

Rolf Knieper

Recht der Kondiktionen: vergebliche Versuche, Bereicherung zu rechtfertigen

Bereicherungen des einen auf Kosten des anderen ereignen sich ständig und allenthalben
Leo Weyers

Bereichert Euch!
Louis Philippe, König von Frankreich
1830–1848

1. Einleitung

Bereicherungsrecht ist eine ärgerliche Materie. Kein Autor, der sich zu ihm äußert, versäumt, es als »verwirrend«, »überzüchtet«, »mysteriös« darzustellen¹, kaum eine gerichtliche Entscheidung ergeht, ohne daß sich nicht eine ausgedehnte Kontroverse an sie anschlässe. Beschränkungen auf technisch-dogmatische Informationsvermittlung versagen: selbst Repetitorien schwellen zu umfangreichen Darstellungen an und beteiligen sich an der grundsätzlichen Diskussion². Gelegentliche Anfragen³ bei Praktikern ergeben, daß jedenfalls Instanzgerichte vor der Behandlung bereicherungsrechtlicher Probleme zurückschrecken, daß in Schriftsätze und Urteilen nach Konstruktionen gesucht wird, die mit ihnen zusammenhängenden Komplikationen zu vermeiden, wobei nicht uninteressant ist, daß solche Konstruktionen gelingen. Bereicherungsrecht scheint nur etwas für den BGH, OLG, den akademischen Betrieb zu sein; emportreibende Wissenschaftler können Fingerfertigkeit, Denken in Dreiecks-Verhältnissen mit vielfachen Abkürzungen und – mehr als heute in anderen Bereichen des Zivilrechts – Kenntnisse in der lateinischen Sprache nachklassischer Prägung belegen; für »normale« Juristen kann es mit den §§ 812 ff BGB offensichtlich überwiegend nur dann ernst werden, wenn sie einmal in eine staatliche Prüfungskommission berufen werden und dort an – überwiegend wiederum – normale Kandidaten abnorme Fragen stellen.

Der folgende Beitrag versucht nicht, die Meinungsvielfalt um eine neue Variante zu bereichern. Die Absicht geht vielmehr dahin, die Gründe der »Verwirrung« zu erklären, d. h. herauszufinden, warum sie besteht und warum sie den Fortgang der Zivilrechtspflege nicht behindert. Dabei vertrete ich die Auffassung, daß das Gewirr der Meinungen nicht auf der intellektuellen Unzulänglichkeit der Bereicherungs-Theoretiker beruht, sondern die Vergeblichkeit dokumentiert, die Ergebnisse der Konkurrenz von Privateigentümern nach Kriterien materieller Richtigkeit, gewissermaßen *ex ante*, zu bewerten.

Das heißt nicht, daß die juristische Diskussion irrational oder sinnlos sei; ihr Sinn

¹ Vgl. nur Koppensteiner/Krammer, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, 1973, S. 20; Joerges, *Bereicherungsrecht als Wirtschaftsrecht*, 1977, S. 7.

² Vgl. etwa Alpmann/Raddatz, *Schuldrecht Besonderer Teil, Heft 3: Bereicherungsrecht*, 1976.

³ Mit dieser Formulierung wird dokumentiert, daß hier kein Beitrag zur inzwischen raffinierteren Rechtausschenforschung geplant ist. Mitgliedern dieser Abteilung wird es gelingen, meine Aussage zu variieren.

erschließt sich m. E. jedoch erst aus dem – in der zivilistischen Tradition künstlich zerrissenen – Zusammenhang des materiellen zum Verfahrensrecht: Die von Luhmann analysierte Funktion des Verfahrens, soziale Konflikte zu individualisieren, um (unterlegene) Verfahrensbeteiligte als »Querulanten« isolieren zu können⁴, erhält durch die ernste Debatte um »richtige« Lösungen des materiellen Rechts die für Legitimation unabdingbare Seriosität.

Von diesem Ansatz her lässt sich im übrigen die Verwunderung darüber auflösen, daß die bis vor einigen Jahren Furore machende »Krise der Dogmatik« so sang- und klanglos von der Hochkonjunktur neuer Lehrbücher, Grundrisse, Case-books, Schwerpunkte, Einführungen, Repetitorien aufgesogen worden ist: Die Krise besteht nicht erst seit der »Existenz von Marktmacht« – wie häufig vermutet wird –, sondern sie ist von vornherein die Normalität einer Dogmatik, die materiell »richtiges Recht« anstrebt.

Der Absicht dieser Studie entsprechend greife ich die Bruchstellen des Kondiktionsrechts heraus:

- den Versuch, die einheitliche Grundlage des § 812 BGB in ein Netz voneinander unabhängiger Ansprüche aufzugliedern, wobei jeweils eigenständige Wertungssysteme entworfen werden, die sich vergeblich mühen, vom »quasi-contractlichen« Charakter Abstand zu nehmen – vergeblich nicht, weil im Bereicherungsrecht auch noch Grundsätze der Privatautonomie wirksam wären, sondern weil Bereicherungsrecht *und* Vertragsrecht unter Verkennung der ökonomischen Struktur als Hort der Willensfreiheit angesehen worden sind (II);
- den Versuch, den Begriff des Werts (§ 818 Abs. 2 BGB) hermeneutisch zu füllen angesichts einer Waren-Zirkulation, die nur über Preise verfügt und den Wert dementsprechend nur als alternativen Preis definieren kann (III);
- den Versuch, durch materiale Wertungen Lösungen zu legitimieren, für die der Gesetzesinhalt keine Anhaltspunkte liefert (IV).

II. Die Setzung von Anspruchsvoraussetzungen

Die §§ 812 ff BGB sind selbstverständlich nicht vollständig als »Mysterien«-Spiel zu verstehen: Wo die Folgen eines Eigentums-Überganges trotz nichtigen obligatorischen Zwei-Parteien-Vertrages rückgängig gemacht werden sollen, kommt der Subsumierer mit der »Positivität« des § 812 ebensogut aus wie er mit den §§ 816/822 zurechtkommt, um die Mehr-Parteien-Beziehungen im Gefolge gurgläubigen Erwerbs zu erfassen; selbst das Zusammenspiel von § 935 und § 185 BGB macht nur wenig Schwierigkeiten⁵.

Die Komplikationen beginnen, wo die Technizität von Rückabwicklungsverhältnissen zugunsten pragmatischer oder materieller Lösungen aufgegeben wird. Nicht nur wo das positive Recht keine klaren Anweisungen enthält, greifen die Lösungsversuche auf Wertungs-Kriterien zurück: Da der Streit um »richtiges Bereicherungsrecht« bereits im 19. Jahrhundert heftig loderte, kann die positivrechtliche Formulierung als eine Episode in der Auseinandersetzung gelten und entsprechend schnell beiseite geschoben werden: (Gesetzgebungs-)Geschichte und Wortlaut der §§ 812 ff BGB gelten nicht viel: Bereits 1909 schlug Fritz Schulz in seiner bis heute einflußreichen

⁴ Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 1969, S. 118.

⁵ Vgl. etwa Palandt-Thomas, Bürgerliches Gesetzbuch, 39. Aufl. 1980, § 816 Anm. 2c.

Arbeit eine weite Auslegungs- und Analogien-Praxis vor, in deren Gefolge §§ 812 ff neu gelesen werden sollten⁶.

119

Dieser – methodologische – Befund kann als einende Klammer für die Auslegung des § 812 gelten: Unabhängig davon, ob man von einem einheitlichen Bereicherungsanspruch ausgeht und so eher dem Wortlaut des § 812 folgt⁷ oder ob man aus dem dünnen Wortlaut ein fein ziseliertes Geäst der verschiedensten Anspruchsgeschäftsgrundlagen aufbaut, um für Leistungs-, Eingriffs-, Verwendungs-, Rückgriffskonditionen verschiedene ›Rationalitäten‹ herauszuarbeiten⁸ – unter keinen Umständen kommt die Diskussion um Wertungen und Legitimations-Erklärungen herum.

Die Darstellung dieser Problematik nimmt die Unterscheidung nach Kondiktionsuntergruppen hin, obwohl die Differenzierungen mir inhaltlich wenig gerechtfertigt erscheinen: Die Probleme unterscheiden sich nicht fundamental, insbesondere sind Leistungs-, Eingriffs-, Rückgriffs- und Verwendungskonditionen fester ans Vertragsrecht (und dies an jene) gekoppelt, als die häufigen Appelle zur Abtrennung vermuten lassen. Im folgenden wird auch deutlich werden, daß ich keinen historischen Prozeß der Abspaltung des Bereicherungsrechts vom Vertragsrecht erkennen kann, sondern daß beide Gebiete ähnlichen Entwicklungen unterworfen sind, die bloßlegen, daß die überlieferte Grundannahme von der Realisierung freien Willens im Privatrecht – d. h. im Bereicherungs- wie im Vertragsrecht – von vornherein nicht der ökonomischen Struktur von Warenproduktion und -tausch entsprach, also Privatrecht auch niemals einseitig als ›Formalrecht‹ existierte⁹.

a) Wertungen bei der ›Leistungskondition‹

Für die problematischen Fälle der Bereicherung ›durch Leistung eines anderen‹ (§ 812 Abs. 1 Satz 1) – die Dreiecks-Konstellationen besonders des privaten Bau- und Bankrechts – hat Canaris überzeugend nachgewiesen, daß Begriffsinterpretationen nur scheinbar auf Wertungen verzichten. Nachdem im Laufe der letzten Jahrzehnte über eine Reihe anderer Begriffsbildungen sich nun in der Interpretation eines ›modernen Leistungsbegriffs‹, der als ›bewußte und zweckgerichtete Vermögensvermehrung präzisiert war¹⁰, eine einigermaßen gesicherte h. L. etabliert zu haben schien, hat Canaris eben dieser Begriffsbildung vorgehalten, sie lege zunächst in den Leistungsbegriff hinein, was sie dann aus ihm herauszuholen versuche¹¹, ein Vorwurf, dem bisher nur ›pragmatisch‹ begegnet worden ist¹². Canaris hat, nachdem jede begriffliche Interpretation sich als untauglich erwiesen hat, den Vorschlag gemacht, die Wertungen offenzulegen, die sich hinter der Begriffsinterpretation lediglich verbergen. Er hat – neben der Zuordnung von Einwendungen – besonders die Verteilung des Konkursrisikos herausgehoben und die Auffassung vertreten, daß

⁶ Schulz, System der Rechte auf den Eingriffserwerb, AcP 105 (1909), S. 1 ff.

