

Claudia Sykora

Die Konditionssperre des § 817 Satz 2 BGB

Eine Untersuchung zur Rückabwicklung
gesetzes- und sittenwidriger Geschäfte
im Lichte der jüngeren Rechtsprechung

Claudia Sykora

Die Konditionssperre des § 817 Satz 2 BGB. Eine Untersuchung zur Rückabwicklung gesetzes- und sittenwidriger Geschäfte im Lichte der jüngeren Rechtsprechung

Wissenschaftliche Beiträge aus dem Tectum Verlag

Reihe: Rechtswissenschaften; Band 51

Zugl. Univ.Diss.,Georg-August-Universität Göttingen 2011

© Tectum Verlag Marburg, 2011

ISBN 978-3-8288-5457-4

(Dieser Titel ist zugleich als gedrucktes Buch unter der ISBN 978-3-8288-2790-5 im Tectum Verlag erschienen.)

Besuchen Sie uns im Internet
www.tectum-verlag.de

Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Angaben sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit entstand im Wesentlichen während meiner Zeit als Wissenschaftliche Mitarbeiterin und Akademische Rätin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung sowie Zivilprozessrecht von Prof. Dr. Andreas Spickhoff an der Universität Regensburg. Die Arbeit wurde im Wintersemester 2010/2011 von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen zur Dissertation angenommen und berücksichtigt Rechtsprechung und Literatur bis Oktober 2010.

An dieser Stelle möchte ich mich bei den Personen bedanken, die mich bei der Entstehung der Arbeit unterstützt haben. In erster Linie gilt mein herzlicher Dank meinem Doktorvater Prof. Dr. Andreas Spickhoff. Ihm verdanke ich neben der Anregung zum Dissertationsthema und der engagierten und zügigen Betreuung auch eine äußerst wertvolle und erfahrungsreiche Zeit als Mitarbeiterin an seinem Lehrstuhl in Regensburg. Für die sehr rasche Erstellung des Zweitgutachtens habe ich Prof. Dr. Barbara Veit zu danken.

Elisabeth Gleixner, Claudia Zimmermann und mein Bruder Helmut Schröger haben jeweils einen Teil der Arbeit des Korrekturlesens übernommen. Für die Bereitschaft, diese mühevollen Aufgabe zu übernehmen, bin ich ihnen sehr dankbar. Elisabeth Gleixner stand mir zudem als Freundin und Bürokollegin von Anfang an stets beratend zur Seite. Meinem Bruder Helmut Schröger danke ich außerdem für seine bereitwillige Hilfe in technischen Fragen und für die fortwährende persönliche Unterstützung während meiner Ausbildung. Besonderen Dank schulde ich schließlich meinem damaligen Freund und jetzigem Mann, Christoph Sykora, für seine Geduld und sein Verständnis bei der Erstellung der Arbeit.

Zu guter Letzt möchte ich meinen Eltern, Agnes und Helmut Schröger, von ganzem Herzen danken. Ohne ihre Unterstützung während meiner Ausbildung wäre die Entstehung dieser Arbeit nicht möglich gewesen. Ihnen ist die Arbeit gewidmet.

München, im Sommer 2011

Claudia Sykora

INHALTSVERZEICHNIS

Inhaltsverzeichnis	I
Abkürzungsverzeichnis	IX
Problemaufriss	1
§ 1 Bedeutung der Thematik	1
§ 2 Fragestellung und Zielsetzung	4
§ 3 Gang der Darstellung	6
Erster Teil: Grundlagen	9
§ 1 Rechtshistorischer Überblick	9
I. Der Kondiktionsausschluss im römischen Bereicherungsrecht	11
1. Die <i>condictio ob turpem causam</i> als Unterfall der <i>condictio ob rem</i>	11
2. Anwendungsbereich der <i>condictio ob turpem causam</i>	14
3. Der Kondiktionsausschluss bei beiderseitiger Sittenwidrigkeit	15
4. Zusammenfassung	19
II. Die Kondiktion wegen verwerflichen Empfangs in den Naturrechtsgesetzen	20
III. Die Entstehungsgeschichte des § 817 Satz 2 im heutigen BGB	22
1. Der Dresdner Entwurf und der Entwurf der Ersten Kommission	22
2. Die Änderungen durch die Zweite Kommission	25
3. Reformbestrebungen	26
4. Zusammenfassung	28
§ 2 Die Vorschrift des § 817 Satz 2 im geltenden Recht	29
I. § 817 Satz 2 als Sperre der allgemeinen Leistungskondiktion	29

1. Exkurs: Der Anwendungsbereich des § 817 Satz 1	30
a) Mögliche eigenständige Anwendungsbereiche	31
b) Kritische Würdigung	32
aa) Einseitiger Empfängerverstoß bei wirksamer causa	33
bb) Ausschluss der <i>condictio indebiti</i> durch § 814	38
cc) Fälle der <i>datio ob rem</i>	39
c) Zwischenergebnis	41
2. Konsequenzen für § 817 Satz 2	42
3. Zusammenfassung	45
II. Die <i>ratio legis</i>	45
1. Straftheorie	46
a) Aussagegehalt	46
b) Kritik	47
2. Theorie der Rechtsschutzversagung	48
a) Aussagegehalt	48
b) Kritik	51
3. Theorie der Generalprävention	55
a) Aussagegehalt	55
b) Kritik	56
4. Sonstige Begründungsansätze	58
a) Gleichgewichtsidee	58
b) Bereicherungsrechtliche Begründungsansätze	60
c) Mischtheorie	62
5. Stellungnahme	63
III. Sonstige Erweiterungen des § 817 Satz 2 BGB	72
1. Anwendbarkeit bei einseitigem Verstoß des Leistenden	72
a) Meinungsstand	73
b) Stellungnahme	74
2. Anwendung des § 817 Satz 2 außerhalb des Bereichs der Leistungskonditionen?	76

a) Anwendung im Rahmen der Nichtleistungskondition	76
b) Anwendung im Rahmen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses	77
aa) Meinungsstand	78
(1) Fälle gescheiterter Eigentumsübertragung	78
(2) Fälle der Gebrauchsüberlassung	81
bb) Stellungnahme.....	83
cc) Sonderfall: Verwendungsersatzansprüche.....	85
dd) Zusammenfassung	87
c) Anwendung im Rahmen des Deliktsrechts.....	87
aa) Meinungsstand	87
bb) Stellungnahme.....	88
d) Anwendung im Rahmen der Geschäftsführung ohne Auftrag	94
aa) Meinungsstand	94
bb) Stellungnahme.....	95
3. Zusammenfassung	96
§ 3 Gesamtergebnis zum Ersten Teil.....	97

