des

770

tung mit einer „ungewollten“ Verpflichtung wieder befreien können. Schon eine solche stellt unter den dargelegten Voraussetzungen einen gem. § 826 BGB zu ersetzenden Schaden dar“.

<sup>940</sup> Vgl. BGHZ 29, 344, 347; BGHZ 160, 149, 153; vgl. auch BGH NJW 1969, 316, 317; 105, 306 ff.; *Sprau*, in: Grüneberg, § 826 Rn 1; *Deutsch/Ahrens*, Rn 235; *Brox/Walker*, § 47 Rn 2. Zum Begriff des Schadens vgl. Rn 1064 ff.

<sup>941</sup> Siehe OLG Köln MDR 2019, 222 f.; OLG Celle 20.11.2019 – 7 U 244/18; OLG Koblenz WM 2019, 1929, 1930 ff.; BGH NJW 2020, 1962, 1969 – dazu Rn 780.

<sup>942</sup> BGH NJW 2020, 1962, 1963; vgl. auch schon BGHZ 10, 228, 232; 69, 295, 297; 141, 357, 361; BGH NJW 2005, 1490 f.; BGH NJW 2014, 1380. Siehe auch BGH DAR 2021, 85, 86 und BGH NJW 2021, 1669, 1670.

<sup>943</sup> BGH NJW 2020, 1962, 1963 mit Verweis auf BGH NJW 2017, 250; BGH NJW 2019, 2164. Siehe auch BGH DAR 2021, 85, 86 und BGH NJW 2021, 1669, 1670.

Tatbestands ist, jedoch akzeptabel, wenn man darauf abstellt, dass die verursachten Folgen gerade das Resultat aus einem verwerflichen Verhalten darstellen.

## 2. Vorsatz

- 771 § 826 BGB verlangt, dass der Täter den Schaden **vorsätzlich** herbeiführt. Wie der BGH klarstellt, enthält auch der gem. § 826 BGB erforderliche Vorsatz ein Wissens- und ein Wollenselement. Der Handelnde müsse die Schädigung und den möglicherweise eintretenden Schaden des Anspruchstellers gekannt bzw. vorausgesehen und in seinen Willen aufgenommen, jedenfalls aber für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen haben (bedingter Vorsatz).<sup>944</sup> Eine **Schädigungsabsicht** (i.S. einer Zielgerichtetheit) ist **nicht** erforderlich.<sup>945</sup> Nicht erforderlich ist auch das Bewusstsein der Sittenwidrigkeit. Der Täter muss nur die **Umstände** gekannt haben, die sein Verhalten als sittenwidrig erscheinen lassen. Hinsichtlich des für möglich gehaltenen **Schadens** ist es – im Gegensatz zu § 823 BGB – nicht erforderlich, dass der Täter die genaue Höhe des Schadens vorhergesehen hat.<sup>946</sup> Eine lediglich vage oder allgemeine Vorstellung von möglichen Schäden genügt allerdings nicht, um den Vorsatz zu bejahen.<sup>947</sup>

## 3. Eigener Ansatz zum Begriff der Sittenwidrigkeit

- 772 Einen rechtsmethodisch zutreffenderen Ansatz stellt es dar, wenn man bei der Auslegung des Begriffs der „Sittenwidrigkeit“ i.S.v. § 826 BGB auf die **Grundrechte** der beteiligten Personen abstellt und diese miteinander und untereinander abwägt. Denn die Grundrechte verkörpern eine **objektive Wertordnung** und gelten für alle Bereiche des Rechts als Richtlinie und Impuls und damit auch mittelbar im Verhältnis der Bürger untereinander.<sup>948</sup> Dieser Effekt wird allgemein **als mittelbare Drittwirkung der Grundrechte** bezeichnet: Der Gewährleistungsgehalt der Grundrechte wirkt über das Medium der Vorschriften, die das einzelne Rechtsgebiet unmittelbar beherrschen. Das gilt insbesondere für die Generalklauseln und sonstigen auslegungsfähigen und auslegungsbedürftigen Rechtsbegriffe, über deren Auslegung die widerstreitenden Grundrechte entscheiden.<sup>949</sup> Ist danach ein Verhalten mit den Grundrechten der anderen Partei schlechterdings unvereinbar, wird man Sittenwidrigkeit bejahen müssen.

## 4. Fallgruppen

- 773 Eine Entscheidungshilfe für die Bestimmung der Sittenwidrigkeit kann das Studieren von Fallgruppen bieten. Allerdings ist zu beachten, dass die Kenntnis von Fallgruppen das eigene Judiz des Fallbearbeiters nicht ersetzen kann. Ohnehin kommt es für eine gute Fallbearbeitung kaum auf die (unreflektierte) Wiedergabe von Fremdauffassungen an; entscheidend ist vielmehr die methodisch korrekte, mit Argumenten untermauerte eigene Auffassung. Freilich soll dies nicht bedeuten, dass die Kenntnis von Fallgruppen nicht nützlich sein kann. Daher seien einige wichtige vorgestellt.<sup>950</sup>

<sup>944</sup> BGH NJW 2021, 3330, 3331 mit Verweis auf BGHZ 108, 134, 143; 160, 149; 175, 58; BGH NJW 2020, 1962, 1969.

<sup>945</sup> BGH NJW 2000, 2896, 2897 mit Verweis auf BGHZ 8, 387, 393.

<sup>946</sup> BGH NJW 2000, 2896, 2897.

<sup>947</sup> Siehe die vorgenannten Nachweise.

<sup>948</sup> Allgemeine Ansicht, vgl. etwa BVerfG NVwZ 2020, 53, 59 („Recht auf Vergessenwerden I“); BVerfG NJW 2018, 1667, 1668 (Stadionverbot); BGH NJW 2015, 489, 491; BGH NJW 2018, 1884, 1886 (jeweils jameda.de); vgl. auch BVerfG NJW 2015, 2485 f.; grundlegend BVerfGE 7, 198, 203 ff. (Lüth).

<sup>949</sup> BGH NJW 1999, 566, 568.

<sup>950</sup> Vgl. auch die umfangreichen Zusammenstellungen der Judikatur bei *Sprau*, in: Grüneberg, § 826 Rn 19 ff.; *Deutsch/Ahrens*, Rn 237 ff.; *Brox/Walker*, § 47 Rn 5 ff.; *Musielak/Hau*, GK, Rn 800.

■ **Arglistiges Verhalten zwecks Abschlusses eines Vertrags (Täuschung)**

Eine arglistige Täuschung etwa durch Irreführung ist ethisch verwerflich und sittenwidrig.<sup>951</sup> Beispiele sind: Abgabe einer bewusst falschen Rechtsauskunft; unrichtige Testierung eines Jahresabschlusses durch einen Wirtschaftsprüfer; wider besseres Wissen aufgestellte konkludente Behauptung der Leistungsfähigkeit einer GmbH durch deren Geschäftsführer gegenüber Vertragspartnern; Verschleiern des Verlustrisikos bei Terminoptionsgeschäften<sup>952</sup>; Vorspiegelung geringerer als der gefahrenen Kilometerzahl beim Verkauf eines Autos; Erteilung einer Falschauskunft auf Anfragen, ob es sich bei dem zu verkaufenden Auto um einen unfallfreies handelt. Die Täuschung eines Minderjährigen über seine Geschäftsfähigkeit ist wohl nicht als sittenwidrig anzusehen (insoweit kommt aber eine Haftung aus § 823 II BGB i.V.m. § 263 I StGB in Betracht).

Das **Verschweigen** von Umständen ist sittenwidrig, wenn sie dem Vertragspartner unbekannt sind, nach Treu und Glauben aber bekannt sein müssen, weil sein Verhalten bei den Vertragsverhandlungen und die von ihm zu treffende Entscheidung davon wesentlich beeinflusst werden; dazu gehört etwa die eigene Zahlungsunfähigkeit (bei Kapitalgesellschaften die Überschuldung), aber auch bspw. der Umstand, dass es sich bei dem zu verkaufenden Auto um einen wiederhergestellten Unfallwagen handelt.

Wird jemand durch eine arglistige Täuschung zum Abschluss eines Vertrags veranlasst, kann er nach § 826 i.V.m. § 249 S. 1 BGB die Befreiung von der sich aus dem Vertrag ergebenden Verbindlichkeit verlangen. Dieser Anspruch besteht unabhängig von einem Anfechtungsrecht nach § 123 I BGB, was insbesondere dann von Bedeutung ist, wenn die Anfechtungsfrist (§ 124 BGB) versäumt wurde. Darüber hinaus kann der Geschädigte nach § 826 BGB auch den Ersatz eines Schadens verlangen, der ihm z.B. dadurch entstanden ist, dass er ein günstiges anderweitiges Angebot ausgeschlagen hat. Konkurrieren kann ein Anspruch aus § 826 BGB auch mit dem aus § 823 II BGB, wenn nämlich ein Betrug (§ 263 StGB) vorliegt.

Ein **Beispielfall** („Dieselabgasskandal“), der die Problematik verdeutlicht, befindet sich bei Rn 780.

■ **Kollusion zum Nachteil Dritter**

Einen Unterfall der Täuschung stellt die Kollusion dar. Bei dieser werden Unwahrfähigkeit und Irrtumserregung noch durch das konspirative Element verstärkt: Zwei oder mehr Personen verbinden sich, um einen anderen durch Täuschung zu schädigen.<sup>953</sup> Ein klassischer Fall der Kollusion liegt im Rahmen der Stellvertretung vor, wenn der Vertreter und der Geschäftsgegner bewusst zum Nachteil des Vertretenen zusammenwirken. In diesen Fällen ist das Vertretergeschäft nach allgemeiner Ansicht schon nach § 138 I BGB nichtig mit der Folge, dass der Geschäftsherr nicht gebunden wird. Entsteht dem Geschäftsherrn aus dem kollusiven Zusammenwirken ein Schaden, so haften ihm der Vertreter und der Geschäftsgegner als Gesamtschuldner nach §§ 826, 840 BGB auf Schadensersatz.

**Beispiel:** Geschäftsherr G will seinen Laptop verkaufen, weil er damit nicht zurechtkommt. Mangels Fachwissens bevollmächtigt er seinen „Freund“ V, dies für ihn zu erledigen. V und dessen Freund D haben mit G (ohne dass der dies ahnt) noch eine Rechnung offen. Um G zu schädigen, verkauft V den Computer einverständlich an D zu einem Spottpreis. Hier verwirklichen beide mittäterschaftlich den Tatbestand des § 826 BGB.

■ **Verleiten zum Vertragsbruch**

Zwar können Schuldrechte nur von den am Schuldverhältnis Beteiligten, nicht von Dritten verletzt werden, ein Dritter handelt jedoch sittenwidrig, wenn er den Schuldner in besonders beeinflussender Weise zum Vertragsbruch verleitet.<sup>954</sup> Bewegt bspw. jemand den Eigentümer einer bereits an einen anderen verkauften Sache, diese ihm zu überlas-

<sup>951</sup> *Deutsch/Ahrens*, Rn 237.

<sup>952</sup> BGHZ 124, 151, 162.

<sup>953</sup> *Deutsch/Ahrens*, Rn 238.

<sup>954</sup> Vgl. BGH NJW-RR 1999, 1186; *Deutsch/Ahrens*, Rn 243.

sen, reicht das allein für die Bejahung der Sittenwidrigkeit noch nicht aus (a.A. möglich), da die Erfüllung eines abgeschlossenen Kaufvertrags nur Sache des Verkäufers, nicht aber des Dritten ist. Dessen Verhalten ist jedoch anstößig, wenn besondere Umstände (verwerfliche Mittel, verwerflicher Zweck) hinzukommen.<sup>955</sup>

**777 ■ Erteilen wissentlich falscher Auskünfte oder Machen unzutreffender Angaben**

Auch die Erteilung wissentlich falscher Auskünfte kann den Tatbestand der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung erfüllen. Das gilt bspw. für den Fall, dass einem Kreditinstitut eine bewusst unrichtige Auskunft über die Kreditwürdigkeit gegeben wird und dieses daraufhin einen Kredit gewährt. Auch das falsche Gutachten über ein Gemälde beeinflusst den Inhalt eines Kaufvertrags über das Bild. Die Ausstellung eines Dienst- oder Arbeitszeugnisses, in dem bewusst unwahre Angaben über die Leistungen des Arbeitnehmers gemacht werden und das zur Einstellung bei einem anderen Arbeitgeber führt, kann ebenfalls den Tatbestand des § 826 BGB gegenüber dem Gläubiger verwirklichen.

Fraglich ist, ob innerhalb einer Ehe Schadensersatzansprüche infolge vermögensrechtlich relevanter Rechtsverletzungen geltend gemacht werden können. Hier ist zu beachten, dass die Vorschriften des Eherechts familienrechtliche Sondervorschriften darstellen und in ihrem Anwendungsbereich allgemeine Deliktsansprüche grundsätzlich ausschließen, weil die Ehe (jedenfalls in ihrem Kern) außerhalb der Rechtsverhältnisse steht, deren Verletzung allgemeine Ansprüche auf Ersatz von Vermögensschäden auslösen kann.<sup>956</sup> Eine die Lebens- und Geschlechtsgemeinschaft der Ehegatten beeinträchtigende Ehestörung – wie insbesondere ein Ehebruch – stellt einen innerehelichen Vorgang dar, der allein nach Maßgabe der eherechtlichen Vorschriften zu beurteilen ist und deliktische Ansprüche aus §§ 823 ff. BGB grundsätzlich ausschließt.<sup>957</sup> Dennoch kann es nicht Aufgabe des Familienrechts sein, einen Ehepartner, der den anderen vorsätzlich und sittenwidrig schädigt, zu privilegieren. Daher kann trotz familienrechtlicher Sonderverbindung ein Fall des § 826 BGB auch innerhalb einer ehelichen Beziehung vorliegen, wenn weitere schädigende Umstände hinzukommen.<sup>958</sup> Das ist etwa der Fall, wenn ein Kind bei einem Ehebruch der Frau gezeugt wird und die Ehefrau ihren Ehemann täuscht, indem sie unzutreffende Angaben über die Abstammung des Kindes macht bzw. Zweifel des Ehemanns durch ausdrückliches Leugnen des Ehebruchs zerstreut und ihn dadurch an der Anfechtung der Vaterschaft hindert. An das Kind geleistete Unterhaltsansprüche sind dann durchaus ersatzfähig nach § 826 BGB.<sup>959</sup>

**778 ■ Ausnutzen einer formalen Rechtsstellung zur Schädigung**

Bereits aus § 226 BGB (Sittenwidrigkeit einer Handlung, die nur den Zweck hat, einen anderen zu schädigen) ergibt sich, dass die Ausübung eines Rechts nicht stets zulässig sein kann. Wer etwa eine ihm eingeräumte Vertretungsmacht zur Schädigung des Vertretenen missbraucht, handelt sittenwidrig (s.o.). Den Tatbestand des § 826 BGB erfüllt auch, wer als Kläger in einem Zivilprozess gegen den Beklagten ein rechtskräftiges, aber unrichtiges Urteil erstritten hat und daraus in Kenntnis der Unrichtigkeit die Zwangsvollstreckung betreibt. Zwar hat die ZPO die Beseitigung falscher rechtskräftiger Urteile in den Bestimmungen über die Wiederaufnahme des Verfahrens geregelt, allerdings ist die Durchbrechung der Rechtskraft im Interesse der Rechtssicherheit an enge Voraussetzungen geknüpft (vgl. §§ 580 ff. ZPO). Daneben ist in solchen Fällen auch die Anwendung des § 826 BGB weitgehend anerkannt.<sup>960</sup> Der daraus resultierende Anspruch kann auf Herausgabe des Urteils, Unterlassen der Zwangsvollstreckung oder Ersatz des durch die Vollstreckung erlittenen Schadens gerichtet sein.

<sup>955</sup> BGH FamRZ 1992, 1401, 1402; *Wilhelmi*, in: Erman, § 826 Rn 28; *Brox/Walker*, § 41 Rn 80.

<sup>956</sup> BGH NJW 2013, 2108, 2109.

<sup>957</sup> BGH NJW 2013, 2108, 2109 mit Verweis auf BGH FamRZ 1990, 367, 368.

<sup>958</sup> BGH NJW 2013, 2108, 2109 mit Verweis auf BGH FamRZ 1990, 367, 369.

<sup>959</sup> BGH NJW 2013, 2108, 2109 mit Verweis auf BGH NJW 2012, 1443.

<sup>960</sup> Vgl. BGHZ 13, 71, 72; 26, 391, 394 ff.; 50, 115, 116 ff.; BGH NJW 1999, 1257, 1258; *Deutsch/Ahrens*, Rn 247; *Brox/Walker*, § 47 Rn 9.

### ■ Missbrauch einer wirtschaftlichen Machtstellung/Monopolstellung

In der Bundesrepublik Deutschland besteht grundsätzlich Vertragsfreiheit, wonach sich jeder nicht nur seinen Vertragspartner aussuchen, sondern sich auch weigern kann, einen Vertrag zu schließen. Das folgt schon aus Art. 2 I GG. Besteht jedoch ein rechtliches oder faktisches Monopol (etwa in Ermangelung eines Mitanbieters), kann die Weigerung des Vertragsschlusses sittenwidrig sein. Es besteht dann ein Kontrahierungszwang, sofern kein wichtiger Grund für die Ablehnung vorliegt. So kann bspw. die Ablehnung eines Vertragsangebots auf Versorgung mit lebenswichtigen Gütern (Wasser, Elektrizität) durch den Unternehmer nach § 826 BGB zum Schadensersatz verpflichten und zum Abschlusszwang führen. Aber auch wenn ein Unternehmer infolge Fehlens von Konkurrenten die Kunden nur zu außerordentlich ungünstigen Bedingungen beliefert, ist regelmäßig der Tatbestand des § 826 BGB erfüllt.<sup>961</sup>

## 5. Abschlussfall

Der u.a. für unerlaubte Handlungen zuständige VI. Zivilsenat des BGH hat am 25.5.2020<sup>962</sup> in einem Grundsatzurteil zum VW-Diesel-Abgasskandal die Haftung des Konzerns aus § 826 BGB dem Grunde nach bejaht. Die Haftungsfrage soll als Abschlussfall zu § 826 BGB geklärt werden.

**Sachverhalt**<sup>963</sup>: K erwarb im August 2016 von Autohändler V einen gebrauchten Diesel-Pkw zu einem Preis von 13.600 €. Der Wagen war mit einem 2,0-Liter-Dieselmotor des Typs EA189, Schadstoffnorm Euro 5, ausgestattet. Die X-AG ist Herstellerin des Wagens. Der Motor war mit einer Software versehen, die erkennt, ob sich das Fahrzeug auf einem Prüfstand im Testbetrieb befindet, und in diesem Fall in einen Stickoxid-optimierten Modus schaltet. Es ergaben sich dadurch auf dem Prüfstand geringere Stickoxid-Emissionswerte als im realen Fahrbetrieb. Die Stickoxidgrenzwerte der Euro-5-Norm wurden nur auf dem Prüfstand eingehalten, im realen Fahrbetrieb wurden sie um ein Vielfaches überschritten. Am 22.9.2015 – und damit bereits vor dem Erwerb des Fahrzeugs – hatte X in einer Pressemitteilung die Öffentlichkeit über Unregelmäßigkeiten der verwendeten Software bei Dieselmotoren vom Typ EA189 informiert und mitgeteilt, dass sie daran arbeite, die Abweichungen zwischen Prüfstandswerten und realem Fahrbetrieb mit technischen Maßnahmen zu beseitigen, und dass sie hierzu mit dem Kraftfahrt-Bundesamt (KBA) in Kontakt stehe. Das Thema war Gegenstand einer umfangreichen und wiederholten Berichterstattung in Presse, Funk und Fernsehen. Im Oktober 2015 erließ das KBA nachträgliche Nebenbestimmungen zur Typgenehmigung und gab X auf, die Vorschriftenmäßigkeit der bereits im Verkehr befindlichen Fahrzeuge zu gewährleisten. In der Folge hat X bei Fahrzeugen mit dem betroffenen Motortyp ein Software-Update bereitgestellt, das nach August 2016 auch bei dem Fahrzeug des K aufgespielt wurde.

Gleichwohl begehrt K von V, ein Vertragshändler der X, die Rückabwicklung eines Kaufvertrags über sein Dieselfahrzeug und begehrt gegenüber X Ersatz für aus der Beschaffenheit der Abgasreinigungseinrichtungen des Fahrzeugs resultierende Schäden. K macht geltend, dass er das Fahrzeug aufgrund von Angaben der X-AG zu Schadstoffausstoß und Kraftstoffverbrauch erworben habe. Die Einrichtungen zur Abgasreinigung seien jedoch mit Wissen und Billigung von X werkseitig so programmiert worden, dass sie im normalen Fahrbetrieb außer Betrieb gesetzt würden. Im Rahmen des Schadensersatzes verlangte K im Wesentlichen Ersatz des für das Fahrzeug gezahlten Kaufpreises nebst Zinsen Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs.

**Vorüberlegung:** Im Verhältnis zu V kommen Sachmängelrechte in Betracht. Hinsichtlich des geltend gemachten Anspruchs gegenüber X geht es also zum einen um die Frage, ob

<sup>961</sup> Vgl. *Deutsch/Ahrens*, Rn 245; *Brox/Walker*, § 47 Rn 12; *Sprau*, in: *Grüneberg*, § 826 Rn 42.

<sup>962</sup> BGH NJW 2020, 1962. Siehe auch die Folgeentscheidungen BGH NJW 2020, 2798; BGH NJW 2020, 2806; BGH NJW 2020, 2804; BGH NJW 2020, 2796.

<sup>963</sup> Nach BGH NJW 2020, 2798. Vgl. bereits zuvor die Fälle BGH NJW 2018, 2200 und OLG Köln MDR 2019, 222. Siehe auch LG Erfurt 18.1.2019 – 9 O 490/18; OLG Schleswig SchlHA 2019, 473, 474 ff.; OLG Celle 20.11.2019 – 7 U 244/18; BGH NJW 2020, 1962. Siehe später auch BGH DAR 2021, 85, 86 und BGH NJW 2021, 1669, 1670.

Käufern von mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehenen Gebrauchtwagen generell Schadensersatzansprüche zustehen. Zum anderen gilt es zu klären, ob Schadensersatz auch dann zusteht, wenn der Kauf erst nach Bekanntwerden des sog. Dieselskandals getätigt wurde.

**Lösung:** K hat **Sachmängelrechte** gegen V unter dem Aspekt des § 437 Nr. 2 Var. 1 BGB.<sup>964</sup> Gegen X hat er keine Sachmängelrechte, da X nicht Verkäufer ist.<sup>965</sup> In Betracht kommen aber **deliktische Schadensersatzansprüche**, da die §§ 823 ff. BGB keine Vertragsbeziehung voraussetzen.

Ein Schadensersatzanspruch gegen X aus **§ 823 I BGB** scheidet jedoch von vornherein aus, da es an einer Rechtsgutverletzung fehlt (K erwarb bereits mangelhaftes Eigentum); reine Vermögensschäden sind nicht von § 823 I BGB erfasst.

K könnte gegen X aber einen Schadensersatzanspruch aus **§ 823 II BGB** haben. Der Schaden hat seine Ursache darin, dass Mitarbeiter von X eine illegale Abschaltvorrichtung installiert bzw. programmiert haben, die zur Erlöschung der Betriebserlaubnis des Fahrzeugs führen kann. Es darf unterstellt werden, dass die Käufer bei Kenntnis dieses Umstands den Wagen nicht oder nicht zu dem Preis gekauft hätten (Kausalität). Auch ein von § 823 II BGB erfasster Vermögensschaden ist gegeben: Dadurch, dass die Käufer einen Vertrag über ein mangelfreies Fahrzeug abgeschlossen hatten, jedoch mangelhafte Fahrzeuge erhielten, die sowohl einen technischen (höherer Verbrauch, geringere Leistung, ggf. geringere Lebenserwartung) als auch wirtschaftlichen (Anhaftung des Makels des „Dieselskandals“) Minderwert<sup>966</sup> haben, liegt ein Schaden vor.<sup>967</sup> Es müsste aber auch ein Schutzgesetz verletzt worden sein (siehe Wortlaut des § 823 II BGB: „gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt“). Das Schutzgesetz kann in § 263 StGB (Betrug) gesehen werden. Jedoch ist zu beachten, dass juristische Personen zwar rechtsfähig, nicht aber handlungsfähig (und nicht schuldfähig) sind. Ginge es um eine zivilrechtliche Deliktshaftung, würde die Haftungspflicht der juristischen Person über § 31 BGB begründet. Denn dadurch, dass juristische Personen (siehe § 1 I S. 1 AktG für die AG und § 13 I GmbHG für die GmbH) zwar rechtsfähig sind, nicht aber handlungsfähig, bedarf es einer Zurechnung bzw. Zuweisung des Verhaltens natürlicher Personen. Bei juristischen Personen nimmt dies bei der Frage nach einer zivilrechtlichen Deliktshaftung § 31 BGB vor. Jedoch ist es trotz der Zuweisungsnorm des § 31 BGB nicht möglich, die strafrechtliche Betrugshandlung der X-AG zuzuweisen. Denn nach der geltenden Strafrechtsdogmatik können nur natürliche Personen Straftatbestände erfüllen, nicht auch juristische Personen; ein Unternehmensstrafrecht ist (noch) nicht Gesetz. Daher kann man auch nicht sagen, die X-AG habe § 263 StGB verwirklicht. Insbesondere aus diesem Grund ist daher eine Haftung aus § 823 II BGB i.V.m. § 263 StGB wohl nicht möglich. Zudem fehlt die für § 263 I StGB erforderliche „Stoffgleichheit“ zwischen der Vermögensverfügung und dem Vermögensschaden, weil der Vermögensschaden (der Minderwert am Fahrzeug) nicht spiegelbildlich zur Vermögensverfügung (die Kaufpreiszahlung an den Händler) steht.<sup>968</sup> § 823 II BGB i.V.m. § 263 StGB wurde von den Zivilgerichten auch nicht angewendet, weil sich – soweit ersichtlich – die Klageschriften auch nicht darauf stützten. Nach § 308 I S. 1 ZPO wären die Gerichte ohnehin nicht befugt gewesen, einer Partei etwas zuzusprechen, was nicht beantragt ist (Bindung des Gerichts an Sachanträge). Dass die Kläger ihre Klagen nicht auf § 823 II BGB i.V.m. § 263 StGB gestützt haben, mag an dem fehlenden Unternehmensstrafrecht gelegen haben oder auch daran, dass sie wohl erst den Ausgang der strafrechtlichen Verfahren abwarten wollten,

<sup>964</sup> Zum Rücktritt aufgrund des Sachmangels vgl. etwa OLG Oldenburg MDR 2019, 548; LG Bremen 12.12.2018 – 1 O 1632/17; OLG Schleswig 20.11.2019 – 9 U 12/19. Ein grundsätzlich ebenfalls denkbarer Schadensersatzanspruch aus § 437 Nr. 3 Var. 1 BGB scheidet am Vertretenmüssen (siehe § 280 I S. 2 BGB), wenn man davon ausgeht, dass die Händler – jedenfalls vor Bekanntwerden des Skandals – weder Kenntnis von den Manipulationen hatten noch Kenntnis hätten haben können (siehe § 276 BGB).

<sup>965</sup> Etwas anderes könnte gelten, wenn es sich bei V um eine Niederlassung von X handelte. Dann wäre X selbst möglicherweise der Verkäufer, so wie etwa im Fall OLG Oldenburg MDR 2019, 548.

<sup>966</sup> Siehe LG Erfurt 18.1.2019 – 9 O 490/18.

<sup>967</sup> Siehe auch LG Oldenburg 29.5.2018 – 1 O 427/17, LG Kiel 18.5.2018 – 12 O 371/17 und LG Erfurt 18.1.2019 – 9 O 490/18.

<sup>968</sup> Siehe dazu ausdrücklich BGH NJW 2021, 2798, 2801.

gerade auch mit Blick auf die dann vorliegenden staatsanwaltlichen Ermittlungsergebnisse zu den Tatbestandsvoraussetzungen des § 263 StGB.

**§ 831 I S. 1 BGB** (der eine eigenständige Anspruchsgrundlage darstellt) ist ebenfalls nicht zielführend. Denn danach müsste es sich bei den die unerlaubte Handlung vornehmenden Personen um sog. Verrichtungsgehilfen gehandelt haben. Nach allgemeiner Auffassung ist Verrichtungsgehilfe, wer vom Geschäftsherrn in dessen Interesse eine Tätigkeit übertragen bekommen hat und von Weisungen des Geschäftsherrn abhängig ist.<sup>969</sup> Die in der Entwicklungsabteilung tätigen Mitarbeiter, die die Programmierung vorgenommen haben, kann man danach sicherlich als Verrichtungsgehilfen ansehen, da sie die Softwareprogrammierung auf Anweisung hin vorgenommen haben dürften. Ob aber die X-AG dieses Verhalten über § 831 I S. 1 BGB wie eigenes Verschulden zu verantworten hat, ist angesichts der Exkulpationsmöglichkeit nach § 831 I S. 2 BGB zweifelhaft; zwar erscheint es unangemessen, sich auf eine Exkulpationsregel zu stützen, wenn man gerade die Anweisung zur unerlaubten Handlung gegeben hat. Streng genommen aber liegt der Entlastungsbeweis vor: Dadurch, dass die Programmierer genau das taten, wozu sie angewiesen worden waren, liegt eine Pflichtverletzung des Vorstands oder der Abteilungsleitung bei der Aufsicht nicht vor. Hingegen sind Vorstände als Organe der juristischen Person schon keine Verrichtungsgehilfen, sodass eine Haftung der X-AG aus § 831 I S. 1 BGB insoweit ausscheidet. Es bliebe aber ein Abstellen auf die Zuweisungsnorm des § 31 BGB, da man davon ausgehen muss, dass ein Fehlverhalten dieses Ausmaßes sich nicht ohne Kenntnis und Billigung von Vorstandsmitgliedern zutragen konnte. Die Zuweisung des Fehlverhaltens des Vorstands über § 31 BGB betrifft aber nicht die Haftung aus § 831 I S. 1 BGB (da, wie gesagt, Vorstände keine Verrichtungsgehilfen sind), sondern diejenige aus §§ 823 I, 823 II und 826 BGB.

Wohl aus den genannten Gründen sowie wegen der weiter reichenden und flexibleren Rechtsfolgen (dazu sogleich) leiten die Instanzgerichte<sup>970</sup> – und nunmehr auch der BGH<sup>971</sup> – Schadensersatzansprüche über **§ 826 BGB** her und stellen dabei auf das schädigende Verhalten des Vorstands ab (§ 31 BGB). Denn dadurch, dass juristische Personen (siehe § 1 I S. 1 AktG für die AG und § 13 I GmbHG für die GmbH) zwar rechtsfähig sind, nicht aber handlungsfähig, bedarf es einer Zurechnung bzw. Zuweisung des Verhaltens natürlicher Personen. Bei juristischen Personen nimmt dies § 31 BGB vor. Zwar ist danach lediglich der Verein für den Schaden verantwortlich, den der Vorstand, ein Mitglied des Vorstands oder ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter durch eine in Ausübung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatz verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt. § 31 BGB gilt aber für alle juristischen Personen (allg. Auffassung), und damit (unmittelbar) auch für die X-AG.<sup>972</sup> Abzustellen ist also zunächst auf den Vorstand oder ein Vorstandsmitglied. Sofern dies nicht möglich ist (etwa, weil der Beweis einer entsprechenden Handlung nicht erbracht werden kann), ist zu prüfen, ob das Verhalten eines anderen verfassungsmäßig berufenen Vertreters zugewiesen werden kann. Die Mitarbeiter, die die Programmierung vorgenommen haben, kann man wohl nicht als „verfassungsmäßige Vertreter“ ansehen, möglicherweise aber die Leitung der Entwicklungsabteilung, in der die Softwaremanipulation vorgenommen wurde. Der BGH beanstandete es in seinem Urteil v. 25.5.2020 nicht, dass das Berufungsgericht es als erwiesen angesehen hatte, der Leiter der Entwicklungsabteilung habe Kenntnis von der illegalen Abschalteinrichtung gehabt und diese gebilligt.<sup>973</sup> Der Leiter der Entwicklungsabteilung eines großen, weltweit tätigen Automobilherstellers wie der X-AG<sup>974</sup> habe eine für dessen Kerngeschäft verantwortliche, in besonderer Weise herausgehobene Position als Führungskraft inne. Daraus folge unmittelbar, dass ihm bedeutsame, wesensmäßige Funktionen des Unternehmens zur selbstständigen

<sup>969</sup> BGHZ 45, 311, 313; 103, 298, 303; BGH NJW 2013, 1002, 1003; *Sprau*, in: Grüneberg, § 831 Rn 6.

<sup>970</sup> Siehe etwa OLG Düsseldorf 30.1.2020 – I-13 U 81/19; OLG Karlsruhe 6.11.2019 – 13 U 37/19, 13 U 12/19; OLG Stuttgart 26.11.2019 – 10 U 154/19; OLG Celle 20.11.2019 – 7 U 244/18; OLG Koblenz WM 2019, 1929, 1930 ff.; OLG Oldenburg NdsRpfl 2020, 60, 61 ff.; OLG Oldenburg 2.10.2019 – 5 U 47/19; LG Kiel 18.5.2018 – 12 O 371/17; OLG Köln MDR 2019, 222 f.; LG Erfurt 18.1.2019 – 9 O 490/18.

<sup>971</sup> BGH NJW 2020, 1962, 1966.

<sup>972</sup> Klarstellend BGH NJW 2021, 1669, 1670 f.

<sup>973</sup> BGH NJW 2020, 1962, 1966.

<sup>974</sup> In der BGH-Entscheidung ging es – bekanntermaßen – um die Volkswagen AG.

gen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen seien, er also das Unternehmen auf diese Weise repräsentiere.<sup>975</sup>

Der Vorteil, den Schadensersatzanspruch über § 826 BGB geltend zu machen, besteht darin, dass die Norm weder eine Rechtsgutverletzung noch den Verstoß gegen ein Schutzgesetz verlangt, sondern schlicht das Vermögen schützt.<sup>976</sup> Dabei beschränkt sich der Schutz nicht auf nachteilige Einwirkungen auf die Vermögenslage, sondern erstreckt sich auf „jede Beeinträchtigung eines rechtlich anerkannten Interesses und **jede Belastung mit einer ungewollten Verpflichtung**“.<sup>977</sup> Auch der BGH hat im Urteil zum Dieselelabgasskandal entschieden: „... muss sich der Geschädigte auch von einer auf dem sittenwidrigen Verhalten beruhenden Belastung mit einer **„ungewollten“ Verpflichtung wieder befreien können**. Schon eine solche stellt unter den dargelegten Voraussetzungen einen gem. § 826 BGB zu ersetzenden Schaden dar“<sup>978</sup>. Diese Erkenntnis ist sehr bedeutsam, denn schützt § 826 BGB auch vor einer „ungewollten Verpflichtung“, kann das im Rahmen der nach § 249 I BGB vom Schädiger vorzunehmenden **Naturalrestitution zu einer (Rück-) Zahlung des für das bemakelte Fahrzeug gezahlten Kaufpreises** (Zug um Zug gegen dessen Rückgabe) führen.<sup>979</sup>

Nach § 826 BGB macht sich schadensersatzpflichtig, wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen einen Schaden zufügt. Bei einer juristischen Person ist (wegen fehlender Handlungsfähigkeit) erforderlich, dass ein verfassungsmäßig berufener Vertreter i.S.d. § 31 BGB den objektiven und subjektiven Tatbestand des § 826 BGB verwirklicht hat.<sup>980</sup> Damit ist das Prüfprogramm vorgegeben:

- ⇒ Sittenwidrigkeit (objektiv und subjektiv); bei juristischen Personen abzustellen auf das Verhalten des verfassungsmäßig berufenen Vertreters i.S.d. § 31 BGB
- ⇒ Schadenszufügung (objektiv)
- ⇒ Vorsatz in Bezug auf die Schadenszufügung (subjektiv); bei juristischen Personen abzustellen auf das Verhalten des verfassungsmäßig berufenen Vertreters i.S.d. § 31 BGB
- ⇒ Rechtsfolge: Schadensersatz

**Sittenwidrigkeit:** Nach allgemeiner Auffassung, die auch der BGH in seinem Grundsatzurteil zum sog. Dieselelabgasskandal v. 25.5.2020<sup>981</sup> noch einmal bestätigt hat, ist ein Verhalten sittenwidrig, „das nach seinem Gesamtcharakter, der durch umfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermitteln ist, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt“. Ausschlaggebend sei eine besondere Verwerflichkeit, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zutage getretenen Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben könne.<sup>982</sup>

Wie der BGH in seinem Urteil v. 25.5.2020 entschieden hat, hat die X-AG<sup>983</sup> auf der Grundlage einer für ihren Konzern getroffenen grundlegenden strategischen Entscheidung bei der Motorenentwicklung im eigenen Kosten- und damit auch Gewinninteresse durch bewusste und gewollte Täuschung des KBA systematisch, langjährig und in Bezug auf den Dieselmotor der Baureihe EA189 in siebenstelligen Stückzahlen in Deutschland Fahrzeuge in Verkehr gebracht, deren Motorsteuerungssoftware bewusst und gewollt so programmiert war, dass die gesetzlichen Abgasgrenzwerte mittels einer unzulässigen Abschalteneinrichtung nur auf dem Prüfstand eingehalten wurden.<sup>984</sup> Damit sei einerseits eine erhöhte Belastung der Umwelt mit Stickoxiden und andererseits die Gefahr einhergegangen, dass bei einer Aufde-

<sup>975</sup> BGH NJW 2020, 1662, 1666.

