

Gesetzliche Schuldverhältnisse

Ein Lehrbuch für Studium und Examen

Bearbeitet von
Prof. Dr. Manfred Wandt, Günter Schwarz

8. Auflage 2017. Buch. XXVI, 558 S. Kartoniert
ISBN 978 3 8006 5428 4
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Zivilrecht > BGB Besonderes Schuldrecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Ausdruck des allgemeinen Rechtsgedankens der Unzulässigkeit widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*):⁶⁰ Wer wesentlich auf eine Nichtschuld leistet, ist nicht schutzbedürftig⁶¹ und kann das Geleistete deshalb nicht zurückfordern.

§ 814 greift nicht, wenn die Leistung ausdrücklich „unter Vorbehalt“ gezahlt wird.⁶² Dann liegt der Grund für einen Ausschluss (*ein venire contra factum proprium*) nicht vor.

Fall (nach Medicus, Gesetzliche Schuldverhältnisse, S. 124f.): Der Vermieter V verlangt von den Mietern seines Mehrfamilienhauses für die Benutzung der von ihm im Waschkeller aufgestellten elektrischen Waschmaschinen ein besonderes Entgelt. Mieter M meint zwar, das Verlangen des V sei unbegründet, zahlt aber trotzdem, um mit V keinen Streit zu bekommen. Es stellt sich schließlich heraus, dass die Benutzung der Waschmaschinen schon mit dem Mietzins abgegolten ist. M verlangt von V Rückzahlung. Zu Recht?

30

Lösung: Anspruchsgrundlage ist § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 (Grundtatbestand).

1. V erlangt das Geld als vermögenswerten Vorteil. M zahlt zur Tilgung einer Verbindlichkeit (*solvendi causa*). Für den Zahlungsempfänger V muss sich diese Leistung so darstellen, nämlich als Zahlung auf eine Verbindlichkeit; damit leistet M. Da keine Verpflichtung hierzu besteht, zahlt M auf eine Nichtschuld. Es liegt also eine Zahlung ohne Rechtsgrund vor. Somit wäre an sich der Anspruch gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 gegeben.
2. Die Kondiktion ist aber nach § 814 Alt. 1 ausgeschlossen. M ist der Auffassung, die Forderung sei unbegründet. M besitzt deshalb positive Kenntnis davon, dass er zur Leistung nicht verpflichtet ist. Ein Kondiktionsanspruch ist deshalb ausgeschlossen (Einwendung). Hinweis: M hätte seinen Rückforderungsanspruch wahren können, wenn er „unter Vorbehalt seiner Rechte“ gezahlt hätte. Dann ist § 814 nämlich nicht anwendbar.⁶³

§ 814 ist wegen der Fiktion des § 142 Abs. 2 auch erfüllt, wenn der Leistende im Zeitpunkt der Leistung weiß, dass er anfechtungsberechtigt ist. Die Leistung in Kenntnis des eigenen Anfechtungsrechts stellt ein typisches widersprüchliches Verhalten dar. Wer in Kenntnis eines eigenen Anfechtungsrechts leistet, bringt genügend zum Ausdruck, dass er trotz des Irrtums an dem Rechtsgeschäft festhalten will.⁶⁴ Dies führt zum Ausschluss des Kondiktionsrechts nach § 814 Alt. 1. Regelmäßig wird in dieser Konstellation jedoch bereits kein Anspruch gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 gegeben sein, weil in der Leistung eine (konkludente) Bestätigung des Geschäfts vorliegt (§ 144). Auf die (nachrangige) Frage des § 814 als Einwendung kommt es dann nicht mehr an.

31

Ist dagegen nur der Leistungsempfänger zur Anfechtung berechtigt, so kommt § 814 mit Rücksicht auf seine *ratio* – trotz Kenntnis der Anfechtbarkeit – nicht zur Anwendung: Zur Zeit der Leistung ist der Schuldner (noch) zur Leistung verpflichtet.⁶⁵ Somit ist bereits der von § 814 objektiv vorausgesetzte Umstand, das Fehlen einer (für den

⁶⁰ MüKoBGB/Schwab, § 814 Rn. 2.

⁶¹ Staudinger/Lorenz, § 814 Rn. 2.

⁶² BGHZ 83, 278. Ein ausdrücklicher Vorbehalt ist dann entbehrlich, wenn der Schuldner erkennbar unter Druck oder Zwang (unfreiwillig) zur Vermeidung eines drohenden Nachteils leistet (vgl. BGH NJW 1995, 3052, 3054).

⁶³ BGHZ 83, 278. Vgl. auch BGH NJW 1995, 3052, 3054 sowie die Erläuterung in der vorigen Fn.

⁶⁴ Vgl. Mugdan II, S. 473 (Motive): Es liege eine Genehmigung des anfechtbaren Rechtsgeschäftes vor, sodass die Kondiktion ausgeschlossen sei.

⁶⁵ RGZ 151, 361, 370; BGH NJW 2008, 1878f.; MüKoBGB/Schwab, § 814 Rn. 13.

