

Ein Blick in die Zukunft und der Blick ins Gesetz: Der BGH und die Hellseherei

Von Wiss. Mitarbeiter **Florian Bartels**, Bielefeld

Verspricht eine Hellseherin ihrem Kunden, mit Hilfe ihrer übersinnlichen Kräfte in die Zukunft zu sehen, ihn vor bösen Mächten zu schützen oder die Liebe bestimmter Personen zu entfachen, liegt es (auch in einer Klausur) nah, diese Leistung als objektiv unmöglich im Sinn von § 275 Abs. 1 BGB einzuordnen und eine Entgeltspflicht gemäß § 326 Abs. 1 S. 1 BGB zu verneinen. So leicht möchte es der BGH dem Kunden der Hellseherin und so leicht wird es der Ersteller einer Klausur deren Bearbeitern nicht machen: Das Gericht unterstellt den Vertragsparteien den Willen, auch eine sinnlose Leistung zu entgelten. Eine Zahlungspflicht lässt der BGH nur entfallen, wenn der Vertrag gemäß § 138 BGB sittenwidrig ist. Wann ein Vertrag über magische Leistungen sittenwidrig ist, ist im Einzelfall zu beurteilen.

I. Grundlegung

Bislang war es in der Rechtsprechung anerkannt, dass nach § 275 Abs. 1 BGB objektiv unmögliche Leistungsversprechen gemäß § 326 Abs. 1 S. 1 BGB nicht zu entgelten sind. Objektiv unmöglich ist eine Leistung, wenn sie nach den Naturgesetzen oder dem Stand von Wissenschaft und Technik nicht erbracht werden kann.¹ Bislang nahm die Rechtsprechung richtig unter diese Definition subsumierend an, dass übersinnliche Leistungspflichten objektiv unmöglich und daher nicht zu entgelten sind.²

In einem neuen Urteil³ entschied der BGH gegen seine bisherige gesetzestreue Linie und nimmt an, dass trotz objek-

tiver Unmöglichkeit der Kunde einer Kartenlegerin deren Dienste zu entlohnen hat. Zur Begründung unterstellt das Gericht den Vertragsparteien, vereinbaren zu wollen, der Gläubiger einer magischen und objektiv unmöglichen Leistung müsse diese entgelten (dazu II. 1.). Diese (neuartige) Rechtsfigur der „bewusst objektiv unmöglichen, aber zu entgeltenden Leistung“ entwickelte der BGH, weil es ihm nicht gelungen ist, den Inhalt des zu beurteilenden Vertrags auszulegen und die objektive Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung zu beurteilen (dazu II. 2.). Stattdessen sieht sich das Gericht gezwungen, den Begriff der Sittenwidrigkeit weit auszulegen, um die Entgeltspflicht des Kunden wegen der Nichtigkeit des zu beurteilenden Vertrags gemäß § 138 BGB verneinen zu können (dazu III.).

Dem Urteil liegt ein Fall zugrunde, der zeigt, welche Macht die Karten⁴ wirklich über Menschen haben können. Zwar ist es allgemeine Ansicht in Naturwissenschaft und Philosophie, dass mit Hilfe magischer Kräfte nicht in die Zukunft gesehen werden kann.⁵ Das hindert – geschäftsfähige⁶ – Personen aber nicht, privatautonom Verträge über die Erbringung magischer und parapsychologischer Leistungen zu schließen. Unproblematisch ist es, wenn allein zum Zeitvertreib geweissagt wird. Rechtlich relevant wird es, wenn das Medium seinem Kunden verspricht, in die Zukunft blicken zu können, um sich seine vermeintlich übernatürliche Begabung fürstlich entlohnen zu lassen und durch seine Macht über die Karten auch Macht über den zahlungskräftigen Kunden gewinnt.

In diesem Fall scheint die Kartenlegerin ihre Macht über die Karten und ihren Kunden, den Geschäftsführer einer Werbeagentur, verloren zu haben. Die Klägerin konnte sich vor Erhebung der Klage nicht weisagen, dass jene wenig Aussicht auf Erfolg versprach.⁷ Und der Beklagte ist von seinem Glauben an die Macht der Karten abgefallen, als ihm die Kartenlegerin nicht nur die Karten, sondern auch Rechnungen in Höhe von fast € 42.000,- vorlegte, die er nun nicht begleichen möchte.

II. Gegen die neuartige Rechtsfigur der „bewusst objektiv unmöglichen, aber zu entgeltenden Leistung“

Der BGH hat die neuartige Kategorie der „bewusst objektiv unmöglichen, aber zu entgeltenden Leistung“ aus dem Hut gezaubert.

