Rechtsprechung

Die mit einem * versehenen Entscheidungen werden in der jeweiligen Amtlichen Sammlung abgedruckt.

Zivil- und Zivilprozeßrecht

§ 134 BGB; § 5 WiStG

Liegt eine wesentliche Mietpreisüberschreitung vor, so ist die Vereinbarung nichtig, soweit der Mietzins die ortsübliche Vergleichsmiete übersteigt.

Rechtsentscheid des OLG Stuttgart v. 7.7.1981 — 8 REMiet 1/81.

Aus den Gründen:

Ein Verstoß gegen § 5 WiStG führt nach einhelliger Meinung nur zu einer Teilnichtigkeit der Mietpreisvereinbarung, im übrigen bleibt die Wirksamkeit des Mietvertrages unberührt. Streitig ist, ob die Abrede über den Mietzins nichtig ist, soweit dieser die Zulässigkeitsgrenze des § 5 WiStG übersteigt (so u. a. die vorlegende Kammer; ferner *Schmidt-Futterer/Blank,* Wohnraumschutzgesetze, 4. Aufl., Anm. D 18; *Sternel,* Mietrecht, 2. Aufl., Rdn. III 22; *Barthelmess,* 2. Wohnraumkündigungsschutzgesetz, 2. Aufl., Einf. vor § 1 MHG, Anm. 11 a m. w. H.), oder ob die Nichtigkeit den Teil erfaßt, der über der ortsüblichen Vergleichsmiete liegt (so u. a. die 6. Zivilkammer des LG Stuttgart in ihrem Vorlage-Beschluß 6 S 195/80 vom 20. 3. 1981).

Nach Auffassung des Senats erfaßt die Teilnichtigkeit den Mietzins, soweit dieser die ortsübliche Vergleichsmiete übersteigt. Allerdings führen Verstöße gegen Preisbestimmungen grundsätzlich dazu, daß das Geschäft mit dem zulässigen Preis aufrechterhalten wird (*Palandt,* 40. Aufl., Anm. 3 b, bb zu § 134 BGB). Dieser Grundsatz wird aber der Besonderheit des vorliegenden Falles nicht gerecht. Man mag den § 5 WiStG zwar als Preisbestimmung bezeichnen. Es ist aber zu beachten, daß es sich nicht um eine Vorschrift handelt, die einen bestimmten Preis festlegt, sondern um eine Regelung, mit der das Verbot des Mietwuchers nach § 302 a StGB über den Bereich des auffälligen Mißverhältnisses hinaus bis zur Grenze der nicht nur unwesentlichen Überschreitung der ortsüblichen Vergleichsmiete ausgedehnt wird. Daraus ergibt sich, daß das Gesetz von der ortsüblichen als der angemessenen Miete ausgeht und der bis zur Wesentlichkeitsgrenze reichende Mietzins lediglich als noch nicht unzulässig hingenommen wird. Ist aber der Mietzins, wie er vereinbart wurde, nichtig und damit ein Eingriff in den Vertrag nötig, so ist es geboten, die Miete auf den angemessenen Betrag zurückzuführen. Dafür, daß dem Vermieter zusätzlich der gerade noch zulässige Mietzins verbleiben soll, gibt es keinen hinreichenden Grund. Dagegen spricht insbesondere, daß man ihm damit das Risiko seines Rechtsbruchs im weitest möglichen Umfang abnehmen würde. Das erschiene durchaus verfehlt (entsprechend: BGH BB 1977, 769 zu einem Fall der sittenwidrigen Übervorteilung).

Zwar ergibt sich danach eine zivilrechtliche Sanktion, die über die Regelung der §§ 8, 9 WiStG hinausgeht. Diesen Vorschriften kann jedoch nach Meinung des Senats nicht entnommen werden, daß die zivilrechtlichen Folgen der Gesetzesverletzung ungeachtet der obigen Gründe auf eine Herausgabe des Unterschiedsbetrags zwischen zulässigem und erzieltem Preis beschränkt sein sollten.

Einsender: Vors. Richter am OLG Dr. *Bauser,* Stuttgart

Anmerkung

Ist ein wucherischer Mietvertrag nichtig? Die ganz überwiegende Ansicht verneint das (OLG Hamburg, ZMR 1968, 198; LG Mannheim, NJW 1977, 1729 [1730]; *Palandt/Heinrichs,* 41. Aufl., 1982, § 138, 4 c; *Schmidt-Futterer,* JR 1972, 136 f.), ohne sich um das im Parallelfall des Kreditwuchers ebenso überwiegend anerkannte gegenteilige Ergebnis zu bekümmern (BGHZ **44**, 158 [162]; BGH NJW 1977, 1233 [1234]; *Palandt/Heinrichs,* § 138, 4 b; *Erman-Brox,* BGB, 7. Aufl., 1981, § 138, Rdz. 23). Aber was geschieht statt dessen: greifen die Regeln über die Teilungswirksamkeit ein, wird der Vertrag modifiziert, tritt eine Ermäßigung ein?

Darauf weiß auch das OLG Stuttgart in seinem Rechtsentscheid vom 7. 7. 1981 keine rechte Antwort. Es beschäftigt sich mit einem Fall der Mietpreisüberhöhung nach § 5 WiStG. Danach dürfen keine unangemessen hohen Entgelte gefordert werden: ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB, wie offenbar auch das OLG annimmt. Bei einem Verstoß gegen § 5 WiStG ist damit zu fragen, ob sich aus dieser Norm ergibt, daß das Rechtsgeschäft ausnahmsweise nicht nichtig, sondern wirksam sein soll (§ 134 BGB enthält eine Vermutung zugunsten der Nichtigkeit: vgl. Mot. I, 210; a. A. die h. L., z. B. *Flume,* AT, 3. Aufl., 1979, § 17, 1; *Langen,* Fs. Isay, 1956, 327). Man wird das verneinen können. Zwar kann man hier nicht vom Schutz des einzelnen Mieters her argumentieren (den sog. Individualwucher sollen §§ 138 II BGB und 302 f. StGB bekämpfen), doch auch unter dem Aspekt des Gefüges der sozialen Marktordnung kann es nicht als sinnvoll erscheinen, den Vertrag aufrecht zu erhalten. Soweit § 134 BGB: das Rechtsgeschäft ist nichtig.

Nun kann sich die Verbotswidrigkeit allerdings auf einen Teil des Rechtsgeschäfts beschränken. Das steht ausdrücklich nicht im BGB, ergibt sich aber aus dem systematischen Zusammenspiel der §§ 134, 139 BGB. In der Tat spricht das OLG von einer Teilnichtigkeit der Mietpreisvereinbarung. Es meint damit die Nichtigkeit eines Teiles der Abrede über den Mietzins. Jedoch haben die Parteien diese Abrede nicht in verschiedene Teile aufgespalten. Sie haben einen bestimmten Betrag als Entgelt für die Gebrauchsüberlassung vereinbart. Ein Teilbetrag dieses Entgelts ist kein Teil des Mietvertrages. Die Preisvereinbarung ist eine in sich geschlossene und einheitliche Willenseinigung, die nicht aus mehreren Bestimmungen besteht. Teile eines Rechtsgeschäftes im Sinne des § 139 BGB sind jedoch seine „Bestimmungen" (Mot. I, 222; näher zu Entstehungsgeschichte und Funktionsweise des § 139 BGB *Zimmermann,* Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit?, 1979, S. 60 ff., 77 ff.).

Im übrigen könnte bei Annahme einer Teilnichtigkeit allenfalls der über das erlaubte Maß hinausragende Betrag beanstandet werden. Selbst wenn man also etwa bei einem angemessenen Mietzins von 100 und einem tatsächlich vereinbarten Mietzins von 130 den die „Wesentlichkeitsgrenze" von 120 überschreitenden Betrag von 10 als verboten ansehen wollte (aber ein Mietzins von 10 kann doch nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen und damit als anstößiger Teil eines Mietvertrages nichtig sein!), selbst wenn man also alle dogmatischen und rechtslogischen Hindernisse überspringen wollte, müßte

doch wenigstens der Vertrag zu dem gerade noch zulässigen Mietzins, d. h. in unserem Beispiel mit einem Betrag von 120 aufrechterhalten werden. Auch darüber setzt sich jedoch das OLG Stuttgart hinweg: der Vertrag bestehe auf der Basis der ortsüblichen Vergleichsmiete fort. Damit ist über jeden Zweifel klar: auf § 139 BGB wird das Ergebnis ebenso wenig gestützt wie auf § 134 BGB i. V. m. § 5 WiStG. Es handelt sich um einen gesetzlich nicht ermächtigten Eingriff in den Vertrag, um richterliche Vertragsgestaltung.

Man mag einwenden, dies möge im Falle einer Angemessenheitskontrolle angehen. Wenn der Richter die Vereinbarung nach dem Maßstab der Billigkeit beurteile, solle er auch die Möglichkeit haben, die Rechtsfolgen nach demselben Maßstab zu beurteilen. Dafür finden sich im BGB Vorbilder: §§ 343, 655. Freilich ist § 655 BGB heute faktisch bedeutungslos (vgl. *Erman-Werner,* § 655, Rdz. 1); zudem hat *Ulmer* für einen weiteren Fall einer Angemessenheitskontrolle die Vorstellung einer quantitativen Teilunwirksamkeit erst jüngst von der Hand gewiesen (NJW 1981, 2025 ff. [2028]). — Hinzu kommt folgendes. Warum soll eine derartige Reduktionsmöglichkeit auf unangemessene Verträge beschränkt bleiben? Müßte sie nicht erst recht bei sittenwidrigen Verträgen anerkannt werden? (So in der Tat die h. L. zum Mietwucher, die insoweit zwischen Sozial- und Individualwucher nicht unterscheidet.) Warum nur bei wucherischen Mietverträgen und nicht auch im Falle des Kreditwuchers oder im Rahmen des § 138 I BGB, etwa bei übermäßigen Bierlieferungsverträgen (vgl. BGH WM 1972, 1224; WM 1975, 850)? Wie hier irgendwelche Begrenzungen „präzise abgesteckt" werden können (so Münch-Komm-*Mayer-Maly,* Bd. 1, 1978, § 138, Rdz. 135), ist für mich nicht recht ersichtlich. Ist es nicht willkürlich, Miet- und Kreditwucher hinsichtlich der Rechtsfolgen unterschiedlich zu behandeln? — Und weiter: Warum dann in diesem Bereich nur sittenwidrige Verträge umgestalten? Wäre es nicht unbefriedigend, nur in derartigen anstößigen Fällen für einen billigen Interessenausgleich sorgen zu dürfen, d. h. hier letztlich zu einem besseren Ergebnis zu gelangen als in weniger krassen Situationen? In Teilbereichen hat die Rechtsprechung die angedeuteten Entwicklungen bereits vollzogen. Sie lassen sich jedoch mit den Vorstellungen des BGB und auch des Grundgesetzes von Richtermacht und Gesetzesbindung nicht mehr vereinbaren (näher *Zimmermann,* S. 32 ff., 156 ff.). — Zu einem befriedigenden Ergebnis auch unter systematischem Aspekt wird man nur gelangen, wenn man mit dem BGB-Gesetzgeber anerkennt, daß sittenwidrige Verträge nichtig sind. Das gilt für Fälle des Kredit- wie des Mietwuchers. Es gilt auch für Fälle der nichtsittenwidrigen Mietpreisüberhöhung.

Prof. Dr. R. *Zimmermann,* Cape Town, z. Zt. Hamburg

§ 254 BGB

Zur Frage, ob der unterlassene Schutz einer besonders gefährdeten Bauchdecke des Geschädigten (hier: Nichtanlegung eines Korsetts) gegen den Biß eines ihn unversehens angreifenden Hundes ein im Verhältnis zum Tierhalter anrechenbares Verschulden gegen sich selbst darstellt.

Urteil des BGH v. 22. 9. 1981 — VI ZR 144/79.

Der 44 Jahre alte Kläger wurde am 9. 5. 1968, als er die wochentags als Gaststube dienende Küche der Gastwirtschaft der Beklagten in M., betrat, von deren unter dem Tisch liegendem Schäferhund angefallen und gebissen; er wurde am rechten Oberarm und vor allem am Bauch verletzt. Da der Kläger im Krieg einen Bauchschuß mit Darmverletzungen erlitten hatte, was einen fast vollständigen Verlust der rechten unteren Bauchdecke mit erheblichem Narbenbruch zur Folge hatte, verursachte der Hundebiß schwerste Verletzungen.

Mit der Behauptung, er sei durch die Folgen des Hundebisses völlig arbeitsunfähig geworden, hat der Kläger Ersatz seines materiellen und immateriellen Schadens eingeklagt. Ferner hat er die Feststellung der Ersatzverpflichtung der Beklagten für allen weiteren Schaden begehrt.

Das LG hat unter Berücksichtigung eines Mitverschuldens des Klägers von ¼ dem Feststellungsanspruch zu ¾ stattgegeben, den Leistungsansprüchen, insbesondere der Rente wegen Verdienstausfalls, indes nur unter erheblicher Reduzierung des Antragsbegehrens. Das OLG hat die Beträge für Heilbehandlungskosten und Verdienstausfall geringfügig erhöht, dagegen die Schadensquote und den Schmerzensgeldbetrag bestätigt.

Mit der Revision hat der Kläger eine Haftung der Beklagten in vollem Umfang und damit auch eine Änderung des Feststellungsurteils angestrebt.

Die Revision des Klägers hatte hinsichtlich des ihm angelasteten Mitverschuldens in vollem Umfang Erfolg.

Aus den Gründen:

Zum Grund des Anspruchs (§ 833 BGB) streiten die Parteien nur über das dem Kläger im angefochtenen Urteil nach § 254 Abs. 1 BGB angelastete Mitverschulden.

1. Das Berufungsgericht führt hierzu aus: Der Kläger müsse den Schaden in Höhe von ¼ selbst tragen, weil er, obwohl er einen Narbenbruch hatte, weder ein Korsett noch eine Leibbinde getragen und damit die in eigenen Angelegenheiten aufzuwendende Sorgfalt außer acht gelassen habe. Wegen der Nachwirkungen der im Krieg erlittenen Verletzung sei ein derartiger Schutz der Bauchdecke schon zur Vermeidung einer Verschlechterung des Gesundheitszustandes unbedingt erforderlich gewesen.

...

Der Kläger würde die schwerwiegende Darmverletzung nicht erlitten haben, wenn er ein Korsett oder eine Bauchbinde getragen hätte; der an sich nur leichte Biß des Hundes habe den vorgewölbten Bruchsack getroffen und sei in den ungeschützten Darm eingedrungen.

2. Diese rechtliche Beurteilung des Berufungsgerichts vermag der Senat nicht zu billigen.

a) Zwar kann selbstverständlich auch ein Tierhalter, der aus der Gefährdungshaftung des § 833 BGB haftet, dem Verletzten ein „Mitverschulden" entgegen halten. Hätte der Kläger etwa zu dem Angriff des Hundes beigetragen, indem er diesen geneckt oder gar gereizt gehabt hätte, so wäre durchaus in Erwägung zu ziehen, ihn einen Teil seines Schadens selbst tragen zu lassen; hierauf hat das Berufungsgericht aber den Vorwurf des Mitverschuldens nicht abgestellt. So könnte es zwar ein Mitverschulden begründen, wenn die Behauptung der Beklagten richtig wäre, der Kläger habe sich, als ihre Tochter ihr Kind in der Gastwirtschaft züchtigte, eingemischt; Hunde werden bekanntermaßen in der Verteidigung von Personen, insbesondere von Kindern, leicht aggressiv. Von einem solchen Sachverhalt hat sich das Berufungsgericht aber gerade nicht zu überzeugen vermocht. Vielmehr sieht es das Mitverschulden allein darin, daß der Kläger seine höchst verletzungsgefährdete Bauchdecke beim Betreten der Gastwirtschaft nicht durch Anlegen seines Korsetts geschützt hatte, wie er das bei seiner Tätigkeit auf dem Schlachthof, bei der Jagd usw. stets zu tun pflegte.

b) Die Revision weist zu Recht darauf hin, daß die Beklagte dem Kläger nicht vorhalten kann, seine Bauchdecke bei jenem kurzen Besuch gegen einen Angriff ihres Hundes nicht geschützt zu haben.

Die Frage, ob in dieser Unterlassung ein zurechenbares Verschulden des Klägers gegen sich selbst liegt, kann nicht verallgemeinernd für alle Situationen, sondern nur im Hinblick auf die konkrete Gefährdungssituation beantwortet werden; es gibt insoweit keine eigenständigen Verhaltensnormen. Vielmehr sind stets die an den Geschädigten zu stellenden Anforderungen zu dem Haftungsrisiko, dem sich der Geschädigte im konkreten Haftungsfall ausgesetzt hat, in Bezug zu setzen. Nach ständiger Rechtsprechung (s. BGHZ 34, 355, 363; Urt. v. 21.9.1971 — VI ZR 122/70 = VersR 1971, 1123; v. 11.7.1978 — VI ZR 138/76 = VersR 1978, 1070, 1071; zuletzt Urt. v. 26.2.1980 — VI ZR 53/79 = VersR 1980, 675) ist die in § 254 Abs. 1 BGB geregelte Berücksichtigung eigenen Verschuldens am Schadenseintritt Ausdruck des in § 242 BGB niedergelegten Grundsatzes von Treu und Glauben; daher muß es, soll § 254 BGB angewendet werden, gerade im Verhältnis zwischen Schädiger und Geschädigtem unbillig erscheinen, wenn der Geschädigte seinen Anspruch in vollem Umfang liquidieren will, obschon er die Schadensvermeidung von seinem Verantwortungsbereich her in besonderer Weise erschwert hatte. Hieran fehlt es aber im Streitfall. Mag dem Kläger das Nichtanlegen der Leibbinde oder des Korsetts im Rahmen einer anderen Haftungsbeziehung, beispielsweise bei einem durch einen im Gedränge von einem Dritten unvorsichtig geführten Stoß, durchaus als Mitverschulden vorgeworfen werden können, so ist dies im Streitfall im Verhältnis zu dem sich in der als Wirtsstube dienenden und damit jedermann zugänglichen Küche ereignenden Angriff des Hundes nicht angebracht. Ob der Kläger an sich damit hätte rechnen können, daß die Beklagte den festgestelltermaßen aus früheren Unfällen als bissig erkannten Hund in ihrem Gastraum ungesichert belassen und damit Besucher gefährden würde, kann dahinstehen. Denn jedenfalls hat sich durch den unvermittelten Angriff des Hundes ein eindeutig in die Verantwortungssphäre der Beklagten fallendes besonderes Risiko verwirklicht, das zu vermeiden *sie* gehalten war und auch sehr wohl in der Lage gewesen wäre. Es steht der Beklagten bei dieser Sachlage nicht an, dem Kläger entgegenzuhalten, daß er durch eine vielleicht zweckmäßige aber letztlich in seine Entscheidungsfreiheit fallende Vorsorgemaßnahme nicht bemüht gewesen war, die Schadensfolgen eines solchen rechtswidrigen Angriffs zu mindern; der Grundsatz von Treu und Glauben ergibt nicht, daß *hier* das Haftungsrisiko der Beklagten durch das Verhalten des Klägers unangemessen vergrößert und deshalb eine Verminderung der Haftungsschuld geboten wäre.

Der Senat verkennt nicht, daß sich diese Erwägungen weithin mit solchen decken, die auch bei grundsätzlicher Bejahung einer Mitverantwortung des Klägers über eine nur die Beklagte belastende Abwägung zum gleichen Ergebnis hätten führen können. Diese Übereinstimmung spricht nicht gegen sondern für die Richtigkeit des Ergebnisses. Sie steht auch nicht der Erkenntnis entgegen, daß, wiewohl reine Abwägungsfragen in der Regel dem Tatrichter vorbehalten sind, das Ergebnis hier aus Rechtsgründen einer Berichtigung durch das Revisionsgericht bedarf.

(—)

§ 818 Abs. 2 BGB

Zur Frage einer Unmöglichkeit der Herausgabe des Erlangten (§ 818 Abs. 2 BGB), wenn der Bereicherungsschuldner das herauszugebende Grundstück inzwischen bebaut hat.

Urteil des BGH v. 10.7.1981 — V ZR 79/80

Mit notariellem Vertrag vom 20.12.1973 übertrug der Kläger sein 19,43 Ar großes Grundstück in der Gemarkung W. auf den Beklagten. Das Grundstück bildete mit weiteren Grundstücken zusammen das Betriebsgelände einer Kommanditgesellschaft, an der beide Parteien als Kommanditisten beteiligt waren.

Mit der Klage begehrt der Kläger die Rückübertragung des Grundstücks. Zur Begründung führt er an, daß es sich um eine Schenkung handele, die er wegen groben Undanks des Beklagten widerrufen habe.

Das LG hat der Klage stattgegeben. Das OLG hat ihr stattgegeben. Die Revision des Beklagten führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

Aufgrund der bisherigen Feststellungen ergibt sich nicht, daß die Rückgabe des Grundstücks unmöglich geworden sei und der Beklagte daher allenfalls Wertersatz schulde (§ 818 Abs. 2 BGB).

Das Berufungsgericht meint, die Bebauung des Grundstücks mit Fabrikationsräumen stehe der Rückforderung nicht entgegen, weil das Grundstück seinen wirtschaftlichen Charakter als Fabrikgelände beibehalten habe.

Dieser Beurteilung kann auf dem Boden der bisherigen Feststellungen nicht beigetreten werden. Grundsätzlich kann der Bereicherungsgläubiger allerdings den Bereicherungsgegenstand herausverlangen, wenngleich — auch ohne Erhebung einer Einrede durch den Bereicherungsschuldner — nur Zug um Zug gegen Ausgleichung der Aufwendungen, die der Bereicherungsschuldner im Vertrauen auf die Rechtsbeständigkeit der Schenkung gemacht hat (Senatsurteile vom 18.2.1972, V ZR 23/70, WM 1972, 564 und vom 11.1.1980, V ZR 155/78, NJW 1980, 1789). Wie die Revision aber mit Recht geltend macht und im Ansatz auch das Berufungsgericht nicht verkennt, kann nach der Rechtsprechung des RG die Herausgabe eines Grundstücks im Sinne des § 818 Abs. 2 BGB dadurch unmöglich werden, daß es nach der Übereignung an den Bereicherungsschuldner bebaut wird (RGZ 133, 293, 294f. — Bebauung mit einem wertvollen Fabrikgebäude; enger RGZ 117, 112, 113 — Umbau und Erweiterung von Fabrikgebäuden; ablehnend MünchKomm/*Lieb*, § 818 Rdn. 31). Der Senat tritt dieser Ansicht bei. Maßgeblich für die Gleichstellung solcher Fälle mit den in § 818 Abs. 2 BGB erwähnten Tatbeständen einer Unmöglichkeit der Herausgabe des Erlangten sind wirtschaftliche Erwägungen und letztlich der Gedanke der Zumutbarkeit. Vor diesem Hintergrund kommt es für die Frage, ob ein nachträglich bebautes Grundstück noch im Sinne des § 818 Abs. 1 und 2 BGB herausgegeben werden kann, nicht darauf an, ob es seinen wirtschaftlichen Charakter als Fabrikgelände beibehalten hat. Entscheidend ist nicht die Aufrechterhaltung des allgemeinen Funktionszusammenhanges, sondern das Wertverhältnis zwischen dem Grundstück und den errichteten Gebäuden (vgl. hierzu insbesondere den in RGZ 133, 293 entschiedenen Fall). Da das Berufungsurteil hierzu keine Feststellungen enthält, ist dem Revisionsgericht eine abschließende Würdigung verwehrt. Bei ihr wird im übrigen auch eine Rolle spielen können, daß

hier das rückzuübertragende Grundstück zusammen mit benachbarten Grundstücken einheitlich überbaut worden ist.

Die Rückübertragung des Grundstücks ist auch (noch) nicht dadurch unmöglich geworden, daß das Grundstück dem Flurstück Nr. 10910 zugeschrieben und damit dessen Bestandteil wurde (§ 890 Abs. 2 BGB). Wie auch das Berufungsgericht nicht verkannt hat, bedarf die Teilung des Grundstücks zur neuerlichen rechtlichen Verselbständigung des früheren Flurstücks Nr. 10908 der Genehmigung nach §§ 19 BBauG, 12 LBauO für Baden-Württemberg. Zwar trifft es zu, daß eine Teilungsgenehmigung grundsätzlich unzulässig ist, wenn die Teilungslinie eine durch Baulinien fixierten Baukörper durchschneiden soll (*Ernst/Zinkahn/Bielenberg,* BBauG § 20 Rdn. 11), doch kann von den genannten Beschränkungen Befreiung erteilt werden (§§ 31 BBauG, 94 LBauO für Baden-Württemberg). Mit Recht hat das Berufungsgericht daher unter Hinweis auf das Senatsurteil vom 7. 10. 1977, V ZR 131/75, WM 1978, 18 davon abgesehen, das Genehmigungserfordernis als derzeitiges Erfüllungshindernis schon jetzt einer dauernden Unmöglichkeit der Leistung gleichzustellen. Nach der Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung ist noch offen, ob die Genehmigung versagt oder Befreiung von den erwähnten Beschränkungen erteilt werden wird. Bei dieser Prognose durfte das Berufungsgericht berücksichtigen, daß die ungünstige Auskunft der Baurechtsbehörde noch keine Versagung der Genehmigung enthält, sondern lediglich eine unverbindliche Auskunft über eine zukünftige Entscheidung darstellt, die auf die vom Kläger vorgetragenen Gesichtspunkte nicht eingeht. Solange das Genehmigungsverfahren nicht rechtskräftig abgeschlossen ist, bedeutet die Genehmigungsbedürftigkeit unter den gegebenen Umständen noch keine dauernde Unmöglichkeit der Herausgabe (vgl. das erwähnte Senatsurteil WM 1978, 18).

Im Ergebnis ohne Erfolg bleibt die Rüge, eine Unmöglichkeit der Herausgabe i. S. d. § 818 Abs. 2 BGB ergebe sich daraus, daß der Beklagte nicht verpflichtet sei, daran mitzuwirken, die von ihm veranlaßte Zuschreibung des Grundstücks rückgängig zu machen und insbesondere die zur Wiederherstellung des ursprünglichen Grundstücks Flurstück Nr. 10908 erforderliche Genehmigung der Baurechtsbehörde einzuholen.

Es ist zwar richtig, daß der in § 818 Abs. 2 BGB verwendete Begriff der Unmöglichkeit auch das subjektive Unvermögen umfaßt (MünchKomm/*Lieb* § 818 Rdn. 28 m. w. N.) und der Bereicherungsschuldner grundsätzlich nicht verpflichtet ist, eine weiterveräußerte Sache zum Zwecke der Herausgabe zurückzuerwerben oder eine Verbindung mit ihr wieder zu beseitigen, wenn er hierdurch mehr als den Wert des Erlangten verlieren würde (RGZ 56, 383, 387; *Palandt/Thomas,* BGB 40. Aufl. § 818 Anm. 5 a; MünchKomm/*Lieb* a. a. O. m. w. N.). Der Grund für diese Einschränkung ergibt sich aus der Wertung des § 818 Abs. 3 BGB, wonach die Herausgabepflicht des Bereicherungsschuldners grundsätzlich nicht zu einer Verminderung seines Vermögens über den Betrag seiner wirklichen (und noch vorhandenen) Bereicherung hinaus führen darf (vgl. zu diesem Grundsatz etwa BGHZ 1, 75, 81; 55, 128, 131, 134; BGH Urt. v. 15. 3. 1978, IV ZR 77/77, WM 1978, 708, 711). Diese Einschränkung entfällt jedoch, wenn der Empfänger — wie hier — im Sinne des § 818 Abs. 4 BGB verschärft haftet (vgl. RGZ 56, 383, 387). Schon daraus folgt, daß der Beklagte verpflichtet ist, an der rechtlichen Verselbständigung des ursprünglichen Grundstücks Flurstück Nr. 10908 mitzuwirken.

Dem Umstand, daß die Teilungsgenehmigung noch aussteht und ihre Erteilung ungewiß ist, hat das Berufungsgericht nur dadurch Rechnung getragen, daß es die Auflassung des Grundstücks durch den Beklagten von der vorherigen Erteilung der Teilungsgenehmigung durch die Baurechtsbehörde abhängig gemacht hat (vgl. das erwähnte Senatsurteil vom 7. 10. 1977). Es wird zusätzlich zu beachten haben, daß eine Verurteilung zur Auflassung vor grundbuchlicher Vollziehung der Teilung unstatthaft ist (BGHZ 37, 233, 242; Senatsurteile vom 11. 11. 1977, V ZR 235/74, WM 1978, 193 re. und vom 27. 4. 1979, V ZR 218/77, WM 1979, 861, 863).

(—)

Anm. der Schriftleitung: Vgl. hierzu den Beitrag von *Linke* in diesem Heft oben S. 91.

§ 2107 BGB

Der Anwendung von § 2107 BGB steht es nicht entgegen, daß der eingesetzte Nacherbe ebenfalls ein Abkömmling des Erblassers und mit diesem sogar näher verwandt ist als der Nachkomme des eingesetzten Vorerben.

Urteil des BGH v. 8. 7. 1981 — IV a ZR 177/80.

Die Parteien streiten um die Erbfolge nach dem am 24. 8. 1955 verstorbenen Oberregierungsrat Dr. W. Der Erblasser hinterließ drei Kinder, und zwar die Beklagten und die Mutter der Klägerin.

In seinem eigenhändigen Testament vom 22. 3. 1953 setzte der Erblasser seine drei Kinder zu Erben zu je ⅓ ein. Dabei ordnete er an, drei zum Nachlaß gehörige Grundstücke auf die Dauer von dreißig Jahren nicht auseinanderzusetzen. Außerdem heißt es in dem Testament:

„Für den Fall, daß eines meiner Kinder *vor* mir stirbt, sollen die anderen Kinder die Ersatzerben sein.

Für den Fall des Todes meiner Kinder *nach* meinem Tode bestimme ich, daß die anderen Kinder zu gleichen Teilen die Nacherben des verstorbenen Kindes sein sollen, solange die auf mein Ableben eingetretene Erbengemeinschaft besteht."

Die Beklagte zu 2 heiratete am 7. 6. 1955 einen amerikanischen Staatsangehörigen; aus dieser Ehe ging eine im April 1957 geborene Tochter hervor. Kurz nach der vom Erblasser mißbilligten Eheschließung verfügte dieser unter dem 8. 7. 1955 folgende Ergänzung zu seinem Testament:

„Das vorstehende Testament ergänze ich wie folgt: Wenn eines meiner Kinder oder ein Rechtsnachfolger derselben vorzeitig die Auseinandersetzung verlangt, soll dieses Kind oder dessen Rechtsnachfolger *nur den Pflichtteil* erhalten."

