

## Rechtsfolgen eines sittenwidrigen Verzichts auf Unterhalt für ein nichteheliches Kind

\_\_\_\_\_ § 817 S. 2 BGB

1. Vereinbarungen zwischen Eltern eines nichtehelichen Kindes, keinerlei Ansprüche an den Vater zu stellen, sind sittenwidrig.

2. Rechtsfolgen aus einer derartigen sittenwidrigen Vereinbarung.

(Leitsätze der Redaktion)

LG Koblenz, Urt. v. 16.8.2006 – 150380/05

**Tatbestand:** Die Parteien sind leibliche Eltern einer gemeinsamen – nichtehelichen – Tochter.

Nachdem die Beklagte dem Kläger im Frühjahr 1999 mitgeteilt hatte, dass sie ein Kind von ihm erwarte und dieses am 31.3.1999 geboren worden war, schlossen die Parteien unter dem 5.5.1999 einen schriftlichen Darlehensvertrag über einen Betrag von 100.000 DM. Dieser sollte jährlich mit 6,5 % zu verzinsen und durch Zahlung von jährlich 3.000 DM zurückzuzahlen sein. Auf Zinsen und Tilgung sollten von der Beklagten monatlich 750 DM an den Kläger gezahlt werden. Im Darlehensvertrag wurde vereinbart, dass dieser mit einer Frist von 3 Monaten jederzeit gekündigt werden konnte. Die Darlehensgewährung erfolgte ausweislich des Vertrages zum Zwecke des Erwerbs einer Eigentumswohnung durch die Beklagte.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Darlehensvertrages vom 5.5.1999, insbesondere wegen seines exakten Wortlauts, wird ergänzend auf dessen zur Gerichtsakte gereichten Ablichtung Bezug genommen.

Ebenfalls unter dem 5.5.1999 unterzeichneten beide Parteien eine weitere, mit „Vereinbarung“ überschriebene Urkunde folgenden Wortlauts:

*„Hiermit erklärt sich Frau P bereit, über den Vater Ihrer Tochter J stillschweigen zu wahren. Diese Verpflichtung gilt so lange, bis die Tochter ihr 12. Lebensjahr erreicht hat.*

*Darüber hinaus verpflichtet sie sich, **keinerlei Ansprüche an Herrn K bezüglich einer eventuellen Vaterschaft zu stellen.** Dies betrifft insbesondere Zahlungen, die aus Unterhaltsansprüchen resultieren können. (Auch für den Zeitraum nach dem 12. Lebensjahr des Kindes.)*

*Die Rechte des Kindes nach dem 18. Lebensjahr werden hiervon nicht betroffen.*

*Im Gegenzug verpflichtet sich Herr K auf sämtliche Ansprüche aus dem Darlehensvertrag vom 5.5.1999 über DM 100.000 zu verzichten. Er verzichtet demnach, bei Einhaltung dieser Vereinbarung, auf sämtliche Zinsen, die Tilgung und die Kündigung des Darlehens. Die Abtretung aus der Grundschuldbestellungsurkunde wird dann mit Erreichen des 18. Lebensjahres der Tochter J zurückgegeben. Die Darlehensschuld ist dann erloschen.“*

Wegen der weiteren Einzelheiten der Vereinbarung wird ergänzend auf ihre zur Gerichtsakte gereichten Ablichtung Bezug genommen.

Die Darlehensvaluta wurde der Beklagten noch im Mai 1999 ausgezahlt. Die vorzitierte Vereinbarung wurde von beiden Parteien bis zur Vollendung des sechsten Lebensjahres der gemeinsamen Tochter eingehalten. Danach verlangte die Beklagte von dem Kläger die Zahlung von Unterhalt, den dieser seit März 2005 zahlt.

Mit Schreiben vom 6.4.2005 kündigte der Kläger das streitgegenständliche Darlehen und forderte die Beklagte zur Rückzahlung der Darlehensvaluta bis spätestens zum 10.7.2005 auf. Eine Zahlung erfolgte indes nicht.

Der Kläger trägt vor, nachdem der Darlehensvertrag am Vormittag des 5.5.1999 unterzeichnet worden sei, sei die weitere Vereinbarung am Nachmittag des gleichen Tages geschlossen worden.

Der Kläger beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an ihn 51.129,19 EUR nebst 5 % über dem Basiszinssatz seit dem 10.7.2005 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie trägt vor, die beiden streitgegenständlichen Verträge seien zeitgleich unterzeichnet worden.

Ergänzend wird auf die Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen sowie auf die Sitzungsprotokolle vom 28.11.2005 und vom 12.7.2006 Bezug genommen.

