

Werk

Titel: Die Ausdehnung des § 817, S. 2, auf alle Bereicherungsansprüche

Autor: Heck, Ph.

Ort: Tübingen

Jahr: 1925

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1925_0004|log6

Kontakt/Contact

[Digizeitschriften e.V.](#)
SUB Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 1
37073 Göttingen

✉ info@digizeitschriften.de

I.

Abhandlungen.

Die Ausdehnung des § 817, S. 2, auf alle Bereicherungsansprüche.

Von
H. Heff.

§ 1. Die Streitfrage. — § 2. Das Verhältnis von § 812 und § 817. — § 3. Das Problem der Konkurrenzfälle. — § 4. Der Rechtsgrund des § 817, S. 2. — § 5. Der Gesetzestext. — § 6. Das römische Recht. — § 7. Die Entstehungsgeschichte. — § 8. Rechtsanalogie.

§ 1. Die Streitfrage.

Die nachfolgenden Ausführungen richten sich gegen den Umfang, in dem die herrschende Lehre den § 817, S. 2, der die Rückforderung einer verwerflichen Leistung ausschließt, in Anwendung bringt¹⁾. Nach dem Wortlaute des Gesetzes²⁾ (gleichfalls) ent-

1) Der Aufsatz beschränkt sich auf diese eine Streitfrage. Andere Fragen, die sich auf das Anwendungsgebiet des § 817, S. 2, beziehen, z. B. das Problem der Ausdehnung auf die Vindikation, sind nur gestreift. Vgl. Anm. 15.

2) § 817 lautet: „War der Zweck einer Leistung in der Art bestimmt, daß der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat, so ist der Empfänger zur Herausgabe verpflichtet. Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt, es sei denn, daß die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand. Das zur Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit Geleistete kann nicht zurückgefordert werden.“

2 § e d: Die Ausdehnung des § 817, S. 2, auf alle Bereicherungsansprüche.

hält die Vorschrift nur eine Ausnahme von der in § 817, S. 1, angeordneten Rückgabepflicht. Aber die im Schrifttum³⁾ vorherrschende und in der Praxis des RG. allein herrschende Ansicht⁴⁾ wendet die Vorschrift auf alle Bereicherungsansprüche an, also sowohl dann, wenn dem Kläger neben dem Schutzgrunde des § 817, S. 1, ein zweiter, nach § 812 wirksamer Schutzgrund zur Seite steht (Gebiet der Konkurrenzfälle), als auch dann, wenn einseitige Verwerflichkeit des Leistenden vorliegt, also der Anspruch gar nicht durch § 817, S. 1, und nur durch § 812 begründet ist (Sondergebiet des § 812). Diese Ansicht ist abzulehnen. Sie hat für die Fälle einseitiger Verwerflichkeit (Sondergebiet des § 812) bereits einigen, wenn auch bisher erfolglosen Widerspruch ge-

3) C o h n, Gruchots Beiträge 41, S. 792; N e u b e d e r, DZB. 1902, S. 868 ff.; v. M a y r, Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts, S. 575; R r ü d m a n n, Arch. f. b. R. 40, S. 44 ff., J. f. R. i. Bay. 15 (1915), S. 189 ff.; R u m p f, dieses Archiv 17, S. 324; C o s a d, § 167 Anm. a. G.; D e r n b u r g, I § 127 Anm. 21—23, II § 379 Anm. 8 (R a a p e); E n n e c c e r u s § 446 2.; G i e r k e, Handbuch des deutschen Privatrechts III, S. 1019; R o h l e r, Ideale im Recht, Arch. f. b. R. 5, S. 84, Enzyklopädie I, S. 645, Lehrbuch II, 2, S. 463; v. T u h r, Allg. Teil, III, S. 47 Anm. 159; D e r t m a n n, Kommentar zu § 817 Anm. 5, Kommentar der Reichsgerichtsräte zu § 817 Anm. 3, b; W a r n e h e r, Kommentar zu § 817 Anm. 39; L i n d e m a n n = S o e r g e l zu § 817 R. 3 a. G.

4) Das leitende Urteil ist das Erkenntnis des 2. ZS. vom 29. Mai 1906. G. 63 S. 353. Seitdem ist die Praxis eine durchaus feststehende. Vgl. RG. G. 67, S. 321; 68, S. 97; 70, S. 1; 71, S. 43; 72, S. 46; 73, S. 143; 78, S. 41, 282; 85, S. 293; 95, S. 126; 96, S. 347; 98, S. 82; 99, S. 161; 100, S. 159, 250; 101, S. 44, 307; 104, S. 50; 105, S. 29, 65, 270. W a r n e h e r, Rechtsprechung 1, N. 44, 321; 2, N. 183; 3, N. 286; 4, N. 115; 5, N. 98; 9, N. 15; 10, N. 16, 206; 13, N. 32, 103; 14, N. 58, 59, 93. Leipz. Ztschr. 10, S. 689, 1370; 11, S. 791⁷; 13, S. 470², 858, 1073; 15, S. 449, 567; 16, S. 461, 648; 17, S. 283, 565. JW. 1908, S. 314⁷; 1912, S. 862¹⁰, 1921; 2, S. 1307¹; 1923, 2, S. 371⁸. Abgelehnt wird die Anwendung auf den Anspruch aus § 816 nach verwerflicher Besitzerlangung vom 6. ZS. 28. 6. 1910, DZB. 15, S. 1025. Eine Sonderstellung nimmt ferner das Urteil des 4. ZS. vom 24. 5. 1916 ein (W a r n e h e r 10, N. 16), das den Strafgedanken ablehnt, aber nicht die Ausdehnung. An der Rechtsprechung sind alle 7 Senate beteiligt.

§ 817, S. 2, auf alle Bereicherungsansprüche. 3

funden⁵⁾. Der Widerspruch ist auf die Behandlung der Konkurrenzfälle auszudehnen. Wortlaut und Stellung des § 817, S. 2, entsprechen durchaus dem „Willen des Gesetzgebers“. Der bestimmte nachweisbare Rechtsgrund der Ausschlußklausel verbietet ihre Uebertragung auf die anderen Bereicherungsansprüche. Weder ausdehnende Auslegung noch Analogie sind zulässig. Deshalb ist die Rückforderung wegen verwerflicher Leistung nur dann zu verweigern, wenn kein anderer Grund vorliegt, als der Verstoß des Empfängers, wie er in § 817, S. 1, vorgesehen ist. Dagegen muß die Rückforderung gewährt werden, sobald ein anders gearteter Schutzgrund vorhanden ist, entweder allein (Sondergebiet des § 812) oder in Verbindung mit dem Verstoße des § 817, S. 2 (Gebiet der materiellen Konkurrenzfälle)⁶⁾.

Die Forderungen der Gesetzestreue entsprechen bei dieser Streitfrage auch den Rücksichten der Billigkeit. Die Ausdehnung des § 817, S. 2, hat bei verschiedenen Verhältnissen zu Ergebnissen geführt, welche den Lebensbedürfnissen und dem Rechtsgefühl nicht genügen.

Am bekanntesten sind die Behandlung des Wucherers⁷⁾ (Son-

5) *Eccius*, *DZB.* 1903, S. 41, zustimmend *Rümelin*, dieses *Archiv* 98 S. 272 und 273, Anm. 361; *Biermann*, § 55 Anm. 9; *Graff*, *DZB.* 1908, S. 1102; *Riezler*, *Venire contra factum proprium*, S. 178 ff.; *Planck*, zu § 817 Anm. 4; *Staudinger*, zu § 817 Anm. 2 d, d. Vgl. ferner die Dissertation von *Rimmelin*, „Die Ausdehnung des § 817, 2 auf alle Bereicherungsansprüche“, Tübingen 1925 (ungedruckt).

6) Abweichend sind nur die „formellen“ Konkurrenzfälle zu behandeln. Vgl. unten S. 27.

7) Die im Schrifttum vorherrschende Lehre bejaht das Recht des Wucherers auf Rückforderung. *Eccius*, *DZB.* 1903, (8), S. 42; *Cohn* a. a. D. 04 S. 654; *Graff* a. a. D. 1908, S. 1102; *Rümelin*, dieses *Archiv* 98, S. 254; *Schreiber*, *Gruchots Beiträge* 52, S. 516; *Jacob* *h*, *Jher. Jahrb.* 60, S. 241 ff.; *Dux*, *L. Z.* 1919, S. 561 ff.; *Biermann* § 55 Anm. 9; *Endemann*, § 123 Anm. 11; *Enneccerus*, § 179 Anm. 7; *Ripp* bei *Windscheid*, II S. 885; v. *Tuhr*, *Allg. Z.* III, S. 47 ff.; *Derthmann*, *Komm. z. Obligationenrecht* zu § 817, 6 a; *Planck* zu § 138 III 4; *Staudinger (Riezler)* zu § 138 II 4 d. — *Anderer Meinung Dernburg* I § 127 III; *Neubeder*,

4 § e d: Die Ausdehnung des § 817, C. 2, auf alle Bereicherungsansprüche.

dergebiet des § 812) und des Bordellverkäufers⁸⁾ (Konkurrenzfall). Der Wucherer hat sein Kapital gezahlt. Das Geschäft ist nach § 138 nichtig. Nach § 812 könnte der Wucherer immerhin sein Kapital zurückfordern. Aber er hat verwerflich gehandelt. Sobald man dies bejaht, schließt die herrschende Ausdehnung des § 817, C. 2, die Rückforderung aus. Der Empfänger behält und gewinnt daher das Empfangene, auch wenn er gar keine Gegenleistung entrichtet hat. Der Verkäufer und Veräußerer eines Bordellgrundstücks stundet einen Teil des Kaufpreises und läßt sich eine Hypothek für den Restkaufpreis bestellen. Nach der vorherrschenden Meinung tritt folgender Rechtszustand ein: Das Geschäft ist nichtig. Deshalb erwirbt der Verkäufer keine Forderung auf den Kaufpreis. Das Eigentum geht trotzdem über. Die Hypothek ist eine dem Erwerber zustehende Eigentümerhypothek. Nun könnte der Verkäufer nach § 812 das Eigentum zurückfordern, weil die erwartete Hypothek nicht erworben ist. Aber die herrschende Ausdehnung des § 817, C. 2, schließt diese Rückforderung wiederum aus. Sowohl die Behandlung des Wucherers wie die

DJZ. 1902 (7), S. 568; Kohler, Enzyklopädie I, S. 645, Arch. f. b. R. 18, S. 112, Lehrb. 2, S. 460; Lotmar, Unmor. Vertrag, S. 76; von Mahr, Bereicherungsanspruch, S. 584; Nießler, Venire contra f. pr. S. 176 ff.; Rüdmann, Arch. f. b. R. 40, S. 44, Ztschr. f. R. i. Bayern 1915, S. 189 ff. Das RG. hat sich für die Verneinung entschieden. Bestimmt das Urteil des 4. BS. vom 16. 2. 22, Leipz. Ztschr. 16, S. 461 (vgl. auch 6. BS. 85, S. 293).

8) Die im Schrifttum vorherrschende Lehre nimmt mit dem RG. Eigentümergrundschuld des Erwerbers an, ohne Rückforderungsrecht des Verkäufers. J. V. VeneI, DJZ. 1907 (12), S. 454; Mathießen a. a. D. S. 534; Hatmann a. a. D. 1908 (13), S. 1114; Nießen, Recht 09, S. 103; Werneberg, ZBZ. 18, S. 373; Wolff, Sachenrecht § 134 Anm. 6; v. Tuhr, Allg. L. III, S. 44 Anm. 139; dieses Archiv 120, S. 7 ff.; Biermann, Sachenrecht § 116 3, 7; v. Planck (Stredker), 3. Aufl. zu § 873, S. 133 und zu § 1163, S. 970 a. E.; Staudinger (Rober) zu § 1163, 50, Kommentar RG. zu § 163; Werneber zu § 1163. — A. M. Dernburg I S. 125 Anm. 32, III § 164 Anm. 10; Neubecker, Arch. f. b. R. 22, S. 68 ff.; Reichel, DJZ. 07 (12), S. 109 f.; Werner, Recht 09, S. 103; Reichsmar, ZBZ. 7, 809; Rumpf, dieses Archiv 117, S. 315 ff.

des Bordellverkäufers widersprechen der Billigkeit. Die Versuche, diese Ergebnisse der Ausdehnungslehre als unrichtig nachzuweisen und durch andere Lösungen zu ersetzen, sind zahlreich und bilden schon eine kleine Literatur. Aber sie sind m. E. nicht gelungen. Eine billige Entscheidung dieser Fragen ist nicht möglich, solange man nicht die Wurzel des Übels, die gesetzwidrige Auslegung des § 817, S. 2 beseitigt. Andere Fälle haben die Verbotsvorschriften der Kriegs- und Zwangswirtschaft ergeben⁹⁾. Der Vertrag ist nichtig, aber einseitig erfüllt. Die Rückforderung scheitert an § 817, S. 2 (Konkurrenzfall). Einen entsprechenden Anwendungsfall der letzten Zeit bieten die Devisengeschäfte. Das Devisendarlehen war wegen des Verstoßes gegen die Devisenordnung ungültig. Aber der glückliche Schuldner, der die Devisen trotzdem erhalten hat, wird für seinen Verstoß dadurch belohnt, daß er das Darlehen nicht zurückzahlen braucht¹⁰⁾ (Konkurrenzfall). Neben diesen Fallgruppen, welche die Rechtsprechung eingehend beschäftigt haben, stehen in schwer übersehbarer Mannigfaltigkeit andere Fälle, in denen das Eingreifen des § 817, S. 2, infolge der Ausdehnungslehre zu unbilligen und oft überraschenden Ergebnissen führen muß. Wenn ein Darlehen zu Spielzwecken unter Umständen gegeben worden ist, welche das Geschäft wegen Verstoß gegen § 138 nichtig machen, so braucht der Empfänger es nicht zurückzahlen¹¹⁾, selbst wenn er mit Hilfe des geliehenen Geldes noch so große Gewinne gemacht haben sollte (Sondergebiet des § 812). Wenn der Verkäufer den Käufer betrügt, so kann der Käufer nach § 123 anfechten und sich dadurch von der Zahlung

9) Vgl. RG. E. 95, S. 126, 347; 100, S. 159, 250; 105, S. 270; *W a r n e r* 14, 59; *L. Ztschr.* 13, S. 858, 1073; 15, S. 567; 17, S. 565.

10) Vgl. RG. E. 104, S. 50; *JW.* 1921, 2, S. 1307.

11) RG. 70 S. 1. Dieses Urteil wirkt deshalb im Endergebnisse nicht unbillig, weil der Schuldner im gegebenen Falle das geliehene Geld verspielt hatte. Da das Verspielen eines zu Spielzwecken gegebenen Kapitals kein Verschulden im Verhältnis zum Darlehensgeber enthält, so lag überhaupt keine Bereicherung vor und war die Abweisung der Berufungsklage schon aus diesem Grunde sachlich gerechtfertigt. Die Begründung des RG. führt aber zu der im Texte hervorgehobenen Behandlung.

des Kaufpreises befreien. Der Verkäufer, der vorgeleistet hat, würde die Ware mit der *condictio indebiti* zurückfordern. Vielfach wird er aber auch bei der Uebergabe den Irrtum des Käufers benützt und dadurch in verwerflicher Weise geleistet haben. Wird § 817, S. 2, auf alle Bereicherungsansprüche ausgedehnt, so muß er auch in diesen Fällen die *condictio indebiti* ausschließen. Damit würde die Anfechtung aus § 123 ein Mittel sein, gekaufte Waren ohne Entgelt zu behalten¹²⁾ (Sondergebiet des § 812). Wer sein Grundstück an einen Mitwisser aufgibt, um es dem Zugriff seiner Gläubiger zu entziehen, kann es nicht mehr zurückfordern, wenn er die finanzielle Kalamität glücklich überstanden hat¹³⁾ (Konkurrenzfall). Die Nichtigkeitserklärung einer Ehe kann zu umfangreichen Konditionen Anlaß geben. Wenn beide Ehegatten wissentlich gehandelt haben, würde nach der herrschenden Lehre § 817, S. 2, die Konditionen abschneiden¹⁴⁾ (Konkurrenzfall). Noch weitere Anwendungsfälle würden sich ergeben, wenn wir § 817, S. 2, wofür gewichtige Gründe sprechen¹⁵⁾, von den Konditionen auf die *vindicationes* ausdehnen.

12) Diese Konsequenz ist m. W. noch nicht gezogen worden.

13) Vgl. RG. bei *W a r n e r* 13, R. 103 und das Urteil des Schweizer Obersten Gerichts 37 II, S. 67. Dazu v. *T u h r*, Schweiz. Obligationenrecht S. 382.

14) Vgl. das *Responsum P a p i n i a n s* unten S. 40.

15) Die herrschende Meinung nimmt an, daß § 817, S. 2 eine etwa begründete *vindicatione* nicht ausschließt. *A. M.* v. *T u h r*, *Ztschr. f. Schweiz. R.*, N. F. 40, S. 59 und Schweiz. Obligationenrecht S. 400 Anm. 37. Infolge der herrschenden Meinung ist der Streit, ob die unsittliche *causa* auch ein Verfügungsgeschäft unwirksam macht oder nicht, gerade in Hinblick auf § 817, S. 2 besonders lebhaft geführt worden. Die Befreiung der *vindicatione* muß aber dazu führen, auch die Konditionen aus § 816 und § 951 zu befreien, wenn die betreffenden Vorgänge die *vindicatione* ausschließen. Diese Folgerung ist zwar bestritten, aber unabweisbar. Nach dem sicheren Willen des Gesetzgebers soll der Eigentümer durch diese Vorgänge keinen materiellen Verlust erleiden, soweit der Untergang des Eigentums eine Bereicherung hinterlassen hat. Die Ansprüche aus § 816 und § 951 sind „Surrogatkonditionen“. Auch die Vertreter der abstrakten Wirkung geben in der Regel zu, daß in gewissen Fällen die Nichtigkeit der *causa* auch das dingliche Geschäft ergreift, z. B. bei Wucher

§ e d: Die Ausdehnung des § 817, S. 2, auf alle Bereicherungsansprüche. 7

Die Empfindungen, welche diese Begünstigung des Empfängers bei rechtskundigen Beurteilern auslöst, treten u. a. in einem Ausspruche hervor, in dem der 2. Zivilsenat des RG. das durch diese Praxis des RG. dauernd geschützte Verhalten des Empfängers kennzeichnet, „der das auf unsittliche Weise Erlangte nicht herausgeben, sondern unentgeltlich behalten will“. Der Senat sagt: „Dieses Verhalten ist arglistig und verstößt sowohl gegen die Grundsätze von Treu und Glauben, als auch gegen alles Anstands- und Rechtsgefühl“¹⁶⁾. Der Senat gab damals die *exceptio doli*, die aber später auf die besonderen Umstände des Falles zurückgeführt und nicht verallgemeinert wurde. Ebenso scharf urteilt der Kommentar der Reichsgerichtsräte. Die Erläuterung des § 817 schließt in Anmerkung 6 mit einem legislativen Vorschlage^{16a)}. Der § 817 soll völlig aufgehoben werden. Satz 1 wird als entbehrlich bezeichnet. Von Satz 2 wird gesagt: „Diese nur dem römischen Vorbilde zuliebe aufgenommene Strafvorschrift widerstrebt aber dem modernen Rechtsgefühl. Wie peinlich die zu weit gehende Entrechtung des Wucherers empfunden wird, beweisen die Anstrengungen, die man gemacht hat, um das Ergebnis zu verändern (—). Auch daß der Konkursverwalter die Leistung des Gemeinschuldners nicht zur Befriedigung der Gläubiger zurückfordern darf, erscheint unbillig, und ähnliche Härten zeitigt die Verfassung der Klage angesichts zahlreicher Verbote der heutigen Wirtschaftsgesetzgebung, deren Uebertretung von der Verkehrsanschauung milde beurteilt wird. Den größten Anstoß aber

§ 138, 2 und bei Geschäftseinheit (Bedingung) § 139. Wolff, Sachenrecht, § 78, II; v. Tuhr III, S. 45, 105 ff.; Enneccerus I § 139 Anm. 6, § 178 II. 2, § 179 II. 2 a. G.; Planck (Strecker) zu § 873 III 4, 5 b. Die ausnahmslose Nichtanwendung des § 817, S. 2 auf die *vindictio* würde der Vorschrift des § 817, S. 2 ein für sie bestimmtes Anwendungsgebiet nehmen. Deshalb ist m. G. § 817, S. 2 innerhalb des ihm sonst gebührenden Anwendungsgebietes auch auf die konkurrierenden *vindictiones* und damit auch auf die *Surrogatvindikationen* zu übertragen.

16) RGZ. 71 S. 436.

16a) Seine Berechtigung soll am Schlusse der Abhandlung grundsätzlich geprüft werden.

8 § e d: Die Ausdehnung des § 817, S. 2, auf alle Bereicherungsansprüche.

erregt Satz 2 dann, wenn zugleich der Empfänger der Leistung verwerflich gehandelt hat und die Gegenleistung verweigert. Die rechtliche Ordnung des Bordellverkaufs, wie sie aus N. 5 erhellt, ist ein Hoh auf die Gerechtigkeit, die die Rückgängigmachung der auf unsittlichem Grunde beruhenden Vermögensverschiebung, jedenfalls aber die Gleichbehandlung beider Parteien verlangt. — Die Hilfe kann nur von der Gesetzgebung kommen. § 817 muß aufgehoben werden.“

Die Unbilligkeit der Ergebnisse hat zu verschiedenen Versuchen geführt, von dem Boden der herrschenden Ausdehnungslehre aus die Anwendbarkeit des § 817, S. 2, nach anderer Richtung einzuschränken. Zwei dieser Versuche haben umfassende Bedeutung:

Das RG. will die Rückforderung auch bei verwerflicher Leistung zulassen, wenn die Leistung schon nach ihrer Natur zurückerstattet war¹⁷⁾. Man kann hier von einer „Zeittheorie“ reden. Unter der „Natur“ kann natürlich nur die „Kausalbestimmung“ gemeint sein. Die Anwendung des § 817, S. 2, auf Konkurrenzfälle (z. B. die *condictio ob causam*), wie sie das RG. grundsätzlich vertritt, besteht nun gerade darin, daß dem Leistenden wegen der Verwerflichkeit seines Verhaltens nicht gestattet wird, die Kausalbestimmung geltend zu machen, die ihm nach

17) Leitend ist das Urteil des 7. BS. vom 14. Jan. 1908, O. 67, S. 326 geworden. Es handelt sich um die Rückforderung einer Kaution, die für einen sog. Kastellanvertrag (§ 138) gestellt war. Das RG. lehnte die Anwendung des § 817, S. 2, aus zwei Gründen ab, einmal deshalb, weil die Kautionseistung nur mittelbar dem einschlägigen Hauptvertrage diene. Die Leistung der Kaution sei deshalb nicht verwerflich, so daß die Rückforderung nach § 812 durchgreife. Dieser Beurteilung der Kautionseistung ist m. E. nicht beizutreten. Zweitens aber erachtet es das RG. für geboten, die Ausschlußklausel des § 817 S. 2 auf die „Gewährung eines solchen Vermögensvorteils“ zu beschränken, „der dazu bestimmt ist, endgültig in das Vermögen des Empfängers überzugehen.“ Dagegen soll die Ausschlußklausel keine Anwendung finden, „wenn der Vorteil nur zu vorübergehenden Zwecken zugeführt wurde und soweit später kein Grund für seinen dauernden Uebergang in das Vermögen des Empfängers eingetreten ist, schon seiner Natur nach zurückerstattet werden muß“. Die Zeittheorie ist feststehende Praxis geworden. Vgl. W a r n e r 4, 115; 10, 206; 13, 32; 14, 93; 16, 89, 161 u. a.

