

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 544

Private Schadensgestaltung als Drittbelastung

Fangprämien, Vertrags- und Verbandsstrafen:
Regressfähige Schadensposten oder
unzulässige Rechtsgeschäfte zu Lasten Dritter?

Von

Paul van Odijk



Duncker & Humblot · Berlin

PAUL VAN ODIJK

Private Schadensgestaltung als Drittbelastung

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 544

Private Schadensgestaltung als Drittbelastung

Fangprämien, Vertrags- und Verbandsstrafen:
Regressfähige Schadensposten oder
unzulässige Rechtsgeschäfte zu Lasten Dritter?

Von

Paul van Odijk



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Universität Passau hat diese Arbeit
im Jahre 2021 als Dissertation angenommen.

Die Publikation wurde durch die Universität Passau finanziell unterstützt
(Open-Access-Publikationsfonds der Universitätsbibliothek).

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2022 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0720-7387
ISBN 978-3-428-18522-1 (Print)
ISBN 978-3-428-58522-9 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Die Arbeit wurde im Sommersemester 2021 an der Juristischen Fakultät der Universität Passau als Dissertation angenommen. Das Manuskript habe ich im April 2021 abgeschlossen; später veröffentlichte Rechtsprechung und Literatur konnten bis Juli 2021 nachgetragen werden.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Tomas Kuhn, der mich in jeder Phase meiner Dissertation unterstützt hat. Beim Erstellen der Arbeit gab er mir alle Freiheiten und war zugleich jederzeit zur Stelle, wenn ich Fragen hatte oder Hilfe benötigte. Ihm habe ich außerdem eine exzellente zivilrechtliche Ausbildung im Examenskurs der Universität Passau zu verdanken.

Herzlich danke ich ebenfalls Herrn Prof. Dr. Michael Beurskens für das zügige Erstellen des Zweitgutachtens.

Großer Dank gilt auch Thomas Ittner, Christoph Mayer und Nicolas Rudolph, die sich mit dem Korrekturlesen der Arbeit viel Mühe machten und mir mit wertvollen Hinweisen weiterhalfen.

Der Universitätsbibliothek Passau danke ich für die großzügige Förderung der Open-Access-Veröffentlichung.

Straßburg, Februar 2022

Paul van Odiik

Inhaltsverzeichnis

Einführung	17
A. Problemstellung	17
B. Überblick über den Diskussionsstand	17
I. Fangprämien	17
II. Verbandsstrafen	19
III. Vertragsstrafen im privaten Baurecht	21
C. Rechtsgeschäftliche Drittbelastung als Schwerpunkt der vorliegenden Untersuchung	22
D. Gang der Untersuchung	23
<i>1. Teil</i>	
Private Schadensgestaltung als Drittbelastung	25
1. Kapitel	
Begriff der privaten Schadensgestaltung	25
A. Sprachliche Annäherung	26
B. „Typische Drittbelastung“ als zusätzliche Begrenzung	26
I. Anknüpfen an Fehlverhalten Dritter	27
II. Fehlendes Verschulden des Geschädigten	27
III. Zusammenfassung	28
2. Kapitel	
Unzureichender Drittschutz durch schadensrechtliche Mechanismen	28
A. Formale Schadensersatzprüfung	29
I. Schaden	29
1. Differenzhypothese	29
2. Wegfall des Schadens aufgrund der Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts	30
a) Unwirksamkeitsgründe innerhalb des Rechtsgeschäfts	30
b) Unwirksamkeitsgründe außerhalb des Rechtsgeschäfts	31
II. Schadenszurechnung	31

1. Äquivalenztheorie	31
2. Adäquanztheorie	31
3. Schutzzweck der Norm	33
a) Gängige Prüfung des Schutzzweckzusammenhangs	33
aa) Vertrags- und Verbandsstrafen	33
bb) Fangprämien	35
b) Unzulässige Verbindung zweier Haftungssysteme?	36
aa) Das Ausgleichsprinzip als tragendes Element des Schadensrechts	37
bb) Stellungnahme	38
4. Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs durch freiwilliges Verhalten des Geschädigten	39
5. Ausschluss der Zurechnung aufgrund der Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts	40
III. Mitverschulden	41
1. Bisherige Behandlung des Mitverschuldensgrundsatzes in Fällen der privaten Schadensgestaltung durch Literatur und Rechtsprechung	42
2. Auslobung der Fangprämie als Mitverschulden	43
3. Vereinbarung der Verbands- und Vertragsstrafe als Mitverschulden	44
IV. Zusammenfassung	44
B. Vorgelagerte Kontrolle der Drittwirkungen des Rechtsgeschäfts	45
I. Verhältnismäßigkeitskontrolle privater Schadensgestaltungen	45
1. Angemessenheitskontrolle des BGH bei der Fangprämie	45
2. Fangprämienregress als Schikane im Sinne des § 226 BGB	46
3. Inhaltskontrolle von Verbandsstrafen aufgrund eines Legitimationsdefizites	46
II. Vertrag zu Lasten Dritter	47
1. Prütting und Kniepert	47
2. S. Martens	47
3. Nees	48
4. Rieble	48
III. Zusammenfassung	49
C. Exkurs: Vergleich zur vertraglichen Haftungsbeschränkung	49
D. Zusammenfassung	51

3. Kapitel

Privatautonomie und Relativität der Schuldverhältnisse	51
A. Drittschutz als Ausprägung der Privatautonomie	52
B. Relativität der Schuldverhältnisse	54

Inhaltsverzeichnis	11
C. Rechtsprechung des OLG Dresden zur Weitergabe von Vertragsstrafen	55
D. Zusammenfassung	56
<i>2. Teil</i>	
Kontrolle drittbelastender Rechtsgeschäfte	57
4. Kapitel	
Formen der Drittbelastung	57
A. Rein faktische Drittbelastung	59
B. Materiales Verständnis	60
I. Gesamtbetrachtung rechtlicher und wirtschaftlicher Drittwirkung	61
II. Stellungnahme	62
1. Unbestimmtheit des materialen Verständnisses	62
2. Fremdbestimmung des Dritten	62
3. Zusammenfassung	62
C. Formales Verständnis	63
I. Unmittelbarer und belastender Eingriff in die Rechtsstellung Dritter	63
II. Unmittelbare Verpflichtung des Dritten durch den Vertrag	65
1. Verpflichtung des Dritten	65
a) Enges Verständnis der Verpflichtung	65
b) Vertragliche Haftungsbeschränkung als Beispiel eines weiten Verständnisses	66
c) Das weite Verständnis der Rechtsprechung	67
d) Zusammenfassung	67
2. Unmittelbarkeit der Verpflichtung	67
a) Unmittelbarkeit und Drittbelastungsabsicht als kumulative Voraussetzungen?	68
b) Drittbelastungsabsicht als entscheidender Faktor?	69
aa) Drittbelastungsabsicht als Motiv	69
bb) Ursächlichkeit der Drittbelastungsabsicht	69
c) Unmittelbarkeit als „Unbedingtheit“ – in Orientierung an § 158 Abs. 1 BGB	71
d) Rechtsprechung des BGH zum Haftungsverzicht	73
e) Vermeintlicher Gleichlauf verschiedener Ansätze	73
f) Zusammenfassung	74
3. Zusammenfassung zur Definition der h. M.	75
III. Rechtsfolgensetzung für Dritte allein durch Geschäftswillen	75
1. Vertrag zu Lasten Dritter (i. e. S.)	76
2. Drittbelastung mittels Anknüpfungsanordnung	76

IV. Zusammenfassung zum formalen Verständnis	77
V. Stellungnahme	78
1. Kategorisierung der Drittbelastungen als Formalismus	78
a) Keine Unterscheidung zwischen Verpflichtung und anderen nachteiligen Rechtsfolgen	79
aa) Verpflichtung als Parallele zum Vertrag zugunsten Dritter	79
bb) Verpflichtung als intensivere Fremdbestimmung	80
cc) Rechtsunsicherheit durch verschiedene Verständnisse der Verpflichtung	81
dd) Zwischenergebnis	81
b) Keine Unterscheidung nach der Art und Weise der Drittbelastung	81
aa) Unmittelbarkeit als Parallele zum Vertrag zugunsten Dritter	82
bb) Unmittelbarkeit als missverständliches und schwer bestimmbares Kriterium	83
(1) Drittbelastungsabsicht als Motiv	84
(2) Unmittelbarkeit als „Unbedingtheit“	84
cc) Anknüpfungsanordnung bzw. Ursächlichkeit der Drittbelastungsabsicht als zufälliges Kriterium	85
(1) Dieselbe Gefahr für Drittinteressen	86
(2) Unterscheidung nach der Art und Weise der Drittbelastung als Quelle für Missverständnisse	88
dd) Zusammenfassung	89
c) Keine Kategorisierung der Drittbelastungen	89
2. Erweiterung der Drittbelastungsuntersuchung auf einseitige Rechtsgeschäfte	90
a) Oftmals rein formaler Unterschied zwischen einseitigen und mehrseitigen Rechtsgeschäften	91
b) Schlussfolgerung	91
3. Inhaltskontrolle statt direkter Beschränkung der Drittwirkung	92
4. Zusammenfassung zu V.	93
D. Zusammenfassung des 4. Kapitels	93
E. Private Schadensgestaltung als Rechtsgeschäft zu Lasten Dritter	94

5. Kapitel

Art der Inhaltskontrolle von Rechtsgeschäften zu Lasten Dritter	95
A. Ablehnung der sogenannten teleologischen Begrenzung der Anknüpfungsanordnung	95
B. Ablehnung konturloser Interessenabwägungen	96
C. Inhaltskontrolle anhand der Verhältnismäßigkeit	96

I. K. Martens	96
II. BGH-Rechtsprechung zur Fangprämie	97
III. Habersack	97
1. Allgemeines zur Verhältnismäßigkeitsprüfung	97
2. Beispielhafte Interessenabwägung durch Habersack	98
IV. Inhaltskontrolle in Anlehnung an den Drei-Stufen-Test (Meca-Medina)	99
V. Zusammenfassung	100
D. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als bewährtes Instrument bei der Kollision von Freiheitsrechten im öffentlichen Recht	100
I. Legitimer Zweck, Geeignetheit und Erforderlichkeit als objektive Kriterien	102
II. Angemessenheit als willkürliches Abwägungskriterium?	102
III. Verkürzte Verhältnismäßigkeitsprüfung als überwiegend objektives Prü- fungsinstrument	103
E. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Privatrecht	104
I. Herleitung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Privatrecht	104
1. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als verfassungsmäßiger Schutz vor privatautonomer Gestaltungsmacht	105
2. Die „Transformation“ des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes aus dem öffentlichen Recht ins Privatrecht	107
3. Gemeinsamer formaler Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	108
II. Stellungnahme	109
1. Herleitung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit	109
a) Eigenständigkeit des Privatrechts	109
b) Verhältnismäßigkeit als Ausformung unterschiedlicher (geschriebe- ner oder ungeschriebener) privatrechtlicher Normen	110
2. Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes	110
III. Zusammenfassung	111
F. Struktur der Verhältnismäßigkeitsprüfung von Rechtsgeschäften zu Lasten Dritter	111
G. Zusammenfassung	113

6. Kapitel

Verhältnismäßigkeitsprüfung der privaten Schadensgestaltung 113

A. Legitimer Zweck der privaten Schadensgestaltung	114
B. Geeignetheit der privaten Schadensgestaltung	115
C. Erforderlichkeit der privaten Schadensgestaltung	116
I. Vertragsstrafen bei Ladendiebstählen	116
1. Vereinbarung der Vertragsstrafe	116

a) Konkludente Annahme der Vertragsstrafe als Teil eines unentgeltlichen Vorvertrags	117
b) Probleme bei Vertragsschluss	120
c) Keine Vertragsstrafen gegenüber nicht voll Geschäftsfähigen	121
2. Höhe der Vertragsstrafe gegenüber Ladendieben	121
a) Pauschale Vertragsstrafe	121
b) „Dynamische“ Vertragsstrafe	123
c) Nachträgliche Bestimmung der Strafhöhe nach billigem Ermessen ..	123
d) Verbindung von pauschaler und „dynamischer“ Vertragsstrafe	123
3. Zusammenfassung	123
II. Vertragsstrafen bei Zuschauerausbreitungen	124
1. Vereinbarung der Vertragsstrafe mit Zuschauern ohne Ticket	124
2. Höhe der Vertragsstrafe gegenüber Zuschauern	125
3. Zusammenfassung	126
III. Vertragsstrafen im privaten Baurecht	127
1. Vereinbarung der Vertragsstrafe	127
2. Höhe der Vertragsstrafe gegenüber Subunternehmern	127
3. Zusammenfassung	128
IV. Koppelung der Vertragsstrafe an Vertrags- bzw. Verbandsstrafen oder Fangprämien	128
V. Vertragsstrafe als gleich wirksames Mittel	129
1. Vertragliche Vereinbarung als wirkungsstärkender Faktor	129
2. Höhe der privaten Schadensgestaltung als unzulässiges Argument	130
VI. Zusammenfassung	131
D. Angemessenheit der privaten Schadensgestaltung	132
I. Berücksichtigung der Wertungen der §§ 104, 105, 107, 1903 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 S. 1 BGB	132
II. Berücksichtigung der Wertungen der AGB-Inhaltskontrolle	132
1. Herleitung der Angemessenheitsprüfung im Rahmen des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB	133
2. Angemessenheit der Fangprämien	134
3. Angemessenheit der Verbandsstrafen	135
E. Zusammenfassung der Verhältnismäßigkeitsprüfung	135

3. Teil

Rechtsfolgen der Inhaltskontrolle 137

7. Kapitel

Rechtsfolgen für unverhältnismäßige Rechtsgeschäfte zu Lasten Dritter 137

A. Bisherige Ansätze in der Literatur	137
---	-----

B. Bisherige Ansätze in der Rechtsprechung	138
I. Relative Unwirksamkeit	138
II. Absolute Unwirksamkeit wegen Störung der Geschäftsgrundlage	139
C. Stellungnahme	139
I. Relative Unwirksamkeit	139
1. Drittschutz als Zweck der Inhaltskontrolle	139
2. Die interessenausgleichende Herabsetzung auf ein angemessenes Maß – eine Ausnahme von der relativen Unwirksamkeit	140
II. Wiederherstellung der Vertragsgerechtigkeit durch § 313 BGB	141
1. Gemeinsamer Rechtsirrtum als Geschäftsgrundlage	142
2. Unzumutbarkeit des Festhaltens am unveränderten Vertrag	142
3. Analoge Anwendung des § 313 BGB auf einseitige Rechtsgeschäfte ...	142
4. Rechtsfolgen	143

8. Kapitel

Rechtsfolgen für unverhältnismäßige private Schadensgestaltungen	143
A. Relative Unwirksamkeit aller privaten Schadensgestaltungen	143
B. Störung der privaten Schadensgestaltung als Geschäftsgrundlage	144
C. Auswirkungen auf die Schadensersatzprüfung	145
Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	147
Literaturverzeichnis	149
Sachverzeichnis	158

Einführung

A. Problemstellung

Ob der Fußballfan, der durch sein Pöbeln eine Verbandsstrafe gegen den Verein auslöst, der Ladendieb, dessen Enttarnung den Anspruch des Mitarbeiters auf eine Fangprämie begründet oder der Subunternehmer, der zu spät leistet und so die Vertragsstrafe gegen den Hauptunternehmer auslöst: In allen Konstellationen haben zuvor die Geschädigten selbst ihren Schaden „mitgestaltet“. Letztlich konnte der Schadensposten hierdurch erst entstehen. In derartigen Fällen spricht man von einer privaten Schadensgestaltung.¹

Die vorliegende Arbeit wird sich mit der Frage auseinandersetzen, inwiefern Fangprämien, Verbandsstrafen und Vertragsstrafen (am Beispiel des Baugewerbes) regressfähige Schadensposten darstellen oder ob diese Rechtsgeschäfte in ihrer Drittwirkung zu beschränken sind. Das soll einerseits den Blick in Bezug auf das Phänomen der privaten Schadensgestaltung schärfen und zugleich einen Beitrag zum Umgang mit der grundlegenden Problematik drittbelastender Rechtsgeschäfte leisten.

B. Überblick über den Diskussionsstand

I. Fangprämien

Es gibt unterschiedliche Prämien, die sich als private Schadensgestaltung darstellen können. Die gängigste ist die *vorsorgliche* Fangprämie, die der Ladeninhaber seinem Mitarbeiter verspricht, falls dieser einen Ladendieb ertappt. Spiegelbildlich dazu gibt es die *nachträgliche* Prämie, die der Bestohlene zur Wiedererlangung des Diebesgutes aussetzt.² Es sind aber auch andere *nachträgliche* Prämien denkbar, die der Geschädigte zur Beseitigung einer Verletzung seiner Rechtsgüter auslobt.³

¹ Näher zum Begriff der privaten Schadensgestaltung unten 1. Kapitel (S. 25 ff.).

² Hierzu: *BGH*, Urteil vom 24.10.1967 – VI ZR 60/66, BeckRS 1967, 30373585. Zur Regressfähigkeit einer derartigen Prämie im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses: *BAG*, Urteil vom 15.12.1969 – I AZR 228/69, BeckRS 1969, 30368051.

³ So wurde beispielsweise bereits die Ersatzfähigkeit einer Prämie zur Ermittlung des Verfassers einer anonymen, den Betroffenen beleidigenden Zeitungsanzeige anerkannt, vgl. *BGH*, Urteil vom 6.11.1979 – VI ZR 254/77, NJW 1980, 119 (120). Auch sind Fangprämien zur Beseitigung von Urheberrechtsverletzungen denkbar, siehe hierzu *Schulz*, ITRB 2001, 279.

In dieser Arbeit soll ein genauerer Blick auf den Regress einer *vorsorglichen* Fangprämie geworfen werden, da diese seit langer Zeit gängige Vertragspraxis ist und ihr damit eine hohe praktische Relevanz zukommt. Ist in der Folge von der Fangprämie die Rede, ist damit deshalb die *vorsorgliche* Fangprämie gemeint.⁴

Die Erstattungsfähigkeit der Fangprämie⁵ war lange Zeit stark umstritten.⁶ Vor der Grundsatzentscheidung des BGH⁷ Ende der 70er Jahre führte dies zu einer uneinheitlichen Urteilspraxis: Einige Zivilgerichte⁸ hielten eine auf den Regress der Fangprämie gegen den Ladendieb gerichtete Klage für begründet, während manche Strafgerichte⁹ in einer solchen Forderung eine (versuchte) Nötigung oder einen Betrug sahen, da sie die Forderung für offensichtlich unbegründet hielten.

Auf den ersten Blick schien das Urteil des BGH alle Interessen in Einklang zu bringen: Die Fangprämie sei nur in einem „angemessenen Umfang“ erstattungsfähig, der nach der Auffassung des Gerichts damals regelmäßig 50 DM betrug.¹⁰ Die grundsätzliche Erstattungsfähigkeit der Fangprämie dürfe nicht dazu führen, den Schadensumfang über das (durch den konkreten Eingriff in das Eigentum festgelegte) Ausgleichsinteresse des Geschädigten hinaus zu erhöhen. Eine der Abschreckung dienende Erhöhung der Fangprämie sei deshalb unzulässig.¹¹

Rechtsprechung und Literatur diskutierten die Fangprämie aus der schadensrechtlichen Perspektive. Dass die Auslobung einer Fangprämie möglicherweise eine unzulässige rechtsgeschäftliche Drittbelastung darstellen könnte, fand keine Erwähnung. So stellt Diersch in seiner Monographie über die Fangprämie zwar

⁴ In ihrer Drittwirkung sind vorsorgliche und nachträgliche Fangprämien aber durchaus vergleichbar. So schon *Braun/Spiess*, MDR 1978, 356 (359).

⁵ Einen Überblick über die Fangprämie und den Ladendiebstahl geben *Deutsch*, Gutachten E, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des einundfünfzigsten Deutschen Juristentages, 1976, S. 1; *Meurer*, Die Bekämpfung des Ladendiebstahls, 1. Aufl., 1976; *Diersch*, Die Fangprämie beim Ladendiebstahl, 2000 und *Schoreit*, JZ 1976, 49. Zur Wirksamkeit der Fangprämie zur Bekämpfung des Ladendiebstahls im Allgemeinen *Lange*, JR 1976, 177 (183).

⁶ Für einen umfangreichen Überblick über die damalige Urteilspraxis siehe *Meurer*, Die Bekämpfung des Ladendiebstahls, 1. Aufl., 1976, S. 115–125 und *Lange*, JR 1976, 177 (178).

⁷ *BGH*, Urteil vom 6.11.1979 – VI ZR 254/77, NJW 1980, 119. Die Erstattungsfähigkeit von Fangprämien auch nach der Entscheidung des BGH ablehnend *Zimmermann*, JZ 1981, 86 (88).

⁸ Unter anderem *OLG Hamburg*, Urteil vom 20.4.1977 – 8 U 31/76, NJW 1977, 1347; *AG Bielefeld*, Urteil vom 27.8.1975 – 13 C 429/75, NJW 1976, 57. Gegenteiliger Ansicht waren unter anderem folgende Zivilgerichte: *AG Essen*, Urteil vom 21.11.1974 – 10 C 591/74, NJW 1976, 55, *AG Mettmann*, Urteil vom 5.8.1975 – 21 C 244/75, NJW 1976, 56.

⁹ *OLG Braunschweig*, Urteil vom 14.7.1975 – Ss 63/75, NJW 1976, 60; *OLG Koblenz*, Urteil vom 13.11.1975 – 1 Ss 199/75, NJW 1976, 63.

¹⁰ *BGH*, Urteil vom 6.11.1979 – VI ZR 254/77, NJW 1980, 119 (119).

¹¹ *BGH*, Urteil vom 6.11.1979 – VI ZR 254/77, NJW 1980, 119 (121).

fest, dass die Prämie weniger den Mitarbeiter belohnen als den Ladendieb bestrafen solle, mit ihr also sehr wohl eine abschreckende Wirkung verfolgt werde¹² und es deshalb verfehlt sei, die Fangprämie als Schadensersatz zu qualifizieren.¹³ Der Autor führt die Belastung des Ladendiebes, der als Dritter die Prämienauslobung nicht beeinflussen kann, aber nicht weiter aus.

Die unterschiedlichen Herangehensweisen und die aus ihnen resultierenden konträren Ergebnisse zeigen, dass die Auslobung einer Fangprämie weiterhin viele ungeklärte Fragen aufwirft.¹⁴ Daran ändert sich auch dadurch nichts, dass der BGH durch sein Urteil eine Lösung des Konflikts für den Regress vorgezeichnet hat.¹⁵ Zwar versucht der BGH den Zwiespalt zwischen Regressfähigkeit und Schutz des Ladendiebes im Angemessenheitserfordernis der Fangprämie abzubilden und stößt mit diesem „Fingerspitzengefühl“ bei vielen Autoren auf Zustimmung.¹⁶ Dabei bleibt jedoch unbeachtet, dass diese Einzelfalllösung einer klaren dogmatischen Grundlage zu entbehren scheint. Dass der BGH in seinem Urteil zudem offenlässt, an welchem Tatbestandsmerkmal das Erfordernis der Angemessenheit seiner Ansicht nach festzumachen ist, bestätigt diese Vermutung.¹⁷

II. Verbandsstrafen

Brennende „Bengalos“ in Fußballstadien, kuriose Flitzer-Aktionen auf dem Platz und nicht zuletzt rassistische Äußerungen – in einem Fußballstadion ist die Bühne groß für Personen, die sich aus dem Kreis der Zuschauer in den Vordergrund spielen wollen. Aufgrund solcher, sich wiederholender Ausschreitungen hat sich der DFB dazu entschieden, vermehrt Verbandsstrafen in Form von Geldstrafen gegen die Vereine zu erlassen.¹⁸ Die Verbandsstrafen beruhen auf §§ 1

¹² *Diersch*, Die Fangprämie beim Ladendiebstahl, 2000, S. 15. Die Fangprämie als „Privatjustiz“ bezeichnend *Wöllschläger*, NJW 1976, 12.

¹³ *Diersch*, Die Fangprämie beim Ladendiebstahl, 2000, S. 156.

¹⁴ Näher dazu unten 2. Kapitel (S. 28 ff.).

¹⁵ Ein Beispiel dafür ist die Entscheidung des *AG Offenbach*, Urteil vom 13.11.1985 – 35 C 5145/85, NJW-RR 1986, 1055. Das Gericht lehnt die Ersatzfähigkeit der an den Hausdetektiv gezahlten Fangprämie ab, da bei einem Kaufhausdetektiv eine Fangprämie zu keiner erhöhten Aufmerksamkeit führen könne. Schließlich sei es dessen einzige Aufgabe, das Eigentum des Ladeninhabers zu schützen.

¹⁶ So ist beispielsweise auch *Deutsch* der Meinung, dass in solchen Fällen der privaten Schadensgestaltung eine Billigkeitsprüfung erforderlich ist, *Deutsch*, JZ 1980, 102 (103). Ebenso zustimmend *Schneider/Böttger*, JR 1980, 150. *Zimmermann*, JZ 1981, 86 (87) wirft dem Angemessenheitserfordernis des BGH mangelnde dogmatische Fundierung vor.

¹⁷ *BGH*, Urteil vom 6.11.1979 – VI ZR 254/77, NJW 1980, 119 (121).

¹⁸ Ein Überblick über die Vereine, die im Zeitraum von 2010–2019 am meisten von Verbandsstrafen betroffen waren, findet sich unter <https://de.statista.com/infografik/19577/durch-dfb-strafen-entstandener-finanzieller-schaden/>.

Nr. 4, 9a Abs. 1, 2 der Rechts- und Verfahrensordnung des DFB in Verbindung mit § 44 Abs. 1, 2 lit. c) der Satzung des DFB.

Durch die Verbandsstrafen sollen letztlich die tatsächlichen Verursacher der Ausschreitungen getroffen werden.¹⁹ Dass der DFB durch sein Verbandsrecht²⁰ faktisch das Verhältnis zum Zuschauer als Dritten regeln will und dies kein zufälliges Nebenprodukt darstellt, sprechen in dieser Klarheit nur wenige Autoren an.²¹

Der BGH hatte 2016 über die Regressfähigkeit von Verbandsstrafen entschieden.²² In seinem Urteil nimmt er jedoch keinen Bezug auf die Besonderheiten des Zuschauers als Dritten. Der Senat vollzieht eine streng formale Schadensersatzprüfung, innerhalb derer er die Vereinbarung der Verbandsstrafe nicht aus Gesichtspunkten des Drittschutzes infrage stellt.

Ungeklärt bleibt, in welchem Kontext die Entscheidung zu dem fast vier Jahrzehnte zuvor gefällten Urteil zur Fangprämie steht. Warum soll die Prämie nur in einem „angemessenen Umfang“²³ ersatzfähig sein, die Verbandsstrafe jedoch in unbegrenztem Maß?²⁴ Weshalb ist sie an der Einzeltat des Ladendiebes zu orientieren, die Verbandsstrafe aber nicht am Einzelfall?²⁵ Worin genau liegen die Unterschiede der Fallkonstellationen und rechtfertigen sie eine differenzierte Behandlung?

Die Vielzahl an ungeklärten Fragen spiegelt sich auch in der Zahl der Veröffentlichungen wider, die noch Jahre nach dem Urteil des BGH den Verbands-

¹⁹ Vgl. das 9-Punkte-Papier des DFB und die Richtlinie für die Arbeit des DFB-Kontrollausschusses in sportgerichtlichen Verfahren gegen Vereine und Kapitalgesellschaften (Anhang der Rechts- und Verfahrensordnung des DFB).

²⁰ Zur Verbandsautonomie und deren Grenzen ausführlich *Heermann*, ZWeR 2017, 24 ff.

²¹ *Nees*, Der Verbandsstrafenregress im Nachgang an störendes Zuschauerverhalten, 2018, S. 199; *Walter/Kober*, JM 2017, 283 (283); *S. Martens*, NJW 2016, 3691 (3693); *Gerlach/Manzke*, SpuRt 2020, 282 (287); *Heermann*, Inhaltskontrolle von § 9a DFB-RuVO i.V.m. dem „9-Punkte-Papier“, in: *Huber/Danzl/Dauner-Lieb* (Hrsg.), Deutsches, österreichisches und internationales Schadensersatzrecht, 2020, S. 159 (160 ff.).

²² *BGH*, Versäumnisurteil vom 22.9.2016 – VII ZR 14/16, NJW 2016, 3715.

²³ *BGH*, Urteil vom 6.11.1979 – VI ZR 254/77, NJW 1980, 119 (119).

²⁴ Zumindest hat der BGH bisher nichts zu einer möglichen Beschränkung des Verbandsstrafenregresses gesagt. Vielmehr hat er den Regress einer Verbandsstrafe in Höhe von 20.340 Euro bestätigt, vgl. *BGH*, Urteil vom 9.11.2017 – VII ZR 62/17, NJW 2018, 394 (395).