**Aus den Gründen:** Die zulässige Klage ist unbegründet.

Dem Kläger steht der mit der vorliegenden Klage gegenüber der Beklagten geltend gemachte Zahlungsanspruch unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu.

Insbesondere hat der Kläger gegenüber der Beklagten keinen Anspruch auf Rückzahlung des dieser gewährten Darlehensbetrages gem. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB.

Einem solchen Anspruch steht nämlich jedenfalls die Zusatzvereinbarung zum streitgegenständlichen Darlehensvertrag vom 5.5.1999 entgegen, die als Verpflichtung zum Abschluss eines (auflösend bedingten) Verzichtes i.S.d. § 397 Abs. 1 BGB sowie als dessen Abschluss zu qualifizieren ist. So war Inhalt dieser zwischen den Parteien getroffenen Abrede, dass der Kläger auf sämtliche Ansprüche aus dem Darlehensvertrag vom 5.5.1999 verzichte, falls die Beklagte über den Vater der gemeinsamen Tochter J bis zum Erreichen deren 12. Lebensjahres Stillschweigen wahren und darüber hinaus auf sämtliche aus der streitgegenständlichen Vaterschaft resultierenden Ansprüche verzichten würde. Gleichzeitig wurde der Verzicht vereinbart. Da die Vereinbarung aber ihre Wirkung offensichtlich bereits ab ihrem Zustandekommen entfalten sollte, wurde der Verzichtsvertrag unter einer auflösenden Bedingung – nämlich der Nichteinhaltung der Vereinbarung durch die Beklagte – geschlossen.

Die Vereinbarung der Verpflichtung zum Verzicht auf die Darlehensforderung ist indes sittenwidrig und daher gem. § 138 Abs. 1 BGB nichtig. Diese Rechtsfolge resultiert schon

allein aus der von der Beklagten übernommenen Verpflichtung, über den Vater ihrer Tochter J Stillschweigen zu wahren.

Diese Abrede ist bereits ihrem Inhalt nach sittenwidrig, da sie in ungerechtfertigter Weise in die Grundrechte der betroffenen Tochter der Parteien eingreift. Zumindest das nichteheliche Kind hat nämlich ein Recht auf Kenntnis des leiblichen Vaters.

Dies folgt zum einen aus der dem Verfassungsauftrag des Art. 6 Abs. 5 GG zu entnehmenden besonderen Wertentscheidung des Verfassungsgebers zu Gunsten des nichtehelichen Kindes (vgl. BVerfG NJW 1988, 3010). Das nichteheliche Kind soll nach Möglichkeit annähernd dem ehelichen gleichgestellt werden (vgl. BVerfGE 17, 280, 285; 25, 167, 196; 26, 44, 60). Dazu ist die Kenntnis des nichtehelichen Vaters notwendig, schon um die seit dem Inkrafttreten des Nichtehechengesetzes verstärkten rechtlichen Beziehungen zum Vater nutzen zu können. Nur wenn das Kind seinen Vater kennt, mit dem es gem. § 1589 BGB verwandt ist, kann es in eine persönliche Beziehung zu ihm treten oder unterhaltsrechtliche und erbrechtliche Ansprüche durchsetzen. Die Eltern eines nichtehelichen Kindes haben daher im Regelfall ihre Interessen denjenigen des Kindes unterzuordnen, denn sie haben die Existenz des Kindes und seine Nichtehelichkeit zu vertreten (vgl. BVerfG NJW 1988, 3010). Das nichteheliche Kind aber soll so wenig wie möglich unter dem Verhalten seiner Eltern und einer daraus erwachsenden gesellschaftlichen Diskriminierung leiden; es soll als Wesen mit eigener Menschenwürde und mit eigenem Recht auf Entfaltung seiner Persönlichkeit möglichst die gleichen Chancen für seine Entwicklung und für seine Stellung in der Gesellschaft erhalten wie ein eheliches Kind (vgl. BVerfGE 25, 167, 196).

Das Recht des nichtehelichen Kindes auf Kenntnis seines Vaters ist daher zum anderen auch im Rahmen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gem. Art. 2 Abs. 1 GG geschützt.

Bei der Beantwortung der Frage, ob die Mutter gegenüber ihrem nichtehelichen Kind zur Auskunft über den leiblichen Vater verpflichtet ist, sind daher die grundgesetzlich geschützten Rechte der Mutter und des Kindes gegeneinander abzuwägen, wobei grundsätzlich die Kindesinteressen auf Grund der Wertentscheidung des Verfassungsgebers vorrangig sind (vgl. BVerfG NJW 1988, 3010; BVerfGE 37, 217, 252).