§ e d: Die Ausdehnung des § 817, S. 2, auf alle Bereicherungsansprüche. 9

§ 812 zum Siege verhelfen würde. Das R.G. gewährt somit der Kaufalbestimmung „vorübergehend“ eine stärkere Wirkung als anderen Bestimmungen. Es privilegiert, wenn es gestattet ist, einen neuen Ausdruck zu prägen, die *condictio ob causam temporalem* vor den anderen Konditionen *ob causam*. Dieser Vorzug wird nicht begründet und läßt sich auch nicht rechtfertigen. Er läßt sich auch nicht durchführen. Zwingende Analogien führen immer weiter. Das R.G. hat einem Kautionsgläubiger das Recht der Rückforderung gegeben. Aber was für den Kautionsgläubiger gilt, muß für den Darlehensgläubiger erst recht gelten. Denn bei dem Kautionsgläubiger ist die temporale Beschränkung keine unbedingte. Sie ist alternativ mit einem Behaltwillen verflammt. Dagegen herrscht sie beim Darlehen ganz allein. Sie müßte also um so wirksamer sein. Und doch schließt das R.G. den Darlehensgläubiger aus. Und was dem Darlehens- und Kautionsgläubiger recht ist, das ist dem Verkäufer billig, der seine Waren aus Anlaß eines nichtigen Vertrages geliefert hat und den verabredeten Kaufpreis weder bekommt noch einklagen kann. Auch er hatte nicht den Willen, den „Vermögenswert“ der Waren dem Käufer definitiv zuzuwenden und selbst auf ihn zu verzichten. Sondern er rechnete darauf, diesen Wert in der Gegenleistung alsbald zurückzuerhalten. Er ist nicht strafwürdiger als der Darlehensgläubiger und auch nicht weniger schutzwürdig. Die Fortführung des Kaufschutzes würde dahin führen, die Anwendung des § 817, S. 2, in allen Konkurrenzfällen und ebenso auf dem Sondergebiete des § 812 zu beseitigen. Das ist begreiflich. Denn der Schutz der Temporalbeschränkung durch das R.G. enthält gewissermaßen den speziellen unbewußten Durchbruch einer allgemein richtigen Einsicht, nämlich der Einsicht, daß überhaupt keine Rückgabecaufa durch § 817, S. 2, ausgeschlossen wird, mit Ausnahme der in § 817, S. 1, aufgeführten Verstoßcaufa.

Eine noch weiter gehende Abhilfe ist neuerdings vom R.G.¹⁸⁾

18) R.G. E. 99 S. 161 ff. Die Rückforderung betraf „Schwindelzinsen“ aus Anlaß nach § 138 nichtiger Geschäfte, deren Unfittlichkeit auch beiden Teilen bekannt war. Auch bei der Zinszahlung haben beide Teile verwerflich gehandelt.

vertreten worden. Das RG. meint, die Vorschrift habe keinen rechtsgrundsätzlichen Charakter. Sie verneine nicht, „daß eine, an sich einen Anspruch auf Rückgewähr begründende Bereicherung vorliegt“. „Sie stelle nur“ „ein Hindernis der Rechtsverfolgung auf“. Das RG. folgert daraus, daß der Konkursverwalter zurückfordern dürfe. „Diesem kann, wenn er das Rückforderungsrecht ausübt, irgendein Sittenverstoß nicht zur Last gelegt werden.“ Diese Theorie kann man als Hemmungstheorie bezeichnen. Sie kommt, wenn man die Anwendung auf den Konkursverwalter in Rechnung zieht, darauf hinaus, daß es nicht auf die Verwerflichkeit der in der Vergangenheit liegenden Leistung, sondern die Verwerflichkeit des Rückforderns ankomme. Damit würde der § 817, S. 2, praktisch beseitigt werden. Denn er soll nach dieser Auslegung besagen, daß die Rückforderung nur dann unzulässig ist, wenn dieses Verhalten der Forderung selbst gegen die guten Sitten verstößt. Eine solche Einschränkung würde gewiß eine weitgehende Abhilfe schaffen. In den oben angeführten Fällen, in denen der Ausschluß der Rückforderung unser Rechtsgefühl verletzt, beweist schon diese Reaktion, daß die Ausübung dieser Rechte keinen Sittenverstoß enthält. Also würde sie in allen diesen Fällen zulässig sein. Damit wäre den Mißständen abgeholfen. Aber diese Einschränkung würde viel zu weit gehen. Sie würden den § 817, S. 2, praktisch beseitigen, denn eine sittenwidrige Geltendmachung

Das RG. hat deshalb angenommen, daß die Rückforderung sich nicht nur aus § 817, sondern wegen der Wichtigkeit der Kaufalbestimmung auch aus § 812 ergeben würde (Konkurrenzfall). Das Gericht steht auf dem sonst eingenommenen Standpunkt, daß § 817, S. 2 allen Bereicherungsansprüchen, daher auch dem konkurrierenden Ansprüche aus § 812 entgegensteht. Deshalb hätte das RG. die Rückforderung ausgeschlossen, wenn nicht die Anwendbarkeit des § 817, S. 2 dem Konkursverwalter gegenüber aus den im Texte angeführten Gründen verneint worden wäre. Nach meiner Ansicht muß der § 817, S. 2 in diesem Fall wohl durchgreifen, ohne Rücksicht auf die Möglichkeit, die Rückgabepflicht auch mit Hilfe der §§ 138, 812 zu konstruieren. Es lag hier eine besondere Form der Konkurrenzfälle vor, bei denen § 817, S. 2 anzuwenden ist. Vgl. unten S. 27. Im übrigen waren die Leistungen als „unentgeltlich“ ansehbare. Vgl. auch C. 105 S. 29.

§ e d: Die Ausdehnung des § 817, S. 2, auf alle Bereicherungsansprüche. 11

des Anspruchs auf Rückforderung könnte schon mit Hilfe allgemeiner, eingreifender Normen (242, 826) zurückgewiesen werden, so daß der § 817, S. 2, entbehrlich wäre. Eine solche Selbstverständlichkeit darf nicht in die Vorschrift hineingelegt werden. Die Auslegung ist weder mit dem Wortlaute noch mit den Grundgedanken oder dem geschichtlichen Zusammenhange vereinbar. Das Gesetz schließt die Rückforderung aus, wenn dem *Leistenden* ein Verstoß zur Last fällt, und redet nicht davon, daß der Vorwurf den *Fordernden* trifft. Das geschichtliche Vorbild, die römische Formel spricht von der *turpitude dantis*, nicht von der *turpitude agentis*. Die *ratio legis* paßt, wie unten zu zeigen ist, nur auf die verwerfliche Leistung¹⁹⁾. Endlich ist die Versprechensausnahme in § 817, S. 2, zu beachten. Das Gesetz verbietet den Angriff, aber es gestattet die Verteidigung, die Rückforderung einer eingegangenen Verbindlichkeit. Es ist aber ausgeschlossen, daß das Gesetz eine Verteidigung erlauben wollte, wenn sie gegen die guten Sitten verstößt. Auf Grund dieser Erwägungen ist auch die neue Einschränkung des RG. abzulehnen.

Zeittheorie und Hemmungstheorie sind beide nur als Anzeichen dafür zu werten, daß das RG. den Wunsch hegt, sich von den Härten der Ausdehnungslehre zu befreien²⁰⁾. Dieser Wunsch läßt sich auf anderem Wege in vollkommenerem Umfange erfüllen. Es sind gar nicht Fehler des Gesetzgebers, sondern selbstgeschaffene Schwierigkeiten, mit denen unsere Rechtsprechung zu ringen hat. Sie verschwinden, sobald man den § 817, S. 2, nur auf dasjenige Gebiet anwendet, auf das ihn der Gesetzgeber so

19) Das RG. sagt freilich (S. 167), die Bestimmung habe „nicht die Bedeutung einer für ihren Tatbestand rechtsgrundsätzlich gebotenen Folgerung“. Zum Beweis wird das französische Recht angeführt, das die Vorschrift nicht kennt. Der Satz ist richtig für die Ausschlußklausel in ihrer vermeintlichen Allgemeinheit. Dagegen ist die Ausschlußklausel als Ausnahme von dem Anspruch wegen Empfangsverstoß rechtsgrundsätzlich geboten. Sie fehlt keinem Recht, das einen solchen Anspruch kennt. Das französische Recht erbringt keinen Gegenbeweis. Es kennt deshalb die Ausnahme (§ 817, S. 2) nicht, weil ihm die Regel, der Anspruch (§ 817, S. 1), fremd ist.

20) Diese Versuche sind gewissermaßen „Fehlerkompensationen“.

12 § e ¶: Die Ausdehnung des § 817, S. 2, auf alle Bereicherungsansprüche.

deutlich beschränkt hat. Denn in allen oben angeführten Fällen ist es der Ausschluß der Rückforderung, der unbillig wirkt. In allen diesen Fällen²¹⁾ wird aber die Rückforderung zulässig, sobald man auf die analoge Anwendung des § 817, S. 2, auf andere Ansprüche als den wegen verwerflichen Empfangs verzichtet²²⁾.

Der eigentliche Urheber der Ausdehnungslehre ist *Neubeyer*, der die Ausdehnungslehre bei Behandlung des Wucherproblems vertreten hat²³⁾. *Neubeyer* geht von der Meinung aus, daß das BGB. in dieser Lehre auf dem gemeinen und daher römischen Rechte beruhe. Der Ausschluß der Bereicherungsansprüche durch die *turpitudo solius dantis* habe im römischen Recht allgemein gegolten und sei, wie die Entstehungsgeschichte beweise, auch für das BGB. beabsichtigt gewesen. Demgegenüber müsse der Wortlaut des Gesetzes zurücktreten. Die Ausdehnungslehre ist also im Wege der historischen Interpretation unter Berufung auf die Rechtsgeschichte und die Gesetzesmaterialien ent-

21) Nicht einbezogen ist natürlich der Anm. 18 erwähnte Fall.

22) Gewiß sind bei dem Problem der Bordellhypothek noch nicht alle Reibungen beseitigt. Bei diesem Problem greifen verschiedene Zweifelsfragen zusammen ein. Es handelt sich um die Gültigkeit des kausalen Bordellgeschäfts, um die Bedeutung der Kaufabrede für die dingliche Verfügung, endlich darum, ob die Einräumung einer Hypothek für den Restkaufpreis nur unter dem Gesichtspunkt der Neubegründung eines Rechtes zu behandeln ist oder nicht auch in einzelnen Richtungen als Vorbehalt eines bei der Veräußerung in Abzug gebrachten Rechtsteils (vgl. die Streitfrage zu § 1445 BGB., *Wolff*, Familienrecht, § 53, S. 8, § 62, Anm. 11). Wenn man sich in diesen Fragen auf den Boden der herrschenden Lehre stellt, dann entsteht allerdings, wie oben S. 4 vorausgesetzt, statt der Hypothek des Verkäufers auch bei beschränkter Anwendung des § 817, S. 2 eine Eigentümergrundschuld des Erwerbers. Aber, und darin liegt der Unterschied, der Veräußerer kann wegen Ausbleibens des Erfolgs der dinglichen Sicherung die Rückgabe des Grundstücks nach § 812 verlangen, ohne durch § 817, S. 2 gehindert zu sein. Will der Erwerber das Grundstück behalten, so muß er den Kaufpreis zahlen oder zunächst die Grundschuld an den Veräußerer übertragen. Damit ist die grobe Unbilligkeit der herrschenden Praxis beseitigt.

23) Die Priorität des Gedankens gebührt allerdings *Cohn*, *Gruchots Beiträge* 41, S. 792 und *Derenburg I* § 127 Anm. 21 ff. Aber *Neubeyer* hat zuerst eine eingehendere Begründung gegeben.

standen²⁴⁾. *Neubeder* hat Widerspruch, aber sofort auch Zustimmung erfahren. Namentlich hat sich *v. Mayr* in seiner ausführlichen und einflußreichen Monographie ihm vollständig angeschlossen. Von da aus ist die Lehre weiter gedungen.

Für die Praxis des RG. ist das Erkenntnis des 2. Zivilsenats vom 29. Mai 1906²⁵⁾ als „leitendes Urteil“ anzusprechen. Es ist das einzige Erkenntnis, das eine nähere Begründung gibt. Die übrigen Urteile nehmen nur Bezug. Das leitende Urteil, das einen typischen Konkurrenzfall zu entscheiden hatte, stützt sich in erster Linie auf die *ratio legis* der Ausschlußklausel, den allgemeinen Strafgedanken. Unterstützend werden angeführt die Einheit des Bereicherungsanspruchs, ein prozessuales Argument²⁶⁾ und die Entstehungsgeschichte.

Die allgemeine Zustimmung, wie sie die Ausdehnungstheorie gefunden hat, dürfte mit einer verbreiteten Ansicht zusammenhängen, welche die Einheitlichkeit der Bereicherungsansprüche stark betont (Einheitstheorie). Diese Lehre kann u. a. dazu führen, bei den Konkurrenzfällen allein den § 817, also auch immer den § 817, S. 2, anzuwenden. Eine solche Wirkung ist sowohl bei *Mayr* wie in dem leitenden Urteile ausgesprochen und auch sonst vorhanden. Diese Konkurrenzfälle sind aber die „*sedes controversiae*“²⁷⁾. Wird die Ausschlußklausel bei ihnen als durchgreifend anerkannt, so führt ein zwingender Analogieschluß sie auch in das Sondergebiet des § 812. Ein Widerspruch gegen diese Ausdehnung,

24) Der Verfasser ist ein entschiedener Anhänger der historischen Auslegung einschließlich der Benützung der Gesetzesmaterialien (vgl. dieses Archiv 1914 S. 1 ff.). Aber die Durchführung der Methode ist zuweilen etwas mühsam.

25) C. 63 S. 346 ff.

26) Vgl. darüber unten S. 30 ff.

27) Die Konkurrenzfälle sind auch für die Praxis am wichtigsten. Von mehr als 50 veröffentlichten Entscheidungen des RG. betreffen m. W. nur 4 Fälle des Sondergebiets, nämlich zwei den Anspruch des Wucherers (C. 85, S. 293 und L. Ztschr. 16, S. 461), einer das Spielarlehnen (C. 70, S. 1 ff.) und einer den Anspruch des Geschäftsführers aus § 684 (*W ar n e h e r* 3 N. 286).

14 § e f: Die Ausdehnung des § 817, S. 2, auf alle Bereicherungsansprüche.

der die Konkurrenzfälle unberührt läßt, wie ihn die in Anm. 5 genannten Autoren erhoben haben, ist aussichtslos.

Bei der Revision der Lehre will ich mich nicht an die geschichtliche Reihenfolge halten, in der die Argumente aufgetreten sind. Die Hauptfrage ist die nach der ratio legis der Ausschlußklausel, weil sich die Zulässigkeit der Analogie nach dem Rechtsgrunde richtet. Diese Frage nach dem Rechtsgrunde soll systematisch untersucht werden. Die Begründung ihrer Bedeutung und die Ausschließung unberechtigter Gesichtspunkte fordert das Eingehen auf zwei Vorfragen, die Einheitstheorie und die Problemlage bei den Konkurrenzfällen.

§ 2. Das Verhältnis von § 812 und § 817.

Die soeben erwähnte Einheitstheorie betont die Übereinstimmung innerhalb der Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung mit großem Nachdruck. Das BGB. habe einen einheitlichen Bereicherungsanspruch geschaffen, wenn auch mit Sonderformen. Insbesondere wird gelehrt, daß auch § 817 nur einen Anwendungsfall des § 812 enthalte. Die Selbständigkeit des Tatbestands sei nur Schein. Der dieser Auffassung zugrunde liegende Gedankengang²⁸⁾ ist folgender: Man nimmt an, daß jede Zweckbestimmung der Art, daß der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, unwirksam sei. Deshalb ermangle die Leistung des § 817, S. 1, stets des „rechtlichen Grundes“, so daß die Rückforderung schon nach § 812 begründet sei²⁹⁾. Dabei wird natürlich

28) Grundlegend ist die klare, wenn auch in methodischer Hinsicht bedenkliche Darstellung bei *Planck*, Anm. 1 zu § 817. v. *Mayer*, Bereicherungsanspruch S. 551 ff. u. a. haben sich angeschlossen. Die Ausführung *Planck's* geht ihrerseits wohl auf *Windscheid* zurück, der bereits die *condictio ob turpem causam* als Unterfall seiner *condictio* wegen mangelnder Voraussetzung behandelt hat.

29) Die Folgerung müßte eigentlich sein, daß § 817, Abs. 1 vollkommen überflüssig ist. Diese Konsequenz zieht *Luz*, Das Rückforderungsrecht des Wucherers und die Nichtigkeitsvorschriften, *Leipz. Zeitschr.* 13, 1919, S. 563, ebenso *Komm. d. BGB.* § 817 Anm. 6.

nicht verkannt, daß für den Tatbestand des § 817, S. 1, in § 819, Abs. 2, und nach dem Wortlaute auch in § 817, S. 2, besondere Vorschriften gegeben sind. Man gibt zu, daß § 817 besonders qualifizierte Anwendungsfälle des § 812 enthalte, aber immerhin nur Anwendungsfälle.

Diese Betonung der Gemeinsamkeit geht m. E. zu weit. Gewiß enthalten die Gebote, die sich auf ungerechtfertigte Bereicherung beziehen, sehr viel Gemeinsames, hinsichtlich der angeschauten Interessenlagen, wie hinsichtlich der verfügten Abgrenzungen. Er ist deshalb durchaus zulässig, die entstehenden Ansprüche für den Zweck der wissenschaftlichen Darstellung zu dem Oberbegriffe eines einheitlichen Bereicherungsanspruchs „zusammenzufassen“. Aber es bestehen auch Verschiedenheiten, die gleichfalls Beachtung fordern. Die einfache Ableitung des § 817 aus § 812 wird dem Verhältnisse beider Ansprüche zu einander nicht gerecht. Innerhalb des Oberbegriffs müßte der Anspruch aus § 817 neben den Ansprüchen aus § 812 gleichgeordnet stehen. Denn der § 817 enthält nicht eine Anwendung des § 812, sondern eine selbständige Anspruchsgewährung, ohne Rücksicht darauf, ob sich der Anspruch schon aus § 812 ableiten läßt und auch für Fälle, in denen dies nicht der Fall ist. Und dieser Anspruch beruht, was zu betonen ist, auf einer anderen Interessenabwägung, als sie § 812 zugrunde liegt. Es handelt sich um verschiedene Gesetzeszwecke und Schutzgründe.

Die beiden Auffassungen führen bei unserer Frage schließlich zu demselben Ergebnisse. Aber die Einheitstheorie ergibt Versuchungen zu unrichtiger Behandlung. Deshalb will ich meinen Standpunkt kurz begründen:

1. Für die Selbständigkeit spricht die Formung des Tatbestandes in § 817, der keine Anlehnung an § 812 oder die Nichtigkeitskonstruktion enthält³⁰⁾. Diese Selbständigkeit entspricht auch

30) v. M a y r kommt (a. a. O. S. 552) auf Grund der Nichtigkeitskonstruktion zu folgendem Endresultate: „Aus diesen Gründen läßt sich daher der Bereicherungsanspruch wegen verwerflichen Empfangs zwar nicht begrifflich (!), aber immerhin kraft positiver Norm (!) dem allgemeinen Anspruch aus unge-

dem historischen Zusammenhange. Die Römer haben die *condictio ob turpem causam* nie auf den Satz begründet, daß die *turpis causa* eine *causa nulla* sei³¹⁾, sondern ganz unmittelbar auf die *turpido accipientis*. Auch der Inhalt der Gesetzesmaterialien läßt den Willen selbständiger Formung erkennen³²⁾. —

2. Ferner dürfte unbestreitbar sein, daß nicht in allen Sachlagen, die unter § 817, S. 1 fallen, die Nichtigkeit der Kaufalabrede schon durch anderweite Vorschriften (§ 134 und § 138) gegeben ist (selbständige Nichtigkeit). Bei den beiderseitigen Verstößen trifft das allerdings in der großen Mehrzahl der Fälle zu. Wer einem Zeugen eine Zuwendung macht, um ihn zu einer unwahren eidlichen Aussage zu veranlassen, könnte (von der strafrechtlichen Einziehung abgesehen) nach § 817 zurückfordern, wenn nicht § 817, S. 2 entgegenstünde. Aber die Kaufalabrede ist schon nach § 134 und 138 nichtig. Die Zuwendung mangelt des rechtlichen Grundes, so daß sich aus § 812 ein Recht auf Rückforderung ableiten ließe. Die Schwindelzinsen auf Grund unsittlicher Verträge, die im Bewußtsein der Nichtigkeit der Verträge in beiderseits verwerflicher Weise gezahlt sind, könnten nach § 817 zurückgefordert werden, sofern § 817, S. 2 nicht im Wege steht. Aber die Nichtigkeit der Kaufalabrede würde auch eine Rückforderung nach § 812 ergeben³³⁾. Die gleiche Konstruktion würde in den Fällen beiderseitigen Verstoßes regelmäßig gegeben sein. Sie würde nur in besonders gelagerten³⁴⁾ Ausnahmefällen versagen. Anders liegt es bei einseitigen Verstößen, die nach § 817, S. 1 das Recht auf Rückforderung begründen³⁵⁾. Eine Nichtigkeit nach

rechtfertigter Bereicherung unterordnen.“ Mir scheint der umgekehrte Sachverhalt vorzuliegen.

31) Vgl. das Responsum Papinians unten S. 40.

32) Vgl. unten Anm. 104.

33) Vgl. RGZ. 99 S. 161 oben Anm. 18.