Zweiter Teil: Einschränkungsversuche im Schrifttum99

§ 1 Einschränkung über § 254	99
§ 2 Einschränkung über § 242	100
§ 3 Rückbesinnung auf die historische Funktion.....	103
I. Die These Honsells	103
II. Kritische Würdigung.....	106
III. Zwischenergebnis	111
§ 4 Die Notwendigkeit subjektiver Voraussetzungen.....	112
I. Meinungsstand	112
II. Stellungnahme	113
§ 5 Sonstige Einschränkungsversuche.....	115

I. Systematische Beschränkung auf die <i>condictio</i> ob <i>turpem vel iniustam causam</i>	115
II. Keine Anwendung im Falle einseitiger Vorleistungen.....	116
III. Anwendung nur bei Sittenverstößen	118
§ 6 Einschränkung über den Schutzzweck der Verletzten	
Verbots- oder Sittennorm	120
I. Argumente für eine normzweckorientierte Restriktion.....	121
II. Methodische Begründungsmöglichkeiten	123
1. Die Lösungsvorschläge von Fabricius und Weyer.....	123
2. Stellungnahme.....	124
III. Reichweite der Einschränkung.....	128
IV. Differenzierung nach Art der Verletzten Verbots- oder Sittennorm?	131
§ 7 Gesamtergebnis zum Zweiten Teil.....	135

Dritter Teil: § 817 Satz 2 in der praktischen Anwendung.....137

§ 1 Restriktionen des § 817 Satz 2	137
I. Beidseitiger Gesetzes- oder Sittenverstoß.....	138
1. Fallgruppe: unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung.....	138
a) Ausgangsproblematik	138
b) Lösung durch die Rechtsprechung	139
c) Stellungnahme	141
2. Fallgruppe: Schwarzarbeit	145
a) Ausgangsproblematik	145
b) Lösung durch die Rechtsprechung	149
c) Reaktionen im Schrifttum	150
d) Stellungnahme.....	152
aa) Einschränkung aufgrund des Schutzzwecks des SchwarzArbG.....	153
bb) Einschränkung über § 242	157
cc) Zwischenergebnis	162

dd) Auswirkungen der neuen Rechtsprechung zur sog. „Ohne-Rechnung-Abrede“?	162
3. Fallgruppe: Schenkkreise	167
a) Ausgangsproblematik	167
b) Die Anwendbarkeit des § 817 Satz 2.....	169
aa) Sittenverstoß durch die Leistung?	169
bb) Das Erfordernis subjektiver Voraussetzungen	170
c) Restriktion des § 817 Satz 2.....	171
aa) Die Leitentscheidungen des BGH vom 10.11.2005	172
bb) Die instanzgerichtliche Rechtsprechung.....	173
cc) Reaktionen im Schrifttum.....	175
d) Stellungnahme.....	177
aa) Einschränkung zur Generalprävention	177
bb) Einschränkung aus Gründen des Opferschutzes	178
cc) Perpetuierung eines sittenwidrigen Zustands	180
dd) Zwischenergebnis.....	181
II. Einseitiger Gesetzes- oder Sittenverstoß – Fallgruppe: Wucherdarlehen.....	182
1. Ausgangsproblematik.....	183
2. Anspruch des Darlehensgebers gegen den Darlehens- nehmer auf Rückzahlung des Kapitals	184
a) Lösung durch die Rechtsprechung.....	185
b) Kritische Würdigung	186
aa) Die Voraussetzungen des § 817 Satz 2	186
bb) Restriktion des § 817 Satz 2 über das „Endgültigkeitskriterium“?	188
c) Alternativvorschläge.....	195
d) Zusammenfassende Stellungnahme	196
3. Anspruch des Darlehensgebers gegen den Darlehensnehmer auf Zinszahlung	200
a) Lösung durch die Rechtsprechung.....	201
b) Gegenpositionen in der Literatur	203

aa) Wertersatzkondiktion gem. § 818 Abs. 2	205
bb) Eingriffskondiktion gem. § 812 Abs. 1 Satz 1, 2. Alt	206
cc) Geltungserhaltende Reduktion i.R.d. § 138	206
c) Stellungnahme	207
4. Exkurs: Darlehen zu gesetzes- oder sittenwidrigen Zwecken.....	213
a) Lösung durch die Rechtsprechung.....	213
b) Stellungnahme	214
5. Zwischenergebnis	217
§ 2 Anwendungsfälle des § 817 Satz 2	218
I. Beidseitiger Gesetzes- oder Sittenverstoß.....	218
1. Fallgruppe: Abschlussprüfer	218
a) Lösung durch die Rechtsprechung.....	218
b) Stellungnahme	219
2. Fallgruppe: gesetzeswidrige Kontaktanzeigen.....	220
a) Lösung durch die Rechtsprechung.....	220
b) Stellungnahme	221
3. Fallgruppe: überhöhte Gewinnausschüttungen	222
a) Lösung durch die Rechtsprechung.....	222
b) Stellungnahme	223
4. Fallgruppe: Titelkauf.....	225
a) Lösung durch die Rechtsprechung.....	225
b) Stellungnahme	226
5. Fallgruppe: Radarwarngerät.....	227
a) Lösung durch die Rechtsprechung.....	227
b) Stellungnahme	229
II. Einseitiger Gesetzes- oder Sittenverstoß – Fallgruppe: berufsrechtliche Verstöße	232
1. Lösung durch die Rechtsprechung	233
2. Stellungnahme.....	235
§ 3 Gesamtergebnis zum Dritten Teil	237

