

## § 817 Satz 2 BGB und Schwarzhandelsgeschäfte

Von Rechtsanwalt Dr. Alfons Roth, Bad Dübén

I.

Der § 817 BGB führt zurück auf die *condictio ob turpem vel injustam causam* des römischen Rechts<sup>1)</sup> und ist in der Gestaltung, daß der Bereicherungsanspruch gegen den Empfänger einer Verbots- oder sittenwidrigen Leistung versagt ist, wenn dem Leistenden auch ein solcher Verstoß zur Last fällt<sup>2)</sup>, aus dem römischen Recht über das gemeine Recht in die Kodifikationen des österr. AGBGB (§ 1174), des BGB und des Schweiz. Obligationsrechts (Art. 66) übernommen worden. In den Kommentaren und dem Schrifttum zum BGB, welche um die Zeit der Verkündung und des Inkrafttretens des BGB entstanden sind, wird zum Anwendungsbereich des Satzes 2 des § 817 BGB kaum viel mehr an Tatbeständen hervorgehoben, als aus den diesbezüglichen Digestenstellen geläufig war (Schweigegegend an den Mitwisser eines Verbrechens und Belohnung des Ehebruchs). Man hatte ziemlich unbesehen die römisch-rechtliche Rechtsinstitution übernommen, die zu einer Zeit entstanden war, in der der Prätor nur für bestimmte Tatbestände Rechtsschutz gewährte, so daß ein Teil des wirtschaftlichen Lebens sich außerhalb der Rechtsordnung bewegte. So war D 12, 6, 4 pr. darauf zurückzuführen, daß der Prätor dem Bereicherungsanspruch, den er in D 12, 5 zuließ, in bestimmten Fällen den Rechtsschutz versagte. Die Motive zum BGB (II, 849) führen denn auch als Begründung für den Satz 2 des § 817 auf, daß der, der sich selbst durch Verbots- oder sittenwidriges Handeln außerhalb der Rechtsordnung stelle, keinen Anspruch auf staatlichen Rechtsschutz haben könne.

Es kann dahingestellt bleiben, ob in ein modernes Rechtssystem die Auffassung, daß sich Vorgänge des wirtschaftlichen Lebens im weiteren Sinne (wie z. B. auch Spiel und Wette) außerhalb der Rechtsordnung abspielen könnten, überhaupt noch paßt. Jedenfalls paßt diese Vorstellung nicht für wirtschaftliche Vorgänge, zu denen der Staat nicht nur die negative Einstellung hat, daß er mit ihnen nichts zu tun haben will, an denen er vielmehr positives Interesse dahin nimmt, daß er sie im Interesse eines geregelten Ablaufs der Wirtschaft nachdrücklich bekämpft. Gegenüber der schon seit dem ersten Weltkriege und seitdem wiederholt hervorgetretenen Notwendigkeiten, im Gesamtinteresse regelnd durch entsprechende Gebote und Verbote in das Wirtschaftsleben einzugreifen und gar gegenüber einer Wirtschaftsplanung — beides Vorstellungen, welche dem Gesetzgeber des BGB völlig fern lagen — erscheint die Auffassung, daß unter der im Satz 2 des § 817 BGB gegebenen Voraussetzung wirtschaftliche Vorgänge, die von der staatlichen Wirtschaftsregelung betroffen sind, privatrechtlich kein Interesse für den Staat hätten, als Anomalie und Anachronismus. Die Veragung des Rechtsschutzes für Bereicherungsansprüche nach § 817 Satz 1 BGB, wenn auch der Leistende Verbots- oder sittenwidrig handelte, führt im praktischen Ergebnis dazu, daß die zugrunde liegende Transaktion wirksam bleibt, soweit nicht im Wege des Strafrechts die Einziehung des verbotswidrig erlangten Vorteils erfolgt. Da aber diese Einziehung im Wege des Strafverfahrens, wie noch näher auszuführen ist, durchaus nicht zur Bekämpfung des Schwarzhandels ausreicht, so muß auch das Zivilrecht in positiver Weise zu den Vorgängen Stellung nehmen, welche vom Satz 2 des § 817 erfaßt werden.

Die Rechtsprechung hat sich vielfach, in der konstruktiven Begründung oft anfechtbar, abgemüht, den Anwendungsbereich des Satzes 2 des § 817 BGB mit den Erfordernissen des Lebens im Einklang zu bringen, nachdem schon bald nach Inkrafttreten des BGB diese Vorschrift allgemein als eine völlig mißglückte erkannt worden war. Der Hauptsache nach hat die Rechtsprechung jedoch, jedenfalls im Bereich der hier in Rede stehenden wirtschaftlichen Vorgänge, an der Anwendbarkeit des Satzes 2 des § 817 festgehalten. Das Schrifttum hat mit den verschiedensten Begründungen

die Ausscheidung des Satzes 2 des § 817 BGB verlangt, ganz überwiegend jedoch nur in dem Sinne, daß die Anwendung des Satzes 2 des § 817 BGB auf derartige Vorgänge „unbillig“ sei. In neuester Zeit hat Bastian<sup>3)</sup> sich zu der Auffassung verstiegen, daß der „schwarze“ und „graue“ Markt eine durch die Verhältnisse gegebene Notwendigkeit seien und daß deshalb der Satz 2 des § 817 BGB „einfach nicht tragbar“ wäre.