⁷ Dafür plädieren etwa Koppensteiner/Kramer (FN 1), S. 193 ff.

⁸ So inzwischen die ganz h. M., vgl. etwa Wilburg, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht, 1934, S. 14 ff.; v. Caemmerer, Bereicherung und unerlaubte Handlung (1954), zitiert nach: v. Caemmerer, Gesammelte Schriften I, 1968, S. 209 ff.; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Besonderer Teil, 11. Aufl. 1977, S. 466 ff.; Esser-Weyers, Schuldrechti, Band II, Besonderer Teil, Teilband 2, 5. Aufl. 1979, S. 29 ff.; Joerges (FN 1) S. 62.

⁹ Insofern besteht eine Differenz zur Einschätzung der Veränderung des Zivilrechts, wie sie Voegeli fürs Deliktsrecht in diesem Heft vornimmt.

¹⁰ Vgl. etwa Koppensteiner/Kramer (FN 1) S. 25; Larenz (FN 8) S. 467.

¹¹ Canaris, Der Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis, Festschrift für Larenz, 1973, S. 799 ff.

¹² Esser-Weyers (FN 8) S. 38 ff.

dieses in die Sphäre der jeweiligen frei und eigenverantwortlich handelnden Vertragspartner zu plazieren sei. Aus dieser wertenden Abwägung ergebe sich eine angemessene Lösung der Dreiecks-Konstellationen¹³. Der Beitrag von Canaris bezeichnet m. E. die Grenze, bis zu der juristische Dogmatik vorzustoßen vermag. Gleichzeitig bezeichnet sie die Begrenztheit eines zur Begründung von gerechten Lösungen auf Wertungsgesichtspunkte zurückgreifenden Obligationsrechts. Canaris muß am Axiom privatautonomer Eigenverantwortlichkeit festhalten, obwohl die wechselseitige ökonomische Abhängigkeit in den Dreieckskonstellationen gut zum Ausdruck kommt: In einem Konkurs manifestiert sich nicht individuelles Fehlverhalten individueller Vertragspartner, sondern der Zusammenbruch vielfältiger Beziehungen von Lieferanten, Abnehmern, Kreditgebern und -nehmern in einer durch konjunkturelle und strukturelle Unsicherheit gekennzeichneten Ökonomie. In einem »Baukonkurs«¹⁴ sind Bauherr, Baustofflieferant, Bauträger, Bauunternehmer, aber auch der Staat und Kreditinstitute insgesamt verwickelt, und nichts anderes gilt für die Bankanweisungsfälle¹⁵. Die konkrete – und häufig ganz zufällige – Vertragsbeziehung zur Anknüpfung der Risikozuschreibung zu machen, vernachlässigt diese enge Verknüpfung und konstruiert künstlich individuelle (Eigen-)Verantwortlichkeiten, wo soziale Abhängigkeiten vorliegen, die im übrigen weit über die Dreiecks-Beziehungen hinausragen. Die theoretische Aussage von der Unzulänglichkeit der Konkurstheorien als »Bestrafung für individuelles betriebswirtschaftliches Fehlverhalten¹⁶ ist inzwischen empirisch gut belegt¹⁷, so daß Wertungen, die auf diesen Theorien aufbauend individuelle (Bereicherungs-)Risiken verteilen, nicht nur im Ergebnis nicht viel weiter reichen als Versuche, über den Leistungsbegriff Zweier-Beziehungen aus Vielfach-Beziehungen zu isolieren.

b) Wertungen bei der Bereicherung, in sonstiger Weise.

Für »Eingriffs-«, »Verwendungs-« und »Rückgriffs-Konditionen gilt die Notwendigkeit von Wertungen ebenfalls, wegen der unpräzisen Fassung des § 812 und des weiten Anwendungsfeldes für diesen Bereich in noch stärkerem Maße. Obwohl stets versichert wird, es handele sich bei den §§ 812 ff nicht um ein »Recht höherer Ordnung« oder um allgemeines Billigkeitsrecht¹⁸, greifen Rechtsprechung und Lehre doch immer wieder auf Billigkeitserwägungen, Treu und Glauben und ähnliche offene Wertungen zurück. Das Stichwort hat bereits der »Gleisanlagen«-Fall des Reichsgerichts¹⁹ geliefert, wo unter »Billigkeitserwägungen« ein Bereicherungsanspruch zugesprochen worden war, wenn der Bereicherter bei »ordnungsgemäßem Vorgehen« sich auf einen entgeltlichen Vertrag hätte einlassen müssen. Im Taxi-Parkplatz-Fall²⁰ akzentuiert sich diese Auffassung: Der Eigentümer eines Bahnhofsvorplatzes hatte von den dort regelmäßig parkenden Taxiunternehmern eine Vergütung haben wollen und ein entsprechendes Vertragsangebot gemacht. Nachdem die Taxiunternehmer das Angebot abgelehnt hatten, klagte der Eigentümer die im Vertragsangebot vorgeschlagene Summe als Anspruch aus § 812 ein. Der

¹³ Canaris (FN 11) S. 802 ff./850 ff.

¹⁴ Vgl. etwa die Fallkonstellation in BGHZ 56, 228.

¹⁵ Vgl. etwa die Fallkonstellation in BGHZ 67, 75.

¹⁶ Ausführlich Knieper, Konkurs und Sanierung, BB 1977, 622.

¹⁷ Gessner u. a., Die Praxis der Konkursabwicklung in der Bundesrepublik Deutschland, 1978, bes. S. 522 ff.

^{17a} Vgl. etwa v. Caemmerer (FN 8) S. 215.

¹⁸ RGZ 97, 310.

¹⁹ BGHZ 20, 270.

BGH erkannte die Summe in voller Höhe an, da »bei ordnungsgemäßem Vorgehen eine Entschädigung hätte bezahlt werden müssen«. In dieser Begründung deutet sich an, daß der Billigkeitsgesichtspunkt aus der Weigerung, einen Vertrag abzuschließen, abgeleitet wird. Vom Ergebnis her fehlt zur anderen »Parkplatz«-Entscheidung des BGH²⁰, wo trotz ausdrücklich gegenteiliger Erklärung eines Parkplatzbenutzers gegenüber dem Vertreter des Parkplatzeigentümers aus »sozialtypischem Verhalten« ein Vertrag abgeleitet worden war, jeder Unterschied. Aber auch die Begründung operiert in beiden Fällen mit Vertragselementen, so daß die Hoffnung, die Lehre vom faktischen Vertrag durch eine stärkere Betonung des Bereicherungsrechts überflüssig machen zu können, nicht abwegig ist, wohl aber die Hoffnung, mittels dieses Konstruktionstricks die Reinheit der Privatautonomie zu erhalten²¹.

Steckt man das Argumentationsfeld genauer ab, so ergibt sich, daß die Differenzen zwischen (faktischem) Vertrag, Leistungskondiktion und Eingriffskondiktion von ihren theoretischen Begründungen her außerordentlich gering sind, so daß das Beharren auf strikter Differenzierung der verschiedenen Kondiktionsarten auf den ersten Blick zweifelhaft scheint. Darauf wird zurückzukommen sein. Woher aber nehmen die Entscheidungen ihre Kriterien für Billigkeit? Warum ist es »mit Recht und Billigkeit nicht zu vereinbaren«, wenn jemand ein Produkt herstellt, das auch ein Konkurrent herstellt, dem ein Gebrauchsmusterrecht eingeräumt worden war, um vor Konkurrenz während der Schutzperiode gesichert zu sein²², wenn jemand Modeneuheiten imitiert²³, wenn ein Taxi sich unentgeltlich auf dem Bahnhofsvorplatz aufhält, wenn eine Gleisanlage ohne Entgelterhöhung intensiver als ursprünglich angenommen genutzt wird? Sicherlich handelt es sich jeweils um Konstellationen, in denen der Bereicherter, hätte er sich auf Vertragsverhandlungen eingelassen, ohne vertragliche Entgeltsverpflichtung nicht davongekommen wäre. Aber ein solcher Vertragsschluß liegt nun gerade nicht vor, in einigen Fällen weigerte sich der Bereicherter sogar ausdrücklich, ein Entgelt zu zahlen. Die Begründung der Billigkeit mit dem Argument, ein ordnungsgemäß Handelnder hätte sich auf einen Vertragsschluß einlassen müssen, widerspricht deshalb ebenso dem Grundsatz des Respekts des »freien Willens« und der Privatautonomie, der in der herrschenden Rechtsprechung und Lehre neben dem Bereicherungsanspruch verteidigt wird, wie die Rechtsprechung zum faktischen Vertrag, die sich aber praktisch trotz solchen Widerspruchs hält.

