

# Fortgeschrittenenhausarbeit - Zivilrecht: Nahbereichsbürgschaft und Lösegeldzahlung\*

Professor Dr. Götz Schulze und Wiss. Mitarbeiterin Gesine Aden, Lausanne

**Die Hausarbeit behandelt im ersten Teil das Problem der Sittenwidrigkeit von wucherähnlichen Darlehen und Nahbereichsbürgschaften in einem neuen Gewand. Die besondere Konstellation eines privaten Geschäftsdarlehens erforderte von den Bearbeitern eine fallorientierte Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung. Der zweite Teil wirft mit den rechtlichen Konsequenzen von Lösegeldzahlungen eine etwas ausgefallene Frage auf, welche jedoch mit einer präzisen Arbeit am Gesetz und guter Argumentation zu bewältigen war.**

## Sachverhalt

*M* ist Inhaber einer Sicherheitsfirma und befindet sich wegen der schlechten Auftragslage in einem finanziellen Engpass. Er erhält zu üblichen Bankbedingungen keinen Kredit mehr, und auch seine vermögenden, hochbetagten Eltern geben ihm nichts. Daher wendet er sich an seinen guten Bekannten *T*, der bereit ist, *M* 150000 Euro zu einem Jahreszins von 10% zu borgen. Mit schriftlichem Vertrag vereinbaren *T* und *M* eine Laufzeit von einem Jahr. *M* soll jeweils zum 15. eines Monats 3000 Euro an *T* zurückzahlen. Bleibt *M* mit einer Rate länger als drei Werktage im Rückstand, so fallen zusätzliche Zinsen auf die Darlehenssumme einschließlich der Zinsen an. In diesem Fall hat *T* außerdem das Recht, den Vertrag sofort zu kündigen mit der Folge, dass von *M* eine zusätzliche Vergütung auf die gesamte Schuldsomme zu zahlen ist. Aus diesen Regelungen ergibt sich ein Spitzenzinssatz von 22%. *M* hat als Sicherheit eine selbstschuldnerische Bürgschaft zu stellen und bittet seine Schwester *S*, die über kein nennenswertes Vermögen verfügt und als Bürogehilfin monatlich 1100 Euro netto verdient, einzuspringen. *S* hat zunächst Bedenken, die von *M* vorgelegte Bürgschaftserklärung, die auf einen Höchstbetrag von 200000 Euro lautet, zu unterzeichnen. Sie unterschreibt schließlich, weil sie ihrem Bruder vertraut und ihn nicht im Stich lassen will. *T* zahlt daraufhin die vereinbarten 150000 Euro an *M* aus. Wenig später wird *M* während eines Einsatzes in einem entlegenen Land zusammen mit den Geschäftsleuten *A* und *U* entführt. Als die Jahresfrist des Darlehens abgelaufen ist, ohne dass *M* das Darlehen zurückgezahlt hat, verlangt *T* von *S* Zahlung i.H. von 150000 Euro aus der Bürgschaft zuzüglich der vertraglich geschuldeten Zinsen. *S* hält sowohl das Darlehen als auch die Bürgschaft für nichtig.

*Aufgabe 1:* Kann *T* von *S* Zahlung i.H. von 150000 Euro zuzüglich vertraglicher Zinsen verlangen?

Die Entführer fordern von *M*, *A* und *U* ein Lösegeld i.H. von 1 Million Euro. Sie verlangen, dass diese sich etwas ausdenken, wie das Geld beschafft werden kann. *M*, *A* und *U* kommen überein, dass einer von ihnen nach Hause reisen soll, um dort von den Familien und Bekannten das Geld aufzutreiben, wobei 450000 Euro jeweils von *A* und *U* sowie 100000 Euro von *M* beigesteuert werden sollen. Sie halten *M* für am besten geeignet, die heikle Mission zu erfüllen. Die Entführer stimmen dem Vorschlag zu, weil es ihnen nur darauf ankommt, dass die gesamte Summe gezahlt wird. *M* wird daraufhin freigelassen und kehrt nach Deutschland zurück. Er schafft es trotz größter Anstrengungen nicht, das Lösegeld zusammenzubekommen. Einige Monate später gelingt es *A*, die Summe auf anderem Wege zu beschaffen und freizukommen.

*Aufgabe 2:* Kann *A* von *M* Zahlung i.H. von 100000 Euro verlangen?

*Hinweis:* Die Anwendbarkeit des deutschen Sachrechts ist zu unterstellen.