Leistenden uneingeschränkten) Leistungspflicht, nicht gegeben.⁶⁶ Eine tatsächliche Leistung kann ihm nicht zum Vorwurf gemacht werden, welche eine Kondiktion nach erfolgter Anfechtung ausschließt.⁶⁷

Vertiefungshinweis: Anfechtung (§ 142 Abs. 2) und Rückabwicklung (§§ 812, 814)

Es stellt sich die Frage, ob § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 (*condictio indebiti*) oder § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 (Kondiktion wegen späteren Wegfalls des rechtlichen Grundes) die richtige Anspruchsgrundlage für den Fall der **Anfechtung**⁶⁸ ist. Diese Frage scheint für die Anwendbarkeit des § 814 Alt. 1 entscheidend zu sein, weil § 814 Alt. 1 auf § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, nicht aber auf § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 anwendbar ist.⁶⁹

Selbst die Ansicht, welche im Falle der Anfechtung § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 – nicht wie die h. M. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 (vgl. → Rn. 24) – bejaht, wendet aber ausnahmsweise gleichwohl § 814 an.⁷⁰

- 32 Im zweiten von § 814 geregelten Fall (**Alt. 2**) nimmt der Leistende irrtümlich an, zur Leistung verpflichtet zu sein und ist daher an sich schutzwürdig. Gleichwohl wird ihm die Kondiktion versagt, wenn die Leistung einer **sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht** entsprach. Der Tatbestand dieser Alternative ist rein objektiv zu bestimmen. Standardbeispiel für § 814 Alt. 2 ist die Zahlung von Unterhalt an einen Angehörigen, dem gegenüber keine Unterhaltspflicht besteht, wenn der Leistende irrig annimmt, zum Unterhalt verpflichtet zu sein.

Beispiel: Nach § 1601 sind nur Verwandte in gerade Linie einander zum Unterhalt verpflichtet. Bruder und Schwester sind nicht in gerader Linie, sondern in Seitenlinie verwandt (§ 1589 S. 1 und 2), und deshalb gegenseitig nicht unterhaltspflichtig. Zahlt die Schwester gleichwohl an den bedürftigen Bruder Unterhalt, in der irrtümlichen Annahme einer Unterhaltspflicht, so fehlt für die Leistung zwar ein Rechtsgrund (§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1), die Rückforderung kann aber wegen § 814 Alt. 2 (sittliche Pflicht) ausgeschlossen sein.

- 33 **Vertiefungshinweis:** Zuvielzahlung von Ehegattenunterhalt (§ 1360b)

Nach § 1360b kann der Unterhalt leistende **Ehegatte** eine **Zuvielzahlung** grundsätzlich nicht zurückfordern. Während § 814 eine Einwendung darstellt, normiert § 1360b eine widerlegbare Vermutung (Auslegungsregel). § 1360b stellt jedoch einen besonderen Ausschlussgrund auch für Kondiktionsansprüche dar.⁷¹ Eine Rückforderung objektiv zuviel geleisteter Beträge findet nur bei positiv nachweisbarer Rückforderungsabsicht statt.⁷²

Im Fall einer (überhöhten) Unterhaltsleistung kann auf ein Rückzahlungsbegehren sowohl § 814 als auch § 1360b zur Anwendung kommen. Dass eine überhöhte Unterhaltsleistung einer sittlichen Pflicht oder auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entspricht (§ 814 Alt. 2), kann sich (allenfalls) mit den Umständen des Einzelfalles rechtfertigen lassen. Hat ein Ehegatte positive Kenntnis davon, dass er zur (überhöhten) Unterhaltszahlung nicht verpflichtet ist, so kann ein Kondiktionsanspruch wegen § 814 Alt. 1 ausgeschlossen sein. Hält er sich irrtümlich für verpflichtet, verhindert der spezielle Kondiktionsausschlussgrund des § 1360b eine Rückforderung aus § 812, es sei denn, der zahlende Ehegatte kann seine (bei Zahlung bestehende) Rückforderungsabsicht nachweisen.⁷³

66 BGH NJW 2008, 1878f.

67 Vgl. *Mugdan* II, S. 473 (Motive).

68 Durch die Anfechtung eines Rechtsgeschäftes fällt grundsätzlich der Rechtsgrund mit ex-tunc-Wirkung weg (§ 142 Abs. 1). Das zur Erfüllung der Verbindlichkeit Geleistete kann zurückgefordert werden. § 142 Abs. 2 fingiert – unter bestimmten weiteren Voraussetzungen – die Kenntnis von der Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes.

69 So die h. L., vgl. *MüKoBGB/Schwab*, § 814 Rn. 3 m. w. N.

70 So wohl *MüKoBGB/Schwab*, § 812 Rn. 199ff. und § 814 Rn. 13.

71 BGHZ 50, 266; *MüKoBGB/Weber-Monecke*, § 1360b Rn. 4.

72 So *MüKoBGB/Weber-Monecke*, § 1360b Rn. 8 Fn. 32.

73 *MüKoBGB/Weber-Monecke*, § 1360b Rn. 8; a. A. *OLG Stuttgart FamRZ* 1981, 36 für den Fall der Rückforderung eines unberechtigt gezahlten Prozesskostenvorschusses (§ 1360a Abs. 4); *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 6. Aufl. 2010, § 21 III 4, S. 248f. Fn. 5.

