

‘*Condictio ob turpem vel iniustam causam*’ im Licht des Polnischen Zivilgesetzbuches. Marginalia zu D.12.5.4.3

Aldona Rita JUREWICZ

(*Université W-M d’Olsztyn*)

Einleitung. Die Voraussetzungen der *condictio ob turpem causam* nach dem römischen Recht – 1. Erste polnische Kodifikation des Schuldrechts (1933) – a) Projekt – b) polnisches Schuldgesetzbuch (1933) – 2.a) Entwürfe des polnischen Zivilgesetzbuches von 1964 – 2.b) Inkrafttreten des Gesetzbuches von 1964 – 2.c) Änderungsgesetz von 1990. Neue Fassung des Art. 412 – 3. Charakteristische Merkmale des Artikels 412 nach alter und neuer Fassung – 4. Die Lage der Prostitution in Polen – *nova ratio decidendi*?

Einleitung

Die Wurzeln des modernen Rechtsinstitutes der ungerechtfertigten Bereicherung reichen bis in das römische Recht zurück, doch ihre eventuelle Rezeption im polnischen Zivilrecht kann nur als Übernahme fremder Konzepte oder auch einzelner Regelungen angesehen werden. Wie das Wojciech Dajczak mit knappen Worten beschrieb, haben die Römer Einzelfälle ausgearbeitet und systematisiert, welche eine *condictio* zuließen, obwohl die Verpflichtung weder aus einem Vertrag noch aus einem Delikt hervorging¹. Diese Kondiktionsfälle in ihrer nachklassischen Gestalt haben dann noch die modernen Rechtssysteme beeinflusst². Hier werden aber nicht die polnischen Regeln-

¹ W.DAJCZAK, in: *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, (Das römische Recht. Die Grundlagen des Privatrechtes), Warszawa 2009, S.521.

² M.KASER, *Das Römische Privatrecht*², 1. Abschn., München 1971, §139.3 und 2. Abschn., München 1975, §270; W.DAJCZAK, T.GIARO, F.LONGCHAMPS DE BERIER, *Prawo rzymskie*, S.135, 521ff. (insb. 523); M.SOBCZYK, *Świadczenie w zamierzonym*

gen über die ungerechtfertigte Bereicherung im Allgemeinen betrachtet, sondern diejenige, die der römischen *condictio ob turpem causam*³ entsprechen. Im Folgenden werden die polnischen Kodifikationen dargestellt, bei denen die Denkweise des Gesetzgebers sich je nach politischem Wandel und sozialen Bedingungen veränderte. Weiter werden, dem Titel des Artikels gemäß, auch kurz die zivilrechtlichen und sozialen Qualifikationen des Vertrages einer Prostituierten betrachtet, damit die Frage beantwortet werden kann, ob heute die Legalisierung von Prostitution in Polen möglich wäre, wie sie in Deutschland geschehen ist. Dieses Problem wird in den Schlussfolgerungen des Artikels erörtert.

celu, który nie został osiągnięty. Studium z prawa rzymskiego, (Die Leistung zum beabsichtigten aber nicht erreichten Zweck. Eine Studie über das römische Recht), Toruń 2012, SS.89ff.

³ Die *condictiones ob turpem* und *ob iniustam causam* wurden in Digesten zusammengebunden (D.12.4), sie stellten bei Justinian einen selbständigen Anspruch dar. Im Codex dagegen wurde die verbotswidrige *condictio* mit *condictio sine causa* und justinianischer *condictio ex lege* assoziiert (C.4.9), die unsittliche dagegen unter einem getrennten Titel behandelt. K.Kolańczyk vermutet, dass es den Kompilatoren Probleme bereitete, den unsittlichen Grund von einem verbotswidrigen zu unterscheiden. – K.KOLAŃCZYK, *Prawo rzymskie prywatne, (Das römische Privatrecht)* Warszawa 1986, S.425.

Fragt man nach dem Unterschied zwischen der *iniusta causa* und jener *turpis*, so wurde in der Literatur bemerkt, dass die erste die verbotswidrigen und die zweite die sittenwidrigen Tatbestände betraf (vgl. A.BERGER, *s.v. condictio ob iniustam causam*. Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia 1953, S.405; W.LITEWSKI, *s.v. condictio ob iniustam causam*, *Słownik encyklopedyczny prawa rzymskiego, (Das enzyklopädische Wörterbuch des Römischen Rechtes)*, Kraków 1998, S.53). Die Beispiele für *iniustam causam*, wie Schenkungsverbot unter Ehegatten, Wucherzinsen, die Geschäfte die unter Zwang eingegangen wurden, zeigen, dass es sich hier um die Tatbestände handelte, in welchen noch andere Klagen konkurrieren konnten. Bei Schenkungen unter Ehegatten wurde beispielsweise das Rechtsgeschäft von Verbotswidrigkeit nichtig, damit kann hier auch *rei vindicatio* in Frage kommen. Bei einer Umgehung von Zinsengesetzen wurde das Darlehen dagegen wirksam, so dass eine *condictio* auch unentbehrlich zu sein schien (M.KASER, *RPR*², 1. Abschn., S.497 Anm.26). Bei *causa turpis* dagegen sollen alle Geschäfte am Anfang als nichtig erklärt werden, so dass die Frage in Betracht kommt, ob das was ohne Grund geleistet wurde, zurück gefordert werden konnte. Es scheint also, dass eine präzise Bezeichnung und Abgrenzung der dem *condictio ob iniustam causam* unterliegenden Fälle im römischen Recht Schwierigkeiten bereitete (C.4.9, D.12.5, D.24.1.6 – zeigen, dass hier auch die andere *condictiones* in Anspruch genommen werden konnten. M.KASER, *RPR*², 1. Abschn., S.598 Anm.49; idem *RPR*², 2. Abschn., S.423 Anm.14).

Den Anstoß dazu, mich mit der Frage der verwerflichen Leistung und Verwerflichkeit selbst zu befassen, gab mir ein Fragment des 26. Buches des ulpianischen Ediktcommentars, wo er sich mit der Frage beschäftigte, unter welchen Voraussetzungen eine *condictio ob turpem causam* zugelassen wurde.

D.12.5.4.3⁴:

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

Ulpian schrieb, dass bei der Zahlung an eine Prostituierte, für ihre Leistungen, keine Rückforderung zugelassen ist. Dafür wurden zwei unterschiedliche Begründungen angegeben, je nach dem, in welcher Periode diese Frage der juristischen Auslegung unterlag. Frühere Juristen wie Marcus Antistius Labeo (1.Jh. v.Ch./1.Jh. n.Ch.) und Ulpianus Marcellus (2.Jh. n.Ch.) mögen hier die *turpitudine utriusque partis* sehen. So dass weder Leistende noch Empfängerin den Rechtsschutz verdienen. Ulpian gab aber eine neue *ratio decidendi* an: der Leistende handelt verwerflich, seine Kontrahentin dagegen nicht. Die weitere Begründung bringt weitere Schwierigkeiten mit sich: als eine *meretrix* handelt sie verwerflich, doch die Annahme der Leistung kann nicht als verwerflich beurteilt werden, weil sie eben *meretrix* ist. Die *rationes decidendi* gehen dem in diesem Artikel betrachteten Problem voraus⁵. Was für unseren Zweck wichtig ist, wurde hier ein Beispiel dafür angegeben, was die Römer als *causa turpis*⁶ nannten.

⁴ Nach O.LENEL (*Palingenesia iuris civilis*, 2. Bd., Lipsiae 1889, col.571-572.773) beschäftigte sich Ulpian unter dem Titel *de rebus creditis* damit, in welchen Fällen eine *condictio* verwendbar wurde.

⁵ Mit diesem Problem haben sich in Polen W.Dajczak, A.Sokala und seit neuestem M.Sobczyk beschäftigt. W.Dajczak und A.Sokala haben nach einer Besprechung der in der Literatur vertretenen Meinungen angenommen, dass Ulpian hier zwischen der moralischen Bewertung der Parteien und dem Zweck ihrer Handlungen unterschied. Konsequenterweise sah er die Verwerflichkeit des Zwecks seitens Leistenden, obwohl ihre moralische Bewertung keine negativen Merkmale trug. Die Prostituierte dagegen, obwohl sie ohne weiteres als *persona turpis* angesehen wurde, hatte die Zahlung für solche Leistungen angenommen, die rechtlich nicht verboten waren. Auf diese Weise erreichte Ulpian zwei Ziele. Zuerst eine Systematisierung von Tatbeständen in welchen *condictio* angegeben werden konnte. Das erlaubte ihm auch den Widerspruch zwischen der Verwerflichkeit des Handelns einer Prostituierten und dem römischen Recht insb. dem kaiserlichen Fiskalrecht zu beseitigen. – W.DAJCZAK,

Die *condictio ob turpem causam* war eine Art *condictiones ob rem*, bei deren der Handelnde sich auf einen bestimmten Zweck richtete. In unserem Fall wurde jedoch der Zweck als verwerflich beurteilt, was bestimmte Rechtsfolgen nach sich gezogen hat. Die Rechtsquellen bieten uns das Bild an, wo die einzelnen exemplarisch eingeführten Tatbestände keine endgültigen Schlüsse erlauben. Dazu zählten die römischen Juristen wie auch Kaisern folgende Beispiele: eine Leistung, um den Empfänger von Begehung einer unerlaubten Handlung, eines *crimen* abzubringen⁷; um vom Leistenden eine Gegenleistung,

A.SOKALA, *Ulpianus libro vicensimo sexto ad edictum (D. 12.5.4.3). Nova ratio rozstrzygnięcia*, (*Ulpianus libro vicensimo sexto ad edictum (D. 12.5.4.3). Nova ratio der Entscheidung*), Acta Universitatis Nicolais Copernici. Prawo XXIX. Nauki Humanistyczne 154 (1991), SS.52-54. Noch nachdrücklicher drückte es A. Sokala in seinem Buch aus: „Meines Erachtens besteht der wesentliche Schluss, den man aus der von römischen Juristen angenommenen Entscheidung ziehen kann in der Bestätigung, dass die Prostitution in antikem Rom eine legale und vom Recht tolerierte, obgleich keine ehrenhafte sondern eher verwerfliche Beschäftigung war.“ (Moim zdaniem najistotniejszym wnioskiem z przyjętego przez jurystów rzymskich (...) rozstrzygnięcia jest ten, iż potwierdza ono, że prostytutka była w starożytnym Rzymie legalnym i tolerowanym przez prawo, choć niehonorowym (niegodziwym) zajęciem) – zit. A.SOKALA, *Meretrix i jej pozycja w prawie rzymskim*, (*Meretrix und ihre rechtliche Stellung im römischen Recht*), Toruń 1998, S.93. M.Sobczyk hielt die Ergebnisse von Dajczak und Sokala für nicht befriedigend, und zwar dass *turpitude solius dantis* den ausreichenden Grund für die Ablehnung des Rechtsschutzes bilden konnte. Er ist der Meinung, Ulpian konzentrierte sich auf den Charakter des Zwecks und der Handlung der Prostituierten und nicht auf ihren Kunden - verallgemeinernd: ob der Empfänger die bekommene Leistung behalten kann, hing bei Ulpian davon ab, ob ihm den verwerflichen Zweck zugeschrieben werden konnte. Andernfalls sollte die Regel *in pari turpitudine melior est causa possidentis* bei *condictiones* nicht betrachtet werden – M.SOB CZYK, *Świadczenie w zamierzonym celu*, SS.246-247. Das erklärt aber immer noch nicht, warum nach Ulpian die Handlung einer Prostituierten trotz ihrer ständigen negativen moralischen Bewertung nicht mehr als verwerflich zu beurteilen ist (vgl. A.SOKALA, *ibidem*, SS.34-51; für Prinzipat E.BIGGI, *Venere a Roma. La prostituta italiana*, in: *Gli affari del vivere e del morire. Schiavi, soldati, donne, bambini nella Roma imperiale*, hrsg. N.Criniti, Brescia 1997, SS.86-97). Wenn Dajczak-Sokala auf die fiskalischen Gründe hinweisen, da kann man sich fragen, warum – trotzdem – bleibt das Rechtsgeschäft als solches seiner Sittenwidrigkeit wegen nichtig.

⁶ Schändlicher, schimpflicher Zweck bzw. Grund vgl. H.HEUMMAN, E.SECKEL, *s.v. turpis*, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*⁹, Jena 1926, SS.597-598.

⁷ Ulpian, lib. 26. *ad ed.* (D.12.5.2pr.): *Ut puta dedi tibi ne sacrilegium facias, ne furtum, ne hominem occidas. in qua specie Iulianus scribit, si tibi dedero, ne hominem occidas.*

die er aber von einem anderem Grund, leisten muss⁸; eine Zahlung an einen Richter oder Beamten um günstiges Urteil bzw. Entscheidung zu gewinnen⁹; wenn der Leistende die Aufdeckung bzw. eine Anzeige über die von ihm begangene unerlaubte Handlung vermeiden will¹⁰; die Zahlung für unmoralische Leistungen¹¹; die Leistung die infolge einer unter Drohung oder zum verwerflichen Zweck kontrahierten Stipulation erbracht wurde¹²; zu dem gehörte schließlich auch *datio* einer anderen Sache, die aber verwerflich bezweckt wurde¹³. Es ist schwierig all diese Beispiele auf einen gemeinsamen Nenner zu bringen. Auf den ersten Blick scheint es, dass der Zweck dann als verwerflich angesehen werden darf, wenn er zwar nicht rechtswidrig ist aber moralisch nicht positiv bewertet werden konnte. Aber schon bei einer Zahlung an einen Richter bzw. einen Beamten wurde es in kai-

⁸ Der Grund dafür konnte sowohl ein Rechtsgeschäft als auch eine Straftat sein vgl. Ulpian, lib. 26. *ad ed.* (D.12.5.2.1): *Item si tibi dedero, ut rem mihi reddas depositam apud te vel ut instrumentum mihi redderes.* Paulus, lib. 5. *ad Plaut.* (D.12.5.9pr) *Si vestimenta utenda tibi commodavero, deinde pretium, ut reciperem, dedissem (...)* 1. *Si rem locatam tibi vel venditam a te vel mandatam ut redderes, pecuniam acceperis, (...) quod si, ut id, quod ex testamento vel ex stipulatu debebas, redderes mihi, pecuniam tibi dederim (...).* Kaiser Diokletian und Maximian (C.4.7.6): *Ob restituenda quae subtraxerat accipientem pecuniam, cum eius tantum interveniat turpitudine (...).*

⁹ Ulpian, lib. 26. *ad ed.* (D.12.5.2.2); *Sed si dedi, ut secundum me in bona causa iudex pronuntiaret (...).* Paulus, lib. 10 *ad Sab.* (D.12.5.3); *veluti si pecunia detur, ut male iudicetur.*; Kaiser Diokletian und Maximian an Rufinus (C.4.7.3): *Quod evitandi tirocinii causa dedisse te (...).* Dieselbe Kaiser (C.4.7.7): *Eum, qui ob restituenda quae abegerat pecora pecuniam accepit, (...).*

¹⁰ Ulpian, lib. 16. *ad ed.* (D.12.5.4); *pr. Idem si ob stuprum datum sit, vel si quis in adulterio deprehensus redemerit se (...); Item si dederit fur, ne proderetur (...).*

¹¹ D.12.5.4.3; auch für Kuppelei so Kaiser Diokletian und Maximian (C.4.7.5): *Promercalem te habuisse uxorem proponis: unde intellegis et confessionem lenocinii preces tuas continere et cautae quantitatis ob turpem causam exactioni locum non esse. (...).*

¹² Pomponius, lib. 22. *ad Sab.* (D.12.5.7): *Ex ea stipulatione, quae per vim extorta esset, si exacta esset pecunia (...);* Paulus lib. 3. *quaest.* (D.12.5.8): *Si ob turpem causam promiseris Titio, quamvis si petat, exceptione doli mali vel in factum summove eum possis, tamen si solveris, (...).* So auch bei *cautio* – Kaiser Antoninus an Angenus (C.4.7.1): *Si ex cautione tua conveniri coeperis, nullam te pecuniam accepisse, sed ob turpem causam et quam fieri prohibitum est interpositam ei, qui super ea re cogniturus est (...).*

¹³ Kaiser Antoninus an Longinus (C.4.7.2); *Cum te propter turpem causam contra disciplinam temporum meorum domum adversariae dedisse profitearis (...).*

serlichen Konstitutionen gleichzeitig als ein Verbrechen (*crimen*) qualifiziert¹⁴.

Andererseits sind nach dem römischen Recht alle Rechtsgeschäfte, die den guten Sitten¹⁵ widersprechen, nichtig¹⁶. Es ist also interessant, ob und inwieweit sich die Sittenwidrigkeit mit der Verwerflichkeit des Zweckes decken konnten. Dass alle oben genannten Beispiele auch als sittenwidrig beurteilt werden können, steht außer Frage. Marek Sobczyk hat es nachgewiesen, dass verwerfliche Leistung im römischen Recht eine besondere Art von sittenwidrigen Rechtsgeschäften war. Das Verbot von Sittenwidrigkeit bildet also einen generellen Rechtssatz unabhängig davon, ob das, was geleistet wurde, zurückgefordert werden kann oder nicht¹⁷.

Zusammenfassend, bildete die Verwerflichkeit der Leistung im römischen Recht eine aber nicht einzige Voraussetzung für *condictio ob turpem causam*. Wie andere *condictiones ob rem* bestand sie in einer Bereicherung, die durch *datio* erfolgte. Diese Bereicherung kam für den von Parteien beabsichtigten Zweck zustande, letztendlich konnten sich aber keine Gründe fürs Behalten der Bereicherung zeigen¹⁸. *Condictio ob turpem causam* unterscheidet sich aber von anderen *condictiones* darin, dass hier die Verwirklichung des Zweckes keine negative Voraussetzung für eventuellen Rechtsschutz bildete¹⁹.

¹⁴ D.12.5.2.2 i.V.m. C.7.49.1, Kaiser Antoninus: *Constitit in quacumque causa sive privata sive publica sive fiscali, ut, cuicumque data fuerit pecunia, vel iudici vel adversario, amittat actionem is, qui diffidentia iustae sententiae in pecuniae corruptela spem negotii reposuerit.*; C.4.7.3.

¹⁵ Im Sinne von allgemeingültig anerkannten ethischen Prinzipien – vgl. M.KASER, *RPR*², 1. Abschn., S.250.

¹⁶ Iulian lib. 2. *ad Urs.* (D.45.1.61): (...) *inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio*. Gaius (3.157): *Illud constat, si quis de ea re mandat, quae contra bonos mores est, non contrahi obligationem* (...). Justinian (I.3.27.6): *Illud quoque mandatum non est obligatorium quod contra bonos mores est*, (...).

¹⁷ M.SOBCZYK, *Świadczenie w zamierzonym celu*, SS.252-253. Die Beispiele für sittenwidrige Rechtsgeschäfte gab M.KASER (*RPR*², 1. Abschn., S.251) an, sie zeigen es deutlich, dass das Konzept der Sittenwidrigkeit eine breitere Bedeutung als nur die unter *condictio ob turpem causam* fallenden Tatbestände hatte. Dazu gehörten z.B. eine Vertragsstrafe für den Fall der Scheidung, sittenwidrige Bedingungen (wie etwa ein Verbot eine Ehe zu schließen), die Rechtsgeschäfte, die zu einer unerlaubten oder sittenwidrigen Handlung verpflichten (*ut Titio furtum aut iniuriam facias*, D.45.1.61).

¹⁸ Vgl. M.SOBCZYK, *ibidem*, SS.248-251.

¹⁹ Paulus, lib. 10 *ad Sab.* (D.12.5.2): *Quod si turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest*.

