

keitsrechtsverletzungen gegeben und ausgeschlossen, wenn eine anderweitige Ersatzmöglichkeit besteht. Die Schwere der Verletzung ist von der Bedeutung des Eingriffs⁹⁶ und dem Grad des Verschuldens abhängig.⁹⁷ Sie kann in der wiederholten und hartnäckigen Verletzung des Rechts am eigenen Bild liegen – und zwar auch, falls die einzelnen Veröffentlichungen für sich die Persönlichkeit nicht schwerwiegend beeinträchtigen. Da bei der Bildberichterstattung andere „Abwehrmöglichkeiten“ als die des Anspruchs auf Geldentschädigung nicht zu Gebote stehen, sind an die Zubilligung des Entschädigungsanspruchs geringere Anforderungen zu stellen als bei anderen Persönlichkeitsrechtsverletzungen.⁹⁸

96) Vgl. LG Berlin, NJW-RR 1998, 316 (316 f.) – Neonazi; zu Nacktfotos: OLG Hamm, AfP 1998, 304 (304 f.) und OLG Köln, VersR 1997, 1500 (1500 f.) – Nackt-Jogger; zw.

97) BGH, NJW 1996, 985 (986) – Caroline von Monaco III; für grobe Fahrlässigkeit OLG Koblenz, NJW 1997, 1375 (1376) – Schweigen der Hirten; kritisch Gounalakis, AfP 1998, 10 (22 f.).

98) BGH, NJW 1996, 985 (986) – Caroline von Monaco III.

Professor Dr. Georgios Gounalakis
und Wiss. Mitarbeiterin Nicola Schelling, Marburg

Der praktische Fall – Bürgerliches Recht: Der gekaufte Dokortitel*

Im Mittelpunkt der Hausarbeit stehen Rechtsfragen aus dem Besonderen Teil des Schuldrechts im Zusammenhang mit der Rückabwicklung eines fehlgeschlagenen sittenwidrigen Vertrages. Zu erörtern sind insbesondere vertragliche und bereicherungsrechtliche Rückzahlungsansprüche sowie Schadensersatzansprüche aus Unmöglichkeit, culpa in contrahendo, positive Forderungsverletzung und Delikt, daneben dingliche und bereicherungsrechtliche Rückgabeansprüche im Bezug auf einen Scheck.

Sachverhalt

Der Jurist S hat nach dem zweiten Staatsexamen eine Doktorarbeit begonnen, die er aber wegen der frühzeitigen Emeritierung seines Doktorvaters nicht beendet hat. Seine Mutter (M), die nicht nur darüber betrübt ist, daß ihr Sohn sein Talent nicht zeigen kann, sondern auch mit eigenem Stolz auf den Titel ihres Sohnes zu schauen wünscht, beschließt, in der Sache nachzuhelfen. Nachdem sie zunächst vergeblich versuchte, gemeinsam mit ihrem Sohn einen neuen Betreuer für die Arbeit zu finden, erhält sie von einem befreundeten Mediziner ein an diesen gerichtetes, vertrauliches Schreiben einer Schweizer Firma „Pro Gloria“ (F). Diese bietet Dr.-Titel u. a. auch einer Privatuniversität in Panama „zum Kauf“ an. Gegen Bezahlung einer bestimmten Summe würden die entsprechenden Papiere übersandt. Angegeben war weiter die Telefonnummer einer deutschen Zweigniederlassung der Firma in Königstein/Taunus. Die von den langen Bemühungen frustrierte Mutter zögert nicht lange und setzt sich mit dem hiesigen Niederlassungsleiter (N) in Verbindung. Beide kommen überein, daß M die entsprechenden Papiere für ihren Sohn nach Einzahlung von 50 000 DM auf das Schweizer Konto der Firma erhalten soll. N berichtet wahrheitsgemäß, daß die von F veräußerten Papiere in zahlreichen Ländern den Kunden problemlos zum Führen des gewünschten Titels verholfen haben. Die nach erfolgter Zahlung übersandten Papiere halten jedoch in diesem Fall dem strengen Anerkennungsverfahren in Deutschland nicht stand und sind daher unbrauchbar.

1. Kann M die 50 000 DM von F zurückverlangen?
2. Angenommen, M hätte das Geld nicht eingezahlt, sondern einen Scheck in dieser Höhe ausgestellt und dem N für F übergeben, kann M den noch nicht eingelösten Scheck von F zurückfordern?
3. Angenommen, M hätte sich aufgrund einer Zeitungsanzeige an den „Promotionsberater“ (P) gewandt, der sich gegen Vorkasse in Höhe von 50 000 DM – und im Erfolgsfall zusätzlich gegen

Zahlung einer Vermittlungsgebühr – bereit erklärt, der M einen in Deutschland anerkannten Dokortitel für S über F zu besorgen. Welche Ansprüche hat M gegen P, wenn sie P das Geld mit der Maßgabe zur Verfügung gestellt hat, daß dieser es an F nur dann weiterleiten darf, wenn sichergestellt ist, daß S den Titel auch führen kann, P aber, nachdem F ihm fälschlich versichert hatte, daß es eines Anerkennungsverfahrens in Deutschland für Titel aus Panama nicht bedürfte, das Geld an F weiterleitet und im Gegenzug die wertlose Promotionsurkunde erhält?