Vierter Teil: Rechtsvergleichende Betrachtung.....243

§ 1 Der Rückforderungsausschluss in der Schweiz und in Österreich	245
I. Die Rechtslage in der Schweiz.....	245
1. Überblick.....	245
2. Die praktische Handhabung des Rückforderungsausschlusses.....	247
3. Auffassungen im Schrifttum.....	251
II. Die Rechtslage in Österreich	254
1. Überblick.....	254
2. Die praktische Handhabung des Rückforderungsausschlusses.....	255
3. Auffassungen im Schrifttum.....	257
III. Rechtsvergleich	259
1. Rechtsvergleichende Zusammenfassung	259
2. Kritische Würdigung und Schlussfolgerungen für das deutsche Recht.....	260
§ 2 Der Rückforderungsausschluss im englischen Recht	263
I. Überblick.....	263
II. Die praktische Handhabung des Rückforderungsausschlusses.....	267
1. Grundsatz: Keine Rückforderung bei unerlaubten Geschäften	267
2. Ausnahmen vom Rückforderungsausschluss.....	269
a) Bereuender Rücktritt.....	270
b) Parteien nicht „in pari delictio“	273
aa) Verletzte Vorschrift dient Schutz des Leistenden	273
bb) Irrtumsfälle	274
cc) Betrug, Nötigung und Zwang	276
c) Berufung auf die Unerlaubtheit nicht nötig.....	277
III. Auffassungen im Schrifttum.....	279
IV. Reformbestrebungen.....	281

V. Rechtsvergleich	284
1. Rechtsvergleichende Zusammenfassung.....	284
2. Kritische Würdigung und Schlussfolgerungen für das deutsche Recht.....	284
§ 3 Gesamtergebnis zum Vierten Teil	292
Schlussbetrachtung.....	295
Annex I	XV
Annex II.....	XVII
Annex III	XIX
Literaturverzeichnis	XXI

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	anderer Ansicht
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Amtsgericht/Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
ArchBürgR	Archiv für Bürgerliches Recht (Zeitschrift)
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
Az.	Aktenzeichen
BÄO	Bundesärzteordnung
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BauR	Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht
BauRG	Baurechtsgesetz (Österreich)
BB	Der Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BBiG	Berufsbildungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BtMG	Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln
bzw.	beziehungsweise
C.c.	Codice Civile
CLJ	Cambridge Law Journal (Zeitschrift)
D.	Digesten
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
d.h.	das heißt
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DCFR	Draft Common Frame of Reference

ders.	derselbe
Diss.	Dissertation
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
et al.	und andere
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen (Österreich)
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f./ff.	folgend/e
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift/ Festgabe
gem.	gemäß
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GewArch	Gewerbe-Archiv (Zeitschrift)
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
IBR	Immobilien- und Baurecht (Zeitschrift)
i.d.R.	in der Regel
insbes.	insbesondere
i.R.d.	im Rahmen der/des
i.S.d.	im Sinne der/des
i.S.e.	im Sinne einer/s
i.V.m.	in Verbindung mit
i.Ü.	im Übrigen
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
JB	Juristische Blätter (Zeitschrift/Österreich)
Jh.	Jahrhundert
JherJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung

KJ	Kritische Justiz (Zeitschrift)
krit.	kritisch
KTS	Zeitschrift für Insolvenzrecht: Konkurs – Treuhand – Sanierung
LG	Landgericht
Lit.	Literatur
LMK	Kommentierte BGH-Rechtsprechung Lindenmaier-Möhning
LQR	Law Quarterly Review (Zeitschrift/England)
MaBV	Makler- und Bauträgerverordnung
MBO	Musterberufsordnung der deutschen Ärzte
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
m.E.	meines Erachtens
MietRVerbG	Gesetz zur Verbesserung des Mietrechts und zur Begrenzung des Mietanstiegs sowie zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen
Mot.	Motive
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NdsRpfl.	Niedersächsische Rechtspflege (Zeitschrift)
NJ	Neue Justiz. Zeitschrift für Rechtsentwicklung und Rechtsprechung
NJOZ	Neue juristische Online Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport Zivilrecht
Nr.	Nummer
NZ	Österreichische Notariatszeitung
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
OR	Obligationenrecht (Schweiz)
OwiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RBerG	Rechtsberatungsgesetz

RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Satz/ Seite
s.	siehe
SchwarzArbG	Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
SLS	Legal Studies – The Journal of the Society of Legal Scholars (Zeitschrift/ England)
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannte/ r/ s
Sp.	Spalte
st.	ständige
StBerG	Steuerberatungsgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
str.	streitig/ strittig
StVO	Straßenverkehrsordnung
s.u.	siehe unten
Süddt. JZ	Süddeutsche Juristenzeitung
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen
TIL	Theoretical Inquiries in Law (Zeitschrift/ England)
TVG	Tarifvertragsgesetz
u.a.	unter anderem/ unter anderen/ und andere
u.U.	unter Umständen
Urt.	Urteil
v.	vom
v.a.	vor allem
VersR	Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
VuR	Verbraucher und Recht (Zeitschrift)
WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung (Zeitschrift)
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht

WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Zeitschrift)
WiStG	Wirtschaftsstrafgesetz
WuB	Kommentierende Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZfBR	Zeitschrift für Baurecht
ZfIR	Zeitschrift für Immobilienrecht
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZJS	Zeitschrift für das juristische Studium
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
zust.	zustimmend
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
z.T.	zum Teil
zutr.	zutreffend

PROBLEMAUFRISS

§ 1 Bedeutung der Thematik

Die Konditionssperre des § 817 Satz 2¹ – dieser Titel klingt zunächst wenig spektakulär. Handelt es sich bei § 817 Satz 2 doch um eine Vorschrift, die – so scheint es – mittlerweile hinlänglich diskutiert wurde. Die Ursprünge der Norm, die im Rahmen des Bereicherungsrechts unscheinbar und exotisch anmutet, gehen auf das römische Recht zurück²; § 817 Satz 2 selbst besteht seit Inkrafttreten des BGB in unveränderter Form. Unzählige Wissenschaftler haben sich seitdem mit Sinn (und Unsinn) des § 817 Satz 2 beschäftigt³, immer wieder – schon zu Zeiten des Reichsgerichts⁴ – wurde die Vorschrift Gegenstand kontrovers diskutierter höchstrichterlicher Entscheidungen. Der Verdacht, dass mit einer Abhandlung über § 817 Satz 2 zwangsläufig mehr oder minder ausgetretene Pfade beschritten werden, drängt sich daher geradezu auf.