Der Beklagte zu 1 ist kinderlos und unverheiratet. Die Klägerin wurde am 16. 2. 1959 nichtehelich geboren. Ihre Mutter starb am 3. 2. 1974; sie wurde von der Klägerin allein beerbt.

Unstreitig sind die drei Kinder des Erblassers zunächst dessen Vorerben zu je ⅓ geworden; diese Erbengemeinschaft ist bislang nicht auseinandergesetzt.

Die Klägerin nimmt für sich in Anspruch, als Alleinerbin ihrer Mutter deren Anteil am Nachlaß des Großvaters erlangt zu haben. Demgegenüber beanspruchen die Beklagten diesen Erbteil für sich, weil der Erblasser sie insoweit zu seinen Nacherben eingesetzt habe. In diesem Zusammenhang verlangt die Klägerin von den Beklagten im vorliegenden Verfahren bestimmte Zahlungen, Auskünfte und Rechnungslegung sowie Feststellung ihrer Rechtsstellung nach dem Erblasser. Die Beklagten haben Klageabweisung und — widerklagend — die Feststellung beantragt, daß die Klägerin nicht Nacherbin des Erblassers nach den Beklagten sei, und zwar auch dann nicht,

wenn die Beklagten ohne Hinterlassung von Abkömmlingen sterben sollten.

Das LG hat durch Teilurteil die Widerklage abgewiesen und auf die Klage festgestellt, daß die Klägerin mit dem Tode ihrer Mutter deren Vollerbin hinsichtlich des Ein-Drittel-Erbteils am Nachlaß des Großvaters geworden sei. Die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten hat das OLG zurückgewiesen.

Ihre Revision hatte nur teilweise Erfolg.

Aus den Gründen:

I. Unbegründet ist das Rechtsmittel, soweit die Beklagten mit ihm die Abweisung der Feststellungsklage der Klägerin erstreben.

Das Berufungsgericht führt hierzu aus, der Erblasser habe für den Fall, daß eines seiner Kinder nach dem Erbfall, aber während des Bestehens der Erbengemeinschaft sterben sollte, die Nacherbfolge seiner überlebenden Kinder angeordnet. Die Nacherbfolge sei jedoch bezüglich der inzwischen verstorbenen Mutter der Klägerin hinfällig geworden. Diese habe die Klägerin hinterlassen und sei deshalb gemäß § 2107 BGB rückwirkend zur Vollerbin geworden; in diese Rechtsstellung sei die Klägerin eingerückt.

Bei § 2107 BGB handele es sich um eine dispositive Ergänzungsvorschrift; diese sei hier nicht abbedungen. Für einen abweichenden Willen des Erblassers enthielten dessen letztwillige Verfügungen keinerlei Anhaltspunkte. Auf mündliche Äußerungen des Erblassers über einen abweichenden Willen komme es nicht an.

Hiergegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

1. Ohne Rechtsverstoß geht das Berufungsgericht davon aus, daß der Erblasser seine Kinder für die Zeit des Bestehens der Erbengemeinschaft nur zu Vorerben eingesetzt hat; Nacherben sollten insoweit die überlebenden Kinder zu gleichen Teilen sein. Da die Kinder zur Zeit der Errichtung des Testaments vom 22. 3. 1953 und seiner Ergänzungen noch keine eigenen Abkömmlinge hatten, stellt das Berufungsgericht hier zutreffend auf § 2107 BGB ab. Nach dieser Vorschrift ist bei einer derartigen Sachlage anzunehmen, daß der Nacherbfall nur dann eintritt, wenn der zum Vorerben eingesetzte Abkömmling ohne eigene Nachkommenschaft stirbt. Hat er dagegen eigene Nachkommen, dann ist er rückwirkend Vollerbe geworden, und die Nacherbfolge tritt nicht ein. Mit dieser Regelung stellt sich das Gesetz nicht gegen den Willen des Erblassers, es geht vielmehr umgekehrt von der Erfahrung aus, daß der Erblasser die (künftigen) Nachkommen eines von ihm bedachten Abkömmlings im allgemeinen nicht zugunsten anderer von dem Vermögen ausschließen will, das er hinterläßt (Urteil des IV. Zivilsenats vom 24. 10. 1979 — IV ZR 31/78 = LM BGB § 2107 Nr. 1 unter I 2).

Diese gesetzliche Anordnung des § 2107 BGB, die als sogenannte Ergänzungsregel verstanden wird, gilt unabhängig davon, ob der Erblasser tatsächlich einen ihrem Inhalt und ihren Rechtsfolgen entsprechenden Willen hatte; sie ist nach allgemeiner Auffassung nicht zwingend (vgl. bereits die Motive zum Entwurf des BGB Band V S. 89). Daher greift sie nicht ein, wenn der Erblasser eine abweichende Bestimmung getroffen hat, also zum Ausdruck gebracht hat, daß die Nacherbschaft auch dann eintreten soll, wenn der zum Vorerben eingesetzte Abkömmling eigene Nachkommenschaft hinterläßt. Derartige abweichende Bestimmungen bedürfen nach der Rechtsprechung des BGH (a. a. O. unter I 4) und nach der im Schrifttum vorherrschenden Auffassung aber der Form einer Verfügung von Todes wegen; sie brauchen nicht ausdrücklich erklärt zu werden, können sich vielmehr auch durch Auslegung ergeben. Dem von § 2107 BGB abweichenden Willen des Erblassers kann indessen nach den allgemeinen Grundsätzen der Testamentsauslegung nur dann Geltung verschafft werden, wenn für ihn in der Verfügung von Todes wegen wenigstens ein gewisser Anhalt vorhanden ist (BGH a. a. O.).

2. Das Berufungsgericht läßt offen, ob der Erblasser bei der Errichtung des Testaments vom 22. 3. 1953 und seiner Ergänzungen einen von § 2107 BGB abweichenden Willen hatte oder nicht. Darauf komme es nicht an, weil die letztwilligen Verfügungen keinerlei Anhaltspunkte für einen derartigen Willen enthielten.

Diese Auffassung ist rechtlich nicht zu beanstanden. Einen Anhaltspunkt dafür, daß die vom Erblasser angeordnete Nacherbfolge auch dann eintreten soll, wenn das verstorbene Kind eigene Nachkommenschaft hinterläßt, enthalten die Verfügungen von Todes wegen in der Tat nicht.

Keinen geeigneten Anhalt in diesem Sinne bildet es nach Auffassung des erkennenden Senats zunächst, daß die Nacherbeneinsetzung in dem Testament von 1953 eine Einschränkung nach Art des § 2107 BGB nicht enthält. Allerdings setzt sich § 2107 BGB über den Wortlaut des Testaments hinweg, indem er den vom Erblasser bedachten Abkömmling unter Umständen nachträglich zum Vollerben werden läßt, obwohl dieser im Testament nur zum Vorerben eingesetzt ist. So gesehen scheint der Wortlaut in der Tat eher gegen die von § 2107 BGB angeordnete Rechtsfolge und mehr für einen davon abweichenden Willen des Erblassers zu sprechen. Eine solche Sicht ist aber nicht gerechtfertigt, weil sie nicht genügend Bedacht auf die Funktion nimmt, die § 2107 BGB zukommt. Denn der von § 2107 BGB vorausgesetzte Wortlaut begründet die dort angeordnete Ergänzung gerade erst und kann eben diese Ergänzung nicht zugleich wieder in Frage stellen. Aber auch der übrige Inhalt der Testamente des Erblassers enthält keinen Anhalt für eine von § 2107 BGB abweichende Bestimmung des Erblassers. Das gilt auch für die von den Beklagten hervorgehobene Kombination der verschiedenen, vom Erblasser verfügten Maßnahmen, nämlich des Auseinandersetzungsverbots, der Anordnung der Nacherbfolge und der Verwirkungsklausel. Diese Maßnahmen zeigen zwar, daß der Erblasser den Kern seines Vermögens 30 Jahre lang nach seinem Tode (also jedenfalls bis 1985) zusammenhalten wollte; er mag auch bedacht und gewollt haben, daß sein Nachlaß infolge der von ihm angeordneten Nacherbschaften unter Umständen in der Hand eines seiner Kinder wieder zusammenkommen konnte. Ob der Erblasser diese Folge aber auch für den Fall gewollt hat, daß seine Kinder eigene Abkömmlinge hinterließen (die dann — obwohl seine Enkel — insoweit leer ausgingen), oder ob er diesen Fall überhaupt bedacht hat, ist dem Testament und insbesondere dem angeführten Bündel von Maßnahmen auch nicht andeutungsweise zu entnehmen. Das gilt um so mehr, als der Erblasser die von ihm verfügte Nacherbfolge selbst mit einer einschneidenden Einschränkung versehen hat. Danach soll die Nacherbfolge (mit der Möglichkeit einer daraus sich ergebenden späteren Vereinigung seines Nachlasses in der Hand eines Kindes) nach der Vorstellung des Erblassers keineswegs unter allen Umständen eintreten, und zwar jedenfalls dann nicht, wenn die nach ihm entstandene Erbengemeinschaft nicht mehr bestehen sollte.

3. Das Berufungsurteil ist auch nicht etwa deshalb zu beanstanden, weil § 2107 BGB — wie die Revision meint — in einem Fall wie dem vorliegenden nicht einschlägig sei.

Die Revision macht geltend, § 2107 BGB greife nur dann ein, wenn der Erblasser seinem von ihm bedachten (zunächst kinderlosen) Abkömmling einen familienfremden Nacherben bestimmt habe. Sei der als Nacherbe Bedachte ebenfalls ein Abkömmling, und sei dieser sogar näher mit dem Erblasser verwandt als derjenige, den § 2107 BGB im Auge habe, dann sei kein Grund vorhanden, den eingesetzten Abkömmling zurückzusetzen. Dieser Auffassung vermag der Senat in Übereinstimmung mit den Vorinstanzen nicht zu folgen.

Der BGH hatte sich (a. a. O.) bereits damit zu befassen, ob § 2107 BGB auch dann Anwendung findet, wenn der zum Nacherben eingesetzte Abkömmling und der Nachkomme des zum Vorerben eingesetzten Abkömmlings, den § 2107 BGB meint, mit dem Erblasser gleich nahe verwandt sind. Er hat diese Frage bejaht. Der erkennende Senat schließt sich dieser Auffassung auch für die Fälle der hier vorliegenden Art an, weil das Gesetz die durch § 2107 BGB bewirkte Festigung der Stammeserbfolge auch insoweit nicht einschränkt. Allerdings wird hier erheblich häufiger als bei Fremden davon auszugehen sein, daß der Erblasser die dispositive Vorschrift des § 2107 BGB ausschließen wollte, und zwar eher noch öfter als in den Fällen gleich naher Verwandtschaft (vgl. BGH a. a. O.).

II. Dagegen kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben, soweit es die Abweisung der Widerklage durch das LG bestätigt.

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die Nacherbenanwartschaft der Mutter der Klägerin nach den Beklagten sei entweder gemäß § 2108 Abs. 2 BGB vererblich und infolge Erbgangs auf die Klägerin übergegangen, oder aber die Klägerin sei gemäß § 2069 BGB Ersatznacherbin nach den Beklagten geworden. Dafür, daß sowohl die Vererblichkeit des Nacherbenrechts als auch die Anwendbarkeit des § 2069 BGB ausgeschlossen sein sollte, seien keine Anhaltspunkte hervorgetreten. Die mit der Widerklage begehrte Feststellung könne daher nicht getroffen werden.

Das Berufungsurteil hält der rechtlichen Nachprüfung durch den Senat insoweit nicht stand.

1. Zutreffend geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, daß die Klägerin entweder gemäß § 2108 BGB oder gemäß § 2069 BGB die Stellung einer Nacherbin ihres Großvaters nach den Beklagten erlangt haben könnte. Bei beiden Vorschriften handelt es sich um gesetzliche Auslegungsregeln (einerseits RGZ 169, 38; 142, 173; 106, 355; BGH, Urteil vom 23. 1. 1963 — V ZR 82/61 = LM BGB § 2108 Nr. 1; andererseits RGZ 142, 173; 99, 86), denen gegenüber die individuelle Auslegung den Vorrang hat (BGHZ 33, 60, 63). An der gebotenen umfassenden individuellen Auslegung unter beiden Gesichtspunkten hat das Berufungsgericht es fehlen lassen.

Das Berufungsgericht hat insbesondere nicht erwogen, ob nicht das Testament von 1953 selbst dafür spricht, daß der Erblasser das Nacherbenanwartschaftsrecht der Mutter der Klägerin unvererblich stellen wollte. Besonderer Anlaß zu einer solchen Prüfung bestand schon deshalb, weil das Testament möglicherweise dahin zu verstehen ist, daß der Erblasser seiner verstorbenen Tochter als seiner Nacherbin nach den Beklagten in der Person des Längstlebenden der Geschwister zugleich einen weiteren Nacherben (Nachnacherben) bestimmt hat. In diese Richtung weisen auch die von den Beklagten behaupteten und unter Beweis gestellten Äußerungen des Erblassers.

Sollte das Testament so zu verstehen sein, was das Berufungsgericht ggfs. unter vollständiger Würdigung aller Umstände zu prüfen haben wird, dann kann schon daraus auf die Unvererblichkeit der Nacherbenanwartschaft der Mutter der Klägerin geschlossen werden. Da der Nachlaß nach dem Willen des Erblassers in solchen Fällen dem ersten Nacherben nur für die Dauer seines Lebens gehören soll, rückt der eingesetzte zweite Nacherbe auf, wenn der erste vor Eintritt des ersten Nacherbfalles stirbt (ebenso *Planck/Flad,* 4. Aufl., § 2108 BGB Anm. 3; *Johannsen* in BGB-RGRK, 12. Aufl., § 2108 Rdn. 11; *Palandt/Keidel,* 40. Aufl., § 2108 BGB Anm. 2). Daß auch die Einsetzung eines Nachnacherben unter den Voraussetzungen des § 2107 BGB nachträglich unwirksam werden kann, wäre hier ohne Bedeutung, weil der erste Nacherbe (Mutter der Klägerin) den ersten Nacherbfall nicht erlebt hat und weil er daher insoweit nicht selbst Erbe geworden wäre, so daß § 2107 BGB nicht eingreifen könnte.

Diese Gesichtspunkte können aber in gleicher Weise auch im Rahmen der dem Berufungsgericht weiter obliegenden Prüfung Bedeutung erlangen, ob die Klägerin gemäß § 2069 BGB Ersatznacherbin ihres Großvaters nach den Beklagten ist oder nicht. Auch insoweit bedarf die Sache noch weiterer Aufklärung, die der Senat nicht vornehmen kann.

2. Durch die Abweisung der negativen Feststellungswiderklage der Beklagten als unbegründet hat das Berufungsgericht das logische Gegenteil des begehrten Ausspruchs festgestellt. Bliebe das angefochtene Urteil insoweit bestehen, dann stünde damit rechtskräftig fest, daß die Klägerin Nacherbin ihres Großvaters nach den Beklagten ist, falls die Beklagten ohne Hinterlassung von Abkömmlingen versterben sollten (BGH, Urteil vom 12. 12. 1974 — II ZR 113/73 = NJW 1975, 1320 m. w. N.).

Das Berufungsgericht hat hier aber übersehen, daß die vom Erblasser angeordnete Nacherbfolge nach den Beklagten nach dem Inhalt des Testaments von 1953 nicht in jedem Fall, sondern nur dann eintreten soll, wenn die Erbengemeinschaft nach dem Erblasser noch besteht. Auch aus diesem Grunde kann die angefochtene Entscheidung nicht aufrechterhalten werden. (—)

Anmerkung

Nach dem Leitsatz des Urteils soll § 2107 BGB auch dann Anwendung finden, wenn der eingesetzte Nacherbe ebenfalls ein Abkömmling des Erblassers und mit diesem näher verwandt ist als der Nachkomme des eingesetzten Vorerben (vgl. Urteilsgründe unter I 3). Dem ist uneingeschränkt zu folgen, da die Regelung des § 2107 BGB eine Ergänzung des § 2069 BGB darstellt und insoweit die Stammerbfolge begünstigen soll (vgl. die Begründung des Erbrechtsredaktors G. *Schmitt* von 1879, S. 193). Gleichwohl ist das Ergebnis, zu dem das Urteil insgesamt kommt, nicht ganz befriedigend. Auf der einen Seite wird das Vorliegen der Voraussetzungen des § 2107 BGB ohne weiteres bejaht, während andererseits es als problematisch hingestellt wird, ob die Klägerin gleichzeitig auch eine Nacherbenanwartschaft nach § 2108 Abs. 2 BGB erworben hat, obwohl es in beiden Fällen um die

Bewertung desselben Sachverhaltes ging. Zurückzuführen ist dies darauf, daß § 2107 BGB eine Ergänzungsregel dispositiven Charakters darstellt, wohingegen § 2108 Abs. 2 BGB lediglich als eine Auslegungsregel konzipiert ist. Eine dispositive Vorschrift kommt zur Anwendung, soweit nicht eine abweichende rechtsgeschäftliche Bestimmung getroffen ist, eine Auslegungsregel greift dagegen schon dann ein, wenn aus den Umständen ein abweichender Wille der Parteien anzunehmen ist, ohne daß es eines besonderen rechtsgeschäftlichen Aktes bedarf. Dies bedeutet, daß an das Vorliegen einer Ausnahme von einer dispositiven Regelung strengere Anforderungen zu stellen sind als bei einer Auslegungsregel.

Die aufgezeigten Unterschiede fallen besonders dann ins Gewicht, wenn Normen des umschriebenen Charakters auf denselben Sachverhalt Anwendung finden. In diesen Fällen sollte es Aufgabe des Rechtsanwenders sein, ein möglichst einheitliches Ergebnis anzustreben, soweit dies mit der unterschiedlichen Normenstruktur noch vereinbar ist. In dieser Beziehung könnte das Ergänzungstestament vom 8. 6. 1955, das im Tatbestand des Urteils mitgeteilt ist, von Bedeutung sein. Hiernach hat der Erblasser sehr wohl den Fall mit bedacht, daß eines seiner Kinder einen „Rechtsnachfolger" hinterläßt, wenn man die Anwendung des § 2107 BGB aus den unter II 2 mitgeteilten Gründen für zutreffend hält, dann dürfte es jedenfalls erhebliche Schwierigkeiten bereiten, eine andere Auslegung der letztwilligen Verfügung bei der Anwendung des § 2108 Abs. 2 BGB zu rechtfertigen. Für die vom BGH unter II 1 der Urteilsgründe erwogene Auslegung, daß nämlich das Vermögen möglichst in der Hand eines der Töchter des Erblasser verbleiben solle, lassen sich keine hinreichenden Anhaltspunkte finden.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß man, entgegen dem BGH, die unterschiedliche Struktur der in den §§ 2107 und 2108 Abs. 2 BGB getroffenen Regelungen nicht überbewerten sollte. Eine vermittelnde Meinung vertritt neuerdings *Behrends* in: *Staudinger,* 12. Aufl., 1981, Rdn. 8 zu § 2108 BGB. Danach soll § 2108 Abs. 2 BGB nicht als Auslegungsregel, sondern eher als Bestimmung aufzufassen sein, „die eine erbrechtliche Einrichtung, nämlich das Nacherbenanwartschaftsrecht, als vererblich definiert und zugleich dem Erblasserwillen eine abändernde Dispositionsmacht" gebe. Auf dieser Basis läßt sich ohne größere Schwierigkeiten ein einheitliches Ergebnis finden, ohne daß man gezwungen ist, den § 2108 Abs. 2 BGB zu einer rein dispositiven Norm zu erklären.

Prof. Dr. W. *Schubert,* Kiel

§§ 50, 91 a ZPO

a) Verlieren eine Kommanditgesellschaft und ihre Komplementär-GmbH während des Rechtsstreits ihre Rechts- und Parteifähigkeit, so ist der Rechtsstreit, sofern die gegen sie gerichtete Klage bis dahin begründet war, in der Hauptsache erledigt.

b) Trotz Verlustes der Rechts- und Parteifähigkeit können die erloschenen Gesellschaften im Prozeß eine Erledigungserklärung abgeben und ggf. auch zur Tragung von Kosten verurteilt werden.

Urteil des BGH v. 29. 9. 1981 — VI ZR 21/80.

Die Kläger nehmen die drei Beklagten, nämlich eine GmbH u. Co KG, deren Komplementär-GmbH und den seinerzeitigen Geschäftsführer der GmbH, wegen angeblicher sittenwidriger Schädigung im Zusammenhang mit Grundstücksgeschäften auf Schadensersatz in Anspruch.

Das LG hat alle Beklagten zur Zahlung von DM 8 450,91 nebst Zinsen verurteilt und die Klage im übrigen dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

Während des Berufungsverfahrens ist die Firma der Erstbeklagten im Handelsregister von Amts wegen gelöscht worden. Auch die Zweitbeklagte ist, und zwar gemäß § 2 des Löschungsgesetzes, im Handelsregister gelöscht worden. Daraufhin haben die Kläger den Rechtsstreit hinsichtlich der beiden Erstbeklagten in der Hauptsache für erledigt erklärt. Dem haben diese indessen widersprochen und weiter auf Klagabweisung bestanden.

Das OLG hat die Berufung des Drittbeklagten zurückgewiesen. Die Verurteilung der beiden Erstbeklagten hat es für wirkungslos erklärt. Die bis zum Erlöschen der Erstbeklagten und der Zweitbeklagten entstandenen zweitinstanzlichen Kosten hat es diesen Beklagten als Gesamtschuldner, die danach entstandenen Kosten dem Drittbeklagten allein auferlegt.

Auf die Revisionen der Beklagten ist der Rechtsstreit der Kläger gegen die Erst- und die Zweitbeklagte wegen eines Teilbetrages in der Hauptsache für erledigt erklärt worden. Die weitergehende Klage wurde abgewiesen.

Aus den Gründen:

Das Berufungsgericht nimmt an, der Drittbeklagte hafte den Klägern nach § 826 BGB auf Ersatz ihrer nutzlosen Aufwendungen für die Vorbereitung des Bauvorhabens auf der ihnen versprochenen Teilfläche (wird ausgeführt).

Hinsichtlich der beiden Erstbeklagten führt das Berufungsgericht im wesentlichen aus: Da von keiner der Parteien vorgetragen werde, daß noch Gesellschaftsvermögen bei der Erstbeklagten oder bei der Zweitbeklagten vorhanden sei, hätten diese beiden Beklagten während des Rechtsstreits ihre Rechtsfähigkeit und damit ihre Parteifähigkeit verloren. Eine Abweisung der Klage als unzulässig mit der Folge einer unbilligen Kostenbelastung der Kläger müsse indessen vermieden werden. Es sei deswegen eine entsprechende Anwendung der Grundsätze über die Erledigung der Grundsätze über die Erledigung der Hauptsache geboten. Eine Sachentscheidung könne gegenüber diesen beiden Beklagten nicht mehr ergehen. Ihnen seien jedoch unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes die Kosten des Rechtsstreites aufzuerlegen. Entsprechend dem in § 269 Abs. 2 ZPO zum Ausdruck gekommenen Gedanken sei das Urteil des LG hinsichtlich dieser beiden Beklagten ferner für wirkungslos zu erklären.

Die Revisionen dieser beiden Beklagten sind begründet, soweit sie Abweisung der über DM 8 450,91 nebst Zinsen hinausgehenden Klage begehren. Im übrigen hat das Berufungsgericht ihnen die Kosten des Rechtsstreits zu Recht auferlegt. Klarzustellen ist allerdings, daß der Rechtsstreit der Kläger gegen sie insoweit in der Hauptsache erledigt ist.

I. Die Revisionen der beiden Beklagten sind zulässig, obwohl sie, wie darzulegen sein wird, während des Berufungsrechtszuges ihre Rechtsfähigkeit und damit ihre Parteifähigkeit verloren haben (§ 50 ZPO). Die Erstbeklagte macht nämlich geltend, sie habe in Wahrheit ihre Parteifähigkeit nicht verloren, und will eine Abweisung der Klage aus Sachgründen erreichen, hilfsweise will sie mit ihrer Revision die Klage als unzulässig abgewiesen haben, weil sie mangels Parteifähigkeit aus dem Prozeß ausgeschieden sei und ihr auch keine Kosten auferlegt werden könnten. Auch die Zweitbeklagte, die von dem Verlust ihrer Rechts- und damit Parteifähigkeit ausgeht,

begehrt aus diesem letzten Grunde Abweisung der Klage ohne Kostenlast. Damit steht die Parteifähigkeit dieser beiden Beklagten im Streit, mindestens die prozessualen und kostenrechtlichen Folgen des Verlustes ihrer Parteifähigkeit. Zur Austragung dieses Streites sind die Beklagten aber als parteifähig zu behandeln (BGHZ 24, 91, 94 m. Nachw.; ferner BGHZ 74, 212, 215 = JR 1979, 454).

II. Der Rechtsstreit gegen die Erstbeklagte ist in der Hauptsache erledigt, soweit die Klage gegen sie von Anfang an begründet war; das ist in Höhe von DM 8 450,91 nebst Zinsen der Fall. Die Kommanditgesellschaft ist voll beendet und damit nicht mehr existent. Dasselbe gilt für die Zweitbeklagte, die Komplementär-GmbH. Das ist im Urteil auszusprechen und führt im Ergebnis zur Belastung mit den anteiligen Kosten des Rechtsstreits.

1. Die Zweitbeklagte, die Komplementär-GmbH der Erstbeklagten, ist durch Vollbeendigung erloschen und besteht auch nicht als Liquidationsgesellschaft weiter. Ihre Löschung ist nämlich wegen Vermögenslosigkeit erfolgt, und nach den Feststellungen des Berufungsgerichts gibt es auch kein Vermögen, das (noch) zu verteilen sein könnte. Eine Liquidation hat nicht stattgefunden und kann auch nicht stattfinden, weil kein Aktivvermögen vorhanden ist. Die GmbH existiert sachlich-rechtlich nicht mehr und kann deshalb auch nicht mehr rechtsfähig sein. Die Möglichkeit, daß der beklagten GmbH aus dem laufenden Prozeß noch Kostenerstattungsansprüche zustehen könnten, steht dem nicht entgegen (vgl. BGHZ 74, 213 für den Fall des Erlöschens eines rechtsfähigen Vereins; a. A. *Theil,* JZ 79, 568).

Mit dem Erlöschen der Zweitbeklagten als Rechtsperson und damit dem Wegfall ihres persönlich haftenden Gesellschafters ist von der beklagten Kommanditgesellschaft nur noch ein Kommanditist übrig geblieben; eine Handelsgesellschaft existiert schon deshalb nicht mehr. Im übrigen ist die Kommanditgesellschaft auch voll beendet, weil sie unstreitig ihre Geschäfte eingestellt hat, Vermögen nicht vorhanden ist (weshalb sie auch nicht als Liquidationsgesellschaft weiterbestehen kann) und sie im Handelsregister gelöscht ist. Da die Erstbeklagte mithin rechtlich nicht mehr existent ist, hat sie ihre nach §§ 161, 124 HGB bis dahin begründete Parteifähigkeit verloren, ohne daß es darauf ankommt, daß der Wegfall ihrer vertretungsberechtigten Gesellschafterin, der Zweitbeklagten, für sich allein nicht zu einer Unterbrechung des Prozesses führen konnte, weil sie durch einen Prozeßbevollmächtigten vertreten war (§ 246 ZPO), ein Umstand, aus dem die Revision vergeblich das Weiterbestehen der Parteifähigkeit der Erstbeklagten herleiten will.

2. Mit der Vollbeendigung der Erstbeklagten und dem Erlöschen der Zweitbeklagten ist die gegen sie gerichtete Klage nachträglich unzulässig geworden; hätten die Kläger sie weiter verfolgt, hätte sie als unzulässig abgewiesen werden müssen (BGHZ 74, 212). Nach der Ansicht des RG (RGZ 141, 274 ff. m. Nachw.; ihm folgend noch *Baumbach/Duden,* HGB, 24. Aufl., § 124, Anm. 5 E) sollten freilich die Gesellschafter persönlich, wenn auch in ihrer Eigenschaft als Träger des Gesamthandsvermögens, Partei im Gesellschaftsprozeß sein mit der Folge, daß sie nach Vollbeendigung der Gesellschaft Partei bleiben, wenn auch nicht als Gesamthänder, sondern jeder allein und für sich; notfalls sei das Rubrum zu berichtigen. Danach wäre also kein eigentlicher Parteiwechsel eingetreten. Im Streitfall wäre anstelle der Erstbeklagten nunmehr deren einziger, z. Zt. der Beendigung der Gesellschaft vorhandener Kommanditist Beklagter, obwohl seine Haftung für Gesellschaftsschulden beschränkt ist, eine Konsequenz, die freilich auch vom RG so nie gezogen worden ist. Indessen ist es nicht richtig, daß der Rechtsstreit gegen die Kommanditgesellschaft sich nach Vollbeendigung automatisch gegen die verbliebenen Gesellschafter richtet. Gesellschaft und Gesellschafter sind verschiedene Prozeßsubjekte und müssen auch als solche behandelt werden. Das hat zur Folge, daß eine Fortsetzung des mit der Gesellschaft geführten Prozesses nur im Wege der Parteiänderung nach § 263 ZPO erfolgen kann (*Fischer* in Festschrift für Hedemann 1958, S. 85 ff.; *ders.* in Großkommentar HGB, 3. Aufl., § 124 Anm. 27; *Huber,* ZZP 82, 224, 249 ff.; BGHZ 62, 131 = JR 1974, 289; OLG Frankfurt, BB 76, 2292; teilweise abweichend *Henckel,* ZGR 75, 232). Jedoch ist der Kläger nicht genötigt, den Gesellschaftsprozeß gegen einen oder mehrere Gesellschafter fortzusetzen. Er kann gute Gründe haben, einzelne Gesellschafter nicht in Anspruch zu nehmen, etwa weil eine Forderung gegen sie nicht zu realisieren wäre. Im Streitfall fällt für ihn die persönlich haftende Gesellschafterin der KG, die Zweitbeklagte, schon deshalb als Prozeßgegner aus, weil sie ebenfalls nicht mehr existent ist. Der verbliebene Kommanditist würde nur gemäß § 171 HGB haften. In einem solchen Fall müssen die Kläger sowohl gegenüber der Erstbeklagten als auch gegenüber der Zweitbeklagten die Möglichkeit haben, sofern und soweit ihre Klage bis zum Verlust von deren Rechts- und Parteifähigkeit begründet war, ohne Kostenlast den Prozeß zu beenden. Der geeignete Weg dazu, den die Kläger im Streitfall auch beschritten haben, ist die Erklärung der Erledigung der Hauptsache. Tatsächlich hat sich der Rechtsstreit nachträglich durch ein von den Klägern nicht zu vertretendes Ereignis erledigt (*Fischer* a. a. O.; *Schlegelberger/Geßler* a. a. O.; *Stein/Jonas/Leipold,* ZPO, 20. Aufl., § 93 Rdn. 1 gegen *Baumbach/Hartmann,* 39. Aufl., ZPO, § 93 Anm. 4).