<sup>976</sup> Siehe BGHZ 160, 149, 153.

<sup>977</sup> BGHZ 160, 149, 153 mit Verweis auf *Wagner*, in: MüKo, 4. Auflage, § 826 Rn 6 m.w.N.

<sup>978</sup> BGH NJW 2020, 1662, 1668.

<sup>979</sup> BGH NJW 2020, 1662, 1669.

<sup>980</sup> BGH NJW 2017, 250, 251 m.w.N.

<sup>981</sup> BGH NJW 2020, 1662, 1663.

<sup>982</sup> BGH NJW 2020, 1662, 1663 mit Verweis auf die st. Rspr. Siehe später auch BGH DAR 2021, 85, 86; BGH NJW 2021, 1669, 1670.

<sup>983</sup> In der BGH-Entscheidung ging es – wie aufgezeigt – um die Volkswagen AG. Siehe später auch BGH DAR 2021, 85, 86 und BGH NJW 2021, 1669, 1670 (jeweils Audi).

<sup>984</sup> BGH NJW 2020, 1962, 1963.

ckung dieses Sachverhalts eine Betriebsbeschränkung oder -untersagung (siehe § 5 FZV) hinsichtlich der betroffenen Fahrzeuge erfolgen könnte. Ein solches Verhalten sei im Verhältnis zu einer Person, die eines der bemakelten Fahrzeuge in Unkenntnis der illegalen Abschalteneinrichtung erwerbe, besonders verwerflich und mit den grundlegenden Wertungen der Rechts- und Sittenordnung nicht zu vereinbaren. Das gelte auch, wenn es sich um den Erwerb eines Gebrauchtfahrzeugs handele. Die Sittenwidrigkeit ergebe sich aus einer Gesamtschau des festgestellten Verhaltens unter Berücksichtigung des verfolgten Ziels, der eingesetzten Mittel, der zutage getretenen Gesinnung und der eingetretenen Folgen.<sup>985</sup>

Der BGH sieht es als bewiesen an, dass die grundlegende strategische Entscheidung in Bezug auf die Entwicklung und Verwendung der unzulässigen Software von den im Hause der X-AG für die Motorenentwicklung verantwortlichen Personen, namentlich dem vormaligen Leiter der Entwicklungsabteilung und den für die Forschungs- und Entwicklungsaktivitäten verantwortlichen vormaligen Vorständen, wenn nicht selbst, so zumindest mit ihrer Kenntnis und Billigung getroffen bzw. jahrelang umgesetzt worden ist. Dieses Verhalten sei der X-AG gem. § 31 BGB zuzurechnen.<sup>986</sup>

**Schadenszufügung:** Unabhängig davon, ob die Fahrzeuge durch die verwendete Software einen Wertverlust erlitten haben oder nicht, begründet nach Auffassung des BGH allein die fehlende Konformität mit den gesetzlichen Abgasbestimmungen den Schaden.<sup>987</sup> Das ist nicht ganz unproblematisch. Denn kann z.B. kein abgasmanipulationsbedingter Wertverlust angenommen werden, ist die Annahme eines Schadens schwierig – so im Fall OLG Schleswig 22.11.2019 – 17 U 70/19 (SchIHA 2019, 481), das einen Schadensersatzanspruch gegen den Hersteller verneinte, weil der Wagen ohne (abgasmanipulationsbedingten) Verlust weiterveräußert worden war. Dem ist zuzustimmen. Die Bejahung eines Schadensersatzanspruchs widerspräche dem Grundsatz des schadensrechtlichen Bereicherungsverbots (Verbot einer Überkompensation).<sup>988</sup> Daran ändert auch das sittenwidrige Verhalten des Herstellers nichts. Jedenfalls zeigt dies, dass eine pauschale Betrachtung nicht immer überzeugt.

Schließlich müsste Vorsatz in Bezug auf die Schädigung vorliegen. Nach ständiger Rechtsprechung ist kein direkter Vorsatz in Form eines Wollens erforderlich, sondern es genügt die billigende Inkaufnahme der Ziele.<sup>989</sup> Aus der Art und Weise des sittenwidrigen Handelns könne sich die Schlussfolgerung ergeben, dass mit Schädigungsvorsatz gehandelt worden sei.<sup>990</sup> Der BGH sieht es als bewiesen an, dass die damaligen Vorstände, deren Verhalten ja über § 31 BGB der X-AG zugewiesen wird, die grundlegende und mit der bewussten Täuschung des KBA verbundene strategische Entscheidung in Bezug auf die Entwicklung und Verwendung der unzulässigen Software jedenfalls kannten und jahrelang umsetzten. Daher sei schon nach der Lebenserfahrung davon auszugehen, dass ihnen als für die zentrale Aufgabe der Entwicklung und des Inverkehrbringens der Fahrzeuge zuständigem Organ oder verfassungsmäßigem Vertreter (§ 31 BGB) bewusst gewesen sei, in Kenntnis des Risikos einer Betriebsbeschränkung oder -untersagung der betroffenen Fahrzeuge werde niemand – ohne einen erheblichen, dies berücksichtigenden Abschlag vom Kaufpreis – ein damit belastetes Fahrzeug erwerben.<sup>991</sup>

Liegen die haftungsbegründenden Voraussetzungen vor, greift in der Folge die **Schadensersatzpflicht**, und zwar dem Grunde nach. Welche Art des Schadensersatzes die Folge ist bzw. welche konkreten Schadenspositionen zu ersetzen sind, regelt § 826 BGB nicht. Es gelten die allgemeinen Bestimmungen der §§ 249 ff. BGB („Art und Umfang des Schadensersatzes“), wobei der BGH den Schutzzweck des § 826 BGB aber weit auslegt und bei der Anwendung der §§ 249 ff. BGB berücksichtigt. Verlangt also § 826 BGB weder eine Rechtsgutverletzung noch die Verwirklichung eines Schutzgesetzes, sondern schützt schlicht das

---

<sup>985</sup> BGH NJW 2020, 1962, 1963.

<sup>986</sup> BGH NJW 2020, 1962, 1963.

<sup>987</sup> BGH NJW 2020, 1962, 1963.

<sup>988</sup> Vgl. etwa BGHZ 162, 161 ff.; 173, 183 ff.; 200, 350 ff. – dazu *R. Schmidt*, SchuldR AT, Rn 953.

<sup>989</sup> BGH NJW 2013, 250, 251; BGH NJW 2020, 1962, 1969.

<sup>990</sup> BGH NJW 2020, 1962, 1969.

<sup>991</sup> BGH NJW 2020, 1962, 1970.

Vermögen<sup>992</sup> und beschränkt sich dabei nicht auf nachteilige Einwirkungen auf die Vermögenslage, sondern erstreckt sich auf „jede Beeinträchtigung eines rechtlich anerkannten Interesses und jede Belastung mit einer **ungewollten Verpflichtung**“<sup>993</sup>, kann das – wie aufgezeigt – im Rahmen der nach § 249 I BGB vom Schädiger vorzunehmenden Naturalrestitution zu einer (Rück-)Zahlung des für das bemakelte Fahrzeug gezahlten Kaufpreises (Zug um Zug gegen dessen Rückgabe) führen.<sup>994</sup>

Die (Wieder-)Herstellung des ursprünglichen Zustands knüpft an die Überlegung an, dass ohne Vorhandensein der Manipulationssoftware der Käufer den Kaufvertrag nicht geschlossen hätte. Bestünde der (hypothetische) ursprüngliche Zustand also in einem Nichtvorhandensein des Kaufvertrags, bedeutete die (Wieder-)Herstellung des ursprünglichen Zustands die Rückgängigmachung der Vertragsfolgen, d.h. entweder die Rückabwicklung über den Vertragshändler oder die direkte (Rück-)Zahlung des für das bemakelte Fahrzeug gezahlten Kaufpreises (Zug um Zug gegen dessen Rückgabe).

Der für einen Anspruch aus § 826 BGB erforderliche Schaden des Klägers ist nach Auffassung des BGH auch nicht dadurch entfallen, dass dieser das von der Beklagten entwickelte Software-Update habe durchführen lassen. Liege der Schaden in einem unter Verletzung des wirtschaftlichen Selbstbestimmungsrechts des Klägers sittenwidrig herbeigeführten ungewollten Vertragsschluss, entfalle dieser Schaden nicht dadurch, dass sich der Wert oder Zustand des Vertragsgegenstands nachträglich veränderten. Ein solcher Schaden falle auch unter den Schutzzweck des § 826 BGB.<sup>995</sup>

Die Frage, ob **Nutzungsvorteile** teilweise oder vollständig einen Schadensersatzanspruch aufzehren können, hat der BGH bejaht.<sup>996</sup> Die zur Berechnung des Wertes der Nutzungsvorteile allgemein herangezogene Formel (Bruttokaufpreis mal gefahrene Strecke seit Erwerb geteilt durch erwartete Restlaufleistung im Erwerbszeitpunkt) könne dazu führen, dass die Nutzungsvorteile einen Schadensersatzanspruch sogar vollständig aufzehren.<sup>997</sup> Das überzeugt. Wer ein Fahrzeug ohne jegliche Einbußen fährt, d.h. während der Haltedauer keine abgasmanipulationsbedingten Nachteile erfährt, muss sich Gebrauchsvorteile anrechnen lassen (d.h. eine Nutzungsentschädigung leisten). Das ist beim Rücktritt (§ 346 BGB) und beim sog. großen Schadensersatz (Schadensersatz statt der ganzen Leistung gem. § 281 I S. 3 BGB, wo es ebenfalls um die Rückgabe der Sache geht) allgemein anerkannt. Diese Grundsätze greifen auch bei § 826 BGB im Rahmen der nach § 249 I BGB vom Schädiger vorzunehmenden Naturalrestitution, die zu einer (Rück-)Zahlung des für das bemakelte Fahrzeug gezahlten Kaufpreises (Zug um Zug gegen dessen Rückgabe) führt.<sup>998</sup> Daran ändert auch die Sittenwidrigkeit des Herstellerverhaltens nichts.<sup>999</sup> Denn trotz sittenwidriger Schädigung kam es während der Nutzung der Fahrzeuge zu keinen Beeinträchtigungen (vom Aufwand der Teilnahme an der Rückrufaktion einmal abgesehen), die einen Ausschluss der Nutzungsentschädigung rechtfertigen würden. Man muss sogar noch weiter gehen und konstatieren: Die Verneinung einer Nutzungsentschädigung führte zu einer Überkompensation und verstieße gegen das allgemein anerkannte schadensrechtliche Bereicherungsverbot. Der Geschädigte darf keine Vorteile ziehen, sondern nur so gestellt werden, wie er ohne das schädigende Ereignis stehen würde bzw. gestanden hätte. Hätten die Käufer also keine abgasmanipulierten Autos gekauft, hätten sie ebenfalls für die Nutzung zahlen müssen (in Form eines Wertverlustes). Daran darf auch die Sittenwidrigkeit des Herstellerverhaltens nichts ändern. Im Ergebnis ist daher Schadensersatz in Form der Er-

<sup>992</sup> Siehe BGHZ 160, 149, 153.

<sup>993</sup> BGHZ 160, 149, 153 mit Verweis auf *Wagner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 4. Auflage, § 826 Rn 6 m.w.N.; ausdrücklich auch BGH NJW 2020, 1962, 1968: „... muss sich der Geschädigte auch von einer auf dem sittenwidrigen Verhalten beruhenden Belastung mit einer „ungewollten“ Verpflichtung wieder befreien können. Schon eine solche stellt unter den dargelegten Voraussetzungen einen gem. § 826 BGB zu ersetzenden Schaden dar“.

<sup>994</sup> BGH NJW 2020, 1962, 1969.

<sup>995</sup> BGH NJW 2020, 2804, 2805.

<sup>996</sup> BGH NJW 2020, 1962, 1969; siehe auch BGH 24.1.2022 – VIa ZR 100/21.

<sup>997</sup> BGH NJW 2020, 2796, 2797 und BGH NJW 2020, 2806, 2809 f.

<sup>998</sup> BGH NJW 2020, 1962, 1969.

<sup>999</sup> Wie hier OLG Düsseldorf 30.1.2020 – I-13 U 81/19; OLG Oldenburg 2.10.2019 – 5 U 47/19; OLG Oldenburg NdsRpfl 2020, 60, 61 ff.; OLG Schleswig SchlHA 2019, 473, 474 ff.; OLG Celle 20.11.2019 – 7 U 244/18; OLG Karlsruhe 6.11.2019 – 13 U 37/19, 13 U 12/19; a.A. LG Potsdam 12.4.2019 – 6 O 38/18 und die Nachfolgeinstanz OLG Brandenburg 28.1.2020 – 3 U 61/19.

stattung des Kaufpreises zu leisten und dabei sind die von den Käufern gefahrenen Kilometer in Abzug zu bringen (Nutzungsentschädigung), Zug um Zug gegen Herausgabe des Fahrzeugs. Daran wird deutlich, wie weit die Rechtsprechung jedenfalls bei § 826 BGB den Begriff des Schadens auslegt und welche flexible Rechtsfolgen sie anordnet (also Erstattung des Kaufpreises gegen Herausgabe des Wagens als Form des Schadensersatzes). Der Abzug für die Nutzungsvorteile wird dabei zu Recht vorgenommen. Denn das Auto wurde ja tatsächlich genutzt und der Käufer hat daher davon profitiert. Bei Kfz hängt die Nutzungsentschädigung nach der vom BGH<sup>1000</sup> zugrunde gelegten Methode der linearen Teilwertabschreibung<sup>1001</sup> vom Bruttokaufpreis, der zu erwartenden Restlaufleistung (das ist die zu erwartende Gesamtlaufleistung abzgl. der bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses gegebenen Laufleistung) und den seit Übernahme des Fahrzeugs gefahrenen Kilometern ab. Es ergibt sich die folgende Berechnungsformel, die auch der BGH in seinem Urteil VI ZR 354/19 anwendet: Bruttokaufpreis mal gefahrene Strecke seit Erwerb geteilt durch erwartete Restlaufleistung. Das kann im Extremfall (also bei sehr intensiver Nutzung) nach zutreffender Auffassung des BGH<sup>1002</sup> sogar dazu führen, dass die Nutzungsvorteile einen Schadensersatzanspruch vollständig aufzehren. Das ist richtig, da – wie ausgeführt – die Käufer trotz Diesellabgasmanipulation ohne Einbußen die Fahrzeuge genutzt haben und auch ohne Diesellabgasmanipulation für die Nutzungen hätten aufkommen müssen.

Beispiel 1: Kaufpreis: 20.000 €; zu erwartende Restlaufleistung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses: 110.000 km. Gefahrene km seit Übergabe: 3.000.

Das ergibt eine Nutzungsentschädigung i.H.v. 545,45 €, die der Käufer erstatten muss. Sofern der Käufer einen Erstattungsanspruch wegen des Kaufpreises hat, führt die Nutzungsentschädigung zum Abzugsposten, d.h. im Ergebnis ist dem Käufer ein Betrag von 19.454,55 € zu erstatten, wenn dieser den Anspruch auf den großen Schadensersatz durchsetzt. Der Käufer hat also letztlich nur rund 0,18 € pro gefahrenen Kilometer an Wertverlust hinzunehmen, was überaus gering ist und daher als Schadenskompensation genügen sollte.

Beispiel 2: Wurden seit Übergabe des Fahrzeugs 110.000 km gefahren, ergibt sich nach der o.g. Formel eine Nutzungsentschädigung von 20.000 €. Im Ergebnis wurde also der Schadensersatzanspruch vollständig von den Nutzungsvorteilen aufgezehrt. Aber auch dies ist angemessen. Es wäre nicht einzusehen, warum ein Käufer diese Laufleistung ohne Nutzungsvorteilsanrechnung beschreiten sollte.

Schließlich hat der BGH die Frage, ob Käufern von mit einer unzulässigen Abschalteneinrichtung versehenen Gebrauchtwagen auch dann Schadensersatzansprüche zustehen, wenn der Kauf erst **nach Bekanntwerden** des sog. Dieselskandals getätigt wurde (VI ZR 5/20), verneint. Der BGH begründet seine Entscheidung maßgeblich damit, dass in diesem Fall die von § 826 BGB geforderte Sittenwidrigkeit nicht vorliege. Sei das Verhalten der X-AG gegenüber Käufern, die ein mit einer illegalen Abschalteneinrichtung versehenes Fahrzeug vor dem 22.9.2015 erwarben, sittenwidrig<sup>1003</sup> gewesen, so seien durch die Verhaltensänderung der X-AG wesentliche Elemente, die das Unwerturteil ihres bisherigen Verhaltens gegenüber bisherigen Käufern begründeten, derart relativiert, dass der Vorwurf der Sittenwidrigkeit bezogen auf ihr Gesamtverhalten gerade gegenüber dem Kläger nicht mehr gerechtfertigt sei. So sei bereits die Mitteilung der X-AG v. 22.9.2015 objektiv geeignet gewesen, das Vertrauen potenzieller Käufer von Gebrauchtwagen mit Dieselmotoren des Herstellers in eine vorschriftsgemäße Abgastechnik zu zerstören, diesbezügliche Arglosigkeit also zu beseitigen. Aufgrund der Verlautbarung und ihrer als sicher vorherzusehenden medialen Verbreitung sei typischerweise nicht mehr damit zu rechnen gewesen, dass Käufer von gebrauchten Fahrzeugen des Herstellers mit Dieselmotoren die Erfüllung der hier maßgeblichen gesetzlichen Vorgaben noch als selbstverständlich voraussetzen würden. Für die Ausnutzung einer diesbezüglichen Arglosigkeit sei damit kein Raum mehr gewesen. Käufern, die sich,

<sup>1000</sup> BGHZ 115, 47, 51 f.; bestätigt in NJW 2014, 2435, 2436; siehe auch LG Oldenburg 29.5.2018 – 1 O 427/17; LG Erfurt 18.1.2019 – 9 O 490/18; LG Erfurt 18.1.2019 – 9 O 490/18.

<sup>1001</sup> Wackerbarth, NJW 2018, 1713 mit Verweis auf Kaiser, in: Staudinger, BGB, § 346 Rn 255.

<sup>1002</sup> BGH NJW 2020, 2796, 2797; BGH NJW 2020, 2806, 2809 f.

<sup>1003</sup> Hier erfolgt der Verweis auf BGH NJW 2020, 1962, 1963 ff.

wie der Kläger, erst für einen Kauf entschieden hätten, nachdem die X-AG ihr Verhalten bereits geändert hatte, sei deshalb – unabhängig von ihren Kenntnissen vom „Dieselskandal“ im Allgemeinen und ihren Vorstellungen von der Betroffenheit des Fahrzeugs im Besonderen – nicht sittenwidrig ein Schaden zugefügt worden. Auch das überzeugt (jedenfalls im Ergebnis). Allerdings sind die vom BGH vorgebrachten Argumente zur Verneinung der Sittenwidrigkeit in Frage zu stellen. Vorzugswürdig wäre der Weg über eine Rechtsschutzversagung gewesen, die ihre Grundlage in § 242 BGB findet: Wer ein Fahrzeug kauft, obwohl der Hersteller zuvor öffentlich die Nichteinhaltung der Dieselabgaswerte erklärt hat und das Thema im Anschluss daran über Monate hinweg Gegenstand umfangreicher Medienberichterstattung war, kann sich nicht auf sittenwidrige Schädigung berufen. Kein Käufer eines Wagens mit Dieselmotor der betroffenen Abgasnorm konnte sich daher darauf berufen, er habe vom Dieselabgasskandal nichts mitbekommen und sei daher arglos gewesen.<sup>1004</sup>

Hinweis: Teilweise wird aber auch deutlich gemacht: Der Betroffene könne nicht Schadensersatz in Form des behaupteten Minderwerts des Fahrzeugs (sog. kleiner Schadensersatz) verlangen. Diese Form der Schadensberechnung sei nur dann möglich, wenn – jedenfalls auch – eine vertragliche oder vertragsähnliche Sonderverbindung bestehe. Würden Schadensersatzansprüche ausschließlich auf eine unerlaubte Handlung gestützt, scheidet diese Form der Schadensberechnung aus.<sup>1005</sup>

Weiterer Hinweis: Der Anspruch des Geschädigten gegen den Hersteller aus § 826 BGB ist auch im Fall eines Leasings gegeben. Das hat das OLG Hamm klargestellt. Es hat entschieden: Wird ein vom Abgasskandal betroffenes Fahrzeug geleast, kann dem Leasingnehmer gegen den Fahrzeughersteller ein Schadensersatzanspruch wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung zustehen, der auf Erstattung der Leasingraten unter Anrechnung einer Nutzungsentschädigung gerichtet ist.<sup>1006</sup> Selbstverständlich gilt das nur, wenn der Leasingnehmer (wie ein Käufer) bei Vertragsschluss nichts von der Abgasmanipulation wusste und bei Kenntnis den Vertrag nicht oder nicht so abgeschlossen hätte.

---

<sup>1004</sup> So auch OLG Karlsruhe 30.10.2020 – 17 U 296/19 (Kein Schadensersatz bei durchgeführtem Software-Update nach Aufdeckung des Dieselskandals). Siehe später auch BGH DAR 2021, 85, 86 (Audi).

<sup>1005</sup> OLG Karlsruhe NJW-RR 2020, 347, 348 f.

<sup>1006</sup> OLG Hamm 10.12.2019 – 13 U 86/18.

#### IV. Amtshaftungsanspruch, § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG

Verletzt ein Beamter schuldhaft die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, hat er gem. § 839 BGB diesem den daraus entstandenen Schaden zu ersetzen. Art. 34 S. 1 GG erweitert den Anwendungsbereich der einfachgesetzlichen Amtshaftung auf alle Fälle der Ausübung öffentlicher Gewalt. Im staatshaftungsrechtlichen Sinn ist demnach Beamter „jeder“, der ein ihm anvertrautes öffentliches Amt ausübt. Darunter fallen alle Bediensteten, die der Bund, ein Land oder eine andere öffentlich-rechtliche Körperschaft mit öffentlicher Gewalt ausgestattet hat.<sup>1007</sup> Weiterhin ordnet Art. 34 GG an, dass die Haftung auf den Staat übergeht. Es handelt sich demnach um eine befreiende Schuldübernahme. Die Voraussetzungen der Amtshaftung ergeben sich mithin aus einer Gesamtschau aus § 839 BGB und Art. 34 GG; sie sind ausführlich bei R. Schmidt; AllgVerwR, 22. Aufl. 2020, Rn 1062 ff. erläutert, weshalb darauf verwiesen werden kann. An dieser Stelle soll ein Aufbauschema genügen.

781-851

##### Anspruchsvoraussetzungen und Rechtsfolge der Amtshaftung

Vorprüfung: Anwendbarkeit des § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG

##### 1. Tatbestandsvoraussetzungen

##### a. Jemand in Ausübung eines öffentlichen Amtes

- ⇒ Nach dem weiten Beamtenbegriff ist „Jemand“ zunächst ein *Beamter*, ein *Angestellter* oder *sonstiger Bediensteter* im öffentlichen Dienst, darüber hinaus ein *Richter*, ein *Soldat* oder eine (sonstige) Person, die in einem besonderen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis steht. Auch **Private**, die hoheitlich tätig sind bzw. eine hoheitliche Funktion wahrnehmen, können Beamte im haftungsrechtlichen Sinne sein (Beispiele: **Beliehene bzw. beliehene Unternehmer** sowie **Verwaltungshelfer**). Dasselbe gilt für privat-rechtlich beauftragte **Prüfungenieure** (für Baustatik) und **Werk- oder Dienstunternehmer**, sofern sie als „**Werkzeug**“ oder „**Erfüllungsgehilfe**“ der Behörde gelten.
- ⇒ Die Pflichtverletzung muss im **Funktionszusammenhang mit der Amtsausübung** stehen. Das ist nicht der Fall, wenn die Behörde *privatrechtlich* tätig ist oder der Amtswalter die fragliche Handlung nur *anlässlich* seiner hoheitlichen Tätigkeit begeht.

##### b. Verletzung der Amtspflicht

Der Begriff der **Amtspflicht** ist umfassend zu verstehen und umfasst sowohl das Innenrecht (innerdienstliche Weisungen, Erlasse, Rundverfügungen, Verwaltungsvorschriften) als auch das Außenrecht (Rechtsverordnungen, Satzungen, Verwaltungsakte). Beispiele sind: Pflicht zu zuständigkeits- und verfahrensgemäßem Handeln; Pflicht zu sorgfältiger Sachverhaltsermittlung; Pflicht zur richtigen, unmissverständlichen und vollständigen Auskunftserteilung; Pflicht zur fehlerfreien Ermessensausübung, insbesondere zur Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes; Pflicht, absolut geschützte Rechte der Bürger zu beachten (körperliche Unversehrtheit, Eigentum); Pflicht zur sachlichen, zügigen und unvoreingenommenen Entscheidung; Pflicht zu konsequentem Verhalten; Pflicht zur Beachtung (nicht unbedingt zur Befolgung, wenn keine Bindungswirkung) höchstrichterlicher Rechtsprechung; Pflicht der Baugenehmigungsbehörde, nur rechtmäßige Baugenehmigungen zu erteilen; Pflicht, im Rahmen der Beamtenernennung/Besetzung einer ausgeschriebenen Stelle sich an den durch Art. 33 II GG vorgegebenen Kriterien von Eignung, Befähigung und Leistung zu orientieren; Pflicht eines von einer staatlichen Hochschule (z.B. Universität) beauftragten Prüfers, eine Prüfungsarbeit (Diplom, Staatsexamen) fehlerfrei zu korrigieren und zu bewerten. Weitere anschauliche Beispiele für das Vorliegen von Amtspflichten bieten die Regelungen über den Straßenverkehr sowie die allgemeine Verkehrssicherungspflicht.

##### c. Drittbezug der Amtspflicht

Eine umfassende und uneingeschränkte Amtspflicht würde zu einer uferlosen Ausweitung der Staatshaftung führen. Um dies zu vermeiden, muss der handelnde Amtswalter eine Amtspflicht verletzt haben, die ihm **einem Dritten gegenüber obliegt** (Drittbezug der

<sup>1007</sup> BGH NJW 2005, 286, 287; NVwZ 2006, 966.

Ampspflichtverletzung). Drittbezug bedeutet, dass der Amtswalter seine Pflicht nicht nur im Interesse der Allgemeinheit, sondern auch im Interesse des Dritten zu beachten hat. Damit wird eine Parallele zu § 42 II VwGO erkennbar. Maßgebend für die Drittichtung ist aber, **ob und inwieweit der Schutz des Geschädigten bezweckt** ist. Dies ist durch Auslegung im konkreten Fall festzustellen.

#### **d. Verschulden**

Die Ampspflichtverletzung muss durch den handelnden Amtswalter **verschuldet** worden sein. In Ermangelung einer entgegenstehenden Vorschrift ist der objektivierte Verschuldensmaßstab des § 276 I S. 1 BGB (Vorsatz und Fahrlässigkeit) zugrunde zu legen („pflichtgetreuer Durchschnittsbeamter des jeweiligen Amtes“), wobei eine Ampspflichtverletzung ein Verschulden indiziert.

#### **2. Schaden, haftungsausfüllende Kausalität und Beweislast**

Schadensersatz i.S.d. Amtshaftung ist der Ersatz des durch die Ampspflichtverletzung adäquat verursachten und zurechenbaren Schadens. Gemeint ist jeder **Vermögensschaden**, der eine adäquate Folge der Verletzungshandlung darstellt und vom Schutzzweck der Ampspflicht erfasst ist. Dieser Schadensersatzanspruch ist grundsätzlich auf **Geld** gerichtet. Der dem Geschädigten zu leistende Geldersatz ist nach dem Betrag festzulegen, der erforderlich ist, um den gleichen wirtschaftlichen Erfolg herzustellen, der ohne das schädigende Ereignis bestehen würde. Art und Umfang des Schadensersatzes bemessen sich nach den §§ 249 ff. BGB.

#### **3. Haftungsausschluss/Verjährung**

Unter bestimmten Voraussetzungen ist der Amtshaftungsanspruch ausgeschlossen: Dazu zählen die Subsidiaritätsklausel gem. § 839 I S. 2 BGB, das Spruchprivileg gem. § 839 II BGB, das Rechtsmittelversäumnis gem. § 839 III BGB sowie die gesetzlichen Beschränkungen der Amtshaftung. Zur Verjährung vgl. Rn 1111.

#### **4. Haftungskörperschaft (Anspruchsgegner)**

Nach der herrschenden Anvertrauenstheorie (Amtsübertragungstheorie) haftet die Behörde, die dem Amtsträger die Aufgaben, bei deren Wahrnehmung die Ampspflichtverletzung begangen wurde, „anvertraut“ bzw. „übertragen“ hat. Das wird im Regelfall die Körperschaft sein, die diesen Amtsträger angestellt (Anstellungskörperschaft) und ihm damit die Möglichkeit zur Amtsausübung eröffnet hat.

#### **5. Rechtsweg**

Gemäß Art. 34 S. 3 GG, § 40 II VwGO sind die ordentlichen Gerichte zuständig, und zwar streitwertunabhängig die **Landgerichte** in erster Instanz, vgl. § 71 II Nr. 2 GVG (Amtshafungskammern).

## V. Sonstige Haftungstatbestände, §§ 831, 832, 833 BGB

### 1. Haftung für Verrichtungsgehilfen, § 831 BGB

Unter den Voraussetzungen des § 831 BGB (**Anspruchsgrundlage!**) haftet derjenige, 852  
der einen anderen zu einer Verrichtung bestellt hat, für den Schaden, den dieser in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt (§ 831 I S. 1 BGB).

Ebenso wie die §§ 823 I, 823 II und 826 BGB setzt auch § 831 BGB eine tatbestandsmäßige 853  
und rechtswidrige Verletzungshandlung voraus. Bei § 831 BGB wird diese aber nicht von dem in Anspruch Genommenen begangen, sondern von dem Verrichtungsgehilfen (§ 831 I S. 1 BGB). Der Geschäftsherr muss sich diese aber nicht zurechnen lassen, sofern er sich entlasten kann (§ 831 I S. 2 BGB). Diese Negativformulierung statuiert eine Beweislastumkehr: Anders als bei den §§ 823 I, 823 II und 826 BGB braucht der Geschädigte das Verschulden des in Anspruch Genommenen nicht zu beweisen (vgl. dazu Rn 749a); vielmehr muss im Fall des § 831 BGB *dieser* nachweisen, dass ihn kein Verschulden trifft. Wenn also eine tatbestandsmäßige, rechtswidrige Handlung vorliegt, wird vom Gesetz ein Verschulden des in Anspruch Genommenen vermutet; es ist Sache des in Anspruch Genommenen, sich durch Entlastungsbeweis zu exkulpieren. Die Negativformulierung in § 831 I S. 2 BGB gewährt also nicht nur die Möglichkeit des Entlastungsbeweises, sondern nimmt auch eine Beweislastumkehr vor. Der Geschäftsherr des Verrichtungsgehilfen haftet insoweit für **vermutetes eigenes Verschulden**. Dabei bezieht sich das eigene Verschulden auf die **unzureichende Auswahl oder Überwachung des Verrichtungsgehilfen**. Hiervon unberührt bleibt die **eigene Ersatzpflicht der Hilfsperson** nach § 823 BGB gegenüber dem Geschädigten.<sup>1008</sup> Insoweit besteht eine gesamtschuldnerische Haftung nach § 840 I BGB<sup>1009</sup>, während im Innenverhältnis die Hilfsperson gegenüber dem Geschäftsherrn gem. § 840 II BGB allein haftet. Zu beachten ist jedoch, dass der persönlich in Anspruch genommene Mitarbeiter nach den arbeitsrechtlichen Grundsätzen der betrieblich veranlassten Tätigkeit regelmäßig einen **Freistellungsanspruch** gegen das Unternehmen hat (vgl. dazu auch das Beispiel bei Rn 872).

#### a. Voraussetzungen

Die Haftung nach § 831 I S. 1 BGB greift zunächst nur dann ein, wenn der Täter zur 854  
Verrichtung bestellt worden ist.

**Verrichtungsgehilfe** ist, wer vom Geschäftsherrn in dessen Interesse eine Tätigkeit 855  
übertragen bekommen hat und von Weisungen des Geschäftsherrn abhängig ist.<sup>1010</sup>

Zu Bejahung des Kriteriums der Weisungsgebundenheit genügt es, wenn der Ge- 856  
schäftsherr die Tätigkeit des Handelnden beschränken, entziehen oder nach Zeit und Umfang bestimmen kann.<sup>1011</sup> Das ist regelmäßig der Fall, wenn der Handelnde in die Hierarchie des Geschäftsherrn eingebunden ist. Als Verrichtung kommt jede Tätigkeit für einen anderen in Betracht. Die Tätigkeit kann tatsächlicher (Mauern einer Wand) oder rechtlicher (Abschluss eines Vertrags) Natur sein, sie kann entgeltlich oder unentgeltlich erfolgen, auf Dauer (als Arbeitnehmer) oder vorübergehend (einmalige Besorgung) angelegt, niederer (Wischen des Fußbodens) oder höherer (Operation durch einen Arzt; Prozessvertretung durch einen Rechtsanwalt) Art sein.<sup>1012</sup> Insbeson-

<sup>1008</sup> Zur Außenhaftung von Mitarbeitern und Organen vgl. ausführlich Rn 952.

<sup>1009</sup> Zu beachten ist, dass § 840 I BGB keine Anspruchsgrundlage darstellt, sondern (lediglich) eine gesamtschuldnerische Haftung der nebeneinander Verantwortlichen anordnet (vgl. *Becker/Weidt*, JuS 2016, 481, 488). Auch bei einer deliktischen Gesamtschuld kann als Anspruchsgrundlage immer nur eine haftungsbegründende Vorschrift (wie bspw. § 823 I BGB) fungieren (vgl. *Wagner*, in: MüKo, § 840 Rn 2).

<sup>1010</sup> BGHZ 45, 311, 313; 103, 298, 303; BGH NJW 2013, 1002, 1003; *Sprau*, in: Grüneberg, § 831 Rn 6.

<sup>1011</sup> BGHZ 45, 311, 313; 103, 298, 303; BGH NJW 2013, 1002, 1003.

<sup>1012</sup> Vgl. aus jüngerer Zeit etwa BGH NJW 2000, 2737, 2738 (Haftung des Krankenhausträgers für Hebammen); BGH NJW 1988, 2298, 2299 (Haftung des Krankenhausträgers für Ärzte); BGH WM 1998, 257, 259 (Haftung des Verlegers für einen Testesser in einem Restaurant); OLG Köln NJW 2000, 2905 (Haftung der abwesenden Eltern für die mit der Beaufsichtigung des Hauses betraute 18-jährige Tochter). Vgl. auch *Brox/Walker*, § 48 Rn 3.

dere ist nicht Voraussetzung, dass der Gehilfe den Geschäftsherrn rechtsgeschäftlich vertritt. Maßgeblich ist allein, dass die Tätigkeit in einer organisatorisch abhängigen Stellung vorgenommen wird.<sup>1013</sup> Ob die Beschäftigung legal (Arbeitsvertrag) oder illegal (Schwarzarbeit) ist, spielt für die Haftung nach § 831 BGB schon deshalb keine Rolle, weil die Illegalität der Beschäftigung den Verpflichteten nicht entlasten kann.