¹ BGH NJW 2011, 756, Rn. 10; OLG Düsseldorf NJW 1953, 1953; *Emmerich*, Das Recht der Leistungsstörungen, 6. Aufl. 2005, § 3 Rn. 22 f.; *Ernst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 275 Rn. 35; *Faust*, JuS 2011, 359 (361); *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 1987, § 8 I; *Löwisch/Caspers*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2009, Vorbemerkung 14 zu §§ 275-278; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 18. Aufl. 2008, Rn. 413 f.; *Schreiber*, Jura 1995, 529; *Westermann*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 2008, § 275 Rn. 3. Vgl. auch die in Fn. 2 genannte Rechtsprechung.

² OLG Düsseldorf NJW 1953, 1953 (Vorhersage durch Kartenlegen); LG Aachen MDR 1989, 63 (Beeinflussung eines Richters durch Telepathie); LG Augsburg NJW-RR 2004, 272 (Beschwörung des Verflorenen, zu seiner Ex zurückzukehren); LG Braunschweig NJW-RR 1986, 478 (Abschirmung von Erdstrahlen); LG Kassel NJW 1985, 1642; NJW-RR 1988, 517 (beide parapsychologische Partnerzusammenführung); LG Mannheim NJW 1993, 1488 (Teufelsaustreibung).

³ BGH, Urt. v. 13.1.2011 – III ZR 87/10 = NJW 2011, 756 = ZGS 2011, 128. Zustimmend *Pfeiffer*, LMK 2011, 314413; *Nassall*, jurisPR-BGHZivilR 5/2011 Anm. 1; *Faust*, JuS 2011, 359. Dem BGH folgt das AG Mannheim, Urt. v. 4.3.2011 – 3 C 32/11 (bislang unveröffentlicht). Das BGH-Urteil ausführlich ablehnend *Bartels*, ZGS 2011, erscheint demnächst.

⁴ Vgl. OLG Düsseldorf NJW 2009, 789.

⁵ Allgemein zu „Parapsychologie, Wissenschaft und Rechtsordnung“ *Wimmer*, NJW 1979, 587.

⁶ Der BGH prüft süffisant kurz die Geschäftsfähigkeit der Parteien an (NJW 2011, 756 Rn. 18). Ebenso handelt es sich weder um ein Schein- noch um ein Scherzgeschäft (§§ 117 f. BGB); vgl. *Canaris*, JZ 2001, 499 (505 f.); *Pfeiffer*, LMK 2011, 314413; *Windel*, ZGS 2003, 466 (467).

⁷ Das gab bereits *Voss*, NJW 1953, 1953 zu bedenken.

1. Keine individualvertragliche Ausnahme vom Grundsatz der §§ 275 Abs. 1, 326 Abs. 1 S. 1 BGB

Wenn es die Parteien wollten, sei entgegen §§ 275 Abs. 1, 326 Abs. 1 S. 1 BGB eine sinnlose Leistung auch zu entgelten.⁸ Nach Meinung des BGH widerspricht es „den Motiven und Vorstellungen der Parteien“, die Vorhersage der Zukunft als objektiv unmöglich anzusehen, um so die Vergütungspflicht zu verneinen.⁹ Weil sich der Beklagte, obwohl er wusste, dass übersinnliche Fähigkeiten nicht existieren, „gleichwohl entschloss, der Klägerin für das Kartenlegen ein Entgelt zu versprechen – und diese Leistungen über einen längeren Zeitraum auch tatsächlich in Anspruch genommen und vergütet hat – [...] liegt die Annahme nicht fern, dass die Klägerin nach dem Willen der Parteien die vereinbarte Vergütung ungeachtet des Umstands beanspruchen konnte, dass die ‚Tauglichkeit‘ der erbrachten Leistung rational nicht nachweisbar ist.“¹⁰

Damit unterstellt das Gericht den Parteien einen besonderen Willen, auf ihren Vertrag § 326 Abs. 1 S. 1 BGB nicht anzuwenden. Im Rahmen der Privatautonomie könnten die Parteien wirksam die Entgeltspflicht einer Leistung bestimmen, deren objektive Unmöglichkeit ihnen bei Vertragsschluss bekannt war.¹¹ Der BGH zieht zur Begründung einen Vergleich mit einer Individualvereinbarung, in der „der Gläubiger nach der vertraglichen Risikoverteilung ausdrücklich oder stillschweigend die Gefahr für ein bestimmtes Leistungshindernis übernommen hat und sich dieses Leistungshindernis verwirklicht“.¹²