Nun läßt sich nicht leugnen, daß es mir in meinen menschlichen Momenten auch anständig vorkommt, daß der Modeneuheitenimitator, der den Bahnhofsvorplatz zur Geschäftsanbahnung ausnutzende Taxifahrer, der ein fremdes Gebrauchsmuster zum eigenen Vorteil Nutzende zur Kasse gebeten werden. Wenn ich aber diesem Instinkt nachgebe, wenn ich meine privaten Anstandsvorstellungen auf juristische Fallösung überfließen lasse, dann beginne ich Bereicherungsansprüche zu konstruieren, wo sie niemand für gegeben hält: Dann meine ich, es sei anständig, wenn ein Gastwirt, der vom Zustrom neuer Gäste profitiert, weil der Blitz den einzigen Konkurrenzgasthof am Ort getroffen hat, seinen ehemaligen und jetzt verarmten Konkurrenten am Gewinn beteiligen sollte, desgleichen ein Unternehmer, der mit einer großangelegten Werbekampagne 50% der Kunden seines Konkurrenten zu

²⁰ BGHZ 21, 319.

²¹ In diesem Sinne aber Mesmäcker, Eingriffserwerb und Rechtsverletzung in der ungerechtfertigten Bereicherung (1958), zitiert nach: Mesmäcker, Recht und ökonomisches Gesetz, 1978, S. 451 ff.

²² BGHZ 68, 90/99.

²³ Tatsächlich hält der BGH einen Anspruch gegen den Imitator von »Modeneuheiten« für gegeben: BGHZ 60, 168.

sich herüberzieht, desgleichen ein Verkäufer, der mit überlegenem Verhandlungsgeschick einen besonders günstigen Preis für sich herauhandelt²⁴. An diesen Beispielen wird deutlich, daß Anständigkeitsgefühle vom rechten Wege abbringen: Verhandlungs-, Werbungs- und Durchsetzungsgeschick, eingesetzt, um eigenes Vermögen zu mehren, gehört ja gerade zu den Tugenden des Geschäftsmannes, wie sollten darauf aufgebaute Bereicherungen auf den Sand der §§ 812 ff. gebaut sein: »Bereicherungen des einen auf Kosten des anderen ereignen sich ständig und allenthalben«²⁵ – in der Tat: Dieser Satz ist nur die rechtstatsachenmäßig formulierte Variante des Schlachtrufs der nach-revolutionären französischen Restauration, des »Bereichert Euch!«, der über das revolutionäre »Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit« den Sieg davongetragen hat.

Als Nebenbemerkung gegenüber einem großen Wort sei der Hinweis gestattet, daß der Schlachtruf nicht hieß: »Bereichert Euch im Rahmen der Kondiktionsregeln!«. Daß es sich dabei nicht nur um eine Auslassung aus Effektründen handelt, wird bereits an der oberflächlichen Beobachtung deutlich, daß Menschen in unserer Gesellschaft hohes Ansehen genießen, die (oder deren – euphemistisch – Vorfahren) ihr Vermögen zusammengegauert, – gemordet, –geraubt oder -geheiratet haben, also keineswegs als »Leistende im Leistungswettbewerb«. Im volkstümlichen Respekt, der solchen Menschen entgegengebracht wird und der sie nicht selten in hohe Regierungämter trägt, dokumentiert sich wohl nicht nur Dummheit, sondern die weise Einsicht, daß es mit derartigem Vermögen nur abgestuft anders bestellt ist als mit dem im »Leistungswettbewerb« Erworbenem: Bereicherung der einen, wenigen auf Kosten der anderen, vielen findet allemal statt.

V. Caemmerer hat diesen Tatbestand an einem Beispiel aus der Welt des Handwerks erläutert, es sei »klar«, daß die Leistung eines abhängig beschäftigten Glaserlehrlings »eine Leistung des Glasers ist, der über die Arbeitsleistung, die er von seinem Lehrling zu fordern hat, natürlich disponieren kann«²⁶ – Naturrecht!

Nachdem auf diese Weise eine eherne Regel für »die Verteilung neu produzierter Werte«²⁷ besteht, findet die Frage nach dem Ausgleich von Bereicherungen quasi eine Etage höher statt, und obwohl Zweifel an der Tauglichkeit der Anständigkeit bei der Lösung bürgerlich-rechtlicher Streitigkeiten geäußert worden sind, beharrt der BGH darauf, daß es in dieser Etage Anstand und Sitten gibt. Nehmen wir, um die Tragfähigkeit dieser Auffassung zu prüfen, den unlängst entschiedenen »Gebrauchsmuster«-Fall auf²⁸. Der Fall ist bereits deswegen interessant, weil mit ihm eine Rechtsprechungs-Umkehr vollzogen wurde, eine Art Kapitulation des BGH vor einer überwältigenden – in Steigerung zu herrschenden – Literaturmeinung. Die Entscheidung nimmt denn auch eher Zuflucht zum ausführlichen Zitat dieser Literatur als eine eigene Begründung vorzutragen. Diese fällt lapidar mit dem Satz aus, daß es eben »mit Recht und Billigkeit nicht zu vereinbaren (sei), daß der Schutzrechtsverletzer unangefochten behalten soll, was er durch eine widerrechtliche (nicht schuldhafte – R. K.) Verletzungshandlung erlangt hat«.

Damit ist nicht nur eine Billigkeits- und Anstandsregel positiv definiert, sondern zugleich gesagt, daß die RG- und BGH-Richter, welche die Gegenmeinung vertreten, von Billigkeit und Anstand keine korrekte Vorstellung hatten. Ehe wir ein solches Verdikt unterstützen, wollen wir annehmen, daß die Kriterien für Billigkeit und Anstand nicht einfach zu entwickeln sind. Die jetzt überholte Auffassung hatte sich im wesentlichen auf zwei Überlegungen gestützt. Zum einen schloß sie aus der Existenz der gegenüber § 823 BGB sondergesetzlichen Schadensersatzregelung in

²⁴ Diesen Fall diskutiert schon v. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, 5. Band, 1841, S. 516.

²⁵ Esser-Weyers (FN 8) S. 29.

²⁶ v. Caemmerer (FN 8) S. 227 f.

²⁷ Joerges (FN 1) S. 23.

²⁸ BGHZ 68, 90.

§ 15 GebrMG, die Verschulden als Anspruchsvoraussetzung enthält, daß Ansprüche aus dem BGB, also auch aus Bereicherungsrecht, im Wege der Spezialkonkurrenz ausgeschlossen sein sollten. Zum anderen gewähre der Staat mit Gebrauchsmustern begrenzte Rechte und konstruiere Güter, die – wie es Kohler für Immaterialgüterrechte und insgesamt ausgedrückt hatte – »doch der Allgemeinheit zustreben« und deren Ausgleichung die »Lebensumstände unnötig verbittern« müßten²⁹. Endlich wurde »befürchtet, der Patentinhaber (wo die Rechtslage identisch ist – R. K.) könne mit dem Bereicherungsanspruch Mißbrauch treiben, indem er ruhig zusehe, wie ein anderer aus seiner Erfindung Gewinn ziehe, den er alsdann beanspruche«³⁰.

Wieder verfährt offensichtlich das Argument von Wortlaut und Gesetzesystematik wenig, obwohl es im Patentrecht durch die Gesetzgebungsgeschichte unterstützt wird: Die Reichstagskommission für das Patentgesetz hatte, wie Schulz in seinem Plädoyer für die Anwendung des § 812 erwähnt³¹, sich ausdrücklich gegen die Zulassung von Bereicherungsansprüchen ausgesprochen. Entgegen allen Subsumtionsrezepten findet die Auseinandersetzung wesentlich auf der Ebene von Wertungen statt. Schulz, der als eigentlicher Begründer der Lehre vom Bereicherungsanspruch bei Immaterialgüterrechten gelten kann, fand es »unerhört«³² und dem »Rechtsgefühl«³³ widersprechend, den Anspruch zu versagen. Er hat vorgeschlagen, § 812 *de lege lata* neu zu schreiben und an jeden »Eingriff in ein subjektives Privatrecht . . ., das der Betroffene sich nicht gefallen zu lassen braucht«, an rechtswidriges Handeln also, Bereicherungsansprüche zu knüpfen³⁴. Diese Auffassung geht weit. Sie schützt nicht nur die Monopolstellung des Patents, des Gebrauchsmusters, des Geschmacksmusters, des urheberrechtlich geschützten Werkes, des Warenzeichens, sondern auch den Träger des Persönlichkeitsrechts sowie des »Rechts auf ungestörten Gewerbebetrieb, ein Recht, durch Betrieb des Gewerbes ein Einkommen zu erwerben«. Dieses von Schulz frei definierte Recht, das durch das UWG geschützt sei, gehört »in die Nähe der Aneignungsrechte«³⁵. Damit sollen Vermögenspositionen individuell zugerechnet und zementiert und statische Besitzstände aus der Konkurrenz herausgeholt werden, wie es sich kaum noch mit der »Kampf ordnung des Wettbewerbs«³⁶, die von der Enteignung der Eigentümer durch gerissenere und mächtigere Eigentümer, von der Verfolgung des »privaten Lasters zur Herstellung des öffentlichen Wohls« (Mandeville) lebt, vereinbaren lässt. Dementsprechend ist – wesentlich durch Wilburg³⁷ und v. Caemmerer³⁸ – mit der Lehre von der Güterzuordnung versucht worden, an die Stelle einer Handlungsbeurteilung die Bewertung von Vermögenszuständen zu setzen: »Das Interesse des Eingreifens an freier gewerblicher Betätigung ist von prinzipiell gleichem Rang wie das des Rechteinhabers«³⁹. Es ist gebilligt und gerechtfertigt, »Marktpositionen und Gewinne auf Kosten anderer Marktteilnehmer zu erlangen«⁴⁰. Nur wo »absolute

²⁹ Kohler, zitiert nach Schulz (FN 6) S. 80.

