
Datum: 14.12.1993
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 9. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 9 U 242/92
ECLI: ECLI:DE:OLGK:1993:1214.9U242.92.00

Vorinstanz: Landgericht Bonn, 19 O 114/92
Schlagworte: Nichtigkeit Umgebung Garantie Sittenwidrigkeit Bereicherung Ausschluss
Normen: BGB § 134; BGB § 138; BGB § 812; BGB § 817; WISSHG NW § 141 IV
Leitsätze:
1. Ein Garantieverprechen, mit dem der eine Vertragsteil eines wegen Gesetzesverbots nichtigen Vertrags dem anderen Vertragsteil Schadloshaltung für den Fall des Mißlingens dieses Geschäftes verspricht, ist als sittenwidrige Gesetzesumgehung ebenfalls nichtig. 2. Auch dasjenige, was der Vertragspartner eines nichtigen Rechtsgeschäftes vom anderen Vertragsteil zur endgültigen Weiterleitung an einen Dritten in Ausführung des Geschäfts erhalten und entsprechend weitergeleitet hat, kann von dem anderen Vertragsteil gemäß § 817 BGB nicht zurückgefordert werden.
Rechtskraft: nicht rechtskräftig

Tenor:
Die Berufung des Klägers gegen das am 21.10.1992 verkündete Urteil der 19. Zivilkammer des Landgerichts Bonn - 19 O 142/92 - wird auf seine Kosten zurückgewiesen. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung von 8.400,- DM abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Der Kläger verlangt von dem Beklagten aus eigenem und abgetretenem Recht Rückzahlung von im Rahmen einer Pro-motionsvermittlung hingegebenen Geldbeträgen. 2

Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde: 3

Der Kläger, der sich unter anderem mit Studien- und Promotionsberatung befaßt, interessierte sich aufgrund eines Hinweises durch den mit beiden Parteien befreundeten Zeugen Sch. für eine von dem - nach Angaben des Klägers als Wirtschaftsjurist tätigen - Beklagten gebotene angebliche Gelegenheit, gegen Zahlung eines Betrages von 30.000,- DM eine Promotion einer schweizer Universität zu beschaffen. Es fanden sich zwei Interessenten, namens M. und H., die jeder ein schriftliches "Gesuch auf Erteilung des akademischen Grades einer Schweizerischen Staatsuniversität" mit dem aus der Anlage BE 2 zur Berufungserwiderung (Bl. 122 d.A.) ersichtlichen Inhalt stellten, dem von einer u.a. in P./Südafrika residierenden Anwaltssozietät "H.v.W., F. und M." mit Schreiben vom 30.8.1991, wegen dessen voll-ständigen Wortlauts auf die Anlage BE 3 zur Berufungs-erwiderung Bezug genommen wird (Bl. 123 - 126 d.A.) stattgegeben wurde, dem eine "Kostennote" über einen "Förderbeitrag" von 19.000,- DM sowie eine "Anwaltskostenpauschale" von 590,- DM beigelegt war, nach deren Begleichung die Promotionsurkunden zugesandt werden sollten. 4

Nach einer am 1.11.1991 von den Parteien und dem Zeugen Sch. geführten Besprechung über die Angelegenheit, deren Inhalt zwischen den Parteien streitig ist, überbrachte der Zeuge Sch. dem Beklagten am 9.11.1991 60.000,- DM in bar, deren Verwendung durch den Beklagten ebenfalls streitig ist. 5

Die daraufhin übersandten Urkunden, wegen deren Aussehen und Wortlaut auf die Anlagen K 2 und K 3 zur Klageschrift verwiesen wird (Bl. 14 - 18 d.A.), erwiesen sich als wertlos. Von dem erhaltenen Geld zahlte der Beklagte später an den Zeugen Sch. einen Teilbetrag von 18.820,- DM zurück, den dieser an den Kläger weiterleitete. Über die restlichen 41.180,- DM wird der Rechtsstreit geführt. 6

Der Kläger hat im ersten Rechtszug vorgetragen: 7

Er sei aufgrund der ihm vertrauenswürdig erschienenen Angaben des Beklagten davon ausgegangen, daß die Kandidaten M. und H. ein ordentliches Promotionsverfahren einschließlich Anfertigung einer Dissertation hätten durchlaufen sollen und einen in Deutschland nostrifizierungsfähigen Doktorgrad hätten erwerben können, wobei mit der Summe von 30.000,- DM die Kosten und Gebühren für das Promotionsverfahren hätten beglichen werden sollen. 8

