

# Die bereicherungsrechtliche Haftungsumfang im anglo-amerikanischen Recht

Assoz. Prof. Dr. Giorgi Rusiashvili

Demetre Egnatashvili

## Einführung

Im Recht der ungerechtfertigten Bereicherung kommt der Problematik des bereicherungsrechtlichen Haftungsumfangs eine zentrale Bedeutung zu. Der georgische Gesetzgeber hat, im Vergleich zu dem Deutschen (s. §§ 818-820 BGB) die entsprechenden Tatbestände noch detaillierter geregelt (Art. 979-981, 984, 985, 987 II, III GZGB<sup>1</sup>),<sup>2</sup> aber die tragende Struktur bleibt die Gleiche. Diese Regelungen stellen in gewisser Hinsicht eine Verkörperung desjenigen Prinzipes dar, das tragend ist für das ganze Bereicherungsrecht. Dieses Prinzip ist nämlich das Folgende: Die Bereicherungshaftung soll keine Verarmung des (redlichen) Empfängers nach sich ziehen – Der Zweck des Bereicherungsrechtes liegt nicht darin, den Empfänger für seinen rechtswidrig begangenen Tat zu „bestrafen“, sondern die rechtsgrundlose Vermögensverschiebung rückgängig zu machen, weswegen die bereicherungsrechtliche Haftung grundsätzlich (abgesehen von

dem Fall der verschärften Haftung<sup>3</sup>) kein Verschulden voraussetzt. Der Empfänger haftet in Rechtsordnungen der deutschen Rechtsfamilie nur soweit, soweit er noch bereichert ist (§ 818 III BGB, Art. 979 GZGB) und wird mit der Entreicherung gänzlich von der Haftung befreit. Den Ausschluss des Bereicherungsanspruchs nach dem Eintritt der Entreicherung kennt grundsätzlich auch das anglo-amerikanische Recht, unter dem Namen von *change of position*-Einrede, aber diese Anerkennung trägt nur einen rein formalen Charakter.<sup>4</sup> In der Tat stellt hier die Bereicherung, im Unterschied zu der deutschen Lösung, keine variable Größe dar, der nach dem Empfang sich mindern oder sogar gänzlich verschwinden kann.<sup>5</sup> Die Möglichkeit der Entreicherung wird aus anglo-amerikanischer Perspektive mit dem Hinweis auf diejenige Fällen kritisiert, in denen die Berufung auf die Entreicherung und Geltendmachung der Entreicherungseinrede auch in Deutschland verboten ist. Mit Hilfe sol-

<sup>1</sup> Die deutsche Übersetzung von GZGB ist abrufbar unter: <http://lawlibrary.info/ge> (11.03.2020).

<sup>2</sup> G. Rusiashvili, Reformvorschlag für Recht der ungerechtfertigten Bereicherung, 2020, 7 ff., <http://lawlibrary.info/ge> (32.03.2020) (auf Georgisch); G. Rusiashvili, Das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung I: Leistungskondiktion, Tbilisi 2017, 81 (auf Georgisch).

<sup>3</sup> Rusiashvili, Das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung I: Leistungskondiktion, oben Anm. 2, 61 ff.; G. Rusiashvili/D. Egnatashvili, Fälle zu den gesetzlichen Schuldverhältnissen, Tbilisi 2016, 107 ff. (auf Georgisch).

<sup>4</sup> Vgl. J. Gordley, Restitution without enrichment? Change of position and Wegfall der Bereicherung, in: D. Johnston/R. Zimmermann (eds) Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective, Cambridge 2002, 227 ff., 240, 241.

<sup>5</sup> J. P. Dawson, Erasable Enrichment in German Law, Boston University Law Review 61 (1981), 271 ff.

cher Argumente stellt man sogar das ganze Konzept der Entreichung in Frage. So soll etwa im Fall des durch Täuschung geschlossenen Geschäftes<sup>6</sup> derjenige, der eine rechtswidrige Tat begeht auch für die unvorhersehbare Konsequenzen seiner Handlung haften, selbst wenn er nicht mehr bereichert ist<sup>7</sup> – so hat derjenige, der den anderen mittels arglistigen Täuschung auf den Abschluss eines Vertrages über das Auto veranlasst, das danach ohne sein Verschulden bei ihm untergegangen ist, trotzdem den ganzen Wert zu ersetzen. Tatsächlich ist aber die Verortung von diesem Fall im Rahmen von kondiktionsrechtlichen Diskussionen ziemlich problematisch, genauso problematisch ist die, in diesem Kontext angesprochene Entscheidung aus dem englischen Recht – *Doyle v Olby (Ironmongers) Ltd*,<sup>8</sup> die eindeutig nach den Regeln des Deliktsrechtes zu entscheiden war, da der Kläger hier einen Schadensersatz verlangt hat und nicht den Ausgleich für den aus seinem Vermögen erlangten Vorteile. Die Tatsache, dass in einigen Fällen der Umfang von Bereicherungshaftung und der des Schadenersatzes zusammenfallen könnten ändert nichts daran, dass diese zwei verschiedenen Regelungskomplexe darstellen und in allen anderen Fällen das eine Rolle spielen kann. Der Hinweis auf *Doyle v Olby* im bereicherungsrechtlichen Kontext verwischt jede Grenze zwischen den deliktischen und bereicherungsrechtlichen Haftungsregimen. Für die deliktische Haftung ist es ohne jegliche Bedeutung, ob der A zufällig (durch leichte Fahrlässigkeit) die Fensterscheiben des B zerbrochen hat, oder diese genauso zufällig (da er sie für seine eigene gehalten hat) nach Hause mitnimmt und dort einbauen ließ. Nach dem Deliktsrecht wird in beiden Fällen nur der

objektive Wert des Fensters ersetzt; mittels kondiktionsrechtlichen Haftung: im ersten Fall – gar nichts, da der A durch das Aufbrechen von B-s Fenster gar nichts erlangt hat und im zweiten Fall wird nur dasjenige ersetzt, womit der A noch bereichert ist nach dem Einbau von Bs Fenster in seinem Haus – d. h. der Betrag, den er durch das Erlangen des Fensters auf diese Art und Weise (anstatt dieses zu kaufen) gespart hat. Die nach dem Ersparnis berechnete Bereicherung könnte dem objektiven Wert einer Sache gleichkommen (wenn A genau dieses Fenster gekauft hätte), aber es könnte auch weniger als dieser Wert sein (wenn A das Fenster billiger erlangt hätte).

Wenn A leicht fahrlässig sich vergriffen hat und das Fenster des B in Besitz nimmt und danach für den doppelten Preis weiterverkauft, soll er nach deliktischen Regeln immer noch den objektiven Wert ersetzen. Der Kondiktionsanspruch ist aber auf den ganzen Gewinn gerichtet, den der A durch seine Verfügung erwirtschaftet hat (Art. 982 II GZGB).<sup>9</sup> Im Falle von bewusst unrechtmäßiger Verfügung, ist kondiktionsrechtlich nicht nur das durch konkrete Verfügung Erlangte ersetzbar, sondern auch der ganze aus diesem Vorgang gezogene Vorteil, der über die Kosten des rechtmäßig Erlangten des entsprechenden Rechtes hinauslaufen kann (Art. 985 I GZGB).<sup>10</sup> Dieser letzter Haftungsmodus stellt eine Sanktion für die bewusste Verletzung des fremden Rechtes (s. dazu auch unten) dar, sowie die Weiterführung dieser Sanktion ist es, dass dem Kondiktionsschuldner die Berufung auf die Entreichung verschlossen bleibt (Art. 984 I GZGB). Dementsprechend haftet etwa der A im Falle, wenn er das Fenster des B stiehlt mit der Absicht sie weiterzuverkaufen, aber noch bevor er das verwirklichen kann (verschuldet oder unverschuldet) diese bei ihm untergehen, nicht nur im

<sup>6</sup> Gordley, in: Johnston/Zimmermann (eds) *Unjustified Enrichment*, oben Anm, 4, 231.

<sup>7</sup> Gordley, in: Johnston/Zimmermann (eds) *Unjustified Enrichment*, oben Anm, 4, 231.

<sup>8</sup> *Doyle v. Olby* [1969] 2 All ER 199 (CA).

<sup>9</sup> *Rusiashvili*, Reformvorschlag, oben Anm. 2, 77.

<sup>10</sup> *Rusiashvili*, Reformvorschlag, oben Anm. 2, 87 ff.