Diese Individualvereinbarungen treffen aber nur Fälle, in denen die Gegenleistungspflicht bestehen bleibt, obwohl der Schuldner der Leistung aufgrund von Umständen der Vertragsdurchführung frei wird.¹³ Die Erbringung der Leistung ist in den Konstellationen, in denen eine Individualvereinbarung das Durchführungsrisiko einer Vertragspartei auferlegt, zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zumindest denkbar möglich. Eine Individualvereinbarung zur Verteilung des Durchführungsrisikos wird nur getroffen, wenn nicht feststeht, ob die Leistung später erbracht werden kann oder ob ihre Erbringung objektiv unmöglich wird. Zwar kann auch das Durchführungsrisiko anfänglich objektiv unmöglicher Leistungsversprechen individualvertraglich der einen oder der anderen Vertragspartei auferlegt werden. Bei Abschluss des Vertrags halten aber beide Parteien die Erbringung der Leistung für möglich. Die Verpflichtung, aus der Zukunft zu berichten, ist hingegen nicht einmal theoretisch erfüllbar, sie

ist von Anfang an sinnlos.¹⁴ Mit einer individualvertraglichen Vereinbarung kann daher nur der Umfang der Leistungspflicht, nicht aber eine Entgeltspflicht bei zur Zeit des Vertragsschlusses bekannter Unmöglichkeit bestimmt werden. Wenn eine Vertragspartei verspricht, den Atlantik zu durchschwimmen und beide Vertragsparteien glauben (zwar nicht an die übernatürliche aber) an die übermenschliche Muskelkraft des Schwimmers, ist die versprochene Leistung ebenfalls objektiv unmöglich, weil von vornherein sinnlos.¹⁵ Eine individualvertragliche Ausnahme von § 326 Abs. 1 S. 1 BGB wird nicht geschlossen.

2. Statt der Lösung des BGH ist anhand des vertraglich Gewollten zu differenzieren

Die Rechtsfigur der „bewusst objektiv unmöglichen, aber zu entgeltenden Leistung“ ist eine Überdehnung des Willens der Vertragsparteien.¹⁶ Zu diesem Kunstgriff ist der BGH gezwungen, weil er den Vertragsinhalt nicht deutlich herausgearbeitet hat. Die Entgeltspflicht entfällt mit der objektiven Unmöglichkeit der Leistung gemäß § 326 Abs. 1 S. 1 BGB. Ob eine Leistung objektiv unmöglich ist, richtet sich nach der geschuldeten Leistung und somit nach den Absprachen der Parteien. Der Vertragsinhalt ist auszulegen und den typisierten Schuldverträgen wie Dienst- und Werkvertrag zuzuordnen.¹⁷ Fraglich ist deshalb, ob nach der Parteivereinbarung der (objektiv unmögliche und sinnlose, gar sittenwidrige) Erfolg des Weissagens oder die Tätigkeit des Weissagens selbst geschuldet ist.¹⁸

a) Jahrmarktvergnügen

Werden die Karten als „Jahrmarktvergnügen“ gelegt,¹⁹ gehen die Parteien im Bewusstsein der naturwissenschaftlichen Unmöglichkeit nicht davon aus, eine magische Handlung vorzunehmen, sondern wollen belustigt werden.²⁰ Kennzeichnend hierfür ist das geringe Entgelt.²¹ Deshalb fallen die

⁸ BGH NJW 2011, 756, Rn. 16 ff.

⁹ BGH NJW 2011, 756, Rn. 17.

¹⁰ BGH NJW 2011, 756, Rn. 18.

¹¹ BGH NJW 2011, 756, Rn. 16. Zustimmend Pfeiffer, LMK 2011, 314413.

¹² BGH NJW 2011, 756, Rn. 16.

¹³ Vgl. Ernst (Fn. 1), § 326 Rn. 111 ff. sowie § 311a Rn. 102 f.; Löwisch/Caspers (Fn. 1), § 326 Rn. B67. Nicht differenzierend Pfeiffer, LMK 2011, 314413. Hierzu Faust, JuS 2011, 359 (361).

¹⁴ Vgl. Emmerich (Fn. 1), § 3 Rn. 23, § 5 Rn. 7; Larenz (Fn. 1), § 8 I; Westermann (Fn. 1), § 275 Rn. 5.

¹⁵ Larenz (Fn. 1), § 8 I, nennt dieses „Schulbeispiel“ für die absolute Unmöglichkeit (freilich noch zu § 306 BGB a.F.) im Zusammenhang mit dem Urteil des LG Kassel NJW 1985, 1642, geht aber davon aus, ein solches Leistungsversprechen könne nicht ernst gemeint sein, was zu einer Nichtigkeit nach § 118 BGB führe.

¹⁶ In diese Richtung tendiert wohl auch Faust, JuS 2011, 359, 361. A.A. Pfeiffer, LMK 2011, 314413: „Die Entscheidung stellt ein Stück Vertragsfreiheit klar.“

¹⁷ Ausdrücklich Unberath, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, 2. Aufl. 2008, § 275 Rn. 4.

¹⁸ Vgl. Faust, JuS 2011, 359 (360); Medicus/Lorenz (Fn. 1), Rn. 414; Schreiber, Jura 1995, 529; Westermann (Fn. 1), § 275 Rn. 5.

¹⁹ BGH NJW 2011, 756, Rn. 11.