34) Solche Ausnahmen können eintreten, wenn die nach § 134 eingreifende Verbotsnorm sich zwar gegen beide Teile richtet, aber das Geschäft nicht für nichtig erklärt, ebenso wenn die Verwerflichkeit bei beiden Teilen auf verschiedenen Umständen beruht.

35) Vgl. z. B. Geschenke an Beamte für Amtshandlungen (§ 331 StGB.),

§ e d: Die Ausdehnung des § 817, S. 2, auf alle Bereicherungsansprüche. 17

§ 134 und 138 wird nur selten gegeben sein. Sie kann auch durch anderweite Normen ausgeschlossen werden. Wer durch Zurückhaltung einer geschuldeten Leistung, zu der er verpflichtet ist, eine Gegenleistung erpreßt, ist nach § 817, S. 1 heute wie in Rom herausgabepflichtig. Aber der Nichtigkeit der Kausalabrede steht § 123 entgegen. Diese Sachlage wird auch von Anhängern der Ableitung z. B. von *Planck* nicht verkannt. Diejenige allgemeine Unwirksamkeit der Kausalabrede, die zur Anwendung des § 812 führen soll, wird gar nicht aus anderweiten Vorschriften, sondern aus der Anordnung des § 817 S. 1 selbst abgeleitet. Man kann diese „Nichtigkeit“ als konstruktive bezeichnen. Erst durch die Vorschrift des § 817 werde die Kausalbestimmung als mangelhaft gekennzeichnet, die Dualität als Rechtsgrund verneint und damit die Anordnung des § 812 ermöglicht. Auf die sonstige Tragweite dieser Nichtigkeitskonstruktion ist gleich zurückzukommen. Aber eins scheint mir sicher zu sein. Sie kann nicht dazu führen, dem § 812 die Selbständigkeit der Anspruchsgründung abzusprechen. Wenn erst § 817, S. 1 die Nichtigkeit der Kausalabrede und infolgedessen die Anwendbarkeit des § 812 zur Folge hat, dann ist § 817, S. 1 nicht entbehrlich und nicht eine bloße Konsequenz aus § 812.

3. Endlich kommt die Verschiedenheit der Schutzgründe, der Interessenwertung, in Betracht: Die Bereicherungsansprüche des § 812 dienen dem Vermögensschutze. Das Schutzbedürfnis wird befriedigt, wenn die Gegeninteressen nicht geschützt sind. Dagegen geht § 817 aus von der Verwerflichkeit des Empfangs. Der Empfänger soll nicht behalten dürfen. § 817, S. 1, verfolgt einen *Strafzweck*³⁶⁾. Die Begünstigung des Gebers ist ein Mittel zum Zweck und tritt nur ein, soweit ihn selbst kein Vorwurf

entschuldigte Schweigegelder, Zahlungen für die Unterlassung von Vergehen oder Verbrechen, Zahlung von Wucherzinsen usw. Entsprechende Beispiele in D. 12. 5.

36) Der Strafzweck muß auch für die Auslegung maßgebend sein, einschränkend hinsichtlich des subjektiven Tatbestands, ausdehnend hinsichtlich solcher Verstöße, die nicht durch den Inhalt der Kausalabrede, aber durch andere Umstände gegeben sind.

trifft. Der Strafzweck des § 817 ist der Ueberschrift des E. I, in der Fassung des § 741 Abs. 1³⁷⁾ und in den Motiven³⁸⁾ mit voller Deutlichkeit hervorgehoben. Die Entstehungsgeschichte ergibt, daß die abweichende Fassung keine Zweckänderung bedeuten sollte³⁹⁾. Der historische Zusammenhang bietet Unterstützung. Ebenso die Fassung der in § 817, E. 2, enthaltenen Ausnahme⁴⁰⁾. Es ist m. E. unhaltbar, wenn der Strafzweck bestritten und die Nichtigkeitskonstruktion als eine widersprechende Erklärung hingestellt wird. Besonders deutlich tritt diese Stellungnahme bei *Planck* hervor. Nachdem die Motive zitiert sind, wird bemerkt, daß sich die Vorschrift „auch aus einem anderen (!) Gesichtspunkte“ „rechtfertigen“ ließe. Es folgt die Nichtigkeitskonstruktion. Ihre Darstellung schließt mit dem Ergebnisse, daß diese Auffassung den Vorzug verdiene und mit den Worten: „Die Vorschrift hat nicht den Charakter einer Strafvorschrift, sondern sie dient dazu, eine innerlich nicht gerechtfertigte Vermögensverschiebung rückgängig zu machen. Daß von dem Empfänger die Entziehung des

37) E. I § 747 trägt die Ueberschrift „Rückforderung wegen verwerflichen Empfangs“. Abs. 1 des § 747 lautet: „Ist von dem Empfänger einer Leistung durch deren Annahme nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts gegen die guten Sitten oder gegen die öffentliche Ordnung verstoßen worden, so kann der Geber das Geliehene zurückfordern.“

38) Die Motive sagen: „Als Grund der Vorschrift erscheint der auf seiten des Empfängers in der Annahme liegende Verstoß und die sich darin offenbarende Auflehnung gegen die guten Sitten und gegen die öffentliche Ordnung. Die in der Annahme der Leistung sich kundgebende verwerfliche Gesinnung des Empfängers soll getroffen werden. Um im Volksleben den Sinn für gute Sitten und für das Interesse der öffentlichen Ordnung zu stärken, ist daher überall, wo der Empfänger durch die Annahme der Leistung mit den guten Sitten und der öffentlichen Ordnung sich in Widerspruch setzt, die Pflicht zur Herausgabe des Empfangenen vorzuschreiben (M. II S. 849).“

39) Die Fassung des Gesetzes ist entstanden durch Redaktion des Antrags, der die Nichtigkeitskonstruktion einschränken sollte. Vgl. unten S. 51 Anm. 110.

40) Die Ausnahme ist manchmal sehr geeignet, die Regel zu verdeutlichen. Die Worte „gleichfalls zur Last fällt“ zeigen, daß auch bei § 817, E. 1 der Schwerpunkt nicht auf der Zweckleistung, sondern auf dem vorgefallenen Verstoße liegt („hat“). Im übrigen gilt für das Verhalten des Gebers das in Anm. 36 Gesagte.

§ e d: Die Ausdehnung des § 817, S. 2, auf alle Bereicherungsansprüche. 19

Erlangten möglicherweise als Strafe empfunden wird, stellt sich als eine Nebenwirkung⁴¹⁾ dar.“ Diese Ausführung erinnert an alte Zeiten, in denen die Zurückführung eines Rechts=satzes „auf Utilitätsrücksichten“ mit Geringschätzung behandelt wurde und nur seine Ableitung aus Oberbegriffen als wertvolle „Konstruktion“ galt“. Heute herrscht wohl darüber Einigkeit, daß die Einwirkung des Rechts auf die menschlichen Interessen nicht eine Nebenwirkung der Begriffskombination, sondern die Aufgabe des Rechts und der Rechtsanwendung ist. Diese Einwirkungen sind die „innerlichen Gründe“ der Rechtsgebote. Die Nichtigkeitskonstruktion wäre daher schon aus methodischen Gründen abzulehnen, wenn sie wirklich die Benachteiligung des Empfängers zu einer Nebenwirkung stempeln würde⁴²⁾. Das ist aber nicht der Fall. Auch die Nichtigkeit kann als zivilistisches Strafmittel wirken. Wird die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts wegen Verstoß ausgesprochen, so wird damit der Partei der Gewinn entzogen, den sie durch ihr verwerfliches Vorgehen erzielen wollte. Deshalb steht die Nichtigkeitskonstruktion des § 817 zu der Anerkennung des Strafzwecks in gar keinem Gegensatz. Wer aus der Vorschrift des § 817 ableitet, daß durch sie die Mangelhaftigkeit der Kaufalabrede festgestellt werde, der gibt eine neue Formulierung, aber keine Auslage über den Interessengehalt und den Zweck der Vorschrift. Der Strafzweck des § 817, S. 1, ist historisch bezeugt. Ein anderer Zweck ist weder bezeugt noch im Grunde erfindlich.

Richtig ist nun, daß auch die Anwendung des § 812 einem Strafzweck dienen kann. Dies ist der Fall, wenn die Kaufalabrede wegen Verstoß nach § 134⁴³⁾ oder 138 nichtig ist und nun=

41) Von mir hervorgehoben.

42) Es war eine Schattenseite der alten Begriffsjurisprudenz, daß sie wie das Textbeispiel zeigt, die teleologischen Zusammenhänge der Rechts=sätze durch ihre Ableitung aus Oberbegriffen verdrängte. Dadurch wurde der Zweck des Gesetzes verschleiert und seine folgerichtige Verfolgung erschwert.

43) Für die Anwendung des § 134 wird es natürlich auf Zweck und Inhalt der eingreifenden Grundnorm ankommen.

20 § e d: Die Ausdehnung des § 817, S. 2, auf alle Bereicherungsansprüche.

mehr die Rückforderung nach § 812 einsetzt, wie wir das oben in dem Beispiel der Zeugenbeeinflussung und der Schwindelzinsen gesehen haben. Diese Fälle würden aber auch, wenn § 817 fehlte, eine durch den Strafcharakter ausgezeichnete Sondergruppe bilden. Ich will sie als „Verstoßfälle“ bezeichnen⁴⁴). Ihre Eigenart würde nicht auf den Inhalt des § 812, sondern auf die Fernwirkung der Nichtigkeitsnorm zurückgehen⁴⁵). Da § 817 sich auf alle Fälle der Rückforderung wegen Annahmeverstoß bezieht, so liegt in diesen Fällen die Möglichkeit vor, den Anspruch auf Rückgabe, soweit er nicht mindestens für § 817 durch § 817, S. 2, ausgeschlossen ist, in doppelter Weise aus dem Gesetze abzuleiten durch einfache Unterordnung unter § 817 oder durch Kombination des Nichtigkeitsgebotes und des Herausgabegebotes des § 812. Es besteht eine Konkurrenz der Konstruktionen, die demselben Zwecke dienen.

Die bestehenden Gegensätze dürfen durch die Betonung der Einheit nicht verwischt werden. Es geschieht dies, wenn der § 817 als einfache Konsequenz des § 812 hingestellt wird. Die Formel: „Einheit des Anspruchs mit Sonderformen“ ist nicht zu beanstanden. Aber neben sie tritt die andere Formel: „Mehrheit der Ansprüche mit Elementengemeinschaft.“ Beide Formeln sind gleichberechtigt und im Grunde gleichbedeutend.

§ 3. Das Problem der Konkurrenzfälle.

1. Nach den vorstehenden Ausführungen gleichen die Anwendungsgebiete des § 812 und des § 817 zwei Kreisen, von denen keiner den andern einschließt, die sich aber derart schneiden, daß ein großer Teil des kleineren Kreises (§ 817) in den großen

44) Die Nichtigkeit kann in den Verstoßfällen wegen Geschäftseinheit auch die Verfügung ergreifen. Dann steht noch ein dritter Weg der Verstoßbekämpfung offen, nämlich die Nichtigkeitsnorm mit der vindikation. Man kann diese Gruppe als „Verstoßfälle mit vindikation“ bezeichnen.

45) Die Nichtigkeit der bei der konkreten Leistung bestimmenden Kausalabrede ist natürlich bei Vollzugsleistung von der Nichtigkeit des obligatorischen Kaufgeschäftes zu trennen.

§ e d: Die Ausdehnung des § 817, S. 2, auf alle Bereicherungsansprüche. 21

(§ 812) eingreift, ein gemeinsames Gebiet entsteht. Denn das Sondergebiet des § 817 ist, auch wenn wir die Fälle der bloß konstruktiven Nichtigkeit einbeziehen, sehr klein und noch viel kleiner, sobald wir die Fälle ins Auge fassen, in denen auch § 817, S. 2, in Anwendung kommt. Dies gemeinsame Gebiet ist nun das Gebiet der Konkurrenzfälle.

Die Fälle können im einzelnen verschieden liegen: Wir haben bereits auf die Verstoßfälle hingewiesen, bei denen eine Nichtigkeit der Kaufabrede nach § 134, 138 die Anwendung des § 812 ermöglicht und zugleich der Tatbestand des § 817, S. 2, gegeben ist. Eine Konkurrenz ist natürlich auch dann gegeben, wenn die Kaufabrede allein oder zugleich aus andern Gründen nichtig ist, wegen erfolgreicher Irrtumsanfechtung, mangelnder Geschäftsfähigkeit⁴⁶⁾, Scheingeschäft usw. Eine weitere, besonders wichtige Gruppe bilden Leistungen, die aus Anlaß eines wegen Verstoß nichtigen Geschäftes gemacht werden. In solchen Fällen kann z. B. bei Vorleistung eines Teiles ein nach § 812 wirksamer Rückforderungsgrund gegeben sein, sei es eine *condictio indebiti*, sei es eine *condictio causa data, causa non secuta*. In dem Falle, den das leitende Urteil entschieden hat⁴⁷⁾, war ein Bordellinventar in verwerflicher Weise verkauft und schon bezahlt. Die Lieferung wurde verweigert und daraufhin die Rückzahlung des Preises gefordert. Sie wäre nach § 812 begründet gewesen. Oder ein verbotenes Devisendarlehen ist gegeben und wird nicht zurückgezahlt⁴⁸⁾. Nach § 812 könnte wenigstens die gegebene

46) Vgl. das Beispiel von *Cccius*, *DZB. a. a. O.*, auch *RG.* 105, S. 270. Eine andere Art von Konkurrenzfällen ergibt sich dadurch, daß mit den Konditionen aus § 817, S. 2 (und § 812) auch die *vindictio* konkurrieren kann. Dies ist der Fall bei den oben Anm. 44 erwähnten „Verstoßfällen mit *vindictio*“, kann aber auch sonst vorkommen. Die Verfügung, welche für den Empfänger verwerflich ist, entbehrt der Wirksamkeit auch wegen Mangel der Geschäftsfähigkeit, der Dispositionsfähigkeit, wegen Irrtums usw. Die Verschiedenheit des Anspruchsinhalts schließt die Frage nicht aus, ob nicht die Beschränkung des § 817, S. 2 auch die *vindictio* hemmt.

47) *RG. E.* 65, S. 353.

48) *RG. E.* 105.

Valuta als der Wert zurückverlangt werden. Andere Beispiele bieten die im Eingange des Aufsatzes angeführten als Konkurrenzfälle gekennzeichneten Tatbestände. Das Verbot des Grundgeschäftes steht in diesen Fällen der Rückforderung nicht entgegen. Ja es läßt, wenn wir von § 817, S. 2 absehen, die Rückgewähr als geboten erscheinen (Fernwirkung)⁴⁹⁾. § 138 erklärt ein Geschäft auch deshalb für nichtig, damit die Parteien aus ihrer Unsittheit keinen Gewinn ziehen. Wird die Rückforderung einer Vorleistung versagt, so macht der verwerfliche Empfänger einen Gewinn, der oft größer ist, als er bei Gültigkeit des Geschäftes gewesen wäre. Der Zweck des Verbotes wird im Endergebnisse vereitelt. In allen diesen Fällen kann der Vollzug der Leistung beiden Teilen zum Vorwurf gereichen. Dann sind zugleich die Voraussetzungen des § 817 gegeben und es erhebt sich die Frage⁵⁰⁾, ob § 817 allein in Anwendung kommt, so daß die Ausschlußklausel des § 817, S. 2, jeden Anspruch ausschließt (Absorptions- oder Exklusivlösung) oder ob der Anspruch aus § 812 unbeschränkt durchgreift (Toleranzlösung)⁵⁰⁾. Nicht zu den Konkurrenzfällen sind diejenigen Sachlagen zu rechnen, in denen die Anwendung des § 812 zwar in Frage kommt, aber auch ohne Heranziehung des § 817, S. 2, die Abweisung der Forderung geboten ist (unechte Konkurrenzfälle). Die Rückforderung ist z. B.⁵¹⁾ ausgeschlossen in gewissen Fällen, die ich als „Deliktsbegünstigung“ bezeichnen möchte, in denen eine Leistung gemacht wird, um eine verwerfliche Handlung herbeizuführen. Die Rückforderung

49) Eine analoge Fernwirkung vertritt R ü m e l i n für das Wucherverbot. Vgl. dieses Archiv 98, S. 273.

50) Nicht behandelt wird die umgekehrte Frage, ob eine nach der Versprechungsausnahme des § 817, S. 2, begründete Rückforderung durch die Ausschlußklauseln der §§ 814, 815 betroffen wird. Ich würde sie mit R ü m e l i n (vgl. dieses Archiv 98, S. 273) verneinen. Auch bei dieser Frage muß die Zweckverschiedenheit der Ansprüche durchgreifen.

51) Ebenso ist die Rückforderung aus § 817 ausgeschlossen, wenn aus Anlaß eines nichtigen Vertrags beide Teile in Kenntnis der Nichtigkeit ihre Leistungen gemacht haben. Die Rückforderung könnte in diesem Falle nur auf § 817 gestützt werden.

wegen Unterlassung der Handlung würde als indirekter Rechtszwang wirken⁵²). Sie würde daher durch eine Fernwirkung des Verbotes ausgeschlossen sein, auch wenn wir von § 817, S. 2, absehen⁵³).

Das normative Problem, das bei den echten Konkurrenzfällen vorliegt gehört zu einer Gruppe, die unter den Bezeichnungen Gesetzesnormen- oder Anspruchskollision, viel erörtert worden ist⁵⁴). Auf die verschiedenen Klassifikations- und Lösungsversuche will ich nicht eingehen. Nach meiner Ansicht gibt es im Zivilrecht nur einen Grundsatz von einer gewissen formellen und insofern allgemeinen Bedeutung, das ist der Vorzug der lex specialis. Im übrigen kommt es nur auf die Interessenlage bei der gegebenen Konkurrenzform an. Es ist diejenige Lösung zu wählen, bei welcher der Interessenschutz, den der Gesetzgeber verleihen will, am genauesten verwirklicht wird. Deshalb haben wir uns zunächst zu fragen, ob der Vorzug der lex specialis in Betracht kommt. Ist das zu verneinen, dann wird die Lösung davon abhängen, ob nach der Wertung des Gesetzgebers der Rechtsgrund der Ausschlussklausel nur allein den Schutzgrund des § 817, S. 1, überwiegen soll, oder auch alle anderen, aus § 812 sich ergebenden Schutzgründe. Es wird also die Feststellung dieses Rechtsgrundes entscheidend sein.

Der formelle Vorzug der lex specialis hat allerdings nur be-

52) Wer einem andern eine Belohnung für die zukünftige Verübung eines Verbrechens gemacht hat, kann das Geleistete nicht zurückfordern, wenn das Verbrechen unterbleibt. Anders sind die Fälle des „Betrugs durch Zusicherung unerlaubter Leistungen“ zu behandeln, z. B. der Verkauf und Nichtliefern falschen Geldes, unwirksamer Abtreibungsmittel u. dgl. Vgl. z. B. DZB. 1911 (16), S. 562. Wenn der Betrogene gezahlt hat, so wird § 812 durchgreifen, sobald wir § 817, S. 2 ausschalten. Es handelt sich um echte Konkurrenzfälle.

53) Allerdings kann man zur Begründung auch § 815 und § 324 in analoger Anwendung heranziehen.

54) Vgl. L e n t, Gesetzeskonkurrenz, I., II.; R u d. S c h m i d t, Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht, 1915, und C n n e c c e r u s, I. § 51, II § 5.

schränkte Bedeutung. Aber er ist nicht völlig abzulehnen und beruht auf einem allgemeinen Gedanken. Der Gesetzgeber will, daß sein Gesetz in dem vorgezeichneten Gebiete zur Anwendung komme. Wenn deshalb die umfassende Norm bei Durchführung der Toleranzlösung dazu führt, der speziellen Norm ihr Anwendungsgebiet ganz oder zu einem wesentlichen Teile zu nehmen, so ist es unwahrscheinlich, daß der Gesetzgeber diese Lösung gewollt hat. Dadurch ergibt sich ein formeller, von dem Inhalt der Normen unabhängiger Bestimmungsgrund, der für die Exklusivdeutung, die Alleinanzwendung der speziellen Norm, ins Gewicht fällt und der je nach der Sachlage, namentlich dem Umfange der zu erwartenden Verdrängung, auch sehr erheblich wirken kann. Man kann in solchen Fällen sagen, daß der Vorzug der *lex specialis* sich aus der Gefahr der Gesetzesvereitelung ergebe.

Wenn wir nun unsere Konkurrenzfälle in ihrer Gesamtheit ins Auge fassen, dann stehen wir überraschender Weise vor einem Musterbeispiel für den Vorzug der *lex specialis*. Denn das Anwendungsgebiet des § 817, S. 2, fällt fast in vollem Umfange in das konkurrierende Anwendungsgebiet des § 812. Wenn wir die Toleranzdeutung schlechthin durchführen, dann würde in fast allen Fällen diejenige Leistung, die § 817, S. 2, versagt, durch § 812 doch gewährt werden. Der Mann, der den Zeugen bestochen hat, kann nach § 817 infolge des Satzes 2 wegen der eigenen Verwerflichkeit der Leistung nicht zurückfordern. Aber es würde sich die Rückforderung aus § 134, 138 und § 812 ergeben. Wenn wir diese Vorschrift anwenden dürfen, dann könnte er ja zurückfordern, ohne durch die eigene Verwerflichkeit gehindert zu sein. Die Schwindelzinsen, die nach § 817, S. 2, dem Zahlenden verloren sind, werden ihm durch § 812 wieder gerettet. Und so würde es mit verschwindenden Ausnahmen immer gehen, so oft sich die Möglichkeit zu bieten schiene, den § 817, S. 2, anzuwenden. Der § 817, S. 2, würde tatsächlich nicht nur ausgehöhlt, sondern außer Kraft gesetzt sein. Er würde aus dem Leben verschwinden und zu einem Objekt für Sammler von Fallraritäten werden. Die gefürchtete Gesetzesvereitelung

wäre erfolgt. Welche Absicht auch der Gesetzgeber mit dem § 817, S. 2 verfolgt haben möge, ein solches Ergebnis kann er nicht gewollt haben. Daraus ergibt sich, daß die Toleranzlösung nicht anwendbar ist. Es bleibt allein die Absorptionsdeutung. Es ist daher begreiflich, daß diese Lösung in Schrifttum und Rechtsprechung ganz ohne Ausnahme vertreten wird⁵⁵⁾, es ist begreiflich, daß die Ueberzeugung herrscht, § 817 wolle sein Anwendungsgebiet abschließend regeln, die Rückforderung bei negotia turpia exklusiv ordnen^{55a)}. Auch *Planck* und *Staudinger*, welche die Generalausdehnung ablehnen, haben sich nicht gegen die Anwendung des § 817, S. 2, bei den Konkurrenzfällen erklärt. Die Begründung der Absorptionslösung scheint zwingend zu sein.