- 857** Da die Haftung des Geschäftsherrn darauf beruht, dass er den Gehilfen nicht sorgfältig ausgesucht bzw. überwacht hat, muss der Geschäftsherr auf die Handlungsweise des Gehilfen Einfluss nehmen können. Das ist vor allem beim Arbeitsverhältnis gegeben. Bei Werkverträgen mit selbstständigen Handwerkern und Unternehmern sowie bei Generalvertretern ist in jedem Einzelfall zu prüfen, ob diese weisungsunterworfen sind.<sup>1014</sup>
- 858** Der Verrichtungsgehilfe muss dem Wortlaut des § 831 I S. 1 BGB zufolge in Ausführung der Verrichtung einem Dritten **widerrechtlich einen Schaden zufügen**. Ein **Verschulden der Hilfsperson** ist insoweit **nicht** zu prüfen, weil § 831 BGB eine Haftung des Geschäftsherrn für *eigenes* Verschulden begründet.

**Beispiel**<sup>1015</sup>: Patient Poldi wird in der Privatklinik des Dr. K behandelt, wo die rechte Niere operativ entfernt werden soll. Der mit der Operation beauftragte Assistenzarzt Dr. A entfernt infolge einer Links/rechts-Verwechslung die linke Niere. P verlangt von K Schadensersatz, insbesondere Schmerzensgeld.

A hat den Körper des P rechtswidrig verletzt und adäquat kausal den Schaden bei P verursacht. Die Frage, ob A auch schuldhaft gehandelt hat, spielt im Rahmen des § 831 BGB (zur Abgrenzung § 831/§§ 31, 89 I BGB vgl. Rn 874) keine Rolle. Sie wäre aber selbstverständlich dann zu beantworten gewesen, wenn P einen Schadensersatzanspruch gegen A gem. § 823 BGB geltend gemacht hätte, vgl. auch Rn 864, 866, 868 und 873.

- 859** Das vorstehende Beispiel ist paradigmatisch für die Darstellung in der Ausbildungsliteratur. Doch einem Leistungsnachweis (Klausur, Hausarbeit) kann durchaus ein höheres Niveau zugrunde liegen.

- 860** **Beispiel**<sup>1016</sup>: Die Eltern der 18-jährigen T waren Silvester nicht zu Hause. Mit ihrem Wissen und ihrer Billigung veranstaltete T im Elternhaus eine Silvesterparty, bei der ein Gast der T unsachgemäß Feuerwerkskörper zündete. Dadurch wurde am Haus ein erheblicher Brandschaden verursacht. Die Eltern verlangen vom Gast Schadensersatz.

Der geltend gemachte Anspruch könnte sich auf § 823 I BGB stützen. Dessen Voraussetzungen liegen vor. Allerdings hat der BGH angenommen, der sich daraus ergebende Ersatzanspruch sei anteilig zu kürzen, weil der Schaden von T mitverursacht worden sei (§§ 831, 254 BGB). T sei für die Zeit der Abwesenheit der Eltern vom Hausgrundstück als ihre Verrichtungsgehilfin anzusehen. Ob dieser Auffassung gefolgt werden kann, ist zweifelhaft. Sicherlich war T mit Blick auf die Beaufsichtigung des Hauses weisungsgebunden und *insoweit* Verrichtungsgehilfin. Auch hat sie eine Verkehrssicherungspflicht verletzt, indem sie ihrer Aufsichtspflicht nicht genügend nachgekommen ist. Das OLG Köln setzt sich aber nicht mit dem Umstand auseinander, dass § 831 BGB auch voraussetzt, dass der Verrichtungsgehilfe *einem Dritten* einen Schaden zufügt. Im zu entscheidenden Fall waren die geschädigten Eltern jedoch nicht „Dritter“ i.S.d. § 831 BGB, sondern „Geschäftsherr“. § 831 BGB hätte also nicht oder zumindest nicht direkt angewendet werden dürfen (von einer analogen Anwendung spricht das Gericht nicht; auch prüft es nicht die Voraussetzungen einer Analogie). Da das OLG Köln aber offenbar darum

<sup>1013</sup> BGH NJW 2009, 1740, 1741 (Notfallarzt kann Verrichtungsgehilfe des niedergelassenen Arztes sein).

<sup>1014</sup> Vgl. dazu BGHZ 34, 310, 311; Brox/Walker, § 42 Rn 3; Deutsch/Ahrens, Rn 318.

<sup>1015</sup> In Anlehnung an BGHZ 101, 215 ff.; vgl. auch Brox/Walker, § 48 Rn 1. Siehe auch OLG Oldenburg RDG 2020, 33 ff. (Geburtsschaden durch Sauerstoffunterversorgung).

<sup>1016</sup> Nach OLG Köln NJW 2000, 2905.

bemüht war, das Fehlverhalten der T schadensersatzmindernd zu berücksichtigen (die Haftung des Gastes im Verhältnis zu den Eltern also zu begrenzen), hat es schlicht eine Tatbestandsvoraussetzung des § 831 BGB unerwähnt gelassen. Auch hat es – wie gesagt – eine Analogieprüfung nicht durchgeführt. Würde man in der Fallbearbeitung so vorgehen, wäre die Arbeit kaum ausreichend. Erforderlich wäre die Prüfung einer analogen Anwendung des § 831 BGB. Es würde sich auch die Überlegung anbieten, T gesamtschuldnerisch mit dem betreffenden Gast haften zu lassen. Es wäre dann folgende Konstruktion denkbar:

- ⇒ G hat durch das unsachgemäße Zünden eines Feuerwerkskörpers den Eltern der T Schadensersatz zu leisten.
- ⇒ T hat an der Entstehung des Schadens mitgewirkt, indem sie die ihr obliegende Verkehrssicherungspflicht verletzt hat.
- ⇒ G und T haften gesamtschuldnerisch gem. § 840 BGB.

Weitere Haftungsvoraussetzung des § 831 BGB ist, dass der Gehilfe den Schaden *in Ausführung der Verrichtung* verursacht hat. **861**

**In Ausführung der Verrichtung** verursacht der Gehilfe den Schaden, wenn zwischen der aufgetragenen Verrichtung und der Schadenszufügung ein innerer Zusammenhang besteht.<sup>1017</sup> **862**

Keine Voraussetzung ist, dass gerade die Handlung, die den Schaden verursacht hat, dem Gehilfen aufgetragen war; es genügt, dass die schädigende Handlung in den Kreis der Maßnahmen fällt, welche die Ausführung der Verrichtung darstellen.<sup>1018</sup> **863**

Daher handelt auch Dr. A von Rn 858 in Ausführung der Verrichtung, wenn er anstelle der kranken rechten Niere irrtümlich die gesunde linke Niere entfernt. **864**

Selbst bewusstes und eigenmächtiges Zuwiderhandeln gegen Weisungen des Geschäftsherrn stellt das Handeln des Gehilfen nicht ohne weiteres außerhalb des Kreises der ihm aufgetragenen Verrichtung.<sup>1019</sup> Auszuscheiden haben jedoch solche Schäden, die lediglich *bei Gelegenheit der Ausführung* zugefügt werden. Solche sog. *Ultra-vires-Handlungen* sind insbesondere Diebstähle und Spritztouren, soweit nicht eine besondere Pflicht zu ihrer Verhinderung besteht. **865**

Hätte im Fall von Rn 858 Dr. A bei P *absichtlich* die gesunde Niere entfernt, würde dies nicht notwendigerweise die Haftung des Dr. K aus § 831 BGB ausschließen (zur Exkulpation vgl. sogleich). Würde Dr. A im Rahmen der ihm übertragenen Behandlung des P diesen jedoch bestehen, wäre auf keinen Fall eine Zurechnung gegeben. **866**

## **b. Ausschluss der Haftung**

### **aa. Entlastungsbeweis durch Widerlegung der Verschuldensvermutung**

Gemäß § 831 I S. 2 Var. 1 BGB tritt die Ersatzpflicht nicht ein, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Person und, sofern er Vorrichtungen oder Gerätschaften zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat, bei der Beschaffung oder der Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde. Es geht also um Mängel bei der Auswahl bzw. Überwachung von Verrichtungsgehilfen. Welche Anforderungen an die Person des Verrichtungsgehilfen zu stellen sind, bestimmt sich nach seinem Pflichtenkreis und den näheren Umständen. Im Grundsatz lässt sich sagen: Je größer die mit der Verrichtung verbundenen Gefahren sind, desto größere Anforder-

<sup>1017</sup> BGHZ 11, 151, 152 ff.; BGH NJW-RR 1989, 723 ff.; *Sprau*, in: Grüneberg, § 831 Rn 10.

<sup>1018</sup> BGH MDR 1955, 282; WM 1977, 1169; *Brox/Walker*, § 48 Rn 5; vgl. auch *Sprau*, in: Grüneberg, § 831 Rn 10.

<sup>1019</sup> BGHZ 49, 12, 22.

rungen sind an die Sorgfaltspflichten des Geschäftsherrn bei Auswahl und Überwachung des Verrichtungsgehilfen zu stellen.<sup>1020</sup> Andererseits ist es dem Geschäftsherrn bei größeren Betrieben bzw. Organisationen oft nicht möglich oder jedenfalls nicht zumutbar, seine Mitarbeiter selbst auszuwählen und zu überwachen. Hier muss es genügen, wenn der Geschäftsherr seinen Betrieb sorgfältig organisiert und die zur Auswahl und Überwachung bestellten „Zwischenpersonen“ (z.B. Abteilungsleiter, Meister) sorgfältig auswählt und überwacht (sog. **dezentralisierter Entlastungsbeweis**)<sup>1021</sup>; diese Zwischenpersonen können aber nach § 831 BGB selbst ersatzpflichtig sein (§ 831 II BGB).<sup>1022</sup>

**868** Im Krankenhausfall von Rn 858 würde es zur Entlastung des Dr. K nicht genügen, dass Dr. A bspw. sein Examen mit „sehr gut“ bestanden hätte; zumindest müsste Dr. A auch die Facharztqualifikation haben.<sup>1023</sup> Darüber hinaus hat Dr. K den Dr. A darüber zu belehren, dass er vor der Operation – um Verwechslungen auszuschließen – die zu entfernende Niere zu kennzeichnen hat. Ferner hat Dr. K durch geeignete Maßnahmen zu überwachen, ob derartige Sicherungsvorkehrungen eingehalten werden. Er hat Dr. A von Operationen auszuschließen, wenn er feststellt, dass dieser in letzter Zeit bspw. häufiger angetrunken zum Dienst erschienen ist oder seinen Dienst unkonzentriert verrichtet. Trifft Dr. K infolge von Fahrlässigkeit eine solche Feststellung nicht, ist die Entlastung misslungen. In diesem Fall haftet er dem P gegenüber auf Schadensersatz gem. § 831 BGB.

Und in Bsp (2) von Rn 1123 gelang A der Beweis nicht, dass der Twitter-Kommentar nicht von ihm stamme, sondern von seinem Mitarbeiter verfasst wurde, den A zuvor damit beauftragt hatte, eigenverantwortlich unter Verwendung des Accounts des A Tweets abzusetzen, ohne diese vorher einer inhaltlichen Kontrolle durch A zu unterziehen. Das LG zog insoweit die vom BGH für die Haftung eines Verlegers und Herausgebers von Beiträgen mit schwerwiegenden Persönlichkeitsrechtsverletzungen entwickelten Grundsätze heran und übertrug diese auf den vorliegenden Fall. Somit haftete A für das Verschulden seines Mitarbeiters ohne eine Entlastungsmöglichkeit, also auch dann, wenn sich sein Mitarbeiter weisungswidrig an der Diskussion auf einem anderen Twitter-Account beteiligt und dort unter Verwendung des Twitter-Accounts des A einen Kommentar abgegeben habe. A haftete daher – selbst wenn er den Tweet nicht selbst verfasst habe – wegen zurechenbaren Verhaltens seines Mitarbeiters, weil er diesen als Verrichtungsgehilfen i.S.v. § 831 BGB zur Absetzung von Twitter-Nachrichten bestellt habe.<sup>1024</sup>

**869** Die Formulierung in § 831 I S. 2 BGB, dass die Ersatzpflicht nicht eintritt, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl und Überwachung des Verrichtungsgehilfen usw. die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat, bedeutet rechtstechnisch eine **Beweislastumkehr**: Nicht der Geschädigte muss die Pflichtverletzung (wohl aber die Rechtsgutverletzung) beweisen, sondern der in Anspruch Genommene hat die Tatsachen, die gegen sein Verschulden sprechen, zu behaupten und bei Bestreiten des Geschädigten auch zu beweisen. Deshalb spricht man vom *Exkulpationsbeweis* oder *Entlastungsbeweis* des Geschäftsherrn; dieser hat die Verschuldensvermutung des § 831 I S. 1 BGB zu widerlegen. Da vor allem bei Großbetrieben der Entlastungsbeweis häufig gelingt, wird die Regelung des § 831 I S. 2 BGB dem Schutzbedürfnis des Geschädigten nicht (mehr) gerecht. Deshalb sind verschiedene Bemühungen erkennbar, den Entlastungsbeweis auszuschließen oder doch zumindest erheblich zu erschweren.<sup>1025</sup> Diese sind auch in der Fallbearbeitung stets zu berücksichtigen:

<sup>1020</sup> Brox/Walker, § 48 Rn 6.

<sup>1021</sup> Brox/Walker, § 48 Rn 6; Sprau, in: Grüneberg, § 831 Rn 12/15.

<sup>1022</sup> OLG Köln NJW-RR 1997, 471 f.; Sprau, in: Grüneberg, § 831 Rn 21; Brox/Walker, § 48 Rn 6.

<sup>1023</sup> Brox/Walker, § 48 Rn 6.

<sup>1024</sup> LG Berlin ZUM-RD 2019, 331, 333 (Noah Becker).

<sup>1025</sup> Brox/Walker, § 48 Rn 7.

- Zunächst sind bei der Prüfung des Anspruchs gegen den Geschäftsherrn nach § 831 BGB **höhere Anforderungen an die Auswahl- und Überwachungspflichten** zu stellen.
- Da der Anspruch nach § 831 BGB den direkten Anspruch gegen den Geschäftsherrn nach § 823 BGB nicht ausschließt, werden die in diesem Rahmen zu prüfenden **Verkehrssicherungspflichten** des Geschäftsherrn verschärft.
- Schließlich ist danach zu fragen, ob die ebenfalls im Rahmen des § 823 I BGB zu beachtende sorgfältige Auswahl und Überwachung des Verrichtungsgehilfen infolge mangelhafter Organisation unterblieben sind (sog. **Organisationsverschulden**).<sup>1026</sup>

Zu weit geht es aber, durch eine weite Auslegung des Begriffs „verfassungsgemäßer Vertreter“ i.S.d. § 31 BGB diese Vorschrift anzuwenden und damit die Entlastungsmöglichkeit nach § 831 BGB auszuschließen.<sup>1027</sup> Vgl. dazu Rn 874 f.

870

### **bb. Entlastungsbeweis durch Widerlegung der Ursächlichkeitsvermutung**

Neben dem o.g. Entlastungsbeweis kann der Geschäftsherr auch den Beweis dafür antreten, dass es an der erforderlichen Ursächlichkeit (Kausalität) zwischen der angeblichen Sorgfaltspflichtverletzung und dem Schaden fehle, dass nämlich der Schaden auch bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt entstanden wäre (§ 831 I S. 2 Var. 2 BGB).

871

### **c. Verhältnis zu § 278 BGB (Erfüllungsgehilfe)**

Während § 831 BGB die Haftung für vermutetes *eigenes* Verschulden bei der Auswahl und Überwachung von Verrichtungsgehilfen begründet (eigene deliktische Anspruchsgrundlage, s.o.), ordnet § 278 BGB die Zurechnung *fremden* Verschuldens an (schuldrechtliche Zurechnungsnorm). Erfüllungsgehilfe ist, wer nach den tatsächlichen Gegebenheiten des Falls mit dem Willen des Schuldners bei der Erfüllung einer diesem obliegenden Verbindlichkeit als seine Hilfsperson tätig wird.<sup>1028</sup> Es ist deswegen (anders als beim Verrichtungsgehilfen i.S.d. § 831 BGB) nicht erforderlich, dass der Erfüllungsgehilfe *weisungsgebunden*, also wirtschaftlich abhängig vom Schuldner ist.<sup>1029</sup> Daher können auch selbstständige Unternehmer zwar Erfüllungsgehilfen, nicht aber Verrichtungsgehilfen sein.

872

Erfüllungsgehilfe und Verrichtungsgehilfe können grds. jedoch dieselben Personen sein. Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen folgt aus dem Schuldrecht, die für den Verrichtungsgehilfen aus dem Deliktsrecht.

**Beispiel:** Auftraggeber A bringt seinen Wagen in die Kfz-Werkstatt des M und beauftragt diesen, die vorderen Bremsen instand zu setzen. M wiederum weist seinen Gesellen G an, die Reparatur vorzunehmen. Während der Instandsetzungsarbeiten beschädigt G fahrlässig den Kotflügel.

Hier hat A gegen M einen vertraglichen Schadensersatzanspruch wegen einer Pflichtverletzung im Schuldverhältnis (Werkvertrag, §§ 631 ff. BGB) aus § 280 I BGB. Denn es ist pflichtwidrig, während der Vertragsdurchführung Rechtsgüter des Vertragspartners zu verletzen. M muss sich das Verschulden des G gem. § 278 BGB zurechnen lassen.

<sup>1026</sup> Zum Organisationsverschulden vgl. BGH NJW-RR 2002, 1108.

<sup>1027</sup> Die Rechtsprechung verfährt jedenfalls im sog. Diesel-Abgasskandal recht großzügig im Hinblick auf die Auslegung des § 31 BGB. Der Vertreterbegriff i.S.d. § 31 BGB sei weit auszulegen, um zu verhindern, dass sich insbesondere Großunternehmen allein aufgrund ihrer Größe und durch ihre arbeitsteilige Organisationsstruktur einer Haftung für schuldhaftes Verhalten ihrer Mitarbeiter ohne Weiteres entziehen könnten (vgl. etwa OLG Stuttgart 26.11.2019 – 10 U 154/19; BGH NJW 2020, 1962, 1963).

<sup>1028</sup> BGHZ 13, 111, 113; 100, 117, 122; BGH NJW 2007, 428; Lorenz, JuS 2007, 983 f.

<sup>1029</sup> BGH NJW 1996, 451, 451.

Aus deliktsrechtlicher Sicht kommt ein Schadensersatzanspruch des A gegen M aus § 831 BGB in Betracht. Anders als bei § 278 BGB, der lediglich eine schuldrechtliche Zurechnungsnorm darstellt für das Verschulden des Erfüllungsgehilfen bei der Ausführung des Schuldverhältnisses, handelt es sich bei § 831 BGB um eine eigene Anspruchsrundlage des Geschädigten gegen den Geschäftsherrn für vermutetes *eigenes* Verschulden bei der Auswahl und Überwachung von dessen Verrichtungsgehilfen. G ist gegenüber M weisungsgebunden und hat in Ausführung der Verrichtung fahrlässig das Eigentum des A beschädigt, mithin einen Schadensersatzanspruch aus § 823 I BGB ausgelöst, für den M grds. gem. § 831 BGB eintreten muss. Dennoch haftet M nicht aus § 831 BGB, wenn er den Entlastungsbeweis nach § 831 I S. 2 BGB führen kann. Hiervon unberührt bleibt die Frage nach der Haftung des G gem. § 823 I BGB gegenüber A. Diesbezüglich kommt aber der von der Rspr. entwickelte sog. Freistellungsanspruch zum Tragen, der besagt, dass ein Arbeitnehmer von seinem Arbeitgeber die Haftungsfreistellung für leichte Fahrlässigkeit und eine Haftungserleichterung für mittlere Fahrlässigkeit verlangen kann.

Fazit: Kennzeichen des § 831 BGB ist, dass eine Weisungsunterworfenheit des Verrichtungsgehilfen besteht; bei § 278 BGB ist diese nicht erforderlich, sodass nicht nur ein Weisungsunterworfener, sondern z.B. auch ein freier und selbstständiger Subunternehmer Erfüllungsgehilfe sein kann. Zudem kann die Zurechnungsnorm des § 278 BGB schon systematisch nicht im Rahmen des § 823 BGB herangezogen werden. Ein Konkurrenzverhältnis zwischen § 831 BGB und § 278 BGB kann es daher nicht geben.

- 873** Würde im **Beispiel** von Rn 858 (Krankenhausfall) Dr. K der Entlastungsbeweis gelingen, wäre zwar eine deliktische Haftung gem. § 831 BGB ausgeschlossen. Davon unberührt bleibt aber die Haftung wegen Vertragsverletzung für das Verschulden des Dr. K gem. §§ 611, 278, 249, 280 I BGB (bei Schmerzensgeld § 253 II BGB). Selbstverständlich hat P auch gegen Dr. A entsprechende Ansprüche.

#### **d. Verhältnis zu §§ 31, 89 I BGB (verfassungsmäßiger Vertreter)**

- 874** Nach §§ 31, 89 I BGB haften juristische Personen ohne die Möglichkeit eines Entlastungsbeweises für Schäden aus Vertragsverletzung oder unerlaubter Handlung, die ihr Vorstand oder andere verfassungsmäßig berufene Vertreter in Ausführung der ihnen zustehenden Verrichtungen einem Dritten zufügen. §§ 31, 89 I BGB sind Zuweisungsnormen<sup>1030</sup> und knüpfen an ein zum Schadensersatz verpflichtendes Verhalten des verfassungsmäßig berufenen Vertreters an.<sup>1031</sup> Auf welchen haftungsbegründenden Tatbestand sich die Schadensersatzpflicht bezieht, ist gleichgültig. §§ 31, 89 I BGB greifen daher bei einer Haftung wegen unerlaubter Handlungen (§§ 823 ff. BGB), Vertragsverletzungen (§ 280 BGB), Rechtsgutverletzungen im vorvertraglichen Bereich (§ 311 II, III BGB, § 311a II BGB) und bei Schadensersatzpflicht nach erklärter Anfechtung (§ 122 BGB).<sup>1032</sup>

Da es bei §§ 31, 89 I BGB um die Zuweisung von einem zum Schadensersatz verpflichtenden Verhalten des verfassungsmäßig berufenen Vertreters geht, ist im Anwendungsbereich der §§ 31, 89 I BGB eine Haftung der juristischen Person nach § 831 BGB ausgeschlossen, da § 831 BGB an eigenes Verschulden anknüpft; zudem sind Organe (bzw. verfassungsmäßige Vertreter i.S.d. § 31 BGB) keine „Verrichtungsgehilfen“. Anders stellt sich die Rechtslage dar, wenn der Vorstand oder andere verfassungsmäßig berufene Vertreter Dienstaufträge an andere (Arbeitnehmer oder Dritte)

<sup>1030</sup> BGHZ 20, 149, 153; 41, 282, 287; 99, 298, 302; 109, 327, 332; 132, 30, 37. Danach ist § 31 BGB also keine Zurechnungsnorm wie § 278 BGB; vielmehr haftet die juristische Person schlicht für das Fehlverhalten ihrer verfassungsmäßig berufenen Vertreter. Deren Verschulden gilt als Verschulden der juristischen Person (*Grüneberg*, in: *Grüneberg*, § 278 Rn 6). § 278 BGB gilt nicht im Anwendungsbereich des § 31 BGB (*Grüneberg a.a.O.*).

<sup>1031</sup> BGHZ 109, 327, 332; *Ellenberger*, in: *Grüneberg*, § 31 Rn 6.

<sup>1032</sup> *Ellenberger*, in: *Grüneberg*, § 31 Rn 3 (mit Verweis auf BGHZ 109, 327).

erteilen. Für diese haftet die juristische Person vertraglich nach §§ 280 ff. BGB (i.V.m. § 278 BGB) und deliktisch nach § 831 BGB.

Im Übrigen legt die Rechtsprechung den Begriff des verfassungsmäßig berufenen Vertreters weit aus, um den Anwendungsbereich des § 831 BGB und die damit verbundene Möglichkeit eines Entlastungsbeweises zurückzudrängen.<sup>1033</sup> Es sei nicht erforderlich, dass die Tätigkeit des Vertreters in der Satzung vorgesehen sei. Er brauche auch keine rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht zu haben. Es genüge, dass ihm durch die allgemeine Betriebsregelung und Handhabung bedeutsame, wesensmäßige Funktionen zur selbstständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen seien und er die Einrichtung insoweit repräsentiere.<sup>1034</sup> So hat die Rechtsprechung einen Chefarzt und seinen Vertreter (nicht aber einen Assistenzarzt) unter § 31 BGB subsumiert, wenn sie im medizinischen Bereich weisungsfrei arbeiten.<sup>1035</sup> Gleiches gilt für Leitende Angestellte i.S.d. Arbeitsrechts und erst recht für Vorstände und Geschäftsführer, da diese bereits „verfassungsmäßig berufen“ sind. Auch hat der BGH entschieden, dass der Leiter der Entwicklungsabteilung eines großen, weltweit tätigen Automobilherstellers wie der Volkswagen AG eine für dessen Kerngeschäft verantwortliche, in besonderer Weise herausgehobene Position als Führungskraft innehatte, woraus unmittelbar folge, dass ihm bedeutsame, wesensmäßige Funktionen des Unternehmens zur selbstständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen seien, er also das Unternehmen auf diese Weise repräsentiere.<sup>1036</sup>

875

**Beispiel**<sup>1037</sup>: Mitarbeiter der X-AG, ein Hersteller von Kraftfahrzeugen, hatten bei bestimmten Dieselfahrzeugen eine Steuerungssoftware eingesetzt, die zwei unterschiedliche Betriebsmodi zur Steuerung der Abgasrückführung kannte. In Modus 1 kam es zu einem geringeren Ausstoß von Stickoxiden als in Modus 0. Der Modus 1 war allerdings nur beim Durchfahren des Testzyklus aktiv. Im normalen Straßenverkehr wurde der in den betreffenden Fahrzeugen verbaute Motor nur im Modus 0 betrieben. In diesem Modus wurden die maximal zulässigen Grenzwerte für den Schadstoffausstoß um ein Vielfaches überschritten. Nach Aufdeckung dieses „Diesel-Abgasskandals“ verpflichtete sich die X-AG, bei den betroffenen Fahrzeugen ein Software-Update zu installieren, welches dafür sorgen sollte, die Motoren durchgängig in einem angepassten Modus 1 zu betreiben und damit auch im Normalbetrieb die öffentlich-rechtlichen Grenzwerte einzuhalten. K, Eigentümer eines der betroffenen Fahrzeuge, gab sich damit jedoch nicht zufrieden und machte geltend, dass er das Fahrzeug nicht gekauft hätte, wenn er bei Vertragsabschluss den tatsächlichen Schadstoffausstoß gekannt hätte. Das Software-Update sei nicht geeignet, den Mangel zu beheben. Zudem seien schädliche Auswirkungen auf den Motor und ein Mehrverbrauch zu befürchten.

Als Anspruchsgrundlage kommt v.a. § 826 BGB in Betracht (siehe dazu Rn 780). Das schädigende sittenwidrige Verhalten kann darin gesehen werden, dass die Käufer bewusst über die Konformität der Abgaswerte mit den öffentlich-rechtlichen Bestimmungen getäuscht wurden. Auch der erforderliche Vorsatz lag vor, weil die Manipulationssoftware einzig zum Zweck eingebaut wurde, die Abgaswerte zu beschönigen. Die Mitarbeiter mussten auch davon ausgehen, dass der Einsatz der Software zu Schwierigkeiten hinsichtlich der Typgenehmigung und der Betriebszulassung der Fahrzeuge hätte führen können und dass potentielle Kunden Fahrzeuge, die derart mit rechtlichen Unsicherheiten belastet waren, nicht ohne weiteres erworben hätten. Es darf auch unterstellt werden, dass K bei Kenntnis dieser Umstände den Wagen nicht oder nicht zu dem Preis gekauft hätte, gerade wegen des merkantilen Minderwerts. Dadurch, dass K einen Vertrag über ein mangelhaftes Fahrzeug abgeschlossen hatte, jedoch das vorbezeichnete

<sup>1033</sup> BGHZ 49, 19, 20 ff.; *Ellenberger*, in: *Grüneberg*, § 31 Rn 6.

<sup>1034</sup> BGHZ 49, 19, 20 ff.; BGH NJW 1998, 1854, 1856; *Ellenberger*, in: *Grüneberg*, § 31 Rn 6.

<sup>1035</sup> BGHZ 77, 74, 75 ff.; 101, 215, 216 ff.; *Ellenberger*, in: *Grüneberg*, § 31 Rn 11.

<sup>1036</sup> BGH NJW 2020, 1962, 1966.

<sup>1037</sup> Nach OLG Köln MDR 2019, 222.

te erhielt, das sowohl einen technischen (höherer Verbrauch, geringere Leistung, ggf. geringere Lebenserwartung) als auch wirtschaftlichen (Anhaftung des Makels des „Dieselskandals“) Minderwert<sup>1038</sup> hat, liegt auch ein Schaden vor.

Da Entwicklung und Installation einer solchen Manipulationssoftware nicht ohne Kenntnis und Billigung Leitender Angestellter oder sogar der Vorstände möglich erscheinen, sind deren Kenntnisse und Vorstellungen der X-AG nach § 31 BGB zuzuweisen.<sup>1039</sup>

Weiterführender Hinweis: Das LG Osnabrück hat entschieden, dass Schadensersatzansprüche gegen den Kfz-Hersteller (aus § 823 II BGB bzw. § 826 BGB) nicht bestehen, wenn der Käufer das Fahrzeug erwarb, nachdem ein Softwareupdate bereits installiert worden war. Denn aufgrund der breiten öffentlichen Berichterstattung könne das Problem keinem Käufer verborgen geblieben sein.<sup>1040</sup> Richtig daran ist, dass es an der Schutzwürdigkeit fehlt, wenn jemand ein vom „Abgasskandal“ betroffenes Dieselfahrzeug kauft. Das hat im Ergebnis auch BGH so gesehen.<sup>1041</sup> Allerdings sind die vom BGH vorgebrachten Argumente zur Verneinung der Sittenwidrigkeit in Frage zu stellen. Vorzugswürdig wäre der Weg über eine Rechtsschutzversagung gewesen, die ihre Grundlage in § 242 BGB findet: Wer ein Fahrzeug kauft, obwohl der Hersteller zuvor öffentlich die Nichteinhaltung der Diesellabgaswerte erklärt hat und das Thema im Anschluss daran über Monate hinweg Gegenstand umfangreicher Medienberichterstattung war, kann sich nicht auf sittenwidrige Schädigung berufen. Kein Käufer eines Wagens mit Dieselmotor der betroffenen Abgasnorm konnte sich daher darauf berufen, er habe vom Diesellabgasskandal nichts mitbekommen und sei daher arglos gewesen.<sup>1042</sup>

Problematisch ist es indes, wenn das LG den Schaden mit dem Argument verneint, das Fahrzeug sei nach dem Software-Update gesetzeskonform. Denn es liegt durchaus ein Vermögensschaden darin, dass das Fahrzeug sowohl einen technischen (höherer Verbrauch, geringere Leistung, ggf. geringere Lebenserwartung) als auch wirtschaftlichen (Anhaftung des Makels des „Dieselskandals“) Minderwert<sup>1043</sup> hat (s.o.). Freilich verdient ein Käufer, der ein solches Fahrzeug erwirbt, keinen Schutz, wenn es um die Geltendmachung eines Minderwerts geht.

## 2. Haftung für Aufsichtsbedürftige, § 832 BGB

- 876** Eine Haftung für vermutetes Verschulden mit der Möglichkeit der Entlastung statuiert auch § 832 BGB. Nach dieser Bestimmung haftet der kraft Gesetzes oder Vertrags zur Aufsicht Verpflichtete für den Schaden, den der zu Beaufsichtigende einem Dritten widerrechtlich zufügt. Der Normzweck liegt also darin, Dritte vor Schäden zu schützen, die durch unerlaubte Handlungen der zu beaufsichtigenden Personen entstehen.<sup>1044</sup>

### a. Voraussetzungen

- 877** Der Tatbestand des § 832 BGB setzt voraus, dass ein Minderjähriger oder eine wegen ihres geistigen oder körperlichen Zustands der Beaufsichtigung bedürftige Person einem anderen einen Schaden zugefügt hat (§ 832 I S. 1 BGB). Damit ist die widerrechtliche und adäquat kausal verursachte Verwirklichung einer der objektiven Tatbestände der §§ 823 ff. BGB gemeint.
- 878** **Beispiel:** Die 6-jährige Tochter T fährt auf dem Radweg mit dem Fahrrad vom Kindergarten nach Hause. Sie wird von ihrem Vater V begleitet, der mit seinem Fahrrad links neben T auf der stark befahrenen Straße fährt. Als sich von hinten ein anderes Kind rasch nähert und T überholen möchte, weicht T nach rechts aus und das andere Kind überholt T. Während des Überholvorganges streift das andere Kind mit seinem Schul-

<sup>1038</sup> Siehe LG Erfurt 18.1.2019 – 9 O 490/18.

<sup>1039</sup> OLG Köln MDR 2019, 222 f. Siehe auch LG Erfurt 18.1.2019 – 9 O 490/18 und BGH NJW 2020, 1962, 1963 ff.

<sup>1040</sup> LG Osnabrück 30.1.2019 – 2 O 2190/18.

<sup>1041</sup> BGH NJW 2020, 2798, 2802 f.

<sup>1042</sup> Siehe meinen Beitrag v. 1.8.2020: [verlag-rolf-schmidt.de/aktuelles-2020-schadensersatz-im-diesel-abgasskandal](http://verlag-rolf-schmidt.de/aktuelles-2020-schadensersatz-im-diesel-abgasskandal)

<sup>1043</sup> Siehe LG Erfurt 18.1.2019 – 9 O 490/18.

<sup>1044</sup> BGH NJW 1996, 53; OLG Oldenburg 17.7.2014 – 1 U 3/14; *Brand*, JuS 2012, 673, 674.

ranzen jedoch den Lenker des Fahrrads der T, sodass diese ins Schleudern gerät. T verliert die Kontrolle über ihr Fahrrad und streift ein abgestelltes Fahrzeug. Der Fahrzeug-eigentümer E macht gegenüber T bzw. V einen Schaden i.H.v. 400 € geltend.

T hat den Tatbestand des § 823 I BGB verwirklicht. Ob T auch fahrlässig gehandelt hat, ist unklar. Jedenfalls fehlt die Verschuldensfähigkeit (§ 828 I BGB: Nichtvollendung des 7. Lebensjahres). T trifft daher kein Verschulden und haftet nicht aus § 823 I BGB.

Ob V aus § 832 I S. 1 BGB haftet, hängt davon ab, ob er die Aufsichtspflicht verletzt hat. Vgl. dazu Rn 881.

Schadensersatzpflichtig nach § 832 BGB ist der kraft Gesetzes (Abs. I) oder Vertrags (Abs. 2 II) zur Aufsicht Verpflichtete. 879

- Kraft *Gesetzes* aufsichtspflichtig sind bei Minderjährigen die Inhaber des Sorgerechts, also regelmäßig die Eltern (§§ 1626 ff. BGB) und der Vormund (§§ 1773 ff. BGB); bei Volljährigen bspw. der Betreuer (§§ 1896 ff. BGB).
- Kraft *Vertrags* sind diejenigen aufsichtspflichtig, bei denen ein rechtsgeschäftlicher Übernahmewille besteht.<sup>1045</sup> So können zur Aufsicht bspw. Stiefeltern, Pflegeeltern und Aufsichtspersonen eines Kindergartens, Heims, Internats oder einer Grund- bzw. Sonderschule verpflichtet sein (bei beamteten Aufsichtspersonen ist § 839 BGB zu beachten, der als Spezialvorschrift die Anwendung des § 832 BGB ausschließt<sup>1046</sup>). Auch der Meister eines Ausbildungsbetriebs kann gegenüber minderjährigen Auszubildenden aufsichtsverpflichtet sein. Personen, die nur tatsächlich die Aufsicht übernehmen (etwa Nachbarn oder Großeltern), sind nicht erfasst. Allerdings ist in diesen Fällen stets zu prüfen, ob durch die Übernahme der Aufsicht nicht ein entsprechender rechtsgeschäftlicher Übernahmewille vorliegt bzw. zumindest konkludent ein entsprechender Vertrag geschlossen wurde. Bei kurzfristiger Aufsicht durch Verwandte wird dies vom BGH jedoch abgelehnt.<sup>1047</sup> Nach h.M. müssen der rechtsgeschäftliche Übernahmewille bzw. der Übernahmevertrag wirksam sein.<sup>1048</sup> Ist die Person, die sich zur Übernahme der Aufsicht verpflichtet, z.B. minderjährig (Beispiel: eine 16-Jährige aus der Nachbarschaft wird beauftragt, das Kind auf den Spielplatz zu begleiten – Babysitterin), stellt sich daher die Frage, ob die Vorschriften des Minderjährigenrechts (§§ 104 ff. BGB) der Haftung aus § 832 II BGB entgegenstehen. Richtigerweise wird man dies bejahen müssen. Der Minderjährigenschutz, den die §§ 104 ff. BGB entfalten, würde unterlaufen, wenn ein Minderjähriger trotz Unwirksamkeit des Übernahmevertrags über § 832 II BGB zum Schadensersatz verpflichtet würde.