# Gliederung

A. Aufgabe 1: Anspruch des T gegen S auf Zahlung von 150000 Euro zuzüglich Zinsen aus § 765 I BGB

I. Vertragsschluss

II. Hauptschuld

1. § 138 II BGB

*Problem:* Maß der Überschreitung; privater Gelegenheitskredit

2. § 138 I BGB

III. § 138 I BGB bezüglich der Bürgschaft

*Problem:* Sondersituation Angehörigenbürgschaft

1. Krasse finanzielle Überforderung des Bürgen

2. Emotionale Verbundenheit

IV. Ergebnis

B. Aufgabe 2: Ansprüche des A gegen M auf Zahlung von 100000 Euro<sup>1</sup>

I. § 311 I BGB

II. § 426 I BGB

*Schulze, Aden: Fortgeschrittenenhausarbeit - Zivilrecht: Nahbereichsbürgschaft und Lösegeldzahlung*

JuS 2008 Heft 11

989



III. § 426 II BGB

IV. §§ 662, 670 BGB (Geschäftsbesorgung des A)

V. §§ 662, 280 I, III, 281 BGB (Geschäftsbesorgung des M)

VI. §§ 705, 706 BGB

1. Vertragsschluss

2. § 134 BGB, § 239a StGB

3. § 138 I BGB

*Problem:* Sittenwidrigkeit einer Freikauf-GbR

4. § 142 I BGB

*Problem:* fehlerhafte Gesellschaft

VII. §§ 677, 683, 670 BGB

*Problem:* auch-fremdes Geschäft

VIII. § 812 I 1 Alt. 2 BGB

IX. Ergebnis

# Lösung

# A. Aufgabe 1: Anspruch des T gegen S auf Zahlung von 150000 Euro zuzüglich Zinsen aus § 765 I BGB

## I. Vertragsschluss

T und S haben einen Vertrag geschlossen, wonach S für die Darlehensschuld des M einschließlich Zinsen bis zu einem Betrag von 200000 Euro eintreten soll. Es handelt sich hierbei um eine Höchstbetragsbürgschaft, die S als Bürgin auch unterschrieb. Das einseitige Schriftformerfordernis des § 766 S. 1 wurde eingehalten.

## II. Hauptschuld

Die Bürgschaft setzt gem. §§ 765 I, 767 I 1 eine zu sichernde Hauptschuld voraus. T und M haben sich darüber geeinigt, dass M 150000 Euro gegen einen Jahreszins von 10% für einen Zeitraum von einem Jahr erhält. Der damit zu Stande gekommene Darlehensvertrag gem. § 488 I ist auch formwirksam. Er unterliegt nicht den Form- und Inhaltserfordernissen des § 492, weil weder T Unternehmer noch M Verbraucher ist (§§ 13f.).

### 1. § 138 II BGB

Der Vertrag könnte jedoch gem. § 138 II nichtig sein. Der zivilrechtliche Wuchertatbestand setzt als objektives Element ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung voraus und verlangt subjektiv, dass der eine die Schwächesituation des anderen ausgenutzt hat. Zur Ermittlung eines auffälligen Missverhältnisses werden primär die Hauptleistungen beider Parteien verglichen. Ergänzend können die sekundären Haftungsregelungen mitberücksichtigt werden<sup>2</sup>. Als Bewertungsgrundlage dient der marktübliche Preis, der bei Krediten in Zinsen ausgedrückt ist. Nach der Rechtsprechung des *BGH* liegt ein auffälliges Missverhältnis vor, wenn die vom Schuldner zu erbringende Leistung um 100% über dem Marktzins liegt<sup>3</sup>. Ein starkes Indiz für ein auffälliges Missverhältnis ist zudem, wenn der absolute Unterschied zwischen Vertrags- und Marktzins 12 Prozentpunkte beträgt<sup>4</sup>. Als Vergleichsgröße dienen die Durchschnittswerte für Kredite an private Haushalte gemäß der EWU-Zinsstatistik<sup>5</sup>, welche im Jahre 2007 durchschnittlich bei 5,12% lagen<sup>6</sup>. Der vereinbarte Jahreszins von 10% übersteigt den marktüblichen Effektivzins relativ um knapp 100% oder absolut um 4,48 Prozentpunkte. Die vom *BGH* entwickelten Grenzwerte sind bei der Hauptleistung damit noch nicht überschritten. Ein auffälliges Missverhältnis kann sich aber mit Blick auf die sekundären Haftungsregelungen ergeben<sup>7</sup>. Hierunter fällt die Regelung, nach welcher bereits bei dreitägigem Zahlungsrückstand monatlich eine zusätzliche Vergütung auf die Darlehenssumme geschuldet wird. Hinzu kommt, dass T in diesem Fall ein sofortiges Kündigungsrecht hat, bei dessen Ausübung eine Vergütung auf die gesamte Schuldsumme zu zahlen ist. Diese Regelungen führen zu einem möglichen Spitzenzinssatz von 22%, der zudem unzulässige Zinseszinsen umfasst (§§ 248 I, 289 S. 1 BGB). Diese deutliche Überschreitung der Grenzwerte legt die Erfüllung des objektiven Wuchertatbestandes nahe. Zu beachten ist aber, dass die Grenzwerte für den Bankenkredit entwickelt wurden und es sich vorliegend um einen privaten Gelegenheitskredit handelt. Für diesen gelten weniger strenge Maßstäbe, vor allem ist die 100%-Grenze nicht übertragbar<sup>8</sup>. Vielmehr ist eine Gesamtwürdigung vorzunehmen, bei welcher auch das vom Kreditgeber eingegangene Risiko zu berücksichtigen ist<sup>9</sup>. Das vergebene Darlehen war stark ausfallgefährdet. M war nach den Maßstäben der Banken nicht mehr kreditwürdig und bot als Sicherheit nur die wirtschaftlich wertlose Bürgschaft der S. Zudem wäre T vom Ausfall des Kredits auch wesentlich stärker betroffen als eine Bank, welche durch die große Menge der ausgegebenen Darlehen eine Risikostreuung erreicht. Ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung liegt daher nicht vor.

