

falls erhalte der Gläubiger im wirtschaftlichen Ergebnis die doppelte Menge zu dem vom Schuldner gewährten Preis.⁸

Diese Begründung ist wenig aussagekräftig⁹, und der vom BGH formulierte Obersatz löst zwar den zu entscheidenden Fall im Ergebnis überzeugend, ist aber, wie sich zeigen wird, viel zu allgemein formuliert.

Will man über die Ersatzfähigkeit der Mehrkosten des Deckungsgeschäfts entscheiden, muss man sich vor Augen führen, dass das Deckungsgeschäft selbst schon eine Form des Schadensersatzes ist. Der Gläubiger wendet eigene Mittel auf, um ein Manko auszugleichen (nicht anders, als wenn sich das Unfallopfer in eine Heilbehandlung begibt).¹⁰ Dieses Manko besteht in der Vermögensbilanz bezogen auf die Zeit: Solange der Schuldner nicht leistet, leidet der Gläubiger unter einer Differenz zwischen dem, was ihm versprochen worden ist (die vertragliche Leistung), und dem, was er bekommen hat (nichts), weil die Leistung bis jetzt ausgeblieben ist, obwohl er sie eigentlich schon längst genießen sollte (sie sich also verzögert). Das Deckungsgeschäft beseitigt die Einbuße in der Bilanz aber nur für die Zukunft. Die bereits erlittene Verspätung wird durch das Deckungsgeschäft nicht kompensiert. Wenn der Gläubiger die Kosten für das Deckungsgeschäft ersetzt verlangt, verlangt er also Kompensation für die Differenz zwischen Leistung und Nichtleistung für die Zukunft, nicht für die Differenz zwischen pünktlicher und verspäteter Leistung. Damit ist umgekehrt klar, dass der

Gläubiger in den Fällen, in denen der Schuldner die Differenz zwischen Leistung und Nichtleistung durch (Nach-)Erfüllung aufhebt, die Kosten für das Deckungsgeschäft als solche nicht ersetzt verlangen kann.

Es gibt aber keinen Grund, den Schuldner vom Ersatz des Verspätungsschadens immer dann freizustellen, wenn der Gläubiger ein Deckungsgeschäft tätigt. Vielmehr muss dem Gläubiger ersetzt werden, was ihm in seinem Vermögen noch immer aufgrund des Umstandes fehlt, dass der Schuldner nicht pünktlich geleistet hat. Dieses Minus kann durchaus auch darin bestehen, dass der Gläubiger sich auf die Schnelle zu ungünstigen Konditionen eindecken musste. Für die Ersatzfähigkeit von *Mehr*-Kosten des Deckungsgeschäfts kommt es deshalb entscheidend darauf an, ob diese adäquat kausal auf die *Verspätung* der geschuldeten Leistung zurückzuführen sind, also etwa wenn die Mehrkosten daraus resultieren, dass der Gläubiger nunmehr auf eine besonders schnelle Belieferung angewiesen ist.¹¹

Im hier entschiedenen Fall ergaben sich die Mehrkosten daraus, dass die geschuldete Leistung gegenüber dem Vertragspreis im Wert gestiegen war. Die Mehrkosten korrespondieren also einem Mehr-Wert, den der Gläubiger sich erkaufte. Sie haben ihren Grund deshalb nicht in der Verspätung der geschuldeten Leistung. Im Ergebnis wurde dem Gläubiger daher zu Recht insoweit kein Schadensersatz zugesprochen.

⁸ BGHZ 197, 357 Rn. 28; zustimmend *Geisler*, jurisPR-BGHZivilR 16/2013 Anm. 1; *Looschelders*, JA 2013, 865 (866).

⁹ Kritisch auch *Hilbig-Lugani*, NJW 2013, 2961.

¹⁰ *Gsell*, LMK 2013, 353035 (2 b cc); *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 727 (736).

¹¹ Konkretisiert man die Schadensposition in dieser Weise, stellt sich auch kein Abstimmungsproblem gegenüber der den §§ 281-283 BGB zugrunde liegenden Wertung der „zweiten Andienung“, vgl. *Dauner-Lieb*, in: NK-BGB, § 280 Rn. 52; *Looschelders*, Mehrkosten eines eigenen Deckungskaufs des Käufers als Schadensersatz statt der Leistung, JA 2013, 865 (867).

Olaf Muthorst*

Umfang der Rechtskraft bei Beratungsfehlern

ZPO § 322 Verschiedene Beratungsfehler in demselben Beratungsgespräch bilden keine selbstständigen Streitgegenstände.