2. § 817 S. 2 analog

Die Leistungskondiktion ist zudem ausgeschlossen, wenn dem Leistenden ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten zur Last fällt (§ 817 S. 2). Nach Wortlaut und Systematik ist diese Vorschrift nur auf die *condictio ob turpem vel iniustam causam* (§ 817 S. 1) anwendbar. Nach allgemeiner Meinung stellt sie aber einen allgemeinen **Grundsatz für alle Leistungskonditionen** dar („*nemo auditur turpitudine suam allegans*“ – niemand wird gehört, der aus seiner eigenen Schändlichkeit [vorteilige Rechtsfolgen] herleiten will) und gilt deshalb auch für die Leistungskondiktion nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1.⁷⁴ Erforderlich ist ein bewusster Gesetzes- oder Sittenverstoß bzw. ein leichtfertiges Sichverschließen vor der entsprechenden Erkenntnis.

Beispiel: Keine Rückforderung des Kaufpreises für ein defektes Kfz-Radarwarngerät (*BGH NJW* 2005, 1490).

§ 817 S. 2 behandelt dem Wortlaut nach („wenn dem Leistenden gleichfalls“) nur den Fall, dass sowohl dem Leistenden als auch dem Empfänger ein solcher Sitten- oder Gesetzesverstoß zur Last fällt. Man ist sich aber darüber einig, dass diese Vorschrift **auch anzuwenden ist, wenn nur der Leistende verwerflich handelt**. Mit anderen Worten: Das Wort „gleichfalls“ im Gesetzeswortlaut entfällt bei der analogen Anwendung, weil der Leistende nicht besser stehen soll, wenn nur er verwerflich handelt.⁷⁵

Der Rückforderungsausschluss bezieht sich (nur) auf das, was auf dem vom Gesetz missbilligten Vorgang beruht.⁷⁶ Bei Überlassung auf Zeit verhindert § 817 S. 2 nur die Rückforderung während dieser Zeit. Hinsichtlich der Vergütungspflicht für eine wucherische Leistung vertritt die h. M. eine rigorose Ansicht: Bei sittenwidrigen und deshalb nichtigen Darlehensgeschäften kann der Darlehensgeber über § 818 nicht die Verzinsung der nach Ablauf der (unwirksam) vereinbarten Zeit zurückzugewährenden Darlehensvaluta verlangen. Die h. M. billigt dem Darlehensgeber auch nicht einen Wertersatzanspruch auf einen angemessenen, am Kapitalmarkt orientierten Zins zu,⁷⁷ um das Risiko des Wucherers nicht zu vermindern.

Fall (vgl. BGHZ 99, 333): Die Bank K gewährt dem A einen Kredit in Höhe von 50.000 € für 18 Monate zu einem effektiven Jahreszins von 55%. Zum Fälligkeitszeitpunkt verweigert A die Rückzahlung mit der Begründung, der Vertrag sei wegen Wuchers nichtig und er dürfe das Geld behalten. Außerdem verweigert A jede weitere Zinszahlung und verlangt die schon gezahlten Zinsen zurück. Zu Recht?

Lösung:

I. Anspruch der Bank K gegen A auf Rückzahlung der Darlehensvaluta?

1. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1?

- a) Die Darlehenssumme ist rechtsgrundlos von K an A geleistet worden. Der Darlehensvertrag (§ 488) ist nach § 138 Abs. 2 nichtig, wenn K die Zwangslage des A ausgebeutet hat. Das ist Tatfrage. Bei derart hohen Zinssätzen nimmt die Rspr. aber schon Nichtigkeit nach § 138 Abs. 1 an.⁷⁸ Der Grundtatbestand des § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 ist erfüllt.

⁷⁴ *BGH VersR* 2017, 240; *Brox/Walker*, SchuldR BT, § 41 Rn. 11, 2. Nicht anwendbar ist § 817 S. 2 hingegen auf Nichtleistungskonditionen (siehe beispielsweise *BGHZ* 152, 307).

⁷⁵ *BGHZ* 201, 1; *BGHZ* 50, 90.

⁷⁶ *BGH VersR* 2017, 240 (Beschränkung des Rückforderungsausschlusses auf Gegenleistung gerade für die steuerverkürzende Abrede, trotz Totalnichtigkeit der vertraglichen Vereinbarung).

⁷⁷ So aber *Medicus/Petersen*, BR, Rn. 700 m. w. N.

⁷⁸ Beispiele aus der Rechtsprechung bei *Palandt/Ellenberger*, § 138 Rn. 67f.