### 2. § 138 I BGB

Der Darlehensvertrag könnte sittenwidrig und damit unwirksam sein (§ 138 I). Die Konkretisierung des Sittenverstößes nach der so genannten Anstandsformel stellt darauf ab, ob der Vertrag gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt<sup>10</sup>. Die Rechtsprechung hat zur Konkretisierung dieser wenig griffigen Formel Fallgruppen gebildet. Die Gruppe der „wucherähnlichen Kredite“ erfasst Fälle, in denen § 138 II trotz auffälligen Missverhältnisses nicht greift, weil kein Ausbeuten der Zwangslage festgestellt werden kann.

Vorliegend fehlt bereits das auffällige Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, so dass der Darlehensvertrag nicht gem. § 138 I sittenwidrig ist.

### III. § 138 I BGB bezüglich der Bürgschaft

Der Bürgschaftsvertrag könnte gem. § 138 I unwirksam sein. Die Rechtsprechung hat eine Kasuistik zur Inhaltsüberprüfung von typisierbaren Bürgschaftsverträgen entwickelt, um das Grundrecht der Privatautonomie aus Art. 2 I GG im Zivilrecht zu gewährleisten. Es geht dabei um den Schutz der typischerweise schwächeren Vertragspartei. Voraussetzung ist die strukturelle Unterlegenheit einer Vertragspartei, für die die Vertragsfolgen zugleich ungewöhnlich belastend sind<sup>11</sup>. Anerkannt ist dies für die Bürgschaft eines nahen, vermögenslosen Angehörigen, der die Sicherheit allein auf Grund seiner emotionalen Bindung zu dem Schuldner übernommen hat<sup>12</sup>. Die Sittenwidrigkeit wurde allerdings ursprünglich nur für Bürgschaftsverträge von privaten Sicherungsgebern gegenüber Banken angenommen. Für Bürgschaftsverträge unter

*Schulze, Aden: Fortgeschrittenenhausarbeit - Zivilrecht: Nahbereichsbürgschaft und Lösegeldzahlung*

*JuS 2008 Heft 11*

990



Privatleuten lassen sich die Grundsätze aber übertragen, wenn der Sicherungsgeber tatsächlich in gleicher Weise unterlegen ist wie gegenüber einer Bank<sup>13</sup>. Die Umstände des Einzelfalls müssen ein unerträgliches Ungleichgewicht zwischen den Vertragspartnern nahelegen und damit eine unvertretbare Fremdbestimmung des Bürgen ergeben<sup>14</sup>. Im vorliegenden Fall hat *T* zwar nicht den Wissens- und Gestaltungsvorsprung einer Bank oder eines gewerblichen Darlehensgebers. *M* befindet sich aber in einer Situation, in der er existenziell auf den Kredit angewiesen ist und ihn zu banküblichen Konditionen nicht mehr erhält. In dieser Situation ist die Stellung einer Bürgschaft durch *S* die einzige Möglichkeit, *M* ein existenziell notwendiges Darlehen zu verschaffen. Damit ist *S* dem privaten Kreditgeber *T* ähnlich unterlegen wie einer Bank.

#### 1. Krasse finanzielle Überforderung des Bürgen

Die krasse finanzielle Überforderung der Bürgin ist anhand eines wertenden Vergleichs zwischen der übernommenen Verpflichtung und der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit festzustellen und liegt jedenfalls vor, wenn das pfändbare Einkommen und Vermögen der Bürgin nicht einmal zur Deckung der laufenden Zinslast ausreichen würde<sup>15</sup>. *S* hat ein monatliches Einkommen von 1100 Euro netto; der hiervon pfändbare Anteil liegt nach § 850c ZPO bei 80,40 Euro monatlich. Damit kann die monatliche Zinsbelastung von 2250 Euro nicht annähernd gedeckt werden. Allerdings könnte zum Vermögen der *S* auch die Aussicht auf eine Erbschaft beim Tod der Eltern zählen. Grundsätzlich bemisst sich die finanzielle Leistungsfähigkeit nach den voraussichtlichen Vermögens- und Einkommensverhältnissen zum Fälligkeitszeitpunkt. Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt dafür ist der Vertragsschluss<sup>16</sup>. Zukünftige Entwicklungen können daher nur berücksichtigt werden, wenn sie bereits bei Vertragsschluss hinreichend konkret sind. Zu diesem Zeitpunkt stand jedoch weder fest, ob der Erbfall eines oder beider Elternteile zum Fälligkeitszeitpunkt eingetreten sein würde, noch war gesichert, welchen Umfang der Nachlass zu diesem Zeitpunkt haben und inwieweit *S* an ihm beteiligt sein würde. Angesichts dieser Unsicherheiten war die Aussicht auf die Erbschaft nicht in die Vermögensverhältnisse der *S* einzubeziehen.