Ist über eine Klage rechtskräftig entschieden, mit der Schadensersatz wegen eines Beratungsfehlers bei einer Kapitalanlage begehrt wurde, so ist eine erneute Klage, die auf einen anderen Beratungsfehler in demselben Beratungsgespräch gestützt wird, wegen entgegenstehender Rechtskraft unzulässig.

BGH, Urteil vom 22.10.2013 – XI ZR 42/12, NJW 2014, 314–316

* Juniorprofessor für Bürgerliches Recht mit Zivilprozessrecht an der Universität Hamburg.

Sachverhalt

Am 21.11.2003 ließ sich K bei der B-Bank (B) über Kapitalanlagen beraten. Aufgrund dieser Beratung investierte K 252.000 € in einen Fond. Da sich der Fond nicht wie erwartet entwickelte, nahm K die B auf Schadensersatz in Höhe von 252.000 € Zug um Zug gegen Übertragung der Rechte aus der Anlage in Anspruch und machte geltend, er sei nicht anleger- und objektgerecht beraten worden. Die Klage wurde mit Urteil vom 23.01.2008 rechtskräftig abgewiesen. Am 10.8.2009 verklagte K die B erneut auf

Schadensersatz, da B den K in der Beratung am 21.11.2003 nicht darüber informiert habe, dass B aus der Investition des K eine Rückvergütung erhalten würde.

Problemaufriss

Berät eine Bank einen Kunden über Kapitalanlagen, ist sie verpflichtet, den Kunden über eine etwaige Rückvergütung aufzuklären, die ihr bei Zeichnung der Anlage zufließt. Bei einer solchen Rückvergütung, die aus den ausgewiesenen Ausgabeaufschlägen oder Verwaltungsgebühren gezahlt wird, wird dem Kunden verschleiert, dass die Bank ein besonderes Interesse an der Empfehlung gerade dieses Produktes hat.¹ Unterlässt die Bank die Aufklärung, verletzt sie den Beratungsvertrag und haftet auf Schadensersatz.

Ebenfalls Schadensersatz schuldet die Bank, wenn sie den Kunden nicht anleger- und objektgerecht berät. Die Bank muss das Anlageziel des Kunden abklären und ihn aufklären, wenn ein Auftrag vom Anlageziel abweicht. Die Bank muss den Kunden ferner über alle Umstände und Risiken, die für die Anlageentscheidung Bedeutung haben, richtig und vollständig informieren.²

Verlangt der Kunde von der Bank Schadensersatz und reguliert die Bank nicht freiwillig, bleibt ihm nur der Weg der Leistungsklage vor dem zuständigen Gericht. Wird über eine Klage rechtskräftig entschieden, muss der Rechtsstreit damit erledigt sein. Gewinner und Verlierer müssen das Urteil gelten lassen. Eine erneute Klage ist unzulässig, denn ihr steht die Rechtskraft der schon ergangenen Entscheidung entgegen. Die Rechtskraft umfasst die gesamte Entscheidung über den Streitgegenstand (§ 322 I ZPO). Deshalb scheidet eine erneute Klage nur dann nicht an der entgegenstehenden Rechtskraft, wenn mit ihr ein anderer Streitgegenstand geltend gemacht wird als derjenige, über den bereits rechtskräftig entschieden ist.

Da K die B auf Schadensersatz verklagt, nachdem seine erste Schadensersatzklage rechtskräftig abgewiesen wurde, stellt sich also die Frage, ob er mit der zweiten Klage einen anderen Streitgegenstand geltend macht oder ob erste und zweite Klage identische Streitgegenstände betreffen.

Zur Entscheidung

Der Bundesgerichtshof geht von identischen Streitgegenständen aus und hält die zweite Klage daher für unzulässig.

Der Streitgegenstandsbegriff ist für den Zivilprozess an mehreren Stellen von Bedeutung (§§ 261 I, III Nr. 1, 322 I

ZPO, ferner §§ 260, 263 ZPO)³, ist aber nicht gesetzlich definiert.

