

In dieser Ausgabe:

ZGS-Kompakt

Rechtsprechung aktuell • Gesetzgebungsreport • www-Report

ZGS-Praxisforum

Kriterien für die Bestimmung der Möglichkeit der Nachlieferung beim Stückkauf (S. 330)

Rechtsanwalt Dr. Eric Wagner, Stuttgart

ZGS-Grundlagen

§ 817 Satz 2 BGB – Eine systemwidrige Vorschrift? (S. 336)

Rechtsanwalt Dr. Thomas Wazlawik, LL.M. (St. Louis University), Passau

ZGS-Rechtsprechungsreport

Beweislastumkehr nach § 476 BGB bei Mangel, der auf Fahr- oder Bedienungsfehler zurückzuführen ist (S. 345)

BGH, Urt. v. 18. 7. 2007 – VIII ZR 259/06

Beweislastumkehr nach § 476 BGB bei nicht erkennbarem Mangel (S. 347)

BGH, Urt. v. 11. 7. 2007 – VIII ZR 110/06

Gerichtliche Kontrolle von Gaspreiserhöhungen (S. 349)

BGH, Urt. v. 13. 6. 2007 – VIII ZR 36/06

Verbrauchsgüterkauf bei sowohl gewerblicher wie auch privater Nutzung der Kaufsache (dual use) (S. 354)

OLG Celle, Urt. v. 4. 4. 2007 – 7 U 193/06

Rückabwicklung wegen Mangels trotz unterlassener Inspektion (S. 356)

OLG Koblenz, Urt. v. 8. 3. 2007 – 5 U 1518/06

Unternehmereigenschaft bei Anbieten von Waren über ein Internet-Auktionshaus (S. 357)

OLG Zweibrücken, Urt. v. 28. 6. 2007 – 4 U 210/06

Gleichzeitige Hemmung und Unterbrechung der Verjährung (S. 359)

OLG Zweibrücken, Urt. v. 24. 5. 2007 – 4 U 104/06

9

September 2007

6. Jahrgang

(S. 321 bis 360)

Herausgeber:

Professor
Dr. Hans Schulte-Nölke,
Bielefeld (Geschäftsführender Herausgeber)

Rechtsanwalt Professor
Dr. Friedrich Graf von Westphalen,
Köln (Geschäftsführender Herausgeber)

Vors. Richter am BGH
Wolfgang Ball,
Karlsruhe

Vors. Richter am OLG a.D.
Lothar Jaeger,
Köln

Professor
Dr. Thomas Pfeiffer,
Heidelberg

VI. Zusammenfassung

1. Der BGH hat sich in seinem Urt. v. 7.6.2006 klar für die grds. Möglichkeit der Nachlieferung beim Stückkauf ausgesprochen. Damit ist die Streitfrage, ob eine Nachlieferung beim Stückkauf möglich sein kann, höchstrichterlich entschieden.
2. Die Möglichkeit der Nachlieferung hängt nach Ansicht des BGH davon ab, ob nach der Vorstellung der Parteien ein gleichartiges und gleichwertiges Objekt zur ursprünglich geschuldeten Kaufsache vorhanden ist. Diese unbestimmten Rechtsbegriffe bedürfen in der Praxis einer Konkretisierung.
3. Wurde zwischen den Parteien eine ausdrückliche Vereinbarung über die Nachlieferung getroffen, ist diese maßgeblich.
4. Liegt eine solche Vereinbarung nicht vor, sind die zu berücksichtigenden Interessen der Parteien im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu ermitteln. Da die Pflicht einer Vertragspartei mit dem Interesse der anderen Vertragspartei korreliert, können die Interessen anhand der vertraglichen Pflichten ermittelt werden.
5. Der Käufer hat ein Interesse daran, eine Sache zu erhalten, die seiner Vorstellung vollständig entspricht. Hat der Käufer den Verkäufer bei Vertragsabschluss über seine Vorstellungen im Unklaren gelassen, müssen sich seine Interessen zumindest im Ansatz in objektiven Kriterien widerspiegeln. Die Grenze verläuft dort, wo sich die Ablehnung des Ersatzobjekts durch den Käufer als Verstoß gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) darstellt.
6. Der Verkäufer möchte i.d.R. nicht mit einem Beschaffungsrisiko belastet werden. Eine Nachlieferung kommt daher nur dann in Betracht, wenn bei ihm noch andere erfüllungstaugliche Gegenstände vorhanden sind, die ebenfalls zum Verkauf stehen oder die Beschaffung eines Ersatzobjekts für ihn ohne Mühe möglich ist. Weist das Kaufobjekt einen behebbaren Mangel auf, kann zudem das Interesse des Verkäufers an der Abnahme der Sache zu berücksichtigen sein.

ZGS-Grundlagen

§ 817 Satz 2 BGB – Eine systemwidrige Vorschrift?

von Rechtsanwalt Dr. Thomas Wazlawik, LL.M. (St. Louis University), Passau*

Inhaltsübersicht

- I. Inhalt der Vorschrift und ihre bisherige Behandlung in Rechtsprechung und Schrifttum
 1. § 817 Satz 2 BGB
 2. Rechtsprechung
 - a) Der beidseitige Verstoß
 - b) Der (einseitige) Verstoß nur des Leistenden
 - c) Insolvenz des Leistenden
 3. Schrifttum und Lehre
- II. Stellungnahme
 1. Widersprüchlichkeit der Rechtsfolgen
 - a) Eigentümer-Besitzer-Verhältnis
 - b) Treu und Glauben
 - c) Wertersatz, Gegenleistung
 - d) Kondiktion „nicht zu beanstandender Leistungen“
 - e) Subjektiver Tatbestand
 2. Erstreckung auf einseitige Geberverstöße
 - a) Wortlaut
 - b) Wuchergesetz
 3. Alte *condictio ob turpem causam* und neue *condictio sine causa*
 4. Gesetzlicher Ausschluss des § 817 Satz 2 BGB
 5. Fehlerhafte Ausweitung der Anwendung auf alle Bereicherungsansprüche
- III. Zusammenfassung

Der BGH hatte in jüngerer Vergangenheit mehrfach Sachverhalte zu beurteilen, in denen die etwas exotisch anmutende Vorschrift des § 817 Satz 2 BGB eine Rolle spielte.¹ Leider haben die jeweiligen Senate die Gelegenheit ungenutzt gelassen, sich dabei eingehender mit dieser Vorschrift zu befassen. Im vorliegenden Beitrag soll, nach einer Übersicht über Rechtsprechung und Schrifttum, ein etwas genauerer Blick erfolgen. Der Verfasser vertritt die Auffassung, dass § 817 Satz 2 BGB, entgegen der bisherigen Sichtweise, nur einen äußerst begrenzten Anwendungsbereich hat und die bisherige Anwendung im Widerspruch zum System des BGB steht.

* Der Autor ist Rechtsanwalt und Partner der Sozietät Kübler GbR.

¹ BGH, Urt. v. 26.1.2006 – IX ZR 225/04, ZIP 2006, 1101 (s. auch Urt. vom selben Tage zu IX ZR 229/04 und IX ZR 106/05); v. 10.11.2005 – III ZR 72/05, NJW 2006, 45 (dazu Möller, NJW 2006, 268); v. 23.2.2005 – VIII ZR 129/04, NJW 2005, 1490.

I. Inhalt der Vorschrift und ihre bisherige Behandlung in Rechtsprechung und Schrifttum

1. § 817 Satz 2 BGB

§ 817 Satz 2 BGB muss zunächst im Zusammenhang mit Satz 1 gesehen werden. § 817 Satz 1 BGB gewährt dem Leistenden einen – von den in § 812 BGB genannten Bereicherungsansprüchen unabhängigen – Kondiktionsanspruch: die *condictio ob turpem causam*. Voraussetzung dafür ist, dass der Leistungsempfänger durch die Annahme der Leistung gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstößt und der Zweck der Leistung auch auf diesen Verstoß gerichtet ist. Es handelt sich also um den Fall eines (einseitigen) Empfängerverstoßes. Typische Beispielfälle dafür sollen die (Beamten-)Bestechung sowie die Deliktsverhinderung (Erpressung) sein.

Sollte der Leistende jedoch in gleicher Weise gegen Gesetz bzw. gute Sitten verstoßen haben, wird der durch Satz 1 gewährte Bereicherungsanspruch wieder entzogen (§ 817 Satz 2 HS 1 a.A. BGB).² Bestand die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit (abstraktes Schuldversprechen, vgl. § 812 Abs. 2 BGB), soll sie der Leistende trotz seines Verstoßes kondizieren können (§ 817 Satz 2 HS 1 a.E. BGB).³ Hat der Leistende aufgrund einer solchen eingegangenen Verbindlichkeit bereits geleistet, bleibt es beim Ausschluss der Kondiktion (§ 817 Satz 2 HS 2 BGB). Hier liegt also der Fall eines (beiderseitigen) Verstoßes sowohl des Leistenden als auch des Leistungsempfängers vor. Anerkannte Beispiele hierfür sind der Bordellkauf- bzw. -pachtvertrag, die Schwarzarbeit oder die Deliktanstiftung.

Darüber hinaus gibt es schließlich eine dritte Fallgruppe, die vom Wortlaut der Vorschrift nicht erfasst wird: der (einseitige) Verstoß nur des Leistenden gegen Gesetz bzw. gute Sitten.⁴ Beispiele hierfür sind das Wucherdarlehen (§ 138 Abs. 2 BGB) sowie das Darlehen, insbesondere der Spielbank oder eines Mitspielers, zu Spielzwecken.

