

## Der Bundesgerichtshof und die Rückforderung von im Rahmen so genannter ‘Schenk Kreise’ gezahlter Geldeinlagen

**Abstract:** In two identical judgments of the *Bundesgerichtshof* (German Federal Supreme Court) of 10 November 2005<sup>†</sup> the claimants were awarded restitution of sums they had paid to the respondents for the purpose of participation in a so-called ‘gift community’. The gift communities were organised like a kind of pyramid. The members at the summit of the ‘receiver community’ received certain sums from the ‘giver community’ below them. Thereupon the ‘receivers’ dropped out of the ‘game’; those previously occupying ‘giver’ positions then took their place. This meant that enough participants then had to be recruited to occupy the ‘giver’ positions below them. Their recruitment was the responsibility of the new members. In knowledge of this system, the claimants joined a ‘giver community’ and paid EUR 1.250 to the defendants, who alongside others constituted the ‘receiver community’. They wanted to remain in the game and later become ‘receivers’ themselves. It was only when this plan backfired that they demanded their money back from the ‘receivers’. The subsequent claims were successful in all three instances.

The *Bundesgerichtshof* allowed a claim of restitution according to § 812, 1<sup>st</sup> sentence, 1<sup>st</sup> alternative BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch* - German Civil Code), as the ‘gift community’ arrangement was void according to § 138 (1) BGB and the EUR 1.250 was thus paid to respondents without legal basis. The central issue in the judgments was the applicability of § 817, 2<sup>nd</sup> sentence BGB, according to which a claim for restitution is barred where both parties are at fault. The court rejected its applicability and stated that the reason for, and protective purpose of, the sanction of nullity (§ 138 (1) BGB) would in this case exceptionally preclude application of the bar on restitution of § 817, 2<sup>nd</sup> sentence BGB, as the vast majority of participants - in contrast to the initiating ‘members’, who would (for the most part) realise a guaranteed profit - would not make a profit; rather, they would necessarily lose their ‘contribution’. It is precisely such immoral conduct that § 138 seeks to discourage by the sanction of nullity. This would however be subverted if - irrespective of the nullity of the game - the respondents were allowed to keep the money they had acquired by immoral means. Neither does this restrictive interpretation of § 817, 2<sup>nd</sup> sentence BGB contradict § 762 (1), 2<sup>nd</sup> sentence BGB, which precludes restitution of anything paid in the context of a game, as the provision only applies if the claim to restitution is based on the gaming nature of the arrangement.

**Résumé:** Dans deux décisions rendues par la cour suprême allemande au texte identique du 10 Novembre 2005,<sup>†</sup> les demandeurs requièrent le remboursement d’un montant qu’ils avaient versé aux défendeurs dans le but de participer à une ‘vente pyramidale’. Comme leur nom l’indique, les ventes pyramidales étaient organisées selon le principe d’une pyramide. Les membres au sommet, les ‘bénéficiaires’, obtinrent du subordonné réseau des investisseurs entrants des sommes déterminées. Les ‘bénéficiaires’ quittaient ensuite le ‘jeu’; ils furent remplacés par ceux qui jusqu’alors étaient ‘entrants’, qui prirent désormais la place de bénéficiaire. Il s’agissait ensuite de trouver suffisamment de participants, afin de créer de nouveaux ‘réseaux d’entrants’. Le recrutement était l’affaire des ‘joueurs’ bénéficiaires restant. C’est en connaissance de ce système que les demandeurs adhérèrent à un réseau d’investisseurs et qu’ils versèrent aux défendeurs, occupant avec d’autres le ‘réseau des bénéficiaires’, EUR 1.250. Ils voulaient rester dans le jeu et par la suite

<sup>†</sup> Bundesgerichtshof, Neue Juristische Wochenschrift 2006, 45.

devenir eux-mêmes ‘bénéficiaires’. C’est seulement après que ceci eut échoué qu’ils réclamèrent l’argent aux ‘bénéficiaires’. Les demandes qui suivirent furent approuvées par les trois instances.

La cour suprême allemande concéda aux demandeurs une action en restitution selon le § 812 al. 1<sup>er</sup> phr. 1 alt. 1 BGB, étant donné que la convention de ‘vente pyramidale’ était nulle en vertu du § 138 al. 1<sup>er</sup> BGB et que de ce fait le montant de EUR 1.250 avait été versé sans cause aux défendeurs. Le barycentre des jugements fut la question de l’applicabilité du § 817 phr. 2 BGB, en vertu duquel une revendication est exclue, dans la mesure où l’on peut imputer également à celui qui effectue le versement une violation de la loi ou une offense aux bonnes mœurs. Ceci fut rejeté par le tribunal, qui exposa que dans ce cas, le fondement et le but de protection de la sanction de nullité (§ 138 al. 1<sup>er</sup> BGB) allaient à l’encontre du gel de l’action en restitution prévue par le § 817 phr. 2 BGB, car la grande majorité des participants – contrairement aux ‘joueurs’ initiant, qui (pour la plupart) obtinrent des gains sûrs – ne réalisèrent pas de profit, mais au contraire perdirent leur ‘mise’. Le § 138 al. 1<sup>er</sup> BGB combat un tel comportement contraire aux bonnes mœurs en prescrivant la nullité de telles conventions. Ceci aurait été finalement contrecarré et aurait tout simplement invité les initiateurs de tels ‘jeux’ à continuer, s’ils avaient pu conserver les montants obtenus au moyen de méthodes contraires aux bonnes mœurs – nonobstant la nullité des conventions sous-tendant le ‘jeu’. Ne s’oppose pas non plus à cette interprétation restrictive du § 817 phr. 2 BGB, le fait que selon le § 762 al. 1<sup>er</sup> phr. 2 BGB, ce qui a été versé en raison d’un jeu ne puisse être réclamé, car la disposition s’applique uniquement lorsque la revendication se fonde sur son caractère ludique.