- b) Hier kann der Rückforderungsausschluss nach § 817 S. 2 in Betracht kommen, der auf alle Fälle der Leistungskondition und nicht nur auf § 817 S. 1 anzuwenden ist. Dem Wortlaut nach greift § 817 S. 2 allerdings nicht ein, weil nur der Bank K, nicht aber beiden Parteien ein Gesetzes- bzw. Sittenverstoß zur Last fällt, was nach dem Wortlaut des § 817 S. 2 („gleichfalls“) aber eigentlich erforderlich wäre. Die h. M. erweitert diese Vorschrift aber auf Fälle, in denen nicht beiden Parteien, sondern nur dem Leistenden ein Gesetzes- oder Sittenverstoß zur Last fällt. Der Kondiktionsanspruch der K gegen A ist nach § 817 S. 2 ausgeschlossen, weil der leistenden Bank ein Sittenverstoß zur Last fällt. K kann das Geleistete nicht zurückfordern. Fraglich ist aber, ob dies zur Folge hat, dass A das gesamte Darlehen für immer behalten darf.⁷⁹ Ausgeschlossen wird durch § 817 S. 2 nur die Rückforderung des Geleisteten. Leistungsgegenstand ist aber nach dem Darlehensvertrag nicht das überlassene Geld schlechthin, sondern die Kapitalnutzung auf Zeit. A muss also das Darlehen nicht vor dem vereinbarten Fälligkeitszeitpunkt zurückzahlen. Deshalb schließt § 817 S. 2 auch nur die Kondition des Leistungsgegenstandes auf Zeit aus. Da aber das Darlehen selbst zurückverlangt werden kann, ist die Kondition nach Zeitablauf möglich.
- c) Ergebnis: A darf die Darlehensvaluta auf Zeit (hier 18 Monate) behalten und ist erst nach Ablauf dieser Zeit zur Rückzahlung verpflichtet.⁸⁰
2. § 817 S. 1? Tatbestand (–); jedenfalls auch wegen § 817 S. 2 (–), siehe oben 1.
- II. Anspruch der Bank K gegen A auf fortwährende Zinszahlung?
1. § 488 Abs. 1 S. 2 (–) wegen Nichtigkeit des Vertrages.
2. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 1?
- Der gegebene Bereicherungsanspruch auf Rückgewähr der Darlehensvaluta (I. 1.) umfasst nicht gem. § 818 Abs. 1 Zinsen in angemessener, am Kapitalmarkt orientierten Höhe. Würde man den Leistungsempfänger für verpflichtet halten, wenigstens einen angemessenen Zinssatz zu zahlen, dann könnte der Leistende (der Wucherer) risikolos arbeiten, denn den üblichen Zinssatz würde er erhalten. Um dies zu verhindern, scheidet ein Anspruch auf Zinszahlung im Wege teleologischer Reduktion (nach h. M.) aus.⁸¹
- III. Anspruch des A gegen Bank K auf Rückzahlung der schon gezahlten Zinsen?
1. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1?
- a) K erlangt die Zinszahlung. A leistet zum Zweck der Erfüllung eines Darlehensvertrages. Der Darlehensvertrag (§ 488) ist wegen des hohen Zinssatzes nach § 138 Abs. 1 nichtig. Die Leistung ist also rechtsgrundlos. Ein Kondiktionsausschluss nach § 817 S. 2 kommt nicht in Frage, weil dem Leistenden A kein Gesetz- oder Sittenverstoß zur Last fällt.
- b) A kann also wegen der Nichtigkeit des Darlehensvertrages den schon gezahlten Zins, den er rechtsgrundlos gezahlt hat, zurückverlangen.
2. § 817 S. 1?
- Ein Rückzahlungsanspruch kann auch auf § 817 S. 1 gestützt werden (vgl. → Rn. 78 ff.).

- 38 **Vertiefungsfall zu § 817 S. 2 (Schwarzarbeit):** A beauftragt S, der nicht in die Handwerksrolle eingetragen ist und keinen Gewerbebetrieb angemeldet hat, für ihn in größerem Umfang Handwerksarbeiten „schwarz“ durchzuführen. A leistet dem S eine Anzahlung, von der dieser weder Steuern noch Sozialversicherungsbeiträge abführt. Als S nach ordnungsgemäß⁸² verrichteter Arbeit den Restwerklohn fordert, verweigert A die Zahlung. Zu Recht?

⁷⁹ So ursprünglich das Reichsgericht: RGZ 151, 70.

⁸⁰ BGHZ 99, 333.

⁸¹ Eine vermittelnde Meinung nimmt demgegenüber an, dass der Darlehensnehmer entsprechend § 818 Abs. 1 zumindest die tatsächlich erwirtschafteten Zinsen bis zur Obergrenze des angemessenen Zinses herauszugeben hat (MüKoBGB/Lieb, 4. Aufl. 2004, § 817 Rn. 17).

⁸² Bei Werkmängeln steht dem Besteller, der den Werklohn bereits gezahlt hat, gem. § 817 S. 2 Halbs. 1 kein Bereicherungsanspruch zu, BGHZ 206, 69.