Die Absorptionsdeutung ist daher geboten. Aber sie führt zu schlechtthin unannehmbaren Konsequenzen. Unter den Fällen unbilliger Behandlung, die wir zu Beginn unserer Untersuchung anführten, spielen die Konkurrenzfälle eine große Rolle. Bei den Bordellgeschäften, den Kriegsverträgen, den Devisengeschäften liegen Konkurrenzfälle vor. Es ist ja gerade die Absorptionsdeutung, die bei ihnen zu den Unbilligkeiten geführt hat, die wir vermeiden wollen und vermeiden müssen. Und diese Entscheidung

55) Vgl. *Enneccerus*; § 446, S. 3, sagt: „Der Bereicherungsanspruch wegen verwerflichen Empfangs ist (obgleich nur ein besonderer Fall des allgemeinen Bereicherungsanspruchs, s. oben § 440 II., S. 2) durch § 817 in seinen positiven und negativen Voraussetzungen vollständig bestimmt. Mithin ist, da sowohl die Leistung als der Empfang verwerflich waren, auch nach § 812 kein Rückforderungsanspruch begründet, mag auch das verwerfliche Geschäft, das erfüllt werden sollte, irrtümlich für gültig gehalten sein.“ In Wirklichkeit lag für *Enneccerus* gar kein echter Konkurrenzfall vor. Da er die allgemeine Ausdehnung vertritt (a. a. O. 2), so müßte für ihn die verwerfliche Leistung auch den isolierten Anspruch aus § 812 ausschließen. Exklusivlösung und Toleranzlösung würden zu demselben Ergebnisse führen.

55a) Die Gefahr der Gesetzesvereitelung wird aber auch dann in die Nähe gerückt, wenn man den § 817, S. 2 nicht auf die vindikation anwendet. Denn bei der Uebertragung beweglicher Sachen, z. B. Geldzahlung, ist die Geschäftseinheit sehr häufig, ja m. E. die Regel. Deshalb würde der § 817, S. 2 dadurch eliminiert werden, daß der Geber in der Regel die vindikation oder als Ersatz die ausschlußfreie Kondition aus § 816 und § 951 haben würde.

der Konkurrenzfälle fordert die Ausdehnung der Ausschlußklausel auf das Sondergebiet des § 812. Wenn der verwerfliche Geber, obgleich ein Schutzgrund des § 812 vorliegt, bei gleichzeitigem Verstoß des Empfängers zurückgewiesen wird, dann darf er auch nicht siegen, wenn bei sonst gleichliegender Sachlage der Verstoß des Empfängers fehlt. Wir dürfen den einwandfreien Empfänger nicht schlechter stellen, als den verwerflichen. Der Annahmeverstoß darf nicht zu einem Schutzgrunde werden. Dieses Argument ist wiederholt geltend gemacht worden⁵⁶⁾ und ist auch schlagend. Die Gerechtigkeit fordert die Gleichbehandlung. Dem gegenüber berufen sich *Planck, Staudinger und Riezler* auf die Vorschriften des Gesetzes, welche der Ausdehnung auf das Sondergebiet des § 812 entgegenstehen. Und sie haben ihrerseits Recht. Ihre Auslegung trifft sicher den Willen der Gesetzgeber⁵⁷⁾. Also scheitern die Konsequenzen der Absorptionslösung an dem Widerspruch nicht nur der Billigkeit, sondern auch der Gesetzestreue. Man könnte nun daran denken, von der Grundlage der Gesetzestreue, der Nichtanwendbarkeit des § 817, S. 2, auf die Sonderfälle des § 812, auszugehen. Aber auch hier sind die Folgerungen unannehmbar. Das schlagende Argument wirkt nun umgekehrt ebenso schlagend. Wenn der verwerfliche Geber auf Grund des § 812 gegen den vorwurffreien Empfänger durchdringt, dann muß er erst recht siegen, wenn bei seinem Gegner zu demselben Schutzgrund noch ein Annahmeverstoß hinzutritt. Wiederum fordert die Gerechtigkeit die Gleichbehandlung. Wer aus Gesetzestreue die Anwendung des § 817, S. 2, auf dem Sondergebiete des § 812 ablehnt, der muß wieder aus Gerechtigkeit die Toleranzlösung für die Konkurrenzfälle vertreten. Damit steht

56) Schon *Cohn* bei *Gruchot* 41, S. 794 macht dieses Argument geltend. *Enneccerus* gibt zu, daß das Gesetz nur von beiderseitigem Verschulden spreche, „aber“, so fährt er fort, „man kann nicht annehmen, daß der gegen Gesetz oder gute Sitten Verstößende deshalb günstiger gestellt werden soll, weil seinem Gegner kein solcher Vorwurf gemacht werden kann. § 446, S. 2 Anm. 4. Vgl. ferner *Rüdman* n. a. a. D. u. a.

57) Vgl. unten S. 136 ff.

er vor der Gefahr der Gesetzesvereitelung. Die Toleranzlösung ist ebenso notwendig, wie die Absorptionslösung und doch widersprechen sie einander.

Der Widerspruch beruht darauf, daß wir die Frage für alle Konkurrenzfälle gemeinsam gestellt haben. Die gleiche Behandlung ist nicht durchführbar. Aber auch nicht notwendig. Sobald wir die Interessenfrage stellen, sondern sich zwei Gruppen, die wir als die „konstruktiven“ und die „materiellen“ Konkurrenzfälle unterscheiden können. Die erste Gruppe wird von den mehrfach erwähnten Verstoßfällen gebildet, die zweite von allen anderen Fällen. Die Gründe für die Absorptionsdeutung haben sich uns aus der Anschauung der ersten Gruppe ergeben, die Gründe für die Toleranzlösung aus der Anschauung der zweiten. Sobald wir die beiden Gruppen verschieden behandeln, können wir die beiden Lösungen nebeneinander stellen, ohne uns in Widersprüche zu verwickeln⁵⁸⁾.

Bei der Gruppe der Verstoßfälle⁵⁹⁾ wird die Absorptionslösung, die alleinige Anwendung des § 817, durch die Interessenlage gerechtfertigt. Bei ihnen liegen dieselben Interessenkonflikte vor, die in § 817 angeschaut und entschieden sind. Die Verwerflichkeit des Empfängers soll einen Anspruch auf Rückgabe erzeugen, wenn der Empfänger allein verwerflich ist. Dagegen nicht, wenn ihm ein gleichfalls verwerflicher Geber gegenüber steht. Aus beiderseitig verwerflicher Leistung entsteht kein Anspruch, nicht durch den Zeugenkauf und nicht durch die Zahlung der Schwindelzinsen. Aber diese Interessenlage und ihre Merkmale, die Verwerflichkeit der Beteiligten, ist davon ganz unabhängig,

58) Die gleiche Scheidung ist bei den vindiktionsfällen durchzuführen. Es kommt darauf an, ob die Richtigkeitsnorm, welche die vindikation ermöglicht, der Verstoßbekämpfung dient (formelle Konkurrenzfälle) oder sonstige Interessen schützt (materielle Konkurrenzfälle).

59) Nicht zu dieser Gruppe gehören die Fälle, in denen die Richtigkeit nicht nur der Verstoßbekämpfung (§ 134, 138), sondern oder zugleich andern Zwecken dient. Der Irrtumsschutz, der Schutz der Minderjährigen oder Geschäftsunfähigen sind andere Schutzgründe als die Verstoßbekämpfung. Hier handelt es sich um materielle Konkurrenzfälle.

28 § e d: Die Ausdehnung des § 817, S. 2, auf alle Bereicherungsansprüche.

ob noch die Nichtigkeitskonstruktion möglich ist oder nicht, ob wir im Falle der Anspruchsgewährung das Ziel mit einem Begriffsschritt, durch Einordnung unter § 817, S. 1, oder mit 2 Schritten durch Nichtigkeitsbegriff und Einordnung unter § 812 erreichen. Durch die Möglichkeit mehrfacher Konstruktion wird die Interessenlage nicht geändert. Deshalb muß auch die Wertung die gleiche bleiben und die Forderung bei beiderseitiger Verwerflichkeit versagen. Man kann diesen Sachverhalt auch so ausdrücken. In den Verstoßfällen liegt immer nur ein Schutzgrund vor, der des Annahmeverstoßes. Da der Geberverstoß nach § 817, S. 2 diesen Schutzgrund aufwiegt, so muß er auch den aus § 134, 138 und § 812 abgeleiteten Schutzanspruch ausschließen. Deshalb sind die Verstoßfälle nicht nach § 812, sondern nur nach § 817 in seinem ganzen Umfange und nach § 819, S. 2, zu beurteilen⁶⁰⁾.

Diese Einordnung ist notwendig, aber auch bedenkenfrei. Sie kann nicht unbillig wirken. Die Fälle, in denen die Absorptionsdeutung nach der Eingangserörterung unbillig wirkte, sind lauter materielle Konkurrenzfälle. Die Einordnung der Verstoßfälle wirkt deshalb nicht unbillig, weil die Regelung des § 817 für die angeschauten Fälle eine allgemeine ist und die Verstoßfälle in ihrer Interessenlage zu den angeschauten Fällen gehören.

Die Behandlung der Verstoßfälle greift auch der Lösung der materiellen Konkurrenzprobleme ebensowenig vor, wie der Stellungnahme zu dem Sondergebiete des § 812. Denn in diesen Fällen ist eben die Interessenlage nicht die in § 817 angeschaute. Es kommen andere Schutzgründe in Betracht, die zu dem Annahmeverstoß hinzutreten oder allein erscheinen. Durch die Anwendung des § 817, S. 2, bei den Verstoßfällen ist allein der Schutzgrund des Annahmeverstoßes gesehen und gewertet. Des-

60) Etwaige Zweifel ließen sich noch aus der Entstehungsgeschichte widerlegen. Sie gibt bestimmte Anhaltspunkte dafür, daß die 2. Kommission die Umgehung der Ausschlußklausel durch Nichtigkeitskonstruktion verhindern wollte. Vgl. unten S. 51 Anm. 110.

§ e d: Die Ausdehnung des § 817, S. 2, auf alle Bereicherungsansprüche. 29

halb führt von den Verstoßfällen kein Analogieschluß zu den anderen Fällen.

Die Durchführung der Absorptionslösung bei der Gruppe der Verstoßfälle befreit endlich das übrigbleibende Gebiet von dem Vorzuge der *lex specialis*. Die Gefahr der Gesetzesvereitelung ist definitiv beschworen. Wir haben ja ein Gebiet, auf dem § 817, S. 2, immer anwendbar bleibt, ein Gebiet, das ausschließlich von § 817 beherrscht wird, allerdings nicht hinsichtlich jeder Bedeutung des Lebensvorganges, wohl aber hinsichtlich jeder Wirkung der *turpitudō*, wie sie auch konstruiert werden möge. Damit ist die Bahn frei gemacht für diejenige Behandlung der materiellen Konkurrenzfälle, welche durch Billigkeit und Gesetzestreue gefordert wird. Wir werden sehen, daß dies die Toleranzlösung ist. In der verschiedenen Behandlung dieser beiden Gruppen liegt die Entscheidung unserer Streitfrage.

Die Einheitstheorie und die Auffassung des § 817 als Anwendungsfall des § 812 führen im Grunde zu keinem andern Ergebnisse. Die Annahme des Vorzugs der *lex specialis* ist etwas näher gerückt, die Scheidung der beiden Fallgruppen nach der Zweckverschiedenheit erheblich ferner. Aber die eingehende Würdigung muß diese Hemmnisse überwinden. Verhängnisvoll wird die Einheitstheorie nur, wenn der Versuch gemacht wird, unmittelbar aus der Formel „Einheitlicher Anspruch“ die Entscheidung abzuleiten. Dies tut z. B. Maier⁶¹⁾, der schon wegen der Einheit des Anspruchs für die uns beschäftigenden Konkurrenzfälle nur die Absorptionslösung zulassen will. Entsprechend begründet das leitende Urteil⁶²⁾ die Vermutung, daß die Ausschlußklausel für jeden Bereicherungsanspruch als maßgebend anzusehen sei⁶³⁾. Diese Vermutung folge daraus, „daß der Bereicherungsanspruch des Bürgerlichen Gesetzbuchs . . . im wesentlichen als ein einheitlicher, in der Hauptsache gemeinsamen Regeln unterliegender Anspruch aufzufassen ist.“ Solche Werwertungen der Einheitstheorie sind aus methodischen Gründen abzulehnen. Gewiß ist es, wie

61) S. 43 ff.

62) 63, S. 353 ff.

63) Entbehrliche Einschaltungen sind fortgelassen.

oben bemerkt, zulässig, die verschiedenen Bereicherungsansprüche für die Zwecke der Ordnung und Uebersicht zu dem wissenschaftlichen Oberbegriff eines einheitlichen Bereicherungsanspruchs zusammenzufassen. Aber Rechtsnormen dürfen aus diesem Begriffe nicht abgeleitet werden. Die wissenschaftlichen Oberbegriffe dienen nur der Ordnung und Uebersicht, aber nicht der Gewinnung von Rechtsätzen. Die Einheitsformel ist nichts als eine Zusammenfassung der vorhandenen Uebereinstimmungen. Aber neben den Uebereinstimmungen bestehen doch Verschiedenheiten. Wieweit die Uebereinstimmungen und diese Verschiedenheiten reichen, welches Anwendungsgebiet den einzelnen Vorschriften zukommt, das darf nur im Wege der Einzeluntersuchung durch Auslegung und materielle Ergänzung des Gesetzes durch Interessenbegründung und Interessenforschung nach allgemeinen Grundsätzen bestimmt werden. Der auf diesem Wege gewonnene Normenvorrat bildet erst das Material für die Bildung der wissenschaftlichen Oberbegriffe. Das umgekehrte Vorgehen fällt unter den Begriff der Inversionsmethode und enthält eine unzulässige Begriffsjurisprudenz. Es verstößt gegen die Regel des Paulus: „non ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est regula fiat“.

Unser Problem der Gesetzeskonkurrenz kann und muß nach materiellem Recht entschieden werden⁶⁴⁾, ohne Rücksicht darauf, ob ein Prozeß vorliegt und wenn ein Prozeß vorliegt, ohne Rücksicht darauf, welche Paragraphen von den Parteien zitiert werden. Ich würde diese Sätze als selbstverständlich behandelt haben, wenn nicht das leitende Urteil einen anderen Standpunkt eingenommen hätte. Das Urteil hat die Streitfrage wie folgt formuliert: Es kommt darauf an, „ob die Bestimmung im Satz 2 des § 817“⁶⁵⁾, — — n u r einem ausdrücklich a u f d i e V o r s c h r i f t des § 817, Satz 1, BGB., oder einem entsprechenden Tatbestand gegründeten Klageanspruch gegenüber“⁶⁵⁾ — — oder

64) Die prozessualen Probleme, die sich an das bürgerliche Recht anschließen können, interessieren hier nicht.

65) Ich habe den Satz durch Fortlassung entbehrlicher Einschaltungen geführt.

ob sie auch dann anwendbar ist, wenn einem auf die allgemeinen Grundsätze über ungerechtfertigte Bereicherung gestützten Klageanspruch in Wirklichkeit ein von dem Beklagten einwandsweise geltend gemachter, unter die Bestimmung des § 817, S. 2, BGB., fallender Tatbestand zugrunde liegt.“ Dieser prozessualen Färbung entsprechend wird zugunsten der allgemeinen Anwendung der Ausschlußklausel geltend gemacht: „Es würde ein mit der Absicht des Gesetzgebers offenbar unvereinbares Ergebnis sein, wenn die Anwendbarkeit des § 817, S. 2 —⁶⁶⁾ davon abhängen sollte, ob dieser Anspruch in einer der Vorschriften des § 817, S. 1, oder ob er in einer anderen der allgemeinen Bestimmung des § 812 BGB. entsprechenden Weise begründet ist, so daß es in vielen Fällen, bei denen an sich die Voraussetzungen des § 817, S. 1 und 2, vorliegen, in der Hand des Klägers liegen würde, dadurch, daß er einen solchen Anspruch nicht der Vorschrift des § 817, S. 1, sondern der Vorschrift des § 812 gemäß begründet, die Anwendung des § 817, S. 2, auf denselben auszuschließen.“ Die Befürchtung einer unzulässigen Parteiherrschaft, die das Gericht zu hegen scheint, erledigt sich durch den Satz „jura novit curia“, die vielleicht im Hintergrunde stehende Besorgnis vor Gesetzesvereitelung durch die Sonderbehandlung der konstruktiven Konkurrenzfälle. Im übrigen scheinen mir die beiden Ausführungen auf einer Vorwegnahme der Entscheidung zu beruhen. Nur derjenige Ausleger, der sich schon innerlich für die Ergebnisbedeutung entschieden hat, kann sagen, daß ein Konkurrenzfall „in Wirklichkeit unter § 817, S. 2, falle“, während er vom Kläger auf § 812 gestützt werde. Nur ein solcher Ausleger kann finden, daß es offenbar mit der Absicht des Gesetzgebers unvereinbar sei, die Geltendmachung eines Anspruchs auf Grund des § 812 zu gestatten. Die Frage der Einordnung und diese Absicht des Gesetzgebers sind ja von der ratio legis des § 817, S. 2, abhängig, die erst zu ermitteln ist.

66) Ich habe den Satz durch Fortlassung entbehrlicher Einschaltungen gekürzt.

32 § e f: Die Ausdehnung des § 817, S. 2, auf alle Bereicherungsansprüche.

§ 4. Der Rechtsgrund der Ausschlußklausel.

Die Rechtsnormen des Privatrechts sind Entscheidungen von Interessenkonflikten, in denen die einander gegenüberstehenden Interessen durch die Rechtsordnung abgewogen und abgegrenzt werden. Den Maßstab liefern Interessen der Allgemeinheit und Wertideen des Gesetzgebers. Die Frage nach dem Rechtsgrund ist daher eine Frage nach den durch das Gesetz angeschauten und abgewogenen Interessen.

Die Gegenmeinung sieht die Wertidee der Ausschlußklausel in dem absoluten Strafgedanken. Einem Anspruch, dem eine gegen die guten Sitten verstoßende Handlung des Klägers zugrunde liegt, sei der Rechtsschutz zu versagen⁶⁷⁾. Auch das Schrifttum⁶⁸⁾ und andere Entscheidungen des RG.s betonen den Strafcharakter und zwar immer gewissermaßen einseitig und absolut. Der schuldige Geber soll durch den Verlust seiner Leistung gestraft werden. Von einer Vergleichung seiner Interessenlage mit der Interessenlage des Empfängers ist nicht die Rede. Deshalb fehlt in diesem allgemeinen Strafgedanken auch die Vorstellung von einem bestimmten Strafübel. Es ist willkürlich, wenn er auf alle Bereicherungsansprüche bezogen wird. Aus dem Strafgedanken selbst folgt eine solche Beschränkung nicht. Aus der Stellung des § 817 würde sich zunächst die Beschränkung auf den Anspruch des § 817, S. 1, ergeben, die nicht in Erwägung gezogen wird. Der Strafgedanke, wie er im Schrifttum und in der Rechtsprechung auftritt, ist nicht zu Ende gedacht. Der allgemeine Strafgedanke wird als evident behandelt. Das ist er aber nicht. Es gibt eine andere Erklärung, die sehr nahe liegt und den Vorzug verdient⁶⁹⁾.

67) RG. 65, S. 354.

68) Vgl. z. B. *Enneccerus*, § 446, Anm. 3.

69) Gewiß sind noch sonstige Erklärungen gelegentlich versucht worden, z. B. die Annahme, daß durch § 817, S. 2, die Gerichte vor der Beschäftigung mit schmutzigen Sachen geschützt werden sollen. Die im Texte vertretene Erklärung scheint mir so sicher zu sein, daß ich auf weitere Erklärungen an dieser Stelle nicht eingehen will. Auf den Zusammenhang mit allgemeinen Wertideen ist in § 8 (Rechtsanalogie) zurückzukommen.

Diese andere Erklärung geht dahin, daß die Ausschlußklausel des § 817, S. 2 auf einem Gleichgewichtsurteile beruht. — Man kann auch sagen auf einer Schuldkompensation oder einer Neutralitätserklärung in Verbindung mit dem allgemeinen Besitzvorzuge. Bei einem Interessentkonflikte greift die Rechtsordnung zum Schutze derjenigen Interessen ein, die nach dem Urteile des Gesetzgebers schutzwürdiger sind als die gegenüberstehenden. Wenn aber kein Unterschied vorliegt, sondern beide Interessen gleich wenig schutzwürdig sind, dann gibt die Interessenwage keinen Ausschlag. Dann wird das Schutzgebot unterbleiben. Auf einem solchen Gleichgewichtsurteile beruht m. E. § 817, S. 2. Der verwerfliche Empfänger soll nach § 817, S. 1, durch die Rückgabepflicht gestraft werden zugunsten des Gebers. Ist aber der Geber ebenso strafwürdig, so soll keiner den Vorzug haben. In pari delicto est melior causa possidentis⁷⁰⁾. Jeder Teil ist zu schwach, um angriffsweise vorzugehen. Der Hauptsatz versagt den Schutz dem angreifenden Geber, die Versprechensausnahme aber dem Nehmer, der eine Verbindlichkeit geltend machen will. Der Gedanke der Schuldkompensation, der Satz, daß niemand fremdes Verschulden geltend machen soll, der sich in gleichem Verschulden befindet, ist ja auch sonst dem Volksleben nicht fremd. Wir haben das Sprichwort: „Wer im Glashause sitzt, soll nicht mit Steinen werfen.“ Wir haben die Redensart vom Splitterrichter und den Ausspruch Juvenals „Quis tulerit Gracchos de seditione querentes“ ist zum geflügelten Worte geworden. Das juristische Äquivalent zu diesen populären Urteilen ist nun in der Ausschlußklausel des § 817, S. 2, gegeben. Deshalb glaube ich auch, daß die auf den Fall des § 817, S. 1, beschränkte Abweisung der Rückforderung dem Rechtsgefühl entspricht, während dies bei den Ausdehnungsfällen nicht der Fall ist. Wenn wir z. B. einem Laien das Beispiel der Schwindelzinsen vor Augen stellen, dabei nachdrücklich hervorheben, daß beide Teile gleich verwerflich gehandelt haben, so daß an moralischem Werte keiner et-

70) Mit diesen Worten kennzeichnet Papinian die ratio des römischen Vorbilds der Ausschlußklausel des § 817, S. 2.