Eine nähere Befassung mit der Thematik zeigt jedoch bald, dass der erste Eindruck täuscht. Der Umfang und die Vielfalt der über die Jahre, gerade auch in jüngerer Vergangenheit⁵, ergangenen höchstrichter-

¹ §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

² Zur Entstehungsgeschichte des § 817 Satz 2 siehe unten *Erster Teil*, § 1.

³ Aus der umfangreichen Literatur seien an dieser Stelle lediglich beispielhaft genannt: *Heck*, AcP 124 (1925), 1 ff.; *von Caemmerer*, Süddt. JZ 1950, 646 ff.; *Obernalte*, NJW 1957, 1427 f.; *Bufe*, AcP 157 (1958/59), 215 ff.; *Fabricius*, JZ 1963, 85 ff.; *Vogel*, Auslegung und Anwendung des § 817 Satz 2 BGB unter dem Prinzip des Leistungsgleichgewichts; *Seiler*, in: FS Felgentraeger, S. 379 ff.; *Rost*, Probleme der Kondiktion wegen mißbilligter Leistungsannahme; *Medicus*, in: FS Dietz, S. 61 ff.; *Honsell*, Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte; *ders.*, in: FS Seiler, 473 ff.; *Westermann*, in: FS Seiler, S. 485 ff.; *Dauner*, JZ 1980, 495 ff.; *Weyer*, WM 2002, 627 ff.; *Wambach*, Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gesetzes- oder sittenwidriger Verträge; *Wazlawik*, ZGS 2007, 336 ff.

⁴ Vgl. aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts z.B. die zahlreichen Entscheidungen zu Bordellkauf- und Pachtverträgen: RGZ 63, 179; RGZ 68, 97 ff.; RGZ 71, 432; RGZ 86, 191. Ferner zu wucherischen Darlehensverträgen: RGZ 151, 70; RGZ 161, 52.

⁵ Z.B. BGHZ 111, 308 = NJW 1990, 2542 (Schwarzarbeit); BGHZ 118, 142 = NJW 1992, 2021 (Abschlussprüfer); BGH NJW 2005, 1490 (Radarwarngerät); BGH NJW 2006, 45; BGH NJW 2008, 1942 (Schenkkreise). Ausführlich zu diesen (und anderen) Entscheidungen s.u. *Dritter Teil*.

lichen Entscheidungen lässt erahnen, wie groß die Bedeutung des § 817 Satz 2 für die Praxis auch heute noch ist. Die Konditionssperre bei Gesetzes- oder Sittenverstoß des Leistenden steht in engem Zusammenhang mit den allgemeinen Nichtigkeitsnormen der §§ 134, 138. Daher wird der Problemgehalt des § 817 Satz 2 maßgeblich von der aktuellen Normsituation im Rahmen der §§ 134, 138 bestimmt. Diese wiederum zeichnet sich angesichts des rapiden Anwachsens von Verbotsnormen und der Verschärfung des Sittenwidrigkeitsmaßstabes⁶ vor allem durch eine quantitative Steigerung an Problemlagen aus⁷. Die im Fokus der Konditionssperre stehenden gesetzes- oder sittenwidrigen Geschäfte berühren alle Bereiche des Alltags- und vor allem auch des Wirtschaftslebens und nehmen im Rahmen der Rückabwicklung gescheiterter Rechtsgeschäfte in der Praxis den wichtigsten Platz ein⁸. Auf der bunten Palette an Fallgestaltungen, für die § 817 Satz 2 relevant wird, finden sich Bordellkäufe, Wuchergeschäfte und Verträge mit Schwarzarbeitern oder Winkeladvokaten ebenso wie Titelkäufe und sittenwidrige Schneeballsysteme.

Trotz der großen Bedeutung des § 817 Satz 2 sowie seiner langen Historie handelt es sich noch immer um eine in vielerlei Hinsicht heftig umstrittene Vorschrift⁹. Sinn und Zweck sowie Anwendungsbereich der Norm sind mitnichten geklärt. Auch in jüngster Vergangenheit wird die Systemgerechtigkeit des § 817 Satz 2 in Zweifel gezogen¹⁰. Die Rechtsprechung befindet sich immer noch auf „schwankendem Boden“¹¹ und ist geprägt von einer unüberschaubaren Zahl an Einzelent-

⁶ Mit Ausnahme der umgekehrten Tendenz im Sexualbereich, vgl. hierzu auch *König*, Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 125.

⁷ So auch *Joerges*, in: Alternativkommentar, § 817, Rn. 7; *König*, Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 125; *Damm*, JZ 1986, 913, 914.

⁸ Vgl. *König*, Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 125.

⁹ *Honsell* konstatiert zu Beginn seiner Monographie über § 817 Satz 2: „Kaum eine Bestimmung des Bürgerlichen Gesetzbuches ist so umstritten wie § 817 Satz 2“, vgl. *Honsell*, Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte, S. 1. An diesem Befund hat sich bis heute nichts geändert, vgl. nur *Lorenz*, in: Staudinger, § 817, Rn. 4; *Armgaradt*, NJW 2006, 2070.

¹⁰ *Wazlawik*, ZGS 2007, 336. In der Literatur besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass die Vorschrift in ihrem Regelungsanliegen missglückt ist, vgl. etwa *Westermann/Buck-Heeb*, in: Erman, § 817, Rn. 2; *Joerges*, in: Alternativkommentar, § 817, Rn. 1; *Heimann-Trosien*, in: RGRK, § 817, Rn. 11; *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 200, § 6 V; *Honsell*, JA 1986, 573, 440.