Nach der Ansicht von *Huber* kann nun der Kläger eine Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache nicht geltend machen: Übereinstimmende Erledigungserklärungen könnten nicht abgegeben werden, weil die beklagten Gesellschaften mangels Parteifähigkeit keine wirksamen Prozeßhandlungen mehr vornehmen könnten; eine Erledigungserklärung auf Antrag des Klägers könnte nicht erlassen werden, weil gegen die nicht parteifähige Gesellschaft kein Urteil, auch kein Erledigungsurteil mehr ergehen könne; auch könnten den nicht mehr parteifähigen Gesellschaften keine Kosten mehr auferlegt werden (*Huber,* a. a. O., S. 250). Der von ihm vorgeschlagene Ausweg, die Klage statt gegen die Gesellschaft gegen die Gesellschafter zu richten, ist indessen, wie dargelegt, nicht immer gangbar und den Klägern auch nicht zuzumuten. Seinem Standpunkt kann auch aus Rechtsgründen nicht gefolgt werden. Wenn, wie oben bereits dargelegt, die Parteifähigkeit der voll beendeten, nicht mehr existenten Gesellschaft insoweit fingiert wird, als es im Rechtsstreit noch um diese Parteifähigkeit geht, muß das auch für den Fall der Erledigung der Hauptsache durch Erlöschen der Rechts- und Parteifähigkeit gelten. Die Frage, ob und gegebenenfalls mit welcher Kostenfolge die erloschene Gesellschaft aus dem Prozeß ausscheidet, betrifft jedenfalls noch ihre Parteifähigkeit. Es muß ihr mithin gestattet sein, ebenfalls im Prozeß eine Erledigungserklärung abzugeben und gegen den Prozeßgegner Kostenanträge zu stellen. Erst recht muß es ihr

gestattet sein, mit prozessualer Wirkung einer Erledigungserklärung der Kläger zu widersprechen. Die Parteien können gerade darum streiten, ob einer verklagten Gesellschaft die Rechts- und damit Parteifähigkeit von Anfang an gefehlt hat oder ob sie erst im Laufe des Prozesses verlorengegangen ist, ob mithin die Klage von vornherein unzulässig war, so daß sie abzuweisen ist, oder erst später unzulässig geworden ist, womit der Rechtssteit seine Erledigung gefunden hat.

3. Demnach haben im Streitfall die Kläger nach Erledigung des Rechtsstreits gegen die Erstbeklagte und die Zweitbeklagte (soweit eine solche eingetreten und die Klage nicht von vornherein unbegründet war) mit Recht eine, freilich einseitig gebliebene Erledigungserklärung nach § 91 a ZPO abgegeben. Der Widerspruch gegen diese Erledigungserklärung durch die Erstbeklagte und die Zweitbeklagte und deren Beharren auf einer Klageabweisung waren prozessual wirksam. Dem Berufungsgericht ist aber darin zuzustimmen, daß die Klage in Höhe von DM 8 450,91 gegen beide Erstbeklagte von Anfang an begründet war, weshalb der Senat auch die Revision des Drittbeklagten gegen eine entsprechende Verurteilung nicht angenommen hat. Damit liegt insoweit ein Fall der Erledigung der Hauptsache vor. (—)

Anmerkung

Der Entscheidung ist zuzustimmen. Es geht im wesentlichen um zwei Fragen. Zum einen darum, ob eine gegen eine Kommanditgesellschaft — die Komplementär-GmbH kann hier unberücksichtigt bleiben — gerichtete Klage unzulässig wird, wenn die Gesellschaft während des Prozesses ihre Parteifähigkeit verliert (1.); zum anderen um die Frage, ob in einem solchen Fall der Kläger noch eine Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache geltend machen kann (2.).

1. Welche Rechtsfolgen sich ergeben, wenn eine Prozeßpartei während des Prozesses die Parteifähigkeit verliert, ist in der ZPO nicht geregelt. § 239 ZPO betrifft nur den Fall des Todes einer Partei während des Prozesses. § 241 ZPO bezieht sich lediglich auf den Verlust der *Prozeß*fähigkeit während des Verfahrens.

Für den Fall des Erlöschens eines rechtsfähigen Vereins während des Rechtsstreits hat der BGH im Urteil vom 5. 4. 1979 (II ZR 73/78 = BGHZ 74, 212 = JR 1979, 454 = JZ 1979, 566 ff. mit ablehnender Anm. von *Theil*) entschieden, daß die gegen den Verein gerichtete Klage als unzulässig abzuweisen ist. Die von Teilen des Schrifttums vertretene Ansicht, die den Fortbestand der Parteifähigkeit unterstellt, wenn eine Partei während eines Passivprozesses sachlich-rechtlich erlischt (vgl. die Zusammenstellung bei *Huber* ZZP 82, 224, 232/233), lehnte der BGH in jener Entscheidung ausdrücklich ab.

Mit der vorliegenden Entscheidung verfolgt der BGH den im Urteil BGHZ 74, 212 eingeschlagenen Weg weiter. Er stellt fest, daß auch dann, wenn eine Kommanditgesellschaft während des Verfahrens ihre nach §§ 161, 124 HGB begründete Parteifähigkeit verliert, die gegen sie gerichtete Klage unzulässig wird. Diese Rechtsfolge entspricht dem Grundsatz, wonach eine Sachentscheidung nicht ergehen kann, wenn eine allgemeine Prozeßvoraussetzung — hier die Parteifähigkeit — fehlt. Davon abzuweichen besteht keine Veranlassung. Die Auffassung, die Klage richte sich automatisch gegen die verbliebenen Gesellschafter der KG (RGZ 141, 274 ff. m. w. Nachw.; *Baumbach/Duden*, HGB, 24. Aufl., § 124 Anm. 5 E) weist der BGH überzeugend zurück: Gesellschaft und Gesellschafter sind verschiedene Prozeßsubjekte und müssen auch als solche behandelt werden. Eine Fortsetzung des mit der Gesellschaft geführten Prozesses kann deshalb nur im Wege der Parteiänderung nach § 263 ZPO erfolgen.

2. Der Wegfall der Parteifähigkeit der Erst- und Zweitbeklagten (im folgenden: Beklagte) erschöpft sich jedoch nicht in der nachträglichen Unzulässigkeit der Klage, sondern wirkt auf das weitere Prozeßgeschehen fort und bereitet dogmatische Schwierigkeiten. Das liegt daran, daß die Parteifähigkeit nicht nur Prozeßvoraussetzung, sondern zugleich auch Prozeßhandlungsvoraussetzung ist. Fehlt sie, so ist nicht nur eine Entscheidung in der Sache unzulässig, sondern darüber hinaus sind alle Prozeßhandlungen, die von einer solchen „Partei" vorgenommen werden, grundsätzlich unwirksam. Sowohl die Zustimmung zur Erledigungserklärung des Klägers als auch der Widerspruch sind aber Prozeßhandlungen, denn diese Erklärungen wirken gestaltend auf den Prozeßverlauf ein. Sie können somit in der Regel nur wirksam abgegeben werden, solange die Parteifähigkeit gegeben ist. Hierauf stützt *Huber* (ZZP 82, 224, 249 ff.) seine Auffassung, ein Kläger könne nach Verlust der Parteifähigkeit der Beklagten während des Prozesses eine Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache nicht mehr geltend machen. Indessen gilt auch der Grundsatz, daß eine wirksame Prozeßhandlung die Parteifähigkeit voraussetzt, nicht ausnahmslos. Als Ausnahme ist anerkannt, daß dann, wenn die Parteien um die Parteifähigkeit selbst streiten, die (nicht parteifähige) „Partei" zur Austragung dieses Streits als parteifähig zu behandeln ist (vgl. BGHZ 24, 91, 94 m. w. Nachw.; *Thomas-Putzo*, ZPO, 11. Aufl., Anm. IV 5 Vorbem. § 511). Die Parteifähigkeit wird in diesem Fall unterstellt, solange über ihr Fehlen nicht rechtskräftig entschieden ist. Die Entscheidung wirkt nicht zurück. Die Notwendigkeit einer solchen Konstruktion ist geboten, weil anders eine Verhandlung und Entscheidung über das Bestehen der Parteifähigkeit unter Beteiligung der Partei, deren Parteifähigkeit im Streit ist, gar nicht möglich wäre.

Nach der vorliegenden Entscheidung ist nun die Parteifähigkeit nicht nur zu unterstellen, wenn sie selbst im Streit ist, sondern darüber hinaus auch, wenn es um die Erledigung der Hauptsache durch Erlöschen der Parteifähigkeit eines Beklagten geht, und zwar unbhängig davon, ob die Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt wird oder nur eine einseitige Erledigungserklärung des Klägers vorliegt. Damit erkennt der BGH im Grunde eine weitere Ausnahme vom Grundsatz an, daß jede Prozeßhandlung zu ihrer Wirksamkeit die Parteifähigkeit voraussetzt. Maßgebend für die Unterstellung der Parteifähigkeit ist hier nämlich nicht — was man nach den Entscheidungsgründen vermuten könnte —, ob und inwieweit die Parteifähigkeit zwischen den Beteiligten streitig ist. Entscheidend ist vielmehr, daß gerade das Erlöschen der Parteifähigkeit der Beklagten der Grund für die Veränderung der prozessualen Situation und die Abgabe der Erledigungserklärung durch den Kläger ist. Weil diese Veränderung die Existenz der Beklagten als Prozeßpartei *unmittelbar* betrifft, muß es ihnen gestattet sein, der Erledigungserklärung zuzustimmen oder zu widersprechen. Nur wenn die Beklagten insoweit selbst auf den Verfahrensverlauf Einfluß nehmen können, kommt es — vor allem im Blick auf § 91 a ZPO — auch zu einem angemessenen Ergebnis.

Richter Dr. M. *Grundmann*, Bremen

§§ 290, 307, 323, 580 Nr. 7 b ZPO

a) Ein prozessuales Anerkenntnis kann nicht wegen Irrtums angefochten oder widerrufen werden.

b) Das Anerkenntnis kann widerrufen werden, wenn es von einem Restitutionsgrund betroffen ist, aufgrund dessen das Anerkenntnisurteil mit der Wiederaufnahmeklage beseitigt werden könnte. Der Widerruf kann mit der Berufung gegen das Anerkenntnisurteil geltend gemacht werden.

c) Die Restitutionsklage kann nicht auf eine Privaturkunde gestützt werden, mit der durch die schriftliche Erklärung eines Zeugen der Beweis für die Richtigkeit der in der Erklärung bekundeten Tatsachen geführt werden soll.

d) Die Abänderung einer Verurteilung zu künftig fällig werdenden wiederkehrenden Leistungen setzt voraus, daß die in Frage stehende Änderung der Verhältnisse bereits eingetreten ist. Es reicht nicht aus, daß die Prognose der künftigen Verhältnisse, die der Verurteilung zugrunde liegt, aus nachträglicher Sicht anders zu treffen wäre.

Urteil des BGH v. 27. 5. 1981 — IVb ZR 589/80*.

Die Antragstellerin und anschließend auch der Antragsgegner haben beim AG die Scheidung ihrer Ehe beantragt. Die Antragstellerin hat als Folgesache einen nachehelichen Unterhaltsanspruch von monatlich DM 1070,— geltend gemacht, den der Antragsgegner im ersten Rechtszug zunächst in Höhe von monatlich DM 906,42 und später in Höhe von monatlich weiteren DM 108,— anerkannt hat. Das erste Anerkenntnis hatte der Antragsgegner mit einem Schriftsatz angekündigt, in dem er den anerkannten Betrag mittels einer Quotenberechnung aus seinem nach der Scheidung zu erwartenden Nettoverdienst ableitete; dabei bezifferte er den Nettoverdienst entsprechend einer Gehaltsabrechnung seines Arbeitgebers unter Zugrundelegung der Steuerklasse II/1. Den weiteren Betrag von DM 108,— erkannte er ohne schriftsätzliche Erläuterung an, nachdem die Beweisaufnahme ergeben hatte, daß er zusätzlich zu seinem laufenden Einkommen ein Weihnachtsgeld in Höhe eines tariflichen Monatsgehalts bezog.

Das AG hat durch Verbundurteil die Ehe der Parteien geschieden und der Antragstellerin eine nacheheliche Unterhaltsrente von monatlich DM 1045,— zugesprochen, und zwar in Höhe von monatlich DM 1004,42 (statt richtig: DM 1014,42) entsprechend dem Antrag der Antragstellerin durch Anerkenntnisurteil.

Mit seiner Berufung hat der Antragsgegner die Entscheidung über den Unterhaltsanspruch angefochten und dessen Herabsetzung auf monatlich DM 890,48 begehrt. In Höhe des überschießenden Betrages hat er die von ihm abgegebenen Anerkenntnisse angefochten und hierzu vorgetragen: Er sei aufgrund der Gehaltsabrechnung seines Arbeitgebers irrtümlich davon ausgegangen, daß er nach der Scheidung der Steuerklasse II/1 unterliege, während er in Wirklichkeit in die Steuerklasse I falle; ebenso sei er hinsichtlich des Weihnachtsgeldes von zu niedrigen Abzügen ausgegangen. Diese Irrtümer seien erst nachträglich durch neue Auskünfte seines Arbeitgebers aufgeklärt worden. Sein Nettolohn sei daher nach der Scheidung geringer als angenommen und ergebe nach der den Anerkenntnissen zugrundegelegten Quotenberechnung nur einen Unterhaltsanspruch der Antragstellerin in der nicht angefochtenen Höhe.

Das OLG hat die Unterhaltsrente auf DM 992,79 ermäßigt. Es hat angenommen, daß der Antragsgegner nur in dieser Höhe an die abgegebenen Anerkenntnisse gebunden sei, weil er sich bei dem zweiten Anerkenntnis offensichtlich um DM 21,63 zu seinen Ungunsten verrechnet habe. Eine über den bindend anerkannten Betrag hinausgehenden Anspruch der Antragstellerin hat das OLG nicht für begründet erachtet.

Die weitergehende Berufung hat das OLG zurückgewiesen. Die (zugelassene) Revision des Antragsgegners, mit der er den abgewiesenen Teil seines Berufungsbegehrens weiter verfolgte, hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß der Antragsgegner die im ersten Rechtszug erklärten Teilanerkenntnisse nicht wegen Irrtums anfechten konnte.

Das prozessuale Anerkenntnis nach § 307 ZPO ist ausschließlich Prozeßhandlung. Es bezieht sich nur auf den mit der Klage geltend gemachten prozessualen Anspruch, dem sich der Anerkennende unterwirft. Eine materiell-rechtliche Komponente enthält das prozeßrechtliche Anerkenntnis als solches nicht. Es hat vielmehr regelmäßig zur Folge, daß die anerkennende Partei dem Anerkenntnis gemäß zu verurteilen ist, ohne daß es noch auf die materiell-rechtliche Begründetheit des Klageanspruchs ankommt (§ 307 Abs. 1 ZPO; vgl. BGHZ 10, 333, 335). Allerdings ist es möglich, daß mit dem prozessualen Anerkenntnis auch eine materiell-rechtlich bedeutsame Erklärung verbunden wird. Das Wesen des prozessualen Anerkenntnisses wird davon jedoch nicht berührt. Dessen verfahrensrechtliche Wirkung und die materiell-rechtliche Wirkung der etwa mit dem Anerkenntnis verbundenen sachlich-rechtlichen Willenserklärung sind gegebenenfalls getrennt zu beurteilen (*Baumbach/Lauterbach/Hartmann,* ZPO, 39. Aufl., Einf. 1 B vor §§ 306 ff. m. w. N.). Das prozessuale Anerkenntnis hat weder allgemein noch in einem solchen Fall eine materiell- und verfahrensrechtliche Doppelnatur, wie dies etwa beim Prozeßvergleich angenommen wird (vgl. zu letzterem BGH NJW 1980, 1753, 1754 m. w. N.).

Danach scheidet eine Anfechtbarkeit des prozessualen Anerkenntnisses wegen Irrtums aus. Das Verfahrensrecht enthält für Prozeßhandlungen keine den §§ 119 ff. BGB entsprechenden Vorschriften. Eine analoge Anwendung der für privatrechtliche Willenserklärungen geltenden Anfechtungsregeln verbietet sich, weil das Prozeßrecht die Verfahrenslage weitgehend vor Unsicherheit schützen will und deshalb einen Widerruf von Prozeßhandlungen — namentlich solcher, die sich maßgeblich auf die Beendigung des Verfahrens auswirken — nur in Ausnahmefällen zuläßt (siehe darüber unten II). Es handelt sich dabei um Sonderregeln, die nicht über ihren unmittelbaren Anwendungsbereich hinaus ausgedehnt werden dürfen (BGH Betrieb 1977, 628) und auch die Ergänzung durch bürgerlich-rechtliche Anfechtungsvorschriften ausschließen. Diese Auffassung ist — für Prozeßhandlungen allgemein — vom BGH bereits früher vertreten worden (BGHZ 12, 224, 225). Sie entspricht — insbesondere auch für das prozessuale Anerkenntnis — der herrschenden, seit Jahrzehnten gefestigten Rechtsmeinung (u. a.: OLG Karlsruhe MDR 1974, 588; *Baumbach/Lauterbach/Hartmann,* a. a. O., Einf. 2 A vor §§ 306 ff.; *Baumgärtel,* Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß, 1957 (2. unveränderte Aufl. 1972), S. 115 ff., 142 ff.; *Palandt/Heinrichs,* BGB, 40. Aufl., Überbl. 5 vor § 104; *Rosenberg/Schwab,* Zivilprozeßrecht, 13. Aufl., § 134 IV 6 = S. 806; *Stein/Jonas/Schumann/Leipold,* ZPO, 19. Aufl., § 306 Anm. V; *Thomas/Putzo,* ZPO, 11. Aufl., § 307 Anm. III; *Zöller/Vollkommer,* ZPO, 12. Aufl., Anm. II 2 vor § 306; unentschieden dagegen noch RGZ 156, 70, 73; a. A. [u. a.] *Arens,* Willensmängel bei Parteihandlungen im Zivilprozeß, 1968, S. 211 ff.). Billigkeitsgründe stehen diesem aus Systematik und Sinn der verfahrensrechtlichen Vorschriften

abgeleiteten Ergebnis nicht entgegen. Die anerkennende Partei übernimmt mit dem Anerkenntnis das Beurteilungsrisiko bezüglich der dem Anerkenntnis zugrundegelegten tatsächlichen und rechtlichen Vorstellungen. Besonders gelagerten Ausnahmefällen kann nach dem Grundsatz von Treu und Glauben und nach den Vorschriften über die Wiederaufnahme des Verfahrens, wie noch zu erörtern sein wird, Rechnung getragen werden.

Da eine Anfechtbarkeit des Anerkenntnisses entsprechend den Vorschriften der §§ 119 ff. BGB ausscheidet, bedarf es keiner Prüfung mehr, ob es sich bei dem vom Antragsgegner geltend gemachten Irrtum über die nach der Scheidung eingreifende Steuerklasse und damit über die Höhe seines zu erwartenden Nettoeinkommens um einen nach § 119 BGB beachtlichen Irrtum über den Inhalt der Erklärung handeln würde, oder ob nicht vielmehr trotz der schriftsätzlichen Mitteilung der Einkommensberechnung als Grundlage des Anerkenntnisses ein unbeachtlicher Motivirrtum vorläge (vgl. dazu RGZ 116, 15, 17; 149, 235, 239; BGH LM BGB § 119 Nr. 8 und 21).

II. Ein Fall, in dem ein Anerkenntnis nach den Regeln des Verfahrensrechts widerrufen werden kann, liegt nicht vor.

1. Der geltend gemachte Irrtum bei der dem Anerkenntnis zugrundegelegten Beurteilung der tatsächlichen Verhältnisse berechtigt nicht zum Widerruf des Anerkenntnisses. Die Vorschrift des § 290 ZPO, die den Widerruf eines der Wahrheit nicht entsprechenden, irrtümlich abgegebenen gerichtlichen Geständnisses zuläßt, kann entgegen einer in Rechtsprechung und Schrifttum vertretenen Auffassung (OLG Nürnberg MDR 1963, 419; *Thomas/Putzo,* a. a. O., § 307 ZPO Anm. 3; *Wieczorek,* ZPO, 2. Aufl., § 38 Anm. B II c 2 und § 306 Anm. B III) auf das Anerkenntnis nicht angewandt werden. Geständnis und Anerkenntnis sind in ihrer verfahrensrechtlichen Bedeutung und Wirkung nicht vergleichbar. Das Geständnis betrifft den tatsächlichen Streitstoff, der im Regelfall die Grundlage der Sachentscheidung bildet. Für die Entscheidung aufgrund des Anerkenntnisses kommt es dagegen auf diesen Streitstoff, wie dargelegt, nicht (mehr) an, sondern die Verurteilung erfolgt nach § 307 Abs. 1 ZPO allein aufgrund des Umstands, daß sich der Anerkennende dem geltend gemachten prozessualen Anspruch unterworfen hat. Dem Gesichtspunkt der Wahrheitsfindung in bezug auf den tatsächlichen Streitstoff, der letztlich der Regelung des § 290 ZPO zugrunde liegt (vgl. BGHZ 37, 154, 155), kommt insoweit keine Bedeutung zu. Die Wirksamkeit des Anerkenntnisses würde (entgegen LG Heidelberg MDR 1965, 583) selbst dann nicht berührt werden, wenn die anerkennende Partei auch die klagebegründenden Tatsachen zugestanden hätte und hinsichtlich des Geständnisses die Widerrufsvoraussetzungen des § 290 ZPO vorliegen würden (ebenso: *Baumbach/Lauterbach/Hartmann,* a. a. O., Einf. 2 A vor §§ 306 ff. ZPO; zur Unanwendbarkeit des § 290 ZPO auf das Anerkenntnis allgemein: *Rosenberg/Schwab,* a. a. O., § 134 IV 6 = S. 806; *Stein/Jonas/Schumann/Leipold,* a. a. O., § 306 ZPO Anm. V; *Zöller/Vollkommer,* a. a. O., Anm. II 2 vor § 306 ZPO). Es wäre im übrigen kein Grund ersichtlich, warum gerade für das Anerkenntnis eine Ausnahme von dem verfahrensrechtlichen Grundsatz gemacht werden sollte, daß die Wirksamkeit von Prozeßhandlungen infolge eines Irrtums des Handelnden nicht berührt wird, und warum diese Ausnahme sogar dahin führen sollte, daß — was aus der entsprechenden Anwendung des § 290 ZPO auf das Anerkenntnis folgen würde — die Widerruflichkeit des Anerkenntnisses schon aufgrund eines bloßen Motivirrtums begründet wäre.

2. Nach anerkannter Rechtsauffassung kann eine Prozeßhandlung, auch ein Anerkenntnis, im anhängigen Rechtsstreit widerrufen werden, wenn die Prozeßhandlung von einem Restitutionsgrund im Sinne des § 580 ZPO betroffen ist, aufgrund dessen das Urteil, das auf der Prozeßhandlung beruht, mit der Wiederaufnahmeklage beseitigt werden könnte. Wenn ein Anerkenntnis betroffen ist, kann der Widerruf in einem solchen Fall mit der Berufung gegen das ergangene Anerkenntnisurteil geltend gemacht werden (RGZ 156, 70, 80 ff.; vgl. auch BGHZ 12, 284, 285; BGH Betrieb 1977, 628). Die Revision macht unter Berufung auf diese Grundsätze geltend, in der Überlassung der mit der Berufung vorgelegten (berichtigten) Verdienstbescheinigungen des Arbeitgebers an den Antragsgegner sei ein Restitutionsgrund nach § 580 Nr. 7 Buchst. b ZPO zu sehen, der die Widerruflichkeit der Anerkenntnisse begründet habe.

Dem kann nicht gefolgt werden.

Die im Berufungsverfahren vorgelegten Bestätigungen des Arbeitgebers über das nach der Scheidung zu erwartende Nettoeinkommen des Antragsgegners sind keine Urkunden, die im Sinne des § 580 Nr. 7 Buchst. b ZPO eine Restitutionsklage begründen könnten. Unter den Restitutionsgründen des § 580 ZPO nimmt die Nr. 7 insofern eine Sonderstellung ein, als die dort angeführten Tatbestände in die Sphäre des Restitutionsklägers fallen. Daß das Gesetz ihm im Falle des § 580 Nr. 7 Buchst. b ZPO nicht ansinnt, das rechtskräftige Urteil ohne erneute Überprüfung hinzunehmen, beruht auf dem besonderen Beweiswert, der Urkunden typischerweise zukommt und der daher den Mangel der Urteilsgrundlage besonders augenfällig macht (BGHZ 65, 300, 302 unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien). Diese besondere, für Urkunden typische Beweiskraft kommt einer Privaturkunde, in der eine als Zeuge in Betracht kommende Person eine Erklärung über Tatsachen abgegeben hat, hinsichtlich der Richtigkeit dieser Tatsachen nicht zu. Die eingeschränkte formelle Beweiskraft einer Privaturkunde (§ 416 ZPO) schließt es zwar nicht aus, im Wege der freien Beweiswürdigung der Urkunde einen Beweiswert für die Richtigkeit des Erklärten zuzumessen (BGHZ 57, 211, 216; BGH NJW 1980, 1000). Für den Zivilprozeß besteht auch kein dem § 250 StPO entsprechendes Verbot, eine Zeugenvernehmung durch einen Urkundenbeweis zu ersetzen. Der Beweiswert der Privaturkunde für die Richtigkeit des Erklärten ist jedoch in einem solchen Falle geringer als derjenige einer Aussage des Zeugen. Da die Restitutionsklage nicht auf eine neue Zeugenaussage gestützt werden darf, kann hierzu auch eine schriftliche Beantwortung der Beweisfrage durch den Zeugen, der ein geringerer Beweiswert als der Aussage des Zeugen zukommt, nicht ausreichen (vgl. auch BGHZ 1, 218; BGH LM ZPO § 580 Ziff. 7 b Nr. 16; BGH VersR 1974, 121). Die Zulassung derartiger Urkunden als Wiederaufnahmegrund würde beinhalten, daß auch die Vernehmung des Zeugen zugelassen werden müßte, da der Gegenpartei ein solcher Beweisantrag nicht verwehrt werden könnte. Damit würde die Restitutionsklage letztlich unter Umgehung des § 580 ZPO auf eine neue Zeugenaussage gestützt. Die Vorschrift des § 580 Nr. 7 Buchst. b ZPO muß daher nach ihrem Sinn einengend dahin ausgelegt werden, daß die Restitutionsklage nicht auf eine

Privaturkunde gestützt werden kann, mit der durch die schriftliche Erklärung einer als Zeuge in Betracht kommenden Person der Beweis für die Richtigkeit der in der Erklärung beurkundeten Tatsachen geführt werden soll (vgl. *Baumbach/Lauterbach/Hartmann* a. a. O., § 580 ZPO Anm. 4 C).

Da die in Frage stehenden Verdienstbescheinigungen von vornherein als Restitutionsgrund ungeeignet sind, kommt es nicht mehr entscheidend darauf an, daß sie auch deshalb eine Wiederaufnahmeklage nicht stützen könnten, weil sie nach dem vom Berufungsgericht in bezug genommenen Vortrag des Antragsgegners erst nach der Abgabe der Anerkenntnisse und nach dem Erlaß des Anerkenntnisurteils errichtet worden sind (vgl. BGHZ 65, 300, 303; BGH NJW 1980, 1000, 1001). Ebenso kann es dahingestellt bleiben, ob die Verdienstbescheinigungen hinsichtlich der Abgabe des künftigen Nettoeinkommens überhaupt als Beweismittel für eine Tatsache anzusehen sind, oder ob es sich insoweit nur um die Bekundung der Rechtsauffassung des Arbeitgebers über die Steuerklasse des Antragsgegners nach der Scheidung handelt.

3. Die Revision macht geltend, ein Widerruf des Anerkenntnisses müsse jedenfalls deshalb zugelassen werden, weil die Voraussetzungen des § 323 ZPO vorlägen; aus Gründen der Prozeßökonomie müsse deren Geltendmachung bereits im anhängigen Rechtsstreit möglich sein.

Auch dieser Angriff führt nicht zur Aufhebung des angefochtenen Urteils.

Im Fall einer Verurteilung zu künftig fällig werdenden wiederkehrenden Leistungen besteht nach Maßgabe des § 323 ZPO die Möglichkeit, mit der Abänderungsklage die Anpassung des Urteils an die veränderten Verhältnisse zu erwirken. Dies gilt auch für Anerkenntnisurteile (RG LZ 1933, 510; *Baumbach/Lauterbach/Hartmann,* a. a. O., § 323 ZPO Anm. 2 A). Zulässigkeitsvoraussetzung der Klage ist es nach § 323 Abs. 2 ZPO, daß die Änderung der Verhältnisse erst zu einem Zeitpunkt eingetreten ist, in dem sie nach Maßgabe der genannten Vorschrift im ursprünglichen Rechtsstreit nicht mehr geltend gemacht werden konnte. Daraus folgt für den Regelfall, daß Änderungen, die bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung in einem anhängigen Berufungsverfahren eingetreten sind, bereits in diesem Verfahren geltend gemacht werden können und müssen. In Rechtsprechung und Literatur ist die Meinung vertreten worden, daß auch im Verfahren über die Berufung gegen ein Anerkenntnisurteil, in dem es auf die klagebegründenden Tatsachen nicht ankommt, wenn das Anerkenntnisurteil in gesetzlicher Weise ergangen ist, die Geltendmachung nachträglich entstandener Abänderungsgründe im Sinne des § 323 ZPO aus Gründen der Prozeßökonomie zugelassen werden müsse (RG JW 1897, 631 Nr. 9; *Wieczorek,* a. a. O., § 306 ZPO Anm. E; vgl. neuerdings auch *Staudigl* FamRZ 1980, 221).