Rahmen der deliktischen Haftung auf den ganzen objektiven Wert, sondern auch kondiktionsrechtlich – er ist verpflichtet den ganzen Wert zu ersetzen (mit den in Art. 981 GZGB vorgesehenen Folgen). Aber selbst wenn A, wie es im ersten Fall beschrieben ist, absichtlich das Fenster des B zerstört hätte, wird er von der kondiktionsrechtlichen Haftung freigestellt, da er aus dem Vermögen des B nichts erlangt hat. Allein das Verschulden ändert daran nichts. Diese auf dem ersten Blick als selbstverständlich empfundene Unterscheidung zwischen den deliktischen und kondiktionsrechtlichen Haftungsregimen wird, soweit ersichtlich, im anglo-amerikanischen Recht nicht so eindeutig empfunden. Nur die faktische Ähnlichkeit zwischen diese zwei Fälle (1. Die Zerstörung der Sache an Ort und Stelle; 2. die Inbesitznahme der Sache nur mit nachfolgender Zerstörung) wird hier als ausreichend angesehen, um beide rechtlich identisch zu beurteilen. Dem konnte man aber so nicht zustimmen. Den zentralen Punkt des deliktischen (genauso wie des vertraglichen) Schadensersatzanspruchs bildet eben der Schaden und gibt deswegen die Möglichkeit solche Variationen des Schadenseintritts zu berücksichtigen, die das Bereicherungsrecht prinzipiell nicht erfassen kann. Aber auch umgekehrt, für das Bereicherungsrecht entscheidend ist nicht die eingetretene Vermögensminderung beim Kondiktionsgläubiger, sondern aus seinem Vermögen dem Vermögen des anderen zugefügte Werte (mit allen seinen Folgen), was für den Deliktsanspruch prinzipiell uninteressant ist. Deswegen ist es für den Ersteren entscheidend – womit der Haftende das Vermögen des Anderen (durch rechtswidrigen und schuldhaften Handlungen) gemindert hat und für den Zweiten – was dieser aus seinem Vermögen erlangt hat. Die erwähnte Unterscheidung zwischen den Fällen der direkten Zerstörung der Sache und Zerstörung erst nach der Inbesitznahme der Sache, der das anglo-amerikanische Recht keine Rechnung

trägt, ist vollkommen notwendig und gerechtfertigt. Es ist deswegen gerechtfertigt, da die Minderung des fremden Vermögens und das Erlangen von „Etwas“ aus dem fremden Vermögen in unterschiedlichen Ebenen zu verortenden Kategorien sind, die man weder aneinander anknüpfen, noch miteinander vermischen darf, sonst wird die Lösung von einigen praxisrelevanten Fällen unmöglich gemacht. Zum Beispiel darf man sonst nicht mehr sagen, dass einer aus dem Vermögen des anderen bereichert werden kann, ohne den anderen gleichzeitig damit zu entreichern.

Die Tatsache, dass es einen wesentlichen Unterschied gibt, zwischen den Fällen der Zerstörung von fremden Sachen und den Fällen vom Ergreifen dieser Sache und erst nachfolgender Zerstörung, verdeutlicht folgende Konstellation: A und B teilen das Territorium eines Strand, wo sie die Chaiselongues vermieten. Eines Abends stiehlt der A von B 5 Chaiselongues und hat vor diese am kommenden Tag zusammen mit seinen anderen Chaiselongues zu vermieten. Im Anschluss ändert er seine Meinung und vernichtet alle gestohlenen Sachen auf einmal. B hätte aber diese 5 Chaiselongues auch selbst nicht vermieten können, da er gleich an demselben Abend verstorben ist und seine Erben hatten keine Möglichkeit das Geschäft so schnell zu übernehmen. Die Erben dürfen zwar keinen entgangenen Gewinn (Art. 992, 411 GZGB) im Rahmen des Schadenersatzes von dem Dieb verlangen, es ist aber richtig, dass diese von ihm, als von dem verschärft haftenden Bereicherungsschuldner, den schuldhaft nicht gezogenen Nutzungen aus der Sache nach Art. 984, 981 II 1 fordern dürfen. Diese Güter (der Besitz an den Chaiselongues) sind in das Vermögen des A gelangt und es ist richtig, bei seiner Haftung die Vermögenspositionen aufgrund des bestimmungsmäßigen Gebrauchs von denen reinzuziehen, die selbst in dem Fall, wenn der Berechtigte keine

Möglichkeit hatte von diesen Gütern Gebrauch zu machen – ohne diese Lösung würde jeder die fremden Güter unbestraft in Gebrauch nehmen, wenn dadurch dem anderen kein Vermögensnachteil zufügt. Gerade aus diesem Grund ersetzt derjenige, der absichtlich über die fremde Sache verfügt, nicht nur die Kosten des rechtmäßigen Erwerbs von dem verletzten Gut, sondern gibt alles was er damit erzielt hat heraus. Aber soweit diese Lösung im Falle des Ergreifens von fremden Sachen gerechtfertigt ist, genauso absurd wäre es, wenn A die Sachen des B direkt zerstört hätte und ihn trotzdem auf denjenigen (schuldhaft nicht erzielten) Vorteil haften zu lassen, den er nur selbst erwirtschaften konnte, wäre die Sache bei ihm geblieben. Oder, wenn am Anfang beschriebenen Fall nach dem Aufbrechen der Fenster auf den Schädiger den Ersatz des doppelten Wertes aus dem Weiterverkauf der Sache aufzuerlegen, obwohl diesen Wert der Eigentümer selbst nicht erzielt hätte.

Das Deliktsrecht kann die Frage, wie der aus dem Fensterverkauf gezogene Vorteil oder durch Verfügung Erlangte (der nicht mit dem Vermögensnachteil des Geschädigten identisch ist) ersetzt werden soll, prinzipiell nicht erfassen und entscheiden. Zum Beispiel, löst die Dogmatik des Deliktsrechtes den Fall nicht (da das Deliktsrecht diesen Zweck gar nicht verfolgt), in dem A die Fenster des B zerbricht um den Konkurrent loszuwerden und damit in nachfolgender Zeit eigene Fenster teurer zu verkaufen. Hier bleibt der deliktische Schaden identisch zu dem oben angeführten Fall und bemisst sich nach dem objektiven Wert der (verlorenen) Fenster. Im Gegensatz dazu hat das Kondiktionsrecht ein ziemlich genaues und präzises Instrument<sup>11</sup> zur Verfü-

gung um die Frage zu entscheiden, inwieweit dem B ein Recht auf denjenigen Gewinn zustehen soll, den der A durch das Loswerden des Konkurrent erwirtschaftet hat.

Ausgehend von dem oben Gesagten, wird das Argument nicht überzeugend, dass das deutsche Recht, das die Bereicherung als variable Größe betrachtet, nicht stichhaltig ist, da in einem oder anderen Fall selbst zu einer Ausnahme von dieser Regel gezwungen ist und in diesen Fällen der Empfänger trotz der Entreicherung mittels eines Deliktsanspruches auf den Schadensersatz haftet. Das deutsche Recht kommt in diesen letztgenannten Fällen durch die Konstruktion der „verschärften Haftung“ zu dem gerechten Ergebnis (deren Zweck die Bestrafung des unredlichen Konditionsschuldners bildet), ohne dabei die Dogmatik des Delikts- und Bereicherungsrechts zu zerstören. Der Verzicht auf die Möglichkeit der Entreicherung verwandelt den Bereicherungsanspruch in einen verschuldensunabhängigen Schadenersatzanspruch, was ziemlich absurd ist. Noch einmal: Genauso, wie niemand ernsthaft behaupten darf, dass jemand aus dem Vermögen des anderen etwas erlangt hat nur aufgrund dessen, da dieser Andere einen Vermögensnachteil erlitten hat, genauso wenig darf man die These annehmen, ihn aufgrund dieser Schadenszufügung noch bereichert anzusehen (trotz des spurlosen Verschwindens des erlangten Vorteils aus seinem Vermögen).

### **I. Das rechtswidrige Ergreifen von fremden Rechtsgütern, die man nur aufgrund eines Vertrages erlangen darf**

Die Vertreter der bereicherungsunabhängigen Haftung in der anglo-amerikanischen Literatur<sup>12</sup> weisen weiter auf diejenige Fällen hin, in denen

<sup>11</sup> Das ist die Rechtsfigur des „Zuweisungsgehalt eines fremden Rechts“ s. dazu *Rusiashvili*, Reformvorschlag, oben Anm. 2, 71; *G. Rusiashvili*, Zeitschrift für die Rechtsvergleichung 4/2020, 48.