2. Rechtsprechung

Die Übersicht über die bisherige BGH-Rechtsprechung zu § 817 Satz 2 BGB soll sich an den zwei letztgenannten Fallgruppen orientieren; die erstgenannte Fallgruppe – (einseitiger) Empfängerverstoß – bleibt unberücksichtigt, da dort § 817 Satz 2 BGB nicht zur Anwendung gelangt.

a) Der beidseitige Verstoß

aa) Bordellkauf-/pachtverträge können gem. § 138 BGB sittenwidrig wegen des Bordellbetriebs an sich⁵ oder wegen eines überhöhten Kaufpreises bzw. Pachtzinses⁶ und damit nichtig sein mit der Folge, dass der Verkäufer/Verpächter nicht den vereinbarten Kaufpreis/Pachtzins verlangen kann. Trotz der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts kann der Verkäufer/Verpächter die von ihm erbrachte Leistung nicht kondizieren (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB – *condictio indebiti*), da dem § 817

Satz 2 BGB entgegensteht,⁷ der auch die Leistungskondiktionsansprüche⁸ nach § 812 BGB ausschließt.⁹ Dem Verkäufer/Verpächter steht aber daneben noch die für das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis geltende Vorschrift des § 987 BGB zur Verfügung, wodurch er statt des Kaufpreises/Pachtzinses die vom Käufer/Pächter gezogenen Nutzungen herausverlangen kann, wenn auch reduziert auf einen/den objektiven Wert.¹⁰ Aufgrund des Ausnahmecharakters des § 817 Satz 2 BGB lehnt die Rechtsprechung eine Anwendung der Vorschrift über das Bereicherungsrecht hinaus auf Fälle des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses ab.¹¹ Gleiches gilt, wenn es nicht um den Kaufpreis/Pachtzins, sondern um die Rückgabe des Bordells geht: Der Käufer/Pächter kann sich nicht auf § 817 Satz 2 BGB berufen, weil sonst der zur Nichtigkeit des Bordellvertrages führende Zustand – Betreiben eines Bordells – gleichsam perpetuiert würde, was jedoch nicht i.S.d. § 817 Satz 2 sein könne.¹² Der Bordellverpächter kann also uneingeschränkt vindizieren (§ 985 BGB).

bb) Außerhalb der v.g. Kondiktion-Vindikation-Konstellation, die stets zugunsten des Bordell-Verkäufers/Verpächters aufgelöst wurde, wurden die gesetzes- bzw. sittenwidrigen Verträge unterschiedlich behandelt. Dabei ging es z.B. um einen grob undankbaren Beschenkten,¹³

2 S. jedoch Fn. 7.

3 Vgl. den vom BGH, Urte. v. 5.10.1993 – XI ZR 200/92, NJW 1994, 187, entschiedenen Fall der Kondiktion eines Wechselakzeptes [sub. II 2 der Gründe].

4 Vgl. *Staudinger/Lorenz*, BGB, Neubearb. 1999, § 817 Rn. 3.

5 Vgl. BGHZ 41, 341 ff.; Urte. v. 9.6.1969 – VII ZR 52/67, WM 1969, 1083 f.; gegen diese pauschale Auffassung dann BGHZ 63, 365 ff.

6 Vgl. BGHZ 63, 365, 367.

7 In BGHZ 8, 348, 371 spricht der BGH diesbezüglich von „der Einrede des § 817 Satz 2 BGB“. Lt. BGHZ 36, 395, 399 entzieht dagegen § 817 Satz 2 BGB „nicht den Bereicherungsanspruch, sondern versagt nur einem Kläger den Rechtsschutz für einen Anspruch, der aus einem gesetzwidrigen oder sittenwidrigen Rechtsgeschäft abgeleitet wird“; ebenso BGH, Urte. v. 23.2.2005 – VIII ZR 129/04, NJW 2005, 1490, 1491 [sub. II 2 b a.E.]. In seinem Urte. v. 18.4.1962 – VIII ZR 245/61, NJW 1962, 1148 [sub. 4] bezeichnet der BGH § 817 Satz 2 BGB sodann als eine den fehlenden Rechtsgrund ersetzende Vorschrift.

8 Die Kondiktion des „in sonstiger Weise“ Erlangten (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB) ist dagegen nicht ausgeschlossen, vgl. BGHZ 152, 307, 315 m.w.N.

9 Vgl. BGHZ 35, 103, 107; 36, 395, 399; 50, 90, 91; RGZ 161, 52, 57.

10 Vgl. BGHZ 63, 365, 367 f.; Urte. v. 9.6.1969 – VII ZR 52/67, WM 1969, 1083, 1084 [sub. II 1 a cc].

11 Vgl. BGHZ 63, 365, 368 f.; Urte. v. 9.6.1969 – VII ZR 52/67, WM 1969, 1083, 1084 [sub. II 1 b]; BGHZ 41, 341, 348 – 350; Urte. v. 7.3.1962 – V ZR 132/60, NJW 1962, 955, 957 [sub. IV 2 a.A.] (nicht abgedruckt in BGHZ 36, 395, 399). Eine direkte Vindikation der erbrachten Leistung über § 985 BGB scheidet zwar nicht an § 817 Satz 2 BGB (so bereits BGH, Urte. v. 14.6.1951 – IV ZR 37/50, NJW 1951, 643), jedoch dürfte neben dem schuldrechtlichen Grundgeschäft kaum auch das dingliche Erfüllungsgeschäft unwirksam sein, vgl. BGHZ 36, 395, 399. Ebenfalls abgelehnt wird eine Anwendung des § 817 Satz 2 BGB auf Ansprüche aus GoA, vgl. BGHZ 39, 87, 91; Urte. v. 30.6.1966 – VII ZR 48/64, LexisNexis, LNRB 1966, 12651 [sub. II 2a].

12 Vgl. BGHZ 41, 341, 343 f.

13 Vgl. BGHZ 35, 103, 109.

um unerlaubte Rechtsbesorgung (vgl. § 1 RBERG),¹⁴ um ein unter Verstoß gegen devisenrechtliche Bestimmungen (vgl. Art. 1 MilRegG Nr. 53) als Sicherheit für ein nicht genehmigtes Inlandsdarlehen gewährtes sog. Sperrmarkguthaben,¹⁵ um unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG),¹⁶ um einen gegen das SchwArbG¹⁷ verstoßenden und damit nichtigen Schwarzarbeitsvertrag,¹⁸ einen Kaufvertrag mit einem Hehler,¹⁹ einen gem. § 319 Abs. 3 Nr. 3 lit. a (Abs. 2 Nr. 5 a.F.) HGB ausgeschlossenen Jahresabschlussprüfer,²⁰ einen Inserenten sexueller Kontaktanzeigen,²¹ einen auf Prämienrückzahlung in Anspruch genommenen Versicherer,²² einen Verkäufer eines Radarwarngerätes²³ und sog. Schenkkreise.²⁴ Mit unterschiedlichen Begründungen wurde dabei die Kondiktion das eine Mal gestattet, das andere Mal verwehrt (näher dazu unten II.).

b) Der (einseitige) Verstoß nur des Leistenden

Hauptbeispiel hierfür ist das Wucherdarlehen.²⁵ Der Darlehensgeber (= Leistender) verstößt durch das Verlangen eines Wucherzinses gegen die guten Sitten (§ 138 Abs. 2 BGB) mit der Folge der Nichtigkeit des Darlehensvertrages. Nachdem das RG mit Ur. v. 27.3.1936 dem Darlehensgeber noch verwehrt hatte, sowohl die Rückgabe der hingegebenen Valuta als auch, anstelle des sittenwidrigen Darlehenszinses, einen Wertersatz verlangen zu können – der Darlehensnehmer durfte das erhaltene Geld auf Dauer behalten! –,²⁶ rückte der *Große Senat* des RG diesen Wahnsinn später wieder gerade (Beschl. v. 30.6.1939), indem er zunächst eine – zutreffende und bis heute gültige – Bestimmung des Leistungsbegriffs beim Darlehensvertrag vornahm. So stehen beim Darlehensvertrag die zeitlich begrenzte Überlassung von Geld durch den Darlehensgeber und der vom Darlehensnehmer zu zahlende Zins in einem synallagmatischen Leistungsverhältnis.²⁷ Da die Übertragung des vollen Eigentums am Geld lediglich das rechtstechnische Mittel für die Erfüllung der vom Darlehensgeber geschuldeten Valutierung und die Rückzahlung eines gleichen Geldbetrages nicht die vom Darlehensnehmer geschuldete Gegenleistung darstellen,²⁸ müsse der Darlehensgeber das hingegebene Geld selbstverständlich zurückerhalten, denn der Rückforderungsausschluss des § 817 Satz 2 BGB beziehe sich nur auf Leistungen, die dauerhaft beim Empfänger verbleiben sollen.²⁹ Allerdings muss er dem Darlehensnehmer „das Kapital so lange belassen, wie es bei Gültigkeit des Geschäfts der Fall sein sollte“,³⁰ andernfalls würde dieser „einen weiteren, in nichts begründeten Vermögensvorteil erlangen.“³¹ Bestätigt wurde vom *Großen Senat* allerdings, dass der Darlehensgeber für die Zeit, während der er dem bewucherten Darlehensnehmer das Kapital überlassen muss, keinen Anspruch auf Zinsen oder auf Herausgabe gezogener Nutzungen (§ 818 Abs. 1 BGB) hat.³² Vom BGH wurde diese Rechtsprechung zunächst im Urteil v. 18.4.1962³³ aufgegriffen und später fortgeführt³⁴ und zwar sowohl hinsichtlich der Überlassungspflicht des Darlehensgebers als auch hinsichtlich der Verneinung eines Anspruchs des Darlehensgebers auf Zinsen oder Wertersatz.³⁵ Weitere Beispiele für den einseitigen Geberverstoß können die oben bereits erwähnte unerlaubte Rechtsbesorgung

und die Jahresabschlussprüfung durch einen ausgeschlossenen Prüfer sein.

c) Insolvenz des Leistenden

Basierend auf früherer RG-Rechtsprechung vertrat auch der BGH zunächst die Auffassung, dass § 817 Satz 2 BGB

14 BGHZ 37, 258 und 50, 90; BGH, Ur. v. 17.2.2000 – IX ZR 50/98, NJW 2000, 1560, 1562 [sub. II 3 b] und v. 26.1.2006 – IX ZR 225/04, ZIP 2006, 1101, 1103 f. [Rn. 25 ff.].