Lösung

A. Frage 1: Anspruch der M gegen F auf Zahlung von 50 000 DM

I. §§ 346, 467, 465, 634, 651 I 2 Halbs. 2 BGB

In Betracht kommt ein Rückzahlungsanspruch der M gegen F aus Wandelung wegen Schlechterfüllung einer Leistungspflicht aus Werklieferungsvertrag¹.

1. Anwendbarkeit des deutschen Vertragsrechts

Fraglich ist zunächst, ob vorliegend deutsches Recht zur Anwendung kommt. Da F ihren Sitz in der Schweiz hat, könnte sich das Verhältnis zwischen F und M möglicherweise nach Schweizer Recht bestimmen. Gem. Art. 27 I EGBGB können die Parteien eines Vertrages vereinbaren, welches Recht zur Anwendung kommt. Eine ausdrückliche Rechtswahl ist hier nicht erfolgt. Art 27 I 2 EGBGB läßt es jedoch genügen, daß sich die Rechtswahl mit hinreichender Sicherheit aus den Umständen des Falles ergibt. Danach spricht vorliegend für die Wahl deutschen Rechts, daß die Verhandlungen in Deutschland, in deutscher Sprache und insbesondere mit dem Verantwortlichen der deutschen Zweigniederlassung der F stattfanden. Nach den Umständen ist demnach von der konkludenten Wahl deutschen Rechts auszugehen², so daß deutsches Vertragsrecht zur Anwendung kommt.

2. Wirksamer Vertragsschluß

Voraussetzung für den Wandelungsanspruch ist zunächst der Abschluß eines wirksamen Werklieferungsvertrages durch M und F.

a) *Vertragsinhalt.* Vertragsinhalt könnte Kauf der Papiere gem. § 433 oder Werkerstellung gem. §§ 631, 651 I 1 sein³. Während im Rahmen eines Kaufvertrages die Über-

* Dieser Fall höheren Schwierigkeitsgrades wurde im WS 1996/97 an der Philipps-Universität Marburg im Rahmen der Übung im Bürgerlichen Recht für Fortgeschrittene als erste Hausarbeit gestellt. Die insgesamt 135 eingereichten Arbeiten wurden wie folgt bewertet: sehr gut: 0 (= 0%); gut: 1 (= 0, 74%); voll befriedigend: 12 (= 8, 89%); befriedigend: 32 (= 23, 7%); ausreichend: 44 (= 32, 6%); mangelhaft: 44 (= 32, 6%); ungenügend: 2 (= 1, 48%). Die Durchschnittsnote betrug 5, 1 Punkte. – §§ ohne Gesetzesangaben sind solche des BGB. – Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht, Rechtsvergleichung und Medienrecht am Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Marburg, an dem die Coautorin als Wiss. Mitarbeiterin tätig ist.

Erläuterungen

1. Vertretbar ist auch, als Anspruchsgrundlage die kaufvertraglichen Normen §§ 346, 467, 465, 462, 459, 433 heranzuziehen. Die Frage, ob ein Kauf- oder Werkvertrag vorliegt, ist später bei der Einordnung des Vertragsinhalts zu erörtern und kann in beide Richtungen vertretbar entschieden werden. Der Vertrag kann aufgrund der Tatsache, daß M die Papiere für S wünscht, auch als Vertrag zugunsten Dritter, § 328, deklariert werden. Mangels Fallrelevanz (S macht keine Ansprüche geltend) ist dies jedoch unbedeutend und sollte zumindest nicht breit erörtert werden.

2. Vgl. OLG Düsseldorf, NJW-RR 1991, 55.

3. Allein die Tatsache, daß Papiere „zum Kauf“ von F angeboten wurden, läßt nicht den Schluß zu, daß ein Kaufvertrag tatsächlich vorliegt. Der Vertragsinhalt ist vielmehr rechtlich einzuordnen. Für einen Geschäftsbesorgungsvertrag bestehen nicht genug Anhaltspunkte, da F nicht für M das Besorgen der Papiere über-

eignung und Übergabe einer Sache geschuldet wird, hat der Werklieferungsvertrag die Herstellung aus Stoffen des Unternehmers und die Übereignung des fertigen Werks an den Besteller zum Inhalt⁴. Für eine Einordnung als Werklieferungsvertrag spricht, daß die Papiere auf den Namen des S ausgestellt werden müssen⁵. Damit schuldet F neben der Übereignung der Papiere eine erfolgsbezogene Tätigkeit.

b) *Abschluß des Werklieferungsvertrages*. M und F mußten Angebot und Annahme als übereinstimmende Willenserklärungen abgeben haben. Das Schreiben der F, das M von einem befreundeten Mediziner erhalten hatte, beinhaltet kein rechtsverbindliches Angebot an M. Zum einen ist das Schreiben an den Mediziner persönlich gerichtet, zum anderen handelt es sich um eine sog. *invitatio ad offerendum*, eine Aufforderung zur Abgabe einer Vertragsofferte ohne Rechtsbindungswillen⁶. Angebot und Annahme wurden jedoch im Rahmen der Verhandlungen zwischen M und N abgegeben. Hierbei wirkt die Willenserklärung des Vertreters N gem. § 164 für und gegen die vertretene F, so daß der Vertrag zwischen M und F zustande kam⁷.

c) *Wirksamkeit des Vertragsschlusses*.

