

Prof. Dr. Tobias Frösche

Außervertragliches Schuldrecht

Wintersemester 2017/18

Inhalt

I. Überblick.....	4
A. Entstehung von Schuldverhältnissen.....	4
B. Nicht vertragliche Schuldverhältnisse.....	4
1. Privatautonomie.....	5
2. Reihenfolge der Fallprüfung.....	6
II. Unerlaubte Handlungen.....	7
A. Überblick über die Deliktstatbestände.....	7
B. Rechtswidriger Eingriff in absolute Rechte (§ 823 Abs. 1 BGB).....	8
1. Rechtsverletzung.....	9
2. Tathandlung.....	15
3. Haftungsbegründende Kausalität.....	17
4. Widerrechtlichkeit.....	18
5. Verschulden.....	19
6. Schaden.....	20
7. Haftungsausfüllende Kausalität.....	25
C. Verletzung eines Schutzgesetzes (§ 823 Abs. 2 BGB).....	25
1. Schutzgesetz.....	25
2. Verstoß.....	26
3. Verschulden.....	26
4. Schaden und Kausalität.....	27
D. Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung (§ 826 BGB).....	27
E. Einzeldelikte (§§ 824, 825, 839a BGB).....	28
1. Kreditgefährdung.....	28
2. Bestimmung zu sexuellen Handlungen.....	29
3. Sachverständigenhaftung.....	29
F. Ansprüche aus vermutetem Verschulden.....	30
1. Verrichtungsgehilfe (§ 831 BGB), aufsichtsbedürftige Person (§ 832 BGB).....	30
2. Gebäudehaftung (§§ 836 bis 838 BGB).....	32
G. Echte Gefährdungshaftung.....	32
1. Tierhaftung (§§ 833, 834 BGB).....	32
2. Tatbestände in Spezialgesetzen.....	33
H. Amtshaftung.....	33
I. Beteiligung mehrerer (§§ 830, 840 BGB).....	34
1. Nebentäter.....	35
2. Mittäterschaft und Teilnahme.....	35
3. Alternativtäterschaft.....	35
III. Geschäftsführung ohne Auftrag.....	37

A. Überblick	37
B. Besorgung eines fremden Geschäfts.....	37
1. Objektiv fremdes Geschäft und unechte GoA.....	38
2. Subjektiv fremdes Geschäft	39
3. Auch fremdes Geschäft	39
C. Ohne Auftrag	40
D. Ansprüche aus GoA.....	41
1. Anspruch des Geschäftsführers auf Aufwendungsersatz	41
2. Ansprüche des Geschäftsherrn	43
3. Beteiligung nicht voll Geschäftsfähiger	44
IV. Ungerechtfertigte Bereicherung	45
A. Überblick	45
B. Bereicherungsgegenstand	46
C. Leistungskonditionen.....	46
1. Der Leistungsbegriff	46
2. Die <i>condictio indebiti</i>	46
3. Die <i>condictio ob causam finitam</i>	49
4. Die <i>condictio ob rem</i>	50
5. Die Kondiktionen des § 817 Satz 1 BGB.....	51
6. Die Kondiktion wegen peremptorischer Einreden	51
D. Nichtleistungskonditionen.....	52
1. Die Fälle des § 816 BGB.....	52
2. Andere Nichtleistungskondiktionen	54
E. Bereicherungsrechtliche Haftung	57
1. Herausgabe des Erlangten	57
2. Nutzungsherausgabe.....	57
3. Wertersatz und Entreicherung	57
4. Verfolgung in die dritte Hand	59
5. Übergang zum allgemeinen Leistungsstörungenrecht.....	59
6. Rückabwicklung synallagmatischer Verträge - Saldotheorie	60
F. Bereicherungsausgleich in Dreiecksverhältnissen	61
1. Problem	61
2. Lösung.....	63

I. Überblick

A. Entstehung von Schuldverhältnissen

Die Entstehung von Schuldverhältnissen ist nicht allgemein gesetzlich geregelt. § 311 Abs. 1 S. 1 BGB bestimmt, daß ein Vertrag hierfür ausreichend und bei „rechtsgeschäftlichen“ Schuldverhältnissen in der Regel auch erforderlich ist. Daraus folgt zugleich aber auch, daß ein Vertrag nicht stets notwendig ist, um ein Schuldverhältnis zu erzeugen. Allerdings bedarf es dann einer gesetzlichen Regelung, denn wo es nicht die privatautonome Einigung ist, die Rechte und Pflichten des Bürgers erzeugt, kann es nur die Rechtsordnung als solche, also das Gesetz im weitesten Sinne des Begriffs (nämlich dem des Art. 2 EGBGB) sein.

Man spricht daher auch von **gesetzlichen Schuldverhältnissen**. Dieser Begriff ist jedoch unscharf, denn der Entstehungsgrund liegt meist auch hier in einem bestimmten menschlichen Handeln, selten folgt ein Schuldverhältnis bereits aus einem Naturereignis oder Zustand. Allen gesetzlichen Schuldverhältnissen ist gemein, daß sie letzten Endes eine Ausnahme von dem Grundsatz *casum sentit dominus* bilden. Sie verteilen Lasten unter Privaten anders, als sie durch die Vermögensverhältnisse verteilt sind.

B. Nicht vertragliche Schuldverhältnisse

Die **wichtigsten** der nicht vertraglichen Schuldverhältnisse, nämlich

- die Unerlaubten Handlungen (§§ 823 ff. BGB),
- die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB) und
- die Ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812 ff. BGB)

sollen in dieser Vorlesung näher behandelt werden. Sie sind aber bei weitem nicht die einzigen außervertraglichen Schuldverhältnisse, die das BGB kennt:

Ein **Rechtsgeschäft**, aber keinen Vertragschluß zwischen Gläubiger und Schuldner setzen z.B. voraus:

- die Ansprüche aus §§ 160, 179 BGB,
- die Auslobung (§ 657 ff. BGB) und
- die Gewinnzusage (§ 661a BGB).

Auf **einen Vertragschluß zielende Handlungen** können nach § 311 Abs. 2 und 3 BGB ein Schuldverhältnis erzeugen, bevor noch ein Vertrag zustandekommt, eine Willenserklärung abgegeben wird oder auch ohne daß das überhaupt jemals geschieht. Dieses Schuldverhältnis ist allerdings auf die Obhuts- und Rücksichtnahmepflichten des § 241 Abs. 2 BGB beschränkt. Leistungspflichten erzeugt es nicht.

Das Innenverhältnis der schlichten **Bruchteilsgemeinschaft** (§ 741 ff. BGB) entsteht gemeinsam mit ihr und unabhängig davon, wodurch sie ihrerseits entstanden ist. Ein Vertrag zwischen den Gemeinschaftern ist zu ihrer Entstehung nicht erforderlich, wodurch sie sich von der Gesellschaft unterscheidet, an die sie sonst angelehnt ist.

Die **Vorlageansprüche** aus § 809 ff. BGB setzen zwar allesamt eine irgendwie geartete Beziehung zwischen ihrem Gläubiger und ihrem Schuldner voraus, aber nicht zwangsläufig einen Vertrag. Ähnliches gilt für den mit ihnen verwandten, direkt aus § 242 BGB abgeleiteten **allgemeinen Auskunftsanspruch** desjenigen, der ein rechtliches Interesse an der Auskunft aber keine andere Informationsmöglichkeit hat gegen denjenigen, der sie ihm ohne weiteres geben kann. Auch das setzt voraus, daß zwischen Gläubiger und Schuldner bereits eine Sonderbeziehung existiert, die aber kein vertragliches Schuldverhältnis zu sein braucht.

Auch **außerhalb des Schuldrechts** entstehen gelegentlich Rechtsverhältnisse, die Schuldverhältnissen zumindest ähneln, so z.B.

- das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (§§ 987 ff. BGB),
- das nachbarschaftliche Gemeinschaftsverhältnis (§ 906 BGB),
- das Verhältnis des Sorge- zum Umgangsberechtigten aus § 1684 Abs. 2 BGB,
- das Innenverhältnis der Erbengemeinschaft, für das in weitem Umfang die §§ 743 ff. BGB für entsprechend anwendbar erklärt werden,
- das Verhältnis des Vermächtnisnehmers zu dem mit dem Vermächtnis Belasteten (§§ 2174 ff. BGB).

Gelegentlich kommt hier – mit aller Vorsicht – die ergänzende Anwendung von Normen des allgemeinen Schuldrechts in Frage. Das hängt aber sehr vom jeweiligen Rechtsverhältnis ab. Daß auf Pflichtverletzungen in einer Erbengemeinschaft § 280 Abs. 1 BGB entsprechend angewendet werden kann, ist angesichts der großen Ähnlichkeit mit der Bruchteilsgemeinschaft relativ klar. Soweit der BGH das auch für das Verhältnis aus § 1684 Abs. 2 BGB angenommen hat, ist das umstritten geblieben.

1. Privatautonomie

Obwohl sie in ihrer Entstehung nicht von einem Vertrag abhängen, gilt § 311 Abs. 1 BGB ansonsten auch für gesetzliche Schuldverhältnisse. Sie können uneingeschränkt durch einfachen Vertrag **abgeändert** oder auch ganz **aufgehoben** werden, *nachdem* sie entstanden sind.

Die *antezipierte vertragliche Abänderung* gesetzlicher Schuldverhältnisse ist in Grenzen ebenfalls möglich. Aus § 276 Abs. 3 BGB folgt allerdings, daß ein vertraglich vereinbarter Ausschluß deliktischer Ansprüche Vorsatztat nicht erfassen kann. Wird dergleichen vereinbart, kann das höchstens als eine die Rechtswidrigkeit der Tat beseitigende – dann aber widerrufliche – Einwilligung auszulegen sein.

Oft besteht ein **vertragliches Schuldverhältnis** zwischen seinen Beteiligten bereits vor der Entstehung des gesetzlichen. Dann kann der Vertragsinhalt dahin auszulegen sein, daß er auch Ansprüche aus gesetzlichen Schuldverhältnissen **modifiziert** (Ausstrahlwirkung). Das ist eine Frage der Auslegung des Vertrages.

Auch zwingendes oder dispositives **Gesetzesrecht** kann eine solche Ausstrahlwirkung auf außervertragliche Schuldverhältnisse haben. Das ist eine Frage der Auslegung des Gesetzes nach seinem Sinn und Zweck. Würde es seinen Zweck andernfalls verfehlen, ist von der Ausstrahlwirkung auszugehen. So wären z.B. gesetzliche Haftungserleichterungen wie die aus § 690 BGB weitgehend wirkungslos, würde die Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB nur einfache Fahrlässigkeit voraussetzen. Die kurze Verjährung in § 548 Abs. 1 BGB würde dem Mieter nicht viel helfen, bliebe er danach noch immer aus § 823 Abs. 1 BGB verpflichtet, für Verschlechterungen der Mietsache Schadensersatz zu leisten. Beide Vorschriften werden daher dahin ausgelegt, daß sie auch Parallelansprüche aus Delikt erfassen. Auch die deliktische Haftung für Verlust oder Beschädigung der hinterlegten Sachen folgt daher dem Verschuldensmaßstab des § 277 BGB. Auch die Ansprüche des Mieters aus § 823 Abs. 1 BGB wegen einer Verschlechterung der Mietsache verjähren sechs Monate nach ihrer Rückgabe.

Hin und wieder greift sogar das noch zu kurz. So kann es ja nicht sein, daß derjenige, der sich vertraglich zur unentgeltlichen Verwahrung einer Sache verpflichtet, den Verlust der Sache nur nach Maßgabe von § 277 BGB zu vertreten hat, dagegen derjenige auch für einfache Fahrlässigkeit haftet, der die Aufbewahrung ohne Rechtsbindungswillen aus reiner Gefälligkeit übernimmt. § 690 BGB muß auch auf ihn (analog) angewendet werden. Auch wenn sie keinerlei Pflichten erzeugen, können daher sogar **Gefälligkeitsverhältnisse** den Inhalt außervertraglicher Schuldverhältnisse beeinflussen, nämlich wenn andernfalls ohne Rechtsbindungswillen schärfer gehaftet würde als mit.

2. Reihenfolge der Fallprüfung

Aus dem Verhältnis der gesetzlichen Schuldverhältnisse zueinander und zu vertraglichen Schuldverhältnissen ergeben sich für die Fallprüfung **einige Regeln**, die beachtet werden sollten, wenn der Aufbau nicht besonders komplex und damit fehleranfällig werden soll:

Da – wie oben schon dargestellt – ein zwischen den Beteiligten bestehendes Vertragsverhältnis deliktische Ansprüche beeinflussen kann, sind **vertragliche Ansprüche** stets vor den deliktischen zu prüfen.

Auch vor denjenigen aus Geschäftsführung ohne Auftrag oder aus ungerechtfertigter Bereicherung sollten sie zuerst geprüft werden, denn andernfalls muß man den Vertragschluß unter dem Tatbestandsmerkmal „ohne Auftrag“ bzw. „ohne Rechtsgrund“ negativ prüfen und landet in einem Schachtelaufbau. Das gilt natürlich nur, wenn die Prüfung eines Vertragschlusses naheliegt! Sätze wie: „Vertragliche Ansprüche bestehen nicht.“ kann man sich sparen.

Aus demselben Grund ist **Geschäftsführung ohne Auftrag** vor Bereicherung zu prüfen. Die berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag stellt einen Rechtsgrund für das Behalten der vom Geschäftsführer erbrachten Leistung dar. Die unberechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag führt über die Verweisung in § 684 S. 1 BGB ohnehin ins Bereicherungsrecht.

Schließlich ist Geschäftsführung ohne Auftrag wegen der möglichen Ausstrahlwirkung von § 680 BGB auch vor Delikt zu prüfen.

Besteht ein **Eigentümer-Besitzer-Verhältnis** (§§ 987 ff. BGB), kann das schon die Anwendbarkeit außervertraglicher Schuldverhältnisse ausschließen. § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB sperrt deliktische und Bereicherungsansprüche für bestimmte Zusammenhänge. Die §§ 994 ff. BGB enthalten eine abschließende Spezialregelung für den Verwendungsersatz. GoA und Bereicherungsrecht sind nur darauf anwendbar, soweit darauf verwiesen wird. Daher sollten Ansprüche aus EBV immer vor den gesetzlichen Schuldverhältnissen geprüft werden.

Für **andere dingliche Ansprüche** ist das nicht stets zwingend. Oft wird es allerdings unumgänglich sein, die Eigentumslage zu prüfen, bevor man entscheiden kann, ob jemand iSv § 823 Abs. 1 BGB ein Rechtsgut verletzt oder ob das bereicherungsrechtlich erlangte „Etwas“ das Eigentum an einer Sache oder nur der Besitz ist. Dann ist es sinnvoll, Ansprüche aus dem Eigentüm – soweit sie überhaupt in Frage kommen – zuerst zu prüfen.

Keine zwingende Reihenfolge gibt es bei der Prüfung von Ansprüchen aus Ungerechtfertigter Bereicherung und aus Unerlaubter Handlung. Sie hängen in keiner Weise voneinander ab, sieht man von der Flugreisefall-Konstellation ab, wo es im Bereicherungsrecht für die verschärfte Haftung aus §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4 BGB auf die Deliktsfähigkeit des Bereichernden i.S.v. §§ 827, 828 BGB ankommen kann.

Wie alle Aufbauregeln sind aber auch diese nur als Leitlinie zu verstehen, von der im Einzelfalle abgewichen werden muß. Ob die Voraussetzungen für eine **Drittschadensliquidation** vorliegen, kann man z.B. nicht entscheiden, ehe man alle direkten Ansprüche des Geschädigten – auch die deliktischen – geprüft hat, denn vorher steht ja nicht fest, daß ihm wegen des Schadens tatsächlich kein Ersatzanspruch zusteht.

II. Unerlaubte Handlungen

A. Überblick über die Deliktstatbestände

Die Grundidee des Deliktsrechts ist es, daß derjenige, der einen **rechtswidrigen Vermögensverlust** erlitten hat, von demjenigen, der ihn verursacht hat, Ausgleich verlangen kann. Nebenzwecke, wie sie den Strafzwecken ähneln (Abschreckung, Abtragen moralischer Schuld) sind dem deutschen Deliktsrecht weitgehend fremd.

Bei der Schaffung des BGB hatte der Gesetzgeber zwei grundlegend unterschiedliche Modelle zur Auswahl und hat sich für einen recht eleganten Mittelweg entschieden, der das deutsche Deliktsrecht international heraushebt:

- Im angelsächsischen Rechtskreis entsteht eine deliktische Haftung bei Verstoß gegen bestimmte Verbotsnormen. Es existieren **Einzeldelikte** (*torts*) mit je unterschiedlichen Tatbestandsmerkmalen (*trespass, trover, conversion, libel, slander* usw.). Deren Ähnlichkeit mit Straftatbeständen ist unverkennbar. Oft sind sie zugleich auch welche.
- Das französische Recht enthält dagegen in Art. 1382 C.C. eine **deliktische Generalklausel**, die die allgemeine Regel der Ausgleichspflicht für schuldhaft verursachte Schädigungen enthält.

Das erste System bleibt stets lückenhaft, was in Großbritannien schließlich zur Entwicklung des sehr weitreichenden Tatbestands der *negligence* geführt hat, womit es sich im praktischen Ergebnis erst den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen annähern konnte. Das zweite System hat den gegenteiligen Nachteil: Es zwingt zur Entwicklung von Einschränkungen aller Art, will man denjenigen, der auch nur *irgendetwas* falsch macht, nicht völlig unvorhersehbaren Ansprüchen aussetzen.

Das deutsche System enthält **drei Generalklauseln**, wonach nicht *jede* schuldhafte Schädigung anderer zu Schadensersatz verpflichtet, sondern nur, wenn jeweils noch etwas hinzukommt, nämlich:

- der widerrechtliche Eingriff in ein absolutes Recht (§ 823 Abs. 1 BGB),
- der Verstoß gegen ein zum Schutz des Geschädigten erlassenes gesetzliches Verbot (§ 823 Abs. 2 BGB) oder
- Vorsatz und ein Sittenverstoß (§ 826 BGB).

Außerdem kennt das Gesetz noch einige **Einzeldelikte** mit konkreteren Tatbestandsmerkmalen (§§ 824, 825, 839a BGB).

Auf das Verschulden wird vereinzelt ganz verzichtet. Sogenannte **Gefährdungstatbestände** beruhen auf dem Gedanken, daß die Rechtsordnung nicht jedes gefährliche Tun verbieten und als pflichtwidrig brandmarken kann, daß es bei bestimmten gefährlichen Verhaltensweisen aber gerecht sein kann, das Risiko der Schädigung demjenigen aufzuerlegen, dem man sie erlaubt hat. Im BGB selbst ist das nur in § 833 S. 1 BGB umgesetzt: Wer ein Tier zum Vergnügen hält, muß sich die Gefahr, die von dem Tier ausgeht, unabhängig davon zurechnen lassen, ob er im Umgang mit dem Tier irgendwelche Sorgfaltsmaßstäbe verletzt hat oder nicht.

Der ökonomische Grund für die Normierung von Gefährdungstatbeständen besteht darin, den Schaden dort zu verorten, wo er besser vorhersehbar und damit auch einfacher versicherbar ist als dort, wo er eintritt. Zahllose weitere Gefährdungstatbestände finden sich in Spezialgesetzen. Einer der praktisch wichtigsten davon ist die **Kraftfahrzeughalterhaftung** aus § 7 StVG. Aber auch die Ansprüche aus dem **Produkthaftungsgesetz** gehören hierher.

Die meisten Gefährdungstatbestände enthalten **Ausnahmen**, so z.B. die der „höheren Gewalt“ in § 7 Abs. 2 StVG. So lange nicht die unverschuldete Schadensverursachung dazu-

gehört, bleibt es aber doch noch ein Gefährdungstatbestand. Selbst § 7 Abs. 3 StVG enthält noch einen Gefährdungstatbestand, weil der Halter nach dieser Vorschrift noch immer unabhängig davon haftet, ob er den *Schaden* schuldhaft herbeigeführt hat, wenn er nur den *Diebstahl* seines Fahrzeugs schuldhaft mitverursacht hat.

Ähnlich wie Gefährdungstatbestände sind Normen formuliert, die auf einem **vermuteten Verschulden** aufbauen. Sie sind aber im Gegensatz zu diesen echte Delikte, nur liegt die Darlegungs- und Beweislast dafür, daß derjenige, in dessen Sphäre die Schadensursache liegt, keinen Sorgfaltsverstoß begangen hat, bei diesem. Gesetzgebungstechnisch wird das erreicht, indem das *fehlende* Verschulden als *Ausnahmetatbestand* formuliert ist („Exkulpation“). Hierher gehören die §§ 831, 832, 833 S. 2, 834 und 836 bis 838 BGB, aber auch die Kraftfahrzeugführerhaftung aus § 18 Abs. 1 StVG.

In mehrfacher Hinsicht bildet schließlich § 839 BGB einen echten Sonderfall. Vor allem ist er der einzige **abschließende Sondertatbestand**. Für Amtspflichtverletzungen wird deliktisch *nur* aus § 839 BGB gehaftet. Daher ist das auch – wenn es in Frage kommt – **zuerst** zu prüfen.

Ansonsten gilt aber, daß die Einzeltatbestände **keinen Anwendungsvorrang** vor den Generalklauseln haben. Man kann vielmehr aus beliebig vielen Delikten gleichzeitig haften, wenn ihre Tatbestandsvoraussetzungen sämtlich erfüllt sind. Es besteht dann Anspruchskonkurrenz.

B. Rechtswidriger Eingriff in absolute Rechte (§ 823 Abs. 1 BGB)

Der Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB läßt sich in **sieben Tatbestandsmerkmale** aufgliedern:

- (1) die Tathandlung,
- (2) die Verletzung eines absoluten Rechts,
- (3) der Kausalzusammenhang zwischen der Tathandlung und der Rechtsverletzung (haftungsbegründende Kausalität),
- (4) die Widerrechtlichkeit der auf diese Weise geschehenen Rechtsverletzung,
- (5) das Verschulden in Bezug auf die ersten vier Merkmale,
- (6) der Schaden,
- (7) der Kausalzusammenhang zwischen der Rechtsverletzung und dem Schaden (haftungsausfüllende Kausalität).

Die Prüfung dieser Merkmale läßt sich kaum anders als in **fünf Prüfungsschritten** durchführen, indem man (1) bis (3) einerseits, (6) und (7) andererseits zu einem Block zusammenfaßt. Welches Verhalten man als Tathandlung untersuchen will, läßt sich nicht gut losgelöst davon untersuchen, welche Rechtsverletzung man annehmen will und davon, ob zwischen beidem ein Kausalzusammenhang im Rechtssinne besteht. Nicht viel anders verhält es sich mit dem Schaden und dem Kausalzusammenhang zwischen der Rechtsverletzung und ihm.

Ist – wie meist – zugleich nach den **konkreten Rechtsfolgen** gefragt, ist es auch nicht unzulässig, sie unter (6) und (7) gleich mitzubehandeln. Vollkommen genau ist das allerdings nicht. Denn zum Tatbestand gehört nur die Frage, ob überhaupt *irgendein* Schaden auf die Rechtsverletzung zurückzuführen ist. *Welcher* dazu gehört und welcher nicht, ist erst für die Rechtsfolgenkonkretisierung von Bedeutung, kann also auch noch aufgeschoben werden, bis der Tatbestand vollständig durchgeprüft ist.

Zwischen (1) bis (3) und zwischen (6) und (7) gibt es daher auch keine strenge Prüfungsreihenfolge. Oft wird man sogar insgesamt mit der Prüfung einer **Rechtsverletzung** beginnen, weil schon hier viele Ansprüche scheitern.

Zwingend ist es aber, die **Widerrechtlichkeit** erst nach (1) bis (3) zu prüfen, weil Rechtsverletzungen nicht *per se* gerechtfertigt sein können, sondern nur unter den konkreten Umständen, unter denen sie geschehen sind.

Ebenso ist es zwingend, das **Verschulden** erst nach der Widerrechtlichkeit zu prüfen, weil es sich auch auf sie beziehen muß. Wer ohne Fahrlässigkeit meinte, in Notwehr gehandelt zu haben, schuldet keinen Schadensersatz aus § 823 Abs. 1 BGB. Diese den Tatbestand ausschließende Wirkung eines Erlaubnistatbestandsirrtums übersieht man leicht, wenn man das Verschulden vor der Widerrechtlichkeit prüft.

(6) und (7) sollte man tatsächlich **zuletzt** prüfen, weil sich Widerrechtlichkeit und Verschulden *nur* auf die Rechtsverletzung beziehen müssen, *nicht* auf den Schaden. Das ist leicht zu übersehen, wenn man die Prüfung des Schadens vorzieht.

1. Rechtsverletzung

Der Schutz des § 823 Abs. 1 BGB beschränkt sich auf **absolute Rechte**, das sind alle subjektiven Rechte, die ihrem Inhaber unabhängig von der konkreten Beziehung zu anderen Rechtssubjekten zugeordnet sind. Man erkennt sie daran, daß ein *konkret Verpflichteter* fehlt. Vielmehr können sie bei *jedem* anderen Pflichten erzeugen. **Relative Rechte** richten sich dagegen an einen bestimmten Adressaten. Jedem anderen gegenüber sind sie ohne Bedeutung.

Der Anspruch auf Schadensersatz aus § 823 Abs. 1 BGB bei Übergriffen gehört **zum Wesen** der absoluten Rechte. Er wird ergänzt durch den Anspruch auf Beseitigung einer (fortdauernden) Beeinträchtigung und auf Unterlassung drohender Beeinträchtigungen aus § 1004 Abs. 1 BGB, dessen analoge Anwendung auf andere absolute Rechte als das Eigentum nicht umstritten ist.

Verletzt wird ein absolutes Recht von jemandem, der in eine der beiden Rechtspositionen eingreift, die seinem Inhaber zustehen. Diese sind für das Eigentum in § 903 S. 1 BGB beschrieben, doch ist das auf alle anderen absoluten Rechte übertragbar. Der Inhalt aller absoluten Rechte ist also der, daß sie ihrem Inhaber die Nutzung ihres Gegenstandes exklusiv zuweisen und ihm das Recht zubilligen, andere von jeder Einwirkung auf ihn auszuschließen.

Ein absolutes Recht verletzt daher, wer sich

- die **Nutzung** seines Gegenstandes **anmaßt**,
- den Inhaber von ihr **ausschließt** oder
- auf den Gegenstand ohne Wissen oder gegen den Willen des Eigentümers **unmittelbar einwirkt**.

Ebenso wie der Rechtsinhaber eine Einwirkung Dritter ausschließen darf, kann er sie allerdings auch ausdrücklich **gestatten** oder stillschweigend **dulden**. In diesem Falle ist die simple Einwirkung *auf* das Rechtsgut nicht tatbestandsmäßig.

Eine Rechtsverletzung liegt jedoch stets vor, wenn das Rechtsgut dem Rechtsinhaber **entzogen** oder in **seiner Substanz beeinträchtigt** wird. Das kann dann allenfalls durch Einwilligung des Rechtsinhabers gerechtfertigt sein.

Zwischen dem tatbestandsausschließenden Einverständnis und der rechtfertigenden Einwilligung besteht ein bedeutsamer Unterschied. Die **Einwilligung** ist nur wirksam, wenn sie vom freien Willen des Rechtsinhabers getragen wird. Für den Ausschluß des Tatbestandes durch das Einverständnis des Rechtsinhabers genügt dagegen dessen natürlicher Wille.

Man kann die absoluten Rechte grob in **Vermögensrechte** und **Persönlichkeitsrechte** einteilen. In diesem Zusammenhang ist das allerdings nicht besonders wichtig. Zuweilen ist sie auch gar nicht trennscharf. Das Urheberrecht ist z.B. sowohl Vermögens- als auch Persönlichkeitsrecht.

a) Leben

Das Leben eines Menschen ist nur verletzt, wenn er **getötet** wurde. Ansonsten liegt – allenfalls – der gescheiterte Versuch einer Verletzung des Lebens vor, der strafrechtliche Konsequenzen haben, aber nicht *per se* Schadensersatzansprüche auslösen kann. Freilich können Ansprüche aus einer mit dem Tötungsversuch verbundenen Körper- oder Gesundheitsschädigung folgen.

Ein Schadensersatzanspruch kann **dem Getöteten** nicht zustehen, da er ja mit dem Tod aufhört, rechtsfähig zu sein. Auch vererben kann er ihn nicht, denn dazu müßte er ja noch *vor* dem Tod entstanden sein. Vererbt werden können nur Ansprüche aus einer davor begangenen und zum Tod führenden Körper- oder Gesundheitsverletzung.

Der Lebensschutz in § 823 Abs. 1 BGB ist daher zusammen mit §§ 844 bis 846 BGB zu lesen, die die Fälle (abschließend) aufzählen, in denen **Dritte** einen *eigenen* Schaden liquidieren können, den sie aufgrund der Tötung eines Menschen erlitten haben:

- § 844 Abs. 1 BGB erfaßt die Aufwendungen einer **Bestattung**, die bei demjenigen entstehen, der sie kraft Gesetzes zu tragen hat. Das kann aus §§ 1360a Abs. 3, 1615 Abs. 2, 1615m, 1968 BGB oder aus den Bestattungsgesetzen der Länder folgen.
- Aus § 844 Abs. 2 BGB folgt ein Anspruch auf Leistung **entgangenen gesetzlichen Unterhalts**. Gesetzliche Unterhaltspflichten können aus §§ 1318 Abs. 2, 1360, 1361, 1569 ff., 1615l oder 1601 ff. BGB folgen.
- Nach § 844 Abs. 3 BGB können Personen, die dem Getöteten nahestanden, für den in seiner Tötung liegenden **immateriellen Schaden** eine Entschädigung („Schmerzensgeld“) verlangen.
- Aus § 845 BGB folgt ein Anspruch auf Entschädigung für **entgangene Dienste** aus einer *gesetzlichen* Dienstpflicht des Getöteten. Eine solche kennt überhaupt nur § 1619 BGB.

Man beachte, daß es für § 844 Abs. 2 BGB nicht genügt, daß der Getötete tatsächlich Unterhalt *geleistet* hat, er muß auch gesetzlich dazu *verpflichtet* gewesen sein. Bei unverheirateten Partnern kommt das nur in Frage, so lange der überlebende gemeinsame Kinder erzieht (vgl. hierzu § 1615l BGB).

Alles andere bleibt unentschädigt. Für das Erlöschen vertraglicher Ansprüche oder auf Lebenszeit des Getöteten vertragliche eingeräumter Rechte gibt es daher keinen Ersatz.

§ 844 Abs. 3 BGB ist erst in diesem Jahr neu ins Gesetz eingefügt worden. Was ein **besonderes Näheverhältnis** iSv § 844 Abs. 3 Satz 1 BGB ist, ist anhand von § 844 Abs. 3 Satz 2 BGB zu bestimmen: Es setzt voraus, daß der Anspruchsteller dem Getöteten ähnlich nahegestanden hat wie sich engste Familienangehörige nahestehen. Die Widerlegung in § 844 Abs. 3 Satz 2 BGB ist im übrigen widerlegbar. Wer seinen Vater kaum kannte oder seit Jahren keinen Kontakt mehr zu ihm hatte, hat keinen bei dessen Tötung uU keinen Anspruch auf ein Schmerzensgeld.

Personen, die dem Getöteten nahestanden, kann zudem ein Schmerzensgeld aus §§ 823 Abs. 1, 253 Abs. 2 BGB zustehen, wenn sie durch die Tötung **in ihrer eigenen Gesundheit verletzt** worden sind (dazu noch näher unten).

Schließlich ist der Schmerzensgeldanspruch, der **beim Getöteten selbst** aus §§ 823 Abs. 1, 253 Abs. 2 BGB wegen einer der Tötung vorausgehenden Körperverletzung entstanden ist, vererblich. Für die Tötung als solche entsteht ihm ein solcher Anspruch aber schon deshalb nicht, weil § 253 Abs. 2 BGB das Leben nicht erwähnt.

b) Körper und Gesundheit

Der **Körper** eines Menschen wird verletzt, wenn in die Körpersubstanz eingegriffen wird oder ihm mehr als nur ganz unerhebliche Schmerzen oder Leiden zugefügt werden. Letzteres ist auch ohne direkte Einwirkung auf den Körper möglich, so z.B. im Falle eines **Schocks**, der

in seinen schwereren Formen erhebliche *körperliche* Reaktionen (Herzrasen, Schweißausbrüche, Ohnmacht) hervorrufen kann.