<sup>12</sup> *Gordley*, in: Johnston/Zimmermann (eds) *Unjustified Enrichment*, oben Anm. 4, 232.

jemand rechtwidrig fremde Güter ergreift, die man nur aufgrund eines Vertrages erwerben dürfte (*Wrongful appropriation of a benefit which one should have obtained by Contract*). Auch hier soll der Empfänger auch nach dem spurlosen Verschwinden des Erlangten aus seinem Vermögen trotzdem den vollen Wert dieser Güter ersetzen, was nochmals als ein Argument gegen die Betrachtung der Bereicherung als eine variablen Größe verwendet wird. Auch hier kommt das deutsche Recht in einigen Fällen zu den gleichen Ergebnissen mittels der schon erwähnten, verschärften Haftung, wonach der Empfänger in einigen Fällen haftet, obwohl er nicht mehr bereichert ist: Die Eisenbahngesellschaft hat die Bahngleise auf dem Grundstück des Klägers ohne entsprechendes Erlaubnis verlegt, dafür hat das Gericht sie zur Zahlung desjenigen Betrags verurteilt, den sie für einen rechtmäßigen Erwerb dieses Rechtes zu bezahlen hätten. Das Gericht hat das Argument, dass die Gesellschaft diesen rechtmäßigen entgeltlichen Erwerb gar nicht beabsichtigt hätte, ohne Rücksicht belassen.<sup>13</sup> In einem anderen Fall hat der Hersteller von Motorrädern ohne entsprechende Erlaubnis ein Bild eines bekannten Schauspielers zu Werbezwecken für die eigene Produktion verwendet, wofür das Gericht auch eine entsprechende Zahlungspflicht auferlegt hat.<sup>14</sup> Den bekanntesten Fall aus dieser Kategorie bildet der sog. „Flugreisefall“<sup>15</sup>, der heute in allen Lehrbücher Eingang gefunden hat. Hier reiste die Beklagte (Bereicherungsschuldnerin) von Hamburg nach New York und zurück ohne ein entsprechendes Ticket erworben zu haben. Obwohl sie mit dem Wert des Tickets nicht mehr bereichert war – sie hätte die Kosten des Tickets aus eigener Tasche nicht begleichen können und die einzige Möglichkeit für sie diese Leistung zu erwerben,

war diese eben unentgeltlich zu erwerben. Trotzdem hat das Gericht sie nicht als entreichert angesehen und dies nicht ausreichend für ihre Befreiung von der Haftung erachtet.<sup>16</sup> Aber, trotz der, in diesem Teil dem Grunde nach richtigen Beurteilung des Sachverhaltes, hat das Gericht in dieser Entscheidung zwei Voraussetzungen der Kondiktionshaftung miteinander vertauscht. Das Gericht hat unter der ersten Voraussetzung dieser Haftung, nämlich unter dem erlangten „Etwas“ diejenigen gesparten Gelder subsumiert, die die Kondiktionsschuldnerin zu zahlen hätte, hätte sie die Leistung aufgrund des entsprechenden Vertrages erworben. Diese Herangehensweise ist dogmatisch nicht ganz sauber und im Grunde nach unrichtig.<sup>17</sup> „Die Bereicherung“ (§ 818 BGB, Art. 979 GZGB) und seine Nichtexistenz ist die Sache, die auf der Ebene der Feststellung des Umfangs des Kondiktionsanspruches aktuell wird. Im Gegensatz dazu ist die Erlangung von „Etwas“ Ausgangsvoraussetzung der Haftung, die ganz am Anfang entschieden werden soll, wenn noch freisteht, ob überhaupt eine Vermögensverschiebung stattgefunden hat.<sup>18</sup> Die Frage der aus dem ursprünglich Empfangenen, noch gebliebene „Bereicherung“ zum Zeitpunkt der Rückgabe kommt erst danach in Betracht. Deswegen war hier dasjenige, was die Beklagte „erlangt“ hat, die Dienstleistung des Klägers (Flugreise), als immaterieller Vermögensvorteil. Aber ausgehend von diesem immateriellen Charakter, war sein Behalten nur in Form der ersparten Aufwendungen (ersparte Kosten der Flugreise) möglich, was schon zu der Kategorie der „Berei-

<sup>13</sup> RGZ 97, 310.

<sup>14</sup> RGZ 97, 310.

<sup>15</sup> BGH NJW 1971, 609.

<sup>16</sup> S. dazu detailliert *Rusiashvili/Egnatashvili*, Fälle zu den gesetzlichen Schuldverhältnissen, oben Anm. 3, 126.

<sup>17</sup> Diesen unrichtige Schluss legt auch *Gordley* (in: Johnston/Zimmermann (eds) *Unjustified Enrichment*, oben Anm. 4, 232) seinem Verständnis des deutschen Rechtes zu Grunde und macht daraus nicht ganz richtigen Schluss.

<sup>18</sup> *Rusiashvili/Egnatashvili*, Fälle zu den gesetzlichen Schuldverhältnissen, oben Anm. 3, 130.

cherung“ gehörte und entscheiden für die Feststellung des Rahmens der Rückforderung war. Das Auseinanderhalten von diesen zwei Ebenen, nämlich die des „Erlangen von Etwas“ und der „Behalten der Bereicherung“ ist entscheidend um die kondiktionsrechtliche Haftung richtig zu konstruieren. Wenn der Empfänger Etwas aus dem fremden Vermögen erlangt hat, danach aber entreichert wird (wegen spurlosen Verschwinden des Empfangenen ohne irgendeine Ersparnis) kann er dennoch zur Haftung gezogen werden, wenn ein besonderer Grund vorhanden ist, der seine verschärfte (von der Bereicherung unabhängigen) Haftung rechtfertigt. Im Gegensatz dazu ist seine bereicherungsrechtliche Haftung von vornherein ausgeschlossen, wenn er von Anfang an aus dem fremden Vermögen nichts erlangt hat: Wenn etwa der A zufällig in das Labor des B reingeht und aus einem Kolben eine sehr teure Säure trinkt, die er für Wasser hält. Obwohl er damit dem B ein beachtliches Schaden zufügt,<sup>19</sup> erlangt er damit trotzdem nichts, da durch die Inkorporierung der Säure auf solche Art und Weise (im Unterschied zum Fall, wenn er die Säure in die Tasche steckt) seinem Vermögen nichts zugefügt hat. Somit dürfte hier die Frage der bereicherungsrechtlichen Haftung des A gar nicht in Betracht kommen im Unterschied zu dem ersten Fall.

Im anglo-amerikanischen Recht wird hier grundsätzlich kein Unterschied zwischen den Platten von erlangten „Etwas“ und gebliebener „Bereicherung“ gemacht, sondern (in oben angegebenen Fällen) wird mit einer solchen ziemlich verschwommenen und sonderlichen Kategorie, wie die Aneignung von „durch den zu erwerbende Vorteile“, das Konzept der Entreichung zurückgewiesen. Im amerikanischen Recht ist dieses Prinzip im entsprechenden Restatement für das Deliktsrecht verankert, darauf wird aber

<sup>19</sup> Was ein Grund für seine deliktische Haftung bildet.

auch im Rahmen der bereicherungsrechtlichen Diskussion verwiesen:<sup>20</sup> *Das Schweigen des Empfängers auf das Angebot wird als die Annahme ausgelegt, wenn er aus der angebotenen Leistung die Vorteile zieht, obwohl es ihm möglich war diese zurückzuweisen und den Grund zu vermuten hatte, dass das Angebot entgeltlich war*<sup>21, 22</sup>

Mit Hilfe dieses Prinzipes gelangen die anglo-amerikanischen Gerichte durch eine Vertragsfiktion zu der bereicherungsunabhängigen Haftung des Empfängers. Das verdeutlicht die Entscheidung *Austin v. Burge*.<sup>23</sup> Der Beklagte *Burge* hat schenkweise ein Zeitungsabo von dem Kläger (*Austin*) bekommen. *Austin* hat aber diese Zeitungen auch nach Verstreichen des Abonnementzeitraums weitergeschickt und letztendlich ein entsprechendes Entgelt dafür gefordert. *Burge* hat den ausstehenden Betrag beglichen und verlangt, weiterhin keine Zeitungen an ihn zu verschicken. Nichtsdestotrotz hat *Austin*, ungeachtet dieser Aufforderung, diese auch weiterhin versandt, aber diesmal weigerte *Burge* jegliche Zahlung und *Austin* hat letztendlich die entsprechende Klage erhoben. Das erstinstanzliche Gericht wies die Klage ab – *Burge* hat kein Vertrag mit dem *Austin* geschlossen und sollte auch dafür nicht verantwortlich sein. Das Berufungsgericht hat aber eine andere Auffassung vertreten: wenn *Burge* die Zeitungen auch weiterhin widerspruchlos entgegengenommen hat, lag hierin ein sog. faktischer Vertrag vor (*implicit contract*), die den *Burge* zur Zahlung verpflichtete. D. h., wenn jemand die verschickte Tageszeitung akzeptiert und gelesen hat, wird angenommen, dass er sie konkludent auch gekauft

<sup>20</sup> Die Verwischung von jeglicher Grenze zwischen diese zwei Institute kann sicherlich nicht als gelungene Lösung angesehen werden.