²⁰ Vgl. AG Ingolstadt NStZ-RR 2005, 313 (314); Pfeiffer, LMK 2011, 314413.

²¹ BGH NJW 2011, 756, Rn. 11, ebenso AG Ingolstadt NStZ-RR 2005, 313 (314).

im Unterhaltungsfernsehen²² oder Internet angebotenen Telefonhotlines grundsätzlich in diese Kategorie. Ein Erfolg in Form des okkulten Zeitvertreibs ist geschuldet, sodass ein Werkvertrag gemäß § 631 BGB vorliegt. Eine Vergütungspflicht besteht, weil die versprochene Leistung nicht nach § 275 Abs. 1 BGB objektiv unmöglich ist.

b) Lebensberatung in mystischem Umfeld

Hingegen ist eine Dienstleistung gemäß § 611 BGB geschuldet, wenn das Kartenlegen nur „Aufhänger“ für ein Beratungsgespräch ist, der Kunde „sich im Rahmen einer allgemeinen Lebensberatung Tipps und Anregungen holen“ will.²³ Für dieses Gespräch kommt es den Parteien nicht darauf an, ob das Medium die Karten wirklich legt oder gar tatsächlich in die Zukunft sehen kann. Weil eine Lebensberatung vorgenommen wird, erklärt sich die Einordnung als Dienstleistung. Die geschuldete Leistung ist nicht nach § 275 Abs. 1 BGB objektiv unmöglich und zu entgelten.

c) Kartenlegen

Verpflichtet sich das Medium, nach den zwar naturwissenschaftlich nicht anerkannten, aber doch schon Jahrtausende alten Regeln der astrologischen Kunst tätig zu werden, etwa als abstrakte Vorhersage ein Horoskop zu erstellen, ohne dass es verspricht, für konkrete Entscheidungen Ratschläge mit Wissen aus der Zukunft zu geben, schuldet es keine nach § 275 Abs. 1 BGB unmögliche Leistung.²⁴ Ob der Kunde der Weissagung tatsächlich Glauben schenkt, liegt an ihm.²⁵ Jedenfalls bekommt er in diesem Fall das, was er sich vom Kartenlegen verspricht.²⁶ Berufs- und Revisionsgericht verstehen die Leistungen der Klägerin fälschlicherweise als solche astrologische Dienstleistung, obwohl sie über die Tätigkeit des bloßen Kartenlegens und Vorhersagens hinausgeht.²⁷

d) Zukunftsvorhersage und Partnerbeeinflussung

Die in dem Urteil des BGH zu erbringende Leistung des Mediums war weder ein Jahrmarktvergnügen noch eine Lebensberatung. Auch ging sie über das bloße Kartenlegen nach astrologischen Regeln hinaus. Die Klägerin wurde von dem Beklagten mehrfach täglich kontaktiert und hatte in bestimmten Situationen mit ihren magischen Kräften für ihn eine

Entscheidung zu treffen. Außerdem sollte das Medium mit seinen übersinnlichen Kräften die Liebe des Beklagten zu seiner ehemaligen Partnerin neu entfachen. Darüber hinaus hat die Klägerin behauptet, sie könne weissagen und diese Behauptung mit Aussagen anderer Kunden zu untermauern versucht.²⁸ „Die Klägerin erklärte ihm, dass sie davon gehört habe, dass Dinge, die sie vorhergesagt, auch eintreffen. Die von der Klägerin geleistete Tätigkeit [...] bestand zu mindestens 85 % aus Kartenlegen, wobei nach Angaben der Klägerin aus den Karten bestimmte ‚(Richtungs-)Tendenzen‘ gesehen werden könnten und insgesamt eine ‚esoterische Dienstleistung‘ erbracht werden sollte. Unter diesen Umständen kam dem Kartenlegen [...] nicht nur die Funktion eines ‚Aufhängers‘ für die nachfolgenden Beratungsgespräche zu. Vielmehr stellt dies [...] eine wesentliche Grundlage für die Ratschläge der Klägerin an den Beklagten dar. Darüber hinaus versprach die Klägerin den Einsatz ihrer ‚Energie‘, um den Beklagten bei seiner Partnersuche zu unterstützen“.²⁹ Somit ist nach der Vereinbarung von Klägerin und Beklagten ein Erfolg geschuldet: „Unter das Versprechen einer Leistung durch Gebrauch übernatürlicher, magischer Kräfte und Fähigkeiten fällt auch das Kartenlegen im Sinne einer Wahrsagepraktik, aus Spielkarten Auskunft über verborgene oder zukünftige Dinge sowie Ratschläge zu erhalten.“³⁰ Das nimmt auch das Berufungsgericht an, wenn es ausführt: „Der Beklagte hat auf die Kräfte der Klägerin vertraut und sich hiervon Erkenntnisse und eine positive Beeinflussung seiner Lebensumstände – insbesondere seiner Beziehungen – versprochen.“³¹

Der geschuldete Erfolg, die Beeinflussung Dritter und die Entscheidungshilfe mittels Blick in die Zukunft zu konkreten Fragen sowie die telepathische Beeinflussung des Verfloresenen, ist nach § 275 Abs. 1 BGB objektiv unmöglich und deshalb gemäß § 326 Abs. 1 S. 1 BGB nicht zu entgelten. Bereits gezahltes Entgelt kann aus §§ 346 Abs. 1, 326 Abs. 4 BGB herausverlangt werden.

III. Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB

Dass nach seiner Lösung der Beklagte das Medium entgegen dem Gesetzeswortlaut folgerichtig zu entgelten hat, möchte der BGH dann aber doch nicht zulassen. Er geht davon aus, dass der vorliegende Vertrag nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig ist.³² Das Gericht beruft sich in seiner Begründung auf die Verfasser des Gesetzentwurfs zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz,³³ die andeuten, dass ein Vertrag über die

²² Einen Einblick in die verschiedenen Leistungen übersinnlicher Art bietet der Fernsehsender AstroTV auf seiner Homepage <http://www.astrotv.de> (abgerufen am 6.4.2011): „Tarot & Kartenlegen“, „Hellsehen & Wahrsagen“, „Astrologie & Horoskope“ sowie „Medium & Channeling“.

²³ AG Ingolstadt NStZ-RR 2005, 313 (314); Pfeiffer, LMK 2011, 314413.

²⁴ Medicus/Lorenz (Fn. 1), Rn. 414; Schreiber, Jura 1995, 529; Westermann (Fn. 1), § 275 Rn. 5.

²⁵ Vgl. AG Ingolstadt NStZ-RR 2005, 313 (314).

²⁶ Vgl. LG Braunschweig NJW-RR 1986, 478; Pfeiffer, LMK 2011, 314413; Voss, NJW 1953, 1953.

²⁷ BGH NJW 2011, 756, Rn. 8; OLG Stuttgart, Urt. v. 8.4.2010 – 7 U 191/09, Rn. 16 (bislang unveröffentlicht).

²⁸ So die Vorinstanz OLG Stuttgart, Urt. v. 8.4.2010 – 7 U 191/09, Rn. 19.

²⁹ BGH NJW 2011, 756, Rn. 14.

³⁰ BGH NJW 2011, 756, Rn. 10.

³¹ OLG Stuttgart, Urt. v. 8.4.2010 – 7 U 191/09, Rn. 22.

³² BGH NJW 2011, 756, Rn. 21. Einschränkend Pfeiffer, LMK 2011, 314413. Kritisch Faust, JuS, 2011, 359 f.

³³ BT-Drs. 14/6040, S. 164: „Die anfängliche objektive Unmöglichkeit soll künftig als Fall der Leistungsstörung nach den allgemeinen Regeln behandelt werden. Von der Rechtsprechung in Anwendung des bisherigen § 306 gelöste Fälle des Versprechens einer Leistung, die nur Aberglaube für

Nutzung magischer Kräfte wegen seiner Sittenwidrigkeit „häufig“ nichtig sein soll. Ist der Vertrag bereits wegen seiner Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig, kommt es nicht mehr auf die objektive Unmöglichkeit des Leistungsverprechens an.³⁴

1. Zum Begriff der Sittenwidrigkeit

Die Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB beruht auf einer Interessenabwägung. In einer Gesamtschau sind Inhalt, Beweggrund und Zweck sowie die Umstände des zu beurteilenden Rechtsgeschäfts zu berücksichtigen.³⁵ Folglich tritt mit der Entscheidung des BGH an die Stelle der rechtssicheren Kategorie der objektiven Unmöglichkeit eine richterliche Bewertung, ob der Vertrag unter die „weichen“ Kriterien der Sittenwidrigkeit fällt. Das ist für die Vertragsfreiheit wenig förderlich.³⁶

a) Verträge über magische Leistungen grundsätzlich nicht sittenwidrig

§ 138 BGB ist negativ formuliert, sodass der Vertrag nicht dem Verständnis aller billig und gerecht Denkenden zu entsprechen braucht. Der Vertrag ist vielmehr nur dann nichtig, wenn er gegen dieses Verständnis verstößt.³⁷ Das berücksichtigt der BGH nicht, wenn er keine „allzu hohen Anforderungen an einen Verstoß gegen die guten Sitten im Sinne des § 138 Abs. 1 BGB“ stellen möchte.³⁸ Aufgrund der Berufsfreiheit³⁹ ist im Grundsatz kein Unwerturteil über magische Verträge zu fällen.⁴⁰ Auch können sich die Beteiligten auf die Weltanschauungsfreiheit berufen: Eine Differenzierung in zu tolerierende und zu versagende „naive Frömmigkeit“ ist bereits im Hinblick auf Art. 4 Abs. 1 und 2 GG nicht mög-

lich.⁴¹ Dementsprechend kann es nicht Aufgabe von § 138 BGB sein, die Rechtswertigkeit⁴² eines bestimmten Vertrags zu überprüfen. Die Gesetzesverfasser des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes und mit ihnen der BGH haben folglich übersehen, dass Verträge über astrologische Leistungen nach § 138 Abs. 1 BGB nicht grundsätzlich als sittenwidrig angesehen werden können.⁴³

b) Ausnutzen der schwierigen Lebenssituation?