aa) *Nichtigkeit gem. § 134*. Nach § 134 ist ein Rechtsgeschäft nichtig, wenn dessen Vornahme oder dessen Inhalt gegen ein gesetzliches Verbot verstößt⁸. Hier könnte der Vertrag gegen § 5 GfAG⁹ verstoßen. Dann müßte F sich erboten haben, den Erwerb eines ausländischen akademischen Grades zu vermitteln. Vermittlung ist die Herbeiführung der Vertragsbereitschaft der Vertragsparteien¹⁰. Diese Voraussetzung liegt nicht vor, da F selbst als Vertragspartner für den Erwerb des Titels auftritt. § 134 greift daher nicht ein.

bb) *Unwirksamkeit nach § 306*. Der Vertrag müßte auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichtet sein. Geschuldete Leistung ist zunächst Erstellung und Übergabe von brauchbaren Papieren. Laut der wahrheitsgemäßen Auskunft des N haben die Papiere der F zahlreichen Kunden zum Tragen des Titels verholten und waren demnach brauchbar. Somit ist dieser Leistungserfolg objektiv möglich. Geschuldet könnte jedoch, als weitergehender Leistungserfolg, auch eine *Trageberechtigung* des Dokortitels für S sein. Dann wäre eine rechtliche Unmöglichkeit insofern in Betracht zu ziehen, als es objektiv unmöglich ist, eine echte *Trageberechtigung* hinsichtlich des Titels in Deutschland zu leisten, ohne daß eine entsprechende wissenschaftliche Leistung vorliegt¹¹. Unter der geschuldeten Herbeiführung eines bestimmten Erfolges beim Werkvertrag ist jedoch regelmäßig nur das unmittelbar durch die Tätigkeit des Unternehmers herbeizuführende Ergebnis, nicht auch der nach dem wirtschaftlichen Zweck erhoffte endgültige Zweck zu verstehen¹². Geschuldeter Leistungserfolg ist daher die unmittelbar durch F auszuführende Übergabe der von ihm ausgestellten, brauchbaren Papiere, nicht aber das Verschaffen der *Trageberechtigung* als ein von M erhoffter Erfolg. Der Vertrag ist demnach nicht auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichtet.

cc) *Nichtigkeit gem. § 138*. Das Geschäft ist sittenwidrig, wenn es gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt¹³, wobei die herrschende Rechts- und Sozialmoral maßgeblich ist¹⁴. Der Dr.-Titel steht für das Erbringen einer besonderen wissenschaftlichen Leistung. Ihn zu erwerben erfordert neben den wissenschaftlichen Fähigkeiten auch eine besondere Einsatzbereitschaft. Der Titel trifft demnach eine Aussage über den Menschen in persönlicher Hinsicht sowie hinsichtlich seiner wissenschaftlichen Fähigkeiten. Eine Vereinbarung über den entgeltlichen Erwerb der entsprechenden Papiere bezweckt das Führen des Titels gerade, ohne daß der Titelträger den genannten Anforderungen gerecht wurde. Damit täuscht

dieser sein Umfeld über seine Fähigkeiten und nimmt neben Personen, die den Dokortitel durch eigene wissenschaftliche Arbeit erworben haben, zu Unrecht einen gleichrangigen Platz ein. Das vorliegende Geschäft ist daher mit den grundlegenden Wertungen der Rechts- und Sittenordnung unserer Gesellschaft nicht vereinbar, so daß *objektive Sittenwidrigkeit* gegeben ist¹⁵. Da sowohl M als auch F die Umstände, aus denen sich die Sittenwidrigkeit ergibt, kannten, liegt auch *subjektive Sittenwidrigkeit* vor¹⁶. Damit wurde kein wirksamer Werklieferungsvertrag geschlossen.

d) *Zwischenergebnis*. M hat gegen F keinen Anspruch aus §§ 346, 467, 465, 634, 651 I 2 Halbs. 2.

II. Culpa in contrahendo

In Betracht kommt ein Schadensersatzanspruch in Höhe von 50 000 DM aus culpa in contrahendo wegen des Verhaltens des N im Rahmen der vorvertraglichen Verhandlungen. Das Rechtsinstitut der Vertrauenshaftung culpa in contrahendo ist gewohnheitsrechtlich anerkannt und wurde in Analogie zu §§ 122, 179, 307, 309, 463 S. 2, 663 entwickelt¹⁷.

Erläuterungen

nimmt, sondern selbst als „Verkäufer“ auftritt. Es mangelt daher an dem Begriff der Geschäftsbesorgung (Definition: Tätigkeit *in fremdem Interesse*, wobei letzteres vorliegt, wenn die Tätigkeit auf ein Geschäft gerichtet ist, für das ursprünglich der GeschH selbst in Wahrnehmung seiner Interessen zu sorgen hatte, die ihm aber ein anderer abnimmt; Palandt/Thomas, BGB, 58. Aufl. [1998], § 675 Rdnr. 4). Da aus dem Sachverhalt nicht ersichtlich ist, daß F für ihre Kunden eine Vermittlerrolle im Verhältnis zu der Universität in Panama einnimmt, ist es fernliegend, ein Tätigwerden der F im fremden Interesse zu bejahen.