Die **Gesundheit** verletzt, wer einen pathologischen Zustand hervorruft. Oft wird das mit einer Körperverletzung einhergehen, doch ist das nicht zwangsläufig der Fall, denn auch die Verletzung der *seelischen* Gesundheit wird von § 823 Abs. 1 BGB erfaßt. Umgekehrt muß nicht jede Körperverletzung zugleich eine der Gesundheit darstellen, so z.B. verletzt eine gelungene Operation zwar den Körper des Patienten, nicht aber seine Gesundheit, sondern stellt sie im Gegenteil gerade wieder her.

Nicht schlechtweg jede Störung des Wohlbefindens ist Gesundheitsverletzung im hier verlangten Sinne. Zustände von Trauer oder Niedergeschlagenheit, die auf äußere Anlässe zurückgehen, sind nur Gesundheitsverletzungen, wenn sie eine über die normale Reaktion hinausgehende, **pathologische Depression** verursachen. Das spielte bislang eine Rolle, wenn jemand wegen der Tötung eines nahen Angehörigen Schadensersatz verlangte. Hier mußte – ethisch nicht immer einfach – zwischen der „gewöhnlichen“ Trauer und einem dadurch womöglich hervorgerufenen pathologischen Zustand unterschieden werden. Nur der letztere stellt eine Gesundheitsverletzung dar. Jetzt ist das wegen § 844 Abs. 3 BGB unnötig geworden. Dem Grunde nach ist beides ersatzfähig. Für die Höhe der Entschädigung spielen die konkreten Folgen natürlich noch eine Rolle. Die Ansprüche aus §§ 823 Abs. 1, 253 Abs. 2 BGB und § 844 Abs. 3 BGB addieren sich nicht etwa, sie führen dazu, daß das Gericht eine **insgesamt angemessene einheitliche Entschädigung** zubilligt.

Obwohl der Mensch erst mit der **Geburt** rechtsfähig wird (§ 1 BGB), sind sein Körper und seine Gesundheit schon im vorgeburtlichen Zustand verletzbar, wenn er später Rechtsfähigkeit erlangt. Wird er tot geboren, hat er als Rechtssubjekt nie existiert. Wird er aber lebend geboren, kann er auch wegen Verletzungen seines Körpers, die zeitlich vorher eingetreten sind oder wegen Gesundheitsstörungen, deren Ursache vor der Geburt liegt, Ersatz verlangen, so z.B. wenn durch Vergiftung der Mutter der Embryo einen Schaden erleidet. Es genügt sogar, wenn durch Einwirkung auf den Körper eines Elternteils die Keimzelle geschädigt worden ist, aus der der Mensch später hervorgegangen ist.

Es ist jedoch unter keinen Umständen eine Verletzung der Rechte eines Kindes, *daß* es überhaupt geboren wurde, mit welchen Schäden auch immer. Ob die Nichtexistenz der Existenz vorzuziehen sein kann, ist eine metaphysische Frage, auf die die Rechtsordnung keine Antwort kennt. Schadensersatz für angeborene Gesundheitsbeeinträchtigungen kann ein Kind daher nur verlangen, wenn es wenigstens theoretisch auch ungeschädigt hätte geboren werden können. Das deutsche Recht kennt keinen Schadensersatz für *wrongful life*.

Hiervon ist der Fall zu unterscheiden, daß *die Eltern* eines Kindes wegen der durch die Behinderung des Kindes verursachten Kosten Schadensersatz verlangen. Das wird als Anspruch aus *wrongful birth* bezeichnet, den der BGH – trotz erheblicher Bedenken des BVerfG – für möglich hält.

Die **mißlungene Abtreibung** eines behinderten Kindes berechtigt daher ggf. die Eltern dazu, wegen der Unterhaltskosten Schadensersatz zu verlangen, nicht aber das Kind.

c) **Freiheit**

Mit Freiheit ist in § 823 Abs. 1 BGB die **körperliche Bewegungsfreiheit** gemeint, die in Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG als „persönliche“ Freiheit bezeichnet wird. Verletzt wird sie, wenn ein Mensch daran gehindert wird, einen bestimmten Ort oder einen bestimmten eng umschlossenen räumlichen Bereich zu verlassen oder wenn er gezwungen wird, einen bestimmten Ort aufzusuchen. Sie wird nicht dadurch verletzt, daß man ihn *darán* hindert. Das Einsperren verletzt die Freiheit, das Aussperren nicht.

Einzelne bestimmte Aspekte der **allgemeinen Handlungsfreiheit** (Art. 2 Abs. 1 GG) können unter dem Gesichtspunkt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts geschützt sein (s.u.). Allgemein kann aber dies mit „Freiheit“ schon deshalb nicht gemeint sein, weil sonst jede

widerrechtliche Schädigung anderer eine Freiheitsverletzung darstellte, so daß § 823 Abs. 1 BGB im Ergebnis Art. 1382 C.C. vollkommen entspräche.

Ob eine Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit unter § 823 Abs. 1 BGB fällt, wenn sie zugleich den Straftatbestand der **Nötigung** (§ 240 StGB) erfüllt, kann letztlich dahinstehen, da das jedenfalls einen Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB begründet.

Man beachte, daß eine **Verletzung** der Freiheit nur vorliegt, wenn man an ihrem Gebrauch *tatsächlich gehindert* wird. So lange man nicht beabsichtigt, den momentanen Aufenthaltsort zu verlassen, ist ein Hindernis keine Verletzung der Freiheit. Daher stellt das Einsperren eines Menschen mit dessen **Einverständnis** schon tatbestandlich keine Freiheitsverletzung dar. Erst wenn er sein Einverständnis zurückzieht und nicht alsbald freigelassen wird, wird seine Freiheit verletzt. Dabei kann er je nach den Umständen in Kauf genommen haben, daß das einen bestimmten Zeitraum in Anspruch nehmen wird.

Wer sich – wie z.B. ein Kleinkind – nicht willkürlich bewegen kann, kann in seiner Freiheit aber verletzt sein, wenn dem **gesetzlichen Vertreter** der Zugriff auf ihn verunmöglicht wird. Die (unberechtigte) Inobhutnahme eines Kleinkindes und seine Unterbringung bei einer Pflegeperson verletzt daher die Freiheit des Kindes auch, wenn es dort nicht eingesperrt wird. Die Freiheit des Säuglings kann man nicht dadurch verletzen, daß man ihn einsperrt, aber dadurch, daß man seine Mutter aussperrt. Ähnlich ist es bei Menschen, die körperlich unfähig sind, sich selbst zu bewegen. Ihre Freiheit kann man dadurch verletzen, daß man andere, die sie auf ihre Anweisung hin bewegen wollen, daran hindert.

d) Eigentum

Mit Eigentum ist in § 823 Abs. 1 BGB das Eigentum im **zivilrechtlichen Sinne** (§ 903 ff. BGB) an Sachen und Tieren gemeint. Es ist unproblematisch verletzt, wenn die Sache durch einen Eingriff von außen beschädigt oder zerstört wird oder sich der Täter die Eigentümerstellung dadurch anmaßt, daß er die Sache wegnimmt, sie vor dem Eigentümer verbirgt, sie gebraucht, veräußert o.ä. Auch der nicht strafbare reine Gebrauchsdiebstahl (*furtum usus*), also das „eigenmächtige Ausleihen“ verletzt das Eigentum. Jedoch ist die Einwirkung auf eine Sache ohne Verletzung ihrer Substanz schon tatbestandlich keine Eigentumsverletzung, wenn und so lange der Eigentümer damit einverstanden ist.

Wer das Fahrrad eines Schulkindes verkauft, braucht dazu die von den Eltern in seinem Namen erklärte Einwilligung. Wer damit nur eine Runde um den Block drehen will, darf das dagegen schon, wenn das Kind sein Einverständnis gegeben hat.

Probleme bereiten hier Fälle sog. **weiterfressender Schäden**, von denen man spricht, wenn die Sache bereits zu dem Zeitpunkt beschädigt ist, zu dem das Eigentum an ihr erworben wird und sich dieser Schaden danach noch vergrößert. Das stellt grundsätzlich keine Verletzung des Eigentums dar. Wer ein krankes Tier erwirbt, ist nicht in seinem Eigentum an dem Tier verletzt, wenn es später an dieser Krankheit stirbt. Er mag deswegen einen Schadensersatzanspruch aus §§ 434, 437 Nr. 3, 280, 281 BGB haben, denn der geht auf das Erfüllungsinteresse, nicht aber aus § 823 Abs. 1 BGB, denn der schützt nur das **Integritätsinteresse** an der Sache *nach* dem Eigentumserwerb.

Anders wird das jedoch gesehen, wenn sich der Schaden bei Eigentumserwerb auf einen mit wenig Aufwand auszutauschenden **einzelnen Bestandteil** der Sache beschränkt und erst *danach* den Rest der Sache in Mitleidenschaft zieht, so z.B. wenn jemand ein Fahrzeug mit defekten Bremsbelägen erwirbt und das Fahrzeug dann später bei einem hieraus resultierenden Unfall auch im übrigen zerstört wird. Hier ist das Eigentum an der *übrigen* Sache (ohne den schon vorher beschädigten Bestandteil) verletzt worden, denn sie war *insofern* bei Eigentumserwerb noch unbeschädigt.

Die **Beeinträchtigung der Nutzung** einer Sache, die nicht durch unmittelbare Einwirkung auf die Sache selbst hervorgerufen wird, stellt nur ausnahmsweise eine Eigentumsverletzung dar, wenn die Nutzung dadurch über einen **längeren Zeitraum vollkommen vereitelt** wird. Wer durch Blockade seiner Garage sein Fahrzeug gar nicht mehr nutzen kann, ist in seinem Eigentum an dem Fahrzeug verletzt. Wer es nur nicht mehr in die Garage hineinstellen kann, ist dagegen weder im Eigentum an seinem Fahrzeug (das er ja noch fahren kann) noch in dem an seiner Garage (in der er immer noch andere Sachen lagern kann) verletzt.

Anders ist das, wenn jemand *sich selbst* die **Nutzung der Sache anmaßt**, z.B. auf einem Privatparkplatz parkt. Auch schon das schlichte Betreten fremder Grundstücke ist Eigentumsverletzung, wenn der Eigentümer es nicht ausdrücklich oder stillschweigend gestattet hat.

Das Eigentum an derselben Sache kann sukzessive **mehrmals verletzt** werden. Wer eine Sache stiehlt, verletzt es. Der **Hehler** verletzt es, wenn er die Sache ankauft und noch einmal, wenn er sie weiterverkauft (weil er sich durch *beides* die Eigentümerstellung anmaßt).

Wer das Eigentum **wirksam erwirbt**, verletzt es nicht, weil es dadurch ja auf ihn übergegangen ist. Beim *wirksamen* gutgläubigen Erwerb einer Sache vom Nichtberechtigten verletzt deshalb nur der Veräußerer, nicht auch der Erwerber das Eigentum an ihr. *Beide* verletzen es dagegen, bleibt der Erwerb unwirksam.

e) sonstiges Recht

Sonstige **Vermögensrechte** fallen unter § 823 Abs. 1 BGB, wenn sie von der Rechtsordnung ähnlich dem Eigentum geschützt werden. Das ist bei **beschränkten dinglichen Rechten** ganz unproblematisch der Fall, da sie ja eben *dingliche*, also absolute Rechte an der Sache sind und damit – letztlich – eine Art Ausschnitt aus dem Eigentum als umfassendem Recht an der Sache. Wer eine verpfändete Sache beschädigt, verletzt das **Pfandrecht**. Wer einen Wald abholzt, verletzt die **Grunddienstbarkeit**, die ein Abholzungsrecht gewährt. Wer ein Haus beschädigt, verletzt das **Erbbaurecht**, aufgrunddessen es errichtet wurde.

Nicht viel problematischer ist das beim **Anwartschaftsrecht**, da es ja bereits den „Keim“ des Eigentums in sich trägt und auch insofern einen Ausschnitt aus dem Eigentum bildet.

Alles andere ist sehr viel problematischer. Einige absolute Rechte hat die Rechtsprechung auch wohl eher entwickelt, um einem **praktischen Bedürfnis** zu genügen:

So ist z.B. anerkannt, daß es ein besonderes absolutes Recht am **ingerichteten und ausgeübten Gewerbe** gibt. Verletzt werden kann es allerdings nur durch *betriebsbezogene* Störungen. Das sind solche, die gerade auf die Störung der Gewerbeausübung gerichtet sind. Klassischer Anwendungsfall hierfür sind unberechtigte Schutzrechtsmahnungen. Wer einen Unternehmer auffordert, den Gebrauch einer Marke zu unterlassen, greift gerade dessen Gewerbeausübung an. Ähnliches gilt für Streik- oder Boykottaufrufe oder für öffentliche Maßnahmen über eine bevorstehende Insolvenz. Wer dagegen z.B. anlässlich von Straßenarbeiten versehentlich eine Stromleitung kappt, greift nicht zielgerichtet gerade in den Gewerbebetrieb ein, der mit ihr versorgt wird.

Ein ähnliches Konstrukt ist das Recht am **räumlich-gegenständlichen Bereich der Ehe**, womit die Räumlichkeiten und beweglichen Sachen gemeint sind, in denen sich die eheliche Lebensgemeinschaft abspielt. Verletzt wird es nur durch einen Eingriff, der *gerade das Eheleben* stört, so z.B. beim Ehebruch in der Ehewohnung oder dem von den Ehegatten gemeinsam genutzten Wohnmobil oder auch bei der Aufnahme einer Person in den ehelichen Haushalt, die mit dem anderen Ehegatten tiefgreifend verfeindet ist. Mit diesem Konstrukt soll verhindert werden, daß der wirtschaftlich stärkere Ehegatte, dem die Wohnung gehört, den anderen zwingen kann, das alles zu dulden. Hierauf beschränkt sich aber der deliktische

Schutz der Ehe, sieht man einmal davon ab, daß vorsätzliche Eheverfehlungen ggf. Ansprüche aus § 826 BGB auslösen können. Die Ehe ist im übrigen gerade *kein* absolutes Recht.

Die Frage, ob auch der **berechtigte Besitz** als absolutes Recht i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB gelten kann, ist eher akademisch. Ist das Besitzrecht seinerseits absolut (wie z.B. beim Nießbraucher), so ist dieses verletzt, wenn in den Besitz eingegriffen wird. Aber auch bei einem nur relativen Besitzrecht (wie z.B. dem eines Mieters) wird es von der h.M. bejaht. Der unberechtigte Besitz ist dagegen lediglich eine Tatsache. Wird in ihn eingegriffen, wird kein Recht verletzt. Die Rechtsprechung sieht jedoch außerdem § 858 BGB als Schutzgesetz zugunsten des Besitzers an und kommt daher in jedem Falle zu einem Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB, wenn die Besitzverletzung zugleich als **verbotene Eigenmacht** zu qualifizieren ist.

Ob man nun den berechtigten Besitz unter § 823 Abs. 1 BGB einordnet oder über § 823 Abs. 2, 858 BGB zu einem Schadensersatzanspruch gelangt: Besondere Vorsicht ist bei den **Rechtsfolgen** geboten. Wer nur Besitzer der Sache ist, kann zwar unproblematisch Naturalrestitution (§ 249 Abs. 1 BGB) verlangen, Entschädigung in Geld aber nur gerade wegen des entzogenen Besitzes, nicht wegen der Sachsubstanz, auf deren Unversehrtheit ihm das Besitzrecht keine Rechte gibt. Wird die Mietsache *beschädigt*, kann der Mieter ihre Reparatur daher verlangen, wird sie *zerstört* aber allenfalls Ersatz für den Nutzungsausfall bis zu dem Tag, an dem er seinen Bedarf anderweitig decken konnte. Und selbst darauf muß er sich noch die ggf. ersparte Miete anrechnen lassen.

Ob der **Eingriff in die Forderungszuständigkeit** unter § 823 Abs. 1 BGB fallen kann, ist heftig umstritten. Die Relativität der Schuldverhältnisse spricht eher dagegen. Es sind freilich auch nur wenige praktische Fälle denkbar, in denen es hierauf ankommen kann, denn weder die Vereitelung der Durchsetzung der Forderung noch die Anmaßung eines eigenen Forderungsrechtes greifen in die Forderungszuständigkeit ein, sondern nur in das **Vermögen** des Gläubigers, das gerade kein absolutes Recht ist. Hat letzteres Erfolg, führt das meist nur dazu, daß der Schuldner ein zweites Mal leisten muß. Die meisten Anwendungsbeispiele, die sich denken lassen, fallen im übrigen unter § 823 Abs. 2 BGB. Daher fehlt für ein solch problematisches Konstrukt das praktische Bedürfnis.

Rechte, deren Schutz gegen jedermann **gesetzlich geregelt** ist, fallen wiederum ohne Probleme unter § 823 Abs. 1 BGB, so z.B. das Recht am **Namen** (§ 12 BGB), auch an der **Firma** (§ 37 HGB) und das Recht am **eigenen Bild** (§ 22 KUHG). Dabei ist zu beachten, daß als Name nicht nur der bürgerliche Name eines Menschen geschützt ist, sondern jede Bezeichnung, mit der er im Rechtsverkehr identifiziert wird und die **Verkehrsgeltung** erlangt hat, vor allem also auch ein Künstler- oder sonstiger Aliasname, wenn man die Person unter diesem Namen kennt. Auch die BGB-Gesellschaft hat ein Namensrecht aus § 12 BGB an ihrer **eingeführten Geschäftsbezeichnung**. Verletzt ist ein Namensrecht nur – aber auch immer – wenn eine **Identitätstäuschung** der interessierten Verkehrskreise damit verbunden ist.

Auch bei den **gewerblichen Schutzrechten** kommen Ansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB grundsätzlich in Frage, doch gibt es hier in den einschlägigen Gesetzen Schadensersatzregelungen, die teils günstiger sind, teils weitergehende Rechte einschränken oder ausschließen. Hierzu ist auf entsprechende Spezialveranstaltungen zu verweisen.

Von den besonderen Persönlichkeitsrechten stellen außerdem die **sexuelle Selbstbestimmung**, die **Ehre** und die **elterliche Sorge** unproblematische Beispiele für sonstige Rechte i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB dar.

Darüber hinaus ist anerkannt, daß auch das aus Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG abgeleitete sog. **allgemeine Persönlichkeitsrecht** in seinen verschiedenen Ausformungen ein sonstiges Recht i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB darstellen kann. Ob es in dieser Allgemeinheit tatsächlich existiert oder nicht vielmehr nur in Gestalt einzelner, von der Rechtsprechung aner-

kannter *Aspekte*, die man auch als weitere besondere Persönlichkeitsrechte begreifen kann, ist m.E. nicht ausgemacht. Anerkannte Anwendungsfälle des allgemeinen Persönlichkeitsrechts sind z.B.

- das Recht auf Achtung der Privatsphäre und
- das Recht auf wahrheitsgemäße Darstellung der eigenen Person in der Öffentlichkeit.

Mit dem **Tod** endet die Rechtsfähigkeit des Menschen. Seine Vermögensrechte gehen, wenn sie nicht auf Lebenszeit befristet waren, auf seinen Erben über (§ 1922 BGB). Seine Persönlichkeitsrechte erlöschen grundsätzlich. Eine Reminiszenz an sie kann aber als sog. **postmortales Persönlichkeitsrecht** weiterbestehen, aus dessen Verletzung die nächsten Angehörigen des Verstorbenen (eigene) Ansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB ableiten können. Hat er keine, ist das nicht möglich. Eine Ausnahme hiervon bilden die Holocaust-Opfer. Dort besteht Einigkeit, daß der Jewish Claims Conference (JCC) Ansprüche wegen der Verletzung ihres postmortalen Persönlichkeitsrechts zustehen können, falls keine lebenden Angehörigen bekannt sind.

2. Tathandlung

Als schädigende Handlung kann jedes **bewußtseinsgesteuerte menschliche Verhalten** in Frage kommen. Dabei genügt es, daß sich der Mensch bei Bewußtsein befand und das Verhalten hätte steuern können. Damit scheiden zwar Reflexe aus, nicht aber vom Unterbewußtsein gesteuerte Reaktionen.

Fehlt es schon am Bewußtsein, kann **die Tathandlung vorher** liegen: Verschlafen ist zwar keine Handlung. Das Nichtstellen eines Weckers vor dem Einschlafen ist aber eine. Jemandem, der am Steuer eingeschlafen gegen einen Baum fährt, kann man das Fahren gegen den Baum zwar nicht vorwerfen, wohl aber das Weiterfahren trotz aufkommender Müdigkeit.

Eine Handlung kommt in zwei grundsätzlich verschiedenen Formen in Betracht, nämlich als **aktives Tun** oder als **Unterlassen**.

Der Eingriff in fremde Rechte durch **aktives Tun** ist stets tatbestandsgemäß, denn genau davor sollen die absoluten Rechte ihren Inhaber ja schützen. Das kann aber für das **Unterlassen** nicht gelten, denn eine *allgemeine Schutzpflicht* für fremde Rechtsgüter gibt es nicht. Wer ein fremdes Fahrrad in den Fluß wirft, greift in das Eigentum ein, denn das darf man nicht. Wer dagegen nur sieht, wie ein schlecht gesichertes Fahrrad von selbst in den Fluß rollt, ist nicht von Gesetzes wegen gehalten, das zu verhindern. Daher verletzt er auch kein Eigentum, wenn er dabei tatenlos zusieht. Ebenso wie die Nutzung seiner Rechtsgüter grundsätzlich dem Eigentümer allein zusteht, obliegt ihm auch der Schutz seiner Rechtsgüter grundsätzlich alleine.

Ein Unterlassen stellt daher nur eine taugliche Tathandlung dar, wenn der Täter etwas nicht getan hat, zu dem er **verpflichtet** gewesen wäre. Man nennt diese Pflicht **Garantenpflicht** und die Rechtsgrundlage, auf der sie beruht, **Garantenstellung**.

Es gibt **zwei Sorten** Garantenstellungen: Ein Mensch kann für den Schutz eines Rechtsguts verantwortlich sein (Beschützergarant) oder dafür, daß von einer bestimmten Gefahrenquelle keine Schäden ausgehen (Aufpassergarant). Im einen Fall kommt *nur der Beschützte* als Geschädigter in Betracht und es spielt keine Rolle, *wovor* er im Einzelfall beschützt werden mußte. Im andern Falle ist es genau umgekehrt: *Jeder* muß beschützt werden, aber nur vor *ganz bestimmten* Gefahren.

Entstehen kann eine Garantenstellung auf vier verschiedene Weisen, nämlich durch Gesetz, Vertrag, faktische Verantwortungsübernahme und Ingerenz:

Gesetzlich sind z.B. Eltern sowohl verpflichtet, ihre Kinder zu beschützen (§ 1626 Abs. 1 BGB) als auch, auf sie aufzupassen (§ 1631 Abs. 1 BGB). **Ehegatten** müssen einander ebenfalls beschützen (nicht aber aufeinander aufpassen). Ansonsten bestehen gesetzliche Aufpasserpflichten überall da, wo das Gesetz eine Gefährdungshaftung oder eine Haftung für vermutetes Verschulden anordnet, weil das ja jeweils in der Verantwortung für eine Gefahrenquelle seinen Grund hat. Daher ist auch bei **Fahrzeug-** und **Tierhaltern** oder **Gebäudeeigentümern** eine Garantenstellung aus Gesetz anzunehmen.

Hieraus hat die Rechtsprechung den allgemeineren Gedanken der **Verkehrssicherungspflicht** entwickelt: Wer eine Sache in der Weise nutzt, daß andere für ihn erkennbar mit ihr in Berührung kommen werden (nämlich: einen „Verkehr“ mit ihr eröffnet), muß sie in einen Zustand versetzen, der die Schädigung anderer bei der zu erwarteten Berührung nach Möglichkeit ausschließt. Das hat allerdings seine Grenze wiederum in den berechtigten Schutzerwartungen des Verkehrs. Der exakte Umfang der Verkehrssicherungspflicht ist daher eine Frage der **Verkehrsauffassung**. Vorkehrungen, die der redliche Durchschnittsbürger nicht erwartet, brauchen auch nicht getroffen zu werden. Vom Eigentümer eines Waldes kann man z.B. nicht erwarten, daß er von seinen Waldwegen alles beseitigt, worüber ein Spaziergänger stolpern könnte. Der Koch einer Suppe braucht nicht besonders darauf hinzuweisen, daß sie heiß ist, bevor er sie serviert.

Von vornherein keine Verkehrssicherungspflicht besteht bei **vollkommen naturbelassenen Urzuständen**. Wer einen Berg mit Urwald darauf besitzt, braucht die Bäume nicht gegen das Abstürzen auf die Straße abzusichern. Urwälder sind freilich sehr selten.

Durch **Vertrag** kann man sich sowohl zum Beschützen als auch zum Aufpassen verpflichten oder – wie z.B. der Babysitter der Kinder – zu beidem. Da hier der Vertrag die maßgebliche Grundlage der Garantenpflicht ist, gehört die Wirksamkeit des Vertrages zu ihren Voraussetzungen und folgt ihr Inhalt, ihre Reichweite und das Maß der geschuldeten Sorgfalt ebenfalls aus dem Vertrag.

Aber auch durch die bloße **faktische Übernahme** der Verantwortung für ein Schutzgut oder eine Gefahrenquelle entstehen dieselben Garantenpflichten wie bei demjenigen, der sie durch Vertrag übernimmt. Wer einen Hund, den er auf der Straße findet, mit nach Hause nimmt, muß ihn füttern und auch darauf aufpassen, daß er keinen beißt, bis er ihn dem Eigentümer zurückgeben kann.

Auch aus einem **unwirksamen Vertrag** oder einem **Gefälligkeitsverhältnis** kann daher eine Garantenstellung entstehen, wenn es tatsächlich umgesetzt ist.

Schließlich können Garantenpflichten aus **Ingerenz** folgen. Darunter versteht man ein vorausgegangenes gefährdendes Tun. Hier wird man in der Regel zuerst prüfen, ob nicht schon dieses Tun den Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB begründet. Nur wenn das nicht der Fall ist, kann sich ja die Frage der Haftung für ein Unterlassen stellen. Wer einen Fußgänger zuerst anfährt und dann verletzt liegenläßt, so daß er stirbt, hat ihn durch aktives Tun (das Anfahren) getötet. Die Frage der Haftung für ein Unterlassen stellt sich nur, wenn er dafür, daß er ihn angefahren hat, nicht verantwortlich ist.

*Vollkommen gesetzestreu*es Verhalten vermag eine Garantenstellung aus Ingerenz aber *nicht* zu begründen. Wer einen Angreifer in Notwehr niederstreckt, muß ihn nicht anschließend retten. Übrig bleiben Fälle, in denen das gefährdende Tun zwar rechtswidrig, aber schuldlos war oder aber den Erfolg nicht sicher herbeigeführt hat. Ist der Fahrer, der den Fußgänger angefahren hat, z.B. zu schnell gefahren, läßt sich aber nicht feststellen, ob das für den Unfall kausal geworden ist, nimmt die Rechtsprechung eine Garantenstellung aus Ingerenz an, wenn das zu schnelle Fahren die Gefahr für den Fußgänger jedenfalls *erhöht* hat. Ist nicht

einmal das der Fall (weil nämlich umgekehrt feststeht, daß er auch bei ordnungsgemäßer Geschwindigkeit angefahren worden wäre), verneint sie sie.

3. Haftungs begründende Kausalität

Im Rechtssinne ist ein Ereignis für einen Erfolg kausal, wenn es nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß auch der Erfolg entfällt (sog. *Conditio-sine-qua-non-Formel*). Trifft das auf mehrere Ereignisse zu, sind sie aller gleichermaßen – und gleichwertig – kausal für den Erfolg. Daher bezeichnet man diesen ersten Ansatz auch als **Äquivalenztheorie**.

Es gibt einen Fall, in dem dieser Test versagt, nämlich wenn von mehreren Ereignissen zwar jedes einzelne hinweggedacht werden kann, ohne daß der Erfolg entfällt, aber nicht alle zusammen. Man spricht dann von **alternativer Kausalität** und behandelt alle Ereignisse als kausal. Kein Fall dieser Art ist es, wenn man nur nicht *weiß*, welches von mehreren Ereignissen man sich hinwegdenken muß, damit der Erfolg entfällt. Das ist dann nur ein Fall von nicht nachweisbarer Kausalität, den u.U. § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB als einen der *Alternativtäterschaft* löst.

Daß der Erfolg aufgrund eines *anderen* Kausalverlaufs schließlich *ebenfalls* eingetreten wäre, schadet grundsätzlich nicht. Man spricht hier von einer **hypothetischen Reserveursache**, da sie letztlich ja nicht zum Tragen gekommen ist. Eine bereits real vorhandene **Vorschädigung** dagegen wird umgekehrt zu berücksichtigen sein. Wer ein Auto zerstört, kann sich z.B. nicht darauf berufen, daß es wenig *später* wegen Durchrostung tragender Teile ohnehin hätte verschrottet werden müssen, wohl aber beeinflusst der schon am Tag der Zerstörung *vorhandene* Rost die Schadenshöhe, weil er den Wert des Fahrzeugs mindert.

Die Äquivalenztheorie vermag die Sachverhalte, für die sinnvollerweise gehaftet wird, nicht allein einzugrenzen. Es kann zwei Gründe geben einen Kausalverlauf, der den *Conditio-sine-qua-non-Test* besteht, dennoch außer acht zu lassen:

Als **nicht adäquat** bleiben Kausalverläufe außer Betracht, die sich völlig außerhalb der allgemeinen Lebenserfahrung bewegen und wegen ihrer Unverhersehbarkeit daher von dem Handelnden nicht in Rechnung gestellt werden konnten. Die Testfrage dafür ist: „Ist das eine Form von Zufall, dessen Folgen jeder selbst tragen muß, weil sie zu seinem allgemeinen Lebensrisiko gehören?“

Als **nicht relevant** bleiben Kausalverläufe außer Betracht, die sich außerhalb des Schutzzwecks der angewendeten Normen abspielen. Das ist dann eine Wertungsfrage auf der Grundlage einer teleologischen Auslegung der anzuwendenden Norm. Wer z.B. zu weit links fährt und mit jemandem zusammenstößt, der aus einer Seitenstraße rechts abbiegt, hat durch den Verstoß gegen das Rechtsfahrgebot zwar nach der Äquivalenztheorie den Unfall verursacht. Das bleibt aber außer Betracht, weil der Zweck des Rechtsfahrgebotes nicht darin besteht, den *Querverkehr* zu schützen.

Adäquanztheorie und Relevanztheorie können sich durchaus **überschneiden**. So soll z.B. eine Gesundheitsverletzung durch die Tötung eines *anderen* nur dann adäquat kausal verursacht sein, wenn eine besondere Nähebeziehung zwischen dem Getöteten und dem Geschädigten bestand. Andernfalls kann man ja auch schlecht noch irgendetwas vorhersehen, wenn man damit alles schädigen könnte. Möglicherweise erleidet ja noch jemand einen Schaden an seiner Gesundheit, der lediglich ein Video der Tötung auf Youtube gesehen hat, den Getöteten aber noch nicht einmal kannte. Ähnlich sieht der *BGH* das im Ergebnis, wenn das Haustier eines Menschen getötet wird. Auch da soll es nicht vorhersehbar sein, daß der Tierhalter einen Gesundheitsschaden erleidet. Hier dürfte das aber besser mit fehlender Relevanz des Kausalverlaufs begründet werden können: § 823 Abs. 1 BGB soll keine übertrieben vermenschlichten Mensch-Tier-Beziehungen schützen.

Ob ein **Unterlassen** den Erfolg herbeigeführt hat, wird sich kaum je zwingend beantworten lassen, schließlich ist nie ganz sicher, daß ein Versuch, das verletzte Rechtsgut zu schützen, auch von Erfolg gekrönt gewesen wäre. Deswegen begnügt man sich hier mit einer besonders hohen, nämlich einer „an Sicherheit grenzenden“ Wahrscheinlichkeit.

4. Widerrechtlichkeit

Die aktive Verletzung eines der in § 823 Abs. 1 BGB genannten Rechte ist grundsätzlich rechtswidrig, denn das macht ja das Wesen der absoluten Rechte aus. Der unterlassene Schutz ist es, wenn eine Garantenpflicht bestand. Das alles gehört schon zum Tatbestand. Unter dem Topos der Widerrechtlichkeit ist daher nur noch zu prüfen, ob die Herbeiführung des Erfolges **ausnahmsweise gerechtfertigt** war. Dazu sind die gesetzlichen Rechtfertigungsgründe heranzuziehen, als da wären:

- Notwehr (§ 227 BGB)
- Notstand (§§ 228, 904 BGB, der aber eigenständige Schadensersatzansprüche auslösen kann)
- erlaubte Selbsthilfe (§§ 229, 859, 860 BGB)
- berechnete Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 683 BGB).