Nachdem er und der bei der Suche nach geeigneten Bewerbern als Mittelsmann für ihn tätig gewesene Zeuge F. die Kandidaten M. und H. zur Hinterlegung der erforderlichen 30.000,- DM sowie weiterer 10.000,- DM zur Abdeckung seiner Bemühungen veranlaßt hätten, hätten der Zeuge F. und er entschieden, aus Vorsicht bis zum ordnungsgemäßen Abschluß des Verfahrens die erforderlichen Beträge aus eigenen Mitteln zunächst vorzuschießen. Bei der Zusammenkunft am 1.11.1991 habe der Beklagte zugesichert, ihm und dem Zeugen F. das Geld zurückzuzahlen, falls anererkennungsfähige Promotionen nicht vermittelt werden könnten. Auf diese Erklärungen hin seien dem Beklagten durch den Zeugen Sch. sodann die von ihm und dem Zeugen F. aufgebrauchten Summen von je 30.000,- DM überbracht worden. Von der Einschaltung der südafrikanischen Anwälte sei ihm ebensowenig etwas bekannt gewesen wie davon, daß der Beklagte den später zurückge- 9

zahlten Teilbetrag ursprünglich als Vermittlungshonorar für sich habe vereinnahmen wollen. Er fühle sich deswegen vom Beklagten getäuscht.

Der Kläger, der sich von dem Zeugen F. dessen vermeintlichen Rückzahlungsanspruch in Höhe von 20.590,- DM hat abtreten lassen (vgl. hierzu die als Anlage K 4 zur Klageschrift vorgelegte Abtretungserklärung vom 9.3.1992, Bl. 19 d.A.), hat im ersten Rechtszug beantragt, 10

##blob##nbsp; 11

##blob##nbsp; 12

den Beklagten zu verurteilen, an ihn 41.180,- DM nebst 11 % Zinsen seit dem 10.1.1992 zu zahlen. 13

Der Beklagte hat im ersten Rechtszug beantragt, 14

##blob##nbsp; 15

##blob##nbsp; 16

die Klage abzuweisen. 17

Er hat vorgetragen, er habe in der Angelegenheit ausschließlich mit dem Zeugen Sch. 18
verhandelt, der sich selbst um die Kandidaten bemüht und in Kenntnis und Billigung aller Einzelheiten entschieden habe, das - mangels einer schriftlichen Zusicherung des Anwaltsbüros, es würden anererkennungsfähige Promotionen vermittelt - allen Beteiligten bewußt gewesene Risiko einzugehen, und die - nicht vom Kläger, sondern von den Bewerbern selbst aufgebrachten - Gelder einzuzahlen. Diese habe er am 12.11.1991 vereinbarungsgemäß bis auf das für sich und seinen schweizerischen Gewährsmann - einem Professor aus Zürich - einbehaltene, später an den Zeugen Sch. zurückgezahlte Vermittlungshonorar von 18.820,- DM auf das in der Kostennote der südafrikanischen Anwälte vom 30.8.1991 angegebene Konto eingezahlt, so daß er sich keiner Schuld bewußt, vielmehr selbst geschädigt sei und dem Kläger, mit dem er keinerlei Absprachen getroffen habe, nichts schulde.

Durch das dem Kläger am 26.10.1992 zugestellte Urteil vom 21.10.1992, auf das hiermit 19
zur näheren Sachdarstellung Bezug genommen wird (Bl. 64 - 75 d.A.) hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im wesentlichen ausgeführt, daß ein vertraglicher Erstattungsanspruch des Klägers ausscheide, weil die von ihm behauptete Vereinbarung als Bestandteil einer nach § 141 Abs. 4 S. 2 WissHG NW bzw. inhaltsgleicher Verbotsvorschriften in den Hochschulgesetzen der übrigen Bundesländer unerlaubten Promotionsvermittlung gemäß § 134 BGB nichtig sei. Ein Rückforderungsanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung sei durch § 817 S. 2 BGB ausgeschlossen, weil (auch) dem Kläger angesichts aller ihm bekannten Umstände ein Verstoß gegen die guten Sitten anzulasten sei.

