Der gekaufte Doktortitel

(zu Gounalakis/Schelling, JuS 1999, 776)

Die Verfasser *Gounalakis/Schelling* untersuchen unter Frage 3, ob *M*, die auf Grund eines sittenwidrigen Promotionsvermittlungsvertrags 50 000 DM an *P* gezahlt hat, das Geld zurückverlangen kann. Den naheliegenden Anspruch aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB lassen sie an der Kondiktionssperre des § 817 S. 2 BGB scheitern. Das Ergebnis lässt sich sicherlich vertreten. Es sollte allerdings erwähnt werden, dass diese Lösung im Widerspruch zur wohl ganz überwiegenden Auffassung im Schrifttum (etwa *Larenz/Canaris*, SchuldR II/2, 13. Aufl. [1994], § 68 III 3 c; *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, § 6 V 2 c; *Palandt/Thomas*, BGB, 58. Aufl. [1999], § 817 Rdnr. 17) und ständigen Rechtsprechung des *BGH* (NJW-RR 1994, 291 [293]; NJW-RR 1995, 130 [131]) steht. Die in WM 1957, 1190 (1191), vertretene Ansicht hat der *BGH* ausdrücklich aufgegeben (*BGHZ* 28, 255 [258]). Danach erfasst die Kondiktionssperre nur solche Gegenstände, die vereinbarungsgemäß endgültig im Vermögen des Empfängers verbleiben sollten, nicht also treuhänderisch angenommene Durchgangsgelder. Das Argument der Verfasser, es bedeute eine unbegründete Besserstellung des Leistenden, wenn er vom Vermittler zurückverlangen könne, was bei unmittelbarer Leistung an den „Promotionsverkäufer" für immer verloren sei, ist zumindest bedenklich. § 817 S. 2 BGB versagt die *Abschöpfung einer Bereicherung*. Dies legt es nahe, den Blick auf die Vermögenssituation nicht des Leistenden, sondern des Empfängers zu richten. Die Lösung von *Gounalakis/Schelling* bewirkt, dass der Empfänger, der das bekommene Geld auch nach der Vereinbarung nicht behalten soll, einen nicht beabsichtigten *Vermögensvorteil* erhält. Überspitzt gesagt, verkehrt diese Auslegung des § 817 S. 2 BGB das Bereicherungsrecht in sein Gegenteil.

Um so überraschender ist, dass die Verfasser, die den voraussetzungsarmen Bereicherungsanspruch auf Tatbestandsebene versagen, den Rückzahlungsanspruch auf positive Forderungsverletzung des unwirksamen Geschäftsbesorgungsvertrags stützen. Unbehagen bereitet insoweit, dass bei der Erörterung dieser Anspruchsgrundlage die Sittenwidrigkeit der Geldhingabe überhaupt keine Erwähnung findet. Eine konsequente Prüfung hätte m. E. die Frage aufgeworfen, ob nicht auch diesem Anspruch die Wertung des § 817 S. 2 BGB entgegensteht: *Gounalakis/Schelling* gehen davon aus, dass die weisungswidrige Weiterleitung des Geldes nicht unmittelbar unter die Vorschriften des BGB zu subsummieren sei, dass insoweit also eine Regelungslücke bestehe. Da nach ihrer Lösung aber die Übergabe des Geldes an *P* das Eigentum der *M* unberührt ließ, hätte es sich m. E. angeboten, die §§ 989, 990 BGB heranzuziehen. Ein solches Vorgehen hätte dazu genötigt, die Voraussetzungen des Herausgabeanspruchs nach § 985 BGB genau zu prüfen. Insoweit stellen die Verfasser im Gutachten schlicht fest, *P* sei nach Scheitern des

Geschäfts „zur Rückgabe des Vorkassebetrags an M verpflichtet gewesen". Dass ein solcher Anspruch aus § 985 BGB „naheliegt", wird nur in der Fußnote mitgeteilt. In Anbetracht dessen, dass der Anspruch für das Vorliegen eines Schadens und damit für die Lösung der Fallfrage von ausschlaggebender Bedeutung ist, hätte es einer genauen Prüfung bedurft. Diese hätte dann zu der Frage Stellung nehmen müssen, ob der Rückforderungsausschluss des § 817 S. 2 BGB auch auf den Herausgabeanspruch nach § 985 BGB anwendbar ist. Nach wohl h. L. ist dies der Fall (*Larenz/Canaris* aaO, § 68 III 3 e; *Esser/Weyers*, SchuldR II, 7. Aufl. [1991], § 49 IV 2; *Medicus*, Bürgerliches Recht, 18. Aufl. [1999], Rdnr. 697).