Ob und inwieweit dem zu folgen ist, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls darf die Geltendmachung von Abänderungsgründen gegenüber einem Anerkenntnisurteil im Rechtsmittelverfahren nicht in einem weitergehenden Umfang ermöglicht werden als im Falle einer Abänderungsklage nach § 323 ZPO. Nach Abs. 1 dieser Vorschrift können aber Abänderungsgründe immer erst dann geltend gemacht werden, wenn die in Frage stehende Änderung der Verhältnisse bereits eingetreten ist. Für die Abänderung der Verurteilung zu künftig fällig werdenden wiederkehrenden Leistungen reicht es nicht aus, daß die Prognose der künftigen Verhältnisse, die der Verurteilung zugrunde liegt, aus nachträglicher Sicht anders zu treffen wäre. Vielmehr müssen die dem Urteil zugrunde gelegten künftigen Verhältnisse tatsächlich anders eingetreten sein als angenommen. Diese Voraussetzung liegt hier nicht vor. Das Anerkenntnisurteil betrifft den Unterhalt ab Rechtskraft der Ehescheidung. Diese war im Zeitpunkt der Berufungsverhandlung noch nicht eingetreten, da das Verbundurteil des AG in der Unterhaltssache angefochten war (BGH, Beschluß vom 5. 12. 1979 — IV ZB 75/79 — FamRZ 1980, 233) und ein Fall des Art. 5 Nr. 4 des Prozeßkostenhilfegesetzes nicht vorliegt. Eine Änderung der Verhältnisse, auf die es danach ankommt, gegenüber denjenigen, die für das Anerkenntnisurteil maßgebend waren, kann daher noch nicht eingetreten sein und festgestellt werden. Daß mit einer solchen Änderung lediglich zu rechnen ist, kann nach § 323 Abs. 1 ZPO regelmäßig selbst dann nicht ausreichen, wenn die Prognose nach Sachlage mit großer Sicherheit getroffen werden könnte. Letzteres könnte hier im übrigen entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht ohne weiteres bejaht werden. Die Rechtskraft der Ehescheidung hat nicht stets sofort die Unterwerfung unter die Lohnsteuerabzüge nach der Steuerklasse I zur Folge, weil für die Eintragungen auf der Lohnsteuerkarte, zu denen der Familienstand und die daraus folgende Steuerklasse gehören, die Verhältnisse zu Beginn des Kalenderjahres maßgebend sind, für das die Lohnsteuerkarte gilt (§ 39 Abs. 3 EStG). Wenn im Laufe des Jahres die Voraussetzungen für eine dem Arbeitnehmer ungünstigere Steuerklasse eintreten, führt dies nicht ohne weiteres zu einer Änderung der Eintragung (§ 39 Abs. 5 EStG). Im übrigen hängt die Höhe des Nettoeinkommens des Antragsgegners im Zeitpunkt der Rechtskraft der Scheidung nicht nur von dessen Steuerklasse, sondern auch von anderen Faktoren ab, insbesondere von der Höhe des Bruttoeinkommens, das sich ebenfalls bis dahin geändert haben kann. Danach wäre es im Zeitpunkt der Berufungsverhandlung allenfalls möglich gewesen, eine mehr oder minder sichere Prognose darüber zu treffen, welches Nettoeinkommen der Antragsgegner im Zeitpunkt der Rechtskraft der Scheidung beziehen wird. Dies reicht für ein Abänderungsbegehren nicht aus.

Unter diesen Umständen bedarf es keiner Prüfung mehr, ob eine etwaige Fehlbeurteilung der (voraussehbaren) künftigen Steuerbelastung ein Abänderungsbegehren überhaupt schlüssig begründen könnte (verneinend *Staudigl,* a. a. O., S. 222).

III. Vergeblich wendet sich die Revision schließlich gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, daß die Antragstellerin mit der Berufung auf das Anerkenntnis nicht gegen Treu und Glauben verstoße. Grundvoraussetzung hierfür wäre, daß die Verurteilung der wahren (materiellen) Rechtslage nicht entspricht und die Unrichtigkeit der Antragstellerin bekannt ist (vgl. BGHZ 26, 390, 396 f. m. w. N.). Diese Voraussetzungen liegen, wie sich schon aus den Darlegungen oben II 3 ergibt, nicht vor. (—)

Anmerkung

Prozeßhandlungen sind die Bausteine des Verfahrens (*Bruns,* Zivilprozeßrecht, 2. Aufl. [1979], Rdn. 99). Einen jener Bausteine entfernen hieße das Gebäude insgesamt in Gefahr bringen, mindestens aber einer Prozeßhandlung, die auf der vorausgegangenen Parteihandlung aufbaut, die Grundlage entziehen. Von dieser Vorstel-

lung her ist es nur ein kleiner Schritt bis zu der Auffassung, eine Prozeßhandlung sei unanfechtbar, grundsätzlich auch unwiderruflich. — Hier ist nicht der Raum, um auf die Frage nach der Anfechtbarkeit einer Prozeßhandlung und eines Anerkenntnisses eine Antwort zu finden. Immerhin sei angemerkt, daß der — vom BGH unter I. der Entscheidungsgründe angeführte — Rechtssicherheitsgedanke nicht um den Preis einer unrichtigen Entscheidung in den Vordergrund gestellt werden darf. Wo also die Anknüpfung allein an den objektiven Tatbestand der Prozeßhandlung zu einem Urteil führt, das mit der Rechtslage nicht übereinstimmt, kann der *Rechtsschutzzweck* des Zivilprozesses die Geltendmachung von Willensmängeln vielleicht rechtfertigen (*Arens,* Willensmängel bei Parteihandlungen im Zivilprozeß, 1968, S. 23 f.).

Dennoch wird die vorliegende Entscheidung für die Praxis einen Schlußstein in der Diskussion um die Anfechtbarkeit von Prozeßhandlungen setzen. Die Rechtsprechung hat sich in jüngerer Zeit zu stetig entwickelt, als daß insoweit ein Sinneswandel zu erwarten wäre oder auch nur die Gerichte Zweifel an der Richtigkeit der vom BGH in diesem Zusammenhang vertretenen Ansicht äußern würden.

Demgegenüber scheint in der Frage der Widerruflichkeit des Anerkenntnisses das letzte Wort noch nicht gesprochen. Auch wenn man im Grundsatz an der These festhalten will, für die Wirksamkeit einer Prozeßhandlung sei ein Irrtum des Handelnden irrelevant, ist doch hiervon durch analoge Anwendung des § 290 ZPO eine Ausnahme zu machen. Denn Geständnis und Anerkenntnis sind durchaus vergleichbar; wo jenes widerrufen werden kann, besteht somit auch die Möglichkeit, ein Anerkenntnis durch Widerruf zu beseitigen. Das Geständnis hat zwar nach dem Wortlaut des § 288 I ZPO (nur) den von einer Partei vorgebrachten Tatsachenstoff zum Gegenstand, nicht aber wie das Anerkenntnis den Klageanspruch. Die Intention des Gesetzes aber geht darüber hinaus. Hiernach erschöpft sich das Geständnis in Bedeutung und Wirkung nicht in der Erfüllung einer bloß beweisrechtlichen Funktion. Es ist vielmehr „wenigstens für eine indirecte Anerkennung der jenseitigen Sachbitte zu halten" (*Wetzell,* System des ordentlichen Zivilprozesses, 3. Aufl. [1878], S. 171); „es (ist) eine durch Verzicht auf den Beweis bewirkte Disposition über das streitige Recht" (Begründung des E III einer CPO, bei *Hahn,* Materialien zur CPO, 1. Abthlg., S. 278; *Wetzell,* a. a. O.). Erscheint es schon angesichts dieser Gleichstellung von Geständnis und Anerkenntnis fragwürdig, deren unterschiedliche Behandlung mit der Unterschiedlichkeit ihres Gegenstandes — Tatsachenvortrag dort, Klageanspruch hier — zu begründen, so kommt hinzu, daß diese Trennung nicht einmal konsequent vollzogen werden kann. Denn nach heute h. M. sind auch präjudizielle Rechte oder Rechtsverhältnisse geständnisfähig (vgl. *Zeiss,* Zivilprozeßrecht, 4. Aufl. [1980], § 55 II 2, S. 151). Schließlich gebietet es nicht einmal der Ausnahmecharakter des § 290 ZPO, die Widerrufsmöglichkeit auf das Geständnis zu beschränken. Denn § 290 ZPO ist nach dem Sinn dieser Bestimmung keine Ausnahmevorschrift dergestalt, daß dort von dem Grundsatz der Unwiderruflichkeit des Geständnisses abgewichen wird. Genau umgekehrt: Weil das Geständnis eine Disposition über das streitige Recht ist, würde die damit betonte Dispositionsmaxime, folgerichtig angewendet, zur uneingeschränkten Widerruflichkeit des Geständnisses führen (Begründung des E III, a. a. O.). So gesehen gewährt also § 290 ZPO nicht ein Widerrufsrecht, sondern schränkt diese Befugnis, die aus anderen Erwägungen folgt, ein. Eine solche Beschränkung auf das Anerkenntnis zu übertragen sollte indessen keinen Bedenken begegnen, entspricht das doch der Tendenz, den Widerruf des Anerkenntnisses nur unter strengen Voraussetzungen zuzulassen.

Diese Tendenz zeigt sich ferner daran, daß im übrigen — von der Zustimmung des Gegners zum Widerruf abgesehen — ein Anerkenntnis nur bei Vorliegen eines Restitutionsgrundes widerruflich ist. Dann nämlich ist die Urteilsgrundlage so evident erschüttert, daß die Sache nicht auf sich beruhen soll (*Stein/Jonas/Grunsky,* ZPO, 20. Aufl. [1977], § 580 Rdn. 1). Gesichtspunkte der Prozeßökonomie spielen hier keine Rolle; ob sie dazu führen können, den Widerruf zuzulassen, sobald die Voraussetzungen des § 323 ZPO vorliegen, hat der BGH zu Recht offengelassen. Die weitere Begründung freilich gibt zu Bedenken Anlaß. Denn der BGH tut den zweiten Schritt vor dem ersten, in dem er eine in Zukunft mögliche Veränderung der Einkommensverhältnisse des Antragsgegners für den § 323 ZPO nicht genügend ansieht und aus diesem Grund die Voraussetzungen für einen Widerruf des Anerkenntnisses verneint. Dieses Vorgehen legt die Annahme nahe, eine solche Änderung in den tatsächlichen Verhältnissen sei immerhin grundsätzlich geeignet, im Wege der Klage nach § 323 ZPO die Abänderung eines Anerkenntnisurteils zu erreichen. Das ist indessen zweifelhaft. Denn „für die Verurteilung maßgebend" i. S. des § 323 ZPO sind die Umstände, die der Richter bei der Zuerkennung des Anspruchs nach Grund, Höhe und Dauer in Betracht ziehen mußte und in Betracht gezogen hat (*Stein/Jonas/Schumann/Leipold,* ZPO, Bd. 1, 19. Aufl. [1972], § 323 Anm. II 3; *a. A. Förster/Kann,* ZPO, Bd. 1, 3. Aufl. [1913], § 323 Anm. 2 e aa; ebenso anscheinend RG HHR 1933 Nr. 879 = LZ 1933, 510). Dazu gehören bei einem Anerkenntnisurteil die Tatsachen, die dem *Anerkenntnis* zugrunde liegen, aber nicht. Denn das Anerkenntnisurteil soll allein aufgrund des Anerkenntnisses ergehen (§ 307 I ZPO). Erst wenn das Anerkenntnis — aus anderen Gründen als denen des § 323 ZPO — widerrufen, die Zäsur durch das Anerkenntnis also beseitigt ist, wäre der Blick auf die tatsächlichen Verhältnisse wieder frei und könnte ihr Wandel eine Abänderungsklage begründen. Deswegen kann das Recht zum Widerruf eines Anerkenntnisses nicht aus § 323 ZPO hergeleitet werden.

Privatdozent Dr. K. *Schreiber,* Bochum

Straf- und Strafprozeßrecht

Art. 103 Abs. 3 GG; § 129 StGB

Zum Begriff derselben Tat im Sinne des Art. 103 Abs. 3 GG.

Beschluß des BVerfG v. 8. 1. 1981 — 2 BvR 873/80 (BVerfGE 56, 22).

Aus den Gründen:

A. Das Verfahren betrifft die Frage, ob das in Art. 103 Abs. 3 GG niedergelegte Doppelbestrafungsverbot es verbietet, die in Verfolgung der Ziele einer kriminellen Vereinigung begangenen Verbrechen zu ahnden, wenn der Beschuldigte rechtskräftig wegen eines Vergehens der Mitgliedschaft in der kriminellen

Vereinigung verurteilt ist und die ihm zur Last gelegten Verbrechen nicht Gegenstand jenes früheren Verfahrens waren.

I. Der Beschwerdeführer ist durch rechtskräftiges Urteil des LG vom 30. 8. 1974 wegen Beteiligung als Mitglied an einer kriminellen Vereinigung (§ 129 StGB) in Tateinheit mit unerlaubtem Besitz einer Schußwaffe und gemeinschaftlicher Urkundenfälschung zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten verurteilt worden. Nach den Feststellungen der Strafkammer gehörte der Beschwerdeführer seit dem Jahr 1971 bis zu seiner Festnahme am 9. 6. 1972 der kriminellen Vereinigung „Rote Armee Fraktion" an. Aus dieser und einer weiteren Strafe (drei Jahre wegen Brandstiftung) wurde durch Beschluß des LG Berlin eine Gesamtfreiheitsstrafe von sieben Jahren gebildet.

In einem weiteren Ermittlungsverfahren u. a. wegen Mordes in mehreren Fällen wurde dem Beschwerdeführer vorgeworfen, er habe am 24. 5. 1972 an einem Sprengstoffanschlag auf das US-Hauptquartier in Heidelberg mitgewirkt. Wegen Beteiligung an dieser Tat wurde der Beschwerdeführer vom LG Heidelberg am 31. 5. 1979 der Beihilfe zum Mord in drei Fällen, zum versuchten Mord in sechs Fällen und zur Herbeiführung einer Sprengstoffexplosion — sämtlich zueinander in Tateinheit stehend — schuldig gesprochen und unter Einbeziehung in anderen Verfahren erkannter Strafen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwölf Jahren verurteilt. Nach den Feststellungen dieses Urteils hat der Beschwerdeführer die Straftaten in Verfolgung der Ziele der kriminellen Vereinigung „Rote Armee Fraktion", deren Mitglied er war, begangen. Das LG würdigte die Straftat der Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung und die Straftaten, die der Beschwerdeführer als Mitglied der Vereinigung in Verfolgung ihrer Ziele begangen hatte, als zueinander im Verhältnis der Tatmehrheit stehend (§ 53 StGB); auch prozessual liege nicht dieselbe Tat vor.

Der BGH verwarf die Revision des Beschwerdeführers gegen das Urteil des LG Heidelberg (vgl. hierzu im einzelnen den Abdruck in BGHSt. 29, 288 ff.).

II. Mit der am 5. 8. 1980 eingegangenen Verfassungsbeschwerde wendet sich der Beschwerdeführer gegen die Urteile des BGH und des LG Heidelberg. Er rügt die Verletzung von Art. 103 Abs. 3 GG (wird ausgeführt).

B. Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig, aber nicht begründet.

I. Der in Art. 103 Abs. 3 GG niedergelegte Grundsatz, daß niemand wegen derselben Tat aufgrund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden darf („ne bis in idem"), ist nicht verletzt. Der Beschwerdeführer ist durch die angegriffene Entscheidung des LG Heidelberg erstmals wegen seiner Beteiligung an dem Sprengstoffanschlag in Heidelberg bestraft worden. Die frühere Verurteilung durch das LG Berlin betraf nicht „dieselbe Tat" im Sinne des Art. 103 Abs. 3 GG.

1. Das Grundgesetz enthält keine Definition des Tatbegriffs. Das in Art. 103 Abs. 3 GG enthaltene Doppelbestrafungsverbot nimmt insoweit auf einen Grundsatz des vorverfassungsrechtlichen Prozeßrechts Bezug, den der Verfassungsgeber absichern und einer erschwerten Änderung unterwerfen wollte (Art. 79 Abs. 1, 2 GG). Das Grundgesetz geht somit von einem prozessualen Tatbegriff aus, wie er im vorverfassungsrechtlichen Gesamtbild des Prozeßrechts, insbesondere in der Rechtsprechung, unangefochten Geltung besaß. Dieser Begriff stellt auf einen nach natürlicher Auffassung zu beurteilenden einheitlichen Lebensvorgang ab (vgl. RGSt. 56, 325; 61, 237; 62, 130 f.; 65, 109 f.; 72, 340). „Tat" in diesem Sinne ist der geschichtliche — und damit zeitlich und sachverhaltlich begrenzte — Vorgang, auf welchen Anklage und Eröffnungsbeschluß hinweisen und innerhalb dessen der Angeklagte als Täter oder Teilnehmer einen Straftatbestand verwirklicht haben soll (BVerfGE 23, 202).

2. Die Verurteilungen des Beschwerdeführers durch das LG Heidelberg und das LG Berlin betreffen verschiedene historische Ereignisse, die nach natürlicher Betrachtungsweise keine Einheit bilden, und somit auch verschiedene Taten im Sinne des Art. 103 Abs. 3 GG:

a) Nach den in dem Urteil des LG Berlin getroffenen Feststellungen hatte der Beschwerdeführer seit dem Jahre 1971 bis zu seiner Festnahme am 9. 5. 1972 einer kriminellen Vereinigung angehört, die es sich zum Ziele gesetzt hatte, die bestehende Gesellschaftsordnung in der Bundesrepublik Deutschland gewaltsam umzustürzen. Zu der Zugehörigkeit des Beschwerdeführers zu dieser Vereinigung und seiner Beteiligung an ihr war nur festgestellt, daß sich der Beschwerdeführer in mehreren Bandenstützpunkten vornehmlich in Berlin aufgehalten, ein konspiratives Treffen gesichert und bei seiner Festnahme Waffen und gefälschte Ausweise bei sich getragen hatte.

b) Demgegenüber ist der Beschwerdeführer durch das LG Heidelberg wegen eines anderen Vorgangs verurteilt worden. Dieses Gericht gelangte zu der Feststellung, daß der in die Planung eines Sprengstoffanschlags eingeweihte Beschwerdeführer zu dessen Vorbereitung in Mannheim einen Pkw entwendet und ihn mit Sprengsätzen präpariert hatte, die am 24. 5. 1972 vor dem Gebäude des US-Hauptquartiers in Heidelberg gezündet wurden, wobei drei Personen starben, während sechs weitere nur durch glückliche Fügung dem Tod entkamen.

c) Die in beiden Urteilen abgehandelten Vorgänge weisen bei natürlicher Betrachtungsweise keine andere Verbindung zueinander auf, als daß sich der Beschwerdeführer jeweils in Verfolgung der Ziele der kriminellen Vereinigung betätigte. Der bloße, vom Täter ins Auge gefaßte *Endzweck* seiner Straftaten ist jedoch für die Beurteilung der Frage, ob dieselbe Tat im Sinne des Art. 103 Abs. 3 GG vorliegt, regelmäßig unbeachtlich, weil die Rechtskraftwirkung sonst unübersehbar ausgedehnt würde und jegliche feste Konturen verlöre. Eine derart weite Erstreckung des Strafklageverbrauchs liefe dem von Art. 103 Abs. 3 GG verfolgten Anliegen, eine wiederholte Bestrafung wegen desselben individualisierbaren Sachverhalts zu verhindern, zuwider. Die Verknüpfung zu einem einheitlichen Lebensvorgang und damit zu einer Tat im Sinne des Art. 103 Abs. 3 GG muß sich daher unmittelbar aus den dem Vorgang zugrunde liegenden Handlungen oder Ereignissen selbst ergeben. Daran fehlt es im vorliegenden Fall.

3. Der BGH geht in dem angegriffenen Urteil davon aus, daß die Mordtat und das Vergehen der Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung zueinander in Tateinheit (§ 52 StGB) stehen. Dies ändert indessen nichts daran, daß es sich bei den beiden Vorgängen nicht um dieselbe Tat im Sinne des Art. 103 Abs. 3 GG handelt.

a) Der Begriff der Tateinheit (§ 52 StGB) ist von dem Tatbegriff des Art. 103 Abs. 3 GG zu trennen. Darauf weist bereits der Umstand hin, daß *eine* Tat im Sinne des Prozeßrechts vorliegen kann, obwohl die durch den Vorgang verwirklichten Tatbestände zueinander in Tatmehrheit (§ 53 StGB) stehen (BGHSt. 23, 145; BGH, NJW 1953, 1522). Schon das RG hatte den prozessualen Tatbegriff aus diesen Erwägungen heraus als einen eigenständigen entwickelt und vom Handlungsbegriff des materiellen Strafrechts abgelöst (RGSt. 56, 325; 62, 131; 72, 340). Es hat ausgesprochen, der verfahrensrechtliche Tatbegriff habe mit dem sachlich-rechtlichen Handlungsbegriff nichts gemein (RGSt. 61, 317; 62, 112). Darauf greift Art. 103 Abs. 3 GG zurück.

b) Diese ausschließlich prozessuale Bedeutung des Tatbegriffs ist sachlich gerechtfertigt und geboten, denn

die Rechtsfiguren der Tateinheit (§ 52 StGB) und der Tatidentität (Art. 103 Abs. 3 GG) verfolgen verschiedene Zwecke:

aa) Die Tatbestände des materiellen Strafrechts sind darauf zugeschnitten, daß der Täter einen Tatbestand einmal verletzt, sie geben jedoch keine Auskunft darüber, wie zu verfahren ist, wenn der Täter durch eine oder mehrere Handlungen denselben Tatbestand mehrmals oder mehrere Tatbestände erfüllt hat. Diese Frage behandeln die §§ 52 ff. StGB, deren Regelung von dem Grundgedanken getragen ist, daß bei dem Zusammentreffen mehrerer Gesetzesverletzungen die Addition aller in Betracht kommender Freiheitsstrafen das Maß der Schuld des Täters regelmäßig überstiege. Um eine derartige Aneinanderreihung von Freiheitsstrafen zu vermeiden, stellt das Gesetz zwei Verfahren für eine dem Täter vorteilhafte Kombination der betreffenden Strafdrohungen zur Verfügung, wobei es zwischen Tateinheit (§ 52 StGB) und Tatmehrheit (§ 53 StGB) unterscheidet. Bei den als Tateinheit anzusehenden Gesetzesverletzungen wird nur auf eine Strafe erkannt, welche sich nach dem Gesetz bestimmt, das die schwerste Strafe androht (§ 52 Abs. 1, 2 StGB). Die daneben vom Täter verwirklichten weiteren Tatbestände bleiben für die Findung des Strafrahmens, aus dem die Strafe zu entnehmen ist, außer Betracht; sie haben lediglich noch für die Strafzumessung innerhalb dieses Strafrahmens Bedeutung. Bei den als Tatmehrheit zu beurteilenden Gesetzesverletzungen sieht das Gesetz eine erhöhte Schuld als gegeben an, der es durch eine selbständigere Anwendung der betreffenden Strafdrohungen Rechnung trägt: Hat jemand mehrere Straftaten begangen, die in Tatmehrheit zueinander stehen, so hat er mehrere Strafen verwirkt, die im Falle gleichzeitiger Aburteilung nach besonderen Regeln auf eine Gesamtstrafe zurückgeführt werden (§ 53 StGB). Die Gesamtstrafe wird durch Erhöhung der ihrer Art nach schwersten Strafe gebildet und darf die Summe der Einzelstrafen nicht erreichen (§ 54 StGB). Tateinheit und Tatmehrheit werden durch den Begriff der „Handlung" voneinander abgegrenzt. Wenn dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze oder dasselbe Strafgesetz mehrmals verletzt, liegt Tateinheit, sonst Tatmehrheit vor. Eine „Handlung" im Sinn der §§ 52 ff. StGB kann in einer gewillkürten Körperbewegung als kleinster Einheit, aber auch aus einer Vielzahl solcher Handlungen im natürlichen Sinne bestehen, die durch den Gesetzestatbestand zu einer „rechtlichen Handlungseinheit" zusammengefaßt werden. Treffen mit den verschiedenen natürlichen Einzelhandlungen eines solchen Handlungskomplexes jeweils andere — an sich selbständige — Straftaten zusammen, so können unter bestimmten Voraussetzungen auch diese in die Handlungseinheit einbezogen werden. Das materielle Strafrecht kann daher Handlungszusammenfassungen von ausgedehnter tatsächlicher Reichweite bilden, für die dennoch gemäß § 52 StGB nur *eine* Strafe zu verhängen ist.

bb) Demgegenüber bezweckt der Begriff der Tatidentität im Sinne des Art. 103 Abs. 3 GG ausschließlich, die Grenzen der materiellen Rechtskraft abzustecken. Die materielle Rechtskraft gründet sich auf das Gebot der Rechtssicherheit und Rechtsruhe; sie schützt den Verurteilten davor, wegen des in der Anklage bezeichneten und individualisierten Sachverhalts nochmals gerichtlich belangt zu werden. Ein erneutes Verfahren ist auch dann unzulässig, wenn später erschwerende Umstände hervortreten, die dem Gericht im ersten Verfahren nicht bekannt sein konnten. In diesem Umfang hat sich der Staat um der Rechtssicherheit willen eine freiwillige Begrenzung in seinem Recht auf Verfolgung strafbarer Handlungen auferlegt und damit insoweit auch auf die Durchsetzung des die Gleichmäßigkeit der Rechtsanwendung sichernden Legalitätsprinzips verzichtet. Der Verfassungsgeber hat das Verfahrenshindernis der Rechtskraft angesichts der Erfahrungen mit einem Unrechtsregime, das vor erneuter Verfolgung schon abgeurteilter Taten nicht zurückgeschreckt und uferlose Durchbrechungen der Rechtskraft zum Zwecke härterer Bestrafung ermöglicht hatte, in den Rang eines Prozeßgrundrechts erhoben. Auch wenn dies im Einzelfall zu als ungerecht empfundenen Ergebnissen führen kann, so ist doch vor dem Hintergrund der geschichtlichen Erfahrungen allen Versuchen entgegenzutreten, den Tatbegriff je nach der Schwere der unberücksichtigt gebliebenen Umstände zu verändern, um nachträglich eine gerechte Bestrafung zu ermöglichen. Eine derartige Sperrwirkung ist andererseits aber nur erträglich, wenn der Umfang des prozessualen Tatbegriffs nicht über jedes Maß hinaus ausgedehnt wird, indem er mit der Rechtsfigur der materiellrechtlichen Tateinheit verknüpft wird, die gänzlich anderen Zwecken dient. Ihre unterschiedlichen Zielsetzungen verbieten es, die Begriffe des materiellen Rechts und des Prozeßrechts zu vermengen, will man nicht den jeweils verfolgten Prinzipien Abbruch tun und in die Gefahr unauflösbarer Wertungswidersprüche geraten.

c) Gewiß werden sich die vom materiellen Strafrecht gebildeten Handlungseinheiten in der Regel mit denen des Prozeßrechts decken. Indem das materielle Strafrecht von der *natürlichen* Handlung ausgeht, legt es Vorgänge zugrunde, die im allgemeinen auch aus prozeßrechtlichen Gründen nicht auseinandergerissen werden können. Ein durch den Rechtsbegriff der Tateinheit (§ 52 StGB) zusammengefaßter Sachverhalt wird deshalb nur dann aus mehr als einer Tat im Sinne des Art. 103 Abs. 3 GG bestehen können, wenn das materielle Recht *rechtliche* Handlungseinheiten bildet, die mehrere ihrer Natur nach selbständige Sachverhalte in sich aufnehmen. Der in der Rechtsprechung des BGH wiederholt hervorgehobene Grundsatz, daß eine materiellrechtliche Tat Tatidentität im Sinne von Art. 103 Abs. 3 GG verbürge (BGHSt. 6, 97; 15, 272; BGH, NJW 1953, 553 f.; VRS 21, 343 f.; GA 1970, 85), kann nach alledem keine ausnahmslose Geltung beanspruchen. Ihm kommt lediglich der Charakter einer Regel zu, die unter besonderen Umständen einer Ausnahme zugänglich ist.

d) Im vorliegenden Falle liegt jedenfalls angesichts der Tatbestandsstruktur des § 129 StGB eine solche Ausnahme vor:

Der Tatbestand der Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung (§ 129 StGB) faßt eine Vielzahl unterschiedlichster Vorgänge zu einer juristischen Einheit zusammen, deren Umfang außerordentlich weit gefaßt ist. Ein für die mitgliedschaftliche Teilnahme beachtlicher Teilnahmeakt kann in jeder irgendwie gearteten Tätigkeit bestehen, die den Zwecken der Vereinigung dienlich ist. Die Täterschaft kann sich daher in den unterschiedlichsten Verhaltensweisen verwirklichen. Auch soweit diese zusätzlich andere Straftatbestände verletzen, können sie im Rahmen der Vereinigung verschiedenartigsten Zwekken dienen. Die Tätigkeiten können die unmittelbaren Ziele der Vereinigung durchsetzen, sie können aber auch lediglich die Grundlagen für die Tätigkeit der Vereinigung schaffen oder erhalten wollen. Nach der in der

Rechtsprechung vertretenen weiten Ausdehnung des § 129 StGB ist beispielsweise schon wegen dieser Vorschrift strafbar, wer durch Vorzeigen eines gefälschten Ausweises der Verhaftung entgehen will, um sich weiterhin für die Vereinigung zur Verfügung halten zu können. Eine fortwährende Tätigkeit für die Vereinigung wird zudem von § 129 StGB nicht vorausgesetzt. Daher kann ein Mitglied unter Umständen über Jahre hinweg untätig bleiben, ein späterer Tätigkeitsakt unterfiele dennoch dem *einen* Tatbestand des § 129 StGB, wenn nur der Täter stets gewillt war, sich auch künftig am „Verbandsleben" zu beteiligen. Die Vorschrift des § 129 StGB kann mithin auch zeitlich weit auseinanderliegende Ereignisse verknüpfen. Bei einer derart weitgefaßten Tatbestandsstruktur kann einzelnen Tätigkeitsakten ein Gewicht zuwachsen, das sie als verselbständigte Ereignisse im Sinne des Art. 103 Abs. 3 GG erscheinen läßt.