**Zusammenfassung:** In zwei wortgleichen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 10. November 2005,<sup>†</sup> verlangten die Kläger die Rückerstattung eines Beitrages, den sie zum Zweck der Teilnahme an einem so genannten ‘Schenkkreis’ an die Beklagten gezahlt hatten. Die Schenkkreise waren nach Art einer Pyramide organisiert. Die an der Spitze stehenden Mitglieder des ‘Empfängerkreises’ erhielten von dem ihnen nachgeordneten ‘Geberkreis’ bestimmte Geldbeträge. Darauf schieden die ‘Beschenkten’ aus dem ‘Spiel’ aus; an ihre Stelle traten die bisherigen ‘Geber’, die nunmehr die Empfängerposition einnahmen. Es galt dann, genügend Teilnehmer für neu zu bildende ‘Geberkreise’ zu finden. Die Anwerbung war Sache der als Empfänger verbliebenen ‘Mitspieler’. In Kenntnis dieses Systems traten die Kläger in einen ‘Geberkreis’ ein und zahlten an die Beklagten, die mit anderen den ‘Empfängerkreis’ besetzt hatten, EUR 1.250. Sie wollten weiter im Spiel bleiben und selbst später ‘Beschenkten’ werden. Erst nachdem dies fehlschlug, verlangten sie das Geld von den ‘Beschenkten’ zurück. Die anschließenden Klagen hatten in allen drei Instanzen Erfolg.

Der Bundesgerichtshof gestand den Klägern eine Leistungskondiktion gem. § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB zu, da die Vereinbarung des ‘Schenkkreises’ gem. § 138 Abs. 1 BGB nichtig und die EUR 1.250 somit jeweils ohne Rechtsgrund an die Beklagte geleistet worden sei. Schwerpunkt der Urteile war die Frage nach der Anwendbarkeit des § 817 Satz 2 BGB, wonach eine Rückforderung ausgeschlossen ist, sofern dem Leistenden gleichfalls ein Gesetz- oder Sittenverstoß zur Last fällt. Das Gericht verneinte dies und führte aus, dass der Grund und der Schutzzweck der Nichtigkeitssanktion (§ 138 Abs. 1 BGB) hier ausnahmsweise gegen die Kondiktionssperre des § 817 Satz 2 BGB spreche, weil die große Masse der Teilnehmer – im Gegensatz zu den initiiierenden ‘Mitspielern’, die (meist) sichere Gewinne erzielten – zwangsläufig keinen Gewinn machten, sondern lediglich ihren ‘Einsatz’ verloren. Einem solchen sittenwidrigen Verhalten steuere § 138 Abs. 1 BGB entgegen, indem er für entsprechende Vereinbarungen Nichtigkeit anordnet. Dies würde aber im Ergebnis konterkariert und die Initiatoren solcher ‘Spiele’ zum

Weitermachen geradezu einladen, wenn sie die mit sittenwidrigen Methoden erlangten Gelder – ungeachtet der Nichtigkeit der das ‘Spiel’ tragenden Abreden – behalten dürften. Dieser einschränkenden Auslegung des § 817 Satz 2 BGB stehe auch nicht entgegen, dass das aufgrund eines Spiels Geleistete gemäß § 762 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht zurückgefordert werden kann, da die Vorschrift nur dann eingreife, wenn die Rückforderung auf den Spielcharakter gestützt werde.

### *German case note*

---

ANDRÉ JANSSEN\*

#### **1. Einleitung**

In den letzten Jahren hatten sich die deutschen Gerichte<sup>1</sup> vermehrt mit Klagen auseinanderzusetzen, die auf Rückforderung von Zahlungen innerhalb so genannter ‘Schenkkreise’<sup>2</sup> gerichtet waren, die sich in Deutschland inflationär verbreitet haben und deren volkswirtschaftlicher Schaden enorm ist. Dabei handelt es sich zumeist um vierstufig hierarchisch aufgebaute Schneeball- beziehungsweise Pyramidensysteme.<sup>3</sup> Die Teilnehmer der untersten Stufe zahlen Geldbeträge, welche je nach Spiel zwischen EUR 100 und EUR 5.000 variieren können, an die Teilnehmer der ersten Stufe, welche daraufhin aus dem Spiel ausscheiden.<sup>4</sup> Die Zahlenden rücken anschließend

---

\* Wissenschaftlicher Assistent Dr. André Janssen, Universität Münster.