## b. Entlastungsbeweis

Der Aufsichtspflichtige kann sich gem. § 832 I S. 2 BGB entlasten, wenn er beweist, dass er seiner Aufsichtspflicht genügt hat (Widerlegung der gesetzlichen Verschuldensvermutung) oder dass der Schaden auch bei gehöriger Aufsichtsführung entstanden wäre (Widerlegung der gesetzlichen Ursächlichkeitsvermutung). Wenn man berücksichtigt, dass (heutzutage) oft beide Elternteile berufstätig sind und auch die Erziehung freier gestaltet ist, dürften dementsprechend auch die Anforderungen an den Entlastungsbeweis deutlich geringer sein als bei der Haftung für Verrichtungsgehilfen gem. § 831 BGB. Zu weit ginge es jedoch, die Eltern von jeder Aufsichtspflicht freizusprechen. 880

Die Beantwortung der Frage, ob der Aufsichtspflichtige die erforderliche Sorgfalt angewandt hat, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.<sup>1049</sup> Die erforderlichen Maß- 881

<sup>1045</sup> *Medicus/Lorenz*, SchuldR BT II, Rn 1355.

<sup>1046</sup> Vgl. BGHZ 13, 25, 27 ff.; *Brox/Walker*, § 48 Rn 16.

<sup>1047</sup> BGH NJW 1968, 1874 f.

<sup>1048</sup> *Belling*, in: Staudinger, § 832 Rn 40; *Brand*, JuS 2012, 673, 676; a.A. *Wagner*, in: MüKo, § 832 Rn 18 ff. (tatsächliche Übernahme genügt).

<sup>1049</sup> BGH NJW 1980, 1044 f.; OLG Oldenburg 17.7.2014 – 1 U 3/14; *Brox/Walker*, § 48 Rn 17.

nahmen differieren nach der Art der Gefahr (gefährliche Spiele sind zu verbieten oder zumindest mit hoher Kontrolldichte streng zu überwachen) und der Person des zu Beaufsichtigenden (Alter<sup>1050</sup>, Reife, Unarten des zu Beaufsichtigenden etc.). Bei der elterlichen Aufsichtspflicht richtet sich die Grenze der erforderlichen und zumutbaren Maßnahmen danach, was verständige Eltern nach vernünftigen Anforderungen in der konkreten Situation tun würden, um Schädigungen Dritter durch ihr Kind zu verhindern.<sup>1051</sup> Verneint hat die Rechtsprechung die Aufsichtspflichtverletzung in Fällen, in denen<sup>1052</sup>

- ein 11-jähriges Kind in der Wohnung allein gelassen wird,
- einem normal entwickelten 8-jährigen Kind das Spielen im Freien ohne Aufsicht auch in einem räumlichen Bereich gestattet wird, der den Eltern ein sofortiges Eingreifen nicht ermöglicht,
- ein 8-jähriges Kind, das sein Fahrrad im Allgemeinen hinreichend sicher beherrscht, über Verkehrsregeln eindringlich unterrichtet worden ist und sich über eine gewisse Zeit im Verkehr bewährt hat, ohne eine Überwachung durch die aufsichtspflichtigen Eltern mit dem Fahrrad am Straßenverkehr teilnimmt, bspw. um zur Schule zu fahren oder einen sonst bekannten, geläufigen Weg zurückzulegen.<sup>1053</sup>
- einem 5-jährigen Kind das Spielen auf dem Bürgersteig oder das Radfahren auf einer weniger befahrenen Straße nach vorheriger Belehrung und Übertragung der Aufsicht an einen Verwandten gestattet wird,
- ein normal veranlagtes 6-jähriges Kind beim Spielen außerhalb der Wohnung nur gelegentlich beobachtet wird,
- ein 6-jähriges Schulkind auf dem Schulweg nach häufiger Belehrung und Begleitung nicht ständig beaufsichtigt wird,
- ein 6-jähriges, im Radfahren geübtes Kind in vertrauter Umgebung ohne Begleitung Rad fahren darf,
- die Tennis spielende Mutter ihr 4½-jähriges Kind auf dem den Tennisplatz umgebenden Freizeitgelände nicht dauernd beaufsichtigt.

Demgegenüber liegt sehr wohl eine Verletzung der Aufsichtspflicht vor, wenn eine aufsichtspflichtige Person nicht verhindert, dass ein zweieinhalbjähriges Kind vom Spielplatz auf die Straße läuft. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Spielplatz nicht abgeschlossen ist.<sup>1054</sup> Eine Aufsichtspflichtverletzung kann aber auch bei älteren Kindern vorliegen, etwa, wenn eine Mutter ihr (13-jähriges) Kind an einem Paintball-Spiel teilnehmen lässt und das Kind aufgrund mangelnder strenger Aufsicht ein anderes mit einer Softair-Waffe verletzt.<sup>1055</sup>

Im **Beispiel** von Rn 878 würde V der Entlastungsbeweis nicht gelingen, wenn er seine noch sehr junge Tochter zuvor lediglich generell über die Gefährlichkeit des Straßenverkehrs belehrt hätte. Denn bei einer stark befahrenen Straße kann sich der Aufsichtspflichtige nur dann entlasten, wenn er hinreichend Vorsorge getroffen hat, dass unerwartetes Ausscheren des Kindes weitgehend verhindert wird. Dies kann bei V aber angenommen werden, indem er flankierend neben dem Radweg fuhr und ein Ausscheren der T auf die Straße verhinderte. Dass T infolge des Fehlverhaltens des anderen Kindes die Kontrolle über ihr Fahrrad verlor, kann keine Verletzung der Aufsichtspflicht bei V begründen. Mithin hat E gegen V keinen Schadensersatzanspruch aus § 832 I S. 1 BGB.

E helfen kann dann nur noch eine Billigkeitshaftung der T nach § 829 BGB, sofern dessen Voraussetzungen vorliegen.

<sup>1050</sup> Das Alter des Aufsichtsbedürftigen ist das in der Rechtsprechung wohl wichtigste Kriterium (siehe etwa LG Saarbrücken NJW-RR 2015, 720). Vgl. auch *Heß/Burmann*, NJW 2016, 1138, 1139.

<sup>1051</sup> BGHZ 111, 282, 285; BGH NJW 1993, 1003.

<sup>1052</sup> Vgl. die Nachweise zu den meisten der folgenden Fälle bei *Sprau*, in: Grüneberg, § 832 Rn 9.

<sup>1053</sup> Siehe dazu LG Osnabrück 8.10.2020 – 6 S 150/20.

<sup>1054</sup> OLG Koblenz r+s 2015, 569. Vgl. auch *Heß/Burmann*, NJW 2016, 1138, 1139.

<sup>1055</sup> OLG Oldenburg 17.7.2014 – 1 U 3/14.

Zu dem Fall, dass ein schadensauslösendes Fehlverhalten von einem nicht deliktsfähigen Kind ausgeht und auch keine höhere Gewalt i.S.d. § 7 II StVG darstellt, vgl. auch den **Anwendungsfall** bei Rn 723 und 732.

Kann der Aufsichtspflichtige den Entlastungsbeweis erbringen und haftet der zu Beaufsichtigende auch nicht aus § 823 BGB (vgl. Rn 720 ff.) bzw. aus § 829 BGB (Billigkeitshaftung), hat der Geschädigte keinen Schadensersatzanspruch. Insbesondere entfaltet § 832 BGB eine Sperrwirkung, sodass im Verhältnis zum Aufsichtspflichtigen nicht subsidiär auf § 823 BGB zurückgegriffen werden kann. Dementsprechend muss eine Privathaftpflichtversicherung, die an die bestehende Haftung des Versicherungsnehmers anknüpft, nicht zahlen. Diese Rechtsfolge wird von Eltern insbesondere dann als misslich angesehen, wenn das Kind einen Schaden im Bekanntenkreis verursacht hat. Daher ist es (menschlich) nachvollziehbar, wenn – um trotzdem den Schaden über die Versicherung zu regulieren – die Eltern bei der Schadensmeldung den Sachverhalt so schildern, dass eine Verletzung der Aufsichtspflicht angenommen werden muss. Da dies jedoch eine Straftat darstellt (§ 265 oder § 263 StGB), kann eine solche Vorgehensweise nicht empfohlen werden. Vgl. dazu auch Rn 721a und 731.

882

### 3. Tierhalterhaftung, § 833 BGB

§ 833 BGB beschreibt einen Unterfall der unerlaubten Handlung. Die Vorschrift enthält zwei voneinander unabhängige Haftungstatbestände:

883

- § 833 **S. 1** BGB normiert eine **Gefährdungshaftung**, also eine verschuldensunabhängige und keinem Entlastungsbeweis zugängliche Haftung des Tierhalters unter der Voraussetzung, dass das von ihm gehaltene Tier an bestimmten Rechtsgütern einen Schaden zufügt. Unter „Tier“ i.S.d. § 833 S. 1 BGB sind **alle Tiere** gemeint, also Haustiere, Nutztiere und andere Tiere (etwa Wildtiere). Die verschuldensabhängige Haftung fußt auf der Überlegung des mitunter unberechenbaren Verhaltens von Tieren. Nach § 833 S. 1 BGB hat der Halter ohne Rücksicht auf sein Verschulden für Schäden einzustehen, die von dem von ihm gehaltenen Tier verursacht werden (näher Rn 883e).
- Dagegen normiert § 833 **S. 2** BGB keine (Gefährdungs-)Haftung, sondern schließt die nach § 833 S. 1 BGB bestehende Tierhalterhaftung aus für den Fall, dass der Schaden durch ein Haustier verursacht wird, das dem Beruf, der Erwerbstätigkeit oder dem Unterhalt des Tierhalters zu dienen bestimmt ist („Haustier als **Nutztier**“), und entweder der Tierhalter bei der Beaufsichtigung des Tieres die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet oder der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde.

Der Gesetzgeber geht also bei § 833 **S. 2** BGB von einem **vermuteten Verschulden** aus und lässt den **Entlastungsbeweis** zu, wobei (wegen der Negativformulierung des § 833 S. 2 BGB) der Tierhalter die gesetzliche(n) Vermutung(en) widerlegen, er also beweisen muss, dass er bei der Beaufsichtigung des Tieres die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat (Widerlegung der gesetzlichen Verschuldensvermutung) oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden wäre (Widerlegung der gesetzlichen Ursächlichkeitsvermutung).<sup>1056</sup> Zudem bezieht sich die Möglichkeit des Führens des Entlastungsbeweises lediglich auf solche Haustiere, die dem Beruf, der Erwerbstätigkeit oder dem Unterhalt des Tierhalters zu dienen bestimmt sind („Haustiere als Nutztiere“).

883a

**Beispiel**<sup>1057</sup>: K stellte sein Fahrzeug auf einer mit Schotter befestigten Fläche am Rande eines Feldwegs ab. Unmittelbar an diese Schotterfläche grenzte eine Weide an, auf der sich 21 Kühe befanden. Obwohl Landwirt L mitgeteilt wurde, dass K in ca. 10 min zu-

<sup>1056</sup> Vgl. dazu OLG Düsseldorf NJW-RR 2001, 390, 391.

<sup>1057</sup> Nach LG Koblenz 9.10.2020 – 13 S 45/19.

rück sein werde, um den Wagen wegzufahren, trieb L die Kühe am Wagen des K vorbei auf eine auf der gegenüberliegenden Seite des Wegs befindliche Weide. Hierbei verblieb für die Kühe am Ausgang der Weide ein nur wenige Meter breiter Weg neben dem Fahrzeug. L stellte sich mit dem Rücken zum Auto des K, während die Kühe an dem Fahrzeug vorbeiliefen. Nachdem die Herde den Wagen passiert hatte, befand sich eine Delle an der hinteren Tür der Fahrerseite; zudem war der Lack zerkratzt. L bestritt, dass eine seiner Kühe den Schaden verursacht habe, und war der Ansicht, mit dem Abschirmen des Autos die erforderliche Sorgfalt eingehalten zu haben; auf jeden Fall liege aber zumindest ein Mitverschulden des K wegen verbotswidrigen Parkens vor.

Der von K geltend gemachte Schadensersatzanspruch könnte sich auf § 833 S. 1 BGB stützen, wonach der Tierhalter für den Schaden haftet, der von dem Tier verursacht wurde. Möglicherweise greift aber die Haftungsprivilegierung des § 833 S. 2 BGB, da sich L mit dem Rücken zum Auto des K stellte, um eine Kollision seiner Kühe mit dem Wagen zu verhindern. Dadurch könnte L bei der Beaufsichtigung der Tiere die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet haben (Widerlegung der gesetzlichen Verschuldensvermutung). Das LG hat jedoch entschieden, dass L die erforderliche Sorgfalt dadurch verletzt habe, dass er nicht zuwartete, bis das Fahrzeug innerhalb der nächsten ca. 10 min umgeparkt werden konnte. Es sei ohne weiteres ersichtlich gewesen, dass die Kühe durch eine Engstelle getrieben werden mussten und dieses Unterfangen sehr gefahrgeneigt war. Es hätten keinerlei Anhaltspunkte dafür vorgelegen, dass die Kühe augenblicklich auf eine andere Weide getrieben werden mussten, sodass es L ohne weiteres zuzumuten gewesen wäre, die relativ kurze Zeit zu warten, bis der Wagen umgeparkt werden konnte und so keine Gefahr mehr für den Wagen bestand. Diese Sorgfaltspflichtverletzung sei so erheblich, dass es nicht mehr darauf angekommen sei, ob der Wagen sorgfaltswidrig oder gar verbotswidrig geparkt gewesen sei. Das Verschulden des L überwiege hier selbst ein etwaiges verbotswidriges Parken.

Stellungnahme: Es ist zwar richtig, dass L ein überwiegendes Verschulden trifft, es darf jedoch nicht unberücksichtigt bleiben, dass K sein Fahrzeug nun einmal verbotswidrig abgestellt hatte. Daher hätte sich zumindest eine Haftungsquote von 25% angeboten.

- 883b** Da § 833 S. 2 BGB die nach § 833 S. 1 BGB bestehende Tierhalterhaftung für den Fall ausschließt, dass der Schaden durch ein Haustier verursacht wird, das dem Beruf, der Erwerbstätigkeit oder dem Unterhalt des Tierhalters zu dienen bestimmt ist („Haustier als **Nutztier**“), und damit die Gefährdungshaftung nach § 833 S. 1 BGB alle „**Luxustiere**“ betrifft, kann die Klassifizierung des Tieres für die Haftung nach § 833 BGB entscheidend sein. Es geht mithin um die Frage, wann ein Tier ein Haustier ist und wann ein Haustier dem Beruf, der Erwerbstätigkeit oder dem Unterhalt des Tierhalters zu dienen bestimmt ist. Unter „Haustieren“ sind unter Zugrundelegung des allgemeinen Wortsinns und des gewöhnlichen Sprachgebrauchs insbesondere domestizierte Tiere wie Pferde, Kühe, Rinder, Schweine, Ziegen, Schafe, Hunde, Katzen, Geflügel, Kaninchen etc. zu verstehen.<sup>1058</sup> Es kommt nicht darauf an, dass die Tiere im „Haus“ gehalten werden, weshalb nicht ausgeschlossen ist, dass auch gezähmte Wildtiere (i.S.v. § 960 III BGB) wie Rehe, Hirsche oder Wildtiere in Gehegen unter den Begriff „Haustier“ fallen, wobei die h.M. eine Ausnahme macht, wenn sie zur Fleischerzeugung gehalten werden<sup>1059</sup>. Das überzeugt nicht, da auch Rinder, Schweine, Ziegen, Schafe, Geflügel, Kaninchen etc. zur Fleischerzeugung gehalten werden (können), und diese ohne Weiteres dem Haustierbegriff unterfallen. Jedenfalls sind Tiere in Zoos keine „Haustiere“.<sup>1060</sup> Und das OLG Stuttgart hat entschieden, dass ein Kamel, das als Reittier auf einem Kamelhof eingesetzt wird, weder ein Haus- noch ein Nutztier ist. Somit könne der Kamelführer sich nicht gem. § 833 S. 2 BGB auf das Privileg des Haustierhalters

<sup>1058</sup> Wohl einhellige Auffassung, vgl. nur *Sprau*, in: Grüneberg, § 833 Rn 16.

<sup>1059</sup> Vgl. OLG Nürnberg NJW-RR 1991, 1500, 1501; *Sprau*, in: Grüneberg, § 833 Rn 16. Vgl. insgesamt dazu *Bocianiak*, VersR 2011, 981, 984.

<sup>1060</sup> *Werner*, NJW 2012, 1048 f.

berufen, sich durch Nachweis pflichtgemäßen Verhaltens von der Haftung befreien zu können.<sup>1061</sup> Bei Bienen fehlt die „Haustiereigenschaft“ schon deshalb, weil die menschliche Verfügungsgewalt nicht gegeben ist.<sup>1062</sup>

Letztlich wird man bei der Frage, ob ein Tier ein „als Nutztier gehaltenes Haustier“ i.S.d. § 833 S. 2 BGB ist, darauf abstellen müssen, ob es in der Hauswirtschaft zwecks dauernder Nutzung oder Dienstleistung gezüchtet und gehalten wird und dabei aufgrund von Erziehung und Gewöhnung an die Beaufsichtigung dem beherrschenden Einfluss des Halters untersteht<sup>1063</sup> (Domestiziertheit). Diese Formel ist gegenüber der Fallgruppenorientierung vorzuziehen, weil sich die Begriffe „Haustier“ und „Nutztier“ nicht an einzelne Tiergattungen festmachen lassen (siehe dazu Rn 883e).

883c

**Beispiel**<sup>1064</sup>: E ist Eigentümer eines Hofanwesens im Außenbereich der Gemeinde G. Er hält u.a. einige Wildschweine in einem mit dem Nebengebäude verbundenen Gehege. Dieses wurde nachts von Unbekannten aufgeschnitten, sodass die Tiere entliefen und in der unmittelbaren Nachbarschaft erhebliche Schäden in den Gemüsegärten anrichteten. Die Nachbarn verlangen von E daraufhin Schadensersatz nach § 833 S. 1 BGB. E wiederum beruft sich auf die Haftungserleichterung des § 833 S. 2 BGB für die Halter von Haustieren.

§ 833 S. 1 BGB normiert eine Gefährdungshaftung, also eine verschuldensunabhängige und keinem Entlastungsbeweis zugängliche Haftung des Tierhalters unter der Voraussetzung, dass das von ihm gehaltene Tier einem Dritten an bestimmten Rechtsgütern einen Schaden zufügt. Mit „Tier“ i.S.d. § 833 S. 1 BGB sind alle Tiere gemeint, also Haustiere und andere Tiere (etwa Wildtiere), gleichgültig, ob sie als Nutztiere oder Luxustiere eingesetzt werden. Demnach würde E durchaus auf Schadensersatz haften, weil sich die spezifische Tiergefahr, vor der § 833 S. 1 BGB schützen soll, realisiert hat und es insbesondere nicht auf ein Verschulden (i.S.d. § 276 BGB) ankommt.

Möglicherweise kommt E aber die Haftungsprivilegierung des § 833 S. 2 BGB zugute. Wird nämlich durch ein Haustier, das dem Beruf, der Erwerbstätigkeit oder dem Unterhalt des Tierhalters zu dienen bestimmt ist (Nutztier), ein Mensch getötet oder der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt, ist der Tierhalter zwar nach wie vor zum Schadensersatz verpflichtet. Ähnlich den §§ 831 und 832 BGB ist aber der Entlastungsbeweis statthaft: Gemäß der Negativformulierung des § 833 S. 2 BGB haftet der Tierhalter nicht, wenn er beweisen kann, dass entweder er bei der Beaufsichtigung des Tieres die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat (Möglichkeit der Widerlegung der Verschuldensvermutung) oder der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden wäre (Möglichkeit der Widerlegung der Ursächlichkeitsvermutung).<sup>1065</sup>

Maßgeblich für die Anwendbarkeit des § 833 S. 2 BGB ist also, ob es sich bei den von E gehaltenen Wildschweinen um „als Nutztiere gehaltene Haustiere“ i.S.d. § 833 S. 2 BGB handelt, also um Haustiere, die dem Beruf, der Erwerbstätigkeit oder dem Unterhalt des Tierhalters zu dienen bestimmt sind. Unter „Haustieren“ sind unter Zugrundelegung des allgemeinen Wortsinns und des gewöhnlichen Sprachgebrauchs insbesondere domestizierte Tiere wie Pferde, Kühe, Rinder, Schweine, Ziegen, Schafe, Hunde, Katzen, Geflügel, Kaninchen etc. zu verstehen.<sup>1066</sup> Es kommt nicht darauf an, dass die Tiere im „Haus“ gehalten werden, weshalb nicht ausgeschlossen ist, dass auch gezähmte Wildtiere (i.S.v. § 960 III BGB) wie Rehe, Hirsche oder Wildtiere in Gehegen unter den Begriff „Haustier“ fallen, wobei die h.M. eine Ausnahme macht, wenn sie zur Fleischerzeu-

<sup>1061</sup> OLG Stuttgart MDR 2018, 1183.

<sup>1062</sup> RGZ 158, 388 f. („Überfall“ eines Bienenschwarms auf ein Pferdefuhrwerk).

<sup>1063</sup> RGZ 158, 388 f.

<sup>1064</sup> In Anlehnung an viel zitierten Fall RGZ 158, 388 f. („Überfall“ eines Bienenschwarms auf ein Pferdefuhrwerk).

<sup>1065</sup> Vgl. dazu OLG Düsseldorf NJW-RR 2001, 390, 391.

<sup>1066</sup> Wohl einhellige Auffassung, vgl. nur *Sprau*, in: Grüneberg, § 833 Rn 16.

gung gehalten werden<sup>1067</sup>. Das überzeugt nicht, da auch Rinder, Schweine, Ziegen, Schafe, Geflügel, Kaninchen etc. zur Fleischerzeugung gehalten werden (können) und diese ohne Weiteres dem Haustierbegriff unterfallen. Jedenfalls sind Tiere in Zoos keine „Haustiere“.<sup>1068</sup> Und das OLG Stuttgart hat entschieden, dass ein Kamel, das als Reittier auf einem Kamelhof eingesetzt wird, weder ein Haus- noch ein Nutztier ist. Somit könne der Kamelführer sich nicht gem. § 833 S. 2 BGB auf das Privileg des Haustierhalters berufen, sich durch Nachweis pflichtgemäßen Verhaltens von der Haftung befreien zu können.<sup>1069</sup>

Letztlich wird man bei der Frage, ob ein Tier ein „als Nutztier gehaltenes Haustier“ i.S.d. § 833 S. 2 BGB ist, darauf abstellen müssen, ob es in der Hauswirtschaft zwecks dauernder Nutzung oder Dienstleistung gezüchtet und gehalten wird und dabei aufgrund von Erziehung und Gewöhnung an die Beaufsichtigung dem beherrschenden Einfluss des Halters untersteht<sup>1070</sup> (Domestiziertheit). Diese Formel ist gegenüber der Fallgruppenorientierung vorzuziehen, weil sich die Begriffe „Haustier“ und „Nutztier“ nicht an einzelnen Tiergattungen festmachen lassen. Ob die (generelle) Möglichkeit der Domestikation bei Wildschweinen besteht, ist zweifelhaft. Nur, wenn man das annimmt, ist im vorliegenden Fall § 833 S. 2 BGB anwendbar.

Ergebnis: Zwar ist unter Zugrundelegung des allgemeinen Wortsinns und des allgemeinen Sprachgebrauchs zweifelhaft, ob Wildschweine, auch wenn sie in Gehegen gehalten werden, „Nutztiere“ i.S.d. § 833 S. 2 BGB sind, da § 833 S. 2 BGB eine Haustiereigenschaft voraussetzt. Bejaht man das aber, indem man eine Domestizierbarkeit annimmt und E die Tiere als Nutztiere einsetzt, kommt ihm die Haftungsprivilegierung des § 833 S. 2 BGB zugute. Durch die Einzäunung hat er zudem die für die Beaufsichtigung der Tiere erforderliche Sorgfaltspflicht eingehalten und kann damit die Verschuldensvermutung widerlegen. E haftet daher nicht – weder aus § 833 BGB noch aus § 823 BGB.

**883d** Daraus folgt: Von § 833 S. 2 BGB sind als Nutztiere eingesetzte Haustiere erfasst. Alle anderen Haustiere (**Luxustiere**) sowie gehaltene Tiere, die keine Haustiere sind, unterfallen damit der Garantiehaftung des Halters aus **§ 833 S. 1 BGB**. Somit hat die Einordnung eines Tieres zu einem der Tatbestände mitunter gravierende haftungsrechtliche Folgen. Gerade weil sich auch die Gerichte dessen bewusst sein müssten, wissen deren Zuordnungen nicht immer zu überzeugen.

**Beispiel**<sup>1071</sup>: So hat das OLG Stuttgart entschieden, dass ein Kamel, das als Reittier auf einem Kamelhof eingesetzt wird, weder ein Haus- noch ein Nutztier ist. Somit könne der Kamelführer sich nicht gem. § 833 S. 2 BGB auf das Privileg des Haustierhalters berufen, sich durch Nachweis pflichtgemäßen Verhaltens von der Haftung befreien zu können.

Stellungnahme: Folge der Auffassung des OLG Stuttgart ist also, dass der Halter eines Kamels, das er kommerziell als Reittier auf seinem Kamelhof einsetzt, der Garantiehaftung des § 833 S. 1 BGB untersteht. Auch wenn diese Folge für die geschädigte Reiterin überaus begrüßenswert ist (die Reiterin erlitt schwerste Kopfverletzungen infolge eines Sturzes, der von einem durch Hundegebell aufgescheuchten Kamel herrührte), darf die rechtsmethodische Schwäche der Entscheidung nicht übersehen werden. So ist nicht ersichtlich, warum z.B. Pferde, Kühe, Rinder, Schweine, Ziegen, Schafe, Hunde, Katzen, Geflügel, Kaninchen etc. als domestizierbar und damit als „Haustiere“ gelten, die im Fall ihrer Haltung als Nutztiere der Haftungsprivilegierungsmöglichkeit des § 833 S. 2 BGB unterfallen, dies bei Kamelen, die gezähmt und als Reittiere auf einem Kamelhof eingesetzt werden, jedoch nicht gelten soll.

<sup>1067</sup> Vgl. OLG Nürnberg NJW-RR 1991, 1500, 1501; *Sprau*, in: Grüneberg, § 833 Rn 16. Vgl. insgesamt dazu *Bocianiak*, VersR 2011, 981, 984.

<sup>1068</sup> *Werner*, NJW 2012, 1048 f.

<sup>1069</sup> OLG Stuttgart MDR 2018, 1183.

<sup>1070</sup> RGZ 158, 388 f.

<sup>1071</sup> OLG Stuttgart MDR 2018, 1183.

Bei der Abgrenzung zwischen Nutztier und Luxustier kommt es in erster Linie auf den Zweck an, derentwegen das Tier gehalten wird („Widmung“).<sup>1072</sup> Als **Nutztiere** i.S.v. § 833 S. 2 BGB sind jedenfalls landwirtschaftliche Tiere anzusehen. Auch ein Wachhund eines Objektschutzunternehmens dient zweifellos Erwerbszwecken. Dasselbe dürfte für einen Hund gelten, der vom Inhaber eines Gewerbebetriebs zur (nächtlichen) Bewachung des Betriebsgeländes eingesetzt wird. Auch der Jagdhund eines Försters/Jägers und Diensthunde<sup>1073</sup> oder Pferde der Polizei sind Nutztiere i.S.d. § 833 S. 2 BGB. Dagegen müssen bei einem Wachhund einer Privatperson schon besondere Gründe vorliegen, um nicht ein sog. **Luxustier** i.S.v. § 833 S. 1 BGB anzunehmen. Tiere auf „Tierfarmen“ und auf „Reiterhöfen“ etc. stellen, sofern sie kommerziell eingesetzt werden, Nutztiere dar. Das gilt auch für als Reittiere eingesetzte Kamele. Sie gleichwohl dem Garantiehaftungstatbestand des § 833 S. 1 BGB zu unterstellen, erscheint, wenn man selbst Schweine, Ziegen und Schafe als „Haustiere“ i.S.d. § 833 S. 2 BGB einstuft, überaus zweifelhaft.

883e

Um die von § 833 S. 1 BGB begründete Gefährdungshaftung zu rechtfertigen, ist eine **spezifische Tiergefahr** erforderlich. Gerade das der Natur eines Tieres entsprechende unberechenbare und selbstständige Verhalten muss beim dem Geschädigten die Rechtsgutverletzung hervorgerufen haben (Ursächlichkeit).<sup>1074</sup>

883f

**Beispiele:** Ausbrechen eines Pferdes aus der Koppel, insbesondere, wenn das Tier danach ein gefährliches Verkehrshindernis bildet<sup>1075</sup>; Abwerfen des Reiters durch ein Pferd<sup>1076</sup>; Benutzung einer Fahrbahn durch einen Hund ohne Rücksicht auf den Verkehr; Anspringen, Beißen, Umlaufen durch einen Hund<sup>1077</sup>, auch rasches Heranlaufen<sup>1078</sup> und Zu-Fall-Bringen<sup>1079</sup>. Auch wenn ein Kunde über den im Eingangsbereich eines Ladengeschäfts ruhenden Hund einer Verkäuferin stolpert und sich eine Verletzung zufügt, greift die Tierhalterhaftung gem. § 833 S. 1 (neben der aus § 823 I BGB wegen Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht).<sup>1080</sup>

Geht die Rechtsgutbeeinträchtigung von einem Tier unter menschlicher Leitung aus, ist eine Haftung aus § 833 S. 1 BGB nicht gegeben, wenn das Tier dem Willen seines Halters bzw. Führers gehorcht und der Schaden daher allein durch diesen verursacht wurde.<sup>1081</sup> Anders ist es aber, wenn sich das Tier entgegen der Intention des Halter bzw. Führers verhält, z.B. willkürliche Bewegungen unternimmt wie Losrennen, Durchgehen, Beißen, Schlagen, Ausrutschen, Ausbrechen, Herabwerfen des Reiters<sup>1082</sup> oder Losgaloppieren und es dadurch einen Schaden verursacht. Hier liegt dann ein Fall des § 833 S. 1 BGB vor<sup>1083</sup>, sofern nicht die Voraussetzungen von § 833 S. 2 BGB (hier insbesondere die Eigenschaft als Nutztier) erfüllt sind.

883g

Die Tierhalterhaftung aus § 833 S. 1 BGB greift grundsätzlich auch für Schäden aus einer gewöhnlichen Schreckreaktion<sup>1084</sup>, die sein Tier verursacht, nicht aber bei einer

883h

<sup>1072</sup> BGH NJW-RR 2005, 1183; NJW 2011, 1961.

<sup>1073</sup> Vgl. dazu etwa OLG Karlsruhe NVwZ-RR 2016, 45; LG Hildesheim 10.2.2017 – 7 S 144/16.

<sup>1074</sup> BGHZ 67, 129, 130; BGH NJW-RR 2006, 813, 814; NJW 2014, 2434; NJW 2016, 1589, 1590 f.; BGH NJW 2018, 3439, 3439; OLG München NJW 2017, 3664; OLG Hamm MDR 2013, 908; AG Coburg 28.8.2013 – 12 C 766/13.

<sup>1075</sup> OLG Saarbrücken NJW-RR 2006, 893; LG Coburg 9.9.2020 – 22 O 718/19.

<sup>1076</sup> Siehe OLG Oldenburg 30.11.2020 – 2 U 142/20 – auch zur Gewährung von Schmerzensgeld.

<sup>1077</sup> Zur Tierhalterhaftung wegen Stolperns eines Joggers über einen nicht an der Leine geführten Dackel vgl. OLG Koblenz NJW 2003, 2834.

<sup>1078</sup> OLG München NJW 2017, 3664.

<sup>1079</sup> OLG Oldenburg 9.10.2015 – 5 U 94/15; LG Coburg 8.9.2020 – 22 O 718/19.

<sup>1080</sup> OLG Hamm MDR 2013, 908.

<sup>1081</sup> BGH NJW-RR 2006, 813.

<sup>1082</sup> Siehe OLG Oldenburg 30.11.2020 – 2 U 142/20.

<sup>1083</sup> Vgl. etwa OLG München NJW 2017, 3664; OLG Oldenburg 30.11.2020 – 2 U 142/20.

<sup>1084</sup> Siehe nur OLG München NJW 2017, 3664 für den Fall, dass eine Fahrradfahrerin infolge des Heranlaufens eines Hundes scharf abbremsen und stürzte.

Überreaktion des Geschädigten.<sup>1085</sup> Die spezifische Tiergefahr scheidet auch aus, wenn ein Tier so sehr der Wirkung durch äußere Kräfte ausgesetzt ist, dass ihm keine andere Möglichkeit als die des schädigenden Verhaltens bleibt, z.B. Stolpern aufgrund eines Hindernisses. Dass ein äußeres Ereignis auf Körper oder Sinne des Tieres reizauslösend einwirkt, z.B. Schallsignale eines Zuges, Motorengeräusch oder Hundegebell, genügt zum Haftungsausschluss nach § 833 S. 1 BGB aber nicht.<sup>1086</sup>

- 883i** Bei der Frage nach der **Tierhaltereigenschaft** kommt es nicht auf die Rechtsform an.<sup>1087</sup> Daher können auch juristische Personen jedenfalls dann Halter i.S.d. § 833 BGB sein, wenn das Tier in ihrem Aufgabenbereich eingesetzt wird. Tierhalter i.S.d. § 833 BGB ist, wem – unabhängig von den Eigentumsverhältnissen – die Bestimmungsmacht über das Tier zusteht und wer aus eigenem Interesse für die Kosten des Tieres aufkommt sowie das wirtschaftliche Risiko des Verlustes trägt.<sup>1088</sup> Entscheidend ist aber nicht die kumulative Erfüllung aller drei genannten Voraussetzungen, sondern eine Gesamtschau. Danach kann Tierhalter i.S.d. § 833 BGB auch sein, wer ein Tier lediglich zur Pflege hat, solange ihm nur die Bestimmungsmacht über das Tier zusteht und er aus eigenem Interesse für die Kosten des Tieres aufkommt sowie das wirtschaftliche Risiko des Verlustes trägt. Bei jemandem, der lediglich kurzzeitig ein Tier in Obhut hat, dürfte die Haltereigenschaft hingegen zu verneinen ein.

**Beispiel:** Nimmt A für die Dauer von 14 Tagen den Hund des Nachbarn B in Obhut, während dieser sich auf einer Urlaubsreise befindet, wird A dadurch nicht zum Halter. Zwar übt er in der Zeit die Bestimmungsmacht über das Tier aus und trägt ggf. auch das wirtschaftliche Risiko des Verlustes (in Form von Schadensersatz), er kommt jedoch nicht aus eigenem Interesse für die Kosten auf. Ob A in diesem Fall Tierhüter i.S.d. § 834 BGB ist oder ob eine bloße Gefälligkeit vorliegt, ist eine Frage der Auslegung des übereinstimmenden Parteiwillens.

- 883j** Ist für einen Schaden das Verhalten *mehrerer* Tiere ursächlich, kann aber nicht festgestellt werden, welches der Tiere den Schaden verursacht hat, kommt eine Haftung nach § 833 BGB i.V.m. § 830 I S. 2 BGB in Betracht, vgl. dazu Rn 971. Anderenfalls haften die Tierhalter haften gesamtschuldnerisch aus § 833 BGB i.V.m. § 840 I BGB i.V.m. § 421 BGB.<sup>1089</sup> Auch können mehrere Personen Halter *eines* Tieres sein. Auch sie haften dann i.d.R. gesamtschuldnerisch aus § 833 BGB i.V.m. § 840 I BGB i.V.m. § 421 BGB.

**Beispiel:** Betreiben die beiden Geschwister B und S gemeinsam ein Gestüt, das sie von ihren Eltern geerbt haben, und sind die o.g. Kriterien der Halterhaftung erfüllt, haften sie gesamtschuldnerisch aus § 833 BGB i.V.m. § 840 I BGB i.V.m. § 421 BGB.