Hiergegen richtet sich die am 26.11.1992 eingelegte und - nach Fristverlängerung bis 20
26.1.1993 - mittels eines an diesem Tage bei dem Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatzes begründete Berufung des Klägers.

Der Kläger trägt vor: 21

22

Da er von einem ordnungsgemäßen Promotionsverfahren und nicht von einem "Kauf" der Doktorgrade ausgegangen sei, wie ihm das Landgericht zu Unrecht unterstelle, sei die vom Beklagten eingegangene Verpflichtung zur Rückzahlung der Gelder für den Fall des Fehlschlagens des Vorhabens entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht als nichtig anzusehen. Jedenfalls sei der Rückforderungsanspruch nach Bereicherungsrecht begründet und nicht durch die Bestimmung des § 817 S. 2 BGB ausgeschlossen. Zum einen falle ihm entgegen der Auffassung des Landgerichts kein Verstoß gegen die guten Sitten zur Last. Zum anderen sei seine Leistung nicht dazu bestimmt gewesen, endgültig in das Vermögen des Beklagten überzugehen, sondern zur Weiterleitung an die schweizerische Universität. Auf einen derartigen Fall sei § 817 S. 2 BGB nicht anzuwenden. Auch verstoße der Rückforderungsausschluß jedenfalls gegen Treu und Glauben: Da der Beklagte ihn in sittenwidriger Weise über den von ihm in Wahrheit beabsichtigten reinen Titelhandel getäuscht habe, sei es unbillig, wenn er den auf diese Weise erschlichenen Vermögensvorteil behalten dürfe.

Aus ebendiesem Grunde bestehe auch ein Schadensersatzanspruch wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung nach § 826 BGB, demgegenüber der Beklagte sich auf die Bestimmung des § 817 S. 2 BGB nicht berufen könne. 23

Im Verhandlungstermin vom 2.11.1993 hat der Kläger abweichend von seinem schriftsätzlichen Vorbringen eingeräumt, von den Gesuchen der Bewerber vom 9.8.1991 sowie den diesen Gesuchen stattgebenden Schreiben der südafrikanischen Anwaltssozietät vom 30.8.1991 vor Einzahlung der Gelder beim Beklagten Kenntnis gehabt zu haben. Diese Kenntnis habe ihn und den Zeugen F. gerade dazu veranlaßt, die erforderlichen Beträge selbst vorzuschießen, um die Gelder der Bewerber nicht zu gefährden. 24

Der Kläger, der die Weiterleitung der Gelder an die südafrikanischen Anwälte bestreitet, beantragt, 25

##blob##nbsp; 26

##blob##nbsp; 27

unter Abänderung des angefochtenen Urteils den Beklagten zu verurteilen, an ihn 41.180,- DM nebst 11 % Zinsen seit dem 10.1.1992 zu zahlen. 28

Der Beklagte beantragt, 29

##blob##nbsp; 30

##blob##nbsp; 31

die Berufung zurückzuweisen. 32

Der Beklagte hält den Kläger für nicht aktiv legitimiert, da die geschäftlichen Beziehungen ausschließlich zu dem Zeugen Sch., der stets in eigenem Namen gehandelt habe, bestanden hätten. Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt habe, sei ein - zu keiner Zeit abgegebenes - Garantieverprechen zur Rückzahlung des Geldes nichtig, weil es um den gesetzlich verbotenen Kauf von Doktorgraden gegangen sei, was dem in jeder Phase des Geschehens in alle Einzelheiten eingeweiht gewesenen Zeugen Sch. auch bewußt gewesen sei, dessen Kenntnis sich der Kläger enthalten lassen müsse. 33

Aus denselben Erwägungen bestünden weder Bereicherungs- noch Schadensersatzansprüche des Klägers, dem zum Zeitpunkt der Übergabe der Gelder 34