<sup>1</sup> Vergleiche unter anderem (in zeitlicher Reihenfolge): Amtsgericht Gütersloh, Urteil vom 21. November 2003 – 14 C 553/03; Amtsgericht Köln, Urteil vom 18. Januar 2004 – 112 C 551/03 (abrufbar unter: [www.nrwe.de](http://www.nrwe.de)); Amtsgericht Springe, Urteil vom 19. März 2004 – 4 C 101/04 (III); Landgericht Bielefeld, Urteil vom 21. April 2004 – 22 S 300/03 (abrufbar unter [www.nrwe.de](http://www.nrwe.de)), Berufungsentscheidung zu Amtsgericht Gütersloh; Amtsgericht Altenkirchen, Urteil vom 27. Mai 2004 – 71 C 28/04; Landgericht Bonn, *Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport* 2005, 490; Landgericht Freiburg, NJW-RR 2005, 491; Oberlandesgericht Köln, Beschluss vom 9. November 2004 – 24 U 125/04 (abrufbar unter: [www.nrwe.de](http://www.nrwe.de)), Beschluss gemäß § 522 I 2 ZPO zu Landgericht Bonn; Oberlandesgericht Köln, *Neue Juristische Wochenschrift* 2005, 3290; Landgericht Bonn, Urteil vom 23. Juni 2005 – 6 S 220/04 (abrufbar unter: [www.nrwe.de](http://www.nrwe.de)).

<sup>2</sup> Diese Schenkkreise werden regelmäßig als Kaffeekränzchen oder als eine Art ‘Tupper-Party’ initiiert.

<sup>3</sup> Das Problem von diagrammähnlichen Geldanlagevorhaben, die auf solchen Systemen aufgebaut sind und daher für die neuen Teilnehmer praktisch zu einem finanziellen Verlust führen müssen, ist nicht neu und trat bereits vor einigen Jahren in der Form von Spielsystemen auf, so etwa als ‘Life-Spiel’ (Oberlandesgericht Celle, *Neue Juristische Wochenschrift* 1996, 2660), ‘World-Trading-System’ (Bundesgerichtshof, *Neue Juristische Wochenschrift* 1997, 2314) oder Computersystemspiel ‘Countdown 3000’ (Oberlandesgericht Bamberg, *Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungsreport* 2002, 1393). Die jetzt ‘im neuen Gewand’ als ‘Schenkkreis’ titulierten Systeme locken neue Teilnehmer insbesondere dadurch, dass sie sich nicht mehr als Teilnehmer eines Spiels, sondern als Mitglied einer besonderen Gemeinschaft fühlen sollen (siehe dazu auch GOERTH, ‘Anmerkung zu OLG Köln, Urteil vom 6. Mai 2005, 20 U 129/04’, *Verbraucher und Recht* 2006, 75 (75)).

<sup>4</sup> Zum gesamten Problemkreis siehe auch die sehr nützliche Dokumentation unter [www.mlm-beobachter.de/mlm/schenkkreise.htm](http://www.mlm-beobachter.de/mlm/schenkkreise.htm) und [www.schenkkreise.org](http://www.schenkkreise.org).

eine Stufe auf, müssen aber ihrerseits neue Teilnehmer auf der nachfolgenden Stufe anwerben. Dies bedeutet, dass nach jeder 'Spielrunde' für jeden Beschenkten in der Regel acht neue Geldgeber zu finden sind. Die Zahl der neu anzuwerbenden Geldgeber steigert sich damit exponentiell mit der Existenzdauer des Schenkkreises. Das hat letztlich zur Folge, dass nur die Gründer solcher Kreise sichere Gewinne erzielen, die nachfolgenden Teilnehmer aber aufgrund der großen Zahl der zu gewinnenden Mitspieler kaum eine realistische Chance auf einen eigenen Gewinn haben, sondern vielmehr ihren Einsatz zwangsläufig verlieren.<sup>5</sup> Ein neuer Teilnehmer, der bereits bezahlt hat, wahrt seine regelmäßig allenfalls theoretisch bestehende Chance selbst einmal 'beschenkt' zu werden nur, wenn er selbst neue Opfer findet.

In den von der Rechtsprechung zu entscheidenden Fallgestaltungen fordern die Opfer, die sich teilweise inzwischen in Betroffenengruppen zusammengeschlossen haben,<sup>6</sup> den jeweils an den in der Pyramide über ihnen stehenden Teilnehmer gezahlten Beitrag zurück. Einige Gerichte verwehrten die Rückforderung der eingezahlten Einlagen,<sup>7</sup> andere hingegen gaben den Klagen der Opfer statt und ermöglichten ihnen so, ihr Geld zurückzuerlangen.<sup>8</sup> Diese widersprüchlichen Urteile führten zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit in Deutschland. Dies rief nunmehr den Bundesgerichtshof auf den Plan. In den zwei oben abgedruckten wortgleichen Entscheidungen vom 10. November 2005 stellte sich das höchste deutsche Zivilgericht auf die Seite der Opfer, indem es die Rückforderung der Gelder zuließ und damit den jahrelang schwelenden Streit beendete.<sup>9</sup> Aufgrund der Bedeutung der Urteile und den dort auftretenden dogmatischen Problemen, insbesondere die Frage nach der Zulässigkeit einer Leistungskondition bei beidseitigem Sittenverstoß gemäß § 817 Satz 2 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), lohnt es sich, diese Entscheidung näher zu analysieren.<sup>10</sup>

---

<sup>5</sup> So müssen in der 10. Runde bereits 4096 und in der 20. Runde sogar über 4 Millionen Mitglieder angeworben werden. Siehe dazu auch LORENZ, 'Keine Konditionssperre nach § 817 S. 2 BGB', *LMK* 2006, Nr. 164413.