4. Der Beschwerdeführer meint, der Grundsatz, daß mehrere Gesetzesverletzungen, die materiellrechtlich in Tateinheit stehen, *stets* eine einheitliche Tat im Sinne des Art. 103 Abs. 3 GG bilden, sei von der höchstrichterlichen Rechtsprechung ausnahmslos anerkannt und als Kernbestand des Satzes „ne bis in idem" vom Grundgesetz geschützt worden. Diese Auffassung trifft nicht zu. Es kann dahinstehen, ob die Rechtsprechung vor Inkrafttreten des Grundgesetzes davon ausging, das Vorliegen von Tateinheit (§ 52 StGB) habe *unter allen nur denkbaren Umständen* notwendig prozessuale Tatidentität zur Folge. Denn eine derart strenge, der Rechtsprechung des Reichsgerichts in alle Verästelungen nachspürende und sie für maßgeblich erachtende historische Auslegung wird dem Sinn des Art. 103 Abs. 3 GG nicht gerecht. Zwar nimmt Art. 103 Abs. 3 GG auf die bei Inkrafttreten des Grundgesetzes geltende prozeßrechtliche Lage Bezug. Dies bedeutet indessen nicht, daß das überlieferte Verständnis des Rechtssatzes „ne bis in idem" für jede auftauchende Zweifelsfrage bereits eine verbindliche Auslegung durch die Rechtsprechung bereithielte, und es bedeutet insbesondere nicht, daß für neu auftauchende Gesichtspunkte, die sich der Prozeßrechtswissenschaft und der Rechtsprechung so noch nicht gestellt hatten, eine verfassungsrechtliche Festlegung getroffen worden wäre. Es kann ferner nicht bedeuten, daß die in offenen Randbereichen des Tatbegriffs schwierigen Abgrenzungsfragen und dogmatischen Zweifelsfälle jeder Weiterentwicklung von Verfassung wegen schon entzogen wären. Zweifellos sollten Gesetzgebung und (herrschende) Auslegung nicht bis in alle Einzelheiten auf den Stand der Rechtsprechung und Prozeßrechtslehre bei Inkrafttreten des Grundgesetzes festgelegt und jede weitere Veränderung im Verständnis des prozessualen Verfahrensgegenstandes und der Rechtskraftwirkung ausgeschlossen werden. Art. 103 Abs. 3 GG steht Grenzkorrekturen nicht entgegen (so auch *Schäfer* LR, StPO, 23. Aufl., 1976, Einl. Kap. 12, Rdn. 33, 37); er garantiert nur den Kern dessen, was als Inhalt des Satzes „ne bis in idem" in der Rechtsprechung herausgearbeitet wurde. Für eine gegenteilige Auffassung bietet auch die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes keinen Anhaltspunkt.

5. Es verstößt auch nicht gegen Art. 103 Abs. 3 GG, daß der BGH den Begriff der Tat im Sinne des Doppelbestrafungsverbots im Ergebnis enger als den für den Umfang der Kognitionspflicht maßgebenden Tatbegriff gefaßt hat. Der Begriff der „Tat" spielt an mehreren Stellen des Strafprozeßrechts eine Rolle: bei der Rechtshängigkeit, bei der Klageänderung und bei der Rechtskraft. Durch Art. 103 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich abgesichert ist nur der letztere. Zwar hat das Reichsgericht betont, das Strafurteil verbrauche die Strafklage, soweit die unabhängig von den Erkenntnismöglichkeiten des Gerichts zu bestimmende Kognitionspflicht reiche (RGSt. 24, 419; 49, 274; 51, 241 f.; 56, 325; 66, 20 f.). Die Bestimmung der Tatidentität im Sinne des Art. 103 Abs. 3 GG kann jedoch nicht von in der Rechtsprechung vertretenen Auffassung über die Deckungsgleichheit mit einem Begriff des einfachen Strafprozeßrechts abhängen, der dem anderen Zweck dient, in der Anklageschrift nicht aufgeführte Tatteile ohne die Notwendigkeit einer Nachtragsanklage (§ 266 StPO) in die Hauptverhandlung einzubeziehen, und der der wandelbaren Auslegung der Fachgerichte unterworfen ist. Das gilt um so mehr, weil bereits der Grundgesetzgeber einen Zustand vorgefunden hat, in dem die Rechtsprechung dieses Prinzip durchbrochen hatte. Obgleich nämlich die Gerichte für verpflichtet angesehen wurden, die Untersuchung auf alle Einzelakte einer fortgesetzten Handlung zu erstrecken, sollte einem Freispruch von der Anklage der fortgesetzten Handlung nur die Wirkung zukommen, die Strafklage hinsichtlich der gewürdigten, nicht aber im Hinblick auf die unbekannt gebliebenen Einzelhandlungen zu verbrauchen (vgl. RGSt. 24, 419 f.; 66, 26; RG JW 1925, 1010). Dieses stets als Inkonsequenz empfundene Ergebnis (*Beling,* Deutsches Reichsstrafprozeßrecht mit Einschluß des Strafgerichtsverfassungsrechts, 1928, S. 267, Fn. 1, und JW 1925, 1010; Eb. *Schmidt,* Lehrk. z. StPO, Teil I, 2. Aufl., 1964, Rdn. 307, 308), ist — will man nicht auf die konkreten Erkenntnismöglichkeiten des Gerichts abstellen — widerspruchsfrei nur zu erklären, wenn sich der Umfang der Kognitionspflicht und der Verbrauch der Strafklage nicht notwendigerweise in jedem Falle decken. Der BGH hat den vom RG eingeschlagenen Weg weiterverfolgt. Er hat in Fällen der sogenannten Klammerwirkung des milderen Delikts selbständige Taten im Sinne des Art. 103 Abs. 3 GG angenommen (BGHSt. 23, 149 f.) und auch Teile einer fortgesetzten Handlung noch für verfolgbar gehalten, wenn wegen eines Einzelakts bereits eine Verurteilung erfolgt war (BGH GA 1958, 367; NJW 1963, 550; GA 1970, 85; vgl. bereits RG JW 1928, 2247), ohne daß damit offenbar eine Lockerung der umfassenden Kognitionspflicht hat verbunden sein sollen. Dieses im Wege der Auslegung einfachen Rechts gefundene Ergebnis ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

II. Die mit der Verfassungsbeschwerde angegriffene Verurteilung des Beschwerdeführers verstößt auch sonst nicht gegen Grundrechte oder grundrechtsgleiche Rechte (wird ausgeführt).

III. Diese Entscheidung ist einstimmig ergangen.

Anmerkung

Das zutreffende Ergebnis der oben abgedruckten Entscheidung wird von den dafür angegebenen Gründen nicht getragen.

I. Der Begriff „dieselbe Tat", deretwegen niemand aufgrund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden darf, war und ist bekanntlich Gegenstand heftiger Kontroversen. In Übereinstimmung mit der bisherigen ständigen Rechtsprechung definiert nun auch das BVerfG die Tat i. S. des Art. 103 Abs. 3 GG als „einen nach natürlicher Auffassung zu beurteilenden einheitlichen Lebensvorgang", als den geschichtlichen „und damit

zeitlich und sachverhaltlich begrenzte(n) Vorgang, auf welchen Anklage und Eröffnungsbeschluß hinweisen und innerhalb dessen der Angeklagte als Täter oder Teilnehmer einen Straftatbestand verwirklicht haben soll" (Teil B I 1 der oben abgedruckten Entscheidung des BVerfG).

Der Tatbegriff des Art. 103 Abs. 3 GG ist damit identisch mit dem sog. „prozessualen Tatbegriff" der Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte; dies wird vom BVerfG ausdrücklich anerkannt (B I 1). Vom Boden dieser Auffassung aus aber läßt sich das Ergebnis der hier besprochenen Entscheidung des BVerfG nicht herleiten.

II. Konkret zu entscheiden war die Frage, ob die — früher rechtskräftig abgeurteilte — Straftat der Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung (§ 129 StGB) mit den Straftaten identisch i. S. des Art. 103 Abs. 3 GG ist, welche die Mitglieder der kriminellen Vereinigung als deren Mitglieder zur Erreichung der Vereinigungsziele begehen.

Diese Frage hatte schon der BGH in der Entscheidung verneint, die — u. a. — mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen wurde, die Gegenstand der oben abgedruckten Entscheidung des BVerfG ist. Der Auffassung des BGH ist das BVerfG im Ergebnis und teilweise auch in der Begründung gefolgt.

a) Es ist nun weithin anerkannt, daß eine Handlung im sog. „natürlichen" Sinne stets einen nach natürlicher Auffassung einheitlichen Lebensvorgang darstellt, eine Handlung i. „natürlichen" Sinne also nicht in zwei oder gar mehrere Taten im oben I erläuterten prozessualen Sinne zerlegt werden kann (vgl. z. B. LR-*Schäfer,* StPO, 23. Aufl., Einl. Kap. 12, Rdn. 30; *Kleinknecht,* StPO, 35. Aufl., § 264 Rdn. 6; *Gössel,* Strafverfahrensrecht 1977, § 33 A II b). Dies wird auch vom BGH und vom BVerfG bejaht, allerdings nur im Grundsatz: Ausnahmen gälten insbesondere im hier behandelten Fall des Zusammentreffens von Straftaten nach § 129 StGB und der einzelnen im Rahmen mitgliedschaftlicher Betätigung begangenen Vergehen und Verbrechen (BGHSt. 29, 288, *293;* ebenso BVerfG oben B I 3 c).

Diese Frage wäre nun allerdings bedeutungslos, würde man in der „Straftat der Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung" und in *der* „Straftat, die von dem Mitglied dieser Vereinigung in Verfolgung von deren Zielen begangen ist" zwei selbständige Handlungen erblicken, die im Verhältnis der „Tatmehrheit" (BGHSt. 29, 288, *290;* gemeint ist: Realkonkurrenz i. S. des § 53 StGB) zueinander stehen: vom Boden dieser Auffassung aus könnten auch mehrere Taten im prozessualen Sinne angenommen und das vom BVerfG (so) gefundene Ergebnis relativ einfach hergeleitet werden (vgl. OLG Karlsruhe, JR 1978, 34).

1. Diesen Weg allerdings sieht der BGH als versperrt an: „Wird nämlich durch einen Akt, durch den sich der Täter an einer kriminellen Vereinigung in Verfolgung ihrer Ziele als Mitglied beteiligt, eine andere Norm verletzt, so liegt ... zwischen dem Vergehen nach § 129 StGB und der anderen Straftat Tateinheit (§ 52 StGB) vor" (BGHSt. 29, 290).

2. Diese Auffassung allerdings erscheint kaum überzeugend: sie dürfte insbesondere das mit dieser Strafvorschrift geschützte Rechtsgut nicht ausreichend berücksichtigen. Geschützt ist die Staatsgewalt, insbesondere die der strafenden Zwangsgewalt, und zwar nicht erst vor konkreter Verletzung, sondern schon vor bloßer Gefährdung durch Gründung und mitgliedschaftlicher Aufrechterhaltung der in § 129 StGB näher beschriebenen Organisation (vgl. z. B. *Maurach,* Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil, 5. Aufl., § 73 II D 3 a; s. a. *Maurach-Schroeder,* Strafrecht BT, 6. Aufl., §§ 90, 93 I 3). Demnach erfaßt der Tatbestand des § 129 StGB nur solche Handlungen, welche die Gründung und die Bestandssicherung solcher Organisationen durch Mitgliedschaft, Werbung oder (sonstige) Unterstützung betreffen. Mit Recht hat deshalb *Vogler* im Anschluß an die zutreffende Auffassung des OLG Karlsruhe die Straftat nach § 129 StGB als „reines Organisationsdelikt" bezeichnet, das jedenfalls im Regelfall nicht durch die Begehung „der das Ziel der Vereinigung bildenden Straftaten" verwirklicht wird (LK-*Vogler,* StGB, 10. Aufl., Rdn. 23 vor § 52), „es sei denn, daß die Straftat gerade einen Beitrag zur organisatorischen Arbeit der Vereinigung leisten soll" (OLG Karlsruhe, JR 1978, 34 — und noch weitergehender wollen *Meyer* in seiner Anmerkung zu dieser Entscheidung a. a. O. S. 35 und diesem folgend *Dreher-Tröndle,* StGB, 40. Aufl., § 129 Rdn. 9 a, jede Möglichkeit einer Verwirklichung des Tatbestandes des § 129 StGB durch die Begehung der von der Organisation beabsichtigten Straftaten ausschließen). Der BGH meint freilich, dies sei unerheblich und die hier vertretene Auffassung vernachlässige „zu Unrecht", daß „jede irgendwie geartete Tätigkeit für die Zwecke der Vereinigung" auch mitgliedschaftliche Betätigung sei (BGHSt. 29, 290 f.) — aber damit beruft sich der BGH lediglich auf eine im Wege der petitio principii aufgestellte Behauptung, deren Richtigkeit bisher nicht ausreichend, auch nicht in der von BGHSt. 29, 288, *291* in Bezug genommenen Entscheidung BGHSt. 29, 114, *123,* nachgewiesen wurde.

Aus Raumgründen kann hier die notwendige eingehende Auseinandersetzung mit dem BGH an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden (vgl. die Literaturangaben in BGHSt. 29, 288, *290* und bei *Dreher-Tröndle* und *Vogler* jeweils a. a. O.). Hier kann und soll der Nachweis genügen, daß das vom BGH gefundene Ergebnis sich jedenfalls vom hier vertretenen Standpunkt aus herleiten läßt — es bleibt zu zeigen, daß die insoweit gegenteilige Auffassung des BGH dazu nicht in der Lage ist.

b) BGH (BGHSt. 29, 288, *292 ff.*) und BVerfG (oben B I 3) gehen nun gleichermaßen davon aus, daß die nach § 129 StGB strafbare mitgliedschaftliche Beteiligung an einer kriminellen Organisation und die in Verfolgung der Ziele dieser Organisation von den Mitgliedern begangenen Straftaten zwar durch eine Handlung i. S. des materiellen Strafrechts verwirklicht werden, gleichwohl aber nach natürlicher Auffassung verschiedene Lebensvorgänge und also verschiedene prozessuale Taten sowohl i. S. des § 264 StPO wie des Art. 103 Abs. 3 GG darstellen.

1. Zur Begründung verweist der BGH zunächst auf die angebliche Verschiedenheit des materiell-rechtlichen vom prozessualen Tatbegriff (S. 292 a. a. O.).

Diese Auffassung erschiene indessen nur dann konsequent, würde die in concreto vorgenommene, vom materiell-rechtlichen Tatbegriff abweichende Annahme zweier Taten im prozessualen Sinne mit spezifischen prozessualen Erwägungen begründet, wie dies in der oben abgedruckten Entscheidung des BVerfG geschieht, die sich auf eine angebliche Zweckverschiedenheit beider Tatbegriffe beruft (dazu s. u. c 2). Nun aber zieht der BGH ausschließlich materiell-rechtliche und materiell-rechtlich begründete kriminalpolitische Gesichtspunkte heran, um eine Tat im materiell-rechtlichen Sinne in mehrere Taten

im Sinne des Prozeßrechts zu zerlegen: überschritten die Strafdrohungen der von den Mitgliedern der kriminellen Organisation begangenen Straftaten die Höchststrafe des § 129 StGB, so würde die Annahme prozessualer Tateinheit die organisierten Verbrecher gegenüber den nicht organisierten in den Fällen vorheriger rechtskräftiger Verurteilung wegen § 129 StGB privilegieren (S. 295 f. a. a. O.).

Es erscheint indessen nicht widerspruchsfrei, die materiell-rechtliche Tatidentität im Prozeßrecht aus materiellrechtlichen Gründen aufzulösen — es leuchtet kaum ein, warum dann nicht schon zwei verschiedene Taten im materiell-rechtlichen Sinne angenommen wurden: die drohende Privilegierung organisierter Verbrechen kann doch schon dadurch verhindert werden, daß zwei Taten im materiell-rechtlichen Sinne und Realkonkurrenz angenommen werden: warum dieses aus der Strafdrohung des materiellen Rechts hergeleitete Kriterium erst im prozessualen Tatbegriff berücksichtigt wird, erscheint wenig einsichtig. Mit diesem Verfahren dürfte der BGH überdies den prozessualen Tatbegriff in Wahrheit aufgeben: die Einheitlichkeit eines Lebensvorgangs wird nun gerade nicht mehr nach der *natürlichen* Lebensauffassung begründet, sondern nach dem materiell-rechtlichen Kriterium der Höhe der Strafdrohung und im Hinblick auf ein kriminalpolitisch unerwünschtes Ergebnis.

Überraschenderweise kommt der BGH bei der Beurteilung der *Rechtshängigkeit* zu anderen Ergebnissen: der Einwand der Revision, die Auffassung des BGH führe dazu, die idealkonkurrierenden Delikte des § 129 StGB und der einzelnen Mitgliederstraftaten in getrennten Strafverfahren nebeneinander zu führen, wird u. a. mit dem Hinweis auf „die materiell-rechtliche Verzahnung" zurückgewiesen, die solches Nebeneinander ausschlösse (S. 297 a. a. O.) — damit aber wird der Sache nach bei der Beurteilung der Rechtshängigkeit ein anderer Tatbegriff zugrunde gelegt, als bei der Bestimmung der Rechtskraft.

c) Das BVerfG hat diese soeben aufgezeigten Schwierigkeiten erkannt und folgerichtig durch die Hypothese von der Existenz verschiedener nebeneinander bestehender Tatbegriffe zu vermeiden gesucht (B I 3 b, B I 5) — indessen vergeblich.

Von entscheidender Bedeutung ist die Auffassung des BVerfG, der Begriff der Tatidentität i. S. des Art. 103 Abs. 3 GG bezwecke — im Gegensatz zur materiellrechtlichen Tateinheit, die eine das Schuldmaß übersteigende Addition mehrerer Freiheitsstrafen verhindern wolle (B I 3 b aa) — „ausschließlich, die Grenzen der materiellen Rechtskraft abzustecken", damit insbesondere nach den geschichtlichen Erfahrungen mit einem Unrechtsregime eine Sicherheit dagegen bestehe, „den Tatbegriff je nach der Schwere der unberücksichtigt gebliebenen Umstände zu verändern" (B I 3 b bb).

1. Inwieweit man dieser Zweckbestimmung auch zustimmen mag: der BGH hatte die Tatidentität in dem mit der Verfassungsbeschwerde angefochtenen Urteil ganz entscheidend mit der Strafdrohung der jeweils einschlägigen Straftatbestände begründet — und damit also von der Schwere der unberücksichtigt gebliebenen Umstände abhängig gemacht: von dieser Überlegung aus hätte das BVerfG das angefochtene Urteil des BGH aufheben müssen!

2. Mit ähnlichen Überlegungen zum jeweiligen Zweck des Tatbegriffs „an mehreren Stellen des Strafprozeßrechts" (B I 5) sieht das BVerfG auch die bereits oben herausgestellte Verschiedenheit der jeweiligen Tatbegriffe als gerechtfertigt an. Von der hohen Warte des Verfassungsrechts aus wird es so für unvertretbar erachtet, daß der Begriff „der Tatidentität" i. S. des Art. 103 Abs. 3 GG von den „in der Rechtsprechung vertretenen Auffassungen über die Deckungsgleichheit mit einem Begriff des einfachen Strafprozeßrechts abhängen" solle, „der dem anderen Zweck" diene, über die Notwendigkeit einer Nachtragsanklage zu entscheiden und also „der wandelbaren Auslegung der Fachgerichte unterworfen" sei.

Hier allerdings ist zu fragen, ob das BVerfG nicht die verfassungsrechtliche Relevanz der Beschränkung des Verfahrensgegenstandes auf die zugelassene Anklage verkannt hat. Aus der Auseinandersetzung mit dem alten Inquisitionsprozeß und aus den zu seiner Zerschlagung führenden Geschehnissen insbes. unter dem Einfluß des Gewaltenteilungsprinzips (s. dazu *meine* Ausführungen in GA 80, 325, *332 ff.*) dürfte deutlich geworden sein, daß die Beschränkung der gerichtlichen Untersuchung auf die angeklagte Tat ein wichtiges rechtsstaatliches Erfordernis darstellt: wären die Tatbegriffe des § 264 StPO und der zur Bestimmung der Rechtskraft verwendete etwa weiter als der des § 155 und des § 266 StPO, so würde damit die eigene Initiative des Gerichts zur Verhandlung von Straftaten unter Umgehung des Anklagemonopols der Staatsanwaltschaft wieder anerkannt — und ein rechtsstaatliches Erfordernis preisgegeben, das preisgeben zu wollen dem BVerfG gewiß nicht unterstellt werden kann. Wäre aber umgekehrt der Tatbegriff zur Bestimmung der Rechtskraft enger als z. B. der des § 266 StPO, so käme das Gericht seiner dem Rechtsstaatsprinzip entfließenden Pflicht zur umfassenden Wahrheitsermittlung (s. *Verfasser* GA 80, 340 f.) nicht nach. Dabei wird nicht etwa übersehen, daß nur die Taten, die im Eröffnungsbeschluß zur Hauptverhandlung zugelassen sind, Gegenstand rechtskräftiger Urteile werden können: in diesen Zwischenverfahren muß das Gericht den gleichen Tatbegriff zugrundelegen, wie in §§ 266 und 264 StPO: es kann lediglich einzelne Taten in *diesem* Sinne nicht zur Hauptverhandlung zulassen (anfechtbar!), nicht aber einen anderen Tatbegriff zugrundelegen. Nach meiner Überzeugung ist es deshalb geboten, von einem einheitlichen Tatbegriff mindestens im Prozeßrecht auszugehen.

III. Damit zeigt sich: weder das angefochtene Urteil des BGH noch die oben abgedruckte Entscheidung des BVerfG können in ihrer Begründung überzeugen. Wenn das Ergebnis gleichwohl für zutreffend gehalten wird, so nicht nur, weil im hier behandelten Falle Realkonkurrenz zwischen § 129 StGB und den einzelnen Straftaten der Organisationsmitglieder angenommen wird, sondern vor allem deshalb, weil der von der Rechtsprechung verwendete Begriff der Tat im prozessualen Sinne für unzulänglich gehalten wird. Natürlich kann an dieser Stelle kein eigener Tatbegriff entwickelt werden — indessen sollen doch einige Überlegungen dafür vorgetragen werden, den materiell-rechtlichen Tatbegriff auch für das Prozeßrecht bedeutsam werden zu lassen.

a) Dafür spricht die inzwischen allgemein anerkannte Auffassung, daß Tatsachen nur im Hinblick auf bestimmte Auswahlkriterien, also wertend, festgestellt werden können. Deshalb hat das Gericht einen bestimmten Sachverhalt nur im Hinblick auf seine Strafbarkeit nach materiellem Recht zu untersuchen und festzustellen: also ist im Strafprozeßrecht der Gegenstand „Tat" vom materiellen Recht vorgegeben — Straftat im materiell-

rechtlichen Sinne und „Straftat" im prozeßrechtlichen Sinne können gar nicht unterschiedlich sein (so besonders klar z. B. *Hruschka,* JZ 1966, 700; *Bertel,* Die Identität der Tat, 1970, S. 48 f.). Der formale Einwand, beim Freispruch könne somit weder eine Tat im materiell-rechtlichen noch im prozessualen Sinne vorliegen und folglich keine Rechtskraft eintreten (vgl. z. B. *Wegscheider,* Echte und scheinbare Konkurrenz, 1980, S. 97), geht fehl: Tat ist stets derjenige Sachverhalt, der unter materiell-strafrechtlichem Gesichtspunkt ausgewählt und dem Gericht zur Prüfung unterbreitet wurde. Dies dürfte durch die StPO bestätigt werden: wenn nach § 267 Abs. 1 StPO in den Urteilsgründen die Tatsachen anzugeben sind, „in denen die gesetzlichen Merkmale der Straftat gefunden werden", so kann die Tat als Gegenstand der Urteilsfindung wohl doch nur die nach materiellem Recht strafbare bzw., bei Freispruch (§ 267 Abs. 5 StPO), straflose sein, und damit der Sachverhalt, der dem Gericht zur Überprüfung am Maßstab des materiellen Rechts unterbreitet wurde.

b) Die nunmehrige Frage nach der Verschiedenheit und Identität der Tat kann hier nur angedeutet werden: das darüber entscheidende Kriterium, das z. T. nach „der Handlungssubstanz" (*Oehler,* Rosenfeld-Festschrift 1949, S. 139), nach „der Richtung des Tätigkeitsaktes" (*Peters,* Strafprozeß, 3. Aufl., § 54 II 3, S. 484) bestimmt wird, auch nach dem „Kern" der rechtlichen Bewertung (*Hruschka,* S. 703 a. a. O.) oder nach dem „sozialen Sinnzusammenhang" (*Geerds,* Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht, 1961, S. 363), dürfte mit *Bertel* deshalb in der tatbestandsmäßigen Rechtsgutsbeeinträchtigung (S. 142 a. a. O.) zu erblicken sein, weil Straftaten wesentlich Rechtsgutsbeeinträchtigungen (Verletzungen und Gefährdungen) darstellen. Von diesem Standpunkt aus läßt sich das Ergebnis des BGH und des BVerfG rechtfertigen: der konkrete Sachverhalt, der hier die Gefährdung der Staatsgewalt durch Mitgliedschaft in einer kriminellen Organisation enthält (rechtskräftig abgeurteilt am 30. 8. 1974), umfaßt nicht die am 24. 5. 1972 begangenen und in erster Instanz am 31. 5. 1979 abgeurteilten Beeinträchtigungen u. a. des Rechtsguts Leben. Auch bei umgekehrter zeitlicher Reihenfolge wäre das Ergebnis selbst dann mindestens vertretbar, wenn man der hier abgelehnten These folgen würde, derzufolge jede Straftat der Mitglieder krimineller Organisationen bei der Verfolgung der Ziele dieser Organisationen auch den Tatbestand des § 129 StGB erfüllen würde; jetzt wäre die von § 129 StGB beschriebene Rechtsgutsbeeinträchtigung nur dann mit den früher abgeurteilten Fällen identisch, wenn der diesen Verurteilungen (oder auch: Freisprüchen) zugrundeliegende Sachverhalt diejenigen Fakten enthielte, aus denen sich die organisatorische Verbindung der einzelnen Täter und damit die von § 129 StGB erfaßte Rechtsgutsbeeinträchtigung ergäbe. Wenn auch auf die gesamten Auswirkungen dieser Auffassung hier nicht eingegangen werden kann, so sei doch wenigstens darauf hingewiesen, daß vom hier vertretenen Standpunkt aus auch die Problematik der sog. „Zufallsfunde" bei der zulässigen Telefonüberwachung und deren Verhältnis zu einer „Katalogtat" überzeugender als bisher gelöst werden könnte (vgl. dazu *Welp,* Jura 1981, 472).

Prof. Dr. K. H. *Gössel,* Erlangen

§ 57 StGB

Daß die Staatsanwaltschaft mit der sofortigen Beschwerde gegen einen Beschluß nach § 57 StGB nur den verfrühten Entlassungszeitpunkt beanstandet, hindert das Beschwerdegericht nicht, den Beschluß insgesamt aufzuheben und den Antrag des Verurteilten auf Aussetzung der Reststrafe abzulehnen.

Beschluß des KG v. 16. 9. 1981 — 5 Ws 300/81.

Der Verurteilte verbüßt zur Zeit eine Restfreiheitsstrafe.

Mit dem angefochtenen Beschluß hat das LG die Vollstreckung dieser Strafe nach § 57 StGB zur Bewährung ausgesetzt. Auf die sofortige Beschwerde der StA, die den Entlassungszeitpunkt aufgrund des Entweichens des Verurteilten geändert wissen will, hat der Senat den Beschluß aufgehoben und den Antrag des Verurteilten abgelehnt, den Strafrest zur Bewährung auszusetzen.

Aus den Gründen:

Die Aufhebung des landgerichtlichen Beschlusses durch den Senat ist zulässig. Denn das Begehren der StA, den Entlassungszeitpunkt zu ändern, enthält verfahrensrechtlich keine Beschränkung des Rechtsmittels. Eine Beschränkung ist nur statthaft, wenn sie sich auf selbständig anfechtbare, d. h. auf in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht selbständig nachprüfbare Teile der angegriffenen Entscheidung bezieht (vgl. *Gollwitzer,* LR, StPO, 23. Aufl., Vorbem. zu § 304, Rdn. 14 u. § 318, Rdn. 3; *Kleinknecht* StPO, 35. Aufl., § 304 Rdn. 3). Die Beanstandung des vom LG festgesetzten Entlassungszeitpunktes richtet sich jedoch nicht gegen einen selbständigen Entscheidungsteil, sondern gegen die nach Ansicht der StA unrichtige Feststellung einer der drei für die Reststrafaussetzung in § 57 Abs. 1 StGB bestimmten Voraussetzungen, nämlich der Verbüßung von zwei Dritteln der verhängten Strafe. Damit greift aber das Rechtsmittel die Grundlage der gesamten sachlichen Entscheidung des LG, nicht nur eines Entscheidungsteiles an. Da nach § 309 StPO das Beschwerdegericht grundsätzlich die in der Sache erforderliche Entscheidung anstelle des Erstrichters zu erlassen hat, muß es die Entscheidung der Vorinstanz nicht nur in rechtlicher Hinsicht überprüfen, sondern auch die für seine Entscheidung bedeutsamen Tatsachen feststellen und aufklären. Dabei darf und muß es alle für die Entscheidung der Sache wesentlichen Tatsachen untersuchen, auch soweit sie in der Vorinstanz überhaupt noch nicht oder nicht in zulässiger Weise verwertet worden waren (vgl. BGH NJW 1964, 2119). Das Beschwerdegericht ist daher grundsätzlich weder an Anträge noch Ausführungen der Verfahrensbeteiligten gebunden. Sie können über den Verfahrensgegenstand weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht verfügen. In seiner Entscheidung kann das Beschwerdegericht von den Anträgen abweichen und auch über sie hinausgehen. Das Verschlechterungsverbot greift nur in Ausnahmefällen ein, die hier nicht vorliegen (vgl. *Gollwitzer,* LR, StPO, 23. Aufl., Vor § 304 Rdn. 9, 21, § 309 Rdn. 17).

Einsender: 5. Strafsenat des Kammergerichts

§ 177 StGB 1975

1. Das bloße Fahren zu einer abgelegenen Stelle, an der die mitgeführte Frau Hilfe nicht erwarten kann, ist nicht ohne weiteres Gewaltanwendung im Sinne des § 177 StGB.