Dafür spricht gerade im vorliegenden Fall, dass der „Eigentumsvorbehalt" an den 50 000 DM im Ergebnis auf eine unzulässige Abbedingung der von den Verfassern bejahten Kondiktionssperre des § 817 S. 2 BGB hinausläuft (vgl. *BGH*, NJW 1994, 187). M. E. hätten danach Bereicherungsanspruch und Schadensersatzanspruch (ob nun aus positiver Forderungsverletzung oder aus §§ 989, 990 BGB) entweder beide abgelehnt oder beide zugesprochen werden müssen. Gleiches gilt dann wohl auch für den Schadensersatzanspruch aus § 823 I BGB (wenn man die Bestimmung denn unter dem Gesichtspunkt des Fremdbesitzerexzesses (vgl. *Medicus* aaO, Rdnr. 586; *BGH*, LM § 817 BGB Nr. 1) für anwendbar hält). Denn die weisungswidrige Übereignung des fremden, nicht abhanden gekommenen Geldes ist Eigentumsverletzung, nicht bloßer Vermögensschaden.

Assessor Joachim Hübner, Münster

Das Revierderby

(zu Park, JuS 1999, 887 f.)

Die Falllösung von *Park* ist an einer entscheidenden Stelle lückenhaft und damit teilweise falsch. Es geht um die Strafbarkeit des C, der den *B* zur Unterschlagung der – von beiden unerkannt – eigenen Sache des C anstiftet. Der Strafgrund für die Anstiftung liegt in der Ursächlichkeit des Anstifters für die Rechtsgutsverletzung durch die Haupttat. Durch die Unterschlagung geschütztes Rechtsgut ist das Eigentum. Da das Eigentum gegen Angriffe durch den Eigentümer selbst nicht geschützt ist, konnte sich *C* – trotz durch *B* (auf Grund des beiderseitigen Irrtums) *vollendeter* Unterschlagung – nicht wegen Anstiftung zur Unterschlagung strafbar machen. In Betracht kommt nur eine *versuchte* Rechtsgutsverletzung. Deshalb prüft *Park* eine versuchte Anstiftung zur Unterschlagung nach §§ 246, 30 I StGB und verneint diese konsequent, da es sich bei der Unterschlagung nicht um ein Verbrechen handelt. Dabei wird aber (folgenschwer – C bleibt straflos!) übersehen, dass es *zwei* Formen der versuchten Rechtsgutsverletzung im Rahmen der Anstiftung gibt: Zu prüfen wäre eine *vollendete* Anstiftung zur *versuchten* Unterschlagung nach §§ 246 III, 22, 26 StGB gewesen. Diese auf den ersten Blick fernliegende Lösung drängt sich bei näherer Betrachtung geradezu auf. C kann nur deswegen nicht wegen Anstiftung zur vollendeten Unterschlagung bestraft werden, weil sich die Haupttat gegen ein eigenes disponibles Rechtsgut richtet. Der „Defekt" liegt allein in der Haupttat, nicht in der Anstiftungshandlung oder deren Ursächlichkeit für die Haupttat. Lediglich das Erfolgsunrecht der Haupttat ihm gegenüber entfällt, während er das volle Handlungsunrecht einer Anstiftung zur Unterschlagung erfüllt. Zwar liegt objektiv eine vollendete Haupttat vor, in dieser ist der Versuch als Minus aber enthalten. Die irrige Vorstellung des Anstifters von der Fremdheit der Sache drückt deshalb nur die Haupttat auf Versuchsniveau, nicht aber die gesamte Anstiftung (so auch *Mitsch*, JuS 1999, 373; *Cramer*, in: *Schönke/Schröder*, 25. Aufl. [1997], Vorb. §§ 25 ff. Rdnr. 17 a). Dieses Ergebnis erscheint auch einleuchtend, wenn man den vorliegenden Fall mit demjenigen vergleicht, in dem C eine für fremd gehaltene eigene Sache selbst unterschlägt. Dort wird er wegen (untauglichen) Unterschlagungsversuchs gemäß §§ 246, 22 StGB bestraft. Dasselbe Unrecht verwirklicht er aber, wenn er die Tat einen anderen begehen lässt. C war mithin aus §§ 246 III, 22, 26 StGB zu bestrafen (wenn auch wieder ein Strafantrag gegen sich selbst nötig wäre) und die Lösung von *Park* damit in diesem Teil falsch.

cand. iur. Malte Stieper, Kiel

§ 825 ZPO in der Fassung der 2. Zwangsvollstreckungsnovelle vom 17. 12. 1997

(zu Musielak, JuS 1999, 881 ff.)