Die Sittenwidrigkeit der Vereinbarung folgt des Weiteren aus dem Versprechen der Beklagten keinerlei Unterhaltsansprüche des Kindes geltend zu machen (vgl. *Palandt-Heinrichs*, BGB, 64. Aufl. 2005, § 138, Rn 48, m.w.N.).

Das Gericht verkennt auch nicht, dass die Rechtsfolge des § 138 BGB im vorliegenden Fall nicht lediglich die Vereinbarung der (auflösenden) Bedingung erfasst, sondern vielmehr gem. § 139 BGB die gesamte Zusatzvereinbarung vom 5.5.1999. Unzweifelhaft hätten die Parteien nämlich den Vertrag nicht unbedingt geschlossen. So ist es offensicht-

lich, dass bestimmender Sinn und Zweck der Vereinbarung vom 5.5.1999 war, der Beklagten einen erheblichen finanziellen Anreiz – und ggf. einen Ausgleich – für die Einhaltung der von ihr übernommenen Schweigeverpflichtung zu bieten.

Dennoch steht die Vereinbarung vom 5.5.1999 der Rückforderung der Darlehensvaluta entgegen. Der Verzichtsvertrag selbst ist nämlich nicht nach § 138 BGB nichtig. Bei einem Verzichtsvertrag i.S.d. § 397 BGB handelt es sich nämlich um einen verfügenden – und somit abstrakten – Vertrag (vgl. MüKo/Schlüter, BGB, 4. Aufl. 2003, § 397, Rn 6, m.w.N.). Das grundsätzlich wertneutrale abstrakte Verfügungsgeschäft wird aber in der Regel von der Sittenwidrigkeit des Verpflichtungsgeschäftes nicht erfasst (vgl. Palandt-Heinrichs, BGB, 64. Aufl. 2005, § 138, Rn 20, m.w.N.). Dies ist nur dann anders, wenn die Unsittlichkeit gerade im Vollzug der Leistung liegt (vgl. Palandt-Heinrichs, a.a.O.). Dies ist hier aber gerade nicht der Fall. Der Verzicht des Klägers auf sämtliche ihm zustehenden Ansprüche aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Darlehensvertrag ist als solcher in sittlicher Hinsicht nämlich unzweifelhaft nicht zu beanstanden.

Dem Kläger ist es auch gem. § 817 S. 2 BGB verwehrt, den Verzicht vom 5.5.1999 gem. § 812 Abs. 1 BGB zu kondizieren.

Nach § 817 S. 2 BGB ist die Rückforderung einer ungerechtfertigten Bereicherung im Falle eines beiderseitigen Sittenverstoßes ausgeschlossen, es sei denn, dass die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand.

Ein solcher beiderseitiger Sittenverstoß liegt hier vor. Unzweifelhaft wurde die streitgegenständliche sittenwidrige Zusatzabrede von beiden Parteien vereinbart und hat auch zwischen beiden Parteien Rechtswirkungen entfaltet. Die Beklagte verpflichtete sich zur Verschwiegenheit, der Kläger förderte diese Verschwiegenheit durch den streitgegenständlichen Verzicht.

Die streitgegenständliche Leistung bestand auch nicht lediglich in der Eingehung einer Verbindlichkeit, sondern gleichfalls – durch Abschluss des Verzichtsvertrages – in deren Erfüllung.

Umstände, die ausnahmsweise eine Nichtanwendung des § 817 S. 2 BGB erforderten, sind ebenfalls nicht ersichtlich. Insbesondere gebietet der Schutzzweck des hier vorliegenden Nichtigkeitstatbestandes nicht die Rückabwicklung der Zusatzvereinbarung. Dies wäre nur dann der Fall, wenn durch die Konditionssperre der von der Rechtsordnung missbilligte Zustand legalisiert – quasi noch belohnt – werden würde (vgl. so zum „Bordellschiff-Fall“ Staudinger-Lorenz, BGB, Neubearb. 1999, § 817, Rn 11, m.w.N.). So liegt der Fall hier aber gerade nicht, was schon aus dem Umstand folgt, dass der von der Rechtsordnung missbilligte Zustand nicht weiter fortbesteht, da die Beklagte die von ihr mit der sittenwidrigen Zusatzvereinbarung übernommenen Verpflichtungen unstreitig nicht erfüllt hat.