15 Vgl. BGH, Ur. v. 10.10.1966 – II ZR 290/63, WM 1966, 1246 m.w.N. sowie die Folgeentscheidung, Ur. v. 8.2.1971 – II ZR 270/67, WM 1971, 586.

16 Vgl. BGHZ 75, 299, 305.

17 Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit v. 30.3.1957 (BGBl. I 1957, 315) i.d.F. der Bekanntmachung v. 6.2.1995 (BGBl. I 1995, 166).

18 Vgl. BGHZ 111, 308, 312 ff.

19 Vgl. NJW 1992, 310, 311 [sub. II].

20 Vgl. BGHZ 118, 142, 150.

21 Vgl. BGHZ 118, 182, 193.

22 BGH, Ur. v. 7.5.1997 – IV ZR 35/96, NJW 1997, 2381, 2383 [sub. II 4 c]; Beschl. v. 6.4.2005 – IV ZR 243/04, n.v. [sub. III a.E.].

23 Vgl. BGH, Ur. v. 23.2.2005 – VIII ZR 129/04, NJW 2005, 1490, 1491 [sub. II 2 b].

24 BGH, Ur. v. 10.11.2005 – III ZR 72/05, NJW 2006, 45, 46 [Rn. 10 ff.].

25 Sittenwidrig sind auch zu Spielzwecken gewährte Darlehen. Der Darlehensvertrag kann aber auch wegen Verstoßes gegen § 22 Abs. 4 Satz 2 GenG (vgl. BGH, Ur. v. 2.12.1982 – III ZR 90/81, NJW 1983, 1420) oder wegen Verstoßes gegen § 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO (vgl. BGH, Ur. v. 15.6.1993 – XI ZR 172/92, NJW 1993, 2108) unwirksam sein.

26 Vgl. RGZ 151, 70 ff.

27 Vgl. RGZ 161, 52, 56.

28 Ebenda. Wirtschaftlich gesehen lässt sich das Darlehen daher ohne Weiteres mit der Miete vergleichen: Die „Mietsache“ Geld wird, wie bei der Miete auch, lediglich auf Zeit überlassen und ist nach Ablauf der vereinbarten „Mietzeit“ bzw. nach gesetzlicher Kündigung zurück zu geben; der Unterschied zur Miete besteht lediglich in der dinglichen Rechtslage, da das überlassene Geld vom Darlehensnehmer nur bei Erlangung des Volleigentums genutzt, sprich: ausgegeben werden kann, während bei der Miete der Besitz der Mietsache genügt.

29 Vgl. RGZ 161, 52, 58 f. Ebenso später BGH, Ur. v. 17.1.1966 – VII ZR 54/64, NJW 1966, 730 [sub. III 5]; Ur. v. 30.6.1966 – VII ZR 48/64, LexisNexis, LNRB 1966, 12651 [sub. II 2 a]; Ur. v. 9.6.1969 – VII ZR 52/67, WM 1969, 1083 [sub. I 2 c] – Mietkaution; Ur. v. 29.11.1993 – II ZR 107/92, NJW-RR 1994, 291, 293 [sub. II]; Ur. v. 17.1.1995 – XI ZR 225/93, NJW 1995, 1152, 1153 [sub. II 2].

30 RGZ 161, 52, 57.

31 Ebenda.

32 Vgl. RGZ 161, 52, 57 f.

33 VIII ZR 245/61 – NJW 1962, 1148 [sub. 4].

34 Vgl. BGH, Ur. v. 14.4.1969 – III ZR 65/68, WM 1969, 857 [sub. 1]; Ur. v. 7.5.1981 – III ZR 2/79, WM 1982, 1021, 1022 f. [sub. 4 a]; Ur. v. 2.12.1982 – III ZR 90/81, NJW 1983, 1420, 1422 f. [sub. V 1 a]; Ur. v. 30.6.1983 – III ZR 114/82, NJW 1983, 2692, 2693 [sub. III 1] – Kondiktion der gezahlten Zinsen durch den Darlehensnehmer; Ur. v. 3.12.1987 – III ZR 103/86, NJW-RR 1988, 363, 364 [sub. II 2 d]; Ur. v. 15.6.1989 – III ZR 9/88, NJW 1989, 3217 [sub. 2]; Ur. v. 15.6.1993 – XI ZR 172/92, NJW 1993, 2108 [sub. II 2]; Ur. v. 17.1.1995 – XI ZR 225/93, NJW 1995, 1152, 1153 [sub. II 2].

35 Verneint wird vom BGH allerdings eine Pflicht zur Rückzahlung der Valuta im Falle eines Spieldarlehens, wenn der Darlehensnehmer infolge von Spielverlusten nicht mehr bereichert ist, Ur. v. 17.1.1995 – XI ZR 225/93, NJW 1995, 1152, 1153 [sub. II 2 a.E.]. Ebenfalls anders entscheidet der BGH Fälle von Mietwucher, wo er eine geltungserhaltende Reduktion auf einen angemessenen bzw. üblichen Mietzins vornimmt bzw. zulässt, vgl. BGHZ 89, 316 ff. (dazu auch BVerfGE 90, 22 ff.).

im Falle der Insolvenz des Leistenden nicht anwendbar sei, für den kondizierenden Insolvenzverwalter also nicht gelte.³⁶ Diese Rechtsprechung gab der BGH später jedoch auf.³⁷

3. Schrifttum und Lehre

a) Die Kommentarliteratur folgt im Wesentlichen der BGH-Rechtsprechung. Dies betrifft sowohl die Ausdehnung des Kondiktionsausschlusses auf § 812 BGB³⁸ als auch die Anwendung des § 817 Satz 2 BGB bei nur einseitigen Geberverstößen.³⁹ Abweichend vom BGH wird hinsichtlich des Darlehenswuchers von der h.L. allerdings ein Wertersatzanspruch des Darlehensgebers gem. § 818 Abs. 2 BGB, gerichtet auf einen angemessenen oder üblichen Zins, bejaht.⁴⁰

b) Einige wenige Autoren haben sich ausführlicher mit der Vorschrift befasst. Heck⁴¹ unterscheidet im Rahmen von § 817 Satz 2 BGB zwischen den sog. Konkurrenzfällen – hier bestehen Kondiktionsansprüche des Leistenden sowohl nach § 817 Satz 1 BGB als auch nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB (Anspruchskonkurrenz) – und dem sog. Sondergebiet des § 812 BGB – aufgrund einseitigen Verstoßes nur des Leistenden hat dieser einen Anspruch nur nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB.⁴² Hinsichtlich der Anspruchskonkurrenzfälle bejaht Heck in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung die Frage, ob § 817 Satz 2 BGB auch auf die *condictio indebiti* (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB) anzuwenden sei. Demgegenüber verneint Heck jedoch entschieden die Anwendbarkeit des § 817 Satz 2 BGB auf die Fälle des einseitigen Geberverstoßes (Sondergebiet des § 812). Zur Begründung stellt er dabei im Wesentlichen auf Stellung und Wortlaut des § 817 Satz 2 BGB – „gleichfalls“ – ab. Nach Auffassung Hecks beruht § 817 Satz 2 BGB auf einem Gleichgewichtsurteil, weshalb nur beim beiderseitigen Gesetzes- oder Sittenverstoß der Schuldkompensationsgedanke der h.M. trage.⁴³

c) Bufe⁴⁴ macht die Anwendbarkeit des § 817 Satz 2 allein davon abhängig, ob die beiderseitigen Leistungen bereits vollständig erbracht wurden oder ob einseitig vorgeleistet wurde. Da § 817 Satz 2 BGB in den Fällen einseitiger Vorleistung häufig zu untragbaren Ergebnissen geführt habe, beschränke sich der Anwendungsbereich des § 817 Satz 2 BGB somit auf Fälle beiderseits vollständiger Leistungserbringung. Da die Motive, die zur Rückforderung führen, ebenso verwerflich sein können wie jene, die bereits Grundlage des Rechtsgeschäfts waren, muss die Rechtsordnung hier ihren Beistand versagen.⁴⁵ Die Fälle der einseitigen Vorleistung löst Bufe dadurch, dass er dem verwerflichen Leistungsempfänger das Berufen auf § 817 Satz 2 BGB über § 242 BGB (*venire contra factum proprium*) versagt.⁴⁶ Die Bedeutung des § 817 Satz 2 BGB sieht Bufe weder in dem Strafgedanken und der Schuldkompensation Hecks noch in dem Gedanken der Rechtsschutzverweigerung.⁴⁷

d) Honsell,⁴⁸ der sich im Rahmen seiner Habilitationsschrift wohl am Ausführlichsten mit § 817 BGB beschäftigt hat, sieht die Vorschrift als Unterfall von § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB, als Unterfall der *condictio ob rem*.