<sup>21</sup> Restatement (Second) of Torts, § 283 A (1963).

<sup>22</sup> Vgl. Unterschied dazu § 241a BGB.

<sup>23</sup> *Austin v. Burge* 137 SW 618 (Mo App 1911).

hat und sein entgegengesetzter Wille ist unbeachtlich:

Die Ähnliche Konstruktion, das ein faktischer Vertrag, der durch das sog. sozialtypische Verhalten zustande kommt (Vertragsschluss durch sozialtypisches Verhalten), ohne entsprechende Willensäußerung, war in der Vergangenheit auch in Deutschland Gegenstand einer breiten Diskussion der Literatur gewesen und teilweise auch von der Rechtsprechung anerkannt.<sup>24</sup> Nichtsdestotrotz ist diese Rechtsfigur heute fast einstimmig zurückgewiesen, als eine Lösung, die einer Vertragspartei die vertragliche Bindung aufbürdet ohne seine Willensbetätigung und kommt somit in einem Widerspruch mit dem Prinzip der Privatautonomie, die eine Grundlage für jegliche vertragliche Bindung bildet.<sup>25</sup> Für die Rückforderung der Vermögensgüter, die normalerweise nur aufgrund des Vertrages erworben werden dürften, braucht man keine Vertragsfiktion entgegen des Prinzips der Privatautonomie, sondern es stehen dafür andere Instrumente zur Verfügung, etwa das Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag und das Deliktsrecht. Auf jeden Fall ist es aber unverständlich, warum diesen Fällen (*appropriation of a contractual benefits*) eben im Rahmen der Diskussion bezüglich der bereicherungsrechtlichen Haftung eine Bedeutung erlangt haben und die generelle Zurückweisung des Entreicherungsseinwandes rechtfertigen soll.<sup>26</sup> Die

Tatsache, dass von den angeführten Fällen kein zwingender Schluss bezüglich der bereicherungsrechtlichen Haftungsrahmen möglich ist (da in diesen Fällen die Frage des Empfanges und Verbleibens der Bereicherung gar nicht im Mittelpunkt steht) gibt auch der Vertreter dieser Auffassung (*Gordley*) zu.<sup>27</sup>

## II. Die Rückabwicklung des unwirksamen Vertrages

Der Umstand weswegen die angeführten Fälle im Kontext der kondiktionsrechtlichen Haftungsrahmen fallen (ohne tatsächlich dazu zu gehören), verdeutlicht ein bisschen der Hinweis auf die Problematik der Rückabwicklung des unwirksamen Vertrages, die in der Tat zu diesem Kontext gehört und deren Ähnlichkeit dazu zwingt die *appropriation of a contractual benefits* (unrichtig) dazu hinzurechnen. Die Problematik bei der Leistung und Rückabwicklung empfangener Güter aufgrund eines unwirksamen Vertrages war noch im römischen Recht bekannt. Eben im römischen Recht liegt der Ursprung der Kontroverse, ob hier vornehmlich das Bereicherungsrecht oder die Geschäftsführung ohne Auftrag anwendbar sein soll. Nach einer in der deutschen Literatur herrschenden Auffassung,<sup>28</sup> soll die Rückabwicklung eines unwirksamen Vertra-

<sup>24</sup> BGHZ 21, 319; BGHZ 23, 177.

<sup>25</sup> Vgl. *M. Wolf/J. Neuner*, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 10. Aufl., München 2012, § 37 Rn. 47.

<sup>26</sup> Es ist nicht eindeutig, was änderte bezüglich der bereicherungsrechtlichen Haftungsrahmen (außer der Tatsache, dass in einem Fall der Schuldner mit einer Leistungskondiktion und in einem anderen mittels einer Eingriffskondiktion haftet) der Umstand, dass in einem Fall selbst der Kondiktionsgläubiger ein Angebot in Bezug auf den Vermögensgut gemacht hat und in einem anderen Fall der Kondiktionschuldner diese Güter angeeignet hat. Im Großen und Ganzen macht für die Bestimmung der Rah-

men der kondiktionsrechtlichen Haftung (abgesehen der Besonderheiten des Eingriffskondiktion, etwa Art. 985 I GZGB) es kein Unterschied, ob der Schuldner dem Gläubiger die Sache aus der Tasche nimmt oder ob er von ihm eine Sachleistung mittels eines Betrugs erschleicht.

<sup>27</sup> *Gordley*, in: Johnston/Zimmermann (eds) *Unjustified Enrichment*, oben Anm. 4, 233.

<sup>28</sup> *Seiler*, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, § 677 Rn. 48; *S. Lorenz*, Gescheiterte Vertragsbeziehungen zwischen Geschäftsführung ohne Auftrag und Bereicherungsrecht - späte Einsicht des BGH? NJW 1996, 884; *H. Eidenmüller*, Wertersatz für rechtsgrundlos erbrachte Bauleistungen, JZ 1996, 892; *Gehrlein*, in Bamberger/Roth, BGB Kommentar, 3. Aufl. 2011, § 577 Rn. 18.

ges nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung erfolgen, da sie ein *lex specialis* gegenüber der GoA darstellt und spezielle Tatbestände enthält, wie etwa Art. 976 II a)-d), 977 II, 979 GZGB, die durch eine Anwendung des *negotiorum gestio*-Regeln nicht umgegangen werden sollten.<sup>29</sup> Auch das anglo-amerikanische Recht verortet diese Problematik im Rahmen des Bereicherungsrecht, was aber größtenteils dadurch verursacht ist, dass das *negotiorum gestio* dort ein Schattendasein führt und teilweise als gänzlich überflüssig zurückgewiesen wird.<sup>30</sup>

Benutzt man hier, für die Rückabwicklung eines unwirksamen Vertrages die Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung, die Rückforderung der Leistung soll in jedem Fall ausgeschlossen sein, wenn das „Erlangte“ keinen wirtschaftlichen Wert hat, d. h. es von Anfang an kein erlangtes „Etwas“ im Sinne des Bereicherungsrecht vorliegt. So hat zum Beispiel das deutsche Gericht dem Kläger kein Recht auf den Ersatz der Aufwendungen für die 800 Meter tiefe Grube zugesprochen, die er auf dem Grundstück des Klägers gegraben hat, da nach der Auffassung des Gerichtes das Vermögen des Klägers dadurch sich mit nichts vermehrt hat.<sup>31</sup> Normalerweise wählen aber die anglo-amerikanischen Gerichte den umgekehrten Weg und umgekehrte Herangehensweise. Nach denen trägt, trotz der Unwirksamkeit des Vertrages, der Besteller dieser Güter oder Dienste das Risiko dafür, dass diese im Nachhinein von Anfang an als wertlos sich herausstellen.<sup>32</sup> Deswegen hat das Gericht in

*Dowling v McKenny*,<sup>33</sup> in dem Fall, wenn der Kläger bei dem Beklagten die Aufstellung einer Statue auf seinem Grundstück bestellt hat, wofür er eine Grube ausgegraben hat – die Statue selbst war aber zum Prozesszeitpunkt noch nicht fertig – dem Kläger das Recht zugesprochen, den Ersatz für die Grube zu verlangen. Diese Lösung – Ersatz für die Grube – wird auch in der juristischen Literatur<sup>34</sup> als richtig gepriesen, da der Beklagte Besteller das Risiko von Anfang an getragen hat, dass die bestellte Leistungen für ihn sich wertlos herausstellen würde, da er selbst den Anderen für diese Leistung aufgefordert hat.<sup>35</sup> Genauso wie in dem Fall, wenn der Beklagter einen (unwirksamen) Vertrag mit einem Architekten abgeschlossen hat, aufgrund dessen dieser das entsprechende Projekt bereit gestellt hat, ist der Besteller zur Zahlung des entsprechenden Preises verpflichtet, selbst wenn ihm dieses Projekt von keinem Nutzen ist.<sup>36</sup> In dem Fall von *Fabian v. Wasatch Orchard Company* hat der Beklagte den *Fabian* in seinem Laden angestellt und mit dem Verkauf von konservierten Spargel beauftragt. Mit der Einwilligung des Beklagten ließ der Kläger eine Gewisse Menge von Spargel unter seinem Marktwert verkaufen. Der Vertrag war wegen eines Verstoßes gegen des „Gesetzes über den Betrug“ nichtig und erzeugte somit keine Wirkung. Das Gericht hat dem Kläger, ungeachtet der Tatsache, dass der Auftragsgeber nicht bereichert worden war, trotzdem ein Anspruch auf Ersatz der Kosten der Dienstleistung zugegeben. Der Kläger darf diese Kosten zurückverlan-

<sup>29</sup> Vgl. *Rusiashvili/Egnatashvili*, Fälle zu den gesetzlichen Schuldverhältnissen, oben Anm. 3, 33 ff.