²⁵ Die Verbandsstrafe richtet sich gegen den Verein. Nach h.M. können vorherige Verbandsstrafen oder Verstöße des Vereins dazu führen, dass das gleiche Zuschauerfehlverhalten mit unterschiedlich hohen Verbandsstrafen geahndet wird. Genauso kann der Zuschauer auch Glück haben, wenn das Sportgericht die Verbandsstrafe, die er verursacht hat, zusammen mit anderen Verbandsstrafen aburteilt und eine Gesamtstrafe bildet. In diesem Fall halbiert sich die Strafe regelmäßig. Siehe hierzu *BGH*, Urteil vom 9.11.2017 – VII ZR 62/17, NJW 2018, 394. Die Ansicht des BGH teilend *Heermann*, NJW 2018, 396. – *BGH*, Urteil vom 18.12.1997 – VII ZR 342–96, NJW 1998, 1493.

strafenregress untersuchen.²⁶ Dabei klingt insbesondere der Vorwurf nicht ab, es handle sich bei der Verbandsstrafe um eine zu beschränkende Drittbelastung.²⁷

III. Vertragsstrafen im privaten Baurecht

Ähnliche Fragen stellen sich in Bezug auf die „Weitergabe“ einer Vertragsstrafe.²⁸ Bei dem vor allem aus dem privaten Baurecht bekannten Phänomen schuf ebenfalls eine höchstrichterliche Entscheidung Klarheit für die Praxis.²⁹ Nach dem BGH kann der Hauptunternehmer eine Vertragsstrafe, die er im Verhältnis zum Bauherrn schuldet, vom verursachenden Subunternehmer als Schadensersatz zurückverlangen.³⁰ Interessanterweise ist in keiner der hier behandelten Fallgruppen die Regressfähigkeit so unumstritten wie in dieser.³¹ Auch Golombek³² legt in ihrer umfassenden „Inhaltskontrolle von Vertragsstrafen für Verzögerungen am Bau“ kein besonderes Augenmerk auf eine mögliche Dritteinrächtigung durch solche Vereinbarungen. Zwar erwägt Rieble in diesem Zusammenhang einen möglichen „schadensrechtlichen Vertrag zu Lasten Dritter“, lehnt einen solchen jedoch ab, da es sich für ihn um eine unproblematische „mittelbare schadensrechtliche Drittbelastung“ handelt.³³

Es lohnt weiter der Blick auf die Entscheidung des BGH zur sogenannten Straffrachtklausel im Seefrachtverkehr. Der Rechtsstreit hatte eine verschuldensunabhängige Vertragsstrafe zum Inhalt, die innerhalb von AGB vorgesehen

²⁶ Gerlach/Manzke, SpuRt 2020, 282; Gerlach/Manzke, SpuRt 2021, 2; Heermann, Inhaltskontrolle von § 9a DFB-RuVO i.V.m. dem „9-Punkte-Papier“, in: Huber/Danzl/Dauner-Lieb (Hrsg.), Deutsches, österreichisches und internationales Schadensersatzrecht, 2020, S. 159; Nees, Der Verbandsstrafenregress im Nachgang an störendes Zuschauerverhalten, 2018.

²⁷ Heermann, Inhaltskontrolle von § 9a DFB-RuVO i.V.m. dem „9-Punkte-Papier“, in: Huber/Danzl/Dauner-Lieb (Hrsg.), Deutsches, österreichisches und internationales Schadensersatzrecht, 2020, S. 159 (164–168); Nees, Der Verbandsstrafenregress im Nachgang an störendes Zuschauerverhalten, 2018, S. 164–169; Prütting/Kniepert, ZfPW 2017, 458 (472–474); S. Martens, NJW 2016, 3691 (3694).

²⁸ Das Pendant zur Vertragsstrafe im Baurecht ist die Beschleunigungsprämie, § 9a S. 3 VOB/A. Auch bei ihr handelt es sich um eine private Schadensgestaltung. Da sie jedoch nur vorzusehen ist, wenn die Fertigstellung vor der Vertragsfrist erhebliche Vorteile bringt und es in der Praxis deutlich öfter zu Verzögerungen als zu „Beschleunigungen“ kommt, ist die Beschleunigungsprämie nur selten relevant, vgl. Rieble, DB 1997, 1165.

²⁹ BGH, Urteil vom 18.12.1997 – VII ZR 342–96, NJW 1998, 1493.

³⁰ BGH, Urteil vom 18.12.1997 – VII ZR 342–96, NJW 1998, 1493. Die Weitergabe der Vertragsstrafe an den Subunternehmer ablehnend OLG Dresden, Urteil vom 7.11.1996 – 7 U 1318/96, NJW-RR 1997, 83. Siehe hierzu die Anmerkung von Vygen, IBR 1997, 59.

³¹ Vgl. beispielsweise Rodemann, MDR 2002, 1357 (1358).

³² Golombek, Die Inhaltskontrolle von Vertragsstrafen für Verzögerungen am Bau, 2018.

³³ Rieble, DB 1997, 1165. Dazu auch unten 2. Kapitel B. II. 4. (S. 48).

war.³⁴ Im Rahmen der Inhaltskontrolle kam es darauf an, ob die AGB den Vertragspartner *unangemessen benachteiligen*, § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB.³⁵ Der BGH hielt die Klausel nicht für unangemessen benachteiligend, da die verschuldensunabhängige Strafabrede vielmehr faktisch gegenüber einem Dritten wirke.³⁶ Der durch die AGB-Inhaltskontrolle zu schützende Vertragspartner werde also nicht unangemessen benachteiligt. Vielmehr sei es mit einer solchen Klausel endlich möglich, den tatsächlich Verantwortlichen zu sanktionieren³⁷ – eine Wirkung, die auf den ersten Blick dem Gerechtigkeitsempfinden zu entsprechen scheint. Dass eine solche Abwälzung der Lasten auf einen Dritten möglicherweise die Schranken der Privatautonomie überschreiten könnte,³⁸ wird nicht angesprochen. Dabei entlarvt das Gericht die Absicht der Parteien, durch eine solche Regelung nicht nur das eigene, sondern auch das Verhältnis zu einem Dritten zu regeln.

C. Rechtsgeschäftliche Drittbelastung als Schwerpunkt der vorliegenden Untersuchung

Im juristischen Diskurs sucht man bisher vergeblich nach einem allgemeinen Umgang mit dem Phänomen der privaten Schadensgestaltung als Drittbelastung. Zwar haben sich sowohl Rechtsprechung als auch Literatur – wie soeben dargestellt – bereits im Einzelnen mit den zugehörigen Fallkonstellationen auseinandergesetzt, doch geschah das kaum im Hinblick auf die Drittbelastung als Folge eines Rechtsgeschäfts. Zumeist beschränken sich die Untersuchungen auf Zweiparteienverhältnisse. Dabei belasten die Strafabreden und die Fangprämien Dritte, die an der Entstehung nicht beteiligt sind. Die Wirkung geht somit über das Rechtsgeschäft hinaus. Nicht selten ist das sogar die (Teil-)Absicht hinter der Regelung.

³⁴ Grundsätzlich ist es zwar nur im Zuge einer Individualabrede möglich, eine verschuldensunabhängige Klausel zu vereinbaren, da ansonsten die gesetzliche Grundwertung des § 339 BGB umgangen würde, § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB. Für spezielle Konstellationen kann jedoch eine andere Wertung geboten sein, vgl. *Gottwald*, in: *MüKo-BGB III*, 8. Aufl., 2019, § 339 Rn. 35. Zur Diskussion über die Unwirksamkeit einer verschuldensunabhängigen Verbandsstrafe der Vereine einen Überblick verschaffend *Nees*, *Der Verbandsstrafenregress im Nachgang an störendes Zuschauerverhalten*, 2018, S. 137–151.

³⁵ *BGH*, Urteil vom 28.9.1978 – II ZR 10/77, NJW 1979, 105 (106).

³⁶ *BGH*, Urteil vom 28.9.1978 – II ZR 10/77, NJW 1979, 105 (107).

³⁷ *BGH*, Urteil vom 28.9.1978 – II ZR 10/77, NJW 1979, 105 (107): „Sie [die verschuldensunabhängige Strafklausel] führt außerdem zu dem Ergebnis, daß denjenigen letztlich die Straffracht trifft, der für die unrichtige Erklärung der eigentlich Verantwortliche ist. Eine solche Klausel benachteiligt deshalb nicht den Befrachter/Ablader in einer unangemessenen, gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise.“

³⁸ Zur Bedeutung der Privatautonomie für private Schadensgestaltungen unten 3. Kapitel (S. 51 ff.).

Wenn man somit feststellt, dass der Dritte einerseits durch die private Schadensgestaltung beeinträchtigt wird, eine strukturierte und umfassende Kontrolle dieser drittbelastenden Rechtsgeschäfte aber noch auf sich warten lässt, zeigt sich deutlich die Notwendigkeit einer tieferen Untersuchung und Analyse der Problematik. Besonders im wertungsbehafteten Schadensrecht kann es bei neuen, aber durchaus vergleichbaren Fallgruppen in Ermangelung einer einheitlichen Struktur zur Berücksichtigung von Drittinteressen immer wieder zu einer unstimmen Urteilspraxis kommen – ein Zustand, der hinsichtlich der Rechtssicherheit und des allgemeinen Gleichheitssatzes bedenklich ist.

Die spezifische Literatur zu Drittbelastungen entwirft zwar allgemeine Maßstäbe für die Berücksichtigung von Drittinteressen, jedoch wendet sie diese allenfalls nur auf wenige, „klassische“ Fallgruppen an. Die hier zur Diskussion stehende private Schadensgestaltung findet dort noch keine Erwähnung. Außerdem gehen die Untersuchungen im Ergebnis stark auseinander.

Die Idee dieser Arbeit ist es, eine allgemeingültige Grundlage für die Untersuchung der Drittbelastung durch private Schadensgestaltung zu suchen. Dabei sollen die bekannten Fallgruppen der Fangprämie, Vertrags- und Verbandsstrafe dazu dienen, der Theorie ein beispielhaftes Anwendungsfeld zu geben. Hiermit soll außerdem ein Beitrag zur Diskussion rund um die Drittbelastung durch Rechtsgeschäfte geleistet werden.

D. Gang der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit gliedert sich in drei Teile. Aufgabe des ersten Teils ist es herauszuarbeiten, ob es einer gesonderten Kontrolle der privaten Schadensgestaltung aus Gründen des Drittschutzes bedarf. Wie der Begriff selbst und die davon umfassten Fallgruppen zeigen, handelt es sich bei der privaten Schadensgestaltung um Rechtsgeschäfte, die sich erst durch den Regress auf den Dritten auswirken. Zunächst gilt es deshalb zu untersuchen, ob schadensrechtliche Mechanismen den Dritten nicht schon hinreichend schützen. Jenseits der schadensrechtlichen Perspektive stellt sich die Frage, welche allgemeinen Grundsätze des Privatrechts den Ausgangspunkt für eine gesonderte Kontrolle drittbelastender Rechtsgeschäfte bilden.

Der zweite Teil ermittelt die allgemeinen Maßstäbe einer solchen Kontrolle, um diese später auf die Fallgruppen der privaten Schadensgestaltung anzuwenden. Welche unterschiedlichen Formen der Drittbelastung existieren und welcher dieser Formen gehört die private Schadensgestaltung an? Nach der formalen Zuordnung bleibt zu klären, ob und anhand welcher Kriterien eine Inhaltskontrolle für die private Schadensgestaltung angezeigt ist. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als bewährtes Ausgleichsinstrument bei Interessenkonflikten rückt dabei ins Zentrum der Untersuchung.

Anknüpfend an das Ergebnis der Inhaltskontrolle bespricht der dritte Teil die Rechtsfolgen, die sich daraus allgemein und für die konkrete private Schadensgestaltung im Einzelfall ergeben. Dabei wird insbesondere der Frage nachgegangen, ob die Rechtsfolgen innerhalb und außerhalb des drittbelastenden Rechtsgeschäfts gleichlaufen. Abschließend folgt eine Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.

1. Teil

Private Schadensgestaltung als Drittbelastung

Im Zusammenhang mit dem Regress von Vertragsstrafen, Verbandsstrafen oder Fangprämien stellt sich die gemeinsame Frage: Kann der Geschädigte einen Schaden ersetzt verlangen, den er durch seine eigene Willenserklärung erst ermöglicht hat? Nur weil der Hauptunternehmer eine Vertragsstrafe vereinbart, der Verein sich dem Verbandsrecht samt Strafen unterwirft und der Ladeninhaber eine Fangprämie auslobt, kann hierdurch ein Schaden entstehen. Diese Fallgruppen, die teilweise in der Literatur bereits unter dem Begriff der privaten Schadensgestaltung zusammengefasst werden, wirken sich negativ auf den Schädiger aus. Es handelt sich somit um Drittbelastungen durch Rechtsgeschäfte. Die Untersuchung der Frage, welche Drittbelastungen von privaten Schadensgestaltungen ausgehen und wie mit denselben umzugehen ist, hat zum Ziel, eine gemeinsame Grundlage zu schaffen. Eine derartige gemeinsame Grundlage wäre für die Handhabung bisher bekannter Fallgruppen, aber auch für den Umgang mit neuen Formen der privaten Schadensgestaltung hilfreich.

1. Kapitel

Begriff der privaten Schadensgestaltung

Da diese Arbeit das Phänomen der privaten Schadensgestaltung als Drittbelastung untersucht, gilt es zunächst, den Begriff „private Schadensgestaltung“ zu klären. Zwar bezeichnen einige Autoren bestimmte Einzelfälle als „Akt privater Schadensgestaltung“; welche Merkmale sie darunter verstehen und welche Fallgruppen ihrer Ansicht nach davon umfasst sind, bleibt dabei aber offen.¹ Bisher findet der Begriff Verwendung im Zusammenhang mit Fangprämien, Vertrags- und Verbandsstrafen. Ausgehend hiervon soll eine Definition des Begriffs erarbeitet werden, die eine abstrakte Behandlung des Phänomens ermöglicht.

¹ Den Begriff bezüglich der Fangprämie einführend *Deutsch*, JZ 1980, 102 (103). Im Kontext des Verbandsstrafenregresses dazu *Nees*, Der Verbandsstrafenregress im Nachgang an störendes Zuschauerverhalten, 2018, S. 108–111. Auch nach *Prütting/Kniepert*, ZfPW 2017, 458 (467) kann der Verband „mit seiner Strafe einen zivilrechtlichen Schaden im Verhältnis zwischen Verein und Fan erzeugen“.

A. Sprachliche Annäherung

Sprachlich setzt sich der Begriff aus zwei Unterbegriffen zusammen: „privat“ und „Schadensgestaltung“. Bei genauer Betrachtung der oben genannten Fallgruppen lässt sich feststellen, dass der Unterbegriff der „Schadensgestaltung“ die Modifizierung des Tatbestandsmerkmals des Schadens einer Norm meint.² Es gibt unterschiedliche Normen, die einen Schaden voraussetzen. Dazu zählen beispielsweise § 280 Abs. 1 BGB und § 823 Abs. 1 BGB.

Der Schaden wird dann „privat“ gestaltet, wenn es kein tatsächliches Ereignis, sondern ein Rechtsgeschäft³ ist, das den Schadensposten schafft oder erhöht. Diese Gestaltung beeinträchtigt den potenziellen Schädiger dadurch, dass sich bei einer Schadensverursachung durch ihn der ersatzfähige Schaden um die Fangprämie, Vertrags- oder Verbandsstrafe erhöht. Die private Schadensgestaltung beschreibt demnach Rechtsgeschäfte, die einen unbeteiligten Dritten belasten, indem sie den zu ersetzenden Schaden erhöhen.

B. „Typische Drittbelastung“ als zusätzliche Begrenzung

Unter die oben erarbeitete Definition der privaten Schadensgestaltung fielen allerdings auch Rechtsgeschäfte, die hinsichtlich der Belastung eines Dritten unbedenklich erscheinen: So schuldet ein Vermieter seinem Mieter Schadensersatz, wenn er mit der Bereitstellung der Wohnung in Verzug ist. Muss der Mieter nun aus diesem Grund weiter in seiner alten Wohnung zu einer (hohen) Miete wohnen, dann *gestaltet* der „alte“ Mietvertrag den Schaden des Mieters. Der Mieter hat also durch den Abschluss des alten Mietvertrags seinen eigenen Schaden gestaltet.

Ein solch weites Verständnis der privaten Schadensgestaltung erfasste – neben dem oben genannten Beispiel – eine Vielzahl von Fällen, die unproblematisch nach dem Schadensersatz statt der Leistung zu lösen sind (§§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB) oder einen einfachen Verzögerungsschaden darstellen (§§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB). Schließlich ist es in diesen Fällen normal, dass der Geschädigte aufgrund der Leistungsstörung im Schuldverhältnis, die sich auch mithilfe einer Fristsetzung bzw. Mahnung nicht beheben lässt, zum Erhalt der Leistung ein anderes Rechtsgeschäft eingehen muss. Das Entgelt, das er im Rahmen des Ersatzrechtsgeschäfts aufwenden muss, stellt dann seinen Vermögensschaden dar. Auch hier gestaltet der Geschädigte streng genommen seinen eigenen Schaden.

² Diese Verknüpfung bereits andeutend *Prütting/Kniepert*, ZfPW 2017, 458 (466): „In dem Moment, in welchem für den Verein eine Regressmöglichkeit gegenüber einem Dritten wie dem Fan entsteht, wird die Verbandsstrafe in das allgemeine Schadensrecht durch das Tatbestandselement des Schadens übergeleitet.“

³ Zum Begriff des Rechtsgeschäfts *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 4. Aufl., 1992, S. 23 ff. und *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl., 2016, S. 83–110.

Derartige Fälle erscheinen jedoch in Bezug auf die Interessen des Dritten meist unproblematisch. Diese Vermutung bestätigt sich auch dadurch, dass die Literatur solche Fälle nicht als private Schadensgestaltung bezeichnet. Dieser Begriff findet sich bisher nur in Bezug auf Fangprämien, Vertrags- und Verbandsstrafen.⁴ Ausgehend von den drei bekannten Fallgruppen einerseits und den „unproblematischen“ Fällen andererseits lassen sich möglicherweise Merkmale für eine Definition des Begriffs der privaten Schadensgestaltung ableiten. Da die anstehende Untersuchung sich der privaten Schadensgestaltung als Drittbelastung widmet, sollen nur solche Fälle näher untersucht werden, bei denen es *typischerweise* zu einer Drittbelastung kommt. Die Abgrenzung muss freilich nach objektiven Kriterien erfolgen.

I. Anknüpfen an Fehlverhalten Dritter

In den drei bekannten Fallgruppen knüpft das Rechtsgeschäft, das den Schaden später modifiziert, an das (potenzielle) Fehlverhalten eines Dritten an. So wird die Fangprämie für die Aufdeckung eines *Ladendiebstahls* versprochen und die Verbandsstrafe knüpft an ein *Zuschauerfehlverhalten*⁵ an. Im privaten Baurecht hängt es zwar vom Einzelfall ab, ob das Fehlverhalten eines Dritten die Vertragsstrafe auslöst. Aufgrund der Arbeitsteilung im Rahmen eines Bauvorhabens ist es jedoch sehr wahrscheinlich, dass das Verhalten eines Subunternehmers die Vertragsstrafe auslöst. In vielen Konstellationen dürfte das die Regel sein. Auch die Vertragsstrafe im Baurecht knüpft deshalb an (potenzielles) Fehlverhalten Dritter an.⁶

An dieser typischen Drittbelastung fehlt es hingegen beim Abschluss eines Mietvertrags, auch wenn sich an diesem später der Verzugsschaden bemisst. Ein derartiger Vertrag knüpft in keiner Weise an das Verhalten eines Dritten an. Ebenso verhält es sich mit allen erdenklichen Deckungsgeschäften, die der Geschädigte im Falle des Schadensersatzes statt der Leistung ersetzt verlangen kann. Auch hier gestaltet der Geschädigte zwar durch den Abschluss des Vertrags seinen Schaden, jedoch handelt es sich um einen „ganz normalen“ Miet-, Kauf- oder Werkvertrag (etc.), der nicht an das Verhalten eines Dritten anknüpft.

II. Fehlendes Verschulden des Geschädigten

Hinzu kommt, dass sowohl Vertrags- als auch Verbandsstrafen regelmäßig ohne das Verschulden des Geschädigten verwirkt werden. Die Verbandsstrafe

⁴ *Deutsch*, JZ 1980, 102 (103); *Nees*, Der Verbandsstrafenregress im Nachgang an störendes Zuschauerverhalten, 2018, S. 108–110.

⁵ Vgl. § 9a der Rechts- und Verfahrensordnung des DFB: „Vereine und Tochtergesellschaften sind für das Verhalten ihrer [...] Anhänger, Zuschauer [...] verantwortlich.“

⁶ Der Subunternehmer ist angesichts des Vertrags zwischen Hauptunternehmer und Bauherrn ein Dritter, also nicht Vertragspartei. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass der Subunternehmer als Erfüllungsgehilfe des Hauptunternehmers tätig wird.

setzt schon kein Verschulden der Vereine voraus.⁷ Die Vertragsstrafe im Bauvertrag setzt zwar Verschulden voraus, allerdings sorgt § 278 S. 1 BGB dafür, dass die Strafe ohne das *eigene* Verschulden des Hauptunternehmers anfallen kann. Das führt dazu, dass die Strafen oft in Situationen anfallen, die lediglich durch das Verschulden eines Dritten entstehen. Auch das hat typischerweise eine Drittbelastung zur Folge, weil ein Verschulden des Geschädigten im Rahmen des § 254 Abs. 1 BGB zu berücksichtigen wäre. Wenn es aber zur Verwirkung der Strafe von vornherein keines Verschuldens des Vereins oder des Hauptunternehmers bedarf, so wird auch regelmäßig kein Mitverschulden bei der Schadensentstehung anzunehmen sein.⁸

Bei der Fangprämie gibt es ebenso keine Verschuldensvoraussetzung. Die Fangprämie setzt lediglich das Verhindern eines Ladendiebstahls voraus. Diese Art der privaten Schadensgestaltung garantiert die Drittbelastung.

III. Zusammenfassung

Die Untersuchung beschränkt sich im Anschluss auf Fallgruppen der privaten Schadensgestaltung, in denen es *typischerweise* zu einer Drittbelastung kommt. Zur Darstellung dieser Problematik soll auf die drei bekannten Fallgruppen zurückgegriffen werden: Fangprämie, Vertrags- und Verbandsstrafe. Bei anderen Schäden, die Private mitgestalten, genügen die Mechanismen des Schadensrechts regelmäßig, um die Interessen der Dritten ausreichend zu berücksichtigen. Da die Literatur bisher nur die potenziell drittbelastenden Fallgruppen als „private Schadensgestaltung“ bezeichnet und sich die Untersuchung im Weiteren auf diese Fallgruppen beschränkt, sind mit dem Begriff der privaten Schadensgestaltung im anschließenden Teil der Arbeit nur die Fallgruppen gemeint, die Dritte nach den soeben erarbeiteten Kriterien *typischerweise* belasten.

2. Kapitel

Unzureichender Drittschutz durch schadensrechtliche Mechanismen

Bei der privaten Schadensgestaltung geht es um den Regress einer Schadensposition, die auf einem Rechtsgeschäft des Geschädigten basiert. Aus diesem Grund erfolgt die Diskussion um die private Schadensgestaltung bislang fast ausschließlich im Rahmen der gängigen formalen schadensrechtlichen Prüfung. Diese bietet mit der Adäquanztheorie, dem Zurechnungszusammenhang und dem

⁷ Vgl. § 9a der Rechts- und Verfahrensordnung des DFB. Zur verschuldensunabhängigen Haftung der Vereine ausführlich unten 2. Kapitel A. II. 3. b) bb) (S. 38 f.).

⁸ Näher dazu 2. Kapitel A. III. (S. 41 ff.).

Mitverschuldensgrundsatz grundsätzlich Instrumente, welche die Haftung des Schädigers begrenzen können. Im Vergleich zu anderen Formen der Drittbelastung besteht also die Besonderheit, dass das Schadensrecht möglicherweise genügend Mechanismen vorsieht, um den Dritten vor einer unangemessenen Beeinträchtigung seiner Rechtsposition zu schützen.

Dennoch ist es fraglich, ob die gängige formale schadensrechtliche Prüfung einen ausreichenden Drittschutz garantiert. Es ist deshalb eine Untersuchung der einzelnen schadensrechtlichen Tatbestandsmerkmale angezeigt, bei der dem Drittschutz besondere Beachtung zukommt.

A. Formale Schadensersatzprüfung

Durch die beispielhafte Durchführung der formalen Schadensersatzprüfung anhand der gängigen Maßstäbe wird sich zeigen, ob schadensrechtliche Mechanismen die Interessen Dritter hinreichend schützen.

I. Schaden

1. Differenzhypothese

Den Ausgangspunkt für den Regress bildet die Frage, ob es sich bei der Zahlungsverpflichtung des Geschädigten, welche die private Schadensgestaltung herbeiführt, überhaupt um einen *Schaden* handelt. Bei einer Schadensersatzpflicht ist der „Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre“, § 249 Abs. 1 BGB. Dieser Wortlaut legt den Vergleich zwischen hypothetischem und tatsächlichem Rechtsgüterstand nahe.⁹ Die Berechnung des Schadens richtet sich daher nach überwiegender Ansicht¹⁰ im Grunde nach der Differenzhypothese.¹¹

Bei der privaten Schadensgestaltung sehen sich die Vereine, Hauptunternehmer oder Ladeninhaber einer Zahlungsverpflichtung ausgesetzt, die ohne das Fehlverhalten der Zuschauer, Subunternehmer oder Ladendiebe nicht bestünde. Auch darf man sich nicht von der Tatsache täuschen lassen, dass die Parteien die Zahlungsverpflichtung – wie bei der Fangprämie – „freiwillig“ vereinbaren. Auch freiwillige Vermögenseinbußen können Schäden darstellen, sofern sie der Schadensab-

⁹ *Oetker*, in: MüKo-BGB II, 8. Aufl., 2019, § 249 Rn. 18.

¹⁰ *BGH*, Urteil vom 5.2.2015 – IX ZR 167/13, NJW 2015, 1373 (1374); *BGH*, Urteil vom 6.6.2013 – IX ZR 204/1, NJW 2013, 2345 (2346); *BGH*, Urteil vom 18.1.2011 – VI ZR 325/09, NJW 2011, 1962 (1963); *Schiemann*, in: Staudinger BGB, 2017, § 249 Rn. 4–7; *Flume*, in: BeckOK BGB, 59. Aufl., 2021, § 249 Rn. 37–42; *Oetker*, in: MüKo-BGB II, 8. Aufl., 2019, § 249 Rn. 16–22; *Grüneberg*, in: Palandt, 80. Aufl., 2021, Vor § 249 Rn. 10.

¹¹ Zurückgehend auf die Ausführungen von *Mommsen*, Kritische Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft 1855, 552.

wehr dienen.¹² Die Fangprämie hat mitunter einen präventiven Zweck und dient demzufolge der Schadensabwehr. Bei einer wirksamen Entstehung der Fangprämie, Verbands- oder Vertragsstrafe liegt somit grundsätzlich ein Schaden vor.

2. Wegfall des Schadens aufgrund der Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts

Es stellt sich allerdings die Frage, ob es ohne Zahlungspflicht des Geschädigten überhaupt einen Schaden geben kann.¹³ Feststellen lässt sich zunächst, dass ohne wirksame Fangprämien, Verbands- oder Vertragsstrafen auch keine Zahlungspflicht des Geschädigten aus diesen entstehen kann. Die Unwirksamkeit der privaten Schadensgestaltung kann sich aus unterschiedlichen Gründen ergeben. Dabei ist zwischen einer Unwirksamkeit aus Gründen zu unterscheiden, die *innerhalb* des Rechtsgeschäfts liegen (Verband–Verein, Bauherr–Hauptunternehmer), und jenen, die *außerhalb* davon, im Verhältnis zu Dritten bestehen (Zuschauer, Subunternehmer).

a) Unwirksamkeitsgründe innerhalb des Rechtsgeschäfts

Manche Autoren halten eine verschuldensunabhängige Verbandsstrafe gegenüber den Vereinen für unwirksam.¹⁴ Außerdem gibt es immer wieder Fälle, in denen Vertragsstrafen gegenüber dem Hauptunternehmer bereits unwirksam sind.¹⁵ Als Unwirksamkeitsgründe kommen dabei vor allem überhöhte Vertragsstrafen oder fehlende Verzugserfordernisse in Betracht. Eine Inhaltskontrolle, die dem Schutz des Vertragspartners dient, bietet jedoch keinen systematischen, sondern höchstens einen rein *zufälligen* Schutz der Drittinteressen.

¹² *Canaris*, NJW 1974, 521; *Deutsch*, Gutachten E, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des einundfünfzigsten Deutschen Juristentages, 1976, S. 1 (82).

¹³ Zur Frage, ob das Fehlen der Zahlungspflicht auch zu einem Wegfall des Schadens führt *Scheuch*, RW 2015, 439 (459f.) und *Nees*, Der Verbandsstrafenregress im Nachgang an störendes Zuschauerverhalten, 2018, S. 168–179.