34 § e d: Die Ausdehnung des § 817, S. 2, auf alle Bereicherungsansprüche.

was voraus hat, und dann fragen, ob die Zinsen wegen der Verwerflichkeit des Empfängers herauszugeben sind, dann wird die Antwort wohl lauten: Wenn keine der Parteien den Vorzug verdient, dann soll auch keine von ihnen von der Rechtsordnung durch Gewährung eines Anspruchs bevorzugt werden.

Diese beiden Erklärungen führen hinsichtlich der Behandlung der Konkurrenzfälle und des Sondergebiets des § 812 zu ganz entgegengesetzten Ergebnissen.

Wer nur die eine Waagschale mit der Strafwürdigkeit beachtet, für den muß es gleichgültig sein, was sich in der anderen Waagschale befindet, ob der Annahmeverstoß des Empfangs allein (Sondergebiet des § 817) oder außerdem noch der Schutzgrund des § 812 (Konkurrenzfall). Die Strafwürdigkeit des Gebers ist ja allein kausal. Mit der Stellungnahme zu den Konkurrenzfällen ist auch die Entscheidung für das Sondergebiet des § 812 vorweggenommen. In dem Werturteile, die Bestrafung des Gebers ist wichtiger als die Rüge des Annahmeverstoßes und der Schutzgrund des § 812 zusammengenommen, ist schon das Urteil enthalten, daß die Strafwürdigkeit erst recht schwerer wiegt als der Schutzgrund des § 812, wenn er allein in der Gegenschale vorhanden ist ⁷¹⁾.

Wer in der Ausschlußklausel des § 817 eine Gleichgewichtsklausel sieht, wird hinsichtlich der Konkurrenzfälle zu der von uns oben vertretenen Unterscheidung gelangen. Bei den konstruktiven Konkurrenzfällen, den Verstoßfällen, liegt nur derselbe Empfangsverstoß vor, der nach § 817, S. 2 durch den Geberverstoß aufgewogen wird. Deshalb ist die Rückforderung zu versagen. Bei den materiellen Konkurrenzfällen muß der zugunsten des Gebers hinzutretende Schutzgrund des § 812 seine gewöhnliche Wirkung ausüben und dem Geber das Recht der Rückforderung gewähren. Denn die beiden durch § 817 berücksichtigten Gewichte heben sich vollständig auf, wie die wechselseitige Neutralisierung ergibt. Der Ausleger muß sich daher bei den materiellen Kon-

⁷¹⁾ Das ist die mathematische Begründung des oben S. 26 angeführten Arguments.

§ e d: Die Ausdehnung des § 817, S. 2, auf alle Bereicherungsansprüche. 35

kurrenzfällen für die Toleranzlösung entscheiden. Für das Sondergebiet des § 812 aber ist dem § 817 jede Bedeutung abzusprechen. Er enthält gar kein Urteil, das auf die Abwägung der Strafwürdigkeit des Gebers und seiner Schutzwürdigkeit nach § 812 anwendbar wäre.

Die vorgetragene Erklärung durch die Idee des Gleichgewichts ist nun nicht etwa neu. Sie steht in den Quellen des römischen Rechts und galt im gemeinen Rechte bis auf Windscheid als selbstverständlich. Sie ist auch für das geltende Recht in einer Entscheidung des RG.^{71a)} mit wünschenswerter Klarheit ausgesprochen. Leider hat das Gericht aus dieser Erkenntnis nicht die Ablehnung der Ausdehnungstheorie, sondern nur eine exc. doli für den Streitfall gefolgert. Deshalb ist kein Plenarbeschluß

71a) Warnerer, Rechtspr. 10, 16 (4. 3E.). „Dieser Vorschrift (§ 817, S. 2) kann nicht, wie die Revision will, die Bedeutung einer Strafvorschrift beigelegt werden. Wäre dieser Standpunkt richtig, so würde kein Bedenken dagegen zu erheben sein, daß die Klägerin die Leistungen aus dem sittenwidrigen Vergleiche behält und einen weiteren Vermögensvorteil durch Geltendmachung der Rechte aus dem durch den Vergleich aufgehobenen Erbvertrage erstrebt, daß also die Beklagten strafweise zur doppelten Leistung herangezogen werden. Der von der Revision eingenommene Standpunkt entspricht jedoch nicht dem Gesetz. Nach § 817 soll der Empfänger einer verworfenen Leistung aus dem Empfange keinen Vorteil ziehen. Er ist deshalb zur Herausgabe verpflichtet. Anders ist es, wenn außer dem Empfänger auch der Geber gegen die guten Sitten verstoßen hat. In diesem Falle soll an dem tatsächlich bestehenden Zustande nichts geändert werden. Das Gesetz stellt, da es kein Interesse hat, den einen Teil vor dem andern zu begünstigen, keinem der Teile einen Rechtsbehelf zur Verfügung, um eine Aenderung der tatsächlich bestehenden Vermögenslage herbeizuführen. Mit diesem Grundgedanken würde aber das Gesetz in Widerspruch geraten, wenn es dem Empfänger gestatten wollte, das ihm Geleistete zu behalten und außerdem die sich aus der Wichtigkeit des Geschäfts ergebende Forderung auf eine weitere Leistung, die zur Erlangung der neuen Leistung aufgegeben ist, durchzusetzen. Der Empfänger würde dadurch eine ganz ungerechtfertigte Vergünstigung unter Anwendung des bestehenden Gesetzes sich verschaffen, was nicht vom Gesetze gewollt ist. Mit Recht hat deshalb der Berufungsrichter die Einrede der Arglist für durchgreifend erachtet.“

veranlaßt worden und die richtige Einsicht ohne weitere Wirkung geblieben.

Ob nun das eine oder andere Werturteil der Rechtsanwendung zugrunde zu legen ist, das ist nicht Sache einer Intuition, sondern eine normale Aufgabe der Auslegung. Wir wollen der Reihe nach die gewöhnlichen Hilfsmittel benützen, den Gesetzestext, der sich aus sprachlichen und logischen Regeln ergibt, den historischen Zusammenhang, die Gesetzesmaterialien und das Verhältnis der beiden Werturteile zu anderen Wertungen unserer Rechtsordnung.

§ 5. Der Gesetzestext.

Das leitende Erkenntnis sagt, daß „die Absicht des Gesetzgebers“, den Grundsatz des § 817, S. 2, für das ganze Gebiet der ungerechtfertigten Bereicherung gelten zu lassen, „im bürgerlichen Gesetzbuche nicht klar ausgesprochen“ sei. Dieses Urteil über das Verhältnis der vermuteten Gesetzesabsicht zu dem Gesetzestext ist reichlich optimistisch. Richtiger erscheint eine andere Kennzeichnung: Der Strafgedanke und seine allgemeine Anwendbarkeit sind nicht nur nicht deutlich, sondern gar nicht ausgedrückt oder auch nur angedeutet. Dafür ergeben Wortlaut und Anordnung vollkommen eindeutig das Gegenteil, nämlich die Kausalität der Gleichgewichtsidee und die Beschränkung der Ausschlußklausel auf den in § 817, S. 1, gewährten Anspruch.

1. Für die Feststellung, ob der Urheber einer Anspruchverfugung von der Gleichgewichtsidee ausgegangen ist oder von dem allgemeinen Strafwillen wegen Unwürdigkeit des Gebers, besitzen wir ein m. E. sicheres Merkmal. Wer sich von der Gleichgewichtsidee leiten läßt, der wird das b e i d e r s e i t i g e Verschulden in den Tatbestand aufnehmen und möglichst betonen. Denn in der Beiderseitigkeit liegt das für seine Stellungnahme entscheidende Moment. Wer dagegen eine Strafe für alle Bereicherungsansprüche verhängen will, der wird es sicher unterlassen, das Verschulden des Empfängers als Voraussetzung anzuführen. Diese Anführung würde nicht nur unwesentlich, sondern

widerspruchsvoll sein, da sie die Allgemeinheit des Strafwillens verneinen würde. Und sie würde die Befundung des Strafwillens gerade auf diejenigen Fälle beschränken, in denen die Strafe des Gebers am wenigsten berechtigt erscheint, weil sie in ihnen einem unwürdigen Gegner Gewinn bringt. Die Verbindung der beiden Verstöße ist daher ein Ausdruck der Gleichgewichtsidee. Und diese Verbindung ist ja vorhanden. Die Ausschlußklausel ist an den Annahmeverstoß angereiht.

Die Verbindung ist nicht nur durch die räumliche Stellung gegeben, sondern auch durch das Wort „gleichfalls“ zum Ausdruck gebracht. Nach allen sprachlichen Regeln ist aus diesem Worte zu entnehmen, daß die Ausschlußvorschrift des S. 2 nur eingreifen soll, wenn der Tatbestand des § 817, S. 1, gegeben ist, also jedenfalls nicht auf dem Sondergebiete des § 812. Auch dieses Wort kennzeichnet die Ausschlußnorm als Ausnahme von der Anspruchsgewährung des § 817, S. 1. *Neubeder* meint, das „gleichfalls“ in § 817 sei nicht logisch, sondern grammatisch „satzverbindend“ zu nehmen⁷²⁾. Das würde, wenn es sonst möglich wäre, schon durch die Entstehungsgeschichte ausgeschlossen. Der § 817 lautete im E. II (§ 741, S. 2) Man „ist zur Herausgabe verpflichtet, es sei denn, daß dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt.“ Diese Fassung wurde erst in der Reichstagskommission durch die des Gesetzes ersetzt. Dazu wurde aber bemerkt „die Fassungsänderung in § 801 (jetzt § 817) dient lediglich zur Klarstellung“⁷³⁾. Es kann daher gar kein Zweifel daran sein, daß Satz 2 des § 817 eine *Ausnahme* von der Vorschrift des Satzes 1 darstellt und darstellen sollte.

3. Ebenso deutlich ist die Tragweite der in S. 2 gemachten Ausnahme bei Versprechensabgabe und die Gegen Ausnahme bei Versprechenserfüllung. Die Wirkung ist, daß die Verwerflichkeit der Leistung nur beim Angriff schadet, dagegen nicht bei der Abwehr. Es ist nicht abzusehen, inwiefern die Strafwürdigkeit des Leistenden von diesen späteren Verhältnissen abhängen

72) *U. a. D.* S. 569.

73) Bericht S. 120.

kann. Dagegen entspricht die verschiedene Behandlung von Angriff und Abwehr der Gleichgewichtsidee. Sie ist ein m. G. sicherer Beweis für die Kausalität dieses Gedankens. Selbst Enneccerus, der im übrigen den Strafgedanken vertritt, hat sich diesem Eindruck nicht verschließen können. Er faßt sein Urteil über Ausnahme und Gegen Ausnahme in die Worte zusammen: „Die ganze Frage ist also nach dem Grundsatz geordnet ‚In pari causa melior est condicio possidentis‘“⁷⁴⁾. Dieser Grundsatz ist aber nur ein Äquivalent für die Gleichgewichtsidee.

4. Die Beschränkung der Ausschlußklausel auf das Vorliegen beiderseitigen Verstoßes ergibt sich endlich aus der Ordnung des Stoffes, der Stellung der fraglichen Vorschrift. Der Gesetzgeber steht oft genug vor der Aufgabe, bei einem Institute für alle Fälle gemeinsame Vorschriften und außerdem Sondervorschriften zu treffen, die nur bei einzelnen ins Auge gefaßten Tatbeständen Anwendung finden sollen. Das natürliche und überall beobachtete Mittel des Ausdrucks besteht darin, daß man die Sondervorschriften zu den Sondertatbeständen stellt und mit ihnen, wenn möglich durch Aufnahme in einen gemeinsamen Paragraphen verbindet. Auch diese Voraussetzung liegt in unserem Fall vor. Die Verlustklausel ist nicht als allgemeine Bestimmung dem § 812 an gereiht, sondern in § 817 eingefügt und mit Satz 1 auf das engste verbunden.

Alle diese Erkenntnismittel führen zu demselben Ergebnisse und bestätigen einander. Gegengründe sind nicht vorhanden, Deshalb ist die Auslegung, die das leitende Urteil und die sich anschließende Praxis vertreten, nicht etwa eine verdeutlichende Auslegung eines unbestimmten Gesetzesinhalts, sondern eine den Text berichtigende Auslegung. Und zwar die Berichtigung eines vollkommen unzweideutigen, denkbar klarsten Gesetzestextes. Nun ist freilich der Text nicht schlechthin maßgebend. Die Ergebnisse der Sprache und der Logik können sich ändern, wenn man sie in den historischen Zusammenhang stellt und es kann ein Redaktionsversehen vorliegen.

74) § 446, S. 2 a a. G.

§ 6. Das römische Recht.

Der historische Zusammenhang ist bei unserem Problem ein sehr enger. Die Vorschriften und Ausnahmen, die § 817 enthält, finden sich alle in genauer Uebereinstimmung schon im römischen Recht. Diese Uebereinstimmung macht wahrscheinlich, daß auch ihr Rechtsgrund derselbe gewesen ist. *Neubeder* hat daher ganz richtig gehandelt, als er das römische Recht bei der Auslegung des § 817 verwertete. Sein Fehler ist kein methodischer, sondern nur ein historischer. Er hat das römische Recht unrichtig verstanden.

Für das römische Recht darf nicht bezweifelt werden, daß die damalige Ausschlußklausel, der Wegfall der *repetitio* bei *turpitudō utriusque*, auf der Gleichgewichtsidee beruht. Der Zweifel ist deshalb ausgeschlossen, weil die römischen Quellen anders als das *BGB.* sich über das Motiv der Ausschließung in *ratio legis* deutlich aussprechen. Als Grund für das Versagen der *condictio* bei *utriusque turpitudō* wird immer wieder genannt die „*melior causa possidentis in pari delicto*“ oder in „*pari causa*“⁷⁵⁾. Diese *ratio* ist eben die Gleichgewichtsidee. Ihre Hervorhebung ist aber mit der Anerkennung eines allgemeinen Strafgedankens nicht vereinbar. Die beiden Werturteile schließen sich aus. Wenn es Rechtsens gewesen wäre, daß der Urheber einer verwerflichen Leistung zur Strafe der *condictio* verlustig ging ohne Rücksicht auf das Verhalten des Empfängers, dann war es eben seine eigene

75) D. 3, 6, 5 § 1 (Ulpian). *Sed etiam praeter hanc actionem condictio competit, si sola turpitudō accipientis versetur nam si et dantis melior causa erit possidentis.* — D. 12, 5 3 (Paulus). *Ubi autem et dantis et accipientis turpitudō versatur, non posse repeti dicimus.* l. 8 (Paulus), *porro autem si et dantis et accipientis turpis causa sit, possessorem potiorē esse et ideo repetitionem cessare.* D. 12, 7, 5 (Papinian). *Cum ob turpem causam dantis et accipientis pecunia numeretur, cessare conductionem et in delicto pari potiorē esse possessorem.* C. 4, 7, C. 1 (Imp. Antoninus). *Cum te propter turpem causam contra disciplinam temporum meorum domum adversariae dedisse profitearis, frustra eam restitui tibi desideras, cum in pari causa possessoris melior condicio habeatur.*

40 § e d: Die Ausdehnung des § 817, S. 2, auf alle Bereicherungsansprüche.

Strafwürdigkeit, die ihn immer ausschloß und nicht die *melior causa possidentis in pari causa*.

Die Herrschaft der Gleichgewichtsidee wird dadurch bestätigt, daß auch in Rom die Versprechensausnahme galt, der Urheber einer verwerflichen Verpflichtung bei beiderseitiger *turpitude* geschützt war. Diese Behandlung entspricht, wie oben ausgeführt, der Gleichgewichtsidee, aber nicht dem einseitigen Strafgedanken.

Ferner ist zu beachten, daß die Berücksichtigung der *turpitude* ausschließlich und nur bei der Erörterung der *condictio ob turpem causam* begegnet, dagegen niemals bei Konditionen anderer Grundlage.

Unsicher ist es freilich, ob die Eigenart der Konkurrenzfälle Würdigung gefunden hat. Die Verneinung der *condictio* bei Bestechungsgaben wegen beiderseitiger *turpitude*, welche in den Quellenbeispielen gegeben wird, soll sicherlich auch für den Fall gelten, daß die gewollte Handlung unterblieben ist. Aber es handelt sich nur um solche Fälle, in denen auch bei der m. E. richtigen Behandlung des Konkurrenzproblems die *condictio causa data causa non secuta* zu versagen wäre. Allerdings nicht allein auf Grund der Gleichgewichtsidee, sondern wegen einer eingreifenden Fernwirkung der *turpitude causae*. Möglich ist es, daß anders gelagerte Fälle der Konkurrenz der beiden genannten Konditionen nicht in die Beobachtung getreten sind, und daß man deshalb bei *turpis causa* allein mit der *condictio ob turpem causam* auskam.

Wichtig ist das viel erörterte *Responsum P a p i n i a n ō* D. 12, 7, 15: *Avunculo nuptura pecuniam in dotem dedit neque nupsit; An eandem repetere possit, quaesitum est. dixi; cum ob turpem causam dantis et accipientis pecunia numeretur, cessare conditionem et in delicto pari potioem esse possessorem, quam rationem fortassis aliquem secutum respondere non habituram mulierem conditionem; sed recte defendi, non turpem causam in proposito, quam nullam fuisse, cum pecunia quae daretur in dotem converti nequiret: [non enim stupri sed matrimonii gratia datam esse]. 1. Noverca privigno, nurus socero pecuniam*

dotis nomine dedit neque nupsit cessare condictio prima facie videtur, quoniam jure gentium incestus committitur: atquin vel magis in ea specie nulla causa dotis dandae fuit: condictio igitur competit.

Der erste Fall hat m. E. eine Interpolation erfahren ⁷⁶⁾. Die eingeklammerten Worte sind zu banal, um sie *P a p i n i a n* zuzutrauen. Der zweite Fall erscheint schon seiner Prägnanz wegen als echt. Die Entscheidung ist in beiden Fällen ganz dieselbe und deshalb verwendbar. Die Rückforderung einer dos wegen Nichtabschluß der Ehe war ein Hauptfall der *condictio causa data causa non secuta* ⁷⁷⁾. Andererseits mußte die bewußte Vorbereitung einer verbotenen oder blutschänderischen Ehe als eine beiderseitige *turpitude* gelten. Die Fälle, auf die sich das *Responsum* bezieht, waren somit echte Konkurrenzfälle, wie sie auch heute vorkommen könnten. *P a p i n i a n* hat nun nicht etwa die Möglichkeit einer *turpitude* bei einem *matrimonium* verneint, wie die Interpolatoren ihm unterstellen ⁷⁸⁾. Er hat ebensowenig angenommen, daß eine *turpitude* wegen Irrtums der Beteiligten tatsächlich gar nicht vorliege, wie manche Ausleger annehmen ⁷⁹⁾. Jede dieser beiden Erklärungen würde *P o i n t e n m o r d* sein. Vielmehr erklärt *P a p i n i a n* die „Auslußklausel“ für nicht eingreifend, weil die *condictio* durch die Wichtigkeit der *causa* getragen sei. Er hat also einen materiellen Konkurrenzfall im Sinne der Toleranzlösung entschieden ⁸⁰⁾. Auffallend ist, daß die *condictio* nicht auf das Ausbleiben der Ehe, sondern auf ihre Wichtigkeit gegründet wird. Das erklärt sich vielleicht durch die oben geäußerte Vermutung ⁸¹⁾. Sicher ist, daß *P a p i n i a n* sich für die Toleranzlösung erklärt,

76) In dem Kataloge der Interpolationen findet sich keine Beanstandung.

77) Vgl. D. 12, 4 l. 6—9 p, 10; D. 23, 3, l. 7 § 3—9, l. 59 § 2, l. 74; D. 33, 1, l. 10; D. 42, 5, l. 17 § 1, C. 4. 6. c. 7.

78) Durch die eingeklammerten Worte.

79) Vgl. *S c h l a g e r*, dieses Archiv 49, S. 53 ff. und Anführungen.

80) Auch nach *B G B.* würde der entsprechende Fall nach der hier vertretenen Lehre ebenso zu entscheiden sein, während nach der Gegenmeinung der § 817, S. 2, schlechthin durchgreifen würde.

81) Vgl. S. 40.

42 § e d: Die Ausdehnung des § 817, C. 2, auf alle Bereicherungsansprüche.

und daß ihm von einem allgemeinen Ausschlusse aller Bereicherungsansprüche durch *turpitude dantis* nichts bekannt gewesen sein kann.

Auch *Neubeder* gibt zu daß die *turpitude dantis* ursprünglich nur im Falle der *turpitude accipientis* Bedeutung gehabt habe. Aber er meint, daß die Entwicklung darüber hinausgegangen sei und der *turpitude dantis* allgemeine Bedeutung verliehen habe. Er beruft sich für diese Entwicklung auf eine einzige Stelle, einen angeblichen Bericht *Ulpian* § D. 12. 5. 4 § 3:

Sed quod meretrici datur, repeti non potest, ut Labeo et Marcellus scribunt [„sed nova ratione, non ea, quod utriusque turpitude versatur sed solius dantis, illam enim turpiter facere quod sit meretrix, non turpiter accipere, cum sit meretrix“].

Diese Stelle soll genügen, um den behaupteten Rechtsatz zu erweisen. In Wirklichkeit handelt es sich um törichte Bemerkungen eines späteren Glossators⁸²⁾, denen keinerlei Erkenntniswert zukommt. *Neubeder* hält die ganze Stelle, auch die eingeklammerten Worte, für eine Ausführung *Ulpian* §. Und auch in dem Interpolationenkatalog ist, wie mir mitgeteilt wird, eine Beanstandung nicht verzeichnet. Den Widerspruch mit den oben angeführten Kompensationsstellen erklärt *Neubeder* chronologisch. Die Worte „nova ratio“ seien auf eine „neuere“ Ansicht zu beziehen. Diese Vereinigung ist bei Echtheit der Stelle ausgeschlossen, denn die nova ratio wird *Labeo* und *Marcellus* zugeschrieben und von *Ulpian* vertreten, während die angebliche ältere Anschauung sich bei *Papinian*, *Paulus* und auch bei *Ulpian* findet. Der Widerspruch kann sich vielmehr nur durch die Annahme lösen, daß die eingeklammerten Worte oder mindestens der erste Satz bis *illam* nicht von *Ulpian* herrühren, sondern eine spätere Einschlebung sind, eine nachträglich eingefügte Glosse.