#### 2. Emotionale Verbundenheit

Weiter müsste eine emotionale Verbundenheit zwischen dem Hauptschuldner und der Bürgin bestehen, die für die Bürgschaftsverpflichtung ursächlich war<sup>17</sup>. Eine solche Verbundenheit wird angenommen bei Ehegatten und Eltern, aber auch unter Geschwistern, sofern im konkreten Fall eine vergleichbar enge Beziehung besteht<sup>18</sup>. Vorliegend verband *S* und *M* ein konkretes Vertrauensverhältnis. Aus der Verbundenheit wird von der Rechtsprechung eine doppelte Vermutung abgeleitet. Es wird widerleglich vermutet, dass der Bürge die Bürgschaft nicht unter realistischer Abwägung der Risiken, sondern allein aus emotionaler Verbundenheit mit dem Kreditnehmer übernommen hat und dass der Kreditgeber diese Situation in sittlich anstößiger Weise ausgenutzt hat<sup>19</sup>. Diese Vermutung kann der Darlehensgeber *T* nur widerlegen, wenn er ein rechtlich vertretbares Interesse an

der Stellung der Bürgschaft geltend machen kann<sup>20</sup>. *T* konnte nicht davon ausgehen, dass *S* in der Lage sein würde, die Verpflichtung zu erfüllen. Vielmehr sollte über die Absicherung Druck auf *M* ausgeübt und die familiäre Nahebeziehung instrumentalisiert werden. *T* kann sich auch nicht darauf berufen, dass mit der Bürgschaft einer etwaigen Vermögensverschiebung von *M* auf *S* vorgebeugt werden sollte, denn dies würde erfordern, dass der Haftungszweck der Bürgschaft eindeutig hierauf beschränkt war<sup>21</sup>. Nach alledem ist kein schutzwürdiges Interesse des *T* an der Bürgschaft ersichtlich. Der Bürgschaftsvertrag ist wegen Verstoßes gegen die guten Sitten gem. § 138 I nichtig.

#### IV. Ergebnis

*T* hat keinen Anspruch gegen *S* auf Zahlung von 150000 Euro zuzüglich vertraglicher Zinsen aus § 765 I.

### B. Aufgabe 2: Ansprüche des A gegen M auf Zahlung von 100000 Euro<sup>22</sup>

#### I. § 311 I BGB

*A* könnte gegen *M* einen Zahlungsanspruch aus der Freikaufvereinbarung gem. § 311 I haben. *A*, *M* und *U* hatten sich mit den Entführern darüber geeinigt, dass sie gegen Zahlung von 1 Million Euro freigelassen werden sollten. Inhaltlich wurde damit jedoch nur eine Zahlungsverpflichtung der Geiseln gegenüber den Entführern vereinbart, keine Zahlungsverpflichtung der Geiseln untereinander. Ein Anspruch aus § 311 I ist daher nicht gegeben.

#### II. § 426 I BGB

*A* könnte gegen *M* ein Ausgleichsanspruch nach § 426 I zustehen, wenn er durch die Zahlung des Lösegeldes eine gesamtschuldnerische Mitverpflichtung des *M* erfüllt hat (§ 421). Den Entführern kam es nach der Vereinbarung allein darauf an, die Gesamtsumme zu erhalten und nicht darauf, wie viel die einzelne Geisel beisteuert. Jede Geisel sollte nur bei Zahlung der ganzen Summe einen Anspruch auf Freilassung haben, nicht aber bei Erbringung ihrer eigenen Quote. Das spricht für eine Gesamtschuld und wird gestützt von der Auslegungsregel des § 427. Eine gesamtschuldnerische Verpflichtung setzt jedoch voraus, dass der zu Grunde liegende Vertrag wirksam ist. Da die Entführung der Geiseln den Tatbestand des erpresserischen Menschenraubes erfüllt, ist die Freikaufvereinbarung jedoch gem. § 134 BGB i.V. mit § 239a StGB nichtig. Die Vereinbarung verstößt überdies gegen § 138 I, da sie bereits nach ihrem Geschäftsinhalt der Ermöglichung einer Straftat nach § 239a StGB dient<sup>23</sup>. Ein aus der Freikaufvereinbarung abgeleiteter Anspruch aus § 426 I ist danach nicht entstanden.

#### III. § 426 II BGB

Auf Grund der Nichtigkeit der Lösegeldforderung scheidet eine *cessio legis* und damit ein Anspruch gem. § 426 II ebenfalls aus.

#### IV. §§ 662, 670 BGB (Geschäftsbesorgung des A)

Dem *A* könnte gegen *M* ein Anspruch unter dem Gesichtspunkt des Aufwendungsersatzes aus §§ 662, 670 zustehen. Dem Anspruch steht jedoch entgegen, dass *M* den *A* weder ausdrücklich noch konkludent beauftragt hat, die Summe an die Entführer zu zahlen. Vielmehr gingen alle Beteiligten davon aus, dass *M* und nicht *A* das Lösegeld beschaffen würde.