Aufgrund des Prinzips der **Einheit der Rechtsordnung** können auch die im Strafrecht anerkannten Rechtfertigungsgründe herangezogen werden. Zu den schon genannten kommen dann hinzu:

- die Einwilligung des Rechtsinhabers
- die Wahrnehmung berechtigter Interessen i.S.v. § 193 StGB.

Ist die Tathandlung eine **Meinungsäußerung** i.S.v. Art. 5 Abs. 1 GG, gibt der Gedanke der Wahrnehmung berechtigter Interessen den Rahmen ab, in dem das Interesse des Geschädigten gegen die Grundrechtsposition des Täters abgewogen werden kann. Das ist einer der Fälle, in dem die Widerrechtlichkeit besonders geprüft werden muß, um **praktische Konkordanz** zwischen den betroffenen Grundrechten herzustellen.

Die **Einwilligung** des Berechtigten rechtfertigt eine Rechtsgutsverletzung nur, wenn sie in jeder Hinsicht freiwillig erfolgt ist. Dazu muß sie im Zustand der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit irrtumsfrei erteilt worden sein. Eine Körperverletzung bleibt außerdem trotz Einwilligung rechtswidrig, wenn sie auch mit ihr gegen die guten Sitten verstößt (§ 228 StGB).

Nicht einwilligen kann man in die eigene **Tötung** (vgl. § 216 StGB). Wohl aber kann man wirksam darin einwilligen, daß man einer **Lebensgefahr** ausgesetzt wird, wenn die Tötung nicht das Ziel der Handlung war.

Im **Arzthaftungsrecht** hat die Frage der Wirksamkeit einer Einwilligung und ihrer Erfordernisse schon immer eine große Rolle gespielt. Dort ist sie in §§ 630d, 630e BGB inzwischen gesetzlich geregelt. Einiges davon gilt aber sonst auch, vor allem:

- Fehlt es dem Rechtsgutsinhaber an der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit, kann die Einwilligung **stellvertretend** von einem dazu Bevollmächtigten oder einem gesetzlichen Vertreter erklärt werden (§ 630d Abs. 1 Satz 2 BGB).
- Ist es nach den Umständen unmöglich oder unzumutbar, eine wirksame Entscheidung des Rechtsgutsinhabers einzuholen, ist durch **mutmaßliche Einwilligung** gerechtfertigt, wer davon ausgehen konnte, daß der Rechtsgutsinhaber sie erteilen würde, wenn man ihn fragen könnte (§ 630d Abs. 1 Satz 4 BGB).

Daß die wirksame Einwilligung eine **umfassende Aufklärung** über alle Nebenfolgen voraussetzt (§ 630d Abs. 2 BGB), ist dagegen ein Spezifikum des Medizinrechts und auf die Einwilligung in andere Rechtsverletzungen so nicht übertragbar.

5. Verschulden

§ 823 Abs. 1 BGB benennt den Umfang der Verantwortlichkeit: Vorsatz und Fahrlässigkeit. Ein Rückgriff auf § 276 Abs. 1 BGB ist nicht erforderlich. Die Definition der Fahrlässigkeit in § 276 Abs. 2 BGB ist aber ebenso anwendbar wie § 276 Abs. 3 BGB.

Vorsatz setzt Wissen und Wollen von Tathandlung, Erfolg, Kausalverlauf und Widerrechtlichkeit voraus. Es gibt ihn in drei Formen:

Mit **Absicht** (dolus directus ersten Grades) handelt, wer mit seiner Handlung den Erfolg unbedingt herführen will. Wie sicher er sich ist, daß das auch gelingt, spielt keine Rolle.

Wissentlich (mit dolus directus zweiten Grades) handelt, wer sich sicher ist, daß seine Handlung den Erfolg herbeiführen wird. Es ist nicht wichtig, ob es ihm gerade darauf auch ankommt.

Mit **bedingtem Vorsatz** (dolus eventualis) handelt, wer den Erfolg nicht unbedingt will und sich auch nicht sicher ist, daß er eintreten wird, wer aber weiß, daß er infolge der Tathandlung eintreten *kann* und das für diesen Fall auch *billigt*. Wer um diese Möglichkeit weiß, aber darauf *hofft*, daß das *nicht* passieren wird, handelt dagegen nur **bewußt fahrlässig**. Da aus § 823 Abs. 1 BGB auch hierfür gehaftet wird, kann man diese schwierige Abgrenzung oft beiseitelassen und sich mit der Feststellung begnügen, der Täter habe *jedenfalls* fahrlässig gehandelt. Wo sie wichtig ist (z.B. bei § 826 BGB), hilft ein Gedankenspiel: Bedingten Vorsatz erkennt man an der Einstellung: „Wenn’s schiefgeht, geht’s halt schief!“, bewußte Fahrlässigkeit an der Einstellung: „Es wird schon gutgehen!“

Fahrlässigkeit wird in § 276 Abs. 2 BGB als das Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt definiert. Diese kann sich ergeben aus

- gesetzlichen Vorschriften, die gerade der Verhütung von Unfällen dienen (wie z.B. fast die gesamte StVO),
- ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarungen der Beteiligten über den einzuhaltenden Sorgfaltsstandard, wobei auch eine Vereinbarung jedes der Beteiligten mit einem Dritten – ggf. sogar über dessen AGB – hierüber genügen kann (z.B. bei einer Massenveranstaltung oder bei Benutzung privater Verkehrsflächen),
- der allgemeinen Übung,
- und soweit das alles nicht weiterführt, aus den Überlegungen, die ein vernünftig denkender, mit durchschnittlicher Vorsicht agierender Bürger angestellt hätte.

Vereinbarungen können den Sorgfaltsmaßstab nicht nur verschärfen, sondern vor allem auch mildern.

Vor allem im **Sport** wird sich die erforderliche Sorgfalt oft auf das Einhalten der jeweiligen Spielregeln beschränken, u.U. noch nicht einmal das, wenn damit nach allgemeiner Übung nicht gerechnet werden kann, weil Regelverletzungen bestimmter Art allgemein üblich sind. Ein Fußballspieler verletzt einen anderen daher auch dann nicht fahrlässig, wenn er ein „einfaches“ Foul begeht, wie es in jedem Spiel mehrfach vorkommt. Anders kann das bei einem besonders schweren Foul („Blutgrätsche“) sein. Auf die Schwere der *Folgen* kommt es bei dieser Betrachtung nicht an, auch nicht, wenn sie grundsätzlich vorhersehbar waren. Beim Hockey ist z.B. ein hoher Ball im Strafraum als „gefährliches Spiel“ verboten, gerade weil dabei schwerwiegende Verletzungen entstehen können. Dennoch gehört das zu den häufigen Regelverletzungen. Wer den Ball nicht gerade *absichtlich* hoch spielt, handelt daher nicht fahrlässig.

Der Sorgfaltsmaßstab ist grundsätzlich **objektiv**. Einschränkungen der Fähigkeiten des Täters, die nicht nach §§ 827, 828 BGB zum Haftungsausschluß führen, sind höchstens über § 254 Abs. 1 BGB relevant, wenn der Geschädigte sie kannte und sich dennoch auf den Kontakt mit dem Täter eingelassen hat. **Sonderwissen**, über das der Handelnde verfügt, muß er aber nutzbar machen. Wer es nicht besitzt und dies erkennen konnte, kann fahrlässig handeln,

wenn er keine Erkundigungen einzieht. Immerhin ist auch bei Sonderwissen wieder der Durchschnittsmaßstab anzuwenden: Auch der jahrgangsbeste Mediziner muß nicht sorgfältiger handeln als ein durchschnittlicher Arzt.

Wie oben schon erwähnt, können aus einer **Sonderbeziehung** Haftungserleichterungen folgen, die auch für Ansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB gelten müssen, weil ihnen sonst ihr Sinn genommen würde, so z.B. in den in §§ 690, 708, 1359, 1664 BGB geregelten Konstellationen. Allerdings muß dort jeweils geprüft werden, ob die Tathandlung gerade in Erfüllung der *spezifischen Pflichten* aus der Sonderbeziehung begangen wurde. Nur wer sein Kind in Erfüllung der elterlichen Pflichten aus § 1631 BGB (z.B. wegen ungenügender Verkehrserziehung) verletzt, genießt das Privileg aus § 1664 Abs. 1 BGB, nicht jedoch, wer es dadurch verletzt, daß er am Steuer des Familienautos ein Rotlicht überfährt.

Nicht verantwortlich ist, wer im **deliktsunfähigen Zustand** gehandelt hat (§ 827 Satz 1 BGB). Das ist ein Zustand fehlender Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit hinsichtlich von Tathandlung, Verletzungserfolg, Kausalität oder Widerrechtlichkeit. Hat er diesen Zustand – mindestens fahrlässig – selbst herbeigeführt (*actio libera in causa*), wird er nach § 827 Satz 2 BGB jedoch so behandelt, als habe er bei der Tat selbst fahrlässig gehandelt. Zivilrechtlich gilt daher: Wer sich vorsätzlich in einen Vollrausch versetzt und in diesem Zustand jemanden vorsätzlich tötet, hat ihn fahrlässig getötet.

Minderjährige sind nach § 828 Abs. 1, Abs. 2 BGB deliktsunfähig, solange sie nicht sieben Jahre alt sind oder wenn sie noch nicht zehn Jahre alt sind und einen Unfall verursachen, an dem ein Fahrzeug beteiligt ist. Sind sie älter, ist ihre Deliktsfähigkeit positiv festzustellen. Sie sind es, soweit sie die erforderliche Reife besaßen, um das Unrecht ihrer Tat einzusehen und sich entsprechend einer solchen Einsicht auch zu verhalten. § 828 Abs. 2 BGB soll die bei Kindern im Grundschulalter noch fehlende Fähigkeit zur Einschätzung von **Entfernungen und Geschwindigkeiten** berücksichtigen. Er findet daher keine Anwendung, wenn sich das beteiligte Fahrzeug gar nicht in Bewegung befunden hat. Das ist ein Fall teleologischer Reduktion dieses Ausnahmetatbestandes.

Auch wer deliktsunfähig ist, kann nach § 829 BGB Schadensersatz aus Delikt schulden kann, wenn und soweit es nach den Umständen **unbillig** wäre, dem Geschädigten den Anspruch zu versagen, z.B. wenn ein geisteskranker Millionär einen Hartz-IV-Empfänger verprügelt.

6. Schaden

Der Begriff des Schadens ist so schillernd, daß er letztlich nicht ohne Blick auf die Vorschriften des allgemeinen Teils betrachtet werden kann, die in §§ 249 ff. BGB die Rechtsfolge „Schadensersatz“ näher konkretisieren. Anders ausgedrückt: Schaden i.S.v. § 823 ff. BGB ist alles, was nach §§ 249 ff. BGB **ersatzfähig** ist. Ohne Seitenblick auf §§ 249 ff. BGB läßt sich schon das *Tatbestandsmerkmal* eines entstandenen Schadens nicht auslegen. Die üblichen Definitionen des Schadensbegriffs sind entweder unscharf oder zu eng:

Nach der am häufigsten genannten **Differenztheorie** ergibt sich der Schaden aus einem Vergleich des gesamten Vermögensstandes vor und nach dem schädigenden Ereignis. Das ist zu eng, denn es erfaßt weder den Fall der Beschädigung einer wirtschaftlich wertlosen Sache noch die rein immateriellen Schäden.

In Wirklichkeit taugt die Differenzhypothese nur zur Beantwortung der Frage, ob ein **Vermögensschaden** eingetreten ist. Das ist aber nicht die einzige Form von denkbaren Schäden. Ist eine Sache in ihrer Substanz negativ beeinträchtigt oder dem Eigentümer ganz entzogen, ist das ein **Sachschaden**, der ohne Rücksicht auf ihren wirtschaftlichen Wert festgestellt werden kann. Die klaffende Wunde ist als **Körperschaden** auch schon vorhanden, ehe Arztkosten für ihr Vernähen angefallen sind.

Tatsächlich kann hier im Rahmen der Prüfung des § 823 Abs. 1 BGB die Rechtsgutsverletzung mit dem Schaden **zusammenfallen**, wenn sie noch immer vorhanden ist.

Im Rahmen der Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB ist es wichtig, zu erkennen, daß ein ersatzfähiger Schaden nicht nur an dem verletzten Rechtsgut selbst entstehen kann, sondern auch am sonstigen Vermögen. Bei der Eigentumsverletzung ist daher nicht nur der an der Sache entstandene Schaden als **Sachschaden** ersatzfähig, sondern auch der *infolge* der Eigentumsverletzung am *sonstigen* Vermögen entstandene **Vermögensfolgeschaden**.

a) Vermögensschäden

Für alle am Vermögen eingetretenen Schäden schuldet der Täter primär **Naturalrestitution** (§ 249 Abs. 1 BGB). Er muß den Zustand herstellen, der bestünde, hätte er die unerlaubte Handlung nicht begangen. Hat der Täter das Eigentum des Opfers dadurch verletzt, daß er ihm die Sache weggenommen hat, richtet sich der Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB daher nach § 249 Abs. 1 BGB auf die Rückgabe der Sache. Daß dasselbe auch sowohl aus § 985 BGB als auch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB folgt, stört nicht weiter. Solche Ansprüche können problemlos nebeneinander bestehen.

Daß der Täter eine **Geldentschädigung** schuldet, ist – wenn auch in der Praxis die Regel – gesetzestechisch die begründungsbedürftige Ausnahme. Nur wenn die schädigende Handlung *unmittelbar* den Verlust von Geld bewirkt hat, ist auch der deswegen gegebene Schadensersatzanspruch bereits primär ein Zahlungsanspruch. Sonst muß ein Zahlungsanspruch mit einer der in §§ 249 ff. BGB enthaltenen Normen begründet werden.

Die Höhe der Geldentschädigung für Vermögensschäden wird anhand eines **Vergleichs** des realen Verkehrswertes der involvierten Vermögensgegenstände mit deren fiktivem Verkehrswert bei Hinwegdenken des schädigenden Ereignisses ermittelt. Ist eine Sache irreparabel zerstört, besteht die nach § 251 Abs. 1 BGB geschuldete Geldentschädigung also z.B. in der Differenz zwischen ihrem Restwert (Schrottwert) und dem Verkehrswert, den sie in unbeschädigtem Zustand hätte.

Eine Entschädigung in Geld tritt **an die Stelle** der Naturalrestitution:

- soweit die Naturalrestitution **unmöglich** ist (§ 251 Abs. 1 BGB),
- wenn der Geschädigte dem Täter dafür eine **Frist mit Ablehnungsandrohung** gesetzt hat, die dieser hat ungenutzt verstreichen lassen (§ 250 BGB).

Die Unmöglichkeit (§ 251 Abs. 1 BGB) kann **der Geschädigte herbeiführen**, indem er den vorherigen Zustand selbst wiederherstellt oder von einem Dritten wiederherstellen läßt. Selbstvornahme ist hier ohne weiteres erlaubt. Der Schaden ist dann in Geld zu ersetzen und zwar – mit der durch § 254 Abs. 2 BGB gezogenen Grenze – in Höhe der durch die Selbstvornahme entstandenen Aufwendungen.

Der **Schuldner** kann statt der Naturalrestitution eine Geldentschädigung zahlen, wenn die Naturalrestitution nur mit **unverhältnismäßigem Aufwand** möglich wäre (§ 251 Abs. 2 S. 1 BGB). Das ist ein **Wahlrecht des Schuldners**. Der Gläubiger kann sich hierauf nicht berufen.

Im allgemeinen bilden Wiederherstellungskosten von **30% über der Wertdifferenz** die Grenze der Unverhältnismäßigkeit. Das gilt aber nicht, wenn der Geschädigte ein besonders anerkanntes **immaterielles Interesse** an der Wiederherstellung hat. § 251 Abs. 2 S. 2 BGB stellt klar, daß die Heilbehandlungskosten für ein verletztes Tier niemals unverhältnismäßig sind.

Der **Gläubiger** kann eine Geldentschädigung statt der Naturalrestitution **wählen**, wenn wegen der Beschädigung einer Sache oder wegen Körperverletzung Schadensersatz zu leisten ist

(§ 249 Abs. 2 S. 1 BGB). Die Entschädigung berechnet sich hierbei nicht wie sonst anhand eines Wertevergleichs, sondern anhand der **fiktiven Wiederherstellungskosten**. § 251 Abs. 2 S. 1 BGB bleibt darauf aber anwendbar. Wären die Wiederherstellungskosten unverhältnismäßig hoch, bleibt es bei der Berechnung anhand der verglichenen Verkehrswerte.

Der Zweck des § 249 Abs. 2 S. 1 BGB unterscheidet sich zwischen seinen beiden Fällen: Bei der **Sachbeschädigung** soll er dem Eigentümer die volle Dispositionsfreiheit erhalten. Er soll nicht gezwungen sein, eine Sache in den ursprünglichen Zustand versetzen zu lassen, die er so, wie sie ist anderweitig verwenden will. Daher besteht der Anspruch völlig unabhängig davon, was er mit der beschädigten Sache macht. Selbst wenn es ihm gelingt, sie ohne jeden Verlust weiterzuveräußern, ändert das nichts an Grund oder Höhe des Entschädigungsanspruches aus § 249 Abs. 2 S. 1 BGB.

Soweit es um **Körperverletzungen** geht, ist der Zweck aber ein anderer: Der Geschädigte soll nicht gezwungen sein, einen erneuten Eingriff des Täters in seine körperliche Unversehrtheit zu dulden. § 249 Abs. 2 S. 1 BGB will ihm aber nicht die Möglichkeit eröffnen, einen Körperschaden hinzunehmen und quasi „zu Geld zu machen“. Die Kosten für eine zur Beseitigung von Narben erforderliche Schönheitsoperation kann er nach § 249 Abs. 2 S. 1 BGB daher nur verlangen, wenn er sie auch tatsächlich durchführen läßt.

§ 249 Abs. 2 S. 2 BGB stellt klar, daß **Umsatzsteuer** immer nur zu ersetzen ist, wenn sie tatsächlich auch angefallen ist. Ist der Geschädigte selbst umesatzsteuerpflichtig, kann er daher immer nur die Netto-Reparaturkosten verlangen, da er die darauf eventuell zu zahlende Umsatzsteuer ja als Vorsteuer zurückerhält. Ist er nicht umesatzsteuerpflichtig, erhält er die auf die Netto-Reparaturkosten erhaltene Umsatzsteuer nur insoweit, als er tatsächlich Umsatzsteuer gezahlt hat, z.B. auf die Ersatzteile, die er gekauft hat, um die Sache selbst zu reparieren.

Schließlich tritt eine Geldentschädigung stets an die Stelle der Naturalrestitution, wenn der Geschädigte sich eine **Mitverursachung** nach § 254 Abs. 1 BGB quotenmäßig auf den Anspruch anrechnen lassen muß, denn der Anspruch auf Naturalrestitution aus § 249 Abs. 1 BGB ist – jedenfalls wegen derselben Schadensposition – nicht teilbar.

In § 255 BGB kommt ein allgemeines Prinzip zum Ausdruck, das als **schadensrechtliches Bereicherungsverbot** bekannt ist. Dort ist es einfach anzuwenden: Wer für den Verlust einer Sache oder eines Rechtes vollen Schadensersatz leistet (also den vollen Verkehrswert ersetzt), hat Anspruch darauf, daß der Geschädigte ihm alle Rechte überträgt, die er wegen ihr gegen Dritte hat. Das schließt (über den Wortlaut hinaus) auch das **Eigentum** an der Sache mit ein. Hat A durch ungenügende Aufsicht fahrlässig den Diebstahl der Sache des X durch B ermöglicht, muß X die gestohlene Sache dem A übereignen, wenn A dem X ihren vollen Verkehrswert ersetzt. Sonst bestünde ja die Möglichkeit, daß X die Sache schließlich (wenn sie bei B gefunden wird) doch noch zurückerhält und dann im Ergebnis bereichert ist. X kann den Übereignungsanspruch im Wege des Zurückbehaltungsrechts (§ 273 BGB) einwenden.

Auch ansonsten ist klar: Einen **Vermögensvorteil**, den der Geschädigte aufgrund des schädigenden Ereignisses erhalten hat, darf er nicht ohne weiteres zusätzlich zum Schadensersatz behalten. Er ist im Wege des **Vorteilsausgleichs** auf den Schaden anzurechnen, es sei denn, daß das mit seinem *Zweck* nicht vereinbar wäre. Am einfachsten läßt sich das bei Versicherungsleistungen darlegen: Zahlungen der Schadensversicherung des Geschädigten sollen den Schädiger grundsätzlich nicht entlasten, denn er zahlt ja die Beiträge nicht. Anders ist das, wenn der Schädiger ein so naher Angehöriger des Geschädigten ist, daß man annehmen kann, daß er die Beiträge auch in dessen Interesse zahlt. Konsequenterweise bestimmt § 86 Abs. 1 VVG darum auch einen **Anspruchsübergang** auf den leistenden Versicherer mit einer entsprechenden Ausnahme in § 86 Abs. 3 VVG. Also gilt: Ist der Schädiger ein Angehöriger des Geschädigten, ist die an den Geschädigten ausgezahlte Versicherungssumme auf den

Schaden anzurechnen. Ist er keiner, ist sie es nicht. Im einen Falle geht der Schadensersatzanspruch auf den Versicherer über (§ 86 Abs. 1 VVG). Im anderen Falle kann der Schädiger die Versicherungssumme vom Schaden abziehen oder, wenn er ihren vollen Wert ersetzt, die Abtretung des Anspruchs gegen die Versicherung verlangen (§ 255 BGB).

Ein weiterer wichtiger Anwendungsfall des schadensrechtlichen Bereicherungsverbots ist der **Abzug neu für alt**. Ist der durch die Restitution eingetretene Zustand wirtschaftlich *besser* als derjenige ohne das schädigende Ereignis, so ist das stets ein ausgleichender Vorteil. Das ist im übrigen bei der Berechnung auf der Basis der Naturalrestitutionskosten (§ 249 Abs. 2 BGB) kein Einwand, sondern gehört schon zu deren vollständiger *Berechnung*. Es muß daher der Geschädigte dazu vortragen. Hat der Mieter den Teppichboden in der Mietwohnung zerstört, kann der Vermieter von ihm nach § 249 Abs. 2 BGB von vornherein nur die um den Abzug neu für alt bereinigten Neuverlegungskosten verlangen, denn schließlich würde nach der Neuverlegung ja ein neuer statt eines bereits benutzten Teppichbodens (mit entsprechend höherer „Lebenserwartung“) in der Wohnung liegen. Berechnen läßt sich der Abzug neu für alt anhand der gewöhnlichen Nutzungsdauer einer Sache. Hält ein solcher Teppich 20 Jahre und sind 5 Jahre zur Zeit der Zerstörung schon um gewesen, sind von den Neuverlegungskosten 25% abzuziehen, denn nun hält der Teppich ja wieder 20, statt nur noch 15 Jahre.

Umgekehrt gehört ein nach der Wiederherstellung **verbleibender Minderwert** zu den in Geld zu ersetzenden Schäden. Bei der Reparatur eines Kraftfahrzeuges darf *prima facie* unterstellt werden, daß sein Minderwert als Unfallfahrzeug und sein Mehrwert durch die nunmehr teilweise verbauten Neuteile sich aufheben.

Vom Grundsatz her geschieht die Bestimmung des Schadens auf der Basis **objektiver wirtschaftlicher** Kriterien. Hiervon gibt es aber zwei Ausnahmen:

Aufgrund **normativer Betrachtungsweise** kann ein Schaden im Einzelfalle fehlen, wenn die rein wirtschaftliche Betrachtung dem Geschädigten den Erhalt eines rechtlich mißbilligten Vermögensvorteils sichern würde. Wer den Auftragsmörder überfahren hat, muß ihm nicht den Ausfall ersetzen, den er dadurch erleidet, daß er während seines Krankenhausaufenthaltes zwei Mordaufträge nicht annehmen konnte. Wer eine Sache zerstört, deren Besitz verboten ist (wie z.B. ein zweischneidiges Springmesser), muß sie nicht ersetzen.

Aufgrund **subjektiver Betrachtungsweise** kann ein Schaden ausnahmsweise auch darin liegen, daß eine objektiv werthaltige Vermögensposition *für den Geschädigten* wertlos ist. Das setzt allerdings voraus, daß das auch der Schädiger erkennen konnte. Wer durch einen Betrug eine 90jährige Rentnerin dazu gebracht hat, ein Bikerjournal zu abonnieren, muß ihr aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB die gesamten Kosten des Abonnements ersetzen. Sie braucht sich nicht den objektiven Wert der Zeitschrift darauf anrechnen zu lassen.

b) Nichtvermögensschäden

Für immaterielle Nachteile, die der Geschädigte durch die unerlaubte Handlung erlitten hat, gilt nach § 253 Abs. 1 BGB der Grundsatz, daß sie **nicht ersetzt** werden.

Ausnahmsweise aber ist eine **Geldentschädigung** dafür zu leisten, daß der Geschädigte in einem der in § 253 Abs. 2 BGB aufgezählten Rechtsgüter beeinträchtigt worden ist. Seine nächsten Angehörigen kann nach § 844 Abs. 3 BGB eine verlangen, wenn er getötet wurde. „Berechnen“ läßt sich diese Entschädigung freilich nicht. Sie ist vielmehr aufgrund einer wertenden Abwägung der maßgeblichen Umstände **nach Billigkeit** festzusetzen. Orientierung bietet der Zweck, der auch hier allein darin besteht, die immateriellen Nachteile durch einen gleichgewichtigen **immateriellen Vorteil** auszugleichen. Der kann wiederum darin bestehen, daß der Geschädigte

- sich mit dem erhaltenen Geld persönliche Wünsche erfüllt (Ausgleichsfunktion)
- das Gefühl hat, daß nun auch der Schädiger durch den Verlust des Geldes eine ähnli-

che Beeinträchtigung erlitten hat (Genugtuungsfunktion).

Dabei steht bei lediglich fahrlässigen Taten die Ausgleichsfunktion im Vordergrund, bei Vorsatztaten stehen beide Funktionen etwa gleichwertig nebeneinander. In die Überlegung einbezogen werden können alle Umstände, die für eine dieser Funktionen von Bedeutung sind, außer der Art und Schwere der erlittenen Rechtsgutsbeeinträchtigung also z.B. auch die Vermögensverhältnisse des Geschädigten (für die Ausgleichsfunktion) und die des Schädigers (für die Genugtuungsfunktion).

Eine weitere, ungeschriebene Ausnahme bilden Verletzungen des **allgemeinen Persönlichkeitsrechts**. Auch sie können einen Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens auslösen, aber nur, wenn auf andere Weise sein effektiver Schutz nicht gewährleistet wäre, also wenn die Ansprüche analog § 1004 Abs. 1 BGB auf Beseitigung der Störung und auf Unterlassung von Wiederholungen, aus § 823 Abs. 1 BGB auf Ersatz des materiellen Schadens und aus § 687 Abs. 2 BGB auf Auskehrung des Gewinns offensichtlich nicht ausreichen, um andere von vergleichbaren Taten abzuhalten.

Hergeleitet wird dieser Anspruch in richterlicher Rechtsfortbildung direkt aus Art. 1 Abs. 1, Abs. 3, Art. 2 Abs. 1 GG, weil ohne effektiven Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrecht das Untermaßverbot verletzt wäre.

Auch für die **Höhe der Geldentschädigung** ist hier der effektive Schutz des Persönlichkeitsrechtes der entscheidende Aspekt: Sie muß mindestens hoch genug sein, um den Schädiger von weiteren ähnlichen Rechtsverletzungen abzuhalten (Abschreckungsfunktion). Das erklärt die zuweilen unproportional hohen Beträge, die aufgrund dieses Anspruchs zugesprochen werden. Einen Schadensersatz, der nicht wenigstens sechsstellig ist, zahlt die Bildzeitung aus der Portokasse.

Sondervorschriften existieren hie und da, erfassen dann aber nur die dort jeweils geregelten Schadensersatznormen. Schadensersatz für vertane Urlaubszeit (§ 651f Abs. 2 BGB) kann zB nur aufgrund von § 651f Abs. 1 BGB gefordert werden, nicht von jemandem, der den Urlaub durch ein Delikt vereitelt.

c) **Mitverursachung**

Die Berücksichtigung einer **Mitverursachung** (§ 254 Abs. 1 BGB) setzt auf Seiten des Geschädigten mindestens Fahrlässigkeit (und auch Deliktsfähigkeit) voraus, allerdings nur im untechnischen Sinne eines **Verschuldens gegen sich selbst**, das der Schädiger zu beweisen hat, und zwar auch in den Situationen der §§ 831, 832, 833 S. 2, 834 BGB, in denen das Verschulden desjenigen, der einen *anderen* schädigt, vermutet wird. Echte **Gefährdungstatbestände** wie § 833 S. 1 BGB begründen jedoch eine Mitverursachung auch ohne Verschulden (siehe dazu auch § 17 StVG).

Die **Rechtsfolge** ist im Rahmen einer Wertung der Umstände des Falles zu ermitteln: Weit überwiegendes Verschulden des Geschädigten führt zum Haftungsausschluß, ein nur sehr geringer Mitverursachungsbeitrag hat keine Konsequenzen. Alles andere führt zu einer **quotenmäßig begrenzten Haftung**. Die Rechtsprechung wirft Haftungsquoten unter 20% und über 80% nicht aus. Alles dazwischen kommt vor.

Der **Mitverursachungseinwand** gehört nicht mehr zum Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB, sondern ist grundsätzlich als *Gegennorm* zu prüfen, es sei denn, er ist der einzige Grund dafür, daß der Schaden in Geld zu ersetzen ist. Dann muß er zwangsläufig schon in die Rechtsfolgen des § 823 Abs. 1 BGB einfließen.

7. Haftungsausfüllende Kausalität

Schließlich muß zwischen der Rechtsgutsverletzung und dem Schaden wiederum ein Kausalzusammenhang bestehen. Schäden sind nur ersatzfähig, wenn sie ohne die Rechtsgutsverletzung nicht eingetreten wären.

Auch hier gilt grundsätzlich die **Äquivalenztheorie**: Ersetzt wird jeder Vermögensnachteil, der wegfällt, wenn man sich die Rechtsgutsverletzung hinwegdenkt. Auch das ist aber anhand der Kriterien der **Adäquanz** und der **Relevanz** zu korrigieren.

Als weiteres Korrektiv dient § 254 Abs. 2 BGB: Der Geschädigte erhält einen Schaden nicht ersetzt, wenn und soweit es ihm möglich und zumutbar war, ihn zu vermeiden. Das ist als **Schadensminderungspflicht** bekannt. Diese Bezeichnung ist aber doppelt irreführend. Es handelt sich um eine *Obliegenheit*, keine Pflicht und sie verlangt vom Geschädigten nicht die Minderung, sondern das *Vermeiden* und *Geringhalten* des Schadens.

Auf den vollen Kausalitätsnachweis wird in § 252 BGB für den Sonderfall der Geltendmachung eines **entgangenen Gewinns** verzichtet. Für ihn kommt es nicht darauf an, ob er sicher (oder mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit) erzielt worden wäre. Er ist anhand des **plausibelsten Sachverhaltes** zu bestimmen. Wer Waren im Lager eines Kaufmanns zerstört, muß ihm daher die von ihm *üblicherweise* erzielte Handelsspanne ersetzen. Der Kaufmann muß nicht nachweisen, daß er zu diesem Preis auch *tatsächlich* Käufer gefunden hätte.

§ 252 BGB schließt aber den Nachweis der Ereignisse nicht aus, die tatsächlich eingetreten wären, wenn er dem Schädiger oder dem Geschädigten im Einzelfalle gelingt.

C. Verletzung eines Schutzgesetzes (§ 823 Abs. 2 BGB)

Nach § 823 Abs. 2 BGB haftet unabhängig von der Verletzung absoluter Rechte auf Schadensersatz, wer jemanden schuldhaft durch einen Verstoß gegen ein Gesetz schädigt, das diesen gerade hiervor schützen soll.

1. Schutzgesetz

Gesetz ist hier im weitesten Sinne des Art. 2 EGBGB zu verstehen. In Frage kommt also jede Rechtsnorm, vor allem auch eine Rechtsverordnung.