Sowohl § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB als auch § 817 Satz 1 BGB machten den Zweck der Leistung zur Grundlage ihrer Rechtsfolgen: Ist es bei der *condictio ob rem* der Nichteintritt eines verfolgten Zwecks, so stelle die *condictio ob turpem causam* auf dessen Sitten- bzw. Gesetzeswidrigkeit ab. Folglich soll der Leistende dann über § 817 Satz 1 BGB kondizieren können, wenn der verwerfliche Zweck erreicht wurde, § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB also nicht möglich ist; Beispiele: Deliktsverhinderung (Erpressung), Zahlung für eine ohnehin geschuldete Leistung.⁴⁹ In die gleiche Richtung müsse dann auch der § 817 Satz 2 BGB wirken: Obwohl der verwerfliche Zweck nicht erreicht wurde, eine *condictio ob rem* also möglich wäre, ist die Kondiktio ausgeschlossen, da beiden Seiten der Verwerflichkeitsvorwurf zu machen ist; Beispiel: Deliktanstiftung.⁵⁰

II. Stellungnahme

Die Antwort auf die in der Überschrift gestellte Frage kann nur dann gefunden werden, wenn vorher auch die Frage nach dem (richtigen) Anwendungsbereich des § 817 Satz 2 BGB beantwortet wird. Und diese Frage lautet: Schließt § 817 Satz 2 BGB auch die Kondiktionsansprüche des § 812 BGB aus?

Die h.M. bejaht dies. Sie vertritt die Auffassung, dass § 817 Satz 2 BGB auch die Kondiktionsansprüche des § 812 BGB ausschließen müsse, weil sonst der Anwendungsbereich dieser Vorschrift praktisch leer liefe (arg. Gesetzesaushöhlung). Denn da die Gesetzes- und Sittenverstöße des § 817 BGB identisch sind mit denen der §§ 134, 138 BGB, würde ein Verstoß immer auch zur *condictio indebiti*, eine Nichterstattung des § 817 Satz 2 BGB auf § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB somit zur Bedeutungslosigkeit der Vorschrift führen, da der einseitige Empfängerverstoß (§ 817 Satz 1 BGB) eher die

36 Vgl. BGHZ 19, 338, 340; Urt. v. 9.11.1961 – VII ZR 158/60, NJW 1962, 483 [sub. II]; offen gelassen in BGHZ 44, 1, 6.

37 Vgl. BGHZ 106, 169 ff.; Urt. v. 14.7.1993 – XII ZR 262/91, NJW-RR 1993, 1457, 1458 [sub. II 1 a.E.].

38 Vgl. MünchKomm-BGB/Lieb, 4. Aufl. 2004, § 817 Rn. 10 ff.; Palandt/Sprau, BGB, 65. Aufl. 2006, § 817 Rn. 12; Erman/H.P. Westermann, BGB, 10. Aufl. 2000, § 817 Rn. 11; RGRK/Heimann-Trosien, 12. Aufl. 1989, § 817 Rn. 1.

39 Vgl. Lieb (Fn. 38), § 817 Rn. 16 ff.; Sprau (Fn. 38), § 817 Rn. 12; wohl auch H.P. Westermann (Fn. 38), § 817 Rn. 25; Heimann-Trosien (Fn. 38), § 817 Rn. 2.

40 Vgl. Medicus, GS Dietz, 1973, S. 61, 74 f.; Canaris, WM 1981, 978, 986; kritisch dazu allerdings ders., FS Steindorff, 1990, S. 519, 520 ff.; Lieb (Fn. 38), § 817 Rn. 16 f. m.w.N.

41 Heck, AcP 124 (1925), 1 ff.

42 Vgl. Heck AcP 124 (1925), 1, 2.

43 Vgl. Heck AcP 124 (1925), 1, 36 ff.

44 Bufe, AcP 157 (1958), 215 ff.

45 Vgl. Bufe AcP 157 (1958), 215, 216 f.

46 Vgl. Bufe AcP 157 (1958), 215, 217 f.

47 Vgl. Bufe AcP 157 (1958), 215, 252 ff.

48 Honsell, „Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte – Eine rechtsgeschichtliche und rechtsvergleichende Untersuchung zu § 817 BGB – (Habil. Universität München, 1972), Münchener Universitätschriften, Bd. 29.

49 Honsell (Fn. 48), S. 80 – 85.

50 Honsell (Fn. 48), S. 85 – 88.

Ausnahme ist. Dies könne aber nicht das Schicksal des § 817 Satz 2 BGB sein.⁵¹

Dieser Auffassung der h.M. ist jedoch zu widersprechen. Sie erweckt angesichts der ausgedehnten Anwendung der Vorschrift auf § 812 BGB einerseits und der Uneinigkeit hinsichtlich des eigentlichen Anwendungsbereichs von § 817 Satz 2 BGB andererseits den Eindruck, als ob die ausgedehnte Anwendung der Vorschrift nur aus der Erwägung heraus erfolgt, ihr überhaupt erst einen Anwendungsbereich zu geben.⁵² Aus dieser auf § 812 BGB erweiterten Anwendung von § 817 Satz 2 BGB heraus ergeben sich aber erst die Probleme.

1. Widersprüchlichkeit der Rechtsfolgen

Die durch die auf § 812 BGB ausgedehnte Anwendung des § 817 Satz 2 BGB ausgelösten einschneidenden Rechtsfolgen werden sodann von der Rechtsprechung z.T. abgemildert, ohne dass hierbei ein System erkennbar wäre; eine Linie ist in den jeweiligen Einzelfallentscheidungen nicht ersichtlich. So ist hinsichtlich des Rückforderungsausschlusses einerseits davon die Rede, dass dieser nicht dazu führen dürfe, dass das gem. § 138 BGB nichtige Vertragsverhältnis – Führung eines Bordell-Betriebes – faktisch doch legalisiert wird;⁵³ denn „im Einzelfall [kann] eine einschränkende Auslegung der rechtspolitisch problematischen und in ihrem Anwendungsbereich umstrittenen Vorschrift geboten sein.“⁵⁴ Andererseits führt der BGH aus, dass § 817 Satz 2 BGB „eine Ausnahmegesetzvorschrift [ist], die aus bestimmtem Grunde einen gesetz- oder sittenwidrig geschaffenen Zustand aufrechterhält“,⁵⁵ dass der Gesetzgeber „durch die Regelung des § 817 S. 2 BGB den Gedanken eines gerechten Ausgleichs zwischen Leistendem und Leistungsempfänger bewußt zurückgestellt [hat]; er will, daß es ohne Rücksicht auf die Grundsätze einer materiellen Gerechtigkeit bei der tatsächlichen Lage verbleibt, wie sie durch das verwerfliche Handeln des Leistenden geschaffen worden ist (...), indem er bewußt die gerichtliche Durchsetzbarkeit der Rückabwicklungsansprüche in derartigen Fällen verschließt.“⁵⁶ Dieses Hin und Her findet dann seinen entsprechenden Niederschlag.⁵⁷

a) Eigentümer-Besitzer-Verhältnis

Beim Bordellpachtvertrag kann der Verpächter zwar wegen § 138 BGB (überhöhter Pachtzins; Ausbeutung der Prostituierten) nicht den vereinbarten Pachtzins verlangen. Ihm steht als Eigentümer aber die Vorschrift des § 987 BGB zur Verfügung, wodurch er statt des Pachtzinses die vom Pächter gezogenen Nutzungen herausverlangen kann, wenn auch reduziert auf einen/den objektiven Pachtzins.⁵⁸ Aufgrund des Ausnahmecharakters des § 817 Satz 2 BGB lehnt die Rechtsprechung eine Anwendung der Vorschrift über das Bereicherungsrecht hinaus auf Fälle des E-B-V ab.⁵⁹ Genau dieser von der h.M. behauptete Ausnahmecharakter würde aber, folgend einem „Wenn schon, denn schon“-Argument, eine Ausdehnung des § 817 Satz 2 BGB auf das E-B-V verlangen.⁶⁰ Dem Wucherer wird beim Darlehensvertrag schließlich auch kein am objektiven Marktwert orientierter Zins als Vergütung zugesprochen. Ist der

Darlehensgeber weniger schutzwürdig als der Bordellverpächter? Handelt der Bordellverpächter weniger verwerflich als der Darlehensgeber? Wohl nicht.