<sup>6</sup> Wie etwa die *Interessengemeinschaft der Schenkkreisgeschädigten (I.G.S.G.)*, die sich 2003 gründete.

<sup>7</sup> Vergleiche dazu etwa Landgericht Freiburg, *Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport* 2005, 491 oder Oberlandesgericht Köln, *Verbraucher und Recht* 2006, 73.

<sup>8</sup> Vergleiche dazu nur Landgericht Bonn, *Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport* 2005, 490.

<sup>9</sup> Bundesgerichtshof, *Neue Juristische Wochenschrift* 2006, 45.

<sup>10</sup> Vergleiche zu diesem Urteil auch LORENZ, 'Keine Konditionssperre nach § 817 S. 2 BGB', *LMK* 2006, Nr. 164413; MÖLLER, 'Leistungskondition trotz beidseitiger Sittenwidrigkeit? – Die Einschränkung des § 817 S. 2 BGB durch den BGH', *Neue Juristische Wochenschrift* 2006, 268; K. SCHMIDT, 'Anmerkung zu BGH, Urt. v. 10.11.2005 – III ZR 72/05', *Juristische Schulung* 2006, 265.

## 2. Die rechtliche Bewertung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs

### 2.1 Die Voraussetzungen der *condictio indebiti* gemäß § 812 Absatz 1 Satz 1, 1. Alternative BGB

Der Bundesgerichtshof steuert bei der Lösung der vorliegenden Fälle, ohne sich noch vertieft mit möglichen vertraglichen Ansprüchen aus einer ‘Spielvereinbarung’ auseinanderzusetzen, direkt auf einen bereicherungsrechtlichen Anspruch, nämlich eine *condictio indebiti* gemäß § 812 Absatz 1 Satz 1, 1. Alternative BGB zu.<sup>11</sup> Voraussetzung dieser Leistungskondition ist, dass der Bereicherungsschuldner durch die Leistung eines anderen, des Bereicherungsgläubigers, etwas<sup>12</sup> ohne rechtlichen Grund erlangt hat. Dass die Beklagten durch Leistungen<sup>13</sup> der Kläger Eigentum und Besitz an dem gezahlten Geld erlangt hatten, ist nach deutschem Recht unproblematisch und bedarf hier keiner weiteren Erörterung. Bei den Anspruchsvoraussetzungen geht der Bundesgerichtshof demgemäß lediglich näher auf die Frage ein, ob diese Leistungen auch ‘ohne Rechtsgrund’ geschehen sind. Das höchste deutsche Zivilgericht geht in Übereinstimmung mit der ganz herrschenden Auffassung in der Rechtsprechung<sup>14</sup> und Literatur<sup>15</sup> davon aus, dass es sich bei den ‘Schenkweisen’ um sittenwidrige Schneeballsysteme handelt, und dass der zugrunde liegende ‘Spielvertrag’ gem. § 138 Absatz 1 BGB wegen Sittenwidrigkeit nichtig ist. Begründet wird diese Sittenwidrigkeit vom Bundesgerichtshof damit, dass ‘...die große Masse der Teilnehmer – im Gegensatz zu den initierenden “Mitspielern”, die (meist) sichere Gewinne erzielten – zwangsläufig keinen Gewinn

---

<sup>11</sup> Zutreffend zieht der Bundesgerichtshof hier nicht den § 817 Satz 1 BGB als Anspruchsgrundlage, eine *condictio ob turpem vel iniustam causam*, in Betracht. Denn ihr Anwendungsbereich ist sehr begrenzt. Die Vorschrift kommt vor allem dann zur Anwendung, wenn der Empfänger mit der Annahme gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ohne dass das Kausalgeschäft nichtig ist (wie etwa bei einer Vorteilsannahme gemäß § 331 Absatz 1 Strafgesetzbuch (StGB), die die Wirksamkeit der zugrunde liegenden Schenkung nicht berührt). Ist dagegen das Kausalgeschäft gemäß §§ 134 oder 138 BGB nichtig, greift wegen des fehlenden Rechtsgrundes bereits § 812 BGB ein (vergleiche K. SCHMIDT, ‘Anmerkung zu BGH, Urt. v. 10.11.2005 – III ZR 72/05’, *Juristische Schulung* 2006, 265 (265); SCHULZE, *Handkommentar-BGB*, 4. Auflage, Baden-Baden 2005, § 817 BGB Randnummer 1).

<sup>12</sup> Unter ‘etwas’ im bereicherungsrechtlichen Sinne bezeichnet man jedwede Verbesserung der Vermögenslage des Bereicherungsschuldners (SCHULZE, *Handkommentar-BGB*, 4. Auflage, Baden-Baden 2005, § 817 BGB Randnummer 3).

<sup>13</sup> Eine Leistung im bereicherungsrechtlichen Sinne wird definiert als ‘Jede bewusste und zweckgerichtete Vermehrung fremden Vermögens’ (vergleiche Bundesgerichtshof, *BGHZ* 58, 188, oder Bundesgerichtshof, *Wertpapier-Mitteilungen* 2002, 1560).