#### V. §§ 662, 280 I, III, 281 BGB (Geschäftsbesorgung des M)

Der Zahlungsanspruch des A könnte jedoch gem. §§ 662, 670, 280 I, III, 281 begründet sein, wenn M eine vertragliche Pflicht zur Bereitstellung des Lösegeldes verletzt hätte. Die Vereinbarung der drei Entführten kann als Geschäftsbesorgungsvertrag qualifiziert werden, wonach M das Lösegeld beschaffen sollte. Unabhängig von der Frage, ob der für einen Vertrag notwendige Rechtsbindungswille vorlag<sup>24</sup>, scheidet ein Anspruch bereits am Fehlen einer Pflichtverletzung. Der Auftragnehmer der Geschäftsbesorgung schuldet nämlich nicht den Erfolg, sondern nur ein - von M erbrachtes - sorgfältiges Bemühen um Ausführung<sup>25</sup>.

## **VI. §§ 705, 706 BGB**

Möglicherweise kann A die Zahlung von 100000 Euro aus §§ 705, 706 verlangen.

### **1. Vertragsschluss**

Die Absprache, wonach jede Geisel für eine bestimmte Quote des Lösegeldes einstehen und M den Gesamtbetrag zur Freilassung einsammeln sollte, könnte als Abschluss eines Gesellschaftsvertrages zu werten sein. Das Bewusstsein der Beteiligten, eine Gesellschaft zu gründen, ist für eine BGB-Innengesellschaft nach § 705 nicht erforderlich, sondern es genügt, dass zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks wechselseitig Leistungspflichten begründet werden sollten<sup>26</sup>. A, M und U verfolgten den Zweck, sich durch gemeinsame finanzielle Anstrengungen aus der Gewalt der Entführer zu befreien.

Angesichts der Umstände ist aber fraglich, ob die Geiseln den für einen Vertragsschluss notwendigen Rechtsbindungswillen hatten. Nach gefestigter Rechtsprechung ist dies anhand eines Bündels objektiver Indizien zu beurteilen, etwa dem Wert der anvertrauten Sache, der wirtschaftlichen Bedeutung der Angelegenheit, erkennbaren Interessen der Beteiligten und der Gefahr, welche den Begünstigten durch eine fehlerhafte Leistung entsteht<sup>27</sup>. Für einen Rechtsbindungswillen spricht, dass es sich bei der gemeinsamen Beschaffung des Lösegeldes um eine für alle Beteiligten existenziell wichtige Angelegenheit handelte. Angesichts der Gefahren, welche den zurückbleibenden Geiseln A und U drohten, hatten sie objektiv betrachtet ein Interesse daran, dass M sein Möglichstes tun würde, um das Lösegeld zusammenzubringen. Für M war von Bedeutung, dass A und B sich verpflichteten, für die auf sie entfallenden Quoten aufzukommen. Nur so konnte er die Freiheit erlangen. Diese wechselseitige Abhängigkeit von der Aufbringung jedes Anteils spricht für den Rechtsbindungswillen. Ein Gesellschaftsvertrag gem. § 705 ist danach zu Stande gekommen.

### **2. § 134 BGB, § 239a StGB**

Der Gesellschaftsvertrag könnte jedoch gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen und daher nichtig sein (§ 134). Die Gesellschafter verfolgten den gemeinsamen Zweck, ihre Freiheit wiederzuerlangen. Mit dieser an sich unproblematischen Zielsetzung war zwangsläufig verbunden, dass die Straftat der Entführer gem. § 239a StGB zur Vollendung gebracht wurde. Da die Entführten selbst nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstießen, ist allerdings fraglich, ob ihr Innengeschäft gleichwohl von der Nichtigkeitssanktion erfasst werden kann. Maßgeblich für die Reichweite des § 134 ist der Normzweck des verletzten Verbotsgesetzes. Die Strafnorm des § 239a StGB richtet sich gegen die Täter eines erpresserischen Menschenraubes und nicht gegen die Geiseln, die Schutzadressaten sind. Ein Verbot von Lösegeldzahlungen durch Entführte und ihre Angehörigen besteht nach dem deutschen Recht nicht<sup>28</sup>. Aus diesem Grund verstieß der Gesellschaftsvertrag nicht gegen § 134 BGB, § 239a StGB.

### **3. § 138 I BGB**

Aus der Tatsache, dass die Gesellschaft mittelbar die Vollendung der Straftat nach § 239a StGB bezweckte, könnte sich die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages aus § 138 I ergeben. Ein Vertrag, welcher schon seinem objektiven Inhalt nach mit grundlegenden Wertungen der Rechtsordnung unvereinbar ist, ist nach gefestigter Rechtsprechung sittenwidrig, ohne dass es auf subjektive Kriterien ankommt<sup>29</sup>. Rechtsgeschäfte, welche auf die Vorbereitung, Förderung oder Ausnutzung von Straftaten gerichtet sind, sind auch dann sittenwidrig, wenn das vereinbarte Handeln keine strafbare Täterschaft oder Teilnahme darstellt<sup>30</sup>. Diese Rechtsprechung wurde allerdings für Fälle entwickelt, in denen die fragliche Abrede eine Straftat zu Lasten Dritter ermöglichte<sup>31</sup>. Vorliegend treffen