Die Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB kann nur in einer Interessenabwägung für den konkreten Fall bestimmt werden.⁴⁴ Diese Interessenabwägung führt zu einer Sittenwidrigkeit namentlich bei einer verwerflichen Gesinnung des Begünstigten (hier: der Klägerin) oder bei besonderer Ausbeutbarkeit des Benachteiligten (hier: des Beklagten).⁴⁵ Ob bei dem Geschäftsführer einer Marketing-Agentur seine trennungsbedingte Lebenskrise dazu führte, dass er durch seinen Glauben an magische Kräfte und Schamanen zu einem besonders willfähigen Kunden oder Opfer der Klägerin wurde, ist zweifelhaft. Die emotionale Zwangslage der Beziehungskrise wird nicht über ein Jahr lang zu einer Abhängigkeit von den Weissagungen seines Mediums geführt haben. Und die für die Vergleichbarkeit zu § 138 Abs. 2 BGB notwendige verwerfliche Gesinnung⁴⁶ hat der Kartenleserin, die anscheinend an ihre Karten selbst geglaubt hat, gefehlt.

Hingegen glaubte das Medium in dem vom AG Mannheim⁴⁷ zu entscheidenden Fall selbst nicht an seine magischen Kräfte. Wie das Gericht den Schriftsätzen entnehmen konnte, wusste das Medium, dass sich seine Kundin in einer Lebenskrise befand und auf seinen Rat hoffte. Das Medium berief sich zur Abwehr des Rückzahlungsanspruchs seiner Kundin darauf, nur Unterhaltung anbieten zu wollen und machte sich über deren Leichtgläubigkeit lustig.⁴⁸ „Wer auf

möglich halten kann (vgl. LG Kassel NJW 1985, 1642; LG Kassel NJW-RR 1988, 1517), rechtfertigen die Beibehaltung dieser Vorschrift nicht; sie dürften (häufig) als sittenwidrig und deshalb nach § 138 als nichtig behandelt werden können.“

³⁴ Das übersieht das OLG Stuttgart, Urt. v. 8.4.2010 – 7 U 191/09, Rn. 23 f.

³⁵ BGHZ 125, 206. Vgl. *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl. 2011, Rn. 1183 f.; *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1994, § 18 1 a; *Hefermehl*, in: *Soergel*, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 1999, § 138 Rn. 8; *Sack*, in: *Staudinger*, Kommentar zum BGB, 2003, § 138 Rn. 37 ff.

³⁶ A.A. *Pfeiffer*, LMK 2011, 314413.

³⁷ *Flume* (Fn. 35), § 18 1 a.

³⁸ BGH NJW 2011, 756, Rn. 21. Vgl. hingegen OLG Stuttgart, Urt. v. 8.4.2010 – 7 U 191/09, Rn. 23 sowie *Pfeiffer*, LMK 2011, 314413.

³⁹ Vgl. zu Berufsfreiheit und Kartenlegen BVerwGE 22, 286 f.; *Scholz*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz, 60. EL 2010, Art. 12 Rn. 35 ff.

⁴⁰ OLG Stuttgart, Urt. v. 8.4.2010 – 7 U 191/09, Rn. 23. Vgl. *Bork* (Fn. 35), Rn. 1152.

⁴¹ *Windel*, ZGS 2003, 466 (468): „Denn worin soll der Rationalist den Unterschied finden zwischen dem Zauber einer ‚weißen‘ Hexe, dem Ritus eines Schamanen, dem hinduistischen Mantra, dem Abbrennen von Räucherstäbchen im buddhistischen Tempel und dem Anzünden einer Kerze in einer christlichen Kapelle, wenn alles jeweils geschieht, um Glück für die Führerscheinprüfung oder Sonnenschein für das Gartenfest zu erleben?“. Vgl. *Herzog*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz, 60. EL 2010, Art. 4 Rn. 67.

⁴² *Bork* (Fn. 35), Rn. 1182.

⁴³ Vgl. *Emmerich* (Fn. 1), § 5 Rn. 7.

⁴⁴ Vgl. *Bork* (Fn. 35), Rn. 1183; *Flume* (Fn. 35), § 18 1 a; *Sack* (Fn. 35), § 138 Rn. 37 ff.

⁴⁵ Vgl. *Bork* (Fn. 35), Rn. 1193; *Flume* (Fn. 35), § 18 1.