¹¹ *Lorenz*, in: Staudinger, § 817, Rn. 10.

scheidungen, deren Stimmigkeit nicht immer auf den ersten Blick einleuchtet¹². Hinter den unzähligen Streitfragen, die sich um § 817 Satz 2 ranken, verbirgt sich eine Grundfrage der Gesetzesanwendung, die das Spannungsfeld zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit berührt. Denn § 817 Satz 2 ist eine Ausnahme von der Rückabwicklung rechtsgrundlos erbrachter Leistungen, deren Anwendung in der Praxis unbestritten nicht immer zu gerecht erscheinenden Ergebnissen führt¹³. Kann man nun eine solche Norm im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung in einigen Fällen entgegen ihres ausdrücklichen Wortlauts unangewendet lassen, um Einzelfallgerechtigkeit zu erreichen, und wenn ja, wie ist dies rechtsdogmatisch zu bewerkstelligen, ohne das hohe Gut der Rechtssicherheit zu opfern?

Bei den von § 817 Satz 2 aufgeworfenen Fragen handelt es sich nicht um eine Besonderheit des deutschen Rechts. Vielmehr hat ein dem § 817 Satz 2 vergleichbares Rückforderungsverbot über die Rezeption des römischen Rechts Eingang in die meisten europäischen Rechtsordnungen gefunden¹⁴. Obwohl die entsprechenden Vorschriften in allen Ländern gleichermaßen umstritten und problembehaftet sind, verzichtet auch der *Draft Common Frame of Reference*, der im Zuge der Vorarbeiten zu einem gemeinsamen Europäischen Zivilgesetzbuch entstanden ist, nicht auf die Kodifizierung eines entsprechenden Grundsatzes¹⁵. Der Gedanke, der § 817 Satz 2 zugrunde liegt, dürfte also trotz seiner rechtspolitischen Brisanz auch zukünftig in der juristischen Diskussion Bedeutung behalten.

Die Vorschrift des § 817 Satz 2 entpuppt sich somit als eine unverändert aktuelle Norm. Sie wirft viele ungeklärte Streitfragen auf, anhand derer mit Hilfe der Rechtsdogmatik Antworten auf die Vielgestaltigkeit des Lebens gesucht werden müssen, um sowohl dem Bordellverkäufer als auch dem Wucherer, dem Schwarzarbeiter und dem Win-

¹² Zur Handhabung des § 817 Satz 2 in der Praxis s.u. *Dritter Teil*.

¹³ Das Bedürfnis nach einer Beschränkung des § 817 Satz 2 ist daher allgemein anerkannt, vgl. nur *Martinek*, in: jurisPK-BGB, § 817, Rn. 34; *von Sachsen Gessaphe*, in: Anwaltkommentar, § 817, Rn. 1. Näher zu den Einschränkungsversuchen, die Rechtsprechung und Schrifttum unternommen haben, s.u. *Zweiter* und *Dritter Teil*.

¹⁴ Ein Überblick zur Bedeutung der Rückforderungssperre in anderen europäischen Ländern findet sich bei *Slechtriem*, Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa, S. 217 ff., 637 ff. Näher zu der Thematik aus rechtsvergleichender Sicht s.u. *Vierter Teil*.

¹⁵ Vgl. Chapter 6, VII. – 6: 103. Näher hierzu s.u. *Erster Teil*, § 1 III. 3.

keladvokaten ebenso wie dem Titeltäufer und dem Schenkkreisinitiator gerecht zu werden.

§ 2 Fragestellung und Zielsetzung

Aus der Vielzahl an Einzelproblemen, die § 817 Satz 2 aufwirft, lassen sich zwei Kernprobleme herauschälen, auf denen wiederum viele Streitfragen aufbauen.

Zum einen wurde bis heute keine Einigkeit über die Ratio der Vorschrift erzielt. Teilweise wird der Norm jeder eigene Sinngehalt abgesprochen und für eine Abschaffung des § 817 Satz 2 plädiert¹⁶. Die Rechtsprechung hält die Bestimmung zumindest für „rechtspolitisch zweifelhaft“¹⁷, für Andere ist der Sinn der Vorschrift „dunkel“¹⁸. Die „Rätselnorm“¹⁹ des § 817 Satz 2 scheint sich auf keinen allgemein anerkannten rechtspolitischen Grundgedanken zurückführen zu lassen. Aus dieser Unklarheit resultieren folgenschwere Probleme, da Sinn und Zweck einer Norm Grundlage jeder Auslegung sind.

Zum anderen stellt sich das Problem, dass bei manchen Gesetzes- oder Sittenverstößen der strikte Kondiktionsausschluss, unter anderem wegen der damit einhergehenden einseitigen Begünstigung des Leistungsempfängers in Vorleistungsfällen, dem Gerechtigkeitsempfinden zu widersprechen scheint. Angesichts der mittlerweile unüberschaubaren Vielzahl an Verbotsnormen, vor allem aus dem wirtschaftsrechtlichen Bereich, sowie der Vielfalt möglicher Fallkonstellationen scheint eine unreflektierte Gleichbehandlung eines jeden Falls problematisch. Es offenbart sich ein Spannungsverhältnis zwischen der pauschalen Anordnung eines Rückforderungsausschlusses durch das Gesetz auf der einen und der Mannigfaltigkeit relevanter Fallgestaltungen, die mit unterschiedlichen Bedürfnissen der Betroffenen einhergehen, auf der anderen Seite. Hieraus resultiert in gewissen Fällen die Notwendigkeit einer Einschränkung des § 817 Satz 2. Die Rechtsprechung reagiert auf die Problematik mit einer restriktiven

¹⁶ Obernolte, NJW 1957, 1427, 1428; Reeb, Grundprobleme des Bereicherungsrechts, S. 67.

¹⁷ Vgl. etwa BGHZ 111, 308, 312 = NJW 1990, 2542, 2543; BGHZ 118, 182, 193 = NJW 1992, 2557, 2560; OLG Köln NJW-RR 2002, 1630, 1631; ähnlich schon RGZ 151, 70, 72; BGHZ 75, 299, 305 = NJW 1980, 452, 453.

¹⁸ Schwab, in: MünchKomm, § 817, Rn. 9.

¹⁹ Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 199, § 6 V.

