



DIE VERALTETE DOGMATIK

Kontrastargumente

- I. Das ändernde Gesetz
- II. Die veränderten Umstände
 - Beispiele: Begriffswandel, gewandelte Verkehrsauffassung, Veränderung des gesetzlichen Umfelds
 - Grundsatzkritik: Aufgabe des Gesetzgebers vs. Rechtsfortbildungszwang
 - Abschwächung: Betrachtungszeitraum ausweiten, Beweisanforderungen
- III. Die veraltete Dogmatik
 - Beispiel 1: Gegenstand der Herausgabepflicht aus § 812 BGB
 - Zulässigkeit
 - Fortschritt feststellen
 - Beispiel 2: Willenserklärung
 - Beispiel 3: Rechtsfähigkeit der Außen-GbR

Beispiel 1: Gegenstand der Bereicherung

Unter der **(früheren)** Herrschaft einer vermögensorientierten Sichtweise **wurden** zwei Lösungsansätze vorgeschlagen [dies sind: Verwendungserfolg/ ersparte Aufwendungen]

(MüKoBGB/Schwab BGB § 812 Rn. 19)

Während die Rspr und ein Teil der Literatur vor allem in den Fällen unbefugten Gebrauchs oder Verbrauchs fremder Sachen bzw Immaterialgüter, aber auch bei rechtsgrundlos erbrachten Dienst- und Werkleistungen den Kondiktionsgegenstand in der Ersparung der sonst dazu erforderlichen Aufwendungen erblicken (s oben Rn 26 und § 812 Rn 28 f), **setzt sich** für diese Fallgruppe **zunehmend die Erkenntnis durch**, daß das primär Erlangte iS von § 812 Abs 1 S 1 der nicht gegenständliche Vorteil selbst ist, und nicht erst die dadurch ermöglichte Ausgabenersparnis, die eine Auswirkung auf das Empfängervermögen ist (s dazu **BGHZ 99, 244, 248**; im Ansatz schon **vCaemmerer, in: FS E Rabel [1954] 381**

(Staudinger/Stephan Lorenz (2007) BGB § 812, Rn. 72)

Beispiel 1: Gegenstand der Bereicherung

Anderer Begründungstyp:

Während die Rspr und ein Teil der Literatur vor allem in den Fällen unbefugten Gebrauchs oder Verbrauchs fremder Sachen bzw. Immaterialgüter, aber auch bei rechtsgrundlos

Vielmehr sind sämtliche Kondiktionstatbestände – **entsprechend der römischrechtlichen Tradition** – tatbestandlich auf das konkret Erlangte ausgerichtet und somit gegenstandsbezogen. (v. Sachsen Gessaphe in: Dauner-Lieb/Langen, Schuldrecht, Rn. 8)

Unter der (früheren) Herrschaft einer vermögensorientierten Sichtweise **wurden** zwei Lösungsansätze vorgeschlagen [dies sind: Verwendungserfolg/ ersparte Aufwendungen]

(MüKoBGB/Schwab BGB § 812 Rn. 19)

vorteil selbst ist, und nicht erst die dadurch ermöglichte Ausgabenersparnis, die eine Auswirkung auf das Empfänger Vermögen ist (s dazu BGHZ 99, 244, 248; im Ansatz schon vCaemmerer, in: FS E Rabel [1954] 381

(Staudinger/Stephan Lorenz (2007) BGB § 812, Rn. 72)

Zulässiges Argument?

- Ein gutes Argument kann nicht altern
- Gesetzeswortlaut ist gleich geblieben
- Viele Fragen hat der Gesetzgeber der Wissenschaft und Forschung überlassen
- Gibt es Fortschritt in der Rechtswissenschaft?
- Kann und darf Recht sich ohne Gesetzgeber verändern?