³⁰ So referiert BGHZ 68, 90/99.

³¹ Schulz (FN 6) S. 80.

³² Schulz (FN 6) S. 73.

³³ Schulz (FN 6) S. 83.

³⁴ Schulz (FN 6), S. 433; in seinem Gefolge Jacobs, *Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung*, 1964, bes. S. 52 ff.

³⁵ Schulz (FN 6) S. 220; Jacobs (FN 34) S. 104 ff.

³⁶ Mestmäcker (FN 21) S. 467.

³⁷ Wilburg (FN 8).

³⁸ v. Caemmerer (FN 8).

³⁹ Mestmäcker (FN 21) S. 456.

⁴⁰ Esser-Weyers (FN 8) S. 68.

Rechte und absolut geschützte Interessen“⁴¹ verletzt sind, sollen Ansprüche aus § 812 gegeben sein. Der »rein sachliche Zweck des verkürzten Rechtes, bestimmte Güter und deren Nutzen dem Berechtigten zuzuweisen, scheint das Geheimnis der Ungerechtfertigkeit fremden Erwerbes zu sein«⁴². Trotz der ausgedehnten Debatte ist dieses Geheimnis nicht gelüftet, und obwohl bereits Wilburg den Hinweis auf »Billigkeit und Gerechtigkeit« angesichts seiner Verfeinerungen des Wissensstandes als »ausgediente Helfer« abtun wollte⁴³, kehrt der BGH im »Gebrauchsmuster«-Fall trotz seiner generellen Zustimmung zur Zuordnungsgehaltslehre genau dahin zurück, wenn er es ebenso empört wie Schulz für unmöglich hält, daß jemand etwas rechtswidrig Erworbenes behalten können soll.

Diese Entscheidung im Einzelfall trifft sich nun trotz der unterschiedlichen theoretischen Ausgangsposition mit den Verfechtern der Lehre vom »Zuordnungsgehalt«. Obwohl für Konkurrenz, insbesondere in der Form der Leistungskonkurrenz, Raum offen gehalten werden soll, steht diese Lehre seit Wilburg auf dem Standpunkt, Schulz habe jedenfalls Recht, wenn er bei vertragsloser Nutzung fremder Immaterialgüterrechte Bereicherungsansprüche einräume⁴⁴. Auch die Akzentuierung dieser Lehre im Sinne des Ordo-Liberalismus beklagt dieses Ergebnis nicht. Nachdem der Kampf gegen die Einräumung von Monopolstellungen durch Immaterialgüterrechte einmal aufgegeben ist, ja nachdem die sonst als leistungshemmend angegriffene Monopolstellung auf wunderbare Weise als »Ermunterung der Unternehmen zur Verbesserung der Leistungen« qualifiziert ist⁴⁵, fällt der Anschluß an die Lehre von der extensivsten Interpretation und Nutzbarkeit dieser Monopolstellungen leicht; die Warnung vor der ›Vertragsfalle‹ hat bei Mestmäcker keine prinzipielle Bedeutung mehr, sie wird nicht als Grund zur Ablehnung von Ansprüchen ausgesprochen, sondern wesentlich nur noch als Kriterium zur Unterscheidung von vertraglichen und Bereicherungsansprüchen⁴⁶. Lediglich in Randbereichen wird das Interesse »an freier gewerblicher Betätigung« (Mestmäcker) geschützt: so etwa bei der Nutzung von fremden Warenzeichen, beim Eingriff in Persönlichkeitsrechte oder den eingerichteten Gewerbebetrieb⁴⁷.

c) Wertungen beim konstruierten Wegfall der Entreicherung

Wer einen Bereicherungsanspruch bei der Inanspruchnahme von gewerblichen Schutzrechten oder von Dienstleistungen zusprechen will, steht vor der Schwierigkeit, daß eine Vermögensübertragung häufig nicht vorliegt: Der Vermögensmehrung stehen Vermögensminderungen nicht gegenüber. Seit der Arbeit von Schulz, die bedenkenlos vom Ergebnis diktiert war, den gewerblichen Rechtsschutz vollständig ins Zivilrecht zu integrieren, ist die Tatsache häufig fehlender Entreicherung mit der ›normativen Kraft des Faktischen‹ als Auslegungsmodalität – wenn auch gegen anhaltenden Widerstand –⁴⁸ dogmatisch fixiert: Inzwischen genügt die Meta-

41 Wilburg (FN 8) S. 46; ähnlich v. Caemmerer (FN 8) S. 228 ff.; vgl. auch Burgbacher, Warenzeichenlizenzzusage im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1971, S. 61 ff.

42 Wilburg (FN 8) S. 27.

43 Wilburg (FN 8) S. 18 f.

44 Wilburg (FN 8) S. 40 ff.; v. Caemmerer (FN 8), S. 230 ff.

45 Steindorff, Einführung in das Wirtschaftsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1977, S. 88; ebenso Mestmäcker (FN 21) S. 460.

46 Mestmäcker (FN 21) S. 459 ff.

47 Mestmäcker (FN 21) S. 463.

48 Vgl. z. B. J. Wilhelm, Das Merkmal »auf Kosten« als notwendiges Kriterium der Leistungskondition, JuS 1973, 1 ff.

pfer, daß es um »Bereichungsrecht, nicht Entreicherungsrecht«⁴⁹ gehe, um die Schwierigkeit zu überwinden, daß der Wortlaut des § 812 mit dem Merkmal »auf Kosten« durchaus auf die Vermögenslage des Berechtigten abstellt. Wo argumentiert wird, spielt die Gesetzesgeschichte eine ungewöhnlich wichtige Rolle: Daß es nicht – wie ursprünglich vorgesehen – »aus dem Vermögen«, sondern – schwächer – »auf Kosten« heißt, gilt als Beleg zugunsten des Esserschen Merkspruchs und als Grund, auch das »auf Kosten« mit für überflüssig zu erklären⁵⁰.

Diese Auslegung *contra legem* schützt den Eigentümer, den In-Haber, den durch das Monopol der gewerblichen Schutzrechte Begünstigten. Sie ist damit durch ein bei Juristen verbreitetes »Rechtsgefühl«⁵¹ geleitet, die Statik des Eigentumsschutzes, des »wohlerworbenen Rechtes« gegen die strukturelle Unsicherheit der Markökonomie zu verteidigen. Wie fragwürdig dieses »Rechtsgefühl« und der in ihm aufgehobene Interessenschutz ist, zeigt sich daran, daß auf der Grundlage von Keynes' theoretischen Überlegungen⁵² leicht ein alternatives »Rechtsgefühl« aufgebaut werden könnte. Wenn Veranlassung und Neigung zur Investition zu den ebenso zentralen wie nicht-selbstverständlichen Aktivitäten in einer durch Unsicherheit gekennzeichneten Gesellschaft gehören⁵³, dann ist es angemessen, auch juristische Gefühle für den »Aktiven«, den Investierenden, den Handelnden zu entwickeln und sie vom Eigentümer abzuziehen. Dieses »Gefühl« hätte allen Anlaß, auf der Entreicherung zu beharren (und sich so im Einklang mit der Gesetzesformulierung zu verhalten), d. h. die Frage zu prüfen, ob der Rechtsinhaber selbst gehandelt und einen Vermögensvorteil erzielt hätte, wenn ihm der Anspruchsgegner nicht vorgekommen wäre. Der Rechtsgefühlssatz, daß der Verletzte nicht zu belegen brauche, er selbst habe sein Recht gewinnbringend nutzen können, erweist sich in dieser Sicht als nicht nur durch den Wortlaut nicht gedeckt, sondern auch als wirtschaftspolitisch irregleiter.