¹⁴ Zur Unwirksamkeit des § 9a der Rechts- und Verfahrensordnung des DFB aus Gründen, die im Verhältnis zwischen Verband und Verein liegen *Nees*, Der Verbandsstrafenregress im Nachgang an störendes Zuschauerverhalten, 2018, S. 136ff.; *Walker*, NJW 2014, 119 (122ff.); *Müller-Eiselt*, Die Gewährleistung der Sicherheit bei Fußballspielen, 1. Auflage, 2015, S. 219ff.; *Kober*, Pyrotechnik in deutschen Fußballstadien, 1. Aufl., 2015, 126–130; *Scheuch*, RW 2015, 439 (459f.); *Scheuch*, SpuRt 2016, 58 (61); *Gerlach/Manzke*, SpuRt 2020, 282 (284f.); *Gerlach/Manzke*, SpuRt 2021, 2 (5).

¹⁵ Das *OLG Düsseldorf*, Urteil vom 9.9.2003 – 23 U 98/02, juris, Rn. 55–61 und das *OLG Jena*, Urteil vom 10.4.2002 – 7 U 938/01, NJW-RR 2002, 1178 (1178) verneinen einen Schaden aufgrund einer unwirksamen Vertragsstrafe innerhalb von AGB. Das *Kammergericht*, NJW-RR 2003, 1599 (1599) deutet zwar an, dass die Vertragsstrafe, über deren Regress sie entscheidet, wohl unwirksam sei und es deshalb aller Voraussicht nach keinen Schaden gebe, das Gericht kann beide Fragen aber letztlich offenlassen.

b) Unwirksamkeitsgründe außerhalb des Rechtsgeschäfts

Wenn aber im Rahmen des Schadens auch die Unwirksamkeit der privaten Schadensgestaltung aufgrund der *Drittbelastung* geprüft und so möglicherweise auch der Regress gegen den Dritten ausgeschlossen werden kann, bedarf es dann überhaupt einer separaten Untersuchung der Drittbelastung?¹⁶ Diese Frage ist klar zu bejahen: Die Ansätze,¹⁷ nach denen es deshalb an einem Schaden fehlt, weil die private Schadensgestaltung aufgrund ihrer *Drittbelastung* unwirksam ist, bestätigen gerade die Erforderlichkeit einer separaten Prüfung der Drittinteressen. Schließlich ist es nicht das Tatbestandsmerkmal des Schadens, das Schranken zum Schutz von Drittinteressen aufstellt. Vielmehr entspringt der Drittschutz inhaltlich aus den Normen, denen zufolge die private Schadensgestaltung unwirksam ist. Das Tatbestandsmerkmal des Schadens dient gewissermaßen nur als Bindeglied, um dieses materielle Ergebnis in die formale Schadensersatzprüfung einzugliedern.¹⁸ Es genügt an dieser Stelle festzuhalten, dass das Tatbestandsmerkmal „Schaden“ selbst keinen inhaltlichen Drittschutz enthält.

II. Schadenszurechnung

1. Äquivalenztheorie

In den hier behandelten Fallgruppen wäre der oben festgestellte Schaden (die Zahlungsverpflichtung) ohne das Verhalten von Zuschauern, Ladendieben oder Subunternehmern nicht eingetreten. Deren Handeln ließe sich nicht hinwegdenken, ohne dass der Schadenserfolg entfielen.¹⁹ Nach der Äquivalenztheorie haben sie den Schaden demnach verursacht.

2. Adäquanztheorie

Nach überwiegender Ansicht sind vollkommen unwahrscheinliche Schadensfolgen dem Schädiger nicht zuzurechnen.²⁰ Der erforderliche adäquate Zusam-

¹⁶ Zu derselben Frage kommt es angesichts des Zurechnungszusammenhangs 2. Kapitel A. II. 5. (S. 40).

¹⁷ Für *S. Martens*, NJW 2016, 3691 (3693 f.) stellt die Verbandsstrafe bei „gebotener normativer Betrachtung“ keinen *ersatzfähigen* Schaden dar, da sie nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sei. Auch wenn der Autor von einer „normativen Betrachtung“ des Schadens spricht, wendet er nicht den normativen Schadensbegriff an, sondern orientiert sich an der Differenzhypothese. Seine „normative Betrachtung“ ergibt sich aus § 138 Abs. 1 BGB und nicht aus dem Schadensbegriff selbst. Näher dazu unten 2. Kapitel B. II. 2. (S. 47). An anderer Stelle wird die Unwirksamkeit der Verbandsstrafe nach dem Grundsatz des Vertrags zu Lasten Dritter angenommen, vgl. *Nees*, Der Verbandsstrafregress im Nachgang an störendes Zuschauerverhalten, 2018, S. 168.

¹⁸ Näher dazu unten 8. Kapitel C. (S. 145).

¹⁹ *Oetker*, in: MüKo-BGB II, 8. Aufl., 2019, § 249 Rn. 103.

²⁰ *Flume*, in: BeckOK BGB, 59. Aufl., 2021, § 249 Rn. 284.

menhang liegt nur dann vor, „wenn eine Tatsache im allgemeinen und nicht nur unter besonders eigenartigen, ganz unwahrscheinlichen und nach dem regelmäßigen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen zur Herbeiführung eines Erfolgs geeignet war“.²¹ Ob diese Umstände vorliegen, ist aus einer objektiven ex-ante-Sicht zu beurteilen.²²

Nach der Rechtsprechung und Teilen der Literatur kann es jedoch nur bei Fahrlässigkeitstaten an einem adäquaten Zusammenhang fehlen, nicht jedoch bei Vorsatztat.²³ Das überzeugt nicht, da auch der Vorsatz in bestimmten Fällen auf objektiv unvorhersehbare Folgen gerichtet sein kann.²⁴ Deshalb sollte man auch auf die (vorsätzlichen) Zuschauerausschreitungen und Ladendiebstähle näher eingehen.

Beim Verbandsstrafenregress vertreten einzelne Autoren zwar (noch), dass eine adäquate Schädigung abzulehnen ist, wenn der Zuschauervertrag den Fan nicht explizit auf drohende Verbandsstrafen hinweist.²⁵ Zutreffend gehen der überwiegende Teil der Literatur und die Rechtsprechung aber davon aus, dass Verbandsstrafen im Nachgang an Zuschauerfehlverhalten kein objektiv ganz unwahrscheinliches Ereignis sind.²⁶ Schließlich sind die Folgen von Zuschauerfehlverhalten in Stadien keineswegs unbekannt. Dem durchschnittlichen Fußballfan wird es kaum als vollkommen unwahrscheinlich erscheinen, dass der Verein infolge von Feuerwerkskörpern im Stadion eine Verbandsstrafe zahlen muss.

Auch bei der Fangprämie handelt es sich um keine objektiv unwahrscheinliche Folge des Ladendiebstahls. In den meisten Fällen ist mit einer derartigen Prämie

²¹ *BGH*, Urteil vom 23.10.1951 – I ZR 31/51, BeckRS 1951, 31400385; *BGH*, Urteil vom 11.1.2005 – X ZR 163/02, NJW 2005, 1420 (1421).

²² *Oetker*, in: MüKo-BGB II, 8. Aufl., 2019, § 249 Rn. 111.

²³ *BGH*, Urteil vom 27.1.1981 – VI ZR 204/79, NJW 1981, 983; *BGH*, Urteil vom 28.1.1992 – VI ZR 129/91, NJW 1992, 1381 (1382); *Schiemann*, in: Staudinger BGB, 2017, § 249 Rn. 24.

²⁴ Ein derartiger Fall ist der aus dem Strafrecht bekannte Enkelsohn, der seinem Großvater ein Flugticket kauft, in der Hoffnung, dass das Flugzeug abstürzt. Der Absturz wäre objektiv unvorhersehbar und zugleich vom Vorsatz umfasst. Vgl. dazu auch *Oetker*, in: MüKo-BGB II, 8. Aufl., 2019, § 249 Rn. 113 und *Flume*, in: BeckOK BGB, 59. Aufl., 2021, § 249 Rn. 289.

²⁵ *Otting/Thelen*, JURA 2017, 380 (383).

²⁶ *BGH*, Versäumnisurteil vom 22.9.2016 – VII ZR 14/16, NJW 2016, 3715 (3716); *OLG Köln*, Urteil vom 17.12.2015 – 7 U 54/15, npoR 2016, 78 (79); *OLG Rostock*, Urteil vom 28.4.2006 – 3 U 106/05, NJW 2006, 1819 (1820); *Pommerening*, SpuRt 2012, 187 (189); *Pfister*, SpuRt 2014, 10 (11); *Kober*, Pyrotechnik in deutschen Fußballstadien, 1. Aufl., 2015, S. 131; *Müller-Eiselt*, Die Gewährleistung der Sicherheit bei Fußballspielen, 1. Auflage, 2015, S. 259–262; *Bagger/Kober*, JM 2015, 360 (361); *Scheuch*, SpuRt 2016, 58 (60); *S. Martens*, NJW 2016, 3691 (3692 f.); *Grunewald*, NZG 2016, 1121 (1124); *Riehm*, LMK 2016, 384429; *Mäsch*, JuS 2017, 261 (262); *Nees*, Der Verbandsstrafenregress im Nachgang an störendes Zuschauerverhalten, 2018, S. 84–86.

zu rechnen.²⁷ Dasselbe gilt für die Vertragsstrafen im Baurecht:²⁸ auch sie sind üblich.

Da es bei der Adäquanztheorie lediglich darauf ankommt, ob die private Schadensgestaltung für den Dritten als Schädiger objektiv *vorhersehbar* ist, schützt ihn diese Voraussetzung nicht zwingend vor der letztlichen Belastung. So ist das (logischerweise) gerade in „etablierten“ und allgemein bekannten Fällen. Die Parteien des drittbelastenden Rechtsgeschäfts können durch öffentliche Bekanntgaben einseitig dafür sorgen, dass es sich um keine überraschende Schadensfolge handelt.

3. Schutzzweck der Norm

Für die Zurechnung des adäquat verursachten Schadens ist weiter zu prüfen, ob der Schutzzweck der haftungsbegründenden Norm den verursachten Schaden umfasst. Schließlich zielen Verhaltensnormen nur auf die Vermeidung bestimmter Schäden ab. Es kann also zu Schäden kommen, die der Schutzzweck der verletzen Verhaltensnorm nicht umfasst und die deshalb rein „zufällig“ mit dem pflichtwidrigen Verhalten zusammenhängen. Derartige Schäden muss der Schädiger nicht ersetzen. Macht man sich ein Gesamtbild aller Einzelfälle, die dieser haftungsbeschränkende Mechanismus tatsächlich herausfiltert, wird schnell klar, dass es sich bei ihnen um Ausnahmefälle handelt.²⁹

a) Gängige Prüfung des Schutzzweckzusammenhangs

aa) Vertrags- und Verbandsstrafen

Im Falle von Vertrags- und Verbandsstrafen kommt es darauf an, ob die verletzte Vertragsbestimmung gerade den eingetretenen Schaden verhindern sollte.³⁰

²⁷ Vgl. auch *Wollschläger*, NJW 1976, 12 (13); *Diersch*, Die Fangprämie beim Laddiebstahl, 2000, S.102; *Müller*, NJW 1973, 358 (359); *Canaris*, NJW 1974, 521 (522); *AG München*, Urteil vom 24.10.1972 – 6 C 1479/72, NJW 1973, 1044 (1045). Den adäquaten Kausalzusammenhang (zumindest) für den „angemessenen“ Teil der Fangprämie annehmend *BGH*, Urteil vom 6.11.1979 – VI ZR 254/77, NJW 1980, 119 (121) und *OLG Hamburg*, Urteil vom 20.4.1977 – 8 U 31/76, NJW 1977, 1347 (1349).

²⁸ So auch schon *BGH*, Urteil vom 18.12.1997 – VII ZR 342–96, NJW 1998, 1493 (1494); *Rieble*, DB 1997, 1165; *Vygen*, IBR 1997, 59; *Grunewald*, NZG 2016, 1121 (1124). A. A. *OLG Dresden*, Urteil vom 7.11.1996 – 7 U 1318/96, NJW-RR 1997, 83; *OLG Frankfurt a. M.*, Urteil vom 20.9.1996 – 24 U 168/94, OLGR Frankfurt 1996, 242, Rn. 14.

²⁹ Als Beispiel kann die Geschwindigkeitsbegrenzung dienen, die dafür sorgen soll, dass der Fahrer rechtzeitig reagieren kann. Schutzzweck dieser Norm ist nicht zu verhindern, dass das Fahrzeug erst zu einem späteren Zeitpunkt an einer bestimmten Stelle ankommt. So *Oetker*, in: MüKo-BGB II, 8. Aufl., 2019, § 249 Rn. 120. Zu einem anderen Fallbeispiel *Schiemann*, in: Staudinger BGB, 2017, § 249 Rn. 29.

³⁰ *Oetker*, in: MüKo-BGB II, 8. Aufl., 2019, § 249 Rn. 123; *Schiemann*, in: Staudinger BGB, 2017, § 249 Rn. 29; *BGH*, Urteil vom 30.1.1990 – XI ZR 63/89, NJW 1990, 2057 (2058).

Die h.M. geht zutreffend davon aus, dass die Stadionordnung als Teil des Zuschauervertrags auch Verbandsstrafen gegen den Verein verhindern soll (beispielsweise durch das Verbot von Feuerwerkskörpern).³¹ Zu demselben Ergebnis kommt man hinsichtlich der allgemeinen Rücksichtnahmepflichten nach § 241 Abs. 2 BGB.³² Die Verhaltenspflichten sollen nicht nur für Ordnung und Sicherheit im Stadion sorgen,³³ sondern auch die Vermögensinteressen des Vereins berücksichtigen und ihn vor möglichen Verbandsstrafen schützen.³⁴ Durch sein Fehlverhalten wirkt der Zuschauer auf die rechtliche Beziehung zwischen Verein und Verband ein – und damit auf die Vermögensinteressen des Vereins. Es ist dem Zuschauer zudem zumutbar, störende Handlungen zu unterlassen.³⁵

Dass einige Autoren in diesem Zusammenhang immer wieder den Zweck der Verbandsstrafe³⁶ diskutieren, verfehlt den Sinn der Schutzzwecklehre.³⁷ Es kommt nicht auf den Zweck der *privaten Schadensgestaltung* an, sondern auf den Zweck der gesetzlichen oder vertraglichen³⁸ *Verhaltensnorm*, die der Schädig-

³¹ BGH, Versäumnisurteil vom 22.9.2016 – VII ZR 14/16, NJW 2016, 3715 (3716); OLG Rostock, Urteil vom 28.4.2006 – 3 U 106/05, NJW 2006, 1819 (1821); *Pommerening*, SpuRt 2012, 187 (189); *Kober*, Pyrotechnik in deutschen Fußballstadien, 1. Aufl., 2015, S. 131 f.; *Müller-Eiselt*, Die Gewährleistung der Sicherheit bei Fußballspielen, 1. Auflage, 2015, S. 259–262; *Scheuch*, RW 2015, 439 (451 ff.); *Bagger/Kober*, JM 2015, 360 (361 f.); *S. Martens*, NJW 2016, 3691 (3692 f.); *Riehm*, LMK 2016, 384429; *Weller/Benz et al.*, JZ 2017, 237 (243 f.); *Mäsch*, JuS 2017, 261 (263 f.); *Nees*, Der Verbandsstrafenregress im Nachgang an störendes Zuschauerverhalten, 2018, S. 86–100.

³² Zur Herleitung eines Schuldverhältnisses im Falle eines fehlenden Zuschauervertrags ausführlich *Nees*, Der Verbandsstrafenregress im Nachgang an störendes Zuschauerverhalten, 2018, S. 23–65 und *Müller-Eiselt*, Die Gewährleistung der Sicherheit bei Fußballspielen, 1. Auflage, 2015, S. 258 f. Falls man dieser Ansicht nicht folgt, kommt zumindest eine Haftung des Zuschauers nach § 826 BGB in Betracht, *Riehm*, LMK 2016, 384429. Zur Problematik der Vereinbarung einer *Vertragsstrafe* gegenüber allen Zuschauern unten 6. Kapitel C. II. 1. (S. 124 f.).

³³ Gegenteiliger Ansicht: *OLG Köln*, Urteil vom 17.12.2015 – 7 U 54/15, npoR 2016, 78 (81); *LG Hannover*, Urteil vom 26.5.2015 – 2 O 289/14, BeckRS 2015, 14524; *Pfister*, SpuRt 2014, 10 (11 f.).

³⁴ *Walker*, Zur Regressfähigkeit von Verbandsstrafen wegen Zuschauerausschreitungen, in: Bannenberg/Brettel/Freund et al. (Hrsg.), Über allem: Menschlichkeit, 1. Auflage, 2015, S. 701 (706 f.); *Riehm*, LMK 2016, 384429; so im Ergebnis auch *BGH*, Versäumnisurteil vom 22.9.2016 – VII ZR 14/16, NJW 2016, 3715 (30 f.) und *Weller/Benz et al.*, JZ 2017, 237 (243 f.).

³⁵ *Seip*, CaS 2016, 40 (42); *BGH*, Versäumnisurteil vom 22.9.2016 – VII ZR 14/16, NJW 2016, 3715 (3716).

³⁶ Siehe *Pommerening*, SpuRt 2012, 187 (189); *Grunewald*, NZG 2016, 1121 (1123 f.); *Pfister*, SpuRt 2014, 10 (11 f.); *Otting/Thelen*, JURA 2017, 380 (383).

³⁷ So schon *Walker*, Zur Regressfähigkeit von Verbandsstrafen wegen Zuschauerausschreitungen, in: Bannenberg/Brettel/Freund et al. (Hrsg.), Über allem: Menschlichkeit, 1. Auflage, 2015, S. 701 (706 f.).

³⁸ Hierbei ist das vertragliche Verhältnis zwischen Geschädigtem und Schädiger ausschlaggebend und nicht etwa das Verhältnis zwischen Geschädigtem und Drittem (beispielsweise Verband, Ladenangestellter oder Bauherr). Infrage kommen neben der allge-

ger verletzt. Maßgeblich ist also nicht der Zweck der Verbandsstrafe, sondern – wie bereits besprochen – der Zweck der Rücksichtnahmepflicht, die sich aus der Stadionordnung oder aus § 241 Abs. 2 BGB ergibt. Falls der Regress gegenüber einem Dritten dem Zweck der Vertrags- oder Verbandsstrafe widerspricht, kann das lediglich für die Vertragsparteien Konsequenzen haben. Der Schädiger als Dritter kann sich darauf jedenfalls nicht berufen. Daran ändert auch eine ergänzende Vertragsauslegung nichts, da auch sie wiederum nur das innervertragliche Verhältnis bestimmen kann.³⁹

Parallel dazu ist die Weitergabe der Vertragsstrafe an Subunternehmer zu bewerten. Der Subunternehmer leistet für den Hauptunternehmer im Rahmen von dessen Geschäft mit einem Dritten. Dementsprechend wirkt eine Verzögerung oder ein Ausbleiben der Leistung des Subunternehmers auf die rechtliche Beziehung zwischen Hauptunternehmer und Auftraggeber ein.⁴⁰ Selbstredend ist es dem Subunternehmer zumutbar, keine Vertragsstrafe für den Hauptunternehmer zu verirken, da er dafür lediglich seine eigene Hauptleistung wie versprochen erfüllen muss.

bb) Fangprämien

Beim Regress der Fangprämie fehlt es hingegen nach herrschender Literatur in den meisten Konstellationen an einer (vor-)vertraglichen Verhaltenspflicht des Ladendiebes gegenüber dem Ladeninhaber;⁴¹ es komme deshalb auf §§ 823 Abs. 1 und 2, 249 ff. BGB, 242 StGB an.⁴² Die Fangprämie ist keine „zufällige“ Folge des (versuchten) Ladendiebstahls, sondern knüpft gerade an ihn an. Der Ladendieb wirkt auf das Eigentum des Ladeninhabers ein, zu dessen Schutz dieser die Fangprämie auslobt.⁴³ Außerdem handelt es sich bei der Fangprämie um einen *konkreten* Schadensposten, der sich – im Gegenteil zu den allgemei-

meinen Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 BGB auch besondere vertragliche Verhaltensnormen (beispielsweise die Stadionordnung).

³⁹ A. A. *Grunewald*, NZG 2016, 1121 (1124).

⁴⁰ Zutreffend *BGH*, Urteil vom 18.12.1997 – VII ZR 342–96, NJW 1998, 1493 (1494). Die Erfüllung des Schutzzwecks der Norm ablehnend *OLG Frankfurt a. M.*, Urteil vom 20.9.1996 – 24 U 168/94, OLGR Frankfurt 1996, 242, Rn. 16.

⁴¹ *Hagmann*, JZ 1978, 133 (136 f.); *Diersch*, Die Fangprämie beim Ladendiebstahl, 2000, S. 94. In Betracht kommt eine vorvertragliche Haftung nach §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 2, 241 Abs. 2 BGB. Vgl. dazu *Canaris*, NJW 1974, 521 (521), der aber zutreffend feststellt, dass die „wirklichen Schwierigkeiten“ nicht in der Frage der Anspruchsgrundlage liegen. Diese Frage offenlassend *BGH*, Urteil vom 6.11.1979 – VI ZR 254/77, NJW 1980, 119 (119). Für eine vorvertragliche Haftung sprechen sich aus *Braun/Spiess*, MDR 1978, 356 (359) und *Schneider/Böttger*, JR 1980, 150 (150).

⁴² Zur Fangprämie als Verzugsschaden *Braun/Spiess*, MDR 1978, 356 (358). Es erscheint allerdings fragwürdig, ob ein Verzugsschaden im selben Moment entstehen kann, in dem das (Rückgewähr-)Schuldverhältnis entsteht, das für § 286 BGB Voraussetzung ist. Bei der Ergreifung eines Ladendiebes auf frischer Tat ist das aber gerade der Fall – und somit in den meisten Fällen der Fangprämienauszahlung.

⁴³ So schon *Canaris*, NJW 1974, 521 (522).

nen Mühewaltungskosten – direkt auf den Schädiger zurückführen lässt.⁴⁴ Der Schutzzweck von §§ 823 Abs. 1 und 2, 249 ff. BGB, 242 StGB umfasst auch konkrete Aufwendungen, die der Eigentümer vornimmt, um sein Eigentum zu schützen.⁴⁵ An dieser Stelle kann somit noch offenbleiben, ob zwischen Ladeninhaber und Ladendieb eine (vor-)vertragliche Beziehung besteht, da der Fangprämienregress auch vom Schutzzweck der einschlägigen deliktsrechtlichen Normen umfasst ist.

b) Unzulässige Verbindung zweier Haftungssysteme?

Prütting und Kniepert beschreiben die Verbandsstrafe als „Internalisierung einer extern geschaffenen Schadensposition mit Wirkung gegen Dritte“.⁴⁶ Das verstoße gegen grundlegende Wertungen des Schadensrechts; außerdem werde hierdurch das Risiko zwischen Schädiger und Geschädigtem nicht sachgerecht verteilt.⁴⁷

Die Autoren sehen die grundsätzliche Problematik in der „Kompatibilität der Haftungsregime“ – also in der Verbindung des vertraglich geregelten Haftungssystems (Verband – Verein) mit dem gesetzlichen Haftungssystem (Verein – Zuschauer).⁴⁸ Zwar sei die Argumentation des BGH⁴⁹ in sich schlüssig, das Urteil gehe jedoch (ebenso wie seine Besprechungen) nicht auf die Zwecke ein, die jeweils hinter dem Schadensrecht und der Verbandsstrafe stünden. Für Prütting und Kniepert sind aber gerade diese Zwecke innerhalb der Prüfung des Schutzzweckzusammenhangs entscheidend, denn dieses Tatbestandsmerkmal sei offen für allgemeine Wertungen und Auslegungen.⁵⁰ Zur Beantwortung der Frage, ob die Strafe, die Verband und Verein vereinbart haben, an einen Dritten weitergegeben werden kann, zieht der Beitrag im Anschluss „die Teleologie der Haftungsregime“⁵¹ und die Prinzipien des Schadensrechts (Ausgleichs- und Präventionsprinzip)⁵² heran.

⁴⁴ BGH, Urteil vom 6.11.1979 – VI ZR 254/77, NJW 1980, 119 (121).

⁴⁵ So schon BGH, Urteil vom 6.11.1979 – VI ZR 254/77, NJW 1980, 119 (121); OLG Hamburg, Urteil vom 20.4.1977 – 8 U 31/76, NJW 1977, 1347 (1348); Hagmann, JZ 1978, 133 (136); Deutsch, Gutachten E, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des einundfünfzigsten Deutschen Juristentages, 1976, S. 1 (54f.). Nach der Ansicht des OLG Koblenz, Urteil vom 13.11.1975 – 1 Ss 199/75, NJW 1976, 63 und der des OLG Braunschweig, Urteil vom 14.7.1975 – Ss 63/75, NJW 1976, 60 liegt der Schaden hingegen außerhalb des Schutzbereichs des § 823 BGB.

⁴⁶ Prütting/Kniepert, ZfPW 2017, 458 (459).

⁴⁷ Prütting/Kniepert, ZfPW 2017, 458 (459).

⁴⁸ Prütting/Kniepert, ZfPW 2017, 458 (464).

⁴⁹ BGH, Versäumnisurteil vom 22.9.2016 – VII ZR 14/16, NJW 2016, 3715.

⁵⁰ Prütting/Kniepert, ZfPW 2017, 458 (464). Zur Berücksichtigung allgemeiner schadensrechtlicher Prinzipien innerhalb der Schutzzweckprüfung siehe Lange/Schiemann et al., Schadensersatz, 3. Aufl., 2003, S. 101.

⁵¹ Prütting/Kniepert, ZfPW 2017, 458 (464 ff.).

⁵² Prütting/Kniepert, ZfPW 2017, 458 (466 ff.).

aa) Das Ausgleichsprinzip als tragendes Element des Schadensrechts

Zutreffend stellen die Autoren fest, dass das Schadensrecht im Wesentlichen dem Ausgleichsprinzip folgt, weshalb die Schadensersatzpflicht nur so weit gehen kann, wie sie dem Ausgleich dient.⁵³ Zwar sei auch eine präventive Funktion der Schadensersatzpflicht inzwischen anerkannt; diese stelle allerdings nur ein „erwünschtes Nebenprodukt“ dar.⁵⁴

In der Folge prüfen die Autoren das Ausgleichsprinzip. Der Regress gegen den Zuschauer erscheine zunächst als Ausgleich der Zahlungspflicht, die dem Verein durch die Verbandsstrafe entstanden sei.⁵⁵ Die Verbandsstrafe verfolge aber ganz andere Zwecke als den bloßen Ausgleich, wodurch ein „kaum zu akzeptierendes Spannungsfeld“⁵⁶ zwischen den beiden Haftungssystemen entstehe. Die beiden Haftungssysteme seien zwar grundsätzlich isoliert zu betrachten, jedoch ändere sich das, sobald der Verein vom Zuschauer die Verbandsstrafe zurückverlangen könne.⁵⁷ Für Prütting und Kniepert wird so „die Verbandsstrafe als dem Schadensrecht systemfremde Sanktion in einen vermeintlich systemkonformen Schadensersatz transformiert“.⁵⁸

Diese „Transformation“ nehmen die Autoren zum Anlass, die Prinzipien des Schadensrechts (insbesondere das Ausgleichsprinzip) nun auf das Verhältnis zwischen *Verband* und *Zuschauer* anzuwenden: Sie konstruieren gewissermaßen ein *hypothetisches* Schadensersatzverhältnis zwischen Verband und Zuschauer.⁵⁹ Prütting und Kniepert prüfen also, ob das Ausgleichsprinzip auch in einem Schadensersatzverhältnis zwischen Verband und Zuschauer die Verbandsstrafe umfassen würde. Da dem Verband kein materieller Schaden entstehe, trage das Ausgleichsprinzip den Regress der Verbandsstrafe nicht.⁶⁰ Wollte man diesen allein auf das Präventionsprinzip stützen, führte das wiederum zu einer „Erosion des deutschen Haftungsrechts“.⁶¹ Die Transformation der Verbandsstrafe in den Regress gegen den Zuschauer habe eine Materialisierung immaterieller Interessen zur Folge, die das Schadensrecht nicht kenne.⁶²

⁵³ Lange/Schiemann *et al.*, Schadensersatz, 3. Aufl., 2003, S. 9–10.

⁵⁴ Prütting/Kniepert, ZfPW 2017, 458 (465).

⁵⁵ Prütting/Kniepert, ZfPW 2017, 458 (465).

⁵⁶ Prütting/Kniepert, ZfPW 2017, 458 (466).

⁵⁷ Prütting/Kniepert, ZfPW 2017, 458 (466 f.).

⁵⁸ Prütting/Kniepert, ZfPW 2017, 458 (467).

⁵⁹ Prütting/Kniepert, ZfPW 2017, 458 (467 ff.).

⁶⁰ Prütting/Kniepert, ZfPW 2017, 458 (467 f.).

⁶¹ Nach Prütting/Kniepert, ZfPW 2017, 458 (469) begeht der BGH in seiner Rechtsprechung zum Verbandsstrafenregress unbetretenes Terrain, als er in der Schutzzweckprüfung auf den Präventionszweck des Regresses eingeht.