Lösung:

1. Anspruch aus Werkvertrag gemäß § 631 Abs. 1 (–) Der beidseitige Verstoß gegen § 8 Abs. 1 Nr. 1 lit. d, e und § 8 Abs. 1 Nr. 2 SchwarzArbG⁸³ führt zur Nichtigkeit gemäß § 134.⁸⁴
2. Anspruch aus §§ 677, 683 S. 1, 670 (–) Eine gesetzlich verbotene Tätigkeit darf nicht „für erforderlich [ge]halten“ werden (§ 670).⁸⁵
3. Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1?
 - a) A erlangt die Handwerksarbeiten durch Leistung des S rechtsgrundlos.
 - b) Ein Ausschluss nach § 814 Alt. 1 kommt nicht in Frage, wenn S keine positive Kenntnis der Nichtschuld hat (Parallelwertung in der Laiensphäre würde allerdings schon genügen, um den Ausschluss zu bejahen).
 - c) § 817 S. 2? Dem leistenden S fällt ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot (SchwarzArbG) zur Last. Der Tatbestand (in seiner grundsätzlichen Auslegung durch die h. M.) ist eigentlich erfüllt. Fraglich ist die Anwendbarkeit des § 817 S. 2 jedoch vor dem Hintergrund einer einschränkenden teleologischen Auslegung.⁸⁶ Nach § 242 darf bei der Anwendung des den Gläubiger hart treffenden Rückforderungsausschlusses des § 817 S. 2⁸⁷ nicht außer Betracht bleiben, welchen Zweck das in Frage stehende Verbotsgesetz verfolgt. Dem Leistenden kann daher trotz § 817 S. 2 ein Bereicherungsanspruch zustehen, wenn Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes die Gewährung eines solchen Anspruchs zwingend erfordern, insbesondere wenn das Verbotsgesetz vor allem zum Schutz des Leistenden erlassen worden ist. Diese Voraussetzungen sind bei einem Verstoß des Unternehmers gegen § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG jedoch nicht erfüllt. Ein bereicherungsrechtlicher Regress widerspricht der ordnungspolitischen Zielsetzung des SchwarzArbG, generalpräventiv erhöhte Arbeitslosigkeit und Steuerausfälle zu unterbinden.⁸⁸ Dieser Argumentationslinie hat sich nunmehr auch der BGH in seiner geänderten Rechtsprechung angeschlossen.⁸⁹ Auch der durch den Regressausschluss eintretende Vorteil des Bestellers ändert daran nichts,⁹⁰ auch wenn wegen der Gesetzesuntreue auch des Auftraggebers eine einseitige Sanktionierung des Schwarzarbeiters kritisch gesehen werden kann.⁹¹ (Durch die neue Rechtsprechung ist die frühere Problematik der Saldierung von Mängeln und sonstigen Risiken der Schwarzarbeit in der Ausgleichsrechnung⁹² obsolet geworden).

83 SchwarzArbG, BGBl. I 2004, S. 1842. § 8 Abs. 1 Nr. 1 SchwarzArbG: „Ordnungswidrig handelt, wer [...] der Verpflichtung zur Anzeige vom Beginn des selbständigen Betriebes eines stehenden Gewerbes (§ 14 der Gewerbeordnung) nicht nachgekommen ist [...] [lit. d] oder ein zulassungspflichtiges Handwerk als stehendes Gewerbe selbstständig betreibt, ohne in die Handwerksrolle eingetragen zu sein (§ 1 der Handwerksordnung) [lit. e].“ § 8 Abs. 1 Nr. 2 SchwarzArbG: „Ordnungswidrig handelt, wer Dienst- oder Werkleistungen in erheblichem Umfang ausführen lässt, indem er eine oder mehrere Personen beauftragt, die diese Leistungen unter vorsätzlichem Verstoß gegen eine in Nummer 1 genannte Vorschrift erbringen.“

84 Nach BGHZ 201, 1; BGHZ 198, 141 führt auch der einseitige Verstoß des Leistungserbringers gegen § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG zur Gesamtnichtigkeit, wenn der Besteller den Gesetzesverstoß kennt und bewusst zu seinem eigenen Vorteil ausnutzt; siehe dazu Lorenz NJW 2013, 3132. Mängelgewährleistungsansprüche sind danach auch nicht über § 242 durchsetzbar. Vgl. dagegen zur früheren Fassung des SchwarzArbG BGHZ 176, 198 (Bestimmung des Umfangs der Nichtigkeit bei „Ohne-Rechnung-Abrede“ unter Anwendung von § 139 und Durchsetzbarkeit von Gewährleistungsansprüchen gemäß § 242).

85 Vgl. zum Problem der Anwendbarkeit der GoA beim nichtigen Vertrag → § 3 Rn. 7f.

86 Nunmehr ablehnend BGHZ 201, 1; vgl. auch BGHZ 198, 141; zuvor bejahend BGHZ 111, 308, 311 (Schwarzarbeit); BGH NJW 2006, 45f. (Schenkkreis).

87 BGHZ 50, 90. Zur Notwendigkeit der Berücksichtigung des Zweckes der einzelnen Verbotsgesetze: Weyer, WM 2002, 627.

88 Vgl. BT-Drs. 2/1111 (Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit) und 9/192 (Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit).

89 BGHZ 201, 1.

90 BGHZ 201, 1. § 817 S. 2 steht umgekehrt auch einem Ausgleichsanspruch des Bestellers entgegen, vgl. Stadler, JA 2014, 623, 625.

91 Kritisch zur neuen BGH-Rechtsprechung Heyers, Jura 2014, 936, 949.

92 Vgl. zuvor BGHZ 111, 308; vgl. auch BGHZ 198, 141 und dazu Lorenz, NJW 2013, 3132.

d) Ergebnis: Ein Anspruch auf Wertersatz ist nicht gegeben.