- 883k** Fraglich ist, ob die Grundsätze der Halterhaftung auch bei Minderjährigen greifen. Zweifel daran bestehen, wenn man bedenkt, dass ein Minderjähriger nicht aus § 823 BGB haftet, wenn er gem. § 828 I, III BGB nicht deliktsfähig ist. Wäre also ein Minderjähriger ein Tierhalter i.S.d. § 833 BGB, müsste er mitunter verschuldensunabhängig haften, was die Wertung des § 828 BGB konterkarieren könnte. Richtigerweise wird man eine Halterhaftung trotz Vorliegens der Voraussetzungen des § 833 BGB nur dann annehmen dürfen, wenn der Minderjährige deliktsfähig ist. Zwar greift die Vorschrift des § 828 III BGB nicht direkt, da sie sich auf die Verschuldenshaftung bezieht, jedoch entspricht eine analoge Anwendung der Interessenlage. Auf die Vorschriften der §§

<sup>1085</sup> AG Coburg 28.8.2013 – 12 C 766/13; LG Coburg 29.11.2013 – 32 S 47/13. Hier wich ein Radfahrer einem bellenden, aber an kurzer Leine gehaltenen Hund aus und stürzte dabei.

<sup>1086</sup> *Sprau*, in: Grüneberg, § 833 Rn 7.

<sup>1087</sup> OLG Frankfurt VersR 1985, 646. Vgl. auch OVG Berlin-Brandenburg NVwZ 2012, 1496.

<sup>1088</sup> VG Göttingen 1 B 319/20; zuvor schon BGH NJW-RR 1988, 655, 656; OLG Schleswig 8.7.2004 - 13 O 146/03; OLG Saarbrücken NJW-RR 2006, 893; *Dietlein/Peters*, AL 2014, 39, 48.

<sup>1089</sup> Insoweit klarstellend OLG München NJW 2017, 3664, 3665.

104 ff. BGB kann es hingegen von vornherein nicht ankommen, da es nicht um eine rechtsgeschäftliche, sondern um eine deliktische Haftung geht.

**Beispiel:** „Hält“ der 15-jährige M mit Einverständnis seiner Eltern einen Hund, kommt es trotz Vorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen des § 833 S. 1 BGB bei der Frage nach der Haftung auf die Deliktsfähigkeit analog § 828 III BGB an. Sollte diese verneint werden müssen, kommt eine Aufsichtspflichtverletzung der Eltern gem. § 832 BGB in Betracht, die daran anknüpft, dass die Eltern einem einsichtsunfähigen bzw. unreifen Kind einen Hund überlassen haben.

Schließlich kann eine juristische Person (des Privatrechts oder auch des öffentlichen Rechts) Tierhalter i.S.d. § 833 BGB sein. Wegen der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR<sup>1090</sup> kann die Haltereigenschaft auch bei dieser angenommen werden.

883i

Gegenüber **Vertragspartnern** („Reitgast eines Ponyhofs“) wird in der Rechtsprechung oft ein vertraglicher (auch konkludent vereinbarter) **Haftungsausschluss** diskutiert, weil man sich freiwillig der Tiergefahr ausgesetzt oder sich dieser sogar unterworfen habe.<sup>1091</sup> Ob ein solcher Haftungsausschluss wirksam ist, lässt sich nicht pauschal beantworten. Vielmehr wird man auf die Absprachen und die Interessenlage der jeweiligen Parteien abstellen müssen. Im Kern ist danach zu fragen, ob die Herrschaftsgewalt über das Tier auf den Vertragspartner des Halters (kraft vertraglicher Vereinbarung) wesentlich übergegangen ist. Nur, wenn das der Fall ist, kann eine Wirksamkeit eines Haftungsausschlusses angenommen werden und ein Schadenersatzanspruch gegen den Halter zu verneinen sein. Anderenfalls ist lediglich eine Haftungsminderung unter dem Aspekt des Mitverschuldens (§ 254 BGB) denkbar. Bei formularmäßiger Haftungsbeschränkung des Halters ist aber stets § 309 Nr. 7 BGB zu beachten. Aus diesem Grund wurde zu Recht entschieden, dass die Anbringung eines Schildes „Reiten auf eigene Gefahr“ keinen vertraglichen Haftungsausschluss zu begründen vermag.<sup>1092</sup> Ein Ausschluss der Haftung wegen **Handelns auf eigene Gefahr** (Fall: der Geschädigte, bspw. ein Tiertrainer, Tierarzt, Tierpfleger oder Inhaber einer Tierpension, setzt sich eigenverantwortlich der Tiergefahr aus) kommt von vornherein weniger in Betracht; es kann aber durchaus eine Anspruchskürzung wegen **Mitverschuldens** gem. § 254 BGB vorliegen.<sup>1093</sup> Generell ist ein anspruchsminderndes Mitverschulden gem. § 254 BGB gegeben, wenn der Geschädigte pflichtwidrig zur Schadensverursachung beigetragen hat.

883m

**Beispiel**<sup>1094</sup>: Bremst eine Fahrradfahrerin aufgrund eines schnell heranlaufenden Hundes abrupt ab, stürzt daraufhin und zieht sich nur deshalb eine Schädelfraktur zu, weil sie keinen Schutzhelm trug, stellt sich die Frage, ob gem. § 254 BGB ihr Anspruch auf Schadensersatz gemindert ist. Das OLG München hat ein anspruchsminderndes Mitverschulden angenommen.<sup>1095</sup> Dem ist zuzustimmen. Zwar ist das Tragen eines Fahrradhelms nicht gesetzlich vorgeschrieben, gleichwohl ist das Nichttragen eines Schutzhelms bei Freizeitradlern eine Obliegenheitsverletzung<sup>1096</sup> (siehe dazu Rn 1001).

Ist der Geschädigte ebenfalls Tierhalter (Beispiel: Der Hund des B wird vom Hund des A gebissen), gilt eine Besonderheit infolge der vom Tier des Geschädigten ausgehenden **Tiergefahr** („Betriebsgefahr“). Diese generell aus der Gefährdungshaftung bekannte Figur besagt, dass derjenige, der eine Betriebsgefahr schafft, sich allein durch

883n

<sup>1090</sup> Siehe grundlegend BGHZ 146, 341 ff.

<sup>1091</sup> Siehe dazu etwa OLG Nürnberg NJW-RR 2017, 1173; OLG Oldenburg 30.11.2020 – 2 U 142/20.

<sup>1092</sup> BGH NJW-RR 1988, 655, 657; OLG Hamm NJW-RR 2001, 19 f.

<sup>1093</sup> BGH VersR 2009, 693, 694; NJW 2014, 2434.

<sup>1094</sup> OLG München NJW 2017, 3664.

<sup>1095</sup> OLG München NJW 2017, 3664, 3665.

<sup>1096</sup> Nach dem OLG Nürnberg hingegen trägt ein Fahrradfahrer, der keinen Schutzhelm trägt, bei einem Unfall keine Mitschuld. Es sei nach wie vor allgemeine Verkehrsauffassung, beim Radfahren keinen Helm zu tragen (OLG Nürnberg NJW 2020, 3603, 3605).

Schaffung dieser Betriebsgefahr einer Mitverantwortung in Form einer Anspruchsminderung stellen muss. Die damit angesprochene Anrechnung der Tiergefahr des eigenen Tieres erfolgt bei § 833 S. 1 BGB unter analoger Anwendung des § 254 BGB<sup>1097</sup> aufgrund der genannten Zwecksetzung der Gefährdungshaftung auch dann, wenn der Geschädigte selbst keinerlei Gebote des eigenen Interesses verletzt hat. Darauf muss sich jeder geschädigte Halter eines Luxustieres einstellen. Voraussetzung ist aber, dass die typische Tiergefahr des Tieres des Geschädigten bei der Schadensentstehung adäquat mitursächlich geworden ist.<sup>1098</sup> Daran fehlt es, wenn sich die Tiergefahr im konkreten Fall nicht realisiert hat, was wiederum angenommen werden kann, wenn der Schadenseintritt für den Tierhalter unabwendbar war (siehe Rn 1000).

**Beispiel**<sup>1099</sup>: G ging mit seinem Hund, einem Labrador, auf einem öffentlichen Weg spazieren, der an dem Grundstück des S vorbeiführt. Seinen Hund führte er an kurzer Leine, die um sein linkes Handgelenk gewickelt war. Auf dem Grundstück des S befand sich dessen Hund, ein Golden Retriever. Dieser zwängte sich durch die etwa einen Meter hohe Hecke, durch die das Grundstück von dem Weg abgegrenzt war, und rannte auf G und dessen Hund zu. Es kam zu einem Gerangel und einem Kampf zwischen den Hunden, wobei der Hund des S immer wieder an G hochsprang. Zwischen den Hunden stehend und mit der sein Handgelenk umwickelnden Leine war G in seiner Abwehr eingeschränkt und konnte sich nicht befreien. In dieser Situation wurde er von dem Hund des S gebissen. Er trug blutende Wunden davon.

Ein Anspruch des G gegen den S aus § 833 S. 1 BGB ist dem Grunde nach gegeben: Der Hundebiss war kausal für die Rechtsgutverletzung bei G. Wegen der Gefährdungshaftung, die § 833 S. 1 BGB statuiert, kommt es auf ein etwaiges Verschulden des S zudem nicht an. Insbesondere gehören Heilbehandlungskosten zu den erstattungsfähigen Positionen i.S.d. § 249 II S. 1 BGB.

Fraglich ist allein, ob und inwieweit sich G die von seinem Hund ausgehende Tiergefahr anspruchsmindernd anrechnen lassen muss. Der BGH ist der Auffassung, dass G sich entsprechend § 254 I BGB die von seinem Hund ausgehende Tiergefahr anspruchsmindernd anrechnen lassen muss, da für die Entstehung eines Schadens auch die Tiergefahr des eigenen Tieres mitursächlich gewesen sei. Allein die von seinem Tier ausgehenden und auf den Hund des S einwirkenden Reize stellten eine für seinen Schaden mitursächliche Tiergefahr dar. Zwar sei es möglich, dass bei einem rein passiven Verhalten eines Tieres eine bei der Entstehung des Schadens mitwirkende Tiergefahr zu verneinen sei, jedoch habe sich das Verhalten des Hundes des G nicht darauf beschränkt, an der Leine geführt zu werden. Vielmehr hätten ein Gerangel und ein Kampf zwischen den Hunden stattgefunden; hiervon habe sich der zwischen den Hunden stehende G nicht entfernen können, wodurch er im weiteren Verlauf von dem Hund des S gebissen worden sei. Das Gerangel sei eine Interaktion zwischen den beiden Hunden gewesen, die ihrer tierischen Natur entsprechend aufeinander eingewirkt hätten, bis es schließlich zu der Schädigung des G gekommen sei. Damit habe sich in der Bissverletzung die von beiden Hunden ausgehende Tiergefahr adäquat mitursächlich verwirklicht. Insofern sei der Schadensersatzanspruch entsprechend § 254 I BGB reduziert.<sup>1100</sup>

Stellungnahme: Die Auffassung des BGH überzeugt nicht. Denn der BGH differenziert nicht zwischen der äquivalenten und der adäquaten Kausalität. Sicherlich waren die vom Hund des G ausgehenden Reize äquivalent kausal für die späteren Bisse des Hundes des S. Jedoch fehlt es an der Adäquanz. G befand sich auf einem öffentlichen Weg und führte seinen Hund an kurzer Leine. Das Herbeieilen des anderen Hundes war für G unabwendbar. Dass sich der Hund des G einem Gerangel nicht verschlossen hat, kann kein Argument für die Annahme eines adäquat mitursächlichen Beitrags sein. Jeder Hund, der eine Abwehrchance sieht, wird diese wahrnehmen und sich den Attacken ei-

<sup>1097</sup> Vgl. etwa BGH NJW 2016, 2737, 2738.

<sup>1098</sup> BGH NJW 2016, 2737, 2738.

<sup>1099</sup> Nach BGH NJW 2016, 2737.

<sup>1100</sup> BGH NJW 2016, 2737, 2738.

nes anderen Hundes zur Wehr setzen. Hierin eine Tiergefahr zu sehen, die sich G anspruchsmindernd anrechnen lassen muss, wenn er durch Bisse des herbeieilenden Hundes des S verletzt wird, muss daher abgelehnt werden. Es war allein Sache des S, dafür Sorge zu tragen, dass weder Tiere noch Menschen von seinem Hund geschädigt werden. Ihm oblag die Pflicht, sein Grundstück so zu sichern, dass sein Hund dieses nicht hätte verlassen können. G hingegen ließ weder seinen Hund frei herumlaufen, noch befand er sich auf dem Grundstück des S. Ein adäquater Verursachungsbeitrag ist daher entgegen der Auffassung des BGH abzulehnen. G muss sich keine Tiergefahr seines Hundes anspruchsmindernd anrechnen lassen.

Immerhin sieht auch der BGH, dass die Tiergefahr des Hundes des G nicht anspruchsmindernd berücksichtigt werden dürfe, wenn S dem G nicht nur gem. § 833 S. 1 BGB, sondern auch gem. § 823 I BGB zum Schadensersatz verpflichtet wäre, weil anderenfalls die Wertung des § 840 III BGB unterlaufen würde. § 823 I BGB setzt – anders als § 833 S. 1 BGB – ein Verschulden voraus, wobei gem. § 276 I, II BGB Fahrlässigkeit genügt. Dies kann bei S sicherlich angenommen werden. Denn er hat ganz offensichtlich eine Verkehrssicherungspflicht verletzt, indem er sein Grundstück nicht hinreichend vor der Möglichkeit eines Ausbruchs seines Hundes gesichert hatte. Eine anspruchsmindernde Anrechnung der Tiergefahr ist daher zu verneinen.

Ergebnis: Zwar überzeugt die Auffassung des BGH nicht, wonach der Halter sich die Tiergefahr des eigenen Hundes auch dann anspruchsmindernd anrechnen lassen muss, wenn er und sein Hund sich völlig ordnungsgemäß verhalten haben. Liegt beim Halter des Hundes, von dem die Bissverletzung ausging, aber ein Verschulden vor (was immerhin in den meisten Fällen angenommen werden kann), verneint auch der BGH eine Anrechnung der Tiergefahr des eigenen Hundes.

Handelt es sich bei dem beschädigten Gut um ein Tier, ist § 251 II S. 2 BGB zu beachten. Diese Vorschrift bestimmt, dass die Kosten für die Heilbehandlung nicht schon dann unverhältnismäßig sind, wenn sie den Wert des Tieres erheblich übersteigen. Damit trägt das Gesetz zum einen dem Umstand Rechnung, dass es sich bei Tieren nicht um Sachen, sondern um Mitgeschöpfe und schmerzempfindliche Lebewesen handelt<sup>1101</sup>, die zudem den Schutz der Verfassung (Art. 20a GG) genießen, und zum anderen berücksichtigt es das gesteigerte ideelle Interesse des Tierhalters an der Existenz seines Tieres. Wann die Heilbehandlungskosten den Wert des Tieres erheblich übersteigen und wann die (den Wert des Tieres erheblich übersteigenden) Heilbehandlungskosten unverhältnismäßig sind, ist allerdings höchstrichterlich bislang noch nicht geklärt. Der BGH hat lediglich entschieden, dass es zur Ermittlung der noch verhältnismäßigen Heilbehandlungskosten stets einer wertenden Gesamtbetrachtung aller Umstände des konkreten Einzelfalls seitens des Tatrichters bedürfe. Dabei könne auch das individuelle Verhältnis zwischen dem Geschädigten und dem verletzten Tier von Bedeutung sein.<sup>1102</sup> Als unverhältnismäßig hat der BGH aber die (durch Hundebiss entstandenen) Heilbehandlungskosten von rund 4.200 € bei einem Hund angesehen, dessen Wert im unteren dreistelligen Bereich lag.<sup>1103</sup> Demgegenüber hat das LG Hildesheim der Eigentümerin eines 14 Jahre alten Katers Schadensersatz in Höhe der Heilbehandlungskosten von über 4.000 € wegen der Bissverletzung durch einen Polizeihund zugesprochen.<sup>1104</sup> Zu Recht weist das LG darauf hin, dass sich eine streng wirtschaftliche Betrachtungsweise verbiete und überdies der Schädiger das Risiko trage, die Behandlungskosten vorab nicht genau bestimmen zu können.<sup>1105</sup> Zu begrüßen ist daher auch, dass das LG München I Heilbehandlungs- und Rehabilitationskosten i.H.v. insgesamt 20.000 € nicht als unverhältnismäßig angesehen hat.<sup>1106</sup> Bei der hier-

883o

<sup>1101</sup> So in erfreulicher Weise BGH NJW 2016, 1589, 1590.

<sup>1102</sup> BGH NJW 2016, 1589, 1590 f.

<sup>1103</sup> BGH NJW 2016, 1589, 1590 f.

<sup>1104</sup> LG Hildesheim 10.2.2017 – 7 S 144/16.

<sup>1105</sup> LG Hildesheim 10.2.2017 – 7 S 144/16.

<sup>1106</sup> LG München I 15.9.2020 – 20 O 5615/18.

bei erforderlichen Abwägung war offensichtlich maßgeblich, dass es sich um einen sehr jungen Hund (Welpen) handelte, der zudem an der Leine gehalten wurde, und der Autofahrer, der mit seinem Pkw den Hund erfasste, zu dicht vorbeifuhr und zudem die zulässige Höchstgeschwindigkeit deutlich überschritt.

**Beispiel**<sup>1107</sup>: Als O mit seinem kleinen Mischlingshund spazieren geht, springt der Wolfshund des T über den Zaun und verletzt den Hund des O schwer. O verlangt von T Ersatz der Tierarztkosten i.H.v. 4.200 €. T wendet ein, O habe sich die von seinem Hund ausgehende Betriebsgefahr anspruchsmindernd anrechnen zu lassen. Zudem hätten die Tierarztkosten außer Verhältnis zum Wert des Tieres, den T (zutreffend) mit maximal einigen hundert Euro annimmt, gestanden.

Ein Anspruch O gegen T aus § 833 S. 1 BGB ist dem Grunde nach gegeben. Fraglich ist aber zunächst, ob die Heilbehandlungskosten nicht unverhältnismäßig hoch waren. Bei Sachen hält der BGH mit Blick auf das Integritätsinteresse des Geschädigten an dem Erhalt seiner Sache Reparaturkosten bis zu 130% des Wiederbeschaffungswerts für noch verhältnismäßig (siehe dazu Rn 1136). Vorliegend geht es aber um die Verletzung eines Tieres, das als fühlendes Mitgeschöpf trotz § 90a S. 3 BGB nicht wie eine Sache behandelt werden darf. Folgerichtig sind gem. § 251 II S. 2 BGB die aus der Heilbehandlung eines verletzten Tieres entstandenen Aufwendungen nicht bereits dann unverhältnismäßig, wenn sie dessen Wert erheblich übersteigen. Im vorliegenden Fall überstiegen die Heilbehandlungskosten den Wert des Hundes wohl mehr als nur erheblich. Unklar ist aber, wo letztlich die Grenze zu ziehen ist. Der BGH hat die Auffassung des Berufungsgerichts, verhältnismäßig seien Heilbehandlungskosten bis zur dreifachen Höhe der jährlichen Unterhaltskosten des fraglichen Tieres, gestützt.<sup>1108</sup> Geht man (mit dem Berufungsgericht) von jährlichen Unterhaltskosten i.H.v. 1.000 € aus, ist die Grenze demnach bei 3.000 € anzusiedeln. Der darüber hinausgehende Betrag ist dann von O zu tragen.

Unabhängig von dieser Problematik muss O sich grundsätzlich analog § 254 BGB die spezifische Tiergefahr („Betriebsgefahr“) seines Hundes (§ 833 S. 1 BGB) anrechnen lassen. Diese ist in der gerichtlichen Praxis regelmäßig bei 20-25% anzusiedeln.<sup>1109</sup> Demzufolge ist der angenommene Anspruch i.H.v. 3.000 € grundsätzlich um 20-25% zu kürzen (der BGH nahm für den vorliegenden Fall 20% an).

Hinsichtlich der grundsätzlichen Anspruchskürzung wegen (unterstellter) „Betriebsgefahr“ könnte sich vorliegend aber etwas anderes ergeben, wenn O der Nachweis gelänge, dass der Schadenseintritt für ihn unabwendbar war. Hier kann man darauf abstellen, ob O das Verhalten des Wolfshundes provoziert hat oder ob T schlicht seine Verkehrssicherungspflicht (Treffen ausreichender Schutzvorkehrungen) verletzt hat. Von Letzterem ist auszugehen. Wer seinen Hund auf seinem Grundstück frei herumlaufen lässt, hat dafür Sorge zu tragen, dass das Tier nicht das Grundstück verlassen kann. Dass O das Verhalten des Wolfshundes provoziert haben könnte, ist zudem nicht ersichtlich. Auch der BGH hat im vorliegenden Fall keine Anspruchskürzung angenommen<sup>1110</sup> (allerdings mit nicht überzeugender Begründung unter Anwendung von § 840 III BGB, statt auf § 823 I BGB abzustellen).

Ergebnis: Auf der Basis des BGH-Urteils ergibt sich ein Schadensersatzanspruch des O gegen den T (bzw. dessen Tierhalterhaftpflichtversicherung) i.H.v. 3.000 €.

**883p** Ein um die vom eigenen Tier ausgehende Tiergefahr anteilig gekürzter Anspruch auf Schadensersatz (und Schmerzensgeld) kann nach der Rechtsprechung auch dann vorliegen, wenn eine **Hundehalterin** in die **Beißerei** zweier Hunde eingreift, um ihr eigenes Tier zu schützen, und dabei von dem fremden Hund gebissen und verletzt

<sup>1107</sup> Nach BGH NJW 2016, 1589.

<sup>1108</sup> Vgl. BGH NJW 2016, 1589, 1590 f.

<sup>1109</sup> Grundsätzlich bestätigt von BGH NJW 2016, 1589, 1590 f. Siehe aber auch LG München I 15.9.2020 – 20 O 5615/18, das ein Mitverschulden ausschließt, wenn sich die spezifische Tiergefahr nicht ausgewirkt hat.

<sup>1110</sup> BGH NJW 2016, 1589, 1590 f.

wird.<sup>1111</sup> Als Argument wird vorgebracht, das Eingreifen in eine Hundebeißerei stelle ein nicht unerhebliches Verletzungsrisiko dar, was dazu führe, dass der gegen den Halter des fremden Hundes gerichtete Schadensersatz- und Schmerzensgeldanspruch trotz Vorliegens eines Verteidigungsnotstands (§ 228 BGB) um den Mitverschuldensanteil gekürzt werden könne. Freilich negiert die Rechtsprechung damit gerade den Umstand, dass Tiere Mitgeschöpfe sind und ein Hundehalter durchaus ein Interesse daran hat, seinen zur Familie gehörenden Hund vor mitunter tödlichen Bissen eines angreifenden Hundes zu schützen. Trägt der Gesetzgeber auf der einen Seite dem Stellenwert des Tieres mit § 251 II S. 2 BGB und §§ 17, 18 TierSchG Rechnung und auferlegt auch die Rechtsprechung dem Hundehalter die Pflicht, eine notwendige tierärztliche Behandlung grds. nicht wegen der Kosten zu verweigern, mutet es nahezu widersprüchlich an, wenn nun ein geschädigter Hundehalter zusehen muss, wie sein Hund mitunter tödlichen Bissen ausgesetzt ist, und dabei nicht eingreifen darf, möchte er verhindern, dass sein „selbstschädigendes“ Verhalten anspruchsmindernd wirkt.

Sollte auf dem Boden der Rechtsprechung aber eine Kürzung anzunehmen sein, ist bei der Feststellung der Haftungsquote die Größe der Tiergefahr entscheidend. Diese ist bei einem großen, nicht angeleinten Hund größer. Das heißt: Greift ein Halter ein, um seinen Hund vor (tödlich wirkenden) Verletzungen eines anderen Hundes zu schützen, und wird dabei von dem anderen Hund verletzt, ist sein Mitverschuldensanteil umso höher, je größer (und gefährlicher) der andere Hund ist. Allgemeingültige Haftungsquoten existieren aber nicht; es kommt stets auf die Einzelfallumstände an.

883q

**Beispiel<sup>1112</sup>:** Ein Angestellter des Besitzers des zum Unfallzeitpunkt knapp vier Monate alten Rhodesian Ridgeback Rüden, der auf dem Gelände als Wachhund eingesetzt werden sollte, führte den Hund an der Leine auf dem Privatgelände des Gewerbetreibenden spazieren. Als T sich in seinem Pkw mit überhöhter Geschwindigkeit (auf dem Gelände herrschte eine Geschwindigkeitsbegrenzung von 10 km/h) näherte, erfasste er den Hund mit seinem Pkw an der linken Vorderpfote. Es entstanden Heilbehandlungs- und Rehabilitationskosten i.H.v. insgesamt 20.000 €, die der Hundehalter von T bzw. dessen Kfz-Haftpflichtversicherung ersetzt verlangt.

Anspruchsgrundlage ist § 7 StVG bzw. § 115 I S. 1 Nr. 1 VVG. T hat den Schaden beim Betrieb seines Kfz verursacht. Dem Anspruch könnte aber zunächst die Höhe der Heilbehandlungs- und Rehabilitationskosten i.H.v. insgesamt 20.000 € entgegenstehen. Jedoch sind gem. § 251 II S. 2 BGB die aus der Heilbehandlung eines verletzten Tieres entstandenen Aufwendungen nicht bereits dann unverhältnismäßig, wenn sie dessen Wert erheblich übersteigen. Bei der hierbei erforderlichen Abwägung war im vorliegenden Fall offensichtlich maßgeblich, dass es sich um einen sehr jungen Hund (Welpen) handelte, der zudem an der Leine gehalten wurde, und T, der mit seinem Pkw den Hund erfasste, zu dicht vorbeifuhr und zudem die zulässige Höchstgeschwindigkeit deutlich überschritt.<sup>1113</sup>

Der Höhe des Anspruchs könnte aber die als Mitverschulden i.S.d. § 254 BGB zu qualifizierende spezifische Tiergefahr („Betriebsgefahr“) entgegenstehen. Diese ist in der gerichtlichen Praxis regelmäßig bei 20-25% anzusiedeln.<sup>1114</sup> Hat aber allein die Betriebsgefahr des Pkw des Schädigers den Schaden verursacht, ist für eine anteilige Berücksichtigung der Tiergefahr kein Raum.<sup>1115</sup>

<sup>1111</sup> OLG Hamm 17.10.2011 - 6 U 72/11, I-6 U 72/11: Mitverschuldensquote 50%.

<sup>1112</sup> Nach LG München I 15.9.2020 – 20 O 5615/18.

<sup>1113</sup> LG München I 15.9.2020 – 20 O 5615/18.

<sup>1114</sup> Grundsätzlich bestätigt von BGH NJW 2016, 1589, 1590 f. Siehe aber auch LG München I 15.9.2020 – 20 O 5615/18, das ein Mitverschulden ausschließt, wenn sich die spezifische Tiergefahr nicht ausgewirkt hat.

<sup>1115</sup> Richtig LG München I 15.9.2020 – 20 O 5615/18.

#### 4. Tierhüterhaftung, § 834 BGB

- 884 Schließlich ist die sog. **Tierhüterhaftung** (§ 834 BGB) zu nennen. Danach trifft denjenigen die gleiche vermutete Verschuldenshaftung wie bei § 833 S. 2 BGB, der die Aufsicht über das Tier durch Vertrag übernommen hat.

### VI. Verletzung von Verkehrssicherungspflichten

#### 1. Begriff und Einordnung in den Prüfungsaufbau

- 885 Bei Rn 684 ff. wurde beschrieben, dass der Tatbestand des § 823 I BGB auch durch ein **Unterlassen** verwirklicht werden kann und dass sich die Rechtspflicht zum Handeln nicht nur aus Vertrag, Gesetz oder Ingerenz ergeben kann, sondern auch aus einer Verkehrssicherungspflicht (auch Verkehrspflicht genannt). Die Behandlung dieses Problemkreises ist Gegenstand der nachfolgenden Darstellung. Einer besonderen Diskussion bedarf auch die **objektive Zurechnung** der Rechtsgutverletzung, wenn Verkehrssicherungspflichten bestehen, deren Nichtbeachtung zu einer Rechtsgutverletzung geführt hat.

**Beispiel:** T betreibt einen Schrottplatz. Dieser ist zwar umzäunt, T versäumt es aber, das Tor abzuschließen. Daher dringen Kinder ein und spielen unbeaufsichtigt mit den Schrottteilen. Dabei verletzt sich eines der Kinder (B) so schwer, dass es stationär heilbehandelt werden muss. Die Eltern fordern nicht nur Ersatz der Heilbehandlungskosten, sondern auch Schmerzensgeld, weil T den Schrottplatz nicht hinreichend vor unbefugtem Betreten gesichert habe. Mit Recht? (zur Lösung vgl. Rn 895).

- 886 Verkehrssicherungspflichten sind gesetzlich nicht oder kaum geregelt. Entwickelt wurden sie von der Rechtsprechung, soweit ersichtlich vom Reichsgericht in dem Fall, dass ein morscher Baum eines Grundstückseigentümers umfiel und das Gebäude des Nachbarn beschädigte.<sup>1116</sup> Die Entstehungsgründe der Verkehrssicherungspflichten fußen auf mehreren Aspekten. Im Ergebnis ist man sich aber weithin einig, dass Prinzipien der Gefahrverursachung, der Gefahrerhöhung, der Gefahrbeherrschung, des Vertrauens (d.h. der „Verkehrserwartung“) und des Interesses der beteiligten Personen ineinandergreifen. Mithin hat sich folgende Definition durchgesetzt:
- 887 **Verkehrssicherungspflicht** (VSP) bedeutet, dass derjenige, der eine Gefahr für andere schafft oder unterhält, verpflichtet ist, alle erforderlichen und zumutbaren Maßnahmen zu treffen, um Schäden von den Betroffenen abzuwenden.<sup>1117</sup>
- 888 Eine Verkehrssicherungspflicht kann sich zunächst aus dem (Fach-)Gesetz ergeben (wie z.B. aus einem landesrechtlichen Straßen- und Wegegesetz, wonach Winterdienst zu betreiben ist – sog. straßen- und wegerechtliche Räum- und Streupflicht). Ist eine (solche) Regelung nicht vorhanden, greifen die allgemeinen Grundsätze der Verkehrssicherungspflicht, die es im Folgenden darzustellen gilt. Hierbei gilt wiederum zunächst: Da von niemandem Unmögliches (bzw. Unzumutbares) verlangt werden kann, erfordert die Verkehrssicherungspflicht folgerichtig keine Verhinderung aller denkbaren Gefahren. Sie umfasst lediglich den Schutz vor Gefahren, die über das allgemeine (Lebens-)Risiko hinausgehen und vom Schutzberechtigten nicht vorhersehbar und nicht ohne weiteres erkennbar sind.<sup>1118</sup> Es sind diejenigen Sicherheitsvorkehrungen zu treffen, die ein verständiger, umsichtiger, vorsichtiger und gewissenhafter Angehöriger

<sup>1116</sup> RGZ 52, 373 ff. Vgl. auch *Mergner/Matz*, NJW 2014, 186; *Förster*, JA 2017, 721 ff.

<sup>1117</sup> Vgl. BGH NJW 2014, 2104 f.; NZV 2014, 167 f.; NJW 2013, 48, 49; NJW 2008, 3775, 3776; NJW 2004, 3328; OLG Hamm NJW 2018, 1890, 1891; OLG Celle AUR 2016, 221, 222; OLG Hamm NZV 2016, 523, 524; OLG Jena NJW 2006, 624 f.; OLG Celle NJW 2003, 2544; Vgl. auch OLG Frankfurt ZfS 2021, 674; OLG Nürnberg 24.3.2021 – 4 W 362/21. Ursprünglich RGZ 52, 373 ff.; 54, 53 ff.

<sup>1118</sup> OLG Schleswig DAR 2015, 266. Siehe auch LG Koblenz 30.11.2020 – 1 O 62/20 (durch Sonneneinstrahlung erhitzte Metallplatte in Schwimmbad); OLG Nürnberg 24.3.2021 – 4 W 362/21 (Sturz einer Gassi-Geherin in ein Biberloch).

der betroffenen Verkehrskreise für **erforderlich und ausreichend** halten darf, um für ihn in persönlich und wirtschaftlich **zumutbarer** Weise andere Personen vor Schäden zu bewahren.<sup>1119</sup> Insbesondere sind das **Verletzungsrisiko** bzw. das **Gefährdungspotential** sowie **Wahrscheinlichkeit und Schwere eines möglichen Schadenseintritts** zu beachten, die die Anforderungen an die Überwachung und Beherrschung der Gefahrenquelle konkretisieren.

**Beispiele:**

- (1) So ist auf einem Bahnsteig das Vorhandensein jeglicher Glättestellen, insbesondere im Bereich der Bahnsteigkante, durch entsprechend häufige Kontrollen, gründliche Räumarbeiten und – gegebenenfalls auch wiederholte – Verwendung geeigneten Streugutes im Rahmen eines ordnungsgemäßen Winterdienstes zu vermeiden, damit keine auf dem Bahnsteig befindlichen Personen ins Gleisbett rutschen und von einem Zug erfasst werden.<sup>1120</sup>
- (2) In einem Schwimmbad dürfen im Boden keine Metallplatten eingelassen sein, die sich bei Sonneneinstrahlung dermaßen erhitzen, dass sich Badegäste daran Verbrennungen an den Fußsohlen zuziehen können.<sup>1121</sup> Das gilt jedenfalls dann, wenn auch Kinder Zugang zu dem Bereich haben, weil sie die Gefahren ggf. noch nicht erkennen und einschätzen können.<sup>1122</sup>

Muss umgekehrt eine verständige, umsichtige, vorsichtige und gewissenhafte Person in der konkreten Situation mit einer Gefahr rechnen, kann die Verantwortung des die Gefahrenquelle Schaffenden eingeschränkt oder ausgeschlossen sein.<sup>1123</sup>

**Beispiele:**

- (1) So ist nicht erforderlich, in einem Baustellenbereich einen Notweg für Fußgänger offen zu halten, wenn sich auf der gegenüberliegenden Straßenseite ein Gehweg befindet. Verletzt sich ein Fußgänger bei winterlichen Verhältnissen in diesem Baustellenbereich, ist dies dem allgemeinen Lebensrisiko zuzuordnen.<sup>1124</sup>
- (2) Bei einer Wettbewerbsveranstaltung im Motorsport ist eine ausreichende Zahl an Streckenposten zu platzieren, die bei einem Zwischenfall den nachfolgenden Verkehr warnen. Es leuchtet aber ein, dass z.B. bei einem freien Training nur abgeschwächte Sicherheitsvorkehrungen getroffen werden müssen.<sup>1125</sup> Unfälle sind dann eher dem allgemeinen Verletzungsrisiko zuzuordnen.
- (3) Die Verwaltung einer dörflichen Gemeinde muss auf einer in einem Landschaftsschutzgebiet und damit in der freien Landschaft gelegenen Wiese keine Hinweisschilder aufstellen oder Absperrungen vornehmen, um Menschen, die dort wandern oder spazieren gehen, vor den Gefahren von Erdlöchern zu warnen, die von Tieren (hier: Bibern) gegraben werden. Stürzt also ein Fußgänger, der mit seinem Hund Gassi geht, auf einer Grünfläche in ein von einem Biber gegrabenes Loch, haftet die Gemeinde nicht wegen Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht.<sup>1126</sup>

Zu beachten ist stets: Ob eine Verkehrssicherungspflicht besteht, ist eine Frage des Einzelfalls und unter Berücksichtigung des Verletzungsrisikos bzw. des Gefährdungspotentials und der berechtigten Verkehrserwartung zu beurteilen (allgemeine Auffassung). Zu den hierzu entwickelten Fallgruppen vgl. Rn 897 ff.

---

<sup>1119</sup> Vgl. etwa BGH NZV 2014, 167 f.; OLG Hamm NJW 2018, 1890, 1891; OLG Stuttgart VersR 2012, 1535; OLG Hamm NJW 2010, 2591, 2592; LG Coburg 23.5.2019 – 24 O 15/19.

<sup>1120</sup> OLG Frankfurt 2.11.2018 – 2 Ws 7/18.

<sup>1121</sup> LG Koblenz 30.11.2020 – 1 O 62/20.

<sup>1122</sup> LG Koblenz 30.11.2020 – 1 O 62/20.

<sup>1123</sup> Siehe OLG Hamm NJW 2018, 1890, 1891.

<sup>1124</sup> Siehe BGH NJW 2014, 2104 f.

<sup>1125</sup> OLG Schleswig DAR 2015, 266.

<sup>1126</sup> OLG Nürnberg 24.3.2021 – 4 W 362/21 (Sturz einer Gassi-Geherin in ein Biberloch).