Handhabung der Norm²⁰ und umgeht ihre Anwendung mit den verschiedensten „dialektischen Kniffen“²¹. Die Konsequenz ist eine kaum mehr überschaubare Kasuistik, die mit dem Vorwurf konfrontiert wird, sich zu einer nicht mehr nachvollziehbaren, von Imponderabilien des persönlichen Eindrucks geleiteten Billigkeitsjudikatur entwickelt zu haben²². Sinnvolle, allgemeingültige Kriterien, die eine vorhersehbare und nachvollziehbare Lösung eines jeden Falles ermöglichen und die dennoch Raum für eine flexible Berücksichtigung einzelfallbezogener Umstände lassen, wurden bislang weder von der Rechtsprechung noch vom Schrifttum, wo jeweils verschiedenste Lösungsansätze für eine Handhabung des § 817 Satz 2 vorgeschlagen wurden, gefunden.

An diese Kernprobleme in Zusammenhang mit der Konditionssperre des § 817 Satz 2 knüpfen die beiden wesentlichen Ziele der vorliegenden Untersuchung an:

Wegen der zentralen Bedeutung der Frage nach der Ratio des § 817 Satz 2 soll sich ein wichtiger Teil der Arbeit diesem Aspekt widmen, um eine Grundlage für die Behandlung der weiteren, hierauf aufbauenden Fragen zu schaffen. Der aktuelle Meinungsstand wird dargestellt und kritisch gewürdigt, um entscheiden zu können, ob die Vorschrift tatsächlich rechtspolitisch verfehlt ist oder ob nicht im Gegenteil in ihr ein „berechtigter Kern“²³ steckt.

Neben der Untersuchung der ratio legis, die die Erörterung der weiteren Problemstellungen vorbereiten soll, stehen die Bemühungen von Literatur und auch Rechtsprechung, den strikten Rückforderungsausschluss einzuschränken sowie die jeweiligen Begründungsmodelle im Zentrum der Darstellung. Anhand ausgewählter Beispielfälle soll die Entwicklung der Rechtsprechung zu § 817 Satz 2 nachgezeichnet wer-

²⁰ Zu den Einschränkungsversuchen der Rechtsprechung ausführlich *Dritter Teil*, § 1.

²¹ *Wilburg*, Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht, S. 11.

²² *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts II/2, S. 167, § 69; ähnlich auch *Wazlawik*, ZGS 2007, 336, 340; *Schmidt-Recla*, JZ 2008, 60, 65.

²³ *König*, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, S. 1542; ähnlich *ders.*, Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 129; *von Caemmerer*, Süddt. JZ 1950, 646, 649; *Tiedtke*, DB 1990, 2307, 2310; *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II, S. 390, § 18; *Wieling*, Bereicherungsrecht, S. 40, § 3 III; *Canaris*, in: FS Steindorff, S. 524; *Prölss*, ZHR 132 (1969), 35; *Niederländer*, in: FS Gutzwiller, S. 622 f.; *Mühl/Hadding*, in: Soergel, § 817, Rn. 2, 11.

den. In diesem Rahmen ist es das wichtigste Anliegen, die Fülle an vorhandenen Einzelentscheidungen zu systematisieren. Auf Basis der Bildung von Fallgruppen wird versucht, die rechtsdogmatischen und normativen Grundlagen der Rechtsprechung und die jeweils maßgeblichen Interessenbewertungen – insbesondere im Hinblick auf eine Restriktion der Norm – herauszuarbeiten. Da der § 817 Satz 2 gerade auch in der jüngeren Rechtsprechung eine Rolle spielt²⁴, umfangreiche und ausführliche Untersuchungen der Thematik aber größtenteils längere Zeit zurückliegen²⁵, wird ein besonderes Augenmerk auf die aktuellen Tendenzen in der Rechtsprechung gerichtet. In diesem Zusammenhang soll geklärt werden, ob sich die Rechtsprechung tatsächlich den Vorwurf einer konturlosen Billigkeitsjudikatur gefallen lassen muss oder ob sich nicht trotz der unterschiedlichen Behandlung von Einzelfällen eine verlässliche Linie herausarbeiten lässt.

Wesentliches Anliegen der Untersuchung ist es daher nicht, den zahlreichen vorhandenen Lösungskonzepten ein völlig neues Modell zur Seite zu stellen. Vielmehr soll versucht werden, Klarheit in die Fülle der Kasuistik und Lehrmeinungen zu bringen. Auf diese Weise sollen Gesichtspunkte herausgearbeitet werden, die eine berechtigte Anwendung aber auch eine notwendige Einschränkung des § 817 Satz 2 rechtfertigen können und mit Hilfe derer Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit gewonnen werden können, ohne Flexibilität im Einzelfall einzubüßen.

§ 3 Gang der Darstellung

Die Arbeit beginnt mit einem Grundlagenteil, der einen Überblick über die rechtshistorischen Wurzeln des Kondiktionsausschlusstatbestandes sowie die Bedeutung des § 817 Satz 2 im heutigen BGB geben soll. Im Rahmen der Ausführungen zur geltenden Rechtslage stehen Fragen des Anwendungsbereichs der Vorschrift und der *ratio legis* im Zentrum der Aufmerksamkeit.

Der folgende *Zweite Teil* befasst sich mit den Lösungsansätzen, die im Schrifttum entwickelt wurden, um die Vorschrift des § 817 Satz 2 sachgerecht zu begrenzen. Besonderes Augenmerk wird dabei auf einen – in der Literatur mittlerweile weit verbreiteten und in jüngerer Vergangenheit auch von der Rechtsprechung aufgegriffenen – Ansatz

²⁴ S.o. Fn. 5.

²⁵ Eine Ausnahme bildet *Wambach*, Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gesetzes- oder sittenwidriger Verträge.

gelegt, der dem Normzweck der verletzten Verbots- oder Sittennorm Vorrang vor § 817 Satz 2 einräumt.

Im Anschluss wird in einem *Dritten Teil* die Rechtsprechung, die zu § 817 Satz 2 ergangen ist, einer umfassenden Analyse unterzogen. Ausgehend von ausgewählten Fallgruppen aus der judikativen Praxis soll herausgearbeitet werden, in welchen Konstellationen und mit welcher Begründung eine Einschränkung der Konditionssperre vorgenommen und in welchen Fällen sie demgegenüber zur Anwendung gebracht wird.

Ein rechtsvergleichender *Vierter Teil* wird die Untersuchung abrunden. Es soll versucht werden, aus einem Blick auf die Rechtslage in der Schweiz, in Österreich sowie in England gewinnbringende Schlüsse für die Handhabung des § 817 Satz 2 im innerstaatlichen Recht zu ziehen.