Der Schutz hing davon ab, welcher der Parteien die Verwerflichkeit zugeschrieben werden konnte. Den römischen Rechtsquellen kann folgendes Schema entnommen werden²⁰: handelt der Leistende verwerflich, so wird ihm keine *condictio* gewährt,²¹ handeln die beiden Parteien verwerflich, so wird ihnen die *condictio* ebenfalls verweigert und zwar mit der Begründung, dass *in pari turpitudine melior est causa possidentis*, so dass der Empfänger seine Leistung behalten konnte²². Nur wenn statt den Leistenden der Empfänger verwerflich handelte, konnte eine Rückforderung mittels *condictio ob turpem causam* verlangt werden²³. Die Verwerflichkeit des Zweckes wurde nicht präzisiert, sondern mit einigen Beispielen illustriert, die nur ein allgemeines und sehr unpräzises Bild umreißen lassen. Die *condictio ob turpem causam* wurde vermutlich dann in Betracht genommen, wenn eine *datio ob rem* verwerflich bezweckt wurde und nur dem Empfänger die Verwerflichkeit zugeschrieben wurde. Sie bildete also eine von mehreren Tatbeständen, die in der zeitgenössischen Literatur unter ungerechtfertigte Bereicherung fallen. Für Römer dienen sie zu demselben Zweck, wie das im folgenden Rechtssatz ausgedrückt wurde: *Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiores*²⁴. Das gilt schon für klassisches Recht, obwohl die *condictio ob turpem causam* (wie auch die anderen *condictiones*) erst bei Justinian unterschieden wurde.

²⁰ Paulus, lib. 10 *ad Sab.* (D.12.5pr.): (...) *turpem autem, aut ut dantis sit turpitude, non accipientis, aut ut accipientis dumtaxat, non etiam dantis, aut utriusque.*

²¹ D.12.5.4.3 (*nova ratio*).

²² D.12.5.3, D.12.5.4pr.-1, D.12.5.8: *porro autem si et dantis et accipientis turpis causa sit, possessorem potiore esse et ideo repetitionem cessare, tametsi ex stipulatione solutum est.* C.4.7.2: (...) *cum in pari causa possessoris melior condicio habeatur.* C.4.7.5.

²³ D.12.5.2pr.-1, D.12.5.4.1, D.12.5.4.4: (...) *quod si a fugitivo meo acceperis ne eum indicares, condicere tibi hoc quasi furi possim: sed si ipse fur indicium a me accepit vel furis vel fugitivi socius, puto condictionem locum habere.* D.12.5.5. Ulpian lib. 18. *ad Sab.* (D.12.5.6): *Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici: in qua sententia etiam Celsus est.* D.12.5.7-9. Kaiser Diokletian und Maximian (C.4.7.4): *Quotiens accipientis, non etiam dantis turpis invenitur causa, licet haec secuta fuerit, datum condici tantum, non etiam usurae peti possunt.*

²⁴ Pomponius lib. 21. *ad Sab.* (D.12.6.14).

1. Erste polnische Kodifikation des Schuldrechts (1933)

Die Kodifikation des Zivilrechts erfolgte in Polen erst in der ersten Hälfte des 20. Jh. Nach dem 1. Weltkrieg, am 11. November 1918 wurde die Zweite Polnische Republik (II Rzeczpospolita) gegründet. Unter verschiedenen Problemen, mit denen das junge Staatwesen zu kämpfen hatte, befand sich auch das der Rechtszersplitterung²⁵. 1919 begann mit der Gründung²⁶ einer Kodifikationskommission²⁷ unter dem Vorsitz vom Präsidenten Franciszek Ksawery Fierich²⁸, die Ausarbeitung der Projekte in verschiedenen Bereichen des Zivilrechtes.

a) Projekt

Die ungerechtfertigte Bereicherung²⁹ wurde schon am Anfang dem Schuldrecht zugeteilt. 1923 hat Ernest Till³⁰ sein Projekt des Rechtes

²⁵ Das Territorium der Zweiten Polnischen Republik wurde aus 3 früheren Teilungsgebieten oder abhängigen Gebieten, die zu Preußen, Russland und Österreich gehörten, wiederhergestellt, hier galten verschiedene Rechtssysteme. Nur im Bereich des Zivilrechtes können die folgenden genannt werden: Code Civil Français (2. und 3. Buch) und Zivilgesetzbuch von Kongresspolen (vorheriges Kongresspolen); russische Свод Законов Российской империи (10. Bd. 1 Teil, vorheriges russisches Teilungsgebiet); BGB (vorheriges preußisches Teilungsgebiet); ABGB (mit späteren Änderungen, vorheriges österreichisch-ungarisches Teilungsgebiet) und bis 1922 ungarische Ehegesetzgebung und ABGB (polnische Teile der Komitate Zips und Arwa, vorheriges österreichisch-ungarisches Teilungsgebiet).

Als Zwischenlösung wurden am 2. August 1926 zwei Gesetze erlassen: eines über internationales Privatrecht (o prawie właściwym dla stosunków prywatnych międzynarodowych, Dz.U. Nr. 101, 581) und eines über das in den Staatsteilen geltendes Privatrecht (o prawie właściwym dla stosunków prywatnych wewnętrznych, Dz.U. Nr. 101, 580) – die die Kollisionsregeln enthielten.

²⁶ Gesetz vom 3. Juni 1919 über Kodifikationskommission (Dz. Praw. Nr. 44, 315).

²⁷ Sie wurde in zwei Abteilungen (für Zivil- und für Strafrecht), weiter in Sektionen geteilt. Abteilung für Zivilrecht (Sektionen, Unterkommissionen und Arbeitsgruppen): S. für Zivilrecht (persönliches Eherecht, Vermögensheerrecht, Familien- und Vormundschaftsrecht, Sachenrecht, Erbrecht, Schuldrecht), S. für Zivilprozedur, S. für Handelsrecht. Abteilung für Strafrecht (Sektionen, Unterkommissionen und Arbeitsgruppen): für Strafrecht, S. für Strafprozessordnung, für Ordnungswidrigkeitsrecht – J.MARKIEWICZ, *Kształtowanie się systemu prawa sądowego i jego twórcy w okresie międzywojennym (1919-1939)*, (*Die Gestaltung des Gerichtsrechtssystems und seine Urheber in der Zwischenkriegszeit*), Teka Komisji Prawodawczej – OL PAN (2010), S.115f.

²⁸ 1860-1928, Professor für Zivilprozessrecht.

²⁹ Darunter versteht man eine Bereicherung, die jemandes Vermögen auf Kosten anderer und ohne einen gerechtfertigten Grund vergrößert – s. E.TILL, *Prawo prywatne austriackie*, (*Das österreichische Privatrecht*), 2. Bd. (O stosunkach zobo-

bezüglich der Schuldverhältnisse mit Motiven veröffentlicht. In dem uns interessierenden Bereich ging er von zwei Prinzipien aus: 1. Es herrscht Vertragsfreiheit³¹ und 2. alle Verträge (umowy), die einen unmöglichen oder von einem Gesetz verbotenen Inhalt haben oder sittenwidrig sind, sind nichtig³². Infolgedessen sollten alle die ungegerechtfertigte Bereicherung betreffenden Vorschriften unter nichtvertragliche Schuldverhältnisse fallen, aber hier gab Till nur einen allgemeinen Rechtsatz an: wer unbegründet eine Zuwendung vom fremden Vermögen in Anspruch nahm, ist verpflichtet diese Zuwendung in Natur oder, wenn es unmöglich wäre, in ihrem Wert zurück zu erstatten³³. Die durch sittenwidrige Rechtsgeschäfte entstandene Bereicherung wurde im vierten Kapitel (vom Erlöschen der Rechten und Pflichten³⁴) des ersten Teils des Entwurfs unter dem Titel die Rückerstattung der grundlosen Leistung³⁵, Untertitel Fehlen oder Entfallen des Rechtsgrundes³⁶ geregelt. Im Art. 168 wird gesagt³⁷:

1. Kto drugiemu świadomie płaci w celu, ażeby skłonić go do czynu zabronionego albo przeciwnego dobrem obyczajom, nie ma

1. Wer einem anderen bezahlt, um ihn zu einer unerlaubten oder sittenwidrigen Handlung zu bringen, dem steht ein Anspruch auf

wiązaniowych. Część szczegółowa), Lwów 1897, S.424; R.LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Zobowiązania*, (*Schuldrecht*), Lwów 1938, SS.214-215.

³⁰ 1846-1926, Professor für Zivilrecht an der damaligen Johann II.-Kasimir-Universität Lemberg, sein Entwurf lag dem späteren Schuldgesetzbuch zugrunde.

³¹ 1. Teil (Allgemeine Bestimmungen), 2. Kap. (Von Entstehungsarten der Schuldverhältnisse), 2. Tit. (von Verträgen), A. (Allgemeine Bestimmungen), Art.19. Als Muster galt hier Art.19 des 5. Teils des Schweizerisches Zivilgesetzbuches, die öffentliche Ordnung bleibt aber absichtlich außer Betracht - E.TILL, *Polskie prawo zobowiązań (część ogólna). Projekt wstępny z motywami, (Das polnische Schuldrecht (allgemeiner Teil). Vorentwurf mit Motiven)*, Lwów 1923, S.4 und Motive, S.58.

³² 1. Teil (Allgemeine Bestimmungen), 2. Kap. (Von Entstehungsarten der Schuldverhältnisse), 2. Tit. (von Verträgen), B. (Von notwendigen Voraussetzungen), Art. 50. Till selbst stützte sich hier auf §§184, 138 BGB sowie auf Art.20 des 5. Teils des Schweizerisches Zivilgesetzbuches – E.TILL, *Polskie prawo zobowiązań (część ogólna). Projekt*, S.10 und Motive, S.80.

³³ 1. Teil (Allgemeine Bestimmungen), 2. Kap. (Von Entstehungsarten der Schuldverhältnisse), 4. Tit. (von anderen Entstehungsgründen der Schuldverhältnisse), C. (Von Zuwendungen, die zum Nachteil des anderen erworben wurden), Art.105 - E.TILL, *ibidem*, SS.22-23.

³⁴ O zgaśnięciu praw i obowiązków.

³⁵ Zwrot świadczenia nienależnego.

³⁶ Brak lub odpadnięcie przyczyny prawnej.

³⁷ E.TILL, *Polskie prawo zobowiązań (część ogólna). Projekt*, SS.33-34.

prawa żądać zwrotu tego, co zapłacił.

2. Czy to, co zapłacono ulega konfiskacie, zależy od postanowień prawa publicznego, które sędzia z urzędu uwzględnić powinien.

Rückforderung dessen, was er bezahlt hat, nicht zu.

2. Ob das, was bezahlt wurde, von dem Fiskus zurückgefordert werden kann, ist von Bestimmungen des öffentlichen Rechtes abhängig, das der Richter von Amts wegen zu berücksichtigen hat.

Als Muster nahm Till § 1174 ABGB Abs. 1³⁸ mit einer Begründung, dass es sich hier um die *causa turpis utriusque partis* handelt. Nahm der Empfänger die Leistung ungerechtfertigt entgegen, so findet Art. 165 Abs. 1 über Bezahlung der nicht zustehenden Schuld (*condictio indebiti*) entsprechende Anwendung³⁹.

Die Situation, dass *in pari turpitudine* der Empfänger die Leistung behält, hatte Till als nicht recht und billig beurteilt und sah im Abs. 2 die Einziehungsmöglichkeit vor⁴⁰. Nach einer Diskussion wurde von der Kodifikationskommission Art. 168 in seiner Fassung, aber ohne Absatz 2 übernommen⁴¹. Die Kommission vertrat die Meinung, dass

³⁸ „Was jemand wissentlich zur Bewirkung einer unmöglichen oder unerlaubten Handlung gegeben hat, kann er nicht wieder zurückfordern. Inwiefern es der Fiskus einzuziehen berechtigt sei, bestimmen die politischen Verordnungen. Ist aber etwas zu Verhinderung einer unerlaubten Handlung demjenigen der diese Handlung begehen wollte, gegeben worden, so findet die Zurückforderung statt“. Dass im ABGB unter einer unerlaubten Leistung auch eine unmoralische verstanden wurde, leitete E. Till von dem §26*fin.* ABGB i.V.m. §878 ABGB ab – s. E.TILL, *Prawo prywatne austriackie*, 2. Bd., S.444 Anm.1.

³⁹ E.TILL, *ibidem*, S.444 und Anm.3.

⁴⁰ Diese Ansicht hat Till schon in seinem Lehrbuch des österreichischen Privatrechts vertreten, wo er den Grundsatz, dass eine verwerfliche Leistung nur dann zurückgefordert werden kann, wenn ihr Empfang aber nicht das Leisten selbst verboten oder unsittlich wurde, besprach. Er stellt die Frage, ob eine solche Vorschrift zutreffend ist. Damit spielte er auf „einen von Ulpian erörterten Fall“ an (ohne Angabe auf D.12.5.4.3), in welchem eine Prostituierte eine Zahlung nicht unsittlich annahm. Till schrieb: „über eine solche Argumentation hat sich Zeiller (S.525) mit Recht entrüstet.“, weil wer verwerflich handelt (d.h. Empfänger), muss sich vor keiner Strafe fürchten und zieht zugleich einen Nutzen“ - E.TILL, *ibidem*, S.446 Anm.6.

⁴¹ Eine Einziehungsmöglichkeit war im preußischen ALR im §§205 und 206 des Ersten Teils vorgesehen. Es bleibt aber ungewiss ob sich Till auf das preußische Gesetzbuch stützte oder ob der Vorschlag seine eigene Erfindung war. Vgl. auch W.CZACHÓRSKI, *Z zagadnień niesłusznego wzbogacenia w prawie cywilnym radzieckim*, (*Die Frage der ungerechtfertigten Bereicherung im sowjetischen Zivilrecht*), Państwo i Prawo 11 (1950), S.91 Anm.25a. Unabhängig davon existierte aber

die Rückerstattung als solche unmöglich ist, da in besonderen Vorschriften eine Einziehungsmöglichkeit vorgesehen wurde⁴².

b) Polnisches Schuldgesetzbuch (1933)

Am 27. Oktober 1933 wurde das polnische Schuldgesetzbuch (Kodeks Zobowiązań, im Folgenden KodZob) veröffentlicht⁴³ und trat am 1. Juli 1934 in Kraft. Das Gesetz hielt an dem Grundsatz der Vertragsfreiheit fest (Art. 55⁴⁴). Die Verträge, die eine Unmöglichkeit zum Inhalt haben oder die der öffentlichen Ordnung, den Gesetzen, den Guten Sitten widersprechen, sind nichtig und diese absolute Nichtigkeit tritt *ipso iure* auf (Art. 56 § 1⁴⁵). In dieser Perspektive sollte sich die ungerechtfertigte Bereicherung als ein Rechtsinstitut zeigen, das die infolge eines nichtigen Rechtsgeschäftes zustande gekommenen faktischen Tatbestände beseitigt, obwohl es klar ist, dass ungerechtfertigte Bereicherung nicht nur infolge eines nichtigen Vertrages entstanden konnte⁴⁶. Je nach dem, wie diese Frage im polnischen

fakultativ diese Möglichkeit aufgrund vom polnischen Strafgesetzbuch (Art.50) im Fall einer unerlaubten Handlung i.d.S. von Strafgesetz (P.KSIĘŻAK, *Świadczenie niegodziwe, (Die verwerfliche Leistung)*, Reihe Monografie Prawnicze, Warszawa 2007, SS.91f., 105).

⁴² P.KSIĘŻAK, *ibidem*, S.92.

⁴³ Dz. U. 1933, Nr. 82, 598. Insgesamt hat die Kommission im Bereich des Zivilrechts bis zum Zweiten Weltkrieg noch folgende Rechtszweige kodifiziert: Zivilprozessordnung, Urheberrecht, Handelsrecht, Wettbewerbsrecht, Patentrecht, Börsenrecht, Bankrecht, das Recht betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung sowie die unter Anm.25 Abs.2 genannten Gesetze.

Außerdem blieben weiter die in verschiedenen Staatteilen geltenden Vorschriften der fremden Rechtssysteme in Kraft, z.B. für Teschener Schlesien (Olsagebiet) und Kleinpolen ABGB – vgl. *Kodeks cywilny z roku 1811 obowiązujący w Małopolsce i na Śląsku Cieszyńskim oraz ustawy dodatkowe, (Das für Kleinpolen und Teschener Schlesien geltende Zivilgesetzbuch vom Jahre 1811 und die nachträglichen Gesetze)*, hrsg. J. Basseches, I. Korkis, Lwów 1936.

⁴⁴ Es sei denn, dass weder der Inhalt noch der Zweck des Vertrages im Widerspruch zur öffentlichen Ordnung, zum Gesetz und zu den Guten Sitten stand.

⁴⁵ § 1 Die Verträge, deren Inhalt unerfüllbar ist und diese, die der öffentlichen Ordnung, dem Gesetz oder den Guten Sitten widersprechen, sind nichtig.

§ 2 Treffen solche Mängel nur einige Bestimmungen des Vertrages, so bleiben die andere Bestimmungen gültig, es sei denn, dass eine Vermutung begründet wäre, dass ohne diesen ungültigen Bestimmungen die Parteien den Vertrag nicht hätten eingehen können

⁴⁶ Andererseits war die ungerechtfertigte Bereicherung kein einziges Rechtsmittel, das eine solche Beseitigung ermöglichte.

Schuldgesetzbuch betrachtet wurde, scheint es, stehen die Artikeln 55-56 KodZob eher in Zusammenhang mit dem, was als grundlose Leistung definiert wurde⁴⁷.

Die ungerechtfertigte Bereicherung wird im Schuldgesetzbuch in zwei verschiedenen Kapiteln des Zweiten Titels (Entstehung des Schuldverhältnisses), Abteilung Zwei (Entstehung des Schuldverhältnisses aus anderen Quellen) des Gesetzbuches geregelt. Zuerst erscheint die ungerechtfertigte Bereicherung im Kapitel II (nieszuszne wzbogacenie) mit der Hauptregel: wer ungerechtfertigt eine Zuwendung aus fremden Vermögen erwarb, ist zur Rückgabe (in der Natur oder ihrem Wert entsprechend) verpflichtet (Art. 123). In Kapitel III wird als grundlose Leistung (Art. 128 § 1) eine zum Zweck der Schuldtilgung angenommene Leistung definiert, die im Zeitpunkt des Leistens nicht bestand⁴⁸. Das, was dem römischen Konzept der *condictio ob turpem vel iniustam causam* entsprach, wurde durch Art. 131 Punkt 3 *fin.*⁴⁹ und Art. 132 übernommen.

Art. 131 Nie można żądać zwrotu świadczenia:

3) jeżeli spełniający dobrowolnie świadczenie wiedział, że do świadczenia nie był zobowiązany, chyba że spełnienie świadczenia nastąpiło z zastrzeżeniem zwrotu, w celu uniknięcia przymusu, albo w wykonaniu czynności prawnej, zakazanej lub mającej cel niegodziwy.

Art. 132 § 1 Kto drugiemu świadomie płaci za spełnienie czynu zabronionego lub przeciwnego dobrym

Art. 131 Eine Forderung der Rückerstattung der Leistung ist ausgeschlossen, wenn:

3) dem Leistenden, der freiwillig seine Leistung erbrachte, bewusst war, dass er zu keiner Leistung verpflichtet war, es sei denn, dass die Leistung unter dem Vorbehalt der Rückerstattung, zwecks Vermeidung eines Zwanges oder in Erfüllung eines unerlaubten oder zum verwerflichen Zweck durchgeführten Rechtsgeschäftes zustande kam.

Art. 132 § 1 Wer dem anderen wesentlich für die Erfüllung einer unerlaubten oder sittenwidrigen Handlung oder zwecks Anstiftung zu ei-

⁴⁷ Obwohl die beiden Tatbestände in einer bestimmten Verwandtschaft zu bleiben scheinen (s. oben).

⁴⁸ Unter diesen Voraussetzungen hatte der Leistende das Recht seine Leistung zurückzufordern.

⁴⁹ Unter Punkt 1. und 2. sind die verjährende oder nichtklagbare Forderungen sowie die Leistungen, die von der moralischen Pflicht, des Fug und der Sitten wegen gerechtfertigt waren geregelt.

obyczajom, albo w celu skłonięcia go do takiego czynu, ten nie ma prawa żądać zwrotu tego, co zapłacił.