<sup>14</sup> Vergleiche etwa Landgericht Freiburg, *Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport* 2005, 491, Landgericht Bonn, *Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport* 2005, 490; Oberlandesgericht Köln, *Verbraucher und Recht* 2006, 73.

<sup>15</sup> Vergleiche etwa LORENZ, ‘Keine Konditionssperre nach § 817 S. 2 BGB’, *LMK* 2006, Nr. 164413; MÖLLER, ‘Leistungskondition trotz beidseitiger Sittenwidrigkeit? – Die Einschränkung des § 817 S. 2 BGB durch den BGH’, *Neue Juristische Wochenschrift* 2006, 268; K. SCHMIDT, ‘Anmerkung zu BGH, Urt. v. 10.11.2005 – III ZR 72/05’, *Juristische Schulung* 2006, 265.

machten, sondern lediglich ihren “Einsatz” verloren’ und das ‘Spiel’ allein darauf abziele, ‘...zu Gunsten einiger weniger “Mitspieler” leichtgläubige und unerfahrene Personen auszunutzen und sie zur Zahlung ihres “Einsatzes” zu bewegen’. Durch diese von niemandem ernsthaft bestrittene Sittenwidrigkeit solcher ‘Schenkkreise’ und der sich daraus ergebenden Nichtigkeit erfolgten die Leistungen an die Bereicherungsschuldner rechtsgrundlos im Sinne von § 812 Absatz 1 Satz 1, 1. Alternative BGB, so dass dem Grunde nach jeweils ein Rückzahlungsanspruch aufgrund einer *condictio indebiti* bestand.

## **2.2 Die Konditionssperre des § 817 Satz 2 BGB bei beidseitigem Sittenverstoß**

Diesem an und für sich recht einfach zu bejahenden Rückzahlungsanspruch wird auch nicht, wie ebenfalls der Bundesgerichtshof mit einigen kurzen Sätzen deutlich macht, durch § 762 Absatz 1 Satz 2 BGB verhindert, wonach das aufgrund eines Spiels oder einer Wette Geleistete nicht deshalb zurückgefordert werden kann, weil eine Verbindlichkeit nicht bestand.<sup>16</sup> Denn diese Vorschrift steht bei Spiel und Wette einer Rückforderung nur im Hinblick auf § 762 Absatz 1 Satz 1 BGB, das heißt unter Berufung auf die Tatsache entgegen, dass eine Verbindlichkeit nicht begründet wird. Leidet die damit immerhin als *causa* für das Behaltendürfen taugliche Spielverbindlichkeit unter einem anderen nichtigkeitsbegründenden Mangel wie etwa Wettbetrug, Falschspiel oder Anfechtung, so steht einer damit begründeten Rückforderung aus Bereicherungs- oder Deliktsrecht § 762 Absatz 1 Satz 2 BGB nicht entgegen.<sup>17</sup> Da vorliegend die geschlossenen ‘Spielverträge’ gemäß § 138 Absatz 1 BGB nichtig waren, konnte die Vorschrift des § 762 Absatz 1 Satz 2 BGB auch einer Rückforderung nicht entgegenstehen.

---

<sup>16</sup> Unerwähnt lässt der Bundesgerichtshof allerdings § 814 BGB. Danach kann das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete unter anderem dann nicht zurückgefordert werden, wenn der Leistende gewusst hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war. Im Ergebnis dürfte diese Norm jedoch nicht einschlägig sein. Denn dass die Kläger zum Zeitpunkt der Leistung *positive Kenntnis der Nichtschuld* gehabt haben, ist nicht ersichtlich. Dazu gehört nämlich nicht nur die Kenntnis der Tatsachen, aus denen sich das Fehlen einer rechtlichen Verpflichtung ergibt. Vielmehr muss der Leistende sich auch über die Rechtslage insoweit im Klaren sein, als er weiß, dass er nichts schuldet. Selbst grob fahrlässige Unkenntnis des Nichtbestehens einer Verpflichtung führt dagegen nicht zum Ausschluss des Rückforderungsanspruchs (vergleiche dazu SCHULZE, *Handkommentar-BGB*, 4. Auflage, Baden-Baden 2005, § 817 BGB Randnummer 2; K. SCHMIDT, ‘Anmerkung zu BGH, Urt. v. 10.11.2005 - III ZR 72/05’, *Juristische Schulung* 2006, 265 (266)).

<sup>17</sup> Siehe dazu auch Bundesgerichtshof, *Neue Juristische Wochenschrift* 1962, 1671; LORENZ, ‘Keine Konditionssperre nach § 817 S. 2 BGB’, *LMK* 2006, Nr. 164413; K. SCHMIDT, ‘Anmerkung zu BGH, Urt. v. 10.11.2005 - III ZR 72/05’, *Juristische Schulung* 2006, 265 (266).