Der Gesetzgeber hielt eine Definition für überflüssig, weil er der Vorstellung folgte, Streitgegenstand sei der materiell-rechtliche Anspruch i. S. v. § 194 BGB. Diese Definition wird heute nicht mehr verwendet, weil man mit ihr nicht benennen kann, was bei Feststellungs- und Gestaltungsklagen Streitgegenstand ist, und weil dieser Ansatz bei Anspruchskonkurrenz (eine Rechtsfolge lässt sich auf verschiedene Anspruchsgrundlagen stützen) verschiedene Streitgegenstände annehmen würde, was nicht als sachgerecht empfunden wird.⁴

Daher wird der Streitgegenstand heute überwiegend als prozessualer Anspruch verstanden. Uneinigkeit besteht nur darüber, ob dieser Anspruch im prozessualen Sinne allein durch den vom Kläger gestellten Antrag gekennzeichnet ist (eingliedriger Streitgegenstandsbegriff), oder ob sich der Streitgegenstand durch die Zusammenschau von Antrag und Klagegrund – also den Lebenssachverhalt, aus dem sich das Begehren des Klägers herleitet – bestimmt (zweigliedriger Streitgegenstandsbegriff, ständige Rechtsprechung und im Schrifttum überwiegend vertreten).⁵ Da auch die Vertreter eines eingliedrigen Streitgegenstandsbegriffs den Lebenssachverhalt zur Auslegung des Klageantrags heranziehen, ergeben sich nur selten unterschiedliche Ergebnisse.⁶ Das gleiche gilt, wenn man den Streitgegenstandsbegriff relativ, d. h. kontextabhängig definieren will (sog. relativer Streitgegenstandsbegriff).⁷

Die Schwierigkeit besteht vielmehr stets in einer sinnvollen Bestimmung des für den jeweiligen Streitgegenstand konstitutiven Lebenssachverhaltes. Der Bundesgerichtshof rechnet zum maßgeblichen Lebenssachverhalt „alle Tatsachen (...), die bei einer natürlichen, vom Standpunkt der Parteien ausgehenden und den Sachverhalt seinem Wesen nach erfassenden Betrachtung zu dem zur Entscheidung gestellten Tatsachenkomplex gehören, den der Kläger zur Stützung seines Rechtsschutzbegehrens dem Gericht vorträgt.“⁸ Dabei ist zu beachten, dass zum vorgetragenen Tatsachenkomplex ein Sachverhaltelement unabhängig davon gehört, ob es von den Parteien vorgetragen worden ist oder nicht und ob es hätte vorgetragen werden können oder den Parteien unbekannt war.⁹

³ Vgl. Pohlmann, Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2010, Rn. 306 ff.; Schilken, Zivilprozessrecht, 6. Aufl. 2010, Rn. 218 ff.

⁴ Musielak, Grundkurs ZPO, 11. Aufl. 2012, Rn. 140 f.

⁵ Schwab, Zivilprozessrecht, 4. Aufl. 2012, Rn. 88; Musielak, ZPO, 11. Aufl. 2012, Rn. 143 f.; Schilken, Zivilprozessrecht, 6. Aufl. 2010, Rn. 229 ff.

⁶ Pohlmann, Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2010, Rn. 320 f.

⁷ Musielak, ZPO, 11. Aufl. 2012, Rn. 145 ff.; Pohlmann, Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2010, Rn. 325 ff.

⁸ BGH NJW 2014, 314 Rn. 15 m. w. N.

⁹ BGH NJW 2014, 314 Rn. 15 m. w. N.

¹ Vgl. BGH NJW 2012, 2873 Rn. 36 m. w. N.

² Grüneberg, in: Palandt, BGB, 73. Aufl. 2014, § 280 Rn. 48 f.

Für den konkreten Fall ergibt sich bei diesem Ausgangspunkt, dass beiden Klagen derselbe Lebenssachverhalt zugrunde liegt, denn der Kläger stützt beide Klagen auf dieselbe Beratungssituation und nennt nur unterschiedliche Informationen, die ihm pflichtwidrig vorenthalten worden seien. Diese Sachverhaltselemente bilden keine selbstständigen Geschehensabläufe, sondern sind Teil

¹⁰ BGH NJW 2014, 314 Rn. 16ff.; zustimmend Schmid, Umfang der Rechtskraftwirkung eines klageabweisenden Urteils bei der Haf-

eines einheitlichen Lebenssachverhaltes.¹⁰ Folglich wird mit beiden Klagen derselbe Streitgegenstand geltend gemacht, so dass die rechtskräftige Entscheidung über die erste Klage der zweiten Klage entgegensteht.

tung wegen fehlerhafter Anlageberatung, GWR 2013, 519; Fischer, LMK 2013, 353510 (2 c-f); Geisler, jurisPR-BGHZivilR 21/2013 Anm. 1. Kritisch Junglas, NJW 2014, 317; zur Abgrenzung Toussaint, FD-ZVR 2013, 352771.