§ 2 Również nie ma prawa żądać zwrotu ten, kto wykonał zobowiązanie z czynności prawnej o celu niegodziwym, jeżeli niegodziwość zachodzi po jego stronie.

ner solchen Handlung bezahlt⁵⁰, dem steht kein Rückerstattungsrecht zu.

§ 2 Zur Rückerstattung ist auch derjenige nicht berechtigt, der seine Pflicht aus einem Rechtsgeschäft mit einem verwerflichen Zweck erfüllt, wenn die Verwerflichkeit ihm zugeschrieben werden kann.

Laut Roman Longchamps de Bériér⁵¹ entsprachen diese Vorschriften der in einigen ausländischen Gesetzgebungen herrschenden Tendenz⁵².

Nach einigen wiederum ging es hier um zwei verschiedene Rechtsinstitute⁵³. Andererseits kann man auch vermuten, dass die grundlose Leistung eine Form von der ungerechtfertigten⁵⁴ Bereicherung ist. Lonchamps de Bériér erklärte die Absicht der Kommission damit,

⁵⁰ Darunter sollen auch alle Leistungen *in natura* verstehen werden. Das Gleiche gilt auch für § 2 – vgl. P.KSIĘŻAK, *Świadczenie niegodziwe*, S.101.

⁵¹ 1883-1941, der Mitglieder der Kodifikationskommission, Referent des Projektes des Schuldgesetzbuches.

⁵² R.LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Zobowiązania*, S.223; u.a. §1174 S.1 ABGB und Art.27 Abs.1 der französisch-italienischen Fassung, der letzte Artikel mit kritischen Beobachtungen - idem, *Projekt francusko-włoski o zobowiązaniach z r. 1927*, (*Der französisch-italienische Entwurf über Schuldverhältnisse*), Warszawa 1929, S.21. Noch 1926 wurde von einem Mitglied der Kodifikationskommission, Professor Ignacy Koschembahr-Łyskowski, ein Vorschlag gemacht, als Muster das französisch-italienische Entwurf zu übernehmen, was R. Longchamps de Bériér ablehnte - *Projekt francusko-włoski, passim*; A.REDZIK, *Romana Longchamps de Bériér udział w pracach Komisji Kodyfikacyjnej Rzeczypospolitej Polskiej*, (*Die Beteiligung von Roman Longchamps de Berier an den Arbeiten der Kodifikationskommission der Polnischen Republik*), in: *Nauki prawne między tradycją a współczesnością*, Prace dedykowane profesorowi Romanowi Longchamps de Bériér w 70. rocznicę śmierci, hrsg. A.Dębiński, M.Pyter, B.Czech-Jezińska, Lublin 2011, S.77.

⁵³ Vgl. A.OCHANOWICZ, *Bezpodstawne wzbogacenie w projekcie kodeksu cywilnego PRL*, (*Die ungerechtfertigte Bereicherung im Entwurf des Zivilgesetzbuches der PRL*), *Państwo i Prawo* 10 (1960), SS.606-607.

⁵⁴ F. Zoll vertrat die Meinung, unter 'Ungerechtfertigkeit' soll man ein Widerspruch nicht nur bez. positiver Rechtsvorschriften aber auch bez. ethischer Normen verstehen (F.ZOLL, *Zobowiązania w zarysie. Według polskiego kodeksu zobowiązań*, (*Schuldverhältnisse im Überblick. Nach polnischem Schuldrecht*), Warszawa 1945, S.73 und Anm.2), sodass die beiden Fälle nicht scharf voneinander unterschieden werden können.

dass die separate Betrachtung der infolge einer grundlosen Leistung zustande gekommenen ungerechtfertigten Bereicherung es möglich macht, ihre charakteristischen Merkmale präziser auszudrücken und die für sie typischen Forderungsvoraussetzungen zu zeigen⁵⁵. Der inneren Ordnung des KodZob im Kapitel III (grundlose Leistung) folgend, haben wir mit verschiedenen Tatbeständen zu tun, die den römischen *condictio indebiti* (Art. 128), *condictiones causa finita et causa data causa non secuta* (Art. 129), *condictio sine causa* (Art. 130) entsprechen. Es folgen die die Rückforderungsmöglichkeit ausschließenden Artikel 131-132⁵⁶. Mit dem Begriff der ungerechtfertigten Bereicherung (Art. 123) wurden dabei auch solche Zuwendungen beschrieben, die nicht unbedingt durch eine Leistung erworben werden: z.B. unbewusste Nutzung eines fremden Futters für eigene Zwecke, oder infolge einer unerlaubten Handlung⁵⁷. Darunter sollten alle Bereicherungen fallen, die ohne irgendeinen rechtlichen Grund vorkamen⁵⁸. Sowohl bei einer ungerechtfertigten Bereicherung als auch bei einer grundlosen Leistung fehlte es an Rechtsgründen der Bereicherung. Die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung finden entsprechende Anwendung (Art. 133 § 1) bei der grundlosen Leistung. All dies zeigt, dass es sich dabei um ein einzelnes Rechtsinstitut handelt, dessen besonderem Tatbestand auch spezielle Regelungen angepasst wurden⁵⁹.

Die aufgrund von sittenwidrigen⁶⁰ Rechtsgeschäften erfolgte Leistung (Art. 132 § 2) gehörte zu nichtvertraglichen und nicht delikti-

⁵⁵ P.KSIĘŻAK, *Świadczenie niegodziwe*, S.94.

⁵⁶ Vgl. in *Poradnik prawniczy. Zbiór ustaw i wzorów pism w sprawach administracyjnych, karnych, cywilnych, wojskowych, szkolnych, pracy, opieki społecznej i t.p.*⁶, (*Der juristische Ratgeber. Eine Sammlung von Gesetzen und Schriftformularen in Verwaltungs-, Straf-, Zivil-, Militär-, Schul-, Arbeits- und Sozialversicherungssachen u.Ä.*), hrsg. M.Buczma-Czapliński, Lwów-Warszawa-Poznań 1935, SS.625-626; F.ZOLL, *op.cit.*, SS.75-78; P.KSIĘŻAK, *Świadczenie niegodziwe*, S.94.

⁵⁷ Art. 123 KodZob setzte eine objektive Haftung voraus. Weitere Beispiele bei R.LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Zobowiązania*, SS.214-215; F.ZOLL, *op.cit.*, S.74.

⁵⁸ R.LONGCHAMPS DE BÉRIER, *ibidem*.

⁵⁹ So auch F.ZOLL, *op.cit.*, S.75.

⁶⁰ Die Guten Sitten sind seit Kodifikationskommission vom Schuldgesetzbuch (1933) aus fremden Rechtssystemen übernommen worden (vgl. §817 BGB, §879 ABGB, Art.66 schweizerischen OR [rechtswidriger oder unsittlicher Erfolg]). 1964 wurden sie im polnischen Zivilgesetzbuch nicht mit einbezogen, wurden aber wieder 1990 eingeführt und sind eigentlich in ihrem Inhalt mit den Grundsätzen des gesellschaftlichen Zusammenlebens deckungsgleich, d.h. sie gehen aus den Grundsätzen hervor –

schen Obligationen. Im betrachteten Kapitel III steht im Prinzip eine Rückforderung dem Leistenden zu, auch wenn die Rechtsgründe einer Sittenwidrigkeit wegen fehlen⁶¹. Die Nichtigkeit aufgrund von Artikeln 56 KodZob ist eine absolute Nichtigkeit und sie tritt *ipso iure* auf⁶². Das Wissen des Leistenden, dass das Rechtsgeschäft wegen Zweckverfehlung nichtig werden konnte, beeinträchtigt sein Recht auf Rückerstattung nicht (Art. 131 Pkt. 3 KodZob)⁶³. Ob sie dem Leistenden verweigert wird, hängt davon ab, ob er die Voraussetzungen des Artikels 132 KodZob erfüllt, d.h. ob er selbst oder die beiden Parteien

vgl. Art.70⁵ §1, Art.72 §2, Art.385¹ §1, Art.385² des polnischen Zivilgesetzbuches i.d.F. vom 1990; A.PIASKOWY, *Klauzule generalne w projekcie nowego kodeksu cywilnego*, (*Die Generalklauseln im Entwurf des neuen Zivilgesetzbuches*), *Transformacje Prawa Prywatnego* 3 (2012), S.59 Anm.42, 65 und Anm.88.

⁶¹ Art.56 § 1 KodZob. Vgl. auch F.ZOLL, *op.cit.*, S.77.

⁶² R.LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Le nouveau Code Polonais des obligations*, *Bulletin de la Société de Legislation Comparée* Juillet-Septembre (1935), S.5. Auch wenn sie nachträglich beispielsweise durchs Gericht festgestellt wurde, galt diese Feststellung immer *ex tunc*.

⁶³ Longchamps de Bérier schrieb sogar über eine Erleichterung (es sein denn, dass die Voraussetzungen des Art.132 auftreten), die dem Leistenden der Art. 131 Pkt. 3 bot. Darüber hinaus sah er diese Rückerstattungsmöglichkeit noch insofern sinnvoll, dass im Gegenfall 'jedes Verbot mit freiwilliger Erfüllung umgangen werden kann und die Parteien erreichen das, was das Recht vermeiden will' (*można każdy zakaz obejść przez dobrowolne wykonanie i strony osiągną to, czemu prawo chce zapobiec*) – R.LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Zobowiązania*, S.221 und zit. S.223. In der Literatur wurden damals verschiedene Beispiele vom römischen Recht als eine Begründung eingeführt: Leistung zwecks Erfüllung einer vertraglichen Pflicht oder Unterlassung eines Verbrechens, Erpressen zum Schmiergeld seitens eines Beamten, entgeltliche Vermittlung bei einer Eheschließung. All das führt zur Annahme, dass die ehrliche Absicht seitens des Leistenden, obwohl er bewusst mit einem sittenwidrigen Zweck handelte, einen Anspruch auf Rückgabe begründet – vgl. P.KSIĘŻAK, *Świadczenie niegodziwe*, SS.95f.

Am 25.01.1960 hat das Oberste Gericht (Hierunter: SN) in seinem Urteil (4 CR 47/60) diesen Grundsatz nochmals ausgesprochen. Der Tatbestand besteht in einer verwerflichen Leistung von einem Scheinkauf. Die Klägerin ist mit dem Angeklagten ins Scheingeschäft gekommen, indem sie ihm bestimmte Möbelstücke verkaufte und auf ihn ihren Besitz übertrug. Der Preis wurde weder gefordert noch gezahlt. Die Verwerflichkeit der Verkäuferin bestand darin, dass sie unter Drohung eines Zwangsvollstreckungsverfahrens wegen Steuerschulden stand. Nach dem Abschluss des Steuerverfahrens wendete sich die Klägerin an den Angeklagten mit einem Anspruch, ihre Möbel zurück zu bekommen. Der Angeklagte hat es abgelehnt, weil er die Gegenstände als Pfand für die ihm von der Klägerin zustehenden Forderungen behalten wollte. SN hat die Nichtigkeit des Scheinkaufs bestätigt und – der Verwerflichkeit des Leistenden wegen – die Verwendung des Art.132 §2 KodZob anerkannt.

sittenwidrig gehandelt haben. Nach KodZob handelte sittenwidrig derjenige, der entweder für eine schon vollbrachte unerlaubte oder sittenwidrige Handlung zahlte oder durch seine Zahlung zur einer solchen Handlung seinen Kontrahenten anstiften wollte⁶⁴. Beabsichtigt jemand, eine Leistung aufgrund vom nichtigen Rechtsgeschäft zu erbringen, so wird er als sittenwidrig handelnde nur dann angesehen, wenn ihm selbst die sittenwidrigen Motive zugeschrieben werden können⁶⁵. R. Longchamps de Bériér berief sich auf den Rechtsatz: *nemo auditur turpitudinem allegans*, gemäß dem die Gerichte bei solchen Abrechnungen zwischen den Parteien (rozrachunki) keine Hilfe leisten sollten⁶⁶. Er bezog die Voraussetzungen des Artikels 131 Pkt. 3 KodZob im Allgemeinen auf die *condictio sine causa* und nicht auf *condictio ob turpem causam* obwohl man hier ausdrücklich von einer sittenwidrigen Zweckvereinbarung bei einem Rechtsgeschäft sprach⁶⁷. Roman Longchamps de Bériér wies darauf hin, dass es sich in diesem Punkt um sittenwidrige Handlung des Empfängers handelte, womit die Rückerstattung zugelassen ist⁶⁸. Andere Möglichkeiten werden durch die Voraussetzungen des Artikels 132 KodZob (*turpitudinis dantis solius vel utriusque partis*) geregelt. Wenn man ein Vergleich mit der römischen Konzeption machen will, da wird eine Verschmelzung von verschiedenen *condictiones* ersichtlich, darunter

⁶⁴ Also im Prinzip lag hier kein Vertrag, auch wenn nichtig, zugrunde. P. Księżak wies hier darauf hin, dass die Kommission verschiedene Rechtsnormen vermischt hat: die Leistung aus einem Vertrag und außervertragliche Leistung des Anstifters. Er gründete seine Annahme darauf, dass das Verb "spełnić" (erfüllen) unpräzise ist, und es könnte sowohl eine vertragliche Leistung als auch eine außervertragliche Preiszahlung bedeuten (P.KSIĘŻAK, *ibidem*, SS.97f.). Ich denke aber, dass man diese Zweifel als unbegründet ansehen soll, da im §2 die Leistungen aus Rechtsgeschäften beisteht ausdrücklich reguliert wurden.

⁶⁵ Diese Version unterscheidet sich vom Art.168 des Entwurfs darin, dass hier noch eine Gegenleistung bzw. eine Zahlung für schon vollendete Handlung vorgesehen ist. Noch 1960 hat das SN die Ansicht ausgesprochen, dass die im Strafverfahren wegen der Begehung einer unerlaubten Handlung (Kauf der gestohlenen Sache) verurteilte Vertragspartei nicht automatisch als verwerflich handelnd i.S.v. Art.132 §2 anerkannt werden (C 1269/51). Das polnische Strafgesetzbuch von 1932 setzte im Art.161 als Haftungsgründe eine Fahrlässigkeit voraus.

⁶⁶ R.LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Zobowiązania*, S.224. Anderen sahen hier eine Verwirklichung der Paremie: *in pari turpitudinem melior est causa possidentis* - P.KSIĘŻAK, *Świadczenie niegodziwe*, S.105.

⁶⁷ P.KSIĘŻAK, *ibidem*, S.95. Die Begründung von R. Lonchamps de Bériér s. oben unter Anm.63.

⁶⁸ R.LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Zobowiązania*, S.223.

diejenigen *ob turpem vel iniustam causam* mit der *sine causa*. Im Allgemeinen soll jetzt *causa turpis* als ein besonderer Fall der *condictio sine causa* (im Sinne von ungerechtfertigter Bereicherung) gelten, sofern hier eine Rückerstattung der Leistung abgesagt wurde⁶⁹. Hier wurde weiterhin dem römischen Schema gefolgt, so dass der Leistende seine schon erbrachte Leistung zurückfordern konnte, es sei denn dass die Voraussetzungen des Art. 132 § 2 erfüllt werden. Dieses Schema beruht aber nicht auf einer selbständigen Analyse der römischen Rechtsquellen sondern auf dem, was den zurzeit geltenden Gesetzgebungen und der juristischen Literatur entnommen werden konnte⁷⁰. Die in der zeitgenössischen Literatur herrschenden Tendenzen haben auch das polnische Schuldgesetzbuch beeinflusst und werden, wie es sich weiter zeigt, auch für das polnische Zivilgesetzbuch (in dem uns interessierenden Bereich) große Bedeutung haben. Mit dem römischen Recht lässt sich noch eine Gemeinsamkeit zeigen, nämlich eine Trennung zwischen der objektiven Verwerflichkeit des Zweckes eines Rechtsgeschäftes und den subjektiven Motiven der Parteien – was der ulpianischen *nova ratio decidendi* entspricht⁷¹. Auch hier haben wir keine Beweise dafür, dass es sich hier um eine direkte

⁶⁹ Eigentlich unter einer ungerechtfertigten Bereicherung verstand man in der juristischen Literatur des 19. Jh. die römische *condictiones sine causa, causa data causa non secuta, indebiti, ob turpem vel iniustam causam* wie auch andere Tatbestände, die jetzt in einem Rechtsinstitut verschmelzen – B.WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*⁶, 2. Bd., Frankfurt a.M. 1887, §422.

⁷⁰ Sowohl Till als auch Longchamps de Bériér haben sich bei ihrer Tätigkeit als Mitglieder der Kodifikationskommission hauptsächlich auf die damals geltenden fremden Gesetzgebungen bezogen (vgl. E.TILL, R.LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Polskie prawo zobowiązań (część szczegółowa). Projekt wstępny z motywami, (Das polnische Schuldrecht (besonderer Teil). Vorentwurf mit Motiven)*, Lwów 1928, S.71). Obwohl beide auch Kenner des römischen Rechtes waren, wollten sie sich bei ihren Motiven wie auch in ihrem wissenschaftlichen Schrifttum im Allgemeinen vielmehr auf die pandektistische Literatur als römischen Rechtsquellen stützen (Z.B. Savigny, Żródłowski, Zielonacki, Windscheid – vgl. E.TILL, *Prawo prywatne austriackie*, 1. Bd., SS.233, 267-268, 303; E.TILL, R.LONGCHAMPS DE BÉRIER, *ibidem*, SS.71, 73). Die letzten zitieren sie (wenn überhaupt) nur illustrativ (vgl. z.B. E.TILL, *Prawo prywatne austriackie*, 2. Bd., S.270 Anm.1) und manchmal aus der zweiten Hand (E.TILL, *ibidem*, S.446 Anm.6). Die Gestalt und der Inhalt des Rechtsinstitutes der ungerechtfertigten Bereicherung im polnischen Schuldgesetzbuch ist das Ergebnis der juristischen Bearbeitung moderner Gesetzgebungen, insbesondere des §1174 S.1 ABGB (s. Anm.38).

⁷¹ Wenn die Überlegungen von W. Dajczak und A. Sokala richtig sind – s. unter Anm.5.

Inspiration durch den D. 12.5.4.3 handelte. Die einzige direkte Berufung auf die Entscheidung Ulpian, die im Lehrbuch Tills zu finden ist, weist nicht auf den Versuch hin, die dogmatischen Grundlagen der *nova ratio* zu finden. Unabhängig davon scheint es deutlich, dass sowohl Till als auch von ihm erwähnte Zeiller eher die Ansicht von Labeo und Marcellus vertraten⁷².

Die Zahlung an eine Prostituierte wird in der Literatur als Beispiel für eine sittenwidrige Handlung im Sinne des § 1 des Artikels 132 genannt. Zutreffend wies aber Księżak darauf hin, dass es sich hier vielmehr um ein sittenwidriges Rechtsgeschäft und infolgedessen eine Leistung mit sittenwidriger Zweckbestimmung handelte⁷³. Dieses Beispiel gehörte eher zum § 2 desselben Artikels, insbesondere deshalb, weil die entgeltlichen sexuellen Handlungen mit keiner Strafe bedroht wurden⁷⁴. Es bleibt jedoch unklar, zu welchem Fall, der unter Artikel 132 fällt, eine Leistung an Prostituierte angerechnet werden soll. Mit anderen Worten sahen hier die Autoren des Schuldgesetzbuches eine einseitige oder eher beiderseitige Verwerflichkeit. Die zweite Möglichkeit kann dadurch verstärkt werden, dass am Ende des 19. Jh. und am Anfang des 20. Jh. sowohl die Prostitution als auch die Prostituierten unter einer vorwiegend negativen moralischen Abschätzung standen⁷⁵.

⁷² S. oben Anm.40.