bewußt gewesen sei, daß es um den Kauf akademischer Grade gehe. Auf den hier gegebenen Fall der absprachegemäßen Weiterleitung der Gelder an einen Dritten (vgl. hierzu die als Anlage BE 4 zur Berufungserwiderung sowie als Anlage BE 5 zum Schriftsatz vom 27.4.1993 überreichten Zahlungsbelege, (Bl. 128 und 130 d.A.) passe die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung vorgenommenen Einschränkung des Ausschlusses der Rückforderbarkeit ohne Rechtsgrund erbrachter Leistungen nicht.	
Auch die Grundsätze von Treu und Glauben rechtfertigten kein anderes Ergebnis, da er nicht mehr im Besitz der zurückgeforderten Gelder sei und kein Grund bestehe, das beiderseits bewußt eingegangene Risiko nach Fehlschlagen des Vorhabens ihm zu überbürden.	35
Aus denselben Gründen fehle es auch an den Voraussetzungen für eine Haftung wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung.	36
Der Senat hat über die zwischen den Parteien im Zusammenhang mit der Hingabe der Gelder getroffenen Absprachen Beweis erhoben durch Vernehmung des Zeugen Sch. . Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift vom 2.11.1993 verwiesen (Bl. 179 f. d.A.). Der Beklagte hat mit Schriftsatz vom 18.11.1993 zum Ergebnis der Beweisaufnahme Stellung genommen. Hierwegen und wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die von den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind, ergänzend Bezug genommen.	37
E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e	38
Die an sich statthafte, form- und fristgerecht eingelegte und begründete hiernach insgesamt zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg.	39
Zu Recht hat das Landgericht Ansprüche des Klägers aus eigenem sowie aus abgetretenem Recht auf restliche Rückzahlung von dem Beklagten übergebenen Geldbeträgen in Höhe von 41.180,- DM verneint. In dem angefochtenen Urteil ist mit durchweg zutreffender Begründung, auf die zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen wird, dargelegt, daß der Kläger weder aus dem behaupteten Garantievertrag Rechte herleiten noch sein Zahlungsbegehren auf eine ungerechtfertigte Bereicherung des Beklagten stützen kann.	40
Auch der Senat ist der Auffassung, daß die von dem Kläger behauptete Vereinbarung, der Beklagte habe ihm garantiert, den von dem Zeugen Sch. übergebenen Geldbetrag von 60.000,- DM an Herrn F. und den Kläger zurück-zuzahlen, falls eine anerkennungsfähige Promotion nicht vermittelt werden könne, nichtig ist.	41
Das Wesen eines derartigen Gewährs- oder Garantievertrages liegt in der Verpflichtung zur Schadloshaltung, wenn der garantierte Erfolg nicht eintritt.	42
Zwar würde das nach der Behauptung des Klägers vom Beklagten abgegebene Garantieverprechen nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, so daß sich die Nichtigkeit nicht aus § 134 BGB herleiten ließe. Denn ein unmittelbarer Verstoß gegen § 141 Abs. 4 S. 3 WissHG NW, der die entgeltliche Vermittlung von akademischen Graden verbietet, ist nicht gegeben, weil Gegenstand des Garantievertrages nach dem Klagevorbringen lediglich die Risikoabsicherung des Klägers und des Zeugen F. bei Fehlschlagen des Vorhabens war.	43

Jedoch verstößt der vom Kläger behauptete Garantievertrag gegen die guten Sitten und ist deswegen nichtig gemäß § 138 Abs. 1 BGB. Denn zu der nach § 141 Abs. 4 S. 3 WissHG NW gesetzeswidrigen Vermittlung der Doktorgrade wäre es ohne das Rückzahlungsversprechen des Beklagten nicht gekommen, weil der Kläger das Risiko der Geldübergabe dann gescheut hätte. Die Rechtsordnung darf einen Vertragsinhalt jedoch nicht billigen, der ein gesetzeswidriges Vorhaben fördert. Sie muß einer derartigen Garantieverpflichtung auch deswegen den Schutz versagen, weil sie dazu führen würde, daß die Parteien auf diese Weise die gesetzliche Regelung der Folgen sittenwidrigen Handelns (§ 817 BGB) außer Kraft setzen könnten. § 817 S. 2 BGB ist nicht abdingbar und kann durch Ersetzung des ausgeschlossenen Bereicherungsanspruchs, auf den noch einzugehen sein wird, durch eine andere Forderung nicht umgangen werden (BGH, Urteil vom 5.10.1993 - XI ZR 200/92, bisher nicht veröffentlicht; BGHZ 28, 164, 170).

44

Zu Recht hat das Landgericht auch einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung verneint, wobei dahin stehen kann, ob als Tatbestand für einen derartigen Anspruch eine Leistungskondition nach § 812 Abs. 1 S. 1 BGB wegen rechtsgrundloser Leistung oder nach Abs. 1 S. 2, 2. Alternative wegen Nichteintritts des mit der Leistung bezweckten Erfolges in Betracht kommt.