Auch die Grundsätze von Treu und Glauben (§ 242 BGB) erfordern nicht die Rückabwicklung der streitgegenständlichen Zusatzvereinbarung. Ganz im Gegenteil gebieten diese eher den Kondiktionsausschluss nach § 817 S. 2 BGB. Dabei ist von entscheidender Bedeutung, dass die Beklagte auf der Grundlage der Abreden vom 5.5.1999 über sechs Jahre hinweg keinerlei Unterhaltsansprüche – weder eigene noch solche der gemeinsamen Tochter – gegenüber dem Beklagten geltend machte. Eine Nachforderung des Unterhalts für diese Zeit ist auf Grund der Vorschrift des § 1613 BGB und des allgemeinen unterhaltsrechtlichen Prinzips, dass ein Unterhaltsanspruch für die vergangene Zeit nicht besteht (vgl. Palandt-Diederichsen, a.a.O., § 1613, Rn 1), der Beklagten daher nicht mehr möglich. Daher würde eine Kondiktion des Verzichts insoweit zu einem unbilligen Ergebnis führen, als das sittenwidrige Versprechen der Beklagten, keine Unterhaltsansprüche geltend zu machen, für den betreffenden Zeitraum faktisch zum Erfolg geführt hätte, während der entgangene Unterhalt durch einen Kondiktionsausschluss hinsichtlich des Verzichtes – und daher letztlich auch der Darlehenssumme – wirtschaftlich jedenfalls ausgeglichen würde.

Der Kläger kann sich auch nicht darauf berufen, die Beklagte habe nicht damit rechnen dürfen, die Darlehensvaluta behalten zu dürfen, die ihr nur zu einem vorübergehenden Zweck überlassen worden sei. Maßgebender Zeitpunkt für die Beurteilung der Anwendbarkeit des § 817 S. 2 BGB ist allein der Zeitpunkt der Leistung (vgl. Palandt-Sprau, BGB, 64. Aufl. 2005, § 817, Rn 18). Hier lässt sich jedoch der Zusatzvereinbarung entnehmen, dass die Parteien bei ihrem Abschluss beabsichtigten, diese auch wie verabredet durchzuführen. Jedenfalls sind anderweitige Anhaltspunkte in diesem Zusammenhang nicht zu erkennen. Daraus lässt sich jedoch folgern, dass auch Sinn und Zweck der Vereinbarung war, den vereinbarten Verzicht auf sämtliche Ansprüche aus dem Darlehensvertrag zu beziehen – und damit letztendlich auch die Darlehensvaluta dauerhaft bei der Beklagten zu belassen. Die hier maßgebliche Leistung – der streitgegenständliche Verzicht – erfolgte daher gerade nicht von vornherein nur zu einem vorübergehenden Zweck.

Im Übrigen erfasst die Rechtsfolge des § 138 BGB nicht auch gem. § 139 BGB den Darlehensvertrag vom 5.5.1999. Dass der Darlehensvertrag nicht ohne die Zusatzvereinbarung abgeschlossen worden wäre, ist dem beiderseitigen Parteivorbringen nicht mit der erforderlichen Gewissheit zu entnehmen. Insbesondere ist nicht dargetan, inwieweit der Abschluss der Zusatzvereinbarung bereits bei Unterzeichnung des Darlehensvertrages beabsichtigt war. Auch sind die zeitlichen Abläufe weiterhin unklar.

Auch eine Kondiktion der Darlehensvaluta als solcher kommt daher vorliegend nicht in Betracht.

Nach alledem war die Klage abzuweisen.

**Anmerkung**

Die Berufung vor dem OLG Koblenz wurde von dem Kläger eingelegt. Das Verfahren vor einem Zivilsenat des OLG endete mit einem Vergleich, wonach die Beklagte 25.000 EUR an den Kläger bei Kostenteilung zu zahlen hat.

Mitgeteilt u. kommentiert von Rechtsanwalt *Klaus Schnitzler*,  
Fachanwalt für Familienrecht, Euskirchen