4. Palandt/Thomas, § 651 Rdnr. 1.

5. Sieht man das erforderliche Ausstellen der Papiere als gegenüber der Verschaffung der Papiere nebensächlich an, läßt sich der Vertragsinhalt vertretbar als Kaufvertrag einordnen (so z. B. Verschaffung von Konfektionskleidung mit kleinen Änderungen, Palandt/Thomas, § 651 Rdnr. 1). Dann ist § 433 I 1, II einschlägig, da es sich bei dem „Titelkauf“ nicht um einen Rechtskauf, sondern um einen Sachkauf handelt: Die Berechtigung, den Titel zu tragen, folgt aus dem Papier.

6. Vgl. zum Rechtsbegriff der *invitatio ad offerendum*: Brox, Allg. Teil, 21. Aufl. (1997), Rdnr. 170.

7. Die Voraussetzungen der wirksamen Vertretung – Abgabe einer eigenen Willenserklärung des N im Namen der F mit Vertretungsmacht – sind offensichtlich gegeben, so daß weitergehende Ausführungen an dieser Stelle überflüssig sind.

8. Soergel/Hefermebl, BGB, 12. Aufl. (1988), § 134 Rdnr. 14.

9. § 5 GfAG (Gesetz über die Führung akademischer Grade) lautet: „Wer sich erbietet, gegen Vergütung den Erwerb eines ausländischen akademischen Grades zu vermitteln, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.“, abgedr. in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Bd. 1, Losebl., Stand: 124. Ergänzungsflg. (1997), Nr. A 111.

10. Senge, in: Erbs/Kohlhaas (o. Erl. 9), Nr. A 111 § 5 Rdnr. 4.

11. Nach der Rspr. führt selbst die Genehmigung zum Tragen eines ausländischen Titels nicht zur *Trageberechtigung*, wenn keine Verleihung oder kein offizieller Erwerb des Titels im Ausland vorliegt: BGH, NSStZ 1994, 236 (237).

12. Palandt/Putzo, Vorb. § 631 Rdnr. 1.

13. Zu dieser Definition der Sittenwidrigkeit insoweit übereinstimmend die Rspr. und h.L.: RGZ 80, 219 (221); BGHZ 67, 119 (121); BGH, NJW 1982, 1455; Staudinger/Sack, BGB, 13. Bearb. (1996), § 138 Rdnrn. 13 ff.

14. Palandt/Heinrichs, § 138 Rdnr. 2; Larenz, SchuldR I, 14. Aufl. (1987), § 4 II b.

15. So auch die Rspr., OLG Koblenz, NJW 1996, 665; OLG Stuttgart, NJW 1996, 665 (666); BGH, NJW 1994, 187 (188): Titelhandel ist in hohem Maße zu mißbilligen.

16. Diese Kenntnis der Umstände ist als subjektives Element der Sittenwidrigkeit ausreichend, BGHZ 94, 268 (273).

17. Fikentscher, SchuldR, 9. Aufl. (1997), Rdnr. 70.

1. Anwendbarkeit deutschen Rechts

Die Haftung aus culpa in contrahendo beurteilt sich in entsprechender Anwendung der Art. 31 I und Art. 32 I Nr. 3 und 5 EGBGB nach dem Statut des angebahnten Vertrages¹⁸. Damit ist deutsches Recht hier anwendbar.

2. Regelungslücke

Die Anwendung der Grundsätze der culpa in contrahendo ist subsidiär und setzt daher voraus, daß die gesetzlichen Regelungen über Unmöglichkeit, Verzug und Gewährleistung nicht einschlägig sind¹⁹. Eine solche Regelungslücke besteht hier.

3. Vorvertragliches Schuldverhältnis

Ein vorvertragliches Schuldverhältnis entstand zwischen M und F durch die Vertragsverhandlungen zwischen M und N als dem Vertreter und Verhandlungshelfen der F²⁰.

4. Pflichtverletzung

Eine pflichtwidrige Handlung oder Unterlassung durch N wäre der F über § 278 analog zuzurechnen.

a) *Aufklärungspflicht hinsichtlich der Nichtigkeitsgründe des Vertrages.* Eine Aufklärungspflicht im vorvertraglichen Kontakt besteht, wenn der andere Teil nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung redlicherweise Aufklärung erwarten durfte²¹. Fraglich ist, ob N die M darüber hätte aufklären müssen, daß der angestrebte Vertrag sittenwidrig und damit nichtig ist. Gegen das Bestehen einer solchen Aufklärungspflicht spricht bereits, daß die Gründe für die Sittenwidrigkeit des Vertragschlusses nicht nur in der Sphäre der F liegen, sondern ebenso auf dem Verhalten der M beruhen, die einen Titel kaufen möchte. Eine Partei kann nicht redlicherweise Aufklärung über Umstände erwarten, an deren Entstehen sie selbst maßgeblich beteiligt ist²². Eine Aufklärungspflicht des N hinsichtlich der Nichtigkeit des Vertrages ist daher zu verneinen.