⁶² Prütting/Kniepert, ZfPW 2017, 458 (467).

bb) Stellungnahme

Prütting und Kniepert arbeiten mit dem Ausgleichsprinzip einen problematischen Punkt des Verbandsstrafenregresses heraus. Jedoch stellt sich die Frage, ob das eigentliche Problem – das der Drittbelastung (wie es auch der Beitrag letztlich benennt) – dadurch gelöst werden kann. Daran kommen Zweifel auf, wenn man sich die problematische Vereinbarung genauer vor Augen führt. § 9a der Rechts- und Verfahrensordnung des DFB lautet:

„1. Vereine und Tochtergesellschaften sind für das Verhalten ihrer Spieler, Offiziellen, Mitarbeiter, Erfüllungsgehilfen, Mitglieder, Anhänger, Zuschauer und weiterer Personen, die im Auftrag des Vereins eine Funktion während des Spiels ausüben, verantwortlich.

2. Der gastgebende Verein und der Gastverein bzw. ihre Tochtergesellschaften haften im Stadionbereich vor, während und nach dem Spiel für Zwischenfälle jeglicher Art.“

Zwar kann die Anwendung des Ausgleichsprinzips auf das Verhältnis zwischen Verband und Zuschauer eine *Erhöhung* des Schadens um die Verbandsstrafe verhindern. Sie kann allerdings nicht verhindern, dass das Verbandsrecht faktisch die *deliktische* Haftung des Zuschauers in eine *vertragliche* wandelt: Fügt der Zuschauer dem Verband einen reinen Vermögensschaden zu,⁶³ so wirkt § 9a der Rechts- und Verfahrensordnung des DFB haftungsbegründend. Ohne diese Haftungskonstruktion haftet der Zuschauer dem Verband gegenüber nur *deliktsrechtlich* und deshalb für keine reinen Vermögensschäden. In dieser Situation hilft die Anwendung des Ausgleichsprinzips wenig weiter, da es tatsächlich einen Schaden auszugleichen gibt – allerdings lediglich einen Vermögensschaden.

Ähnliche Probleme ergeben sich auch in Situationen, in denen der Zuschauer ein deliktsrechtlich geschütztes Rechtsgut des Verbands schädigt. Diese betreffen die *Beweislast* des Zuschauers: Er müsste aufgrund der Haftungskonstruktion sein vermutetes Verschulden widerlegen (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB), obwohl im ursprünglichen Haftungsverhältnis zwischen Verband und Zuschauer eigentlich der Verband die Beweislast für das Verschulden trüge, §§ 823, 826 BGB.

Auch hier wandelt der § 9a der Rechts- und Verfahrensordnung des DFB faktisch eine *deliktische* in eine *vertragliche* Haftung.

Das Problem bei einer derartigen verschuldensunabhängigen Einstandshaftung⁶⁴ ist also nicht das Ausgleichsprinzip, sondern die willkürliche Verschiebung des Schadenspostens samt Haftungsregimes (vom Verband zum Verein) –

⁶³ Denkbar wäre, dass der Fan durch die Missachtung der Stadionordnung den Verkauf von Fanartikeln des DFB verhindert.

⁶⁴ Die verschuldensunabhängige Haftung als entscheidendes Problem beim Verbandsstrafenregress betrachtend *Nees, Der Verbandsstrafenregress im Nachgang an störendes Zuschauerverhalten*, 2018, S. 137–168.

eine Art künstlich geschaffener Vertrag mit Schutzwirkung für den Verband. Der Verein haftet automatisch für den Schaden des Verbands, sofern ein Zuschauer diesen verursacht. Diese Absprache verlängert die vertragliche Haftung des Zuschauers gegenüber dem Verein faktisch bis zum Verband. Das Problem der Drittbelastung bleibt also dasselbe: Verband und Verein vereinbaren ein Rechtsgeschäft, das die Rechtsposition des Zuschauers als Dritten beeinträchtigt (durch die Erweiterung seiner Schadensersatzpflicht). Allein durch den Rückgriff auf das Ausgleichsprinzip als Grundlage des Haftungsrechts lässt sich das eigentliche Problem der privaten Schadensgestaltung – die Drittbelastung – nicht lösen.

4. Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs durch freiwilliges Verhalten des Geschädigten

Dem eigentlichen Kernproblem kommt man möglicherweise näher, wenn man untersucht, ob der Geschädigte durch sein freiwilliges Verhalten den Zurechnungszusammenhang unterbrochen hat. Ist der Vermögensschaden, der in der Zahlungspflicht einer Fangprämie, Vertrags- oder Verbandsstrafe besteht, tatsächlich dem Schädiger zuzurechnen, obwohl der Geschädigte ihn durch sein eigenes Rechtsgeschäft selbst erst ermöglicht?

Die Argumentationen fallen dazu im bisherigen Diskurs recht knapp aus. Nach S. Martens führt die freiwillige Verpflichtung des Vereins, die durch das schädigende Ereignis bedingt ist, nicht zwingend zu einer Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs.⁶⁵ Zur Begründung benennt der Autor den Regress von Vertragsstrafen im Baugewerbe, den der BGH vor Jahrzehnten anerkannt hat. Auch Deutsch sieht an dieser Stelle für den Regress von Fangprämien kein Problem. Zwar könne man argumentieren, dass die Fangprämie ein selbst zugefügter Schaden sei, doch zwingt das „Überhandnehmen der Ladendiebstähle“ die Ladeninhaber zu dieser Maßnahme.⁶⁶ Die Aussetzung der Fangprämie sei weniger im Willen der Ladeninhaber als in der Erwartung von Verlusten begründet.⁶⁷

Nun lässt sich zunächst festhalten, dass die Haftung grundsätzlich losgelöst davon entsteht, ob das Verhalten des Schädigers den Schaden *unmittelbar* oder erst zusammen mit anderen Umständen herbeiführt.⁶⁸ Für Letzteres kommt insbesondere auch das Verhalten des Geschädigten selbst in Betracht.⁶⁹ Eine Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs ist nur dann anzunehmen, wenn die Zweitursache hinsichtlich des eintretenden Schadens „so stark in den Vordergrund tritt“, dass sie die Erstursache „vollständig verdrängt“.⁷⁰

⁶⁵ S. Martens, NJW 2016, 3691 (3692).

⁶⁶ Deutsch, JZ 1980, 102 (103).

⁶⁷ Deutsch, JZ 1980, 102 (103).

⁶⁸ BGH, Urteil vom 4.2.1964 – VI ZR 25/63, NJW 19964, 720 (721).

⁶⁹ Oetker, in: MüKo-BGB II, 8. Aufl., 2019, § 249 Rn. 141.

⁷⁰ Oetker, in: MüKo-BGB II, 8. Aufl., 2019, § 249 Rn. 143.

Liegen diese Voraussetzungen vor, *unterbricht* das Verhalten des Geschädigten den Zurechnungszusammenhang. Doch es kann nur das unterbrechen, was der Schädiger bereits in Gang gesetzt hat. In den Fällen der privaten Schadensgestaltung ist es aber gerade andersherum: Die bedingte Verpflichtung des Geschädigten – zur Zahlung der Fangprämie, Vertrags- oder Verbandsstrafe – findet gerade *vor* dem schädigenden Verhalten statt. Der Schädiger führt durch sein Verhalten die Bedingung jener Verpflichtung herbei und löst dadurch den Schaden aus. Die private Schadensgestaltung stellt also keine Zweitursache dar, die den Zurechnungszusammenhang unterbrechen könnte. Vielmehr ist die Schädigungshandlung – wenn man so will – selbst die Zweitursache.

Demzufolge könnte lediglich für den Verbandsstrafenregress der Zurechnungszusammenhang unterbrochen sein. Zwischen dem schädigenden Verhalten des Zuschauers (Böllerwurf, Flitzerlauf etc.) und der Verbandsstrafe liegt das Urteil des Sportgerichts des DFB. Erst durch das Urteil entsteht der Schadensposten. Allerdings ist das Zuschauerfehlverhalten gerade der Grund für das Sportgerichtsverfahren. Man kann kaum davon sprechen, dass das Sportgerichtsverfahren die Ursächlichkeit des Zuschauerfehlverhaltens vollständig verdrängt. Es liegt deshalb auch im Falle der Verbandsstrafe keine Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs vor.⁷¹

Es ließe sich in den Fällen der privaten Schadensgestaltung nun eine Art umgekehrte Anwendung der Theorie der Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs andenken. Dadurch wäre auch die Ursachenwirkung eines Verhaltens des Geschädigten erfasst, das zeitlich vor dem Schädigungsverhalten liegt. Die Zurechnung des Schadens wäre dann zu verneinen, wenn die Schädigungshandlung (Zweitursache) nicht stark genug in den Vordergrund tritt, um die Erstursache vollständig zu verdrängen. Doch würde eine derartige Modifizierung der Schadenszurechnung die Haftungsvoraussetzungen extrem hoch setzen. Immerhin wäre die Haftung immer dann ausgeschlossen, wenn das Schädigungsverhalten die Erstursache nicht *vollständig verdrängt*. Darüber hinaus ist diese Definition wenig objektiv und dürfte oft zu Billigkeitsentscheidungen führen. Eine umgekehrte Anwendung der Theorie der Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs überzeugt deshalb nicht.

5. Ausschluss der Zurechnung aufgrund der Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts

Manche Autoren⁷² verneinen den *Zurechnungszusammenhang* zwischen dem Fehlverhalten des Zuschauers und der Zahlung des Vereins aufgrund einer ver-

⁷¹ So schon *BGH*, Versäumnisurteil vom 22.9.2016 – VII ZR 14/16, NJW 2016, 3715 (3716).

⁷² *Gerlach/Manzke*, SpuRt 2020, 282 (284f.); *Gerlach/Manzke*, SpuRt 2021, 2 (5); *Prütting/Kniepert*, ZfPW 2017, 458 (472).

meintlichen Unwirksamkeit der Verbandsstrafe. Wie das Tatbestandsmerkmal des Schadens stellt auch das des Zurechnungszusammenhangs nur eine *formale* Einbruchstelle für die mögliche Berücksichtigung einer Unwirksamkeit der privaten Schadensgestaltung dar.⁷³ Selbstständig gewährleistet der Zurechnungszusammenhang – wie bereits dargelegt⁷⁴ – keinen ausreichenden Drittschutz.⁷⁵

III. Mitverschulden

Zuletzt könnte aufgrund eines Mitverschuldens des Geschädigten die Haftung ausgeschlossen oder zumindest der Haftungsumfang begrenzt sein, § 254 BGB. Dabei ist zwischen § 254 Abs. 1 BGB und § 254 Abs. 2 S. 1 BGB zu unterscheiden. Für § 254 Abs. 1 BGB ist ein Mitverschulden bei der *Schadensentstehung* notwendig. Zwar setzt der Wortlaut ein „Verschulden des Beschädigten“ voraus, da es ihm aber offensteht, seine Rechtsgüter zu schützen, bedarf es für sein Mitverschulden keiner Rechtspflichtverletzung.⁷⁶ Man spricht vielmehr von der *Obliegenheit* des Geschädigten, seinen Schaden zu vermeiden.⁷⁷ Diese verletzt der Geschädigte, wenn er die Sorgfalt außer Acht lässt, die ein verständiger Mensch zur Vermeidung eigener Schäden anwendet.⁷⁸

§ 254 Abs. 2 S. 1 BGB ist einschlägig, wenn der Geschädigte es unterlässt, vor einem möglichen Schaden zu *warnen*, ihn *abzuwenden* oder zumindest zu *mildern*. Es handelt sich dabei um Anwendungsfälle, die dem in § 254 Abs. 1 BGB festgelegten Grundsatz folgen.⁷⁹ Auch hier bedarf es lediglich einer Obliegenheitsverletzung des Geschädigten, für die wiederum die Sorgfalt eines verständigen Menschen maßgeblich ist.⁸⁰

⁷³ Dazu bereits oben 2. Kapitel A. I. 2. (S. 30).

⁷⁴ Siehe „Schutzzweck der Norm“ 2. Kapitel A. II. 3. (S. 33 ff.) und „Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs durch freiwilliges Verhalten des Geschädigten“ 2. Kapitel A. II. 4. (S. 39 f.).

⁷⁵ Nach dem BGH kommt es zudem für den Zurechnungszusammenhang auf die Wirksamkeit der Verbandsstrafe gar nicht an, weil der Zuschauer die Zahlung der Geldstrafe durch das vertragswidrige Verhalten herausgefordert habe und die Zahlung keine ungewöhnliche oder unsachgemäße Reaktion hierauf darstelle: *BGH*, Versäumnisurteil vom 22.9.2016 – VII ZR 14/16, NJW 2016, 3715. Diese Folgerung erscheint allerdings zweifelhaft. Näher zur Auswirkung der Unwirksamkeit der privaten Schadensgestaltung auf den Regress unten 8. Kapitel C. (S. 145).

⁷⁶ *Lorenz*, in: BeckOK BGB, 59. Aufl., 2021, § 254 Rn. 9.

⁷⁷ *Lorenz*, in: BeckOK BGB, 59. Aufl., 2021, § 254 Rn. 9.

⁷⁸ *BGH*, Urteil vom 20.3.1979 – VI ZR 152/78, NJW 1979, 1363 (1364); *BGH*, Urteil vom 29.4.1953 – VI ZR 63/52, NJW 1953, 977.

⁷⁹ *Oetker*, in: MüKo-BGB II, 8. Aufl., 2019, § 254 Rn. 68.

⁸⁰ *Oetker*, in: MüKo-BGB II, 8. Aufl., 2019, § 254 Rn. 68.

1. Bisherige Behandlung des Mitverschuldensgrundsatzes in Fällen der privaten Schadensgestaltung durch Literatur und Rechtsprechung

Im Zusammenhang mit dem Regress der Verbandsstrafen beschränkt sich die Diskussion größtenteils auf ein mögliches Mitverschulden des Vereins wegen unzureichender Sicherheitsvorkehrungen, mangelnder Hinweise hinsichtlich der Schadenshöhe und des Unterlassens von Rechtsmitteln gegen die Verbandsstrafe.⁸¹ Ersteres könnte ein Mitverschulden bei der Entstehung des Schadens nach § 254 Abs. 1 BGB darstellen. Jedoch wirkt sich nach zutreffender h. M. ein mögliches *fahrlässiges* Verhalten des Vereins bei der Sicherheitskontrolle nicht auf die Ersatzpflicht des *vorsätzlich* handelnden Schädigers aus.⁸²

Auch verletzt der Verein seine Obliegenheit zur Schadensminderung (§ 254 Abs. 2 S. 1 BGB) nicht dadurch, dass er nicht alle Zuschauer auf potenziell drohende Verbandsstrafen hinweist. Es dürfte jedem Zuschauer bekannt sein (insbesondere denjenigen, die sich zu Störaktionen hinreißen lassen), dass der Verband den Verein mit einer hohen Verbandsstrafe belegen kann, wenn es zu Ausschreitungen im Stadion kommt.

Zwar vertreten Teile der Literatur, dass den Verein bei „übermäßigen Verbandsstrafen“ die Obliegenheit treffe, Rechtsmittel zur Schadensminderung einzulegen.⁸³ An welchen Maßstäben die „Übermäßigkeit“ der Verbandsstrafe zu messen sei, beantworten sie jedoch nicht. Eine Verletzung der Schadensminderungsobliegenheit aufgrund eines unterlassenen Rechtsmittels dürfte – wenn überhaupt – angesichts der allgemeinen Akzeptanz von Verbandsstrafen⁸⁴ nur in extremen Ausnahmefällen in Frage kommen. Nach dem BGH muss im Zusammenhang mit dem Vertragsstrafenregress der Hauptunternehmer den Subunternehmer nur in jenen Fällen auf das Risiko eines besonders hohen Schadens aufmerksam machen, in denen ihm eine unüblich hohe Vertragsstrafe droht.⁸⁵ Der

⁸¹ *BGH*, Versäumnisurteil vom 22.9.2016 – VII ZR 14/16, NJW 2016, 3715 (3717f.); *Walker*, Zur Regressfähigkeit von Verbandsstrafen wegen Zuschauerausschreitungen, in: Bannenberg/Brettel/Freund et al. (Hrsg.), Über allem: Menschlichkeit, 1. Auflage, 2015, S. 701 (710 ff.); *Mäsch*, JuS 2017, 261 (263).

⁸² So schon *Weller/Benz et al.*, JZ 2017, 237 (244); *Walker*, Zur Regressfähigkeit von Verbandsstrafen wegen Zuschauerausschreitungen, in: Bannenberg/Brettel/Freund et al. (Hrsg.), Über allem: Menschlichkeit, 1. Auflage, 2015, S. 701 (710 f.); *Bagger/Kober*, JM 2015, 360 (362).

⁸³ *Walker*, Zur Regressfähigkeit von Verbandsstrafen wegen Zuschauerausschreitungen, in: Bannenberg/Brettel/Freund et al. (Hrsg.), Über allem: Menschlichkeit, 1. Auflage, 2015, S. 701 (712); *Weller/Benz et al.*, JZ 2017, 237 (245). In diese Richtung argumentiert auch das *LG Hannover*, Urteil vom 26.5.2015 – 2 O 289/14, BeckRS 2015, 14524.

⁸⁴ *BGH*, Versäumnisurteil vom 22.9.2016 – VII ZR 14/16, NJW 2016, 3715 (3717).

⁸⁵ *BGH*, Urteil vom 18.12.1997 – VII ZR 342–96, NJW 1998, 1493 (1994); *Rodemann*, MDR 2002, 1357 (1358).

entscheidende Punkt ist jedoch, dass die Unwirksamkeit der Vertrags- oder Verbandsstrafe aufgrund ihrer unangemessenen Höhe gegenüber dem *Vertragspartner* höchstens *zufällige* Schutzwirkung für den Dritten entfaltet.⁸⁶ Die Interessen des Dritten werden dadurch nicht hinreichend geschützt.

2. Auslobung der Fangprämie als Mitverschulden

Für diese Arbeit ist aber vor allem von Interesse, ob die private Schadensgestaltung bereits an sich zu einem Mitverschulden des Geschädigten führen kann (also das Zustandekommen von Fangprämien, Vertrags- oder Verbandsstrafen). Literatur und Rechtsprechung diskutieren diese Frage bisher, soweit ersichtlich, lediglich im Hinblick auf die Fangprämie.

Der BGH lässt diesbezüglich offen, ob sich die Beschränkung der Ersatzfähigkeit der Fangprämie auch auf § 254 Abs. 2 S. 1 BGB stützen lässt.⁸⁷ Die Ersatzfähigkeit der Prämie sei jedenfalls aus allgemeinen Grundsätzen des Schadensrechts zu beschränken.⁸⁸ Das OLG Hamburg hatte zuvor bei einer unangemessen hohen Fangprämie (550 DM) eine „Verletzung der Schadensminderungspflicht“ durch den Ladeninhaber angenommen.⁸⁹ Auch Deutsch merkt an: „Die Parallele zum Mitverschulden (§ 254 BGB) liegt auf der Hand.“⁹⁰

Man kann jedoch keine Obliegenheitsverletzung annehmen, wenn das alternative Verhalten andere, vergleichbar große Gefahren mit sich gebracht hätte.⁹¹ Der Ladeninhaber vereinbart die Fangprämie aber gerade, um Schäden an seinem Eigentum zu verhindern. Nun ließe sich entgegen, dass Ladendiebstahl wohl regelmäßig keine großen Vermögensschäden zur Folge hätten. Der Ladeninhaber lobt die Fangprämie aber auch aus general-präventiven Gründen aus.⁹² Dadurch soll sie eine unbestimmbare Anzahl von drohenden Ladendiebstählen verhindern. Der Ladeninhaber lässt demnach keineswegs seine Sorgfalt zur Vermeidung eigener Schäden außer Acht; er nimmt die Maßnahmen gerade vor, um sich vor Schäden zu schützen.

⁸⁶ So bereits oben 2. Kapitel A.I.2. (S. 30 ff.).

⁸⁷ *BGH*, Urteil vom 6.11.1979 – VI ZR 254/77, NJW 1980, 119 (121).

⁸⁸ *BGH*, Urteil vom 6.11.1979 – VI ZR 254/77, NJW 1980, 119 (121). Mehr zur dogmatischen Einordnung des Urteils unten 2. Kapitel B.I.1. (S. 45 f.).

⁸⁹ *OLG Hamburg*, Urteil vom 20.4.1977 – 8 U 31/76, NJW 1977, 1347 (1349).

⁹⁰ *Deutsch*, JZ 1980, 102 (103).

⁹¹ *BGH*, Urteil vom 17.10.2000 – VI ZR 313/99, NJW 2001, 149 (150); *Oetker*, in: *MüKo-BGB II*, 8. Aufl., 2019, § 254 Rn. 30.

⁹² *Diersch*, Die Fangprämie beim Ladendiebstahl, 2000, S. 95 und 146. Nach dem *BGH*, Urteil vom 6.11.1979 – VI ZR 254/77, NJW 1980, 119 (120) wirkt bereits die erhöhte Wachsamkeit des Personals abschreckend auf potenzielle Diebe.

3. Vereinbarung der Verbands- und Vertragsstrafe als Mitverschulden

Zu prüfen bleibt, ob Vereine und Hauptunternehmer durch die Vereinbarung einer Verbands- bzw. Vertragsstrafe die Sorgfalt verletzen, die ein verständiger Mensch zur Vermeidung eigener Schäden anwendet.⁹³

Natürlich wäre es auf den ersten Blick zur Schadensabwehr des Vereins und Hauptunternehmers am effektivsten, wenn es weder Verbands- noch Vertragsstrafen gäbe. Immerhin handelt es sich um Strafen, die sich einseitig gegen Verein und Hauptunternehmer richten. Doch gehören beide Instrumente zwingend zum Geschäftsverkehr dazu. Der Verband benötigt Mittel, um das Verbandsrecht durchzusetzen; der Bauherr, um den Bauauftrag abzusichern. Es dürfte heutzutage nur wenige Fälle geben, in denen Verbandsregularien im Profisport oder Bauaufträge ohne Strafvereinbarung auskommen. Es liegt somit keine Sorgfaltspflichtverletzung in Form der Vereinbarung derartiger Strafen im Sinne des § 254 Abs. 1 BGB vor, da diese in der Regel notwendiger Teil wirtschaftlich vernünftiger Verträge sind.

IV. Zusammenfassung

Bei der schadensrechtlichen Prüfung der privaten Schadensgestaltung behandeln Autoren und Rechtsprechung die Problematik der Drittbelastungssituation an den unterschiedlichsten Stellen. Wie der vorstehende Teil zeigt, führt eine rein formale schadensrechtliche Prüfung regelmäßig zur Regressfähigkeit von Fangprämien, Verbands- und Vertragsstrafen.⁹⁴ Der Schädiger führt durch sein Verhalten adäquat-kausal die Zahlungspflicht des Geschädigten herbei.⁹⁵ Der dadurch entstandene Vermögensschaden ist ihm zudem zurechenbar. Weiterhin trifft den Geschädigten durch die Vereinbarung der privaten Schadensgestaltung meist kein Mitverschulden.

Die Drittbelastung, die die private Schadensgestaltung mit sich bringt, kann im Rahmen einer rein formalen Schadensersatzprüfung nicht hinreichend berücksichtigt werden. Dafür bedarf es vielmehr einer gesonderten Kontrolle des drittbelastenden Rechtsgeschäfts, die der Schadensersatzprüfung vorgelagert ist. Schließlich ist das eigentliche Problem der privaten Schadensgestaltung keines, das lediglich im Schadensrecht aufzufinden ist; es ist vielmehr allen Rechtsgeschäften gemein, aus denen sich Drittbelastungen ergeben.

⁹³ *BGH*, Urteil vom 20.3.1979 – VI ZR 152/78, NJW 1979, 1363 (1364); *BGH*, Urteil vom 29.4.1953 – VI ZR 63/52, NJW 1953, 977.

⁹⁴ So auch im Hinblick auf den Verbandsstrafenregress *S. Martens*, NJW 2016, 3691 (3694) und *Prütting/Kniepert*, ZfPW 2017, 458.

⁹⁵ Im Falle der Fangprämie, die *nach* dem Diebstahl ausgelobt wird, hat der Dieb als Schädiger eine derartige Maßnahme „herausgefordert“.

B. Vorgelagerte Kontrolle der Drittwirkungen des Rechtsgeschäfts

In der bisherigen Diskussion finden sich bereits verschiedene Ansätze, die eine über die formale Schadensersatzprüfung hinausgehende Berücksichtigung der Drittinteressen vorsehen. Die Argumentationen weisen eine gewisse Nähe zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und zum Vertrag zu Lasten Dritter auf.

I. Verhältnismäßigkeitskontrolle privater Schadensgestaltungen

1. Angemessenheitskontrolle des BGH bei der Fangprämie

Der BGH erkennt die Gefahr, dass der Ladendieb mit einem Aufwand belastet wird, der anderen Zwecken dient als der „Abwehr des durch *seine* Tat heraufbeschworenen Schadens“.⁹⁶ Das könne man jedoch nicht durch die Verneinung der Ersatzfähigkeit der Fangprämie verhindern, sondern lediglich durch ihre Begrenzung.⁹⁷ Sicherlich wäre in Bezug auf die Interessen des Ladendiebes die Verneinung der Ersatzfähigkeit der Fangprämie am wirksamsten. Der BGH bestrebt aber einen Ausgleich zwischen den Interessen des Ladendiebes und denen des Ladeninhabers.

Der BGH kontrolliert in der Folge den Inhalt der Fangprämie. „Angemessen“ sei zum Zeitpunkt der Entscheidung eine pauschale Fangprämie von 50 DM.⁹⁸ Nicht nur die Terminologie, sondern auch das Argumentationsmuster weist Ähnlichkeiten zu einer Verhältnismäßigkeitsprüfung auf. Teile der Literatur bezeichnen die Entscheidung deshalb als Billigkeitsentscheidung.⁹⁹ Nach Deutsch ist die Rechtsprechung in Fällen der privaten Schadensgestaltung aufgefordert, den „Haftungsrahmen billigkeitsrechtlich zu gestalten“, auch wenn das im strengen Schadensrecht ungewöhnlich erscheinen möge.¹⁰⁰

Dass der BGH offenlässt, an welcher Stelle der Schadensersatzprüfung die Angemessenheitskontrolle durchgeführt werden soll, legt nahe, dass dieselbe ihren inhaltlichen Ursprung *außerhalb* des Schadensrechts hat. Zwar beruft sich der Senat auf einen „allgemeinen Grundsatz des Schadensrechts“, die Angemessenheitskontrolle führt er allerdings aufgrund einer Drittbelastung durch, die bereits

⁹⁶ *BGH*, Urteil vom 6.11.1979 – VI ZR 254/77, NJW 1980, 119 (121).

⁹⁷ *BGH*, Urteil vom 6.11.1979 – VI ZR 254/77, NJW 1980, 119 (121).

⁹⁸ *BGH*, Urteil vom 6.11.1979 – VI ZR 254/77, NJW 1980, 119 (121). Auch *Deutsch*, Gutachten E, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des einundfünfzigsten Deutschen Juristentages, 1976, S. 1 (82) plädiert für eine Angemessenheitsprüfung: „Um Manipulationen zu vermeiden, sollten nur angemessene Aufwendungen ersatzfähig sein.“

⁹⁹ *Deutsch*, JZ 1980, 102 (103); *Nees*, Der Verbandsstrafenregress im Nachgang an störendes Zuschauerverhalten, 2018, S. 108.

¹⁰⁰ *Deutsch*, JZ 1980, 102 (103).

einem Rechtsgeschäft entspringt und nicht erst durch die Schadensverursachung entsteht.

2. Fangprämienregress als Schikane im Sinne des § 226 BGB

Nach Braun und Spiess stellt sich die Regressproblematik bei Fangprämien im Grunde folgendermaßen dar:

„Besteht an Anspruchsgrundlagen, die sich für eine Überwälzung von Fangprämien auf den Schädiger prinzipiell eignen, kein Mangel, so bieten sich für die Frage, bis zu welcher Höhe derartige Prämien ersatzfähig sind, nur wenige Ansatzpunkte dar.“¹⁰¹

Für die Autoren steht demnach fest, dass das Ergebnis der formalen schadensrechtlichen Prüfung einer besonderen Kontrolle bedarf. In der Folge diskutieren sie die „Erforderlichkeit von Fangprämien“¹⁰² und den „Gedanke[n] der wirtschaftlichen Angemessenheit“.¹⁰³ Anstelle einer positiven Angemessenheitsprüfung¹⁰⁴ sei eine *negative* Prüfung vorzunehmen: eine Unverhältnismäßigkeitsprüfung, die sich aus dem Schikaneverbot ergebe, § 226 BGB.¹⁰⁵ Der Regress der Fangprämie sei demnach insoweit begrenzt, als er der reinen Schikane des Ladendiebes diene.¹⁰⁶ Auf diese Grundlage stützt auch G. Meier seine Verhältnismäßigkeitsprüfung der Fangprämie.¹⁰⁷

Das Schikaneverbot kann jedoch als dogmatische Grundlage für eine Unverhältnismäßigkeitsprüfung nicht überzeugen. Immerhin hat jeder Ladeninhaber am Regress einer Fangprämie ein wirtschaftliches Interesse – egal wie hoch diese ist. Er fordert die Fangprämie vom Ladendieb zumindest nicht allein, um diesen zu schikanieren. Die Grenze der Schikane kann deshalb kaum erreicht werden und bemühe sich zudem rein subjektiv. Das Schikaneverbot erscheint aus diesen Gründen als Ursprung eines Interessenausgleichs wenig geeignet.