4. Anspruch aus § 951 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 (-) Vorrang der Leistungskondition greift auch bei Ausschluss der Leistungskondition gem. § 817 S. 2.⁹³

39 Vertiefungshinweis: Keine Anwendung von § 817 S. 2 bei sog. Schenkkreisen

In jüngerer Zeit war der BGH mit einer ähnlichen Problematik, den so genannten Schenkkreisen, befasst.⁹⁴ Diese Schenkkreise, eine Art „Schneeballsystem“ werden nach Art einer Pyramide organisiert und bestehen häufig aus vier Stufen. An der Spitze steht ein Mitglied auf der „Empfängerposition“. Auf der zweiten Stufe stehen zwei Mitspieler, auf der Dritten vier und auf der vierten Stufe acht Mitspieler, die die „Schenkerposition“ einnehmen. Der an der Spitze stehende Mitspieler, der „Empfänger“, erhält von jedem der acht Teilnehmer der vierten Stufe einen bestimmten Geldbetrag. Daraufhin scheidet der Spieler der ersten Stufe aus. Alle weiteren Mitspieler rücken eine Stufe nach oben. Die Mitspieler der zweiten Stufe stehen nun auf der ersten Stufe und erhalten nun ihrerseits von neu angeworbenen Mitspielern auf der vierten Stufe den Geldbetrag. Die Anwerbung neuer Teilnehmer ist Sache der auf der untersten Stufe stehenden Mitspieler. In absehbarer Zeit wird durch das Aufrücken der Mitspieler eine immer größer werdende Zahl von „Schenkern“ notwendig, weshalb das System dann in sich zusammenbricht, da nicht mehr genügend neue Teilnehmer geworben werden können. Der BGH sieht solche Schenkkreise als sittenwidrig im Sinne des § 138 Abs. 1 an, da die große Masse der Mitspieler – im Gegensatz zu den Initiatoren, die meist sichere Gewinne erzielen – zwangsläufig keinen Gewinn macht und ihren Einsatz verliert und das gesamte Schenkkreissystem lediglich darauf abzielt, zu Gunsten einiger weniger Mitspieler leichtgläubige und unerfahrene Personen auszunutzen.⁹⁵ Einem Kondiktionsanspruch des „Schenkers“ aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 gegen den „Beschenkten“⁹⁶ könnte aber § 817 S. 2 entgegenstehen. Der BGH schließt jedoch die Anwendbarkeit des § 817 S. 2 aus, da bei einem Eingreifen des Rückforderungsausschlusses die von § 138 Abs. 1 angeordnete Nichtigkeit der Vereinbarung zwischen den Mitspielern konterkariert und die Initiatoren solcher Schenkkreise geradezu zum Weitermachen eingeladen würden.⁹⁷ Somit steht einem Anspruch des „Schenkers“ gegen den „Beschenkten“ aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 der Rückforderungsausschluss des § 817 S. 2 nicht entgegen.⁹⁸

40 Vertiefungshinweis: Anwendung von § 817 S. 2 analog außerhalb des Bereicherungsrechts

Eine analoge Anwendung des § 817 S. 2 außerhalb des Bereicherungsrechts lehnt die Rechtsprechung ab.⁹⁹ Zwar wendet die Gegenmeinung¹⁰⁰ ein, dass der Anspruchsausschluss des § 817 S. 2 im Ergebnis leer laufen kann, wenn auch ein nicht bereicherungsrechtlicher Anspruch begründet ist und § 817 S. 2 auf diesen nicht angewendet wird. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass § 817 S. 2 eine Ausnahmenvorschrift darstellt und mit Rücksicht auf ihren Normzweck (früher: Strafzweck, heute: Rechtsschutzverwei-

⁹³ BGHZ 201, 1.

⁹⁴ BGH NJW 2006, 45f.; BGH NJW 2008, 1942f.; zur Fallbearbeitung vgl. Müller/Eckel, JuS 2013, 966.

⁹⁵ BGH NJW 2006, 45.

⁹⁶ Es besteht kein Leistungsverhältnis zwischen dem „Schenker“ und einem Boten oder Stellvertreter, der aufgrund nichtigen Auftrags die Zuwendung an den „Beschenkten“ vollzieht, BGH NJW 2012, 3366.

⁹⁷ BGH NJW 2006, 45; BGH NJW 2009, 984; zustimmend Möller, NJW 2006, 268, 269; differenzierend Schmidt-Recla, JZ 2008, 60ff.; zur Anwendung des § 817 S. 2 in der jüngeren BGH-Rechtsprechung vgl. Armgardt, NJW 2006, 2070ff.