b) *Aufklärungspflicht hinsichtlich des Erfordernisses eines Anerkennungsverfahrens.* N hat M nicht über das Erfordernis eines Anerkennungsverfahrens und die damit möglicherweise einhergehenden Schwierigkeiten aufgeklärt. Aus dem Sachverhalt ist nicht ersichtlich, daß M sich diesbezüglich erkundigt hat. Eine Aufklärungspflicht des N bestand demnach nur dann, wenn M redlicherweise nach Treu und Glauben eine Aufklärung erwarten durfte. Für eine Pflicht zur umfassenden Beratung durch N spricht zunächst, daß die Kenntnis notwendiger Schritte, die zum Tragen des Titels erforderlich sind, der Sphäre des Titelverkäufers zuzuordnen sind, zumal dieser hier eine „Niederlassung“ in Deutschland hat und daher mit den örtlichen Modalitäten vertraut ist. Doch müßte auch im konkreten Fall die M das schützenswerte Vertrauen in ihren Verhandlungspartner N haben, daß dieser sie von sich aus umfassend aufklärt. Dagegen spricht maßgeblich, daß beide sich in sittenwidrigen Verhandlungen befinden. Zu überlegen ist zunächst, ob daher der Schutz der Rechtsordnung für die Parteien, also auch für M, ganz entfallen muß. Ein solcher Gedanke ließe sich dem Gesetz aus § 817 S. 2 entnehmen. Aus dieser Norm mit stark eingeschränktem Anwendungsbereich läßt sich jedoch ein generelles Prinzip, daß sittenwidriges Verhalten zum Verlust des Schutzes durch die Rechtsordnung führt, nicht ableiten²³. Der M ist demnach nicht jeglicher Schutz zu versagen. Dennoch müssen die Umstände der Verhandlung einfließen in die Beurteilung dessen, was M nach der Verkehrsanschauung redlicherweise von N erwarten durfte. Umfassende Beratung konnte sie allenfalls dann erwarten, wenn sie damit rechnete, es mit einem „redlich den-

kenden, sich loyal verhaltenden Partner zu tun zu haben“²⁴. Gerade so ist die Sachlage hier nicht, da die Verhandlungen unter dem Verdikt der Illegalität geführt wurden. Es ist daher von einem eingeschränkten Vertrauensverhältnis auszugehen, innerhalb dessen M nicht erwarten konnte, daß N sie ungefragt über mögliche Schwierigkeiten aufklärt. Eine Pflicht des N, die M über das Erfordernis des Anerkennungsverfahrens und damit einhergehende mögliche Schwierigkeiten aufzuklären, bestand demnach nicht.

c) *Äußerung des N, daß die Papiere in vielen Ländern problemlos zum Führen des Titels verholten haben.* N könnte die Sorgfaltspflicht treffen, keine mißverständliche oder falsche Aussage zu tätigen, die sich auf die Vertragsbereitschaft der M auswirken kann. Auch wenn man, wie oben erörtert, vorliegend von einem eingeschränkten Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien ausgehen muß, so liegt doch ein Verhandlungsverhältnis vor, in dem die Parteien nicht beliebige, haltlose Äußerungen treffen dürfen, die sich auf die Vertragsbereitschaft auswirken. N traf demnach die Pflicht, solche Äußerungen zu unterlassen. Diese Pflicht müßte N auch verletzt haben. Die von N getroffene Aussage ist wahr. Auch wenn sie sich nicht im konkreten Fall bewahrheitet, so lagen doch zum Zeitpunkt der Äußerung keine Anhaltspunkte vor, die dafür sprachen, daß der gewonnene Erfahrungswert nicht gültig ist. Es wäre ein Überspannen der Sorgfaltspflicht, das Unterlassen eines solchen, im Zeitpunkt der Äußerung wahrheitsgemäßen, Hinweises zu erwarten. N hat damit keine vorvertragliche Sorgfaltspflicht verletzt. Eine Pflichtverletzung des N im Rahmen der Vertragsverhandlungen mit M liegt demnach nicht vor.

5. Zwischenergebnis

M hat keinen Anspruch gegen P auf Schadensersatz in Höhe von 50 000 DM aus culpa in contrahendo.

III. § 985 BGB

Der dingliche Anspruch auf Herausgabe des Geldes entfällt, da M durch Einzahlung bei der Bank ihr Eigentum an dem Geld nach § 929 S. 1 an diese verloren hat²⁵.

IV. § 831 BGB

Ein Schadensersatzanspruch gegen F in Höhe von 50 000 DM könnte sich aus § 831 ergeben. Dann müßte N als Verrichtungshelfer des F bei den Verhandlungen mit M eine unerlaubte Handlung begangen haben.

Erläuterungen

18. Palandt/Heldrich, Art. 32 EGBGB Rdnr. 8.

19. Jauernig/Vollkommer, BGB, 8. Aufl. (1997), § 276 Rdnr. 72.

20. Für die Prüfung der culpa in contrahendo als Haftungsgrundlage für eine vorvertragliche Pflichtverletzung ist es ohne Bedeutung, daß der Vertrag letztendlich nicht wirksam abgeschlossen wurde. Vorvertragliche Pflichten sind vom Schicksal des Vertrags unabhängig und bestehen selbst dann, wenn es nie zu einem Vertragsabschluß kommt, Palandt/Heinrichs, § 276 Rdnr. 66.

21. BGH, NJW 1989, 1793 (1794).

22. Vgl. Palandt/Heinrichs, § 276 Rdnr. 77.

23. So Canaris, JZ 1965, 475 (482).

24. So Larenz (o. Erl. 14), § 9 I a, zur Begründung der Vertrauenshaftung.

25. Die Anwendbarkeit deutschen Sachenrechts ist bei dem offensichtlich unbegründeten Anspruch nicht zu erörtern, ergibt sich aber aus dem kraft Gewohnheitsrecht geltenden „lex rei sitae“, dem Recht des Lageortes, Palandt/Heldrich, Anh. II Art. 38 EGBGB Rdnr. 2.