**889** Verkehrssicherungspflichten knüpfen i.d.R. an ein Unterlassen einer rechtlich gebotenen Handlungspflicht an (z.B. Winterdienst<sup>1127</sup>; Anbringung von Schildern, die auf bestehende Gefahren hinweisen<sup>1128</sup>). Was die Frage der dogmatischen Einordnung der Verkehrssicherungspflichten in die deliktische Haftung und das damit einhergehende Problem des richtigen Prüfungsstandorts betrifft, sind folgende Überlegungen anzustellen:

**890** ■ Zunächst spielen die VSP im Rahmen des **Handlungsbegriffs** eine Rolle. Denn zum Unterlassen wurde gesagt, dass ein solches nur dann zu einer Verantwortlichkeit führen könne, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln (d.h. zur Erfolgsabwendung) bestehe. Als eine solche Handlungspflicht kommt die Pflicht in Betracht, Gefahrenquellen so abzusichern, dass niemand anderes zu Schaden kommt.

**891** ■ Sodann werden sie regelmäßig bei der Frage nach der (innerhalb der haftungsbegründenden Kausalität zu prüfenden) **objektiven Zurechnung** des Taterfolgs eine Rolle spielen. Denn es ist klar, dass völlig unwahrscheinliche Kausalverläufe und weit entfernte Ursachen dem in Anspruch Genommenen nicht zugerechnet werden dürfen. Andernfalls würde die haftungsrechtliche Verantwortlichkeit für das Fehlverhalten anderer ins Unermessliche ausgedehnt. Wäre T des Beispiels von Rn 885 also nicht verpflichtet, den Schrottplatz vor unbefugtem Betreten zu sichern, könnte man ihm auch nicht die Körperverletzung des Kindes zurechnen.

**892** ■ Schließlich sind die VSP bei der (anschließend zu prüfenden) **Rechtswidrigkeit** zu beachten. Denn vorwiegend die Rechtsprechung geht aufgrund der Beschreibung der unerlaubten Handlung in den einzelnen Tatbeständen der §§ 823 ff. BGB davon aus, dass die Verwirklichung der jeweiligen Tatbestandsvoraussetzungen die Rechtswidrigkeit des Verhaltens indiziert und dass diese – bis auf die genannten Rahmenrechte – daher nicht separat festgestellt werden müsse (**Lehre vom Erfolgsunrecht**).<sup>1129</sup> Danach ist also die Verletzung von VSP regelmäßig rechtswidrig. Ein Ausschluss der Haftung ist danach nur durch Verneinung des Verschuldens möglich, etwa, weil der in Anspruch Genommene die im Verkehr erforderliche Sorgfaltspflicht beachtet hat. Diesem Ansatz steht die **Lehre vom Handlungsunrecht**<sup>1130</sup> gegenüber, der zufolge – zumindest bei fahrlässigem Handeln – der Tatbestand nicht die Rechtswidrigkeit indiziert, sondern die Rechtswidrigkeit zu verneinen ist, wenn sich der in Anspruch Genommene pflichtgemäß verhalten hat. Das heißt: Nach dieser Auffassung ist das Verhalten des in Anspruch Genommenen nicht rechtswidrig, wenn er z.B. Verkehrssicherungspflichten beachtet hat.

**893** **Beispiel:** In Abwandlung zum Beispiel von Rn 885 verschließt T das Schrottplatzgelände ordnungsgemäß. Die Kinder klettern über den Zaun. Gleichwohl machen die Eltern des B einen Anspruch auf Schadensersatz gem. § 823 I BGB geltend.

Auf der Basis der Lehre vom Erfolgsunrecht wäre zumindest die Rechtswidrigkeit auf Seiten des T zu bejahen. Da er das Gelände aber vor unbefugtem Betreten hinreichend abgesichert hat, trifft ihn kein Verschulden. Folgt man demgegenüber der Lehre vom Handlungsunrecht, scheidet ein Schadensersatzanspruch gegen T bereits deshalb aus, weil T durch die Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht rechtswidrig gehandelt hat. Der BGH spricht insoweit von „verkehrsrichtigem Verhalten“.<sup>1131</sup>

Wie aus dem Beispiel ohne weiteres hervorgeht, besteht – jedenfalls bei den Verschuldenshaftungstatbeständen – zwischen den beiden Ansätzen im Ergebnis kaum ein Un-

<sup>1127</sup> Zum Winterdienst gehören etwa das Räumen von Wegen und Zufahrten und das Streuen von Salz oder abstumpfenden Mitteln, siehe aus jüngerer Zeit etwa LG Coburg 23.5.2019 – 24 O 15/19.

<sup>1128</sup> Vgl. zum Letzteren etwa OLG Hamm NJW 2010, 2591, 2592 (fehlendes Warnschild vor einer Wasserrutsche); OLG Hamm NJW 2018, 1890 (fehlendes Warnschild bzw. fehlende Absicherung bzgl. Entwässerungsgrabens in Naturpark).

<sup>1129</sup> Vgl. etwa *Spindler*, in: *Bamberger/Roth*, 3. Aufl. 2012, § 823 Rn 9; *Teichmann*, in: *Jauernig*, § 823 Rn 50; *Wagner*, in: *MüKo*, § 823 Rn 5 ff. Auf diesem Standpunkt steht auch die heutige Rspr.; vgl. nur BGH NJW 1996, 3205 ff.

<sup>1130</sup> Vgl. etwa BGHZ 24, 21, 26; *Nipperdey*, NJW 1957, 1777, 1778 f.; *Kupisch/Krüger*, *Deliktsrecht* (1983), § 5.

<sup>1131</sup> BGHZ 24, 21, 26.

terschied. Eine Entscheidung kann insoweit dahinstehen. Kommt es bei der Frage nach der deliktischen Haftung aber auf ein Verschulden nicht an (z.B. bei der Garantief Haftung nach § 833 S. 1 BGB oder bei der Haftung für Verrichtungsgehilfen gem. § 831 BGB), ist die Entscheidung ergebnisrelevant. Unterschiede können sich auch beim Notwehrrecht (§ 227 BGB) ergeben.

Stellungnahme: Da § 823 I BGB deutlich zwischen Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld unterscheidet, wird auch vorliegend die Lehre vom Erfolgsunrecht vertreten. Denn wie sich aus den §§ 823 I, 276 I und II BGB ergibt, darf die Frage, ob die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beachtet oder außer Acht gelassen worden ist, nicht bei der Rechtswidrigkeit, sondern erst bei der Schuld des Täters geprüft werden.

Wer also trotz Beachtung von Verkehrssicherungspflichten ein durch § 823 I BGB geschütztes Rechtsgut (durch Unterlassen) verletzt, handelt rechtswidrig. Da aber die Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfaltspflicht nicht fahrlässig (§ 276 II BGB) sein kann, scheidet mangels Verschuldens ein Anspruch aus § 823 I BGB aus.<sup>1132</sup>

Hinsichtlich der im vorliegenden Zusammenhang zu behandelnden Verkehrssicherungspflichten gilt daher Folgendes: Folgt man der Lehre vom Erfolgsunrecht, spielen die VSP bei der Rechtswidrigkeit keine Rolle. Denn wurden sie missachtet, sind der Tatbestand der unerlaubten Handlung verwirklicht und die Rechtswidrigkeit indiziert. Lediglich im Rahmen des Verschuldens bedarf es ggf. einer erneuten Auseinandersetzung. Wer dagegen der Lehre vom Handlungsunrecht folgt, muss die VSP bei der Rechtswidrigkeit prüfen.

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Folgt man der auch hier vertretenen Lehre vom Erfolgsunrecht, bietet sich hinsichtlich der Prüfung von Verkehrssicherungspflichten folgende Vorgehensweise an:

- Besteht die tatbestandliche Verletzungshandlung in einem **Unterlassen**, kommt man nicht umhin, bei der Prüfung der (unterlassenen) Handlungspflicht die VSP zu prüfen. Denn diese gebieten in Bezug auf das Unterlassen gerade die Vornahme einer bestimmten Handlung. Dabei ist bei der Prüfung der **objektiven Zurechnung** danach zu fragen, ob die Einhaltung der VSP den Eintritt des Verletzungserfolgs nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung verhindert hätte. Bei **grober Verletzung** einer Handlungspflicht nimmt der BGH eine **Beweislastumkehr** hinsichtlich des ursächlichen Zusammenhangs zwischen der Verletzung der Verkehrssicherungspflicht und dem Schaden vor. So hat der Verkehrssicherungspflichtige bzw. der Organisationspflichtige zu beweisen, dass der Schaden auch bei Beachtung der Verkehrssicherungspflicht eingetreten wäre.<sup>1133</sup> Siehe dazu auch Rn 908.
- Kommt man nach entsprechender Prüfung zu dem Ergebnis, dass die Nichteinhaltung der VSP den Verletzungserfolg adäquat kausal verursacht hat und dem Verletzer auch zugerechnet werden kann bzw. muss, ist der Tatbestand der unerlaubten Handlung verwirklicht und die Rechtswidrigkeit indiziert. Die VSP sind bei der **Rechtswidrigkeit** also **nicht** mehr zu erwähnen.<sup>1134</sup>
- Im Rahmen der **Verschuldensprüfung** sind die VSP grds. als Maßstab für das Verschulden heranzuziehen. Da die Tathandlung jedoch in einem Unterlassen bestand und die VSP bereits zur Begründung der Handlungspflicht herangezogen werden mussten, kann im Wesentlichen nach oben verwiesen werden.

894

Im **Beispiel** von Rn 885 gilt daher Folgendes: Zunächst muss hinsichtlich der Verwirklichung des Tatbestands des § 823 I BGB die im Schutzbereich der Norm liegende Körperverletzung festgestellt werden. Anschließend muss geprüft werden, ob dieser „Er-

895

<sup>1132</sup> Vgl. auch *Brox/Walker*, § 45 Rn 49.

<sup>1133</sup> BGH NJW 2018, 301, 303.

<sup>1134</sup> Die Gegenauffassung würde im Rahmen des Tatbestands schlicht das Unterlassen dem Tun gleichstellen, die Rechtswidrigkeit aber nur dann bejahen, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln bestand. Bei der Prüfung dieser Rechtspflicht wäre dann auf die VSP einzugehen.

folg“ durch ein Unterlassen des T (Nichtabschließen des Tores) verursacht worden ist. Sodann ist zu untersuchen, ob dieser „Erfolg“ dem T auch zuzurechnen ist. Das ist der Fall, wenn eine Handlungspflicht bestand, bei deren Beachtung die Verletzung des Kindes nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung verhindert worden wäre (objektive Zurechnung). Bei dieser Prüfung der Handlungspflicht ist auf die Verkehrssicherungspflichten einzugehen und darzulegen, dass derjenige, der eine Gefahrenquelle schafft, auch alle notwendigen und zumutbaren Vorkehrungen treffen muss, damit Schäden anderer verhindert werden, die sich aus der Gefahrenquelle ergeben können. Bejaht man demzufolge die Pflicht des T, das Tor abzuschließen, und rechnet man ihm die Körperverletzung des Kindes zu, ist auf der Basis der Lehre vom Erfolgsunrecht die Rechtswidrigkeit indiziert. Im Rahmen des Verschuldens wäre dann die Fahrlässigkeit zu bejahen, denn die Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 II BGB) deckt sich weitgehend mit dem Inhalt der VSP (dazu sogleich bei Rn 897 ff.). Etwas anderes hätte sich nur dann ergeben, wenn es dem T zwar objektiv, nicht aber subjektiv möglich gewesen wäre, die im Verkehr erforderliche Sorgfalt anzuwenden. Doch hierzu bietet der Sachverhalt keine Anhaltspunkte. Die geltend gemachten Ansprüche der Eltern sind also begründet. Für die Abwägung von Rn 893 gilt dies nicht, da dort T nicht sorgfaltspflichtwidrig gehandelt hat.

- 896** Fraglich ist ferner, ob eine VSP auch gegenüber einer anderen Person bestehen kann, die an derselben Sache eine VSP hat. Da dies namentlich das Miteigentum an einem Grenzbaum betrifft, sei auf die Ausführungen bei *R. Schmidt*, SachenR II, Rn 89 ff. verwiesen.

## 2. Inhalt und Umfang von Verkehrssicherungspflichten

- 897** Da die Verkehrssicherungspflichten nicht in den Tatbeständen der §§ 823 ff. BGB positivrechtlich geregelt sind, sondern in erster Linie richterrechtlich entwickelt wurden (Rn 886), verwundert es nicht, dass die Frage der Verortung und das damit einhergehende Problem des richtigen Prüfungsstandorts umstritten sind und dass auch Unklarheit über genauen Inhalt und Umfang von Verkehrssicherungspflichten besteht. Die Kasuistik ist schier unüberschaubar. Die vorliegende Darstellung kann daher nur exemplarisch einige wichtige Fallgruppen herausarbeiten, wobei gewisse Überschneidungen unumgänglich sind.<sup>1135</sup> In keinem Fall kann ein eigenes Judiz ersetzt werden, zumal (auch im Rahmen einer Prüfung) überzeugende Argumentation ohnehin wichtiger ist.

### a. Straßenverkehr

- 898** Wer den Verkehr auf einer Straße eröffnet, haftet grds. auch für deren verkehrssicheren Zustand.<sup>1136</sup> Das betrifft insbesondere die Straßenbau- und Straßenverkehrsbehörden. Aus §§ 44, 45 StVO ergibt sich die Pflicht der Straßenverkehrsbehörden, für die Sicherheit und Leichtigkeit des Straßenverkehrs zu sorgen. So darf kein Straßenbelag vorhanden sein, der bei Nässe zu außergewöhnlicher Fahrbahnglätte führt<sup>1137</sup>. Im Übrigen müssen die Straßenverkehrsbehörden den Straßenverkehr durch Verkehrszeichen und Verkehrseinrichtungen so regeln, dass der Verkehr erleichtert wird und Unfälle vermieden werden.<sup>1138</sup> Dazu gehören auch Hinweispflichten, etwa wenn eine Baustelle errichtet oder an einer unfallträchtigen Stelle eine Änderung der bisherigen

<sup>1135</sup> Vgl. zu den Fallgruppen auch *Wagner*, in: MüKo, § 823 Rn 210 ff.; *Sprau*, in: Grüneberg, § 823 Rn 64 ff.; *Lange/Schmidbauer*, in: juris-PK, § 823 Rn 85/88 ff.; *Deutsch/Ahrens*, Rn 262 ff.; *Brox/Walker*, § 41 Rn 34 ff.; *Medicus/Petersen*, BR, Rn 648 ff.; *Mergner/Matz*, NJW 2014, 186 ff. und NJW 2015, 197 ff.

<sup>1136</sup> *Deutsch/Ahrens*, Rn 262 sowie ausführlich *Lange/Schmidbauer*, in: juris-PK, § 823 Rn 145 ff. Vgl. auch *Mergner/Matz*, NJW 2014, 186 ff.

<sup>1137</sup> Insbesondere dürfte allein das Aufstellen des Schildes „Schleudergefahr“ nicht genügen, um der Verkehrssicherungspflicht nachzukommen. Erforderlich dürfte zumindest eine zusätzliche Geschwindigkeitsbeschränkung (auf 30 km/h) sein, vgl. OLG Hamm NZV 2016, 523, 524. Am sichersten wäre natürlich ein zeitnaher Austausch des nicht griffigen Fahrbahnbelags.

<sup>1138</sup> Vgl. BGH NVwZ 2000, 1209; NJW 1966, 1456 ff.; NJW 1971, 2220 ff.; JZ 1987, 822; NVwZ 1990, 898.

Verkehrsregelung durchgeführt wurde<sup>1139</sup> (zur Verkehrssicherung insbesondere im Baustellenbereich vgl. bereits Rn 888). Eine Verkehrssicherungspflicht besteht auch hinsichtlich der Überprüfung der Standfestigkeit von Verkehrsschildern<sup>1140</sup> und Straßenbäumen<sup>1141</sup>. So muss ein erkennbar schadhafter Straßenbaum (Beispiel: 200 Jahre alte Linde) abgestützt, gestützt oder gefällt werden. Ein Verkehrsspiegel muss auf seine Funktionalität überprüft werden.<sup>1142</sup> Straßen und Wege sind – in Abhängigkeit von ihrer Verkehrsbedeutung – regelmäßig zu beobachten und in angemessenen Zeitabschnitten zu befahren oder zu begehen („Kontrollfahrten bzw. -gänge“), um den Zustand festzustellen.<sup>1143</sup> Da es aber stets auf die Umstände ankommt, wäre es andererseits unzumutbar (und technisch und organisatorisch kaum zu realisieren), mehrmals täglich Kontrollfahrten durchzuführen. Auch wäre es überzogen, vom verkehrssicherungspflichtigen Bahnbetreiber zu verlangen, dass er an Bahnübergängen Radfahrer auf die Gefahr hinweist, sie könnten beim Überfahren der kreuzenden Bahnschienen verunfallen.<sup>1144</sup>

Hinsichtlich der Haftungsgrundlage ist zu differenzieren: Die schuldhaft Verletzung der (Straßen-)Verkehrssicherungspflicht für *öffentliche* Verkehrsflächen löst auch für öffentliche Körperschaften, insbesondere für Staat und Gemeinden, **privatrechtliche Schadensersatzansprüche** nach den §§ 823 ff. BGB aus.<sup>1145</sup> Soweit die (Straßen-)Verkehrssicherungspflicht jedoch (etwa durch Gesetz) **öffentlich-rechtlich** ausgestaltet ist<sup>1146</sup>, greift nicht das Haftungsinstitut nach §§ 823 ff. BGB, sondern die **Amtshaftung** nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG.<sup>1147</sup>

Auch die *Benutzer* der Straße (Straßenverkehrsteilnehmer) müssen Sicherheitsvorkehrungen treffen. So muss ein am Straßenrand abgestelltes Kfz ausreichend beleuchtet sein. Dafür sind der Grad der Dämmerung und die bestehenden Verhältnisse des Abstellortes maßgeblich, sofern sie für die Erkennbarkeit des Kfz von Bedeutung sind. Vor einer Unfallstelle müssen Warnhinweise angebracht werden.

## b. Behördlicher Winterdienst

Die behördliche (Straßen-)Verkehrssicherungspflicht umfasst grundsätzlich auch die winterliche Räum- und Streupflicht auf den öffentlichen Straßen und Wegen. Bezüglich des Inhalts und des Umfangs der winterlichen Räum- und Streupflicht ist aber ebenfalls stets auf den Einzelfall abzustellen.<sup>1148</sup> Stets entscheiden die Wichtigkeit des Verkehrswegs sowie die Art und die Gefährlichkeit der winterlichen Straßenverhältnisse.<sup>1149</sup> So besteht eine Räum- und Streupflicht grds. nur an verkehrswichtigen und gefährlichen<sup>1150</sup> Straßenstellen und in Bereichen, die typischerweise von Fußgängern benutzt werden<sup>1151</sup>. Auf wenig befahrenen Straßen (und Wegen) besteht dagegen grds. keine oder nur eine eingeschränkte Räum- und Streupflicht, sofern nicht besonders gefährliche Stellen bekannt sind, auf die sich der Straßennutzer nicht einstellen

899

<sup>1139</sup> BGH NVwZ 2000, 1209 f. Vgl. dazu auch *Mergner/Matz*, NJW 2014, 186, 188.

<sup>1140</sup> OLG Nürnberg NJW 2000, 3075.

<sup>1141</sup> BGHZ 123, 102 ff. Allerdings geht es auch nach Auffassung des BGH zu weit, die Folgen eines natürlichen Astbruchs dem Verkehrssicherungspflichtigen zuzurechnen. Vielmehr unterfalle natürlicher Astbruch bei einem gesunden Baum dem allgemeinen Lebensrisiko (BGH NJW 2014, 1588 f.). Auch das LG Köln VkB1 2021, 628 hat entschieden, dass eine schuldhaft Verletzung der Verkehrssicherungspflicht durch das Land nur dann vorliege, wenn Anzeichen übersehen worden wären, die auf eine weitere Gefahr durch den Baum hingewiesen hätten.

<sup>1142</sup> Vgl. OLG Saarbrücken NJW 2010, 3104 f.

<sup>1143</sup> OLG Hamm NVwZ-RR 2021, 333, 334 mit Verweis auf die st. Rspr.

<sup>1144</sup> OLG Naumburg NJW 2015, 1396 f.

<sup>1145</sup> Siehe BGHZ 9, 373 ff.; 60, 54, 55.

<sup>1146</sup> Vgl. die Straßengesetze der Länder.

<sup>1147</sup> Vgl. OLG Saarbrücken NJW 2010, 3104 f. Zur Amtshaftung vgl. eingehend *R. Schmidt*, AllgVerwR, 22. Aufl. 2020, Rn 1062 ff.

<sup>1148</sup> St. Rspr., vgl. nur OLG Hamm 18.11.2016 – 11 U 17/16.

<sup>1149</sup> Vgl. erneut OLG Hamm 18.11.2016 – 11 U 17/16. Vgl. auch KG DWW 2017, 383, 384.

<sup>1150</sup> Eine gefährliche Straßenstelle liegt grds. nur dort vor, wo unvermutete Gefahren auftreten können, die auch bei einer den winterlichen Bedingungen angepassten Fahrweise nicht beherrschbar sind (OLG Jena NZV 2001, 87). Vgl. auch BGH MDR 2015, 1001.

<sup>1151</sup> KG DWW 2017, 383, 384.

kann.<sup>1152</sup> In jedem Fall setzt eine Streupflicht eine *allgemeine* Straßenglätte voraus; das Vorhandensein vereinzelter Glättestellen löst keine allgemeine Räum- und Streupflicht aus<sup>1153</sup>. Stets zu beachten ist auch die Zumutbarkeit für den Verkehrssicherungspflichtigen. Kriterien sind Tageszeit, Wichtigkeit und Benutzungshäufigkeit der betreffenden Straßen bzw. des betreffenden Wegs.<sup>1154</sup>

900 Eine Amtshaftung scheidet i.d.R. auch aus, wenn unter rechtsfehlerfreier Abwägung zugunsten des Naturschutzes auf das Streuen von Salz o.Ä. verzichtet wurde.<sup>1155</sup> Auch wenn sich der Geschädigte in vorwerfbarer Weise nicht auf die winterlichen Verhältnisse eingestellt hat (falsche Bereifung, unangepasste Geschwindigkeit, zu geringer Sicherheitsabstand etc.), kann eine Haftung der öffentlichen Hand ausscheiden. In derartigen Fällen ist stets an eine Anspruchskürzung gem. § 254 BGB zu denken. Davon unabhängig gilt aber, dass die Amtspflichten im Bereich der Straßenverkehrsregelung und Verkehrssicherung in aller Regel auch dritgerichtet sind.<sup>1156</sup>

901 Zum Winterdienst von **Privatleuten** vgl. Rn 902/909/915.

### c. Wege, Zugänge, Flächen sowie Winterdienst

902 Auch wer einen Weg oder einen Zugang (zu einem Grundstück) anderen Personen eröffnet bzw. eine Fläche zur Benutzung freigibt, hat die Pflicht, in notwendigem und zumutbarem Maße dafür zu sorgen, dass keine Rechtsgüter anderer zu Schaden kommen. Starre Regeln hinsichtlich des Umfangs der Maßnahmen lassen sich allerdings nicht aufstellen; vielmehr sind die konkreten Umstände des Einzelfalls entscheidend. Kriterien sind das **Gefährdungspotential** bzw. die **Wahrscheinlichkeit** und die **Schwere eines möglichen Schadenseintritts**, das **Verletzungsrisiko** etc. Wenn allgemein zu lesen ist, der Verantwortliche habe für ihn in persönlich und wirtschaftlich **zumutbarer** Weise andere Personen vor Schäden zu bewahren<sup>1157</sup>, darf dies freilich nicht so verstanden werden, als stünden Verkehrssicherungspflichten unter dem Vorbehalt des wirtschaftlich Vertretbaren. Sind erforderliche Verkehrssicherungspflichten wirtschaftlich unverhältnismäßig, muss der Verantwortliche im Zweifel auf die Durchführung gefahr begründender Unternehmungen verzichten. Das gilt jedenfalls, wenn eine Verletzung bedeutsamer Rechtsgüter wie Leben und Gesundheit droht. Lediglich, wenn Aspekte der Eigenverantwortlichkeit eine Rolle spielen und niederschwelligere Rechtsgüter gefährdet sind, können wirtschaftliche und organisatorische Zumutbarkeitsfragen eine Abschwächung der Verkehrssicherungspflichten begründen. So sind zwar Gehwege, die dem Verkehr geöffnet sind, bei Schnee oder überfrierender Nässe (Glatteis) mit Streusalz oder abstumpfenden Mitteln (Sand, Split o.Ä.) zu behandeln. Jedoch kann von einem Hausbewohner nicht verlangt werden, dass er nachts um 3 Uhr aufsteht und den frisch gefallenen Schnee von der Hofeinfahrt räumt. Diese Verpflichtung trifft ihn erst am Morgen, wenn mit dem ersten Personenverkehr (Zeitungs-zusteller etc.) zu rechnen ist.<sup>1158</sup> Zeichnen sich im Laufe des Tages Schneefall und/oder unter den Gefrierpunkt sinkende Temperaturen und damit die Gefahr einer abendlichen Glättebildung ab, trifft den Pflichtigen die Pflicht zu vorbeugendem Streuen noch vor Eintritt des Schneefalls bzw. vor Sonnenuntergang. Ein Warnschild mit der Aufschrift: „Vorsicht Glättegefahr“ reicht zur Haftungsfreistellung grds. nicht aus (Rn 914). Dem Geschädigten ist allerdings ein Mitverschulden (§ 254 BGB) anzulasten,

<sup>1152</sup> OLG Hamm 18.11.2016 – 11 U 17/16 (m.w.N.); LG Coburg 23.5.2019 – 24 O 15/19.

<sup>1153</sup> OLG Hamm 18.11.2016 – 11 U 17/16 (mit Verweis auf BGH NJW 2009, 3302).

<sup>1154</sup> Vgl. auch dazu OLG Hamm 18.11.2016 – 11 U 17/16 (m.w.N.); LG Coburg 23.5.2019 – 24 O 15/19.

<sup>1155</sup> Vgl. dazu näher BGH NVwZ-RR 1998, 334; *Schlick/Rinne*, NVwZ 1997, 1065, 1070.

<sup>1156</sup> Zum Amtshaftungsanspruch vgl. eingehend *R. Schmidt*, AllgVerwR, 22. Aufl. 2020, Rn 1062 ff.

<sup>1157</sup> Vgl. etwa BGH NZV 2014, 167 f.; OLG Hamm NJW 2018, 1890, 1891; OLG Stuttgart VersR 2012, 1535; OLG Hamm NJW 2010, 2591, 2592.

<sup>1158</sup> Vgl. dazu OLG Köln VersR 1997, 507; OLG Jena NVZ 2009, 600; LG Berlin GE 2010, 272.

wenn er unter diesen Umständen eine erkennbar glatte und nicht abgestreute Fläche in den Abendstunden betritt.<sup>1159</sup> Bei dem allgemeinen Publikumsverkehr zugänglich gemachten Flächen sind indes ungleich strengere Vorkehrungen für die Gefahrenabwehr zu treffen.

(Weitere) Typische Fälle, bei denen sich die Haftungsfrage wegen Verletzung von Verkehrssicherungspflichten stellt, sind die auf dem Boden eines Fleischerladens liegende Wurstpelle oder das nasse Blatt einer Blume im Blumengeschäft. Im zuletzt genannten Fall ist es dem Ladeninhaber weniger zuzumuten, ständig den Boden von herabgefallenen Blättern zu reinigen; häufiger hingegen ist der Boden eines Supermarktes auf herumliegende Obst- oder Gemüsereste zu kontrollieren<sup>1160</sup>. Auch ist derjenige, der eine Baustelle errichtet hat, verpflichtet, u.U. Geländer anzubringen oder die Gefahrenquelle auf andere Weise abzusichern.<sup>1161</sup> Und selbstverständlich ist auf einem Bahnsteig das Vorhandensein jeglicher Glättestellen, insbesondere im Bereich der Bahnsteigkante, durch entsprechend häufige Kontrollen, gründliche Räumarbeiten und – ggf. auch wiederholte – Verwendung geeigneten Streugutes im Rahmen eines ordnungsgemäßen Winterdienstes zu vermeiden, damit keine auf dem Bahnsteig befindlichen Personen ins Gleisbett rutschen und von einem Zug erfasst werden.<sup>1162</sup>

902a

Dagegen ist der Betreiber einer SB-Autowaschanlage auch bei winterlichem Betrieb nicht ohne weiteres verpflichtet, vor den Gefahren der Glatteisbildung zu warnen. Zwar trifft auch ihn grds. eine Verkehrssicherungspflicht im Hinblick auf betriebsbedingte Gefahrenquellen, an deren Erfüllung insbesondere im Winter erhöhte Anforderungen zu stellen sind. Allerdings stellt sich die Frage, ob auch eine Pflicht zur Warnung vor Glatteisbildung besteht, die ihre Ursache nicht im gefrierenden Regen oder Schnee hat, sondern im überfrierenden Waschwasser. Das OLG Hamm verneint diese Frage. Nach seiner Auffassung muss ein Kunde einer SB-Autowaschanlage nicht auf die Gefahr hingewiesen werden, dass es beim winterlichen Betrieb durch betriebsbedingt verspritztes Wasser zu einer Glattebildung kommen kann, da diese Gefahr allgemein bekannt sei.<sup>1163</sup> Das überzeugt. Wer sein Auto bei winterlichen Verhältnissen im Freien wäscht, muss mit Glatteisbildung rechnen. Rutscht man dann aus und verletzt sich infolge des Sturzes, realisiert sich das allgemeine Lebensrisiko, wofür man andere jedenfalls dann nicht verantwortlich machen kann, wenn diesen das Ergreifen von Sicherungsmaßnahmen nicht zugemutet werden kann. Aber auch wer neben der Straße auf der Wiese eine Werbeanlage aufstellt, muss auf Standsicherheit achten und gewährleisten, dass Straßenverkehrsteilnehmer nicht abgelenkt werden; der Aufsteller braucht allerdings keine weitergehenden Sicherheitsvorkehrungen etwa zum Schutz stürzender Kradfahrer zu treffen. Verliert also ein Motorradfahrer in einer Kurve die Kontrolle über sein Krad und prallt gegen ein sechs Meter von der Fahrbahn entferntes hölzernes Werbeschild, kann er den Aufsteller nicht für die erlittenen Schäden verantwortlich machen, jedenfalls sofern von dem Schild keine die Verkehrssicherheit beeinträchtigende Ablenkungswirkung ausging. Zutreffend stellt das OLG Hamm klar, dass derartige Sicherungen nicht üblich seien und auch nicht der Verkehrserwartung entsprächen. Sie könnten vernünftigerweise auch nicht von Kradfahrern erwartet werden. Diese müssten auch mit sonstigen potenziell (ungesicherten) Hindernissen im Umfeld einer Straße wie z.B. Bäumen o.Ä. rechnen.<sup>1164</sup> Anders sieht es wiederum aus, wenn eine Gemeinde der Absperrung dienende Betonpoller aufstellt und es dabei versäumt, diese mit Reflektoren oder anderen Warnhinweisen zu versehen. Fährt nun bei Dun-

902b

<sup>1159</sup> Vgl. OLG Hamm NJW 2004, 386, 387.

<sup>1160</sup> OLG Köln VersR 1999, 861; *Deutsch/Ahrens*, Rn 263.

<sup>1161</sup> Vgl. LG Rostock OLG-NL 2001, 9 (zur Zumutbarkeit der Ausbesserung schadhafter Stellen einer Strandpromenade).

<sup>1162</sup> OLG Frankfurt 2.11.2018 – 2 Ws 7/18.

<sup>1163</sup> OLG Hamm MDR 2015, 1133.

<sup>1164</sup> OLG Hamm 15.3.2016 – 9 U 134/15.

kelheit ein Autofahrer auf einen (40 cm aus dem Boden ragenden) Betonpoller auf, haftet die Gemeinde jedenfalls dann ganz überwiegend unter dem Aspekt der Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht, wenn die Poller unabhängig von der Geschwindigkeit und selbst bei Tageslicht für einen in die Straße einbiegenden Kraftfahrzeugfahrer nicht erkennbar waren.<sup>1165</sup>

- 902c Abzugrenzen ist die vorstehende Konstellation von derjenigen, in der das **Gesetz** dem Eigentümer die Pflicht auferlegt, das unbeschränkte Betreten seines Eigentums durch Dritte zu dulden. In diesem Fall wäre es für den Eigentümer unverhältnismäßig, wenn ihn unbeschränkt Verkehrssicherungspflichten trafen.

**Beispiel**<sup>1166</sup>: § 14 I S. 1 BWaldG gestattet es grds. jedermann, den Wald zum Zweck der Erholung zu betreten. Der Waldeigentümer kann also z.B. Wanderern nicht das Betreten des Waldes verbieten. Würde er also uneingeschränkt für Schäden haften, die z.B. durch herabfallende Äste verursacht werden, wäre dies nicht zu rechtfertigen. Daher sieht § 14 I S. 3 BWaldG vor, dass das Betreten auf eigene Gefahr geschieht. Das gilt gem. § 14 I S. 4 BWaldG insbesondere hinsichtlich „waldtypischer“ Gefahren. Damit sind Gefahren gemeint, die sich aus der Natur oder der ordnungsgemäßen Bewirtschaftung des Waldes unter Beachtung der jeweiligen Zweckbestimmung ergeben.<sup>1167</sup> Der Waldeigentümer hat also keine Pflicht, Bäume zu kontrollieren, morsche Äste zu beseitigen etc.

#### d. Sportveranstaltungen

- 903 Hinsichtlich der bereits bei Rn 888 erwähnten Haftung bei Sportveranstaltungen müssen zwei verschiedene Fallkonstellationen voneinander getrennt werden.

- 904 ■ Einmal geht es um die Haftung der Veranstalter und Teilnehmer gegenüber **Dritten**, in erster Linie also gegenüber den Zuschauern, z.B. bei Autorennen oder Eishockeyspielen. Wegen der großen Gefahren, die aus verschiedenen Sportarten für die Zuschauer resultieren, gelten hier die denkbar strengsten Verkehrssicherungspflichten. Veranstalter und Teilnehmer müssen alles nur Denkbare, Mögliche und Zumutbare tun, um Gefährdungen der Zuschauer auszuschließen.<sup>1168</sup> So ist bspw. eine Skipiste vor Betreten zu sichern; bei einem Eishockeyspiel sind Netze vor der Zuschauertribüne zu errichten, um diese vor abirrenden Pucks zu schützen<sup>1169</sup>; der Betreiber eines Freizeitbades muss eine Badeaufsicht organisieren, damit Ertrinkende rechtzeitig bemerkt werden<sup>1170</sup>; eine Rennstrecke des Motorsports ist ebenfalls hinreichend zu sichern<sup>1171</sup>. Lediglich wer Sicherheitsabsperrungen überwindet und sich in den unmittelbaren Gefahrenbereich begibt, kann seinen Anspruch wegen *Handelns auf eigene Gefahr* verirken. Ein Anspruch ist auch bei höherer Gewalt ausgeschlossen.

- 905 ■ Anders stellt sich die Situation dar, soweit es um Verletzungen der **Teilnehmer selbst** geht. Freilich muss auch hier die Haftung der Veranstalter, etwa für mangelhafte Anlagen oder unterlassene Sicherheitsvorkehrungen, von der Haftung der Teilnehmer untereinander unterschieden werden.

⇒ In der zuerst genannten Beziehung bleibt es ebenfalls bei der genannten uneingeschränkten deliktischen und vertraglichen **Haftung des Veranstalters**, soweit eine Verletzung der Verkehrssicherungspflicht vorliegt<sup>1172</sup> und nicht im Einzelfall ein wirk-

<sup>1165</sup> OLG Braunschweig 10.12.2018 – 11 U 54/18.

<sup>1166</sup> Nach BGH NJW 2013, 48 ff.

<sup>1167</sup> So BGH a.a.O. S. 49.

<sup>1168</sup> Vgl. grundlegend BGHZ 63, 140, 142 ff. und aus jüngerer Zeit BGH NJW 2003, 2018, 2019 f.; LG Regensburg 18.3.2015 – 3 O 1702/10 (4); OLG Nürnberg MDR 2015, 1132.

<sup>1169</sup> BGH NJW 1984, 801; LG Regensburg 18.3.2015 – 3 O 1702/10 (4); OLG Nürnberg MDR 2015, 1132.

<sup>1170</sup> BGH VersR 2000, 984; OLG Koblenz NJW-RR 2001, 318.

<sup>1171</sup> BGH NJW 2003, 2018.