<sup>30</sup> Vgl. *Rusiashvili/Egnatashvili*, Fälle zu den gesetzlichen Schuldverhältnissen, oben Anm. 3, 45 ff.

<sup>31</sup> RG JW 1911, 756.

<sup>32</sup> *Gordley*, in: Johnston/Zimmermann (eds) *Unjustified Enrichment*, oben Anm. 4, 236.

<sup>33</sup> *Gordley*, in: Johnston/Zimmermann (eds) *Unjustified Enrichment*, oben Anm. 4, 236.

<sup>34</sup> *Gordley*, in: Johnston/Zimmermann (eds) *Unjustified Enrichment*, oben Anm. 4, 236.

<sup>35</sup> *Dawson*, Restitution without enrichment, oben Anm. 5, 584.

<sup>36</sup> *Barnes v. Lozoff* 123 NW 2d 543 (1963); *Parrish v. Tahtaras* 318 P 2d 642 (1957); *Sterling v. Marshall* 54 A 2d 353 (DC 1947).

gen, obwohl diese Dienste für den Empfänger keinen Wert gehabt haben.<sup>37</sup>

Es ist unmöglich dieser anglo-amerikanischen Lösung zuzustimmen, wonach ein Bereicherungsanspruch gewährt werden darf, nur aufgrund dessen, dass zwischen den Parteien ein Vertrag geschlossen war, ohne Rücksicht auf die Bereicherung, d. h. ohne Rücksicht darauf, dass durch die Leistung der Gegenpartei nichts erlangt wurde. Ein Bereicherungsanspruch darf ohne Vermögensverschiebung aus einem Vermögen in das Vermögen des anderen nicht stattgegeben werden. Was hier tatsächlich die anglo-amerikanischen Gerichte machen, ist die Gewährung des Kondiktionsanspruches unter den Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag. Die Aufwendungen, die nur mittels eines solchen Instrumentes, wie etwa GoA, ersetzt werden dürften, für eine Bereicherung zu halten, ist eine Zweckverfehlung von beiden Instituten. Dies verwischt nicht nur jegliche Trennlinien zwischen dem Bereicherungsrecht und der GoA (was das anglo-amerikanische Recht durchaus gefällig finden dürfte), sondern es verwischt auch jegliche Grenze zwischen den wirksamen und unwirksamen Verträgen. Selbst wenn man das Argument beiseitelässt, dass es eben die Leistungskondition dasjenige Instrument ist, womit ein unwirksamer Vertrag rückabgewickelt werden soll<sup>38</sup>. Aus der Geschäftsführung ohne Auftrag dürften nur tatsächlich betätigte Aufwendungen ersetzt werden, d. h. dasjenige, was der Geschäftsführer tatsächlich aufwendet und nicht der Wert, womit das Vermögen des Geschäftsherren vermehrt ist. Dabei ist die Tätigkeit als solche (Ausnahme: Berufstätigkeit) wegen des unentgeltlichen Charakters der GoA nicht er-

satzfähig.<sup>39</sup> Eben aus diesem Grund dürfte im *Dowling v. McKenny* dem Kläger (wenn überhaupt) nur ein Anspruch aus *negotiorum gestio* zugesprochen werden und nur in Höhe, der für die Ausgrabung tatsächlich aufgewendeten Mühen; nicht aber nach dem Marktwert berechneter Wert der Dienste. Aus deutscher Sicht (zumindest nach herrschender Meinung) wäre das zwar auch keine gerechtfertigte Vorgehensweise gewesen, aber sie wäre zumindest vertretbar. In *Fabian v. Wasatch Orchard Company* wäre auch das Institut des *negotiorum gestio* nicht einschlägig gewesen, da es sich hierbei nur um das reine Tätigwerden (nicht im Rahmen seines Berufs) seitens des *Fabian* gehandelt hat.

Die Tatsache, dass zwischen den Parteien ein (nichtiges) vertragliches Übereinkommen vorhanden war und es erfüllt wurde, bedeutet noch nicht, dass damit das Vermögen des Gegners tatsächlich vermehrt wurde. Die Partei eines Vertrags dürfen alles möglichen und sogar wertlose oder absurde Leistungen vereinbaren – zum Beispiel, dass der Schuldner B in die Luft springt und dreimal mächtig schreien wird, wofür ihm der A mit 1000 Lari belohnen wird. Wenn der B das tatsächlich macht und der Vertrag wirksam bleibt, ist der A natürlich verpflichtet ihm das Geschuldete zu geben. Wenn aber sich dieser Vertrag als nichtig herausstellt, dann gibt es keine Rechtfertigung, warum der B den gleichen bzw. irgendwelchen Betrag bekommen soll. Die Rückgängigmachung eines nichtigen Vertrages mittels *negotiorum gestio* ist problematisch und im Endeffekt auch unrichtig, aber wenn die anglo-amerikanischen Gerichte diesen Weg einschlagen möchten, dann soll man dies auch explizit so benennen (und von bereicherungsrechtlichen Haftung trennen). Dem Gericht soll weiterhin auch der Umstand klar sein, dass mittels

<sup>37</sup> *Fabian v. Wasatch Orchard Co.* 125 P 860 (Utah 1912).

<sup>38</sup> Die deutschen Gerichte vertreten bekanntlich noch heute eine entgegengesetzte Position BGHZ 37, 258; BGHZ 101, 399; BGH NJW 1993, 3196; BGH NJW 1997, 48; BGH NJW 2000, 72 mwN.

<sup>39</sup> *Rusiashvili/Egnatashvili*, Fälle zu den gesetzlichen Schuldverhältnissen, oben Anm. 3, 29.

dieses Instrumentes nur dasjenige ersetzt wird, was der Leistende tatsächlich aufgewendet hat (unter dem Abzug des reinen Tätigkeitswertes) und nicht das, womit sich das Vermögen des anderen vermehrt hat.<sup>40</sup> Wenn etwa der bekannte Schriftsteller mit einem Journalisten über die Fotosession für bestimmten Entgelt übereinkommt und nach dieser Session der Vertrag sich als nichtig erweist, ist der Umstand, dass das Foto einen gewissen Wert besitzt unwichtig – wegen mangelnder Vermögensaufwendungen seitens des Schriftstellers ist ein Anspruch aus *negotiorum gestio* ausgeschlossen. Der Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag basiert auf einer ganz anderen Grundlage und Rechtfertigung als der Kondiktionsanspruch. Der Aufwendersatz, der dem *gestor* gewährt wird, ist eine Art von Belohnung für seine altruistische Tätigkeit im Interesse anderer. Die Vermögensverschiebung (aus seinem Vermögen in das Vermögen des Anderen) spielt hierbei keine Rolle. Das von der englischen Doktrin aufgestellte Leitprinzip, wonach: „Es ist unwichtig, womit der Empfänger tatsächlich bereichert ist, wenn er sich freiwillig für die Entgegennahme von Ressourcen des Anderen entschieden hat“<sup>41</sup>, stellt eine Art von verfehltem Vermittlungsversuch vom bereicherungsrechtlichen und GoA-Haftungsrahmen.<sup>42</sup> Dieser dogmatische Wirrwarr ist eben ein Grund dafür, dass die Entscheidung des englischen Gerichtes *Planche v Colburn*<sup>43</sup> heute als Teil des

Rechtes der ungerechtfertigten Bereicherung angesehen wird,<sup>44</sup> obwohl es sich hier um eine Abgeltung der Leistung im Rahmen eines wirksamen Vertrages gehandelt hat.<sup>45</sup>

Als Zusammenfassung darf hier gesagt werden, dass es unrichtig ist, das Bereicherungsrecht, dessen Zweck die Rückgängigmachung der rechtsgrundlos erfolgten Vermögensverschiebung bildet, für die Kompensation der Aufwendungen (in Sinne des GoA) zu benutzen.<sup>46</sup> Nur „reine“ Aufwendungen (und nicht im Sinne der Aufwendungskondiktion), als solche, dürfen Gegenstand der Geschäftsführung ohne Auftrag bilden und hierbei ist unwichtig, was tatsächlich die andere Partei hier erlangt hat. Die im anglo-amerikanischen Recht teilweise erfolgte Zusammenfassung von Ansprüchen aus *negotiorum gestio* und Kondiktionsanspruch in einem einheitlichen Restitutionsanspruch darf keine Lösung dieses Problems bieten, da diese prinzipiell zwei verschiedene Zwecke verfolgen. Das Prinzip, dass „der Besteller das Risiko trägt, dass das Empfangene für ihn sich wertlos herausstellt“, verwischt gänzlich die Grenze zwischen wirksamen und unwirksamen Vertrag. Die Vertragsnichtigkeit bedeutet, dass es in seinem Rahmen vereinbarte regulatorische Regime außer Kraft

<sup>40</sup> *Rusiashvili/Egnatashvili*, Fälle zu den gesetzlichen Schuldverhältnissen, oben Anm. 3, 33.