45

Eine Leistungskondition würde nach dem Vortrag des Klägers nicht schon mangels eines Leistungsverhältnisses zwischen den Parteien scheitern. Denn nach dem Klagevortrag ist der Kläger gegenüber dem Beklagten als sogenannter "mittelbarer Stellvertreter" (vgl. Palandt-Thomas, 52. Aufl., Rdnr. 47 zu § 812 BGB) für die Interessenten M. und H. aufgetreten, und vom Beklagten auch selbst als Leistender angesehen worden, wie aus dem behaupteten Versprechen des Beklagten folgt, ihm - dem Kläger - das empfangene Geld im Falle des Fehlschlagens des Vorhabens zurückzuerstatten.

46

Der Senat gelangt jedoch nach abschließender Prüfung der Sach- und Rechtslage ebenso wie das Landgericht zu dem Ergebnis, daß die Rückforderung nach der Bestimmung des § 817 S. 2 BGB ausgeschlossen ist, weil bei der Hingabe des Geldbetrages von 60.000,- DM nicht nur der Beklagte, sondern auch der Kläger gegen die guten Sitten verstieß. Für den Beklagten folgt dies schon daraus, daß er entgegen § 141 Abs. 4 S. 3 WissHG NW ein Vermittlungshonorar einbehalten wollte. Der Vorwurf eines Verstoßes ist aber auch gegen den Kläger begründet, weil er nach seinem eigenen Vorbringen zumindest leichtfertig gehandelt hat, was im Rahmen des § 817 S. 2 BGB einem vorsätzlichen Tun gleichzusetzen ist. Wer vor den Folgen seines Tuns oder vor dessen Bewertung geradezu die Augen verschließt, muß es sich gefallen lassen, wie ein bewußt Handelnder behandelt zu werden (vgl. BGH NJW 1983, 1420/1423; NJW 1990, 568; NJW 1992, 310).

47

Vorliegend mußte schon die Höhe der angeblichen "Kosten und Gebühren für das Promotionsverfahren" von 30.000,- DM pro Interessent bei unbefangener Betrachtungsweise Mißtrauen erwecken. Der Verdacht, daß es in Wahrheit um den anstößigen Handel mit akademischen Graden gehen könnte, mußte sich aufdrängen. Dafür sprach auch die Einschaltung mehrerer Mittelsleute, das Verschweigen des Namens des Schweizer Professors durch den Beklagten sowie die Übergabe der Geldbeträge in bar. Denn bei redlichen Rechtsgeschäften sind Vermögensstransaktionen, wie sie der Kläger selbst vorträgt, unüblich. Der Kläger hat das Risiko des Vorhabens auch selbst erkannt, wie sich daraus ergibt, daß er sich beim Beklagten ausdrücklich vergewissert haben will, "daß die Aktion in Ordnung gehe". Wenn der Kläger sich dann aber lediglich auf mündliche Versicherungen des Beklagten verließ, handelte er angesichts der Begleitumstände leichtfertig.