⁷³ Als sittenwidrig wurde auch die Zahlung für sexuelle Dienste angesehen. P.KSIĘŻAK, *Świadczenie niegodziwe*, SS.99-100. Es wird angenommen, dass das lateinische *turpitude* sich auf moralische Bewertung des Verhaltens einer Person bezieht – vgl. z.B. D.MEDICUS, s.v. *Turpitude*, in: *Der Kleine Pauly. Lexikon der Antike*, hrsg. K.Ziegler, W.Sontheimer, H.Gärtner, 5. Bd., München 1979, Kol.1009; *turpitude* II, in: *Ausführliches lateinisch-deutsches Handwörterbuch*⁸, hrsg. K.E.Georges, 2. Bd., Darmstadt 1998, Kol. 3266; J.SONDEL, s.v. *turpis* und *turpitude*, *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*², (*Das lateinisch-polnische Wörterbuch für Juristen und Historiker*), Kraków 2001, S.962. Im polnischen KodZob spricht man aber über Gute Sitten, die nicht einen moralischen (also subjektiver, vgl. Guter Glaube-Klausel) sondern einen sozialen, objektiven Charakter haben – vgl. zu dem Überlegungen bei A.SZPUNAR, *Nadużycie prawa podmiotowego*, (*Der Missbrauch des Subjektrechtes*), Kraków 1947, SS.64-68.

⁷⁴ In dieser Richtung gehen auch die Überlegungen von R.LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Zobowiązania*, S.224.

⁷⁵ Auch die Vertreter des sog. Abolitionismus oder des Feminismus traten gegen die straflichen Maßnahmen auf, doch ihre Postulate gingen in die Richtung, die Prostitution als ein Phänomen aus der Gesellschaft zu eliminieren – J.SIKORSKA-KULESZA, *Zło tolerowane. Prostyucja w Królestwie Polskim w XIX w.*, (*Ein toleriertes Übel*).

Ein interessantes Beispiel bildet der Fall, in dem jemand dafür bezahlte, dass eine Person eine unerlaubte oder sittenwidrige Handlung unternahm, deren Folgen ihm zugutekommen sollen. So würde A dem B Geld zahlen, weil B den Mann der A zu ermorden versprach. Wenn B schon am Anfang keine Absicht hatte sein Versprechen in die Tat umsetzen, kann A von ihm wegen eines Betrugs die Rückerstattung verlangen⁷⁶? Laut Doktrin handeln die beiden Parteien sittenwidrig, so dass keine von beiden Rechtsschutz genießt⁷⁷. In der Rechtsprechung wird dagegen ein solcher Fall zugunsten des Leistenden entschieden. Eine Klägerin bezahlte das Geld für das Verursachen des Todes ihres Mannes durch Verhexen. Da das ohne Erfolg blieb, verklagte sie die Beklagte der ungerechtfertigten Bereicherung wegen auf Rückerstattung. Das Oberste Gericht hat angenommen, Artikel 132 § 1 KodZob findet hier keine Anwendung, obwohl die Klägerin hier sowohl sitten- als auch gesetzwidrig mitwirkte, weil ihre Handlung durch ihre Abergläubigkeit und Ignoranz verursacht wurde⁷⁸.

Haftungsumfang. Wer auf eine Rückerstattung der sittenwidrigen Bereicherung verurteilt wurde, sollte ihr Äquivalent oder eine Entschädigung im vollen Umfang zurückzahlen oder sie *in natura* zurückgeben⁷⁹. Er ist allerdings berechtigt, alle notwendigen und nützlich-

Prostitution in Kongresspolen im 19 Jh.), Warszawa 2004, Kap.IV., s. auch unter Anm.41.

⁷⁶ Selbstverständlich kann diese Frage im Allgemeinen ohne Rücksicht darauf, mit welcher Absicht B das Geld von A genommen hat, gleich beantwortet werden, d.h. der A steht kein Rückerstattungsrecht zu. Interessant ist aber, dass dem im Text angeführten Beispiel ein wirklicher Tatbestand zugrunde lag.

⁷⁷ P.KSIĘŻAK, *Świadczenie niegodziwe*, S.100.

⁷⁸ SN Ent. vom 17. August 1937 (C. II. 431/37) – zit. folgend F. ZOLL, *op.cit.*, S.77 Anm.2. Die Klägerin wurde zwar von Haftung für Begehung der unerlaubten Handlung entlassen, doch blieb die Stellung des SN in Zusammenhang mit Art.132 §1 kontrovers. Die Ignoranz und Abergläubigkeit kann keine Entschuldigung dafür sein, dass der Auftrag, den Tod eines Dritten zu verursachen, eine unerlaubte Handlung als solche darstellen würde. Ob der Klägerin die objektive Unmöglichkeit der 'Gegenleistung' bewusst war oder nicht, stört m.E. nicht, ihr eine bewusste verwerflich bezweckte Handlung zu zuschreiben. R.LONGCHAMPS DE BÉRIER hob es hervor, dass niemand sich durch die Unkenntnis des Rechtes und der Guten Sitten entschuldigen konnte - *Zobowiżania*, S.225.

⁷⁹ Art.123 u. 124 KodZob. Eine Rückerstattung *in natura* gilt als eine Regel. Das Äquivalent ist nur dann zugelassen, wenn die Sache nicht mehr im Besitz des Empfängers bleibt. Wurde die Sache vom Empfänger verkauft, so ist er verpflichtet, den Kaufpreis zu leisten. Wurde die Sache von einem Dritten beschädigt und hat der

chen Aufwendungen abzuziehen, die er getätigt hat, es sei denn, es war ihm bewusst, dass ihm die Bereicherung nicht zugestanden hat⁸⁰. In diesem Fall kann er nur die notwendigen Aufwendungen abziehen, wobei nützliche Aufwendungen nur abgezogen werden können, soweit sie den Wert der Sache erhöht haben⁸¹; soweit möglich können Verbesserungen der Sache in natura entfernt werden⁸². Die Herausgabepflicht erlischt, wenn und soweit der Empfänger die Nutzen verwertet oder eingebüßt hat, sodass im Moment der Klageaufhebung er nicht mehr als bereichert angesehen werden kann, es sei denn, dass er die Bereicherung bösgläubig verwerten würde oder in diesem Moment mit der Rückerstattungspflicht rechnen sollte⁸³. Hat der Empfänger seinen Nutzen an einen Dritten unentgeltlich übertragen, so wird der Dritte im gleichen Umfang zu Herausgabe verpflichtet⁸⁴.

2. Das polnische Zivilgesetzbuch von 1964

Nach dem Zweiten Weltkrieg wurde der Unifikationsprozess des Rechtes in Polen weiter fortgeführt. 1945 hat das Justizministerium der Volksrepublik Polen (im Folgenden PRL)⁸⁵ die erste Kommission gegründet. Die in der Zwischenkriegszeit erlassenen Gesetze, darunter das Obligationengesetzbuch, blieben weiter in Kraft.

a) Entwürfe des polnischen Zivilgesetzbuches von 1964

Schon 1948 wurde der erste Entwurf des neuen Zivilgesetzbuches vorgestellt. Die die grundlose Leistung betreffenden Vorschriften (Art. 131 Pkt. 3, 132 KodZob) wurden als Artikel 911 Pkt. 1 und 912

Empfänger ein Schadenersatz bekommen, so ist diese Entschädigung dem Leistenden zu ersetzen. - R.LONGCHAMPS DE BÉRIER, *ibidem*.

⁸⁰ Art.126 S.1 KodZob.

⁸¹ Das Recht des Empfängers, die notwendigen und nützlichen Aufwendungen (oder deren Äquivalent) abzuziehen, gründet sich darauf, dass seine Haftung nur bis auf die Höhe von Bereicherung bestimmt wurde (Art.126 S1 KodZob). Damit soll er nur so viel zurückerstatten, um wie viel er wirklich bereichert wurde. Diese Schranken abfallen, wenn er bösgläubig die Leistung annahm (Art. 126 S. 2). - R.LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Zobowizania*, SS.217-218.

⁸² Art.126 S.2 KodZob.

⁸³ Art.127 KodZob.

⁸⁴ Art.125 KodZob.

⁸⁵ Eigentlich ist dieser Name erst mit dem Inkrafttreten des neuen Verfassungsgesetzes 1952 als Name des Staates erschienen, 1944 galt noch der Name „Polnische Republik“.

eigentlich ohne Änderung übernommen⁸⁶. 1950 hat Witold Czachórski⁸⁷ einen Artikel über die ungerechtfertigte Bereicherung im sowjetischen Zivilrecht veröffentlicht⁸⁸, in dem er einige Ergebnisse *de lege ferenda* vorgeschlagen hat. Der aus dem römischen Recht hervorgehende Grundsatz *in pari turpitudine* ..., der auch im Entwurf des neuen Gesetzbuches vorkam, entsprach nicht den Grundsätzen des gesellschaftlichen Zusammenlebens in einem Volksstaat. Deshalb sollten die im sowjetischen Zivilrecht geltenden Lösungen in Betracht genommen werden⁸⁹. Die Bereicherung, die unter Voraussetzungen des alten Artikels 132 KodZob erworben wurde, bleibt beim Empfänger, obwohl er auch sittenwidrig handeln konnte⁹⁰. Im Gegensatz dazu hat das sowjetische Zivilgesetzbuch aus 1922 eine Pflicht der Herausgabe einer Bereicherung an den Staat vorgesehen⁹¹, die man durch die Verletzung einer Person infolge einer unerlaubten Handlung oder einer Handlung gegen das Wohl des Staates erhielt (Art. 402)⁹². Im Laufe der Arbeiten hat sich die Kommission dafür entschieden, dem Artikel 727 des 1954 veröffentlichten Entwurfes einen neuen Wortlaut zu geben: was für das Vollbringen einer unerlaubten oder nicht den Grundsätzen des gesellschaftlichen Zusammenlebens entsprechenden Handlung oder als Erfüllung eines rechtswidrigen oder den Grundsätzen des gesellschaftlichen Zusammenlebens widersprechen-

⁸⁶ Im Art.912 §1 (a.F. Art.132 §1) wird noch ein dritter Umstand beschrieben: die Handlungen die im Widerspruch zur öffentlichen Ordnung stehen - Z.RADWAŃSKI, *Kodyfikacja prawa cywilnego, (Die Kodifikation des Zivilrechtes)*, *Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny* 71.2 (2009), S.132. Im Art.912 §1 wurde statt „bezahlt“ „leistet“ geschrieben - P.KSIĘŻAK, *Świadczenie niegodziwe*, S.106.

⁸⁷ 1915-1995, Professor für Zivil- und für Rechtsvergleichung.

⁸⁸ W.CZACHÓRSKI, *op.cit.*, SS.83-92.

⁸⁹ *Ibidem*, SS.88ff.

⁹⁰ *Ibidem*, S.88.

⁹¹ Die Einziehung, diese Sanktion ist von einem strafrechtlichen Charakter geprägt - E.A.FLEJSZIC, *Zobowiązania z tytułu wyrządzenia szkody i niesłusznego wzbogacenia, (Die Obligationen aus Schadenersatzpflicht und ungerechtfertigter Bereicherung)*, poln. Übers. A. Puszka, W. Warkallo, Warszawa 1954, S.200.

⁹² W.CZACHÓRSKI, *op.cit.*, S.89 und Anm.22; E.A.FLEJSZIC, *op.cit.*, S.200.

Nach dem russischen Zivilgesetzbuch von 1922 die entscheidende Voraussetzung war, ob die Kontrahenten gutgläubig handelten. Handelte ein Leistender bösgläubig, wird die Rückforderung ausgeschlossen. Handelt der Empfänger ebenfalls bösgläubig, fiel seine Bereicherung dem Staat zu - *ibidem*, SS.200-201.

den Rechtsgeschäftes geleistet wurde, unterlag der Einziehung zugunsten des Fiskus⁹³.

1956 wurde eine neue Kommission gegründet, die 1960 einen neuen Vorschlag bekannt gab. Im Artikel 806 dieses Vorschlags wurde der Wortlaut des Artikels 727 des vorherigen Entwurfs wiederholt⁹⁴. Alfred Ohanowicz⁹⁵ lobte mit Befriedigung die „neue“ Fassung: Der Entwurf nahm das sowjetische Zivilgesetzbuch als Beispiel. Und so wurde im Artikel 806 vorgeschrieben: was im Austausch für das Vollbringen einer unerlaubten oder den Grundsätzen des gesellschaftlichen Zusammenlebens widersprechenden Tat geleistet wurde, wird zugunsten des Fiskus eingezogen. Diese Lösung hat einen so hochmoralischen Wert, dass alle anderen Aspekte in den Hintergrund rücken müssen⁹⁶. Dann wurde die Vorschrift um den zweiten Satz ergänzt, der besagt, dass anstelle einer verbrauchten oder verlorengangenen Leistung der Gegenwert der Leistung zurückzugeben ist⁹⁷.

b) Inkrafttreten des Gesetzbuches von 1964

Am 23. April 1964 wurde das erste polnische Zivilgesetzbuch (Kodeks cywilny, im Folgenden KC) verabschiedet⁹⁸, es trat am 1. Januar 1965 in Kraft und die noch geltenden Vorschriften des Schuldgesetzbuches wurden aufgehoben. Die uns interessierende Vorschrift wurde letztlich im Artikel 412 des 5. Titels (grundlose⁹⁹ Bereicherung¹⁰⁰), im 3. Buch (Obligationen) platziert.

⁹³ P.KSIĘŻAK, *Świadczenie niegodziwe*, S.106f.

⁹⁴ *Ibidem*, S.108.

⁹⁵ 1888-1984, Professor für Zivilrecht.

⁹⁶ „(...) *ma ono takie walory moralne, że przed nimi inne względy muszą zejść na dalszy plan.*” – zit. A.OHANOWICZ, *op.cit.*, S.608. A. Ohanowicz hob es hervor, dass bei *condictio ob turpem vel iniustam causam* seit antikem Rom wird das Dilemma nicht befriedigend entscheiden. Es ging darum dass der sittenwidrig handelnde Empfänger den Besitz von der Leistung ergreift – was dem Grundsatz *melior est conditio possidentis* entspricht. Es steht aber, seiner Meinung nach, im groben Widerspruch mit Kardinalforderungen der Moral (*ibidem*).

Der Begriff 'Einziehung' wies auf Konfiskation im Sinne von Strafrecht hin, was die Zweifel über Rechtsgrundlage des Nutzenerwerbes von dem Staat auflöste (*ibidem*).

⁹⁷ P.KSIĘŻAK, *Świadczenie niegodziwe*, S.108.

⁹⁸ Dz.U. 1964, Nr. 16, 93.

⁹⁹ Im Folgenden wird der KC gemäß der deutsche Übersetzung zitiert-<https://sip.legalis.pl>, 19.08.2013, 17:08. Hier aber müssen die terminologische Aspekte präzisieren werden. Im KodZob wird das Adjektiv 'niesłuszne' verwendet, was als eine Bereicherung ohne rechtlicher Rechtfertigung definiert wurde – vgl.

Art. 412

To, co zostało świadczone świadomie w zamian za dokonanie czynu zabronionego przez ustawę lub sprzecznego z zasadami współżycia społecznego albo w wykonaniu czynność prawnej mającej cel spreczny z ustawą lub z zasadami współżycia społecznego, ulega przypadkowi na rzecz Skarbu Państwa. Jeżeli przedmiot świadczenia został zużyty lub utracony, przypadkowi ulega jego wartość.

Art. 412

Was bewusst als Gegenleistung für eine gesetzlich verbotene oder den Grundsätzen des gesellschaftlichen Zusammenlebens widersprechende Handlung oder als Erfüllung eines Rechtsgeschäftes, dessen Zweck dem Gesetz oder den Grundsätzen des gesellschaftlichen Zusammenlebens widerspricht geleistet wurde, wird zugunsten des Fiskus eingezogen. Wurde der Gegenstand der Leistung verbraucht oder ist er verloren gegangen, so wird sein Wert eingezogen.

R.LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Zobowiązania*, SS.214-215. was mit dem deutschen Adjektiv „ungerechtfertigt“ übersetzt werden kann – vgl. im juristischen Sinne H.-J.MUSIELAK, *Grundkurs BGB. Eine Darstellung zur Vermittlung von Grundlagenwissen im bürgerlichen Recht mit Fällen und Fragen zur Lern- und Verständniskontrolle sowie mit Übungsklausuren*¹⁰⁰, München 2007, S.391. Aber schon bei dieser im KodZob auftretenden Wendung „nieszuszne“, schlug F. Zoll als deutscher Entsprechung sowohl grundlose als auch ungerechtfertigte vor und schrieb ihm eher den moralischer als den legalistischer Wert zu - F.ZOLL, *op.cit.*, SS.72-73.

Im heutigen Zivilgesetzbuch wird dieses Rechtsinstitut „bezpodstawne wzbogacenie“ genannt, die sich – um eine Unterscheidung zu zeigen - besser mit dem Adjektiv „grundlose“ übersetzen ließ. A. Ohanowicz erklärte diese Änderung damit, dass in bourgeoisen Staaten, wie zum Beispiel Deutschland, mit besonderer Vorliebe die abstrakten Geschäfte abgewickelt wurden, was seine Begründung darin fand, das Richtigkeitsprinzip bei Rückgabe der ungerechtfertigten Bereicherung hervorzuheben. Im polnischen Rechtssystem trugen die Rechtsgeschäfte einen kausalen Charakter, wodurch eine solche Begründung entbehrlich ist - A.OHANOWICZ, *op.cit.*, S.606. In der Literatur ist deutlich, dass es zwischen einer „ungerechtfertigten“ und einer „grundlosen“ Bereicherung keinen Unterschied gab, auch im Rahmen dessen, was A. Ohanowicz suggerierte, und zwar dass die erste Wendung die moralischen Konnotationen hervorruft. Die Kommentare zum KC zeigen deutlich, dass die beiden Ausdrücke synonymisch benutzt werden können (s. A.RZETECKA-GIL, *Komentarz do art. 412, (Komentarz zum Art. 412)*, <http://lex.online.wolterskluwer.pl>, 30.03.2014, 16:21. Es scheint, dass A. Ohanowicz dem Ausdruck „nieszuszne wzbogacenie“ im polnischen KodZob, und dementsprechend demjenigen von BGB (2. Buch, 8. Abschn., Tit. 26, §§812-822) einen moralischer Wert zuschreiben wollte.

¹⁰⁰ Im Folgenden wird der Ausdruck „ungerechtfertigte Bereicherung“ verwendet, die in der heutigen deutschen Übersetzung des KC (<https://sip.legalis.pl>, 30.03.2014, 18:14) verwendet wurde, darunter soll aber nach dem In-Kraft-Treten des KC von 1964 nicht „nieszuszne“ sondern „bezpodstawne“ Bereicherung verstanden werden, obwohl diese Unterscheidung, wie es scheint, ohne Belang ist (s. unter Anm.90).

Nach semantischer Auslegung fallen unter Artikel 412 KC alle Leistungen, die als Gegenleistung für Vollbringung einer gesetzlich verbotenen oder den Grundsätzen des gesellschaftlichen Zusammenlebens widersprechenden Handlung als auch als Erfüllung eines Rechtsgeschäftes, dessen Zweck dem Gesetz oder den Grundsätzen des gesellschaftlichen Zusammenlebens widerspricht erbracht wurden. Jene Leistungen werden *ipso iure* zugunsten des Fiskus eingezogen, unabhängig davon, ob die beiden Parteien verwerflich gehandelt haben. Nur wenn der Leistende nicht verwerflich gehandelt hat, findet Artikel 412 keine Anwendung, infolgedessen kann er eine Rückerstattung nach allgemeinen Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung fordern¹⁰¹.

Die Anwendungsschwierigkeiten des Artikels 412 spiegeln sich auch in der Praxis wider¹⁰². 1972 wurde das polnische Oberste Gericht zum Erlass der Richtlinien gezwungen¹⁰³, die die spätere Rechtsprechung bis heute stark beeinflussen¹⁰⁴, obwohl ihre Geltung 1989 auf-

¹⁰¹ Art.405 (Übers. nach <https://sip.legalis.pl>): „Wer auf Kosten eines anderen einen Vermögensvorteil ohne rechtliche Grundlage erlangt hat, ist zur Herausgabe des Vorteils in Natur und, wenn dies nicht möglich ist, zur Herausgabe seines Werts verpflichtet.“ i.V.m. Art.411 KC (s. Anm.117).