Es bedarf keiner Ausführung, daß die Ausschaltung des Satzes 2 des § 817 BGB von solchem Standpunkte aus nicht gerechtfertigt werden kann. Es hat aber auch nicht an Stimmen gefehlt, welche die Ausschaltung des § 817 Satz 2 BGB im Hinblick auf die Bekämpfung des Schwarzhandels befürwortet haben<sup>4)</sup>.

Das Problem des § 817 Satz 2 BGB kann nur im Sinne der Bekämpfung des Schwarzhandels und zugleich vom Standpunkt einer Rechtsordnung betrachtet und gelöst werden, die nicht dulden kann, daß wirtschaftliche Transaktionen, welche die Regelung des Wirtschaftslebens stören, privatrechtlich im Ergebnis wirksam bleiben.

Ich vermag nicht anzuerkennen, daß eine Vorschrift des „geltenden“ Gesetzes, wie die des § 817 Satz 2 BGB, obwohl sie im Hinblick auf einen von dem damaligen Gesetzgeber nicht erkannten und nicht einmal erkennbaren Wandel der Verhältnisse des wirtschaftlichen Lebens ein Anachronismus ist, noch als anwendbar erachtet werden kann. Es bedarf für die von der Wirtschaftsplanung erfaßten Vorgänge auch außerhalb des Grundstücksverkehrs (für welchen im § 5 der VO vom

7. Juli 1942 Satz 2 des § 817 BGB ausdrücklich außer Wirksamkeit gesetzt worden ist) keiner formellen Aufhebung dieser Vorschrift. Aus dem Zweck der wirtschaftlichen Gebote und Verbote und dem hinter ihm stehenden Allgemeininteresse der nachdrücklichsten Bekämpfung des Schwarzhandels ergibt sich die Außerkraftsetzung des Satzes 2 des § 817 BGB ausdrücklich genug. Eine Lücke entsteht bei Ausschaltung der in Rede stehenden Vorschrift auf die erwähnten wirtschaftlichen Vorgänge nicht, da dann die durch Satz 2 des § 817 BGB nicht mehr beschränkte Geltendmachung des Bereicherungsanspruches aus Satz 1 sich aus dem von neuer Rechtsüberzeugung getragenen Zweck einer möglichst in sich abgeschlossenen Bekämpfung des Schwarzhandels ergibt. „Gesetze sind stets auf bestimmte typische Tatbestände abgestellt, die der Vorstellung des Gesetzgebers zugrunde gelegen haben. Tritt ein vom Gesetzeswortlaut erfaßter aber völlig atypischer ... Tatbestand auf, so sollte das ... eine Warnung vor der Gefahr sein, in Gesetzespositivismus zu verfallen ...“ bemerkt Nathan<sup>5)</sup> in einem allerdings völlig anderen rechtlichen Zusammenhang sehr treffend. Wie eingangs schon hervorgehoben, war der Gesetzgeber des BGB weit davon entfernt, die Tatbestände, welche sich aus Zuwiderhandlungen gegen wirtschaftliche Verbotsgesetze in einer strukturmäßig gewandelten Wirtschaftsverfassung ergeben, als typische zu erkennen und zu werten.

Die Tatbestände, welche dem Gesetzgeber des BGB bei Schaffung des § 817 Satz 2 vorgeschwebt haben, können in dieser Betrachtung übergangen werden. Sie treten gegen die hier in Rede stehenden Tatbestände rechtspolitisch ganz in den Hintergrund. Es mag dabei sein Bewenden haben, daß der Staat und die Allgemeinheit kein positives Interesse daran haben, Vergütungen für den außerehelichen Geschlechtsverkehr einem Rückforderungsanspruch zu unterwerfen. Auch wie man sich mit dem Bordellkauf auseinandersetzt, ist von wenig aktuellem Interesse.

Kann demnach im Bereich der hier in Betracht kommenden wirtschaftlichen Tatbestände der Bereiche-

3) JR 1950, S. 17 ff.

4) Vgl. Hammes in JR 1950, S. 11 ff., der allerdings mit zahlreichen Zitaten aus Rechtsprechung und Literatur in starrem Rechtspositivismus allen entgegentritt, welche unter irgend einer Begründung die Ausschaltung des § 817 Satz 2 BGB befürworten.

D NJ 1950, S. 64.

1) D 12, 5.

2) D 12, 6, 4 pr.