⁴⁶ Vgl. *Bork* (Fn. 35), Rn. 1196; *Flume* (Fn. 35), § 18 3.

⁴⁷ AG Mannheim, Urt. v. 4.3.2011 – 3 C 32/11. Freilich betrug die Rechnung des Mediums nur € 200.

⁴⁸ Das Medium führt laut AG Mannheim, Urt. v. 4.3.2011 – 3 C 32/11, Rn. 10, aus, „dass es ‚JEDER normal intelligenten Person offenkundig und bekannt‘ ist, ‚dass es so etwas wie Magie nicht gibt‘, es der Klägerin offenkundig hätte sein müssen, dass ‚die Leistung (Fluchbefreiung/Magiefreiung) unmöglich‘ sei. Die Tätigkeit des Beklagten wird in einen Zusammenhang mit Fernsehshows (Uri Geller) und dem

diese Weise die Leichtgläubigkeit der [Kundin], deren (Aber-)Glaube, der für diese zwar objektiv außerhalb des wissenschaftlich Beweisbaren aber subjektiv wichtig und real ist, als Blödsinn abtut, obwohl er selbst mit dieser Leichtgläubigkeit und diesem (Aber-)Glauben wirbt und Geschäfte macht, verstößt in einer solchen Situation, in der sich jemand in einer schwierigen Lebenssituation („Pechsträhne“) vertrauensvoll an ihn wendet und – aus ihrer Sicht – Hilfe erwartet, [...] gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden [...] wodurch der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag nichtig ist.“⁴⁹

Dem AG Mannheim ist zuzustimmen. Die Kundin hat sich an das Medium in einer Lebenskrise gewandt, weil sie dachte, es könne seine magischen Kräfte zu ihrem Vorteil einsetzen. Dabei hat die Hellseherin durch eigene Aussagen und ihr Verhalten gegenüber der Kundin eine Vertrauensstellung aufgebaut.⁵⁰ Das allein ist noch nicht ausreichend. Sittenwidrig wäre der Vertrag etwa, wenn zwischen Medium und Kundin eine gefestigte Vertrauensbeziehung bestanden oder diese sich in extremer persönlicher Bedrängnis befunden hätte.⁵¹ Die bestehende Vertrauensstellung sowie die Leichtgläubigkeit und Unerfahrenheit seiner Kundin hat das Medium (sogar nach eigener Aussage) zum eigenen Vorteil ausgenutzt. Eine verwerfliche Gesinnung des Mediums ist deshalb zu bejahen.⁵² Die Gesamtschau aus verwerflicher Gesinnung seitens des Begünstigten und der Leichtgläubigkeit und des entgegengebrachten Vertrauens seitens des Benachteiligten machen den Vertrag sittenwidrig. Er ist nach § 138 BGB nichtig und zieht keine Entgeltspflicht nach sich.

c) Vertrag bei versprochener telepathischer Beeinflussung Dritter sittenwidrig

Der Vertrag in dem vom BGH⁵³ zu beurteilenden Fall ist aber aus einem anderen Grund nichtig. Als sittenwidrig im Sinn des § 138 Abs. 1 BGB einzustufen ist die Verpflichtung des Mediums, mittels Telepathie andere Personen nach Willen des Beklagten zu beeinflussen und mit parapsychologischen Mitteln die Liebe des Beklagten neu zu entfachen.⁵⁴ Bereits die von den Parteien vereinbarte magische Manipulation Dritter verstößt – wenngleich sinnlos – gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden. Folglich ist dem BGH im Ergebnis darin zuzustimmen, dass – wenn auch nicht grundsätzlich – der Klägerin wegen Vorliegens der

Kraken Paul gestellt. Die Klägerin habe (lediglich) Unterhaltung gewollt, die sie zu Recht bezahlt habe.“

⁴⁹ AG Mannheim, Urt. v. 4.3.2011 – 3 C 32/11, Rn. 11.

⁵⁰ Zum Ausnutzen einer Vertrauensstellung: *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 138 Rn. 95; *Bork* (Fn. 35), Rn. 1196; *Hefermehl* (Fn. 35), § 138 Rn. 161; *Sack* (Fn. 35), § 138 Rn. 258.

⁵¹ Vgl. *Armbrüster* (Fn. 50), § 138 Rn. 95.

⁵² Zur verwerflichen Gesinnung *Armbrüster* (Fn. 50), § 138 Rn. 124; *Bork* (Fn. 35), Rn. 1199; *Hefermehl* (Fn. 35), § 138 Rn. 34; *Sack* (Fn. 35), § 138 Rn. 234.

⁵³ BGH NJW 2011, 756.

⁵⁴ *Windel*, ZGS 2003, 466 (467). So wohl auch *Faust*, JuS 2011, 359 f.

Tatbestandsvoraussetzungen von § 138 Abs. 1 BGB kein Entgelt zusteht. Auf die Frage der objektiven Unmöglichkeit kommt es daher nicht an.