¹⁰² Die Gerichte wendete automatisch Art.412 immer dann an, wenn eine Handlung bzw. ein Rechtsgeschäft als nichtig erklärt worden war. – s. E.ŁĘTOWSKA, *Bezpodstawne wzbogacenie, (Die ungerechtfertigte Bereicherung)*, 2000, Kap. IV.1, <https://sip.legalis.pl>, 27.08.2013, 10:58.

¹⁰³ Beschluss des vollen Bestandes der Zivilkammer des SN vom 19. Dezember 1972, III CZP 57/71, <https://sip.legalis.pl>.

¹⁰⁴ Einige Rechtslinien gelten auch heutzutage als aktuell in diesem Sinne, dass sie bei Auslegung der geltenden Vorschriften verwendet sind – E.SMAGA, *Przepadek świadczenia (art. 412 k.c.) – po nowelizacji, (Die Entziehung der Leistung (Art. 412 k.c.) - nach des Gesetzänderung)*, *Prokuratura i Prawo* 1 (1996), SS.79, 82; M.KOZACZEK, *Powództwo o orzeczenie przepadku świadczenia spełnionego w zamian za dokonanie czynu zabronionego lub w celu niegodziwym, (Die Klage auf die gerichtliche Entscheidung über die Entziehung einer Leistung, die anstelle der Begehung einer unerlaubten Handlung oder zum verwerflichen Zweck erbracht wurde)*, *Przegląd Sądowy* 4 (2006), S.32; *Zobowiązania¹¹, (Schuldrecht)*, hrsg. W.Czachórski, Warszawa 2009, S.205. Das Oberste Verwaltungsgericht (im Folgenden NSA) hat sich in seinem Urteil vom 21. Juni 2005 (FSK 1828/04) auf einem Beschluss vom 14. Dezember 1984 SN gestützt, der seinerseits weiter auf die Richtlinien SN vom 1972 (Orzecznictwo SN [Izba] Cywilna 9 (1985), 123) gestützt worden war – www.nsa.gov.pl, LEX Nr 798668 26.04.2013, 14:49. Damit anerkannte NSA als notwendige Einziehungsvoraussetzung, dass die beiden Parteien sich wissentlich auf einen verwerflichen Zweck richten werden. Diese Meinung ist aber auch im neue Literatur vertreten – vgl. E.SMAGA, *ibidem*, S.80; Z.RADWAŃSKI, A.OLEJNICZAK,

gehoben wurde. Das Oberste Gericht hat folgende Voraussetzungen des Anwendungsbereichs des Artikels 412 genannt: die Leistung muss erbracht werden (Richtlinie X), sowohl die Gegenleistung für eine gesetzlich verbotene Tat als auch Verwirklichung des Zweckes eines Rechtsgeschäftes sollen den Charakter einer verwerflichen Handlung¹⁰⁵ tragen (Richtlinie II); die Verwerflichkeit muss dem Leistenden und dem Leistungsempfänger bewusst sein (Richtlinie III)¹⁰⁶.

Da das Oberste Gericht ein Erfordernis der beiderseitigen Verwerflichkeit eingeführt hat, wird die Anwendung des Artikels 412 enger

*Zobowiązania - część ogólna*⁷, (Schuldrecht – allgemeiner Teil), Warszawa 2006, S.288, Rn.679; A.RZETECKA-GIL, *op.cit.*, Rn.15, <http://lex.online.wolterskluwer.pl>, 26.08.2013, 13:28; M.KOZACZEK, *ibidem*, S.32; K.PIETRZYKOWSKI, *Art. 412*, in: Kodeks cywilny – komentarz⁶, hrsg. K.Pietrzykowski, 1. Bd., Warszawa 2011, Rn.1.3, <https://sip.legalis.pl>, 27.08.2013, 20:25. Ziemlich unklar bleibt in diesem Punkt der Ansicht von K.KOŁAKOWSKI, *Art. 412*, in: Komentarz do kodeksu cywilnego, S.235. Kritisch E.GNIEWEK, W.DUBIS, *Art. 412*, in: Kodeks cywilny. Komentarz³, hrsg. E.Gniewek, Warszawa 2008, Rn.4, www.legalis.pl, 27.08.2013, 20:18; T. Sokołowski, der zeigte auf die Schwierigkeiten im Beweisverfahren, bei denen nach SN soll die verwerflichen Absicht der Handelnden geprüft werden. Damit unterstützte er die Auslegung nach Wortlaut - T.SOKOŁOWSKI, *Komentarz do art. 412 Kodeksu cywilnego*, (Kommentar zum Art. 412 Zivilgesetzbuches), in: Kodeks cywilny, 3. Bd. (Zobowiązania – część ogólna), hrsg. A.Kidyba, Warszawa 2010, Rn.14-15, <http://lex.online.wolterskluwer.pl>, 26.07.2013, 22:51.

¹⁰⁵ Darunter versteht man eine Handlung, die zur Verletzung der Rechtsordnung führte und wegen ihre unmoralischen und unsozialen Motive einer besonderer Verdammung verdient – Richtlinie II. SN in seiner Rechtsprechung merkte zutreffen eine Unmöglichkeit die feste Grenzen zwischen verwerflichen und nicht verwerflichen Handlungen zu setzten, man kann nur einige Beispiele, die die richtige Auslegungsrichtung zeigen, nennen – A.OHANOWICZ, E.WENGEREK, *Przepadek niegodziwego świadczenia (na tle wytycznych Sadu Najwyższego)*, (Die Entziehung der verwerflichen Leistung (vor dem Hintergrund der Richtlinien des Obersten Gerichts)), Nowe Prawo 9 (1974), S.1095.

¹⁰⁶ Der Vorschrift nach seinem Wortlaut auszulegend erfordert nur die Bewusstheit des Leistenden. Zu diesen von SN vertreten Ergebnisse führe systematische und theologische Auslegung. Kritische Äußerungen bei A.Ohanowicz, E.Wengerek (*op.cit.*, S.1096): er (Ohanowicz) weißte darauf hin, diese Richtlinie hat es zum Folge nur bei *pari turpitudinem* findet Art.412 KC seine Anwendung. Handelt nur Empfänger verwerflich kann die Einziehung der Leistung nicht erklärt werden, das gleiche gilt auch wenn nur der Leistende einen verwerflichen Zweck verwirklichen will. In beiden Fällen ist aufgrund der Art.410 §2 und 411 Abs.1 eine Rückerstattungsforderung möglich. Das aber der *ratio legis* widerspricht. So auch E.GNIEWEK, W.DUBIS, *Art. 412*, in: Kodeks cywilny. Komentarz, Rn.4, <https://sip.legalis.pl>, 27.08.2013, 20:18.

formuliert¹⁰⁷. Das führte zu dem Schluss, eine Rückerstattung der Leistung sei sowohl bei *turpitude solius accipientis* als auch *solius dantis* möglich. Auch wenn die erste Hypothese vorbehaltlos akzeptiert werden kann, ist die zweite mindestens nicht befriedigend und steht mit der Sozialmoral nicht im Einklang¹⁰⁸. Ewa Łętowska erklärt, das Ziel dieser Richtlinie sei es, den übermäßigen Rigorismus des Artikels 412 zu mildern¹⁰⁹. Es scheint aber, dass diese Richtlinie zu eng und damit gegen die *ratio legis* formuliert wurde. Der Artikel 412 sollte alle Nachteile und Unvollkommenheiten des römischen Grundsatzes *in pari turpitudine* bewältigen. Die römischen *condictio ob turpem vel iniustam* wurden nur dem gewährt, der in gutem Glauben leistete.

c) Änderungsgesetz von 1990. Neue Fassung des Art. 412

Nach den politischen und sozialen Wandlungen der zweiten Hälfte der achtziger Jahre, die ihren Höhepunkt 1989 hatten, wurden in Polen Forderungen nach Änderung des Zivilgesetzbuchs und darunter des Artikels 412 erhoben. Es ging hier um den repressiven Absatz 2 des Artikels, der den Verkehr erschweren kann und nicht zur neuen sozialen, politischen und ökonomischen Realität passt. Der Weg zur Rückerstattung der Leistung und zum Einzug der Bereicherung des Empfängers kann nur im Fall der beiderseitigen Verwerflichkeit verwirklicht werden¹¹⁰. Der Leistende muss sich dessen nicht bewusst

¹⁰⁷ A. Ohanowicz hat es, vielleicht nicht ohne Grund, eine Auslegung *praeter legem* genannt - A.OHANOWICZ, E.WENGEREK, *op.cit.*, S.1096.

¹⁰⁸ A. Ohanowicz führte ein Beispiel ein: A leistet B das Geld als Schmiergeld doch B akzeptiert es als Darlehen. Weil B nicht verwerflich handelte, treten nach OG die Voraussetzungen des Art. 412 nicht auf und A konnte eine Forderung gegen B haben - A.OHANOWICZ, E.WENGEREK, *op.cit.*, S.1096.

¹⁰⁹ E.ŁĘTOWSKA, *Bezpodstawne wzbogacenie*, Kap. IV.1.1, <https://sip.legalis.pl>, 27.08.2013, 10:58.

¹¹⁰ Das wurde schon in Richtlinien des SN hervorgehoben, aber in Rechtsprechung hat sich eine Tendenz entwickelt, die Rechtswidrigkeit oder Verstoß gegen Grundsätze des gesellschaftlichen Zusammenlebens der Tat oder des Rechtsgeschäftes gleich mit Verwerflichkeit des Zweckes zu setzen. Vgl. auch bei A.SZPUNAR, W.WANATOWSKA, *Przegląd orzecznictwa SN. c) Bezpodstawne wzbogacenie*, (*Die Rechtsprechungsübersicht des OG. c) ungerechtfertigte Bereicherung*), *Nowe Prawo* 3 (1972), S.445; A.SZPUNAR, W.WANATOWSKA, *Przegląd orzecznictwa SN. d) Bezpodstawne wzbogacenie*, (*Die Rechtsprechungsübersicht des OG. d) ungerechtfertigte Bereicherung*), *Nowe Prawo* 1 (1974), S.68; J.SZTOMBKA, *Stosowanie art. 412 w*

sein, dass seine Leistung objektiv gesehen einem verwerflichen Zweck dient, obwohl sein Handeln als rechtswidrig oder den Grundsätzen des gesellschaftlichen Zusammenlebens widersprechend qualifiziert werden kann¹¹¹. Am 28. Juli 1990 wurde das Gesetz über Änderung des Zivilgesetzbuches verabschiedet, in dem der Artikel 412 neue Fassung bekam¹¹².

Art. 412

Sąd może orzec przepadek świadczenia na rzecz Skarbu Państwa, jeżeli świadczenie to zostało świadomie spełnione w zamian za dokonanie czynu zabronionego przez ustawę lub w celu niegodziwym. Jeśli przedmiot świadczenia został zużyty lub utracony, przypadkowo może ulec jego wartość.

Art. 412

Das Gericht kann die Einziehung der Leistung zugunsten der Fiskus aussprechen, wenn die Leistung wissentlich als Gegenleistung für die Begehung einer durch Gesetz verbotenen Handlung oder zu einem verwerflichen Zweck erbracht wurde. Ist der Gegenstand der Leistung verbraucht worden oder verloren gegangen, so ist deren Wert einzuziehen¹¹³.

Die neue Fassung des Artikels ändert das Aufwendungsproblem nicht. Die Auslegung anhand des Wortlauts führte wieder zum Schluss: eine bösgläubige Handlung des Leistenden bildet eine genügende Voraussetzung dazu, die Einziehung zugunsten des Fiskus zu vollziehen. In der Tat überlebten die Richtlinien des Obersten Gerichts von 1973 sowohl in der Literatur als auch der Rechtsprechung¹¹⁴. Das führte zur Frage: wäre es dem neuen Artikel 412 zufolge möglich, eine Rückerstattungsforderung dem verwerflich handelnden Leistenden zu gewähren? Die meisten Autoren sind der Meinung, dass wenn das Gericht über keine Einziehung zugunsten des Fiskus

praktyce sądowej, (Die Anwendung des Art. 412 in der Gerichtspraxis), Nowe Prawo 6 (1984), S.50.

¹¹¹ A.SZPUNAR, *Przepadek nienależnego świadczenia na rzecz Skarbu Państwa, (Die Entziehung der nicht gebührenden Leistung zugunsten des Fiskus), Przegląd Sądowy 2 (1999), SS.10-11.*

¹¹² Gesetz vom 28. Juli 1990, Dz.U. 1990, Nr. 55, 321.

¹¹³ Übersetzung nach <https://sip.legalis.pl>, 16.08.2013, 22:36.

¹¹⁴ Vgl. Leitsatz aus dem Urteil der II. Instanz in Warszawa vom 28. Oktober 2005 (VI ACa 490/05): Grund für Abweichung von der Einziehung der Leistung gemäß Art. 412 KC kann der Gute Glaube des Empfängers sein, dem die Verwerflichkeit der Transaktion nicht bewusst war.

gemäß Artikel 412 KC entscheidet, finden die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung entsprechende Anwendung¹¹⁵. Am deutlichsten äußerte sich P. Księżak dazu: *de lege lata* im Gegensatz zur römischen Tradition, zur vorherrschenden Meinung ausländischer Gesetzgebung sowie der Normen des alten Obligationengesetzbuchs (1933), kann der verwerflich handelnde *solvens* die erbrachte Leistung wiedererlangen, sofern die Einziehung nicht gerichtlich angeordnet wird¹¹⁶. Wie es scheint, wurde die Pflicht, die richtige Lösung zu finden, auf die Judikatur übertragen. Zutreffend wies Tomasz Sokołowski darauf hin, dass das entscheidende Gericht feststellen soll, welche Lösung je nach den Umständen und den Rechtsfolgen anhand von sonstigen Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung letztendlich die beste wäre. Dabei sollte die soziale und ökonomische Lage der Parteien berücksichtigt werden¹¹⁷.

¹¹⁵ P. KSIĘŻAK, *Świadczenie niegodziwe*, S.131; Z.RADWAŃSKI, A.OLEJNICZAK, *op.cit.*, S.289 Rn. 682; A.RZETECKA-GIL, *op.cit.*, Rn.26, <http://lex.online.wolterskluwer.pl>, 26.08.2013, 13:28; T.SOKOŁOWSKI, *Komentarz do art. 412 Kodeksu cywilnego*, in: *Kodeks cywilny*, Rn.19, <http://lex.online.wolterskluwer.pl>, 26.07.2013, 22:51.

Man sollte bemerken, dass eine durch das Gesetz verbotene Handlung auch aufgrund vom Strafgesetze verurteilt werden kann und zugleich kann die Leistung der strafrechtlichen Einziehung unterliegen – vgl. Art.39 und 45 Strafgesetzbuch (im Folgenden KK).

¹¹⁶ „(...) *de lege lata* w przeciwieństwie do tradycji rzymskiej, przeważającego stanowiska ustawodawstwa obcych oraz regulacji Kodeksu zobowiązań, niegodziwy *solvens* może odzyskać spełnione świadczenie, o ile nie zostanie orzeczony przepadek.” – zit. P.KSIĘŻAK, *Świadczenie niegodziwe*, S.133.

¹¹⁷ K.KOŁAKOWSKI, *Art. 412*, in: *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*⁷, 1. Bd., hrsg. G. Bieniek, Warszawa 2007, S.236; T.SOKOŁOWSKI, *Komentarz do art. 412 Kodeksu cywilnego*, in: *Kodeks cywilny*, Rn.19, <http://lex.online.wolterskluwer.pl>, 26.07.2013, 22:51. Das Problem besteht darin, dass außer Art.411 KC, der die Rückerstattung der ungerechtfertigten Bereicherung ausschließt, die Autoren keine Rechtsgründe angeben, die gegen Forderungen verwerflich handelnder Leistenden sprechen können, was auch von P. Księżak in seiner Monographie hervorgehoben wurde (P.KSIĘŻAK, *Świadczenie niegodziwe*, S.134). K. Pietrzykowski beispielsweise sieht eine Rückforderungsmöglichkeit aufgrund von Art.411 Pkt.1 KC vor wenn A einem Arzt eine Leistung erbrachte, damit er seinem Kind den Platz in einem Krankenhaus außer Reihe zuweist (*Art. 412*, in: *Kodeks cywilny – komentarz*⁶, Rn.3.7, <https://sip.legalis.pl>, 27.08.2013, 20:26). Pietrzykowski sieht hier kein Grund für Anwendung des Art.412, weil es im vorliegenden Fall an dem Wissen der Leistenden fehlte. In diesem Fall schlug P. Księżak eine Rückforderung gemäß Art.410 KC vor (*ibidem*, S.130 und Anm.123). Art.410 (Übers. nach <https://sip.legalis.pl>): §1. Die Vorschriften der vorstehenden Artikel sind insbesondere auf eine jemandem nicht zustehende Leistung anzuwenden. §2. Eine Leistung steht

Leider bietet die Rechtsprechung in Zivilsachen (sowohl vor wie auch nach 1990) wenige Beispiele für die Anwendung des Artikels 412¹¹⁸. Manche Autoren haben es mit Recht bemerkt, dass die Parteien – wenn sie sich der Rechtswidrigkeit oder des Verstoßes gegen Grundsätze des gesellschaftlichen Zusammenlebens (Verwerflichkeit des Zweckes im heutigen Sinne) bewusst sind – eher ein rechtliches Verfahren werden vermeiden wollen¹¹⁹. Den größten Teil bilden die Taten, die durch Straf- oder durch spezielle Gesetze verboten werden (Art. 412: Hypothese Nr. 1)¹²⁰. Nur wenige bestehen in dem Verstoß

jemandem nicht zu, wenn derjenige, der sie erbracht hat, zu ihr allgemein oder gegenüber demjenigen, dem er sie erbracht hat, nicht verpflichtet gewesen ist oder wenn die Rechtsgrundlage der Leistung entfallen ist oder wenn der mit der Leistung beabsichtigte Zweck nicht erreicht worden ist oder wenn das zur Vornahme der Leistung verpflichtende Rechtsgeschäft nichtig gewesen und nach Erfüllung der Leistung nicht wirksam geworden ist.

Art.411: Die Rückgabe einer Leistung kann nicht verlangt werden:

- 1) wenn der Leistende gewusst hat, dass er zu der Leistung nicht verpflichtet gewesen ist, es sei denn, dass die Leistung unter Vorbehalt der Rückgabe, zur Vermeidung von Zwang oder zur Erfüllung eines nichtigen Rechtsgeschäfts vorgenommen worden ist;
- 2) wenn die Vornahme der Leistung den Grundsätzen des gesellschaftlichen Zusammenlebens entspricht;
- 3) wenn die Leistung zur Erfüllung eines verjährten Anspruchs erbracht worden ist;
- 4) wenn die Leistung vor Fälligkeit der Forderung erfüllt worden ist.

¹¹⁸ E.WENGEREK, *Przepadek niegodziwego świadczenia. Artykuł 197 kodeksu postępowania cywilnego, (Die Entziehung der verwerflichen Leistung. Art. 197 Zivilprozessordnung)*, *Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny* 3 (1968), S.313. E. Łętowska gab es an, seit 1997 bis 1999 sind in II. Instanz 198 Urteile ausgesprochen (an Sachverhalt und dem Gegenstand der Leistung fehlt es) - E.ŁĘTOWSKA, *Bezpodstawne wzbogacenie*, Kap. IV.1.2 Anm.338, <https://sip.legalis.pl>, 27.08.2013, 10:58.

¹¹⁹ E.WENGEREK, *op.cit.*, S.313.