Gleiches Problem, wenn es nicht um den Pachtzins, sondern um die Heraus-/Rückgabe des Bordells geht. Während der bewucherte Darlehensnehmer das Geld für die unwirksam vereinbarte Zeit unentgeltlich behalten darf, soll es dem Bordellpächter nicht gestattet sein, sich auf § 817 Satz 2 BGB zu berufen, weil sonst der zur Nichtigkeit des Bordellpachtvertrages führende Zustand – Betreiben eines Bordells – gleichsam perpetuiert würde, was jedoch nicht i.S.d. § 817 Satz 2 BGB sein könne.⁶¹ Der Bordellverpächter kann wenigstens vindizieren, der Darlehensgeber bekommt für die Darlehensüberlassung nichts. Wieder muss gefragt werden, warum der Bordellverpächter besser gestellt wird als der Wucherer.

b) Treu und Glauben

Viele über § 812 BGB in Anspruch Genommene versuchen, sich gegenüber dem Bereicherungsanspruch des Leistenden mit § 817 Satz 2 BGB zu verteidigen, der dem wiederum meist mit § 242 BGB zu begegnen sucht. Diese Replik des Leistenden mit Treu und Glauben lässt der BGH das eine Mal gelten, das andere Mal nicht.

Die auf Rückzahlung eines sog. Sperrmarkguthabens in Anspruch genommene Bank – der zugrunde liegende Bankvertrag/die Sicherungsabrede waren aufgrund Verstoßes gegen Art. 1 MilRegG Nr. 53 nichtig – konnte die Auszahlung dieses Guthabens unter Hinweis auf § 817 Satz 2 BGB verweigern, ohne dass dies einen Verstoß gegen Treu und Glauben darstellte.⁶² Dem Schwarzarbeiter verwehrte der BGH dann aber unter Hinweis auf § 242 BGB ein Berufen auf § 817 Satz 2 BGB mit der Folge, dass der Schwarzarbeiter wenigstens über § 818 Abs. 2 BGB Wertersatz erhielt.⁶³ Der Inserent sexueller Kontaktanzeigen wiederum durfte dem das vereinbarte Entgelt einklagenden Verlag § 817 Satz 2 BGB entgegenhalten, ohne dass dem Treu und Glauben entgegen-

51 Vgl. *Lieb* (Fn. 38), § 817 Rn. 10; *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, 13. Aufl., 1994, § 68 III 3 (S. 162).

52 Vgl. *Lieb* (Fn. 38), § 817 Rn. 9: „Sinn und Zweck dieses Kondiktionsausschlusses sind dunkel“.

53 Vgl. BGHZ 41, 341, 343 f.; Urt. v. 17.1.1995 – XI ZR 225/93, NJW 1995, 1152, 1153 [sub. II 2].

54 BGHZ 111, 308, 312.

55 BGHZ 35, 103, 109.

56 BGH, Urt. v. 14.7.1993 – XII ZR 262/91, NJW-RR 1993, 1457, 1459 [sub. II 3 b a.E.].

57 Vgl. auch die von *Canaris*, FS Steindorff, 1990, S. 519, 567 ff., aufgezeigten Widersprüche.

58 S. Fn. 10.

59 S. Fn. 11.

60 Die analoge Anwendung des § 817 Satz 2 BGB auch auf Vindikationsansprüche wird in der Literatur konsequenterweise vertreten, vgl. *Lieb* (Fn. 38), § 817 Rn. 22; *H.P. Westermann* (Fn. 38), § 817 Rn. 11; *Esser/Weyers*, Schuldrecht, Bd. II BT, 7. Aufl. 1991, § 49 IV 2 (S. 459); *Larenz/Canaris* (Fn. 51), § 68 III 3 (S. 165 f.).

61 S. Fn. 5.

62 Vgl. BGH, Urt. v. 8.2.1971 – II ZR 270/67, WM 1971, 586 f. [sub. IV].

63 Vgl. BGHZ 111, 308, 312 f.

stand.⁶⁴ Dem auf Rückzahlung von Prämien in Anspruch genommenen Versicherer wurde dann jedoch wieder verwehrt, sich auf § 817 Satz 2 BGB zu berufen, da das „unter diesen Umständen mit den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht vereinbar [wäre]“. ⁶⁵ Mit Treu und Glauben vereinbar ist es laut BGH jedoch, dass sich der Verkäufer eines Radarwarngerätes, der vom Käufer auf Rückzahlung des Kaufpreises in Anspruch genommen wird, auf § 817 Satz 2 BGB beruft.⁶⁶

Nach welchen Kriterien der BGH die Replik des Kondizierenden auf Treu und Glauben zulässt, ist nicht erkennbar. Aufgrund der jeweiligen Sachverhalte liegt es jedoch mehr als nahe, dass maßgebliches Kriterium stets eine ergebnisorientierte Billigkeit war: Dem „armen“ Schwarzarbeiter musste geholfen werden, dem Radarwarngerätkäufer dagegen nicht. Aus § 817 Satz 2 BGB heraus sind diese Ergebnisse nicht zu begründen.

c) Wertersatz, Gegenleistung

Diese Inkonsequenzen in der Begründung finden dann im Bereich des Austauschverhältnisses ihren Niederschlag. Der vorleistende Schwarzarbeiter soll gem. § 818 Abs. 2 BGB einen Anspruch wenigstens auf Wertersatz für seine getane Arbeit gegenüber seinem Arbeitgeber haben.⁶⁷ Dass der Arbeitgeber die Leistung des Schwarzarbeiters unentgeltlich soll behalten dürfen, sei nämlich nicht geboten.⁶⁸ Auch hier wieder die Frage: Warum erhält der verwerflich handelnde Schwarzarbeiter eine Vergütung, der ebenso handelnde Wucherer aber nicht? Die Besserstellung des Schwarzarbeiters gegenüber dem Wucherer, der seine Leistung am Ende unentgeltlich erbringt, wird vom BGH nicht begründet. Den an anderer Stelle zurückgestellten „Gedanken eines gerechten Ausgleichs zwischen Leistendem und Leistungsempfänger“⁶⁹ führt er hier – basierend auf Billigkeitserwägungen – wieder ein. Der Beschenkte darf trotz seines groben Undanks das Geschenk behalten,⁷⁰ während der keine Erlaubnis besitzende Verleiher (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG), der die überlassenen Arbeitnehmer selbst bezahlt, vom Entleiher letztlich ebenso (s)ein Entgelt erhält⁷¹ wie der gegen das RBERG verstoßende Berater, der von seinem Mandanten gem. § 818 Abs. 2 BGB wenigstens noch Wertersatz erhält.⁷² Ein Fehler kann zwar den gezahlten Kaufpreis nicht kondizieren, vom Verkäufer aber dennoch Schadensersatz nach § 826 BGB verlangen.⁷³ Die bewusst gegen devisenrechtliche Bestimmungen verstoßende Bank darf das als Sicherheit gewährte Sperrmarkguthaben behalten. Auf die Möglichkeit des Rückgriffes auf die E-B-V-Normen durch den ausgeschlossenen Konditionsgläubiger wurde bereits hingewiesen. Der gem. § 319 Abs. 3 Nr. 3 lit. a (Abs. 2 Nr. 5 a.F.) HGB ausgeschlossene Jahresabschlussprüfer geht aber wieder leer aus, obwohl die geprüfte AG einen nicht wichtigen (vgl. § 256 Abs. 1 Nr. 3 AktG, der Verstöße gegen § 319 Abs. 3 HGB nicht ahndet) Jahresabschluss erhält;⁷⁴ die Rechtsprechung zur Schwarzarbeit sei „auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar“, die dortigen „besonderen Verhältnisse“ lägen nicht vor. Der Schwarzarbeiter, der Berater und der Prämienzahler⁷⁵ erhalten eine Gegenleistung bzw. ihre Leistung zurück,

der Verlag⁷⁶ nicht. Der Titelnkäufer konnte die ihm gewährte Sicherheit (Wechsel) nicht verwerten und dürfte damit voraussichtlich die von ihm geleistete Anzahlung verloren haben.^{77,78}

d) Kondition „nicht zu beanstandender Leistungen“

Schließlich wird vom BGH auch eine Unterscheidung dahingehend vorgenommen, dass Bereicherungsansprüche, „die sich aus der Erbringung nicht zu beanstandender Leistungen ergeben“, nicht von § 817 Satz 2 BGB ausgeschlossen sind, „selbst wenn sie demselben tatsächlichen Verhältnis entstammen.“⁷⁹ Obwohl also die Leistung aufgrund eines gesetzeswidrigen Vertrages erbracht wurde – hier: unerlaubte Rechtsbesorgung, § 1 RBERG –, kann sie trotz § 817 Satz 2 BGB vom Erbringer kondiziert werden. Die Nichtigkeit des Vertrages bewirke nicht, dass damit automatisch auch alle erbrachten Leistungen gleich zu beurteilen seien, „soweit es sich um die Anwendung des § 817 Satz 2 BGB handelt

64 Vgl. BGHZ 118, 182, 193. Die Anwendung des § 242 BGB auf § 817 Satz 2 BGB ebenso verneinend BGH, Urt. v. 14.7.1993 – XII ZR 262/91, NJW-RR 1993, 1457, 1459 [sub. II 3 b].

65 BGH, Urt. v. 7.5.1997 – IV ZR 35/96, NJW 1997, 2381, 2383 [sub. II 4 c]. Anders dagegen offenbar wieder BGH, Beschl. v. 6.4.2005 – IV ZR 243/04, LexisNexis, LNRB 2005, 13604 [sub. III a.E.].