⁹⁸ Mittlerweile hat der BGH diese Grundsätze auch auf solche Bereicherungsschuldner ausgedehnt, die nicht zu den Initiatoren der Schenkkreise gehören (Mitspieler der zweiten und dritten Stufe), wodurch die Konditionssperre des § 817 S. 2 bei Schenkkreisen generell entfällt, vgl. BGH NJW 2008, 1942. Auf eine einzelfallbezogene Prüfung der Geschäftsgewandtheit und der Erfahrungheit des betroffenen Gebers oder Empfängers kommt es also nicht an. Zur Verjährung vgl. BGH NJW 2009, 984. Fraglich bleibt indes, ob auch die Schenkkreisfälle entsprechend der geänderten Rechtsprechung des BGH zur Schwarzarbeit in absehbarer Zeit einer abweichenden Beurteilung anheimfallen: vgl. BGH VersR 2014, 1013.

⁹⁹ BGHZ 63, 365; Staudinger/Lorenz, § 817 Rn. 15.

¹⁰⁰ BeckOK BGB/Wendehorst, § 817 Rn. 13 m.w.N.; differenzierend MüKoBGB/Schwab, § 817 Rn. 14ff.

gerung) eng auszulegen und anzuwenden ist. Der Anwendungsbereich des § 817 S. 2 ist deshalb auf bereicherungsrechtliche Ansprüche beschränkt.

3. Zusammenfassung

Ausschluss des Anspruchs aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1	41
<p>1. § 814</p> <ul style="list-style-type: none"> – § 814 Alt. 1: Positive Kenntnis der Nichtschuld – P: Anfechtung und § 814 Alt. 1 (→ Rn. 31) – § 814 Alt. 2: Leistung entsprach einer sittlichen Pflicht oder Anstand <p>2. § 817 S. 2 analog</p> <ul style="list-style-type: none"> – Nicht nur auf § 817 S. 1, sondern auf alle Leistungskonditionen entsprechend anzuwenden – „Gleichfalls“ bei anderen LK als § 817 S. 1 ohne Bedeutung, d. h. Sitten- oder Gesetzesverstoß nur des Leistenden genügt (→ Rn. 35) – P: Bereicherungsrechtlicher Anspruch des Schwarzarbeiters (→ Rn. 38) 	

B. § 813 – dauerhafte Einrede

§ 813 Abs. 1 S. 1 ist eine selbständige Anspruchsgrundlage. Sie setzt – abweichend von dem Grundtatbestand der Leistungskondition (§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1) – voraus, dass eine dauernde Einrede besteht. Insoweit erweitert die „Kondition wegen Bestehens einer dauernden Einrede“ die Leistungskondition, indem sie dem anfänglichen Fehlen des rechtlichen Grundes (§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1) das Bestehen einer **dauernden Einrede** gleichstellt.¹⁰¹

I. Tatbestand

Erfasst werden nur dauernde (peremptorische) Einreden im Gegensatz zu vorübergehenden (dilatatorischen) Einreden.¹⁰² Nur eine Einrede, die die Durchsetzbarkeit eines bestehenden Anspruchs auf Dauer hindert, steht der Rechtsgrundlosigkeit gleich.

Beispiele für dauernde Einreden:

- Einrede der Nichtigkeit eines Vertrages;¹⁰³
- Bereicherungseinrede (§ 821);
- Einrede der unerlaubten Handlung (§ 853);
- Einrede aus § 1166;
- Einrede der Arglist oder aus § 242;
- Erbrechtliche Einreden (§§ 1973, 1975, 1990f., 2083, 2318 Abs. 1, 2345).

¹⁰¹ *Mugdan* II, S. 465 (Motive): Bei erhobener Einrede sei die Forderung so anzusehen, als ob sie rechtlich nie bestanden hätte. Vgl. auch BeckOK BGB/Wendehorst, § 813 Rn. 1; MüKoBGB/Schwab, § 813 Rn. 1.

¹⁰² Vorübergehende Einreden sind: § 273, § 320, Stundung, Einrede des Bürgen aus § 770 Abs. 2.

¹⁰³ BGHZ 174, 334 (nichtiger Kaufvertrag; bei einem Finanzierungskredit als verbundenem Geschäft steht die Einrede wegen § 359 S. 1 (früher: § 9 Abs. 3 S. 1 VerbrKrG a. F.) auch dem Anspruch des Kreditgebers aus dem Finanzierungskredit entgegen; der Verbraucher kann daher geleistete Kreditraten vom Kreditgeber nach § 813 Abs. 1 S. 1 i. V. mit § 812 Abs. 1 S. 1 zurückverlangen). – Ein Rückforderungsdurchgriff nach § 813 Abs. 1 S. 1 gegenüber dem Kreditgeber scheidet dagegen aus, wenn es sich bei dem verbundenen finanzierten Geschäft um die Beteiligung an einem Fonds handelt, von der sich der Anleger nach den Grundsätzen über die fehlerhafte Gesellschaft mit seinem Widerruf allenfalls für die Zukunft lösen kann, vgl. BGHZ 183, 112.