2. Rechtsfolgen der Sittenwidrigkeit

Ist der Vertrag wegen Sittenwidrigkeit nichtig, kann der Kunde des Mediums seine Gegenleistung von diesem aus § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB (Leistungskondiktion) kondizieren.⁵⁵ Hat der Kunde eines Mediums bereits die sittenwidrige Leistung entgolten, findet § 814 BGB keine Anwendung, sofern er davon ausgeht, die magische Leistung sei erbringbar und sich daher verpflichtet fühlt, diese zu entlohnen.⁵⁶ § 817 S. 2 BGB steht einer Kondiktion entgegen, wenn der Leistende mit seiner Leistung gleichfalls einen sittenwidrigen Zweck verfolgt. Das ist der Fall, wenn nicht nur in die Zukunft gesehen, sondern ein Dritter durch Gedankenübertragung beeinflusst werden sollte. Der Kunde des Mediums könnte das Entgelt für die sittenwidrige magische Partnerzusammenführung nicht herausverlangen. Weil das Anbieten einer parapsychologischen Beratung am Markt zu verhindern ist, muss im Einzelfall wegen seines Schutzzwecks eine Ausnahme von § 817 S. 2 BGB⁵⁷ gemacht werden, sodass dem Kunden der Hellseherin eine Leistungskondiktion auf Rückzahlung bereits gezahlten Entgelts zusteht.

IV. Zusammenfassung

Der Rechtsfigur der „bewusst objektiv unmöglichen, aber zu entgeltenden Leistung“ bedarf es nicht. Vielmehr sind objektiv unmögliche Leistungen in gesetzestreuer Anwendung von § 326 Abs. 1 S. 1 BGB nicht zu entgelten. Für die Bestimmung, wann eine geschuldete Leistung im Sinn von § 275 Abs. 1 BGB objektiv unmöglich ist, ist die Parteivereinbarung maßgeblich, die nicht überdehnt werden darf.⁵⁸ Verträge, die zum Kartenlegen verpflichten, sind nicht gemäß § 275 Abs. 1 BGB objektiv unmöglich, während Verträge, die das Medium dazu verpflichten, aus den gelegten Karten über die Zukunft zu berichten, eine objektiv unmögliche Leistung zum Inhalt haben. Bereits erbrachte Leistungen kann der Kunde der Hellseherin aus §§ 346 Abs. 1, 326 Abs. 4 BGB herausverlangen.

Verträge, die zur Erbringung übersinnlicher Leistungen verpflichten, sind entgegen der Meinung des BGH und der Gesetzesverfasser des Schuldrechtmodernisierungsgesetzes nur ausnahmsweise nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig. Ein Vertrag über magische Leistungen ist etwa sittenwidrig, wenn das Medium als Schuldner einen Dritten parapsycholo-

⁵⁵ *Bork* (Fn. 35), Rn. 1200.

⁵⁶ AG Mannheim, Urt. v. 4.3.2011 – 3 C 32/11, Rn. 12.

⁵⁷ Vgl. zur teleologischen Reduktion von § 817 S. 2 BGB: *Flume* (Fn. 35), § 18, 10; *Lorenz*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2007, § 817 Rn. 5; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 15. Aufl. 2009, Rn. 1159; *Mühl/Hadding*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, § 817 Rn. 11; *Schwab*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 817 Rn. 20.

⁵⁸ Ebenso *Faust*, JuS 2011, 359 (361).

gisch beeinflussen soll oder in verwerflicher Gesinnung eine aus der Leichtgläubigkeit und Not seines Kunden entstandene Vertrauensposition ausnutzt. Ist der Vertrag wegen seiner Sittenwidrigkeit nichtig, braucht der Kunde die Leistung des Mediums nicht zu entgelten und kann seine bereits erbrachte Zahlung aus § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB von dem Medium kondizieren. § 817 S. 2 BGB ist bei einem beidseitigen Sittenverstoß teleologisch zu reduzieren und hindert die Kondiktion nicht.⁵⁹

⁵⁹ Die Abgrenzung von sittenwidriger und nichtsittenwidriger Leistung ist im Einzelfall schwierig und wenig rechtssicher. Gleiches gilt für die Frage, ob § 817 S. 2 BGB teleologisch zu reduzieren ist, wenn der Vertrag nichtig ist und der Kunde das bereits gezahlte Entgelt aus § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB kondizieren möchte. Zur Gleichbehandlung der in II. 1. genannten Fälle ist in analoger Anwendung von § 306 BGB a.F. von der Unwirksamkeit vertraglicher Verpflichtungen über sinnlose Leistungen auszugehen und in sämtlichen Fällen über sinnlose Leistungen eine Leistungskondiktion des Kunden zuzulassen. Hierzu *Bartels*, ZGS 2011 (erscheint demnächst).