66 Vgl. BGH, Urt. v. 23.2.2005 – VIII ZR 129/04, NJW 2005, 1490, 1491 [sub. II 2 b].

67 Vgl. BGHZ 111, 308, 314.

68 Vgl. BGHZ 111, 308, 313.

69 S. Fn. 56. S. auch BGHZ 8, 348, 373: „Mit dem Ausschluß der Rückforderbarkeit hat § 817 Satz 2 BGB eine hierauf begrenzte Sanktion von Gesetzes- und Sittenverstößen vorgenommen. Er stuft nicht zwischen den einzelnen Verstößen ab und unterscheidet nicht zwischen leichten und schweren Verfehlungen, ... Diese Vorschrift verstopft ganz mit Absicht eine Quelle unerfreulicher Streitigkeiten. Die Folgen eines verbotenen oder sittenwidrigen Geschäfts, die der Leistende auf sich genommen hat, sollen nicht wieder rückgängig gemacht werden können. ... Der Gesichtspunkt der Gerechtigkeit bleibt bewußt unberücksichtigt. ... Hiervon für ein bestimmtes Sachgebiet eine Ausnahme zu machen, ist nicht gerechtfertigt, ganz abgesehen davon, daß es an einer vernünftigen zeitlichen Begrenzung dafür fehlen würde, wie lange sich der gesetzeswidrig oder unsittlich Leistende darauf besinnen kann, ob er die unzulässige Leistung zurückfordern will oder nicht.“ Von dieser klaren Aussage ist in den späteren Entscheidungen des BGH nichts mehr zu sehen.

70 Vgl. BGHZ 35, 103, 109.

71 Vgl. BGHZ 75, 299, 305.

72 Vgl. BGHZ 37, 258, 264 (wobei hier die Anwendung von § 817 Satz 2 BGB auf diesen Wertersatzanspruch nur deshalb nicht in Betracht kam, weil nur der Konditionsgläubiger Revision eingelegt hatte; in der 2. Runde dieses Verfahrens bejahte der BGH dann diese Frage, vgl. BGHZ 50, 90 ff.); Urt. v. 17.2.2000 – IX ZR 50/98, NJW 2000, 1560, 1562 [sub. II 3 b]; Urt. v. 26.1.2006 – IX ZR 225/04, ZIP 2006, 1101, 1103 [Rn. 26].

73 Vgl. BGH, Urt. v. 9.10.1991 – VIII ZR 19/91, NJW 1992, 310. Zur Nichtanwendbarkeit von § 817 Satz 2 BGB auf Ansprüche aus unerlaubter Handlung bereits BGH, Urt. v. 14.6.1951 – IV ZR 37/50, NJW 1951, 643.

74 Vgl. BGHZ 118, 142, 150.

75 S. Fn. 65.

76 S. Fn. 64.

77 Vgl. BGH, Urt. v. 5.10.1993 – XI ZR 200/92, NJW 1994, 187 [sub. II 2].

78 S. Fn. 62.

79 BGHZ 50, 90, 92; ebenso BGH, Urt. v. 19.12.1996 – III ZR 9/95, NJW-RR 1997, 564, 565 [sub. 4 b bb].

(...).⁸⁰ Ähnliches findet sich auch bei der rechtlichen Würdigung sog. „Schenkweise“: Der Schenker kann vom Beschenkten den an diesen gezahlten Geldbetrag zurück verlangen, da „der Grund und der Schutzzweck der Nichtigkeitssanktion (§ 138 Abs. 1 BGB) hier – ausnahmsweise – gegen eine Konditionssperre gemäß § 817 Satz 2 BGB sprechen (...)“.⁸¹ Erneut muss nach der Rechtfertigung dieser Ungleichbehandlung gefragt werden, einer Differenzierung, die sich aus den sonstigen Begründungen für das „den Gläubiger hart belastende Rückforderungsverbot des § 817 Satz 2 BGB“⁸² eben gerade nicht herleiten lässt. Und erneut sei an dieser Stelle auf die Ausführungen des BGH in BGHZ 8, 348, 373⁸³ verwiesen und gefragt, weshalb das von § 817 Satz 2 BGB verursachte Ergebnis das eine Mal unbillig sein soll und deshalb verhindert werden muss⁸⁴ und das andere Mal nicht.

e) Subjektiver Tatbestand

Unverständlich bleibt schließlich auch, wieso die zu Beginn der rechtlichen Würdigung getroffene Feststellung der Gesetzes- bzw. Sittenwidrigkeit (§§ 134, 138 BGB) am Ende bei § 817 Satz 2 BGB durch subjektive Elemente beim Kondizierenden wieder aufgeweicht wird. War sich dieser nämlich der Gesetzes- bzw. Sittenwidrigkeit nicht bewusst bzw. handelte er nicht vorsätzlich bzw. hat er sich der Einsicht in das Verbotswidrige seines Handelns nicht leichtfertig verschlossen, kommt § 817 Satz 2 BGB laut BGH nicht zu Anwendung.⁸⁵ Hier wird mit zweierlei Maß gemessen. Der BGH nimmt eine Differenzierung vor, die das Gesetz selber – ausgehend von der (falschen) Prämisse der Erstreckung des § 817 Satz 2 BGB auf § 812 Abs. 1 BGB – nicht macht. Er konstruiert in § 817 Satz 2 BGB einen subjektiven Tatbestand hinein, der dort schlicht nicht vorhanden ist;⁸⁶ denn § 817 Satz 2 BGB bezieht sich allein – wieder unterstellt, die Prämisse ist richtig – auf §§ 134, 138 BGB. Eine weitere Inkonsistenz im Umgang mit dieser Vorschrift.

2. Erstreckung auf einseitige Geberverstöße

a) Wortlaut

Die sich aus dem Wortlaut – „gleichfalls“ – ergebende Beschränkung des § 817 Satz 2 BGB auf Fälle des Satz 1 – Verstoß von Leistendem und Leistungsempfänger – wird teilweise bestritten mit dem Argument, das Wort „gleichfalls“ habe nur satzverbindende Wirkung.⁸⁷ Dem widerspricht jedoch der Entwurf (E I) des § 738b (heute: § 817) zum BGB:

„Ist der Zweck einer Leistung in der Art bestimmt, daß der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, so ist der Empfänger zur Herausgabe verpflichtet, es sei denn, daß dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt. ...“⁸⁸

In diesem Entwurf waren der heutige § 817 Satz 1 BGB und § 817 Satz 2 HS 1 a.A. BGB bereits in einem Satz zusammen gefasst; das Wort „gleichfalls“ war trotzdem vorhanden. Da die heutige Gesetzesfassung nur redaktionelle Gründe hat, kann dem Wort „gleichfalls“ heute

nicht eine nur satzverbindende Wirkung beigemessen werden, die es im E I schon nicht hatte. Vielmehr weist das Wort – ebenso wie in der Fassung des E I – zweifellos auf die Zusammengehörigkeit von *condictio ob turpem causam* und deren Ausschluss hin.

b) Wuchergesetz

Die fehlerhafte Ausdehnung des § 817 Satz 2 BGB auf Darlehensverträge sei auch durch einen historischen Aspekt belegt. Das WucherG v. 24.5.1880⁸⁹ gewährte dem Wucherer in Art. 3 Abs. 4 Satz 1 HS 1 einen Rückforderungsanspruch bzgl. seines Darlehenskapitals.⁹⁰ Im Rahmen der Verabschiedung des BGB wurde dieser Art. 3 aufgehoben.⁹¹ Dass nunmehr § 817 Satz 2 BGB angewendet werden sollte, wurde dabei nicht ausgesprochen. Vielmehr dürfte man wie selbstverständlich davon ausgegangen sein, dass statt Art. 3 WucherG nunmehr Nichtigkeit und Kondition gelten (Zusammenhang zwischen Abschaffung des Art. 3 WucherG und Neuschaffung des BGB). Insbesondere die Rechtsprechung des RG zum nichtigen Darlehensvertrag ist auf diesen Umstand nie eingegangen.

3. Alte *condictio ob turpem causam* und neue *condictio sine causa*

a) Dieser „Eiertanz“ der Rechtsprechung beruht darauf, dass sie in § 817 Satz 2 BGB einen Gesetzeszweck hineininterpretiert, der bei konsequenter Anwendung mit dem Wortlaut und der Stellung der Vorschrift nicht vereinbar ist und zu Ergebnissen führt, die sodann als unbillig empfunden und daher korrigiert werden müssen. Gerade am Verhältnis Kondition-Vindikation wird deutlich, dass der

80 BGHZ 50, 90, 92. Vgl. auch Urt. v. 18.4.1962 – VIII ZR 245/61, NJW 1962, 1148, 1149 [sub. 4]; v. 17.2.2000 – IX ZR 50/98, NJW 2000, 1560, 1562 [sub. II 3 b aa] und v. 26.1.2006 – IX ZR 225/04, ZIP 2006, 1101, 1103 [Rn. 26].

81 BGH, Urt. v. 10.11.2005 – III ZR 72/05, NJW 2006, 45, 46 [sub. II 2].

82 BGH, Urt. v. 19.12.1996 – III ZR 9/95, NJW-RR 1997, 564, 565 [sub. 4 b bb].

83 S. Fn. 69.

84 S. BGH, Urt. v. 19.12.1996 – III ZR 9/95, NJW-RR 1997, 564, 565 [sub. 4 b bb]: „Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs legt den als Ausnahmevorschrift verstandenen § 817 Satz 2 BGB seit langem einschränkend aus und wendet ihn auf bestimmte Fallgruppen überhaupt nicht an, weil er nicht selten zu unbilligen Ergebnissen führt (...)“

85 Vgl. BGHZ 50, 90, 92; 75, 299, 302; Urt. v. 2.12.1982 – III ZR 90/81, NJW 1983, 1420, 1423 [sub. V 1 b]; Urt. v. 15.6.1989 – III ZR 9/88, NJW 1989, 3217, 3218 [sub. 2 b]; Urt. v. 9.10.1991 – VIII ZR 19/91, NJW 1992, 310, 311 [sub. II 1]; 17.2.2000 – IX ZR 50/98, NJW 2000, 1560 [2. LS]; Urt. v. 26.1.2006 – IX ZR 225/04, ZIP 2006, 1101, 1104 [Rn. 28].