<sup>1172</sup> Vgl. dazu OLG Schleswig DAR 2015, 266 – oben Rn 888.

samer Haftungsausschluss greift, wie er sich gelegentlich in den sog. Teilnahmebedingungen findet<sup>1173</sup>.

- ⇒ Höchst problematisch ist hingegen die **Haftung der Teilnehmer untereinander**. Sofern es sich bei der Sportart um sog. friedlichen Sport handelt, dürften die allgemeinen Regeln gelten. Bei Risiko- und v.a. bei Kampfsportarten ist die h.M. hinsichtlich der Haftung hingegen deutlich zurückhaltender. Denn derartige Sportarten bergen naturgemäß die Gefahr in sich, dass Teilnehmer verletzt werden. Eine uneingeschränkte Haftung trotz ordnungsgemäßen Verlaufs wäre unzumutbar. Das gilt jedenfalls bei regelkonformer Sportausübung.<sup>1174</sup> Aber auch, wenn Teilnehmer geringfügig aus Spieleifer („Kampf um den Ball“), Unüberlegtheit, teilweisem Versagen, Übermüdung oder aus sonstigen Gründen gegen eine dem Schutz des Betroffenen dienende Regel verstoßen, muss eine Haftung grds. ausgeschlossen werden. Jeder Teilnehmer kennt im Allgemeinen die Gefahr, nimmt sie aber wegen des sportlichen Vergnügens, der Spannung oder auch der Freude in Kauf. Daher darf jeder Teilnehmer der Risikosportart darauf vertrauen, nicht wegen solcher einem Mitbewerber zugefügten Schäden in Anspruch genommen zu werden, „die er ohne nennenswerte Regelverletzung aufgrund der typischen Risikolage des Wettbewerbs verursacht“.<sup>1175</sup> Rechtsdogmatisch ergibt sich der Haftungsausschluss aus dem Verbot treuwidrigen Verhaltens nach § 242 BGB<sup>1176</sup>, das zu einem konkludenten tatbestandsausschließenden Einverständnis oder zur Verneinung der Rechtswidrigkeit führt.

**Übungsfall<sup>1177</sup>:** A und B nahmen an einem vom Porsche-Club Stuttgart veranstalteten Autorennen auf dem Hockenheimring teil. Dabei kam es zu einer Kollision, als A versuchte, B zu überholen. B verlangt jetzt von A und dessen Haftpflichtversicherer Ersatz des bei der Kollision entstandenen erheblichen Schadens an seinem Rennsportwagen. A wendet unter anderem ein, dass in derartigen Fällen kein Versicherungsschutz bestehe und dass es eigenes Risiko sei, an Rennsportveranstaltungen teilzunehmen. Mit Recht?

906

### 1. Anspruch des B gegen den Versicherer

Anspruchsgrundlage ist § 115 I S. 1 Nr. 1 VVG i.V.m. § 1 PflVG i.V.m. §§ 7 I, 18 I StVG. Die Haftung des Haftpflichtversicherers ist jedoch in bestimmten Fällen nach § 4 PflVG i.V.m. § 4 Nr. 4 KfzPflVV i.V.m. den Geschäftsbedingungen für die Kraftverkehrsversicherung, den sog. AKB, ausgeschlossen. Zu diesen Fällen gehören u.a. Autorennen, worunter sämtliche Wettbewerbe fallen, bei denen es auf die Erzielung einer Höchstgeschwindigkeit mit den teilnehmenden Kraftfahrzeugen ankommt, weil dadurch die Risiken so gesteigert werden, dass sie mit einem normalen Versicherungsschutz nicht mehr erfasst werden können.<sup>1178</sup> Folglich greift auch im vorliegenden Fall der Haftungsausschluss, sodass sich der geltend gemachte Schadensersatzanspruch nur noch unmittelbar gegen A richten kann.

### 2. Anspruch des B unmittelbar gegen A

Anspruchsgrundlagen sind hier § 823 I BGB, § 7 I StVG und § 18 I StVG. Allerdings ist fraglich, wie es sich auswirkt, dass der Unfall während eines Autorennens verursacht wurde. Die bisherige Rechtsprechung ist zu der Frage, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen in solchen Fällen eine Haftung einzelner Teilnehmer gegenüber anderen zu bejahen ist, unklar und widersprüchlich. Der BGH hat in einer Reihe von Fällen jede Haftungsbeschränkung abgelehnt, insbesondere bei der Verletzung von Teilnehmern an einem Lehrgang für Rennfahrer<sup>1179</sup> sowie für das Verhältnis der Teilnehmer einer Zuverlässigkeitsfahrt untereinander<sup>1180</sup>. Dagegen hat er

<sup>1173</sup> Vgl. dazu BGH NJW 2008, 3775 (Haftung des Betreibers einer Freizeitanlage wegen unterlassener Hinweispflichten auf Gefahren, die von Saltostrümpfen auf Trampolin hervorgehen – dazu Rn 908).

<sup>1174</sup> Vgl. nur BGH NJW 2010, 537 ff. Vgl. auch *Kreutz*, JA 2011, 337, 339 f.

<sup>1175</sup> BGHZ 154, 316, 325.

<sup>1176</sup> BGHZ 63, 140, 145; 154, 316, 325.

<sup>1177</sup> Nach BGHZ 154, 316 ff. Vgl. auch *Emmerich*, JuS 2003, 1026 f.; *Hager*, JA 2008, 650.

<sup>1178</sup> Vgl. BGH NJW-RR 1991, 472, 473; BVerwGE 104, 154, 156.

<sup>1179</sup> BGHZ 96, 18, 27.

<sup>1180</sup> BGHZ 39, 156, 160 f.

bei der Teilnahme an **Kampfsportarten** wie insbesondere Boxen, Fußball oder Basketball eine **Haftung der Teilnehmer im Falle einer Verletzung durch „sportgerechtes“ Verhalten verneint**, wobei er die Tendenz erkennen ließ, zu diesem „sportgerechten“ Verhalten auch **leichte Regelverstöße** zu zählen, wie sie immer vorkommen können und offenbar von den Teilnehmern von vornherein einkalkuliert werden, in erster Linie mit der Begründung, unter solchen Voraussetzungen sei die Forderung von Schadensersatz zwischen den Teilnehmern treuwidrig, weil jeder in die Situation kommen könne, unter solchen Voraussetzungen einen anderen zu verletzen.<sup>1181</sup> Im Schrifttum ist überhaupt keine Linie ersichtlich; nahezu alle denkbaren Lösungsansätze werden vertreten.<sup>1182</sup> Der BGH überträgt im vorliegenden Fall die oben dargestellten Grundsätze zu den Kampfsportarten einschließlich der Begünstigung leichter Regelverstöße auf ähnliche, ebenfalls sehr gefährliche Sportarten wie Autorennen. Zur Begründung führt er an, dass die zu den Kampfsportarten entwickelten Regeln verallgemeinerungsfähig und auch bereits in einer Vielzahl von Urteilen anderer Gerichte speziell auf die Verletzung von Teilnehmern bei **Autorennen** und vergleichbaren Veranstaltungen übertragen worden seien. Es sei daher folgerichtig, dass die **Haftung der Teilnehmer untereinander** selbst bei **leichten Regelverstößen ausgeschlossen** sein könne. Solche Wettkämpfe seien durch ein erhebliches Gefahrenpotential gekennzeichnet, da bei ihnen typischerweise bereits geringfügige Verstöße gegen die Regeln die Gefahr erheblicher Schäden begründe. Jeder Teilnehmer kenne dieses Risiko und nehme es deshalb im Falle seiner Teilnahme bewusst in Kauf, woraus folge, dass jeder darauf vertraue, nicht wegen solcher Schäden in Anspruch genommen zu werden, die er ohne nennenswerte Regelverletzung aufgrund der typischen Risikolage des Wettbewerbs verursacht habe. In solchen Fällen verstoße daher die Verfolgung von Ersatzansprüchen gegen andere Teilnehmer jedenfalls dann gegen Treu und Glauben, wenn kein Versicherungsschutz bestehe. Der von B geltend gemachte Schadensersatzanspruch bestehe daher nicht.<sup>1183</sup>

907

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** In der Fallbearbeitung verbietet sich eine Vorgehensweise, wie sie dem BGH-Urteil zugrunde liegt. Vielmehr muss systematisch korrekt vorgegangen werden:

- Nachdem die **Anspruchsgrundlage(n)** benannt wurde(n), ist zunächst die Verwirklichung der **Rechtsgutverletzung** durch den Schädiger zu prüfen. In diesem Zusammenhang ist zu diskutieren, ob ein (stillschweigendes) **tatbestandsausschließendes Einverständnis** des Geschädigten angenommen werden kann.
- Sollte man dennoch eine objektive Tatbestandsverwirklichung annehmen, ist im Rahmen der Rechtswidrigkeit die **rechtfertigende Einwilligung** des Geschädigten zu prüfen.
- Sollte man auch diese verneinen, muss im Rahmen des **Verschuldens** unter dem Gesichtspunkt einer sportspezifischen Definition der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt diskutiert werden, einen **ingeschränkten Fahrlässigkeitsbegriff** zugrunde zu legen, der möglicherweise zum Ausschluss des Verschuldens führt.
- Für den Fall, dass man dennoch ein Verschulden annimmt, ist schließlich im Rahmen des **Mitverschuldens** (§ 254 BGB) unter dem Aspekt des **Handelns auf eigene Gefahr** zu untersuchen, ob eine Herabsetzung oder gar ein Ausschluss der Haftung vorliegt.

<sup>1181</sup> BGHZ 63, 140, 142 ff.; BGH VersR 1975, 155, 156; NJW 1976, 957, 958; NJW 1976, 2161; NJW-RR 1995, 857, 858.

<sup>1182</sup> Vgl. *Oetker*, in: MüKo, § 254 Rn 67.

<sup>1183</sup> BGHZ 154, 316, 325.

### e. Sonstige Veranstaltungen/Freizeiteinrichtungen

Auch bei sonstigen Veranstaltungen bzw. Freizeiteinrichtungen wie Erlebnisparks, Bergwanderwegen, Indoor-Spielplätzen, Vergnügungsparks, Schwimmbädern, Skater- oder Quad-Anlagen, Tennis- und Turnhallen etc. müssen die Veranstalter die ihnen zumutbaren Sicherheitsvorkehrungen treffen, um Schäden an den Rechtsgütern der Benutzer möglichst zu vermeiden. Dabei richtet sich der Aufwand, den der Verkehrssicherungspflichtige zu betreiben hat, nach den möglichen Verletzungsfolgen, die den Benutzern der Einrichtung drohen. Je schwerwiegender diese sind, desto strenger sind die Anforderungen an die Verkehrssicherungspflichten.<sup>1184</sup> Zwar braucht der Betreiber einer Sport- oder Spielanlage nicht allen denkbaren Gefahren vorzubeugen, doch erfordert die Verkehrssicherungspflicht regelmäßig den Schutz vor solchen Gefahren, die über das übliche Risiko bei der Anlagenbenutzung hinausgehen, vom Benutzer nicht vorhersehbar und für ihn nicht ohne weiteres erkennbar sind.<sup>1185</sup>

**Beispiele:** So hat nach Auffassung des BGH der Betreiber einer Trampolinanlage z.B. die Verkehrssicherungspflicht, auf die möglichen Folgen schwieriger Sprünge (Saltos) bei der Benutzung eines Trampolins hinzuweisen.<sup>1186</sup> Aufsichtspersonen in Schwimmbädern sind zwar nicht zur lückenlosen Beobachtung eines jeden Schwimmers verpflichtet, sie müssen aber den Badebetrieb fortlaufend beobachten und kontrollieren, ob Gefahrensituationen für die Badegäste vorliegen.<sup>1187</sup> Tritt ein Notfall ein, hat die Badeaufsicht für rasche und wirksame Hilfeleistung zu sorgen; bei grob fahrlässiger Aufsichtspflichtverletzung trifft die Aufsicht führende Person zudem die Beweislast, dass bei ordnungsgemäßer Aufsicht der Schaden nicht eingetreten wäre.<sup>1188</sup> Eine Gemeinde hat in einem gemeindlich betriebenen Freizeitbad dafür Sorge zu tragen, dass sich Kinder nicht an durch Sonneneinstrahlung erhitzten Metallrampen Verbrennungen an den Fußsohlen zuziehen.<sup>1189</sup> Der Konzertveranstalter hat die Verkehrssicherungspflicht, die Konzertbesucher vor Gehörschäden durch übermäßige Lautstärke der dargebotenen Musik zu schützen.<sup>1190</sup> Der Betreiber eines Schwimmbades muss eine Aufsichtsperson abstellen<sup>1191</sup> und bei Zurverfügungstellung einer Wasserrutsche muss er zudem durch Installation bestimmter Vorrichtungen (etwa Ampelanlage) gewährleisten, dass ein ausreichender Abstand der auf der Rutsche befindlichen Personen eingehalten wird, damit eine Kollision verhindert wird<sup>1192</sup>. Auch müssen in einer Diskothek herumstehende Gläser und Flaschen beiseite geräumt und der Boden gewischt werden, wenn ein Gast ein Getränk verschüttet hat.<sup>1193</sup> Und der Betreiber eines Bergwanderwegs muss die Steilkanten mit einem (wirksamen) Geländer sichern.<sup>1194</sup>

Bei einem renaturierten Landschaftspark besteht zwar auch die berechtigte Erwartungshaltung eines verständigen, umsichtigen, vorsichtigen und gewissenhaften Betroffenen in der konkreten Situation, dass er während des Besuchs im Park keinen Schaden erleide-

<sup>1184</sup> Vgl. BGH NJW 2008, 3775 f. (mit Bespr. von *Wesser*, NJW 2008, 3761 ff.); NJW 2008, 3778 f.; NJW 2004, 1449 f. Vgl. auch *Mergner/Matz*, NJW 2015, 197, 201 f.

<sup>1185</sup> BGH NJW 2008, 3775, 3776.

<sup>1186</sup> BGH NJW 2008, 3775, 3776. Hier zog sich ein Benutzer eine Querschnittslähmung zu, als er kopfüber in das Trampolin sprang und sich dabei einen Halswirbel brach. Der BGH sah eine Verletzung der Verkehrssicherungspflicht, weil der Betreiber es unterlassen hatte, auf derartige (nach Auffassung des BGH für den Benutzer nicht vorhersehbare) Folgen hinzuweisen.

<sup>1187</sup> BGH NJW 2018, 301, 303.

<sup>1188</sup> BGH a.a.O. Damit wendet der BGH also die im Arzthaftungsrecht entwickelte Beweislastumkehr an. Hier wie dort handele es sich um Pflichten, die spezifisch auf den Schutz von Leben und Gesundheit gerichtet seien. Nicht anders als bei ärztlichen Pflichtverstößen sei die Verletzung der Schutzpflichten der Schwimmaufsicht, wenn ein Badegast einen Gesundheitsschaden erleide, dazu geeignet, aufgrund der komplexen, im Nachhinein nicht mehr exakt rekonstruierbaren Vorgänge im menschlichen Organismus erhebliche Aufklärungserschwernisse in das Geschehen hineinzugetragen, so dass es der Billigkeit entspreche, für den Fall einer groben Pflichtverletzung dem Geschädigten die regelmäßige Beweislastverteilung nicht mehr zuzumuten. Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen. Siehe bereits Rn 894.

<sup>1189</sup> LG Coburg 13.12.2016 – 23 O 457/16 – dazu Rn 914.

<sup>1190</sup> BGH ZIP 2001, 931; OLG Koblenz NJW-RR 2001, 1604 f.

<sup>1191</sup> OLG Hamm NJW-RR 2014, 985; ausführlich dazu *Mergner/Matz*, NJW 2015, 197, 201 f.

<sup>1192</sup> Vgl. OLG Hamm NJW 2010, 2591, 2592 (*Warnschild und Ampel vor einer Wasserrutsche*).

<sup>1193</sup> OLG Karlsruhe NJOZ 2010, 661; dazu *Mergner/Matz*, NJW 2015, 197, 202.

<sup>1194</sup> OLG Saarbrücken 30.11.2017 – 4 U 19/17.

det.<sup>1195</sup> Verlässt der Besucher aber gesicherte (Rad-)Wege, um über die vorhandenen Grünflächen seinen Weg abzukürzen, hat er – insbesondere, wenn das Parkgelände erkennbar angesichts seiner Bodenstruktur, der Unebenheiten und des Bewuchses nicht für das Durchfahren mit einem Fahrrad angelegt ist – mit unterschiedlichen Bepflanzungen, Bodenunebenheiten, auf dem Boden liegenden Ästen, Maulwurfshügeln, aber auch mit Entwässerungsgräben zu rechnen und ist daher für einen etwaigen Sturz (in einen Entwässerungsgraben) selbst verantwortlich, auch wenn ein gesonderter Hinweis auf im Bereich der Grünflächen verlaufende Entwässerungsgräben fehlt.<sup>1196</sup> Es hat sich das allgemeine Lebensrisiko verwirklicht.

## f. Treppe, Aufzug, Haus und Garten

- 909** Treppen, Aufzugsanlagen, automatische Türen und andere (technische) Einrichtungen müssen zunächst den einschlägigen Bestimmungen der Bauordnung, der technischen Regelwerke (DIN, VDI, Betriebssicherheitsverordnung), des Produktsicherheitsgesetzes etc. entsprechen, was durch periodisch wiederkehrende technische Prüfungen durch anerkannte technische Prüforganisationen (TÜV, KÜS, DEKRA etc.) nachzuweisen ist.<sup>1197</sup> Wer Menschen den Zutritt zu diesen Bereichen gewährt, hat zudem Gefahrenquellen zu beseitigen oder zumindest abzusichern. Zu den diesbezüglich erforderlichen Maßnahmen gehören etwa die Instandhaltung, Beleuchtung, Reinigung und (im Außenbereich) das Streuen bei Glätteis<sup>1198</sup> (s.o.). Auch das Verhindern von Dachlawinen<sup>1199</sup> und das Absichern oder Fällen eines (alternden) (Grenz-)Baums gehören hierher, um Personen und/oder Sachen vor herabstürzenden Schneemassen zu schützen bzw. ein Umstürzen eines Baums zu verhindern.<sup>1200</sup> Allerdings geht es auch nach Auffassung des BGH zu weit, die Folgen eines natürlichen Astbruchs dem Verkehrssicherungspflichtigen zuzurechnen. Vielmehr unterfalle natürlicher Astbruch bei einem gesunden Baum dem allgemeinen Lebensrisiko.<sup>1201</sup> Auch wenn der Verletzte die Gefahr ohne weiteres hätte erkennen können, besteht trotz Fehlens entsprechender Hinweisschilder wegen Mitverschuldens (§ 254 BGB) kein oder ein zumindest der Höhe nach stark geminderter Schadensersatzanspruch. Das ist etwa der Fall, wenn jemand auf einer frisch gewischten Treppe ausrutscht, obwohl das Treppenhaus gut beleuchtet ist und sehr stark nach dem benutzten Reinigungsmittel riecht. Wäre es dem Verletzten in diesem Fall möglich gewesen, die Gefahr zu erkennen, und ohne weiteres zumutbar gewesen, sich am Treppengeländer festzuhalten, um der Gefahr des Ausrutschens wirksam zu begegnen, kann ein 100%iges Mitverschulden anzunehmen sein, was zu einem gänzlichen Ausschluss des Schadensersatzanspruchs führt.<sup>1202</sup> Auch benötigt eine zu einem öffentlichen Weg gehörende Treppe nur dann ein Geländer oder einen Handlauf, wenn Gefahren ausgeräumt werden müssen, die für einen sorgsamen Benutzer nicht oder nicht rechtzeitig erkennbar sind und auf die er sich nicht oder nicht rechtzeitig einstellen kann.<sup>1203</sup>

<sup>1195</sup> OLG Hamm NJW 2018, 1890, 1891.

<sup>1196</sup> OLG Hamm NJW 2018, 1890, 1891.

<sup>1197</sup> Vgl. dazu *Mergner/Matz*, NJW 2015, 197 ff. Zu beachten ist, dass die genannten Vorschriften im konkreten Fall auch anwendbar sein müssen. Greifen etwa die Vorschriften der Landesbauordnung nicht für Anlagen des öffentlichen Verkehrs, sind z.B. öffentliche Wege und Treppen auch nicht am Maßstab der Vorschriften der Landesbauordnung zu messen. Selbstverständlich müssen dann aber die allgemeinen Verkehrssicherungspflichten beachtet werden (siehe OLG Koblenz NJW-RR 2020, 156, 157 f.).

<sup>1198</sup> Vgl. OLG Jena NJW 2006, 624 f.; OLG Celle NJW-RR 2004, 1251; OLG Düsseldorf JP 2001, 22. Vgl. dazu auch *Mergner/Matz*, NJW 2014, 186, 189, die die von der Rechtsprechung aufgestellten Voraussetzungen einer Streu- und Räumspflicht näher beschreiben.

<sup>1199</sup> Vgl. dazu *Hitpaß/Kappus*, NJW 2013, 565, 568. Nach Auffassung des AG Hannover (15.7.2014 – 438 C 12642/13) besteht keine generelle Pflicht zur Anbringung von Schneefallgittern, sondern nur dann, wenn in der Region Dachlawinen nicht unüblich seien.

<sup>1200</sup> BGH NJW 2004, 3328 ff.; OLG Düsseldorf MDR 2014, 145. Vgl. auch *Löhnig*, JA 2005, 85 f.; *Mergner/Matz*, NJW 2015, 197, 200.

<sup>1201</sup> BGH NJW 2014, 1588 f.

<sup>1202</sup> AG München 12.9.2013 – 454 C 13676/11.

<sup>1203</sup> OLG Koblenz 5.7.2018 – 1 U 1069/17.

Die Verkehrssicherungspflicht kann durch Mietvertrag (auch durch AGB oder Hausordnung)<sup>1204</sup> auf den Mieter delegiert werden. Sie bedarf einer klaren Absprache, die die Sicherung der Gefahrenquelle verlässlich garantiert.<sup>1205</sup> Nach wirksam erfolgter Übertragung der Verkehrssicherungspflicht verengt sich die Verkehrssicherungspflicht des ursprünglich allein Verantwortlichen auf eine Kontroll- und Überwachungspflicht.<sup>1206</sup> Diese Pflicht besteht darin, regelmäßig, aber unangekündigt Kontrollgänge durchzuführen, deren Datum, Uhrzeit und Dauer aus Gründen der Beweissicherung dokumentiert werden sollten; auch (via Smartphone) erstellte Beweisfotos sind vorteilhaft.<sup>1207</sup> Welche Vorkehrungen im Übrigen erforderlich und zumutbar sind, richtet sich nach dem Einzelfall (Größe der Gefahr, örtliche und zeitliche Verhältnisse). Mangelnde finanzielle Leistungsfähigkeit schließt die Zumutbarkeit nicht aus.

## g. Gewerbebetrieb oder Beruf

Wer einen Gewerbebetrieb oder Beruf ausübt, kann sich daraus ergebende, besondere Verkehrssicherungspflichten haben. So verletzt ein Landwirt seine Verkehrssicherungspflicht, wenn er beim Bewässern seiner Ackerflächen auch eine daneben liegende Pferdeweide beregnet, wodurch aufgrund des Wasserstrahls ein Pferd in Panik gerät und auf seiner Flucht einen tödlichen Unfall erleidet.<sup>1208</sup> Ein Bewachungsunternehmen muss sich vor der Einstellung eines Wachmannes, dem für die Arbeitszeit eine Waffe ausgehändigt wird, einen lückenlosen Lebenslauf des Bewerbers vorlegen und belegen lassen, um die Zuverlässigkeit des Bewerbers überprüfen zu können.<sup>1209</sup> Ein Gartenbauunternehmen muss bei Mäharbeiten Vorkehrungen treffen, dass keine Schäden durch weggeschleuderte Steine entstehen.<sup>1210</sup> Der Inhaber eines Verbrauchermarktes (Einkaufszentrum; Supermarkt) hat die Verkehrssicherungspflicht, Rutschgefahren zu vermeiden. So muss er nicht nur rutschfestes Bodenmaterial verwenden, damit die Stand- und Trittsicherheit auch bei Nässe (etwa, wenn bei Regen oder Schneefall Kunden den Markt betreten und dabei den Boden einnässen) gewährleistet ist<sup>1211</sup>, sondern er muss auch dafür Sorge tragen, dass im Kundenbereich heruntergefallene Salatblätter, vergossene bzw. auf den Boden getropfte Molkereiprodukte oder fallen gelassene Wurstscheiben beseitigt werden<sup>1212</sup>. Die diesbezüglichen Anforderungen an eine Verkehrssicherungspflicht sind besonders streng und implizieren, dass in kurzen zeitlichen Abständen (15-20 Minuten) der Boden kontrolliert und ggf. gereinigt wird.<sup>1213</sup> Podeste oder Stufen müssen farblich oder auf andere geeignete Weise gekennzeichnet werden, damit eine Stolpergefahr ausgeschlossen wird.<sup>1214</sup> Auch muss der Marktinhaber bzw. -leiter dafür Sorge tragen, dass herumstehende Einkaufswagen auf dem Parkplatz eingesammelt (und abgesichert) werden, damit durch sie nicht Fahrzeuge beschädigt werden.<sup>1215</sup> Dagegen braucht eine Brauerei nicht auf ihren Bierflaschen vor den Gefahren übermäßigen Alkoholkonsums zu warnen, denn diese Gefahren sind allgemein bekannt<sup>1216</sup> und daher dem Verantwortungsbereich des Konsumenten zuzuordnen. Davon unberührt ist die Möglichkeit des Gesetzgebers, den Herstellern die Pflicht auf-

910

<sup>1204</sup> Vgl. dazu *Hitpaß/Kappus*, NJW 2013, 565, 570.

<sup>1205</sup> OLG Celle NJW-RR 2011, 106, 108. Vgl. auch BGH NJW 2013, 3022, 3023; *Wietfeld*, NJW 2014, 1206, 1207.

<sup>1206</sup> BGH NJW 2008, 1440; OLG Dresden OLG Report 1997, 3; OLG Hamm OLG Report 2001, 314; OLG Köln NJW-RR 1996, 655; *Hitpaß/Kappus*, NJW 2013, 565, 570.

<sup>1207</sup> *Horst*, NZM 2012, 513, 518; *Hitpaß/Kappus*, NJW 2013, 565, 570.

<sup>1208</sup> OLG Celle AUR 2016, 221, 222.

<sup>1209</sup> BGH NJW 2001, 2023 f.; *Brox/Walker*, § 45 Rn 37.

<sup>1210</sup> OLG Frankfurt ZfS 2021, 674.

<sup>1211</sup> OLG Koblenz MDR 2013, 783 f. Vgl. auch *Mergner/Matz*, NJW 2014, 186, 187.

<sup>1212</sup> Vgl. dazu AG München 11.11.2011 – 271 C 18055/11 (Fettfleck infolge heruntergefallener Wurstscheibe) und AG München 9.2.2016 – 158 C 21362/15 (Rotweinreste aufgrund zerbrochener Rotweinflasche).

<sup>1213</sup> Vgl. aus jüngerer Zeit etwa OLG Köln 6.1.2012 – 10 U 16/11; LG Mannheim 7.12.2012 – 11 O 53/12 sowie *Mergner/Matz*, NJW 2014, 186, 187.

<sup>1214</sup> AG Spandau 7.12.2012 – 15 C 186/12; *Mergner/Matz*, NJW 2014, 186, 187.

<sup>1215</sup> So nun auch OLG Hamm NJW 2016, 505 f.

<sup>1216</sup> OLG Hamm NJW 2001, 1654 f.; *Brox/Walker*, § 45 Rn 37.

zuerlegen, Warnhinweise auf den Produktschachteln aufzudrucken. Der Betreiber einer Autowaschanlage haftet nicht generell für Schäden an Fahrzeugen, die während des Waschvorgangs entstehen, sondern grds. nur dann, wenn die Schäden durch mangelhafte Wartung oder durch Missachtung von herstellerseitigen Betriebsvorschriften verursacht wurden.<sup>1217</sup> Zur SB-Autowaschanlage vgl. bereits Rn 902a.

Letztlich steht bei allen genannten Beispielen im Vordergrund, dass alle möglichen und zumutbaren Vorkehrungen getroffen werden müssen, wobei insbesondere auf die Wahrscheinlichkeit und die Schwere eines möglichen Schadenseintritts abzustellen ist. Ist dem Verkehrssicherungspflichtigen hiernach kein Vorwurf zu machen, hat sich im Schadensfall für den Betroffenen lediglich das allgemeine Lebensrisiko verwirklicht.

Zur **Produzentenhaftung**, die wegen Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht bestehen kann, vgl. Rn 923 ff. (insbesondere Rn 939 f.).

In allen genannten Fällen ist jedoch stets zu prüfen, ob nicht ein anspruchsminderndes **Mitverschulden** (§ 254 BGB) des Geschädigten vorliegt (dazu Rn 915) oder sich das anspruchsausschließende **allgemeine Lebensrisiko** des Geschädigten oder das Eigenverantwortlichkeitsprinzip verwirklicht hat.<sup>1218</sup>

## h. Spielplätze

- 911 Bei Spielplätzen ist die Verkehrssicherungspflicht dem besonderen Risiko der Benutzung durch junge Personen anzupassen.<sup>1219</sup> Dabei ist auch der Gefahr durch möglichen Missbrauch entgegenzuwirken. So ist z.B. ein Ballspielplatz für Kinder so zu sichern, dass in der Nähe liegende Gebäude nicht durch Bälle beschädigt werden und auch das Zurückholen der Bälle durch Kinder keinen Schaden hervorruft. Jedoch ist eine gewisse Gefahr in Kauf zu nehmen, besonders bei einem Abenteuerspielplatz.<sup>1220</sup>

## i. Missbrauch/Fehlgebrauch

- 912 Gebraucht der Empfänger eines Gegenstands diesen in nicht vorgesehener Weise, löst dies im Allgemeinen keine Haftung des Überlassenden wegen verletzter Verkehrssicherungspflicht aus.<sup>1221</sup> Anders liegt der Fall jedoch, wenn *bei der Überlassung* die Gefahr besteht, dass der Gegenstand zweckwidrig verwendet wird und der Benutzer oder Dritte gegen Missbrauch geschützt werden müssen.<sup>1222</sup> So darf man keine giftigen Pflanzen anbauen, wenn man erkennen kann, dass sie von Tieren auf der benachbarten Weide gefressen werden.<sup>1223</sup> Giftige (ätzende) Flüssigkeiten darf man nicht in Getränkeflaschen aufbewahren, damit sie nicht infolge einer Verwechslung getrunken werden. Die Beschriftung „Lauge“ oder „Säure“ reicht nicht aus, da sie erfahrungsgemäß nicht gelesen wird.<sup>1224</sup>

## j. Unbefugte

- 913 Da Verkehrssicherungspflichten insbesondere für denjenigen bestehen, der Flächen dem Betreten durch Dritte öffnet und dabei (abstrakte) Gefahren für andere schafft oder unterhält, ist derjenige verpflichtet, alle erforderlichen und zumutbaren Maßnah-

<sup>1217</sup> Grundlegend BGH 1975, 685 ff. Vgl. auch LG Frankenthal 27.10.2021 – 4 O 50/21. Zum AGB-mäßigen Haftungsauschluss vgl. R. Schmidt, BGB AT, Rn 1579.

<sup>1218</sup> Vgl. dazu BGH NJW 2014, 1588 f.

<sup>1219</sup> Deutsch/Ahrens, Rn 269. Vgl. auch OLG Naumburg NJW-RR 2014, 664 und ausführlich Lange/Schmidbauer, in: juris-PK, § 823 Rn 87.

<sup>1220</sup> Vgl. BGHZ 103, 38; OLG Köln OLG Report 2001, 150; Deutsch/Ahrens, Rn 269.

<sup>1221</sup> Deutsch/Ahrens, Rn 270.

<sup>1222</sup> BGHZ 139, 43, 47 (Tolle Biene). Vgl. auch Deutsch/Ahrens, Rn 270.

<sup>1223</sup> Deutsch/Ahrens, Rn 270.

<sup>1224</sup> Deutsch/Ahrens, Rn 270 m.w.N.

men zu treffen, um Schäden von den Betroffenen abzuwenden. Daraus folgt umgekehrt, dass an Verkehrssicherungspflichten abgeschwächte Anforderungen zu stellen sind, wenn das Grundstück, Gelände, Gebäude oder eine Anlage in unbefugter Weise betreten wird. Klettern bspw. Unbefugte nachts über einen Zaun, um auf das Gelände eines Freizeitmarktes zu gelangen, um dort Waren zu stehlen, leuchtet es ein, dass der Eigentümer des Geländes nicht für Verletzungen, die sich die Diebe während des Überkletterns des Zaunes zuziehen, verantwortlich ist. Auch gegenüber einem Einbrecher, der auf dem rutschigen Küchenboden ausrutscht und sich einen Knochenbruch zuzieht, besteht keine Haftung aus Verkehrssicherungspflicht. Eine solche kann aber hinsichtlich Objekte bestehen, die Kinder und Jugendliche auf den Plan einer unbefugten Benutzung rufen. So muss der Betreiber eines Schrottplatzes dafür Sorge tragen, dass nicht Kinder und Jugendliche ohne weiteres das Gelände betreten können (dazu Rn 885/895). Energieversorgungsunternehmen haben Hochspannungsmasten so zu sichern, dass etwa 9-jährige Kinder sie nicht ohne weiteres erklettern können.<sup>1225</sup> Dagegen hat die Deutsche Bahn AG nicht die Pflicht, ihre Bahngleise vor unbefugtem Betreten zu sichern. Es würde die Anforderungen an die Sorgfaltspflicht überspannen, forderte man die Sicherung des gesamten Bahnstreckennetzes vor unbefugtem Betreten auch von Kindern.

### **k. Hinweis auf Gefahr und Freizeichnung von der Haftung**

Geht von dem Objekt nur eine geringe oder mittlere Gefahr aus, genügt zur Erfüllung der VSP oft ein Warnhinweis („Vorsicht Verletzungsgefahr“). So genügt es, dass bei einem Nichtschwimmerbecken vor Kopfsprünge gewarnt wird.<sup>1226</sup> Besteht die Gefahr einer größeren Verletzung oder ist die Wahrscheinlichkeit einer Verletzung höher, sind allgemeine Warnhinweise i.d.R. nicht ausreichend. So muss der Betreiber einer Trampolinanlage konkret auf die Möglichkeit hinweisen, dass es bei einem Salto zu einem Halswirbelbruch und damit zu einer Querschnittslähmung kommen kann (siehe Rn 908). Dagegen genügt selbst die Aufschrift „Vorsicht Lebensgefahr, Gift“ auf einer Getränkeflasche nicht, um die Anforderungen an die Verkehrssicherungspflicht zu erfüllen (Rn 912). Auch das Blitzpfeilkennzeichen an einem abgestellten Güterwaggon, dessen Steigleiter spielende Kinder zum Klettern anlockt, warnt nicht ausreichend vor der Gefahr durch Stromüberschlag in der Nähe der Oberleitung.<sup>1227</sup> Sehr problematisch ist, ob eine durch gemeindliche Satzung vorgenommene Haftungsbegrenzung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit wirksam ist. § 276 III BGB scheint es zu ermöglichen, die Haftung für Fahrlässigkeit auszuschließen, da die Vorschrift nur den Ausschluss der Vorsatzhaftung explizit untersagt; nach § 278 S. 2 BGB kann sogar die Haftung für vorsätzliches Verhalten von Hilfspersonen ausgeschlossen werden. Da derartige Haftungsausschlüsse jedoch die Bezieher von kommunalen Leistungen, insbesondere auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge, über Gebühr benachteiligen, haben Rspr. und Lit. die Zulässigkeit eines satzungsmäßigen Haftungsausschlusses unter Heranziehung der Vorschriften über die AGB-Kontrolle (§§ 305 ff. BGB) nur unter strengen Voraussetzungen bejaht<sup>1228</sup>:

914

- (1) die Haftung für Vorsatz/grobe Fahrlässigkeit dürfe nicht ausgeschlossen werden,
- (2) die Haftungsbeschränkung müsse sachlich gerechtfertigt sein,
- (3) die Haftungsbeschränkung müsse erforderlich und verhältnismäßig sein
- (4) und die Haftungsbeschränkung dürfe nicht im Widerspruch zu den allgemeinen Aufgaben der kommunalen Daseinsvorsorge stehen.

<sup>1225</sup> Vgl. dazu OLG Brandenburg OLG-NL 2000, 147.

<sup>1226</sup> BGH NJW 1980, 1159.

<sup>1227</sup> BGH VersR 1995, 672; *Deutsch/Ahrens*, Rn 272.