**Anmerkung****§ 817 S. 2 BGB und der heimliche Vater****I. Der Sachverhalt**

Werdende Väter sind nicht immer begeistert. Das gilt umso mehr, wenn der Erzeuger bereits anderweitig verheiratet und wenig geneigt ist, seine Ehefrau über die Situation ins Bild zu setzen, geschweige denn, sich von ihr zu trennen und mit der schwangeren Freundin das Kind gemeinsam aufzuziehen. In dieser Lage befand sich offenbar auch der Kläger in einem Fall, den das Landgericht Koblenz zu entscheiden hatte. Nach der Geburt des gemeinsamen Kindes schlossen die spätere Beklagte und der spätere Kläger einen Darlehensvertrag über 100.000 DM. Die Darlehensschuld sollte mit 6,5 % jährlich zu verzinsen sein und mit einer Zahlung in Höhe von 750 DM monatlich getilgt werden. In einem anderen Dokument verzichtete der spätere Kläger jedoch am gleichen Tag auf Tilgung und Zinsen unter der auflösenden Bedingung, dass die Beklagte bis zum 12. Lebensjahr des Kindes über die Person des Vaters Stillschweigen bewahren und (auch über das 12. Lebensjahr des Kindes hinaus) keine aus der Vaterschaft resultierenden Ansprüche für sich oder das Kind geltend machen würde. Damit wurde der Mutter de facto ein Schweigegeld gezahlt. Die Mutter kaufte von dem Geld eine Eigentumswohnung. Bis zum 6. Lebensjahr des Kindes wurde die Vereinbarung eingehalten, dann jedoch verlangte die spätere Beklagte Unterhalt für das Kind. Daraufhin kündigte der spätere Kläger den Darlehensvertrag und erhob, als die Beklagte nicht zahlte, Klage auf Zahlung aus dem Vertrag.

**II. Das Urteil**

Das Landgericht wies die Klage mit der Begründung ab, der Kläger habe wirksam auf Rückzahlung und Zinsen verzichtet. Die Verpflichtung der Beklagten, über die Identität des Vaters Stillschweigen zu bewahren und keine aus der Vaterschaft resultierenden Ansprüche geltend zu machen, sei zwar sittenwidrig gem. § 138 Abs. 1 BGB. Allerdings sei der Verzicht gem. § 397 BGB als Verfügungsgeschäft abstrakt vom zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäft zu beurteilen. Ein „Durchschlagen“ der Sittenwidrigkeit auch auf das Ver-

fügungsgeschäft, hier den Verzicht, komme nur in Betracht, wenn die Sittenwidrigkeit gerade im Vollzug der Leistung liege. Dies sei vorliegend aber gerade nicht der Fall, da der Verzicht als solcher ethisch neutral sei.

Anschließend prüfte das Landgericht, ob der Kläger den Verzicht von der Beklagten kondizieren und daher gleichwohl Zahlung verlangen könne. Eine Kondiktion des nunmehr rechtsgrundlosen Verzichts lehnte das Landgericht jedoch gem. § 817 S. 2 BGB ab. Dies begründete es mit dem beiderseitigen Sittenverstoß der Parteien. Besondere Gründe, die mit Blick auf den Schutzzweck oder § 242 BGB für einen Ausschluss des § 817 S. 2 BGB gesprochen hätten, prüfte das Landgericht zwar, lehnte sie im Ergebnis jedoch ab. Der Darlehensvertrag, so stellte das Gericht abschließend fest, werde nicht gem. § 139 BGB von der Unwirksamkeit der Verschwiegenheitsvereinbarung erfasst, da nicht dargelegt sei, dass der Abschluss des Darlehensvertrages mit Blick auf den Abschluss der „Vereinbarung“ erfolgte.

**III. Würdigung des Urteils****1. Die Rechte des nichtehelichen Kindes**

Dass eine Vereinbarung über künftiges Verschweigen der Vaterschaft und das Unterlassen der Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen zwischen Eltern zu Lasten ihres Kindes sittenwidrig ist,<sup>1</sup> ist keine Überraschung und wird vom Landgericht insbesondere unter Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>2</sup> überzeugend begründet. Das nichteheliche Kind soll möglichst in seiner Entwicklung dem ehelichen gleichgestellt sein. Es hat einen Anspruch auf Kenntnis seiner Abstammung und optimale Versorgung, hinter dem die Persönlichkeitsrechte und Vermögensinteressen seiner Eltern zurückstehen müssen. Alles andere erschiene auch als ein Vertrag zu Lasten Dritter. Auf ihren Unterhalt kann die nichteheliche Mutter gem. §§ 1615I Abs. 3 S. 1, 1614 BGB ebenfalls nicht wirksam verzichten.<sup>3</sup>

**2. Gegenstand der Kondiktion**

Das Landgericht bezeichnete den Verzicht als ethisch neutral und abstrakt von Darlehensvertrag und Verschwiegenheitsvereinbarung. Es ließe sich freilich auch argumentieren, dass der Darlehensvertrag und die Verschwiegenheits- und Verzichtsvereinbarung nach dem Parteiwillen eine Einheit bilden sollten und sich daher die Nichtigkeit der Verschwiegenheitsvereinbarung gem. § 139 BGB auch auf beide beziehen

<sup>1</sup> Vgl. Staudinger/*Sack*, § 138 Rn 449; Erman/*Palm*, § 138 Rn 100; AnwKomm-BGB/*Looschelders*, § 138 Rn 181.