86 S. zum Meinungsstreit *Lieb* (Fn. 38), § 817 Rn. 40 ff.

87 Vgl. *Lorenz* (Fn. 4), § 817 Rn. 10.

88 Vgl. *Jakobs/Schubert*, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Recht der Schuldverhältnisse III (§§ 652 bis 853), 1983, S. 853.

89 Gesetz, betreffend den Wucher, RGBl. 1880-82, 109 ff., in der Fassung des Gesetzes, betreffend Ergänzung der Bestimmungen über den Wucher v. 19.6.1893, RGBl. 1893, 197 ff.

90 „Der Gläubiger ist berechtigt, das aus dem ungültigen Verträge Geleistete zurückzufordern; ...“

91 Vgl. Art. 47 EGBGB v. 18.8.1896, RGBl. 1896, 195, 619; übrig blieben die Bestimmungen im StGB.

von der h.M. behauptete erweiterte Anwendungsbereich des § 817 Satz 2 BGB nicht stimmen kann. Denn der angeblich in der Vorschrift enthaltene Gedanke unterscheidet nicht zwischen Kondiktion und Vindikation und Delikt, müsste also in allen Fällen gleich gelten,⁹² was dann aber wieder zu den bekannten Problemen führt. Das Problem erkennend⁹³ werden jedoch nicht die Ursachen beseitigt, sondern nur die Symptome durch Einzelfallentscheidungen behandelt. Der BGH macht seine Entscheidungen (Rechtsfolgen) also von der jeweiligen Sachlage abhängig. Der dieser Sachlage zugrunde liegende Leistungszweck verstößt aber in allen Fällen immer in gleicher Weise gegen Gesetz bzw. gute Sitten. Es erscheint daher nicht gerechtfertigt, innerhalb dieses gesetzes- bzw. sittenfreien Raumes unterschiedliche Wertungen zu treffen und damit unterschiedliche Rechtsfolgen zu setzen. Die §§ 134, 138 BGB tun dies auch nicht; die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts ist stets absolut. Die somit eigentlich gebotene gleiche Anwendung des § 817 Satz 2 BGB auf alle Fälle führt nun aber zu den unbilligen Ergebnissen, die die Rechtsprechung vermeiden will.

b) Ausgangspunkt ist, wie bereits ausgeführt, die Frage nach dem eigentlichen Anwendungsbereich von § 817 Satz 2 BGB. Es spricht viel für die Auffassung *Honsells*, der § 817 BGB als Unterfall der *condictio ob rem* (§ 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB) sieht,⁹⁴ ohne dass dies hier letztlich geklärt werden müsste.⁹⁵ Denn über Folgendes besteht Einigkeit: § 817 Satz 2 BGB ist eine dem übrigen BGB-Recht fremde Ausnahmvorschrift,⁹⁶ deren Ursprung bereits im römischen Recht zu finden ist.⁹⁷

Demgegenüber steht das neu geschaffene BGB. Im Rahmen des Bereicherungsrechts wurde hier ein neues Rechtsinstitut eingeführt: die *condictio sine causa* (§ 812 Abs. 1 BGB). Dieser Bereicherungsanspruch wegen fehlenden Rechtsgrunds korrespondiert dabei mit den Vorschriften, die das Fehlen des Rechtsgrundes anordnen; z.B. §§ 105, 134, 138 und 142 Abs. 1 BGB. Diese bilden das Gegenstück. Nichtigkeitskonstruktion einerseits und Kondiktionsanspruch andererseits sind zwei untrennbare Bestandteile des BGB. Sie sind Ausdruck dessen, was sich wie ein roter Faden durch das BGB zieht: die Aufrechterhaltung des den gegenseitigen Vertrag beherrschenden Leistungssynallagmas. Die Absicht des Gesetzgebers, niemandem etwas auf Kosten eines anderen rechtsgrundlos zukommen zu lassen, spiegelt sich auch in den Rechtsgrund- bzw. -folgenverweisungen wie z.B. § 323 Abs. 3 (Fassung bis 31.12.2001), § 531 Abs. 2, § 684 Satz 1, § 951 Abs. 1 Satz 1, § 988 oder § 993 Abs. 1 HS 1 BGB wider. Auch diese Vorschriften wurden im Interesse des Synallagmas geschaffen. Dass diese Austauschgerechtigkeit, ein elementarer Bestandteil unseres Zivilrechts, ausgerechnet durch § 817 Satz 2 BGB ausgehebelt werden soll, entspricht weder unserem Rechtsgefühl⁹⁸ noch sind dafür von der h.M. überzeugende Argumente vorgetragen worden. Ob Strafgedanke oder Rechtsschutzverweigerung – nie wurde begründet, warum der Leistungsempfänger die vom anderen erbrachte Leistung unentgeltlich soll behalten dürfen („Privatbelohnung“). Immer nur, warum der Leistende sie verlieren soll, warum der Leistungsverlust gerecht-

fertigt sei („Privatstrafe“⁹⁹). So hat bereits das RG, das dem Darlehensnehmer das Kapital noch auf Dauer zusprach, festgestellt, „daß auf diese Weise dem Bewucherten ein Gewinn zufällt, auf den er weder rechtlich noch sittlich einen Anspruch hat.“¹⁰⁰ Eben. Leistungsgewinn auf Kosten des anderen – das passt nicht ins BGB.¹⁰¹ Es mag gerechtfertigt sein, dass im Rahmen des Vollzugs öffentlich-rechtlicher Straf- und Ordnungsvorschriften die an einem gesetzes- oder sittenwidrigen Geschäft Beteiligten unterschiedlich behandelt werden mit der Folge, dass dem einen der Vorteil verbleibt, während er dem anderen genommen wird. Der *zivilrechtliche* Eingriff in das Austauschverhältnis zugunsten des einen und zulasten des anderen jedoch ist unzulässig und – i.S.d. Überschrift dieses Beitrags – systemwidrig. Nur beim beiderseitigen Gesetzes- bzw. Sittenverstoß *und* bei beidseits erfolgter Leistungserbringung¹⁰² würde § 817 Satz 2 BGB – eine

92 Vgl. auch *Raiser*, JZ 1951, 718 (Anm. zu BGH, Urt. v. 14.6.1951 – IV ZR 37/50, NJW 1951, 643), der unter Bezugnahme auf *Heck* (Fn. 41), ausführt, „daß der Analogieschluß auf Vindikations- und Deliktsansprüche unabweisbar wird, wenn man § 817 S. 2 einmal auf alle Bereicherungsansprüche anzuwenden begonnen hat (...). ... Der sittliche Vorwurf, der dem § 817 S. 2 zugrunde liegt, ist in beiden Fällen der gleiche; vor ihm kann die dem BGB eigentümliche Trennung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft ... kein Gewicht haben.“

93 Vgl. BGHZ 41, 341, 349: „Schon das Reichsgericht hat sich in seiner Rechtsprechung zu § 817 Satz 2 BGB – selbst innerhalb des Bereicherungsrechts – immer wieder der Schwierigkeit gegenüber gesehen, bei einer uneingeschränkten Anwendung des § 817 Satz 2 BGB Ergebnisse zu finden, die noch mit der materiellen Gerechtigkeit zu vereinbaren sind.“ BGHZ 63, 365, 369: „Unüberwindlich bleiben indessen die auch in dieser Entscheidung angeführten und später vom VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes ... unterstrichenen grundsätzlichen Bedenken, daß § 817 Satz 2 BGB eine Ausnahmvorschrift des Bereicherungsrechts ist, die auf andere Rechtsgebiete nicht angewendet werden sollte. Auch der rechtspolitisch zweifelhafte Zweck der Norm und ihr Strafcharakter stehen einer entsprechenden Anwendung entgegen, wenn es sich, wie hier, um die Zahlung des nicht zu beanstandenden objektiven Pachtwerts gemäß § 987 BGB handelt.“

94 S. oben II 3 d; vgl. auch *Lieb* (Fn. 38), § 817 Rn. 4 – 8, der den Zusammenhang zur *condictio ob rem* jedoch nur für § 817 Satz 1 BGB anerkennt.

95 Für die Auffassung *Honsells* sprechen i.Ü. auch die Motive des historischen Gesetzgebers zu § 817 Satz 1 BGB. Dort heißt es, dass die Kondiktion nicht auf den Fall beschränkt sein soll, dass der „Verstoß darin liegt, daß die Leistung in Rücksicht auf einen künftigen Erfolg ..., also auf eine *causa futura* angenommen ist“ (vgl. *Mugdan*, Die Gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, 1899, S. 474); auch wenn die *causa* der Vergangenheit angehört, müsse die Kondiktion möglich sein. Die Bezugnahme auf den – künftigen oder vergangenen – Erfolg, der durch die Leistung bezweckt werden soll bzw. wurde, weist eindeutig in Richtung § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB.