3. Inhaltskontrolle von Verbandsstrafen aufgrund eines Legitimationsdefizites

Heermann führt im Zusammenhang mit dem Verbandsstrafenregress eine „Inhaltskontrolle von § 9a DFB-RuVO i.V.m. dem 9-Punkte-Papier“ durch.¹⁰⁸ Diese

¹⁰¹ Braun/Spiess, MDR 1978, 356 (359).

¹⁰² Braun/Spiess, MDR 1978, 356 (359).

¹⁰³ Braun/Spiess, MDR 1978, 356 (360).

¹⁰⁴ Zum Erfordernis einer Angemessenheitsprüfung bei der Geltendmachung von Detektivkosten als Prozesskosten *Rennen*, MDR 1972, 13.

¹⁰⁵ Braun/Spiess, MDR 1978, 356 (361).

¹⁰⁶ Braun/Spiess, MDR 1978, 356 (361).

¹⁰⁷ Meier, NJW 1976, 584.

¹⁰⁸ Heermann, Inhaltskontrolle von § 9a DFB-RuVO i.V.m. dem „9-Punkte-Papier“, in: Huber/Danzl/Dauner-Lieb (Hrsg.), *Deutsches, österreichisches und internationales Schadensersatzrecht*, 2020, S. 159 (163 ff.).

Inhaltskontrolle stützt er auf das „Legitimationsdefizit“, das sich aus der mangelnden Unterwerfung oder Zustimmung der Zuschauer ergebe, die die Verbandsstrafe zumindest mittelbar treffe.¹⁰⁹ Die Kontrolle sei an dem Drei-Stufen-Test zu orientieren, den der EuGH im Verfahren Meca-Medina und Majeen-Kommission¹¹⁰ entwickelt habe.¹¹¹ Eine vergleichbare Inhaltskontrolle ergebe sich ansonsten auch aus §§ 242 und 307 ff. BGB.

II. Vertrag zu Lasten Dritter

1. Prütting und Kniepert

Nach Prütting und Kniepert liegt aufgrund der Verbandsstrafe zumindest eine dem Vertrag zu Lasten Dritter gleichzusetzende Situation vor.¹¹² Das Verbandsrecht wirke dem Zuschauer gegenüber haftungsbegründend.¹¹³ Eine nähere Untersuchung der zum Vertrag zu Lasten Dritter entwickelten Theorien nehmen die Autoren allerdings nicht vor.¹¹⁴ Der Vertrag zu Lasten Dritter sei innerhalb des Schutzzweckzusammenhangs zu besprechen.¹¹⁵

Prütting und Kniepert werfen dadurch eine Art zweiten „Rettungsanker“, der die Belastung des Zuschauers verhindern soll. Damit deutet sich an, dass auch für sie noch Zweifel daran bestehen, ob die von ihnen aus dem Schadensrecht entwickelten Grundsätze ausreichen, um den Zuschauer vor Drittbelastungen durch Rechtsgeschäfte hinreichend zu schützen.

2. S. Martens

Nach S. Martens ist der Regress von Verbandsstrafen ausgeschlossen, da die Strafen bei „gebotener normativer Betrachtung keinen ersatzfähigen Schaden der Vereine darstellen“.¹¹⁶ Anders als Prütting und Kniepert¹¹⁷ wählt er das Tatbestandsmerkmal des *Schadens* als Einbruchstelle für die Sittenwidrigkeit, die sei-

¹⁰⁹ Heermann, Inhaltskontrolle von § 9a DFB-RuVO i.V.m. dem „9-Punkte-Papier“, in: Huber/Danzl/Dauner-Lieb (Hrsg.), Deutsches, österreichisches und internationales Schadensersatzrecht, 2020, S. 159.

¹¹⁰ EuGH, Urteil vom 18.7.2006 – C-519/04 P David Meca-Medina u.a./Kommission, EuZW 2006, 593.

¹¹¹ Heermann, Inhaltskontrolle von § 9a DFB-RuVO i.V.m. dem „9-Punkte-Papier“, in: Huber/Danzl/Dauner-Lieb (Hrsg.), Deutsches, österreichisches und internationales Schadensersatzrecht, 2020, S. 159 (164 f.).

¹¹² Prütting/Kniepert, ZfPW 2017, 458 (472).

¹¹³ Prütting/Kniepert, ZfPW 2017, 458 (472).

¹¹⁴ Näher zu den Formen der Drittbelastung unten 4. Kapitel (S. 57 ff.).

¹¹⁵ Prütting/Kniepert, ZfPW 2017, 458 (472).

¹¹⁶ S. Martens, NJW 2016, 3691 (3693 f.).

¹¹⁷ Prütting/Kniepert, ZfPW 2017, 458 (472) verorten die Prüfung der allgemeinen Prinzipien des Schadensrechts innerhalb des Schutzzweckzusammenhangs.

ner Ansicht nach aufgrund der Drittwirkung der Verbandsstrafe vorliegt.¹¹⁸ Da „derartige verbandsgerichtliche Verfahren zu Lasten Dritter“ unzulässig seien, wäre eine Verbandsstrafe nur zulässig, wenn Verband und Verein deren Drittwirkung (mithilfe eines Vertrags zugunsten Dritter) ausschließen würden.¹¹⁹ S. Martens zieht zur inhaltlichen Begründung seiner „normativen Betrachtung“ § 138 Abs. 1 BGB heran, den er wiederum wegen der Drittbelastung als erfüllt ansieht. Aufgrund der Nichtigkeit könne es auch keinen *Schaden* des Vereins geben.

3. Nees

Auch für Nees stellt die Verbandsstrafe einen Vertrag zu Lasten Dritter dar, da mit ihr die Fremdbestimmung des Zuschauers bezweckt sei und Verein und Verband die Absicht fehle, das eigene Verhältnis zu regeln. Aus diesem Grund sei die Verbandsstrafe insgesamt unwirksam.¹²⁰ In seiner Arbeit setzt sich der Autor als Erster vertieft mit der Frage des Vertrags zu Lasten Dritter im Zusammenhang mit dem Verbandsstrafenregress auseinander. Anknüpfend an die Unwirksamkeit der Verbandsstrafe behandelt Nees die Frage, wie sich die fehlende Zahlungspflicht des Vereins auf das Tatbestandsmerkmal des *Schadens* im Regress mit dem Zuschauer auswirkt.¹²¹ Er vertritt dabei die Ansicht, dass der Regress nicht zwingend auszuschließen ist.¹²² Man könne den Dritten auch ausreichend schützen, indem man ihm einen *Ausgleichsanspruch* gegenüber dem ungerechtfertigt bereicherten Verband zuspreche.¹²³

4. Rieble

Rieble untersucht, ob die Vertragsstrafe im privaten Baurecht einen „schadensrechtlichen Vertrag zu Lasten Dritter“ darstellt.¹²⁴ Er hält die Drittbelastung aber für keine unmittelbare Rechtswirkung der Vertragsstrafe, sondern lediglich für eine „mittelbare belastende Folgewirkung“ derselben, weshalb es sich um einen bloßen „Vertrag mit Lastwirkungen für Dritte“ handle.¹²⁵

¹¹⁸ S. Martens, NJW 2016, 3691 (3694).

¹¹⁹ S. Martens, NJW 2016, 3691 (3694).

¹²⁰ Nees, Der Verbandsstrafenregress im Nachgang an störendes Zuschauerverhalten, 2018, S. 168.

¹²¹ Nees, Der Verbandsstrafenregress im Nachgang an störendes Zuschauerverhalten, 2018, S. 168–179.

¹²² Nees, Der Verbandsstrafenregress im Nachgang an störendes Zuschauerverhalten, 2018, S. 183 ff.

¹²³ Nees, Der Verbandsstrafenregress im Nachgang an störendes Zuschauerverhalten, 2018, S. 184 ff.

¹²⁴ Rieble, DB 1997, 1165.

¹²⁵ Rieble, DB 1997, 1165. Zur Unterscheidung von unmittelbarer und mittelbarer Drittwirkung und der damit verbundenen Frage, ob ein Vertrag zu Lasten Dritter oder

III. Zusammenfassung

Die soeben dargestellten Ansätze verdeutlichen die Notwendigkeit einer vorgelagerten Kontrolle von privaten Schadensgestaltungen. Nur so können die Drittinteressen hinreichend berücksichtigt werden. Zwar kann das Ergebnis einer solchen vorgelagerten Kontrolle wiederum in die formale Schadensersatzprüfung hineinwirken, die eigentliche Untersuchung findet dennoch *außerhalb* des Schadensrechts statt.

Eine vorgelagerte Kontrolle führt auch zu keiner Umgehung der schadensrechtlichen Wertungen: Für Drittbelastungsfälle ist es gerade typisch, dass das geschriebene Recht (in diesem Fall das Schadensrecht) und seine etablierte Anwendung keine passenden Instrumente bereitstellen, um die Interessen des Dritten ausreichend zu berücksichtigen.¹²⁶ Manche behaupten sogar: Die Parteien des Rechtsgeschäfts vermögen es, „bewährte gesetzliche Schadensausgleichsmechanismen zu modifizieren“.¹²⁷

C. Exkurs:

Vergleich zur vertraglichen Haftungsbeschränkung

Eine interessante Perspektive ergibt sich zudem, wenn man die private Schadensgestaltung mit Fallgruppen vergleicht, in denen die Beschränkung der Drittwirkung des Rechtsgeschäfts bereits allgemein anerkannt ist.

Die Situation lässt sich gut mit der vertraglichen Haftungsbeschränkung zwischen dem Geschädigten und einem Teil der Gesamtschuldner¹²⁸ vergleichen, die nach h. M. einen Vertrag zu Lasten Dritter darstellt.¹²⁹ Die vertragliche Haftungsbeschränkung ist keine private Schadensgestaltung im Sinne dieser Arbeit.¹³⁰ Das liegt daran, dass die Vertragsparteien, die die Haftung beschränken, nicht das Tatbestandsmerkmal des *Schadens* modifizieren. Die vertragliche Haftungsbeschränkung modifiziert nicht den Umfang der Schadensersatzpflicht des Schädiger-

ein Vertrag mit Lastwirkungen für Dritte vorliegt ausführlich unter 4. Kapitel C.II.2. (S. 67 ff.).

¹²⁶ Nach *Schmalzbauer*, Die Drittwirkung verpflichtender Verträge, 1982, S. 138 f. kann ein „Übergreif in den Autonomiebereich konkreter Dritter ein Abweichen in den Rechtsfolgen von dem ‚an sich‘ geltenden Recht geboten erscheinen [lassen]“.

¹²⁷ *Heermann*, Inhaltskontrolle von § 9a DFB-RuVO i.V.m. dem „9-Punkte-Papier“, in: Huber/Danzl/Dauner-Lieb (Hrsg.), Deutsches, österreichisches und internationales Schadensersatzrecht, 2020, S. 159 (159).

¹²⁸ Ausführlich dazu *Katzenstein*, Haftungsbeschränkungen zugunsten und zulasten Dritter, 2004; *Klein*, JZ 1997, 390; *Walker*, JuS 2015, 865; *Bieberstein*, Reflexschäden und Regreßrechte, 1967, S. 289 ff.

¹²⁹ *Mäsch*, in: BeckOGK BGB, 2021, § 328 Rn. 138; *Hager*, NJW 1989, 1640 (1643); *Säcker*, Gesellschaftsvertragliche und erbrechtliche Nachfolge in Gesamthandsgesellschaften, 1970, S. 57 f.; *Walker*, JuS 2015, 865 (874).

¹³⁰ Dazu oben 1. Kapitel (S. 25 ff.).

gers, sondern beschränkt dessen Regress gegenüber einem anderen Gesamtschuldner, indem sie das Tatbestandsmerkmal des § 426 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 BGB „aufhebt“ (dem Schädiger einen Gesamtschuldner „wegnimmt“).¹³¹

Der BGH stellte angesichts einer derartigen Haftungsbeschränkung fest:

„Der Satz, die Schadensausgleichung setze eine gemeinsame Schadensersatzverpflichtung mehrerer Schädiger voraus, ist daher dahin einzuschränken, daß die lediglich durch Parteivereinbarung gehinderte Entstehung eines Schadensersatzanspruches oder seine vertragliche Minderung auf die gesetzliche Ausgleichung keinen Einfluß haben kann.“¹³²

Übertrüge man den Satz entsprechend auf die private Schadensgestaltung, könnte dieser lauten: Die lediglich auf Parteivereinbarung beruhende Modifizierung des Tatbestandsmerkmals „Schaden“ kann auf den gesetzlichen Haftungsumfang keinen Einfluss haben.

Nun lässt sich die Einzelfallentscheidung des BGH freilich nicht einfach auf die private Schadensgestaltung übertragen. Das Beispiel verdeutlicht aber, dass es bereits vergleichbare Fälle gibt, in denen die h. M. das Ergebnis der schadensrechtlichen Prüfung korrigiert.

Die Tatsache, dass die schadensrechtliche Prüfung scheinbar unproblematisch durchführbar ist, darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass es in Situationen, in denen ein Rechtsgeschäft die Interessen eines Dritten beeinträchtigt, einer besonderen Kontrolle bedarf.¹³³ Ein Ergebnis zu erhalten, bedeutet nicht zwangsläufig, dass es sich aus der Gesamtperspektive unserer Privatrechtsordnung¹³⁴ um das

¹³¹ Interessant ist in diesem Kontext auch der Begriff des „schadensdefinierenden Vertrags“ von *Rieble*, DB 1997, 1165 und *Bieberstein*, Reflexschäden und Regreßrechte, 1967, S. 289 ff. Dieser Begriff umfasst auch die in dieser Arbeit als private Schadensgestaltung behandelten Fallgruppen. Ein „schadensdefinierender Vertrag“ ist nach den Autoren nur in Ausnahmefällen als Vertrag zu Lasten Dritter einzustufen – nämlich dann, wenn damit (objektiv gesehen) einzig die Belastung des Schädigers bezweckt ist. So seien Vertragsstrafen denkbar, die nur dann verwirkt werden sollen, wenn ein Erfüllungsgehilfe (Dritter) für den Schaden ersatzpflichtig ist. Die Parteien könnten zudem versuchen, das Insolvenzrisiko auszuschließen, indem der eigentliche Vertragsstrafenschuldner die Möglichkeit bekommt, seine Leistungspflicht durch die Abtretung seines Regressanspruchs gegen den Erfüllungsgehilfen zu erfüllen.

Nach diesem Ansatz sind alle anderen „schadensdefinierenden Verträge“ in ihrer Drittwirkung nicht zu begrenzen. Hiernach wären also alle Rechtsgeschäfte unproblematisch, durch die es *typischerweise* zu einer Drittbelastung kommt. Die Autoren begründen jedoch nicht, weshalb es bei diesen zu keiner Beeinträchtigung der Privatautonomie des Dritten kommen könne. So allgemein lässt sich das aber sicherlich nicht ausschließen. Dem Ansatz kann allein deshalb nicht gefolgt werden.

¹³² BGH, Urteil vom 3.2.1954 – VI ZR 153/52, NJW 1954, 875 (876).

¹³³ In diese Richtung auch *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 32 f.; *K. Martens*, AcP 1977, 113, S. 139, 167 ff.; *Schmalzbauer*, Die Drittwirkung verpflichtender Verträge, 1982, S. 138 ff.; *Ulrici*, ZfA 2016, 377 (393 ff.).

¹³⁴ Zu denken ist dabei vor allem an den Ausgleich zwischen positiver und negativer Privatautonomie. Siehe hierzu 3. Kapitel A. (S. 52 ff.).

„richtige“ Ergebnis handelt. Es ist daher notwendig, eine gesonderte Untersuchung der Drittbelastung durch private Schadensgestaltungen vorzunehmen, die über die formale Schadensersatzprüfung hinausgeht.

D. Zusammenfassung

Wie sich gezeigt hat, genügt die rein formale Schadensersatzprüfung nicht, um in Fällen der privaten Schadensgestaltung alle betroffenen Interessen (insbesondere die des Dritten) hinreichend zu berücksichtigen. Der Ursprung der Drittbelastung liegt im *Rechtsgeschäft* und nicht in der später erfolgten *Schadensverursachung*. Es ist zwar das Schadensrecht, das die Drittbelastung „vollzieht“, sie ist aber bereits zuvor angelegt. Aus diesem Grund ist eine vorgelagerte Kontrolle der privaten Schadensgestaltung erforderlich, die sich auf allgemeine Grundsätze des Privatrechts stützt.

3. Kapitel

Privatautonomie und Relativität der Schuldverhältnisse

Das vorstehende Kapitel hat die Notwendigkeit einer vorgelagerten Kontrolle aufgezeigt. Von der Feststellung ausgehend, dass die gängige schadensrechtliche Prüfung den Dritten nicht ausreichend schützt, stellt sich nun noch die Frage, aus welchen allgemeinen Grundsätzen des Privatrechts sich eine vorgelagerte Kontrolle von Rechtsgeschäften aus Gründen des Drittschutzes ergibt.

Gegenüber einer derartigen Kontrolle könnten zunächst Bedenken angesichts der Privatautonomie der regelnden Parteien und der Relativität der Schuldverhältnisse bestehen.¹³⁵ Jedoch sind es gerade diese Grundsätze, die einen Schutz des Dritten vor Beeinträchtigungen durch fremde Rechtsgeschäfte erforderlich machen.¹³⁶ Freiheitsrechte und die Trennung unterschiedlicher schuldrechtlicher Sphären lassen sich nicht nur in eine Richtung denken. Diese beiden Grundsätze rechtfertigen keinen pauschalen Vorrang des Regelungsinteresses, also des Inter-

¹³⁵ So handelt es sich beispielsweise nach *Weller/Benz et al.*, JZ 2017, 237 (244) bei den Rechtsverhältnissen zwischen Verband und Verein einerseits und zwischen Verein und Zuschauer andererseits um „zwei strikt zu trennende Rechtsverhältnisse“, die man nicht vermischen dürfe.

¹³⁶ So auch schon *Schmalzbauer*, Die Drittwirkung verpflichtender Verträge, 1982, S. 117; *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 24f.; im Ansatz auch *Rieble*, DB 1997, 1165. Das *OLG Dresden*, Urteil vom 7.11.1996 – 7 U 1318/96, NJW-RR 1997, 83 (84) hält es mit den Grundsätzen der Privatautonomie für unvereinbar, wenn der Hauptunternehmer durch eine Vertragsstrafe mit seinem Auftraggeber seinen eigenen Schadensersatzanspruch gegenüber dem Subunternehmer gestalten kann.

esses der Parteien des Rechtsgeschäfts, gegenüber den Interessen des unbeteiligten Dritten. Vielmehr verdeutlicht eine nähere Darstellung, dass beide Prinzipien die Kontrolle von Rechtsgeschäften aus Gründen des Drittschutzes anordnen.

A. Drittschutz als Ausprägung der Privatautonomie

Das Grundrecht der Allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) gewährleistet die Privatautonomie als tragende Grundlage der Privatrechtsordnung.¹³⁷ „Privatautonomie nennt man das Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach eigenem Willen.“¹³⁸ Jede Person soll demnach selbstbestimmt Rechtsgeschäfte eingehen können oder das eben gerade nicht tun.¹³⁹

Dabei lässt sich zwischen der Freiheit, eine rechtliche Bindung überhaupt einzugehen (Abschlussfreiheit), und der Freiheit, über den Inhalt des Rechtsgeschäfts zu bestimmen (Gestaltungs- und Inhaltsfreiheit), unterscheiden.¹⁴⁰

Zudem gibt es nicht nur die *positive* Privatautonomie der regelnden Parteien, sondern auch die *negative* Privatautonomie¹⁴¹ aller Dritter, von einem fremden Rechtsgeschäft nicht in ihrer Rechtsposition beeinträchtigt zu werden. Dementsprechend ist die wichtigste und systemimmanente Grenze der Privatautonomie

¹³⁷ *BVerfG*, Beschluss vom 19.10.1993 – 1 BvR 567/89, NJW 1994, 36 (38); *Canaris*, JZ 1987, 993 (994f.); *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig GG, 94. Aufl., 2021, Art. 2 Rn. 101; *Hanau*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, 2004, S. 21; *J. Petersen*, JURA 2011, 184 (184); *Brox*, JZ 1966, 761 (761); *Musielak*, JuS 2017, 949 (949). Manche Autoren führen die Privatautonomie auch direkt auf die menschliche Würde zurück, siehe *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 13; *Paulus/Zenker*, JuS 2001, 1 (1); *Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 15–27, der in der durch die Privatautonomie verwirklichten freien Selbstbestimmung des Menschen in Selbstverantwortung das „Herzstück seiner Würde“ sieht. Zur Verbindung von Vertragsfreiheit und Grundrechten kritisch *Raiser*, JZ 1958, 1 (4–6).

¹³⁸ *Flume*, Rechtsgeschäfte und Privatautonomie, in: Caemmerer/Friesenhahn/Lange (Hrsg.), Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, 1960, S. 135–195 (136).

¹³⁹ *Bydlinski*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, 1967, S. 52f.; *Biedenkopf*, Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung, 1958, S. 106; *Brox*, JZ 1966, 761 (761).

¹⁴⁰ *J. Petersen*, JURA 2011, 184 (184); *Paulus/Zenker*, JuS 2001, 1 (1); *Musielak*, JuS 2017, 949 (949).

¹⁴¹ *BVerfG*, Beschluss vom 23.04.1986 – 2 BvR 487/80, NJW 1987, 827 (828); *Mäsch*, in: BeckOGK BGB, 2021, § 328 Rn. 123; *Musielak*, JuS 2017, 949 (949). Zum verfassungsrechtlichen Schutz der „negativen Vertragsfreiheit“ und deren Verhältnis zur „positiven Vertragsfreiheit“ *Hanau*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, 2004, S. 23–44. Zu den externen Effekten von Verträgen *Grundmann/Renner*, JZ 2013, 379. Die beiden Autoren nehmen bei den negativen Vertragsdrittwirkungen jedoch lediglich die faktischen Drittbelastungen in Betracht.

die Privatautonomie *der anderen*.¹⁴² Die Privatautonomie der regelnden Parteien kann nur so weit gehen, wie sie die Privatautonomie unbeteiligter Dritter nicht verletzt.¹⁴³ Ohne diese geradezu selbstverständliche Begrenzung käme es immer wieder zu Fremdbestimmungen durch Rechtsgeschäfte.¹⁴⁴

Da sich diese Schranke direkt aus der Privatautonomie selbst ergibt,¹⁴⁵ bedarf es keines Rückgriffs auf privatrechtliche Generalklauseln wie §§ 138 Abs. 1, 242 BGB, um den Inhalt eines Rechtsgeschäfts aufgrund der Kollision von positiver und negativer Privatautonomie zu kontrollieren. Die Kontrolle von Rechtsgeschäften kann sich allein auf den allgemeinen privatrechtlichen Grundsatz der Privatautonomie stützen.

Säcker stellt – auch heute noch zutreffend – fest, dass

„die Einsicht in diese grundlegende Ordnungsfunktion des Privatrechts [...] bislang allerdings noch vielfach verdunkelt [ist], weil einseitig nur die Freiheitsfunktion, nicht auch die Freiheit der anderen (häufig sozial und wirtschaftlich Schwächeren) gewährleistende Ordnungsfunktion des Privatrechts beachtet wurde.“¹⁴⁶

Mit dem Plädoyer für Privatautonomie ist im juristischen Diskurs also keinesfalls zwingend die Berücksichtigung von Drittinteressen verbunden. Im Gegenteil: Die Notwendigkeit einer Abwägung von positiver und negativer Privatautonomie gerät durch die Fokussierung auf das Zweiparteienverhältnis in der Fallprüfung oft aus dem Blick. So kommt es, dass in Fällen der privaten Schadensgestaltung auf die Schadensersatzprüfung vertraut wird, ohne genauer zu untersuchen, ob nicht bereits vom Rechtsgeschäft (positive Freiheit) eine Beeinträchtigung der Rechtsposition Dritter ausgeht (negative Freiheit). Zwar erklärt die h.M. den Vertrag zu Lasten Dritter als mit der Privatautonomie unvereinbar,¹⁴⁷ in den konkreten Drittbelastungssituationen fehlt es aber oftmals an ausreichender Sensibilität für die Interessen Dritter.

¹⁴² *Paulus/Zenker*, JuS 2001, 1 (2) nehmen an dieser Stelle auch explizit auf den Vertrag zu Lasten Dritter Bezug.

¹⁴³ So bereits *K. Martens*, AcP 1977, 113 (174).

¹⁴⁴ *Paulus/Zenker*, JuS 2001, 1.

¹⁴⁵ *K. Martens*, AcP 1977, 113 (173 ff.) bezieht sich auf „immanente Schranken der rechtsgeschäftlichen Regelungsfreiheiten“.

¹⁴⁶ *Säcker*, Gesellschaftsvertragliche und erbrechtliche Nachfolge in Gesamthandsmitgliedschaften, 1970, S. 60. In diese Richtung geht auch *Raiser*, JZ 1958, 1 (6): „So verstanden, enthält Art. 2 I die schlichte Wahrheit, daß der Mensch auch im Recht nicht ohne den Mitmenschen gesehen werden darf. Unsere noch immer allzu individualistische Rechtslehre weiß davon noch wenig; sie versteht unter den ‚Rechten anderer‘ nicht deren Recht auf einen eigenen freien Lebensraum, sondern nur die sonstwo im Öffentlichen Recht oder im Privatrecht positivierten einzelnen subjektiven Rechte.“

¹⁴⁷ *Janoscheck*, in: BeckOK BGB, 59. Aufl., 2021, § 328 Rn. 5; *Gottwald*, in: MüKo-BGB III, 8. Aufl., 2019, § 328 Rn. 261; *Schinkels*, in: jurisPK-BGB, 9. Aufl., 2020, § 328 Rn. 39. Näher dazu unten 4. Kapitel (S. 57 ff.).

B. Relativität der Schuldverhältnisse

Ein Blick auf den Grundsatz der Relativität der Schuldverhältnisse verdeutlicht die Fokussierung auf das Zweipersonenverhältnis als Grund für die fehlende Beachtung der Privatautonomie Dritter:

„Kraft seiner Relativität ist das Schuldverhältnis eine sich von anderen zwischenmenschlichen Beziehungen abhebende Sonderverbindung, die den Gläubiger und den Schuldner oder eine bestimmbare Zahl von Gläubigern und Schuldnern einschließt, andere Personen von den im Schuldverhältnis festgelegten Rechten und Pflichten dagegen ausschließt.“¹⁴⁸

Der Grundsatz, nach dem das Schuldverhältnis eine „zweipolige Beziehung“¹⁴⁹ ist, entspricht jedoch nicht allen Situationen des Rechtslebens. Das Schuldverhältnis entfaltet zunehmend auch Wirkungen gegenüber Dritten.¹⁵⁰ Nach heutiger Auffassung steht der Grundsatz somit gewissen Formen der Ausweitung des Schuldverhältnisses auf andere Personen nicht mehr entgegen.¹⁵¹ So sieht das Gesetz mit dem Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB)¹⁵², der Schuldübernahme (§§ 414, 415 BGB) und der Forderungsabtretung (§ 398 BGB) explizit Konstrukte vor, mithilfe derer die regelnden Parteien das Schuldverhältnis auch auf Dritte erweitern oder übertragen können.

Daneben gibt es Ausnahmen von der Relativität der Schuldverhältnisse, die nicht explizit im Gesetz verankert sind. Darunter fallen einerseits Ausnahmen, die für den Dritten *rechtlich vorteilhaft* sind, wie der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte oder die Drittschadensliquidation.¹⁵³ Das BGB regelt diese Ausnahmen zwar nicht, es handelt sich bei ihnen allerdings um allgemein anerkannte und etablierte Rechtsfiguren.¹⁵⁴ Da sie vorteilhaft sind, geht von ihnen keine Gefahr für Drittinteressen aus und sie bedürfen deshalb auch keiner Zustimmung des

¹⁴⁸ Henke, Die sog. Relativität des Schuldverhältnisses, 1989, S. 11.

¹⁴⁹ Looschelders/Makowsky, JA 2012, 721 (721).

¹⁵⁰ Medicus, JuS 1974, 613 (622).

¹⁵¹ Henke, Die sog. Relativität des Schuldverhältnisses, 1989, S. 14.

¹⁵² Nach Medicus, Probleme um das Schuldverhältnis, 1987, S. 5 bildet der Vertrag zugunsten Dritter nur eine „scheinbare Ausnahme“ von der prinzipiellen Beschränkung des Schuldverhältnisses auf Gläubiger und Schuldner. Schließlich werde der Forderungsberechtigte nicht deshalb als „Dritter“ bezeichnet, weil er kein Gläubiger sei. Das trifft zwar zu, doch ist das gerade die Ausnahme von der Relativität der Schuldverhältnisse: Ein am rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnis Unbeteiligter erhält aus diesem ein Forderungsrecht und ist somit als Gläubiger desselben zu betrachten. Das weicht vom Grundsatz ab, dass sich beim rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnis Verpflichtung und Berechtigung auf die Parteien des Schuldverhältnisses beschränken.

¹⁵³ Medicus, Probleme um das Schuldverhältnis, 1987, S. 6f. sieht die „Dogmatik des Schuldverhältnisses“ bei der Drittschadensliquidation noch gewahrt, wohingegen der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte eine echte Ausnahme davon sei.

¹⁵⁴ Medicus, Probleme um das Schuldverhältnis, 1987, S. 6 merkt an, dass die Drittschadensliquidation bereits den Vätern des BGB bekannt war.