„Die Dissertation muss wissenschaftlichen Ansprüchen genügen und einen Beitrag zum Fortschritt der rechtswissenschaftlichen Erkenntnis liefern“

[§ 2 II Promotionsordnung des FB01]

Kriterien für Fortschritt

- Übereinstimmung der maßgeblichen Kommentare
- Korrespondiert mit der Vorstellung von Wissenschaftlichkeit des Rechts
- Anerkennung in der Rechtsprechung
- Korrespondiert mit der Vorstellung einer beobachtenden, außerhalb stehenden Wissenschaft
- Recht als das, was Gerichte machen

Die **früher vorherrschende Ansicht**, verlangt sei nur die abstrakt rechnerische Differenz zwischen zwei Vermögenslagen (ursprüngliche Formulierung der „Saldotheorie“) (grdl. **RGZ 54**, 137 [141]; ferner RGZ 94, 253 [255]; 105, 29 [31 f.]; 114, 342 [344]; 170, 65 [67]; **übernommen von BGHZ 1, 75 [81 f.]**; **bis heute weiterhin Flume FS Niedermeyer, 1953**, 103 [175]; Flume NJW 1970, 1161 [1162]; AcP 194 [1994], 427 ff.; Flume FG 50 Jahre BGH, Bd. I, **2000**, 525 ff., mit gewissen Konzessionen 528; J. Wilhelm, Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung als Grundlagen und Grenzen des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung, 1973, 62 ff.; Reimer, Die aufgedrängte Bereicherung: Paradigma der „negatorischen“ Abschöpfung in Umkehrung zum Schadensersatz, 1990, 36), ist auch mit der gesetzlichen Systematik nicht vereinbar, weil § 812 unmissverständlich gegenständliche Herausgabe anordnet, ein positiver Saldo als solcher aber nicht herausgegeben werden kann (**BGHZ 55, 128 [133]**; v. Caemmerer FS Rabel, Bd. I, **1954**, 333 [368]; MüKoBGB/Schwab Rn. 1 f., § 818 Rn. 1; Staudinger/Lorenz, 2007, Rn. 65; NK-BGB/v. Sachsen Gessaphe Rn. 8; PWW/Prütting Rn. 28; Palandt/Sprau Rn. 8; schwankend BGHZ 53, 144 [145]; BGH NJW 1988, 3011; 1995, 454 [455]; 1995, 2627 [2628]). (BeckOK BGB/Wendehorst BGB § 812 Rn. 54, beck-online)

Benutzung von Plätzen zum Halten und Parken

➤ Divergenz in der Rechtsprechung

Eine Verurteilung nach den Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung ... würde erheblichen praktischen Schwierigkeiten begegnen; denn sie würde davon abhängen, **wieviel Treibstoff** in derartigen Fällen verbraucht und wieviel Zeit aufgewendet werden muß, um bei Beginn und bei Beendigung des Parkens einen **geeigneten Abstellplatz außerhalb der Parkfläche auszusuchen**.

Diese Erwägungen zeigen sehr deutlich, wie wirklichkeitsfremd das Ergebnis sein würde, wollte man der Eigenart der zwischen den Parteien zustande gekommenen Rechtsbeziehung nicht so wie oben entwickelt Rechnung tragen, sondern einen der Wege beschreiten, den die Rechtsordnung außerhalb des Vertragsrechts zur Verfügung stellt, um zu einem gerechten Ausgleich zu gelangen.
BGHZ 21, 319-336 („Hamburger Parkplatzfall“)

Wer einen nicht im Gemeingebrauch stehenden Platz (Bahnhofsvorplatz) ständig als Halteplatz für seine Kraftdroschke benutzt, kann daraus, daß auf dem Platz tatsächlich ein öffentlicher Verkehr stattfindet, nicht herleiten, daß der Eigentümer des Platzes diese Benutzung unentgeltlich zu dulden hat. Er schuldet ihm vielmehr **für die Benutzung** Wertersatz aus ungerechtfertigter Bereicherung.
BGHZ 20, 270 (LS)