Eindeutiger Schwerpunkt der dargestellten Bundesgerichtshofurteile, anderer Urteile<sup>18</sup> und Ausführungen in der Literatur<sup>19</sup> zum Problem der ‘Schenkweise’ ist die Frage nach der Anwendbarkeit der Konditionssperre bei einem beidseitigen Sittenverstoß gemäß § 817 Satz 2 BGB. Nach dem Wortlaut der Vorschrift ist eine Rückforderung ausgeschlossen, wenn sowohl der Leistende als auch der Empfänger der Leistung gegen ein gesetzliches Verbot gemäß § 134 BGB oder gegen die guten Sitten gemäß § 138 BGB verstoßen.<sup>20</sup> Diese auf den ersten Blick klare Regelung wird von Karsten Schmidt<sup>21</sup> als ‘eine der rätselhaftesten und meistdiskutierten Regeln im Bereicherungsrecht’ bezeichnet. So war schon der Regelungszweck dieser Vorschrift lange Zeit umstritten: Wurde dieser früher in der Schaffung einer zivilen Strafe angesehen,<sup>22</sup> so steht heute der Gedanke der Rechtsschutzverweigerung im Bereich sittenwidriger Geschäfte im Vordergrund.<sup>23</sup> Die Frage, ob diese Vorschrift überhaupt rechtspolitisch sinnvoll ist, wird kontrovers diskutiert,<sup>24</sup> soll und kann an dieser Stelle aber nicht weiter vertieft werden.

Der Anwendungsbereich des § 817 Satz 2 BGB wird in zweifacher Weise erweitert (so genannte Ausdehnungstheorie): Zum einen findet der Konditionsausschluss entgegen dem systematischen Zusammenhang mit § 817 Satz 1 BGB (*condictio ob turpem vel iniustam causam*) auch auf die ‘allgemeine’ Leistungskondition des § 812 Absatz 1 Satz 1, 1. Alternative BGB (*condictio indebiti*) Anwendung. Der Bundesgerichtshof geht in seinen beiden Urteilen nicht näher darauf ein, sondern setzt dies bereits stillschweigend voraus. Zum anderen genügt für den Rückzahlungsausschluss bereits *Sittenwidrigkeit allein auf Seiten des*

---

<sup>18</sup> Vergleiche etwa Landgericht Freiburg, *Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport* 2005, 491, Landgericht Bonn, *Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport* 2005, 490; Oberlandesgericht Köln, *Verbraucher und Recht* 2006, 73.

<sup>19</sup> Vergleiche etwa LORENZ, ‘Keine Konditionssperre nach § 817 S. 2 BGB’, *LMK* 2006, Nr. 164413; MÖLLER, ‘Leistungskondition trotz beidseitiger Sittenwidrigkeit? – Die Einschränkung des § 817 S. 2 BGB durch den BGH’, *Neue Juristische Wochenschrift* 2006, 268; K. SCHMIDT, ‘Anmerkung zu BGH, Urt. v. 10.11.2005 – III ZR 72/05’, *Juristische Schulung* 2006, 265.

<sup>20</sup> Dies gilt nur dann nicht, wenn die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand (vergleiche § 817 Satz 2 2. Halbsatz BGB).

<sup>21</sup> K. SCHMIDT, ‘Anmerkung zu BGH, Urt. v. 10.11.2005 – III ZR 72/05’, *Juristische Schulung* 2006, 265 (265).

<sup>22</sup> Reichsgericht, *RGZ* 105, 270 (271); Bundesgerichtshof, *Neue Juristische Wochenschrift* 1983, 950. Siehe dazu auch instruktiv STAUDINGER/LORENZ, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (§§ 812-822)*, Berlin 1999, § 817 BGB Randnummer 4; K. SCHMIDT, ‘Anmerkung zu BGH, Urt. v. 10.11.2005 – III ZR 72/05’, *Juristische Schulung* 2006, 265 (265).

<sup>23</sup> Siehe dazu instruktiv STAUDINGER/LORENZ, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (§§ 812-822)*, Berlin 1999, § 817 BGB Randnummer 4, 5; K. SCHMIDT, ‘Anmerkung zu BGH, Urt. v. 10.11.2005 – III ZR 72/05’, *Juristische Schulung* 2006, 265 (265).

<sup>24</sup> Siehe zum Streitstand STAUDINGER/LORENZ, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (§§ 812-822)*, Berlin 1999, § 817 BGB Randnummer 4, 5; K. SCHMIDT, ‘Anmerkung zu BGH, Urt. v. 10.11.2005 – III ZR 72/05’, *Juristische Schulung* 2006, 265 (265); SCHULZE, *Handkommentar-BGB*, 4. Auflage, Baden-Baden 2005, § 817 BGB Randnummer 5.