Dritten. Diese Ausnahmen stellen vielmehr ein zwingendes „Anhängsel“ des Schuldverhältnisses dar, das die Parteien bei der Eingehung desselben akzeptieren.¹⁵⁵

Andererseits gibt es Ausnahmen von der Relativität der Schuldverhältnisse, die den Dritten in seiner Rechtsposition beeinträchtigen, für ihn also *rechtlich nachteilig* sind. Zu derartigen Beeinträchtigung der Rechtsposition des Dritten kann es grundsätzlich nur durch eine Rechtsnorm kommen, die das *explizit* vorsieht. Verpflichtungen des Dritten aus einem fremden Schuldverhältnis sehen beispielsweise §§ 546 Abs. 2, 604 Abs. 4 BGB (Herausgabeansprüche) und §§ 563 Abs. 1, 563b Abs. 1 BGB (Eintrittsrecht¹⁵⁶ und die damit verbundene Haftung) vor.¹⁵⁷ Allgemeine Normen, wie es sie für die *vorteilhafte* Rechtsfolgensetzung für den Dritten gibt,¹⁵⁸ existieren für die *nachteilige* Rechtsfolgensetzung nicht.

Ob und in welchem Umfang rechtsgeschäftliche Schuldverhältnisse einen Dritten auch ohne eine explizite Rechtsgrundlage in seiner Rechtsposition beeinträchtigen können, bleibt zu klären.¹⁵⁹ Schließlich lässt sich der Konflikt zwischen Regelungsinteresse (positiver Freiheit) und Drittinteressen (negativer Freiheit) nicht pauschal zugunsten der einen oder der anderen Seite auflösen. Deshalb darf eine Beeinträchtigung der Rechtsposition eines Dritten nicht generell als unwirksam gelten oder in einer anderen Weise pauschal zur Beschränkung der Wirkung des Rechtsgeschäfts führen. Trotzdem verdeutlicht das Prinzip der Relativität der Schuldverhältnisse, dass die Kontrolle von Rechtsgeschäften auch Interessen Dritter beachten muss. An dieser Stelle kann man ebenfalls festhalten, dass es sich bereits bei der Beeinträchtigung der Rechtsposition des Dritten um eine Ausnahme vom Grundsatz der Relativität der Schuldverhältnisse handelt.¹⁶⁰

C. Rechtsprechung des OLG Dresden zur Weitergabe von Vertragsstrafen

Mit Blick auf die private Schadensgestaltung ist das Urteil des OLG Dresden zur Weitergabe von Vertragsstrafen von Interesse, in dem das Gericht (bereits)

¹⁵⁵ Der Dritte muss seine „Leistungsnähe“ und seine „Schutzbedürftigkeit“ darlegen, damit das Haftungsrisiko des Schuldners angemessen bleibt, vgl. *Henke*, Die sog. Relativität des Schuldverhältnisses, 1989, S. 19–20, 23, 91.

¹⁵⁶ Auch wenn das vorgesehene Eintrittsrecht grundsätzlich zum Schutz der überlebenden Ehegatten und Lebenspartner gedacht ist, verpflichtet es sie zugleich, wenn auch nur bedingt.

¹⁵⁷ *Medicus*, JuS 1974, 613 (614–617).

¹⁵⁸ Derartige allgemeine Gestaltungsinstrumente sind – wie bereits erwähnt – der Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB), die Schuldübernahme (§§ 414, 415 BGB) und die Forderungsabtretung (§ 398 BGB).

¹⁵⁹ Dazu näher unten 4. Kapitel (S. 57 ff.).

¹⁶⁰ So schon *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 25.

Bedenken in Bezug auf die Privatautonomie und die Relativität der Schuldverhältnisse äußerte. Dem Gericht zufolge kann der Hauptunternehmer eine Vertragsstrafe, die er mit dem Bauherrn vereinbart hat, nicht ohne Weiteres als Verzugsschaden gegenüber dem Subunternehmer geltend machen.¹⁶¹ Das folge aus der *Eigenständigkeit der Vertragsverhältnisse* zwischen Hauptunternehmer und Bauherrn einerseits und Haupt- und Subunternehmer andererseits.¹⁶²

Auch könne derjenige, der eine Vertragsstrafe verspreche, nicht seinen Erfüllungsgehilfen binden.¹⁶³ Ansonsten habe der Hauptunternehmer die Möglichkeit, den Schaden selbst festzulegen, den er später vom Subunternehmer verlangen könne – und das gegebenenfalls erst nach dem Vertragsschluss mit dem Subunternehmer.¹⁶⁴ Das sei mit den Grundsätzen der Privatautonomie nicht vereinbar.¹⁶⁵

D. Zusammenfassung

Die Notwendigkeit einer Kontrolle von Rechtsgeschäften aus Gründen des Drittschutzes ergibt sich aus den allgemeinen Grundsätzen der Privatautonomie und der Relativität der Schuldverhältnisse. Durch das Rechtsgeschäft können diese Grundsätze hinsichtlich der Interessen Dritter aus dem Gleichgewicht geraten. Um festzustellen, wie sich das Rechtsgeschäft auf das Gleichgewicht auswirkt und ob eine Korrektur zu dessen Erhaltung geboten ist, bedarf es einer Kontrolle des Rechtsgeschäfts, die sich dessen Drittbelastungen widmet.

¹⁶¹ *OLG Dresden*, Urteil vom 7.11.1996 – 7 U 1318/96, NJW-RR 1997, 83 (83).

¹⁶² *OLG Dresden*, Urteil vom 7.11.1996 – 7 U 1318/96, NJW-RR 1997, 83 (83).

¹⁶³ *OLG Dresden*, Urteil vom 7.11.1996 – 7 U 1318/96, NJW-RR 1997, 83 (84).

¹⁶⁴ *OLG Dresden*, Urteil vom 7.11.1996 – 7 U 1318/96, NJW-RR 1997, 83 (84).

¹⁶⁵ *OLG Dresden*, Urteil vom 7.11.1996 – 7 U 1318/96, NJW-RR 1997, 83 (84).

2. Teil

Kontrolle drittbelastender Rechtsgeschäfte

Wie der vorstehende Teil gezeigt hat, sind drittbelastende Rechtsgeschäfte – insbesondere auch die private Schadensgestaltung – aus Gründen des Drittschutzes einer besonderen Kontrolle zu unterziehen. Um die private Schadensgestaltung im Hinblick auf ihre Drittbelastung beurteilen zu können, beleuchtet der folgende Teil die bestehenden Argumentationen in Literatur und Rechtsprechung zur Kontrolle drittbelastender Rechtsgeschäfte und nimmt dazu Stellung. In einem ersten Schritt soll geklärt werden, zwischen welchen Formen der Drittbelastung¹ sinnvollerweise zu unterscheiden ist und welcher dieser Formen die private Schadensgestaltung angehört.² Im Anschluss stehen die Folgen im Fokus, die sich an die Drittbelastungsform der privaten Schadensgestaltung knüpfen.³

4. Kapitel

Formen der Drittbelastung

Innerhalb der Literatur, die sich vertieft mit Drittbelastungen durch Rechtsgeschäfte auseinandersetzt, hat sich seit einiger Zeit die Unterscheidung zwischen dem *Vertrag zu Lasten Dritter* und dem *Vertrag mit Lastwirkungen für Dritte*⁴ etabliert. Der Vertrag zu Lasten Dritter sei grundsätzlich unzulässig und deshalb unwirksam, ohne dass es auf seinen genauen Inhalt ankomme.⁵ Nach h.M. kann es deshalb auch keine *zulässigen* Verträge zu Lasten Dritter geben, da ein derartiger Vertrag unabhängig von seinem Inhalt unzulässig sei. Bei bloßen Lastwirkungen hingegen hänge die Unwirksamkeit des Vertrags von einer Inhalts-

¹ 4. Kapitel (S. 57 ff.).

² 4. Kapitel E. (S. 94 ff.).

³ 5. Kapitel (S. 95 ff.) und 6. Kapitel (S. 113 ff.).

⁴ Teilweise wird in dem Kontext auch der Begriff der Reflexwirkung verwendet, vgl. *K. Martens*, AcP 1977, 113 (164 ff.) und *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 55 ff. Die hiesige Untersuchung beschränkt sich zum Zwecke der leichteren Lesbarkeit auf einen Begriff – denjenigen der Lastwirkung.

⁵ *K. Martens*, AcP 1977, 113 (139, 164); *Schirmer*, Zur Vereinbarung von Obliegenheiten zu Lasten Dritter, in: Reichert-Facilides/Rittner/Sasse (Hrsg.), Festschrift für Reimer Schmidt, 1976, S. 821 (830–832); *Schmalzbauer*, Die Drittwirkung verpflichtender Verträge, 1982, S. 120; *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 32. Ein Verbot des Vertrags zu Lasten Dritter als unpassende Rechtsfolge bezeichnend *Ulrici*, ZfA 2016, 377 (397).

kontrolle ab.⁶ Dieser Abschnitt setzt sich noch nicht mit den Rechtsfolgen der unterschiedlichen Kategorien auseinander, sondern lediglich mit deren (Tatbestands-)Voraussetzungen.⁷

Gerichtsentscheidungen und Abhandlungen, die an die allgemeinen Untersuchungen zu Drittbelastungen anknüpfen, differenzieren hingegen kaum zwischen den beiden Kategorien der Drittbelastung. Lediglich der Begriff des Vertrags zu Lasten Dritter ist im allgemeinen juristischen Vokabular fest verankert.⁸ Oftmals wird zu dessen inhaltlicher Konturierung zwar erklärt, dass ein solcher dann vorliege, wenn eine Regelung einen Dritten *unmittelbar verpflichte* – als Pendant zum (echten) Vertrag zugunsten Dritter, der unmittelbar ein Forderungsrecht für einen Dritten begründet (§ 328 Abs. 1 BGB). Die Anwendung des Vertrags zu Lasten Dritter und seiner Definition stellt sich aber als uneinheitlich und ungenau dar. So schreibt beispielsweise Gottwald im Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: „Ein Vertrag zu Lasten Dritter, durch den der Dritte ohne seine Mitwirkung *unmittelbar vertraglich verpflichtet* wird, ist [...] mit der Privatautonomie nicht vereinbar und im BGB nicht vorgesehen.“⁹

Auf den ersten Blick ist das eine klare Definition. Doch verliert der Satz an Eindeutigkeit, wenn man ihn in Zusammenhang mit den im selben Kommentar aufgezählten Fallbeispielen stellt:

„Auf welchem Wege ein Dritter mit Pflichten belastet oder ihm Rechte genommen werden sollen, ist gleichgültig. Deshalb kann ein Unterhaltsvergleich zugunsten¹⁰ der Kinder deren Unterhaltsanspruch nicht begrenzen oder nachteilig beeinflussen; ein vertraglicher Haftungsverzicht kann Regressansprüche eines Mitschädigers gegen privilegierte Schädiger nicht beeinträchtigen. Unzulässig sind Beweislastumkehr oder Schiedsgutachtenklausel zu Lasten eines Dritten.“¹¹

Aus der Stellungnahme Gottwalds ergibt sich ein umfänglicher Überblick über die relevante Rechtsprechung und Literatur zu konkreten Drittbelastungssituationen. Aus dieser Perspektive fallen schnell die unterschiedlichen Interpretationen bei der Anwendung der anerkannten Definition des Vertrags zu Lasten Dritter auf – egal ob in der Rechtsprechung oder Literatur. Es geht jedoch nicht eindeutig hervor, unter welchen Umständen Gottwald prinzipiell einen Vertrag zu

⁶ *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 76; *K. Martens*, AcP 1977, 113 (167 ff.); *Schmalzbauer*, Die Drittwirkung verpflichtender Verträge, 1982, S. 141 ff.

⁷ Ausführlich dazu unten 7. Kapitel (S. 137 ff.).

⁸ Ähnliche Kritik äußerte bereits *Ulrici*, ZfA 2016, 377 (377–379).

⁹ *Gottwald*, in: MüKo-BGB III, 8. Aufl., 2019, § 328 Rn. 261 (Hervorhebung nur hier).

¹⁰ Man könnte hier auch genauso von einem Unterhaltsvergleich *zu Lasten* der Kinder sprechen, da der Vertrag sowohl vorteilhafte als auch nachteilige Klauseln für die Kinder enthält.

¹¹ *Gottwald*, in: MüKo-BGB III, 8. Aufl., 2019, § 328 Rn. 262 (Hervorhebung nur hier).

Lasten Dritter annehmen möchte. So passen die aufgezählten unzulässigen Drittbelastungen nicht reibungslos unter die zuvor formulierte Definition.

Denn verpflichtet ein Haftungsverzicht oder Unterhaltsvergleich tatsächlich einen Dritten? Und falls nicht, stellt dann lediglich die *unmittelbare Verpflichtung* eines Dritten einen Vertrag zu Lasten Dritter dar oder auch *andere Beeinträchtigungen* seiner Interessen oder Rechtsposition? Oder anders formuliert: Was ist unter einer Verpflichtung genau zu verstehen und wann ist sie unmittelbar?

Der folgende Abschnitt sucht Antworten auf diese Fragen, indem er auf die Abhandlungen zur Drittbelastung durch Verträge zurückgreift, und versucht, der uneinheitlichen Begriffsverwendung auf den Grund zu gehen. Im Vordergrund steht die Abgrenzung zwischen dem Vertrag zu Lasten Dritter und dem Vertrag mit bloßen Lastwirkungen für Dritte.

A. Rein faktische Drittbelastung

Einige Autoren behandeln unter dem Vertrag mit Lastwirkungen für Dritte auch Drittbelastungen, die keine Veränderung der Rechtslage des Dritten darstellen, sondern allenfalls eine Beeinträchtigung seiner „Vermögens- oder Affektionsinteressen“.¹² Eine derartige rein *faktische* Drittbelastung kann ohne weitere besondere Beziehung zwischen den regelnden Parteien und dem Dritten entstehen, also insbesondere ohne ein Schuldverhältnis. Darunter fallen beispielsweise wettbewerbsbeeinträchtigende Abreden¹³, Tarifausschlussklauseln¹⁴ und die Verleitung zum Vertragsbruch.¹⁵

¹² *Wiedemann*, SAE 1969, 246 (268) versteht unter Verträgen mit Lastwirkungen für Dritte „alle Rechtsgeschäfte, die die unendliche Anzahl von einer Rechtsperson zur Verfügung stehenden Vertragsinhalten oder Abschlußmöglichkeiten um eine begrenzte Zahl einschränken: also Kartelle, Preisbindungen zweiter Hand, Fusionen so gut wie arbeitsrechtliche Kollektivvereinbarungen oder betriebliche Gleichstellungsabreden“. Auch *Schmalzbauer*, Die Drittwirkung verpflichtender Verträge, 1982, S. 128 versteht den Vertrag mit Lastwirkungen für Dritte als „Reduktion der natürlichen Abschluß- und Vereinbarungschancen Dritter“. *K. Martens*, AcP 1977, 113 (164) spricht von Lastwirkungen durch Rechtsgeschäfte, „durch die die Chancengleichheit von dritten, nicht am Vertrag beteiligten Personen auf Abschluß und inhaltliche Gestaltung von rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen künstlich verringert wird.“

¹³ Zum Beispiel eine Mandantenschutzklausel, *K. Martens*, SAE 1972, 93 (103). Zu der Diskussion über die Zulässigkeit von Kartellverträgen und anderer Wettbewerbsbeschränkungen *Säcker*, Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, 1969, S. 17 und *Mestmäcker*, AcP 1968, 235.

¹⁴ Tarifausschlussklauseln oder Außenseiterklauseln haben zum Inhalt, dass nicht tarifangehörige Arbeitnehmer nicht zu denselben Bedingungen angestellt werden dürfen wie tarifangehörige Arbeitnehmer. Zur Tarifausschlussklausel als Drittbelastung *Säcker*, Gesellschaftsvertragliche und erbrechtliche Nachfolge in Gesamthandsmitgliedschaften, 1970, S. 56 f.

¹⁵ *K. Martens*, AcP 1977, 113 (180).

Der Begriff einer faktischen Drittbelastung ist daher denkbar weit, da er sich gerade nicht auf die nachteilige Rechtsfolgensetzung für den Dritten beschränkt, sondern alle denkbaren nachteiligen Folgen für den Dritten umfasst. Sowohl Autoren des materials als auch des formalen Verständnisses untersuchen derartige Drittbelastungen.¹⁶

Rein faktische Drittbelastungen beschränken nicht die negative Privatautonomie Dritter, da sie sich nicht auf deren Rechtsposition auswirken. Wettbewerbsbeeinträchtigende Abreden oder die Verleitung zum Vertragsbruch beispielsweise setzen dem Dritten keine Rechtsfolgen. Die Kontrolle derartiger Rechtsgeschäfte lässt sich folglich nicht auf den Grundsatz der Privatautonomie stützen.¹⁷

Die in der vorliegenden Arbeit untersuchte private Schadensgestaltung hat die *Beeinträchtigung der Rechtsposition* des Dritten zur Folge:¹⁸ Das Rechtsgeschäft schafft für den unbeteiligten Schädiger einen neuen, möglichen Schadensposten und modifiziert somit seine Schadensersatzpflicht zu seinem Nachteil. Wenn man so will, „verpflichtet“ die private Schadensgestaltung den Dritten unter der „Bedingung“ des Schadenseintritts. Die rein faktische Beeinträchtigung lässt die Rechtsposition des Dritten jedoch von vornherein unberührt. Eine ausführliche Auseinandersetzung mit der Beschränkung von faktischen Drittbelastungen kann die vorliegende Arbeit nicht leisten, da diese Problematik für die private Schadensgestaltung ohne Relevanz ist.¹⁹

B. Materiales Verständnis

Fundamental unterscheiden sich in der bisherigen Diskussion zwei Verständnisse: das formale und das materiale.²⁰ Der Streit weist eine gewisse Ähnlichkeit zur Diskussion um die rechtliche Vorteilhaftigkeit einer Willenserklärung nach

¹⁶ Zu den Unterschieden zwischen materialem und formalem Verständnis gleich näher.

¹⁷ Näher dazu oben 3. Kapitel (S. 51 ff.).

¹⁸ A. A. *Heermann*, Inhaltskontrolle von § 9a DFB-RuVO i.V.m. dem „9-Punkte-Papier“, in: Huber/Danzl/Dauner-Lieb (Hrsg.), Deutsches, österreichisches und internationales Schadensersatzrecht, 2020, S. 159 (164). Er hält die Verbandsstrafe für eine rein faktische Belastung der Zuschauer. Er sieht die Belastung darin, dass die Vereine wirtschaftlich dazu gedrängt würden, ihren Schadensersatzanspruch gegenüber dem Zuschauer geltend zu machen. Diese Argumentation überzeugt nicht. *Heermann* stellt selbst fest, dass das Verbandsrecht der Grundstein einer Schadensersatzpflicht des Zuschauers ist, also einer Beeinträchtigung von dessen Rechtsposition. Es handelt sich deshalb um keine rein faktische Drittbelastung.

¹⁹ Ausführlich hierzu *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 55 ff.; *Schmalzbauer*, Die Drittwirkung verpflichtender Verträge, 1982, S. 128–149; *K. Martens*, AcP 1977, 113 (164 ff.); *Ulrici*, ZfA 2016, 377 (401 ff.).

²⁰ Teilweise wird auch vom „materiellen Verständnis“ gesprochen. Beide Begriffe verwendet *Säcker*, Gesellschaftsvertragliche und erbrechtliche Nachfolge in Gesamthandsmitgliedschaften, 1970, S. 51 ff.

§ 107 BGB auf. Bewerten die einen auch die *wirtschaftliche* Bedeutung des jeweiligen Rechtsgeschäfts (materiales Verständnis), so kommt es den anderen lediglich auf die *rechtliche* Beeinträchtigung des Dritten durch das Rechtsgeschäft an (formales Verständnis).

I. Gesamtbetrachtung rechtlicher und wirtschaftlicher Drittwirkung

Die Anhänger des materialen Verständnisses machen die Annahme eines Vertrags zu Lasten Dritter davon abhängig, ob er den Dritten *typischerweise wirtschaftlich benachteiligt*.²¹ Eine unmittelbare Verpflichtung des Dritten sei weder hinreichend noch erforderlich. Nach diesem Ansatz kann auch die Zuwendung komplexer Rechtspositionen – wie etwa die Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft – insgesamt zugunsten des Dritten sein (und deshalb keinen Vertrag zu Lasten Dritter darstellen), sofern sie für ihn typischerweise von *wirtschaftlichem* Vorteil ist. Eine im Gesellschaftsvertrag vorgesehene „rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel“ könne ohne Rückgriff auf das Erbrecht den Übergang der Gesellschaftstellung auf den „Begünstigten“ unmittelbar herbeiführen.²²

Auf die rein formale Unterscheidung danach, ob eine Verpflichtung oder ein *rechtlicher* Nachteil vorliege, komme es nicht an. Das sei parallel zur Übereignung an einen Minderjährigen zu bewerten, die auch dann noch lediglich rechtlich vorteilhaft sein könne, wenn mit ihr auch Lasten verbunden seien.²³ Die Autoren, die dem materialen Ansatz folgen, gehen davon aus, dass rechtliche oder wirtschaftliche Vorteile für den Dritten die rechtlichen Nachteile ausgleichen können. Derartige Verträge stellten deshalb Verträge zugunsten Dritter dar und keine Verträge zu Lasten Dritter.²⁴ Es komme also nicht auf die *rechtliche* Drittbelastung durch etwaige Verpflichtungen des Dritten an, sondern auf die wirtschaftliche Nachteilhaftigkeit für den Dritten.

Ob ein Rechtsgeschäft wirtschaftlich nachteilig ist, lässt sich letztlich nur durch eine Gesamtbetrachtung beurteilen. Der Anwendungsbereich des materia-

²¹ Säcker, Gesellschaftsvertragliche und erbrechtliche Nachfolge in Gesamthandsmitgliedschaften, 1970, S. 62 ff.; Flume, Die Nachfolge in die Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft beim Tode eines Gesellschafters, in: Fischer/Hefermehl (Hrsg.), Gesellschaftsrecht und Unternehmensrecht, 1973, S. 23 (32); Westermann, JuS 1979, 761 (764 f.).

²² Zur Problematik von rechtsgeschäftlichen Nachfolgeklauseln als Vertrag zu Lasten Dritter Ulmer, ZGR 1972, 195 (212–216); Schäfer, in: MüKo-BGB VII, 8. Aufl., 2020, § 727 Rn. 50; Brox/Walker, Erbrecht, 28. Aufl., 2018, S. 476.

²³ Flume, Die Nachfolge in die Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft beim Tode eines Gesellschafters, in: Fischer/Hefermehl (Hrsg.), Gesellschaftsrecht und Unternehmensrecht, 1973, S. 23 (32).

²⁴ Flume, Die Nachfolge in die Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft beim Tode eines Gesellschafters, in: Fischer/Hefermehl (Hrsg.), Gesellschaftsrecht und Unternehmensrecht, 1973, S. 23 (32).

len Verständnisses ist somit relativ flexibel: Nicht jede unmittelbare Verpflichtung des Dritten wäre hiernach zwangsläufig unwirksam. Denn wirtschaftlich gesehen kann auch ein rechtlich verpflichtendes Geschäft vorteilhaft für den Dritten sein.

II. Stellungnahme

1. Unbestimmtheit des materialen Verständnisses

Die Qualifizierung des Rechtsgeschäfts als *Vertrag zu Lasten Dritter* darf nicht davon abhängen, ob es den Dritten typischerweise wirtschaftlich benachteiligt. Dieses Kriterium ist zu unbestimmt.²⁵ Komplexe Rechtsgeschäfte – wie die Mitgliedschaft in einer Gesellschaft – lassen sich kaum objektiv als wirtschaftlich vorteilhaft oder nachteilig bestimmen. Das Ergebnis hinge unter anderem von der Risikofreudigkeit des Dritten ab – sofern man seinen Willen mit einbeziehen möchte. Eine zuverlässige Abgrenzung zum Vertrag mit Lastwirkungen für Dritte ist mit dem materialen Verständnis nicht möglich.

2. Fremdbestimmung des Dritten

Hinzu kommt, dass auch bei einem wirtschaftlich klar vorteilhaften Geschäft die Parteien den Dritten *fremdbestimmen*. Unsere Privatrechtsordnung geht aber gerade von *Selbstbestimmung* aus.²⁶ Die Privatautonomie stützt sich auf eigenständig handelnde Teilnehmer am Rechtsverkehr. Ihnen allein obliegt die Entscheidung, welche Rechtsgeschäfte sie (aus welchen Gründen auch immer) eingehen möchten. Das beinhaltet auch, wirtschaftlich sinnlose Geschäfte abzuschließen oder gewinnbringende Angebote auszuschlagen. Dem Dritten darf nichts aufgedrängt werden, was er nicht will.²⁷ Eine Theorie, die nicht an den freien Willen der Teilnehmer des Rechtsverkehrs anknüpft, sondern eine eigene Wertung der Vorteilhaftigkeit vornimmt, ist systemwidrig.

3. Zusammenfassung

Die *wirtschaftliche* Bewertung des Rechtsgeschäfts ist somit von Grund auf der falsche Anknüpfungspunkt. Es verkörpert die Autonomie jedes Einzelnen, die wirtschaftlichen Folgen eines Rechtsgeschäfts abzuwägen und über die Setzung von Rechtsfolgen für sich selbst zu entscheiden. Zudem ist das materiale Verständnis zu unbestimmt, da sich die wirtschaftliche Vorteilhaftigkeit nur in seltenen Fällen objektiv eindeutig bestimmen lässt. Das bedeutete letztlich für

²⁵ So schon *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 28.

²⁶ Vgl. dazu die Ausführungen zur Privatautonomie unter 3. Kapitel (S. 51 ff.).

²⁷ *A. Roth*, Zur Problematik des Vertrags zu Lasten Dritter, in: Häuser/Hammen/Henrichs et al. (Hrsg.), Festschrift für Walther Hadding zum 70. Geburtstag, 2004, S. 253 (261); *BGH*, Urteil vom 10.2.1977 – ZR 120/75, NJW 1977, 1339 (1341).

alle Beteiligten – nicht nur für den Dritten – eine erhebliche Rechtsunsicherheit. Dem materialen Ansatz kann aus diesen Gründen nicht gefolgt werden.²⁸ Der BGH erteilte der rechtsgeschäftlichen Nachfolgeklausel exemplarisch für das materiale Verständnis richtigerweise eine Absage.²⁹

C. Formales Verständnis

Den meisten Abhandlungen zum Vertrag zu Lasten Dritter liegt richtigerweise ein formales Verständnis zugrunde. Ob der Vertrag die drittbelastende Regelung durch wirtschaftliche Vorteile „ausgleicht“, ist unerheblich. Vielmehr kommt es darauf an, wie die Drittwirkung des Vertrags *formal-rechtlich* einzuordnen ist. Es herrscht also innerhalb des formalen Verständnisses zumindest darüber Einigkeit, dass es für die Frage, ob ein Vertrag zu Lasten Dritter oder lediglich ein Vertrag mit Lastwirkungen für Dritte vorliegt, allein auf die *rechtliche*³⁰ Belastung des Dritten ankommt. Welcher Art der Belastung es dafür bedarf, ist jedoch strittig. Und auch wenn einige Autoren und Gerichte dasselbe Tatbestandsmerkmal verlangen, heißt das nicht zwangsläufig, dass sie auch dasselbe Verständnis des Tatbestandsmerkmals verwenden.³¹ Der folgende Abschnitt stellt die unterschiedlichen Lösungsansätze in der Literatur kritisch dar und zieht zudem einen Vergleich zur Behandlung der Drittbelastung in der Rechtsprechung.

I. Unmittelbarer und belastender Eingriff in die Rechtsstellung Dritter

K. Martens spricht selbst nicht von „Verträgen zu Lasten Dritter“, sondern von „Rechtsgeschäften zu Lasten Dritter“.³² Für ihn geht das Rechtsgeschäft dann zu Lasten Dritter, wenn es unmittelbar und belastend in die Rechtsstellung Dritter eingreift.³³ Unter diese Definition fasst er nicht nur die *Auferlegung unmittelbarer Pflichten*, sondern auch die *unmittelbare Entziehung angestammter Rechte* und die *allgemeine Beeinträchtigung der Rechtspositionen Dritter*.³⁴ Er zieht den Anwendungsbereich des Vertrags zu Lasten Dritter damit weiter als die meisten

²⁸ K. Martens, AcP 1977, 113 (144) lehnt die Anwendung des § 333 BGB auf die rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel ab. *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 28 ablehnend bezüglich des materialen Verständnisses.

²⁹ BGH, Urteil vom 10.2.1977 – ZR 120/75, NJW 1977, 1339 (1341).

³⁰ K. Martens, AcP 1977, 113 (142).

³¹ Siehe dazu die verschiedenen Begriffsverständnisse zur „unmittelbaren Verpflichtung“ des Dritten unten 4. Kapitel C.II. (S. 65 ff.).

³² K. Martens, AcP 1977, 113. Näher zu dieser begrifflichen Unterscheidung unten 4. Kapitel C.V.2. (S. 90 ff.).

³³ K. Martens, AcP 1977, 113 (135).