Diese Annahme ist auch durch den sachlichen Inhalt der Be-

82) Ob die Glosse von den Interpolatoren Justinians herrührt oder eine vorjustinianische Glosse vorliegt, kann ich nicht entscheiden. Es ist aber auch gleichgültig.

gründung geboten. Die hervorgehobenen Worte sollen den Wegfall der Rückforderung bei der Meretrixgabe begründen. Aber die Begründung ist nicht schlüssig. Wenn der Empfang der Gabe durch die Meretrix nicht als unsittlich zu werten ist, dann fehlt es schon an der Begründung für eine *condictio ob turpem causam*. Sie kann nicht durch die *turpitudō dantis* ausgeschlossen werden, weil sie überhaupt nicht entstehen kann, auch nicht bei seiner *honestas* entstehen würde. Die Entscheidung wird daher nicht auf das entscheidende Merkmal des Tatbestandes, sondern auf ein unerhebliches Element gestützt. Sie enthält einen juristischen Denkfehler. Diesen Fehler können wir Ulpian nicht zutrauen. Dem steht einmal sein allgemeines Niveau entgegen. Zweitens aber der Umstand, daß er unmittelbar darauf in § 4 das entscheidende Element richtig hervorhebt. Die Stelle fährt fort: „Si tibi indicium dederō, ut fugitivum meum indices vel furem rerum mearum, non poterit repeti quod datum est; nec enim turpiter accepisti.“ Wenn Ulpian wirklich in § 3 versehentlich das Fehlen des Rechtsgrunds für die *condictio* übersehen hätte, so würde er bei der Niederschrift des § 4 diesen Fehler bemerkt und ihn berichtigt haben. Der Denkfehler wird nur begreiflich, wenn wir annehmen, daß der echte Text den Ausschluß der Rückforderung mit den Worten begründete, „quoniam utriusque turpitudō versatur“, ein späterer Glossator aber, etwa auf Grund lokalen Rechts, an der Beurteilung der einzelnen Gewerksbehandlungen der Meretrix als sittenwidrig Anstoß nahm. Deshalb beseitigte er die *turpitudō* der Meretrix, so daß ihm die *turpitudō dantis* als ratio übrig blieb. Die Folgerung für den Wegfall des Klaggrundes hat er nicht gesehen. Ebenso wenig die Folgerung für die Beurteilung des Gebers. Denn es dürfte füglich bezweifelt werden, ob die Entlohnung für den

83) Manche Autoren glauben, daß der vermeintliche Ulpian gar nichts anders sagen wollte, so z. B. Brinz II, S. 532, 302, Anm. 15, 16; Eccius a. a. O. S. 42; Riezler a. a. O. S. 176. Aber von der richtigen Beurteilung aus konnte die *turpitudō dantis* nie als ratio der Entscheidung erscheinen, sondern nur als ein irrelevanter Umstand.

Geber verwerflich sein kann, wenn man die Dienste der Meretrix nicht für turpes hält. Schließlich ist die Trennung des Gewerbes und der einzelnen Ausübungsakte zu beanstanden. Der Gedanke selbst ist nicht fernliegend und kann lokale Anerkennung gehabt haben. Aber in der Stelle ist nicht von lokaler Anschauung die Rede. Die Wertung wird *Labeo*, *Marcellus* und *Ulpian* zugeschrieben und als zweifellos und allgemein anerkannt behandelt. Das ist sie aber nicht gewesen, wie andere Stellen ergeben⁸⁴). Aus diesen Gründen ist die Urheberschaft *Ulpian*s abzulehnen. Es muß unbedingt eine spätere, vielleicht vorjustinianische Glossa eines inkompetenten Beurteilers vorliegen. Zu den sachlichen Gründen treten noch äußere Merkmale. Das Latein ist ebenso schwach, wie die Denkfraft. Grammatisch gehört „ratione“ zu „solius dantis“ und nicht zur turpitudodantis, wie dies dem Sinn entsprechen würde. Das doppelte *sed* in demselben Satz weist auf eine nachträgliche Korrektur hin. Das erste „sed“ entspricht dem ursprünglichen Gegensatz der beiderseitigen turpitudod zu der unmittelbar vorher erwähnten einseitigen, das zweite „sed“ dem Gegensatz, der durch die Einschubung zu allen vorhergehenden Entscheidungen geschaffen wurde. Zu erwähnen ist noch der Indikativ „versatur“, während die weitere Begründung in indirekter Rede folgt, „facere“, „accipere“. Wenn *Ulpian* den ganzen Text geschrieben hätte, so müßten wir den Konjunktiv finden. Der Indikativ dürfte ebenso wie der sachliche Fehler dafür sprechen, daß in dem ursprünglichen Texte die utriusque turpitudod als Grund angegeben war. Der Glossator hat diese Begründung abgelehnt und durch eine andere ersetzt, aber die sprachlichen Konsequenzen ebenso wenig übersehen, als die sachlichen. Er hat daher die Textworte

84) *Callistratus* führt als einziges Beispiel für operae turpes die operae einer meretrix an, ohne einen Zweifel zu erwähnen. Vgl. D. 38, 1, 38 pr. Haec demum impositae operae intelliguntur, quae sine turpitudine praestari possunt. — Nec enim si meretrix manumissa fuerit, easdem operas patrono praestare debet, quamvis adhuc corpore quaestum faciat. Vgl. auch die Analogie des leno in C. 4, 7, 5.

§ e d: Die Ausdehnung des § 817, S. 2, auf alle Bereicherungsansprüche. 45

übernommen, ohne den Modus zu ändern. Dieses Festhalten der Textesworte erklärt auch die Unbeholfenheit des Satzbaus, wie sie dem flüssigen Latein Ulpian's fremd ist. Auch die Worte *nova ratio* sind auffallend. Ulpian würde diese Wendung hinsichtlich einer Ansicht Labeo's schwerlich gebraucht haben. Statt der *nova ratio* müßten wir in einer ursprünglichen Darstellung *alia ratio* erwarten⁸⁵⁾. Endlich spricht der rhythmische Aufbau der echten Ausführungen dafür, daß nach dem echten Text die Meretrixgabe als Beispiel beiderseitiger *turpitude* erscheinen sollte. Wenn wir nun gezwungen sind, eine spätere Glosse anzunehmen, dann verschwindet jeder Gegensatz zu den oben angeführten allgemeinen Anhaltsgründen. Der Ausschluß der Rückforderung durch *turpitude solius dantis* im klassischen Recht ist nicht einmal für den Fall der *meretrix* bezeugt, geschweige denn die Geltung dieses Satzes bei allen Konditionen.

Die törichten Ausführungen des Glossators haben trotzdem eine geschichtliche Wirkung geübt. Ich werde sie noch mehrfach erwähnen müssen und will sie der Kürze halber als „Meretrixglosse“ zitieren.

Das gemeine Recht hat auf dem uns interessierenden Gebiete keine neuen Rechtsätze entwickelt. Der Inhalt des römischen Rechts ist auch bis auf Windscheid zutreffend aufgefaßt worden. Die *condictio ob turpem causam* wurde als selbständige *condictio* mit Strafzweck anerkannt, die Ausschlußklausel auf die Gleichgewichtsidee zurückgeführt und nur bei beiderseitiger *turpitude* als Einschränkung der *condictio ob turpem causam* angewendet. Die Meretrixglosse gab wohl Anlaß zur Kritik, aber hatte für die Rechtsanwendung keine Bedeutung. Erst am Ende der gemeinrechtlichen Periode gelangte sie zu einer gewissen Anerkennung. Windscheid hat im Zusammenhange mit der Lehre von der Voraussetzung die *condictio causa data non secuta* als einen Unterfall seiner *condictio* wegen mangelnder Voraus-

85) *Nova ratio* kann nicht „Neuerung“ bedeuten, wie Neubeder anzunehmen scheint, denn es handelt sich um eine Ansicht Labeo's. Es soll bedeuten „noch nicht angeführt“ (Glossatorenstandpunkt).

46 § e d: Die Ausdehnung des § 817, C. 2, auf alle Bereicherungsansprüche.

setzung aufgenommen⁸⁶⁾. und die turpitude dantis als Ausschlußgrund für diese condictio aufgestellt, nicht wegen des Strafgedankens, sondern wegen der Eigenart dieser Voraussetzung⁸⁷⁾. Dabei beruft sich *W i n d s c h e i d* ganz allein auf die Meretrixglosse. Die condictio ob turpem causam wird nicht als besondere Strafvorschrift, sondern als Anwendung allgemeiner Grundsätze, Mangelhaftigkeit der betr. Voraussetzung behandelt⁸⁸⁾ und die Bedeutung der turpitude dantis in dem Kompensationsfalle nicht auf die Gleichgewichtsidee zurückgeführt, sondern als Anwendung der oben erwähnten allgemeinen Regel hingestellt⁸⁹⁾ ⁹⁰⁾. Die Meretrixglosse hat somit nach langer Mißachtung durch *W i n d s c h e i d* eine Rehabilitierung erfahren. Die „Meretrixglosse“ hat eine „Meretrixklausel“ erzeugt⁹¹⁾. Aber auch *W i n d s c h e i d* kennt den Ausschluß nur bei der condictio wegen mangelnder Voraussetzung. Von einem allgemeinen Strafgedanken und einer Anwendung bei allen Bereicherungsansprüchen ist auch bei *W i n d s c h e i d* nicht die Rede. Ein Rechtsatz, wie er die heutige Praxis beherrscht, ist dem gemeinen Recht unbekannt geblieben.

*N e u b e c k e r*⁹²⁾ meint freilich, daß dieser Satz ganz unbezweifelt gewesen sei. Er beruft sich auf die Worte von *B r i n z*: „Wo die Verwerflichkeit allein auf Seite des Gebers ist, kann an eine repetitio von vornherein nicht gedacht werden.“ Aber *N e u b e c k e r* hat die Worte aus dem Zusammenhange genommen. Sie stehen bei *B r i n z* nicht unter den allgemeinen Voraussetzungen

86) § 428.

87) § 428 Anm. 9. „Das Rückforderungsrecht wegen Ausbleibens der vorausgesetzten Handlung findet nicht statt, weil den Geber bei dem Geschäft der Vorwurf des Unerlaubten trifft.“

88) § 423, C. 6; § 426 Anm. 11.

89) § 428 Anm. 1, „so bleibt es zwar dabei“.

90) Diese Sondermeinungen *W i n d s c h e i d*'s beruhen auf der Eigenart seiner Methode, welcher die Interessenforschung ferner lag als die Zurückführung der befundeten Rechtsätze auf Oberbegriffe.

91) Eine weitere Auswirkung dieser *W i n d s c h e i d*'schen Sonderlehren läßt sich in C. I des BGB. feststellen.

92) JurZ. 1902, C. 569 Anm. 3.

§ e d: Die Ausdehnung des § 817, S. 2, auf alle Bereicherungsansprüche. 47

jeder *condictio*, sondern in dem Abschnitte, der von der *condictio ob turpem causam* handelt⁹³). *Brinz* will mit ihr nur die *novatio* der *Meretrigglosse* erklären, die er auch zitiert. Er will nur sagen, daß bei *sola turpitudine dantis* kein *condictio ob turpem causam* begründet sein könne. Die Vorstellungen *Neubekers* vom gemeinen Recht beruhen auf einem Mißverständnis⁹⁴).

§ 7. Die Entstehungsgeschichte.

Die Entstehungsgeschichte gibt drei Gruppen von Anhaltspunkten für den Willen des Gesetzgebers, nämlich 1. die Anlehnung an das römische Recht, 2. die Beratungen und Beschlüsse der 2^{ten} Kommission und 3. die Stellungnahme der Reichstagskommission.

I. Am wichtigsten ist die Anlehnung an das römische Recht. Die Verwertung der Gesetzesmaterialien ist deshalb geboten, weil diese Verwertung die Treffsicherheit der Gesetzgebung erhöht. Sie ermöglicht es, denjenigen Interessen, die sich durchgesetzt hatten, auch dann Schutz zu gewähren, wenn der Ausdruck des Gesetzes mißglückt ist⁹⁵). Es ist daher die Frage nach den kausalen Interessen, die wir den Materialien stellen müssen. Aber bei unserem Problem erhalten wir scheinbar keine Antwort. Weder in den Motiven, noch in der 2. Kommission nach dem Inhalte der Protokolle, ist die legislative Berechtigung der Ausschlußklausel geprüft oder erörtert worden für welche Interessenlage, sie angemessen sei und für welche nicht⁹⁶). Dieses Manko erklärt sich dadurch, daß auf unserem Gebiete überhaupt nicht die Absicht bestand, neues Recht zu schaffen. Die Motive verweisen nur auf

93) Pandekten II, S. 532 § 302, Anm. 15, 16.

94) *Neubekers* hat trotzdem Glauben gefunden. *Eccius*, der den Satz ablehnt (DZB. 1903, S. 40), hat sich doch von *Neubekers* einreden lassen, daß *Brinz* ihn vertreten habe.

95) Vgl. § e d, dieses Archiv 1914, S. 105 ff.

96) Die Diskussion der 2. Kommission behandelte nur die Formung und die Ordnung der Rechtsätze.

das geltende Recht und auch in den Verhandlungen der 2^{ten} Kommission ist der Wille vom römischen Recht materiell abweichende Normen aufzustellen, nicht hervorgetreten. Deshalb läßt sich die Frage, welche Interessen geschützt werden sollen, indirekt aber doch beantworten. Man wolle diejenigen Interessen schützen, die das römische Recht geschützt hatte. Freilich nicht durch Aufrechterhaltung jeder einzelnen lex, wohl aber durch Uebernahme der leitenden Grundsätze und Werturteile. Das römische Recht stimmt nun mit dem Gesetzestext durchaus überein. Die Anlehnung, welche die gesetzgebenden Faktoren erstrebten, ist erreicht worden. Schon deshalb kann die Entstehungsgeschichte unsere Auslegung nur bestätigen.

II. Die Vorgänge in der 2^{ten} Kommission sind im allgemeinen dadurch gekennzeichnet, daß der E. I das römische Recht in der Auffassung *W i n d s c h e i d* übernommen hatte und die 2^{te} Kommission diese Auffassung beseitigte. Mit der Auffassung *W i n d s c h e i d* ist auch die „Meretrixklausel“ aufgetaucht, um später beseitigt zu werden. Im einzelnen können wir 4 Vorgänge unterscheiden: E. I, Gegenentwurf, *B e r l e g u n g s b e s c h l u ß* und Redaktion.

E. I hatte die einzelnen Konditionen vorangestellt und die Generalklausel angegeschlossen. Er hatte von *W i n d s c h e i d* die Kondition wegen mangelnder Voraussetzung in den §§ 742—44 übernommen, aber in Abweichung von *W i n d s c h e i d* die Rückforderung wegen verwerflichen Empfanges in § 747 als selbständigen Anspruch gewährt. Durch dieses Verhalten wurde die Ausschlußklausel wegen Geberverstoß verdoppelt. Sie erschien in Anlehnung an *W i n d s c h e i d* bei der *condictio* wegen mangelnder Voraussetzung⁹⁷⁾ (Meretrixklausel) und in Anlehnung an das bisherige Recht bei der *condictio ob turpem causam* (Kompen-

97) § 743. Die Rückforderung ist ausgeschlossen, 1. wenn die Voraussetzung, unter welcher geleistet ist, von der Art ist, daß von dem Geber durch die Leistung gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstoßen worden ist. Die Motive verweisen nur auf geltendes Recht unter Anführung von *W i n d s c h e i d*, § 428 Nr. 9.

§ e d: Die Ausdehnung des § 817, C. 2, auf alle Bereicherungsansprüche. 49

sationsklausel⁹⁸). Eine Ausdehnung auf alle Bereicherungsansprüche war auch dem C. I fremd⁹⁹).

In der 2. Kommission wurde den Beratungen ein Gegenentwurf zugrunde gelegt, der nur mit den Vorzügen besserer Anordnung begründet wurde. In ihm war die Generalklausel an die Spitze gestellt (§ a). Die Einzelfälle, darunter der verwerfliche Empfang, wurden in § b angereiht. Erst in der Folge wurde unter den Ausschließungsgründen in § d die nach ihrem Zweck verwerfliche Leistung unter Einfügung der Versprechensausnahme angeführt¹⁰¹). In diesem Gegenentwurfe waren somit die zwei Ausschlußklauseln des C. I vereinigt¹⁰². Die neue Ausschlußklausel war von dem Tatbestande des Empfangsverstoßes losgelöst und durch die Einstellung unter die allgemeinen Bestimmungen noch weiter generalisiert, als das bei W i n d s c h e i d der Fall war.

Die Ordnung des Gegenentwurfs fand gerade in dieser Hinsicht Widerspruch. Verschiedene Anträge forderten die Ausschcheidung des Empfangsverstoßes aus der allgemeinen Aufzählung und die Verbindung der Ausschlußklausel mit dem Empfangsverstoß¹⁰³). Diese Wünsche sind deshalb verständlich, weil die vorgeschlagene Trennung und Generalisierung dem römischen Recht widersprach, das man zugrunde legen wollte. Die An-

98) § 747 Abs. 3: „Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn durch die Leistung auch von dem Geber gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstoßen worden ist.“ Nach den Motiven „entspricht die Vorschrift dem geltenden Recht und den Gedanken, auf denen die *condictio ob turpem causa* beruht.“ Diese Ausschlußklausel wird daher nicht als Anwendung eines allgemeinen, bei allen Konditionen geltenden Strafgedankens begründet.

99) Vgl. vorige Note a. C.

100) C. 682.

101) § d A. In den Fällen des § b ist die Rückforderung ausgeschlossen. § 2: „Wenn der Zweck der Leistung derart war, daß der Leistende durch die Leistung gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstieß.“

102) Die Fassung zeigt, daß diese Klausel aus der Zusammenfassung der beiden Klauseln des C. I entstand und nicht etwa dem Schweizer Recht entlehnt war.

103) C. 686 Antrag 1, C. 687, 2 d, C. 702 IV.

50 § e d: Die Ausbehnung des § 817, E. 2, auf alle Bereicherungsansprüche.

regungen erzielten vollen Erfolg. Zunächst wurde die Verselbständigung der *condictio ob turpem causam* beschlossen¹⁰⁴). Dann gelangte einer dieser Anträge zur Annahme, welcher die Herausnahme der Ausschlußklausel aus den gemeinsamen Bestimmungen und ihre Verbindung mit dem Empfangsverstoß bezweckte und einen Zusatz hinsichtlich der Versprechens Erfüllung hinzufügte (Verlegungsantrag). Antrag und Beschluß lauteten: „Verstößt die Zweckbestimmung gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten, so findet die Rückforderung nur dann statt, wenn dem Empfänger der Leistung ein solcher Verstoß zur Last fällt; sie ist ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls (!) ein solcher Verstoß zur Last fällt, es sei denn, daß die Leistung in der Begründung eines Schuldverhältnisses bestanden hat. Was zum Zweck der Erfüllung einer in dieser Weise begründeten Verbindlichkeit geleistet wird, kann nicht zurückgefordert werden.“

Dieser Verlegungsbeschluß ist die Grundlage des heutigen § 817 geworden.

Er ist in seiner Tragweite für unser Problem eindeutig¹⁰⁵). Die Herausnahme der Ausschlußklausel aus der Reihe der gemeinsamen Bestimmungen und ihre engere, auch sachliche Verbindung (gleichfalls) mit dem Sonderansprüche wegen Annahmeverstoß kann keinen anderen Zweck gehabt haben als den, ihre Anwendung zu beschränken oder vielleicht die als gewollt vorausgesetzte Beschränkung gegen Mißdeutung infolge der neuen Ordnung des Gegen-E. sicherzustellen¹⁰⁶). Es ist m. E. völlig sicher, daß die Verlegung einen dieser Zwecke gehabt hat. Die Kommissionsmitglieder können doch die sonst geübte natürliche Technik des Aus-

104) E. 689: „Einvernehmen bestand darüber, daß die Fälle der Rückforderung einer wegen vertorpflichen Empfangs nichtigen Leistung an dieser Stelle auszuscheiden seien.“

105) Die negative Fassung des ersten Satzes war gegen die Nichtigkeitskonstruktion gerichtet und sollte den Strafcharakter der *condictio ob turpem causam*, der bei *W i n d s c h e i d* verwißt war, klarstellen.

106) Für diese zweite Möglichkeit lassen sich beachtliche Gründe anführen.

§ e d: Die Ausdehnung des § 817, S. 2, auf alle Bereicherungsansprüche. 51

drucks¹⁰⁷⁾ nicht gerade bei Vornahme einer Verlegung vergessen haben. Sie haben in dem Antrage auch das Wörtchen „gleichfalls“ mit angenommen. Sie können doch seine Bedeutung nicht verkannt haben. Gewiß bringen die Protokolle keine Erläuterung des Inhalts, daß die Verlegung das Anwendungsgebiet bestimmen solle. Aber das war unnötig, weil selbstverständlich. Eine Erläuterung des entgegengesetzten Inhalts findet sich natürlich erst recht nicht¹⁰⁸⁾. Sie wäre auch nichts anderes gewesen, als eine unbeachtliche *protestatio facto contraria*¹⁰⁹⁾.

Der Antrag wurde „dem Inhalt nach“ genehmigt, also Redaktion vorbehalten. Für die Schlußredaktion des S. II wurde die negative Fassung¹¹⁰⁾ des S. I durch die positive Norm ersetzt¹¹¹⁾

107) Vgl. oben S. 38.

108) Der Antrag wurde zweimal erläutert: 1. S. 688 „Der Antrag 1 will aus der im § d gegebenen Aufzählung der einzelnen Rückforderungsgründe nur die Fälle des verwerflichen Empfanges (§ 747 Abs. 1) beibehalten, die hierauf bezüglichen Bestimmungen jedoch mit der in § 747 Abs. 3 (§ d Abs. 1 Nr. 2) enthaltenen Vorschrift (Kompensationsklausel) verbinden und an eine andere Stelle, hinter § d des Gegenentwurfs, versetzen.“ 2. S. 702, IV: „Der Gegenentwurf entspricht in seinem § d Abs. 1 Nr. 2 den Bestimmungen des Entwurfs § 743 Nr. 3 (Meretrixklausel), § 747 Abs. 3 (Kompensationsklausel) und § 684 Abs. 3 (Versprechensausnahme). Der Antrag faßt diese Vorschriften mit dem § 757 selbst (Empfangsverstoß) zusammen.“ Die erste Begründung ist eindeutig und entspricht dem Sinne der Verlegung. Der Antragsteller wollte nur die Kompensationsklausel aufrechterhalten und nicht die Meretrixklausel. Die zweite Begründung ist bei isolierter Betrachtung mehrdeutig, weil die Zusammenfassung der Meretrixklausel mit dem Empfangsverstoß auch die Bedeutung der Aufrechterhaltung haben könnte (so anscheinend *Reuber* und *Mahr*). Aber auch die zweite Begründung wird eindeutig, wenn wir die erste Begründung und den einzig möglichen Sinn einer Verlegung heranziehen.