- 44 Wichtige **Ausnahmen**: Die Verjährungseinrede begründet keinen Bereicherungsanspruch, obwohl die **Verjährungseinrede** eine dauernde Einrede ist (§§ 813 Abs. 1 S. 2, 214 Abs. 2). Wird freiwillig¹⁰⁴ auf eine verjährte Forderung geleistet, so kann das Geleistete nicht zurückgefordert werden. Keine Anwendung findet § 813 auch bei der Sachmängleinrede (§ 433 Abs. 1 S. 2 oder § 633 Abs. 1 i. V. mit § 320),¹⁰⁵ weil die §§ 434 ff. und 634 ff. für eine Rückabwicklung speziellere Vorschriften enthalten, die durch § 813 nicht umgangen werden sollen. Zur **Sachmängleinrede** nach § 438 Abs. 4 S. 2 vgl. den folgenden Fall.
- 45 **Fall**: V liefert an K am 1.4.2002 eine mangelbehaftete Waschmaschine aus. K begleicht sofort den vereinbarten Kaufpreis. Zwar entdeckt K den Mangel sofort, lässt aber aufgrund mangelnder Entschlussfreudigkeit die Sache zunächst auf sich beruhen. Erst später entschließt er sich zum Handeln und ruft am 2.4.2004 bei V an, erklärt den Rücktritt und verlangt Rückzahlung des Kaufpreises. V beruft sich auf „Zeitablauf“. Zu Recht?

Lösung:

1. Anspruch aus §§ 433, 434 Abs. 1 S. 1, 437 Nr. 2, 323 Abs. 1, 346 Abs. 1 (–)
Zwar liegt ein Rücktrittsgrund vor (§ 434 Abs. 1 S. 1). Der Rücktritt ist auch erklärt worden (§§ 133, 157). Der Rücktritt ist aber unwirksam (§§ 438 Abs. 4 S. 1, 218 Abs. 1 S. 1).¹⁰⁶ Das Recht auf Nacherfüllung (§§ 434, 437 Nr. 1, 439 Abs. 1) ist nach § 438 Abs. 1 Nr. 3 verjährt. Es gilt die zweijährige Frist des § 438 Abs. 1 Nr. 3 (in Abweichung von der allgemeinen Frist des § 195). Diese beginnt – in Abweichung von § 199 – mit der Ablieferung der Sache zu laufen (§ 438 Abs. 2), also am 2.4.2002, 0 Uhr (§ 187 Abs. 1: sog. Ereignisfrist) und endet am 1.4.2004, 24 Uhr (§ 188 Abs. 2 Alt. 1). V hat sich auf Verjährung berufen (§§ 133, 157).
2. Anspruch aus § 813 Abs. 1 S. 1?
 - a) V erlangt den Kaufpreis durch Leistung des K.
 - b) Es müsste aber eine dauerhafte Einrede bestehen. Infrage kommt die sog. Mängleinrede (§ 438 Abs. 4 S. 2). Danach kann der Käufer trotz der Unwirksamkeit des Rücktritts nach § 218 Abs. 1 die Zahlung des Kaufpreises insoweit verweigern, als er aufgrund des Rücktritts dazu berechtigt sein würde. Voraussetzung des Rücktritts ist aber auch die Nachfristsetzung (§ 323 Abs. 1 und 2), die bisher nicht gesetzt worden ist.¹⁰⁷
 - c) Unabhängig davon erfasst § 813 Abs. 1 die Sachmängleinrede überhaupt nicht. Die kurze Verjährungsfrist (§ 438 Abs. 1) soll im Interesse der Rechtssicherheit bald möglichst klare Verhältnisse schaffen. Davon macht § 438 Abs. 4 S. 2 (und § 215) Ausnahmen und gewährt eine Einrede gegen den Kaufpreisanspruch; ein darüber hinausgehender Anspruch aus § 813 würde dem Zweck des § 438 Abs. 1 widersprechen.¹⁰⁸

104 BGH NJW 2013, 3243 (Kein Ausschluss, wenn wegen einer verjährten Forderung vollstreckt wurde, oder wenn der Schuldner zahlt, um einer drohenden Zwangsvollstreckung zuvorzukommen).

105 Vgl. zur Mängleinrede *Lorenz/Riehm*, Rn. 500ff.

106 Das Rücktrittsrecht als Gestaltungsrecht verjährt nicht, da gem. § 194 nur Ansprüche der Verjährung unterliegen. Um eine einheitliche Abwicklung der Rechte aus § 437 zu ermöglichen, verweist § 438 Abs. 4 auf § 218. Nach dieser Norm ist der Rücktritt wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung unwirksam, wenn der Anspruch auf die Leistung oder der Nacherfüllungsanspruch verjährt ist und der Schuldner sich hierauf beruft.

107 Vgl. zum Meinungsstand *Staudinger/Matusche-Beckmann*, § 438 Rn. 134. Nach *Lorenz/Riehm*, Rn. 560 soll der Käufer auch bei verjährtem Nacherfüllungsanspruch eine Nachfrist setzen müssen, wenn diese nicht entbehrlich ist (§§ 323 Abs. 2, 326 Abs. 5, 440); so auch v. *Olshausen*, JZ 2002, 385, 386ff. Anders BeckOK BGB/*Faust*, § 438 Rn. 53: Vor Ablauf der Frist sei der Käufer dadurch geschützt, dass er zur Zahlung nur Zug um Zug gegen Nacherfüllung verurteilt werden könne.

108 Vgl. RGZ 144, 93, 95f. zu §§ 478f. a. F.