48

- Auch aufgrund der dubiosen Umstände der Vermittlung über ein südafrikanisches Anwaltsbüro mußte dem Kläger - es sei denn, daß er sich dieser Einsicht leichtfertig verschlossen hat - bewußt gewesen sein, daß die Doktorrentitel ohne eigene intellektuelle Leistung der Bewerber gegen Zahlung eines Geldbetrages vermittelt werden sollten. 49
- Hat der Kläger sein Wissen dieser Tatsache früher auch noch in Abrede gestellt, so hat er doch in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat im Laufe der Vernehmung des Zeugen Sch. eingeräumt, die Gelder an den Beklagten in Kenntnis der Gesuche der Bewerber vom 09.08.1991 sowie der Schreiben des südafrikanischen Anwaltsbüros vom 30.8.1991 weitergeleitet zu haben, denen für jeden der beiden Bewerber eine "Kostennote" über einen Betrag von 19.590,- DM beigelegt war. Diese Kenntnis hatte den Kläger gerade veranlaßt, "aus Vorsicht" nicht die Geldmittel der Bewerber weiterzuleiten, sondern selbst in Vorlage zu treten. 50
- Da die Bewerber M. und H. bis zu diesem Zeitpunkt noch keine Dissertation angefertigt hatten, die in den Schreiben vom 30.8.1991 auch nicht gefordert wird, konnte der Kläger desweiteren jedenfalls im Zeitpunkt der Übergabe des Geldes nicht (mehr) davon ausgehen, daß eine Doktorarbeit zur Erlangung der Promotionen tatsächlich verlangt würde. 51
- Nach alledem hat sich der Kläger in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise an dem Titelhandel beteiligt. 52
- Soweit der Senat die Parteien in seinem Beschluß vom 22.6.1993 auf die Entscheidung des BGH in BGHZ 28, 255 hingewiesen hat, die Anlaß zu Zweifeln am Ausschluß der Rückforderbarkeit der Leistung geben könnte, sieht er die Anwendbarkeit des § 817 S. 2 BGB auf den vorliegenden Sachverhalt nach abschließender Prüfung durch die erwähnte Entscheidung nicht in Frage gestellt. 53
- Zwar hat schon das Reichsgericht und ihm folgend der Bundesgerichtshof den Leistungsbegriff im Sinne von § 817 S. 2 BGB auf solche Leistungen beschränkt, die der Empfänger endgültig behalten soll, während nur zu einem vorübergehenden Zweck erbrachte Leistungen kondiziert werden können (vgl. RGZ 67, 321; BGHZ 19, 205; 28, 255; BGH WM 69, 1083 und WM 72, 383). Dieser Rechtsprechung, die in der Kommentierung, wenn auch teils mit Kritik an der Begründung gebilligt wird (Palandt-Thomas, 52. Aufl., Rdnr. 17; Staudinger-Lorenz, 12. Aufl., Rdnr. 13 f.; Soergel-Mühl, 11. Aufl., Rdnr. 45 f.; Ermann-Westermann, 9. Aufl., Rdnr. 14; MünchKomm.-Lieb, Rdnr. 9 f., je zu § 817 BGB), lagen jedoch mit dem vorliegenden Sachverhalt nicht vergleichbare Fallgestaltungen zugrunde, nämlich insbesondere Bestellung von Sicherheiten sowie Treuhandverhältnisse, denen gemeinsam ist, daß es sich um ihrer Natur nach zurückzugewährende Leistungen handelt. Hiervon unterscheidet sich der Streitfall dadurch, daß die Geldbeträge im Verhältnis zwischen den Parteien vom Kläger auf den Beklagten nicht nur vorläufig, sondern endgültig übergehen sollten. Daß die Geldbeträge anschließend von dem Beklagten an Dritte weitergeleitet werden sollten, ist unerheblich (anders RGRK-Heimann-Trosien, 12. Aufl., Rdnr. 25 zu § 817 BGB). 54
- Der vorliegende Sachverhalt ist vielmehr der Fallgestaltung vergleichbar, die der in WM 1957, 1190 veröffentlichten Entscheidung des BGH zugrunde lag. Dort hatte der BGH einem Geldgeber, der einem anderen Geld zur Vornahme verbotener Schwarzmarktgeschäfte gegeben hatte, den Rückforderungsanspruch aufgrund der Bestimmung des § 817 S. 2 BGB mit der Begründung versagt, daß das hingegebene Kapital nach den getroffenen Abmachungen nicht an den Geldgeber hätte zurückfließen sollen. So liegt es auch hier, wobei das vom Kläger behauptete Rückzahlungsversprechen des 55

Beklagten als unwirksamer Umgehungsversuch von § 817 S. 2 außer Betracht zu bleiben hat (vgl. die noch unveröffentlichte, bereits zitierte Entscheidung des BGH vom 5.10.1993 - XI ZR 200/92 sowie RGRK-Heimann-Trosien, Rdnr. 30 zu § 817 BGB m.w.N.).

56 Zwar hat der BGH in BGHZ 28, 255, 258 an seiner früheren, in WM 1957, 1190 veröffentlichten Entscheidung nicht festgehalten und dort ausgeführt, daß, wenn die Leistung das Vermögen des Bereicherungsschuldners wirtschaftlich nicht vermehre, sondern nur einen Durchgangsposten darstelle, § 817 S. 2 BGB nicht anzuwenden sei.

57 In diesen Ausführungen vermag der Senat aber nicht eine eindeutige Abkehr von der vorangegangenen Entscheidung zu erkennen, weil sie mit der Einschränkung verbunden ist, daß dort ein etwas anders gelagerter Fall behandelt sei.