2. Nicht in jeglichem Einschließen oder ähnlicher Beschränkung der Bewegungsfreiheit einer Frau in der Absicht, mit ihr geschlechtlich zu verkehren, liegt bereits Anwendung von Gewalt im Sinne dieser Strafvorschrift.

3. Ob in der einen oder der anderen Art eines solchen Vorgehens und ob in der Kombination beider eine tatbestandsmäßige Nötigung mit Gewalt zu sehen ist, hängt davon ab, ob im Einzelfall auf Grund des gesamten Verhaltens eines Täters und der durch ihn für die Frau geschaffenen Lage die in § 177 StGB vorausgesetzte Zwangssituation (körperlich wirksame Zwangseinwirkung) für die Frau eintritt und von ihr als solche empfunden wird.

Urteil des BGH v. 1.7.1981 — 3 StR 151/81.

Aus den Gründen:

Zur Verurteilung wegen Vergewaltigung in Tateinheit mit sexueller Nötigung einer Schutzbefohlenen.

1. Zu diesem Fall stellt die Strafkammer fest, daß der Angeklagte der Zeugin S. zunächst in der Werkstatt an die Brüste gefaßt, das zurückweichende Mädchen eine Zeitlang um den Werkstattisch herum verfolgt und auf deren mehrfach geäußerte Bitte, es in Frieden zu lassen, mit der Bemerkung, er werde später wiederkommen, verlassen hatte. Kurz nachdem die Zeugin daraufhin, in Vorahnung dessen, daß der Angeklagte wieder mit ihr verkehren wolle, ein Verhütungsmittel bei sich eingeführt hatte, stieg sie auf Veranlassung des Angeklagten in dessen Lieferwagen, einen kleinen Kastenwagen, der nur vorn für Fahrer und Beifahrer Sitze, hinten dagegen eine Ladefläche hatte, um mit ihm zu einer Baustelle zu fahren. Der Angeklagte führte das Fahrzeug dann an einer Baustelle vorbei und in einen von der Straße aus nicht einsehbaren Waldweg hinein und stellte es dort so ab, daß die Zeugin die Beifahrertür nicht öffnen konnte. Die anschließenden Versuche des Angeklagten, die Zeugin zu küssen und sie an den Brüsten anzufassen, konnte das Mädchen durch Wegdrehen des Oberkörpers und Bewegungen mit den Händen abwehren. Als der Angeklagte ihr sagte, es sei sinnlos, sich weiter zu wehren, er sei ohnehin stärker und aus dem Auto komme sie auch nicht heraus, entkleidete sie auf sein Verlangen ihren Unterkörper. Nachdem sie sich geweigert hatte, in einer bestimmten Stellung mit ihm zu verkehren, forderte er sie in barschem Ton auf, sich nach hinten auf die Ladefläche des Wagens zu begeben. Auf seine Frage, ob sie ein Verhütungsmittel dabei habe, antwortete das Mädchen, es habe schon eines angewandt, da es wisse, daß seine Versprechungen, sie in Ruhe zu lassen, doch nicht ernst gemeint seien. Nachdem sie auf die Ladefläche geklettert war und sich dort auf den Rücken gelegt hatte, kniete er sich über die Zeugin und verkehrte mit ihr.

2. Eine Nötigung mit Gewalt sieht das LG darin, „daß der Angeklagte die wehrlose Zeugin an einen abgelegenen Ort brachte, wo sie durch die Art und Weise, wie der Angeklagte sein Fahrzeug zum Stehen gebracht hatte, am Verlassen des Fahrzeugs gehindert war". Zu einer Verurteilung des Angeklagten unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt reichen die vom LG getroffenen Feststellungen nicht aus.

a) Nötigung mit Gewalt im Sinne des § 177 StGB ist in der Rechtsprechung, unter Berücksichtigung der jeweils gegebenen besonderen Umstände, sowohl in dem Verbringen der Frau mittels eines Fahrzeugs an einen abgelegenen Ort wie auch im Einschließen in einen umschlossenen Raum gesehen worden. Ob in der einen oder der anderen Art eines solchen Vorgehens und ob in der Kombination beider eine tatbestandsmäßige Nötigung mit Gewalt zu sehen ist, kann aber nicht — unabhängig von der Gesamtsituation — unterschiedslos bejaht werden. Vielmehr ist in jedem Einzelfall auf Grund des gesamten Verhaltens des Täters und der durch ihn für die Frau geschaffenen Lage zu prüfen, ob die in § 177 StGB vorausgesetzte Zwangssituation vorlag und von der Frau als solche empfunden wurde.

Der Rechtsprechung des BGH ist, trotz gelegentlicher, die Entscheidung jeweils nicht tragender Äußerungen in dieser Richtung, nicht zu entnehmen, das bloße Fahren zu einer abgelegenen Stelle, an der die mitgeführte Frau Hilfe nicht erwarten kann, sei ohne weiteres Gewaltanwendung im Sinne des § 177 StGB. In den Entscheidungen, auf die sich eine Gegenmeinung allenfalls berufen könnte, war der Täter jeweils gegen das Opfer gewalttätig geworden, sei es durch Hineinzerren des Opfers in den Wagen (Urt. 2 StR 59/76 bei *Holtz* MDR 1976, 812), sei es später innerhalb des Wagens (Urt. 3 StR 50/52 bei *Dallinger* MDR 1953, 147) oder im Anschluß an die Fahrt (BGH Urt. 4 StR 176/77, Urt. 2 StR 460/77). In BGHSt 22, 178 hat der 2. Strafsenat den Angeklagten vom Vorwurf einer Entführung mit Gewalt (§ 236 StGB a. F.) freigesprochen, ohne Vergewaltigung anzunehmen, obgleich der Täter zwei Mädchen gegen deren erklärten Willen in einen Waldweg gefahren hatte und unter Ausnutzung dieser Situation, nach vergeblichem Versuch bei dem einen der Mädchen, mit dem anderen den Geschlechtsverkehr ausgeübt hatte. Im Urteil — 4 StR 707/80 — hat es der 4. Strafsenat ausdrücklich offengelassen, ob bereits der Transport der Geschädigten zum Tatort — einem unbewohnten Bauernhaus — als Gewaltanwendung im Sinne des § 177 StGB zu werten sei (ähnlich derselbe Senat in GA 1968, 84).

Der Rechtsprechung ist auch nicht zu entnehmen, daß in jeglichem Einschließen einer Frau in der Absicht, mit ihr geschlechtlich zu verkehren, bereits eine Anwendung von Gewalt im Sinne des § 177 StGB zu sehen sei. Die Entscheidungen RGSt 13, 51; 27, 405/406; 73, 345, auf die in diesem Zusammenhang häufig hingewiesen wird, hatten Fälle des § 240 StGB, des § 113 a. F. und des § 252 StGB zum Gegenstand, in denen jeweils der Täter mit dem Einschließen des Opfers dessen eigenem Handeln Fesseln angelegt hatte, die es nur durch Einsatz eigener Körperkraft hätte sprengen können und die von ihm daher als Gewalt empfunden werden mußten. In den vom BGH unter dem Gesichtspunkt der Vergewaltigung geprüften Fällen wurde jeweils ein Handeln des Täters gewertet, das — über ein bloßes Einschließen hinaus — auf das körperliche Wohlbefinden der Frau nachhaltig einwirkte (BGH 3 StR 50/52 bei *Dallinger* MDR 1953, 147; 1 StR 272/64, GA 1965, 57; 5 StR 41/74 bei *Dallinger* MDR 1974, 722; 4 StR 491/79; 4 StR 148/80). In GA 1968, 84 hat der 4. Strafsenat offengelassen, ob schon darin eine Gewalt (im Sinne der vis compulsiva) gefunden werden könne, daß der Angeklagte sein Kraftfahrzeug so neben einem Baum zum Halten gebracht hatte, daß das Mädchen die rechte Wagentür nur einen Spalt breit öffnen konnte.

b) Vorliegend hat das LG lediglich darauf abgehoben, daß der Angeklagte das Mädchen an einen abgelegenen Ort gebracht und es durch die Art und Weise, wie er sein Fahrzeug zum Stehen brachte, am Verlassen des Wagens gehindert hat. Dabei erscheint es nach den Feststellungen nicht einmal sicher, daß es der Zeugin, die später auf Geheiß des Angeklagten, ersichtlich von dem Vordersitz aus, nach hinten auf die Ladefläche des Wagens kletterte,

tatsächlich unmöglich gewesen wäre, von vornherein auf diesem Wege das Fahrzeug zu verlassen.

Ob die Zeugin, im Zusammenhang mit der Beeinträchtigung ihrer körperlichen Bewegungsfreiheit, durch den Hinweis des Angeklagten auf seine überlegene Stärke und dessen Bemerken, aus dem Auto komme sie nicht heraus, einer körperlich wirksamen Zwangseinwirkung ausgesetzt war, ergeben die Feststellungen nicht. Das wird in Regelfällen solchen Verhaltens zwar schon deswegen anzunehmen sein, weil das Opfer im Weigerungsfall mit einer Gewalttätigkeit des Täters zu rechnen hat. Hier lagen aber vom Regelfall abweichende Besonderheiten vor. Im Frühjahr 1979 hatte der Angeklagte, in ganz ähnlicher Situation, auf die verbale Weigerung der Zeugin sein Vorhaben, mit ihr geschlechtlich zu verkehren, aufgegeben. Im Mai 1979 war es beinahe zum Vollzug des Geschlechtsverkehrs gekommen, ohne daß der Angeklagte nachweisbar Gewalt angewandt hatte. Es versteht sich danach keineswegs von selbst, daß das Mädchen, das sich kurz zuvor durch Einführen eines Verhütungsmittels bereits auf einen — wenn von ihm auch nicht gewünschten — geschlechtlichen Verkehr mit dem Angeklagten vorbereitet hatte und das sich ersichtlich seiner durch das Ausbildungsverhältnis bedingten Abhängigkeit von diesem bewußt war, sich unter diesen Umständen einer körperlich wirksamen psychischen Zwangseinwirkung ausgesetzt sah und daß es unter dem Eindruck einer solchen und nicht im Hinblick auf seine Abhängigkeit der Forderung des Angeklagten nachgekommen sei.

3. Im Hinblick auf die neue tatrichterliche Verhandlung und Entscheidung wird folgendes bemerkt:

In dem Hinweis des Angeklagten auf seine überlegene Stärke und mit seinem Bemerken, aus dem Auto komme es nicht heraus, kann die Drohung liegen, das Mädchen zu überwältigen, falls es seiner Aufforderung zur Hingabe nicht folge. Unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt hat die Strafkammer den Vorgang, da sie von vornherein die Anwendung von Gewalt angenommen hat, folgerichtig nicht gewürdigt. Ob eine solche Drohung, mit der ein Täter eine Frau zur Duldung des außerehelichen Beischlafs veranlassen will, eine solche im Sinne des § 177 StGB ist, hängt davon ab, mit welcher Art von Gewaltanwendung die Frau danach rechnen muß. Denn diese Vorschrift läßt als Nötigungsmittel nicht, wie etwa § 113 StGB, jede Androhung von Gewalt, sondern lediglich die Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben gelten. (—)

Anmerkung

Das Urteil ist um eine in den Leitsätzen bereits angedeutete, in den Gründen eingehender dargelegte Einschränkung des Gewaltbegriffs im Rahmen des § 177 StGB bemüht. Es kommt damit zahlreichen in der Literatur erhobenen Forderungen entgegen. Seine Differenzierungen — konsequent durchdacht — zeigen jedoch, daß der beschrittene Weg dort, wo er über den konkreten Einzelfall hinausgeht, lediglich sachwidrige Unterschiede in der Anwendung des Tatbestandes begründet, nicht aber zu überzeugenden Problemlösungen führt.

1. Das Urteil geht von der Feststellung des *Landgerichts* aus, Nötigung mit Gewalt habe vorgelegen, als der Angeklagte die wehrlose Zeugin an einen abgelegenen Ort brachte, wo sie durch die Art und Weise, wie der Angeklagte sein Fahrzeug zum Stehen gebracht hatte, am Verlassen des Fahrzeugs gehindert war.

In methodologisch zunächst überraschender Weise setzt der *Senat* sich nicht mit der Frage auseinander, ob der geschilderte Sachverhalt sich unter den von der Rechtsprechung seit langem vertretenen Gewaltbegriff subsumieren läßt oder nicht. Er legt vielmehr dar, unter welchen Umständen die Rechtsprechung zuvor im Verbringen einer Frau mittels eines Fahrzeugs an einen abgelegenen Ort oder im Einschließen in einen umschlossenen Raum Gewalt im Sinne des § 177 bejaht habe. Der *Senat* kommt zu dem Ergebnis, der Rechtsprechung des *Bundesgerichtshofes* sei trotz gelegentlicher — die Entscheidung aber jeweils nicht tragender — Äußerungen in dieser Richtung nicht zu entnehmen, daß das bloße Fahren zu einer abgelegenen Stelle, an der die mitgeführte Frau keine Hilfe von Dritten erwarten könne, Gewaltanwendung i. S. des § 177 sei.

Zu dieser Feststellung gelangt der *Senat* allerdings durch eine recht eigenwillige Interpretation der herangezogenen Entscheidungen: Dem Urteil des *2. Senats* — 2 StR 59/76 bei *Holtz*, MDR 1976, 812 — lag in der Tat ein kaum vergleichbarer Sachverhalt zu Grunde, da das Opfer bereits gewaltsam in den Wagen gezerrt worden war, mit dem es fortgebracht wurde. Auch wurde der Geschlechtsverkehr darüber hinaus durch Drohungen mit weiterer Gewaltanwendung erzwungen. Das Urteil des *3. Senats* — 3 StR 50/52 bei *Dallinger*, MDR 1953, 143 — betrifft Fragen des Maßes der angewandten Gewalt. Beide Urteile berühren daher die hier relevante Problematik nicht. Gleiches gilt von der Entscheidung des *2. Senats* — *BGHSt* 22, 178 — und den Urteilen des *4. Senats* — 4 StR 707/80 und 4 StR 188/67, in: GA 1968, 84 —. Im erstgenannten Urteil stellt der Senat fest, daß es dem Täter gerade nicht gelungen war, die Opfer durch die Aufenthaltsveränderung so in seine Gewalt zu bringen, daß sie seinem ungehemmten Einfluß preisgegeben waren. In der in GA 1968, 84 mitgeteilten Entscheidung *mußte* die Frage, ob bereits in der Aufenthaltsänderung eine Gewaltanwendung lag, dahinstehen bleiben, da dem Täter in bezug auf diese Tatumstände der Vorsatz nicht nachzuweisen war. In der Entscheidung 4 StR 707/80 *konnte* die Frage offen bleiben, da es für die dort wesentliche Konkurrenzfrage nicht darauf ankam. — Anders liegt die Situation jedoch im Urteil des *4. Senats* — 4 StR 176/77 —. Dort werden zwar auch weitere Handlungen (Festhalten, Herabziehen der Kleidung) angeführt. Ausdrücklich betont das Urteil jedoch: „Zutreffend hat das Landgericht bereits in dem gegen den Willen des Mädchens vorgenommenen Transport auf dem abgelegenen Waldweg zum Tatort, der allein der Herbeiführung des Geschlechtsverkehrs dienen sollte, eine Gewaltanwendung im Sinne des § 177 StGB gesehen". Die weiteren Handlungen werden nur ergänzend erwähnt: „Auch die weiteren Handlungen..."[1]. Ähnlich ist die Argumentation des *2. Senats*. Im Anschluß an die Feststellung, daß ein fester Griff an den Hals und die Drohung des Täters, „brutal zu werden", kaum mehr die Annahme eines minder schweren Falls rechtfertigen, heißt es: „Im übrigen läßt das Landgericht bei dieser Bewertung des Gewalteinsatzes zu Unrecht außer acht, daß bereits die Freiheitsberaubung und Trennung von dem Bruder sowie die Verbringung der wehrlosen Zeugin an einen abgelegenen Ort als nachhaltige Mittel der Gewaltanwendung anzusehen sind"[2].

[1] *BGH* 4 StR 176/77, S. 5.
[2] *BGH* 2 StR 460/77, S. 3—4.

In diesen Urteilen kann es nicht zweifelhaft sein, daß die die Entscheidung tragenden rechtlichen Feststellungen dahin gehen, daß das Fahren zu einer abgelegenen Stelle, an der die mitgeführte Frau Hilfe nicht erwarten kann, so daß sie dem ungehemmten Einfluß des Täters preisgegeben ist, als Gewalt im Sinne des § 177 anzusehen ist.

Der Unterschied in der Interpretation der verschiedenen Urteile braucht jedoch nicht weiter vertieft zu werden. Die Erwägungen des *3. Senats* gehen insoweit offenbar mehr in Richtung auf § 136 Abs. 1 GVG. Die Lösung des hier relevanten Sachproblems bereiten sie hingegen nur vor.

2. Den Weg zur überzeugenden Lösung des Sachproblems — auch über den Einzelfall hinaus — sieht der *3. Senat* nämlich in einer Differenzierung des Gewaltbegriffs für die verschiedenen „Gewaltdelikte". Dies erklärt, warum die begriffliche Argumentation, von einem allgemeinen Gewaltbegriff her, nicht gesucht wurde. — Der *Senat* kommt zu dieser Problemlösung auf Grund einer verblüffend einfachen und auf den ersten Blick durchaus überzeugenden Überlegung:

a) Im Rahmen der §§ 240, 113, 252 hat die Rechtsprechung anerkannt, daß das Einschließen einer Person als Gewalt i. S. dieser Vorschriften anzusehen ist[3]. Dies sei in diesen Bereichen zutreffend, denn es seien dem eigenen Handeln des Opfers mit dem Einschließen durch den Täter jeweils Fesseln angelegt worden, die es nur durch Einsatz eigener Körperkraft hätte sprengen können und die von ihm daher als Gewalt empfunden werden mußten.

In der Situation des § 177 hingegen — so muß der Gedankengang des *Senats* fortgeführt werden — ist nicht ein eigenes Verhalten des Opfers maßgeblich, das verhindert wird, sondern die Erduldung des Geschlechtsverkehrs. Dafür aber ist ein — weiteres — Verhalten des *Täters* notwendig, um dessen Abwehr es gerade beim Tatbestand des § 177 geht. Das bloße Einschließen kann diesen Handlungsabschnitt in keinem Fall verwirklichen, deshalb braucht auch die rechtliche Beurteilung nicht an dieses Verhalten anzuknüpfen, sondern kann unmittelbar auf die körperliche Einwirkung zur Erzwingung des Geschlechtsverkehrs abstellen. Damit aber entfällt hier das kriminalpolitische Bedürfnis nach einem weiten Gewaltbegriff, der in anderen Vorschriften des StGB durchaus seine Berechtigung haben kann.

b) Nunmehr liegen in der Argumentation des *3. Senats* auch die begrifflichen Voraussetzungen offen: Nach dem bisher von der Rechtsprechung für die „Gewaltdelikte" als verbindlich angesehenen Gewaltbegriff bedeutet das Einschließen einer Person, um sie an einer Ortsveränderung gegen ihren Willen zu hindern, die Anwendung von Gewalt gegen diese Person.

Gewalt in diesem Sinne ist der — nicht notwendig erhebliche — Einsatz körperlicher Kraftentfaltung, der von der Person, gegen die er sich richtet, als ein nicht nur seelischer, sondern auch körperlicher Zwang empfunden wird[4]. Wesentlich ist dabei besonders, daß es nicht darauf ankommt, ob es sich um eine *erhebliche* Kraftentfaltung gehandelt hat, sondern daß entscheidenderes Gewicht auf die körperliche Zwangswirkung beim Opfer zu legen ist.

Wird von dieser Definition des Gewaltbegriffs ausgegangen, so ist das Einschließen einer Person, um eine Ortsveränderung gegen den Willen dieser Person zu verhindern, Gewaltanwendung. Es wird durch körperliche Kraftentfaltung (Zuschließen) derart auf das Opfer eingewirkt, daß dieses der Fähigkeit der Willensbetätigung in bestimmter Weise beraubt wird: „So wird genau gerade so „Gewalt" geübt, wenn Jemand einen Anderen einsperrt oder dadurch am Austritt hindert, als wenn er dem Eintrittsberechtigten die Tür verschließt und ihn so am Eintritt hindert"[5].

c) Im vorliegenden Fall — unterstellt, der Zeugin war es tatsächlich unmöglich, das Fahrzeug zu verlassen — läge nach diesen Prämissen nicht einmal ein Grenzfall vor. Die Anwendung von Gewalt wäre eindeutig, so daß nur noch darzulegen wäre, ob die Gewalt auch zur Erzwingung des Geschlechtsverkehrs eingesetzt worden ist.

d) Gleichwohl könnte es einen Gewinn an Rechtssicherheit bedeuten, im Bereich des § 177 den weiten Gewaltbegriff aufzugeben und zu dem engen Gewaltbegriff — Gewalt ist die unter Anwendung physischer (körperlicher) Kraft erfolgende Einwirkung auf den Körper eines anderen zur Beseitigung eines tatsächlich geleisteten oder bestimmt erwarteten Widerstandes[6] — zurückzukehren.

Der weite Gewaltbegriff ist stets umstritten geblieben. Insbesondere ist immer wieder geltend gemacht worden, daß Einwirkungen auf Sachen, die oftmals nicht einmal als Sachbeschädigung anzusehen sind, als Nötigung mit Gewalt erfaßt werden können und daß dort, wo z. B. eine Sachbeschädigung vorliegt, deren Unrechtsgehalt nicht in den einer Nötigung uminterpretiert werden dürfe[7]. Schon das *Reichsgericht* hatte diese Probleme erkannt, sein Versuch, dieser Problematik auszuweichen, indem es zwischen mittelbaren und unmittelbaren Einwirkungen auf den Körper differenzierte, führte jedoch zu nicht überzeugenden, unterschiedlichen Entscheidungen gleichliegender Fälle. Die Differenzierung z. B. dahin, daß es im Falle des Aussperrens einer Person darauf ankomme, ob und in welcher Weise der Körper dieser Person den Unbillen des Wetters ausgesetzt sei[8], beruht, wie *Binding* es kurz und treffend formulierte, auf einer Verkennung des Sachproblems[9]. Auch wenn daher die Interpretation der Einwirkung auf Sachen, um einer Person die Möglichkeit der Willensbildung oder Willensbetätigung zu nehmen, als Gewalt zu einer erheblichen Ausdehnung des Gewaltbegriffs führen mußte, so war sie unter Rechtssicherheitsaspekten durchaus erträglicher als Differenzierungen, die bestenfalls als willkürlich anzusehen waren. Es läßt sich „nun einmal nicht bestreiten, daß die Aufhebung oder Beeinträchtigung der Freiheit der Willensentschließung oder -betätigung statt durch unmittelbare körperliche Beeinflussung ihren Weg über die Einwirkung auf Sachen nehmen kann, so z. B. wenn die Reifen eines Kraftfahrzeugs zerschnitten werden, um den Fahrer des Wagens von einer Fahrt abzuhalten, oder wenn jemand durch Verschließen der Tür eingesperrt wird oder wenn der Mieter durch Ausräumen der Miet-

[3] Dazu *RGSt.* 13, 51; 27, 406; 73, 345.

[4] Vgl. *BGHSt.* 19, 265; 23, 126 f., *BGH bei Holtz,* MDR 1981, 630, sowie die Nachweise bei *Dreher-Tröndle,* StGB, 40. Aufl. 1981, § 240 Rdn. 3, 4. — Wie weit die Rechtsprechung in Wirklichkeit psychische Einwirkungen den physischen gleichstellt — dazu *BGHSt.* 19, 265; 23, 46 ff.; 23, 127 —, braucht hier nicht erörtert zu werden, da es darauf für den vorliegenden Fall nicht ankommt.

[5] *Binding:* Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, B. T., 1. Bd., 2. Aufl. 1902, S. 83 f.

[6] *RGSt.* 64, 115.

[7] Vgl. dazu *Geilen,* H. Mayer-Festschrift, 1966, S. 461 ff.

[8] Vgl. *RGSt.* 20, 354 ff.

[9] Lb., S. 84.

wohnung zum Auszug gezwungen werden soll"[10]. — So gesehen hat die Lösung des Gewaltbegriffs von der unmittelbaren Einwirkung auf den Körper hin zu jener durch Einsatz körperlicher Kräfte bewirkten Einwirkung auf den Willen, die den Betroffenen der Fähigkeit der Willensbildung oder Willensbetätigung beraubt, durchaus ihre Rechtfertigung. Nicht hier ist der wirklich kritische Punkt des weiten Gewaltbegriffs, sondern in seiner Ausdehnung auf Fälle der Drohung durch die Rechtsprechung, da der Gesetzgeber zwischen Gewalt und Drohung mit Gewalt ausdrücklich unterscheiden wollte[11]. — Immerhin wäre es in der Tat von Vorteil, wenn die Anwendung des § 177 aus der Auseinandersetzung um den weiten Gewaltbegriff herausgenommen werden könnte.

3. Jedoch führt der in der vorliegenden Entscheidung gewiesene Weg nicht zu dem erhofften Gewinn an Rechtssicherheit. Im Gegenteil, er begünstigt — wie die ursprünglichen Differenzierungen des *Reichsgerichts* — sachwidrige Unterscheidungen und damit Zufallsergebnisse.

a) Es trifft zwar zu, daß in den bisher im Zusammenhang mit einem Einschließen des Opfers vom *Bundesgerichtshof* entschiedenen Fällen von Vergewaltigung über das Einschließen hinaus auf das körperliche Wohlbefinden des Opfers eingewirkt wurde. Im Vordergrund der Überlegungen, die zur Bejahung der Gewaltanwendung führten, stand aber zumindest in den Entscheidungen 1 StR 272/64, in: GA 1965, 57, 4 StR 491/79 und 4 StR 148/80 die Feststellung, daß schon das Einsperren eine Gewaltanwendung i. S. der §§ 177, 178 ist, wenn es als Mittel zur Erzwingung oder Duldung des Geschlechtsverkehrs bzw. sexueller Handlungen eingesetzt wird. Das Bewußtsein, daß in dieser Situation Gewalt durch das Einschließen angewandt wird, prägt auch die Rechtsprechung der Tatsacheninstanzen[12], so daß der Verweis auf die bisher vom *BGH* entschiedenen Fälle über die kriminalpolitische Bedeutung der Einschränkung des Gewaltbegriffs im Bereich der §§ 177, 178 wenig aussagt. — Allein dies ist nicht das gewichtigste Argument.

b) Die Begrenzung selbst führt zu sachwidrigen Differenzierungen, wie die Ausführungen des *Senats* sehr deutlich zeigen:

Leistet nämlich das Opfer gegen die Ausübung des Geschlechtsverkehrs Widerstand, den der Täter, ohne körperverletzende Gewalttätigkeit, unter Ausnutzung seiner überlegenen Körperkraft mit unmittelbarer Gewalt bricht, so ist der Tatbestand des § 177 erfüllt. Gleiches gilt, wenn der Täter das Opfer zur Duldung zwingt, indem er dieses mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben bedroht.

Hingegen soll — nach den Überlegungen des *3. Senats* — der Tatbestand entfallen, wenn das Opfer keinen Widerstand leistet, weil der Täter das Opfer durch Ortsveränderung oder durch Einsperren so in seine Gewalt gebracht hat, daß es seinem ungehemmten Einfluß preisgegeben, ihm ausgeliefert ist, und weil das Opfer sich der Tatsache bewußt ist, daß der Täter jeden Widerstand durch Ausnutzung seiner überlegenen Körperkraft brechen werde.

Ein derartiges „Sich-in-sein-Schicksal-Ergeben" braucht keineswegs darin begründet zu sein, daß das Opfer noch unter dem Eindruck vorhergehender Gewaltanwendung steht und daher keinen Widerstand leistet, so daß bei der rechtlichen Würdigung auf diese Gewaltanwendung zurückgegriffen werden kann[13]. — Es gibt viele Gründe, die dem Opfer seine Hilflosigkeit, sein absolutes Ausgeliefertsein bewußt werden lassen können. Auch schon dann, wenn das Opfer den Widerstand unterläßt, weil es der weit verbreiteten Vorstellung folgt, Widerstand könne den zur Vergewaltigung entschlossenen Täter zu schweren Körperverletzungen oder sogar zu einer Tötung reizen, ist dies kein Grund, den erhöhten Strafrechtsschutz in dieser Situation an einen zweck- und damit sinnlosen Widerstand zu knüpfen. Das Opfer, das sich in der Gewalt des Täters befindet, braucht nicht noch Schläge, Gliederverzerrungen o. ä. auf sich zu nehmen, um den Schutz des § 177 zu erlangen. Auch wenn es keinen unmittelbaren Widerstand leistet, wird es gewaltsam zum Geschlechtsverkehr gezwungen, wenn es der Gewalt des Täters hilflos ausgeliefert ist, derart, daß dieser jeden Widerstand brechen kann und auch klargemacht hat, daß er dies tun wird, unabhängig davon, ob die angedrohte Gewalt körperverletzend wirkt oder nicht.

Calliess hat Gewalt definiert als „die Herstellung einer primär auf aggressiv-physischer Vermittlung beruhenden sozialen Interaktionssituation, die als Gewalttätigkeit oder als Bedrohung mit Gewalttätigkeit beschrieben werden muß"[14]. Gegen diese Beschreibung ist unter dem Gesichtspunkt der Subsumtionsfähigkeit manches einzuwenden[15], die Typik der Situation der Gewalt kommt jedoch gut zum Vorschein.

Um eine Situation der Gewalt handelt es sich nämlich, wenn der Täter durch Ortsveränderung oder Einsperren das Opfer „in seine Gewalt gebracht hat", so daß es ihm in einer Weise ausgeliefert ist, die jeden Widerstand als sinnlos erscheinen läßt. Der Täter, der in dieser Situation in voller Kenntnis der Tatumstände mit dem Opfer den Geschlechtsverkehr ausübt, erzwingt den Geschlechtsverkehr, d. h. er nötigt das Opfer mit Gewalt zum Geschlechtsverkehr.

4. Im konkreten zur Entscheidung stehenden Fall ist dem *3. Senat* darin zuzustimmen, daß die Ortsveränderung, um mit dem Opfer geschlechtlich zu verkehren, nicht ohne weiteres als Gewaltanwendung angesehen werden kann. Die tatsächlichen Feststellungen lassen offen, ob dem Opfer wirklich jeder zumutbare Fluchtweg abgeschnitten war und ob das Opfer auf Grund der Zwangseinwirkung den Geschlechtsverkehr duldete oder aber im Hinblick auf seine Abhängigkeit gegenüber dem Täter.