<sup>1228</sup> Vgl. BGHZ 61, 7, 12 f.; *Geis*, NVwZ 2002, 385, 386; *Maurer/Waldhoff*, AllgVerwR, § 29 Rn 7.

So sei der für ein gemeindliches Freizeitbad geltende satzungsmäßige Ausschluss der Haftung für mittlere und leichte Fahrlässigkeit unwirksam für den Fall, dass sich ein dreijähriges Kind auf einer durch Sonneneinstrahlung erhitzten Metallrampe, die den Zugang zu den sanitären Einrichtungen ermöglicht, Verbrennungen an den Fußsohlen zuziehe. Zwar sei allgemein bekannt, dass sich Metall bei Sonneneinstrahlung erhitze und dass für solche offensichtlichen Gefahren keine Verkehrssicherungspflicht bestehe, das gelte jedoch nicht für Bereiche, die ausdrücklich auch der Benutzung durch Kleinkinder offenstünden.<sup>1229</sup>

## I. Mitverschulden als Anspruchsminderung?

**915** Fraglich ist, ob sich der Geschädigte ein Mitverschulden (§ 254 BGB) entgegenhalten lassen muss, wenn er sich waghalsig bzw. äußerst unvorsichtig verhält und zum Schadenseintritt mit beiträgt. Man denke neben den etwa bei Rn 910 behandelten Fallgruppen an den Fall, dass ein 37-Jähriger kopfüber in ein Trampolin springt und sich dabei eine Halswirbelfraktur zuzieht, die zu einer Querschnittslähmung führt (siehe Rn 908/914). Auch denke man an den Fall, dass eine Radfahrerin trotz überfrierender Nässe mit dem Fahrrad zum Einkaufen fährt und auf dem Weg dorthin stürzt.<sup>1230</sup> Ein Mitverschulden setzt jedoch voraus, dass die Gefahr für den Geschädigten erkennbar war.<sup>1231</sup> Im Trampolin-Fall war der BGH der Meinung, dass es dem Anlagenbenutzer in der konkreten Situation nicht möglich gewesen sei, sich unabhängig von den (im konkreten Fall unzureichenden) Hinweisen des Anlagenbetreibers über die mit der Anlagenbenutzung verbundenen Gefahren zu informieren. Von demjenigen, der die Anlage gewerbsmäßig zur Nutzung bereitstelle, könne Sachkunde hinsichtlich dieser Gefahren erwartet werden, von demjenigen, der die Anlage benutze in der Annahme, es handele sich um kindersicheres Spielgerät (im konkreten Fall war die Anlage für Personen ab 4 Jahre freigegeben), nicht.<sup>1232</sup> Und im Fahrradsturz-Fall hat das AG München gemeint, dass zur fraglichen Zeit allgemein der Winter in München und Umgebung noch nicht vorbei gewesen sei, weshalb es auch zu Schnee und Eisglätte habe kommen können. Bei der konkreten Temperatur an diesem Tag sei auch nicht von vornherein ausgeschlossen gewesen, dass es an einzelnen Stellen glatt sein könne, weshalb die beklagte Gemeinde verpflichtet gewesen sei, an diesem Tag eine Kontrolle an dieser Stelle durchzuführen und bei Feststellung der Glättestelle zu streuen.<sup>1233</sup>

**916** Derartige Überlegungen überzeugen nicht. Es ist für einen 37-jährigen, halbwegs gebildeten Menschen durchaus vorhersehbar, dass Saltos und Kopfsprünge in ein Trampolin zu Halswirbelbrüchen führen können. Wer dennoch eine derart waghalsige Akrobatik vollzieht, handelt im bestimmten Umfang eigenverantwortlich und darf sich nicht uneingeschränkt auf unterlassene Warnhinweise des Anlagenbetreibers stützen, sondern trägt zumindest eine Mitschuld. Dem Anlagenbetreiber hier eine Alleinschuld zuzuschreiben, ist sachunangemessen und wieder einmal Ausdruck dafür, dass der BGH jenseits von methodischen Strukturen in vermeintlicher Einzelfallgerechtigkeit entscheidet. Denn auch sonst konstatiert der BGH in ständiger Rspr., dass Verkehrssicherungspflichten für den Pflichtigen zumutbar sein müssten und nicht die Eigenverantwortlichkeit des Betroffenen beiseiteschoben. Der Betreiber einer Sport- oder Freizeitanlage kann nicht antizipiert alle denkbaren Fehlverhaltensweisen der Benutzer in seine Warnhinweise aufnehmen. Das wäre nicht nur kaum möglich, sondern führte auch dazu, dass die Warnhinweise so komplex würden, dass sie kaum von einem Anlagenbenutzer beachtet werden würden. Dann aber machen sie wenig Sinn. Derart

<sup>1229</sup> LG Coburg 13.12.2016 – 23 O 457/16.

<sup>1230</sup> Siehe den Fall AG München 8.8.2018 – 154 C 20100/17.

<sup>1231</sup> Vgl. BGH NJW-RR 2006, 965; *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, § 254 Rn 9; *Schiemann*, in: *Staudinger*, § 254 Rn 53 ff.; *Wesser*, NJW 2008, 3761, 3764.

<sup>1232</sup> BGH NJW 2008, 3775, 3776 f.

<sup>1233</sup> AG München 8.8.2018 – 154 C 20100/17.

intransparente Hinweise würden – gemessen an § 309 Nr. 7a BGB<sup>1234</sup> (dazu Rn 921) – von den Gerichten wohl für unwirksam erklärt werden. Und im obigen Fahrradsturz-Fall hätte man die vom AG München angeführten Argumente genauso auf die Radfahlerin anwenden können. Auch dieser hätte bei der winterlichen Jahreszeit und der konkreten Temperatur an diesem Tag klar sein müssen, dass es an einzelnen Stellen glatt sein könne, weshalb sie vom Fahrradfahren hätte Abstand nehmen müssen oder halt ihren Sturz hätte selbst verantworten müssen. Daher lag durchaus ein Mitverschulden vor und es wäre eine Haftungsquotelung angemessen gewesen.

Überzeugender erscheint daher der bereits bei Rn 909 angesprochene Fall, in dem jemand auf einer frisch gewischten Treppe ausrutscht, obwohl das Treppenhaus gut beleuchtet ist und sehr stark nach dem benutzten Reinigungsmittel riecht. In diesem Fall kann durchaus davon ausgegangen werden, dass die Gefahr für den Geschädigten erkennbar war. Wäre es dem Verletzten in diesem Fall ohne weiteres möglich gewesen, sich am Treppengeländer festzuhalten, liegt sogar ein 100%iges Mitverschulden vor, das zum gänzlichen Ausschluss des Schadensersatzanspruchs führt.<sup>1235</sup>

917

### m. Abwälzung und Entlastungsbeweis

Es ist nicht unüblich, dass Verkehrssicherungspflichten vertraglich auf andere übertragen werden (vgl. nur oben zur Schnee- und Eisräumpflicht des Mieters). Die vertragliche Abwälzung der Verkehrssicherungspflichten ist grds. zulässig (Rn 909). Bei Missachtung der Verkehrssicherungspflicht haftet daher grds. *nur* der Übernehmende. Etwas anderes kann aber gelten, wenn der ursprünglich Verantwortliche seine immerhin noch bestehende Kontroll- und Überwachungspflicht verletzt hat.<sup>1236</sup> Setzt der an sich Pflichtige einen Gehilfen ein und beauftragt diesen, die Verkehrssicherungspflichten auszuüben, kommt – bei Verletzung der Verkehrssicherungspflicht und Verursachung eines Schadens – eine Haftung des Geschäftsherrn aus § 831 I S. 1 BGB in Betracht. Dieser wird dann möglicherweise versuchen, den Entlastungsbeweis gem. § 831 I S. 2 BGB zu führen, sich also zu „exkulpieren“. Hat der Geschäftsherr den zur Ausübung der Verkehrssicherungspflicht bestellten Gehilfen ordnungsgemäß belehrt und sich über die Erfüllung der Verkehrssicherungspflicht besonders informiert<sup>1237</sup> (d.h. den Gehilfen überwacht), wobei auch Stichproben genügen können<sup>1238</sup>, kann sich der Geschäftsherr entlasten und haftet nicht aus § 831 I S. 1 BGB (vgl. auch Rn 922).

918

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Da die Rspr. insgesamt sehr schwankt und ähnliche Fälle ganz unterschiedlich entscheidet, sollte man sich im Rahmen einer Fallbearbeitung keineswegs damit genügen, sich einfach an einer bestimmten Fallgruppe zu orientieren und eine bestimmte Auffassung der Rechtsprechung zugrunde zu legen. Vielmehr sollte man ein eigenes Judiz entwickeln und sachgerecht argumentieren. Oben genannte Kriterien können aber der Orientierung dienen.

919

### 3. Verkehrssicherungspflichten und Schmerzensgeld

Gemäß § 253 II BGB kann bei Verletzung bestimmter Rechtsgüter prinzipiell ohne Rücksicht auf den Haftungsgrund, also sowohl aus Deliktsrecht (Verletzung von Verkehrssicherungspflichten) als auch aus Vertragsrecht (Verletzung von Vertragspflichten, § 280 I BGB), ein **angemessenes Schmerzensgeld** verlangt werden. Das be-

920

<sup>1234</sup> Zwar ist das AGB-Recht nicht unmittelbar auf das Deliktsrecht anwendbar, der BGH würde aber wohl aufgrund der Komplexität und Intransparenz die Vorhersehbarkeit auf Seiten des Anlagenbenutzers verneinen, um zum gewünschten Ergebnis zu gelangen.

<sup>1235</sup> AG München 12.9.2013 – 454 C 13676/11.

<sup>1236</sup> Vgl. BGH NJW 2008, 1440; OLG Hamm OLG Report 2001, 314; OLG Köln NJW-RR 1996, 655; *Hitpaß/Kappus*, NJW 2013, 565, 570.

<sup>1237</sup> Vgl. *Sprau*, in: Grüneberg, § 823 Rn 62; *Deutsch/Ahrens*, Rn 273.

<sup>1238</sup> OLG Celle OLGR 2004, 209.

trifft in erster Linie den Arzt und den Personenbeförderer, weil sich hier am ehesten Verletzungen derjenigen Rechtsgüter ergeben können, die von der Aufzählung in § 253 II BGB erfasst sind. Aber auch derjenige, der in (sonstiger) vertraglicher Beziehung zum Geschädigten steht, kann sowohl aus Deliktsrecht (insbesondere wegen Verletzung von Verkehrssicherungspflichten) als auch aus Vertragsrecht schadensersatz- und damit schmerzensgeldpflichtig sein. So haftet etwa der Betreiber eines Bergwanderwegs, der die Steilkanten nicht mit einem (wirksamen) Geländer gesichert hat, auf Schadensersatz, Schmerzensgeld, Beerdigungskosten und auf Unterhaltsschaden, wenn durch den Sturz eine unterhaltspflichtige Person zu Tode kommt.<sup>1239</sup> Auch haftet eine Gemeinde, die ein Freizeitbad betreibt, auf Schmerzensgeld wegen Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht, wenn sich ein Kind an einer durch Sonneneinstrahlung erhitzten Metallrampe Verbrennungen an den Fußsohlen zuzieht.<sup>1240</sup>

#### 4. Verkehrssicherungspflichten und AGB

921 Hinsichtlich der Vertragshaftung ist zu beachten, dass sie „**AGB-fest**“ ist: Nach § 309 Nr. 7a BGB sind „ein Ausschluss oder eine Begrenzung der Haftung“ bei schuldhafter, mindestens leicht fahrlässiger Verletzung von Körper und Gesundheit in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam. Mit dem Hinweis „Benutzung auf eigene Gefahr“ kann sich der Verkehrssicherungspflichtige (etwa der Betreiber einer Trampolinanlage, siehe Rn 908, 914, 915) wegen § 309 Nr. 7a BGB also i.d.R. nicht freizeichnen.<sup>1241</sup> Er haftet daher vertraglich aus § 280 I BGB, wenn er es pflichtwidrig unterlässt, auf die Gefahren, die mit der Benutzung der gefährlichen Anlage verbunden sind, hinzuweisen. Möglicherweise trifft den Geschädigten aber ein Mitverschulden (§ 254 BGB), wenn er selbstschädigend handelt (etwa waghalsige Sprünge kopfüber auf ein Trampolin unternimmt). Aus vertragsrechtlicher Sicht ist über die Frage des Mitverschuldens bislang gerichtlich (soweit ersichtlich) noch nicht entschieden worden, nach der hier vertretenen Auffassung ist sie aber zu bejahen. Davon unbeschadet haftet der Veranstalter nach Auffassung des BGH aus § 823 I BGB wegen Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht, und zwar ohne Rücksicht auf waghalsige Manöver des Geschädigten. § 254 BGB sei in diesem Fall nicht anwendbar, weil die Gefahr für den Benutzer der Anlage nicht erkennbar sei. Diese Auffassung überzeugt nicht. Denn dass man sich auf einem Trampolin – gerade bei einem Salto bzw. Kopfsprung – Verletzungen bis hin zu einer Querschnittslähmung zuziehen kann, dürfte allgemein bekannt sein.

922 Die Gewährung von Schadensersatz und Schmerzensgeld im Rahmen vertraglicher Haftung ist von praktischer Bedeutung, wenn die Schädigung durch einen Erfüllungshelfen i.S.d. § 278 BGB erfolgte und die deliktische Haftung daran scheitert, dass die „Hilfsperson“ mangels Weisungsabhängigkeit kein Verrichtungsgehilfe nach § 831 I S. 1 BGB ist oder der andere Teil den Entlastungsbeweis nach § 831 I S. 2 BGB erbringen kann. Die Betreiber von Supermärkten, Schwimmbädern, Freizeitparks und Musikhallen haften ihren Kunden bzw. Gästen daher schon vertraglich (bzw. vorvertraglich) auf Schadensersatz und ggf. auch auf Schmerzensgeld, wenn diese z.B. auf Gemüseblättern, Wurstscheiben<sup>1242</sup>, Rotweinresten<sup>1243</sup> oder Bananenschalen ausrutschen.<sup>1244</sup> Die vertragliche (oder vorvertragliche) Pflichtverletzung (§ 280 I BGB ggf. i.V.m. §§ 241 II, 311 II BGB) ergibt sich dabei aus der unterlassenen Pflicht, auf derartige (für den

<sup>1239</sup> OLG Saarbrücken 30.11.2017 – 4 U 19/17.

<sup>1240</sup> LG Coburg 13.12.2016 – 23 O 457/16 – dazu Rn 914.

<sup>1241</sup> Vgl. BGH NJW 2008, 3775 ff. (dazu oben Rn 908).

<sup>1242</sup> Vgl. dazu AG München 11.11.2011 – 271 C 18055/11.

<sup>1243</sup> Vgl. dazu AG München 9.2.2016 – 158 C 21362/15.

<sup>1244</sup> Vgl. *Wagner*, NJW 2002, 2049, 2056 mit (den) Nachweisen aus der Rechtsprechung. Zu den „Supermarktfällen“ vgl. bereits oben Rn 910.

## Verschuldenshaftung – Verletzung von Verkehrssicherungspflichten

Benutzer nicht vorhersehbare) Gefahren hinzuweisen.<sup>1245</sup> Damit wirken die Grundsätze der Verkehrssicherungspflichten letztlich auch in den vertraglichen bzw. vorvertraglichen Bereich hinein und sind bei der Pflichtverletzung i.S.d. § 280 I BGB zu prüfen.

---

<sup>1245</sup> Der BGH, der diesen Fall entschieden hat (vgl. NJW 2008, 3775), hat allerdings rein deliktsrechtlich entschieden, obwohl sich – auf der Basis seiner Argumentation – auch eine Schadensersatzpflicht aus Vertrag ergeben hätte. Dass der BGH nicht auch vertragliche Ansprüche geprüft hat, liegt daran, dass die Klage allein auf Deliktsrecht gestützt war.

**Aufbau einer Klausur nach**

**Anspruchsgrundlagen**

Abstraktionsprinzip 34  
 Anspruchsaufbau 1 ff.  
 Anspruchsgrundlagen 11 ff.  
 Äquivalenzinteresse 23  
 Beseitigungsansprüche 31  
 Beweislastumkehr 605 ff.  
 dingliche Ansprüche 31  
 Erfüllungsgeschäft 33  
 Gutachtenaufbau 1 ff.  
 Herausgabeansprüche 31  
 Integritätsinteresse 23  
 Kausalgeschäft 33  
 Leistungsstörungen 14  
 Minderung 3  
 Nacherfüllung 3  
 Nutzungsinteresse 23  
 Produkthaftung 25  
 quasivertragliche Ansprüche 30  
 Rücktritt vom Vertrag 3  
 sachenrechtliche Ansprüche 31  
 Stoffgleichheit 23  
 Trennungsprinzip 33  
 Unterlassungsansprüche 31  
 Verfügungsgeschäft 33  
 Verjährung 26  
 Verpflichtungsgeschäft 33  
 Vertragsähnliche Ansprüche 30  
 Vertragsansprüche 13  
 Weiterfressermangel 622, 934

**Geschäftsführung ohne Auftrag 38 ff.**

Abmahnung 53  
 Angemaßte Eigengeschäftsführung 42, 118  
 Anzeigepflicht des Geschäftsführers 89  
 Auch-fremdes Geschäft 51  
 Auftrag 64  
 Aufwendungen 98  
 Ausführungsver schulden 94  
 Berechtigte GoA 41, 45 ff.  
 Berechtigung zur Geschäftsführung 65  
 Eigengeschäftsführung 42, 114  
 Erbensucher 60  
 Fremdgeschäftsführungswille 48  
 Genehmigung 83  
 Geschäftsanmaßung 118  
 Geschäftsbesorgung 47  
 Herausgabe des Erlangten 91  
 Irrtümliche Eigengeschäftsführung 42, 117  
 Mutmaßlicher Wille des Geschäftsherrn 70  
 Objektives Interesse 67  
 Objektiv-fremdes Geschäft 49  
 Ohne Auftrag oder sonst. Berechtigung 64  
 Pflichten des Geschäftsführers 88  
 Rechtsfolgenverweisung 107  
 Rechtsgrundverweisung 92  
 Schwarzarbeit 59  
 Sonstige Berechtigung 64  
 Subjektiv-fremdes Geschäft 50  
 Übernahmever schulden 94  
 Unberechtigte GoA 41, 104  
 Unechte GoA 42, 114  
 Wille des Geschäftsherrn 70

**Eigentümer-Besitzer-Verhältnis 121 ff.**

Besitz 150  
 Besitzarten 150  
 Besitzdiener 172

Bösgläubiger Besitzer 171, 182  
 Deliktischer Besitzer 183  
 Ersatz von Verwendungen 131  
 Fremdbesitzerexzess 127, 180  
 Früchte 175  
 Gutgläubigkeit des Besitzers 171  
 Herausgabe von Nutzungen 130, 175  
 Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB 137  
 historischer Aufbau 140  
 Luxusverwendungen 189  
 Minderjähriger Besitzer 174  
 Nebenansprüche 165  
 Nicht-Mehr-Berechtigter Besitzer 169  
 Nicht-so-berechtigter Besitzer 168  
 notwendige Verwendungen 187  
 nützliche Verwendungen 188  
 Nutzungsherausgabe 130, 175  
 Recht zum Besitz 151  
 Rechtsgrundloser Erwerb 132, 178  
 Rechtsgrundverweisung 183  
 Rechtshängigkeit 175  
 Redlicher Besitzer 124, 179, 191  
 Sachbegriff 142  
 Schadensersatz 179  
 Übermaßfrüchte 177  
 Unentgeltlicher Erwerb 132, 178  
 Unrechtmäßiger Besitzer 179  
 Unredlicher Besitzer 194  
 Unverklagter Besitzer 124, 179, 191  
 Verbotene Eigenmacht 183  
 Verklagter Besitzer 126, 182, 194  
 Verwendungsbegriff 133  
 Verwendungersatz 131, 186  
 Vindikationsanspruch 137  
 Zufallsschaden 185

**Bereicherungsrecht 196 ff.**

Abstraktionsprinzip 200  
 Abtretung 363  
 Abtretungsfälle 347, 363 ff.  
 allg. Nichtleistungskondition 204, 436 ff.  
 allg. Rechtsschutzversagung 316  
 allg. Persönlichkeitsrecht 445  
 Annahme Leistung durch Nichtberechtigten 513  
 Anweisungsfälle 328 ff.  
 Arbeitsverhältnisse 237  
 auf dessen Kosten 447  
 auffälliges Missverhältnis 307  
 aufgedrängte Bereicherung 134, 193, 397, 465  
 Ausbeutung einer Zwangslage 307  
 Ausschlussstatbestände  
 - des § 241a BGB 322  
 - des § 813 II BGB 301  
 - des § 814 BGB 302  
 - des § 815 BGB 399  
 - des § 817 S. 2 BGB 305  
 Banküberweisung 331  
 Befreiung von Verbindlichkeiten 263  
 Bereicherung in sonstiger Weise 427, 439  
 Bereicherungseinrede 578  
 Bordellkauf 319  
 Buchposition 260  
 conditio indebiti 203, 272  
 conditio ob causam finitam 203, 373  
 conditio ob rem 203, 382  
 conditio ob turpem vel iniustam causam 203, 404  
 Deckungsverhältnis 333, 337, 353  
 Dingliche Teilverzichtsklausel 520

## Sachverzeichnis

- Direktkondition 341 ff.  
Doppelkondiktionslehre 512  
Doppelmangel 287  
Dreipersonenverhältnis 218 ff.  
Drittempfangskondition 513  
Durch Leistung eines anderen 276  
echtes Factoring 525  
Eigentumsvorbehalt 518, 522  
Eingriffskondition 210  
Einheitskondiktionslehre 512  
Entgeltliche Verfügung eines Nichtberechtigten 481  
Entreichung 547  
Erfüllungsgeschäft 199  
Ergänzende Vertragsauslegung 234  
Erlangtes 253, 530  
Ersparte Aufwendungen 265  
etwas erlangt 253, 275  
Factoring 522  
Faktisches Synallagma 554  
Fehlen des Rechtsgrunds 448  
Fehlender Rechtsgrund von Anfang an 203  
Fehlerhafte Arbeitsverträge 237  
Fehlerhafte Banküberweisung 331  
Fehlerhafte Gesellschaft 241  
Forderungszession 363 ff.  
Früchte 538  
Gebrauchsvorteile 265  
Geistige Rechte 445  
Gemischte Schenkung 420  
Genehmigung 497, 515  
Gesetzlicher Erwerbstatbestand 498  
Gleichstellung von Unentgeltlichkeit und Rechtsgrundlosigkeit 421, 511  
Globalzession 517, 519  
Herausgabe des Erlangten 502, 530  
Herausgabe von Nutzungen 538  
Herausgabepflicht Dritter 203, 409  
Kausalgeschäft 199  
Kondition der Kondition 286  
Leistungsbegriff 277  
Leistungsbewusstsein 278  
Leistungskette 285, 328 ff.  
Leistungskondition 203  
Mehrerlös 502  
Mehrpersonenverhältnisse 328 ff.  
Mehrung fremden Vermögens 288  
Mietwagenfall 267  
Modifiziertes Vertragsrecht 238  
Nichtberechtigter 489  
Nichteintritt des Zwecks 203, 382  
Nichtleistungskondition 204, 427  
Nutzungsherausgabe 538  
Ohne Rechtsgrund 290  
Persönliche Rechte 255  
Prostitution 319  
Radarwarngerät 320  
Ratenkredit 307  
Rechte aller Art 254  
Rechtsfolgenverweisung 224 ff.  
Rechtsgrund 290  
Rechtsgrundverweisung 224 ff.  
Redlicher Besitzer 244  
Rückabwicklung übers Eck 328 ff., 363 ff.  
Rückgriffskondition 554  
Saldotheorie 550, 554  
Schwarzarbeit 318  
Schwarzfahren 282  
Sittenverstoß 203, 404  
Sittenwidriger Ratenkredit 307  
Sonstige Weise 427, 439  
Späterer Wegfall des Rechtsgrunds 203, 373  
Sperrwirkung EBV 244, 464  
Stellvertretung 494  
Störung der Geschäftsgrundlage 236  
Strafcharakter des § 817 S. 2 BGB 315  
Subsidiarität der Nichtleistungskondition 205, 428  
Surrogate 543  
Teilverzichtsklausel 520  
Tilgung fremder Schulden 348  
Trennungsprinzip 198  
Überweisungsfälle 331 ff.  
Unberechtigte Untervermietung 443  
unbestellte Waren 322 ff.  
Unechtes Factoring 527  
Unentgeltliche Verfügung Berechtigter 412  
Unentgeltliche Verfügung Nichtberechtigter 411, 504  
Unentgeltliche Zuwendung 417  
Untervermietung 443  
Valutaverhältnis 333, 337, 353  
Verfügung 484  
Verfügung Nichtberechtigter 204, 210, 410  
Verfügungsgeschäft 199  
Verlängerter Eigentumsvorbehalt 518, 522  
Vermögenswerter Vorteil 253  
Verpflichtungsgeschäft 199  
Verschärfte Haftung 564  
Vertrag zugunsten Dritter 351  
Vertragsauslegung 234  
Vertragsbruchtheorie 521  
Verwendungen 454  
Verwendungsbegriff 464  
Verwendungskondition 450  
Verzichtsklausel 520  
Vorteilhafte Rechtsstellung 257  
Wegfall der Bereicherung 547  
Wertersatz 545  
Wirksamkeit der Verfügung 495  
Wucher 307  
Zessionsfälle 363 ff.  
Zuwendungsverhältnis 333, 337, 353  
Zwangslage 307  
Zweckbestimmung der Leistung 283, 284  
Zweckschenkung 389  
Zweckverfolgung 384  
Zweckverständigung 387  
Zweikonditionentheorie 551, 560  
Zweipersonenverhältnis 213 ff.
- Deliktsrecht 579 ff.**  
130%-Grenze 1136 ff.  
4-Stufen-Modell 1135 ff.  
Abrechnung auf Gutachtenbasis 1135d, 1135h  
Absolute Rechte 612  
Absolute sonstige Rechte 634  
Abwälzung 915  
Adäquanztheorie 693  
Aids 609  
Aktenvernichterfall 944  
Allgemeines Persönlichkeitsrecht 655 ff., 1115  
Amtshaftung 781  
Amtspflicht 795 ff.  
Anleitungsfehler 926  
Anscheinsbeweis 749a  
Anwartzschaftsrecht 638

## Sachverzeichnis

- Äquivalenzinteresse 628, 937  
Äquivalenztheorie 692  
Arbeitskraft 1089  
Arzneimittelgesetz 579, 610, 757, 933, 951,  
965, 1029, 1044, 1054, 1056, 1108  
Arzthaftung 601, 602, 710, 1128 ff.  
Atomgesetz 1056  
atypischer Kausalverlauf 693  
Aufklärungspflicht (Arzthaftung) 603, 697  
Aufsichtsbedürftige 876  
Ausschluss der Haftung 1172  
Außenhaftung 952  
Bahn 1022  
Baumsturzfall 921  
Baumwurzelfall 1163  
Baumzweigefall 1163  
Beamtenbegriff 783 ff.  
Bedingungstheorie 692  
Beerdigungskosten 1073  
Begriff des Schadens 1064 ff.  
Behandlungsfehler 605  
Bereicherungsverbot im SchadensR 1135c, 1136  
Beseitigungsanspruch 1146 ff., 1158 ff.  
Betriebsbezogener Eingriff 651  
Betriebsgefahr 1010  
Beweislast  
- allgemein 749a  
- bei Behandlungsfehlern 605 ff.  
- Umkehr 605 ff.; 629, 749a, 932, 938, 950  
Bierflaschenfall 948  
Billigkeitshaftung 725  
Chipfall 632  
conditio sine qua non 692  
Dezentralisierter Entlastungsbeweis 867  
Differenzhypothese 1080  
Direktanspruch 1005, 1135 ff.  
Drittbezug der Amtspflicht 814 ff.  
Ehre 666, 669  
Eigentum 613  
Eigenverantw. Selbstschädigung 946  
Einwilligung 601, 602  
Energieanlagen 1028  
Entgangene Dienste 1075  
Entgangene Freizeit 1090  
Entgangene Gebrauchsvorteile 1083  
Entgangene Urlaubsfreuden 1090  
Entlastungsbeweis 867, 880, 915  
Erfolgsunrecht 892  
Erfüllungsgehilfe 872  
Erhaltungsinteresse 1100  
Ersatzbeschaffung/Ersatzwagen 1139  
Exkulpation 867, 880, 915  
Fabrikationsfehler 930  
Fahrerhaftung 974  
Fahrlässigkeit 735  
Fahrzeughalterhaftung 973 ff.  
Familienplanungsschaden 1128  
Familienrechte 640  
Fast Food 946  
Fehlerhaftes Produkt 1031  
Ferrarireifenfall 633  
Feuerzeugnachfüllflaschenfall 945  
Fiktive Abrechnung Reparaturkosten 1135d,  
1135h  
Forderungen 644  
Freiheit 611  
Freistellungsanspruch 952  
Freizeichnung von der Haftung 914  
Freizeitschaden 1090  
Fremdbesitzerexzess 584  
Frustrationsschaden 1090  
Funktionsverletzung 615  
Garantiehaftung 919, 949  
Gaszugfall 625  
Gefährdungshaftung 949, 953 ff.  
Gehilfenhaftung 920  
Geld für Herstellung 1098  
Geldentschädigung bei Verletzung APR 1115 ff.  
Geldrente 1075, 1078  
Gentechnikgesetz 1056  
Gerichtliche Sachverständige 849  
Gesundheit 597  
Getränkebecherfall 928  
Gewerbebetrieb 645, 910  
Ginsengwurzelfall 1120  
Grenzbäume 921, 1163  
Grundstücksgrenze 921, 1163  
Haftpflichtgesetz 1022 ff.  
Haftpflichtversicherung 954, 976  
Haftung für Aufsichtsbedürftige 876  
Haftungsausfüllende Kausalität 744 ff.  
Haftungsausschluss 749, 823 ff., 914,  
1039, 1172  
Haftungsbegründende Kausalität 691 ff.  
Haftungshöchstbeträge 965  
Haftungsminderung 749, 1172  
Haftungsquote 1016  
Halterhaftung 973  
Handeln auf eigene Gefahr 1180  
Handlungsbegriff 678  
Handlungsunrecht 892  
Haustier 883  
Heilbehandlung (Arzthaftung) 710  
Heilbehandlungskosten 1076  
Heileingriff 602  
Herabsetzung der Haftung 1172  
Herausforderungsfälle 700  
Herrenreiterfall 656, 1115  
Hersteller eines Produkts 1032  
Hinterbliebenengeld 1071, 1074a, 1127  
HIV 609  
Hochzeitsessen 933  
Höhere Gewalt 957, 958 ff., 991  
Holzbalkenfall 1035  
Hondafall 940  
Hühnerpestfall 925  
Importeur eines Produkts 1033  
Informationsfehler 943  
Instruktionsfehler 926, 943, 1031  
Integritätsinteresse 628, 937, 1104, 1136, 1142  
Intimsphäre 666, 669  
Kausalität 690 ff., 744 ff.  
Kfz-Sachschäden 1133 ff.  
Kind als Schaden 1128  
Kinder im Straßenverkehr 722 ff.  
Kinderteefall 941  
Kommerzialisierung 1083  
Kompressorfall 626  
Kondensatorfall 631  
Konkurrenzen 582 ff.  
Konstruktionsfehler 930  
Körperverletzung 1003 f., 1072 ff.  
Körperteile 147, 598  
Kraftfahrzeughaftung 973 ff., 1133 ff.  
Krankenbesuche 1077  
Kunsturhebergesetz 659

## Sachverzeichnis

- Leben 594, 1003 f., 1072 ff.  
Lieferant eines Produkts 1034  
Luftverkehrshaftung 1056  
Luxustier 883  
Managerhaftpflicht 952  
Materialfehler 930  
Merkantiler Minderwert 1097, 1135b  
Mietwagen 1082, 1087, 1099, 1102  
Millionärsparagraph 725  
Milupafall 941  
Minderjährigenhaftung 720 ff.  
Missbrauch 912  
Mittelbarer Schaden 1070  
Mitverschulden 749, 998, 1172  
Nachbarstreit 1163  
Namensrecht 657  
Nasciturus 608  
Naturalrestitution 1095  
Nichtvermögensschaden 1064 ff.  
Nierenfall 711  
Nutztier 883  
Nutzungsausfallentschädigung 1085, 1097  
Nutzungsbeeinträchtigung 615  
Nutzungsinteresse 628, 937  
Objektive Zurechnung 690 ff.  
Organhaftung 952  
Organisationsverschulden 869, 926  
Papierreißwolf 944  
Personenschaden 1003 f., 1072 ff.  
Pflichtversicherung 976  
Privatsphäre 666, 669  
Produkt 1030  
Produktbeobachtung 939, 942  
Produkthaftungsgesetz 949, 1029 ff.  
Produzentenhaftung 923  
Psychisch vermittelte Kausalität 698  
Punitive Damages 947  
Raucherschäden 946  
Recht am eigenen Bild 658  
Rechtswidrigkeit 716  
Reifenfall 624, 633, 936  
Rennsportveranstaltung 903 ff.  
Rentenleistung 1074  
Rettungsfälle 708  
Röntgenstrahlen 610  
Sachbeschädigung 1079  
Sachentziehung 621  
Sachschaden 1079, 1133 ff.  
Sachverständigenhaftung 849  
Saldotheorie 550 ff.  
Schaden 740 ff.  
Schadensausgleich 1094  
Schadensbegriff 1064 ff.  
Schadensberechnung Kfz-Schäden 1133 ff.  
Schadensersatz 748, 1062 ff.  
Schadenskompensation 1100  
schadensrechtliches Bereicherungsverbot 1135c  
Schadensregulierung auf Neuwagenbasis 1143  
Schienenbahn 1022  
Schlackefall 630  
Schmerzensgeld 916, 966, 1067, 1106 ff.  
Schock 597, 695, 747  
Schokoladenfall 946  
Schrottplatzfall 886  
Schutzgesetz 696, 750 ff.  
Schutzzweck der Norm 694  
Schwebebahn 1022  
Schwimmerschalterfall 623, 935  
Selbstgefährdung 1180  
Selbstschädigendes Verhalten 699  
Sittenwidrige Schädigung 768  
Sorgerecht 640  
Sozialsphäre 666, 669  
Sperrwirkung des EBV 582  
Spielplätze 911  
Sportveranstaltungen 903  
Stoffgleichheit 628, 937  
Straßenverkehr 898  
Straßenverkehrshaftung 973 ff.  
Streupflicht 899, 902  
Stromkabelfälle 653  
Substanzverletzung 614  
Tierhalterhaftung 883 ff., 1056  
Tierhüterhaftung 884  
Transistorenfall 627  
Überbuchung Hotel 1093  
Umgangsrecht 640  
Umsatzsteuer 1135b, 1141 f.  
Umwelthaftungsgesetz 1056  
Unabwendbares Ereignis 959  
Unbefugte 913  
Unerwünschte Geburt 1128  
Ungeborenes Leben 608  
Unmittelbarer Schaden 1069  
Unterhaltskosten 1074  
Unterlassen 684  
Unterlassungsansprüche 1146 ff.  
Urheberpersönlichkeitsrecht 657  
Verbotene Eigenmacht 583  
Verfassungsmäßiger Vertreter 874  
Verfolgungsfälle 700, 1175  
Verjährung 1183  
Verkehrssicherungspflichten 685, 885 ff.  
Verletzung eines Schutzgesetzes 750 ff.  
Verletzung von Amtspflichten 810 ff.  
Vermögen als solches 644  
Vermögensschaden 1065  
Verrichtungsgewalt 852 ff.  
Verschulden 718 ff.  
Verschuldensfähigkeit 719 ff.  
Verschuldenshaftung 590 ff.  
Verschuldensmaßstab 733 ff.  
Vertane (Frei-)Zeit 1090  
Vertretenmüssen 718 ff.  
Vorsatz 734  
Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung 768  
Vorteilsausgleichung 1081  
Wasserhaushaltsgesetz 1056  
Wege und Zugänge 902  
Weiterfressermangel 622, 934  
Wiederbeschaffungsaufwand 1133 ff.  
Wiederbeschaffungswert 1133 ff.  
Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands 1096  
Wildschadenshaftung 1056  
Winterdienst 899  
Wrongful birth/Wrongful life 1128  
Züchtigung 599  
Zufallshaftung 747a  
Zurechnung 690 ff.  
Zurechnungsfähigkeit 719 ff.  
Zweitunfälle 712