¹²⁰ Die Annahme eines persönlichen oder Vermögensvorteil in Zusammenhang mit Ausübung eines öffentlichen Amtes; bezahlte Begünstigung; illegaler Verkauf oder Produktion von Alkohol oder Verkauf an Jugendlichen; Verkauf von Drogen; illegaler Handel mit Devisen (bis 1990 an); Waffenverkauf für verbrecherischen Zwecke oder an einem Staat gegen welchen ein Embargo ausgesprochen wird; Organ- und Menschenhandel (sensu largo); Pornografie und sexuelle Ausbeutung der Kindern - L.KUBICKI, *Przestępstwo płatnej protekcji a przestępstwo oszustwa (Problem zbiegu przepisów ustawy), (Die Straftat der erkaufte Protektion und die Betrugsdelikte (Das Problem der Gesetzeskonkurrenz))*, *Państwo i Prawo* 5 (2005), S.32ff. und Anm.49; K.KOLAKOWSKI, *Art. 412*, in: *Komentarz do kodeksu cywilnego.*, S.236; Z.RADWAŃSKI, A.OLEJNICZAK, *op.cit.*, S.289 Rn. 679; P.KSIĘŻAK, *Świadczenie niegodziwe*, SS.195-196; K.PIETRZYKOWSKI, *Art. 412*, in: *Kodeks cywilny – komentarz*, Rn.3.8, <https://sip.legalis.pl>, 27.08.2013, 20:26.

gegen das Gesetz oder die Guten Sitten (Art. 412: Hypothese Nr. 2)¹²¹, darin habe ich kein Urteil eines Zivilgerichtes gefunden, das eine Leistung erbracht zugunsten einer Prostituierten betreffen würde. Diese Beispiele zeigen eine Tendenz, die Voraussetzungen des Artikels 412 mit solchen Fällen zu verbinden, die – hauptsächlich – in einer unerlaubten Handlung oder einem Gesetzverstoß bestehen. In Zusammenhang damit, wies Marek Sobczyk darauf hin, dass die im verwerflichen Zweck erbrachten Leistungen einen vielmehr akademischen als praktischen Charakter tragen¹²².

Die Übersicht der Rechtsprechung weist auf eine ähnliche Neigung hin, sowohl in ihrer ehemaligen als auch der heutigen Fassung des Artikels 412. Eine ganz große Gruppe bildet der Handel von Drogen, Alkohol und in den Zeiten der sozialistischen regulierten Wirtschaft der allgemein herrschende Handel mit verbotenen oder reglementierten Waren (z.B. Benzin, Gold)¹²³. Am 28. Oktober 1950 wurde ein Gesetz über das Verbot des Besitzes von Devisen, Goldstücken, Gold und Platin und über die Strafenverschärfung für einige Devisenverbrechen verabschiedet¹²⁴, das nach 1964 unter den Artikel 412 gefallen ist¹²⁵. Endlich kam auch die bezahlte Bestehung in Betracht¹²⁶. Die

¹²¹ Vermietung einer Wohnung als ein Bordell oder einen Sitz einer Verbrechergruppe; Zahlung für illegale Einziehung der Schulden; die Handlungen die mit der Fortplatzung in Zusammenhang stehen (z.B. Leistung für Adoption); Leistung für Zustimmung zur Ehescheidung oder Trennung von Konkubine; Leistung für nicht Aufdeckung einer Information - Z.RADWAŃSKI, A.OLENICZAK, *op.cit.*, S.289 Rn.679; P.KSIĘŻAK, *Świadczenie niegodziwe*, S.195; K.KOŁAKOWSKI, *Art. 412*, in: *Komentarz do kodeksu cywilnego*, S.236.

¹²² Bei der Rechtsprechungsanalyse ist der Verfasser zu gleichen Ergebnisse – M.SOBczyk, *Świadczenie niegodziwe w rzymski, prawie klasycznym. Zarys problematyki*, (*Die verwerfliche Leistung im römischen klassischen Recht im Überblick*), SS.1-2 (der Artikel wurde in: *Ze studiów nad tradycją prawa*, hrsg. E.Kozerska, P.Sadowski, A.Szymański, Warszawa 2012, SS.23–38 veröffentlicht, wobei ich mich der mir vom Autor zur Verfügung gestellten Version bediente), S.15.

¹²³ SN Urt. vom 24. September 1973 (III CRN 205/73); SN Urt. vom 10. September 1982 (III CRN 208/82); II. Instanz Urt. vom 22. November 2005 (VI ACa 490/05); SN Urt. vom 23. März 2007 (V CSK 60/07); Woiwodschafts-Verwaltungsgericht (im Folgenden WSA) in Olsztyn, Urt. vom 2. September 2009 (I S.A./OI 390/09).

¹²⁴ Dz.U.1950, Nr. 50, 460.

¹²⁵ SN Urt. vom 22. Februar 1972 (III CRN 542/71); SN Entsch. vom 19. Dezember 1973 (III CRN 312/73); SN Urt. vom 30. September 1974 (I CR 445/74); SN Urt. vom 29. Januar 1986 (IV CR 492/85); SN Beschl. der Zivilkammer vom 17. November 1986 (III CZP 74/86).

¹²⁶ SN Urt. vom 15. September 1967 (CRN 175/67).

Taten, die einen Verstoß gegen die Grundsätze des gesellschaftlichen Zusammenlebens darstellen, sind: Hasardspiel¹²⁷, Wohnungs- bzw. Zimmervermietung zum unzüchtigen Zweck¹²⁸, Verleitung einer Frau dazu, Geliebte des Leistenden zu werden¹²⁹.

Die durch Gesetz verbotenen Handlungen wurden von Zivilgerichten aufgrund von rechtskräftig ausgesprochenen Urteilen im Straf-, Steuerstraf- oder einem anderen Verfahren als ausreichende Voraussetzung für die Anwendung des Artikels 412 KC qualifiziert¹³⁰. In der hier analysierten Rechtsprechung wurde die Verwerflichkeit selten in Betracht gezogen¹³¹. Es wurde vielmehr von den von Parteien vorgenommenen unerlaubten Handlungen ausgegangen, obwohl das Oberste Gericht sich dieser Tendenz mehrmals widersetzt hat. 1973 hat das Oberste Gericht z.B. die Ansicht geäußert, dass beim verbotenen Handeln mit Devisen das Wesen der Verwerflichkeit in der Transaktion selbst besteht, die mit der Absicht vorgenommen wurde, das Eigentum an Devisen an einen Kontrahenten zu übertragen. Durch solche Transaktionen steht Devisenhandel außer der staatlichen Kontrolle und damit ist besonders destruktiv für volkseigene Wirtschaft¹³². In einem anderen Urteil wurde unterstrichen, dass der Richter immer nachzuprüfen soll, ob sich die beiden Parteien der Illegalität und damit der Verwerflichkeit der Handlung bewusst waren¹³³. Mangels der

¹²⁷ WSA in Olsztyn, Urt. vom 2. September 2009 (I S.A./OI 390/09).

¹²⁸ SN Beschl. vom 16. Januar 1973 (III CZP 60/72).

¹²⁹ SN Urt. vom 21. September 1934 (CI 481/34), zit. folgend P. KSIĘŻAK, *Świadczenie niegodziwe*, S.195.

¹³⁰ III CRN 312/73; CRN 175/67, V CSK 60/07.

¹³¹ Vgl. III CRN 312/73; III CRN 208/82; IV CR 492/85.

¹³² III CRN 312/73. Mit anderen Worten hatte das Oberste Gericht die Absicht, die polnischen ordentlichen Zivilgerichte dazu bewegen, sich über um die Beantwortung der Frage der Verwerflichkeit der Handlung bei der Auslegung des Art. 412 zu bemühen. Leider bleibt diese Frage in der zivilistischen Rechtsprechung nicht beantwortet. Zutreffen wies M. Sobczyk darauf hin, die polnischen Gerichte befassen sich nicht damit, ob und warum die Leistung verwerflich wurde sondern damit, ob die Einziehung ausgesprochen werden darf. Was bei Straftaten quasi automatisch auftrat - M.SOBCZYK, *Świadczenie niegodziwe*, S.15.

¹³³ SN Urt. vom 15. September 1967 (III CRN 175/67). Leider hat auch SN die beiden Aspekte als identisch und gleichbedeutend angenommen, so im Urt. vom 15. April 1970. A war ein Direktor eines Krankenhauses im C. Die Aufnahme in seinem Krankenhaus und dann auch die entsprechende Fürsorge machte er von einem Vermögensnutzen abhängig. Während eines Strafverfahrens, in dem er verurteilt wurde, hat sich herausgestellt, dass A den Leistenden alle Nutzen zurückgezahlt hat. SN in einer vom Staatsanwalt beantragten Revision, hat anerkannt, dass die Pflicht zur Herausga-

Verwerflichkeit, die den Parteien zugeschrieben werden kann, bildet also eine Voraussetzung dafür, über die Einziehung der Leistung gemäß Artikel 412 KC nicht zu entscheiden¹³⁴. Dieser Annahme steht die Tatsache nicht entgegen, dass der Empfänger in einem Strafprozess schon rechtskräftig verurteilt wurde.

Noch seltener sind in Zivilsachen diese Tatbestände nachzuweisen, wo sich nur um den Verstoß gegen Grundsätze des gesellschaftlichen Zusammenlebens oder, der neuen Fassung entsprechend, um eine Verwerflichkeit des Zweckes handelt. Hier kann nur eine Entscheidung vorgebracht werden, nämlich ein Beschluss des Obersten Gerichts vom 16. Januar 1973, von dem nur der Leitsatz zugänglich ist. Zum Tatbestand: A hat B ein eingerichtetes Zimmer untervermietet, das B anstatt es zu bewohnen für Prostitution benutzte. Nach Meinung des Obersten Gerichtes handelten hier die beiden Parteien verwerflich, sodass die von A erworbene Leistung gemäß Artikel 412 im vollen Umfang einzuziehen ist. Das Bild kann die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichten komplett machen, wie zum Beispiel im Urteil

be an den Fiskus nun auf den Leistenden übergang. Dadurch dass sie seine Leistungen freiwillig und wissentlich vorgenommen haben, sind die Voraussetzungen des Art. 412 KC ausgefüllt worden. Diese Annahme wurde von A. Szpunar und W. Wanatowska kritisiert, sie zeigten zutreffend darauf, dass die Leistenden zwar wissentlich ihre Leistungen erbracht haben, doch an Verwerflichkeit in diesem Fall fehlt es. Die Autoren wiesen auf den Umstand hin, sie handelten unter dem Zwang – A.SZPUNAR, W.WANATOWSKA, Nowe Prawo 3 (1972), SS.444-445.

¹³⁴ 1973 hat SN entschieden, dass im Fall eines Goldkaufs seitens Ausländer nicht zum spekulativen Zweck oder des Alkohols von einem nichtberechtigten Verkäufer, die Einziehung der Leistung gemäß Art.412 KC mangels Verwerflichkeit unbegründet ist (III CRN 312/73, III CRN 205/73). Noch deutlicher wird das im Urteil VI ACa 490/05, wo das Berufungsgericht die Ausführungen des Amtsgerichtes über Voraussetzungen für die Nicht-Anwendung des Art.412 KC nicht geteilt hat. AG hat in seinem Urteil angenommen, dass sowohl beschränkte Geistesschwäche des Empfängers (der in einem Strafprozess wegen Drogenhandel verurteilt wurde), die ihm das Erkennen der eigenen Handlungen erschwerte, wie auch der Umstand, dass der Empfänger früher unbestraft und sich selbst zum seiner Straftat bekannte, dafür sprechen können, von der Einziehung der Leistung abzutreten. Die Berufung des Staatsanwalts hatte einen Erfolg. Berufungsgericht hat hervorgehoben, ein Grund für die Nicht-Anwendung des Art.412 KC könnte das Handeln im Guten Glauben des Empfängers sein, also wenn er sich darüber nicht im Klaren war, dass die Transaktion einen verwerflicher Charakter trug. Das findet im vorliegenden Fall nicht statt. Ein Zivilverfahren hat es nicht zum Zweck, den Angeklagten zu bestrafen, sondern ihm die Rückgabe der Bereicherung anzuordnen, die er ungerechtfertigt, rechtswidrig und verwerflich erworben hatte. Die ökonomische Lage des Angeklagten ist hier nicht von Bedeutung.

des Woiewodschaftsverwaltungsgerichts zu Olsztyn, das die eventuelle Pflicht der Besteuerung des Einkommens, das durch unerlaubte oder sittenwidrige Handlungen (darunter die Prostitution) erworben wurde, betraf. Die Verwerflichkeit des Handelns der Parteien steht hier außer Frage. Das Gericht erinnerte daran, dass kein Einkommen von rechtlich unwirksamen Rechtsgeschäften der Steuerpflicht unterliegt¹³⁵. Es soll jedoch der Einziehung zugunsten des Fiskus gemäß Artikel 412 KC unterliegen¹³⁶.

3. Charakteristische Merkmale des Artikels 412 nach alter und neuer Fassung

Im Vergleich mit dem Artikel 131 KodZob können einige charakteristische Merkmale der neuen Vorschriften gezeigt werden. Erstens erschien 1964 an Stelle des Begriffs der ‚Guten Sitten‘¹³⁷, die Wen-

¹³⁵ Art.2 Einkommensteuergesetzes vom 26. Juli 1991 (i.d.F.v. 17. Januar 2012, Dz.U. 2012, 361) u. Art.6 Pkt.2 Umsatzsteuergesetzes vom 11. März 2004 (i.d.F.v. 29. Juli 2011, Dz.U. 2011 Nr. 177, 1054). Einkommen aus der Prostitution werden durch die polnischen Steuerämter als Einkommen aus den nicht deklarierten Quellen eingeordnet, womit ein Steuerpflichtiger mit einem Beweislast belastet wird, ob hier ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder die Guten Sitten vorkam. Vgl. z.B. die Ansicht des WSA in Olsztyn, dass vom Tatbestand her, die Prostitution zwar eine nicht regulierte und keiner Kontrolle unterliegende Erwerbstätigkeit ist, doch die Parteien werden von der Pflicht nicht befreit, ihr Einkommen zu dokumentieren – Urt. vom 11.10.2012 (I SA/OI 385/12).

¹³⁶ I SA/OI 390/09. Dass die Fälle, die nicht in einer durch ein Gesetz verbotenen Handlung bestehen und zugleich die Voraussetzungen des Art.412 KC erfüllen, selten dem gerichtlichen Verfahren unterliegen, dass einige von denen nicht im Zivil- sondern sozusagen ‚gelegentlich‘ bei einer anderen Verfahrensart zuerst betrachtet werden, was eben dann die Forderung seitens Fiskus gemäß Art.412 verursachte - bis 1990 gemäß Art.197, dann des Art.7 i.V.m. Art.57 Zivilprozessordnung vom 17. November 1964 (Dz.U. 1964, Nr. 43, 296).

¹³⁷ Unter Guten Sitten sollen heute die sittlichen Regeln (M.JAGIELSKA, *Nowelizacja kodeksu cywilnego: kontrola umów i wzorców umownych*, (Die Ergänzung des Zivilgesetzbuchs: eine Überprüfung der Verträge und Vertragsformulare), Monitor Prawniczy 11 [2000], <http://www.monitorprawniczy.pl>, 19.08.2013, 21:03; A.R.JUREWICZ, *Respublica Polona curator morum. Le clausole generale di buona fede, di buoni costumi e di principi di convivenza sociale nel codice civile polacco e la loro interpretazione dalla Suprema Corte di Polonia*, RIDROM 4 [2010], SS.86-87; P.SOKAL, *Czyn nieuczciwej konkurencji a dobre obyczaje*, (Die Tat des unlauteren Wettbewerbs und die guten Sitten), Monitor Prawniczy 24 [2011], S.1318) oder auch die Moralregeln (so bei Z.RADWAŃSKI, *Prawo cywilne – część ogólna*⁹, (Das Zivilrecht – Allgemeiner Teil), Warszawa 2007, S.41; M.JAGIELSKA, *ibidem*; A.R.JUREWICZ, *ibidem*; P.SOKAL, *ibidem*) verstanden werden, die eine objektive Bewertung des Verhaltens

dung: „Grundsätze des gesellschaftlichen Zusammenlebens“ und 1990 der Begriff „verwerflicher Zweck“¹³⁸. Sie sind natürlich nicht gleichbedeutend. Der verwerfliche Zweck steht mit der lateinischen „*causa turpis*“ im Einklang und weist eigentlich auf die im Artikel 412 (neue Fassung) regulierten Tatbestände hin, in denen im römischen Recht keine *condictio* zugelassen war. Die Grundsätze des gesellschaftlichen Zusammenlebens werden dagegen als Moralregeln angesehen, die die zwischenmenschlichen Verhältnisse betreffen und von jeder Gesellschaft kreiert und definiert werden¹³⁹. Zutreffend wies aber Andrzej Stelmachowski darauf hin, im Sinne des polnischen KC¹⁴⁰ gehe es vielmehr um Moral- und Brauchregeln die aus den Sitten und der Geschichte einer Gesellschaft herausgewachsen sind¹⁴¹.

Die nach 1990 entstandene Änderung ist nicht formell. Unter Artikel 412 fielen jetzt nur all diese Tatbestände, in denen der Leistungszweck verwerflich ist¹⁴². Es ging nicht nur um eine Gegenleistung für die dem Gesetz oder den Grundsätzen des gesellschaftlichen Zusam-

des *agens* im Rechtsverkehr ermöglichen - P.SOKAL, *ibidem*, SS.1318-1319; A. PIASKOWY, *op.cit.*, SS.59, 66.

¹³⁸ Dazu s. auch Art.131 Pkt.3 KodZob. Nach E. Łętowska hatte der Gesetzgeber die Absicht, die scheinbare Parallele zwischen Art. 58 und Art. 412, die sich trotz Richtlinien des SN in Rechtsprechung nach 1964 stark verwurzelt hat, zu lösen, - E.ŁĘTOWSKA, *Bezpodstawne wzbogacenie*, Kap. IV.1, <https://sip.legalis.pl>, 27.08.2013, 10:58.

¹³⁹ A.STELMACHOWSKI, *Klauzule generalne w kodeksie cywilnym (Zasady współżycia społecznego – społeczno-gospodarcze przeznaczenie prawa)*, (*Die Generalklauseln im Zivilgesetzbuch (die Grundsätze des gesellschaftlichen Zusammenlebens – sozialwirtschaftliche Bestimmung des Rechtes)*), Państwo i Prawo 1 (1965), S.10; idem, *Wstęp do teorii prawa cywilnego, (Die Einführung in die Theorie des Zivilrechtes)*, Warszawa 1984, S.152; T.BUKOWSKI, *Klauzule generalne w prawie cywilnym. O konieczności stworzenia katalogu zasad współżycia społecznego, (Genelalklauseln im Zivilrecht. Über die Notwendigkeit der Erschaffung eines Katalogs der Grundsätze des gesellschaftlichen Zusammenlebens)*, <https://sip.legalis.pl>; A.R.JUREWICZ, *op.cit.*, SS.86-87.

¹⁴⁰ Art.5, Art.56, Art.58 §2, Art.56 §1, Art.93-94, Art.140, Art.233, Art.287, Art.298, Art.353¹, Art.354 §1, Art.357¹, Art.358¹ §3, Art.411, Art.428, Art.431 §2, Art.446 §2, Art.754, Art.826 §2, Art.827 §1, Art.902, Art.1008 P.1.

¹⁴¹ A.STELMACHOWSKI, *Klauzule generalne*, S.11; idem, *Wstęp*, S.153. Vgl. auch Bemerkung A. Szpunar über die Unbeständigkeit der Grundsätze des gesellschaftlichen Zusammenlebens - A.SZPUNAR, *Przepadek*, S.13.

¹⁴² Eigentlich wird es schon vom SN in seine Richtlinie im 1972 hervorgehoben worden – vgl. Beschluss des SN vom 19. Dezember 1972, III CZP 57/71 (Richtlinie III).

menlebens widersprechende Taten sowie Rechtsgeschäfte¹⁴³. Die *ratio legis* richtete sich, so Księżak, gegen besonders schwere Verstöße gegen Recht, Moralität wie auch Gute Sitten¹⁴⁴. Im Fokus, als eine nicht-ausschließende Disjunktion¹⁴⁵, steht die Leistung und ihr Zweck – die in einer juristischen Wertung erheblich sein sollten.