Entsprechend und wiederum im Einklang mit dem positiven Recht erschiene es im Anschluß an Keynes angemessen, die Beschränkungen der Ersatzansprüche bei der Inanspruchnahme fremder gewerblicher Schutzrechte ernst zu nehmen und restriktiv zu interpretieren. Wie Schulz es für verschwenderisch gehalten hatte, die unter Verletzung von Patentschutz hergestellten Gegenstände zu vernichten (wie es 1909 noch in einigen Gesetzgebungen vorgesehen war) und stattdessen vorschlug, einen Gewinnherausgabeanspruch an die Stelle zu setzen⁵⁴, so verschwenderisch muß es den Keynesianern erscheinen, dem Inhaber einen Gewinn in Form einer Art Monopolrente zuzuschanzen, bloß weil er Inhaber ist und obwohl er nicht inve-

49 Esser-Weyers (FN 8), S. 74.

50 Vgl. etwa Beuthien in Studienkommentar zum BGB, 2. Aufl. 1979, § 812 Anm. 14; Schulz (FN 6) (z. B. S. 478) hatte noch offener von einer neuen Lesart des § 812 gesprochen.

51 So in diesem Zusammenhang deutlich Schulz (FN 6) S. 83.

52 Wesentlich niedergelegt in J. M. Keynes, Allgemeine Theorie der Beschäftigung, des Zinses und des Geldes; das Werk stammt von 1936, muß also nicht erst noch für Juristen bekanntgemacht werden. Keynes war nun weder der Meinung, daß sich seine Vorstellungen in der Konkurrenz der Privateigentümer von Geld und Kapital, d. h. ohne staatlichen Befehl, durchsetzen lasse, noch daß damit Kriterien für einen »richtigen« gesellschaftlichen Zusammenhang vorlägen. Bescheiden formulierte er, daß er die Luxusausgabe für immerhin weniger schädlich halte als die Rüstungsausgabe (S. 110). Er hatte seinen aktuellen politischen Beitrag an die Aufrüstungsmilitärs, -politiker, -industriellen des Jahres 1936 gerichtet. Das Jahr 1980 bietet allen Anlaß, in resigniertem Entsetzen die Hoffnungen Keynes' erneut als naiv zu kennzeichnen: Nachdem in den letzten Jahren Geld in das unproduktive und investitionsbremende Halten von Gold und anderen »Sachwerten« gesteckt worden ist, scheint sich im Januar 1980 der Trend umzukehren: die selbstheilenden Kräfte des Marktes haben geschafft, daß aus dem Gold wieder in investive Anlagen umgestiegen wird – bevorzugter Anlagewert sind die Papiere der Rüstungsindustrie: Das alte Rezept kapitalistischer Vollbeschäftigungspolitik und anschließender Massenvernichtung bleibt in Ebren.

53 Keynes (FN 52) S. 114 ff.

54 Schulz (FN 6) S. 49 ff.

stiert hat. Dementsprechend wäre es im Anschluß an die ältere Lehre und Rechtsprechung ›billig‹, bei schuldlosen Patent-, Gebrauchsmuster- und sonstigen Immaterialgüterrechtsverletzungen einen Bereicherungsanspruch abzulehnen. Die Ordo-Liberalen, denen an sich schon die Gewährung von solchen Schutzrechten suspekt sein sollte, könnten sich hier ausnahmsweise einmal mit den Keynesianern zusammen und nicht – im Zurückschrecken vor einer massiven juristischen Lehrmeinung – sich mit Randkorrekturen etwa des Warenzeichenrechts begnügen, sondern das investitionsfeindliche Bereicherungsanspruchs-Netz im gewerblichen Rechtsschutz insgesamt zerreißen.

Auf dieser Linie läge es endlich, den Inhalt des § 818 Abs. 3 ernst zu nehmen und ›Luxus‹-Bereicherungen vollständig von der Ausgleichspflicht auszunehmen, d. h. nicht der etwa im Flugreise-Fall vom BGH vorgezeichneten Richtung einer restriktiven Interpretation zu folgen.

III. Die Anspruchshöhe als Preis-Frage

Die Diskussion um die Anspruchsvoraussetzungen hat die Vergeblichkeit dokumentiert, die in der Konkurrenz zufließenden Vermögensvorteile nach Kriterien materialer Richtigkeit individuell zuzuordnen. An diesem Ergebnis ändern auch die wirtschaftspolitischen und interessengeleiteten Fundierungen von Rechtsgefühlen nichts: Die Vermögensverteilung verschließt sich einer Charakterisierung nach ›Richtigkeit‹.

Dieses strukturelle Dilemma setzt sich fort, wenn es um den Umfang des Herauszugebenden geht, sobald dieses nicht in der Rückerstattung eines körperlichen Gegenstandes besteht. Bei der Interpretation des § 816 erhält die Glätte des Dogmatik-Bestandes ihre erste Fraktur, die sich bei §§ 818 Abs. 2/812 zum tiefen Bruch erweitert. Während für § 816 die Meinung, der erzielte Preis sei herauszugeben, noch mit dem Hinweis auf die Formulierung – das ›Erlangte‹ – herrschen kann und so die Faktizität von Preisen als einziger Indikator für Nützlichkeit hinnimmt, zwingt die Formulierung des § 818 zur Auseinandersetzung mit dem Begriff ›Wert‹. Der Dreiklang ›objektiv – subjektiv – vermittelnd‹ als Interpretationsmuster muß sich hier schaudernd zurückziehen angesichts einer Gesellschaft, die schon das Nachdenken über die Entstehung und Produktion objektiver Werte mit dem Geruch des Umstürzlerischen belegt. Das Schaudern zeigt Wirkung. Dankbar ist – bei allen sonstigen Unstimmigkeiten – die bündige Aussage von Schulz angenommen worden, es sei »unmöglich, den Ertrag auf die Ertragsfaktoren ursächlich zurückzuführen«, sowie seine Formulierung der Übernahme der Grenznutzentheorie, die jede »Zurechnungsidee . . . ökonomisch unhaltbar« findet, »weil sie die Wertschätzung der Konsumenten als eine Ursache des wirtschaftlichen Ertrages zu wenig beachtet«⁵⁵. Nachdem auf diese Weise die Frage nach der Wertschöpfung, die im 19. Jahrhundert unter dem Eindruck der klassischen Nationalökonomie die Diskussion bestimmt hatte und noch in die Formulierung des § 818 hineinragt, auf die Ebene des Marktes und damit dogmatisch-juristischer Handhabbarkeit transponiert ist, konnte der Streit darum entbrennen, ob der ›Verkehrswert‹ oder der individuell erzielte Kaufpreis die Interpretation des Wertes bestimmen soll, wobei der Verkehrswert nichts weiter als ein effektiver oder fiktiver Durchschnittspreis ist.

Nachdem das Problem der Wertbestimmung auf den Vergleich verschieden zu

⁵⁵ Schulz (FN 6) S. 110; 2. A. insoweit noch Schulz (FN 6) S. 444 f.

errechnender Preise reduziert ist, verflacht die Diskussion zur Abwägung von Individualpreis, Durchschnittspreis und Aufteilung der Differenz von Durchschnitts- und Individualpreis. Der Streit geht nur noch darum, ob bei der Bewertung von ohne rechtlichen Grund erlangten Dienstleistungen, bei Wertersatz nach Veräußerung eines ohne rechtlichen Grund erlangten Gegenstandes der besonders geschickt herausgehandelte (Kauf-)preis, der Durchschnittspreis herauszugeben sei oder ob eine Aufteilung vorgenommen werden müsse⁵⁶. Das starke Wort eines Konflikts zwischen »Arbeit und Kapital«⁵⁷ verdünnt sich in dieser Auseinandersetzung zum Konflikt zwischen Kaufmann (= Arbeit) und Eigentümer (= Kapital). »Interessen-«-jurisprudenz heißt auf diesem Stand nicht mehr, als daß der Anwalt des Kaufmannes zugunsten der Interessen des Kaufmannes, der Anwalt des Eigentümers zugunsten der Interessen des Eigentümers zu argumentieren hat, und der Richter in der mißlichen Lage des Entscheidungzwanges sich den Interessen einer Partei zuwenden muß; wen wunderts, daß es da manchmal den einen, manchmal den anderen trifft.

Die Abwägungsnotwendigkeit zwischen individuell vereinbartem und durchschnittlichem Preis taucht nicht auf, wo eine Preisabrede fehlt. Während sich der lang tobende Streit bei Vorhandensein von Abreden im Moment eher zugunsten derer entscheidet, die die aktuelle Abrede als Unter- und Obergrenze der Wertbestimmung ansetzen wollen, orientiert sich die Rechtsprechung bei fehlender Abrede mit dem Begriff »angemessene Entschädigung«⁵⁸ an Durchschnittlichkeit und Verkehrswert, wobei individual-vertragliche Elemente eine Rolle spielen können: Im Taxi-Parkplatz-Fall⁵⁹ ist als angemessene Entschädigung gekennzeichnet worden, was der Kläger in Vertragsverhandlungen angeboten hatte.