<sup>41</sup> *Gordley*, in: Johnston/Zimmermann (eds) *Unjustified Enrichment*, oben Anm. 4, 238.

<sup>42</sup> Diesem Letzten entspricht er deswegen nicht, da hier unter den „Ressourcen“ kein Unterschied zwischen den tatsächlich aufgewendeten und unentgeltlich zu leistende (reine) Tätigkeit gemacht wird. In jedem Fall ist es unrichtig, bei der Diskussion bezüglich der bereicherungsrechtlichen Haftungsrahmen auf diese Fälle zu hinweisen.

<sup>43</sup> *Planche v Colburn* [1831] EWHC KB J56.

<sup>44</sup> *Gordley*, in: Johnston/Zimmermann (eds) *Unjustified Enrichment*, oben Anm. 4, 238.

<sup>45</sup> Der Verlag hat den Schriftsteller mit dem Verfassen eines Buches beauftragt, danach aber die Entscheidung über dessen Veröffentlichung geändert. Obwohl das Manuskript unbeeendet geblieben ist, hat das Gericht den Verlag trotzdem zur Zahlung verurteilt.

<sup>46</sup> Abgesehen von der Tatsache, dass dies der restriktiven Anwendung dieses Institutes widerspricht, was durch anglo-amerikanische Gerichte mit dem Aufstellen des „*unjust factor*“-System sicher intendiert ist, s. dazu *G. Rusiashvili*, *Das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung in England*, *Deutsch-georgische Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1 ff.

gesetzt ist<sup>47</sup> und die Frage der Risikoverteilung mittels anderer rechtlicher Instrumente gelöst werden soll.

### III. Die Unmöglichkeit der Gegenrestitution

Die gestörte Rückabwicklung eines gegenseitigen Vertrages<sup>48</sup> – wenn die Herausgabe des Erlangten einer der Parteien nicht mehr möglich ist – soll im Rahmen des Bereicherungsrechts gesondert behandelt werden. Es ist eindeutig, dass die Rückabwicklung von einem gegenseitigen Vertrag anders erfolgen soll, als die Rückabwicklung von jedem anderen (nicht synallagmatischen) Geschäft und einer speziellen Figur für sich erfordert. Das deutsche und in seiner Nachahmung<sup>49</sup> auch das georgische Recht stelle dafür die Rechtsfigur der Saldotheorie (Art. 979 IV GZGB) zur Verfügung, die der Tatsache Rechnung trägt, dass die Rückabwicklung von gegenseitigen, nichtigen Verträgen genauso gegenseitig erfolgen muss, wie ihre Erfüllung – die gegenseitige Bereicherungsansprüche sollen voneinander abhängig durchgesetzt werden. Nehmen wir den Fall an, wenn der A aufgrund des nichtigen Vertrages eine Sache geleistet bekommen hat, die danach bei ihm untergegangen ist. Wenn er auf diesen Untergang der Sache als Entreicherung im Sinne von Art. 979 III GZGB hinweisen dürfte und das Rückforderungsrecht des dafür geleisteten Betrages dennoch behalten würde. Die Folge da-

von wäre, dass eine Partei alles bekommen würde, obwohl die Sache bei ihr untergegangen ist, und der andere leer ausgehen sollte. Um dieses unrichtiges Ergebnis zu vermeiden, hat man in Deutschland die Rechtsfigur der sog. Saldotheorie herausgebildet, die schon mehr als Jahrhundert alt ist und obwohl sie sich mittlerweile in mehrere Variationen und Alternativen zersplittert hat, ihr Kerngedanke ist unverändert geblieben: im Rahmen der Rückabwicklung eines nichtigen gegenseitigen Vertrages darf eine Partei das von ihr geleistet nur dann zurückbekommen, wenn sie ihrerseits das Empfangene herausgibt und sie darf nur so viel von diesem Geleisteten zurückfordern, wie sie sie selbst vom Empfangenen weggibt.

Auch in der anglo-amerikanischen Tradition ist die Rückabwicklung des nichtigen Austauschvertrages ein Thema, das von allen anderen bereicherungsrechtlichen Haftungsfällen getrennt behandelt wird. Nach der allgemeinen Regel, soll derjenige Kläger der die eigene Leistung zurückfordern möchte, soll seinerseits das Empfangene herausgeben. Die Haftung des Empfängers ist abhängig<sup>50</sup> von dem Vorhandensein der Bereicherung bei ihm und die Möglichkeit der Rückerstattung des seinerseits Empfangenen seitens des Kondiktionsgläubigers. Aber dieser Vorbehalt fügt sich nicht ganz harmonisch im System der anglo-amerikanischen Kondiktionshaftung – wenn die Bereicherung keine variable Größe von sich aus darstelle (s. dazu am Anfang). Denn welchen Sinn hat diese Unveränderbarkeit (d. h. die generelle Zurückweisung der Entreicherungseinsrede), wenn im Falle der Unmöglichkeit der Naturalrestitution jegliche Restitution ausgeschlossen sein soll? D. h. der Leistungskondiktionschuldner darf von einem gegenseitigen Vertrag

<sup>47</sup> Und nicht nur in dem Falle, wenn diese Unmöglichkeit dem Schutz von anderer Partei dient, d. h. der Vertrag eben deswegen außer Kraft gesetzt wird, da der Gegner durch den Vertrag vereinbartes Risiko nicht tragen sollte.

<sup>48</sup> Vgl. zu dieser Frage im georgischen Recht *G. Rusiashvili*, Zur Anwendbarkeit der Saldotheorie im georgischen Recht, Saarbrücken 2014, 159 ff.; *Rusiashvili/Egnatashvili*, Fälle zu den gesetzlichen Schuldverhältnissen, oben Anm. 3, 157 ff.; *Rusiashvili*, Reformvorschlag, oben Anm. 2, 43 ff.

<sup>49</sup> Vgl. dazu oben angegebene Literatur.

<sup>50</sup> *M. Chen-Wishart*, In defence of unjust factors: a study of rescission for duress, fraud and exploitation, in: Johnston/Zimmermann (eds) *Unjustified Enrichment*, 174.

immer noch bereichert sein, aber aufgrund der Tatsache, dass der Gläubiger die Herausgabe des Empfangenen (in Natur) nicht vermag, verliert er seinerseits auch den Rückforderungsanspruch und jegliche Rückabwicklung ist ausgeschlossen.

Die deutschen und englischen Gerichte kommen an dem Punkt überein, dass die Rückforderung nur unter der Bedingung der gegenseitigen Erstattung möglich ist, gehen aber bezüglich der Form der Rückerstattung auseinander.<sup>51</sup> In Deutschland ist im Falle der Unmöglichkeit der Rückerstattung seine Umrechnung in Geld und somit in Wertersatzanspruch möglich. In England soll nur der Leistungsgegenstand (in Natur) zurückgewährt werden, ansonsten ist die Rückabwicklung ausgeschlossen. Eine Ausnahme gilt nur für den Fall, wenn die Sache nur teilweise entwertet oder untergeht, dabei ist aber auch der unredliche Empfänger nicht zu Wertersatz in Geld für den entwerteten Teil verpflichtet. Die Leistungsrückforderung ist auch in dem Fall ausgeschlossen, wenn die Rückerstattung der Gegenleistung nachträglich unmöglich geworden ist, da der Leistungsgegenstand im Rahmen seines zweckmäßigen Gebrauchs unterging, verbraucht oder an einen Dritten veräußert wurde.<sup>52</sup> Zum Beispiel, wenn der Kläger von dem Beklagten eine Kommanditgesellschaft gekauft hat, die danach in ein GmbH verwandelt hat<sup>53</sup> oder der Kläger eine Mine gekauft hat und ihre Rückgabe nach der Vorratsausschöpfung beabsichtigt.<sup>54</sup> Aus diesem Prinzip folgt die Lösung, dass in England der Rückforderungsanspruch ausgeschlossen ist, wenn die Restitution der Gegenleistung von Anfang an unmöglich gewesen ist, etwa deshalb da es sich um eine Dienstleistung gehandelt hat: der Kläger hat das Anlegen