Die Verwerflichkeit der Leistung bereitet aber wieder Auslegungsprobleme. Laut dem Obersten Gericht wird der Leistungszweck als verwerflich angesehen, wenn er in einem besonders schweren Verstoß gegen die Grundsätze des gesellschaftlichen Zusammenlebens oder gegen die Moral besteht¹⁴⁶. Es ging um eine axiologische Bewertung des Handlungszweckes. Ewa Łętowska benannte objektive und subjektive Aspekte der Verwerflichkeit. Dazu gehören einerseits ein unmoralisches oder asoziales Motiv, die Fortdauer eines tadelnswerten Handelns und der Rang des einzuschätzenden und rechtlich geschützten Gutes und andererseits die Motive, die Schuld, die in dem Wissen des Leistenden über die Verwerflichkeit des Leistungszweckes bestehen¹⁴⁷. Infolgedessen fiel nicht jedes Rechtsgeschäft, das im Lichte des Artikels 58 § 2¹⁴⁸ KC nichtig wäre, unter Artikel 412

¹⁴³ Vgl. Z.RADWAŃSKI, A.OLEJNICZAK, *op.cit.*, S.287 Rn. 676; K.KOŁAKOWSKI, *op.cit.*, S.236.

¹⁴⁴ P.KSIĘŻAK, *Świadczenie niegodziwe*, S.117.

¹⁴⁵ (...) wenn die Leistung (...) als Gegenleistung für die Begehung einer durch Gesetz verbotenen Handlung oder zu einem verwerflichen Zweck erbracht wurde. (...) Z.RADWAŃSKI, A.OLEJNICZAK, *op.cit.*, p.287, Rz. 676; A.RZETECKA-GIL, *op.cit.*, <http://lex.online.wolterskluwer.pl>, 26.08.2013, 13:28.

¹⁴⁶ Beschl. vom 19. Dezember 1972 (III CZP 57/71). S. auch bei. A.SZPUNAR, *Przepadek*, SS.13-14; Z.RADWAŃSKI, A.OLEJNICZAK, *op.cit.*, S.288 Rn. 679; M.KOZACZEK, *op.cit.*, S.32; T.SOKOŁOWSKI, *Komentarz d art. 412 Kodeksu cywilnego*, in: *Kodeks cywilny*, Rn. 10, <http://lex.online.wolterskluwer.pl>, 26.07.2013, 22:51.

¹⁴⁷ E.ŁĘTOWSKA, *Bezpodstawne wzbogacenie*, Kap. IV.2.3, <https://sip.legalis.pl>, 27.08.2013, 10:58.

¹⁴⁸ §1. Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt oder die Umgehung eines Gesetzes zum Ziel hat, ist nichtig, es sei denn, dass eine Vorschrift eine andere Rechtswirkung vorsieht, insbesondere die, dass die entsprechenden Gesetzesvorschriften anstelle der unwirksamen Bestimmungen des Rechtsgeschäftes treten.

§2. Nichtig ist ebenso ein Rechtsgeschäft, das gegen die Grundsätze des gesellschaftlichen Zusammenlebens verstößt.

§3. Betrifft die Nichtigkeit nur einen Teil des Rechtsgeschäfts, so bleibt es im Übrigen wirksam, es sei denn, dass sich aus den Umständen ergibt, dass das Rechtsgeschäft ohne die nichtigen Bestimmungen nicht vorgenommen worden wäre. – Übers. <https://sip.legalis.pl>, 30.09.2013, 15:42.

KC¹⁴⁹. Auch erfüllt nur ein solches verwerfliches Handeln die Voraussetzungen des betrachteten Artikels, das zugleich in einem rechtswidrigen Handeln besteht oder zu einem verwerflichen Zweck führt¹⁵⁰. Dieses Problem wird noch weiter anhand von einigen Beispielen erörtert.

Einziehung zugunsten des Fiskus¹⁵¹ statt *melior est condicio possidentis*. Wie es schon nachgewiesen wurde, wurde die bis 1965 geltende Fassung des Artikels 132 KodZob wegen seines nicht sozialistischen und unmoralischen Tenors kritisiert. Anstelle der aus dem römischen Recht stammenden Regel *in pari turpitudine melior est causa possidentis* wurde erst die Pflicht und dann (1990) die Möglichkeit der Einziehung vorgesehen¹⁵², was dem gesellschaftlichen Gerechtigkeitsgefühl entsprach¹⁵³. Nach der originellen Fassung des Artikels 412 trat die Einziehungsfolge *ipso iure* ein und zwar im Zeitpunkt der Leistungserbringung¹⁵⁴, es sei denn dass dem die Rechte des

¹⁴⁹ Obwohl sie oft die Voraussetzungen beider Vorschriften erfüllen können. So wird beispielsweise als nichtig eine Zahlung angesehen, die von einem Vormund für Bestätigung eines mit einem Minderjährigen eingegangenen Geschäft erfordert wurde. Obgleich hier über einer Verwerflichkeit des Zweckes nicht die Rede sein konnte. Wie es scheint, bildet Art.412 KC einen besonderen Fall der Rechtsgeschäfte, die aufgrund vom Art.58 §2 KC nichtig werden. Vgl. auch T.SOKOŁOWSKI, *Wzbogacenie ze świadczenia niegodziwego*, (Die Bereicherung infolge einer verwerflichen Leistung), Gdańskie Studia Prawnicze 2 (2000), <http://lex.online.wolterskluwer.pl>, 26.08.2013, 13:14.

¹⁵⁰ In dem letzten Fall sollen sie nicht unbedingt vom Recht verboten werden, es reicht, wenn sie zu einem verwerflichen Sachverhalt führen, und damit als verwerflich bezweckt anerkannt werden - vgl. T.SOKOŁOWSKI, *Wzbogacenie*, <http://lex.online.wolterskluwer.pl>, 26.08.2013, 13:14.

¹⁵¹ Nach SN (Beschl. der Zivilkammer vom 29. Juni 2000, III CZP 19/00, Orzecznictwo Sądów Polskich 3 (2001), 44) wird Fiskus von dem zuständigen Finanzminister vertreten.

¹⁵² In allen zum Ostblock gehörenden Staaten, außer Rumänien, wird die Einziehung der sittenwidrigen Leistung zugunsten des Fiskus vorgesehen – E.ŁĘTOWSKA, *Bezpodstawne wzbogacenie w prawie bułgarskim*, (Die ungerechtfertigte Bereicherung im bulgarischen Recht), Studia Prawnicze 2 (1983), S.94; P.KSIĘŻAK, *Świadczenie niegodziwe*, S.112.

¹⁵³ J.SZTOMBKA, *op.cit.*, S.48.

¹⁵⁴ Beschl. des SN vom 19. Dezember 1972, III CZP 57/71 (Richtlinie I); K.BAJOR, *Glosa do wyroku z dnia 19 grudnia 1973r., III CRN 312/73*, (Glosse zum Urteil vom 19. Dezember 1937, III CRN 312/73), Nowe Prawo 11 (1976), S.1590; W.DASZKIEWICZ, *Orzekanie o przypadku rzeczy w postępowaniu karnym*, (Die richterlichen Entscheidungen im Strafverfahren in Sachen: Entziehung einer Sache), Studia Prawnicze 3 (1975), S.114.

Dritten entgegenstehen würden¹⁵⁵. Das zog weitere Rechtsfolgen nach sich. Zuerst wurde laut dem Obersten Gericht der Fiskus zum Eigentümer, und zwar zum originären Eigentümer der Sache¹⁵⁶. Infolgedessen war der Empfänger zur Herausgabe der Leistung¹⁵⁷ im vollen Umfang mit allen Nutzungen und Zinsen verpflichtet¹⁵⁸. Bei einem sittenwidrigen gegenseitigen Vertrag unterlagen nach der Rechtslage vor 1990 beide Leistungen der Einziehung¹⁵⁹, was die heutige Fassung betrifft, werden in der Literatur verschiedene Ansichtspunkte vertreten¹⁶⁰. Bis 1990 unterlagen Ansprüche des Fiskus in der Regel der 10-jährigen Verjährungsfrist¹⁶¹, jetzt ist nach einigen keine Verjährungs-

¹⁵⁵ Nach SN unterlag die Leistung des Diebes zugunsten des Hehlers nicht dem Art.412 KC, weil der Hehler kann sich nicht zum Nachteil des Eigentümers bereichern – vgl. A.OHANOWICZ, E.WENGEREK, *op.cit.*, S.1094.

¹⁵⁶ Um zu präzisieren, SN hat den Fiskus zum Eigentümer der nichtvertretbaren Sachen genannt. Bei vertretbaren sowie bei Geldleistungen, Wertpapieren, Dienste oder sonstige wurde Fiskus zum Gläubiger des Leistungswertes - Beschluss des OG vom 19. Dezember 1972, III CZP 57/71 (Richtlinie V); K.BAJOR, *op.cit.*, S.1952; W.DASZKIEWICZ, *op.cit.*, S.114.

¹⁵⁷ Die Leistungsart ist kein Hindernis, ob das ein Dienst ist, oder eine andere Arbeitsart, wird sein Wert herausgegeben. - J.SZTOMBKA, *op.cit.*, S.55.

¹⁵⁸ Vgl. Art.225 i.V.m. Art.405 KC moderne Fassung wie auch Art. 481KC u. 408KC m.F.; T.SOKOŁOWSKI, *Komentarz do art. 412, Rn.6*, <http://lex.online.wolterskluwer.pl>, 26.07.2013, 22:51. Gibt es mehrere Empfänger, so haftet jeder nach Obersten Gericht für seine Teilleistung voneinander unabhängig – J.SZTOMBKA, *op.cit.*, S.55.

Diese Pflicht hatte nach SN einen stark persönlichen und nicht vererblichen Charakter, aber der Fiskus ist berechtigt, vom Erben eine Herausgabe zu fordern, wenn der Gegenstand der Leistung ihm als Nachlass zufiel – Beschl. der Zivilkammer SN vom 5. April 1979, III CZP 12/79 (Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych 6 (1981), 100); E.SKOWROŃSKA, *Glosa do uchwały z dnia 5 marca 1979r. (III CZP 12/79)*, (*Die Glosse zum Beschluss vom 5. März 1979 (III CZP 12/79)*), *Nowe Prawo* 10 (1980), S.128.

¹⁵⁹ Beschl. des SN vom 19. Dezember 1972, III CZP 57/71 (Richtlinie IV); Urt. des SN vom 5.11. 1977, III CRN 248/77 (Orzecznictwo SN [Izba] Cywilna 9 (1978), 158).

¹⁶⁰ Dafür: A.SZPUNAR, *Przepadek*, S.16; M.SOBCZYK, *Świadczenie niegodziwe*, SS.1-2. Dagegen: M.KOZACZEK, *op.cit.*, S.35; E.ŁĘTOWSKA, *Bezpodstawne wzbogacenie*, Kap. IV.3.1, <https://sip.legalis.pl>, 27.08.2013, 10:58.

¹⁶¹ Urt. des SN vom 19. Dezember 1973, III CRN 312/73 (Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych 7-8 (1974), 162), Urt. des SN vom 18. April 1980, IV CR 87/80 (Orzecznictwo SN [Izba] Cywilna 1 [1981], S.31-33); J.SZTOMBKA, *op.cit.*, S.60.

frist vorgesehen¹⁶². Die Einziehung, sog. *quasi*-Strafe¹⁶³ aus Artikel 412, wurde – nach der in der Literatur herrschenden Meinung – als zivilrechtliche und nicht strafrechtliche Sanktion anerkannt¹⁶⁴. Bis 1990 neigte das Oberste Gericht zum repressiven Charakter dieser Maßnahme¹⁶⁵, die in einem deklaratorischen Urteil ihre Verwirklichung findet¹⁶⁶. Die nach der heutigen Fassung fakultative (und konstitutive) Einziehung erfordert jedoch von dem entscheidenden Gericht eine Begründung, auch wenn die Einziehung nicht ausgesprochen wurde¹⁶⁷.

Des Weiteren kann sich auch eine bedeutsame Abweichung vom römischen Konzept zeigen, nämlich die strafrechtliche Sanktion, die in Einziehung zugunsten des Fiskus besteht. Diese Denkweise war den römischen Juristen fremd, obwohl sich in den kaiserlichen Konstitutionen eine Tendenz zeigte, einige Tatbestände zu den Voraussetzungen der Straftaten zu rechnen¹⁶⁸. Davon abgesehen, lässt sich im römischen Privatrecht kein Versuch zeigen, die verwerflich handelnde Partei zu bestrafen. In der Zwischenkriegszeit wurde dieses Konzept letztendlich nicht in Schuldgesetzbuch übernommen, aus diesem jedoch Grunde, dass sich diese Möglichkeit aus anderen damals geltenden Vorschriften herausziehen ließ¹⁶⁹. All dies zeigte es deutlich, dass

¹⁶² M.KOZACZEK, *op.cit.*, S.34. Anders Z.RADWAŃSKI, A.OLEJNICZAK, *op.cit.*, S.289, Rn.683; A.RZETECKA-GIL, *op.cit.*, <http://lex.online.wolterskluwer.pl>, 26.08.2013, 13:28; T.SOKOŁOWSKI, *Komentarz do art. 412*, Rn.26, <http://lex.online.wolterskluwer.pl>, 26.07.2013, 22:51; E.ŁĘTOWSKA, *Bezpodstawne wzbogacenie*, Kap. IV.1.3, <https://sip.legalis.pl>, 27.08.2013, 10:58.

¹⁶³ Diese Wendung (*quasi*-kara) hat zuerst A.KAFARSKI in seinem Artikel *Quasi-kara z art. 412 k.c.*, (*Die Quasi-Strafe aus dem Art. 412 k.c.*), *Państwo i Prawo* 1 (1966), SS.79-87 verwendet. So auch J.SZCZĘŚNY, *Kłopoty z art. 412 kc.*, (*Die Probleme mit dem Art. 412 k.c.*), *Gazeta Prawnicza* 15 (1978).

¹⁶⁴ A.KAFARSKI, *op.cit.*, S.80f.; W.DASZKIEWICZ, *op.cit.*, p.114; auch heutige Fassung des Artikels trägt diesen pönalen Charakter – vgl. E. Łętowska, zit. folgend T.SOKOŁOWSKI, *Komentarz do art. 412*, Rn. 3, <http://lex.online.wolterskluwer.pl>, 26.07.2013, 22:51. Dagegen M.SOBCZYK, *Świadczenie niegodziwe*, S.15.

¹⁶⁵ A.OHANOWICZ, E.WENGEREK (kritisch), *op.cit.*, SS.1095-1096; J.SZTOMBKA, *op.cit.*, S.50; K.PIETRZYKOWSKI, *op.cit.*, Rn.1.2, <https://sip.legalis.pl>, 27.08.2013, 20:24.

¹⁶⁶ Der Richter sollte dazu nur die Voraussetzungen nennen, die ihn zur Bewertung des Zweckes als verwerflich führten. Beschluss des SN vom 19. Dezember 1972, III CZP 57/71 (Richtlinie XI); A.OHANOWICZ, E.WENGEREK, *op.cit.*, SS.1102-1103.

¹⁶⁷ Urt. SN vom 23. März 2007 (V CSK 60/07), <http://www.sn.pl>.

¹⁶⁸ S. z.B. C.4.7.3.

¹⁶⁹ S. oben unter Anm.38.

der römische Grundsatz *in pari turpitudine* ... in der neuzeitlichen zivilistischen Theorie nicht ohne Vorbehalt zitiert wurde. Er wird eher für ungerecht und schädlich gehalten, insofern sie die verwerflich handelnden Parteien ohne Strafe lässt¹⁷⁰.

Marek Sobczyk deutete in seinem Artikel hin, dass die Idee, die verwerfliche Leistung nur als einen besonderen Fall der Tatbestände der Verbots- oder Sittenwidrigkeit anzusehen, der römischen entsprach. Die Gründe dafür sieht der Verfasser nicht darin, dass es sich hier um eine bewusste Inspiration mit dem römischen Recht handelte, sondern darin, dass diese Lösung, aus der Natur des Rechtsinstitutes selbst, hervorgeht¹⁷¹. Somit fallen unter den heutigen Artikel 412, ähnlich wie das bei Römern früher der Fall war, nur die Fälle einer besonders groben Verwerflichkeit.

Die in der heutigen zivilistischen Literatur vertretene Meinung, dass im Fall einer Prostituierten keine verwerflich bezweckte Leistung auftrat¹⁷², lässt offensichtlich keinen Zusammenhang mit ulpianischer *ratio* feststellen. Die Begründung dafür wurde nicht angegeben, man kann nur vermuten, dass hier als Motiv nicht die Gesetzeswidrigkeit der Prostitution als solche zugrunde liegt. Andererseits nicht alles was nicht illegal ist, ist erlaubt – eine systematische Auslegung des Art. 412 (Hypothese Nr. 2) zeigte, dass er nur als eine besondere Regelung der unter Art. 58 § 2 fallenden Tatbestände gilt. Auch wenn also seine Anwendung in dem uns interessierenden Fall in der Literatur immer noch oft diskutiert wird, kann der Standpunkt nicht als begründet angesehen werden, dass ein Vertrag mit einer Prostituierten nicht gegen die Grundsätze des gesellschaftlichen Zusammenlebens verstößt ist. Die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte in Steuersa-

¹⁷⁰ S. z.B. bei J.GÓRECKI, *Wina rozvodu a moralność (z rozważań nad zasadą rekryminacji)*, (*Die Schuld bei der Ehescheidung gegen die Moral (Erwägungen über das Prinzip der Rekrimation)*), Państwo i Prawo 1 (1965), SS.27-28.

¹⁷¹ M.SOBCZYK, *Świadczenie niegodziwe*, S.16.

¹⁷² P. Księżak äußerte neulich in einem Kommentar die Meinung, dass weder eine Prostituierte noch ihr Kunde verwerflich handeln und dass die vom Kunden erbrachte Leistung nicht als ungerechtfertigte Bereicherung angesehen werden kann – P.KSIĘŻAK, *Art. 412*, in: *Kodeks cywilny. Komentarz*⁷, hrsg. K. Osajda, Warszawa 2014, <https://sip.legalis.pl>, 6.04.2014, 20:24. Die Frage aber, wie das aber mit dem Art.58 §2 und darin ausgedrucktem Gebot der Übereinstimmung mit den Grundsätzen des gesellschaftlichen Zusammenlebens zu vereinbaren wäre, hat sich der Verfasser nicht gestellt.

chen lässt keine Zweifel darüber, auch wenn das gegen die Meinung einiger Zivilisten stünde¹⁷³.

4. Die Lage der Prostitution in Polen – nova ratio decidendi?

In der Zeit der Zweiten Polnischen Republik wurden nur die entgeltlichen sexuellen Handlungen zwischen Personen des gleichen Geschlechts bestraft¹⁷⁴. Dass die Verträge mit einer Prostituierten unter Voraussetzungen des Art.132 § 1 KodZob fallen, bleibt unbestritten. Während der Diskussion wurde das deutlich als Beispiel für diesen Art.132 § 1 KodZob angegeben. Nach dem polnischen KodZob (1933) ist hier die Absicht der Handelnden entscheidend¹⁷⁵. Bestimmt handelte der Kontrahent einer Prostituierten gemäß der damals geltenden Auffassung sittenwidrig, allerdings ist es weiterhin unklar, ob im Falle seiner Kontrahentin das auch der Fall ist¹⁷⁶.

In der PRL¹⁷⁷, wie auch in der Dritten Polnischen Republik¹⁷⁸ war Prostitution als solche nicht strafbar. Dort herrschte damals sog. Abolitionismus. Im Zivilrecht ist der Vertrag zwischen einer Prostituierten und ihrem Kunden nach der herrschenden Meinung gemäß Artikel 58 i.V.m. Artikeln 353¹⁷⁹ KC nichtig¹⁸⁰. Also ist dieses Rechtsverhältnis

¹⁷³ Sehe unten Anm.180, 190.