96 Vgl. BGHZ 35, 103, 109; 39, 87, 91; 63, 365, 369; BGH, WM 1969, 1083, 1084 [sub. II 1 b].

97 Vgl. *Heck*, AcP 124 (1925), 1, 39; *Bufe*, AcP 157 (1958), 215, 240; *Honsell* (Fn. 48), S. 65; *Lorenz* (Fn. 4), § 817 Rn. 1; *Esser/Weyers* (Fn. 60), § 49 III (S. 457).

98 Vgl. *Honsell* (Fn. 48), S. 64 (hinsichtlich auf geldwerte Leistungen gerichtete Verträge) und 139.

99 Vgl. BGHZ 39, 87, 91.

100 RGZ 151, 70, 74.

101 Vgl. *Heck*, AcP 124 (1925), 1, 54 f.; *Honsell* (Fn. 48), S. 58 f. Dagegen *Lieb* (Fn. 38), § 817 Rn. 14: „Auch dies überzeugt kaum.“

102 So z.B. der vom BGH, Urt. v. 23.2.2005 – VIII ZR 129/04, NJW 2005, 1490, entschiedene Fall.

„dem Zivilrecht an sich fremde Regelung“¹⁰³ – nicht zu untragbaren Ergebnissen führen¹⁰⁴ und wären das Argument der Rechtsschutzverweigerung und der Ausschluss eines Reurechts (was allerdings auch unter § 242 BGB subsumiert werden könnte¹⁰⁵) vertretbar; dennoch bliebe die Ausdehnung der Vorschrift auf § 812 BGB zweifelhaft. Hätte der Gesetzgeber über § 242 BGB hinaus (Treu und Glauben; widersprüchliches Verhalten) wirklich eine Rechtsschutzverweigerung für gesetzes- oder sittenwidrige Geschäfte gewollt, hätte er dies explizit geregelt.

Auch eine Rechtsvergleichung macht deutlich, dass die BGH-Rechtsprechung mit der weiten Ausdehnung des § 817 Satz 2 BGB allein dasteht.¹⁰⁶ Die oben beschriebenen Konsequenzen der hiesigen h.M. gibt es in den anderen westlichen europäischen Ländern nicht. So hat auch *Oberholte* im Hinblick auf diese Situation, allein basierend auf dem Argument, dass eine enge, am Wortlaut orientierte Anwendung des § 817 Satz 2 BGB die bisherigen Probleme entfallen ließe, ohne weitere dogmatische Begründung dafür plädiert, § 817 BGB ganz aus dem Bereicherungsrecht herauszunehmen. So könnten die missliebigen Konsequenzen der Rechtsprechung vermieden werden.¹⁰⁷

4. Gesetzlicher Ausschluss des § 817 Satz 2 BGB

Interessanterweise hat der Gesetzgeber die durch die von der Rechtsprechung vorgenommene Anwendung des § 817 Satz 2 BGB auf alle Bereicherungsansprüche verursachten Konsequenzen an einigen Stellen korrigiert bzw. vermieden, indem er die Anwendung des § 817 Satz 2 BGB gleich selbst ausschloss (vgl. u.a. § 5 Satz 2 Verordnung über die Preisüberwachung und die Rechtsfolgen von Preisverstößen im Grundstücksverkehr v. 7.7.1942;¹⁰⁸ § 23 Abs. 2 Satz 4 GüKG – v. 17.10.1952;¹⁰⁹, ¹¹⁰ § 30 Abs. 1 Satz 1 HS 2 Erstes Bundesmietengesetz v. 27.7.1955¹¹¹).

Während sich der amtlichen Begründung zu § 20 Abs. 4 Satz 2 GüKG-E keine diesbezüglichen Ausführungen entnehmen lassen,¹¹² wird in der Begründung zu § 22 Satz 1 HS 2 des Entwurfs zum Ersten Bundesmietengesetz¹¹³ auf die Entscheidung BGHZ 8, 348 ff. Bezug genommen: Aus Billigkeit sei es erforderlich, dem Mieter den Anspruch auf Rückforderung des gezahlten überhöhten Mietzinses nicht zu versagen.¹¹⁴ Jedenfalls diese Regelung ist also nicht auf eine eigenständige Betrachtung des § 817 Satz 2 BGB zurückzuführen, sondern ist offensichtlich lediglich das Ergebnis eines gesetzgeberischen Reflexes auf eine – falsche – Rechtsprechung.

5. Fehlerhafte Ausweitung der Anwendung auf alle Bereicherungsansprüche

Hält man sich all dies vor Augen, wird deutlich, dass § 817 Satz 2 BGB nicht den von der h.M. behaupteten Anwendungsbereich – Ausdehnung auf § 812 BGB – haben kann. Die Prämisse der h.M., auf der letztlich ihre gesamte Argumentation hinsichtlich der als doch irgendwie unangenehm empfundenen Rechtsfolgen beruht, stimmt nicht. Stimmt sie nicht, so kann auch das Argument der Gesetzesaushöhlung, das, ausgehend von

der Richtigkeit der Prämisse, folgerichtig die Erstreckung des § 817 Satz 2 BGB auch auf Fälle der Leistungskonditionen verlangt, keinen Bestand haben. § 817 Satz 2 BGB ist nicht auf die Kondiktionsansprüche des § 812 Abs. 1 BGB anzuwenden, weil dadurch die Systematik des BGB bzgl. Nichtigkeitskonstruktion und Kondiktion wegen fehlenden Rechtsgrunds zerstört würde.

III. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist Folgendes zu konstatieren: § 817 Satz 1 BGB gewährt einen eigenständigen Kondiktionsanspruch, über dessen genauen Inhalt keine Einigkeit bzw. Klarheit besteht. Dieser Kondiktionsanspruch, aber auch nur dieser, kann durch § 817 Satz 2 BGB ausgeschlossen sein. Erfüllt der Sachverhalt neben oder statt § 817 Satz 1 BGB zugleich die Voraussetzungen des § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB, ist § 817 Satz 2 BGB auf den letztgenannten Anspruch nicht anwendbar, ist die *condictio indebiti* nicht ausgeschlossen. Die mit dem BGB neu geschaffene *condictio sine causa* dient der Aufrechterhaltung des Leistungssynallagmas, der Austauschgerechtigkeit, einem elementaren Bestandteil unseres Zivilrechts. Dass dieser Grundgedanke durch § 817 Satz 2 BGB aufgeweicht werden sollte, kann nicht angenommen werden. Ob es der Vorschrift des § 817 BGB überhaupt bedarf, kann offen bleiben.

103 BGHZ 75, 299, 305; *Lorenz* (Fn. 4), § 817 Rn. 5.

104 Diese Ungerechtigkeit zu vermeiden, ist auch das Anliegen *Bufes* (Fn. 45). Indem er § 817 Satz 2 BGB auf die Fälle beschränken will, in denen die beiderseitigen Leistungen erbracht wurden, bewahrt er wenigstens die Austauschgerechtigkeit, ohne jedoch auch eine überzeugende Antwort auf die Frage nach dem eigentlichen Anwendungsbereich des § 817 Satz 2 BGB zu geben. Auch in BGHZ 8, 348, 373 ist von „der vollzogenen Leistung“ die Rede, ohne dass erkennbar wäre, ob damit der *beiderseitige* Leistungsaustausch und dessen Beibehaltung gemeint ist.

105 So bereits *Bufe* (Fn. 46).

106 Zusammenfassend *Honsell* (Fn. 48), S. 109 – 135.

107 Vgl. NJW 1957, 1427 f.

108 Vgl. RGBl. I 1942, 451, 452. S. dazu auch BGHZ 8, 348, 369.

109 Vgl. BGBl. I 1952, 697, 700.

110 Im Güterfernverkehr galt – ebenso wie im Güternahverkehr, vgl. § 84h GüGK a.F. – bis zum 31.12.1993 ein Tarifzwang, der es den Transportunternehmern untersagte, ihre Transportleistungen untertariflich anzubieten bzw. zu erbringen (vgl. § 22 GüGK). Dieser Tarifzwang wurde jedoch häufig dadurch umgangen, dass der Unternehmer seinem Auftraggeber (Rück-) Zahlungen zukommen ließ (vgl. § 22 Abs. 2 Satz 2 GüGK), die zum Zwecke der Verschleierung der Tarifunterschreitung z.B. als „Provision“ (vgl. BGH, Ur. v. 25.3.1987 – I ZR 100/85, NJW-RR 1987, 1009, 1012 [sub. 5]) oder als „Lagermietzins“ (vgl. BGH, Ur. v. 14.12.2000 – I ZR 213/98, WM 2001, 1379) bezeichnet wurden. Diese Zahlungen mussten entweder vom Transportunternehmer (vgl. § 23 Abs. 2 Satz 1 GüGK) oder, bei dessen Untätigkeit, von der Bundesanstalt für den Güterkraftverkehr – BAG – (§ 23 Abs. 2 Satz 2 GüGK) kondiziert werden; ein Berufen des Auftraggebers auf § 817 Satz 2 BGB war durch § 23 Abs. 2 Satz 4 GüGK ausgeschlossen. §§ 20a – 23, 32 und 84 – 84h GüGK wurden zum 1.1.1994 aufgehoben durch Art. 1 Nr. 16, 21 und 46 Tarifaufhebungsgesetz – TAufhG – v. 13.8.1993, BGBl. I 1993, 1489.

111 Vgl. BGBl. I 1955, 458, 464.

112 Vgl. BR-Drucks. 611/50.

113 Vgl. BR-Drucks. 290/54, S. 8.

114 Vgl. BR-Drucks. 290/54, S. 51.