Grundsätzlich jedoch ist festzustellen, daß Gewalt vorliegt, wenn der Täter durch Ortsveränderung oder Einsperren das Opfer derart in seine Gewalt bringt, daß es ihm so ausgeliefert ist, daß Widerstand sinnlos erscheint. Erzwingt der Täter durch Ausnutzung dieser Lage den Geschlechtsverkehr, so erzwingt er ihn durch Gewalt. Entgegen der Auffassung des *3. Senats* ist eine weitere körperlich wirksame Zwangseinwirkung über die Ortsveränderung oder das Einsperren hinaus dann nicht erforderlich.

Prof. Dr. H. *Otto*, Bayreuth

[10] *Müller-Dietz*, GA 1974, 38.

[11] Eingehend zur Entwicklung des Gewaltbegriffs mit Beispielen aus der Rechtsprechung und zu den Möglichkeiten der Begrenzung dieses Begriffs: *Otto*: Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte (B. T.), 1977, S. 91 ff.

[12] Vgl. z. B. *LG Saarbrücken* NStZ 1981, 222.

[13] Dazu *BGH* NStZ 1981, 344.

[14] Der Begriff der Gewalt im Systemzusammenhang der Straftatbestände, 1974, S. 33.

[15] Dazu *Jakobs*, ZStW 91 (1979), 657 ff.

§ 243 Abs. 1 Nr. 2 StGB

Das Regelbeispiel des § 243 Abs. 1 Nr. 2 StGB ist nicht gegeben, wenn der Täter das verschlossene Behältnis mit dem richtigen Schlüssel öffnet, den er befugtermaßen in Besitz hat.

Urteil des OLG Hamm v. 23. 9. 1981 — 7 Ss 1030/81.

Aus den Gründen:

Die Strafkammer hat die Wegnahme des Geldes aus dem Tresor als einen besonders schweren Fall des Diebstahls nach dem Regelbeispiel des § 243 Abs. 1 Nr. 2 StGB gewertet. Dies ist rechtsfehlerhaft. Der Tresor ist mit dem Schlüssel geöffnet worden, der der Angeklagten von der Zeugin übergeben worden war. Ist der Täter in solcher Weise befugtermaßen in den Besitz des richtigen Schlüssels zu einem verschlossenen Behältnis gelangt, so ist der durch den Verschluß bewirkte erhöhte Schutz vor Wegnahme ihm gegenüber aufgehoben. Benutzt der Täter diesen Schlüssel, ist sein Handeln auch dann nicht unter das Regelbeispiel zu subsumieren, wenn der Täter nicht befugt ist, das Behältnis mit dem übernommenen Schlüssel zu öffnen. § 243 Abs. 1 Nr. 2 StGB verlangt, daß der Täter eine die Wegnahme *tatsächlich* erschwerende Verschlußvorrichtung überwindet. Erst die darin zutage tretende Entfaltung einer besonderen kriminellen Energie rechtfertigt die erhöhte Strafdrohung des § 243 StGB. Dem gegenüber hat der Täter bei der vorliegenden Sachgestaltung, nicht anders als bei jedem Diebstahl, allenfalls einen *psychischen* Widerstand gegen die Wegnahme der fremden Sache zu überwinden. Die tatsächliche Eröffnung des Zugangs zu einer sonst gesicherten Sache könnte überdies den Tatentschluß als Ausnutzung einer vom Täter nicht gesuchten Gelegenheit und damit die Tat eher in einem milderen Licht erscheinen lassen. Der Senat vermag aus den dargelegten Gründen der gegenteiligen Ansicht von *Dreher-Tröndle* (StGB 40. Aufl. § 243 Rdn. 25) nicht zu folgen, wonach es für die Annahme des Regelbeispiels des § 243 Abs. 1 Nr. 2 ohne Bedeutung sein soll, „ob der Täter zum Öffnen des Behältnisses einen falschen oder den richtigen Schlüssel verwendet". Die hierfür in Anspruch genommenen Ausführungen des E 1962, S. 403 tragen diese Ansicht nicht. Dort ist ausgeführt, es sei belanglos, „ob der Dieb zum Öffnen (des Behältnisses) einen Nachschlüssel verwendet *oder sich in den Besitz des richtigen Schlüssels setzt*" (Unterstreichung durch den Senat). Damit ist offensichtlich nur der Fall gemeint, daß der Täter den richtigen Schlüssel auf unredliche Weise (durch List, Wegnahme oder dergleichen) an sich bringt. Bei einer derartigen Fallgestaltung dürfte auch nach Auffassung des Senats grundsätzlich, jedenfalls bei vorhergehender Wegnahme des richtigen Schlüssels, die Anwendung des Regelbeispiels des § 243 Abs. 1 Nr. 2 StGB gerechtfertigt sein.

Die Verneinung des Regelbeispiels des § 243 Abs. 1 Nr. 2 StGB steht vorliegend jedoch nicht zwingend der Anwendung des Strafrahmens dieser Vorschrift entgegen. Die Annahme eines besonders schweren Falles könnte auch daraus herzuleiten sein, daß jedenfalls die Angeklagte (§ 28 StGB) das ihr mit der Überlassung des Tresorschlüssels entgegengebrachte Vertrauen zur Begehung der Tat mißbraucht hat.

Einsender: 7. Strafsenat des OLG Hamm

Anmerkung

Das Urteil ist, soweit ersichtlich, die erste veröffentlichte Entscheidung, die sich mit dem angesprochenen Problem befaßt. In der Literatur wird die Frage nur bei *Dreher/Tröndle* (StGB, 40 Aufl., § 243 Rdn. 25) mit gegenteiligem Ergebnis behandelt. Der Entscheidung des OLG Hamm kann nicht zugestimmt werden.

1. Die Entstehungsgeschichte hilft bei der Lösung der Frage nur wenig weiter. Die hierzu von OLG Hamm zitierte Stelle des E 1962, auf die sich die Ansicht von *Dreher/Tröndle* (a. a. O., § 243 Rdn. 25) stützt, behandelt diesen Fall nicht ausdrücklich. Sie rechtfertigt die Anwendung des § 243 Abs. 1 Nr. 2 StGB in den dort genannten Fällen, schließt sie aber in dem vom OLG Hamm entschiedenen Fall nicht aus.

2. Nach dem Wortlaut des § 243 Abs. 1 Nr. 2 StGB kommt es lediglich darauf an, ob das Behältnis verschlossen ist oder ob eine andere besondere Sicherung gegen Wegnahme besteht. § 243 Abs. 1 Nr. 2 StGB stellt also lediglich auf die Sicherung als solche, also auf das Tatobjekt ab und steht damit im Gegensatz zu § 243 Abs. 1 Nr. 1 StGB, wo die Handlungsweise (einbricht, einsteigt usw.) als Strafschärfungsgrund angesehen wird. Auf welche Weise die Sicherung überwunden wird, ist für § 243 Abs. 1 Nr. 2 StGB gleichgültig. Insbesondere ist es im Gegensatz zu § 243 Abs. 1 Nr. 1 StGB ohne Belang, ob die Sicherung mit einem falschen oder richtigen Schlüssel, einem sonstigen Werkzeug oder auf andere Weise überwunden wird.

3. Eine Sache ist auch dann durch ein verschlossenes Behältnis gesichert, wenn der Täter den Schlüssel befugt in Besitz hat. Insbesondere ist die Sache Dritten gegenüber in vollem Umfang geschützt.

Nun wird allerdings die Auffassung vertreten, daß ein Behältnis dann nicht verschlossen ist, wenn der Schlüssel steckt (*Dreher/Tröndle,* a. a. O., § 243 Rdn. 24; *Lackner,* StGB, 14. Aufl., § 243 Anm. 4. b, aa; LK-*Heimann-Trosien,* 9. Aufl., § 243 Rdn. 26 unter Hinweis auf dem E 1962). Diese Auffassung ist im Hinblick auf den Gesetzeswortlaut nicht unbedenklich. Selbst wenn man ihr aber folgen würde, könnte daraus für die Auffassung des OLG Hamm nichts hergeleitet werden. Wie nämlich bereits oben 2 dargelegt wurde, kommt es auf das objektive Vorhandensein einer Sicherung an und nicht auf das Vorgehen des jeweiligen Täters. Der Umstand, daß die Sicherung der Sache im Vordergrund steht, verbietet es, auf die jeweiligen Öffnungsmöglichkeiten eines bestimmten Täters abzustellen. Ein Schloß, in dem der Schlüssel steckt, kann jeder öffnen, ob er hierzu befugt ist oder nicht.

4. Das OLG Hamm stellt maßgeblich darauf ab, daß der Strafschärfungsgrund in der besonderen kriminellen Energie liegt, die der Täter zur Überwindung der Sicherung aufwenden muß (allg. Meinung; vgl. z. B. *Schönke/Schröder/Eser,* StGB, 20. Aufl., § 243 Rdn. 25). Es ist richtig, daß der Täter, der den Schlüssel zum Behältnis hat, keine besonderen Anstrengungen zur Öffnung desselben machen muß. Diese Erleichterung der Tatbegehung wird aber regelmäßig aufgewogen durch den Vertrauensbruch, den der Dieb durch den Mißbrauch des überlassenen Schlüssels begeht. Daß das Strafrecht dem Vertrauensbruch besondere Bedeutung beimißt, zeigen der Tatbestand der Untreue (§ 266 StGB) und die erhöhte Strafdrohung für die Veruntreuung nach § 246 Abs. 1, 2. Alt. StGB. Auch die besprochene Entscheidung räumt ein, daß der Strafrahmen des § 243 StGB wegen des mißbrauchten Vertrauens auch bei Verneinung eines Regelbeispieles anwendbar sein kann.

5. Ein besonderes Problem besteht, wenn dem Täter

der Schlüssel zum Tresor nicht nur zur Verwahrung übergeben wurde, sondern wenn dieser auch befugt war, den Tresor zu öffnen. Hier ist eine differenzierte Betrachtungsweise erforderlich.

Öffnet der Täter das verschlossene Behältnis lediglich, um den Diebstahl zu begehen, gilt das Vorgesagte zu 1—4. Wird der Tresor dagegen pflichtgemäß geöffnet, um Gegenstände einzulegen oder herauszunehmen, und erfolgt bei dieser Gelegenheit der Diebstahl, liegt das Regelbeispiel des § 243 Abs. 1 Nr. 2 StGB nicht vor. Durch die befugte Öffnung ist nämlich der Verschluß aufgehoben worden, so daß die in dem Behältnis befindliche Sache nicht mehr besonders gesichert ist.

Dr. M. J. *Schmid,* Richter am Amtsgericht München

§ 263 StGB 1975

Zum Betrug beim Handel mit Optionen auf Warenterminkontrakte.

Urteil des BGH v. 8. 7. 1981 — 3 StR 457/80 (BGHSt. 30, 177).

Aus den Gründen:

Im Ergebnis zutreffend hat das LG das festgestellte Verhalten des Angeklagten als Geschäftsführer der R und T GmbH als fortgesetzten Betrug zum Nachteil seiner Kunden gewertet.

Der Angeklagte betrieb mit der genannten Gesellschaft in der Zeit vom Mai bis zum 17. 8. 1978 einen Handel mit Optionen auf Warenterminkontrakte. Er bediente sich mehrerer — gleichzeitig bis zu zwölf — „Telefonverkäufer", die nach seinen Weisungen telefonisch mit potentiellen Kunden im ganzen Bundesgebiet Kontakt aufnahmen, um sie zum Erwerb von Optionen zu veranlassen. Angesprochen wurden vor allem kleine bis mittlere selbständige Gewerbetreibende. Je nach Geschick des Verkäufers kam es mit zwei bis zehn Prozent der Angesprochenen zu Geschäften, jedoch betrug die Erfolgsquote der Verkäufer infolge häufiger Stornierungen nur ein bis fünf Prozent. Insgesamt sind auf den Konten der R und T GmbH in der Tatzeit 1,1 Millionen DM als Optionsprämien der Kunden eingegangen.

Das LG ist der Auffassung, der Angeklagte habe diese Zahlungen betrügerisch erlangt. Es unterscheidet zwei „Begehungsvarianten", „Täuschungsvarianten", deren dem Plan des Angeklagten entsprechendes Zusammentreffen zu „Verschiebungen von bewertungserheblichen Tatsachen" geführt habe und insgesamt als fortgesetzter Betrug anzusehen sei.

Das ist im Ergebnis nicht zu beanstanden, wenn auch die Meinung des LG nicht zutrifft, daß jede der beiden Täuschungsvarianten bei unabhängig voneinander vorgenommener getrennter Beurteilung bereits den Betrugstatbestand erfülle.

Die eine der beiden Varianten sieht das LG darin, daß der Angeklagte den Optionsnehmern zusicherte, die angebotenen Optionen würden im Falle des Abschlusses sofort über einen Broker an der Londoner Börse plaziert, während er in Wirklichkeit nur in wenigen Fällen solche Deckungsgeschäfte vornahm. Bei fünf Kunden ließ sich nicht ausschließen, daß sie die Optionen auch erworben hätten, wenn sie insoweit den wahren Sachverhalt gekannt hätten. In diesen Fällen nimmt das LG lediglich Einzelakte des versuchten Betruges an. Den Schaden für die Optionsnehmer sieht es in einer Vermögensgefährdung, die sich daraus ergebe, daß die Firma des Angeklagten nicht imstande gewesen wäre, seinen Kunden in dem Drittel der Geschäfte, in dem sie nach der vom Landgericht für richtig gehaltenen Meinung zweier Sachverständiger an der Londoner Börse mit einem Gewinn zu rechnen hätten, diesen Gewinn auszuzahlen. Hierbei übersieht es aber, daß mit einer derart hohen Gewinnerwartung nur bei Zugrundelegung der Londoner Optionsprämien zu rechnen war. Der Angeklagte verlangte jedoch erheblich höhere Prämien mit der Folge, daß eine Gewinnchance für seine Kunden außerordentlich gering wurde. Für die Deckung der danach allenfalls zu erwartenden geringen Gewinne reichte die Bonität der R und T GmbH aus. Die Vorspiegelung, die erworbenen Optionen würden an der Londoner Börse plaziert, konnte daher für sich gesehen einen Schaden nicht bewirken.

Die Revision hat insoweit gleichwohl keinen Erfolg. Denn die Feststellungen des LG zu den von ihm als zweite Täuschungsvariante angesehenen Manipulationen des Angeklagten tragen den Schuldspruch.

Mit der Option auf einen Warenterminkontrakt erwirbt der Optionsnehmer (Käufer) das Recht, während der Laufzeit des Vertrages zu dem bei Vertragsschluß geltenden Kurs („Basispreis") von seinem Geschäftspartner, dem „Stillhalter", Waren bestimmter Art und Menge zu erwerben (Kaufoption) oder sie an ihn zu verkaufen (Verkaufsoption). Steigt der Kurs der Waren, so macht bei der Kaufoption der Optionsnehmer einen Gewinn, wenn er von seinem Recht Gebrauch macht. Für diese Chance muß er jedoch dem Stillhalter einen Preis zahlen, der für ihn in jedem Fall verloren ist, den „Optionspreis". Einen Nettogewinn kann er deshalb nur machen, wenn — im Falle der Kaufoption — der Kurs der Ware so stark steigt, daß die Wertdifferenz höher ist als der Optionspreis. Entsprechendes gilt bei der Verkaufsoption für das Maß, in dem der Kurs in der Laufzeit des Vertrages fällt. Die Gewinnchance des Optionsnehmers wird — schon im Normalfall — weiter dadurch geschmälert, daß er dem Broker (Makler), der ihm das Geschäft mit dem Stillhalter vermittelt, Kosten und eine Provision zahlen muß, die zum Optionspreis geschlagen werden. Da der an der Börse ermittelte Optionspreis das Ergebnis von Angebot und Nachfrage sachkundiger Geschäftsleute ist, die sich jeder für sich bei diesem Preis einen Gewinn versprechen, ist die Chance, daß außergewöhnliche Kursbewegungen hohe Gewinne ermöglichen, nicht erheblich. Das LG hat denn auch festgestellt, daß die Gewinnchance eines Optionsnehmers an der Londoner Börse etwa 1 : 2 gegen ihn steht und daß der Anklagte dies wußte (vgl. zu dem Geschäftsablauf im Termin- und Optionshandel *Koch* JZ 1980, 704 und Uwe *Schmidt* Kriminalistik 1981, 18).

Der Angeklagte hat nun, ohne dies seinen Kunden offenzulegen, auf die Londoner Optionspreise Aufschläge von 70 % bis über 300 % genommen. Den Kunden wurde in einer Werbebroschüre, die ihnen nach einem ersten Kontaktgespräch zugesandt wurde („Rosenbroschüre"), und in weiteren Telefongesprächen dagegen der Eindruck vermittelt, bei den ihnen genannten Optionspreisen handele es sich um Preise, die an der Londoner Börse von einer Verrechnungs- und Aufsichtsbehörde, dem Clearing House, festgelegt würden und auf die die R und T GmbH keinen Einfluß habe. Zusätzlich wurde den Kunden mit Wissen und Wollen des Angeklagten zugesichert, im Augenblick des Verkaufsgesprächs bestehe ein Börsentrend, der praktisch eine Gewinngarantie bedeute, so daß ein Risiko nur in der Theorie vorhanden sei. Man müsse nur sofort in das Geschäft einsteigen, die angebotene Option werde dann sofort über die Telexleitung der R und T GmbH „zum Broker — sprich Börse — geordert" (so das im Urteil zitierte „verkaufsfördernde Argument Ziff. 19" aus einer den Telefonverkäufern vom Angeklagten als Arbeitsmittel zur Verfügung gestellten Mappe). Die Mitarbeiter der R und T GmbH seien Fachleute mit einem „heißen Draht zur Börse", die in der Lage seien, innerhalb von Minuten die geforderten schnellen Entscheidungen zu treffen. 81 Kunden ließen sich über Gewinnchancen täuschen, die, wie der Angeklagte wußte,

in Wahrheit nicht bestanden. Nach den Feststellungen läßt schon ein Aufschlag von 70 % die Gewinnchance so weit sinken, daß die Option ihre reale Werthaltigkeit verliert. Keiner der Kunden hätte bei Kenntnis der wahren Sachlage eine solche Option erworben. Nur in einem Fall wurde eine Option mit Gewinn für den Kunden abgerechnet.

Es kann nicht zweifelhaft sein, daß das LG in diesem Verhalten des Angeklagten, der sich das Tun seiner gemäß seinen Weisungen, jedenfalls aber mit seinem Einverständnis handelnden Telefonverkäufer zurechnen lassen muß, mit Recht den Tatbestand des Betruges (§ 263 StGB) erfüllt sieht. Die Kunden des Angeklagten wurden über die Eigenschaften der ihnen verkauften Option getäuscht. Während die Optionen infolge der hohen Aufschläge dem Kunden eine nur minimale Gewinnchance verschafften, wurde ihnen vorgespiegelt, sie handelten sich eine nahezu sichere Gewinnerwartung ein. Die Täuschung führt in allen Fällen zu einem entsprechenden Irrtum der Kunden, der die Ursache für die Zahlung der Optionsprämie, also einer Vermögensverfügung wurde, aus der den Kunden ein Vermögensschaden erwuchs. Dieser Schaden trat bereits mit der Zahlung ein, da die Kunden nicht den der Optionsprämie objektiv entsprechenden Gegenwert erhielten.

Bei der hier gegebenen Sachlage kommt es nicht darauf an, wie zu entscheiden wäre, wenn der Angeklagte sich darauf beschränkt hätte, seinen Kunden die Aufschläge zu verschweigen, die er auf die Londoner Optionsprämie genommen hat. Der Senat ist jedoch mit dem OLG München (NJW 1980 , 794) der Auffassung, daß schon darin eine für die Tatbestandserfüllung ausreichende Täuschungshandlung zu sehen wäre. Aus dem Auftreten der Firma des Angeklagten als fachmännische Vermittlerin gewinnbringender Geldanlagen ergibt sich ein Vertrauensverhältnis zu den auf dem Gebiete des Optionshandels nicht versierten Kunden, das eine Rechtspflicht zur Offenbarung der für die Kaufentscheidung maßgebenden Umständen zur Folge hat. Dieser Rechtspflicht hätte der Angeklagte auch dann zuwidergehandelt, wenn er ohne seine auf Täuschung gerichteten Manipulationen lediglich durch Verschweigen der Zusammensetzung seines Optionspreises die Unwissenheit seiner Kunden ausgenutzt und sie dadurch zu einer unrichtigen Gewinnerwartung gebracht hätte (vgl. *Scheu* MDR 1981, 467 zu der abw. Entsch. des OLG Hamburg NJW 1980, 2593; *Rochus* NJW 1981, 736; BGH — II. Zivilsenat — NJW 1981, 1266; BGH, Urt. v. 1.4.1981 — 2 StR 64/81; *Mösl* LM UStG Nr. 5).

(—)

Anmerkung

Das Urteil des BGH ist aus der Sicht der Praxis zunächst deshalb zu begrüßen, weil der angerufene 3. Senat den ihm zur Entscheidung angetragenen konkreten Fall zum Anlaß genommen hat, über das zu dessen Beurteilung notwendige Maß hinaus auf die im Bereich der Warenterminkriminalität strittigen Rechtsfragen zum Täuschungs- und Schadensbegriff im Sinne von § 263 StGB einzugehen. Damit hat der BGH einen bemerkenswerten Beitrag zu einer reibungsloseren Erledigung der zahlreichen noch immer anhängigen einschlägigen Ermittlungsverfahren geleistet[1].

Auch in der Sache selbst verdient die Entscheidung uneingeschränkte Zustimmung. Nachdem bereits für den Bereich des Zivilrechts höchstrichterlich entschieden worden war[2], daß die unterbliebene Aufklärung über die Höhe des Aufschlags ein Verschulden bei Vertragsschluß darstelle[3], setzt sich das Urteil des 3. Strafsenats nunmehr insbesondere damit auseinander, ob das Verschweigen des Aufschlagumfangs als Täuschungshandlung im Sinne von § 263 StGB angesehen werden kann[4]. Zwar hat der BGH bereits in einer früher veröffentlichten Entscheidung zur Frage des Betruges bei der Abwicklung von Warentermingeschäften Stellung genommen[5]. Diesem Urteil lag jedoch die Vermittlung von Privatoptionen zugrunde, eine Form der Geschäftstätigkeit auf dem Warenterminsektor, die heute nur noch einen zu vernachlässigenden Teil der anhängigen einschlägigen Ermittlungsverfahren ausmacht[6].

Das Verschweigen der Aufschlagshöhe im Zusammenhang mit dem Erwerb börsennotierter Optionen war bisher von der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte unterschiedlich gewertet worden. Während eine Strafbarkeit nach § 263 StGB zunächst allgemein bejaht worden war[7], ließ in der Folgezeit ein Beschluß des OLG Hamburg[8] Rechtsunsicherheit aufkommen[9]. Wenngleich die darin gewählte Begründung für eine Straflosigkeit der vorbezeichneten Geschäftstätigkeit schon aus dogmatischen Gründen nicht vertretbar erschien[10], führte allein schon der Umstand, daß eine derartige Ansicht überhaupt Befürworter finden konnte, in der Praxis bis hin zur Bejahung eines unvermeidbaren Verbotsirrtums der Beschuldigten[11].

Zwar sollte man annehmen, daß die nun vorliegende Entscheidung des BGH die aufgezeigte Kontroverse endgültig beendet hätte. Indessen ist im Schrifttum auch noch im Anschluß daran wieder eine Stimme laut geworden, die die Tragweite des Urteils herunterzuspielen und ihm Argumente für die Gegenmeinung zu entnehmen versucht[12]. Danach wird zunächst eine Täuschung im Sinne von § 263 StGB mit der Begründung verneint, das Verschweigen der Aufschlagshöhe betreffe nur Elemente der Preisgestaltung. Strafrechtliche Relevanz komme einem solchen Verhalten erst zu, wenn der Anschein eines anderen Leistungsgegenstands erweckt worden sei.

[1] So sind etwa in Hessen allein bei der Staatsanwaltschaft Frankfurt noch ca. 70 offene Verfahren dieser Art abzuschließen. Allerdings ist neuerdings ein deutlicher Rückgang zu verzeichnen. Bei der vorgenannten Behörde sind beispielsweise im Jahre 1981 lediglich noch 5 neue Verfahren hinzugekommen.

[2] BGH NJW 1981, 1266 = WM 1981, 374.

[3] Die Rechtsfrage war zuvor umstritten, siehe OLG München NJW 1980, 786 und OLG Frankfurt, Urt. v. 23.10.1980 — 6 U 216/79 — einerseits (wie hier), KG NJW 1980, 1471 andererseits.

[4] Für den Bereich des Zivilrechts hat das OLG Stuttgart, Urt. v. 21.5.1981 — 10 U 216/80 —, einen sog. Eingehungsbetrug bejaht und Schadensersatz aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 StGB und § 89 BörsG zugesprochen.

[5] BGHSt. 29, 152 = NJW 1980, 1005.

[6] Zu den unterschiedlichen Begehungsformen vgl. *Koch,* JZ 1980, 704; *Schmidt,* Kriminalistik 1981, 18; *Scheu-Kellermann,* Rechts- und Verfahrensprobleme bei Ermittlungen gegen betrügerische Warentermin-Firmen, Sonderdruck der Hessischen Polizei-Rundschau, 1980, Heft 10.

[7] OLG München, NJW 1980, 794 = JZ 1980, 734; OLG München, Beschluß v. 18.9.1980 — 2 Ws 988—992, 1012/80 —; OLG Frankfurt, Beschl. v. 18.1.1980 — 1 Ws 298/79 —; weitere unveröffentlichte Entscheidungen des OLG Frankfurt und des KG bei *Koch,* a. a. O., Fußnote 4.

[8] OLG Hamburg, NJW 1980, 2593 = MDR 1980, 1041, bestätigt durch weiteren Beschluß des OLG Hamburg v. 9.9.1980 — 2 Ws 279/80 —.

[9] Zugleich hatten auch im Schrifttum Stimmen eine Strafbarkeit in Frage gestellt, vgl. *Hohenlohe-Oehringen,* BB 1980, 231; *Seelmann,* NJW 1980, 2545; *Sonnen,* NStZ 1981, 24.

[10] Zur Kritik vgl. *Rochus,* NJW 81, 736; *Scheu,* MDR 81, 467.

[11] OLG Frankfurt, Beschl. v. 1.12.1980 — 1 HEs 167/80 —. Die Entscheidung erscheint indessen nicht unbedenklich, da das Vorliegen kontroverser Auffassungen zumindest die Annahme einer für die Strafbarkeit ausreichenden bedingten Unrechtseinsicht begründen kann, vgl. *Dreher-Tröndle,* StGB, 40. Aufl., 1981, Rdn. 9 zu § 17; siehe dazu etwa auch OLG Koblenz, VRS 60, 387 und OLG Düsseldorf, VRS 60, 313.

[12] *Seelmann,* NJW 1981, 2132.

Die nun vorliegende Entscheidung des BGH macht demgegenüber deutlich, daß sich aus dem Auftreten der Warenterminfirmen als fachmännische Vermittler ein Vertrauensverhältnis zu den auf dem Gebiet des Optionshandels nicht versierten Kunden ergibt, das eine Rechtspflicht zur Offenbarung[13] der für die Kaufentscheidung maßgebenden Umstände zur Folge hat[14]. Gerade die Höhe des Aufschlags ist für den Kunden von wesentlicher Bedeutung, da mit zunehmender Aufschlagshöhe die Substanz der Option und damit die Gewinnchance immer mehr schwindet. Denn der Aufschlag muß zunächst durch entsprechende Kursausschläge an der Börse zurückverdient werden, damit überhaupt erst einmal die Gewinnzone erreicht wird[15].

Neben dem maßgeblichen Täuschungsbegriff hat *Seelmann*[16] auch den zugrundezulegenden Schadensbegriff verkannt, wenn er ausführt, die zum Tatzeitpunkt gegenwärtige Chance sei insbesondere durch Mitberücksichtigung des tatsächlich erwirtschafteten Gewinns oder Verlusts zu errechnen.

Wie der BGH zu Recht in dem vorbezeichneten Urteil dartut, tritt der Schaden in den einschlägigen Fällen bereits mit der Zahlung der Prämie ein[17], da die Kunden nicht den der Optionsprämie objektiv entsprechenden Wert erhalten. Zu dem danach maßgeblichen Zeitpunkt steht indessen der tatsächlich erwirtschaftete Gewinn oder Verlust noch gar nicht fest. Dieser ergibt sich erst aus einem künftigen Ereignis, dem späteren Kursverlauf.

Ein Schaden in der Form der Vermögensgefährdung ist hier vielmehr deshalb anzunehmen, weil die angebotenen Optionen mit Aufschlägen vermittelt werden, die weit über den marktüblichen Vermittlungsaufschlag von bis zu 10 %[18] hinausgehen. Die auf diese Weise erworbenen Optionen erfahren dadurch eine Eigenschaftsveränderung, weil sich als zwangsläufige Folge der überhöhten Aufschläge die Gewinnchance minimiert[19]. Die mit zunehmendem Prämienaufschlag wertloser werdende Option stellt damit keine äquivalente Gegenleistung mehr für die gezahlten Geldbeträge dar[20]. Daß gleichwohl in dem einen oder anderen Fall Gewinne erzielt werden, ändert nichts an der Tatsache, daß sich die Gewinnchancen der Option selbst dadurch reduziert haben, indem für sie ein über das Marktübliche hinausgehender Preis bezahlt worden ist[21].

Oberstaatsanwalt Dr. U. *Scheu*, Frankfurt/M.

§ 40 Abs. 2 StPO

Nach dieser Vorschrift ist die öffentliche Zustellung einer Ladung nicht davon abhängig, daß der (vorher schon zu einer Hauptverhandlung geladene) Angeklagte nach Einlegung der Berufung ins Ausland übergesiedelt oder im Inland mit unbekanntem Ziel verzogen ist.

Beschluß des HansOLG Hamburg v. 30. 9. 1981 — 1 Ss 133/81.

Aus den Gründen:

Die allein auf die Verletzung des § 329 Abs. 1 StPO i. V. m. § 40 StPO gestützte Revision ist unbegründet.