Es muß sich um ein **Verbotsgesetz** handeln. Das ist ganz unproblematisch, wenn es eine Straf- oder Bußgeldandrohung enthält. Aber auch eine Norm, die keine solche Sanktion benennt, ist Verbotsgesetz, wenn sie ein bestimmtes Verhalten klar als gegen die Rechtsordnung verstoßend kennzeichnet. Daß § 858 Abs. 1 BGB ein Verbotsgesetz ist, folgt z.B. schon aus der Bezeichnung der beschriebenen Handlung als „verbotene“ Eigenmacht.

Die Verbotsnorm muß außerdem den Schutz von **Individualinteressen** bezwecken, nicht lediglich von Allgemeininteressen. Die Abgrenzung kann schwierig sein, zumal ganz ähnliche Verbote in verschiedenen Zusammenhängen Individualinteressen schützen sollen oder auch nicht. Entscheidend ist hier immer, ob es einen nach klaren Kriterien **abgrenzbaren Personenkreis** gibt, dessen Schutz bezweckt wird.

Die meisten der **Parkverbote** in § 12 Abs. 3 StVO sollen nur Allgemeininteressen schützen, nämlich das aller Verkehrsteilnehmer an ungehinderter Straßennutzung. Anders ist das aber mit § 12 Abs. 3 Nr. 3 StVO, denn das Parkverbot vor Ein- und Ausfahrten dient ersichtlich nicht der Allgemeinheit, sondern demjenigen, der die Ein- und Ausfahrt zu nutzen berechtigt ist. Das ist ein abgrenzbarer Personenkreis und daher ein Individualinteresse. Wer eine Garagenausfahrt zuparkt, kann daher einem Schadensersatzanspruch des Garageneigentümers aus § 823 Abs. 2 BGB ausgesetzt sein. Anders ist das aber wieder bei Halteverboten, die durch Verkehrszeichen angeordnet werden. Das Verbot, dort zu halten, wo ein Zeichen es verbietet, dient keinem Individualinteresse. Der Zweck des *konkreten* Verkehrszeichen spielt keine Rolle, weil das Verkehrszeichen kein Gesetz ist (sondern ein Verwaltungsakt). Wer ein

zum Zwecke der Anfahrt zu einer Baustelle per Verkehrszeichen angeordnetes zeitweiliges Halteverbot verletzt, schuldet daher dem Baustellenbetreiber keinen Schadensersatz aus § 823 Abs. 2 BGB. Auch wer einen Behindertenparkplatz zaparkt, schuldet ihn nicht, denn die nutzungsberechtigten Behinderten sind – anders als die berechtigten Nutzer eines Grundstücks – ein zu unübersichtlicher Personenkreis.

Ein weiteres Beispiel für die Schwierigkeiten der Abgrenzung bildet § 323c StGB. Er statuiert eine Jedermannspflicht zur **Hilfeleistung in einer Notlage**. Der geschützte Personenkreis ist hier zwar gut eingrenzbar. Wäre das als Schutzgesetz zugunsten des sich in der Notlage Befindlichen zu qualifizieren, würde damit aber jeder auch ohne Garantenstellung für dessen Individualrechtsgüter verantwortlich. Das will der Gesetzgeber mit § 323c StGB aber gerade nicht erreichen. Daher spricht mehr dafür, ihn nicht als Schutzgesetz zu verstehen. Das sieht die Rechtsprechung allerdings anders.

2. Verstoß

Die Tathandlung muß den vollen Tatbestand des Schutzgesetzes erfüllen, einschließlich seiner **subjektiven Tatbestandsmerkmale**, zu denen bei Strafgesetzen die innere Willensrichtung gehört. Fahrlässigkeit oder Vorsatz sind daher nach strafrechtlichen Grundsätzen zu prüfen, wenn ein Schadensersatzanspruch auf die Verletzung einer Strafnorm gestützt wird. Für die fahrlässige Körperverletzung haftet man aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 229 StGB. Die nur fahrlässig begangene Sachbeschädigung erfüllt dagegen keinen Straftatbestand und löst daher auch keine Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB aus.

Zusätzliche subjektive Erfordernisse können hinzukommen: Wer einen anderen durch Täuschung vorsätzlich schädigt, haftet z.B. nicht aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 Abs. 1 StGB, wenn ihm die Absicht fehlt, jemanden dadurch zu bereichern.

Auch muß ein vom Verbotsgesetz **verlangter Erfolg** kausal herbeigeführt worden sein. Zwar kann auch der bloße Versuch einer Straftat schon strafbar sein, aber die Strafbarkeit des *Versuchs* schützt keine Individualinteressen.

3. Verschulden

Ein Verschulden ist nur zu prüfen, wenn es nicht schon zum Tatbestand des Schutzgesetzes gehört, also wenn das Schutzgesetz auch **rein objektiv** verletzt werden kann (wie z.B. bei § 858 BGB). Nur dann gelten hierfür die zivilrechtlichen Grundsätze. Auch wer ohne jedes Verschulden geglaubt hat, zur Besitzergreifung berechtigt zu sein, *verstößt* gegen § 858 Abs. 1 BGB, wenn er es nicht ist. *Schadensersatz* schuldet er aber aus § 823 Abs. 2 BGB nicht.

Es ist streitig, ob sich die **Deliktsfähigkeit** in allen Fällen nach §§ 827 bis 829 BGB beurteilt oder ob auch insoweit speziellere Normen, die das Verbotsgesetz beherrschen, vorgehen, bei Straftaten also die §§ 19, 20 StGB. Vermutlich ist die Anwendung von §§ 827 bis 829 BGB richtiger.

§ 19 StGB behandelt Kinder unter 14 Jahren ja hauptsächlich deshalb als strafunmündig, weil die – scharfen – strafrechtlichen Sanktionen als nicht altersangemessen empfunden werden und nicht, weil 13jährige noch nicht einsichts- und steuerungsfähig sein könnten. Wenn es nur um Schadensersatz geht, ist die differenzierende Regelung des § 828 BGB passender.

Die Anwendung von § 827 BGB statt § 20 StGB hat den Vorteil, daß § 827 Satz 2 BGB die *actio libera in causa* stets erfaßt. Im Strafrecht existiert sie nach der jüngeren Rechtsprechung dagegen nicht in allen Fällen. Hier müßte man die – schwierige – Frage beantworten, ob auch § 323a StGB ein Schutzgesetz ist. Das ist eher zweifelhaft. Nicht die kon-

kreten Tatfolgen sind bei ihm der Strafgrund, sondern die in ihnen nur zum Ausdruck gekommene Gemeingefährlichkeit des Rauschzustandes.

4. Schaden und Kausalität

Auch bei § 823 Abs. 2 BGB ist grundsätzlich jeder ersatzfähige Schaden zu ersetzen. Er muß nicht seinerseits zum Tatbestand des Verbotsgesetzes gehören. Es genügt, wenn feststeht, daß er ohne den Gesetzesverstoß nicht eingetreten wäre. Das ist hier die *haftungsausfüllende* Kausalität.

Viel häufiger als sonst stellt sich aber die Frage der **Relevanz** des Kausalverlaufs. Verbotsgesetze sollen meist nicht einfach irgendwelche Schäden verhindern, sondern ganz bestimmte Kausalverläufe. Es ist daher immer auch zu fragen, ob der Zweck des Schutzgesetzes noch so weit reicht, gerade *diesen* Schadensverlauf zu verhindern.

Schaden und Kausalität sind **zusätzliche zivilrechtliche** Tatbestandsmerkmale, die den Schutzgesetzverstoß voraussetzen und nicht ihrerseits von ihm beeinflußt werden. Das hat der *BGH* m.E. in einer Entscheidung übersehen, in der er § 231 StGB als Schutzgesetz dahin angewendet hat, daß jeder, der sich an der Schlägerei überhaupt beteiligt hat, dem dabei Geschädigten aus § 823 Abs. 2 BGB haftet. Richtig ist daran, daß der Tatbestand des § 231 StGB von jedem Beteiligten erfüllt wird, auch wenn er nichts zu der schweren Folge der Schlägerei beitragen hat. Das ändert aber nichts daran, daß nur derjenige Beteiligte aus § 823 Abs. 2 BGB haftet, dessen Schutzgesetzverletzung auch tatsächlich für den Schaden kausal geworden ist.

D. Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung (§ 826 BGB)

Nach § 826 BGB schuldet außerdem Schadensersatz, wer einem anderen vorsätzlich und sittenwidrig einen Schaden zufügt. Das sind fünf Tatbestandsmerkmale, nämlich

- (1) Tathandlung
- (2) Schaden
- (3) Kausalität
- (4) Vorsatz
- (5) Sittenverstoß

Tathandlung, Schaden und Kausalität bilden auch hier einen zusammengehörigen Komplex. Kausalität ist hier nur einmal zu prüfen. Die Tathandlung muß den Schaden verursacht haben. Einen „Umweg“ über eine Rechtsverletzung gibt es nicht. Tatsächlich wird § 826 BGB in der Praxis hauptsächlich bei **reinen Vermögensschäden** relevant, da § 823 Abs. 1 BGB leichter zum Ziel führt, wenn ein absolutes Recht vorsätzlich und sittenwidrig verletzt worden ist.

Vorsatz ist als **Schädigungsvorsatz** erforderlich. Anders als bei § 823 Abs. 1 BGB muß der Vorsatz also gerade auch den Schaden mit umfassen. Bedingter Vorsatz genügt zwar. Der *Sittenverstoß* kann aber bei direktem Vorsatz leichter zu bejahen sein.

Schließlich ist ein **Sittenverstoß** zu prüfen, der – da sonst überflüssig – nicht schon aus dem Umstand folgen kann, daß jemand einen anderen vorsätzlich geschädigt hat. Die Schädigung muß vielmehr, so *wie* sie geschehen ist, **in gesteigertem Maße verwerflich** gewesen sein. Das ist letztlich eine Wertungsfrage. Die Praxis kennt Fallgruppen, in denen sie die Anwendung von § 826 BGB regelmäßig bejaht:

- So kann man aus § 826 BGB z.B. für die Erteilung **wissentlich falscher Auskünfte**, auf die der andere sich erkennbar verlassen wird („Ins-Messer-laufen-Lassen“) haften. Oft wird aber die Annahme eines Auskunftsvertrags mit Haftung aus § 280 Abs. 1 BGB näher liegen.
- Es ist ferner sittenwidrig, einen anderen zum **Vertragsbruch** gegenüber einem Dritten

- zu verleiten. Das tut z.B., wer den Arbeitnehmer eines anderen besticht, um ihn dazu zu bringen, seinerseits gegen seine Pflichten aus dem Arbeitsvertrag zu verstoßen.
- Sittenwidrig kann u.U. auch der **Mißbrauch einer formalen Rechtsposition** sein, doch ist hier große Vorsicht am Platze. Daß sich jemand auf eine einmal erlangte Rechtsposition *beruft*, ist nicht sittenwidrig. Er muß sie schon in der Absicht *erworben* haben, einen anderen zu schädigen. Ein klassischer Anwendungsfall für diese Fallgruppe ist die Durchgriffshaftung gegenüber dem Alleingesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH oder AG in bestimmten Fällen. Wer als Minderjähriger einen Vertrag schließt, den die Eltern anschließend nicht genehmigen, haftet dem anderen Vertragspartner weder aus dem Vertrag noch aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 2, 241 Abs. 2 BGB. Anders ist das aber, wenn er seine Minderjährigkeit *bewußt* dazu ausgenutzt hat, sich einen kostenlosen Vorteil zu verschaffen, obwohl ihm von vornherein klar war, daß der andere Vertragspartner die Minderjährigkeit nicht erkennen und seine Eltern den Vertrag nicht genehmigen werden, denn auch das ist sittenwidriges Ausnutzen einer formalen Rechtsposition. Freilich setzt auch die Haftung aus § 826 BGB Einsichts- und Steuerungsfähigkeit des Minderjährigen voraus, sonst steht § 828 Abs. 3 BGB im Wege.
 - Eine solche formale Rechtsposition, deren Mißbrauch einen Anspruch aus § 826 BGB auslösen kann, kann auch die **Rechtskraft** sein. Wer zu seinen Gunsten unter Täuschung des Gerichts wie des Gegners vorsätzlich ein falsches Urteil erstritten hat, kann Verzicht auf die Rechte aus dem Urteil aus §§ 826, 249 Abs. 1 BGB schulden („Königsparagraph“). Das setzt aber **direkten Vorsatz** voraus. Wer nur bedingt vorsätzlich eine Forderung geltendmacht, die ihm nicht zusteht, handelt schon deshalb nicht sittenwidrig, weil die Gerichte ja dazu da sind, eine Entscheidung über die Berechtigung herbeizuführen. Klagen ist nicht schon deshalb verwerflich, weil man nur *möglicherweise* Recht zu haben glaubt.
 - Ein ähnlicher Fall ist der des **Erschleichens der Restschuldbefreiung** nach § 301 InsO durch vorsätzliches Verschweigen eines nach § 302 Nr. 1 InsO privilegierten Gläubigers, um ihn so an der Anmeldung der Forderung zu hindern.

E. Einzeldelikte (§§ 824, 825, 839a BGB)

Die §§ 824, 825, 839a BGB regeln drei Einzeldelikte. Es handelt sich *nicht* um vorrangige Spezialnormen. §§ 823, 826 BGB können daneben greifen und werden das bei §§ 824, 825 BGB auch regelmäßig tun.

1. Kreditgefährdung

§ 824 Abs. 1 BGB behandelt einen Sonderfall der Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, indem er Schadensersatz wegen ihrer materiellen Wirkungen (Verlust der Kreditwürdigkeit oder Minderung des beruflichen Erfolgs) gewährt. Tatbestandsmerkmale sind:

- (1) Behauptung einer Tatsache oder Weiterverbreitung einer Tatsachenbehauptung
- (2) Vorsatz in Bezug auf (1)
- (3) Nichtzutreffen der Behauptung
- (4) Fahrlässigkeit oder Vorsatz in Bezug auf (3)
- (5) Minderung der Kreditwürdigkeit oder des beruflichen Erfolges des Geschädigten
- (6) (haftungsbegründende) Kausalität von (1) für (5)
- (7) Schaden
- (8) (haftungsausfüllende) Kausalität von (5) für (8)

Handelt der Täter in **Wahrnehmung berechtigter Interessen** (§ 824 Abs. 2 BGB), haftet er nur, wenn er wußte, daß die Behauptung nicht zutrifft. Bei (4) ist dann direkter Vorsatz erforderlich.

Man beachte, daß aus § 823 Abs. 1 BGB auch schon haften kann, wer auch **die Behauptung nur fahrlässig** aufstellt, z.B. weil er einen inkriminierenden Brief, den er eigentlich vernichten wollte, versehentlich versendet. Außerdem kann aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 186 StGB haften, wer eine Tatsache behauptet, deren Wahrheitsgehalt **unaufklärbar** bleibt. Freilich gilt auch das wieder nicht bei Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193 StGB).

Auch sonst reicht § 823 Abs. 1 BGB ggf. weiter, da unter dem Gesichtspunkt der Verletzung der Ehre, des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts oder des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb auch die Äußerung **negativer Werturteile** oder **wahrer Tatsachen** Ansprüche auslösen kann.

Die praktische Bedeutung von § 824 BGB ist daher denkbar gering.

2. Bestimmung zu sexuellen Handlungen

§ 825 BGB hat im Verhältnis zu § 823 Abs. 1 BGB praktisch überhaupt nur eine Klarstellungsfunktion, nämlich, welche Formen der Bestimmung zu sexuellen Handlungen eine **Verletzung** des sexuellen Selbstbestimmungsrechtes darstellen.

Im übrigen folgt schon aus § 253 Abs. 2 BGB, daß die sexuelle Selbstbestimmung zu den sonstigen Rechten des § 823 Abs. 1 BGB gehört, der praktisch immer parallel erfüllt sein wird.

Oft wird auch § 823 Abs. 2 BGB greifen, denn von den drei Tatbestandsvarianten ist „Hinterlist“ letztlich die einzige, die in § 177 StGB nicht vorkommt.

3. Sachverständigenhaftung

§ 839a BGB begründet eine besondere Schadensersatzpflicht des gerichtlich bestellten Sachverständigen. Er haftet unter folgenden Voraussetzungen auf Schadensersatz:

Er muß zunächst ein **objektiv unrichtiges Gutachten** erstattet haben. Dabei ist der Beurteilungsspielraum zu beachten, der dem Sachverständigen wegen der anzuwendenden wissenschaftlichen Erkenntnisse und Methoden zusteht. Er muß nicht zwangsläufig der momentan vorherrschenden Ansicht seiner Disziplin folgen. Objektiv unrichtig ist das Gutachten erst, wenn es in irgendeinem Punkt diesen Spielraum verlassen hat, er also keine Minderheitsmeinung mehr vertritt, sondern eine nach dem aktuellen Stand seiner Disziplin nicht (mehr) vertretbare Meinung.

Bei **Prognosen** ist zwischen unrichtigen und lediglich unzutreffenden zu unterscheiden. Ist die Prognose auf wissenschaftlich vertretbarer Basis erstellt worden, ist sie auch dann nicht unrichtig, wenn sie später durch die tatsächliche Entwicklung widerlegt wird.

Dieses Gutachten muß in **gerichtlichem Auftrag** erstellt worden sein. Bei Privatgutachten folgt die Haftung dem vertraglichen Leistungsstörungenrecht. Dem Auftraggeber haftet der Gutachter aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB, einem Dritten nur, wenn der Dritte vom Auftraggeber in die Schutzwirkung des Vertrages einbezogen worden ist.

Dem Sachverständigen muß hinsichtlich der Unrichtigkeit des Gutachtens mindestens **grobe Fahrlässigkeit** vorzuwerfen sein.

Es muß ein **Schaden** entstanden sein, für den die Unrichtigkeit des Gutachtens **kausal** geworden ist. Es muß also feststehen, daß das Verfahren, in dem das Gutachten eingeholt wurde, anders abgelaufen oder zu Ende gegangen wäre, hätte der Sachverständige ein richtiges Gutachten erstattet und daß genau dies einen Schaden ausgelöst hat.

Als Geschädigter kommt nur ein **Verfahrensbeteiligter** in Frage.

Die **Gesetzeslücke**, die der Gesetzgeber mit § 839a BGB schließen wollte, ist kleiner, als sie zunächst zu sein scheint:

Zwar haftet ein gerichtlicher Sachverständiger aus § 823 Abs. 1 BGB nur, wenn ein Verfahrensbeteiligter als Konsequenz des Gutachtens in einem **absoluten Recht** verletzt wurde, z.B. wenn er zu Unrecht im Gefängnis gelandet ist, nicht aber, wenn bei ihm durch den ungerechtfertigten Prozeßverlust lediglich ein Vermögensschaden eingetreten ist. Aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 153, 154 StGB haftet der Sachverständige zwar auch für reine Vermögensschäden, aber wiederum nur bei **Vorsatz**.

Dafür aber haftet er aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 163 StGB schon für *einfache* Fahrlässigkeit, wenn er **vereidigt** wurde oder allgemein vereidigt ist und sich im Verfahren auf diesen Eid beruft. Das ist dann für den Geschädigten günstiger als § 839a BGB, für den er *grobe* Fahrlässigkeit nachweisen muß. Im Zweifel sollte jeder Verfahrensbeteiligte daher trotz § 839a BGB darauf bestehen, daß der Sachverständige ein beeidetes Gutachten erstattet.

F. Ansprüche aus vermutetem Verschulden

Das Grundmuster der Tatbestände, die eine Haftung für vermutetes Verschulden enthalten, läßt sich anhand von § 831 Abs. 1 BGB gut erläutern.

Der Anspruch setzt zunächst nur die **Verwirklichung einer Gefahr** voraus, für die der Betreffende die Verantwortung trägt. In § 831 Abs. 1 Satz 1 BGB ist das die Schädigung Dritter durch jemanden, der als Gehilfe tätig geworden ist.

Das **Verschuldenserfordernis** ist als Einwand formuliert (§ 831 Abs. 1 Satz 2 BGB). Auf diese Weise liegt die Darlegungs- und Beweislast dafür, daß für die Gefahrverwirklichung *kein* schuldhaftes Handeln von ihm kausal geworden ist, bei dem in Anspruch Genommenen (sog. Exkulpationsbeweis).

Bei all diesen Tatbeständen kann parallel eine Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB unter dem Gesichtspunkt der **Verletzung von Verkehrssicherungspflichten** bestehen. Der Unterschied besteht hauptsächlich darin, daß diese den Verschuldensnachweis erfordert. Bleibt die Verschuldensfrage offen, ist die Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB zu verneinen, die aus dem Sondertatbestand dagegen zu bejahen.

Das umgekehrte Ergebnis kommt in Frage, wo der **Sondertatbestand enger** ist, z.B. bei § 832 BGB, der eine vertragliche oder gesetzliche Aufsichtspflicht voraussetzt, wogegen für eine Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB schon die rein faktische Übernahme der Beaufsichtigung eines Kindes genügen kann.

1. Verrichtungsgehilfe (§ 831 BGB), aufsichtsbedürftige Person (§ 832 BGB)

Bei § 831 BGB sind nacheinander zu prüfen:

- (1) Verrichtungsgehilfeneigenschaft
- (2) Delikt des Verrichtungsgehilfen
- (3) Entlastungsbeweis

Verrichtungsgehilfe ist, wer eine Tätigkeit für einen anderen als von ihm **abhängiger Weisungsempfänger** ausführt. Das Rechtsverhältnis, auf dem das Weisungsrecht beruht, braucht nicht wirksam begründet worden zu sein. Es genügt, daß die Beteiligten eine Weisungsgebundenheit angenommen haben.

Verrichtungs- und **Erfüllungsgehilfe** sind keine deckungsgleichen Begriffe. Einerseits braucht der Erfüllungsgehilfe nicht weisungsabhängig zu sein. Andererseits aber muß er gerade mit der Erfüllung einer Pflicht aus dem betreffenden Schuldverhältnis betraut sein. Das kann sich überschneiden. Der angestellte Friseurgeselle, der dem Kunden des Meisters die Haare schneidet, ist hierbei sowohl Erfüllungs- als auch Verrichtungsgehilfe. Der Spediteur, der die bestellte Ware liefert, ist Erfüllungsgehilfe des Verkäufers, aber kein Verrichtungsgehilfe, weil er als selbständiger Unternehmer dessen Weisungen nicht unterliegt.

Daß der Verrichtungsgehilfe **von Weisungen abgewichen** ist, schadet grundsätzlich nicht, so lange es sich nur überhaupt noch um die Tätigkeit handelt, für die er bestellt ist. Die Tathandlung muß **bei der Verrichtung**, nicht lediglich bei Gelegenheit der Verrichtung begangen worden sein. Wer für eine Gartenbaufirma die Bäume schneidet, handelt nicht mehr bei dieser Verrichtung, wenn er in die Garage eindringt und dort eine Bohrmaschine stiehlt. Sägt er weisungswidrig den falschen Baum ab, gehört das aber noch zu der Verrichtung, für die er bestellt ist.

Wird – wie z.B. bei einer Arbeitnehmerleihe – das Weisungsrecht auf einen Dritten **übertragen**, überträgt das auch die Haftung. Das gilt auch wenn der Dritte die Auswahl, Aufsicht oder Kontrolle des Gehilfen als *selbständiger Unternehmer* übernommen hat (siehe § 823 Abs. 2 BGB). Der *leitende Angestellte* eines Betriebes ist dagegen selbst Weisungsempfänger und auch insoweit wiederum Verrichtungsgehilfe.

Zweite Voraussetzung ist, daß der Verrichtungsgehilfe einen **Deliktstatbestand objektiv erfüllt** hat. Ob ihn ein Verschulden trifft oder er nach §§ 827, 828 BGB verantwortlich ist, spielt keine Rolle. Welchen Tatbestand der Verrichtungsgehilfe erfüllt hat, ist ebenfalls ohne Bedeutung.

Ist das der Fall, ist zu prüfen, ob eine **Exkulpation** nach § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB möglich ist. Danach entfällt die Haftung, wenn

- der in Anspruch Genommene bei der Auswahl, Anleitung und Kontrolle des Verrichtungsgehilfen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt hat walten lassen oder
- der Schaden auch eingetreten wäre, wenn er das getan hätte.

Bei der zweiten Variante der Exkulpation kann es dann doch wieder eine Rolle spielen, daß den Verrichtungsgehilfe seinerseits kein Verschulden trifft, doch gelingt die Exkulpation nicht *allein* deshalb. Es kann ja auch sein, daß zwar der Gehilfe die Gefahr nicht erkennen konnte, der Geschäftsherr sie aber sehr wohl erkennen konnte.

Der Schadensersatz wegen **Verletzung einer Aufsichtspflicht** (§ 832 BGB) folgt demselben Muster. Hier ist zuerst zu prüfen, ob kraft Gesetzes (§ 832 Abs. 1 BGB) oder Vertrages (§ 832 Abs. 2 BGB) eine Aufsichtspflicht über einen Minderjährigen bzw. einen wegen seines Geisteszustandes aufsichtsbedürftigen Volljährigen überhaupt bestanden hat, sodann, ob die aufsichtsbedürftige Person einen Deliktstatbestand objektiv erfüllt hat. Schließlich kommt auch hier die Exkulpation entweder durch den Nachweis gehöriger Aufsicht oder dadurch in Frage, daß der Aufsichtspflichtige die fehlende Kausalität der Pflichtverletzung für den Schaden nachweist. Letzteres hat der BGH z.B. bei einer Mutter angenommen, die ihr zweijähriges Kind für zehn Minuten ohne Aufsicht in einem Sandkasten spielen ließ, wo es ein anderes dort spielendes Kind mit einer Schaufel verletzte. Einen plötzlichen Hieb mit der Schaufel hätte sie auch nicht verhindern können, wenn sie neben dem Sandkasten gesessen hätte. Zu mehr aber war sie nicht verpflichtet.

Das Maß der Aufsicht wird bei **Kindern** durch die Pflicht begrenzt wird, sie zur Selbständigkeit zu erziehen (§ 1626 Abs. 2 BGB). Mit zunehmender Reife nimmt sie daher fortlaufend ab. So hat der BGH z.B. einmal in einem Fall, in dem ein Fünf- und ein Siebenjähriger für zwei Stunden unbeaufsichtigt zusammen spielten und nach ca. einer Stunde parkende Autos zerkratzen, nur die Eltern des Fünfjährigen zu Schadensersatz verurteilt, die des Siebenjährigen dagegen nicht. Einen Siebenjährigen dürfe man schon für zwei Stunden allein draußen spielen lassen, einen Fünfjährigen dagegen höchstens für 30 Minuten.

Bei **Volljährigen** wiederum sind **gesetzliche Aufsichtspflichten** selten. *Allein* aus der Aufsichtsbedürftigkeit folgen sie auch noch nicht. Es muß vielmehr erst ein Rechtlicher Betreuer mit entsprechendem Aufgabenkreis bestellt werden, damit eine gesetzliche Aufsicht-

pflicht angenommen werden kann. In Frage kommt aber ihre Übernahme **durch Vertrag mit dem Volljährigen**, z.B. wenn er sich freiwillig in eine geschlossene Anstalt begibt.

Kein Fall von § 832 BGB ist die Aufsicht über einen Patienten der **geschlossenen Psychiatrie**. Diese ist vielmehr öffentlich-rechtlicher Natur, so daß die Klinik bzw. ihr Träger allein aus § 839 BGB haften kann.

2. Gebäudehaftung (§§ 836 bis 838 BGB)

Hier ist erforderlich:

- (1) die **objektiv unzureichende Absicherung** eines Gebäudes oder sonstigen künstlich errichteten Gebildes auf einem Grundstück
- (2) die **Ablösung von Teilen** des Bauwerks
- (3) Kausalität von (1) für (2)
- (4) die **Verletzung** eines der in § 836 Abs. 1 Satz 1 BGB genannten **Rechtsgüter**
- (5) Kausalität von (2) für (4)
- (6) ein **Schaden**
- (7) Kausalität von (4) für (6)

Es haftet

- grundsätzlich nach § 836 Abs. 1 BGB der **Besitzer des Grundstücks** (gleichgültig, ob zum Besitz berechtigt oder nicht), unter den besonderen Voraussetzungen des § 836 Abs. 2 BGB stattdessen sein **früherer Besitzer**,
- aus § 837 BGB außerdem der vom Grundstücksbesitzer verschiedene **Gebäudebesitzer** (dieser allerdings nur bei berechtigtem Besitz) und
- aus § 838 BGB derjenige, der für den Besitzer **vertraglich** die Unterhaltung des Bauwerks übernommen hat, von dem sich die Teile gelöst haben.

Exkulpation ist nach § 836 Abs. 1 Satz 2 BGB dadurch möglich, daß der Nachweis fehlenden Verschuldens geführt wird.

G. Echte Gefährdungshaftung

Von §§ 831, 832, 836 bis 838 BGB unterscheidet sich die echte Gefährdungshaftung dadurch, daß sie eine **Exkulpation nicht zuläßt**. Sonst ist die Prüfung die gleiche. Es muß festgestellt werden, ob sich die vom Gesetz geforderte spezifische Gefahr verwirklicht hat und ob der in Anspruch Genommene die Verantwortung für diese Gefahr trägt.

1. Tierhaftung (§§ 833, 834 BGB)

Nach § 833 Satz 1 BGB schuldet der Halter eines Tieres Schadensersatz, wenn jemand durch das Verhalten des Tieres an Leib oder Leben verletzt oder eine Sache (auch ein anderes Tier) beschädigt wird.

Halter eines Tieres ist, wer über das Tier für eigene Zwecke und nach eigenem Gutdünken verfügen kann. Eigentum ist dafür nicht erforderlich, auch unmittelbarer Besitz nicht. In Grenzfällen entscheidet die Verkehrssitte. Auch ist eine gewisse Dauerhaftigkeit der Situation erforderlich. Wer sein Tier für Stunden, Tage oder nur begrenzte Zwecke vermietet, gibt die Haltereigenschaft nicht auf. Wer sein Tier auf längere oder gar unbestimmte Zeit vermietet, überträgt sie dagegen auf den Mieter. Die **tatsächlichen Verhältnisse** sind entscheidend. Auch wer ein Tier gestohlen oder unterschlagen hat, kann sein Halter sein.

Der Haftungsgrund ist die typische Tiergefahr. Das schadensauslösende Ereignis muß daher ein **arttypisches Verhalten des Tieres** sein, also eines, das auf seine natürlichen Instinkte und Anlagen **kausal** zurückgeht.

Ebenso wie im Falle des § 823 Abs. 1 BGB ist auch hier die **haftungsausfüllende Kausalität** zu prüfen, also ob der Schaden wiederum auf die Rechtsgutsverletzung zurückzuführen ist. Auch Vermögensfolgeschäden sind dann aber zu ersetzen.

Zur Haftung für vermutetes Verschulden **abgeschwächt** wird die Tierhaftung

- für den **Nutztierhalter** in § 833 Satz 2 BGB, wobei ein Nutztier nur eines ist, das *unmittelbar* dem Erwerb dient, dessen Gebrauchsvorteile oder Sachfrüchte also der Einkommenserzielung dienen, nicht jedoch eines, aus dem nur Rechtsfrüchte i.S.v. § 99 Abs. 3 BGB gezogen werden,
- für den **Tieraufseher** in § 834 BGB.

Der Inhalt des **Exkulpationsbeweises** entspricht §§ 831, 832 BGB. Entweder er geht dahin, daß die erforderliche Sorgfalt beachtet wurde oder daß der Verletzungserfolg ohnedies eingetreten wäre.

2. Tatbestände in Spezialgesetzen

Weitere Fälle der Gefährdungshaftung und der Haftung für vermutetes Verschulden, finden sich in zahllosen Spezialgesetzen, so z.B. in §§ 7, 18 StVG für den Halter eines **Kraftfahrzeuges**. Das Grundmuster entspricht dem oben Geschilderten. Der Rest kann durch aufmerksames Lesen des Gesetzes leicht festgestellt werden.

So enthält § 7 Abs. 1 StVG z.B. im Gegensatz zu § 833 Satz 1 BGB einen **Anspruchsausschluß** bei „höherer Gewalt“ (§ 7 Abs. 2 StVG) und die Haftung tritt bei **unbefugtem Gebrauch** nur ein, wenn man ihn entsprechend erleichtert hat (§ 7 Abs. 3 StVG). Außerdem existiert ein besonderer Fall der **Verwirkung durch Fristablauf** (§ 15 StVG) und § 254 Abs. 1 BGB wird (ohne inhaltlichen Unterschied) durch die Spezialvorschrift in § 17 StVG verdrängt.