Die Bereicherung des Beklagten liege darin, daß er eine **geldwerte Leistung tatsächlich in Anspruch genommen** und damit einen Vermögenswert erlangt habe, auch wenn dieser in seinem Vermögen nicht körperlich in Erscheinung getreten sei. Da die tatsächliche Inanspruchnahme nicht ungeschehen gemacht werden könne, sei ein späterer Wegfall der Bereicherung im Sinne des § 818 Abs. 3 BGB begrifflich ausgeschlossen. Der **Wert der Bereicherung** bemesse sich nach der **üblichen Vergütung** für die empfangene Leistung.
(BGHZ 55, 128-137, Rn. 9 – zur Begründung des OLG)

- Diskussion der neueren Ansicht in der Rechtsprechung
- Ablehnung durch den BGH

Die Rechtsprechung hat im Gegenteil stets den Standpunkt eingenommen, daß von einer **Bereicherung** im Sinne der § 812 ff BGB in der Regel nur gesprochen werden kann, wenn und soweit der Bereicherte eine **echte Vermögensvermehrung und sei es allein durch die Ersparnis von Aufwendungen** erfahren hat.
(BGHZ 55, 128-127, Rn. 12)

„Danach kann von einer Bereicherung im Sinne der §§ 812 ff BGB in der Regel nur gesprochen werden, wenn und soweit der Bereicherte eine **echte Vermögensvermehrung** erfahren hat (BGH, Urteil vom 7. Januar 1971 - VII ZR 9/70, **BGHZ 55, 128, 131**). Deshalb gilt als allgemein anerkannter Grundsatz, dass die Herausgabepflicht des Bereicherten keinesfalls zu einer Verminderung seines Vermögens über den wirklichen Betrag der Bereicherung hinaus führen darf (BGH aaO mwN).“
BGHZ 196, 285-299, Rn. 27

Sachverhalt:

- durch Kündigung beendete Telefon- u. Internetflatrate
- Fervers/Gsell, NJW 2013, 3607, 3610 verweisen auf:

„Nach den §§ 812, 818 II BGB hat der Bereicherungsschuldner das Erlangte oder seinen Wert herauszugeben. Erst § 818 III BGB beschränkt diese Verpflichtung auf den Umfang der Bereicherung.“
(BGH NJW 1979, 160, 162)

Rezeption von Dogmatischen Neuerungen durch die Rechtsprechung im Bereicherungsrecht:

Indessen ist die Entscheidung vom 5. Oktober 1961 auch dann gerechtfertigt, wenn der Fall **mit der neueren Lehre** allein unter dem Gesichtspunkt der Leistungskondition gewürdigt wird.

Das neuere Schrifttum versteht unter einer Leistung i.S. des § 812 Abs. 1 BGB eine bewußte und zweckgerichtete Vermehrung fremdem Vermögens (Esser, Schuldrecht, 2. Aufl., § 189, 6; Berg NJW 1962, 101).
BGHZ 40, 272-282, Rn. 27f.

“Aus einer Konkretisierung der Frage nach der Unrechtmäßigkeit ergeben sich die Typen der Bereicherungsansprüche. Und nur mit einer solchen Typologie, nicht mit einer Aufstellung allgemeiner Kriterien, läßt sich dem Bereicherungsanspruch Form und Grenze geben.” (S. 337)

Im übrigen gehen auch die Bereicherungsansprüche des deutschen bürgerlichen Rechts nicht primär auf “die Bereicherung” sondern, wie die §§ 818 Abs. 1,2 u. 4, 819 und 820 BGB erweisen, auf das Erlangte oder seinen Wert.” (S. 368)

“Weiter verwendet man in der Rechtsprechung den Gedanken der Ersparnis von Aufwendungen dazu, um bei Gebrauch oder Verbrauch fremden Gutes einen Bereicherungsanspruch zu rechtfertigen, der freilich besser einfach auf § 818 Abs. 2 BGB (Wertvergütung, weil das Erlangte nicht in Natur herausgegeben werden kann) gestützt wird.” (S. 381)

v. Caemmerer in FS Rabel 1954

Trennungslehre
(Leistungskondiktion/
Eingriffskondiktion)

Stellungnahme zu fast allen
umstrittenen Punkten mit
Beispiel und mit
Rechtsvergleich (zB auch zur
Versionsklage)