Entführungsoffer untereinander eine Vereinbarung, wie sie sich aus der von Dritten geschaffenen Zwangslage befreien können. Zwar fällt das Interesse der Entführer mit dem Gesellschaftszweck der Lösegeldbeschaffung zusammen. Dennoch kann es nicht per se als mit der Rechtsordnung unvereinbar angesehen werden, wenn Geiseln finanzielle Opfer auf sich nehmen, um ihre Freiheit bzw. ihr Leben zu retten<sup>32</sup>. Angesichts der gesellschaftlich vorherrschenden Anschauung, wonach das menschliche Leben einen höheren Wert genießt als Geld, ist dieses Verhalten vielmehr als nachvollziehbar und aus der individuellen Perspektive auch als vernünftig anzusehen. Für die Sittenwidrigkeit könnten aber Gründe der Generalprävention sprechen. Entführungen werden durch rechtswirksame Beschaffungsgeschäfte indirekt unterstützt. Auch dürfte die Häufigkeit von Entführungen mit der Bereitschaft in der Gesellschaft zusammenhängen, Lösegelder auch tatsächlich zu zahlen. Das Opfer, welches ein Lösegeld bezahlt, trägt wenigstens potenziell dazu bei, das Risiko ähnlicher Straftaten in der Zukunft zu erhöhen. Die rechtliche Anerkennung der „Freikaufs-GbR“ entfaltet ferner eine Signalwirkung dahin, dass die Zahlung von Lösegeld durch das Opfer ein gesellschaftlich anerkanntes Verhalten darstellt. Die Annahme der Sittenwidrigkeit aus Gründen der Generalprävention würde jedoch dem Opfer die Verantwortung für das Gemeinwohl in einer Situation aufbürden, in der sein Leben und seine Freiheit existenziell bedroht sind. Ein solches Vorgehen ist ohne eine entsprechende gesetzliche Regelung nicht sicher zu begründen. Für die Sittenwidrigkeit

des Vertrages spricht schließlich auch nicht der Schutz der Privatautonomie, welche in der Entführungssituation massiv eingeschränkt war, denn hierzu bietet das Anfechtungsrecht mit § 123 ein geeignetes und ausreichendes Instrument. Die Innengesellschaft ist daher wirksam.

#### 4. § 142 I BGB

Der Gesellschaftsvertrag könnte infolge einer Anfechtung gem. § 142 I *ex tunc* nichtig sein. Der Anfechtungsgrund der widerrechtlichen Drohung (§ 123 I Alt. 2) liegt vor, denn die Entführer stellten die Tötung oder dauerhafte Fortsetzung der Gefangenschaft in Aussicht. Unter diesem Eindruck schlossen die Geiseln die Abrede zur gemeinsam verantworteten Lösegeldbeschaffung. Einer Anfechtung steht nicht entgegen, dass die Bedrohung von den Entführern ausging. Die Mitgesellschafter als Erklärungsempfänger kannten die Drohung und waren damit bösgläubig (§ 123 II). Da der Sachverhalt keine Anhaltspunkte für eine bereits erfolgte Anfechtungserklärung gem. § 143 I enthält, kann die Anfechtung noch bis zum Ablauf der Jahresfrist aus § 124 I erklärt werden. Fraglich ist aber, ob in diesem Fall die Zahlungsverpflichtung aus §§ 705, 706 entfällt. Die rückwirkende Nichtigkeit der Anfechtung gem. § 142 I könnte nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen der so genannten fehlerhaften Gesellschaft eingeschränkt sein. Die fehlerhafte, aber bereits in Vollzug gesetzte Gesellschaft bleibt aus Gründen des Verkehrsschutzes für Dritte und des Bestandsschutzes für die Gesellschafter für die Vergangenheit wirksam. Davon umfasst sind auch die Pflichten der Gesellschafter zur Leistung der einzelnen Beträge im Innenverhältnis<sup>33</sup>. Sollte *M* die Anfechtung erklären, bliebe dennoch seine Beitragsverpflichtung bestehen. Diese Grundsätze gelten im Falle des § 123 aber dann nicht, wenn die Leistungen dem Täuschenden oder Drohenden zugutekommen würden<sup>34</sup>. Die Beitragszahlung kommt unmittelbar jedoch nur dem Mitentführten *A* zugute und sorgt für eine Verteilung der Lasten unter allen bedrohten Entführungsoffern. Es ist daher gerechtfertigt, eine fehlerhafte Gesellschaft anzuerkennen<sup>35</sup>. *A* hat demnach einen Anspruch auf Zahlung i.H. von 100000 Euro gegen *M* aus §§ 705, 706. Der Anspruch ist ein so genannter Sozialanspruch der Gesellschaft, so dass *A* nur Leistung an die Gesellschaft verlangen kann. *A* kann diesen Anspruch als Gesellschafter der GbR jedoch als so genannte *actio pro socio* im eigenen Namen geltend machen.