1. Anwendbarkeit deutschen Deliktsrechts

Die Anwendbarkeit des deutschen Deliktsrechts ergibt sich aus dem Grundsatz, daß sich deliktische Haftung nach dem Recht des Tatorts²⁶ beurteilt und als solcher vorliegend nur Deutschland in Betracht kommt.

2. Tatbestand des § 823 I BGB

Das Vermögen als solches ist kein Schutzgut des § 823 I²⁷, mithin auch nicht das der M, so daß bereits aus diesem Grund eine Verwirklichung dieses Tatbestandes ausscheidet.

3. Tatbestand des § 823 II BGB

N könnte eine unerlaubte Handlung gem. § 823 II begangen haben. Als Schutzgesetz kommt § 263 StGB in Betracht²⁸. Täuschungshandlung des N kann nur das konkludente Vorspiegeln der Brauchbarkeit der Papiere sein. Dieses erfolgt jedoch nicht bewußt wahrheitswidrig, da N von dem genannten Erfahrungswert ausging. Damit liegt keine vorsätzliche Täuschungshandlung vor, und § 263 StGB ist nicht erfüllt. Eine weitere Schutzgesetzverletzung kommt nicht in Betracht, so daß keine unerlaubte Handlung des N nach § 823 II vorliegt.

4. Zwischenergebnis

Ein Anspruch der M gegen F auf Schadensersatz aus § 831 besteht nicht.

V. § 826 BGB

F könnte der M durch die „Veräußerung“ der Papiere in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich einen Schaden zugefügt haben. M hat für ihr Geld keine brauchbaren Papiere als Gegenwert erhalten und dadurch einen Schaden in Höhe von 50 000 DM erlitten. Es erscheint jedoch fraglich, ob F diesbezüglich ein sittenwidriges Verhalten vorgeworfen werden kann, da M an dem insgesamt sittenwidrigen²⁹ Geschäft mitwirkte³⁰. Dies muß aber letztlich nicht entschieden werden, wenn ein Schädigungsvorsatz bei F nicht gegeben ist. Es ist nicht ersichtlich, daß F zumindest billigend in Kauf genommen hat, daß die Papiere unbrauchbar sind und der M dadurch ein Schaden i. H. von 50 000 DM entsteht. Es fehlt somit zumindest am Schädigungsvorsatz, so daß § 826 nicht erfüllt ist.

VI. 812 I 1 Alt. 1 BGB

In Betracht kommt ein bereicherungsrechtlicher Rückzahlungsanspruch der M gegen F in Höhe von 50 000 DM aus Leistungskondition.

1. Anwendbarkeit deutschen Bereicherungsrechts

Die Anwendung des deutschen Bereicherungsrechts ergibt sich aus Art. 32 I Nr. 5 EGBGB.

2. Bereicherung der F

F hat einen Vermögensvorteil in Form einer Kontogutschrift und dem damit einhergehenden Auszahlungsanspruch gegen die Bank in Höhe von 50 000 DM erlangt.

3. Leistung der M

Den Vermögensvorteil mußte F durch eine Leistung der M erlangt haben. Leistung ist die bewußte und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens³¹. M hat das Geld in Erfüllung einer vermeintlichen vertraglichen Verpflichtung auf das Konto der F eingezahlt und damit eine Leistung erbracht.

4. Ohne Rechtsgrund

Die Leistung erfolgte auch ohne Rechtsgrund, da die vermeintliche vertragliche Verpflichtung, die M zu erfüllen glaubte, tatsächlich wegen § 138 nicht bestand.

5. Kein Ausschluß des Bereicherungsanspruchs

a) § 814. Der Anspruch ist gem. § 814 ausgeschlossen, wenn M von ihrer fehlenden Leistungspflicht wußte. Erforderlich ist die positive Kenntnis der Rechtslage im Zeitpunkt der Leistung; nicht ausreichend ist die Kenntnis der Tatsachen, aus denen sich das Fehlen der rechtlichen Verpflichtung ergibt³². Hier wußte M zwar um die eine Sittenwidrigkeit begründenden Umstände. Es bestehen jedoch keine Anhaltspunkte dafür, daß M auch positiv wußte, daß sie nach der Rechtslage nichts schuldet. Der Ausschlußtatbestand des § 814 greift daher nicht durch.

b) § 817 S. 2. Der Anspruch könnte weiter gem. § 817 S. 2 ausgeschlossen sein. § 817 S. 2 bezieht sich nicht nur auf den Anspruch aus § 817 S. 1, sondern findet auf alle Fälle der Leistungskondition Anwendung³³.

aa) Der Leistungsbegriff des § 817 S. 2 wird teilweise eng ausgelegt, und zwar in dem Sinne, daß der Vermögensvorteil endgültig im Vermögen des Empfängers zu verbleiben bestimmt sein muß³⁴. Da dies hier der Fall ist, ist eine Vertiefung der Frage an dieser Stelle nicht erforderlich.

bb) M mußte bei der Geldzahlung sittenwidrig gehandelt haben. Mit Einzahlung der 50 000 DM hat M ihren Beitrag zu dem Titelhandel erbracht und damit objektiv gegen die guten Sitten verstoßen. Dabei mußte sich ihr die Sittenwidrigkeit des „Titelschachers“ zumindest aufdrängen, so daß auch das subjektive Element des § 817 S. 2 erfüllt ist³⁵.