Wer sich erst einmal auf die Ebene des Vergleichs von Preisen auf verschiedener Berechnungsgrundlage begeben hat, für den klingt der »quasi contractliche« (v. Savigny) Gedanke einleuchtend, daß bei »Leistungen, die einen Verkehrswert haben, . . . grundsätzlich davon ausgegangen werden (kann), daß dieser Preis auch vereinbart worden wäre«⁶⁰. Bereicherungsrecht präsentiert sich insoweit wiederum trotz aller gegenteiligen Beteuerungen⁶¹ als Fortsetzung des Vertragsrechts mit anderen Mitteln. Der BGH folgert, daß der Wert einer Flugreise »die für den Flug üblicherweise zu zahlende Vergütung« sei⁶². Auf dieser Basis wurde ein beschränkt geschäftsfähiger Jugendlicher, der sich durch die nachlässigen Kontrollen der Lufthansa gemogelt und seinen Udo-Lindenberg-Traum vom Abhauen nach Amerika wahrmachten wollte, verpflichtet, der klagenden Fluggesellschaft den vollen Linienflug-Preis zu zahlen (obwohl die Maschine nicht ausgebucht war, der Schüler die Reise ohne Mogeln nie hätte antreten können und er sofort von den US-Einwanderungsbehörden zurückgeschickt wurde). Canaris, der die Entscheidung im Ergebnis ablehnt, hat dem BGH bei der »Wert«-Bestimmung sekundiert: Auch er definiert den Wert als »normalerweise« zu zahlenden Preis, als »Marktpreis« eben⁶³.

Damit dokumentieren Rechtsprechung und Lehre, daß ihnen im zähen Ringen um die Gleichsetzung von Wert mit irgendeinem Preis entgangen ist, daß es eine

⁵⁶ Vgl. insoweit die ausführliche Darstellung bei Jacobs (FN 34) S. 17 ff./123 ff.; ferner etwa Larenz (FN 8) S. 507 ff. m. w. N.

⁵⁷ Jacobs (FN 34) S. 25.

⁵⁸ RGZ 97, 310; seither unveränderte Rechtsprechung: BGHZ 20, 270/275; BGHZ 68, 90/100.

⁵⁹ BGHZ 20, 270.

⁶⁰ Kleinheyer, Eingriffsbereicherung durch unbefugte Nutzung und Wertersatz, JZ 1961, 473/476.

⁶¹ Kleinheyer (FN 60); vgl. auch Mestmäcker (FN 21).

⁶² BGH JZ 1971, 556/559.

⁶³ Canaris in Anm. zu BGH JZ 1971, 556 in JZ 1971, 560/561.

anhaltende inter- wie intradisziplinäre Diskussion um die Möglichkeiten der ›Marktpreis‹-Festlegung bei fehlendem Markt gibt. Die Tatsache, daß es im Flugreisegeschäft einen ›Markt‹ kaum gibt, daß die klagende Fluggesellschaft einem weltweiten Kartell (IATA) angehört, das die Flugtarife weltweit administriert, hätte selbst den subjektivistischen Preistheoretiker zögern lassen, das üblicherweise Verlangte für das Angemessene zu halten. Auch juristische Teildisziplinen versuchen anspruchsvollere Konzepte zu entwickeln, wenn sie sich etwa im Wirtschaftsrecht bei marktbeherrschenden Unternehmen über § 22 GWB auf die Suche nach ›wettbewerbsanalogen‹ Preisen machen⁶⁴ oder im Steuerrecht ›Als-ob-Wettbewerbs‹-Preise an die Stelle von konzerninternen Verrechnungspreisen setzen wollen⁶⁵. Weit davon entfernt, sich dem Problem der Wertschöpfung zuwenden zu können, peilt die Dogmatik des Bereicherungsrechts bisher nicht einmal diese ›aufgeklärte‹ Ebene der Preisbildungsdiskussion an, sondern beharrt auf dem Streit um ›ex re‹ oder ›ex negotatione‹, allerdings mit dem Gewinn, die Unzulänglichkeiten der ›Als-ob-Wettbewerbs‹-Annahmen nicht angehen zu müssen.

IV. Bereicherungsrecht als Verfahren

Wo derartig beharrlich, verbissen, auch mal ironisch gestritten wird, wird geraten, sich bescheiden zu geben und einzuräumen, daß man, d. h. der wissenschaftliche Erkenntnisstand insgesamt, noch nicht so weit sei, um wirklich theoretisch fundierte Ergebnisse zu liefern. Es sei nötig, ökonomisch-theoretische Erkenntnisse fruchtbar zu machen, was dadurch erschwert werde, daß auch die Ökonomie-Theorie noch nicht so weit sei⁶⁶. Inzwischen – Entscheidungzwang des Juristen – gelte es, pragmatisch zu verfahren.

Bei aller Sympathie für Bescheidenheit kommt diese Aussage überraschend, besagt sie doch, daß die großen Theoretiker des Zivilrechts – und sie waren es, die den Kampf ums Bereicherungsrecht geführt haben – bisher unzulänglich gedacht haben trotz aller ausdrücklichen Versuche, ökonomische Theorie in ihre Interpretationen mit aufzunehmen. Bevor wir uns auch diesem Verdikt anschließen, wollen wir die These prüfen, daß die Vergeblichkeit, im Bereicherungsrecht zu einem Wertungskonsens zu gelangen, nicht der theoretischen Unzulänglichkeit der Forscher anzulasten ist, sondern sich als reale Vergeblichkeit entpuppt angesichts einer gesellschaftlichen Realität, die sich dagegen sperrt, materiale Gerechtigkeitskriterien oder auch nur Funktionalitätskriterien in den Beziehungen der ›Privatrechtssubjekte‹ zueinander *ex-ante*, planvoll zu bestimmen und die diese Sperre auch nicht vor den Zauberformeln von ›Materialisierung‹ und ›public policy‹⁶⁷ zurückzieht. Das gilt selbstverständlich für die Berücksichtigung der Produktion von Werten, die für die Legitimation der Wert-Zuordnung keine Rolle spielt. Obwohl sich etwa bei Schulz die apokryphe Aussage findet, »daß weder der Preis noch der Wert in der Sache drinstecken und daher auch nicht aus der Sache fließen können«, sondern »durch die schätzende menschliche Tätigkeit« geschaffen werden⁶⁸, kann die produktive ›menschliche Tätigkeit‹ nicht zur Auslegung von Gesetzen in der Markökonomie beitragen. Souverän herrscht die tote Arbeit über die lebendige. Wo ›Arbeit‹ zum

⁶⁴ BGHZ 68, 25; ausführlich Knieper, Weltmarkt, Wirtschaftsrecht und Nationalstaat, 1976, S. 246 ff.

⁶⁵ Ausführlich Knieper (FN 64) S. 149 ff.

⁶⁶ Joerges (FN 1) S. 7 f./65; Esser-Weyers (FN 8) S. 32 f.

⁶⁷ Joerges (FN 1) S. 66/68.

⁶⁸ Schulz (FN 6) S. 444 f.

Kurskorrekturen im Recht

Die Vorträge und Referate
des Deutschen Richtertages 1979 in Essen

Herausgegeben vom Deutschen Richterbund

1980. VIII, 327 Seiten, kartoniert DM 89,-
ISBN 3-452-18733-0

Die Dokumentation der Vorträge und Referate, die auf dem Deutschen Richtertag 1979 in Essen gehalten worden sind, entspricht dem vielfach geäußerten Wunsch, die Gedanken und Anregungen der Veranstaltung in gesammelter Form der justizpolitisch interessierten Öffentlichkeit zugänglich zu machen.

Das nachhaltige Echo, das der Richtertag in Fachkreisen gefunden hat, zeigt sich insbesondere in der Tatsache, daß die Diskussion der in Essen angeschnittenen Fragen aus Steuerrecht, Strafrecht und Verfahrensrecht inzwischen sowohl im Verband selbst als auch im parlamentarischen Bereich und in der Ministerialbürokratie mit Intensität forgesetzt wird. So ist beispielsweise zu erwarten, daß der Gesetzgeber in absehbarer Zeit konkrete Vorschläge zur Reform des Ordnungswidrigkeitenrechts vorlegen wird. Auch in der aktuellen Auseinandersetzung um den Fortbestand bzw. die Rücknahme einzelner Vorschriften des Straf- und Strafprozeßrechts finden die auf dem Richtertag vorgebrachten Argumente Beachtung. Für den innerverbandlichen Bereich schließlich hat der Richtertag wesentliche Orientierungspunkte für die Erarbeitung justizpolitischer Leitlinien des Deutschen Richterbundes gesetzt.

Insgesamt zeigt sich, daß die Themen des Deutschen Richtertages 1979 von erheblicher justizpolitischer Tragweite sind. Die Dokumentation wird ihren Zweck erfüllen, wenn sie hilft, bei der notwendigen weitergehenden Erörterung grundständliche Fragestellungen nicht aus den Augen zu verlieren.



Carl Heymanns Verlag
Köln Berlin Bonn München

Problem wird und dem ›Kapital‹ gegenübergestellt wird⁶⁹, ist die ›Arbeit‹ des Händlers, seine Verkaufsgeschicklichkeit am Markt gemeint.