*Leistenden*, was hier jedoch wegen des beidseitigen Sittenverstoßes nicht von Bedeutung war.<sup>25</sup> Diese erhebliche Ausdehnung des Anwendungsbereichs hat jedoch gleich wieder das Bedürfnis nach Einschränkungen hervorgerufen. So ist, ohne dass der Bundesgerichtshof dies in seinen Urteilen aufgrund der klaren Sachlage<sup>26</sup> nochmals ausdrücklich klarstellt, neben einem objektiven Gesetzes- oder Sittenverstoß auch erforderlich, dass der *Leistende den Gesetzes- oder Sittenverstoß kannte oder sich dieser Kenntnis zumindest leichtfertig verschlossen hat*.<sup>27</sup> Oftmals versuchten die Gerichte, wie etwa das Landgericht Freiburg,<sup>28</sup> in ähnlich gelagerten Fällen anhand dieses Erfordernisses die Anwendbarkeit des § 817 Satz 2 BGB zu umgehen. Aber selbst wenn diese subjektive Komponente erfüllt ist, hat dies nicht die sofortigen Anwendbarkeit des Kondiktionsausschlusses nach § 817 Satz 2 BGB zur Folge. Vielmehr führte der Bundesgerichtshof bereits in einer früheren Entscheidung aus, es handele sich bei § 817 Satz 2 BGB um eine ‘dem Zivilrecht an sich fremde Regelung, die nicht selten zu unbilligen Ergebnissen führen kann’, weswegen sie ‘von ihrem Zweck her’ in bestimmten Grenzen gehalten werden müsse.<sup>29</sup> So kam das Gericht bezüglich der Vergütung von Schwarzarbeit etwa – unter Berufung auf die Grundsätze von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB – zu dem Ergebnis, dass die Konditionssperre des § 817 Satz 2 BGB in diesem Fall keine Anwendung findet.<sup>30</sup> Vorliegend stellt das Gericht nicht unmittelbar auf § 242 BGB, sondern direkt auf den Schutzzweck der Nichtigkeitssanktion – vorliegend § 138 Absatz 1 BGB – ab, gelangt aber ebenso zur Unanwendbarkeit des § 817 Satz 2 BGB. Zutreffend stellt das Gericht klar, dass ein Rückforderungsausschluss dem Schutzzweck des § 138 Absatz 1 BGB zuwiderlaufen würde, da das ‘Spiel’ dadurch in keiner Weise unterbunden werden würde. Im Gegenteil würde ein Ausschluss der

---

<sup>25</sup> Siehe zur Ausdehnungstheorie STAUDINGER/LORENZ, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (§§ 812-822)*, Berlin 1999, § 817 BGB Randnummer 10; LORENZ, ‘Keine Konditionssperre nach § 817 S. 2 BGB’, *LMK* 2006, Nr. 164413; SCHULZE, *Handkommentar-BGB*, 4. Auflage, Baden-Baden 2005, § 817 BGB Randnummer 6.

<sup>26</sup> Die Bereicherungsgläubiger hatten sich vorliegend zumindest leichtfertig der Kenntnis von der Sittenwidrigkeit solcher ‘Schenk Kreise’ verschlossen.

<sup>27</sup> Vergleiche dazu Bundesgerichtshof, *Neue Juristische Wochenschrift* 1994, 187 (188); BAMBERGER/ROTH/WENDEHORST, *Kommentar zum BGB*, München 2003, § 817 BGB Randnummer 16; SCHULZE, *Handkommentar-BGB*, 4. Auflage, Baden-Baden 2005, § 817 BGB Randnummer 8.

<sup>28</sup> Landgericht Freiburg, *Neue Juristische Wochenschrift-Rechtssprechungsreport* 2005, 492 (493).

<sup>29</sup> Bundesgerichtshof, *Neue Juristische Wochenschrift* 1980, 452. Siehe dazu auch STAUDINGER/LORENZ, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (§§ 812-822)*, Berlin 1999, § 817 BGB Randnummer 10; LORENZ, ‘Keine Konditionssperre nach § 817 S. 2 BGB’, *LMK* 2006, Nr. 164413.

<sup>30</sup> Dies führte dazu, dass der vorleistende Schwarzarbeiter trotz Verstoßes gegen das Gesetz zur Bekämpfung von Schwarzarbeit gemäß § 818 Absatz 1 Satz 1 1. Alternative BGB Ersatz des Wertes verlangen konnte, der dem Auftraggeber ohne Rechtsgrund zugeflossen war – allerdings nicht mehr, als er, wenn auch in nichtiger Weise, vereinbart hatte und mit einem gewissen Abschlag, der dem Umstand Rechnung trug, dass er keinen Gewährleistungsansprüchen ausgesetzt war.



Rückforderung das Spiel wegen der dort praktizierten Vorleistung de facto 'legalisieren' und die Initiatoren solcher 'Spiele' zum Weitermachen geradezu einladen, wenn sie die mit sittenwidrigen Methoden erlangten Gelder – ungeachtet der Nichtigkeit der das 'Spiel' tragenden Abreden – behalten dürften. Ebenso wie bei der Vergütung von Schwarzarbeit steht also auch hier der Gedanke im Vordergrund, dass die Anwendung des § 817 Satz 2 BGB nicht dazu führen soll und darf, einen sittenwidrigen Zustand zu perpetuieren, beziehungsweise sittenwidriges Verhalten zu fördern.<sup>31</sup> In dieser Hinsicht setzt der Bundesgerichtshof seine Rechtsprechung konsequent fort.

Die besprochenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zu den 'Schenkweisen' zeigen deutlich, dass hinter der Konditionssperre des § 817 Satz 2 BGB auch ein dem deutschen Zivilrecht nicht vollkommen fremder Gedanke der Generalprävention zu sehen ist,<sup>32</sup> der wesentlich mehr Anhaltspunkte für die Erzielung überzeugender Einzelergebnisse bietet als der Gedanke der Rechtsschutzverweigerung.<sup>33</sup> Das vorliegende Ergebnis kann damit letztlich überzeugen: Die Mitspieler so genannter 'Schenkweisen' dürfen nicht darauf vertrauen, erhaltene Beiträge behalten zu dürfen, sondern müssen vielmehr jederzeit mit einer Rückforderung rechnen, so dass ein erheblicher Anreiz an der Teilnahme solcher Spiele entfällt.<sup>34</sup> Dass die Vorgehensweise des Bundesgerichtshofs im Ergebnis eine erneute Ausnahme zu der klar formulierten Norm des § 817 Satz 2 BGB begründet, indem er ihr einen von dem ausdrücklichen Wortlaut zumindest teilweise abweichenden Bedeutungsinhalt beimisst, mag bedauerlich sein, ist in einer modernen Gesellschaft aber nicht immer zu vermeiden.<sup>35</sup> Rechtsprechung und Literatur in Deutschland sind vielmehr ihrerseits aufgerufen, zur verantwortungsvollen Rechtsfortbildung beizutragen, indem sie, über die Erfordernisse des jeweiligen Einzelfalles hinaus, die zugrunde liegenden Leitgedanken in einer den Bedürfnissen der Rechtspraxis Rechnung tragenden Weise aufzeigen.<sup>36</sup>