cc) Damit ist der Rückforderungsanspruch der M ausgeschlossen, wenn nicht eine Einschränkung des § 817 S. 2 nach § 242, dem Grundsatz von Treu und Glauben, erfolgen muß. Eine solche Einschränkung ist insbesondere dann vorzunehmen, wenn der Ausschluß des Rückforderungsrechts unbillig erscheint, weil die Rechtsordnung gerade die Vermögensverschiebung an sich mißbilligt; diese würde dann durch die Versagung des Rückforderungsrechts letztendlich legalisiert³⁶. Vorliegend ist der Handel mit Titeln gegen Geld als insgesamt sittenwidrig einzustufen. Diese Einordnung beruht aber nicht in erster Linie auf der Entgeltlichkeit des Geschäfts und damit der Vermögensmehrung in der Person des „Veräußerers“, sondern insbesonde-

Erläuterungen

26. Palandt/Heldrich, Art. 38 EGBGB Rdnr. 2; BGHZ 87, 95 (97).

27. Palandt/Thomas, § 823 Rdnr. 31 m. w. Nachw.

28. Zu denken ist auch an § 132a StGB, den N als Anstifter (§ 26 StGB) oder zumindest als Gehilfe (§ 27 StGB) zu verwirklichen geplant hat. Da es nie zum Führen des Titels kam und der Versuch des § 132a StGB nicht strafbar ist, konnte auf eine Erörterung im Gutachten verzichtet werden. Im übrigen stellt § 132a StGB kein Schutzgesetz i. S. des § 823 II dar.

29. Daß ein solches vorliegt, wurde bereits im Rahmen des § 138 erörtert.

30. In diesem Sinne die Sittenwidrigkeit verneinend: OLG Köln, NJW-RR 1994, 1541 (1542); vgl. auch Palandt/Heinrichs, § 138 Rdnr. 17, der § 826 bei beiderseitigem Sittenverstoß als nicht erfüllt ansieht. Anders i.E. OLG Koblenz, NJW 1996, 665.

31. BGHZ 40, 272 (277); 58, 184 (188).

32. So die Rspr., BGH, NJW 1991, 919 (920).

33. So die ganz h.M.: RGZ 151, 70 (72); BGHZ 44, 1 (6); Esser/Weyers, SchuldR II, 7. Aufl. (1991), § 49 IV 2; Staudinger/Lorenz, 1994, § 817 Rdnr. 10.

34. Vgl. Palandt/Thomas, § 817 Rdnr. 17.

35. Es genügt nach der Rspr. das „leichtfertige Verschließen der Augen“, BGH, NJW 1993, 2108.

36. Vgl. BGH, NJW 1990, 2542 (2543) – „Schwarzarbeiterfall“; RGZ 71, 432 (435 f.); BAG, NJW 1983, 783.

re darauf, daß ein Dr.-Titel von einer Person getragen werden soll, die keine entsprechende wissenschaftliche Leistung erbracht hat. Daher erfordert der Grundsatz von Treu und Glauben nicht, daß *M* das Geld zurückverlangen kann. Eine Einschränkung des § 817 S. 2 ist demnach nicht geboten. Damit ist der Rückzahlungsanspruch der *M* aus § 812 I 1 Alt. 1 nach § 817 S. 2 ausgeschlossen.

6. Zwischenergebnis

M hat keinen Anspruch gegen *F* auf Rückzahlung der 50 000 DM aus § 812 I 1 Alt. 1.

VII. § 817 S. 1 BGB

Ein bereicherungsrechtlicher Anspruch auf Zahlung von 50 000 DM könnte der *M* gegen *F* aus § 817 S. 1 zustehen³⁷.

1. Bereicherung des *F* durch Leistung der *M*

F hat durch Leistung der *M* einen Anspruch gegen die Bank erlangt.

2. Sittenverstoß durch die Annahme der Leistung

Entscheidend ist, ob der unmittelbare Zweck der Leistung gerade deren Annahme sittenwidrig macht³⁸. Zweck der Geldzahlung ist die Entlohnung für die Titelvergabe durch *F*. Die Annahme von Geld für einen Titel ist in hohem Maße zu mißbilligen³⁹, so daß der Sittenverstoß objektiv gegeben ist. Dabei mußte sich *F* die Sittenwidrigkeit seines Handelns auch aufdrängen⁴⁰, wodurch das subjektive Element des Verstoßes ebenfalls gegeben ist.

3. Kein Ausschluß des Bereicherungsanspruchs

§ 814 kommt auf den Anspruch aus § 817 S. 1 nicht zur Anwendung. Der Anspruch ist jedoch nach § 817 S. 2 ausgeschlossen.

4. Zwischenergebnis

M hat keinen Anspruch auf Rückzahlung der 50 000 DM aus § 817 S. 1.

VIII. Ergebnis

M kann die 50 000 DM nicht von *F* zurückverlangen.

B. Frage 2: Anspruch der *M* gegen *F* auf Rückgabe des Schecks

I. § 985 BGB

M könnte gegen *F* einen dinglichen Anspruch auf Herausgabe des Schecks aus § 985 haben. Dann müßte *M* Eigentümerin des Schecks sein. *M* war ursprünglich Eigentümerin des Schecks, könnte jedoch ihr Eigentum nach § 929 S. 1 an *F* verloren haben.