Stefanie Kemme*

Sittenwidrigkeit von Auseinandersetzungen zwischen rivalisierenden Gruppen

StGB §§ 224 I Nr. 4, 228 Anforderungen an die Einwilligung in eine gefährliche Körperverletzung bei tätlichen Gruppenauseinandersetzungen

Ob eine Körperverletzung trotz Einwilligung nach § 228 StGB sittenwidrig und die Tat damit rechtswidrig ist, richtet sich in erster Linie nach der Art und dem Gewicht des eingetretenen Körperverletzungserfolgs und der damit verbundenen Gefahr für Leib und Leben. Körperverletzungen, die zu einer konkreten Gefahr lebensgefährlicher Verletzungen führen, sind danach grundsätzlich sittenwidrig. Aber auch wenn die einzelnen Körperverletzungen nicht unmittelbar zu einer konkreten Todesgefahr führen, können Auseinandersetzungen rivalisierender Gruppen sittenwidrig sein, wenn durch gruppenspezifische Prozesse eine erhebliche, nicht wirksam eingeschränkte Eskalationsgefahr besteht.

BGH, Beschluss vom 20.02.2013 – 1 StR 585/12, NJW 2013, 1379-1382

Sachverhalt

Zwei Jugendliche gerieten durch einen eskalierenden Streit in eine körperliche Auseinandersetzung, die zunächst von Dritten geschlichtet wurde. Jeder der beiden Jugendlichen rief telefonisch Freunde zur Verstärkung herbei mit der Folge, dass sich nach kurzer Zeit zwei rivalisierende Gruppen in einer Entfernung von einigen Metern gegenüberstanden. In zunehmend aufgeheizter Stimmung bereiteten sämtliche Mitglieder beider Gruppen sich auf körperliche Auseinandersetzungen mit Faustschlägen und Fußtritten vor. Dabei billigten sie auch den Eintritt erheblicher Verletzungen. In der anschließenden Schlägerei erwies sich eine der beiden Gruppen als deutlich stärker als die andere. Mitglieder

der stärkeren Gruppe schlugen und traten auch dann noch auf ihre Gegner ein, als sie sich in deutlicher Überzahl befanden und die Gegner wehrlos am Boden lagen.

Problemaufriss

Die Einwilligung in eine Körperverletzung schließt grundsätzlich ihre Rechtswidrigkeit aus.¹ Neben den allgemeinen Voraussetzungen der Einwilligung² setzt die rechtfertigende Wirkung der Einwilligung nach § 228 StGB voraus, dass die Tat nicht trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt. Da der Wortlaut des § 228 StGB auf die Sittenwidrigkeit der Tat (und nicht der Einwilligung) abstellt, stehen für die Rechtsprechung Art und Gewicht des Erfolgs der Körperverletzung sowie des damit einhergehenden Gefahrengrades für Leib und Leben des Opfers bei der Prüfung der Sittenwidrigkeit im Vordergrund.³ Kriminelle, sexuelle,⁴ kommerzielle oder auch nur eigenwillige⁵ Motive der Tat begründen

* Juniorprofessorin für Strafrecht an der Universität Hamburg.

¹ Demgegenüber ordnet ein Teil der Literatur die Einwilligung in eine Körperverletzung nicht als Rechtfertigungsgrund, sondern als Ausschluss des Tatbestands ein, vgl. die Nachweise bei Fischer, StGB, 59. Aufl. 2012, § 228 Rn. 2.

² Etwa der Einwilligungsfähigkeit des Opfers, Freiheit von Zwang und rechtsgutsbezogenen Irrtümern; näher zur Auswirkung von Willensmängeln Paeffgen, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 4. Aufl. 2013, § 228 Rn. 14 ff.

³ BGH vom 20.02.2013 – 1 StR 585/12, Rn. 8; BGH vom 26.05.2004 – 2 StR 505/03, Rn. 19; Fischer, StGB, 59. Aufl. 2012, § 228 Rn. 9 m. w. N.

⁴ BGH vom 26.05.2004 – 2 StR 505/03, Rn. 22 ff.: Einverständnislich vorgenommene sadomasochistische Praktiken, führen als solche noch nicht zur Sittenwidrigkeit. Anders jedoch, wenn der Einwilligende durch die Körperverletzungshandlung in konkrete Todesgefahr gebracht wird.

⁵ LG Traunstein vom 11.12.2008 – 1 Qs 140/08, Rn. 8 ff.: Tätowier-