Die Arbeit endet mit einer Schlussbetrachtung, in der die wesentlichen Ergebnisse zusammenfassend gewürdigt werden.

ERSTER TEIL: GRUNDLAGEN

Der folgende Teil soll eine Grundlage für die weitere Darstellung bilden und einen Überblick über die Ursprünge, den Regelungsgehalt sowie den Anwendungsbereich des § 817 Satz 2 geben. Nach einem einleitenden Blick auf die rechtshistorischen Wurzeln des Kondiktionsausschlusstatbestandes²⁶ wird die Bedeutung des § 817 Satz 2 im heutigen BGB im Fokus der Aufmerksamkeit stehen²⁷. Hier geht es vor allem darum, den Anwendungsbereich des § 817 Satz 2 zu umreißen, der – nach heute einhelliger Ansicht – weit über das hinausgeht, was Wortlaut und systematische Stellung der Norm vermuten lassen²⁸. Außerdem wird die wichtige und umstrittene Frage nach Sinn und Zweck des Rückforderungsausschlusses einer eingehenden Erörterung zugeführt²⁹. Ausgenommen von der Darstellung bleiben an dieser Stelle die Einschränkungsversuche im Hinblick auf die Konditionssperre, die Rechtsprechung und Literatur unternommen haben, um rechtspolitisch unerwünschte Ergebnisse zu vermeiden. Dieser Thematik wird vielmehr jeweils ein eigener Teil gewidmet³⁰.

§ 1 Rechtshistorischer Überblick

Das Bereicherungsrecht im Allgemeinen und § 817 im Besonderen ist historisch gewachsenes Recht, das auf einen jahrhundertealten dogmengeschichtlichen Entwicklungsprozess zurückblickt und eng mit dem römischen Recht verbunden ist³¹. Das römische Bereicherungsrecht erlebte durch die Rezeption und die Pandektenwissenschaft des 19. Jahrhunderts eine Renaissance und wurde zur Grundlage für die

²⁶ Erster Teil, § 1.

²⁷ Erster Teil, § 2.

²⁸ Erster Teil, § 2 I., III.

²⁹ Erster Teil, § 2 II.

³⁰ S.u. Zweiter und Dritter Teil.

³¹ Mühl/Hadding, in: Soergel, § 817, Rn. 1; Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 4, § 1 I; S. 175, § 5 V; Jörs/Kunkel/Wenger/Honsell, Römisches Recht, S. 350 ff. Allgemein zur Geschichte des Bereicherungsrechts vgl. von Lübtow, Studien zum römischen und bürgerlichen Recht; König, Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 81 ff.; Flume, in: FS Niedermeyer, S. 103 ff.; Heine, *Condictio sine datione*, S. 156 ff. Ausführlich zu den römisch-rechtlichen Grundlagen der §§ 812 ff.: Zimmermann, *The law of Obligations*, S. 834 ff.

Schaffung des BGB³². Nicht wenige aktuelle dogmatische Ansätze zu § 817 Satz 2 nehmen Bezug auf das Kondiktionensystem des römischen Rechts und sind bemüht, aus der Behandlung der römisch-rechtlichen Vorbilder in der Vergangenheit Lösungen für die Probleme, die die Handhabung des § 817 Satz 2 in der Gegenwart mit sich bringt, zu finden³³. Ohne Kenntnis der rechtsgeschichtlichen Zusammenhänge ist eine zutreffende Einordnung dieser Ansätze, die sich auf eine historische Auslegung der Vorschrift konzentrieren, nicht möglich. Hieraus erschließt sich die Bedeutung der geschichtlichen Grundlagen für das Verständnis des heutigen § 817. Gleichzeitig stößt man bei einer rechtsgeschichtlichen Untersuchung der Norm aber auch auf Schwierigkeiten, die die Bedeutung der historischen Zusammenhänge wiederum in gewissem Maße relativieren. Insbesondere die Befassung mit den zugrunde liegenden römischen Quellen liefert oftmals keine eindeutigen Erkenntnisse zu § 817 Satz 2, sondern hinterlässt vielmehr ein uneinheitliches, keineswegs geschlossenes Bild³⁴. Dies liegt zum einen daran, dass Bedeutung und Einzelheiten des römischen Bereicherungsrechts bis heute nicht vollständig geklärt sind, zum anderen aber auch daran, dass die vorhandenen lateinischen Digestenzitate vielfältig interpretierbar sind und im Interesse der jeweiligen dogmatischen Ansätzen auch sehr unterschiedlich interpretiert werden³⁵. Die Bedeutung der rechtshistorischen Zusammen-

³² Wegweisend für die Entwicklung des Bereicherungsrechts im BGB waren insbes. die Konzepte *Friedrich Carl von Savignys*: vgl. hierzu auch *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, S. 97 ff.; *Loewenheim*, Bereicherungsrecht, S. 3 ff.

³³ Historisch orientierte Ansätze verfolgen insbes. *Heck*, AcP 124 (1925), 1 ff.; *Honsell*, Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte, S. 136 ff.; *Bufe*, AcP 157 (1958/59), 215 ff.; *Seiler*, in: FS Felgentraeger, S. 379 ff. Ausführlich hierzu s.u. *Zweiter Teil*, § 3, § 5 II., III.

³⁴ *Seiler*, in: FS Felgentraeger, S. 381; *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 5, § 1 I.

³⁵ *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 6, § 1 I. Ein anschauliches Beispiel für die unterschiedlichen Interpretationsmöglichkeiten lateinischer Digestenzitate bildet die sog. „Meretrixglosse“, *Ulpian* D. 12, 5, 4. In diesem lateinischen Zitat wird die Rückforderung einer Vorleistung an eine „meretrix“ (lat.: Dirne, Freudenmädchen) mit dem Ziel, diese zur Gewährung ihrer Gunst zu bewegen, abgelehnt. Während diese Stelle u.a. von *Neubecker* für ein Zitat *Ulpians* gehalten wird und ihm als Nachweis für eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Kondiktionsausschlusses auf Fälle des einseitigen Geberverstoßes dient, hält *Heck* das Zitat für „törichte Bemerkungen eines späteren Glossators, denen keinerlei Erkenntniswert zukommt“, vgl. einerseits *Neubecker*, DJZ 1902, 568, 569 f.,

menhänge für die Auslegung des § 817 und das Verständnis vieler gegenwärtiger Lösungsansätze darf daher nicht vergessen lassen, dass man sich bei dogmengeschichtlichen Rückgriffen stets auf „schwankendem Boden“³⁶ bewegt.