#### VII. §§ 677, 683, 670 BGB

*A* könnte seinen Anspruch möglicherweise ebenfalls auf §§ 677, 683, 670 stützen. Eine auftragslose Geschäftsführung des *A* könnte entweder in der gemeinsamen Zahlungszusage im Rahmen der Freikaufvereinbarung mit den Entführern oder in der späteren Zahlung des Lösegeldes durch *A* gesehen werden. Die Geschäftsbesorgung „für einen anderen“ (§ 677 Halbs. 1) ist im Ausgangspunkt nach der subjektiven

Willensrichtung des Geschäftsführers zu bestimmen und verlangt das Handeln in dem Bewusstsein und mit dem Willen, zumindest auch im Interesse eines anderen tätig zu werden<sup>36</sup>. Die Verfolgung eines eigenen - hier eines gleichgerichteten - Interesses des A an der Geldaufbringung und seiner Freilassung schadet nicht. Der so definierte Fremdgeschäftsführungswille wird um eine ungeschriebene tatsächliche Vermutungsregel ergänzt und bei objektiv (auch) fremden Geschäften widerleglich vermutet. Den Begriff des „objektiv fremden Geschäfts“ handhabt der *BGH* großzügig und bejaht die Fremdheit noch dann, wenn das Geschäft seiner äußeren Erscheinung nach nicht nur dem Besorger, sondern auch einem Dritten zugutekommt<sup>37</sup>. Das Zahlungsverprechen des A kam *M* zugute, der darüber die Freiheit wiedererlangte. Ein objektiv auch-fremdes Geschäft liegt danach vor, so dass der Fremdgeschäftsführungswille vermutet wird. Die Vermutung ist vorliegend aber widerlegt, weil sich *M* schon in Freiheit befand, als A zahlte. A hat daher auch keinen Zahlungsanspruch gegen *M* aus §§ 677, 683, 670.

### VIII. § 812 I 1 Alt. 2 BGB

Ein Anspruch des A gem. § 812 I 1 Alt. 2 scheidet daran, dass *M* durch die Zahlung des A an die Entführer nichts erlangt hat. Die Wiedererlangung der Freiheit ist kein tauglicher Bereicherungsgegenstand. Da der Zahlungsanspruch der Entführer gem. § 134 BGB, § 239a StGB unwirksam war, konnte die Zahlung des A auch keine Schuldbefreiung des *M* bewirken.

### IX. Ergebnis

A hat einen Anspruch gegen *M* auf Zahlung von 100000 Euro gem. §§ 705, 706.

---

\*Der Autor *Schulze* ist Inhaber des Lehrstuhls für deutsches Recht an der Universität Lausanne, die Autorin *Aden* ist Wiss. Mitarbeiterin an diesem Lehrstuhl. - Der Fall wurde im Frühjahrssemester 2008 in leicht abgewandelter Form als Hausarbeit ausgegeben. - §§ ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des BGB.

<sup>1</sup>Als Vorbild diente der sog. Lusitanerfall aus den Digesten des röm. Rechts, vgl. Paulus D 3520 pr. (Corpus Iuris Civilis, Text u. Übersetzung II, 1995, übersetzt von *Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler*): „Als die Lusitaner drei Mann (röm. Bürger) gefangen genommen hatten, wurde einer unter der Bedingung entlassen, daß er das Lösegeld für die drei holen sollte und daß, falls er nicht zurückkehren würde, die beiden anderen auch für ihn das Lösegeld bezahlen müssten. Als jener nicht mehr zurückkommen wollte, zahlten die beiden anderen aus diesem Grunde auch für den Dritten das Lösegeld“.

<sup>2</sup>BGHZ 80, 171; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 67. Aufl. (2008), § 138 Rdnr. 66.

<sup>3</sup>*BGH*, NJW 1992, 899 (900); NJW 2000, 1487 (1488); *Palandt/Heinrichs* (o. Fußn. 2), § 138 Rdnrn. 67, 27.

<sup>4</sup>BGHZ 110, 336 = NJW 1990, 1595; WM 1989, 1675; *Erman/Palm*, BGB, 12. Aufl. (2008), § 138 Rdnr. 96.

<sup>5</sup>*Reifner*, VuR 2005, 370 (371). Bis 2003 wurde zur Beurteilung der Schwerpunktzins der Bundeszentralbank herangezogen, vgl. *Berger*, in: MünchKomm-BGB, 5. Aufl. (2007), § 488 Rdnr. 108.

<sup>6</sup>Vgl. EWU-Zinsstatistik, abrufbar unter [http://www.bundesbank.de/statistik/statistik\\_zinsen\\_tabellen.php](http://www.bundesbank.de/statistik/statistik_zinsen_tabellen.php).

<sup>7</sup>Vgl. *OLG Brandenburg*, BeckRS 2007, 07104.

<sup>8</sup>*OLG Brandenburg*, BeckRS 2007, 07104; *Erman/Palm* (o. Fußn. 4), § 138 Rdnr. 96; *Palandt/Heinrichs* (o. Fußn. 2), § 138 Rdnr. 32; *BGH*, NJW 1994, 1275 (eff. Jahreszins von 28% nicht sittenwidrig).

<sup>9</sup>*Armbrüster*, in: MünchKomm-BGB, 5. Aufl. (2006), § 138 Rdnr. 146.

<sup>10</sup>RGZ 80, 219 (221); 120, 142 (148).

<sup>11</sup>BVerfGE 89, 214 (231f.) = NJW 1994, 36.

<sup>12</sup>*BGH*, NJW 1999, 2584 (2585); BGHZ 146, 37 = NJW 2001, 815 (3. Leitsatz); *BGH*, NJW 2002, 744 (745); krit. *Medicus*, JuS 1999, 853 (855); *Aden*, NJW 1999, 3763.