Aus § 18 Abs. 1 StVG haftet der **Fahrzeugführers** für vermutetes Verschulden, denn wenn er alle Verkehrsregeln beachtet oder wenn der Unfall auch passiert wäre, hätte er das getan, ist der Unfall für ihn jenes „unabwendbare Ereignis“ gewesen, das er nachweisen muß, um sich zu exkulpieren.

H. Amtshaftung

Ob und unter welchen Umständen der Staat einem Bürger für rechtswidrige Eingriffe in dessen Rechte Schadensersatz schuldet, ist an und für sich eine Frage des **öffentlichen Rechts**. Eine allgemeine gesetzliche Regelung fehlt, weil es an einer Bundeskompetenz fehlt. Der Bund könnte nicht mehr als seine eigene Staatshaftung gesetzlich regeln, im übrigen sind die Länder dafür zuständig.

§ 839 BGB enthält einen Tatbestand der **Beamtenhaftung**. Es handelt sich dabei um eine **abschließende Sonderregelung** gegenüber den übrigen Deliktstatbeständen. Eine Haftung aus *anderen Rechtsgründen* kann aber daneben treten. Wegen Art. 34 S. 1 GG trifft den Beamten die Schadensersatzpflicht nicht selbst, wenn er **hoheitlich gehandelt** hat. Man spricht dann von **Amtshaftung**. Sie ist die Regel. Die Verpflichtung des Beamten selbst kommt nur in Betracht, wenn er zwar in Ausübung seines Amtes, aber dennoch nicht hoheitlich gehandelt hat, was z.B. auf die beamteten Chefärzte von Universitätskliniken zutreffen kann, wenn sie in dieser Eigenschaft Privatpatienten behandeln.

Beamter ist bei der *Beamtenhaftung* nur jemand, der tatsächlich im staatsrechtlichen Sinne zum Beamten ernannt wurde, für Zwecke der *Amtshaftung* aber jeder, der **hoheitliche staatliche Aufgaben** selbst wahrnimmt (Beamter im haftungsrechtlichen Sinne). Ob er Beamter, Angestellter, freier Mitarbeiter oder gar ein Beliehener ist, spielt dafür keine Rolle.

Kein Beamter ist, wer nur untergeordnete Hilfstätigkeiten ausübt, selbst aber keine eigene Hoheitstätigkeit entfaltet (sog. Verwaltungshelfer). Der Polizist, der ein Auto abschleppen läßt, trifft alle hoheitlichen Entscheidungen. Der Abschleppunternehmer ist nur

ausführendes Organ und daher lediglich Verwaltungshelfer. Seine deliktische Haftung folgt §§ 823, 826, 831 BGB, ggf. §§ 7, 18 StVG.

Ein Anspruch aus Amtshaftung setzt voraus:

- (1) die Verletzung einer Amtspflicht, die gerade den Schutz des Geschädigten bezweckte,
- (2) durch einen Beamten
- (3) Vorsatz oder Fahrlässigkeit dieses Beamten hinsichtlich der Amtspflichtverletzung,
- (4) ein Schaden
- (5) Kausalität zwischen (1) und (4)

Der Anspruch ist **ausgeschlossen**, wenn der Geschädigte es (schuldhaft) versäumt hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsbehelfs abzuwenden (§ 839 Abs. 3 BGB). Das verdrängt § 254 Abs. 1 BGB. Es bleibt kein Raum für eine Abwägung der Verursachungsbeiträge.

Der Anspruch ist bei nur fahrlässiger Amtspflichtverletzung ausgeschlossen, wenn und so lange der Schaden anderweitig liquidiert werden kann (§ 839 Abs. 1 Satz 2 BGB). Das ist als **Subsidiarität** der Amtshaftung bekannt.

§ 823 Abs. 2 BGB enthält das sog. **Spruchrichterprivileg**: Wer als Richter oder in richterlicher Eigenschaft einen Fehler begeht, haftet nur, wenn er damit zugleich einen Straftatbestand erfüllt. Das läuft auf eine Haftung nur für Vorsatz hinaus. Die §§ 198 ff. GVG enthalten eine besondere Regelung für den Schadensersatz wegen verzögerter Verfahrensführung. Die Anwendung von § 839 BGB wird dadurch nicht ausgeschlossen.

Schon die Feststellung, daß ein Urteil **objektiv falsch** ist, bereitet Schwierigkeiten. Schließlich ist das Gericht dazu berufen, zwischen richtig und falsch zu entscheiden. Es ist daher ähnlich wie bei § 839a BGB: Es genügt nicht, daß ein Richter seiner Entscheidung eine gewagte oder von den Obergerichten schon für falsch erklärte Rechtsauffassung zugrundelegt. Er verletzt seine Amtspflichten erst, wenn er **eine schlechthin unvertretbare** Entscheidung trifft, die sich mit den Mitteln der juristischen Methodik überhaupt nicht schlüssig begründen läßt.

Auch auf **Regierungshandeln** und **Fehler des Gesetzgebers** ist § 839 BGB zwar grundsätzlich anwendbar, doch ist es hier oft sehr schwer, ein individuelles Verschulden auszumachen.

Auf keinen Fall aber darf mit § 839 BGB in die **Budgethoheit des Parlamentes** eingegriffen werden. Ist die Amtspflicht aufgrund unzureichender Mittelausstattung verletzt worden, so folgt daraus nur ein Anspruch, wenn die Verwaltung es unterlassen hat, den Mangel an höherer Stelle zu melden oder den Mangel nicht halbwegs sinnvoll aufgeteilt hat. Dafür, daß Bundes- oder Landtag keine zusätzlichen Mittel bereit gestellt hat, haftet der Staat dagegen nicht.

Einen **Sonderfall der Amtshaftung** hat der EuGH geschaffen. Danach ist ein Mitgliedsstaat – unabhängig von einem Verschulden – für den Schaden haftbar, der durch die Nichtumsetzung einer Richtlinie bei jemandem eintritt, dessen Schutz die Richtlinie bezweckt (*Franco-vich*). Verletzt ein staatliches Gesetz unzweifelhaft eine der Grundfreiheiten, kann auch daraus ein entsprechender, im übrigen verschuldensunabhängiger, Anspruch folgen (*Brasserie de Pêcheur*).

I. Beteiligung mehrerer (§§ 830, 840 BGB)

Für denselben Schaden können ohne weiteres auch mehrere verantwortlich sein. Nach der Grundregel des § 840 Abs. 1 BGB haften sie dem Geschädigten dann als **Gesamtschuldner** i.S.v. § 421 ff. BGB, nicht etwa jeder nur für seinen Tatbeitrag.

1. Nebentäter

Das kann zunächst darauf beruhen, daß mehrere jeweils und ganz **unabhängig voneinander** einen Deliktstatbestand erfüllt haben, der von ihnen jeweil zu ersetzende Schaden aber nur einmal eingetreten ist. Ob sie vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt haben oder auch ohne Verschulden haften, ist ohne Belang. Es muß aber *feststehen*, daß *jede* der Tathandlungen – ggf. alternativ – kausal war.

Wenn A den B niederschlägt und B dann bei einem Unfall auf der Fahrt ins Krankenhaus verstirbt, den der C schuldhaft verursacht hat, sind A und C beide für den Tod des B verantwortlich, denn daß B bei der Fahrt ins Krankenhaus ums Leben kommen kann, ist noch ein A zurechenbares Risiko. Auch kann sich C nicht darauf berufen, daß B womöglich an den Verletzungen, die ihm A zugefügt hat, später ohnehin gestorben wäre, denn das ist lediglich eine hypothetische Reserveursache. A und C schulden daher die Bestattungskosten als Gesamtschuldner.

Fahren sowohl A als auch B zu weit links und stoßen in der Fahrbahnmitte zusammen, wodurch der im Fahrzeug des A mitfahrende C verletzt wird, sind A und B dafür verantwortlich, selbst wenn der Unfall auch eingetreten wäre, wenn *einer* von ihnen vorschriftsmäßig gefahren wäre, da er jedenfalls nicht eingetreten wäre, wenn das *beide* getan hätten (Nebentäterschaft bei alternativer Kausalität). Steht nur fest, daß A zu weit links gefahren ist und ist das bei B nicht sicher, haftet aber nur A.

2. Mittäterschaft und Teilnahme

Mittäter im Sinne von § 830 Abs. 1 Satz 1 BGB sind Personen, die ein Delikt aufgrund eines bewußten und gewollten Zusammenwirkens gemeinsam begehen. Da das nur aufgrund eines entsprechenden Entschlusses möglich ist, setzt es **Vorsatz** voraus.

Hier kommt es nicht darauf an, wer den Erfolg durch seinen Tatbeitrag verursacht hat, denn jedem Mittäter werden alle Tathandlungen, die die anderen Mittäter begangen haben, **zugerechnet**.

Nach § 830 Abs. 2 BGB wird die Tatbestandsverwirklichung durch den Täter außerdem jedem Anstifter und Gehilfen zugerechnet.

Anstifter ist, wer einen anderen dazu bringt, das dieser die Tat begeht. **Gehilfe** ist, wer die Tat eines anderen auf irgendeine Weise fördert. Beides setzt **doppelten Vorsatz** voraus: Nur die *vorsätzliche* Bestimmung oder Hilfeleistung zur Tat ist Teilnahme und auch nur bei einer *vorsätzlichen* Tat ist eine entsprechende Beteiligung möglich. Die Anstiftungshandlung muß für die Tat **kausal** sein, die Beihilfehandlung nicht. Nicht kausal gewordene Anstiftung – nämlich von jemandem, der zur Tatbegehung ohnehin schon entschlossen war (*omni-modo facturus*) – kann jedoch psychische Beihilfe (Förderung der Tat durch Bestärken des Täters im Tatentschluß) sein.

Die komplexen Abgrenzungsfragen zwischen Teilnahme und Mittäterschaft brauchen, da die Rechtsfolgen im Deliktsrecht identisch sind, nicht weiter vertieft zu werden. Herrschend ist die gemischt subjektiv-objektive Theorie: Wer die Tat **als eigene** will (mit *animus auctoris*) ist Täter, wer sie **als fremde Tat** fördern oder herbeiführen will (mit *animus socii*), ist Teilnehmer. Wer **sämtliche Tatbestandsmerkmale** persönlich verwirklicht, ist aber unabhängig von seiner inneren Willensrichtung Täter.

3. Alternativtätterschaft

Die komplizierteste Regelung enthält § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB: Danach haften Personen als Gesamtschuldner, die beide eine unerlaubte Handlung *begangen* haben, von denen sich aber nicht feststellen läßt, wer den *Schaden* verursacht hat. Das ist an vier Voraussetzungen geknüpft:

(1) Jeder der Alternativtäter muß einen **Deliktstatbestands vollständig erfüllt** haben,

- wenn man die Kausalität seiner Tathandlung für den Taterfolg unterstellt.
- (2) Es muß bei *jedem* der Alternativtäter **möglich** sein, daß seine Tathandlung den Taterfolg herbeigeführt hat.
 - (3) Es darf bei *keinem* von ihnen **feststehen**, daß das der Fall ist.
 - (4) Es muß **unaufklärbar** sein, welche der Tathandlungen den Taterfolg herbeigeführt hat.

Wenn z.B. bei einer größeren Karambolage sowohl A als auch B mit ihren Fahrzeugen dasjenige des C rammen und C wird hierbei verletzt, ohne daß sich feststellen läßt, welcher Aufprall dies bewirkt hat, so haften A und B auf die Verletzungsfolgen nach § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB als Gesamtschuldner.

Sie tun das aber nicht, wenn B den C nur gerammt hat, *weil* vorher A auf ihn aufgefahren ist, denn dann steht fest, daß *jedenfalls* die Tathandlung des A für den Erfolg kausal war und B ist aus dem Schneider. Sie haften ferner nicht als Gesamtschuldner, wenn es möglich ist, durch Einschaltung eines Unfallsachverständigen und eines Gerichtsmediziners zu klären, bei welchem Aufprall (nämlich: aus welcher Richtung oder mit welcher Intensität) die Verletzungen entstanden sein können und das dann eine Zuordnung zuläßt.

Ob alle Alternativtäter **bekannt** sind, ist nicht relevant. Das Risiko ihrer Nichtermittelbarkeit sollen nach der Wertung des § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB die anderen Alternativtäter tragen, nicht der Geschädigte.

III. Geschäftsführung ohne Auftrag

A. Überblick

Die Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) ist ein Schuldverhältnis, das zwar nicht durch einen Vertrag zustandekommt, aber Ansprüche generieren kann, wie sie denen aus einem Vertragsverhältnis entsprechen. Man bezeichnet die GoA daher auch oft als „quasivertragliches“ Schuldverhältnis

Die **Definition** der Geschäftsführung ohne Auftrag findet sich in § 677 BGB. Es ist die Führung des Geschäfts eines anderen ohne eine (andere) Rechtsgrundlage. GoA führt damit zunächst stets zu einer ungerechtfertigten Bereicherung des Geschäftsherrn: Er erhält eine Dienstleistung des Geschäftsführers ohne Rechtsgrund. Das geschieht aufgrund eines Übergriffs des Geschäftsführers in seine Rechtssphäre. Das Gesetz regelt in §§ 677 ff. BGB,

- unter welchen Voraussetzungen dem Geschäftsführer **Aufwendungsersatz** zustehen soll
- welche Ansprüche der Geschäftsherr wegen dieses Übergriffs gegen den Geschäftsführer hat. Insoweit kommen Ansprüche auf **Rechnungslegung**, auf **Herausgabe von Gegenständen**, die der Geschäftsführer an sich genommen oder durch das Geschäft erlangt hat und auf **Schadensersatz** in Frage, wenn er durch die Geschäftsführung weitere Nachteile hatte.

Auch die §§ 812 ff. BGB, § 985 BGB und §§ 823 ff. BGB würden auf all diese Fragen eine Antwort geben. Daß es ein besonderes Rechtsinstitut der Geschäftsführung ohne Auftrag gibt, liegt daran, daß diese Antworten nicht stets passen. Die erste Aufgabe der §§ 677 ff. BGB ist es daher, eine Antwort darauf zu geben, unter welcher Voraussetzung es ihrer Sonderregeln überhaupt bedarf. Das geschieht in einer nicht auf den ersten Blick durchschaubaren Weise. Wer sich der GoA nähern will, muß gleich zwei **Differenzierungen** durchschauen, er muß nämlich

- **echte** und **unechte** GoA unterscheiden können und
- bei der echten GoA wiederum die **berechtigten** von der **unberechtigten**.

Die erste dieser Differenzierungen folgt aus § 687 BGB, die zweite aus §§ 683, 684 BGB. Wer verstanden hat, daß unechte und unberechtigte GoA nicht dasselbe ist, hat den ersten Schritt bereits getan.

Ob etwas *überhaupt* GoA ist, ist anhand der Definition in § 677 BGB zu bestimmen. Dieser hat nur drei Tatbestandsmerkmale, nämlich

- die Besorgung eines Geschäfts,
- dessen Fremdheit und
- das Fehlen eines „Auftrags“ zur Geschäftsführung.

B. Besorgung eines fremden Geschäfts

Der Begriff des „Geschäfts“ ist in § 677 BGB ebenso weit wie in § 662 BGB. Jede wie immer geartete, irgendwie **nach außen wirksame Tätigkeit** kann darunterfallen, rechtsgeschäftliche wie rein tatsächliche Handlungen. Auch wer den Gehweg fegt, besorgt also ein Geschäft i.S.v. § 677 BGB. Der Begriff ist damit weiter als in § 675 Abs. 1 BGB, wo mit „Geschäft“ ein Tätigwerden im Rechtsverkehr gemeint ist. Er ist auch weiter als der des erlangten „Etwas“ in § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB, denn auch einen Gegenwert in Geld braucht die Tätigkeit nicht zu haben.

Die für eine GoA zudem erforderliche **Fremdheit** des besorgten Geschäfts kann auf zwei Weisen begründet werden, nämlich entweder objektiv oder subjektiv. Hier wird oft der Denkfehler begangen, es gehe um die *eindeutige* Zuordnung eines Geschäfts als fremd oder eigen. Das ist aber oft gar nicht möglich. Anzeigt ist vielmehr das folgende, schrittweise Vorgehen:

Zunächst ist zu prüfen, ob das Geschäft schon **objektiv fremd** ist. Dann ist die Vorstellung des Geschäftsführers darüber, wessen Geschäft er besorgt – sein sog. Fremdgeschäftsführungswille – nur im Rahmen der *Ausnahmeregelung* in § 687 BGB relevant. Darum liest man oft – etwas schief – die objektive Fremdheit des Geschäfts „indiziere“ den Fremdgeschäftsführungswillen. Richtigerweise *ist* das objektiv fremde Geschäft aber stets ein fremdes. Fehlt der Fremdgeschäftsführungswille, führt das nur zur Einordnung als **unechte GoA**.

Ist das Geschäft **objektiv neutral**, kann dagegen seine Fremdheit überhaupt *nur* mit dem Willen des Geschäftsführers begründet werden, es für einen anderen zu führen. Der Fremdgeschäftsführungswille gehört dann zum **Tatbestand** des § 677 BGB. Für die Anwendung von § 687 BGB bleibt überhaupt kein Raum.

Der Fremdgeschäftsführungswille kann daher sowohl zum Tatbestand des § 677 BGB gehören als auch im Rahmen der Ausnahme in § 687 BGB zu prüfen sein. Wer das einmal verstanden hat, ist dem Verständnis der GoA ein großes Stück näher gekommen.

1. Objektiv fremdes Geschäft und unechte GoA

Objektiv fremd ist ein Geschäft, wenn es in einen **fremden Rechtskreis** eingreift oder die Erfüllung einer **fremden Pflicht** zum Inhalt hat.

Wer auf einen fremden Hund aufpaßt, besorgt ein objektiv fremdes Geschäft, einmal weil die Beschäftigung mit dem Hund nach § 903 BGB nur seinem Eigentümer zusteht (fremder Rechtskreis), zum anderen, weil ja der Halter des Hundes zur Aufsicht über ihn verpflichtet ist (Erfüllung einer fremden Pflicht). Wer für den fremden Hund Futter kauft, besorgt dagegen kein objektiv fremdes Geschäft, weil der Kauf von Hundefutter weder in fremde Rechtspositionen eingreift, noch zu den Eigentümerpflichten gehört. Zwar gehört das *Füttern* des Hundes zu diesen Pflichten. Der *Kauf* des Futters ist hierfür aber nur eine neutrale Vorbereitungshandlung. Kaufen kann man etwas zu jedwedem Zweck.

Die Frage, ob der Geschäftsführer ein objektiv fremdes Geschäft auch mit **Fremdgeschäftsführungswillen** vorgenommen hat, also ob er eine GoA auch *wollte*, ist im Rahmen der §§ 685 bis 687 BGB zu prüfen:

a) *Handeln in Zuwendungsabsicht*

Wenn der Geschäftsführer in der Absicht gehandelt hat, vom Geschäftsherrn keinen Ersatz seiner Aufwendungen zu verlangen, er ihm diese Aufwendungen also unentgeltlich zuwenden wollte, schließt § 685 Abs. 1 BGB Ansprüche des Geschäftsführers aus. Er hat hier seine Leistung **mit Schenkungszweck** (*donandi causa*) erbracht. Kommt eine Einigung über die unentgeltliche Leistung nicht zustande, ist es unter diesen Umständen gerecht, ihn auf die *condictio ob rem* (§ 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB) zu verweisen. § 685 Abs. 2 BGB enthält eine gesetzliche Vermutung für die Schenkungsabsicht, wenn jemand einem Abkömmling mehr Unterhalt gewährt, als diesem zusteht.

Die **Ansprüche des Geschäftsherrn** aus §§ 678 bis 681 BGB werden durch § 685 Abs. 1 BGB nicht ausgeschlossen.

b) *Vermeintliche Eigengeschäftsführung*

Wenn der Geschäftsführer **irrtümlich** angenommen hat, er besorge ein eigenes Geschäft, ordnet § 687 Abs. 1 BGB die **Unanwendbarkeit** der Regeln über die GoA an. Das gilt in diesem Falle für *beide* Seiten. Die Abwicklung von Vermögensverschiebungen zwischen den

Beteiligten folgt den Regeln über die Nichtleistungskondition (§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB). Auskunftsansprüche des Geschäftsherrn können ggf. aus § 242 BGB folgen, Herausgabeansprüche zudem aus § 985 BGB, Schadensersatzansprüche aus §§ 823 ff. BGB.

Dagegen erklärt § 686 BGB den Irrtum über die **Person des Geschäftsherrn** für unschädlich. Erst recht spielt es dann keine Rolle, ob der Geschäftsherr überhaupt eine Ahnung hatte, wessen objektives Geschäft er besorgt, so lange er nur *nicht* geglaubt hat, es sei sein eigenes. Da für das Zustandekommen einer GoA die Mitwirkung des Geschäftsherrn nicht erforderlich ist, kann das Gesetz hier den einfachsten Weg gehen: Die GoA kommt mit dem *wirklichen*, nicht mit dem *vermeintlichen* Geschäftsherrn zustande.

Aus § 686 BGB ergibt sich indirekt, daß das nur **vermeintlich fremde Geschäft** in jeder Hinsicht als Eigengeschäft zu behandeln ist. Da eine GoA nur mit dem *wirklichen* Geschäftsherrn zustandekommen kann, kommt keine zustande, wenn das der Geschäftsführer selbst ist. Wer seinen eigenen Karren aus dem Dreck zieht, tätigt ein in jeder Hinsicht eigenes Geschäft, auch wenn er glaubt, der Karren gehöre einem anderen.

c) Angemaßte Eigengeschäftsführung

Ein wenig anders liegen die Dinge dagegen wieder bei der angemäßen Eigengeschäftsführung des § 687 Abs. 2 BGB: Wenn der Geschäftsführer *weiß*, daß er ein objektiv fremdes Geschäft besorgt, es aber ausschließlich **für sich selbst besorgen will**, ist er nicht schutzwürdig, der Geschäftsherr ist es aber.

Dem *Geschäftsherrn* wird daher die Möglichkeit eingeräumt, Ansprüche aus GoA geltendzumachen. Nur wenn er das auch tatsächlich tut, ist er dem *Geschäftsführer* wiederum seinerseits in begrenztem Umfang verpflichtet.

2. Subjektiv fremdes Geschäft

Ein Geschäft, das nicht schon objektiv fremd ist, kann überhaupt nur subjektiv fremd sein. Das ist es, wenn der Geschäftsführer es in der Absicht besorgt, damit fremden Interessen zu dienen. In diesem Falle ist der **Fremdgeschäftsführungswille** also schon für die Frage entscheidend, ob das Geschäft die Definition des § 677 BGB ausfüllt. Für die Anwendung von § 687 BGB bleibt kein Raum. §§ 685, 686 BGB können aber auch hier von Bedeutung sein.

3. Auch fremdes Geschäft

Für zusätzliche Verwirrung sorgt oft das Konstrukt des „auch fremden“ Geschäfts. Damit ist ein Geschäft gemeint, das jemand *sowohl* für sich selbst *als auch* für einen anderen vornimmt. Eine ganz einheitliche Rechtsfigur ist das allerdings nicht.

Handelt jemand in der Absicht, eine **eigene Pflicht** zu erfüllen, bleibt das ein objektiv fremdes Geschäft, wenn er dabei zugleich in einen *fremden Rechtskreis eingreift*, z.B. wenn er den Rasen auf dem Grundstück seines Nachbarn in der Annahme mäht, hierzu aufgrund eines mit diesem abgeschlossenen Vertrages verpflichtet zu sein. Die Frage kann jeweils nur sein, ob das ein Fall von § 687 Abs. 1 BGB ist. Dabei ist richtigerweise zu unterscheiden:

Wer von einer wirksamen und fälligen schuldrechtlichen Verpflichtung ausgeht, handelt in **Erfüllungsabsicht**. Das verträgt sich mit der Annahme eines Fremdgeschäftsführungswillens nicht. Ansprüche aus GoA sind nicht gegeben. Fehlt es in Wirklichkeit an einem Anspruch auf die Leistung, ist das über § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB rückabzuwickeln.

Der Fremdgeschäftsführungswille wird dagegen nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Erfüllung einer eigenen Pflicht ein **Nebenzweck** der Geschäftsführung ist. Das ist dann der Fall eines „auch“ fremden Geschäfts. Es genügt, damit § 687 Abs. 1 BGB nicht eingreift und es bei der Einordnung als echte GoA bleiben kann. Von einem solchen „auch fremden“ Geschäft kann man z.B. ausgehen, wenn der Geschäftsführer nicht *sicher* ist, ob er zu einer Handlung verpflichtet ist und sie nur *eventualiter* erfüllen will.

In eine andere Kategorie fallen Geschäfte, die schon **objektiv** sowohl eigenen wie fremden Interessen dienen. Das ist GoA, *soweit* ein fremdes Geschäft vorliegt.

Wer als Mitglied einer Bruchteilsgemeinschaft eine Verwaltungshandlung vornimmt, zu der er nicht nach den Regeln der §§ 741 ff. BGB berechtigt ist, besorgt ein objektiv fremdes Geschäft der anderen Gemeinschaftler und zugleich ein objektiv eigenes Geschäft, was seinen Anteil an der Gemeinschaft betrifft. Das ist GoA iSv § 677 BGB. Wenn nicht aus §§ 685, 687 BGB etwas anderes folgt, hat er im Verhältnis zu den übrigen Mitgliedern der Gemeinschaft wegen deren Anteil an dem Gesamtgeschäft die Ansprüche aus GoA. Nur soweit es seinen eigenen Anteil betrifft, hat er keine. Ist er zu 1/3 Miteigentümer, kann er unter den Voraussetzungen des § 683 BGB folglich 2/3 seiner Aufwendungen von den anderen ersetzt verlangen, 1/3 muß er dagegen selbst tragen.

Bei objektiv neutralen Geschäften ist es entscheidend, ob Eigen- oder Fremdinteressen **im Vordergrund** stehen. Das ist oft Wertungsfrage. Der Erbenermittler, der die Erben eines Verstorbenen ermittelt, handelt dabei sicher *auch* in deren Interesse (aber weder in deren Rechts- noch in deren Pflichtenkreis). Tut er das aber in der Absicht, ihnen anschließend einen Vertrag über die entgeltliche Übermittlung der ihm vorliegenden Informationen anzubieten, stehen seine Eigeninteressen im Vordergrund. Lehnen die Erben den Vertragschluß ab, schließt § 687 Abs. 1 BGB Ansprüche aus GoA aus, wenn sie dann auch ohne seine Informationen (aber durchaus wegen seines Angebots) herausfinden, wen sie beerbt haben.

In den Erbenermittlerfällen führt freilich auch § 241a BGB zwanglos zum selben Ergebnis.

C. Ohne Auftrag

Ohne Auftrag besorgt das fremde Geschäft, wer nicht aufgrund eines anderen Rechtsverhältnisses zu seiner Besorgung **berechtigt oder verpflichtet** ist. Eine *Berechtigung* zum Eingriff in fremden Rechtskreis ist nur relevant, wenn sie gerade dem Geschäftsherrn gegenüber bestand. Daß jemand (wirklich und nicht nur vermeintlich) *verpflichtet* ist, ein Geschäft zu besorgen, schließt dagegen Ansprüche regelmäßig aus, wenn der Geschäftsführer in Kenntnis und zum Zwecke der Erfüllung dieser Pflicht gehandelt hat.

Grundsätzlich spielt es keine Rolle, ob der Geschäftsführer dem Geschäftsherrn oder **einem Dritten gegenüber** zu dem Geschäft verpflichtet war. Auch letzteres reicht für einen „Auftrag“ i.S.v. § 677 BGB. *Keinen* Auftrag stellt jedoch eine **Jedermannspflicht** dar. Wer bei gemeiner Not hilft, weil er durch § 323c StGB hierzu verpflichtet ist, handelt daher sowohl mit Fremdgeschäftsführungswillen als auch ohne Auftrag, selbst wenn sein einziges Motiv die Vermeidung der Strafe ist.

Auch in den Fällen der Leistung auf einen **nichtigen** oder **beendeten Vertrag** ist das Merkmal des Handelns „ohne Auftrag“ grundsätzlich erfüllt. Es kann dann – muß aber nicht (s.o.) – am Fremdgeschäftsführungswillen fehlen.

Die §§ 677 ff. BGB gelten außerdem nur, soweit nicht **vorrangige Spezialnormen** die Abwicklung beendeter Verträge anderweitig regeln. Hierfür gibt § 672 S. 2 BGB ein Beispiel.

Überhaupt kann aus einem **bestehenden Rechtsverhältnis** folgen, daß die §§ 677 ff. BGB nicht anwendbar sind. So ist z.B. anerkannt, daß der Käufer, der den Sachmangel selbst beseitigt, die dafür getätigten Aufwendungen auch dann nicht nach §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB vom Verkäufer ersetzt verlangen kann, wenn das dessen Interessen entsprach. Das folgt schon daraus, daß der Gesetzgeber in § 437 BGB die Selbstvornahme der Mangelbeseitigung – anders als in § 634 BGB – nicht in den Katalog der Mängelgewährleistungsrechte aufgenommen

hat. Im Miet- und Werkvertragsrecht wiederum ist die Selbstvornahme der Mangelbeseitigung geregelt (§§ 536a Abs. 2, 637 BGB), so daß dort *deshalb* kein Rückgriff auf GoA zulässig ist.

Nicht immer stellt ein bestehendes Rechtsverhältnis aber ein solches Hindernis dar. So verweist z.B. § 539 Abs. 1 BGB für *andere* Aufwendungen, die der Mieter auf die Mietsache gemacht hat, ausdrücklich auf die GoA. Auch hat der BGH entschieden, daß der Eigentümer, der eine Eigentumsstörung selbst beseitigt, vom Störer, der hierzu durch § 1004 Abs. 1 BGB verpflichtet war, Aufwendungsersatz nach Maßgabe von §§ 677, 683, 670 BGB verlangen kann.

D. Ansprüche aus GoA

1. Anspruch des Geschäftsführers auf Aufwendungsersatz

a) bei berechtigter GoA

Der Geschäftsführer kann Ersatz seiner Aufwendungen wie ein Beauftragter (also nach Maßgabe von § 670 BGB) verlangen, wenn

- die Übernahme der Geschäftsführung dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen und dem Interesse des Geschäftsherrn entsprochen hat (§ 683 S. 1 BGB),
- der Geschäftsführer durch die Geschäftsführung eine dem Geschäftsherrn im öffentlichen Interesse auferlegte Pflicht oder eine gesetzliche Unterhaltspflicht erfüllt hat (§ 683 Satz 2 BGB) oder
- der Geschäftsherr die Geschäftsführung nachträglich genehmigt hat (§ 684 S. 2 BGB).

Man spricht dann von **berechtigter GoA**. Sie stellt zugleich einen Rechtfertigungsgrund des Deliktsrechts dar und nimmt dem Eingriff in den fremden Rechtskreis seine Widerrechtlichkeit.

Bei § 683 S. 1 BGB kommt es auf den **wirklichen Willen** des Geschäftsherrn nur an, wenn er zur Zeit der Geschäftsführung einen solchen hatte. Irrelevant ist (vom Fall des § 684 S. 2 BGB abgesehen), was er *später* tatsächlich will. Hatte er zu dieser Zeit keine Ahnung von dem Geschäft oder sich noch keinen Willen über seine Vornahme gebildet, ist sein **mutmaßlicher Wille** entscheidend.

Die Geschäftsführung muß außerdem dem **Interesse** des Geschäftsherrn entsprochen haben. An der Beachtung seines wirklichen Willens hat er freilich ein schon im Selbstbestimmungsrecht begründetes Interesse und zumindest *prima facie* ist davon auszugehen, daß sich auch sein Interesse und sein mutmaßlicher Wille decken.

Was der Geschäftsführer über den Willen des Geschäftsherrn wußte oder wissen mußte, ist *hier* nicht relevant. Das spielt nur für den Anspruch aus § 678 BGB eine Rolle.

Aufwendungen sind **freiwillige Vermögensopfer**, die der Geschäftsherr zum Zwecke der Ausführung des Geschäfts eingegangen ist. Hierzu gehören alle Opfer an Geld oder an anderen geldwerten Gegenständen.