Im Abschnitt “**Gegenstand**
des Bereicherungsanspruchs”

Beispiel 2: Willenserklärung

- „**Geradezu antiquiert** ist es, **im Stile Savignys** zu behaupten, eine Willenserklärung bestehe aus den beiden Elementen Wille und Erklärung... **Noch immer** verschanzen sich Willens- und Erklärungstheorie in ihrem Gräben und noch immer führt man unter der Fahne der Privatautonomie Feldzüge gegen den Vertrauensschutz““ (HKK/Schermaier, §§ 116-124, Rn. 26)

Beispiel 3: Rechtsfähigkeit der Außen- GbR

„Die herrschende Auffassung hatte es sich in ihrer geheuchelten Gesetzestreue so recht gemütlich gemacht. Dieser Zustand war schwer zu ertragen. Ihn zu beenden, erwies sich als eine **Aufgabe für Wissenschaft und Rechtsprechung**, und zwar dezidiert in dieser Reihenfolge.
(C. Schmidt, JZ 2009, 10, 13)

Einigkeit über die
Rolle der
Wissenschaft

„Es handelt sich offensichtlich um die erneute Aufforderung zu einer „unbegrenzten Auslegung“, wo immer sich **Rechtswissenschaft und Justiz** dazu „inspiriert“ sehen.
(Rüthers, Unbegrenzte Auslegung, 8. Aufl. 2017, S. 508)

keine klare
gesetzliche Regelung

Frage vom
Gesetzgeber offen
gelassen

langer zeitlicher
Rückblick

Die **Unvollständigkeit der gesetzlichen Regelung** und das **erkennbare Bestreben des historischen Gesetzgebers**, eine konkrete Festlegung zu vermeiden, lassen Raum für eine an den praktischen Bedürfnissen der Verwirklichung des Gesamthandsprinzips orientierte Beurteilung der Rechtsnatur der Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Danach verdient die Auffassung von der nach außen bestehenden beschränkten Rechtssubjektivität der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft den Vorzug. Diese Auffassung geht auf die deutsch-rechtliche Gesamthandslehre des 19. Jahrhunderts zurück (vgl. Otto Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. 1 1895, S. 663 ff., 682).

Sie wurde maßgeblich von Flume (aaO S. 50 ff.; ZHR 136 <1972>, 177 ff.) in die moderne Diskussion eingeführt und **hat sich im neueren Schrifttum weitgehend durchgesetzt** (vgl. vor allem MünchKommBGB/Ulmer, 3. Aufl. § 705 Rdn. 130 ff. m.w.N. in Fn. 373; ders. AcP 198 <1998>, 113 ff.; ebenso K. Schmidt, Gesellschaftsrecht 3. Aufl. § 8 III, S. 203 ff.; Wiedemann, WM 1994 Sonderbeilage 4, S. 6 ff.; Huber, FS Lutter 2000, 107, 122 ff.; Hüffer, Gesellschaftsrecht 5. Aufl. S. 47 ff.; Dauner-Lieb, Die BGB-Gesellschaft im System der Personengesellschaften, in: Die Reform des Handelsstandes und der Personengesellschaften <Schriftenreihe der Bayer-Stiftung für deutsches und internationales Arbeits- und Wirtschaftsrecht> 1999, S. 95, 99 ff.; Reiff, ZIP 1999, 517, 518; Mülbert, AcP 1999, 39, 43 ff.; Wertenbruch, Die Haftung von Gesellschaften und Gesellschaftsanteilen in der Zwangsvollstreckung 2000, S. 211 ff.).

BGH, Urteil vom 29. Januar 2001 – II ZR 331/00 –, BGHZ 146, 341-361, Rn.

Ausblick

Andere, radikalere Form von Fortschritt:

- Paradigmenwechsel in der Rechtsfindung – Abschied vom Auslegungsverständnis (Chr. Fischer)

Nächste Woche: Kontinuität I – Gewohnheitsrecht

- Unterlassensanspruch nach § 1004 BGB analog