Diese strukturelle Trennung von Produktion und Verwertung wird in der juristischen Diskussion nicht nur verteidigt, sondern so weit wie möglich verstärkt. Die Verteidigung durchdringt die bereits zitierte Aussage v. Caemmerers, nach der die Leistung des abhängig Beschäftigten die Leistung des Unternehmers ist. Sie setzt sich fort in der einhelligen Interpretation des über § 951 BGB Bereicherungsansprüche begründenden § 950, die ebenfalls dekretiert, daß der »Geschäftsinshaber« die »zur Herstellung der neuen Sachen erforderliche Arbeit« leistet⁷⁰. Im gewerblichen Rechtsschutz gilt als »Urheber der Muster und Modelle« im Sinne des Geschmacksmustergesetzes nicht der Urheber, sondern der »Eigentümer« (§ 2). Die Erfundenen, die in der Bundesrepublik von abhängig Beschäftigten gemacht werden – das sind 90% aller Erfundenen⁷¹ – können vom »Arbeitgeber« in Anspruch genommen werden (§§ 6/7 ArbNERfG), wobei noch der größere Teil der in der Freizeit gemachten Erfundenen diesem Zugriff unterliegt, da der Bereich der ›freien Erfundenen‹ sehr eng ist (§§ 18/19 ArbNERfG)⁷².

Nachdem als ehrner Grundsatz festliegt, daß die Wertschöpfung als Wertungskriterium für die ›Verteilung neu produzierter Werte‹ keine Rolle spielt, nachdem die Brechtsche Frage des ›denkenden Arbeiters‹, wer das siebentorige Theben gebaut habe, eindeutig zugunsten des Königs beantwortet ist, soll die juristische Doktrin das Kunststück vollbringen, Königreiche, Domänen, Vermögenspositionen nach Kriterien materialer Gerechtigkeit zuzuteilen; indem sie gängige Interpretationsmethoden wie den Rückgriff auf die ›Positivität‹ des Gesetzeswortlauts gering achtet, gibt sie vor, dazu in der Lage zu sein. Damit muß sie das Verhalten der sich in Konkurrenz aufeinander beziehenden Wareneigen tümer mit einer ex-ante-Bewertung qualifizieren, obwohl die ›Richtigkeit‹ der Konkurrenz sich nur vom Resultat aus messen läßt. Konkreter: In der Auseinandersetzung um die Bereicherungsansprüche im Dreiecks-Verhältnis war offensichtlich geworden, daß der Versuch einer individuellen Zuschreibung des (Konkurs-)Risikos – gleichgültig ob über offene Wertung oder über die Subsumtion unter den Leistungsbegriff – keinen Maßstab für Richtigkeit an der Hand hat, da ein gesellschaftliches, ökonomisches, konjunkturelles Risiko auch über eine Funktionsbestimmung »der einzelnen Leistungsbeiträge« nicht individualisiert werden kann⁷³. Auch die Hoffnung auf zukünftige »Anleitung durch sozialwissenschaftlich-ökonomische Handlungskonzepte«⁷⁴ hilft da nicht weiter. Im gewerblichen Rechtsschutz, dem zentralen Problembe reich der ›Eingriffskondition‹, war die den Bereicherungsanspruch Kohlers ablehnende Begründung zitiert worden, daß Immaterialgüterrechte ›der Allgemeinheit zustreben‹, wobei zu ergänzen ist, daß sie auch aus ›der Allgemeinheit‹ entstehen. Wie beim Dreiecks-Verhältnis schimmert in dieser Bemerkung die Gesellschaftlichkeit der Reichtumsgewinnung auf, die im kapitalistischen Privateigentum und der Konkurrenz sogleich wieder verschwindet. Das Scheitern von Versuchen aber, kapitalistisches Privateigentum material zu legitimieren – über eigene Arbeit, über Vernunft, über Leistung – habe ich an anderer Stelle ausführlich begründet: es ist staatlich geschütztes gesellschaftliches Gewaltverhältnis⁷⁵. Entsprechend vergeblich ist es, die

69 So Jacobs (FN 34) S. 25; Wilburg (FN 8) S. 126.

70 RGSt 55, 49/50; ausführlich dazu: Knieper, Eigentum und Vertrag, KJ 1977, 147/156 f.

71 Nirk in: Klauer-Möhring, Patentrechtskommentar, Bd I, 3. Aufl. 1971, § 3, Anhang Randnr. 1.

72 Nirk (FN 71) Rdnr. 9 ff.

73 So Joerges S. 65.

74 Joerges S. 65.

75 Knieper (FN 70) S. 147 ff.

Konkurrenz der Privateigentümer, in der sich Verwertung vollzieht, durch Kriterien materialer Gerechtigkeit zu legitimieren und zu kanalisieren sowie die Notwendigkeit der Verwertung, des Warenumschlags mit der Notwendigkeit des Habens zu harmonisieren.

Die Versuche aber, Bereicherungsansprüche theoretisch zu fundieren, müssen eben das strukturell Notwendige immer wieder als das individuell Verantwortete ausgeben. Sie unterstellen, daß der Eigentümer einer Ware substantiell frei sei, sie zu veräußern oder zu behalten; die Definition des Eigentums stellt den Ge- und Verbrauch, das *uti, frui* gleichberechtigt neben die Veräußerung – als könnte der Baustofflieferant, anstatt die Ziegel zu veräußern, sie selbst benutzen, als könnte die Bank, anstatt Geld zu verleihen, es einem anderen nützlichen Zweck zuführen, als könnte die Fluggesellschaft den vom Minderjährigen eingenommenen Platz selbst einnehmen. In Wahrheit kommt das Eigentum erst »durch den Vertrag zustande«⁷⁶, der Zuordnungsgehalt des Eigentums wie jedes anderen dinglichen Rechts realisiert sich erst in der Geschäftsbeziehung. Das Ziel der Geschäftsbeziehung aber ist nicht die Durchsetzung des *freien Willens* – der emphatische Ausdruck der »Selbstbestimmung« zur Kennzeichnung des Zivilrechts⁷⁷ übertönt nur leicht den Zwang zur »Selbstdisziplinierung«⁷⁸ –, sondern die nutzbringende Verwendung von Eigentum. Doch manifestiert sich im vertragsförmlichen Hin und Her nicht nur kein freier Wille, sondern ebensowenig die Durchsetzung einer inhaltlich bestimmten gesellschaftlichen Ordnung. Um so weniger lassen sich aus den strukturellen Bedingungen richtigkeitsgewährende Kriterien zur Lösung juristischer Einzelfälle ableiten. In der widersprüchlichen *deus-ex-machina*-Rolle, die der *freie Wille* noch in seiner verkümmerten juristischen Ausprägung spielt, kommt diese Beziehungslosigkeit zum Ausdruck. Das gilt für die Vertragskategorie selbst: Das geschlossene Konzept eines Zivilrechts als fast reiner Durchsetzung des Willensprinzips bei v. Savigny hat praktisch nie Bestand gehabt und ist auch theoretisch vollständig durchlöchert. Von den Vertretungsregeln⁷⁹ über die Nichtanerkennung des geheimen Willensvorbehaltens (§ 116 BGB) zur Nichtberücksichtigung des Motivirrtums bei der Anfechtung (§ 119 BGB) kennt bereits das BGB selbst *Durchbrechungen* des Willensprinzips, und es hat wenig Mühe bereitet, diese Durchbrechungen von der Anerkennung eines allgemeinen Vertrauensprinzips bis hin zum faktischen Vertrag zu erweitern. In der offenen instrumentellen Verwendung in § 2 AGB-Gesetz, in § 22 GWB ist denn auch das Axiom der Willensfreiheit gesetzlich *ad acta* gelegt. Im Bereicherungsrecht setzt sich der instrumentelle Einsatz des *freien Willens* fort:

- So ist einerseits akzeptiert, daß die *subjektive Äquivalenz*, die im vertraglich vereinbarten *Ware gegen Geld* niedergelegt sei, jeden Bereicherungsanspruch ausschließt⁸⁰, andererseits wird auch an dieser Äquivalenz festgehalten, wo zum mindesten ein Vertragspartner einem zur Anfechtung berechtigenden Irrtum unterlag: Wenn wechselseitig Leistungen zurückzuerstatten sind, wird ein *Saldo* gebildet oder – nach einer neueren Auffassung – ein *faktisches Synallagma* konstruiert⁸¹, das über die Gültigkeit der Willenserklärungen hinaus Bestand hat.
- So wird bei Fehlen einer vertraglichen Abrede eine »angemessene« Entschädigung

76 Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, § 72.

77 Mesmäcker, *Macht – Recht – Wirtschaftsverfassung* (1973), zitiert nach Mesmäcker (FN 21) S. 11 ff./16.

78 Elias, *Über den Prozeß der Zivilisation*, 2. Aufl. 1977, Band II, S. 339, auch: S. 319 ff.

78a In jüngerer Zeit hat besonders Müller-Freienfels, *Die Vertretung beim Rechtsgeschäft*, 1955, bes. S. 209 ff. auf den Widerspruch von Privatautonomie und Vertretung aufmerksam gemacht.

79 Dazu etwa Rothoefl, *Vermögensverlust und Bereicherungsausgleich*, *AcP* 163 (1963), 215/221; Beuthien (FN 50) § 818 Anm. 3 d.

80 Dazu etwa Eßer-Weyers (FN 8) S. 98 f.; v. Caemmerer (FN 8) S. 260 ff.

danach berechnet, wie sie ein durchschnittlicher Vertragspartner, d. h. Realisierer des freien Willens geltend machen würde.

– So wird das Problem der ›aufgedrängten Bereicherung‹ vom »Standpunkt des objektiven Betrachters aus«⁸¹ gelöst, der gerade nicht einen Willen, sondern wirtschaftliches Kalkül verkörpern soll.