von Eisenbahngleise übernommen, der Kaufvertrag lag aber wegen einer unrichtigen Vorstellung zu Grunde. Der Kläger erhob die Klage mit der Forderung der Nichtigkeit des Vertrages und Wertersatz der geleisteten Dienste, die über den vertraglich vereinbarten Wert hinausgingen. Diese Klage wurde abgewiesen, da die Restitution dieser Dienste nicht mehr möglich war.<sup>55</sup> In *Clarke v Dickson*<sup>56</sup> hat der Kläger einen Anteil in der Bergbaugesellschaft des Beklagten gekauft (*The Welsh Potosi Lead and Copper Mining Company*). Der Abschluss des Kaufvertrags war durch drei Aussagen seitens des Beklagten bezüglich der finanziellen Lage der Gesellschaft entscheidend beeinflusst. Im Jahr 1857 war das Einkommen der Gesellschaft sehr niedrig und sie wurde letztendlich aufgelöst. Danach stellte sich heraus, dass diese Aussagen bezüglich des Gewinns, den die Gesellschaft jährlich erwirtschaften sollte, falsch gewesen ist und mit der Absicht geäußert wurden, einen Irrtum bei ihm zu erwecken. Er hat Klage zur Rückforderung des für den Anteil bezahlten Betrag erhoben. Der Richter *Crompton* fand es unmöglich den Vertrag nichtig zu erklären, da die Gesellschaftsanteile zu diesem Zeitpunkt jeglichen Wert schon verloren hatten. „Dann wenn einer von den Parteien auf die Nichtigkeit des Vertrages hinweisen möchte, soll sie die Möglichkeit haben das Erlangte im ursprünglichen [vor dem Vertragsschluss gegebenen] Zustand zurückzugewähren ... Was hat er denn gekauft? Ein Anteil an der Gesellschaft, den er mit anderen besessen hatte. Er kann diese nicht mehr rückübertragen .... In diesem Kontext möchte ich als Argument den Fall von Metzger anführen, der das lebende Vieh kaufte, es schlachtete und dann das Fleisch an seine Kunden weiterverkaufte. Würde das Recht uns die Möglichkeit geben, wie es eben der Kläger ver-

<sup>51</sup> *Chen-Wishart*, in: Johnston/Zimmermann (eds) *Unjustified Enrichment*, oben Anm. 50, 175.

<sup>52</sup> *White v. Garden* (1851) 10 CB 919.

<sup>53</sup> *Clarke v Dickson* (1858) EB & E 148.

<sup>54</sup> *Vigers v. Pike* (1842) 8 Cl & F 562.

<sup>55</sup> *Boyd & Forrest v. Glasgow & South Western Railway Co.* 1915 SC (HL) 20.

<sup>56</sup> *Clarke v Dickson* (1858) EB & E 148.

langt, nach dem Auffinden des Betrugs seitens des Verkäufers, dem Metzger ein Recht zu gewähren die Nichtigkeit des Vertrages zu fordern und den ganzen Preis zurückzuverlangen: wäre das noch ein Recht?“ Diese Entscheidung fand seitens des Richters *Erl* und *Cambel* eine Bestätigung. Das bedeutet, dass einem Kläger der eine Bergbaugesellschaft gekauft hat, dessen Einkommen viel niedriger war als nach deren Aussagen, aufgrund der Tatsache, dass diese Gesellschaft nicht mehr existent ist kein Recht auf Rückforderung von irgendetwas zugesprochen wird.. Diese Lösung ist eine umgekehrte Variante der deutschen Saldotheorie: Aufgrund dessen, dass eine von den Parteien die Rückerstattung in Natur nicht mehr leisten vermag, wird nicht nur die einseitige Rückforderung durch sie ausgeschlossen, sondern gänzlich auf die Rückabwicklung des Vertrages verzichtet. Hierbei liegt den beiden Lösungen der gemeinsame Gedanke zugrunde, dass beiderseitig erfüllter Vertrag nicht einseitig rückabgewickelt werden kann. Die Deutschen finden es aber selbstverständlich die Pflicht zur Naturalrestitution im Falle seiner Unmöglichkeit in Wertersatzpflicht umzuwandeln, um die beiderseitige Rückabwicklung trotzdem zu gewährleisten.

Aber diese auf den ersten Blick ziemlich sonderliche Begründung des englischen Gerichtes, die es möglich macht, dass die Unmöglichkeit der Naturalrestitution die Folgen des Betruges überlagert und trotz dieses Betrugs keine Rückabwicklung stattfindet, entblößt zwar das richtige Problem, löst es aber am Ende unbefriedigend – Der Kondiktionsanspruch schließt nicht die Unmöglichkeit der Naturalrestitution aus, da dieser in einem Wertersatzanspruch umgewandelt werden kann (und es ist nicht ganz nachvollziehbar, warum die englische Doktrin diese Schritt nicht macht), sondern die mögliche Schwierigkeit der Wertberechnung in dem Falle, wenn etwa der Verkäufer den Käufer bezüglich des Wertes

der Sache betrogen hat, oder, wie im oben angeführten Fall, Geschäftsanteil tatsächlich einen viel niedrigeren Wert gehabt haben. Für die Lösung dieses Problems darf auf zwei, rechtlich identische Fälle aus der deutschen Rechtspraxis hingewiesen werden. Im ersten Fall<sup>57</sup> handelte es sich um den Kauf eines Mähdreschers. In dem von dem Beklagten unterschriebenen Kaufvertrag war eingetragen, dass „die mangelfreie Funktionsfähigkeit der Maschine gesichert sei“. Der Mähdrescher ging alsbald kaputt und der Kläger erklärte die Anfechtung des Vertrages wegen Betrugs seitens des Beklagten über den Zustand der Maschine. Alternativ erklärte er einen Rücktritt. Während des Verfahrens hat der Kläger seine Anfechtung auf den Umstand gestützt, dass der Beklagte ihn betrogen hat über das Herstellungsdatum der Maschine – tatsächlich ist diese nicht drei, sondern neun Jahre alt gewesen. In diesem Fall hat das deutsche Gericht entschieden (was auch schon der gängigen Rechtspraxis entsprach), dass bei dem Untergang einer Sache, wenn dieser durch einen Mangel verursacht wurde, auf die Saldotheorie verzichtet werden soll. Zu Gunsten von „zwei Kondiktio-  
nentheorie“,<sup>58</sup> wonach einer seine Leistung zurückfordern darf unabhängig davon, ob er selbst das Empfangene rückerstattet. Für die Unterstützung dieses Ergebnisses darf auf eine Parallele mit der rücktrittsrechtlichen Abwicklung hingewiesen werden,<sup>59</sup> genauso wie auf den Fall der Unredlichkeit des Verkäufers, als Voraussetzung seiner verschärften Haftung. Im Rahmen der verschärften Haftung wird dem Beklagten, der die Unwirksamkeit des Vertrages verursacht hat und davon gewusst hat, trotz der Entreicherung eine Wertersatzpflicht aufgebürdet. Seine Unredlich-

<sup>57</sup> BGH, 09.10.1980 - VII ZR 332/79.

<sup>58</sup> *Rusiashvili*, Das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung I: Leistungskondiktion, oben Anm. 2, 152.

<sup>59</sup> *Rusiashvili/Egnatashvili*, Fälle zu den gesetzlichen Schuldverhältnissen, oben Anm. 3, 173.

keit wirkt auch umgekehrt – in diesem Fall tritt das entgegengesetzte Ergebnis ein: Er soll das Empfangene zurückgeben und bekommt nichts zurück (von ihm Geleisteten), was eindeutig vorzugswürdiger ist im Vergleich zu der anglo-amerikanischen Lösung.