<sup>13</sup>*BGH*, BeckRS 2004, 12409; *OLG Brandenburg*, BeckRS 2007, 07104 (1. u. 2. Leitsatz).

<sup>14</sup>*BGH*, NJW 1994, 1341; NJW 1996, 1274 (1275); BGHZ 136, 347 = NJW 1997, 3372; *Erman/Palm* (o. Fußn. 4), § 138 Rdnr. 91 m.w. Nachw.

<sup>15</sup>*BGH*, NJW 1996, 514; NJW 1996, 1276.

<sup>16</sup>*BGH*, WM 1977, 399; *Erman/Palm* (o. Fußn. 4), § 138 Rdnr. 91; *Palandt/Heinrichs* (o. Fußn. 2), § 138 Rdnr. 66.

<sup>17</sup>*BGH*, WM 1994, 1022 (1024); NJW 1998, 894; NJW 1999, 135; *Erman/Palm* (o. Fußn. 4), § 138 Rdnr. 91.

<sup>18</sup>BGHZ 137, 329 = NJW 1998, 597 (598); *Habersack*, in: MünchKomm-BGB, 4. Aufl. (2004), § 765 Rdnr. 23.

<sup>19</sup>BGHZ 137, 292 = NJW 1998, 894; *BGH*, NJW 1999, 58 (59); NJW 2000, 1182 (1184); BGHZ 146, 37 = NJW 2001, 815 (816).

<sup>20</sup>*Erman/Palm* (o. Fußn. 4), § 138 Rdnr. 91; *BGH*, NJW 1996, 1274; NJW 1997, 1003.

<sup>21</sup>BGHZ 151, 34 = NJW 2002, 2228 (2230), m.Anm. *Martin Tonner*, JuS 2003, 325.

<sup>22</sup>Als Vorbild diente der sog. Lusitanerfall aus den Digesten des röm. Rechts (s. o. Fußn. 1).

<sup>23</sup>Die Anwendbarkeit von § 138 I neben § 134 bejaht *BGH*, NJW 1970, 609 (611); a.A. die wohl h.M., vgl. nur *Looschelders*, in: AnwKomm-BGB, 2005, § 134 Rdnr. 11 u. § 138 Rdnr. 14.

<sup>24</sup>Vgl. hierzu u.VI. Zur Anerkennung des entgeltlichen Fluchthelfervertrages als Geschäftsbesorgungsvertrag vgl. *BGH*, NJW 1980, 1574 (1575); BGHZ 69, 302 = NJW 1977, 2359 (2360); *KG*, NJW 1976, 197 (198).

<sup>25</sup>*BGH*, NJW-RR 1992, 1272 (Wertpapierkaufauftrag); *Jauernig/Mansel*, BGB, 12. Aufl. (2007), § 662 Rdnr. 9.

<sup>26</sup>*Ulmer*, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 18), § 705 Rdnrn. 17, 26.

<sup>27</sup>*Jauernig/Mansel* (o. Fußn. 25), § 214 Rdnr. 24; *BGH*, NJW 1956, 1313; BGHZ 96, 69 = NJW 1986, 1874.

<sup>28</sup>Zum Verbot der Lösegeldzahlungen durch Entführte und ihre Angehörigen in Italien vgl. *v. Hippel*, ZRP 2002, 442.

<sup>29</sup>*Wendtland*, in: *Bamberger-Roth*, BGB, 2003, § 138 Rdnr. 20.

<sup>30</sup>*Staudinger/Sack*, BGB (2003), § 138 Rdnr. 495; *Armbrüster*, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 9), § 138 Rdnr. 42.

<sup>31</sup>*OLG Frankfurt*, NJW-RR 2001, 1634 (1635) (konkludente Skontoabrede); *BGH*, WM 1990, 1324 (1325); NJW 1992, 310 (Hehlerei).

<sup>32</sup>Diese Wertung wird auch deutlich in *OLG Saarbrücken*, NJW-RR 1998, 463 (464) (Auslösung von Diebesgut), und den höchstrichterlichen Entscheidungen zu den Fluchthilfverträgen (o. Fußn. 24).

<sup>33</sup>BGHZ 153, 214 = NJW 2003, 1252 (1254) = NZG 2003, 277; *Palandt/Sprau* (o. Fußn. 2), § 705 Rdnr. 18.

<sup>34</sup>BGHZ 26, 330 (335) = NJW 1958, 668 (669f.); *Jauernig/Stürner* (o. Fußn. 25), § 705 Rdnr. 20.

<sup>35</sup>Der Anspruch wird auch nicht durch Auflösung der GbR gem. § 726 berührt, vgl. *Fikentscher/Heinemann*, SchuldR, 10. Aufl. (2006), Rdnr. 1335.

<sup>36</sup>St. Rspr., vgl. *BGH*, NJW 2000, 72, m.Anm. *Schulze*, JZ 2000, 521; NJW-RR 2006, 656.

<sup>37</sup>*BGH*, NJW 2000, 72 (73); erfasst wird danach ebenso die Rückabwicklung nichtiger Geschäfte; abl. *Jauernig/Mansel* (o. Fußn. 25), § 677 Rdnr. 6 m.w. Nachw.