Obwohl streng genommen keine Aufwendungen, muß der Geschäftsherr entsprechend § 110 Abs. 1 HGB auch **Schäden** ersetzen, die der Geschäftsführer erlitten hat, weil er seine Vermögenswerte im Interesse des Geschäftsherrn freiwillig einer besonderen Gefahr ausgesetzt hat. Sonst drohen merkwürdige Ergebnisse: Der Geschäftsführer könnte das Hemd, das er zerreißt, um die Wunde des Geschäftsherrn abzubinden, ersetzt verlangen, nicht aber die Reinigung der Hose, auf die dieser, vom Geschäftsführer unbemerkt, geblutet hat.

Die Aufwendung von **Zeit** oder der eigenen **Arbeitskraft** ist grundsätzlich kein Vermögensopfer. Aufwendungsersatz nach § 670 BGB kann dafür nicht verlangt werden. Das ist indessen nur beim *Auftrag* wirklich logisch, weil er ja schon seiner Definition nach eine unentgeltliche Geschäftsbesorgung ist (§ 662 BGB). Bei der *Geschäftsführung ohne Auftrag* liegt es

dagegen näher, die den §§ 612 Abs. 1, 632 Abs. 1 BGB zugrundeliegende Wertung zu berücksichtigen. Daß die §§ 677 ff. BGB dies nicht tun, geht letztlich auf ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers zurück, ein Versehen, das er bei der Formulierung der entsprechenden Ansprüche des Vormunds in § 1835 Abs. 3 BGB vermieden hat. Es herrscht daher Einigkeit darüber, daß zur Schließung dieser Lücke diese Vorschrift über die Entschädigung des Vormunds **für berufliche Dienste** analog anwendbar ist: Zu den ersatzfähigen Aufwendungen des Geschäftsführers gehört auch die **übliche Vergütung** einer Tätigkeit, die er für den Geschäftsherrn im Rahmen seiner selbständigen Berufsausübung vornimmt. Er muß diesen Beruf *tatsächlich selbständig* ausüben. Es reicht nicht bereits, daß er das aufgrund seiner Qualifikation könnte. Nur der niedergelassene Arzt kann ein Honorar verlangen, wenn er abends in einer Gaststätte einen Gast mit einem Luftröhrenschnitt vor dem Erstickungstod rettet. Einem angestellten Klinikarzt steht nur der Ersatz seiner Sachaufwendungen zu.

War dieses Ergebnis früher ganz unumstritten, so ist es mit Inkrafttreten von § 241a Abs. 1 BGB problematisch geworden, denn wenn der Geschäftsführer *gerade* mit Rücksicht auf seinen selbständig ausgeübten Beruf gehandelt hat, so ja zugleich **als Unternehmer**, der vor Vertragschluß vorleistet, so daß § 241a Abs. 1 BGB sämtliche Ansprüche auszuschließen scheint, sogar den auf Ersatz der sachlichen Aufwendungen. Daß ein Unternehmer, der im Rahmen seines Betriebes handelt, keinerlei Rechte aus GoA ableiten können soll, während ihn alle Pflichten ohne weiteres treffen, kann aber kaum sein. Die Reichweite des **Anspruchsausschlusses wegen unverlangter Leistungen** muß sinnvoll eingegrenzt werden. Richtigerweise sollte man ihn auf Fälle beschränken, in denen der Unternehmer gerade **zum Zwecke der Vertragsanbahnung** gehandelt hat. War das nicht seine Absicht, bleibt es bei den aus §§ 677, 683 Satz 1, 670 BGB und der Analogie zu § 1835 Abs. 3 BGB folgenden Ansprüchen.

Ohne daß auf § 241a BGB in der Begründung überhaupt eingegangen wird, scheint das auch der BGH so zu sehen: Einem Bestattungsunternehmer, der die Bestattung erst durchgeführt hat, nachdem die Angehörigen einen Vertragschluß bereits abgelehnt hatten, hat er den Anspruch gegen sie aus §§ 677, 683 Satz 2, 670 BGB i.V.m. § 1835 Abs. 3 BGB ohne weiteres zugebilligt: Der wirkliche Wille der Angehörigen war irrelevant und zum Zwecke der Anbahnung eines Vertrages konnte der Unternehmer hier ja nicht mehr gehandelt haben.

b) bei unberechtigter GoA

Liegt unberechtigte GoA vor, verweist § 684 S. 1 BGB den Geschäftsführer auf Ansprüche aus Ungerechtfertigter Bereicherung. Wer das Geschäft nicht will, muß herausgeben, was er durch die Leistung des Geschäftsherrn erlangt hat.

In der Literatur ist streitig, ob § 684 Satz 1 BGB eine **Rechtsgrund-** oder eine **Rechtsfolgenverweisung** enthält und, falls letzteres zutrifft, ob sie dann eine Leistungs- oder Nichtleistungskondition begründet. Einfacher scheint mir die Annahme einer Rechtsfolgenverweisung zu sein. Es ist jedenfalls nicht ersichtlich, welches Tatbestandsmerkmal der verschiedenen Varianten des § 812 Abs. 1 BGB ein zusätzliches Problem darstellen sollte. Vor allem besteht für das Erlangte jedenfalls kein Rechtsgrund, denn der Geschäftsführer hat ja „ohne Auftrag“ gehandelt und auch die GoA gibt – eben weil unberechtigt – keinen Rechtsgrund ab.

Herauszugeben ist jedenfalls der **Wert der Geschäftsbesorgung** (§ 818 Abs. 2 BGB), denn diese ist das „Erlangte“. Er wird begrenzt durch die eingetretene und (ggf. in Form ersparter Aufwendungen) noch immer vorhandene **Vermögensvermehrung** (§ 818 Abs. 3 BGB). Hat es dies keine gegeben, gibt es auch keinen Anspruch.

Ein **Wertungswiderspruch** kann anscheinend entstehen, wenn die Bereicherung des Geschäftsherrn die Aufwendungen des Geschäftsführers übersteigt. Daher wollen die meisten den Anspruch aus § 684 S. 1 BGB der Höhe nach auf denjenigen begrenzen, der dem Geschäftsführer bei berechtigter GoA aus §§ 683 S. 1, 670 BGB zugestanden hätte. Das ist aber falsch. § 684 S. 2 BGB gibt dem Geschäftsherrn ein ja Wahlrecht. Wenn das im Ergebnis für

ihn günstiger ist, mag er die Geschäftsführung genehmigen. Einen Grund, ihn so zu stellen, als hätte er das getan, wenn er es *nicht* tut, gibt es nicht.

2. Ansprüche des Geschäftsherrn

a) *Rechenschaft und Herausgabe*

Dem Geschäftsherrn stehen nach §§ 681 S. 2, 666, 667 BGB dieselben Abwicklungsansprüche **wie einem Auftraggeber** zu: Er kann **Rechenschaft** und **Herausgabe** desjenigen verlangen, was der Geschäftsherr aus der Geschäftsführung erlangt oder zu ihrer Durchführung an sich gebracht hat.

Die früher herrschende Ansicht ging dahin, daß das nur bei *berechtigter* GoA so sei, daß der Geschäftsherr also die Geschäftsführung nach § 684 S. 2 BGB genehmigen müsse, wenn er Ansprüche aus §§ 681 S. 2, 666, 667 BGB geltendmachen wolle. Dafür gibt es aber keinen Anhaltspunkt im Gesetz, insbesondere enthält § 681 BGB keinen Hinweis auf eine solche Einschränkung. Auch der Zweck der Norm erfordert sie nicht. *Wenn* aus dem Herausgabeverlangen folgt, daß der Geschäftsherr die Geschäftsführung im Ergebnis billig, dann *wird* die Geschäftsführung dadurch genehmigt. Das wird regelmäßig so sein, wenn er Herausgabe desjenigen verlangt, was der Geschäftsführer *aus* der Geschäftsführung erlangt hat. Der Rechenschaftsanspruch und der Anspruch auf Herausgabe des zur Ausführung des Geschäfts vom Geschäftsführer an sich Genommenen sollte dem Geschäftsherrn aber in jedem Falle zustehen. Dazu verpflichtet zu sein, ist eben das Risiko desjenigen, der ungefragt in fremden Angelegenheiten tätig wird.

Die Ansprüche aus §§ 681 S. 1, 666, 667 BGB setzen daher richtigerweise nur eine **echte**, aber keine berechnigte GoA voraus.

b) *Schadensersatz*

§ 678 BGB gewährt dem Geschäftsherrn bei **unberechtigter GoA** außerdem einen Anspruch auf Schadensersatz für eine bei ihm infolge der Geschäftsführung eingetretene Vermögens-einbuße, falls der Geschäftsführer wußte oder fahrlässig verkannte, daß er nicht unter den Voraussetzungen des § 683 BGB handelte. Ob der Geschäftsführer auch den *Schaden* zu vertreten hat, ist für den Anspruch aus § 678 BGB irrelevant. Er haftet insoweit für Zufall.

Bei jeder **echten GoA** (auch der unberechnigten) schuldet der Geschäftsherr außerdem Schadensersatz **neben der Leistung** aus § 280 Abs. 1 BGB, wenn er die Pflichten aus §§ 677, 681 S. 1 BGB verletzt. Außerdem ist auch die GoA ein Schuldverhältnis, das Schutz- und Rücksichtnahmepflichten i.S.v. § 241 Abs. 2 BGB begründen kann.

Im Falle der **Nothilfe** gilt der **eingeschränkte Verschuldensmaßstab** aus § 680 BGB: Der Nothelfer haftet nur für grobes Verschulden. Das betrifft *alle* verschuldensabhängigen Ansprüche, auch denjenigen aus § 678 BGB.

c) *angemäßte Eigengeschäftsführung*

Im Falle des § 687 Abs. 2 BGB hat der Geschäftsherr ein **Wahlrecht**: Er kann die sich aus §§ 677, 678, 681 BGB folgenden Rechte in Anspruch nehmen, wird dem Geschäftsführer dann aber auch nach Maßgabe von § 684 S. 1 BGB verpflichtet. Das heißt im Klartext, daß er für die **Rechtsfolgen der unechten GoA** optieren kann. Tut er dies nicht, bleibt es bei der Unabwendbarkeit der §§ 677 ff. BGB.

Das eröffnet dem Geschäftsherrn vor allem die Möglichkeit, einen **Gewinn abzuschöpfen**, den der Geschäftsführer erzielt hat. Verkauft z.B. jemand, der eine fremde Sache unterschlagen hat, weiter, so kann der Eigentümer weder aus § 823 Abs. 1 BGB noch aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, 818 Abs. 2 BGB mehr als den Ersatz des objektiven Wertes der Sache verlangen. Ist sein Verkaufserlös tatsächlich höher, dürfte er nach den allgemeineren Vorschriften den Gewinn also behalten. Aus §§ 677, 687 Abs. 2, 681 S. 2, 667 BGB kann der

Treugeber dagegen den vollen Erlös herausverlangen, inklusive des Veräußerungsgewinns. Aus §§ 687 Abs. 2, 684 S. 1 BGB folgt hier nur, daß das auf den *Reingewinn* beschränkt bleibt. Die Transaktionskosten muß er seinerseits dem Treuhänder ersetzen.

3. Beteiligung nicht voll Geschäftsfähiger

Das Zustandekommen einer GoA erfordert keinen Vertragschluß, sondern nur eine **tatsächliche Handlung** des Geschäftsführers. Sie setzt daher Geschäftsfähigkeit weder bei dem einen noch bei dem anderen Teil voraus.

Ist der **Geschäftsherr** geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, schränkt das weder seine Rechte noch seine Pflichten ein. Soweit es nach § 683 S. 1 BGB auf seinen wirklichen oder mutmaßlichen Willen ankommt, ist jedoch nicht sein eigener Wille, sondern der **seines gesetzlichen Vertreters** entscheidend. Nur wenn offenkundig ist, daß der gesetzliche Vertreter seine Rechtsstellung mißbraucht und keine Zeit für ein Eingreifen von Familien- oder Betreuungsgericht bleibt, darf der Geschäftsführer sich über den Willen des gesetzlichen Vertreters hinwegsetzen. Es kommt dann ausnahmsweise darauf an, ob die Geschäftsführung dem entsprochen hat, was das Familien- oder Betreuungsgericht angeordnet oder ermöglicht hätte.

Die **Genehmigung** der unberechtigten GoA nach § 684 S. 2 BGB ist ein Rechtsgeschäft, für das die §§ 104 ff. BGB uneingeschränkt gelten. Da sie nicht ausschließlich rechtlich vorteilhaft, kann der minderjährige Geschäftsführer die GoA nur mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters genehmigen.

Ist der **Geschäftsführer** geschäftsunfähig, schließt § 682 BGB alle Ansprüche aus GoA aus, die *gegen* ihn gerichtet sind, aus. Er schuldet daher keine Rechenschaft und muß das zur oder aus der Geschäftsführung Erlangte nur nach Maßgabe von §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, 985 BGB herausgeben. Schadensersatz schuldet er nur, soweit er einen Deliktstatbestand verwirklicht hat. Die Ansprüche des *Geschäftsführers* aus §§ 683, 684 BGB kann er aber geltendmachen.

Dasselbe gilt für einen beschränkt geschäftsfähigen Geschäftsführer und zwar unabhängig davon, ob sein gesetzlicher Vertreter mit der Vornahme des Geschäfts einverstanden war. Das ist im Hinblick darauf, daß der gesetzliche Vertreter einem entsprechenden *Auftrag* durch seine Zustimmung hätte zur Wirksamkeit verhelfen können, etwas inkonsequent.

IV. Ungerechtfertigte Bereicherung

A. Überblick

Das Bereicherungsrecht stellt ein Gegenstück zum Deliktsrecht dar. Geht es bei diesem darum, einen auf unrechte Weise entstandenen Verlust auszugleichen, so ist das Ziel der §§ 812 ff. BGB, einen auf unrechte Weise entstandenen **Gewinn abzuschöpfen**, genauer: eine Vermögensverschiebung rückgängig zu machen, der es an einer Rechtfertigung fehlt. Beides kann sich überschneiden. Daher können deliktische und Bereicherungsansprüche jederzeit nebeneinander treten.

Das Gesetz kennt **keinen einheitlichen Tatbestand** der ungerechtfertigten Bereicherung. Vielmehr enthalten die §§ 812 ff. BGB eine ganze Reihe von Tatbeständen, die sich in zwei große Gruppen aufteilen lassen, nämlich

- diejenigen, die die Rückabwicklung einer **Leistung** anordnen und darum als Leistungskonditionen bezeichnet werden und
- diejenigen, bei denen eine **Vermögensverschiebung** ausgeglichen wird, ohne daß dem eine Leistungsbeziehung zwischen Bereicherungsläubiger und Bereicherungsschuldner zugrund liegt und die man darum als Nichtleistungskonditionen bezeichnet.

Leistungskonditionen kennt das Gesetz sechs verschiedene:

- die *condictio indebiti* des § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB,
- die *condictio ob causam finitam* des § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 BGB,
- die *condictio ob rem* des § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB,
- die Kondiktion wegen peremptorischer Einreden des § 813 Abs. 1 BGB,
- die *condictio ob iniustam causam* des § 817 Satz 1 Alt. 1 BGB,
- die *condictio ob turpem causam* des § 817 Satz 1 Alt. 2 BGB.

Die meisten von ihnen stehen grundsätzlich **selbständig nebeneinander**, schließen sich aber überwiegend auf Tatbestandsebene aus. Nur die beiden Ansprüche aus § 817 S. 1 BGB können *neben* der *condictio indebiti* greifen, nämlich wenn der inkriminierte Leistungszweck zugleich zur Nichtigkeit des Kausalgeschäfts nach §§ 134, 138 BGB führt. Die beiden Ansprüche aus § 817 S. 1 BGB stehen im übrigen im selben Verhältnis zueinander wie die §§ 134, 138 BGB: Der Gesetzesverstoß ist der Spezialfall eines Sittenverstoßes und geht im vor.

Die *condictio indebiti* ist die mit Abstand praktische wichtigste Leistungskondiktion, weshalb sie gelegentlich auch als deren Grundtatbestand bezeichnet wird, was sie streng genommen aber nicht ist.

Für die **Nichtleistungskonditionen** stellt § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB dagegen einen echten Grundtatbestand dar, der so weit gefaßt ist, daß er schon eher den Charakter einer Generalklausel hat, die sich in Fallgruppen gliedert (Eingriffs-, Rückgriffs-, Verwendungskondiktion usw.).

Daneben gibt es die **drei Spezialtatbestände** des § 816 BGB. Sie regeln *abschließend* die bereicherungsrechtlichen Konsequenzen

- des gutgläubigen Erwerbs eines Rechtes vom Nichtberechtigten in § 816 Abs. 1 BGB,
- der Leistung an einen Nichtgläubiger, die der wahre Gläubiger der Forderung gegen sich gelten lassen muß in § 816 Abs. 2 BGB.

Ansprüche aus **Leistungs-** und aus **Nichtleistungskondiktion** können nicht wegen desselben Gegenstandes zwischen denselben Personen nebeneinander stehen, was schon daraus folgt, daß etwas nur *entweder* durch Leistung *oder* auf andere Weise erlangt worden sein kann. Hier wird zuweilen der – verwirrende – Begriff vom „Vorrang der Leistungskondiktion“ bemüht. Gemeint ist in Wirklichkeit ein **Vorrang der Leistungsverhältnisse**.

Daß aber selbst das so ohne weiteres nicht stets gilt, läßt sich leicht zeigen: Wer eine Sache, die X gehört, von Y geschenkt bekommt, hat sie durch Leistung des Y erlangt. Dennoch sieht er sich dem Anspruch des X aus der Nichtleistungskondiktion des § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB ausgesetzt. In Wahrheit taugt dieser Grundsatz nicht weiter als bis dahin, daß derjenige, der eine **Vermögensverschiebung mit Leistungscharakter** vorgenommen hat, nicht Gläubiger einer Nichtleistungskondiktion mit dem Empfänger der Leistung als Schuldner sein kann. Das versteht sich aber ohnehin von selbst.

Bei mehr als zwei beteiligten Personen kann die Abgrenzung zwischen den Leistungskonditionen und der *allgemeinen* Nichtleistungskondiktion des § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB schwierig sein. Sie hat aber letztlich auf der Tatbestandsebene zu erfolgen. Der **Bereicherungsausgleich in Dreiecksverhältnissen** ist überhaupt eine der schwierigsten Fragen des Zivilrechts. Der Topos vom „Vorrang der Leistungskondiktion“ ist nicht annähernd geeignet, sie zufriedenstellend zu beantworten.

B. Bereicherungsgegenstand

Der **Gegenstand** der möglichen Bereicherung ist für alle Tatbestände einheitlich ein „Etwas“, das der Bereicherungsschuldner „erlangt“ hat. Das wird nicht eng ausgelegt. Jeder **geldwerte Vorteil** kann ein erlangtes Etwas darstellen. Es muß sich nicht um ein Recht handeln. Selbst der schiere Besitz einer Sache (der ja ihre Nutzung ermöglicht) oder die Tatsache einer Beförderung mit der Bahn von A nach B (die ja einen Fahrpreis, also auch einen Geldwert hat) kann Gegenstand einer Bereicherung sein. Die Tatsache, daß ich von A nach B zu Fuß gegangen bin, bereichert mich dagegen nicht, denn das hat keinen Marktpreis.

Das „erlangte Etwas“ ist – obwohl der Anspruch daran so gut wie nie scheitert – stets festzustellen, weil er zugleich das ist, *was* als Gegenstand der Bereicherung herauszugeben ist, denn primär folgen aus §§ 812 ff. BGB **Herausgabeansprüche**, keine Zahlungsansprüche. Auf Zahlung sind Bereicherungsansprüche nur gerichtet, wenn

- das erlangte Etwas eben gerade eine Geldsumme ist oder
- wenn sie Sekundäransprüchen aus § 818 ff. BGB begründen.

C. Leistungskonditionen

1. Der Leistungsbegriff

Unter Leistung versteht man jede bewußte und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens. Die „Vermögensmehrung“ ist genauso weit zu verstehen wie das „Etwas“, das der Empfänger erlangt hat. Das Geleistete und das Erlangte sind bei der Leistung identisch. Durch Leistung findet also eine **Vermögensverschiebung** statt.

Die Vermögensverschiebung muß demjenigen, der sie herbeigeführt hat, **bewußt** gewesen sein, andernfalls kann sie nur mit einer Nichtleistungskondiktion ausgeglichen werden. Die Leistungshandlung muß zudem darauf gerichtet gewesen sein, **einem anderen** einen Vorteil zu verschaffen. Wer sein *eigenes* Vermögen mehrt oder mehren will, leistet nicht. Schließlich muß mit ihr irgendein **Zweck** verfolgt worden sein.

2. Die *condictio indebiti*

Die drei Tatbestandsmerkmale des § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB stehen in einer zwingenden Reihenfolge. Ob etwas ohne Rechtsgrund geleistet wurde, kann man erst prüfen, wenn

man weiß, was geleistet wurde und das muß wiederum das Erlangte sein. Man prüfe daher in dieser Reihenfolge:

- (1) etwas erlangt
- (2) durch Leistung
- (3) ohne Rechtsgrund

Der Leistungszweck muß bei der *condictio indebiti* in der **Erfüllung einer Leistungspflicht** gelegen haben, die Leistung muß also *solvendi causa* erbracht worden sein. Der **Rechtsgrund** dafür fehlt demnach, wenn es nichts zu erfüllen gab, weil keine Verpflichtung zur Leistung bestanden hat.

Solvendi causa kann auch leisten, wer die Pflicht zur Leistung durch ein **gleichzeitig** begründetes kausales Schuldverhältnis für gegeben hält. Die Leistung auf ein nach der Vorstellung des Leistenden erst *künftig* zu begründendes Schuldverhältnis erfolgt dagegen nicht *solvendi causa*.

Der **Hauptanwendungsfall** der *condictio indebiti* ist denn auch der, daß das der Leistung zugrundeliegende Schuldverhältnis nichtig oder – entgegen der Annahme des Leistenden – gar nicht erst zustandegekommen ist.

Soll ein Rechtsgeschäft den Rechtsgrund für die Leistung bilden, muß es ein **kausales Rechtsgeschäft** sein. Das Gegenstück zu den kausalen sind die **abstrakten Rechtsgeschäfte**, die die Rechtslage lediglich verändern, einen Grund dafür aber nicht enthalten.

Die **Trennlinie** zwischen kausalen und abstrakte Rechtsgeschäften verläuft nicht zwischen Schuld- und Sachenrecht und auch nicht stets zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften, denn es gibt sowohl abstrakte Verpflichtungen als auch kausale Verfügungen. Vielmehr ist

- **kausal** jedes Rechtsgeschäft, das den Grund für die mit ihm herbeigeführte Rechtsänderung bereits in sich trägt,
- **abstrakt** jedes Rechtsgeschäft, das nur die Rechtsänderung *als solche* bewirkt, einen *Grund* dafür aber gerade voraussetzt.

Für das „klassische“ Beispiel von **Sachkauf** (kausal) und **Übereignung** (abstrakt) ist Ihnen das bekannt. Es durchzieht die Rechtsordnung aber wie ein roter Faden. So bestimmt § 397 Abs. 1 BGB zwar, daß eine Forderung durch einen Vertrag aufgehoben werden kann, gibt aber keinen Hinweis darauf, aus welchem Grund das geschehen sollte. Der Erlaß ist vielmehr, obwohl schuldrechtlicher Natur, ein **abstraktes Verfügungsgeschäft**. Das durch ihn erlangte „Etwas“ (nämlich: die Befreiung von der erlassenen Forderung) muß der Empfänger herausgeben, wenn es für den Erlaß keinen Rechtsgrund gab.

Wie aus § 780 BGB folgt, kann sogar ein **reines Verpflichtungsgeschäft** abstrakten Charakter haben. Die durch ein abstraktes Schuldversprechen begründete Forderung ist ein erlangtes „Etwas“, das der Schuldner kondizieren kann, wenn es für seine Begründung keinen außerhalb des abstrakten Geschäftes liegenden Rechtsgrund gab. Nach § 812 Abs. 2 BGB gilt das auch für das konstitutive Schuldanerkenntnis des § 781 BGB und das mit den Wirkungen des Erlasses ausgestattete negative Schuldanerkenntnis des § 397 Abs. 2 BGB.

Als Rechtsgrund genügt allerdings ein **Behaltensgrund**. Es ist nicht erforderlich, daß der Empfänger der Leistung sie auch hätte durchsetzen können. Das betrifft die Fälle sog. **unvollkommener Verbindlichkeiten**, die keinen durchsetzbaren Anspruch auf die Leistung bilden, aber dennoch existent sind, so daß die Leistung, wenn sie erfolgt, nicht ohne Rechtsgrund erfolgt. Beispiele hierfür sind:

- der Lohnanspruch des Ehevermittlers (§ 656 BGB),
- Spiel- und Wettschulden (§ 762 BGB),
- der Restschuldbefreiung im Insolvenzverfahren anheim gefallene Forderungen

(§ 301 InsO).

Es betrifft außerdem alle Arten von **einredebehafteten Forderungen**, auf die der Schuldner geleistet hat, ohne sich auf die Einrede zu berufen. Obwohl sie nicht durchsetzbar waren, schaffen sie einen Behaltensgrund. Eine Rückforderung mit der *condictio indebiti* ist ausgeschlossen. Nur in ganz seltenen Fällen ist dafür die besondere Leistungskondition aus § 813 Abs. 1 S. 1 BGB eröffnet.

Bezweckt jemand gerade die *unentgeltliche* Vermehrung fremden Vermögens, so leistet er *donandi causa*. Das genügt für das Behaltendürfen, wenn ein **Schenkungsvertrag** über den Gegenstand zustandekommt, sei es vorher oder nachher, wobei er nachträglich sogar durch Schweigen zustandekommen kann (§ 516 Abs. 2 Satz 2 BGB).

Kommt ein Schenkungsvertrag **nicht zustande**, kann aber auch das mit Schenkungsabsicht Geleistete zurückgefordert werden. Die Schenkungsabsicht *alleine* begründet keinen ausreichenden Behaltensgrund (vgl. auch § 516 Abs. 2 Satz 3 BGB).

Anders ist das aber bei den **Pflicht- und Anstandsschenkungen** des § 534 BGB. Bei ihnen genügt bereits die Schenkungsabsicht als Behaltensgrund, denn § 814 Alt. 2 BGB schließt jede Rückforderung aus.

Schließlich genügt als Rechtsgrund i.S.v. § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB auch das Einigsein über eine **Gefälligkeit**. Das Gefälligkeitsverhältnis ist – obwohl es mangels Rechtsbindungswillens gerade keine Leistungspflichten begründet – wiederum ausreichender Behaltensgrund für die gefälligkeitshalber gewährte Leistung.

Nach § 814 Alt. 1 BGB ist der Bereicherungsanspruch außerdem ausgeschlossen, wenn der Leistende **gewußt** hat, daß er zur Leistung **nicht verpflichtet** ist, aber eben dennoch leisten wollte. Das schließt es freilich aus, anzunehmen, er habe *solvendi causa* geleistet. Insofern enthält § 814 Alt. 1 BGB eine Selbstverständlichkeit.

Er betrifft im übrigen auch *nur* die *condictio indebiti*. Der Leistungsausschluß gilt daher nicht, wenn der Leistende mit der Leistung einen bestimmten *anderen* Zweck verfolgt als den, eine nicht bestehende Verbindlichkeit zu erfüllen. Die Frage, ob oder ob er nicht kondizieren kann, richtet sich dann nach §§ 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2, 815 BGB.

Der Leistungsausschluß aus § 814 Alt. 1 BGB erfordert **positive Kenntnis** der fehlenden Verpflichtung als solcher. Es genügt dafür nicht, daß der Leistende die Tatsachen kannte, aus denen folgte, daß das Kausalgeschäft nichtig war. Er muß auch diese Rechtsfolge gekannt und gewußt haben, daß er deshalb nichts schuldet, nur dann ist die *condictio indebiti* ausgeschlossen. Auch wer leistet, obwohl er davon ausgeht, daß er nichts schuldet, kann sich die *condictio indebiti* dadurch erhalten, daß er ausdrücklich **unter Vorbehalt der Rückforderung** leistet. Das hat im übrigen einen zweiten Effekt: Die Beweislast für den Rechtsgrund liegt dann beim Bereicherungsschuldner.

§ 142 Abs. 2 BGB kann auf § 814 BGB nur angewendet werden, wenn es der Leistende ist, der **zur Anfechtung berechtigt** ist. Ist das dagegen der Leistungsempfänger, muß der andere Teil ja leisten, so lange nicht tatsächlich angefochten worden ist. Ist er dazu aber rechtlich *gezwungen*, darf seine Kenntnis von der Anfechtungsmöglichkeit nicht schon zum Ausschluß des Rückforderungsanspruchs führen.

Auch wenn eine Forderung **noch nicht fällig** ist, stellt sie dennoch schon einen ausreichenden Behaltensgrund dar (vgl. § 813 Abs. 2 BGB). Wer die Miete schon am 15. des Vormonats überweist, kann sie weder zurückfordern, noch für die Zeit bis zum dritten Werktag des nächsten Monats Zinsen (nämlich: Herausgabe der Nutzungen, § 818 Abs. 1 BGB) verlangen.

Nur bei **absoluten Fixgeschäften** ist die vorzeitige Leistung nicht das Geschuldete, kann also auch mit der *condictio indebiti* zurückgefordert werden, weil der Schuldner ganz

unabhängig hiervon ja zur Leistung zum vereinbarten Zeitpunkt verpflichtet bleibt. Wenn sich Gläubiger und Schuldner über die vorzeitige Leistung *einig* werden, kann das allerdings ein Fall des § 364 Abs. 1 BGB sein.

Fehlende **Empfangszuständigkeit** für die Leistung führt ebenfalls dazu, daß der Leistungszweck nicht erreicht wird: Die Leistungspflicht erlischt dadurch nicht. Der Leistende kann das Geleistete mit der *condictio indebiti* zurückfordern.

Für gewöhnlich ist der Gläubiger selbst für den Empfang der Leistung auch zuständig. Bei **Geschäftsunfähigen** ist es an ihrer Stelle aber ihr gesetzlicher Vertreter. Das gilt grundsätzlich auch für **beschränkt geschäftsfähige** Gläubiger, doch können sie von ihrem gesetzlichen Vertreter zur Empfangnahme ermächtigt werden. Ausnahmsweise kann ein Minderjähriger jedoch eine **Handschenkung** i.S.v. § 516 Abs. 1 BGB wirksam entgegennehmen, weil sie ausschließlich rechtlich vorteilhaft ist, denn bei der Handschenkung entsteht zu keiner Zeit eine Forderung auf das Geschenke.

3. Die *condictio ob causam finitam*

Hier ist zu prüfen:

- etwas erlangt
- durch Leistung
- aufgrund einer zum Leistungszeitpunkt bestehenden *causa*,
- Wegfall dieser *causa*.

Anwendungsfälle gibt es sehr wenige. **Kein Fall** von § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 BGB sind:

- Kündigung und Rücktritt, weil sie das Schuldverhältnis nicht zum Wegfall bringen, sondern nur in ein *Abwicklungsschuldverhältnis* mit eigens geregelten Ansprüchen verwandeln,
- die Anfechtung, weil § 142 Abs. 1 BGB sie mit *Rückwirkung* ausstattet, so daß schon zum Leistungszeitpunkt kein Rechtsgrund bestand, und folglich die *condictio indebiti* greift,
- der Verbraucherwiderruf, weil §§ 357 ff. BGB seine Rechtsfolgen *abschließend* regeln (siehe § 361 Abs. 1 BGB),
- der Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB), weil er *in keiner Variante* die Nichtigkeit des Vertrages zur Folge hat, sondern zu Vertragsanpassung, Rücktritt oder Kündigung führt.

Die wichtigste Möglichkeit für den Wegfall eines bis dahin bestehenden Vertrages ist die des Eintritts einer **auflösenden Bedingung** (§ 158 Abs. 2 BGB). Auch das führt freilich selten zur *condictio ob causam finitam*, weil diese Bedingung für gewöhnlich nicht nur für das Kausalgeschäft, sondern auch für das Erfüllungsgeschäft vereinbart wird. Dann macht der Bedingungseintritt aber alle Wirkungen rückgängig und es bleibt höchstens noch der Besitz zu kondizieren übrig. Anders ist das nur, wenn das Erfüllungsgeschäft – wie z.B. beim Grundstückskauf – bedingungsfeindlich ist (vgl. § 925 Abs. 2 BGB). Tritt bei einem auflösend bedingten Grundstückskauf die Bedingung ein, entsteht daher ein Rückübereignungsanspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 BGB. Das gilt aber nur, wenn in dem Kaufvertrag nichts Abweichendes geregelt ist. Normalerweise wird ein solcher Vertrag einen vertraglichen Rückübereignungsanspruch vorsehen. Das geht dann vor.