Im zweiten Fall<sup>60</sup> haben die Parteien einen Kaufvertrag über einen gebrauchten Mercedes geschlossen, dessen Tachometerdaten durch den beklagten Verkäufer noch vor der Übergabe der Sache geändert waren. Der Verkäufer hat den Käufer über diese Tatsache getäuscht. Nach der Übergabe des Fahrzeugs hat der Kläger dieses auf einer Autobahn schwer beschädigt, wodurch er auch von der Täuschung erfahren und die Anfechtung erklärt hat. Mit der erhobenen Klage forderte er das übergebene Geld und die im Kaufpreis einkalkulierte dingliche Leistung (die Übergabe eines anderen Autos) zurück.<sup>61</sup> Das deutsche Gericht hat in diesem Fall anerkannt, dass der Käufer, der eine Täuschungsanfechtung erklärt (was tatsächlich stattgefunden hat), den Kaufpreis auch dann zurückfordern darf, wenn die Kaufsache bei ihm untergegangen ist oder sich verschlechtert hat und eine Rückgabe an den Verkäufer nur in diesem Zustand möglich ist. Somit wäre das deutsche Gericht in dem Fall *Clarke v Dickson* zu einem gänzlich entgegengesetzten Ergebnis gelangt, obwohl beiden Rechtsordnungen das Bewusstsein von dem identischen Problem zu Grunde lag. Aber das englische Gericht in seiner präventiven Bestrebung eine einseitige Rückabwicklung auszuschließen vermag, weist gänzlich die Möglichkeit dieser Abwicklung ab. Im Gegensatz dazu gelangt das deutsche Gericht durch die Umstellung der Naturalrestitutionspflicht in eine Wertersatzpflicht ziemlich leicht zu einem gerechtfertigten und elastischen

Ergebnis – generell gilt die Saldotheorie (beiderseitige Rückabwicklung), aber wenn eine von den Parteien (etwa wegen den von ihr verübten Täuschung) diesen Schutz nicht verdient, ist auch eine einseitige Rückforderung möglich.<sup>62</sup>

Der anglo-amerikanischen Doktrin wird letztendlich selbst die Tatsache bewusst, dass die gewählte Lösung zu unelastisch ist und zu unrichtigen Ergebnissen führt. Deswegen versucht sie das in *Clarke v Dickson* aufgestellte Prinzip auf die eine oder andere Weise abzumildern. So ist etwa die Rückerstattung möglich, wenn das Vermögensgut noch vorhanden ist, trotz der teilweisen Entwertung (*Spence v Crawford*): Der Beklagter hat den Kläger über die finanzielle Lage der Gesellschaft getäuscht und seine finanziellen Angelegenheiten bewusst falsch dargestellt um sie von ihm billiger abzukaufen und vor allem zu diesem Verkauf zu zwingen. Nach einigen Jahren versuchte der Kläger den verkauften Anteil zurückzuerwerben. Der Beklagter wies auf den Umstand hin, dass die Erstattung des zusätzlichen Vorteils nicht mehr möglich war; er hat anstatt des Klägers eine Bürgschaft gegenüber einer Bank übernommen und einige Aktien verkauft, um den erwirtschafteten Betrag zinsbringend anzulegen und somit die Liquidität der Gesellschaft zu gewährleisten.<sup>63</sup> Das Gericht hat hier trotzdem eine Rückerstattung der Gegenleistung in Form des Wertersatzes zugelassen. Was die veräußerten Aktien anbelangt, war der Kläger bereit deren mittlerweile erhöhten Marktwert zu ersetzen. Damit hat das Gericht letztendlich den Wertersatz der Gegenleistung in

<sup>60</sup> BGH, Urt. v. 8. Januar 1970, VII ZR 130/68.

<sup>61</sup> *Rusiashvili/Egnatashvili*, Fälle zu den gesetzlichen Schuldverhältnissen, oben Anm. 3, 173.

<sup>62</sup> Obwohl diese konkrete Entscheidung des deutschen Gerichtes kritisiert wurde mit dem Argument, dass in diesem Fall keine Ausnahme von der Saldotheorie gemacht werden sollte, da die Verfälschung der Tachometerdaten nichts mit dem nachfolgenden Untergang des Autos gehabt hat, s. dazu *Rusiashvili/Egnatashvili*, Fälle zu den gesetzlichen Schuldverhältnissen, oben Anm. 3, 172.

<sup>63</sup> *Spence v. Crawford* [1939] 3 All ER 271.

Geld zugelassen, was für den Kläger ungünstig war, aber er hat sich freiwillig darauf eingelassen. In Deutschland und in Georgien wären die Bürgschaftsverpflichtung gegenüber der Bank und entäußerten Aktien Aufwendungen (§ 984 I, 981) gewesen, für die der unredliche Empfänger keinen Ersatz bekommt.<sup>64</sup> Von der Regel, wonach mit der Unmöglichkeit der Restitution die Leistung auch der Kondiktionsanspruch der Gegenseite entfällt, hat das englische Gericht in *Erlanger v New Sombrero Phosphate Co*<sup>65</sup> eine Ausnahme gemacht und bei der Unmöglichkeit der Naturalrestitution sie durch Wertersatzpflicht ersetzt. Auch in *Smith New Court Securities Ltd v Scrimgeour Vickers* hat das Gericht im Falle der rechtsgrundlosen Leistung einer Gattungssache die Rückgewähr der Sache von gleicher Gattung und Wert angeordnet, etwa des Anteils in einer Körperschaft des öffentlichen Rechts. Diese Entscheidung wurde zwar mit dem Argument kritisiert, dass es dem Kläger möglich sei einen für teureren gekauften Anteil billiger zu erwerben,<sup>66</sup> dem wird aber entgegengehalten, dass diese unnötige Erschwerung gänzlich abgewiesen werden dürfte, wenn das Gericht nur zulassen würde den Gegenrestitutionsanspruch gänzlich in ein Wertersatzanspruch in Geld umzuwandeln,<sup>67</sup> wie es eben in Deutschland der Fall ist.

Somit ist im Falle der Unmöglichkeit der Rückerstattung in Natur, die Rückabwicklung gänzlich ausgeschlossen. Aber aufgrund dessen, dass dieses Ergebnis großenteils ziemlich unbillig ist, lassen die anglo-amerikanischen Gerichte ausnahmsweise die Möglichkeit der Umstellung der

Rückübertragungspflicht in einen Wertersatzanspruch, solange die Identität des Gegenstandes unverändert bleibt. Am wahrscheinlichsten ist diese Umstellung in Wertersatzanspruch in Geld gegen den Täuschenden möglich (*Spence v Crawford*).<sup>68</sup>

### Zusammenfassung

Das anglo-amerikanische Recht der ungerechtfertigten Bereicherung hat für die Frage des kondiktionsrechtlichen Haftungsrahmen eine ziemlich sonderliche Lösung gefunden. Mittels der Verallgemeinerung von Ausnahmefällen, d. h. teilweise mit dem richtigen Hinweis auf die Fälle in denen der Kondiktionsschuldner bereicherungsunabhängig haften soll, gelangt es im Endeffekt zu einer Anerkennung der Unmöglichkeit der Entreicherung. Vor allem wird in diesen Rechtsordnungen nicht zwischen den erlangten „Etwas“ (als Ausgangsvoraussetzung der Bereicherungshaftung) und von diesem „Etwas“ im Vermögen des Empfänger verbliebene Saldo – Bereicherung – unterschieden, was ein Konstruieren der in sich schlüssigen bereicherungsrechtlichen Haftungsdogmatik unmöglich macht. Diese Herangehensweise ist aber nicht nur wegen des Ergebnisses, sondern vor allem wegen der Methodologie problematisch, die zu seiner Begründung benutzt wird. Die Fälle worauf die Unmöglichkeit der Entreicherung gestützt wird, gehören größtenteils zum Bereich und zur Problematik des Deliktsrechts oder der Geschäftsführung ohne Auftrag. Die Vermischung von Voraussetzungen dieser verschiedenen Institute miteinander führt dazu, dass der Kondiktionsanspruch zu einem Instrument des Schadenersatzes ohne Schadensvoraussetzung und zum Aufwendungsersatzanspruch ohne Voraussetzung von Aufwen-

<sup>64</sup> Rusiashvili, Reformvorschlag, oben Anm. 2, 83.

<sup>65</sup> *Erlanger v. New Sombrero Phosphate Co.* (1878) 3 App Cas 1218.

<sup>66</sup> E. McKendrick, *Total Failure of Consideration and Counter-restitution: Two Issues or One?* in: Peter Birks (ed.), *Laundering and Tracing*, Oxford 1995, 233.

<sup>67</sup> *Chen-Wishart*, in: Johnston/Zimmermann (eds) *Unjustified Enrichment*, oben Anm. 50, 176 Anm. 70.

<sup>68</sup> *Chen-Wishart*, in: Johnston/Zimmermann (eds) *Unjustified Enrichment*, oben Anm. 50, 176.

dungsbetätigung wird. Alle unzähligen Ausnahmen und Ausnahmen von den Ausnahmen, auf die das anglo-amerikanische Recht in den Fällen der Unmöglichkeit von Gegenrestitution hinweist, bestätigt nochmals den richtigen Kern der deutschen Saldotheorie.