---

<sup>31</sup> Im Ergebnis ausdrücklich anders (keine Anwendung des § 817 Satz 2 BGB) Oberlandesgericht Köln, *Verbraucher und Recht* 2006, 73.

<sup>32</sup> Siehe dazu etwa auch §§ 241 a, 661 a BGB.

<sup>33</sup> In diesem Sinne ausdrücklich auch LORENZ, 'Keine Konditionssperre nach § 817 S. 2 BGB', *LMK* 2006, Nr. 164413.

<sup>34</sup> Zustimmend auch ausdrücklich LORENZ, 'Keine Konditionssperre nach § 817 S. 2 BGB', *LMK* 2006, Nr. 164413; MÖLLER, 'Leistungskondition trotz beidseitiger Sittenwidrigkeit? – Die Einschränkung des § 817 S. 2 BGB durch den BGH', *Neue Juristische Wochenschrift* 2006, 268 (268). So wohl auch GOERTH, 'Anmerkung zu OLG Köln, Urteil vom 6.5.2005, 20 U 129/04', *Verbraucher und Recht* 2006, 75 (77).

<sup>35</sup> In diese Richtung vorsichtig tendierend auch MÖLLER, 'Leistungskondition trotz beidseitiger Sittenwidrigkeit? – Die Einschränkung des § 817 S. 2 BGB durch den BGH', *Neue Juristische Wochenschrift* 2006, 268 (270).

<sup>36</sup> So auch MÖLLER, 'Leistungskondition trotz beidseitiger Sittenwidrigkeit? – Die Einschränkung des § 817 S. 2 BGB durch den BGH', 2006, 268 (270).

### 3. Ausblick

Es ist davon auszugehen, dass sich die Instanzgerichte dem Bundesgerichtshof anschließen werden. Zukünftig wird es daher im Zusammenhang mit sittenwidrigen Schneeballsystemen nicht mehr darauf ankommen, ob der Leistende im Rahmen der Konditionssperre des § 817 Satz 2 BGB Kenntnis von der Sittenwidrigkeit dieses Systems hatte oder sich dieser Einsicht zumindest leichtfertig verschlossen hat. Im Hinblick auf die so genannten ‘Schenkkreise’ hat das höchste deutsche Zivilgericht damit den Weg für eine generelle Rückabwicklungsfähigkeit der in Durchführung derartiger Systeme vorgenommenen Vermögensverschiebungen geebnet. Dies ist ein zu begrüßendes Ergebnis. Die Zukunft muss allerdings zeigen, ob die Geschädigten auch tatsächlich in der Lage sein werden, die Ansprüche immer erfolgreich geltend zu machen und notfalls durchzusetzen, da die beteiligten Personen oftmals ihren Wohnort ändern, um sich so der gerichtlichen Inanspruchnahme zu entziehen. Der Bundesgerichtshof hat jedenfalls das Seinige getan und die Betroffenen mit seiner Entscheidung in die Lage versetzt, sich erfolgreich gegen die dubiosen Machenschaften der ‘Schenkkreise’ zur Wehr zu setzen.

#### *Polish case note*

---

KATARZYNA MICHAŁOWSKA\*

The issues presented by the BGH judgment III ZR 72/05, dated 10 November 2005, invite several comments. First and foremost, these include the question of unjustified enrichment (*bezpodstawne wzbogacenie*)<sup>1</sup> and the circumstances where enrichment accruing to another without a valid legal cause can be claimed back. Second, it may be of some interest to the reader to see how the economic realities of the 1990s, when a large number of ‘exceptional’ and ‘most attractive’ offers were to be found on the market, prompted regulation in the law of snow-ball sales. The present contribution will address these two issues in light of Polish law.

#### 1. Unjustified Enrichment

Under Polish law, unjustified enrichment is expressly recognized as one of the sources of obligations. The rules governing unjustified enrichment are set out in Articles 405 through 414 of the Polish Civil Code. ‘Undue performance’ is part of the law on unjustified enrichment and is regulated in Articles 410 through 413.

Four general prerequisites exist for a claim in unjustified enrichment. First, something of value must accrue to the patrimony of one person, the *accipiens*. This

---

\* Dr. Katarzyna Michałowska, *Adiunkt*, Warsaw University.

<sup>1</sup> The term used in the Civil Code emphasizes that there is no basis for the shift, while the term used in the former Code of Obligations (1933) – unjust enrichment (*nieśluszne wzbogacenie*) – stressed the moral impropriety of the shift.