¹⁷⁴ Strafgesetzbuch vom 11. Juli 1932 (DZ.U. 1932 Nr.60, 571), Kap. 32. Unzucht Art.207 (Gefängnisstrafe bis auf 3 Jahre).

¹⁷⁵ Eigentlich waren im Art.132 die Motive des Empfängers nicht von Bedeutung. S. auch P.KSIĘŻAK, *Świadczenie niegodziwe*, SS.99-100.

¹⁷⁶ In der Zweiten Polnischen Republik unterlag Prostitution zuerst einer Reglementierung (d.h. administrative Kontrolle) und dann seit 1922 einer Neo-Reglementierung (Sanitätskontrolle) – s. Verordnung des Ministers für öffentliche Gesundheit vom 6. September 1922 über Aufsicht über die Unzucht (Dz.U. 1922, 715), A.OLAK, *Bezpieczeństwo i zagrożenia społeczne – zarys problematyki, (Die Sicherheit und die gesellschaftlichen Gefahren im Überblick)*, Rzeszów 2012, S.38. Die Aufsicht war den Sanitäts-Sitten-Kommissionen (§2 und 3) anzuvertrauen.

¹⁷⁷ S. Strafgesetzbuch vom 19. April 1969 (Dz.U. 1969, Nr. 13, 94), Kap. 23. Verbrechen gegen Sittlichkeit.

¹⁷⁸ S. Strafgesetzbuch vom 6. Juni 1997 (i.d.F.v. Dz.U. 2012, 611), Kap. 25. Verbrechen gegen sexuelle Freiheit und Sittlichkeit.

¹⁷⁹ Die Vertragsparteien können ihr Rechtsverhältnis nach ihrem Willen gestalten, sofern Inhalt und Ziel der Natur des Rechtsverhältnisses dem Gesetz und den Grundsätzen des gesellschaftlichen Zusammenlebens nicht widersprechen. – Übers. <https://sip.legalis.pl>, 30.09.2013, 15:42.

¹⁸⁰ Vgl. Urt. SN vom 9. September 1981 (II CR 473/81) zit. folgend P.KSIĘŻAK, *Świadczenie niegodziwe*, S.196 Anm.267; Urt. WSA vom 23.04.2013 (I SA/Kr 568/13); R.TRZASKOWSKI, *Granice Swobody kształtowania treści umów obligacyjnych. Art.*

als den Guten Sitten widersprechend beurteilt. Andererseits wird die Prostituierte selbst als nicht verwerflich handelnde angesehen, daher fällt die Leistung nicht unter Voraussetzungen des Artikels 412 KC in dem Sinne, dass die Frau die empfangene Leistung behalten kann. Die Rückforderung ihres Kunden ist in der Literatur sehr umstritten¹⁸¹.

Gerade in den letzten Tagen wurden die polnischen Zeitungen von einer Nachricht erschüttert, dass die Europäische Kommission die Richtlinie erlassen hat, der Staat solle in seiner Gesamtrechnung die Einkommen aus unerlaubten Tätigkeiten (in dem diese aus Prostitution) berücksichtigen¹⁸². Diese Sensation hat einen Anstoß gegeben, eine Diskussion über Prostitutionslegalisierung wieder anzufangen¹⁸³.

353¹ K.C., (*Die Freiheitsgrenzen bei Gestaltung des Inhaltes der Schuldvereinbarungen*), Kraków 2005, S.429. Nicht entscheidend aber bei P. KSIĘŻAK (*ibidem*), Autor sieht folgende Möglichkeiten: der Vertrag ist nichtig, aber er wird saniert und damit vollwirksam wenn die Prostituierte ihre Leistung erbringen wird oder der Vertrag ist wirksam und hat nur die Pflicht des Kunden zufolge. Książak schrieb, dass das Problem in der Literatur nicht betrachtet wurde und er führte nur das oben zitierte Urteil des SN (noch entscheidend s. unter Anm.172) auf. Diese Beobachtung ist m.E. nicht zutreffend. Außerdem, dass – nach Książak – SN es expressis verbis in seinem Urteil zum Ausdruck brachte, nennen auch einige Autoren dieses Beispiel als einen Fall der Nichtigkeit eines Vertrages gemäß Art. 353¹ KC: R.TRZASKOWSKI (*ibidem*); P.MACHNIKOWSKI, *Swoboda umów według art. 353¹ – konstrukcja prawna, (Die Vertragsfreiheit nach Art. 535¹ – ihre juristische Konstruktion)*, 2005, II, <https://sip.legalis.pl>, 30.09.2013, 15:42; M.GUTOWSKI, *Nieważność czynności prawnej, (Die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes)*, 2006, §1.I, <https://sip.legalis.pl>, 30.09.2013, 15:42; M.W.GREBLER, *Etyczne ograniczenia w podejmowaniu i wykonywaniu działalności gospodarczej w prawie polskim i niemieckim, (Ethische Beschränkungen bei der Aufnahme und Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit nach polnischem und deutschem Recht)*, Szczecin 2011, S.230. Andererseits sehe ich keine Gründe dafür, den Vertrag nicht als sittenwidrig und gegen Grundsätze des gesellschaftlichen Zusammenlebens verstoßend zu beurteilen.

¹⁸¹ Zutreffend sieht P. Książak die Rechtsgründe gemäß Art.410 §2 KC als unbegründet, obwohl er seinerseits eine Sanierungsmöglichkeit vorsieht, nachdem der sexuelle Dienst geleistet wurde. Aber dieser Fall, auch wenn nicht überzeugend, sollte unter vertraglichen Obligationen fallen - *Świadczenie niegodziwe*, S.196 Anm.267.

¹⁸² Eigentlich ist dieser Rat schon von unserem Haupt-Statistikamt (im Folgenden GUS) von 2005 in Schätzungen der Staatseinkommen berücksichtigt, doch das haben wenige Journalisten bemerkt. Vgl. Eine Informationsnote GUS betreffend die Revision der Staatsrechnungen für den Zeitraum 1995-2003, http://www.stat.gov.pl/gus/5840_1386_PLK_HTML.htm.

¹⁸³ Die Polnische Vertretung der Europäischen Kommission hat die Erklärung gegeben, doch die Sensation lebt schon ihr eigenes Leben. S. http://ec.europa.eu/polska/news/130724_szara_strefa_wyjasnienie_pl.htm.

Die Legalisierung der Prostitution in irgendeiner Form wird in Polen hin und wieder diskutiert. Die Argumente dafür sind immer die gleichen: der Rechtsschutz der Prostituierten, Zugang zur Sozialversicherung, ihre Steuerpflicht, Verbesserung der Arbeitsbedingungen, Erleichterung der Ausstiegsmöglichkeit. Zu ihrem Gewicht will ich auf die deutschen Erfahrungen verweisen¹⁸⁴. Was bemerkenswert ist, hat in der Wahlperiode 2001-2005 die polnische Senatorin Professorin Maria Szyszkowska einen Gesetzentwurf für Legalisierung der Prostitution in Polen vorbereitet, der aber von polnischen Prostituierten abgelehnt wurde, wodurch die Autorin selbst diesen Entwurf nicht weiter unterstützen wollte¹⁸⁵. Seit 1952 ist Polen Partei der Internationalen Konvention über Bekämpfung des Menschenhandels und Ausbeutung der Prostitution. Die bedingt teilweise das Verhalten des Staates gegenüber diesem Phänomen: es ist nicht legal aber auch nicht strafbar. Im Bereich des Zivilrechts fallen aber alle mit der Ausübung der Prostitution verbundenen Rechtsverhältnisse unter die oben genannten Verbote und Gebote der moralischen Regeln.

Prostitution ist in Polen hauptsächlich als eine soziale Devianz, eine unmoralische, sittenwidrige Handlung, ein eindeutig negativ beurteiltes Phänomen. Alle Autoren, die sich mit ihr beschäftigten, stim-

¹⁸⁴ 25. Januar 2007 der Bericht der Bundesregierung zu den Auswirkungen des Prostitutionsgesetzes (Bundestag 16. Wahlperiode, Drucksache 16/4146, ferner Bericht); CHR.ARMBRÜSTER, § 1 *ProstG*, Münchener Kommentar zum BGB⁹⁰, 1. Bd., München 2012, SS.1518-1519 Rn.1-2. Die Rechtlichen Fragen, die das Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (20.12.2001, BGBl. I S. 3983, im Folgenden *ProstG*) mit sich gebracht hat, insbesondere ob mit dem *ProstG* wirklich die Sittenwidrigkeit solcher Vereinbarungen entfällt, werden in der Fachliteratur kräftig diskutiert, s. A.BERGMANN, *Das Rechtsverhältnis zwischen Dirne und Freier – Das Prostitutionsgesetz aus zivilrechtlicher Sicht*, JR 7 (2003), S.270; R.SACK, § 138 *BGB*, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 1. Buch. Allgemeiner Teil §§134-163, hrsg. N. Habermann, Neubearb., Berlin 2003, S.416 Rn.455; CHR.ARMBRÜSTER, *Zivilrechtliche Folgen des Gesetzes zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten*, Neue Juristische Wochenschrift 38 (2002), S.2764; idem, § 1 *ProstG*, Münchener Kommentar, SS.1520-1527 Rn.7-22, E.C.RAUTENBERG, *Prostitution: Das Ende der Heuchelei ist gekommen!*, Neue Juristische Wochenschrift 9 (2002), S.651.

¹⁸⁵ M. Szyszkowska schrieb, dass die Prostituierten die Idee einer Legalisierung selbst ablehnten, weil sie nicht unter Steuer- und Sozialversicherungspflicht fallen sollte – zit. folgend K.CHARKOWSKA, *Zjawisko prostytutki w doświadczeniach prostytutujących się kobiet*, (*Das Phänomen der Prostitution in den Erfahrungen der prostituierenden Frauen*), Kraków 2010, SS.73-74.

men dem zu¹⁸⁶. Dasselbe zeigte auch die spärliche Rechtsprechung, am Meisten in Bezug auf Steuerpflicht.¹⁸⁷ Die Prostitution wird dem Alkoholismus, Gewaltakten im Kreis der Familie oder der Rauschmittelsucht gleichgestellt. Die soziale Rezeption der Prostituierten ist vielleicht etwas milder und verschieden, doch bleibt weiterhin eher negativ. Andererseits wird die Prostitution als Verletzung der Menschenwürde angesehen, was das Verhältnis zu den sie ausübenden Personen - meistens aber nicht ausschließlich Frauen -¹⁸⁸, im positiven Sinne beeinflusst¹⁸⁹. Diese Tendenz ist seit der Wiedergründung des polnischen Staates unverändert geblieben.

Die Frage ist, in wieweit der Gesetzgeber die in der Gesellschaft geltenden moralischen Regeln relativieren und flexibel machen kann. Die hin und wieder unter Diskussion gestellte Frage der Legalisierung der Prostitution, in der ihrer Befürworter Deutschland als gutes Beispiel nennen¹⁹⁰, findet weder sozialen noch politischen Grund für weitere Schritte.

¹⁸⁶ A.OLAK, *op.cit.*, S.27; M.W.GREBLER, *op.cit.*, S.192; K.CHARKOWSKA, *op.cit.*, S.7 und 67-69. 2010 starb Kazimierz Imieliński, ein Spezialist für medizinische und klinische Sexologie. In seinen vielfältigen Forschungen über Prostitution konnte er feststellen, dass eine langfristige Ausübung von Prostitution die moralische und physikalische Behinderung mit sich bringt – K.IMIELIŃSKI, *Manowce seksu. Prostytucja, (Der Irrweg des Sex. Prostitution)*, Łódź 1990, S.104-105. K. Charkowska wies darauf hin, dass es in Polen an neuen Forschungsergebnissen fehlt, die das Phänomen der Prostitution und ihrer neuen Formen (u.a. sog. Sponsoring) im neuen Licht stellen können – *ibidem*. Diese Lücke füllte Olaks Buch nicht, weil der Verfasser in dem der Prostitution gewidmeten Teil keine neuen Fortschritte gemacht hat. Seine Bearbeitung diene vielmehr als eine interessante Wiedergabe der zurzeit in der Doktrin herrschenden Ansichten.

¹⁸⁷ Prostitution als unerwünschte Gefährdung der öffentlichen Ordnung in Urt. des NSA vom 10.04.2001 (3275/00); s. auch Urt. des NSA vom 5.06.2009 (II FSK 306/08); Urt. des NSA vom 20.10.2010 (I FSK 1609/09), Urt. des NSA zit. (I FSK 1913/09); Urt. des WSA vom 5.01.2012 (I SA/Bk 431/11); Urt. des WSA zit. (I SA/Kr 568/13).

¹⁸⁸ Prostitution ist vorwiegend eine weibliche Profession, obwohl schon im Altertum wurden sporadisch auch die prostituierenden Männer nachweisbar. Diese Tendenz kann auch heute bestätigt werden – vgl. K.CHARKOWSKA, *op.cit.*, S.7.

¹⁸⁹ Die Soziologen, Sexologen und Psychiater zeigen darauf, dass die Ausübung der Prostitution nicht ohne negativen Einfluss auf die Psyche der Prostituierten bleibt. Andererseits liegen oft die emotionalen oder familiären Probleme der Entscheidung sich zu prostituieren zugrunde – s. die soziologische Untersuchungen bei K.CHARKOWSKA, *ibidem.*, SS.55-67.

¹⁹⁰ Am 20. Dezember 2001 wird in Deutschland das ProstG erlassen. Gemäß diesem Gesetz bilden die wegen sexueller entgeltlicher Handlungen eingegangenen Verein-

Wie es die deutschen Ansichten und Erfahrungen zeigen, kann die Prostitution kein Beruf wie jeder andere angesehen werden, aber auch als keine sittenwidrige Tätigkeit¹⁹¹. Das ist aber eine Theorie, die – laut Regierungsbericht – in der Praxis etwas anders aussieht¹⁹². Małgorzata Weronika Grebler hat in ihrer Monographie, die den ethischen Einschränkungen in Ausübung der gewerblicher Tätigkeit in Polen und Deutschland gewidmet war, mit Recht beobachtet, dass auch die gesellschaftlichen Verhaltensmuster selber die Regeln der gewerblichen Tätigkeit formen¹⁹³. Die moralischen und sittlichen Regeln einer Gesellschaft unterliegen dem Wandel im Laufe der Jahre. Was aber die Prostitution betrifft, bleibt ihre Beurteilung zurzeit in der polnischen und nicht nur polnischen Gesellschaft eher negativ¹⁹⁴. Andererseits unterliegt die Prostitution selbst einer Veränderung. In den 90er Jahren schrieb Kazimierz Imieliński, dass die damalige Prostituierten nicht mehr überwiegend von niedrigen sozialen Schichten herkommen¹⁹⁵. Sie sind oft gut ausgebildet und sie kommen von

barungen eine wirksame einseitige Forderung, es sei denn die für Entgelt vereinbarte Gegenleistung nicht vorgenommen wurde. Das gilt auch für jede derartige Handlung im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses (vgl. auch R.SACK, *op.cit.*, S.410-412 Rn.453 und S.415 Rn.455; CHR.ARMBRÜSTER, § 1 *ProstG*, Münchener Kommentar, SS.1520-1521 Rn.7-8; A.BERGMANN, *op.cit.*, SS.271ff.). Einige Schlussfolgerungen des Berichtes der Bundesregierung sind sehr interessant. Der von Gesetzgebern intendierte Zweck war u.a die Sittenwidrigkeit der Prostitution abzuschaffen (S.4). Er hatte zwar nicht die Absicht, die Prostitution wie jeden anderen Beruf auszugestalten, doch scheint diese Intention etwas zweifelhaft zu sein. Nach dem Bericht wurde dieser Zweck nicht erreicht: „Das Prostitutionsgesetz hat jedoch die von Gesetzgeber gewünschte Abkehr von Sittenwidrigkeitsurteil in der Eindeutigkeit wie sie in der Gesetzgebung zum Ausdruck kommt, bislang noch nicht bewirkt“ (zit. S.7). Diese Ansicht war noch 2012 in der deutschen juristischen Literatur vertreten – vgl. R.SACK, *ibidem*, S.415 Rn.455; skeptisch, doch nicht kritisch CHR.ARMBRÜSTER, *ibidem*, S.1518 Rn.1.

¹⁹¹ Im Sinne des Ordnungs- und Zivilrecht nach sozial-ethischen Wertvorstellungen, doch unabhängig von (sic!) der moralischen Beurteilung – vgl. Urteil VG Berlin vom 1.12.2000, zit. bei E.C.RAUTENBERG, *op.cit.*, NJW 9 (2002), S.651.

¹⁹² Vgl. Bericht, Schlußfolgerungen.

¹⁹³ M.W.GREBLER, *op.cit.*, S.230.

¹⁹⁴ K.CHARKOWSKA, *op.cit.*, S.171ff.

¹⁹⁵ Was von antikem Rom ein charakteristisches Merkmal des Phänomens bildete – vgl. M.KURYŁOWICZ, *Prawo i obyczaje w starożytnym Rzymie, (Das Recht und die Sitten in antikem Rom)*, Lublin 1994, S.117; J.SIKORSKA-KULESZA, *op.cit.*, SS.280-286; K.CHARKOWSKA, *op.cit.*, S.166ff.

sog. guten Familien¹⁹⁶. Doch das Gehalt und die finanzielle Perspektive sind im Allgemeinen ein wichtiger Grund dafür, sich für die Prostitution zu entscheiden¹⁹⁷.

Vom juristischen Gesichtspunkt aus betrachtet, ist somit die ulpianische *nova ratio decidendi* mit polnischem Recht kaum zu vereinigen¹⁹⁸. Diese Tätigkeit schwingt zwischen Illegalität und Legalität und niemand kann jetzt entscheiden, in welche Richtung diese Situation sich weiter entwickeln wird. Das mit einer Prostituierten geschlossene Rechtsgeschäft fällt unter Artikel 58 § 2 KC und bleibt ungültig¹⁹⁹. Wenn infolge eines solchen Vertrages eine Leistung erbracht wird, fällt sie nicht unter die Vorschriften über die verwerfliche Leistung im Sinne von Artikeln 412 KC²⁰⁰. Andererseits, wenn die Zahlung nicht erfolgt, die Leistung (also sexuelle Dienste) dagegen schon, so wird der Anspruch einer Prostituierten ausgeschlossen. Es liegt aber nicht im Interesse der Prostituierten, ihre rechtliche Lage zu ändern, sie wollen ihre Tätigkeit weiterhin insgeheim ausüben, ohne sich dem gesellschaftlichen Scherbengericht aussetzen zu müssen²⁰¹.

¹⁹⁶ K.IMIELIŃSKI, *op.cit.*, S.115. Sog. Sponsoring als neue Form von Prostitution wird in Polen noch nicht erforscht.

¹⁹⁷ Ibidem; auch die Prostituierten selbst nennen das als entscheidenden Grund – vgl. die Ergebnisse von K.CHARKOWSKA, *op.cit.*, S.169ff.

¹⁹⁸ Obwohl einige von manchen Zivilisten vertretene Ansichten – vgl. unter Anm.172.

¹⁹⁹ Diese Rechtsfolge wird oft als Beispiel in der Rechtsprechung angeführt (Urt. des WSA I SA/Kr 568/13), obwohl die Prostitution oft irrtümlich von Verwaltungsgerichten als eine unerlaubte Handlung qualifiziert wird (Urt. des NSA vom 23.11.1999, SA/Rz 1066/98, Urt. des WSA, zit. (I SA/Bk 431/11)).

²⁰⁰ Vgl. J.PREUSSNER-ZAMORSKA, *Wykonanie nieważnej umowy*, *Studia Cywilistyczne* 30 (1979), SS.103-125, insb. 120-121.

²⁰¹ Einige Prostituierte bekennen sich dazu, dass sie selbst früher (d.h. bevor sie Prostituierte wurde) eine negative Einstellung zur Prostitution hatten – K.CHARKOWSKA, *op.cit.*, S.176ff.