109) Die Verbindung der Ausschlußklausel mit dem Annahmeverstoß ist außerdem ein sicheres Zeichen für die Herrschaft der Gleichgewichtsidee (s. oben S. 36). Die Mitglieder der Kommission sind daher bei ihrem Beschluß bewußt oder unbewußt von diesem Rechtsgrunde ausgegangen. Dafür spricht auch der Zusatz hinsichtlich der Versprechenserfüllung, der mit der Verlegung zugleich angenommen wurde.

110) Die negative Fassung erklärt sich durch folgende Erwägung: Der Antragsteller war sich selbstredend darüber klar, daß durch die Verlegung das Anwendungsgebiet der Ausschlußklausel gegenüber dem § d eingeschränkt wurde.

52 § e f: Die Ausdehnung des § 817, S. 2, auf alle Bereicherungsansprüche.

und der Ausschlußklausel die Form des Ausnahmesatzes gegeben.

Aus diesen Vorgängen folgern *Neubeder* und *Mahr*, daß man seitens der Kommission die Aufhebung der Meretrixklausel nicht beabsichtigt habe. Ihrem Inhalte wird (mit einem Sprunge) der allgemeine Strafgedanke substituiert und daraus gefolgert, daß sein Ausdruck im Gesetzestext nur durch ein Versehen unterblieben sei. Das ist alles haltlos. Die Meretrixglosse war als Teil der *Windsch eid* schen Voraussetzungslehre in *E. I* hereingekommen und wurde mit dieser Lehre schon preisgegeben. Ihrem Inhalt entsprach allerdings im Gegenentwurf der § d. Diese Strafklausel des § d ist aber durch den Verlegungsbeschluß geändert worden. Der heutige Gesetzestext mit seiner Einschränkung der Ausschlußklausel beruht durchaus auf den bewußten Beschlüssen der Kommission. Von irgendeinem Versehen kann keine Rede sein. Wenn der Gesetzestext wirklich zweideutig wäre, so würde doch die Annahme des Verlegungsbeschlusses in der Kommission für die beschränkende Auslegung stark ins Gewicht fallen.

III. Die Reichstagskommission hat den damaligen § 801 (heute § 817) nicht etwa schlechthin angenommen, in dem Sinne, den er haben möge, sondern sie hat sich ihre eigene Vorstellung gebildet und die Fassung unter Festhaltung der beschränkten Anwendung geändert ¹¹²). Sie ist auch bei der Aufhebung des bis-

Bei der positiven Fassung des geltenden Rechts, wie sie schon in *E. I*, § 747 geplant war, besteht immer die Gefahr, daß durch Nichtigkeitskonstruktion der Verstoßfälle die Ausschlußklausel ihres Anwendungsgebietes beraubt wird (vgl. oben S. 24). Wir haben diese Gefahr durch Ausdehnung der Klausel auf alle Verstoßfälle beseitigt. Für den Gesetzgeber bietet sich ein anderer Weg. Er konnte die Verstoßbekämpfung durch Nichtigkeitskonstruktion selbst einschränken, sie nur für Fälle zulassen, für welche die Ausschlußklausel gleichfalls gegeben war. Diese Beschränkung der Nichtigkeitskonstruktion war in der negativen Fassung enthalten.

111) § 741 *E. II* hat bereits die Gesetz gewordene Wortfassung des § 817 *S. I*. Durch die Aenderung ist zwar die Konkurrenz der Nichtigkeitskonstruktion wieder möglich geworden. Aber es bestand nicht die Absicht, die Ausschlußklausel gegenüber dem angenommenen Antrage einzuengen.

112) Vgl. oben S. 37.

Ge d: Die Ausdehnung des § 817, S. 2, auf alle Bereicherungsansprüche. 53

herigen Bucherrechts von dieser Vorstellung ausgegangen¹¹³). Wer überhaupt die Gebotsvorstellungen bewerten will, welche bei der Gesetzgebung hervortreten, wird auch diesem Inhalte der Kommissionsverhandlungen ein großes Gewicht beilegen müssen.

Das leitende Urteil war der Ansicht, daß die Entstehungsgeschichte der Meinung, daß der Gesetzgeber die Anwendung der Ausschlußklausel bei allen Bereicherungsansprüchen gewollt habe, jedenfalls nicht im Wege stehe¹¹⁴). Diesem Urteile ist nicht beizutreten. Auch die Entstehungsgeschichte steht ihr im Wege und zwar durch ein dreifaches Hindernis.

§ 8. Rechtsanalogie.

Die vorstehenden Ausführungen haben dargetan, daß die Ausschlußklausel des § 817, S. 2 auf dem Gleichgewichtsurteile, der Kompensation des Verschuldens, beruht. Dieser Rechtsgrund gestattet keine Uebertragung der Ausschlußklausel auf die anderen Bereicherungsansprüche. Damit ist die Möglichkeit der Gesetzesanalogie verneint.

Es bleibt die Frage, ob nicht die herrschende Lehre sich durch allgemeine Wertideen rechtfertigen, also im Wege der sog. „Rechtsanalogie“ begründen lasse. Auch diese Frage ist im Grunde schon entschieden. Für das Eingreifen allgemeiner Wertideen haben wir ein sicheres Anzeichen in der Stellung, die das juristisch gebildete Rechtsgefühl zu einer Fallentscheidung einnimmt. Unsere Unter-

113) Das Buchergesetz gestattete die Rückforderung und man nahm an, daß auch das BGB. dies gestatten würde.

114) Im einzelnen wird gesagt: „Aus dem Inhalt des ersten Entwurfs (§§ 742, 43, 247) und des zweiten Entwurfs (§ 741) ergibt sich, daß ursprünglich eine über den Fall des § 817, 1398 hinausgehende Geltung des der Bestimmung von S. 2 daselbst zugrunde liegenden Prinzips beabsichtigt war.“ „Es erhellt aber nicht, daß die II. Kommission auch von der Absicht geleitet gewesen ist, die Geltung jenes Prinzips auf den Fall des § 817, S. 1 einzuschränken.“ Dazu ist dreierlei zu bemerken: 1. § 742 E. I und § 741 E. II scheiden aus. 2. Eine Geltung außerhalb des § 817, S. 1, ist noch nicht gleichbedeutend mit Generalgeltung. 3. Der vermißte Beschränkungswille ist in dem Verlegungsbeschlusse bekundet, den das Urteil nicht erwähnt.

suchung ist von der Beobachtung ausgegangen, daß große Gruppen von Entscheidungen, welche durch die herrschende Lehre gefordert sind, von dem Rechtsgeföhle auch derjenigen Juristen als unbillig verurteilt werden, die sich genötigt glauben, sie zu fällen ¹¹⁵⁾. Immerhin sind auch entgegengesetzte Stimmen laut geworden. Stimmen, welche die bisherige Ausdehnung des § 817 S. 2 als Einzelanwendung eines allgemeinen Rechtsgedankens billigen und seine weitere Ausdehnung fordern ¹¹⁶⁾. Wir wollen daher versuchen, die Wertideen, welche im Unterbewußtsein das Rechtsgeföhle bestimmen, in das Licht des Bewußtseins zu stellen und sie mit den Wertmaßstäben zu messen, die in Rechtsordnung und Volksgeföhle zur Anerkennung gelangt sind.

Die Grundlage des ablehnenden Rechtsgeföhls ist m. E. deutlich und ihr Zusammenhang mit einer allgemeinen Wertidee sehr einfach. Wir haben es mit einem Sonderfalle zu tun, in dem sich die Ablehnung der Privatstrafe betätigt, die das Recht der Gegenwart beherrscht. Das Institut der Privatstrafe hat in der Vergangenheit eine außerordentlich große Rolle gespielt. Das alte deutsche wie das römische Recht kannten die Privatstrafe in zahlreichen Anwendungsfällen. Aber das Institut wird in der modernen Gesetzgebung überhaupt und auch im BGB. grundsätzlich abgelehnt. Es entspricht den Prinzipien unserer Gesetzgebung nicht, einer Privatperson deshalb einen Gewinn zuzuföhren, weil eine andere Person schuldhaft gehandelt hat. Damit ist natürlich nicht gesagt, daß das verwerfliche Verhalten, Verschulden und Unwürdigkeit im Privatrecht keine Nachteile mit sich föhren. Das Gegenteil ist der Fall. Die Schadensersatzpflicht des Delinquenten ist für ihn ein schwerer Nachteil. Der Betrüger und Droher muß nach § 123 sich gefallen lassen, daß sein Gegner das Geschäft

115) Vgl. oben S. 7 ff.

116) Vgl. insbesondere Rohler, Arch. 5, S. 74; 18, S. 112; Enzyklopädie S. 644, 655; Neubeder, DZB. 1902, S. 868; Archiv f. bürg. R. 22, S. 30 ff.; Rüdman, Archiv f. bürgerl. R. 40, S. 44 ff.; Ztschr. f. Recht in Bayern 1905, S. 189; Lessor, Jur. Woch. 1919, S. 91. — Beschränkter Riezler, Venire contra factum proprium S. 176 ff.

ansicht, wenn es ihm nachteilig ist, während er selbst gebunden ist. In zahlreichen Fällen tritt Rechtsverlust ein¹¹⁷⁾. Privatstrafe und Rechtsnachteil können durch Uebergangsformen verbunden sein¹¹⁸⁾. Für die typische, heute abgelehnte Privatstrafe muß als kennzeichnend gelten, daß sie die positive Vermehrung des Vermögens des einen Teils zum typischen Inhalte hat, die Vermehrung über den status quo ante hinaus. Dies war sowohl bei den Geldbußen des deutschen Rechts der Fall, wie bei den Multiplikationsstrafen des römischen Rechts (poena dupli, quadrupli). Auch die Rechtsnachteile der Gegenwart können dem Gegner unter Umständen Vorteil bringen. Die Erbunwürdigkeit des einen bringt die Erbschaft dem anderen. Das Anfechtungsrecht kann dazu dienen, die Nachteile einer Konjunkturänderung zu überwälzen. Aber der Inhalt dieser Vorschriften ist nicht auf die Bereicherung des einen auf Kosten des andern berechnet. Rechtsätze solcher Tendenz haben wir nicht.

Auch der Anspruch aus § 817 S. 1 geht nicht auf eine Privatstrafe. Man kann ihn allenfalls als Grenzgebilde einstellen. Die Vorschrift verfolgt, wie oben ausgeführt, einen Strafzweck. Aber sie wendet dem Rückforderer keinen Gewinn zu im Vergleich zu dem status quo ante, sondern nur eine Rückgewähr. Sie ist in der Interessenwirkung verwandt mit der Gewährung von Rücktritts- oder Anfechtungsrechten und mit der Verhängung der Nichtigkeit. Deshalb kann auch der § 817 S. 1 in erheblichem Umfange durch die Kombination einer Nichtigkeit mit § 812 ersetzt werden.

Bei der Ausschlußklausel des § 817 S. 2 ist das Verhältnis zu der Ablehnung der Privatstrafe von dem Anwendungsgebiete abhängig, das man dieser Klausel einräumt:

1. Nach der hier vertretenen Einschränkung wird dem Geber nur derjenige Anspruch genommen, der ihm bei vorwurfsfreiem Verhalten aus § 817 S. 1 erwachsen wäre. Dadurch wird dem Gegner kein Gewinn, keine Vermehrung seines Vermögens zugeführt.

117) Eine Zusammenstellung bei R ü d m a n n, „Unwürdigkeit“, Archiv f. bürgerliches R. 40, 44.

118) Eine Uebergangsform ist z. B. das Institut der Erbunwürdigkeit.

Denn es wird immer vorausgesetzt, daß die Zuwendung auf einem genügenden Rechtsgrunde beruht. Sonst liegt ja ein Konkurrenzfall vor. Nur der Verstoß des Empfängers wird in seiner nachteiligen Wirkung kompensiert, er wird geheilt. Deshalb kann nicht die Rede davon sein, daß diese Klausel gegen die moderne Ablehnung der Privatstrafe verstößt. Sie ist nichts als eine Anwendung des allgemeinen Grundsatzes „in pari causa melior est causa possidentis“. Dieser Satz ist auch sonst die Grundlage wichtiger Ordnungen. Er beherrscht die Verteilung der Beweislast im Zivilprozeß und entscheidet als Vorzug der Prävention in vielen Fällen der Kollision von Rechten. Die Klausel in ihrer gesetzmäßigen Tragweite ist nicht zu beanstanden. Wünschenswert wäre es allenfalls, bei großer Ungleichheit des beiderseitigen Verschuldens den § 254 analog anzuwenden. Dieses Vorgehen würde sich gerade aus der Gleichgewichtsidee rechtfertigen und keine Aenderung des Gesetzes enthalten, sondern nur seine sinngerechte Anwendung.

2. Die bekämpfte Ausdehnung des § 817, S. 2 enthält die Neueinführung einer *t y p i s c h e n P r i v a t s t r a f e*. Dem Geber werden ja Rechte genommen, die ihm nach anderen Vorschriften des Gesetzes zustehen würden ohne jede Rücksicht auf den etwaigen Verstoß des Empfängers. Dadurch erlangt der Empfänger eine positive Vermehrung seines früheren Vermögens, einen Gewinn, wie ihn der Bestohlene im römischen Recht mit der *actio furti* erlangte, falls der Dieb zahlen konnte. Dieser Gewinn ist ja augenscheinlich. Der Wucherschuldner gewinnt das geliehene Geld, der Vordellkäufer den Kaufpreis, der Empfänger einer Vorleistung bei verbotenem Geschäft die Vorleistung, der Devisenleiher, der Borgschuldner das geborgte Kapital usw. Alles auf Kosten des Gebers. Diese Wirkung berührt unser Rechtsgefühl besonders stark dann, wenn der Gewinner selbst im Vorwurf steht. Wer ohne jedes Verschulden durch ein noch so freches Delikt verlegt ist, muß sich mit dem Ersatze seines Vermögensschadens begnügen. Er kann keinen Gewinn erzielen. Mit Recht: die Privatstrafen sind abgeschafft. Und trifft den Geschädigten ein Verschulden, so wird ihm nach § 254 nicht einmal der volle Schaden

§ e f: Die Ausdehnung des § 817, S. 2, auf alle Bereicherungsansprüche. 57

vergütet. Wie bevorzugt ist demgegenüber der verwerfliche Empfänger. Er macht Gewinne und wird durch seine eigene Verwerflichkeit in keiner Weise behindert¹¹⁹⁾. Das sind die Segnungen der neu eingeführten Privatstrafe.

Die Ausdehnungstheorie hat aber nicht nur eine neue Privatstrafe eingeführt, sondern auch eine besonders „r o h e“, sie verstoßt gegen die Forderungen, die unser Rechtsbewußtsein an das Verhältnis von Schuld und Strafe stellt. Wir fordern adäquate Bestrafung, eine angemessene Gleichung zwischen der Schwere der Schuld und der Höhe der Strafe. Von einer solchen Gleichung ist bei der Privatstrafe, welche in unseren Fällen verhängt wird, nicht die Rede. Es fehlt an jedem Verhältnis. Ein ganz leichter Verstoß kann zu einem Verlust von Millionen führen, während ein schwerer Verstoß gar nicht oder geringfügig gebüßt wird. Dazu tritt, daß in den Konkurrenzfällen der Verstoß des gewinnenden Empfängers viel schwerer sein kann, als der des Verlierers. Ein Fabrikant brauchte dringend ein verbotenes Devisendarlehen. Es gelang ihm, Darleher zu finden. Und nun darf er nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts dieses Entgegenkommen damit erwidern, daß er die Rückzahlung verweigert und das ganze Kapital als einen durch sein Unrecht erzielten Gewinn einsteckt. Warum? Damit der Darlehensgeber bestraft werde, dessen

119) Bei denjenigen Schriftstellern, welche die Ausdehnungstheorie vertreten und bei manchen Gerichten tritt die Neigung hervor, die Ausschlußklausel auch auf die Deliktsansprüche zu übertragen. In der Tat besteht Anlaß zu einem Analogieschlusse. Der Ersatzzschuldner wird härter getroffen als der Bereicherungsschuldner. Er ist deshalb schutzwürdiger. Wenn die Verwerflichkeit des Gläubigers den Bereicherungsschuldner befreit, dann muß sie unter gleichen Umständen dem Ersatzzschuldner erst recht zugute kommen. Das RG. hat diese Ausdehnung wiederholt abgelehnt. Vgl. z. B. O. 70, S. 1 ff.; 85, S. 293; 101, S. 307. Zweifellos mit Recht. Die Vorschriften des 12. Titels lassen in Verbindung mit § 254 keinen Zweifel darüber, daß der Gesetzgeber den vollen Rechtsverlust nicht gewollt hat. Aber die Tragweite dieser Erkenntnis reicht weiter. Denn die Analogie bleibt bestehen und muß jetzt umgekehrt wirken. Das feststehende Deliktsrecht würde ein neues Argument gegen die herrschende Behandlung der Bereicherungsansprüche ergeben, wenn ein solches Argument noch notwendig wäre.

Verschulden doch viel geringer war. Eine solche Strafjustiz steht unserem Ideale der strafenden Gerechtigkeit sehr ferne.

Die Reaktion des Rechtsgefühls gegen diese Praxis ist durchaus verständlich. Sie beruht nicht auf schwächlicher Sentimentalität, sondern auf dem Eingreifen tiefbegründeter und berechtigter Wertideen. Sie sind in unserer Volksgemeinschaft lebendig und sollen es bleiben. Dazu müssen aber Wissenschaft und Rechtsprechung dadurch helfen, daß sie Lehre und Übung diesen Wertideen anpassen.

In vollem Gegensatz zu der vorstehenden Beurteilung stehen freilich andere Meinungen, die in der Ausdehnung des § 817, S. 2 die berechnete Durchführung eines allgemeinen Rechtsprinzips erblicken, das auch sonst, insbesondere für Deliktsansprüche gelten müsse. Diese Verschiedenheit der Beurteilung scheint mir zum Teil darauf zurückzugehen, daß die Verteidiger nur an die Fälle der Sittenwidrigkeit denken, während § 817 S. 2 auch Verstöße gegen reine Zweckmäßigkeitsvorschriften umfaßt: Wer die Devisengesetze übertrat, fiel unter § 817 S. 2. Und doch würde es den Volksanschauungen nicht entsprechen, wenn man jeden Verstoß dieser Art als „schimpfliches Verhalten“, jeden Täter als eine „unwürdige“ Person bezeichnen wollte. Aber auch abgesehen von dieser Differenz des Anschauungsgebiets sind diese Versuche der Rechtfertigung abzulehnen.

Neuböcker¹²⁰⁾ sieht in dem § 817 S. 2 einen unklar formulierten und auch unklar gedachten Reflex des Satzes „nemo auditur turpitudinem suam allegans“. Dieser letzte Satz sei aber ein „dem Rechte seinem Begriff gemäß immanenter Fundamentalsatz“. Es kann dahingestellt werden, in welchem Umfange von der Geltung einer solchen Maxime gesprochen werden darf¹²¹⁾. Der § 817 S. 2 ist nicht ein Ausfluß dieser Maxime, sondern ein

120) Archiv f. bürgerl. R. 22, S. 70, 89, 90, dazu aber R ü m e l i n, dieses Archiv 98, S. 278 ff.

121) Vgl. R i e z l e r, „Venire contra factum proprium“, S. 176 ff. Das RG. hat die Geltung abgelehnt. Vgl. z. B. W a r n e r 6, 397; 13, 145 u. a.

Ergebnis der Gleichgewichtsidee, wie oben erwiesen wurde. Hinsichtlich der bekämpften Ausdehnungstheorie ist die Argumentation *Neubeder's* überhaupt nicht schlüssig. Wenn jene *Maxime* Geltung hätte, so würde sie doch gerade die Ausdehnungstheorie nicht rechtfertigen. Die Ausdehnungstheorie richtet sich nicht etwa gegen eine „*condictio propter propriam turpitudinem*“. Eine solche ist niemals behauptet worden. Sie richtet sich auch nicht gegen die Zulassung einer Rückforderung wegen Nichtigkeit einer beiderseits verwerflichen Kaufabrede. In solchen Fällen greift ja § 817, S. 2 durch¹²²⁾. Sondern die Theorie verneint andere Konditionen, bei denen der Geber seine Forderung nicht auf den eigenen Verstoß oder die Verstoßgemeinschaft begründet, sondern auf die irrtümliche Zahlung einer Nichtschuld oder das Ausbleiben des vorausgesetzten Erfolges. Die *turpitudinis* soll sonst bereits begründete Rechte nehmen. Diesen Rechtsverlust spricht jene *Maxime* überhaupt nicht aus.

*Arüdmann*¹²³⁾ stellt ein weitergehendes Prinzip auf. Er führt sowohl die Ausschlußklausel, wie den Satz „*nemo auditur*“ usw. auf den allgemeinen Gedanken zurück, daß derjenige, der bei einem Lebensvorgang sich unwürdig verhalten hat, keine Rechte aus diesem Vorgange gewinnen kann. Die *Maxime* wird durch zahlreiche Vorschriften belegt, in denen sie Anwendung gefunden habe. Die *Maxime* ist eine folgerichtige Verallgemeinerung der Ausdehnungslehre und würde, wenn sie anerkannt oder anzuerkennen wäre, die Ausdehnungslehre als Einzelfall enthalten und

122) Anders steht es in Frankreich. Der Code civil kennt weder die Vorschrift des § 817 S. 1 noch die des § 817 S. 2. Die Rückforderung wegen verwerflichen Empfangs wird auf Nichtigkeit und die daraus sich ergebende Rückgabepflicht bei Nichtschuld gestützt. Art. 1131 und Art. 1376. Dort herrscht somit unsere Nichtigkeitskonstruktion allein. Da man das Bedürfnis empfand, bei beiderseitigem Verstoß die Rückforderung auszuschließen, eine dem § 817 S. 2 entsprechende Vorschrift aber fehlt, so hat man versucht, diese Norm aus der *Maxime* „*nemo* usw.“ abzuleiten. Wir haben das dank dem § 817 S. 2 nicht nötig.