Der Angeklagte war zur Berufungshauptverhandlung ordnungsgemäß geladen: Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 40 Abs. 2 StPO reicht für eine öffentliche Zustellung jede frühere Ladung eines Angeklagten zur Hauptverhandlung aus. Deshalb gilt die Vorschrift auch dann, wenn ein im Ausland wohnender Angeklagter nach Einlegung eines Rechtsmittels an seinen Wohnsitz im Ausland zurückkehrt. Sie verlangt also nicht, daß ein Angeklagter, der ein Rechtsmittel eingelegt hat, danach ins Ausland übergesiedelt oder im Inland mit unbekanntem Ziel verzogen ist. Dieses Erfordernis wird — soweit ersichtlich — auch in Rechtsprechung und Literatur nicht aufgestellt. Das RG hat darauf nicht abgehoben (RGSt. 66, 79). Vom KG (NJW 1969, 475), von *Wendisch* (LR, StPO, 23. Aufl., Rdn. 7 zu § 40) und von *Paulus* (KMR, StPO, 7. Aufl., Rdn. 8 zu § 40) wird nur ausgeführt, daß § 40 Abs. 2 StPO gerade (mithin nicht: allein) in den genannten Fällen anwendbar sei. Es besteht auch kein Anlaß zu einer derartigen einschränkenden Auslegung. Von dem, der ein Rechtsmittel eingelegt hat, kann erwartet werden, daß er sich um den Fortgang des Verfahrens kümmert. Es ist ihm ebenfalls zuzumuten, daß er Ladungen nach den für Zustellungen im Inland geltenden Vorschriften ermöglicht, vgl. BayObLGSt. 1952, 126/127, *Wendisch* a. a. O., *Paulus* a. a. O. Dem steht auch Art. 103 Abs. 1 GG nicht entgegen (vgl. *Maunz-Dürig*, GG, Rdn. 6 zu Art. 103).

Einsender: 1. Strafsenat des HansOLG, Hamburg

Anmerkung

Der Entscheidung ist zuzustimmen. Durch § 40 StPO hat der Gesetzgeber das Spannungsverhältnis zwischen den Belangen einer wirksamen Strafrechtspflege und den verfahrensmäßigen Grundrechten des Beschuldigten auf rechtliches Gehör (vgl. Art. 19 Abs. 4; 103 Abs. 1 GG) zugunsten der Sicherung einer ordnungsgemäßen und zügigen Prozeßdurchführung gelöst (KMR-*Paulus* § 40 Rdn. 1), indem er unter den dort genannten Voraussetzungen zur Vermeidung unvertretbarer Verzögerung und Verfahrensverschleppung die öffentliche Zustellung zuläßt. Voraussetzung dafür ist, daß eine Zustellung an den Beschuldigten in einer nach § 37 StPO vorgeschriebenen Weise im Inland nicht bewirkt, d. h. ihm hier nicht zur Kenntnis gebracht werden kann (OLG Rostock GA Bd. 42, 146). Nach dem Gesetzeswortlaut ist das der Fall, wenn der Beschuldigte seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthaltsort vom Inland ins Ausland verlegt hat; es ist darüber hinaus anzunehmen, wenn trotz vorgenommener Ermittlungen kein inländischer Aufenthaltsort des Beschuldigten (vgl. dazu OLG Köln NJW 1956, 642; OLG Hamm GA 1960, 152; MDR 1972, 259; JMBlNRW 1974, 106; 1977, 201; OLG Stuttgart MDR 1973, 950; 1976, 775; VRS 50, 108) festgestellt und eine Inlandszustellung auch nicht an einen Bevollmächtigten (RGSt. 43, 321; 66, 79), einen gewählten

[13] Das OLG Karlsruhe, Beschl. v. 3. 4. 1981 — 3 Hes 80/81 = 3 Ws 90/81 —, hatte eine stillschweigende Täuschung über den Geschäftsgegenstand der Option angenommen, weil konkludent behauptet werde, es bestehe eine zur Höhe der abverlangten „Prämie" in angemessenem Verhältnis stehende Gewinnchance, obwohl dies in Wahrheit nicht der Fall sei.

[14] So auch allgemein für Kapitalanlagegeschäfte *Lackner* LK 10. Aufl., 1979, Rdn. 63 zu § 263 mit Rechtsprechungsnachweisen.

[15] Vgl. nur OLG München, NJW 1980, 794; OLG Frankfurt, Beschl. v. 14. 7. 1980 — 1 HEs 167/80 —; *Koch, Schmidt* und *Scheu-Kellermann*, jeweils a. a. O.

[16] Wie Fußnote 12.

[17] In Fällen des sog. Eingehungsbetruges ist grundsätzlich der Zeitpunkt des Vertragsschlusses entscheidend, vgl. *Lackner*, a. a. O., Rdn. 144—148 zu § 263.

[18] Siehe dazu *Scheu-Kellermann*, a. a. O. Gleichwohl verlaufen selbst unter seriösen Konditionen ca. 80 % dieser Geschäfte für den Anleger verlustreich, vgl. *Koch*, a. a. O.

[19] Ausführlich dazu OLG München, NJW 80, 794; siehe auch *Rochus* und *Scheu*, a. a. O. wie Fußnote 10.

[20] So OLG Karlsruhe, Beschl. v. 3. 4. 1981 — 3 HEs 80/81 = 3 Ws 90/81 —; OLG München NJW 1980, 794.

[21] Vgl. dazu OLG Stuttgart Urt. v. 21. 5. 1981 — 10 U 216/80 —.

Verteidiger, dessen Vollmacht sich bei den Akten befindet, oder einen bestellten Verteidiger (§ 145 a Abs. 1 und 3 StPO) bewirkt werden kann (OLG Hamburg MDR 1971, 775).

Absatz 1 setzt für den Fall, daß der Beschuldigte sich im Ausland aufhält, weiter voraus, daß die Befolgung der für die Zustellung im Ausland bestehenden Vorschriften unausführbar oder voraussichtlich erfolglos erscheint (LR-*Wendisch* § 40 Rdn. 6). Absatz 2 verzichtet auf dieses zusätzliche Erfordernis, weil dieser nur den Fall erfaßt, wo ein Angeklagter schon einmal in dem für das Inland vorgeschriebenen Verfahren, d. h. ordnungsgemäß zur Hauptverhandlung geladen worden war. Denn von einem solchen Angeklagten kann — wie in dem Beschluß zu Recht betont und worauf schon in den Motiven hingewiesen wird (vgl. *Hahn* Mat. I S. 97) — verlangt werden, daß er sich alsdann selbst um den Fortgang des Verfahrens kümmert, namentlich auch dafür Vorsorge trifft, daß weitere Zustellungen ihn erreichen. Diese Erwägung rechtfertigt es auch, § 40 Abs. 2 StPO, der zunehmend für Ladungen zu Berufungshauptverhandlungen Bedeutung erlangt (vgl. RGSt. 65, 417; 66, 79; KG NJW 1969, 475) — abgesehen von dem hier nicht interessierenden Fall der Unerreichbarkeit im Inland —, nicht nur auf den Fall der Begründung eines *neuen* Wohnsitzes im Ausland, sondern allgemein anzuwenden, ihn mithin auch auf den Fall zu erstrecken, wo ein Angeklagter mit ausländischem Wohnsitz, der zur ersten Hauptverhandlung ordnungsgemäß geladen und erschienen war, nach Urteilsverkündung und Einlegung eines Rechtsmittels an seinen Auslandswohnsitz zurückkehrt. Denn es ist kein Grund ersichtlich, einen solchen Angeklagten nur deshalb anders zu behandeln, weil er seinen Wohnsitz auch schon im Zeitpunkt der Ladung zur ersten Hauptverhandlung im Ausland hatte.

Generalstaatsanwalt G. *Wendisch*, Bremen

§ 329 Abs. 1 StPO 1975; § 55 Abs. 2 Satz 1 JGG 1975

Ein Heranwachsender, der nach Jugendstrafrecht abgeurteilt worden ist, kann ein Urteil, durch das seine zulässige Berufung gemäß § 329 Abs. 1 StPO verworfen worden ist, nicht mit der Revision anfechten.

Beschluß des BGH v. 14. 5. 1981 — 4 StR 694/80 (BGHSt. 30, 98)

Aus den Gründen:

Der zur Tatzeit 18 Jahre alte Angeklagte wurde vom JugSchöffG wegen räuberischer Erpressung zu Jugendstrafe verurteilt. Gegen dieses Urteil legte er Berufung ein, erschien aber zum Hauptverhandlungstermin nicht. Seine Berufung wurde daraufhin nach § 329 Abs. 1 StPO verworfen; ein Wiedereinsetzungsgesuch wurde rechtskräftig abgelehnt.

Die Revision des Angeklagten beabsichtigt das OLG Hamm nach § 55 Abs. 2 Satz 1 JGG als unzulässig zu verwerfen. An einer solchen Entscheidung sieht es sich jedoch durch OLG Celle JR 1980, 37 gehindert und hat daher dem BGH folgende Rechtsfrage zur Entscheidung vorgelegt:

„Kann ein Angeklagter, der gemäß § 105 JGG mit einer Jugendstrafe belegt worden ist und der dagegen eine zulässige Berufung eingelegt hat, gegen das Berufungsurteil wegen §§ 55 Abs. 2, 109 Abs. 2 JGG auch dann keine Revision mehr einlegen, wenn die Strafkammer die Berufung wegen Ausbleibens des Angeklagten nach § 329 StPO verworfen hat?"

Der Senat teilt in Übereinstimmung mit dem GBA die Auffassung des vorlegenden Gerichts.

1. Nach § 55 Abs. 2 Satz 1 JGG kann im Jugendstrafverfahren ein Angeklagter nicht mehr Revision einlegen, wenn er eine zulässige Berufung eingelegt hat. Eine Revision ist danach schon dann nicht mehr statthaft, wenn durch die Einlegung einer zulässigen Berufung die Möglichkeit einer erneuten Sachentscheidung eröffnet war; das Gesetz stellt auf die Einlegung der Berufung, nicht auf deren Durchführung ab (*Dallinger/Lackner*, JGG 2. Aufl., § 55 Rdn. 50). Diese Voraussetzungen treffen auch bei einer Verwerfung der Berufung durch ein Urteil nach § 329 Abs. 1 StPO zu. Es handelt sich insoweit nicht etwa um die Verwerfung eines unzulässigen Rechtsmittels, das nicht zu einer neuen Sachentscheidung hätte führen können. Vielmehr wäre in dem Verfahren, das Gegenstand einer Entscheidung nach § 329 Abs. 1 StPO geworden ist, eine Sachprüfung möglich gewesen und hätte auch erfolgen sollen. Sie wurde allein durch das Verhalten des Angeklagten verhindert. Durch sein Nichterscheinen zu dem auf sein zulässiges Rechtsmittel hin anberaumten Hauptverhandlungstermin hat er die Folge des § 329 Abs. 1 Satz 1 StPO bewußt oder durch Nachlässigkeit selbst ausgelöst (BGHSt. 27, 239). Da mithin ein Urteil nach § 329 Abs. 1 StPO eine „zulässige" Berufung voraussetzt — im Fall ihrer Unzulässigkeit hätte die Entscheidung nach §§ 319 Abs. 1, 322 StPO Vorrang (*Kleinknecht*, StPO 35. Aufl., § 329 Rdn. 2) —, ist nach dem eindeutigen Wortlaut des § 55 Abs. 2 Satz 1 JGG nach einer Berufungsverwerfung gemäß § 329 Abs. 1 StPO in einem Jugendgerichtsverfahren eine Revision des Berufungsführers nicht mehr statthaft (*Brunner*, JGG 5. Aufl., § 55 Rdn. 16; OLG Saarbrücken MDR 1974, 162).

2. Die Rechtsmitteleinschränkung des § 55 JGG gilt nach § 109 Abs. 2 Satz 1 JGG für einen Heranwachsenden dann, wenn gegen ihn Jugendstrafrecht angewendet worden ist. § 109 Abs. 2 Satz 1 JGG fordert seinem Wortlaut nach nicht, daß die Anwendung von Jugendstrafrecht erst in einer zweiten Instanz zu überprüfen ist, ehe die sich daraus ergebenden Folgen (hier die Rechtsmitteleinschränkung nach § 55 JGG) wirksam werden können. Es genügt hierfür vielmehr, daß das Gericht erster Instanz Jugendstrafrecht angewendet hat. Im übrigen steht auch einem Heranwachsenden, der in erster Instanz nach Erwachsenenrecht verurteilt worden ist und gegen den in der Berufungsinstanz auf sein Rechtsmittel hin erstmals Jugendstrafrecht angewendet wird, nach übereinstimmender Ansicht in Rechtsprechung und Lehre nach § 55 Abs. 2 Satz 1 i. Verb. m. § 109 Abs. 2 S. 1 JGG kein Rechtsmittel mehr zu (*Brunner*, JGG 5. Aufl., § 55 Rdn. 18 m. w. Nachw.). Folgerichtig gilt etwas anderes nur, wenn in zweiter Instanz erstmals Erwachsenenstrafrecht Anwendung findet, weil § 109 Abs. 2 JGG die Anwendung von Jugendstrafrecht zur Voraussetzung hat und diese dann entfallen ist.

Im vorliegenden Verfahren hat das Amtsgericht in erster Instanz Jugendstrafrecht angewendet. Durch die Verwerfung der Berufung nach § 329 Abs. 1 StPO hat sich daran nichts geändert, es ist vielmehr bei dieser Entscheidung über die Anwendung von Jugendstrafrecht geblieben (*Brunner* JR 1980, 39; vgl. auch OLG Celle NJW 1968, 1297). Nach dem Wortlaut des § 109 Abs. 2 S. 1 JGG sind damit die Voraussetzungen für eine Rechtsmitteleinschränkung gemäß § 55 JGG erfüllt.

3. Zwar kommt es bei der Auslegung einer Bestimmung nicht allein auf ihren Wortlaut an, sondern entscheidend auf ihren Sinn und Zweck (BGHSt. 27, 238).

Entgegen der Ansicht des OLG Celle entsprechen sich hier jedoch Wortlaut und Gesetzeszweck.

a) Die Rechtsmitteleinschränkung durch § 55 Abs. 2 S. 1 JGG ist 1953 in das JGG eingefügt worden. Sie soll vor allem der aus Erziehungsgründen notwendigen Beschleunigung und Verkürzung der Jugendstrafverfahren dienen (wird im einzelnen ausgeführt und belegt).

Der Hinweis des OLG Celle (JR 1980, 38) auf eine erheblich weitergehende Rechtsmitteleinschränkung im JGG 1943 (§ 40), die nach Inkrafttreten des GG dem Gesetzgeber nicht mehr vertretbar erschienen sei, betrifft nur Verfahren, in denen lediglich Zuchtmittel oder Erziehungsmaßregeln angeordnet worden sind (jetzt § 55 Abs. 1 JGG); für die Auslegung des § 55 Abs. 2 JGG läßt sich daraus nichts herleiten. Der Gesetzgeber hat 1953 vielmehr ausdrücklich auf die Rechtsmitteleinschränkung zurückgegriffen, die 1932 durch NotVO eingeführt worden war. Er hat wie in der Regelung von 1932 den Ausschluß der Revision davon abhängig gemacht, daß Berufung „eingelegt" worden ist. Diese Formulierung in der NotVO wurde allgemein so verstanden, daß eine Revision des Angeklagten auch dann ausgeschlossen sein sollte, wenn die von ihm eingelegte Berufung ohne Sachentscheidung nach § 329 Abs. 1 StPO verworfen worden war (vgl. *Schwarz*, StPO 7. Aufl., § 329 Anm. 1 B; *Koffka/Schäfer*, Die Vorschriften über Strafrechtspflege in der VO vom 14. Juni 1932, S. 44, 69). Da der Gesetzgeber 1953 bei der Einfügung des § 55 Abs. 2 Satz 1 in das JGG bewußt auf die Regelung der NotVO von 1932 zurückgegriffen hat, ist davon auszugehen, daß er sie auch so einführen wollte, wie sie in der Praxis gehandhabt worden war, eine Verwerfung der Berufung nach § 329 Abs. 1 StPO also für den Rechtsmittelverbrauch ausreichen sollte.

b) Das trifft auch für die Rechtsmitteleinschränkung bei Heranwachsenden im Fall des § 109 Abs. 2 S. 1 JGG zu. Diese Vorschrift unterwirft die Heranwachsenden, auf die Jugendstrafrecht angewendet worden ist, denselben Rechtsmitteleinschränkungen wie Jugendliche. Es entspricht vor allem dem Grundsatz des JGG, daß es zur Erzielung bestmöglicher erzieherischer Wirkungen (*Dallinger/Lackner*, JGG 2. Aufl., § 55 Rdn. 31) bei Sanktionen des Jugendstrafrechts notwendig sei, das Verfahren zu beschleunigen. Die Anordnung solcher Sanktionen gegen einen Heranwachsenden ist demgemäß nur dann sinnvoll, wenn auch sein Verfahren entsprechend beschleunigt wird.

Verhängt — wie im vorliegenden Fall — ein JugSchöffG gegen einen Heranwachsenden eine Jugendstrafe, entspricht es danach Sinn und Zweck der auf Verfahrensbeschleunigung im Interesse der Wirksamkeit der auf Erziehung ausgerichteten Sanktionen des JGG, daß die Anwendung von Jugendstrafrecht im Sinne des § 109 Abs. 2 S. 1 JGG auch dazu führt, daß der Heranwachsende hinsichtlich seiner Rechtsmittelmöglichkeiten wie ein Jugendlicher behandelt wird. Eine Berufungsverwerfung nach § 329 Abs. 1 StPO muß deshalb in solchen Fällen aus denselben Gründen wie bei einem Jugendlichen zum Ausschluß der Revision führen.

c) Die vom OLG Celle (JR 1980, 38) insoweit geltend gemachten Bedenken einer Verkürzung rechtsstaatlicher Sicherungen vermögen nicht zu überzeugen. Einem Jugendlichen sowie einem ihm gleichgestellten Heranwachsenden eröffnet § 55 Abs. 2 S. 1 JGG den Zugang zu einer erneuten Sachprüfung in der Berufungsinstanz. Wie bei dem Anspruch auf rechtliches Gehör kommt es jedoch dabei nur darauf an, daß die Gelegenheit zur Ausübung des Rechts geboten wird. Es ist nicht erforderlich, daß die angebotene Möglichkeit auch tatsächlich genutzt wird (*Kleinknecht*, StPO 35. Aufl., Einl. Rdn. 31; *Schäfer*, LR, StPO 23. Aufl., Einl. Kap. 13 Rdn. 85). Da § 329 Abs. 1 StPO nur dann eingreift, wenn der Angeklagte in der Hauptverhandlung über seine Berufung „nicht genügend entschuldigt" ausbleibt, ist klargestellt, daß es nur dann nicht zu einer erneuten Sachprüfung kommen soll, wenn der Angeklagte die Möglichkeit dazu schuldhaft nicht nutzt. Rechtsstaatliche Grundsätze werden durch diese Regelung nicht in Frage gestellt. Der Heranwachsende, der — bewußt oder aus Nachlässigkeit — die Berufungshauptverhandlung versäumt, verhindert vielmehr selbst eine wiederholte Sachprüfung (*Brunner* JR 1980, 40; vgl. auch BGHSt. 27, 239).

Soweit den Heranwachsenden kein Verschulden an der Versäumung der Hauptverhandlung trifft, bieten die erweiterten Möglichkeiten zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach §§ 44, 45 i. Verb. m. § 329 Abs. 3 StPO (*Gollwitzer*, LR, StPO 23. Aufl., § 329 Rdn. 115 f.) ausreichende rechtsstaatliche Garantien (vgl. auch *Brunner* in JR 1980, 40). Daß bei Wiedereinsetzungsanträgen im Rahmen des § 329 Abs. 3 StPO Einschränkungen hinsichtlich solcher Umstände gemacht werden, die das Berufungsgericht bereits als unzureichende Entschuldigung gewürdigt hat (vgl. *Gollwitzer* a. a. O. § 329 Rdn. 118), kann nicht dazu führen, die Revision entgegen der klaren gesetzlichen Regelung des § 55 JGG doch zuzulassen. Zum einen können solche Umstände im Zusammenhang mit neuen Tatsachen zur Begründung des Wiedereinsetzungsantrages herangezogen werden (vgl. *Gollwitzer* a. a. O.; *Brunner* JR 1980, 40), zum anderen weist das vorlegende OLG zu Recht darauf hin, daß es in Fällen eines Ausschlusses der Revision nach § 55 Abs. 2 S. 1 JGG näher liegt, eine Erweiterung der Überprüfungsmöglichkeiten von Entschuldigungsgründen im Wiedereinsetzungsverfahren zu erörtern als allgemein die Revision zuzulassen. Die Gefahr, daß im Wiedereinsetzungsverfahren und im Revisionsverfahren von verschiedenen Gerichten dasselbe geprüft wird (OLG Düsseldorf NJW 1962, 2022), besteht insoweit jedenfalls nicht.

d) Letztlich entspricht es heutigen rechtspolitischen Vorstellungen, nicht mehr Rechtsmittelmöglichkeiten zu eröffnen als aus rechtsstaatlichen Gründen unbedingt geboten ist. Bestehende gesetzliche Rechtsmitteleinschränkungen sollten deshalb nicht ohne zwingende Gründe durch die Rechtsprechung beseitigt werden (vgl. *Dallinger/Lackner*, JGG 2. Aufl., § 55 Rdn. 1 u. 2).

(—)

Anmerkung

Ergebnis und Begründung des Urteils des OLG Celle vom 13. 2. 1979, dem ich mit meiner Anmerkung entgegengetreten bin (JR 1980, 37, 39, 40), haben nicht standgehalten. Der BGH hat vielmehr mit vorliegendem Beschluß die bislang durchaus herrschende Meinung bestätigt, daß der in erster Instanz nach Jugendstrafrecht verurteilte Heranwachsende kein zweites Rechtsmittel mehr hat, wenn seine zulässige Berufung nach §329 Abs. 1 StPO verworfen worden ist. Dieser Beschluß ist so klar und überzeugend begründet, daß hierzu weiteres anzumerken, nur ein Spiel mit Worten sein könnte. Eines aber scheint mir dieser Beschluß, über die wichtige behandelte Sachfrage hinaus deutlich werden zu lassen:

Gesetz und Rechtsprechung korrespondieren stets mit übergeordneten Rechtsgrundsätzen. Man sollte aber nur behutsam und zurückhaltend eingreifen und nicht ein im Einzelfall vielleicht für richtig gehaltenes Ergebnis aus solch übergeordneter Warte dem Gesetz ohne Not aufzwingen. Hier können rechtsstaatliche Gründe nicht weitere Rechtsmittelmöglichkeiten eröffnen (vorst. Urteil a. E.). Umgekehrt rechtfertigt es z. B. der Erziehungsauftrag des JGG nicht, bei dem Jugendlichen die rechtsstaatlich gebotene Belehrung des Beschuldigten über das Recht, bei der polizeilichen oder richterlichen Vernehmung nicht auszusagen (§§ 163, 136, 163 a StPO) zu unterlassen, um erziehungswidrige unter Umständen sogar eigenschädliche Folgen zu vermeiden. Ohne zwingende, über jeden Einzelfall hinausreichende Gründe sollten weder rechtsstaatliche, noch typisch jugendrechtliche Grundsätze und auch nicht extensive „verfassungskonforme" Auslegung hypertropher Korrektur dienen.

Ltd. Oberstaatsanwalt Dr. R. *Brunner*, Nürnberg

Buchbesprechungen

Dau, H., Bibliographie Juristischer Festschriften und Festschriftenbeiträge. 1975—1979, Deutschland/Schweiz/Österreich. Berlin-Verlag, Berlin. 1981, 638 S., kart. DM 125,—.

Den bisher erschienenen 3 Bänden seiner Bibliographie juristischer Festschriften und Festschriftenbeiträge (1962: 1945 bis 1961; 1967: 1962—1966; 1977: 1967—1974) läßt H. *Dau* nunmehr den 4. Band für die Jahre 1975—1979 folgen. Der neue Band entspricht — mit einigen Verbesserungen — der bewährten Anlage seiner Vorgänger; für ihn gilt uneingeschränkt, was ich in einer Rezension des 3. Bandes gesagt habe (JR 1979, 263): Es handelt sich um eine ideale Festschriftenbibliographie und um ein unentbehrliches Hilfsmittel bei der wissenschaftlichen Arbeit.

Der 1. Teil des Buches (43 Seiten) verzeichnet wieder die im Berichtszeitraum erschienenen Festschriften, deren Zahl sich diesmal auf 213 beläuft. Neu an diesem 1. Teil ist, daß den einzelnen Festschrifttiteln ein Hinweis auf die Hauptsachgebiete der in den Festschriften enthaltenen Beiträge angefügt ist, soweit dies nicht schon aus den Festschrifttiteln selbst hervorgeht; das kann die Kaufentscheidung der Bibliotheken erleichtern. Ein kurzer Anhang des Buches weist — im Vorgriff auf einen späteren 5. Band — ergänzend auf 26 weitere während des Drucks erschienene Festschriften des Jahres 1980 hin.

Der 2. Teil des Buches (425 Seiten) bringt dann — aufgeschlüsselt in 45 Rechtsgebiete — mehr als 4900 Hinweise auf Festschriftenbeiträge, eine Zahl, die sich daraus erklärt, daß viele der ca. 3500 Festschriftenbeiträge mehrere Rechtsgebiete betreffen und daher mehrfach aufgeführt sind. Von der in dieser Aufschlüsselung steckenden enormen Arbeit profitiert der Benutzer.

Im 3. Teil des Buches helfen ein Verfasserregister (29 Seiten) und ein Sachregister (107 Seiten) bei der Auffindung von Beiträgen, wenn entweder nur der Name des Autors oder gar nur ein Stichwort zur gesuchten Materie verfügbar ist. Ein Register der Namen der durch Festschriften geehrten Jubilare ermöglicht im Verein mit einem Register der biographischen Beiträge (22 Seiten) wiederum die mühelose Auffindung von Materialien zu Person und Werk der Geehrten. Neu ist ein geographisches Register, das vor allem bei rechtshistorischen und rechtsvergleichenden Beiträgen den räumlichen Bezugspunkt erschließt.

Alles in allem ein perfekter Service, den nur bieten kann, wer wie H. *Dau* — Bibliotheksdirektor beim Bundesverwaltungsgericht — „an der Quelle sitzt"; und eben deshalb ist die Anschaffung des Buches für die Büchereien sämtlicher juristischer Institute und aller höheren Gerichte ein Gebot ökonomischen Mitteleinsatzes.

Prof. Dr. H. *Lüttger*, Berlin

Küper, W., Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht. Duncker u. Humblot, Berlin. 1979. 133 S., brosch. DM 48,—.

1. Das Buch ist eine Auseinandersetzung mit Harro *Ottos* Monographie „Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil" (3. Auflage 1978). Mit dieser teilt es „den fragmentarischen Charakter der Problemauswahl und zugleich die Unschärfe und Spannweite der Thematik" (S. 14). In der Tat beschränkt *Küper* sich nicht nur auf die Behandlung ausgewählter Einzelfragen (was der Titel zum Ausdruck bringt). Er greift auch, was der Titel nicht vermuten läßt, über den Bereich der Pflichtenkollision hinaus und behandelt als zweites, mit dieser sich kreuzendes Thema die Kollision „Leben gegen Leben", die außer bei Pflichtenkollision auch im allgemeinen Notstand vorkommt. Der enge Bezug auf *Ottos* Thesen, das Punktuelle der Problembehandlung, die Heterogenität der Thematik — all dies macht den Zugang zu dem Buch nicht leicht und gibt dem Rezensenten Anlaß, zunächst den Inhalt zu skizzieren, der sich hinter dem teils unbestimmten, teils unzutreffenden Titel verbirgt.

2. Der Abschnitt „‚Unlösbare' Pflichtenkollisionen? — Das Problem des Konflikts gleichwertiger Pflichten" (Teil II, S. 18 ff.) behandelt ein ebenso fundamentales wie umstrittenes Problem der Pflichtenkollision. Entgegen *Gallas* läßt Verf. unlösbare Pflichtenkollisionen, in denen das Recht jedes Verhalten des Pflichtsubjekts gleichermaßen mißbilligt, nicht gelten. Die bereits von *Otto* gegen *Gallas* vorgebrachten Einwände aus dem ultra-posse-Prinzip und aus dem Grundsatz der Einheit des Normensystems werden vom Verf. aufgegriffen und eingehender fundiert (S. 21 ff., 31 f.). Der Unlösbarkeitsthese stellt Verf. für den Fall des Konflikt gleichwertiger Handlungspflichten das „Prinzip der gleichwertigen Pflichterfüllung" entgegen (S. 34), nach dem der Verpflichtete die Wahl hat, welches Rechtsgut er retten will: die Erfüllung der einen Pflicht rechtfertigt die Vernachlässigung der anderen. Im Konflikt zwischen Handlungs- und gleichwertiger Überlassungspflicht besteht keine Wahlfreiheit, da dem aktiven Eingriff in den fremden Interessenkreis die Wertentscheidung des § 34 StGB entgegensteht; hier gilt der Vorrang der Unterlassungspflicht, so daß Handeln rechtswidrig, Unterlassen erlaubt ist (S. 33 f.).

Nicht um Pflichtenkollision, sondern um Notstand, und zwar um die Beurteilung der aktiven Vernichtung fremden Lebens zur Rettung des eigenen, geht es im Abschnitt „Relativierung des Tötungsverbots im Lebensnotstand? Zur Kollision zwischen ‚Leben' und ‚Leben'" (Teil IV, S. 39 ff.). Gegen *Otto*, der das Tötungsverbot insoweit auf ein „Chancenanmaßungs"-Verbot beschränken und dementsprechend die Tötung eines anderen zur Rettung des eigenen Lebens dann nicht als rechtswidrig ansehen will, wenn der Getötete (wie im „Bergsteiger-Fall") ohnehin keine Überlebenschance besaß, wendet Verf. ein: Da der Täter den Tod des anderen immerhin vorzeitig herbeiführe, habe diese Ansicht „den sonst allenthalben mit Recht abgelehnten Gedanken zur Voraussetzung, daß rettungslos verlorenes, ‚todgeweihtes' Leben keinen Schutz mehr verdient" (S. 46). Nicht in der Chancenlosigkeit des Opfers, sondern in der Gefahrengemeinschaft sieht Verf. den rechtlich allenfalls erheblichen Gesichtspunkt (S. 48 ff.), und zwar gleich ob der Täter innerhalb (Bergsteiger-Fall) oder außerhalb der Gefahrengemeinschaft (Ärzte in den sog. Euthanasie-Fällen) steht: Beachtet der Täter das Tötungsverbot, gehen alle zugrunde; mißachtet er es, wird wenigstens er bzw. ein Teil der