– So nimmt die heute h. M. bei der Beurteilung von Wucherdarlehen und -mieten im Rahmen des § 817 BGB an, daß die dem ›freien Willen‹ entsprechende Wucher-Vergütung auf ein angemessenes Maß zu reduzieren sei⁸².

– So gehört zu den wesentlichen Gründen der dogmatischen Trennung von ›Leistungs-‹ und ›Eingriffs-‹ Kondiktion, die »suggestive Macht der Leistungskondiktionen« zu durchbrechen, die durch das Moment des Leistungswillens gekennzeichnet seien⁸³, um dann in der Zuordnungs- wie der Rechtswidrigkeitslehre immer wieder auf ›quasi-contractliches‹ Annahmen zurückzufallen, sei es, um ›ordnungsgemäßes Verhalten‹ als Pflicht zum Vertragsabschluß oder die Rechtswidrigkeit als vertragsloses Handeln zu charakterisieren. Als – beliebiges – Beispiel sei wieder die Arbeit von Kleinheyer herausgegriffen, der gegen ›quasi-contractliches‹ Denken polemisiert, um es dann doch über die Konstruktion des *venire contra factum proprium* und die Annahme, daß ein ›Verkehrswert ... als Preis auch vereinbart wäre‹, wieder einzubeziehen⁸⁴. Diese Beispiele belegen wiederum weniger theoretische Inkonsistenz als die Tatsache, daß bei aller Überwindung von Saivgny auf den Willen als Legitimationskrücke immer wieder zurückgegriffen wird, wobei gerade der Legitimationszweck die instrumentelle, beliebige Verwendung erklärt. Ebenso wie sich vom quasikontraktlichen Charakter des Bereicherungsrechts sprechen läßt, ließe sich vom Quasikondiktionen-Charakter des Vertragsrechts sprechen. In beiden Gebieten geht es nicht um Willens-, sondern um Verwertungszusammenhänge mit der Folge, daß Vertrags- und Bereicherungsansprüche tatsächlich weitgehend austauschbar sind, wie sich am Vergleich von BGHZ 21, 319 (Parkplatz-Fall über faktischen Vertrag) und BGHZ 20, 270 (Parkplatz-Fall über § 812) zeigt. Die positive Kritik⁸⁵, die der Flugreise-Fall provoziert hat, weil in ihm – in Peter-Stuyvesant-Manier – der Duft der weiten Welt einer Flugreise die Sozialtypik der schnöden U-Bahnfahrt abgesprochen worden ist, reduziert sich insoweit praktisch zur Marginalie.

Allgemeiner: In der Konstruktion des ›faktischen Synallagmas‹ bei der Leistungskondiktion wird die Orientierung des Bereicherungsrechts am Vertrag ebenso deutlich wie bei der fiktiven Pflicht zum Vertragsschluß als Qualifikation des ordnungsgemäßen Vorgehens und als Basis zur Berechnung der Anspruchshöhe bei der ›Bereicherung in sonstiger Weise‹. Die Nähe beider Anspruchstypen zum Vertragsrecht aber läßt die feinen Ziselierungen, mit denen sie gegeneinander ausgespielt werden, tatsächlich als inhaltlich überflüssig erscheinen. Gewicht erfährt die Differenzierung ja ohnehin erst mit der Annahme, daß der freie (Leistungs-)Willen ein respektables Interpretationselement sei. Reduziert man diese Ansicht erstmals auf ihren instrumentellen Gehalt, verliert das System der Anspruchsunterteilungen sein Gewicht.

Wo materielle Legitimationskriterien fehlen, um das positive Recht richtig auszulegen, können genausogut soziale Kriterien herangezogen werden: Nehmen wir den Flugreise-Fall wiederum als Beispiel: Keine ›Bindung ans Gesetz‹ hätte den BGH

81 Koppensteiner-Kramer (FN 1) S. 174.

82 Medicus, Bürgerliches Recht, 6. Aufl. 1973, S. 304.

83 Wilburg (FN 8) S. 15.

84 Kleinheyer (FN 60) S. 473.

85 Canaris (FN 63); vgl. auch Mestmäcker (FN 21) S. 451 ff.

gehindert, den minderjährigen Schüler, der von seinen auch durch Flugreklame geschürten Träumen verleitet nach New York flog, vom Bereicherungsanspruch der Luftfahrtgesellschaft zu entlasten – im Gegenteil, es war mühevoll genug für den BGH, trotz des ›Luxus-Charakters der Reise und gegen die Tatsache, daß die Maschine nicht ausgebucht war, einen Anspruch zu begründen. In der Anwendung der deliktsrechtlichen Einsichtsfähigkeits-Bestimmung (§ 828) trotz der Charakterisierung als Leistungsverhältnis und in der beinahe hämischen Bemerkung, es sei davon auszugehen, »daß die Mutter des Beklagten das nach den gegebenen Umständen jeweils Beste für ihren Sohn im Auge hatte«⁸⁶, kommt eine penetrante, kleinbürgerliche Mischung von Poena und Pädagogik, von erhobenem Zeigefinger gegen Mutter und Kind zum Ausdruck. Es wäre sicherlich weder rationaler noch irrationaler, mehr oder weniger durch den Gesetzeswortlaut geboten gewesen, der ohnehin höchstens um einen Plastik-Snack »entreichten« Fluggesellschaft den Bereicherungsanspruch abzuerkennen – mit Sicherheit aber wäre es gütiger gewesen.

Wer die Analyse des Zivilrechts auf seinen materiellen Teil beschränkt, d. h. die verfahrensrechtliche Dimension außer acht läßt, wird die hier vorgestellte Auffassung von der Vergeblichkeit der Suche nach richtigem Bereicherungsrecht als Beleg für die Irrationalität und Sinnlosigkeit der Diskussion werten. Dieser Schluß ist jedoch voreilig, wenn ihm auch durch die traditionelle Trennung von materiellem und Verfahrensrecht Vorschub geleistet wird: Die kühnen dogmatischen Konstruktionen des materiellen Rechts gedeihen gerade in der Abkapselung. Beziehen wir die Verfahrensziele des Zivilprozesses in die Debatte ein, dann werden Sinn und Rationalität der Bereicherungsrechtsdiskussion deutlich, wobei allerdings der Aspekt des Diskussionsverfahrens sich vor seinen Inhalt schiebt. Zur Erläuterung dieses Gedankens nehme ich meinen Ausgang bei Luhmann, der in einer ausführlichen Analyse die Einsicht vorgetragen hat, daß die »Funktion des Verfahrens . . . die Spezifizierung der Unzufriedenheit und die Zersplitterung und Absorption von Protesten«⁸⁷ sei. Dem Verfahrensbeteiligten sei die Möglichkeit genommen, »seine Interessen als konsensfähig zu generalisieren und größere soziale und politische Allianzen für seine Ziele zu bilden«⁸⁸. Er werde isoliert, der Konflikt individualisiert; wesentliches Ziel des Verfahrenszeremoniells sei es, den Verlierer, der sich gegen das Ergebnis auflehnt, zum Sonderling und Querulanten abstempeln zu können⁸⁹.

Der Zusammenhang zwischen Bereicherungsrechtsdiskussion und Verfahren wird deutlich: Ich hatte entwickelt, daß die Individualisierung von Vermögenszuteilungen auf diese oder jene Partei substantiell nicht gerechtfertigt werden kann. Die anhaltende, mit Ernst und Seriosität geführte Debatte stellt nun gerade jenes Zeremoniell dar, daß wenn schon nicht substantiell korrekte Kriterien für individuelle Zurechnung anzugeben vermag, dennoch gerade in der Aufrechterhaltung von Unsicherheit die Szene für faktische Individualisierung, d. h. Isolierung im Prozeß vorbereitet. Im Bereicherungsrecht besteht um so mehr Anlaß für elaborierte, »überzüchtete«, »verwirrende« Konstruktionen, als die einfacheren Verantwortungszuschreibungen auf den ›selbsverantwortlich‹ Handelnden, auf die im Vertragsrecht gebaut wird, im Bereicherungsrecht nicht zur Verfügung stehen. Erst im Verfahren wird die Individualisierung komplett, um die das materielle Recht sich vergeblich bemüht.

⁸⁶ BGH JZ 1971, 556/560.

⁸⁷ Luhmann (FN 4) S. 116.

⁸⁸ Luhmann (FN 4) S. 117.

⁸⁹ Luhmann (FN 4) S. 117 ff./33 f.



OSSIP K. FLECHTHEIM DER KAMPF UM DIE ZUKUNFT

*Grundlagen der
Futurologie*

In einer Synthese von Theorie und Praxis nutzt die Futurologie als Zukunftsforschung und -gestaltung Erkenntnisse und Methoden unterschiedlicher Einzel- oder „Zubringer-“ wissenschaften, um die unter dem einen herrschenden Gesichtspunkt auszuwerten: Der Rettung des Kollektivs Menschheit.

So wird die von Ossip K. Flechtheim begründete kritische Futurologie als Grundlage allen alternativen Handelns zum Ausgangspunkt für die Diagnose, Prognose und „Therapie“ der Gefahren von heute und morgen.

**Aktualisierte
Sonderausgabe**

**440 Seiten
18,— DM**

**Verlag
J.H.W. Dietz Nachf.**