Auch der zweite denkbare Anwendungsfall ist aus einem ähnlichen Grund praktisch selten: wenn die Parteien eines Schuldverhältnisses es durch **Aufhebungsvertrag** beseitigen. Auch das führt nur mangels einer besonderen Regelung zur Anwendung von § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 BGB. Es ist daher zuerst zu prüfen, ob der Aufhebungsvertrag die Rückabwick-

lung ausdrücklich oder konkludent regelt, z.B. durch Verweis auf das Rücktrittsrecht. Dann geht das der *condictio ob causam finitam* vor.

4. Die *condictio ob rem*

Von allen Leistungskonditionen ist § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB der schwierigste Fall. Er setzt voraus, daß der mit der Leistung verfolgte Zweck **aus einem anderen Grunde** verfehlt wurde, als weil es keine der Leistung zugrundeliegende Verpflichtung gab. Man prüft hier:

- etwas erlangt
- durch Leistung
- Zweckbestimmung der Leistung
- Verfehlung des Leistungszwecks

Keine Rolle spielt, ob für die Leistung ein Rechtsgrund bestanden hat oder nicht. Auch daß er noch immer besteht, steht der *condictio ob rem* nicht grundsätzlich im Wege.

Die **Zweckbestimmung** kann sich nicht aus einem rein inneren, nach außen nicht in Erscheinung getretenen Willen ergeben. Im übrigen ist richtigerweise zu unterscheiden:

Erfolgt die Leistung **mit Rechtsgrund**, so muß der andere einen über die Erfüllung hinausgehenden Leistungszweck sowohl **gekannt** als auch **gebilligt** haben, damit seine Verfehlung rechtlich relevant sein kann. Außerdem geht § 313 BGB vor.

Erfolgt die Leistung **ohne Rechtsgrund**, genügt es dagegen, daß der Empfänger den Leistungszweck **kannte**.

Sehr viele Anwendungsfälle hat auch die *condictio ob rem* nicht. Von den mit Rechtsgrund erfolgten Leistungen sind es hauptsächlich **Gefälligkeitsverhältnisse**, die mit ihr rückabgewickelt werden können. Wer z.B. das Haus seines Lebensgefährten durch erhebliche Eigenleistungen im Wert verbessert, wird dies selten mit Rechtsbindungswillen tun. Hier wird die Annahme eines Vertrages fernliegen, die einer Zweckbestimmung, die auch der andere kannte, liegt dagegen nahe: Es soll das Zusammenleben in diesem Haus gefördert werden. Findet das dann gar nicht statt, weil die Beziehung vorher endet, wird dieser Zweck verfehlt. Gäbe es einen Rechtsbindungswillen, hülfte hier schon § 313 BGB und eines Rückgriffs auf die *condictio ob rem* bedürfte es nicht.

Die **Vorausleistung** auf einen noch nicht zustande gekommenen Vertrag ist ohne Rechtsgrund geleistet. Erkennt der Empfänger, daß der Zweck der Leistung darin besteht, einen Vertragschluß herbeizuführen, so schuldet er die Rückgewähr aus § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB, wenn er das Vertragsangebot ablehnt. Allerdings ist das wegen § 241a Abs. 1 BGB wiederum ausgeschlossen, wenn ein Unternehmer an einen Verbraucher auf einen nicht geschlossenen Vertrag unverlangt vorausleistet. Der Verbraucher hat danach das Recht, den Vertragschluß abzulehnen und die Leistung dennoch zu behalten.

Ein – schwieriges und wohl auch umstrittenes Beispiel – ist der **Prostitutionsvertrag**. Er begründet einen Anspruch auf Dirnenlohn nach § 1 Abs. 1 ProstG erst *nach Vornahme* der vereinbarten sexuellen Handlungen. Leistet der Freier (wie in der Praxis meistens) im voraus, so leistet er also noch ohne Rechtsgrund. Soweit er die Rechtslage kennt, kann er auch nicht *solvendi causa* geleistet haben, sondern nur mit dem besonderen Zweck, die Prostituierte zu den vereinbarten sexuellen Handlungen zu veranlassen. Kommt es dazu nicht, ist der Leistungszweck verfehlt worden. Er kann den Lohn mit der *condictio ob rem* zurückfordern.

Ein gesetzlich geregelter Sonderfall der *condictio ob rem* findet sich in § 1301 BGB für **Geschenke unter Verlobten**. Dort wird die über die Schenkungsvereinbarung hinausgehende Zweckbestimmung (nämlich: Förderung der Eheschließung) schlicht und ergreifend unterstellt.

Die *condictio ob rem* ist nach § 815 BGB **ausgeschlossen**, wenn der Leistende **treuwidrig vereitelt**, daß der Leistungszweck erreicht wird oder wenn er von Anfang an wußte, daß dieser Zweck gar nicht erreicht werden konnte.

5. Die Konditionen des § 817 Satz 1 BGB

§ 817 Satz 1 BGB hat folgende Tatbestandsmerkmale:

- etwas erlangt
- durch Leistung
- Empfang der Leistung widerspricht Gesetz oder guten Sitten

Auch für § 817 Satz 1 BGB ist es irrelevant, ob die Leistung **mit oder ohne Rechtsgrund** erfolgt. Ist das Kausalgeschäft nach §§ 134, 138 BGB nichtig, kann ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB neben den aus § 817 Satz 1 BGB treten. Aber auch wenn das Kausalgeschäft wirksam ist, kommt ein Anspruch aus § 817 Satz 1 BGB in Frage.

Der Anspruch ist nach § 817 Satz 2 BGB aber wiederum ausgeschlossen, wenn **auch die Leistung** gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstoßen hat. Da das wiederum in den meisten der in Frage kommenden Fällen so ist, hat auch § 817 Satz 1 BGB kein sehr weites Anwendungsspektrum. Für allem kommt sie in Fällen in Betracht, in denen die Leistung zum Schutze des Leistenden mißbilligt wird, z.B. bei wucherähnlichen Geschäften, dem Verstoß gegen zwingende Preisvorschriften o.ä., wobei sie dort oft neben die *condictio indebiti* tritt.

Seine Hauptbedeutung hat § 817 BGB darin, daß der **Bereicherungsausschluß** in § 817 Satz 2 BGB auch auf **andere Leistungskonditionen**, vor allem auf die *condictio indebiti*, angewendet wird. Sie wird dort sogar über ihren Wortlaut hinaus auf den Fall ausgedehnt, daß **nur die Leistung** gegen Gesetz oder gute Sitten verstößt. Wenn schon derjenige, der genauso mißbilligenswert gehandelt hat wie der Leistende, die Leistung behalten darf, muß das für einen, der gar nichts falsch gemacht hat, ja erst recht gelten.

Da das aber wieder außerordentlich weit geht, erfährt der Bereicherungsausschluß aus § 817 Satz 2 BGB wieder gewisse **Einschränkungen**. Das liegt daran, daß gerade bei Gesetzesverstößen nicht nur die Frage der Nichtigkeit des Vertrags nach §§ 134, 138 BGB, sondern auch die der *Folgen* der Nichtigkeit den Wertungen entsprechen müssen, die dem Verbotsgesetz oder der sittlichen Wertung zugrundeliegen:

Für den Fall des als wucherähnliches Geschäft **nichtigen Darlehensvertrages** ist z.B. anerkannt, daß die Rückforderung der Darlehenssumme *nicht* an § 817 Satz 2 BGB scheitern darf, weil der Darlehensnehmer ja zu keiner Zeit mehr versprochen bekommen hat als die *zeitweilige Nutzung* dieses Kapitals. *Diese* immerhin muß ihm wegen § 817 Satz 2 BGB aber bleiben. Die Darlehenssumme ist daher auch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB erst zur Rückzahlung fällig, wenn das Darlehen es ebenfalls gewesen wäre.

Beim **Schwarzarbeitsvertrag** wird das aus § 817 Satz 2 BGB folgende Ergebnis letztlich durch die Annahme eines **faktischen Arbeitsverhältnisses** vermieden, das echte Lohnansprüche – keine Bereicherungsansprüche – begründet. Das ist wegen des gerade auch mit dem Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit bezweckten Schutzes der Arbeitnehmer vor Ausbeutung erforderlich. Deswegen erfaßt diese Einschränkung auch nur Fälle, in denen der Schwarzarbeiter als **Arbeitnehmer** qualifiziert werden kann. Selbständigen Unternehmern steht dagegen wegen § 817 Satz 2 BGB aus einem verbotenen Schwarzauftrag weder der vereinbarte Werklohn noch Wertersatz für die tatsächlich erbrachten Leistungen aus § 818 Abs. 2 BGB zu.

6. Die Kondition wegen peremptorischer Einreden

Anders als eine Einwendung, die bewirkt, daß eine Forderung gar nicht besteht und die dennoch erbrachte Leistung mit der *condictio indebiti* zurückgefordert werden kann, beinhaltet

eine **Einrede** nur das Recht, die Leistung zu verweigern. Wer dieses Recht nicht ausübt, sondern stattdessen leistet, leistet mit Rechtsgrund. Dennoch gibt ihm § 813 Abs. 1 Satz 1 BGB das Recht, die Leistung zurückzufordern, sich also *nachträglich* noch auf das Leistungsverweigerungsrecht zu berufen, wenn es sich um ein **dauerndes** und nicht nur vorübergehendes Recht gehandelt hat.

Eine nur **vorübergehende Einrede** gewährt z.B. § 320 BGB. Wer bei einem gegenseitigen Vertrag vorleistet, ohne dazu verpflichtet zu sein, kann also das Geleistete *nicht* zurückfordern.

Für die **Verjährung** als den häufigsten Fall einer peremptorischen Einrede wird die Rückforderung durch §§ 813 Abs. 1 Satz 2, 214 Abs. 2 Satz 1 BGB ausgeschlossen.

Einer der Hauptanwendungsfälle von § 813 Abs. 1 Satz 1 BGB ist der – seinerseits nicht ganz leicht zu verstehende – § 821 BGB: Wer einen Bereicherungsanspruch hat, der auf die Aufhebung einer **abstrakten Verpflichtung** gerichtet ist, kann die Erfüllung dieser Verpflichtung unter Berufung auf diesen Anspruch verweigern (§ 821 BGB), auch die abstrakte Verpflichtung noch immer besteht. Leistet er dennoch, ohne sich auf diese Einrede berufen zu haben, steht ihm deswegen anschließend der Anspruch aus § 813 Abs. 1 Satz 1 BGB zu.

Ein weiteres Beispiel bildet die **MängelEinrede** des § 438 Abs. 4 Satz 2 BGB. Auch nach Verfristung des Rücktrittsrechts bleibt der Käufer verpflichtet, die Zahlung des Kaufpreises insoweit zu verweigern, als er ihn nach einem Rücktritt nicht mehr zu zahlen bräuchte. Zahlt er danach dennoch, kann er das Geleistete aus § 813 Abs. 1 Satz 1 BGB zurückfordern.

D. Nichtleistungskonditionen

1. Die Fälle des § 816 BGB

a) § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB

Die zu prüfenden Tatbestandsmerkmale sind hier:

- Verfügung eines Nichtberechtigten
- Wirksamkeit dieser Verfügung dem Berechtigten gegenüber
- etwas erlangt durch die Verfügung

Was Verfügung eines Nichtberechtigten bedeutet und unter welchen Umständen sie wirksam sein kann, wird im Sachenrecht ausführlich behandelt.

Tatsächlich wird derjenige, der als Nichtberechtigter verfügt, *durch* diese Verfügung gar nichts erlangen. Der Herausgabeanspruch bezieht sich vielmehr auf dasjenige, was er **aufgrund der Verfügung** erlangt hat. Hier hat der Gesetzgeber das Abstraktionsprinzip sprachlich mißachtet. Gemeint ist in erster Linie die **Gegenleistung**, die der Verfügende aus einem der Verfügung zugrundeliegenden kausalen Schuldverhältnis erhalten hat. Hat er sie noch nicht erhalten, so ist der **Anspruch auf die Gegenleistung** Gegenstand der Bereicherung.

Kein Fall des § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB ist die Verfügung eines **zur Verfügung** über ein fremdes Recht **Befugten**, insbesondere also von jemand, der mit (wirksamer) Einwilligung des Berechtigten nach § 185 Abs. 1 BGB verfügt hat. Hier richten sich die wechselseitigen Ansprüche nach dem Rechtsverhältnis, das der Einwilligung zugrundeliegt. Der Verfügung des Berechtigten steht auch der Fall des § 185 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 oder 3 BGB gleich.

Dagegen steht die Wirksamkeit der Verfügung aufgrund einer **Genehmigung des Berechtigten** (§ 185 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 BGB) dem Anspruch aus § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht entgegen. Da die Genehmigung Rückwirkung entfaltet, ist die Verfügung – anders als bei den anderen Alternativen – hier nämlich *ex tunc* als wirksam zu behandeln (vgl. § 184 Abs. 1 BGB). Der Berechtigte hat es somit in der Hand, den Anspruch aus § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB durch Genehmigung einer bislang unwirksamen Verfügung bewußt herbeizuführen.

A hat eine Vase des X gestohlen und an B für € 300 veräußert. B hat sie an C für € 600 weiterveräußert, dieser hat sie D schenkweise übereignet, der sie an E für € 500 veräußert hat. Keine dieser Verfügungen ist wirksam, denn gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten scheidet ja wegen § 935 BGB aus. X kann die Vase von E nach § 985 BGB herausverlangen. Wenn die Vase nur € 500 wert ist, kann es aber sinnvoll sein, ihre Veräußerung von B an C zu genehmigen. Dann haben sowohl D als auch E vom Berechtigten erworben. Die Verfügung des nichtberechtigten B ist wirksam und X kann von ihm die € 600 aus § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB herausverlangen.

Dieses Recht, die Herausgabe eines über den Wert hinausgehenden Erlöses, des **lucrum ex negotiatione** zu fordern, hat erhebliche Diskussionen in der Literatur ausgelöst. Der Grundtatbestand des § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB reicht so weit nämlich nicht. Dort muß, wer den Bereicherungsgegenstand nicht in Natur herausgeben kann, nach § 818 Abs. 2 BGB nur seinen *objektiven Wert* herausgeben, darf einen Mehrerlös also behalten, obwohl ein Mindererlös auch hier zu Lasten des Bereicherungsgläubigers ginge (nämlich wegen § 818 Abs. 3 BGB). Freilich ist auch dieses Ergebnis umstritten (s.u.).

Indessen ist das Gesetz eindeutig und auch nicht widersprüchlich, denn der Anspruch aus § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB tritt an die Stelle der durch Weiterveräußerung vereitelten *Vindikation* einer Sache und nicht wie der aus § 818 Abs. 2 BGB lediglich an die Stelle einer vereitelten *Kondiktion*. Da aber die Vindikation stärker als die Kondiktion ist, ist es nicht unlogisch, wenn das auch für ihr Surrogat gilt.

b) § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB

Wenn der Verfügung des Nichtberechtigten eine Schenkung oder ein anderer Vertrag über eine unentgeltliche Zuwendung zugrundegelegt hat, ginge der Anspruch aus § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB ins Leere. Hier erlaubt § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB daher den Durchgriff auf den Zuwendungsempfänger. Dahinter steckt ein **allgemeines Prinzip**: Schenkungen sind nicht kondiktionsfest. § 822 BGB sieht dasselbe für den weiterverschenkten Gegenstand eines Bereicherungsanspruchs vor.

Liegt der Verfügung eine **gemischte Schenkung** zugrunde, bestehen die Ansprüche aus § 816 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BGB nebeneinander. Allerdings muß der Beschenkte nur den „geschenkten Teil“ herausgeben. Da das in Natur kaum je möglich sein wird, muß er hierfür Wertersatz leisten (§ 818 Abs. 2 BGB).

Hoch streitig ist, ob § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB auch anwendbar ist, wenn der Nichtberechtigte **ohne Rechtsgrund** verfügt hat. Manche wollen das der unentgeltlichen Verfügung gleichstellen, übersehen dabei aber, daß der Erwerber sich dann in der Regel zwei Konditionen ausgesetzt sähe, denn der Nichtberechtigte hat ja doch eine Leistung erbracht und kann den Gegenstand daher aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB ebenfalls zurückverlangen. Richtigerweise ist genau dieser Anspruch das aus der Verfügung „Erlangte“, das der Verfügende nach § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB herauszugeben hat. Für eine Anwendung von § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB bleibt kein Raum.

Die rechtsgrundlose Verfügung ist der unentgeltlichen aber gleichzustellen, wenn die Rückforderung durch den Verfügenden **ausgeschlossen** ist, z.B. aufgrund von § 241a BGB oder § 817 Satz 2 BGB. Dann hat er nämlich durch die Verfügung nichts erlangt, das er herausgeben könnte und der Erwerber hat weder etwas aufgegeben noch eine Verpflichtung auf sich geladen. Die Lage entspricht somit genau derjenigen, die § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB regeln will.

c) § 816 Abs. 2 BGB

Hier sind die Voraussetzungen:

- Leistung *solvendi causa*

- an jemanden, dem die Forderung, die erfüllt werden sollte, nicht zustand
 - Erfüllungswirkung gegenüber dem wahren Gläubiger der Forderung
- Herauszugeben ist die erbrachte Leistung und zwar vom Leistungsempfänger an den wahren Gläubiger, dessen Forderung durch die Leistung erloschen ist.

Normalerweise erlischt eine Forderung nur dadurch, daß **an den Gläubiger** (oder seinen gesetzlichen Vertreter) geleistet wird. Die Leistung an einen anderen bewirkt nichts, erfolgt im übrigen auch ohne Rechtsgrund und kann mit der *condictio indebiti* zurückverlangt werden.

Nur wenn die Leistung an einen Nichtgläubiger ausnahmsweise **Erfüllungswirkung** hat, muß dieser das Erlangte an den wirklichen Gläubiger nach § 816 Abs. 2 BGB herausgeben. Ein Anspruch des Leistenden aus *condictio indebiti* scheidet hier aus, denn er hat ja – trotz Zahlung an einen Dritten – den Leistungszweck erreicht.

Das Gesetz kennt eine Reihe von Fällen, in denen die Leistung an einen Nichtgläubiger Erfüllungswirkung hat, die wichtigsten finden sich in den **Schuldnerschutzvorschriften** bei der Abtretung (§§ 407 ff. BGB). Weitere Beispiele sind §§ 566e, 793 Abs. 1 Satz 2, 808 Abs. 1 Satz 1 BGB und § 354a HGB.

Für die entsprechende Anwendung von § 185 BGB nach § 362 Abs. 2 BGB gilt das, was schon zu § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB ausgeführt wurde: Ist die Leistung an einen Dritten wirksam, weil der Dritte zur Inempfangnahme **ermächtigt** wurde, entsteht kein Anspruch aus § 816 Abs. 2 BGB. Der Ausgleich zwischen dem Gläubiger und dem Dritten folgt den zwischen ihnen getroffenen Vereinbarungen. Dagegen kann ein Gläubiger, der die Leistung an einen Dritten nach §§ 362 Abs. 2, 185 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 BGB **nachträglich genehmigt**, den Anspruch aus § 816 Abs. 2 BGB gegen den Leistungsempfänger geltend machen. Das kann z.B. von Vorteil sein, wenn der Schuldner inzwischen in Insolvenz gefallen ist.

2. Andere Nichtleistungskonditionen

Beim Grundtatbestand des § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB ist stets zu prüfen:

- etwas erlangt
- auf andere Weise als durch Leistung
- auf Kosten des Anspruchstellers
- ohne Rechtsgrund

Die Art und Weise der Bereicherung ist unwichtig, so lange sie nur nicht durch Leistung oder auf eine der in § 816 BGB beschriebenen Weisen eingetreten ist. Es spielt auch keine Rolle, wer sie veranlaßt hat und ob sie überhaupt durch irgendjemanden herbeigeführt wurde. Entscheidend ist, daß eine **Vermögensverschiebung** stattgefunden hat, für die ein Rechtsgrund fehlt.

Am besten nähert man sich der allgemeinen Nichtleistungskondition, wenn man **Fallgruppen** unterscheidet:

a) Eingriffskonditionen

Von einer **Eingriffskondition** spricht man, wenn jemand sich selbst durch einen Eingriff in fremde Vermögenswerte bereichert. Das ist seinerseits sehr weitreichend.

Ein klassischer Anwendungsfall hiervon ist der **Eigentumserwerb** auf anderem Wege als durch Übereignung.

Dazu muß freilich stets geklärt werden, ob das Gesetz diese Form des Eigentumserwerbs nicht etwa als *kausal* betrachtet, was ja bedeuten würde, daß er **mit Rechtsgrund** erfolgt, d.h. es ist jeweils zu klären, ob der Gesetzgeber sich vorgestellt hat, daß die Norm dem Betroffenen nicht nur das Eigentum verschaffen, sondern auch einen Grund abgeben soll, es zu behalten.

Der Eigentumserwerb durch **Verfügung des Nichtberechtigten** bleibt hier ganz außen vor, da er in § 816 BGB eine besondere bereicherungsrechtliche Regelung erfährt. Diese bewirkt im Ergebnis, daß er kausal ist, wenn er entgeltlich, abstrakt, wenn er unentgeltlich erfolgt.

Beim Eigentumserwerb durch **Verarbeitung, Verbindung** oder **Vermischung** ist der Bereicherungsausgleich ausdrücklich eröffnet (§ 951 BGB), ebenso beim Eigentumserwerb durch **Fund** (§ 977 BGB), dort freilich nur für begrenzte Zeit.

Da es für all diese Fälle eine ausdrückliche Regelung gibt, die den Bereicherungsausgleich eröffnet, ist für die verbliebenen Fälle des zivilrechtlichen Eigentumserwerbs der Umkehrschluß möglich: Er erfolgt hier *kausal*. Wer durch **Ersitzung** (§§ 900, 937 BGB) oder **Aneignung** (§§ 928 Abs. 2, 958 Abs. 1 BGB) Eigentum erwirbt, erwirbt es mit Rechtsgrund.

b) Verwendungskondition

Wer **Verwendungen** auf eine fremde Sache macht, kann sie, wenn er keine anderen Ansprüche (z.B. aus §§ 994 ff. BGB) hat, ggf. über § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB ersetzt verlangen. Das Hauptproblem bei solchen Ansprüchen ist das der „aufgedrängten Bereicherung“, nämlich einer wertverbessernde Veränderung der Sache, die aber zugleich das Recht des Eigentümers beschränkt, über die Sache nach eigenem Belieben zu verfahren. Eigentumsschutz und Bereicherungsrecht könnten hier widersprüchliche Ergebnisse erzeugen:

Wer z.B. wegen unzureichender Informationen über den Grenzverlauf eine Laube auf einem Nachbargrundstück baut, hat hierdurch den Nachbarn auf seine Kosten bereichert. Andererseits stellt die Laube aber auch eine Störung des Eigentums des Nachbarn dar, deren Beseitigung dieser nach § 1004 Abs. 1 BGB verlangen kann. Nun würde durch die Beseitigung die Bereicherung zwar wieder verschwinden (§ 818 Abs. 3 BGB). Das nutzt dem Nachbarn aber nichts mehr, wenn er die Beseitigung erst verlangt, nachdem er den Bereicherungsanspruch kennt, denn dann kann er sich auf einen Wegfall der Bereicherung nicht mehr berufen (§§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1 BGB). Das Ergebnis wäre kurios. Der Nachbar könnte zwar verlangen, daß die Laube wieder beseitigt wird, müßte sie aber in jedem Falle bezahlen.

Hier herrscht Einigkeit darüber, daß das nicht sein kann und daß das Ergebnis nach **Maßgabe der Billigkeit** korrigiert werden muß. Will der Nachbar die Laube nicht und wollte er sie auch nie, kann er die Beseitigung verlangen, ohne etwas zahlen zu müssen. Hat er die Verwendung dagegen in irgendeiner Form genehmigt – oder verhindert er, daß der Verwender sie wieder wegnimmt, entspricht es auch der Billigkeit, wenn dieser aus §§ 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2, 818 Abs. 2 BGB Wertersatz bis zur Höhe der eingetretenen Wertsteigerung verlangen kann.

Bei aller Einigkeit über dieses Ergebnis ist die Literatur über die Art und Weise, wie es gewonnen wird, doch ziemlich uneins. Eine Möglichkeit besteht darin, die Wertsteigerung erst in dem Moment als eingetreten anzusehen, in dem der Eigentümer die Entscheidung getroffen hat, die Verwendung zu behalten. Dann kann er *bis* dahin vorläufig Entreicherung einwenden. § 818 Abs. 3 BGB wird so zur zunächst nur *dilatorischen* Einrede und hindert den Bereicherungsanspruch erst endgültig, wenn die Bereicherung wieder weggenommen wurde.

Auf Verwendungskondition läßt sich allerdings direkt kein Anspruch stützen, wenn der Verwender zur Zeit der Verwendungen **Besitzer** der Sache war, denn dann gibt es nur zwei Möglichkeiten:

War er zum Besitz berechtigt, ist zu prüfen, ob das **Besitzmittlungsverhältnis** ihm einen Anspruch auf Verwendungsersatz gewährt. Tut es dies nicht, ist das im Zweifel dahin auszulegen, daß es einen Rechtsgrund für den Eigentümer bildet, die Verwendungen zu behalten. Im **Mietrecht** regelt – mangels abweichender Vereinbarungen – § 539 Abs. 1 BGB den Verwendungsersatz z.B. durch Verweis auf die §§ 677 ff. BGB. Das kann – über § 684 Satz 1 BGB – wieder ins Bereicherungsrecht führen.

War der Besitzer zur Zeit der Verwendung zum Besitz nicht berechtigt, ist der Verwendungsersatz in den – vorrangigen – Regeln über das **Eigentümer-Besitzer-Verhältnis** (§§ 994 ff. BGB) enthalten. Raum für Bereicherungsansprüche ist dort keiner. Freilich enthält § 994 Abs. 2 BGB für die durch den verklagten über bösgläubigen Besitzer getätigten notwendigen Verwendungen wiederum einen Verweis auf §§ 677 ff. BGB, was über § 684 Satz 1 BGB ins Bereicherungsrecht führen kann.

c) Rückgriffskondition

Aus § 267 Abs. 1 Satz 1 BGB folgt, daß mangels einer höchstpersönlichen Leistungspflicht auch ein anderer als der Schuldner eine Forderung erfüllen kann, d.h. die **Zahlung eines Nichtschuldners** kann die **Erfüllungswirkung** des § 362 Abs. 1 BGB haben. Ob das tatsächlich so ist, muß dem Kontext entnommen werden, vor allem ist dazu erforderlich, daß der Leistungszweck in der Erfüllung der *fremden* Schuld besteht, der Schuldner nicht etwa beabsichtigt, eine – wenn auch nur vermeintliche – *eigene* Schuld zu tilgen. In diesem Falle hätte er einfach auf eine Nichtschuld geleistet und ihm stünde die *condictio indebiti* zu. Auch kann der Gläubiger die Leistung eines Dritten zurückweisen (§ 267 Abs. 2 BGB).

Der Fall ist ferner von demjenigen zu unterscheiden, daß dem Dritten ein **Ablösungsrecht** an der Forderung zusteht, denn das bewirkt, daß die Forderung gerade nicht erlischt, sondern kraft Legalzession auf den Dritten übergeht. Das ist in § 268 BGB allgemein geregelt, wobei sich ein Ablösungsrecht auch aus Sondervorschriften ergeben kann (siehe z.B. §§ 1142, 1223 Abs. 2 BGB). Von einem Ablösungsrecht kann der Dritte auch gegen den Willen des Gläubigers Gebrauch machen.

Weder der eine noch der andere Fall tritt ein, wenn ein **Bürge** auf die Bürgenschuld leistet, denn er leistet damit auf eine *eigene* Schuld. Auch hier wird der Hauptschuldner nicht frei, sondern geht die Hauptforderung nach § 774 BGB auf den Bürgen über, falls sich nicht aus dem Innenverhältnis zwischen Bürgen und Hauptschuldner etwas anderes ergibt.

Wenn tatsächlich der Fall des § 267 BGB vorliegt, hat der Schuldner dadurch **etwas erlangt**, nämlich Befreiung von der durch die Leistung des Dritten erloschenen Forderung. Das ist nicht durch Leistung des Schuldners geschehen und auch nicht durch Leistung des Dritten an den Schuldner, also „in sonstiger Weise“. Damit scheint der Bereicherungsausgleich theoretisch grundsätzlich eröffnet zu sein.

Vorab ist aber zu prüfen, ob es auch „ohne Rechtsgrund“ geschehen ist, was vom **Innenverhältnis** zwischen dem Schuldner und dem Dritten abhängt. Hat der Schuldner den Dritten damit beauftragt, für ihn zu leisten, liegt im Verhältnis zwischen Schuldner und Drittem ein Rechtsgrund hierfür vor (nämlich eine Verpflichtung i.S.v. § 662 BGB, ein Geschäft für einen anderen zu besorgen). Der Schuldner ist als Auftraggeber dem Dritten als Beauftragtem aus § 670 BGB verpflichtet, ihm dessen Aufwendungen zu ersetzen. Wenn er ihm die Mittel zur Erfüllung nicht schon vorab zur Verfügung gestellt hat, muß er sie ihm also zurückerstatten.

Die die Leistung auf eine fremde Schuld ein objektiv fremdes Geschäft ist (Handeln in fremden Pflichtenkreis), handelt es sich mangels eines den Dritten dazu berechtigenden Vertragsverhältnisses um eine **Geschäftsführung ohne Auftrag** i.S.v. § 677 BGB. Das bedeutet:

- Entspricht die Erfüllung der Schuld den Anforderungen des § 683 BGB oder genehmigt der Schuldner sie, entsteht wiederum der Aufwendungsersatzanspruch aus § 670 BGB. Außerdem fehlt der Befreiung des Schuldners dann auch nicht der Rechtsgrund, denn die berechnete GoA bildet einen solchen.
- Wenn nicht, kann der Dritte nach § 684 Satz 1 BGB Herausgabe des Erlangten zwar nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verlangen. Das ist aber auch kein Fall von § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB, wenn man in § 684 Satz 1 BGB nur eine Rechtsfolgenverweisung sieht. Nur wenn man dies als

Rechtsgrundverweisung begriff, läßt es sich als **Rückgriffskondition** in § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB einordnen.

Wenn der Leistende die fremde Schuld aufgrund eines **nichtigen Auftrags** des Schuldners erfüllt hat, ist das dagegen – zugleich – eine *Leistung* an den Schuldner. Hier kann zwar der Fremdgeschäftsführungswille fehlen (s.o.), so daß die Anwendung von §§ 677 ff. BGB nicht in Betracht kommt. Der Bereicherungsausgleich zwischen Leistendem und Schuldner folgt dann aber der *condictio indebiti*, falls er nicht nach den unten noch zu besprechenden Prinzipien der Behandlung von Bereicherungsdreiecken ganz ausscheidet.

E. Bereicherungsrechtliche Haftung

In §§ 818 bis 822 BGB enthält das Bereicherungsrecht ein eigenes, von den allgemeinen Vorschriften **abweichendes Leistungsstörungsrecht**, das als „bereicherungsrechtliche Haftung“ bezeichnet werden kann.

Verweisungen auf das Bereicherungsrecht können als **Rechtsfolgenverweisung** zu verstehen sein. Für die entsprechenden Ansprüche soll dann das bereicherungsrechtliche an die Stelle des allgemeinen Leistungsstörungsrechts der §§ 275 ff. BGB treten. Unumstrittene Beispiele hierfür finden sich in §§ 528 Abs. 1 Satz 1, 531 Abs. 2, 1390 Abs. 1 Satz 2, 1973 Abs. 2 Satz 1 BGB. Für andere Vorschriften ist dagegen umstritten, ob es sich dort lediglich um eine Verweisung auf die Rechtsfolgen der §§ 818 ff. BGB handelt oder vielmehr um eine Rechtsgrundverweisung, mit der der Gesetzgeber klarstellt, daß die jeweils einschlägigen Vorschriften keinen Anwendungsvorrang vor den §§ 812 ff. BGB haben. Beides ist nicht immer unterschiedlich formuliert, so daß es streitige Fälle gibt, wie z.B. den oben schon einmal erwähnten des § 684 Satz 1 BGB, aber auch § 951 Abs. 1 Satz 1 BGB gehört zu den streitigen Fällen.