Zu dem Beitrag von *Musielak* ist anzumerken, dass in der seit dem 1. 1. 1999 geltenden Fassung des § 825 ZPO für die Anordnung einer abweichenden Vollstreckungsart nicht mehr das Vollstreckungsgericht zuständig ist. Nach der bisher geltenden Fassung konnte das Vollstreckungsgericht (§ 764 II ZPO: Amtsgericht) auf Antrag des Vollstreckungsgläubigers oder des Vollstreckungsschuldners durch Beschluss, § 764 III ZPO, anordnen, dass die gepfändete Sache auf eine andere als die in den §§ 814 ff. ZPO vorgesehene Art verwertet werden konnte. Nach der neuen Fassung ist hierfür funktionell nun der Gerichtsvollzieher zuständig, der die Sache gepfändet hat (und der nach § 814 ZPO auch für die öffentliche Versteigerung zuständig wäre). Er entscheidet hierüber nicht durch Beschluss, sondern führt die andere Verwertungsart selbständig durch. Hiervon ist gemäß § 825 I 2 ZPO n. F. der Antragsgegner (je nach Lage Gläubiger und Schuldner) zu unterrichten und eine Wartefrist nach S. 3 einzuhalten. Da der Normzweck – Erzielung eines möglichst hohen Verwertungserlöses im Einzelfall – unverändert besteht, ist ungeschriebene Voraussetzung für die Zulässigkeit der Wahl einer anderen Verwertungsart nach § 825 I 1 ZPO, dass von ihr ein höherer Vollstreckungserlös als im Falle der öffentlichen Versteigerung zu erwarten ist. Dabei ist vor allem an den freihändigen Verkauf zu denken, wobei der Mindestpreis des § 817 a I, III ZPO einzuhalten ist. Nach wie vor funktionell zuständig (wie schon bisher nach § 825 Fall 2 ZPO a. F.) ist das Vollstreckungsgericht für die Anordnung, dass die Versteigerung einer gepfändeten Sache von einer anderen Person als dem Gerichtsvollzieher durchzuführen ist, § 825 II ZPO n. F. Strukturell regelt Absatz 1 des neuen § 825 ZPO also die Abweichung vom üblichen Verwertungsverfahren in *sachlicher* Hinsicht und erklärt hierfür funktionell den Gerichtsvollzieher für zuständig. Demgegenüber regelt Absatz 2 die Abweichung in *persönlicher* Hinsicht, wofür das Vollstreckungsgericht zuständig bleibt (vgl. zum Ganzen *Thomas/Putzo*, ZPO, 21. Aufl. [1998], § 825 n. F.).

Rechtsreferendarin Helia-Verena Daubach, Mainz

Die Tenorierung zivil- und arbeitsgerichtlicher Entscheidungen – Eine Übung für Rechtsreferendare

(zu Wallisch/Spinner, JuS 2000, 64 ff.)

Der für Ausbildung und Examen hilfreiche Beitrag von *Wallisch/Spinner* (JuS 2000, 64 ff.) gibt zu zwei Anmerkungen Anlass:

Soweit *Wallisch/Spinner* in der Lösung zu Fall 9 (S. 66) die Auffassung vertreten, die Vollstreckbarerklärung erfolge für den Beklagten wegen § 713 ZPO ohne Abwendungsbefugnis des Klägers nach § 711 ZPO, widerspricht dieses Ergebnis der ganz überwiegenden Auffassung in der Ausbildungsliteratur. Danach findet § 713 ZPO vielmehr nur Anwendung, wenn das Urteil für *beide* Parteien unzweifelhaft nicht rechtsmittelfähig ist (vgl. beispielsweise *Knöringer*, Die Assessorklausur in Zivilprozessrecht, 7. Aufl. [1998], S. 55). Hierfür spricht bereits der Wortlaut der Vorschrift („*ein* Rechtsmittel").

Grundsätzlich zuzustimmen ist dagegen dem Hinweis der Verfasser in der Lösung zu Fall 12 (S. 67), dass das Versäumnisurteil nicht *vollumfänglich* aufgehoben und neu formuliert werden darf. Erweist sich die Klage nach Einspruch gegen ein Versäumnisurteil gegen den Kläger als teilweise begründet, kann es sich – auch unter sprachlichen Gesichtspunkten – jedoch anbieten, das Versäumnisurteil *teilweise* aufzuheben und neu zu fassen. Erweist sich eine Klage über 10 000 DM beispielsweise lediglich in Höhe von 5000 DM als begründet, ist daher folgende Tenorierung zulässig (so auch *Anders/Gehle*, Das Assesorexamen im Zivilrecht, 6. Aufl. [1999], Rdnr. 423 m. w. Nachw.): „Das Versäumnisurteil vom ... wird teilweise aufgehoben und wie folgt neu gefasst: Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 5000 DM zu zahlen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen."

Rechtsreferendar und Wiss. Mitarbeiter Christian Thiele LL.M. (San Diego)