1. Anwendbarkeit deutschen Sachenrechts

Die Anwendung deutschen Sachenrechts ergibt sich aus dem Grundsatz *lex rei sitae*, der Geltung des Rechts des *Lageortes*⁴¹. Zwar ist nicht bekannt, ob sich der Scheck bei *F* in der Schweiz oder bei *N* in Deutschland befindet. Für die Anknüpfung maßgeblich ist jedoch der Zeitpunkt der Entstehung des Rechts⁴². Soweit ein Anspruch aus § 985 besteht, ist dieser mit Aushändigung des Schecks an *N* in Deutschland entstanden, so daß deutsches Recht für die dingliche Rückforderung einschlägig ist.

2. Einigung über den Eigentumsübergang

Voraussetzung für den Eigentumsverlust ist eine wirksame Einigung zwischen *M* und *F* i. S. des § 929 S. 1. *M* hat sich mit *N* als dem Vertreter der *F* über den Eigentumsüber-

gang, zumindest konkludent beim Aushändigen des Schecks⁴³, geeinigt.

3. Wirksamkeit der Einigung

Die Einigung könnte als Vollzug eines sittenwidrigen Vertrages jedoch unwirksam sein. Die Nichtigkeit des Kausalgeschäfts könnte auf das Verfügungsgeschäft durchgreifen⁴⁴. Maßgeblich ist jedoch, daß Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäft nach dem Abstraktionsprinzip unabhängig voneinander sind. Das wertneutrale abstrakte Verfügungsgeschäft wird daher von der Sittenwidrigkeit des Verpflichtungsgeschäfts nicht erfaßt⁴⁵. Nur wenn das Verfügungsgeschäft selbst gegen § 138 verstößt, weil die Sittenwidrigkeit gerade im Vollzug der Leistung und damit in dem dinglichen Geschäft liegt, ist dieses unwirksam⁴⁶. Hier liegt die Sittenwidrigkeit in der Absprache zwischen *M* und *F*; nicht aber in dem Übergang des Eigentums an dem Scheck. Damit ist die Einigung nicht unwirksam.

4. Übergabe

Die Übergabe i. S. des § 929 S. 1 ist durch Hingabe des Schecks an *N* erfolgt. Zwar hat damit *N* die unmittelbare Verfügungsgewalt erhalten. Dieser ist als Filialleiter jedoch Besitzdiener der *F* und übt den Besitz so gem. § 855 für *F* aus. Damit erfolgte die Übergabe an *F*. *M* hat somit ihr Eigentum an dem Scheck gem. § 929 S. 1 an *F* verloren.

5. Zwischenergebnis

M hat keinen Anspruch gegen *F* auf Herausgabe des Schecks nach § 985.

II. § 812 I 1 Alt. 1 BGB

M könnte gegen *F* einen Anspruch auf Rückgabe des Schecks aus § 812 I 1 Alt. 1 haben.

1. Bereicherung der *F*

M müßte „etwas“, also eine vermögenswerte Position, erlangt haben. Die Hingabe eines Schecks erfolgt regelmäßig erfüllungshalber i. S. des § 364 II durch Übernahme einer neuen Verbindlichkeit⁴⁷. Damit hat *F* von *M* eine zusätzliche Befriedigungsmöglichkeit⁴⁸ erhalten, durch die das Vermögen der *F* gemehrt ist.

Erläuterungen

37. § 817 S. 1 scheidet, wenn hier bereits § 812 I 1 Alt. 1 einschlägig ist, nicht schon aus Konkurrenzgründen aus. Allerdings hat er nur dann praktische Bedeutung, wenn der Anspruch aus § 812 durch § 814 ausgeschlossen ist, *Palandt/Thomas*, § 817 Rdnr. 8.

38. *Palandt/Thomas*, § 817 Rdnr. 6.

39. *BGH*, NJW 1994, 187 (188).

40. Die *Rspr.* läßt das „leichtfertige Verschließen der Augen“ vor der Sittenwidrigkeit genügen, *BGH*, NJW 1983, 1420 (1423); 1989, 3217 (3218). S. auch *Erl.* 35.

41. *Palandt/Heldrich*, Anh. II Art. 38 EGBGB Rdnr. 2.

42. *BGHZ* 39, 173 (174); 45, 95 (99).

43. In aller Regel liegt in der Übergabe zugleich die Einigung, s. *Pikart*, in: *RGRK*, 12. Aufl. (1979), § 929 Rdnr. 49.

44. So *Honsell*, Rückabwicklung sittenwidriger und verbotener Geschäfte, 1974, S. 55: Die Sittenwidrigkeit des Kausalgeschäfts führe zur Unwirksamkeit des abstrakten Verfügungsgeschäfts, doch soll § 817 S. 2 auf die Vindikation Anwendung finden.

45. *BGH*, NJW 1990, 384 (385).

46. Vgl. *Palandt/Heinrichs*, § 138 Rdnr. 20; *Soergel/Mühl*, § 929 Rdnr. 19.

47. *Palandt/Heinrichs*, § 364 Rdnr. 6.

48. Durch die Begebung eines Schecks ermächtigt der Aussteller seine Bank, dem Scheckinhaber einen bestimmten Betrag auszahlen. Darüber hinaus verbietet der Scheck die neben der Grundforderung entstehende Rückgriffsforderung für den Fall der Nichteinlösung des Schecks (vgl. *Baumbach/Hefermebl*, WechselG u. ScheckG, 20. Aufl. [1997], Einl. ScheckG Rdnrn. 6, 18).