58 Desweiteren kann nach dem Urteil des BGH vom 5.10.1993 - XI ZR 200/92 - nicht zweifelhaft sein, daß sich die Bestimmung des § 817 S. 2 BGB jedenfalls dann zum Nachteil des Klägers auswirken würde, wenn dieser die Geldzahlungen unmittelbar an die südafrikanischen Anwälte erbracht hätte. An diesem Ergebnis kann sich nichts dadurch ändern, daß im vorliegenden Fall der Beklagte als Vermittler zwischengeschaltet gewesen ist. Denn sonst würde sich diese Konstruktion als unzulässige Umgehung der nachteiligen Folgen des § 817 S. 2 BGB für den Kläger auswirken.

59 Etwas anderes könnte nur für den Fall der nichtabsprachegemäßen Verwendung der Gelder gelten, wovon indessen nicht (mehr) auszugehen ist, nachdem der Kläger die Kenntnis von dem Schreiben des südafrikanischen Anwaltsbüros vom 30.8.1991 zugestanden und der Beklagte Belege über die Einzahlung der Gelder auf das in den Kostennoten, die den Schreiben beigelegt waren, angegebene "Anwalts-Anderkonto" sowie für die Zahlung weiterer 2.000,- DM an einen Dr. S. in P./Südafrika vorgelegt hat.

60 Der Kondiktionsausschluß nach § 817 S. 2 BGB erweist sich im vorliegenden Fall schließlich auch aufgrund der Erwägung als richtig, daß der Beklagte ihn in gleicher Weise gegen sich gelten lassen müßte, wenn er seinerseits die Gelder von den südafrikanischen Anwälten zurückfordern würde. Hält man sich den Zweck der Gesetzesbestimmung vor Augen, der in einer Rechtsschutzverweigerung für denjenigen gesehen wird, der sich durch sittenwidriges Handeln außerhalb der Rechtsordnung stellt (vgl. MK-Lieb, Rdnr. 9 zu § 817 BGB m.w.N.), so ist kein Grund ersichtlich, den Kläger bei der Gewährung von Rechtsschutz gegenüber dem Beklagten zu bevorzugen.

61 Aufgrund dieser Erwägung erweist sich auch der weitere Einwand des Klägers, der Kondiktionsausschluß nach § 817 S. 2 BGB verstoße wegen seiner einseitigen Vorleistung gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB), als unberechtigt. Denn der Kläger hat durch die einseitige Vorleistung ein zusätzliches Risiko auf sich genommen, das ihm nicht aufgrund von Billigkeitserwägungen wieder abgenommen werden kann. Dies würde der Wertung des Gesetzgebers widersprechen, die in § 817 S. 2 BGB zum Ausdruck kommt. Die Vorschrift soll "ganz mit Absicht eine Quelle unerfreulicher Streitigkeiten verstopfen". Der Gesichtspunkt der Gerechtigkeit soll bewußt unberücksichtigt bleiben (vgl. BGHZ 8, 348, 373).

62 Auch ein Schadensersatzanspruch nach § 826 BGB ist nach dem Klagevortrag nicht gegeben. Sofern der Kläger zunächst tatsächlich von der rechtmäßigen Vermittlung von Doktorwürden im Rahmen eines ordnungsgemäßen Promotionsverfahrens ausgegangen sein sollte, konnte er dies jedenfalls nach Kenntniserlangung von den Gesuchen der Bewerber vom 9.8.1991 sowie den Antwortschreiben der südafrikanischen Anwälte vom

30.8.1991 nicht mehr. Vielmehr stellte sich die in Kenntnis dieser Schriftstücke vorgenommene Einzahlung der Gelder als eigene Beteiligung des Klägers an dem Titelhandel dar, was eine sittenwidrige vorsätzliche Schadenszufügung durch den Beklagten ausschließt. Etwas anderes könnte allen-falls für den vom Beklagten als Vermittlungshonorar einbehaltenen Betrag gelten, der indessen bereits außergerichtlich erstattet worden ist.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. 63

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 64

Der Senat mißt der Sache wegen der Klärungsbedürftigkeit des Anwendungsbereiches von § 817 S. 2 BGB grundsätzliche Bedeutung zu und läßt deswegen gemäß § 546 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 ZPO die Revision zu. 65

Berufungsstreitwert und Beschwer des Klägers: 41.180,- DM. 66