123) Archiv f. bürgerl. R. 40, S. 44 ff. und J. f. R. in Bayern 1915, S. 189 ff., „Der Rückforderungsanspruch des Wucherers“.

daher rechtfertigen. Dann hätten wir auch im modernen Rechte Privatstrafen in großem Umfange und es würden sowohl die Ablehnung der alten Privatstrafen wie die Reaktion des Rechtsgefühls gegen die Folgen der Ausdehnungstheorie unverständlich werden. Aber es scheint mir sicher, daß ein allgemein geltender Rechtsatz dieses Inhalts weder anerkannt ist, noch zur Anerkennung gebracht werden kann. Es ist doch klar, daß schwere Formen der Unwürdigkeit in Rechtsvorgängen ohne Strafe des Rechtsverlusts bleiben. Wer ein Mädchen nur um des Geldes oder der Konnexionen halber heiratet, und dabei Empfindungen vorspiegelt, die er für eine andere hegt, handelt unwürdig. Aber die Ehe ist weder nichtig noch anfechtbar. Oder sollte die Ehe gültig sein und nur der Unwürdige die ehemännlichen Rechte einbüßen? Erbschleicherei ist unwürdig. Aber der Nefte, der seiner widerwärtigen Erbtante in unwürdiger Weise den Hof macht und schließlich im Testament bedacht wird, kann doch nicht das Zugewandte einbüßen. Sonst wären die eng verklausulierten Vorschriften der *BGB.* über Erbunwürdigkeit illusorisch und andererseits recht ausgiebige Quellen für Erbschaftsstreitigkeiten gegeben. Der Verkäufer, der betrügt, handelt unwürdig. Aber wenn der Käufer nicht ansieht, so kann doch der Verkäufer nicht den Anspruch auf den Kaufpreis verlieren und die Waren ohne Entgelt liefern müssen. Die Beispiele ließen sich fast beliebig vermehren. Sie zeigen aber schon, daß der Rechtsausschluß der Unwürdigen nicht zu Recht besteht und nicht eingeführt werden kann, ohne unsere Rechtsordnung in Verwirrung zu bringen. Natürlich will auch *R r ü c m a n n* nicht behaupten, daß ein solcher allgemeiner Rechtsatz, der den Rechtsverlust für jeden Unwürdigen ausspreche, zu Recht bestehe¹²⁴). Er glaubt nur, daß sich aus den Einzelvorschriften ein allgemeines Prinzip dieses Inhalts folgern lasse, das die reichsgerichtliche Ausdehnung des § 817 *S.* 2 auf alle Bereicherungsansprüche und die

124) Die Ausdrucksweise ist manchmal etwas irreführend. Vgl. *B. f. R.* in Bayern *S.* 189. „Unter allen Umständen ist festzuhalten, daß schimpfliches Verhalten bei Entstehung einer Forderung ihre rechtswirksame Entstehung verhindert.“

weitere Ausdehnung auf alle Deliktsansprüche rechtfertige. Aber gerade diese Rechtfertigung ist entschieden abzulehnen. Die Induktion *R ü d m a n n s* ist nach zwei Richtungen etwas einseitig. *R ü d m a n n* hat in dankenswerter Weise die Fälle zusammengestellt, in denen ein Rechtsnachteil eintritt, aber er hat die sehr viel zahlreicheren Fälle nicht gegenübergestellt, in denen trotz Vorliegen von Unwürdigkeit der Rechtsnachteil ausbleibt. Ferner aber liegt eine Verschiedenheit der Betrachtungsreihe vor, auf die ich schon bei dem Rechtsgrunde der Ausschlußklausel hingewiesen habe¹²⁵⁾. *R ü d m a n n* betrachtet überall nur die Gesichte des Unwürdigen und nicht die Stellung der Gegeninteressenten. Das ist gefährlich. Ein alter Rechtspruch sagt: „Eines Mannes Rede ist keine Rede. Man soll sie hören alle bede.“ Für die teleologische Rechtsforschung läßt sich unter Vorbehalt eine ähnliche Maxime aufstellen: „Eines Mannes Interessenlage ist gar keine Interessenlage. Interessenlage ist nur der Interessenkonflikt.“ Denn die Rechtsnormen beruhen auf Abwägung von Interessen und nur diese Werturteile sind übertragbar. Wenn man von diesem Gesichtspunkte aus die Einzelbeispiele *R ü d m a n n s* durchmustert, dann findet man bestimmte, untereinander sehr verschieden gelagerte Interessenkonflikte, die zum Nachteile des Unwürdigen entschieden werden. Es sind eng umgrenzte Zurücksetzungen, die er erleidet. Natürlich kann es möglich sein, die einzelnen Werturteile auf gleichliegende Interessenlagen zu übertragen. Aber die Abstraktion eines allgemeinen absoluten Strafgedankens, der der Ausdehnungstheorie zugute kommt, ist nicht möglich. Ebenso wenig findet sich die Möglichkeit einer Gesetzesanalogie. Fälle, in denen auf Kosten des Unwürdigen dem andern Interessenten, noch dazu in der Regel einem ebenso unwürdigen, solche Gewinne zugeführt werden, wie dies die Ausdehnungstheorie tut, gibt es nicht. Deshalb ist auch dieser Stützungsversuch abzulehnen.

Eine gewisse Rechtfertigung scheint der Strafgedanke in der Rechtsvergleichung zu finden. Allerdings fehlt die allgemeine Ausschlußklausel in allen älteren Rechten. Aber die neueste Ord-

¹²⁵⁾ Vgl. oben S. 32 und 34.

nung, das Schweizerische Obligationenrecht vom 30. 3. 1911, enthält in A. 66 eine Ausschlußklausel für alle Bereicherungsansprüche¹²⁶⁾. Die Bedeutung dieser Parallele wird durch zwei Umstände gemindert. Die Vorschrift ist weder altes Schweizer Recht, noch eine Schöpfung der legislativen Weisheit *H u b e r s*, sondern ist unverändert aus dem Schweizerischen Obligationenrecht von 1887 übernommen. Die Materialien zu diesem Gesetze sind nicht veröffentlicht. Da das französische Recht als Quelle ausscheidet¹²⁷⁾, so bleibt nur das gemeine Recht, in dem damals die Autorität *W i n d s c h e i d s* besonders hoch stand. Es ist daher wahrscheinlich, daß diese Vorschrift letzten Endes auf denselben Ursprung zurückgeht wie unsere heutige Lehre, nämlich auf die von *W i n d s c h e i d* zu Ehren gebrachte *Meretrigglosse*¹²⁸⁾. Ebenso wichtig ist es, daß die Vorschrift enger lautet als die Theorie des Reichsgerichts. Trotzdem wird sie auch in der Schweiz als drückend empfunden. Der neueste Bearbeiter des Schweizer Obligationenrechts, v. *T u h r*¹²⁹⁾, will sie noch einschränkender auslegen und (m. E. zu eng) nur auf die Fälle beziehen, in denen die Leistung als Belohnung für ein verwerfliches Verhalten gegeben wird. Damit wäre der Tatbestand der Deliktsbegünstigungen gegeben, bei denen, wie oben¹³⁰⁾ ausgeführt, die Rückforderung auch ohne Ausdehnung des § 817 S. 2 auszuschließen ist. Aus diesen Gründen kann auch diese vereinzelte Vorschrift die sachliche Berechtigung der Ausdehnungslehre nicht erweisen.

Das Problem, das wir zu lösen versucht haben, war nicht ein Problem der Lückenergänzung. Es handelte sich um unmittelbare Anwendung einer gesetzlichen Vorschrift, die, klar ausgedrückt, einwandfrei zustande gekommen ist und keinen anderen Vorschriften oder Werturteilen widerspricht. Aber wenn der Sachverhalt anders läge, wenn der Gesetzestext oder Gesetzeswille oder

126) Was in der Absicht, einen rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolg herbeizuführen gegeben worden ist, kann nicht zurückgefordert werden.

127) Vgl. oben S. 59 Anm. 122.

128) Vgl. oben S. 46.

129) Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts I, S. 382.

130) Vgl. oben S. 22.

Gefetzesgrund zweifelhaft wäre, dann müßte der Richter sich schon auf Grund der in der Rechtsordnung und in unserer Volksgemeinschaft herrschenden Werturteile und auf Grund seiner Eigenwertung gegen die umfassende Anwendung der Ausschlußklausel entscheiden. Er müßte die Lücke durch Freigabe der Rückforderung auf dem Sondergebiete des § 812 und in den materiellen Konkurrenzfällen ausfüllen.

Die vorstehenden Ausführungen gestatteten auch eine Stellungnahme zu der Forderung, den § 817 aufzuheben, die in dem Kommentar der Reichsgerichtsräte erhoben wird¹³¹⁾. Die Aufhebung soll die Anspruchsgewährung in § 817 S. 1 und die Ausschlußklausel des § 817 S. 2 umfassen.

Die Anspruchsgewährung soll deshalb fallen, weil sie in den meisten Fällen überflüssig sei. Die Nichtigkeit der Kausalabrede führe in Verbindung mit dem Anspruche aus § 812 regelmäßig zu demselben Ergebnisse wie § 817 S. 1. Auch die Verfasser billigen somit diese juristische Durchführung des Volksspruchs „Unrecht Gut gedeiht nicht“. Aber sie wollen sich mit der Nichtigkeitskonstruktion begnügen. Nun ist dieser Erfaß zwar für viele Fälle gegeben, aber doch bei weitem nicht für alle¹³²⁾. Weshalb sollen wir auf die angemessene Regelung dieser Restfälle verzichten? Irgendwelche Nachteile werden nicht behauptet und sind auch nicht ersichtlich. Daß im französischen Recht eine Bestimmung fehlt, kann für denjenigen nicht maßgebend sein, der weiß, welche große Mängel der Code civil aufweist. Es fehlt deshalb die *causa movens* für die Abschaffung. Eine andere Frage ist es, ob nicht an die Stelle des Gebers der Fiskus zu setzen ist. Bei dem einseitigen Annahmeverstoß scheint mir das Bedürfnis gering zu sein. Auch gibt es Lagen, in denen der Geber ein durchaus schutzwürdiges Interesse an der Rückgabe hat, wie z. B. bei Wucherleistungen, Erpressungen, Schweigegeldern usw. Die Frage ist erheblicher bei dem beiderseitigen Verstoß und bei ihm nochmals zu erörtern.

Die Ausschlußklausel des § 817 S. 2 wird von den Reichsgerichtsräten als positiv schädlich bekämpft, weil sie zu den schwer-

131) Zu § 817 Anm. 6, vgl. oben S. 7.

132) Vgl. oben S. 16.

sten Unbilligkeiten führe¹³³). Wir haben gesehen, daß diese Unbilligkeiten auf die Ausdehnungstheorie zurückgehen. Diejenige Ausschlußklausel, welche die Verfasser bekämpfen, welche „dem verwerflich Leistenden die ihm sonst zustehende Kondition entzieht“, existiert nicht im Gesetze, sondern nur in der Vorstellung der Praxis. Dasjenige Gebot, das im Gesetze wirklich enthalten ist, unterliegt wie mir scheint, keinen erheblichen Bedenken. Ja man muß weiter gehen, dieses Gebot ist in weitem Umfange sachlich gerechtfertigt und notwendig. Es entspricht unserem Rechtsgefühl und ist in den Grundgedanken unseres Rechts verankert. Diese Notwendigkeit ist davon unabhängig, ob Satz 1 bestehen bleibt. Denn der Anspruch des Satz 1 wird ja schon durch die Wichtigkeit der Kaufalabrede aus § 812 gewährt. Nach der Meinung der Reichsgerichtsräte soll der verwerfliche Empfänger auch in Zukunft die Leistung herausgeben müssen. Nur auf Grund einer anderen Konstruktion. Die Anwendbarkeit des § 817, S. 2 hängt, wie früher ausgeführt, nicht von der Konstruktion ab. Ebensowenig das legislative Bedürfnis. Das zeigen naheliegende Beispiele: Ein Mann bewegt durch reiche Geschenke eine Frau, mit ihm in Verkehr zu treten. Soll er das Recht haben, etwa nach Abbruch des Verkehrs die gemachten Geschenke zurückzufordern? Die Kaufalabrede ist nach § 134 nichtig, der Anspruch nach § 812 formell begründet. Nach dem geltenden deutschen Recht steht nur der § 817 S. 2 entgegen. Ist es wirklich erwünscht, daß dies anders werde und die Rechtsordnung dem Mann ihren Zwang zur Verfügung stellt? Oder soll man hier den Fiskus eingreifen lassen? Ich meine, daß das geltende Recht den Vorzug verdient. Oder nehmen wir einen Fall, wie ihn ähnlich das RG. nach französischem Recht zugunsten der Rückforderung entschieden hat¹³⁴). Ein Lotteriekollekteur vertreibt verbotene Lose. Ein Los wird gekauft, übergeben und bezahlt. Das Los erzielt den Hauptgewinn. Jetzt beruft sich der Kollekteur auf die Wichtigkeit des Kaufgeschäftes und verlangt Herausgabe des Loses, um den Gewinn in seine eigene Tasche zu lenken. Nach geltendem deut-

133) Vgl. das Zitat S. 7.

134) RG. 40, S. 326 ff.

sehen Rechte scheitert er an § 817 S. 2¹³⁵⁾. Sollen wir das Gesetz ändern, um dem Kollekteur zu helfen? Ein verbotenes Devisengeschäft ist von beiden Seiten erfüllt worden. Bei geänderter Konjunktur beruft sich eine Partei auf die Nichtigkeit der Kaufabrede und fordert die Rückgängigmachung der beiden Leistungen. Nach dem geltenden Recht würde § 817 S. 2 entgegenstehen. Die Verneinung ist berechtigt und sollte nicht geändert werden. Und mehr oder minder deutlich tritt uns dasselbe Wertungsproblem in allen den Fällen entgegen, in dem der § 817 S. 2 nach seinem wirklichen Sinn zur Wirksamkeit gelangt. Die Bejahung durch unser Rechtsgefühl ist gegeben und sie ist auch für die Ueberlegung verständlich. Der Ausschluß der Rückforderung für den Geber beruht geradezu auf einem Grundgedanken der Rechtsordnung. Das Recht soll die schutzwürdigen Interessen vor denen bevorzugen, die geringeren Schutz verdienen. Sind bei einem Interessenkonflikte beide gleich unwürdig, so darf es kein Interesse bevorzugen, wenn es nicht seiner Aufgabe untreu werden will. Es handelt sich bei § 817 S. 2 nicht um einen sachlich grundlosen kraft Trägheit übernommenen römischen Rechtsatz, sondern um eine Forderung unseres Rechtsbewußtseins. Nun könnte man allenfalls den § 817 S. 2 ebenso wie Satz 1 gerade deshalb für entbehrlich erklären, weil der Richter in Fällen, wie sie eben erwähnt wurden, auch ohne besondere Anweisung die Rückforderung wegen Verstoßes gegen die guten Sitten ablehnen würde. Das ist doch zweifelhaft. Das RG. hat ja zugunsten des Kollekteurs entschieden. Auch müßte der Richter, wenn der § 817 S. 2 durch das Gesetz aufgehoben wird, Bedenken tragen, den Inhalt der verurteilten Vorschrift als Richterrecht wieder einzuführen. Etwas geringeren Bedenken als die volle Beseitigung würde eine Abschwächung im Sinne der reichsgerichtlichen „Hemmungstheorie“¹³⁶⁾ begegnen. Man könnte die Rückforderung davon abhängig machen, daß sie den guten Sitten entspreche. Ob den Konkursverwaltern damit geholfen würde, ist zweifelhaft. Ja es ist zweifel-

135) Auch die Vindikation darf ihm nicht helfen. Vgl. oben S. 6 Anm. 15.

136) Vgl. oben.

66 § e d: Die Ausdehnung des § 817, S. 2, auf alle Bereicherungsansprüche.

haft, ob es wirklich richtig wäre, dem Konkursverwalter in den oben angeführten Fällen eine Rückforderung zu ermöglichen. Ferner könnte in Frage kommen, ob nicht statt des ausgeschlossenen Gebers der Fiskus treten sollte. Das RM. hatte diese Regelung¹³⁷⁾. Aus dem geltenden Rechte gehören dahin die strafrechtliche Einziehung und einzelne Vorschriften von Sondergesetzen¹³⁸⁾. Die allgemeine Einführung wird von verschiedenen Seiten befürwortet. Allein die Fälle liegen doch sehr verschieden. Es würde nicht erfreulich sein, wenn in dem oben angeführten Fall der Fiskus der Frau die Geschenke abnehmen oder ein pflichteifriger Beamter auf den Gedanken verfallen wollte, alle Bordellkassen auszuleeren. Die fiskalische Einforderung aller Leistungen, die in dem letzten Jahrzehnt aus Anlaß verbotener Geschäfte erfolgt sind, wird selbst einem Reichsfinanzminister bedenklich erscheinen. Und die Zustände der jüngsten Vergangenheit könnten wiederkehren. Der Versuch einer genaueren Abgrenzung der Fälle müßte uns über die Aufgabe hinausführen, die wir verfolgen. Jedenfalls scheint mir weder hinsichtlich der Abschwächung noch hinsichtlich der Subjektänderung ein wirklich dringendes Bedürfnis vorzuliegen. Dringend notwendig ist nicht die Reform des Gesetzes, sondern die Reform seiner Anwendung.

Zum Schluß sei noch die Frage nach den tieferen Gründen aufgeworfen, durch welche die gegenteilige Auffassung des § 817 S. 2 eine so weitreichende Herrschaft erlangt hat. Ich glaube, daß zwei Umstände zusammengewirkt haben.

Einmal handelt es sich um einen historischen Zufall: Die heutige Rechtsübung steht in Kausalzusammenhang mit der oben besprochenen Meretrizglosse¹³⁹⁾. Die Glieder der Kausalkette sind lückenlos nachweisbar. Und zwar handelt es sich um einen

137) AllgL. 1, 16, § 206 ff. Von der Einziehung gelten beachtliche Ausnahmen.

138) Vgl. z. B. G.D. § 116. Gef. üb. d. U.W.S. v. 7. Juni 1909 § 12 a. E.

139) Inwieweit bietet dieser Aufsatz einen Beleg dafür, daß das „Wühlen nach Interpolationen“ (so Henle, dieses Archiv Bd. IV, S. 253 oben) auch für das geltende Recht Früchte tragen kann.

doppelten Zusammenhang: Das Schrifttum ist durch die Vorstellung beeinflusst worden, daß die Ausdehnung der Ausschlußklausel auf alle Bereicherungsansprüche schon römisches Recht gewesen sei. Diese Vorstellung haben *D e r n b u r g* und *N e u b e c k e r* nur aus der Meretrigglosse gewonnen. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts ist durch das Urteil des 2. Z. S. vom 29. Mai 1906 bestimmt worden. Dieses Urteil beruft sich auf die Klausel C. I § 743, I, hinsichtlich deren der Aenderungswille nicht ersichtlich sei. Die Motive zu § 743, I verweisen nur auf *W i n d s c h e i d* § 428 Note 9. *W i n d s c h e i d* § 428 Note 9 verweist allein auf l. 4 § 3 D. 12. 5. An dieser Stelle steht die Meretrigglosse. Es ist in der Tat das Gespenst dieser Glosse, das von Wissenschaft und Praxis heraufbeschworen, unsere Rechtsprechung stört, wie es schon früher die Gesetzgebung gelegentlich beeinflusst hat¹⁴⁰⁾. Faust sagt, „Es kann die Spur von meinen Erdentagen nicht in Aeonen untergehen“. Auch der unbekannte Glossator hätte so sprechen können, wenn er die Zukunft vorausgesehen hätte.

Zweitens aber scheint uns der Gegensatz der *M e t h o d e n* einzugreifen. Die herrschende Meinung ist gefördert worden durch Nachwirkungen einer unrichtigen Begriffsjurisprudenz und durch eine Vernachlässigung der Interessenfrage. In der Ausschaltung des Gesetzeszwecks durch die Wichtigkeitskonstruktion *P l a n c k*s¹⁴¹⁾ und in der Formelbewertung¹⁴²⁾ haben wir Fehlgriffe alten Stils vor uns, und das entscheidende Mißverständnis des § 817,

140) Die Wirkung der Meretrigglosse ist deutlich erkennbar in § 1543 des Sächs. Bürgerl. Gesetzbuchs vom 2. Januar 1805, „Fällt sowohl dem Empfänger als dem Geber oder dem Geber allein eine Unsittlichkeit zur Last, so ist die Rückforderung ausgeschlossen“. Die Vorschrift findet sich nur in dem Abschnitte, der „die Rückforderung wegen unsittlichen oder unrechtlichen Grundes“ behandelt. Der Inhalt der Glosse ist daher in seinem vollen Widersinn, als Ausschluß eines gar nicht begründeten Anspruchs aufgenommen. Wie weit das Schweiz. Oblig.R. N. 66 mit der Rehabilitierung der Glosse durch *W i n d s c h e i d* zusammenhängt, ist ungewiß. Vgl. oben S. 62.

141) Vgl. oben S. 18 ff.

142) Vgl. oben S. 29.

denn darum handelt es sich im Grunde, wäre bei genügender Beachtung der Interessenlagen kaum entstanden. Wer gewohnt ist, bei jedem Rechtsatz die zugrunde liegende Abwägung der Interessen und das sich ergebende Werturteil zu untersuchen, wird schwerlich dazu kommen, das in § 817 S. 2 enthaltene Gleichgewichtsurteil zu verkennen. Er wird nicht darauf verfallen, aus § 817 S. 2 einen einseitigen und unabgegrenzten Strafwillen zu erschließen. Er wird auf Grund der gewonnenen Einsicht auch die Konkurrenzfälle zutreffend behandeln.

Die Interessenjurisprudenz ist nicht, wie man vielfach glaubt, nur eine Unterart der teleologischen Rechtsfindung, deren Tragweite sich in dem Probleme der Lückenergänzung erschöpft. Ihre Bedeutung geht viel weiter. Durch die Einführung und Ausbildung der Interessenbegriffe, die grundsätzliche und ausnahmslose Untersuchung der Rechtsgebote auf Interessenwirkung wird der Stoff des Rechts feiner zerteilt und gegliedert. Durch diese Hilfsbegriffe wird nicht nur die kausale Erkenntnis des Rechts gefördert, sondern auch eine Rechtsgewinnung ermöglicht, die sich den Lebensbedingungen schmiegsamer und vollkommener anpaßt, als es bei Beschränkung des Blicks auf den Inhalt der Gebote oder die sie zusammenfassenden Gebotsbegriffe möglich ist. Der Dienst, den die Interessenbegriffe der Rechtswissenschaft leisten sollen, läßt sich in gewissem Grade mit dem Dienste vergleichen, den die Hilfsbegriffe der Atome und neuerdings der Quanten der Physik leisten. *S p e n g l e r*¹⁴³⁾ fordert von der Rechtswissenschaft, daß sie nach Vorbild der Physik nicht mit Körperbegriffen arbeite, sondern mit Kraft- und Funktionsbegriffen. Die Ausschaltung der Körperbegriffe ist so wenig diskutabel wie die Ausschaltung der Gebotsbegriffe. Aber ein positiver Teil des Wunsches ist, wenn auch nicht in der von *Spengler* gedachten Weise, erfüllt. Die Interessenbegriffe lassen sich als Kraft- oder Funktionsbegriffe bezeichnen.

143) Untergang des Abendlandes II, S. 97. 98.