<sup>2</sup> Vgl. BVerfG NJW 1988, 3010; BVerfG 26, 44, 60, 25, 167, 196; 17, 280, 285.

<sup>3</sup> Vgl. zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des Unterhaltsanspruchs der nichtehelichen Mutter im Vergleich zum Unterhaltsanspruch der geschiedenen Mutter: BGH NJW 2006, 2687.

müsste. Dies lehnte das Landgericht unter Verweis auf das Parteivorbringen ab. Dieses Verständnis erscheint nicht unbedingt lebensnah.

Im Ergebnis macht es freilich nur hinsichtlich der Zinsen einen Unterschied, ob Darlehensvertrag und Zusatzvereinbarung oder lediglich die Verschwiegenheitsvereinbarung als sittenwidrig angesehen werden. Wären Darlehensvertrag und Verschwiegenheitsvereinbarung nichtig, so wäre die Darlehensvaluta rechtsgrundlos geleistet worden. Sind Darlehensvertrag und der Verzicht der Rückzahlung wirksam und nur die Bedingung der Verschwiegenheit und des Unterhaltsverzichts nichtig, so fragt sich, ob der Verzicht kondiziert werden kann. Dann wären nicht nur die Darlehensvaluta, sondern auch die Zinsen zu zahlen gewesen. In beiden Fällen ist die Konditionssperre des § 817 BGB streitentscheidend. Ein anderes Ergebnis hätte freilich diskutiert werden müssen, wenn der Verzicht als nichtig, der Darlehensvertrag aber als wirksam eingeschätzt worden wäre.

### 3. § 817 S. 2 BGB Konditionssperre

Der Kläger hatte argumentiert, das Darlehen sei rückzahlbar, weil es der Beklagten nur vorübergehend überlassen worden sei. Damit versuchte er offenbar, an die Rechtsprechung zum Wucherdarlehen anzuknüpfen, wonach Leistung i.S.d. § 817 S. 2 BGB nur ist, was endgültig im Vermögen des Bereicherten verbleiben soll. Daher muss auch der Bewucherte die Darlehensvaluta wieder zurückgeben.<sup>4</sup> Dies war hier allerdings gerade nicht beabsichtigt, da der Kläger für den Fall der Erfüllung der Vereinbarung auf alle Rechte aus dem Darlehensvertrag einschließlich der Rückzahlung verzichten wollte.

Das Landgericht schloss eine Kondition des ethisch neutralen Verzichtes wegen beidseitigen Verstoßes gegen die guten Sitten aus. Dies ist zunächst zu bejahen, denn beide Eltern verstießen mit dem Abschluss einer derartigen Vereinbarung gegen die guten Sitten. Trotzdem ist die Anwendung des § 817 S. 2 BGB nicht unproblematisch. Normzweck und Anwendungsbereich des § 817 BGB sind trotz jahrzehntelanger Rechtsprechung und Diskussion von bemerkenswerter Unklarheit.<sup>5</sup>

Stützt man, wie es Rechtsprechung und h.L. und auch das Landgericht im folgenden Fall annehmen, die Kondition auf § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt BGB und nicht auf § 817 S. 1 BGB,<sup>6</sup> so setzt die Anwendung des § 817 S. 2 BGB voraus, dass es sich um eine allgemeine, d.h. entgegen Wortlaut und systematischer Stellung nicht nur auf § 817 S. 1 BGB beschränkte Konditionssperre handelt. Diese ausdehnende Anwendung entspricht h.L.<sup>7</sup> und ständiger Rechtsprechung<sup>8</sup> und wird deshalb vom Landgericht auch gar nicht erst begründet.

Der Normzweck des § 817 S. 2 BGB zielt – jedenfalls nach dem traditionellen Verständnis der h.M. und langjähriger Rechtsprechung – auf Rechtsschutzverweigerung.<sup>9</sup> Wer sich außerhalb der Rechtsordnung stelle, so die nachvollziehbare

Argumentation, könne nicht die Rechtsordnung zur Rückabwicklung zu Hilfe rufen. Die Begünstigung des möglicherweise ebenso wenig schützenswerten Empfängers, hier der nichtehelichen Mutter, ist nicht Ziel, aber unumgängliche Kehrseite dieser Rechtsschutzverweigerung.