1. Herausgabe des Erlangten

Geschuldet wird in erster Linie Herausgabe des Erlangten in Natur. Auch das Bereicherungsrecht kennt einen primären Zahlungsanspruch nur, wenn das „Erlangte“ seinerseits eine Zahlung ist. Diesen Primäranspruch regeln die §§ 818 ff. BGB nicht, sondern sie bestimmen, welche **Sekundäransprüche** an die Stelle des Herausgabeanspruchs treten oder neben ihm entstehen können.

Soweit das Erlangte in Natur noch im Vermögen des Bereicherten vorhanden ist und seiner Natur nach herausgegeben werden kann, ist dies Anspruchsinhalt. Das gilt keineswegs nur für **körperliche Sachen**. Auch **Rechte** kann man herausgeben, sofern sie übertragbar sind. Der Anspruch geht dann auf ihre Abtretung nach §§ 413, 398 BGB. Selbst die **Befreiung von einer Verbindlichkeit** kann man in Natur herausgeben, indem man eine Verbindlichkeit gleichen Inhalts durch abstraktes Schuldversprechen (§ 781 BGB) neu begründet.

2. Nutzungsherausgabe

§ 818 Abs. 1 BGB begründet einen Sekundäranspruch auf Herausgabe der aus dem Erlangten **tatsächlich gezogenen Nutzungen**. Geld muß der Bereicherte also nur verzinsen, wenn er tatsächlich Zinsen erwirtschaftet hat, wobei das auch in einer Zinsersparnis begründet sein kann, wenn er z.B. mit dem erlangten Geld eigene Schulden getilgt hat.

Der **Nutzungsbegriff** ist derjenige aus §§ 99, 100 BGB. Ein Verkaufserlös ist keine Nutzung, weil er an die Stelle des verkauften Gegenstandes tritt und nicht *aus* der Sache gewonnen wird.

3. Wertersatz und Entreicherung

Ist das Erlangte nicht mehr in Natur vorhanden, tritt nach § 818 Abs. 2 BGB ein Sekundäranspruch auf **Wertersatz** an die Stelle des Herausgabeanspruchs. Nichts anderes gilt für Nut-

zungen, die nicht in Natur herausgegeben werden können, so z.B. für die mit einem ohne Rechtsgrund erlangten Pkw zurückgelegten Fahrten.

Der Wertersatzanspruch ist **immer auf Geld** gerichtet und zwar auf den **objektiven Wert** des Gegenstandes, der nicht mehr herausgegeben werden kann. Das ist grundlegend anders als bei § 346 Abs. 2 Satz 2 BGB, wo es nicht auf den objektiven Wert, sondern auf die Vertragsparität ankommt. Im Einzelfall kann eine Rückabwicklung über Bereicherungsrecht daher auch einmal für den Gläubiger günstiger sein als eine nach Rücktrittsregeln.

Der objektive Wert ist der **gewöhnliche Verkehrswert**, also der Preis, zu dem der Gegenstand auf dem Markt zu erhalten ist. Maßgeblicher Zeitpunkt ist derjenige der Entstehung des Sekundäranspruchs, denn bis dahin wäre das Erlangte ja ohne Rücksicht auf die Entwicklung seines Verkehrswertes in Natur herauszugeben gewesen. Daraus folgt zugleich, daß der Bereicherte das oben schon einmal erwähnte *lucrum ex negotiatione* hier behalten darf. Hat er die ohne Rechtsgrund erlangte Sache für € 800 veräußert, obwohl sie zu dieser Zeit objektiv nur € 500 wert war, schuldet er nur Zahlung von € 500 aus § 818 Abs. 2 BGB. Das ist ein umstrittenes Ergebnis, denn es ist auf den ersten Blick ungerecht. Schließlich müßte der Bereicherte im umgekehrten Fall (Veräußerung einer Sache für € 500, die € 800 wert ist) wegen § 818 Abs. 3 BGB ebenfalls nur € 500 herausgeben. In Wahrheit ist es aber deshalb gerecht, weil es ja nur für den *gutgläubigen* Bereicherungsschuldner gilt. Wer eigene Sachen veräußert, ist ja in jeder Hinsicht berechtigt, das auch unter Wert zu tun. Umgekehrt darf er erwarten, daß er einen Veräußerungsgewinn auch behalten kann.

Der Wertersatzanspruch aus § 818 Abs. 2 BGB wird durch § 818 Abs. 3 BGB auf die **noch vorhandene Bereicherung** begrenzt. Hier – und erst hier! – ist ein Vermögensgesamtvergleich anzustellen: Der Anspruch ist niemals höher als die Summe, um die das Gesamtvermögen des Bereicherten höher ist, als es wäre, wenn die gesamte Bereicherung niemals eingetreten wäre.

Das ist im Detail komplexer, als es sich zunächst anhört. Hier ist nämlich durchaus fraglich, was alles gegengerechnet werden darf und was nicht. Klar ist das für **Transaktionskosten**, die ohne das die Bereicherung auslösende Ereignis nicht angefallen wären. Auch Verwendungen jeglicher Art (selbst völlig vergebliche), die auf den Gegenstand der Bereicherung gemacht worden sind, können abgezogen werden. Bei Verlusten, die durch den Bereicherungsgegenstand am sonstigen Vermögen verursacht worden sind, genügt es der Rechtsprechung wenn sie adäquat kausal auf die Bereicherung zurückzuführen sind, so z.B. wenn das kranke, rechtsgrundlos erworbene Tier die anderen im Stall ansteckt und dadurch auch für diese noch Behandlungskosten anfallen.

Ist die Bereicherung **ersatzlos weggefallen**, entfällt auch jeglicher Anspruch. Hier ist aber Vorsicht geboten: Ein Ersatz für die weggefallene Bereicherung kann auch in anderweitig **ersparten Aufwendungen** bestehen. Das führt zu einem etwas kuriosen Ergebnis: Wer um eine Geldsumme bereichert ist, muß um so weniger zurückzahlen, je mehr er davon sinnlos verschleudert hat. Was er dagegen sinnvoll investiert hat, muß er zurückzahlen, da es ja in seinem Vermögen in anderer Form noch immer vorhanden ist.

Aus § 818 Abs. 3 BGB folgt, daß ein Bereicherungsanspruch **ganz ausscheidet**, wenn die Bereicherung **von vornherein** nicht zu einer Vermögensvermehrung geführt hat. Das ist streng genommen kein Fall des „Wegfalls“ einer Bereicherung, darf aber schon aus Gerechtigkeitsgründen nicht anders behandelt werden. Wer z.B. aufgrund eines nichtigen Mobilfunkvertrages Anrufe tätigt, die er andernfalls überhaupt nicht getätigt hätte, hat zwar etwas erlangt, ist aber von vornherein nicht bereichert.

Das gilt jedoch nicht, wenn schon zur Zeit der Vermögensverschiebung die Voraussetzungen der **verschärften Haftung** nach §§ 818 ff. BGB vorlagen.

Besteht das Erlangte nur in dem **Besitz** an einer Sache, führt Besitzverlust beim Bereicherungsschuldner zur **vollständigen Entreicherung**. Denn da er um mehr als den Besitz nie bereichert war, ist die Bereicherung nach Verlust des Besitzes auch nicht mehr in seinem Vermögen vorhanden.

Ob der um den bloßen Besitz ungerechtfertigt Bereicherte wenigstens die gezogenen Nutzungen herausgeben muß, wird sich selten direkt anhand von § 818 Abs. 1, Abs. 2 BGB entscheiden, denn in aller Regel wird neben der Besitzkondition ein Anspruch aus § 985 BGB oder § 1007 Abs. 1 BGB bestehen. Dann aber ist die **Sperrwirkung** von § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB zu beachten, die wegen § 1007 Abs. 3 Satz 2 BGB auch im Besitzer-Besitzer-Verhältnis gilt.

Auf einen **Minderjährigen**, der aus einem von ihm selbst abgeschlossenen unwirksamen Vertrag bereichert ist, ist § 818 Abs. 2 BGB nicht zu seinem Nachteil anwendbar, nämlich weil ihm weder das Beweisrisiko für seine Entreicherung aufgebürdet werden darf noch das Risiko, daß sich ein anstelle des Bereicherungsgegenstandes in seinem Vermögen vorhandenes Surrogat am Ende als nicht werthaltig erweist.

Der Minderjährige muß vielmehr nur das herausgeben, um das er **noch immer bereichert** ist. Ist an die Stelle des Bereicherungsgegenstands ein Anspruch gegen einen Dritten getreten, muß er daher nur diesen Anspruch an den Gläubiger abtreten. Nur soweit er eigene Aufwendungen erspart hat, schuldet er Wertersatz.

4. Verfolgung in die dritte Hand

Eine weitere Besonderheit des Bereicherungsrechts enthält § 822 BGB: Hat der ursprünglich Bereicherte den erlangten Gegenstand unentgeltlich weiterveräußert und ist er deswegen nach § 818 Abs. 3 BGB ganz oder teilweise von der Zahlung des Wertersatzes frei, so muß der **Empfänger der Zuwendung** sie in gleicher Weise herausgeben, also ob er sie direkt von dem Entreicherten ohne Rechtsgrund erlangt hätte.

Es ist umstritten, ob das eine **Anspruchsgrundlage** oder ein Fall der **Haftung für fremde Schuld** ist. Der *BGH* hat sich da nicht festgelegt, sondern einen Fall, in dem es eine Rolle gespielt hätte, pragmatisch entschieden: Dort hatte eine Mutter, die um einen Geldbetrag von € 16.000 bereichert war, hiervon ein Auto gekauft und das Auto dann der Tochter geschenkt. Die Frage war, ob gegen die Tochter aus § 822 BGB ein eigenständiger Bereicherungsanspruch wegen des Autos (zuzüglich der aus ihm gezogenen Nutzungen) bestand oder ob die Tochter nur auf Herausgabe des ursprünglichen Bereicherungsgegenstandes – also der € 16.000 – haftete, nach § 818 Abs. 3 BGB begrenzt auf die noch immer *bei ihr* vorhandene objektive Bereicherung. Der *BGH* gab ihr ein Wahlrecht: Sie habe *entweder* € 16.000 zu zahlen *oder* das Auto zuzüglich einer Entschädigung für die von ihr gefahrenen Kilometer herauszugeben.

5. Übergang zum allgemeinen Leistungsstörungsrecht

Sobald der Bereicherungsschuldner auf Herausgabe des Erlangten oder der Nutzungen **verklagt** worden ist, gelten die §§ 818 Abs. 2, Abs. 3 BGB nicht mehr, sondern nach § 818 Abs. 4 BGB stattdessen die „allgemeinen Vorschriften“, d.h.:

- Wer um **Geld** bereichert ist, kann dessen Verlust überhaupt nicht mehr einwenden, denn nun gilt: „Geld hat man zu haben.“
- Kann das Erlangte **seiner Natur nach nicht herausgegeben** werden, bleibt es bei dem Anspruch auf Wertersatz aus § 818 Abs. 2 BGB, ohne daß eine *nach* Eintritt der verschärften Haftung noch eingetretene Entreicherung eingewendet werden könnte.
- Wird die Herausgabe später unmöglich und ist der **herauszugebende Gegenstand** keine Sache, richten sich die Folgen nach §§ 275 Abs. 4, 280, 283, 285 BGB.
- Ist der Bereicherungsgegenstand eine Sache gelten vom Augenblick des Eintritts der

verschärften Haftung an wegen § 292 Abs. 2 BGB die Vorschriften über die Haftung des verklagten Besitzers aus dem **Eigentümer-Besitzer-Verhältnis** (§§ 987 ff. BGB) entsprechend.

Dasselbe gilt nach § 819 Abs. 1 BGB von dem Schuldner, der den Bereicherungsanspruch **positiv kennt**. Dazu genügt nicht schon die Kenntnis der anspruchsbegründenden Tatsachen. Der Schuldner muß gewußt haben, daß aus ihnen seine Verpflichtung folgte, den Bereicherungsgegenstand herauszugeben. Es reicht allerdings, wenn das für ihn *offensichtlich* war, wenn die ihm bekannten Tatsachen also *ohne weiteres* den Schluß auf den Bereicherungsanspruch zuließen.

Ist der Schuldner gesetzlich vertreten, kann fraglich sein, auf *wessen* Kenntnis es für die verschärfte Haftung ankommt. Klar ist das bei einem **Geschäftsunfähigen**. Er kann nicht verschärft haften, ehe sein gesetzlicher Vertreter den Anspruch kennt. Bei einem **in der Geschäftsfähigkeit beschränkten** Schuldner sollte eigentlich dasselbe gelten. Der BGH hat das allerdings im Flugreisefall für den Sonderfall der Beförderungserschleichung in öffentlichen Verkehrsmitteln anders gesehen: Die Frage, ob auch die Kenntnis des Schuldners selbst genügt, sei dort anhand von §§ 827 f. BGB zu beantworten, weil sonst ein Wertungswiderspruch zum Deliktsrecht drohe. Richtig überzeugend ist das nicht. Es kann aber jedenfalls nur für die Eingriffskondiktion gelten.

Ähnlich wie bei § 814 BGB kann auch bei § 819 Abs. 1 BGB nicht in allen Konstellationen § 142 Abs. 2 BGB angewendet werden. Die verschärfte Haftung ist hier nur gerecht, wenn es der Leistungsempfänger ist, der das Geschäft anfechten kann. Ist das dagegen der Leistende, ist der Leistungsempfänger in einer Situation, in der die Anwendung von § 820 Abs. 1 Satz 2 BGB interessengerechter ist: So lange nicht tatsächlich angefochten ist, kann er die Annahme der Leistung ja nicht mit Hinweis auf das Anfechtungsrecht verweigern.

Verschärft haftet außerdem

- nach § 819 Abs. 2 BGB der Empfänger einer Leistung, deren Annahme gegen das **Gesetz** oder die **guten Sitten** verstößt, was freilich wegen § 817 Satz 2 BGB nicht von Bedeutung ist, wenn das auch die Leistung tut,
- nach § 820 Abs. 1 Satz 1 BGB derjenige, der mit dem Verfehlen des Leistungszweckes von vornherein rechnen mußte,
- nach § 820 Abs. 1 Satz 2 derjenige, der wußte, daß der ursprünglich gegebene Rechtsgrund inzwischen weggefallen ist

§ 820 Abs. 1 Satz 2 BGB ist entsprechend auf eine Leistung unter dem **Vorbehalt der Rückforderung** anzuwenden: Ihr Empfänger haftet verschärft, sobald er weiß, daß der Rückforderungsanspruch begründet ist.

6. Rückabwicklung synallagmatischer Verträge - Saldotheorie

Besondere Probleme entstehen bei der Rückabwicklung eines nichtigen, aber beiderseits erfüllten synallagmatischen Vertrages. Sie wirft die Frage auf, ob die synallagmatische Verknüpfung hierbei beachtet werden muß oder nicht. Das kann man auf **zwei ganz unterschiedliche Weisen** betrachten, nämlich:

- Man sieht die ausgetauschten Leistungen als nicht miteinander verknüpft an, da ja der Vertrag gerade nicht wirksam ist. Es gibt dann einfach zwei Kondiktionen, die sich nicht beeinflussen, sieht man einmal von der Möglichkeit ab, ein Zurückbehaltungsrecht aus § 273 BGB geltendzumachen oder sie nach § 387 BGB aufzurechnen. Insbesondere kann keine Vertragspartei über § 818 Abs. 3 BGB einwenden, er habe ja seinerseits etwas hingegeben, was nun in seinem Vermögen nicht mehr vorhanden sei. Dies ist die sog. **Zweikondiktionenlehre**.
- Man betrachtet die von jeder Vertragspartei erbrachte Gegenleistung als etwas, was ihr

Vermögen von Anfang an i.S.v. § 818 Abs. 3 BGB wieder vermindert hat. Im Ergebnis ist dann überhaupt nur eine Vertragspartei bereicht, nämlich diejenige, die die wertvollere Leistung erbracht hat, um den Wertüberschuß. Weil man bei dieser Betrachtung die Leistungen quasi saldiert, ist das als **Saldotheorie** bekannt.

Hier hat sich in der Rechtsprechung die Linie durchgesetzt, grundsätzlich die **Saldotheorie** anzuwenden.

Die **Zweikonditionenlehre** gilt jedoch zugunsten einer Vertragspartei, die gerade nicht daran festgehalten werden darf, daß sie ein Austauschverhältnis gewollt hat. Das ist vollkommen klar für einen **nicht (voll) Geschäftsfähigen**. Er darf ja an seinem Willen überhaupt nicht festgehalten werden. Das schließt es auch aus, ihn an dem genetischen Synallagma festzuhalten. Ähnlich verhält es sich bei demjenigen, der durch **widerrechtliche Drohung** oder **arglistige Täuschung** zum Vertragschluß gebracht wurde und ihn deshalb nach § 123 Abs. 1 BGB angefochten hat. Schließlich gilt es auch noch für das Opfer eines **Wuchers** oder eines **wucherähnlichen Geschäftes**.

Auch in diesen Ausnahmefällen bleibt es aber bei der Anwendung der Saldotheorie, falls das für die besonders schutzwürdige Person zum **günstigeren Resultat** führt.

Wo die Saldotheorie gilt, bewirkt sie dreierlei:

- So lange wenigstens eine der beiden Leistungen **in Natur** zurückgegeben werden können, sind die Parteien nicht einzeln zur Rückgabe, sondern zum Rücktausch der Leistungen verpflichtet und können nur zur Zug-um-Zug-Leistung verurteilt werden. Das ist – anders als beim funktionalen Synallagma – von Amts wegen zu beachten, braucht also nicht erst eingewendet zu werden.
- Wird statt der Leistungen **Wertersatz** nach § 818 Abs. 2 BGB geschuldet, werden die Ansprüche **saldiert**. Einen Zahlungsanspruch hat dann nur derjenige, der die wertvollere Leistung empfangen hat. Nicht anders verhält es sich, wenn für die eine Leistung Wertersatz geschuldet wird und die andere ohnehin in einer Zahlung bestand.
- Ein **Wegfall der Bereicherung** ist so lange nicht relevant, wie er unterhalb des Wertes der Gegenleistung bleibt, denn nur um den überschießenden Wert ist der Empfänger der Leistung ja überhaupt bereichert.

Ist z.B. ein Kaufvertrag erfolgreich wegen Irrtums angefochten worden, schuldet der Käufer Rückgabe der Kaufsache nur Zug-um-Zug gegen Rückzahlung des Kaufpreises. Ist die Kaufsache inzwischen zerstört oder weiterveräußert, so daß der Käufer Wertersatz für sie schuldet, wird der objektive Wert der Sache zur Zeit des Gefahrübergangs mit dem Kaufpreis verrechnet und nur wegen des Saldos hat nun entweder der Verkäufer oder der Käufer einen Bereicherungsanspruch. Nur wegen eines zu seinen Lasten gehenden Saldos kann dann der Käufer überhaupt noch einwenden, er sei i.S.v. § 818 Abs. 3 BGB entreichert. Dazu muß die Entreichung aber den objektiven Wert der Sache *übersteigen*.

F. Bereicherungsausgleich in Dreiecksverhältnissen

1. Problem

Wie fast überall in der Rechtsordnung, werden die Dinge wesentlich komplizierter, wenn an einem einheitlichen Lebensvorgang mehr als nur zwei Personen beteiligt sind. Findet eine Vermögensverschiebung zwischen ihnen statt, für die der Rechtsgrund gefehlt hat, stellt sich dabei stets dieselbe Frage: Ist die **Direktkondition** des Entreicherten gegen den Bereicherten gegeben oder findet der **Bereicherungsausgleich im Dreieck** statt, nämlich in der Form, daß dem Entreicherten ein Anspruch gegen den Dritten und dem Dritten einer gegen den Bereicherten zusteht.

Diese Problem läßt sich nicht schon dadurch lösen, daß man einfach nur die aus Zweierbeziehungen bestehenden Grundsätze auf das Dreiecksverhältnis überträgt, wie sich an dem folgenden Beispiel einer **Durchleistung** leicht zeigen läßt: A schuldet B € 300. B schuldet C ebenfalls € 300. B weist A nun an, doch die € 300, die er ihm schuldet, direkt C zu geben, so daß auch das gleich erledigt ist. A zahlt also an C. Dadurch erlischt seine Schuld bei B nach §§ 362 Abs. 2, 185 Abs. 1 BGB, denn mit seiner Anweisung hat A den C zur Empfangnahme des Geldes ermächtigt. Zugleich erlischt die Schuld des B bei C nach § 362 Abs. 1 BGB, denn Zahlungspflichten muß man nicht persönlich erfüllen. B ist insoweit Erfüllungsgehilfe des A.

Wenn wir hier annehmen, daß A dem B in Wahrheit gar nichts geschuldet hat, das **Deckungsverhältnis** also fehlerhaft war, ist noch relativ klar, daß das zu einem Bereicherungsanspruch des A gegen B und nicht etwa gegen C führen muß. B hat ja tatsächlich etwas erlangt (nämlich: Befreiung von der Forderung des C) und das ist auch durch Leistung des A geschehen.

Das kann dann auch nicht anders sein, wenn im **Grundverhältnis** zwischen B und C keine Schuld existiert hat. C war ja dennoch dazu ermächtigt, das Geld für B entgegenzunehmen, denn die Ermächtigung ist ein abstraktes Rechtsgeschäft. A kann daher weder von A noch von B etwas zurückverlangen. Er hat mit Rechtsgrund geleistet. Dann aber muß B das Geld von C zurückverlangen können. Er hat ja auch tatsächlich das Vermögen des C vermehrt, nämlich *indem* er A anwies, auf dessen Schuld bei ihm an C zu leisten.

Dagegen versagt diese simple Logik, wenn ein **Doppelmangel** vorliegt, also in Wirklichkeit weder A dem B noch B dem C etwas schuldet. Hier ist ja durch die Zahlung von A niemand von etwas freigeworden, so daß anscheinend nur C auf Kosten von A etwas erlangt hat. Indessen ändert der Doppelmangel ja nichts an den verfolgten *Leistungszwecken*. A hat dennoch in doppeltem Sinne *solvendi causa* geleistet. Wenn man das als entscheidend ansieht, kann A von B und B von C kondizieren. B hat ja durch den von ihm angewiesenen A tatsächlich an C geleistet. B hat außerdem auch etwas erlangt, nämlich den Bereicherungsanspruch gegen C, das allerdings nur, *wenn* man den Ausgleich im Dreieck für richtig hält. Das aber ist ein Zirkelschluß, mit dem sich gar nichts begründen läßt.

Anders liegt der Fall, wenn die **Zahlungsanweisung** unwirksam war. Dann ist C ja schon gar nicht ermächtigt gewesen, für B etwas entgegenzunehmen und A ist durch die Zahlung an C von der Verpflichtung B gegenüber nicht freigeworden. Das scheint darauf hinzuweisen, daß A nun direkt bei C das Geld zurückholen muß. Der aber wird einwenden, daß es ja doch *aus seiner Sicht* die Zahlung eines Dritten auf die Schuld des B gewesen sei, die er nach § 267 Abs. 1 BGB behalten könne, wenn er sie nicht zurückweise. Jedenfalls hat sie für ihn einen Rechtsgrund gehabt, falls nicht auch das Grundverhältnis fehlerhaft war. *Wenn* er sie aber behalten darf, hat B etwas erlangt: Befreiung von der Verpflichtung C gegenüber. Auch das ist aber wieder ein Zirkelschluß, so daß sich damit nichts begründen läßt.

Nicht sehr viel anders liegen die Dinge, wenn im Deckungsverhältnis keine schon bestehende Schuld, sondern überhaupt ein reiner **Zahlungsauftrag** vorliegt. Ist er unwirksam, ist die Frage wieder dieselbe: Soll nun A bei C kondizieren können oder ist er darauf angewiesen, gegen den B aus GoA oder Rückgriffskondition vorzugehen? Kann sich daran wiederum etwas ändern, wenn B dem C überhaupt nichts geschuldet hat, also außerdem auch noch ein Doppelmangel vorlag?

Eine andere Fallgruppe betrifft die der **Verarbeitung fremden Materials**: B ist damit beauftragt, auf dem Grundstück des C eine feste Hütte zu errichten. Er baut sie mit Holz, das A gehört. C erwirbt nach § 946 BGB hierdurch das Eigentum an dem Holz und zwar anders als bei der Durchlieferung beweglicher Sachen (doppelter Geheißerwerb) direkt von A, ohne daß es zwischendurch B gehört hätte. Aus § 951 Abs. 1 Satz 1 BGB folgt, daß A deshalb Bereicherungsansprüche zustehen, aber gegen wen?

Natürlich hat C hier etwas erlangt: Eigentum an dem Holz. Einen Rechtsgrund gab es in Gestalt des Bauvertrags mit B. Schließt das nun Ansprüche des A gegen ihn aus? Das muß zumindest normalerweise so sein. Aus §§ 932 ff. BGB und § 366 HGB folgt schließlich, daß C das Holz von B ohne weiteres mit Rechtsgrund erworben hätte, wenn er es ihm vor dem Einbau übereignet hätte. Gilt das aber auch, wenn er bösgläubig war oder wenn der Bauvertrag seinerseits unwirksam war? Oder gibt es letztlich doch nur einen Anspruch des A gegen B, denn der hat ja jedenfalls etwas erlangt, sei es nun die Befreiung von den Ansprüchen des C oder aber einen Bereicherungsanspruch gegen C aus *condictio indebiti*? Doch Vorsicht, das hat er nur, wenn man einen direkten Anspruch des A verneint. Da ist er also wieder, der schon sattsam bekannte Zirkelschluß!

2. Lösung

Nach vielen Versuchen einer logischen Lösung hat der *BGH* am Ende verstanden, daß diese nicht in den bereicherungsrechtlichen Vorschriften zu finden ist. Der Gedanke des „Vorrangs der Leistungskondiktion“ beantwortet ja nicht die Frage, wer etwas erlangt hat. Der ältere Vorschlag der Rechtsprechung, hierfür stets auf die Sicht des Empfängers der Leistung abzustellen, berücksichtigt nicht, daß es ja der Leistende ist, der den Zweck der Leistung bestimmt. So lautet das m.E. durchaus sinnvolle Ergebnis der Rechtsprechung: Der Bereicherungsausgleich in Dreiecksbeziehungen entzieht sich schematischen Lösungen und ist anhand einer **Interessenabwägung im Einzelfall** zu entscheiden.

Der entscheidende Gerechtigkeitsgedanke ist dabei der der **Zuweisung der Risiken** der Insolvenz und der Entreicherung: Wer soll gerechterweise das Risiko tragen, daß von dem Bereicherten nichts mehr zu erlangen ist, weil dieser sich auf § 818 Abs. 3 BGB berufen kann oder zahlungsunfähig geworden ist? Das wiederum kann man anhand von Wertungen des Gesetzgebers entscheiden oder – wo diese fehlen – anhand der Überlegung, daß Risikon gerechterweise eher derjenige trägt, der sie leichter vermeiden kann.

In den **Durchleistungsfällen** ist daher klar: Ob nur im Deckungsverhältnis oder im Grundverhältnis keine Schuld bestand oder aber ein Doppelmangel, kann grundsätzlich keinen Unterschied machen, wenn es sich um *vertraglich* begründete Primärpflichten handelt. Jeder hat das Risiko zu tragen, daß *sein* Vertragspartner nicht mehr leisten kann oder muß.

Ist die **Zahlungsanweisung** unwirksam, hat die Rechtsprechung dies bislang unter Anwendung allgemeiner Rechtsscheingrundsätze gelöst. Das bedeutet dann:

- Mußte der Empfänger der Leistung die Unwirksamkeit der Anweisung *erkennen*, ist er nicht schutzwürdig und der Angewiesene kann direkt von ihm kondizieren.
- Mußte er dies nicht erkennen, kommt es darauf an, ob der Anweisende den Anschein einer wirksamen Anweisung in zurechenbarer Weise geschaffen hat. Ist das der Fall, wird im Dreieck rückabgewickelt, sonst aber ist ebenfalls die Direktkondiktion eröffnet.
- Wer auf Anweisung eines Minderjährigen oder Geschäftsunfähigen gezahlt hat, muß immer direkt kondizieren, denn der Schutz des nicht voll Geschäftsfähigen hat Vorrang vor dem Schutz des Rechtsverkehrs vor Überraschungen.

Dieser Rechtsprechung ist jedoch durch die Vorschriften zur Umsetzung der **Europäischen Zahlungsverkehrsrichtlinie** der Boden entzogen worden, soweit es um eine Zahlung geht, die in ihren Anwendungsbereich fällt. Hier greift stattdessen die schematische Lösung, die § 675u BGB vorgibt: Lag kein wirksamer Zahlungsauftrag vor, schließt § 675u BGB alle, also auch Bereicherungsansprüche, des Zahlungsdienstleisters gegen den Auftraggeber ebenso aus wie die Verrechnung des Zahlungsausgangs auf dessen Konto. Damit steht fest, daß der Zahlungsdienstleister *immer* direkt beim Zahlungsempfänger kondizieren muß – dann aber eben auch kann – wenn kein wirksamer Zahlungsauftrag vorlag. Das gilt unabhängig davon,

ob im Innenverhältnis zwischen Auftraggeber und Empfänger ein Rechtsgrund für die Zahlung bestand, ob der Empfänger den Fehler erkennen konnte und ob der Auftraggeber den Anschein einer wirksamen Anweisung geschaffen hatte.

Die Sache kann sich von vornherein anders darstellen, wenn auf eine Forderung **aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis** geleistet wird. Dort kann die Wertung des § 686 BGB herangezogen werden: Es wird derjenige verpflichtet, dem die Leistung tatsächlich zugutegekommen ist, nicht derjenige, von dem der Leistende sich vorgestellt hat, daß das der Fall ist.

Repariert z.B. A eine Sache, die C gehört in der Annahme, daß sie dem Besitzer B gehört, weil er sich hierzu aus §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB irrtümlich für verpflichtet hält, soll er von C direkt kondizieren. Sähe man das anders, drohten bei der Geschäftsführung ohne Auftrag merkwürdige Ergebnisse. Denkt man sich hier nämlich den vermeintlichen Schadensersatzanspruch weg, kommt ein Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag in Frage: Der würde sich, falls man berechnete GoA annimmt, nach §§ 677, 683 S. 1, 686, 670 BGB gegen C richten. Also käme es auch auf C's mutmaßlichen Willen an. Entspricht die Reparatur C's mutmaßlichen Willen nicht, verweist §§ 677, 684 S. 1 BGB auf einen Bereicherungsanspruch. Der aber muß sich ebenfalls gegen C richten.

Wenn es bei echter berechtigter wie unberechtigter GoA richtig ist, den A an denjenigen zu verweisen, der tatsächlich bereichert wurde, kann kaum etwas anderes gelten, wenn es sich um unechte GoA handelt, weil sich A zu der Leistung für verpflichtet hält.

Bei den **Verarbeitungsfällen** liegt es dagegen nahe, die Wertung der §§ 932 ff. BGB i.V.m. § 366 HGB zu übernehmen:

Wäre eine Übereignung durch den Verarbeiter **gescheitert**, ist es richtig, dem früheren Eigentümer einen direkten Bereicherungsanspruch gegen den neuen Eigentümer zu gewähren. Wer eine Hütte aus gestohlenem Holz auf seinem Grundstück stehen hat, sollte den Bestohlenen entschädigen müssen, weil er das Holz ja auch in jedem Falle an ihn zurückgeben müßte, wenn es noch nicht verbaut wäre.

Wenn der Eigentümer das Eigentum aber **gutgläubig vom Nichtberechtigten** erworben hätte, wenn es rechtsgeschäftlich an ihn übertragen worden wäre, sollte er sich keinem Kondiktionsanspruch des Eigentümers ausgesetzt sehen, denn gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten erfolgt ja gegenüber dem bisherigen Eigentümer mit Rechtsgrund. Daran ändert es auch nichts, wenn der Bauvertrag nichtig ist und dem Verarbeiter deswegen ein Bereicherungsanspruch zusteht.

Die **Direktkondiktion** ist jedoch wieder richtig, wenn der Eigentümer den ganzen Vorfall erst gar nicht in zurechenbarer Weise veranlaßt hat, so z.B. wenn B mit dem Holz des A eine Hütte aufgrund eines mit D abgeschlossenen Vertrages *versehentlich* auf dem Grundstück des C errichtet hat. Hier fehlt es schon am Anschein irgendeiner Rechtsbeziehung zwischen C und B, so daß es keinerlei Grund gibt, C vor einer direkten Inanspruchnahme durch A zu schützen. Das ist dann allerdings schon ein Bereicherungsquadrat – es geht eben immer noch ein wenig komplizierter.