³⁴ K. Martens, AcP 1977, 113 (135).

anderen Autoren, die ihn auf die *unmittelbare Verpflichtung* des Dritten beschränken.³⁵

Allerdings ist auch dieser Ansatz unbestimmt und lässt keine klare Abgrenzung zwischen dem Rechtsgeschäft zu Lasten Dritter und dem Rechtsgeschäft mit Lastwirkungen für Dritte zu.³⁶ Zwar nennt K. Martens die soeben dargestellten drei Unterkategorien, die den Vertrag zu Lasten Dritter konturieren sollen. Die Definition bleibt aber vage.

Man kann sich zwar die *Auferlegung unmittelbarer Pflichten* noch gut in Form der *Verpflichtung* des Dritten vorstellen. Danach stellt sich jedoch die Frage, ob vom „Entzug angestammter Rechte“ lediglich schuldrechtliche Forderungen oder auch andere (möglicherweise sogar dingliche³⁷) Rechte erfasst sein sollen. Auch bleibt unklar, welche Fälle die dritte Unterkategorie umfassen soll („allgemeine Beeinträchtigung der Rechtspositionen Dritter, also eine Relativierung ihrer Rechte oder Interessen“³⁸) und wie diese Unterkategorie zu den bloßen Lastwirkungen abzugrenzen ist. K. Martens liefert als Beispiele den „Erlaßvertrag gegenüber einem Gesamtschuldner, die Globalzession gegenüber den Kreditgebern im Verhältnis zu den Warenkreditgebern und die Sperrabreden“.³⁹ Doch was fällt noch alles unter die Relativierung der Rechte oder Interessen Dritter und was nicht?⁴⁰

K. Martens räumt selbst ein, dass unklar bleibt, wann und „unter welchen Voraussetzungen relativ weitläufige Dritttinteressen in geschützte Drittrechte umschlagen“.⁴¹ Das möchte er mithilfe gesetzlicher Wertungen herausarbeiten, wodurch man im Grunde wieder am Anfang der Problematik steht. Sein Ansatz ist somit nicht geeignet, um eine klare Ab- (und Ein-)grenzung der Rechtsgeschäfte zu Lasten Dritter zu leisten.

³⁵ Näher dazu 4. Kapitel C. II. (S. 65 ff.).

³⁶ So schon *Habersack*, Vertragsfreiheit und Dritttinteressen, 1992, S. 28.

³⁷ Der Problemkreis der Drittbelastung durch private Gestaltung bezieht sich jedoch nicht auf dingliche Belastungen, sondern lediglich auf schuldrechtliche Rechtsgeschäfte, die grundsätzlich nach der Relativität der Schuldverhältnisse nicht gegen Dritte wirken. Schließlich ist es gerade der Zweck dinglicher Rechte, Wirkung gegenüber jedermann zu erzeugen. So werden sie auch als „absolute Rechte“ bezeichnet, vgl. *Raik*, Subjektives Recht, in: Weber (Hrsg.), Creifelds, Rechtswörterbuch, 24. Aufl., 2020. Zur Relativität der Schuldverhältnisse als Ausgangspunkt des Drittschutzes bereits oben 3. Kapitel B. (S. 54 f.).

³⁸ *K. Martens*, AcP 1977, 113 (135).

³⁹ *K. Martens*, AcP 1977, 113 (135).

⁴⁰ *K. Martens* Verständnis umfasst damit auch rein faktische Drittbelastungen. Derartige Rechtsgeschäfte pauschal zu beschränken, verletzte die Privatautonomie der regelnden Parteien. Vgl. dazu die Ausführungen zur rein faktischen Drittbelastung oben 4. Kapitel A. (S. 59 f.).

⁴¹ *K. Martens*, AcP 1977, 113 (135 f.).

II. Unmittelbare Verpflichtung des Dritten durch den Vertrag

Der große Teil von Literatur und Rechtsprechung grenzt den Vertrag zu Lasten Dritter vom Vertrag mit Lastwirkungen für Dritte danach ab, ob der Vertrag den Dritten *unmittelbar verpflichtet*.⁴² Das leite sich vom Pendant des Vertrags zu Lasten Dritter ab, dem Vertrag zugunsten Dritter.⁴³ Jedoch zeigt sich sowohl bei Einzelfalluntersuchungen als auch bei allgemeinen Abhandlungen, dass unter einer *unmittelbaren Verpflichtung* nicht immer dasselbe verstanden wird – eine Definition, viele Ergebnisse. Grund dafür sind die – bewusst oder unbewusst – unterschiedlichen Verständnisse der beiden Begriffe. Sowohl an die *Verpflichtung* des Dritten als an die *Unmittelbarkeit* dieser Verpflichtung werden unterschiedliche Anforderungen gestellt. Das liegt auch daran, dass – wie sich im Gang der Untersuchung zeigen wird – die Situation des Vertrags *zugunsten* Dritter nur schwer auf den Vertrag *zu Lasten* Dritter übertragbar ist.⁴⁴ Es lohnt deshalb ein genauer Blick darauf, welche unterschiedlichen Verständnisse den beiden elementaren Merkmalen der Definition zugrunde liegen und woraus diese sich jeweils herleiten lassen.

1. Verpflichtung des Dritten

a) Enges Verständnis der Verpflichtung

Für Habersack ist der Vertrag zu Lasten Dritter das Pendant zum echten Vertrag zugunsten Dritter,⁴⁵ durch den der Dritte *unmittelbar* ein *Forderungsrecht* erhält. Der Gesetzgeber habe durch die §§ 328 ff. BGB bereits eine Orientierung zur allgemeinen Bewertung von Drittbelastungen durch Verträge bereitgestellt.

Der von den Parteien beabsichtigte „Entzug von Rechten eines Dritten“ oder die „Einschränkung seiner Abschluss- und Inhaltschancen“ stellen keine Verpflichtungen dar und seien deshalb keine Verträge zu Lasten Dritter.⁴⁶ Derartige Auswirkungen der Rechtsgeschäfte stellen lediglich Lastwirkungen dar und

⁴² Westermann, AcP 2008, 141 (158); Gottwald, in: MüKo-BGB III, 8. Aufl., 2019, § 328 Rn. 261; Habersack, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 28 ff.; Schmalzbauer, Die Drittwirkung verpflichtender Verträge, 1982, S. 119 ff. Eine klare Definition vermeidend und auch die „Rechtsverminderung“ als Vertrag zu Lasten Dritter ansehend hingegen Klumpp, in: Staudinger BGB, 2020, § 328 Rn. 55 und Mäsch, in: BeckOGK BGB, 2021, § 328 Rn. 123 ff.

⁴³ Habersack, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 26–32; Schmalzbauer, Die Drittwirkung verpflichtender Verträge, 1982, S. 120.

⁴⁴ Näher dazu unten 4. Kapitel C.V.1.a)aa) (S. 79f.) und 4. Kapitel C.V.1.b)aa) (S. 82f.).

⁴⁵ Habersack, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 28.

⁴⁶ Er verdeutlicht das am Beispiel des vertraglichen Haftungsverzichts, Habersack, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 30.

seien deshalb nach einem flexiblen Rechtsfolgensystem zu bewerten und nicht per se verboten.⁴⁷

*b) Vertragliche Haftungsbeschränkung als Beispiel
eines weiten Verständnisses*

Habersack grenzt sich damit klar von der verbreiteten Ansicht ab, nach der eine vertragliche Haftungsbeschränkung ein Vertrag zu Lasten Dritter ist.⁴⁸ Für ihn *verpflichtet* ein Haftungsverzicht den Dritten nicht, sondern *entzieht* ihm lediglich das zukünftige *Forderungsrecht* gegenüber dessen Gesamtschuldner aus § 426 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 BGB.

Der überwiegende Teil der Literatur, der grundsätzlich auch dem formalen Ansatz folgt, hat ein anderes Verständnis von „Verpflichtung“. Er versteht auch die Verkürzung des Regressanspruchs des Gesamtschuldners als eine solche. Allein Habersack formuliert die Schlussfolgerung aus der (allgemein anerkannten) Definition des Vertrags zu Lasten Dritter in dieser Art – auch wenn er sich damit lediglich streng an den Wortlaut hält.

Sein Verweis auf Schirmer⁴⁹ lässt zunächst vermuten, dass auch dieser den Haftungsverzicht als bloße Lastwirkung bezeichnet. Doch stellt sich das bei näherer Lektüre als unklar heraus: Schirmer thematisiert den Haftungsverzicht zwar im Abschnitt zu den Verträgen mit Lastwirkungen, jedoch schreibt er dort auch: „Wäre hier dem Mitschädiger der Ausgleich gegen den privilegierten Schädiger versagt, würde sich die Abrede über die Haftungsprivilegierung als *unzulässiger Vertrag zu Lasten eines Dritten* darstellen.“⁵⁰

Eine klare Stellungnahme ist seinen Worten damit nicht zu entnehmen. Im Gegenteil: Für Schirmer ist es noch unklar, ob nur die Belastung Dritter mit *Rechtspflichten* oder weitergehend *jede Verschlechterung seiner Rechtsposition* unter die Definition zu subsumieren ist.⁵¹ Er selbst plädiert dafür, dass auch drittbelastende Obliegenheiten Gegenstand des Vertrags zu Lasten Dritter sein können, auch wenn sie keine Rechtspflicht an sich beinhalten.⁵²

⁴⁷ Habersack, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 30.

⁴⁸ Schmalzbauer, Die Drittwirkung verpflichtender Verträge, 1982, S. 123 f.; Gottwald, in: MüKo-BGB III, 8. Aufl., 2019, § 328 Rn. 262; Hager, NJW 1989, 1640 (1643); Lüke/Walendy, JZ 1977, 657 (659); Wacke, AcP 1970, 42 (68). BGH, Urteil vom 3.2.1954 – VI ZR 153/52, NJW 1954, 875 (876); BGH, Urteil vom 9.3.1972 – VII ZR 178/70, NJW 1972, 942 (943).

⁴⁹ Habersack, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 30.

⁵⁰ Schirmer, Zur Vereinbarung von Obliegenheiten zu Lasten Dritter, in: Reichert-Facilides/Rittner/Sasse (Hrsg.), Festschrift für Reimer Schmidt, 1976, S. 821 (832), (Hervorhebung nur hier).

⁵¹ Schirmer, Zur Vereinbarung von Obliegenheiten zu Lasten Dritter, in: Reichert-Facilides/Rittner/Sasse (Hrsg.), Festschrift für Reimer Schmidt, 1976, S. 821 (831).

⁵² Schirmer, Zur Vereinbarung von Obliegenheiten zu Lasten Dritter, in: Reichert-Facilides/Rittner/Sasse (Hrsg.), Festschrift für Reimer Schmidt, 1976, S. 821 (831).

Der größte Teil der Literatur legt das Merkmal der Verpflichtung des Dritten somit weit aus – bewusst oder unbewusst.

c) *Das weite Verständnis der Rechtsprechung*

Auch die Rechtsprechung des BGH zum Unterhaltsvergleich der Eltern zu Lasten ihrer Kinder deutet darauf hin, dass sich der BGH nicht am engen Wortlaut der Verpflichtung orientiert. Dem Senat zufolge können die Vereinbarungen der Eltern,

„da der Abschluss von Verträgen zulasten Dritter nicht möglich ist, [...] lediglich Wirkungen zugunsten der Kinder entfalten, nicht jedoch gegen sie wirken. Demgemäß können Vergleiche der hier vorliegenden Art die gesetzlichen Unterhaltsansprüche der Kinder weder erschöpfend regeln noch im Sinne einer Begrenzung oder sonstigen nachteiligen Veränderung modifizieren“.⁵³

Ähnliches zeigt sich auch in einem Urteil des Kammergerichts zur Beweislastumkehr zu Lasten des Fahrers eines gemieteten KFZ: Zu Lasten des an dem Mietvertrag nicht beteiligten Fahrers hätten die Vertragsparteien keine *Umkehr der Beweislast* vereinbaren können, da sonst ein Vertrag zu Lasten Dritter vorläge.⁵⁴

d) *Zusammenfassung*

Die Darstellung der Ansätze macht deutlich, dass in der juristischen Praxis, aber genauso auch in der Literatur, bei der Subsumption unter das Merkmal der Verpflichtung ganz unterschiedliche Maßstäbe angelegt werden. So kommt es dazu, dass ein Definitionsmerkmal, das aus dem BGB durchaus gut bekannt ist (§§ 137 BGB, 273 BGB, 348 BGB, 708 BGB etc.), bei seiner Anwendung zu unterschiedlichen Ergebnissen führt.

2. Unmittelbarkeit der Verpflichtung

Ähnlich ist die Situation hinsichtlich der Unmittelbarkeit. Was genau ist unter dem Begriff zu verstehen? Immerhin soll ein Vertrag zu Lasten Dritter der h. M. nach nur dann vorliegen, wenn der Vertrag den Dritten *unmittelbar* verpflichtet. Aber welche Voraussetzungen dafür genau erforderlich sein sollen, beantworten die Gerichte und Autoren wiederum unterschiedlich oder gehen darauf gar nicht erst ein. In den meisten Fällen lässt sich das Verständnis des jeweiligen Autors nur durch die Gesamtbetrachtung seiner Abhandlung erfassen. Denn nur die Beobachtung der Anwendung der Definition auf Einzelfälle kann herausfiltern, was

⁵³ *BGH*, Urteil vom 16.1.1980 – IV ZR 115/78, BeckRS 2010, 21768. Der Senat lässt in diesem Fall auch anklingen, dass die Unwirksamkeit des Vertrags zu Lasten Dritter nicht die zwingende Rechtsfolge sei. Näher zur Rechtsfolge der Drittbelastung unten 7. Kapitel (S. 137 ff.).

⁵⁴ *Kammergericht*, Urteil vom 20.5.1974 – 12 U 2639/73, OLGZ 1975, 8 (11).

der Autor unter dem Begriff der Unmittelbarkeit im Einzelfall versteht. Dabei bleiben oftmals Zweifel, ob der Autor tatsächlich ein derartiges Verständnis bei seiner Untersuchung zugrunde gelegt hat, da es an einer expliziten Einordnung fehlt. Die Ausführungen der Autoren müssen daher teilweise gedeutet werden.

*a) Unmittelbarkeit und Drittbelastungsabsicht
als kumulative Voraussetzungen?*

Schmalzbauer äußert sich in seiner Abhandlung zur „Drittwirkung verpflichtender Verträge“ nicht eindeutig zu den Voraussetzungen der Unmittelbarkeit der Verpflichtung: Er spricht von Verträgen zu Lasten Dritter als Verträge, die darauf „abzielen, Dritte ohne ihre Mitwirkung *unmittelbar* vertraglich zu verpflichten“.⁵⁵ Dadurch impliziert er, dass die Absicht der Parteien („abzielen“ des Vertrags) etwas anderes sei als die Unmittelbarkeit. Denn die Absicht müsse auf die unmittelbare vertragliche Verpflichtung des Dritten gerichtet sein. Er äußert sich nicht dazu, welche Voraussetzungen genau für eine unmittelbare Verpflichtung vorliegen müssen. Als Anhaltspunkt bietet Schmalzbauer noch den vertraglichen Haftungsverzicht als Beispiel für einen Vertrag zu Lasten Dritter an.⁵⁶ Aber auch daraus lässt sich kein belastbarer, allgemeiner Inhalt der Unmittelbarkeit ableiten.

Der Versuch, die Voraussetzungen dadurch (negativ) zu ermitteln, dass man den Vertrag mit Lastwirkungen vom Vertrag zu Lasten Dritter abgrenzt, ist ebenso wenig erfolgsversprechend. Das liegt daran, dass der Autor auch den Anwendungsbereich des Vertrags mit Lastwirkungen sehr eng versteht: „Sie verringern die potentielle Vielfalt der durch die Privatrechtsordnung zur Verfügung stehenden Abschlußmöglichkeiten und die Möglichkeiten inhaltlicher Gestaltung von rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen.“⁵⁷ Hierunter thematisiert er Abreden, die nicht die Rechtsposition des Dritten beeinträchtigen, sondern lediglich dessen wirtschaftliche Interessen.

Schmalzbauer legt also offenbar ein weites Verständnis der Verpflichtung zugrunde, das alle Beeinträchtigungen der Rechtsposition eines Dritten umfasst. Denn ansonsten gäbe es Beeinträchtigungen, die unter keine der beiden Kategorien fielen. Schmalzbauer misst der *Unmittelbarkeit* der Verpflichtung demzufolge keine eigene Bedeutung zu. Allein durch das Merkmal der Verpflichtung grenzt er den Vertrag zu Lasten Dritter gegenüber den bloßen Lastwirkungen ab, da diese seiner Ansicht nach nicht die Rechtsposition des Dritten beeinträchtigen.

In jedem Fall lässt sich Schmalzbauers Abhandlung über die Drittwirkung verpflichtender Verträge kein eindeutiges Verständnis der Unmittelbarkeit entnehmen.

⁵⁵ Schmalzbauer, Die Drittwirkung verpflichtender Verträge, 1982, S. 121.

⁵⁶ Schmalzbauer, Die Drittwirkung verpflichtender Verträge, 1982, S. 123.

⁵⁷ Schmalzbauer, Die Drittwirkung verpflichtender Verträge, 1982, S. 119 f.

b) Drittbelastungsabsicht als entscheidender Faktor?

Teile der Literatur stellen die Unmittelbarkeit in Zusammenhang mit der Absicht der Parteien. Dabei lassen manche eine einfache Verbindung zwischen der Motivation der Parteien und der Drittwirkung genügen. Andere fordern, dass der Vertrag *ursächlich* für die Beeinträchtigung der Rechtsposition des Dritten ist.

aa) Drittbelastungsabsicht als Motiv

Für manche Autoren genügt es zur Annahme der Drittbelastungsabsicht, dass die Parteien auf die Belastung des Dritten abzielen. Ob diese Absicht *ursächlich* für die Belastung sei, spiele keine Rolle. Es genüge vielmehr, dass sich die Parteien anmaßen, über den Dritten zu bestimmen (Fremdbestimmung).⁵⁸ Nees erklärt hierauf gestützt den Verbandsstrafenregress als Vertrag zu Lasten Dritter, da die fehlende Absicht, das eigene Verhältnis zu regeln, deutlich hervortrete.⁵⁹ Ihm genügt das bloße Motiv⁶⁰ der Parteien, unabhängig davon, ob es *ursächlich* für die Drittbelastung ist.

bb) Ursächlichkeit der Drittbelastungsabsicht

Eine andere Ansicht vertritt dazu Habersack. Nach ihm kann auch in der Begründung einer Verbindlichkeit ausnahmsweise eine bloße Lastwirkung für den Dritten liegen (also kein Vertrag zu Lasten Dritter), wenn die Verpflichtung des Dritten *unabhängig vom Willen* der Vertragspartner entsteht.⁶¹ Mit dem Willen meint er jedoch nicht das Motiv der Parteien. Das verdeutlicht er anhand der rechtsgeschäftlichen Nachfolgeklausel in einem Gesellschaftsvertrag. Hierbei trete die Drittbelastung unabhängig vom Willen der Vertragsparteien durch § 128 HGB ein, weshalb lediglich ein Vertrag mit Lastwirkungen für Dritte vorliege.⁶²

Unmittelbarkeit liege also nur dann vor, wenn die Absicht der Parteien *ursächlich* für die Verpflichtung des Dritten sei. Beruhe der Eintritt der Verpflichtung hingegen lediglich auf der Abhängigkeit eines Rechts von einem anderen und

⁵⁸ Nees, Der Verbandsstrafenregress im Nachgang an störendes Zuschauerverhalten, 2018, S. 167.

⁵⁹ Nees, Der Verbandsstrafenregress im Nachgang an störendes Zuschauerverhalten, 2018, S. 167. Interessant ist hierbei, dass der Autor seine Erwägungen grundsätzlich auf die Abhandlung Habersacks stützt, sie aber anders als in der vorliegenden Arbeit interpretiert.

⁶⁰ Den Begriff des Motivs in diesem Kontext einführend und ihn als Indikator für den Vertrag zu Lasten Dritter ablehnend, *Ulrici*, ZfA 2016, 377 (398).

⁶¹ Habersack, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 31 f.

⁶² Eine Ausnahme gelte für abdingbare, das Verhältnis der Gesellschafter untereinander betreffende Verpflichtungen, Habersack, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 32 Fn. 33.

werde sie nur durch die Ausübung des Quellrechts verursacht, sei die Verpflichtung nicht *unmittelbar*.⁶³ Das legt nahe, dass Habersack die Unmittelbarkeit dann annimmt, wenn die übereinstimmenden Willenserklärungen *selbstständig* die Drittbelastung schaffen. Er scheint die Unmittelbarkeit abzulehnen, wenn sich die Abrede erst durch (ein) Gesetz auf einen Dritten auswirkt, da in diesem Fall die Abrede nicht *ursächlich* sei.

Leider nennt Habersack kein Beispiel für einen Vertrag zu Lasten Dritter. Er konturiert dessen Anwendungsbereich lediglich negativ durch Konstellationen, die eben keinen derartigen Vertrag darstellen.⁶⁴ Betrachtet man seine Äußerungen zur vertraglichen Haftungsbeschränkung, bestätigt sich das soeben ermittelte Verständnis nicht. Es steht dazu aber auch nicht im Widerspruch: Habersack lehnt den Vertrag zu Lasten Dritter beim Haftungsverzicht nicht deshalb ab, weil der Verzicht den Dritten erst *durch* die Aufhebung eines Tatbestandsmerkmals des § 426 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 BGB⁶⁵ belastet, sondern weil dieser dessen (zukünftige) *Forderungen* verkürzt – also keine Verpflichtung des Dritten beinhaltet. Habersack geht an der Stelle nicht auf die Frage ein, ob ein Haftungsverzicht den Dritten *unmittelbar* belastet. Schließlich fällt der Fall für ihn bereits mangels Verpflichtung aus dem Anwendungsbereich.

Folglich lässt sich nur vermuten, was genau Habersack unter einer unmittelbaren Verpflichtung versteht. Er lehnt offenbar immer dann den Vertrag zu Lasten Dritter ab, wenn die Drittbelastung sich erst durch eine Norm entfaltet (beispielsweise wirkt die rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel erst durch § 128 HGB). Das würde auch erklären, weshalb er keine Beispiele für einen Vertrag zu Lasten Dritter nennt. Fallkonstellationen, in denen die Parteien explizit erklären, dass der Dritte nun zu einer Leistung verpflichtet sei, sind in der Realität kaum anzutreffen. In den meisten Fällen wirkt die Absprache erst durch eine Norm. Das heißt, dass die Parteien ein Tatbestandsmerkmal einer Rechtsnorm durch ihr Rechtsgeschäft herbeiführen, modifizieren oder aufheben.⁶⁶ So wirkt beispielsweise auch die private Schadensgestaltung erst durch das Tatbestandsmerkmal des Schadens belastend auf den Dritten.

⁶³ Habersack, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 29.

⁶⁴ Habersack, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 26–33.

⁶⁵ Im Falle des Haftungsverzichts modifizieren die Parteien das Tatbestandsmerkmal „Gesamtschuldner“, indem sie einem potenziellen Gesamtschuldner die Haftung erlassen und dieser dadurch dem Dritten nicht mehr als Gesamtschuldner zur Verfügung steht. Der Dritte hat somit keinen Anspruch mehr gegen den „ursprünglichen Gesamtschuldner“ aus § 426 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 BGB. Näher zur vertraglichen Haftungsbeschränkung oben 2. Kapitel C. (S. 49 ff.).

⁶⁶ Ein solches Verständnis präzise herausarbeitend *Ulrici*, ZfA 2016, 377 (398). Dazu unten 4. Kapitel C. III. (S. 75 ff.).

c) *Unmittelbarkeit als „Unbedingtheit“ –
in Orientierung an § 158 Abs. 1 BGB*

Man könnte die Unmittelbarkeit auch als eine Art Unbedingtheit der Verpflichtung verstehen. Eine Verpflichtung des Dritten wäre nach einem derartigen Ansatz immer dann unmittelbar, wenn sie sich auf den Dritten auswirkt, ohne dass es weiterer Ereignisse bedarf. Ein Beispiel dafür ist der *nachträgliche* Haftungsverzicht: Ohne dass es weiterer Ereignisse bedarf, verliert der Dritte seinen Ausgleichsanspruch nach § 426 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 BGB. Es handelt sich freilich um keine rechtsgeschäftliche Bedingung im Sinne des § 158 Abs. 1 BGB, da sich die „Bedingung“ bereits im Tatbestand des Gesetzes befindet.

In der Literatur und Rechtsprechung der letzten Jahre lassen sich Überlegungen dieser Art beobachten. Im Falle des Verbandsstrafenregresses vertreten Autoren die Ansicht, es handle sich dabei lediglich um eine dem Vertrag zu Lasten Dritter *gleichzusetzende* Figur der Drittbelastung.⁶⁷ Der Vertrag zwischen Verband und Verein belaste den Zuschauer nicht *eo ipso*.⁶⁸ Weder durch die verbandsrechtliche Regelung noch durch deren Vollzug bekomme der Zuschauer eine unmittelbare Verpflichtung auferlegt.⁶⁹ Nach einem derartigen Ansatz ist eine Verpflichtung, die den Dritten erst nach dem Hinzutreten anderer Ereignisse belastet (in dem Fall: der Schadenseintritt), nicht unmittelbar.

Auch die Rechtsprechung des BGH zum Unterhaltsverzicht geht in diese Richtung.⁷⁰ Das Gericht äußerte sich über die Unwirksamkeit einer Vereinbarung,

⁶⁷ *Prütting/Kniepert*, ZfPW 2017, 458 (472); *S. Martens*, NJW 2016, 3691 (3694) verzichtet bewusst auf den Begriff des Vertrags zu Lasten Dritter: „Derartige verbandsgerichtliche Verfahren zu Lasten Dritter sind unzulässig.“; ähnlich auch das *LG Hannover*, Urteil vom 26.5.2015 – 2 O 289/14, BeckRS 2015, 14524: „Sportsgerichtsverfahren zulasten Dritter“; *Otting/Thelen* sehen den Unterschied zum Vertrag zu Lasten Dritter darin, dass der DFB und der Verein nicht explizit vereinbaren, dass der Zuschauer für Versäumnisse des Vereins eine Vertragsstrafe an den DFB zahlen soll, *Otting/Thelen*, JURA 2017, 380 (387).

⁶⁸ *Prütting/Kniepert*, ZfPW 2017, 458 (472).

⁶⁹ *Nees*, Der Verbandsstrafenregress im Nachgang an störendes Zuschauerverhalten, 2018, S. 166 f. Unverständlich ist, dass *Nees* im Anschluss dennoch den Drittbelastungswillen der Parteien genügen lässt, um einen Vertrag zu Lasten Dritter anzunehmen. Weshalb soll dann noch das Merkmal der „Unmittelbarkeit“ der Verpflichtung geprüft werden? Insbesondere bleibt seine Behauptung unbegründet, dass sich „die Situation [des Verbandsstrafenregresses] von denjenigen Sachverhalten [unterscheidet], für deren rechtliche Bewältigung die Durchführung einer Inhaltskontrolle das angemessene Instrument darstellt“.

⁷⁰ *BGH*, Beschluss vom 23.1.2003 – V ZB 48/02, NJW-RR 2003, 577 (578). Ein ähnliches Verständnis zugrunde legend *BGH*, Urteil vom 12.10.2011 – VIII ZR 50/11, NZM 2012, 558 (559) und *BGH*, Urteil vom 29.6.2004 – VI ZR 211/03, NJW 2004, 3326 (3327).

„die den Altenteilsverpflichteten⁷¹ frei werden lässt, wenn der Berechtigte auf Dauer in einem Pflegeheim untergebracht wird.“ Ein derartiger Vertrag begründe keine Verpflichtung zu Lasten des Sozialhilfeträgers und stelle deshalb keinen Vertrag zu Lasten Dritter dar; vielmehr habe er lediglich die *wirtschaftliche* Folge, dass der Sozialhilfeträger, soweit auch gesetzliche Unterhaltsansprüche nicht gegeben oder nicht durchsetzbar seien, einspringen müsste.⁷²

Das Gericht befasste sich mit einem Vertrag, der den Dritten erst durch das Hinzutreten weiterer Ereignisse *verpflichtet*. Dass es den Ausdruck der „wirtschaftlichen Folge“ verwendet, ändert nichts daran, dass der Unterhaltsverzicht die Verpflichtung des Sozialhilfeträgers herbeiführt, sofern der potenziell Bedürftige auf keine gesetzlichen Unterhaltsansprüche zurückgreifen kann. An dieser Stelle von wirtschaftlichen Folgen zu sprechen, kann missverständlich sein. Treffender ist es, Fälle dieser Art als „bedingte“ (vom Hinzutreten weiterer Ereignisse abhängige) Verpflichtung des Dritten zu beschreiben.

Inwiefern sich der Unterhaltsverzicht aber vom vertraglichen Haftungsverzicht oder einer rechtsgeschäftlichen Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag unterscheidet, bei denen es sich nach dem BGH jeweils um Verträge zu Lasten Dritter handelt, bespricht der BGH nicht. Dabei hängt auch bei diesen Rechtsgeschäften die letztendliche Drittbelastung vom Eintritt weiterer Ereignisse ab und ist durch diese „bedingte“.