Allerdings wurden die Ergebnisse einer solchen ausdehnenden Anwendung von § 817 S. 2 BGB wiederum vielfach als zu weit empfunden. Daher werden zunehmend Ausnahmen zu § 817 S. 2 BGB gemacht. So soll § 817 S. 2 BGB nicht angewendet werden, wenn sich das verletzte Sitten- oder Rechtsgebot gegen den Vermögensübergang als solchen richtet oder der sittenwidrige Zustand quasi durch die Verweigerung der Rückzahlung legalisiert würde. Dies war aber hier nicht der Fall. Das Geld ist der Mutter und dem Kind, die in einem Haushalt leben, zugute gekommen. Zur Zahlung von Unterhalt an das Kind und möglicherweise auch die Mutter, wäre der Kläger nach Feststellung der Vaterschaft sogar verpflichtet gewesen. Das Landgericht argumentierte im Übrigen zutreffend, als es feststellte, der durch die Rechtsordnung missbilligte Zustand werde durch die Verweigerung der Kondition weder verfestigt und noch gefördert, da die Mutter ihr Schweigen gerade gebrochen habe.<sup>10</sup>

In Rechtsprechung und Literatur wird die einschränkende Auslegung des § 817 S. 2 BGB u.a. mit § 242 BGB, Schutzzwecküberlegungen und dem historischen Anwendungsbereich der Vorschrift begründet.<sup>11</sup> Eine solche einschränkende Auslegung, die danach fragt, ob der Schutzzweck der verletzten Norm im vorliegenden Fall eine Rückabwicklung fordert oder eher nicht fordert,<sup>12</sup> wie sie auch der BGH für erforderlich hält,<sup>13</sup> verlangte der Kläger im vorliegenden Fall. Die Anwendung von § 817 S. 2 BGB verstößt nach Auffassung des Landgerichts freilich auch nicht gegen Treu und

<sup>4</sup> St. Rechtsprechung seit RGZ 161, 52, 57; BGH NJW 1987, 959, 962.

<sup>5</sup> Vgl. nur m.w.N. MüKo/Lieb, § 817; sowie bereits Dauner, JZ 1980, 495 ff.

<sup>6</sup> Ob und welchen Anwendungsbereich § 817 S. 1 BGB als eigene Anspruchsgrundlage neben § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt BGB besitzt, ist problematisch, vgl. MüKo/Lieb, § 817 Rn 4 ff.

<sup>7</sup> M.w.N. MüKo/Lieb, § 817 Rn 10; AnwKom-BGB/von Sachsen Gessaphe, § 817 Rn 10.

<sup>8</sup> BGHZ 35, 103, 107; 50, 90, 91; BGH NJW-RR 1993, 1457, 1458.

<sup>9</sup> BGHZ 35, 103, 107; 36, 395, 399 f.; 44, 1, 6; MüKo/Lieb, § 817 Rn 9 m.w.N.; Dauner, JZ 1980, 495, 499 ff. m.w.N.

<sup>10</sup> Das Landgericht bezog sich auf den „Bordellschiff-Fall“, in dem – vereinfacht – ein zum Betrieb eines Bordells gewährtes Darlehen zurückgefordert werden konnte, weil sonst der von der Rechtsordnung missbilligte Zustand quasi legalisiert würde BGH WM 1990, 799, 802; Staudinger/Lorenz, § 817 Rn 11.

<sup>11</sup> Vgl. Dauner, JZ 1980, 495, 499 ff.; Staudinger/Lorenz, § 817 Rn 10; Erman/Westermann, § 817 Rn 1; Honsell, Die Rückabwicklung sittenwidriger und verbotener Geschäfte, 1974, 2; Reeb, Grundprobleme des Bereicherungsrechts, 1975, 65 ff.

<sup>12</sup> Vgl. BGHZ 111, 308, zust. Erman/Westermann, § 817 Rn 15; Fabricius, JZ 1963, 85 ff.; Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, 209 f.; Koppensteiner/Kramer, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1988, 64.

<sup>13</sup> BGHZ 44, 1, 6; 75, 299, 305; 111, 308, 312 ff.; vgl. Dauner, JZ 1980, 495 ff.

Glauben, da die Beklagte für die Vergangenheit gem. § 1613 BGB keinen Unterhalt fordern könne. Müsse sie nun noch die Darlehensvaluta zurückgeben, habe der Unterhaltsverzicht für die Vergangenheit praktisch Erfolg gehabt.