Ziel der folgenden Ausführungen soll es daher sein, eine Zusammenfassung des heute weitgehend anerkannten Kenntnistanandes zum rechtshistorischen Hintergrund von § 817 zu geben. Die Darstellung soll auf einen Überblick beschränkt werden und sich nicht in Einzelheiten dogmatischer Schlussfolgerungen³⁷ verlieren. Die Erörterung der rechtsgeschichtlichen Hintergründe gliedert sich in eine Darstellung der *condictio ob turpem causam* im römischen Recht, einen kurzen Blick auf die Regelungen der Naturgesetzbücher des 18. Jahrhunderts sowie einen Überblick über die Entstehungsgeschichte des § 817 im heutigen BGB.

I. Der Kondiktionsausschluss im römischen Bereicherungsrecht

Bereits das römische Recht kannte eine *condictio ob turpem causam*, die die Rückforderung einer Leistung ermöglichte, wenn der Leistungsempfänger sittenwidrig gehandelt hat (*turpitudō accipientis*) sowie einen Kondiktionsausschluss bei beiderseitiger Sittenwidrigkeit (*turpitudō utriusque* bzw. *par turpitudō*)³⁸.

1. Die *condictio ob turpem causam* als Unterfall der *condictio ob rem*

Eine nähere Beschäftigung mit dem römischen Bereicherungsrecht³⁹ mit Blick auf die hier interessierende Rückabwicklung verbotener

andererseits Heck, AcP 124 (1925), 1, 42 sowie Honsell, Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte, S. 93.

³⁶ Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 5, § 1 I.

³⁷ Hierauf wird im Rahmen der jeweiligen historisch orientierten Ansätze näher eingegangen, vgl. *Zweiter Teil*, § 3, § 5 II., III.

³⁸ Zur Rückabwicklung verbotener Geschäfte im röm. Recht vgl. auch Lorenz, in: Staudinger, § 817, Rn. 1 ff.; Heck, AcP 124 (1925), 1 ff.; Seiler, in: FS Felgentraeger, S. 379; Honsell, Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte, S. 65 ff., 96 ff.; Jörs/Kunkel/Wenger/Honsell, Römisches Recht, S. 354; König, Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 126; von Büren, SJZ 58 (1962), 225, 227 f.; Zimmermann, The law of Obligations, S. 844 ff., 863 ff.

³⁹ Das römische Konditionensystem war durch viele Einzeltatbestände gekennzeichnet. Ein Grundtatbestand, insbesondere eine allgemeine Kondiktion wegen mangelnden Rechtsgrundes (*condictio sine causa*) war

Rechtsgeschäfte bringt die grundlegende und auf den ersten Blick überraschende Erkenntnis, dass die *condictio ob turpem causam* im römischen Recht überhaupt keine selbständige Bedeutung hatte. Vielmehr war sie nur ein Unterfall der *condictio ob rem*⁴⁰, die unterschiedlichen Regeln folgte, je nachdem, ob der mit der Leistung erstrebte Zweck ein sittenwidriger (*res turpis*) war oder nicht (*res honesta*)⁴¹.

Die Anwendung der *condictio ob rem* unterlag im römischen Recht zwei wichtigen Einschränkungen: Zum einen galt sie lediglich für Fälle, in denen nicht zum Zwecke der Erfüllung oder Schuldtilgung geleistet wurde, sondern beschränkte sich auf außervertragliche Leistungen⁴². Zum anderen umfasste sie lediglich Leistungen, die zur Veranlassung einer *künftigen* Handlung erfolgt waren⁴³.

Um die Bedeutung der *condictio ob rem* im römischen Recht zu verstehen, muss man sich vor Augen halten, dass sich das römische Kontraktssystem grundlegend vom heutigen Vertragsrecht unterschied. Das römische Recht war von einem *numerus clausus* der Vertragstypen geprägt, es waren also nur bestimmte Vertragstypen zulässig⁴⁴. Im

dem römischen Recht unbekannt. In der Hauptsache gab es drei Kondiktionstypen, nämlich 1. die *condictio indebiti* (sie ist heute in der allgemeinen Leistungskondiktion aufgegangen, diente im römischen Recht v.a. der Rückforderung einer in entschuldbarem Irrtum gezahlten Nichtschuld und stellte primär auf das Verfehlen des Leistungszwecks ab), 2. die *condictio ob causam finitam* (sie kam bei späterem Wegfall des Rechtsgrundes zum Zug) und 3. die *condictio ob rem*. Zu weiteren Einzelheiten des römischen Kondiktionensystems vgl. z.B. von Lübtow, Studien zum römischen und bürgerlichen Recht; Jörs/Kunkel/Wenger/Honsell, Römisches Recht, S. 350 ff.; Zimmermann, The law of Obligations, S. 834 ff.

⁴⁰ Die *condictio ob rem* wurde z.T. auch *condictio ob causam datorum* oder im Vulgärlatein *condictio causa data causa non secuta* genannt.

⁴¹ Ausführlich Honsell, Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte, S. 65; Jörs/Kunkel/Wenger/Honsell, Römisches Recht, S. 354. Ferner s. auch König, Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 126; Lorenz, in: Staudinger, § 817, Rn. 1; Schwab, in: MünchKomm, § 817, Rn. 6; Westermann/Buck-Heeb, in: Erman, § 817, Rn. 1.

⁴² Vgl. Liebs, JZ 1978, 697, 698; Loewenheim, Bereicherungsrecht, S. 60; Lorenz, in: Staudinger, § 812, Rn. 80.

⁴³ Vgl. Honsell, Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte, S. 70, 73 f.

⁴⁴ Allgemein zum römischen Obligationenrecht: Jörs/Kunkel/Wenger/Honsell, Römisches Recht, S. 294 ff.; Zimmermann, Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit, S. 1 ff.