Gegen diese Argumentation lässt sich allerdings einwenden, dass der Unterhalt für das Kind gem. § 1613 Abs. 2 Nr. 2a BGB<sup>14</sup> noch nachgefordert werden können muss, denn es ist wenig wahrscheinlich, dass die Vaterschaft des Beklagten zuvor festgestellt oder anerkannt worden ist. Es wäre auch befremdlich, wenn die Mutter durch entsprechendes Verhalten ihr Kind um seinen Unterhaltsanspruch für die Vergangenheit bringen könnte. Es ließe sich daher argumentieren, es sei unbillig, dem Kläger nicht nur die Rückzahlung der 100.000 DM zu verweigern und ihm zusätzlich noch eine Nachzahlung für Unterhalt aufzuerlegen.

Nicht nachfordern kann die Beklagte freilich gegebenenfalls für sie selbst bestehende Unterhaltsansprüche gem. § 1615I BGB. Gleichwohl ist fraglich – wie es das Landgericht annimmt –, ob die Beklagte bei einer Verurteilung zur Rückzahlung ebenso gestellt wäre, als wenn ihr Unterhaltsverzicht praktisch Erfolg gehabt hätte. Da die Beklagte auch im Vertrauen auf den Bestand der Zahlung keine Unterhaltsansprüche geltend gemacht hat, könnte man sie in dem Maße für entreichert gem. § 818 Abs. 3 BGB halten, in dem sie Unterhaltsansprüche hat verfallen lassen. Diese Überlegung würde gegen die Anwendung des § 817 S. 2 BGB sprechen.

Schutzzwecküberlegungen müssen in diesem Fall allerdings vor allem die Interessen des Kindes im Auge haben, denn seinem Wohl dient die Nichtigkeit der Vereinbarung. Hält man den Präventionsgedanken im Rahmen des § 817 S. 2 BGB für bedeutsam,<sup>15</sup> so lässt sich anführen, dass vom Abschluss derartiger Vereinbarungen abgeschreckt wird, wenn bei einem Bruch des Schweigens das Geld nicht

zurückgezahlt werden braucht. Andernfalls würde die Mutter gegebenenfalls von einem Bruch der Vereinbarung absehen, um nicht zurückzahlen zu müssen. Dies wäre nicht im Interesse des Kindes. Da Mutter und Kind in einem Haushalt leben, wirkt sich die finanzielle Situation der Mutter unmittelbar auf das Kind aus.<sup>16</sup> Daher würde eine starke finanzielle Belastung der Mutter zwangsläufig auch die Entwicklung des Kindes beeinträchtigen. Diese Überlegungen können insbesondere zum Tragen kommen, wenn Mutter und Kind in der mit dem Geld erworbenen Wohnung leben und ein Verkauf mit einem Umzug und damit einer sozialen Entwurzelung des Kindes verbunden sein könnte. Mindestens wird das Kind einmal einen Pflichtteilsanspruch auf das Vermögen seiner Mutter haben. Die sittenwidrige Zahlung hat dazu geführt, dass die Mutter mehr Geld für sich und das Kind zur Verfügung hatte, als sie beanspruchen konnte. Allerdings standen ihr diese Zahlungen sicherlich teilweise zu, was sonst bei der Anwendung des § 817 S. 2 BGB nur selten der Fall ist. Dafür spricht auch, dass die 750 DM monatliche Tilgung, auf die der Kläger verzichtete, faktisch wie eine monatliche Unterhaltszahlung wirkt. Daher ist es gut vertretbar, mit Schutzzwecküberlegungen einen Anspruch auf Rückzahlung der 100.000 DM zu verweigern. Ein anderes Ergebnis könnte man diskutieren, wenn die Mutter am Tag der Zahlung eigene Unterhaltsforderungen gestellt hätte, doch dies war hier nicht der Fall.

#### IV. Fazit

Im Ergebnis erscheint die Lösung des Landgerichts vertretbar. In seiner Begründung bleiben freilich einige Punkte unberücksichtigt.

\_\_\_\_\_ *Anne Sanders* M.Jur. (Oxford), Universität zu Köln<sup>17</sup>

<sup>14</sup> Vgl. MüKo/Born, § 1613 Rn 96; Palandt/Diederichsen, § 1613 Rn 22.

<sup>15</sup> Larenz/Canaris, Schuldrecht, II/2, 1994, 162 f.

<sup>16</sup> Vgl. nur: BVerfG NJW 2001, 957, 960; Büttner, FamRZ 1998, 1, 6 f.

<sup>17</sup> Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht, Arbeitsrecht und europäische Privatrechtsentwicklung (Prof. Dr. Barbara Dauner-Lieb).