Ob die untersuchten Entscheidungen und Abhandlungen die Unmittelbarkeit tatsächlich davon abhängig machen wollen, ob der Vertrag sofort oder erst nach dem Hinzutreten weiterer Ereignisse den Dritten belastet, lässt sich nicht abschließend beurteilen. Auf den ersten Blick erscheint dieser Ansatz aber durchaus von Interesse. Ein Haftungsverzicht, den die Parteien erst *nach* dem Schadenseintritt vereinbaren (in einer Situation, in welcher der Geschädigte sowieso noch gegen einen anderen Schadensersatzverpflichteten vorgehen kann), zielt auf die Beeinträchtigung der Rechtsposition des Dritten ab.⁷³ Bei einem Haftungsverzicht *vor* dem Schadenseintritt hingegen ist die Beeinträchtigung der Rechtsposition eines Dritten im Regelfall⁷⁴ noch ungewiss. Schließlich können die Par-

⁷¹ Ein Altenteilsvertrag hat regelmäßig die Gewährung des Unterhalts zum Inhalt, wobei dem Altenteiler ein Wohnrecht an einem bestimmten Teil des überlassenen Grundstücks gewährt wird, vgl. *BGH*, Urteil vom 28.10.1988, NJW-RR 1989, 451.

⁷² *BGH*, Beschluss vom 23.1.2003 – V ZB 48/02, NJW-RR 2003, 577.

⁷³ In Fällen, in denen die Parteien nicht von der Existenz eines anderen Schadensersatzverpflichteten wissen, nehmen die Parteien die Drittbeeinträchtigung gegebenenfalls billigend in Kauf. Von einem Abzielen kann man in derartigen Fällen nicht sprechen.

⁷⁴ Die Vertragsparteien können den Haftungsverzicht natürlich auch so gestalten, dass er nur für den Fall gilt, dass dem Gläubiger ein anderer Gesamtschuldner zur Verfügung steht. In diesen Fällen ist auch der vorherige Haftungsverzicht eindeutig auf eine Drittbelastung gerichtet.

teien nicht vorhersehen, ob überhaupt ein Dritter für den hypothetischen Schaden (mit-)haftet.

d) Rechtsprechung des BGH zum Haftungsverzicht

Für die Ermittlung eines Vertrags zu Lasten Dritter kommt es dem BGH in seiner Rechtsprechung zur vertraglichen Haftungsbeschränkung⁷⁵ nicht darauf an, ob die Parteien den Haftungsausschluss allgemein oder nur für den Fall vereinbaren, dass ein weiterer Haftungspflichtiger zur Verfügung steht.⁷⁶ Das sei für die Interessenlage des Zweitschädigers nicht von Belang.⁷⁷ Die Absicht der Parteien (als Motiv verstanden), den Dritten zu belasten, sei deshalb keine Voraussetzung. Auch stört sich das Gericht nicht daran, dass die Abrede den Dritten erst *durch* die Aufhebung des Tatbestandsmerkmals des § 426 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 BGB belastet (also durch die „Wegnahme“ eines anderen Gesamtschuldners).

Der BGH verlangt zudem keine „unbedingte“ Belastung des Dritten (verstanden als Drittbelastung ohne das Hinzutreten weiterer Ereignisse). Das Gericht nimmt einen Vertrag zu Lasten Dritter an, obgleich der Haftungsverzicht den zukünftigen Gesamtschuldner erst dann belastet, wenn ein weiteres Ereignis hinzutritt: Die Schädigung durch den Dritten zusammen mit demjenigen, der vertraglich dem Geschädigten gegenüber haftungsprivilegiert ist.

Insgesamt setzt der BGH also weder voraus, dass die Absicht der Parteien auf die Drittbelastung zielt⁷⁸ oder *ursächlich* für die Drittbelastung ist⁷⁹, noch spielt es für ihn eine Rolle, ob die Drittbelastung „unbedingt“ ist, also vom Eintritt weiterer Ereignisse abhängt.⁸⁰ Die Rechtsprechung lässt sich somit keinem der vorstehenden Ansätze zuordnen. Auch lassen sich der Entscheidung keine belastbaren Abgrenzungskriterien im Hinblick auf die Unmittelbarkeit abgewinnen.

e) Vermeintlicher Gleichlauf verschiedener Ansätze

Wenngleich die Untersuchung unter „Ursächlichkeit der Drittbelastungsabsicht“ und „Unmittelbarkeit als ‚Unbedingtheit‘ – in Orientierung an § 158 Abs. 1 BGB“ zwei unterschiedliche Verständnisse von Unmittelbarkeit darstellt, sei an dieser Stelle angemerkt, dass beide in der Praxis oft zu denselben Ergebnissen führen. Die Unterscheidung ist deshalb vor allem theoretischer Natur.

⁷⁵ BGH, Urteil vom 3.2.1954 – VI ZR 153/52, NJW 1954, 875; BGH, Urteil vom 9.3.1972 – VII ZR 178/70, NJW 1972, 942.

⁷⁶ BGH, Urteil vom 3.2.1954 – VI ZR 153/52, NJW 1954, 875, Rn. 876.

⁷⁷ BGH, Urteil vom 3.2.1954 – VI ZR 153/52, NJW 1954, 875, Rn. 876.

⁷⁸ 4. Kapitel C. II. 2. b) aa) (S. 69 f.).

⁷⁹ 4. Kapitel C. II. 2. b) bb) (S. 69 f.).

⁸⁰ 4. Kapitel C. II. 2. c) (S. 71 ff.).

Auch in den Fällen, in denen der Eintritt der Drittbelastung von anderen Ereignissen abhängt, wirkt die Drittbelastung in der Regel erst durch eine Norm.⁸¹ Dennoch gibt es Fälle, in denen die Drittbelastung zwar erst durch eine Norm wirkt – die Parteiabsicht somit nicht als *ursächlich* zu betrachten wäre –, sie aber nicht mehr vom Eintritt weiterer Ereignisse abhängt. So ist das beispielsweise bei einer rechtsgeschäftlichen Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag: Zwar handelt es sich meist um Klauseln im Zusammenhang mit dem Tod des Gesellschafters als Bedingung der Nachfolge. Eine Nachfolgeklausel wäre aber auch ohne Bedingung denkbar. Vergleichbar ist die Situation beim *nachträglichen* Haftungsverzicht gegenüber einem der Gesamtschuldner.⁸²

In beiden Situationen hängt die Drittbelastung nicht mehr vom Hinzutreten weiterer Ereignisse ab. Nach dem einen Verständnis läge somit eine unmittelbare Drittbelastung vor.⁸³ Nach dem anderen Verständnis ist die Absicht der Parteien aber nicht ursächlich für die Drittbelastung, da sie erst durch eine Norm wirkt.⁸⁴ Bei der Nachfolgeklausel durch § 128 Abs. 1 HGB und beim nachträglichen Haftungsverzicht durch § 426 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 BGB. Hiernach läge keine Unmittelbarkeit vor. Es handelt sich somit um zwei verschiedene Ansätze, die in der Praxis oft gleichlaufen.

f) Zusammenfassung

Waren die Interpretationen des Begriffs der *Verpflichtung* noch recht überschaubar und nachvollziehbar, so lassen sich bei der Anwendung des Definitionsmerkmals der *Unmittelbarkeit* eine Vielzahl von Lesarten beobachten. Die Bandbreite reicht von der Unmittelbarkeit und der Drittbelastungsabsicht als unterschiedliche, kumulative Voraussetzungen, über die Drittbelastungsabsicht als mehrdeutiges Kriterium, bis hin zur Unmittelbarkeit als „Unbedingtheit“ (angelehnt an § 158 Abs. 1 BGB). Wohlgemerkt lässt sich keinem der genannten Verständnisse die Rechtsprechung des BGH zum Haftungsverzicht zuordnen.

Bemerkenswerter als die Vielfalt an Auslegungen des gemeinsamen Definitionsmerkmals ist das Fehlen einer *Auseinandersetzung* um die zutreffende Auslegung.⁸⁵ Beim Merkmal der Verpflichtung kritisiert immerhin Habersack –

⁸¹ Beispielsweise bei der vertraglichen Haftungsbeschränkung durch § 426 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 BGB und bei der rechtsgeschäftlichen Nachfolgeklausel durch § 128 Abs. 1 HGB.

⁸² Hierzu näher bereits oben 2. Kapitel C. (S. 49 f.).

⁸³ Siehe dazu oben 4. Kapitel C. II. 2. c) (S. 71 ff.).

⁸⁴ Siehe dazu oben 4. Kapitel C. II. 2. b) bb) (S. 69 f.).

⁸⁵ *Ulrici*, ZfA 2016, 377 (377–379) kritisiert die Definition der h. M. und deren einheitliche Handhabung als Ganzes und schlägt einen neuen Ansatz vor. Er setzt sich aber mit den einzelnen Definitionsmerkmalen der h. M. nicht auseinander. Zu *Ulricis* Ansatz sogleich 4. Kapitel C. III. (S. 75 ff.).

wenn auch als einziger – die h. M. für deren (unbewusst) weite Auslegung. Beim Merkmal der Unmittelbarkeit gibt es bisher keinerlei Diskussion.

3. Zusammenfassung zur Definition der h. M.

Wie sich gezeigt hat, fehlt es auch in der spezifischen Literatur noch an einer vollständigen inhaltlichen Auseinandersetzung mit der weit verbreiteten Definition des Vertrags zu Lasten Dritter. Einige Autoren verstehen die unmittelbare Verpflichtung sehr weit, ohne ihre Entscheidung zu begründen.⁸⁶ Allein Habersack nimmt zum Merkmal der Verpflichtung Stellung, verpasst es allerdings, der Unmittelbarkeit eine klare Kontur zu geben.

Dabei ist es für das Verständnis wichtig, Fälle der Drittbelastung zu nennen, die den Dritten tatsächlich *unmittelbar* belasten. Nahezu alle Definitions- und Erklärungsversuche unterlassen es, konkrete Beispiele für dieses anerkannte Merkmal des Vertrags zu Lasten Dritter zu nennen. Außerdem fehlt es zumeist an einer nachvollziehbaren Begründung, weshalb eine bestimmte Drittbelastung lediglich eine Lastwirkung darstellen soll.

Hinzu kommt, dass die Verwendung nicht nur je nach Gericht oder Autor unterschiedlich ausfällt, sondern auch teilweise innerhalb der Rechtsprechung desselben Gerichts. In derartigen Fällen grenzt sich die jüngere Rechtsprechung nicht explizit von der älteren Rechtsprechung ab, was es schwer macht, die unterschiedlichen Entscheidungen in Drittbelastungsfällen zu vergleichen.⁸⁷

Im Ergebnis ist mit dieser Definition nicht mehr als scheinbare Rechtssicherheit gewonnen. Ganz im Gegenteil: Ein nur vermeintlich geklärt Streit sorgt für deutlich mehr Rechtsunsicherheit als ein offener Diskurs.

III. Rechtsfolgensetzung für Dritte allein durch Geschäftswillen

Auch Ulrici kritisiert die bisherige Auseinandersetzung mit Drittbelastungen durch Rechtsgeschäfte als uneinheitlich und dogmatisch unfundiert.⁸⁸ Ganz überwiegend werde zwar zwischen dem Vertrag zu Lasten Dritter und dem Vertrag mit Lastwirkungen für Dritten unterschieden, doch herrsche noch kaum Einigkeit darüber, welche Einzelfälle der einen und welche der anderen Kategorie zuzu-

⁸⁶ Beispielsweise die verbreitete Ansicht, dass der vertragliche Haftungsverzicht eine *Verpflichtung* des Dritten darstellt.

⁸⁷ Zum Beispiel die jahrelange Rechtsprechung zu vertraglichen Haftungsbeschränkungen des BGH, auf welche die Rechtsprechung zum Unterhaltverzicht keinen Bezug nimmt. Hierbei ist zwar zu beachten, dass es sich um zwei unterschiedliche Senate handelt, doch ändert sich dadurch nichts an der Tatsache, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung dadurch uneinheitlich ist.

⁸⁸ Ulrici, ZfA 2016, 377 (378).

weisen seien.⁸⁹ Vielmehr bezeichnet der juristische Diskurs ganz unterschiedliche Rechtsgeschäfte als Vertrag zu Lasten Dritter, da über die Auslegung der Definition der h. M. keine Einigkeit herrsche.⁹⁰

Ulrici nimmt sich vor, die beschriebene dogmatische Lücke zu schließen⁹¹ und unterteilt das Schlagwort des Vertrags zu Lasten Dritter in drei unterschiedliche „Institute“.⁹² Auch wenn er sich hauptsächlich arbeitsrechtlichen Fallgestaltungen widmet, ist sein Theorieansatz grundsätzlich auf das Privatrecht als Ganzes angelegt. Seine Kategorisierung erfolgt nach nachvollziehbaren Kriterien, weshalb sich eine nähere Betrachtung lohnt. Ob sie auch *inhaltlich* gerechtfertigt ist, wird im Anschluss diskutiert.

1. Vertrag zu Lasten Dritter (i. e. S.)

Ulrici spricht von einem „Vertrag zu Lasten Dritter (i. e. S.)“, wenn Vertragsparteien *allein* kraft ihres Geschäftswillens (also kraft ihrer Vereinbarung) Rechtsfolgen für Dritte setzen wollen.⁹³ Auf das Regelungsmotiv der Parteien komme es dabei nicht an.⁹⁴ Außerdem beschränkt er den Anwendungsbereich nicht lediglich auf *Verpflichtungen*, sondern fasst darunter auch *sonstige Rechtsfolgen* für den Dritten.

2. Drittbelastung mittels Anknüpfungsanordnung

Ein Vertrag zu Lasten Dritter (i. e. S.) sei aber durchaus selten. Nach Ulrici entfaltet sich die Drittbelastung in den meisten Fällen erst durch rechtsgeschäftliche oder hoheitliche Anordnungen, die Rechtsfolgen für einen Dritten vorsehen, indem sie an ein Rechtsgeschäft anknüpfen.⁹⁵ Die Betroffenheit des Dritten gründe in diesem Fall nicht auf dem Geschäftswillen, sondern trete aufgrund der gesonderten Anordnung ein und sei für die Vornahme des Rechtsgeschäfts allenfalls Motiv.⁹⁶ Als Beispiel für eine solche Anknüpfungsanordnung nennt er unter anderem die Unkündbarkeit, die ein Arbeitgeber mit einem Arbeitnehmer verein-

⁸⁹ Ulrici, ZfA 2016, 377 (378 f.).

⁹⁰ Ulrici, ZfA 2016, 377 (379). Schirmer, Zur Vereinbarung von Obliegenheiten zu Lasten Dritter, in: Reichert-Facilides/Rittner/Sasse (Hrsg.), Festschrift für Reimer Schmidt, 1976, S. 821 (831) stellte ebenso bereits fest, dass die Tragweite der Definition des Vertrags zu Lasten Dritter unklar ist.

⁹¹ Ulrici, ZfA 2016, 377 (379).

⁹² Ulrici, ZfA 2016, 377 (393).

⁹³ Ulrici, ZfA 2016, 377 (396). Nach ihm liegt ein derartiger Vertrag beispielsweise vor, wenn Verleiher und Entleiher den Anspruch des Arbeitnehmers aus § 13a AÜB abbedingen.

⁹⁴ Ulrici, ZfA 2016, 377 (396).

⁹⁵ Ulrici, ZfA 2016, 377 (398).

⁹⁶ Ulrici, ZfA 2016, 377 (398).

bart. Die Vereinbarung binde zunächst nur die beiden Vertragsparteien und beeinträchtige den Dritten erst durch § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG mittelbar.⁹⁷ Genauso sei es bei der Abbedingung von § 616 BGB: Allein durch die Anordnung in §§ 45 Abs. 1, 49 Abs. 1 Nr. 1 SGB V, die sich auf die Entgeltansprüche des Arbeitnehmers bezieht, könnte die Abbedingung des § 616 BGB auch Krankenkassen als Dritte mittelbar betreffen.⁹⁸

Man kann diesen „Auffangtatbestand“ zum Vertrag zu Lasten Dritter durchaus mit dem Vertrag mit Lastwirkungen für Dritte vergleichen, da sich beide Kategorien vor allem negativ zum Vertrag zu Lasten Dritter (i. e. S.) abgrenzen. Bezogen auf die Art und Weise, wie die Drittbelastung wirkt, gleichen sich Ulricis und Habersacks Abgrenzungsmethoden. Beiden kommt es darauf an, ob die Drittbelastung erst *durch eine Norm* gemittelt wird oder *ursächlich* auf dem (Geschäfts-) Willen der Parteien basiert.⁹⁹ Für beide Autoren ist entscheidend, ob der Vertrag den Dritten nur mittels einer Norm belastet. Jedoch fasst Ulrici unter den Vertrag zu Lasten Dritter (i. e. S.) auch andere Rechtsfolgensetzungen für den Dritten als dessen Verpflichtung. Habersack hingegen legt ein strenges wörtliches Verständnis der Verpflichtung zugrunde.¹⁰⁰

IV. Zusammenfassung zum formalen Verständnis

Dem formalen ist gegenüber dem materialen Verständnis der Vorzug zu geben. Die Einteilung in Vertrag zu Lasten Dritter und Vertrag mit Lastwirkungen für Dritte davon abhängig zu machen, ob der Vertrag für den Dritten wirtschaftlich vorteilhaft ist, überzeugt nicht. Dadurch würde der Dritte grundlos fremdbestimmt. Zudem liegt es im Auge des Betrachters, ob ein Vertrag wirtschaftlich vorteilhaft ist, weshalb auch aus Gründen der Rechtssicherheit eine rein formale Betrachtung vorzugswürdig ist.¹⁰¹

Welche rechtliche Beeinträchtigung nach dem formalen Verständnis für den Dritten dabei vorliegen muss, beantworten Autoren und Gerichte unterschiedlich.

⁹⁷ Ulrici, ZfA 2016, 377 (398). Die Vereinbarung der Unkündbarkeit wirkt auf das Tatbestandsmerkmal „Auswahl des Arbeitnehmers“ ein. Ein unkündbarer Arbeitnehmer ist der Sozialauswahl entzogen. Eine derartige Vereinbarung belastet dadurch andere, weiterhin kündbare Arbeitnehmer erst über das Tatbestandsmerkmal des § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG; eine Rechtsnorm, die Ulrici als Anknüpfungsnorm bezeichnet.

⁹⁸ Ulrici, ZfA 2016, 377 (398). Es liege auch kein Vertrag zu Lasten Dritter vor, wenn ein Arbeitgeber mit seinem Arbeitnehmer vereinbart, dass die Arbeitszeit in einem anderen Betrieb im Falle einer Sozialauswahl zählt. Schließlich modifizierten die Parteien hierdurch nur ein Tatbestandsmerkmal des § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG zuungunsten anderer Arbeitnehmer. Die Drittbelastung erfolge somit nur mittels Anknüpfungsanordnung Ulrici, ZfA 2016, 377 (396).

⁹⁹ Vgl. hierzu oben 4. Kapitel C. II. 2. b) bb) (S. 69 f.).

¹⁰⁰ Näher dazu bereits 4. Kapitel C. II. 1. a) (S. 65 ff.).

¹⁰¹ 4. Kapitel B. (S. 60 ff.).

Dabei kann K. Martens nicht gefolgt werden, der immer dann ein Rechtsgeschäft zu Lasten Dritter annehmen will, wenn die Parteien Dritten Pflichten unmittelbar auferlegen, angestammte Rechte unmittelbar entziehen oder deren Rechtspositionen allgemein beeinträchtigen.¹⁰² Seine Definition ist zu unbestimmt und lässt keine eindeutige Abgrenzung zu.¹⁰³

Die h.M. versteht unter einem Vertrag zu Lasten Dritter einen Vertrag, der Dritte unmittelbar verpflichtet. Doch auch wenn sich alle an derselben Definition orientieren, kommt es bei deren Anwendung zu den unterschiedlichsten Lesarten der Definitionsmerkmale und damit zu verschiedenen Ergebnissen.¹⁰⁴ Ulrici steht der Definition kritisch gegenüber und unternimmt einen eigenen Versuch der Einteilung der verschiedenen Drittbelastungen.¹⁰⁵ Der folgende Abschnitt bezieht zu den hinter der Definition der h.M. stehenden Ansätzen und dem Ansatz von Ulrici Stellung.

V. Stellungnahme

Der vorstehende Abschnitt hat gezeigt, dass die Einteilungen der verschiedenen Drittbelastungen in ihren Voraussetzungen und im Ergebnis weit auseinander gehen. Daran ändert auch die allgemein anerkannte Definition des Vertrags zu Lasten Dritter nichts. Nimmt man aber – wie der überwiegende Teil des juristischen Diskurses – an, dass Verträge zu Lasten Dritter per se unwirksam sind (absolut oder relativ),¹⁰⁶ macht es einen großen Unterschied, ob ein Einzelfall unter diese Kategorie fällt oder eine bloße Lastwirkung verkörpert. Es bleibt also zu klären, ob und in welcher Form eine Kategorisierung der Drittbelastungen überhaupt sinnvoll ist.¹⁰⁷

1. Kategorisierung der Drittbelastungen als Formalismus

Die enorme Vielfalt an drittbelastenden Rechtsgeschäften und die verschiedenen Ansätze dazu zeigen, dass es sich um einen komplexen Problembereich des Privatrechts handelt. Gut nachvollziehbar sind deshalb die Versuche, Drittbelastungen in Kategorien zu fassen, um deren Untersuchung zu systematisieren und so zu vereinheitlichen.

Gerade aus diesem Grund stellt sich jedoch die Frage, ob die Kategorisierung überhaupt zielführend ist. Ist es für den Dritten tatsächlich von Relevanz, ob er

¹⁰² K. Martens, AcP 1977, 113 (135).

¹⁰³ 4. Kapitel C.I. (S. 63 f.).

¹⁰⁴ 4. Kapitel C.II.3. (S. 75).

¹⁰⁵ 4. Kapitel C.III. (S. 75 f.).

¹⁰⁶ Dazu unten 7. Kapitel (S. 137 ff.).

¹⁰⁷ An dieser Stelle sei daran erinnert, dass die Einteilung in rein faktische Drittbelastungen einerseits und Beeinträchtigungen der Rechtsposition Dritter andererseits freilich sinnvoll ist. Dazu oben 4. Kapitel A. (S. 59 f.).

nun *verpflichtet* oder ihm ein *Regressanspruch verwehrt* wird? Spielt es eine Rolle, ob die Drittbelastung allein auf dem Rechtsgeschäft beruht oder ob sie erst durch eine „Anknüpfungsanordnung“ wirkt?

Der folgende Abschnitt untersucht die Unterscheidung zwischen den verschiedenen Beeinträchtigungen der Rechtsposition des Dritten. Dafür zieht er die eben dargestellten Ansätze kritisch heran und entwirft anschließend einen eigenen Lösungsvorschlag. Unter Kategorisierung wird an dieser Stelle die Einteilung in Vertrag zu Lasten Dritter und Vertrag mit Lastwirkungen für Dritte verstanden.

*a) Keine Unterscheidung zwischen Verpflichtung
und anderen nachteiligen Rechtsfolgen*

Der überwiegende Teil der Literatur versteht unter dem Vertrag zu Lasten Dritter lediglich die Verpflichtung des Dritten.¹⁰⁸ Andere nachteilige Rechtsfolgen sollen lediglich Verträge mit Lastwirkungen für Dritte darstellen. Das wird einerseits mit der Parallele zum Vertrag zugunsten Dritter und andererseits mit der Intensität der Fremdbestimmung begründet. Nur wenige Autoren¹⁰⁹ ordnen allgemein die nachteiligen Rechtsfolgen dem Vertrag zu Lasten Dritter zu.

aa) Verpflichtung als Parallele zum Vertrag zugunsten Dritter

Spiegelbildlich zur Begründung eines Forderungsrechts des Dritten beim Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 Abs. 1 BGB) verlangt die h.M. für den Vertrag zu Lasten Dritter die Begründung einer *Verbindlichkeit*.¹¹⁰ Damit grenzt sie zu anderen nachteiligen Rechtsfolgensetzungen für den Dritten ab, insbesondere zur Vereitelung einer Forderung.

Das Argument, das für diese Wertung spricht, nennt keiner der Autoren explizit: Die Vereitelung einer Forderung entspräche – streng dem Spiegelbild folgend – der Möglichkeit, in einem Vertrag einen Erlass (§ 397 Abs. 1 BGB) zugunsten eines Dritten zu vereinbaren. Da die Vertragsparteien aber nach h.M. dem Dritten nicht ohne seine Zustimmung seine Schuld erlassen können (sondern lediglich zugunsten des Dritten eine Einrede gegen die Durchsetzung des Anspruchs vorsehen können),¹¹¹ soll es auch keinen Vertrag zu Lasten Dritter in

¹⁰⁸ Dazu oben 4. Kapitel C. II. 1. (S. 65 ff.).

¹⁰⁹ K. Martens, AcP 1977, 113 (139); Ulrici, ZfA 2016, 377 (396). In diese Richtung auch schon Säcker, Gesellschaftsvertragliche und erbrechtliche Nachfolge in Gesamthandsmitgliedschaften, 1970, S. 51 ff. und Schirmer, Zur Vereinbarung von Obliegenheiten zu Lasten Dritter, in: Reichert-Facilides/Rittner/Sasse (Hrsg.), Festschrift für Reimer Schmidt, 1976, S. 821 (830 ff.).

¹¹⁰ Habersack, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 26–32; Schmalzbauer, Die Drittwirkung verpflichtender Verträge, 1982, S. 120.

¹¹¹ „Pactum de non petendo“, Gottwald, in: MüKo-BGB III, 8. Aufl., 2019, § 328 Rn. 274.

Form der Vereitelung einer Forderung geben. Denn dann gäbe es keinen formalen Gleichlauf zwischen § 328 Abs. 1 BGB und dem Vertrag zu Lasten Dritter.

Dieses Ergebnis sollte allerdings Anlass geben, darüber nachzudenken, welche Wertungen sich aus § 328 Abs. 1 BGB für Drittbelastungen durch Rechtsgeschäfte ergeben. Möglicherweise ist es gerade nicht geboten, die Struktur des Vertrags zugunsten Dritter – „eins-zu-eins“ – auf den Vertrag zu Lasten Dritter zu übertragen.

Die h.M. legt § 328 BGB im Zusammenhang mit § 397 BGB so aus, dass per se das Recht des Dritten zur Erfüllung seiner Schuld geschützt werden muss; also, dass sein rechtlicher Nachteil zu schützen ist. Wenn der Dritte beim Vertrag zu seinen Gunsten davor geschützt werden soll, dass ihm sein rechtlicher *Nachteil* genommen wird, dann sollte er bei einem Vertrag zu seinen Lasten erst recht davor geschützt werden, dass ihm ein rechtlicher *Vorteil* genommen wird. Die Übernahme des Merkmals der Verpflichtung als Pendant zur Forderungsbegründung aus § 328 BGB ist deshalb keineswegs zwingend.

bb) Verpflichtung als intensivere Fremdbestimmung

Die Tatsache, dass die vorherrschende Ansicht den Haftungsverzicht als Verpflichtung des Dritten versteht, zeigt, dass viele Autoren ein sehr weites Verständnis der Verpflichtung verwenden – bewusst oder unbewusst.¹¹² Anstatt nun jedoch wie Habersack die Definition der h.M. (wie ein Gesetz) nach dem Wortlaut auszulegen und – zutreffend – festzustellen, dass der Haftungsverzicht den Dritten in keiner Weise verpflichtet, ist es zielführender, über die Sinnhaftigkeit dieser Definition nachzudenken.

Es leuchtet beispielsweise nicht ein, aus welchem Grund die Vereitelung eines Rechts nicht mit der Verpflichtung des Dritten gleichgesetzt werden soll. Immerhin zeigt sich am Beispiel des Haftungsverzichts und des Unterhaltsvergleichs der Eltern zu Lasten ihrer Kinder, dass die Wirkungen durchaus vergleichbar sind. Bei ersterem verliert der Schädiger seinen Regressanspruch gegen einen anderen Gesamtschuldner, bei letzterem verlieren die Kinder (teilweise) ihren Unterhaltsanspruch gegenüber den Eltern.

Ob der Dritte nun durch ein Rechtsgeschäft einer weiteren Verpflichtung ausgesetzt wird, ohne hierauf Einfluss zu haben, oder ihm ein Regressanspruch dadurch wegfällt: Die Belastung betrifft ein und dasselbe Vermögen. Nun mag man entgegenen, dass es gerade nicht um das Vermögensinteresse des Dritten gehe, sondern um dessen Selbstbestimmungsrecht. Doch ist die Feststellung, ein Dritter sei durch die Wegnahme eines Rechts weniger selbstbestimmt als durch eine Verpflichtung, apodiktisch. Entscheidend für die Fremdbestimmung ist vielmehr,

¹¹² Siehe dazu oben 4. Kapitel C.II.1.b) (S. 66 f.).

das *Rechtsfolgen* für den Dritten ohne dessen Beteiligung gesetzt werden und es nicht um reine Vermögensinteressen des Dritten geht, sondern um Beeinträchtigungen seiner Rechtsposition.¹¹³

Und weshalb sollten nicht alle belastenden Rechtsfolgen den Tatbestand des Vertrags zu Lasten Dritter erfüllen können? Ob das Rechtsgeschäft den Dritten neu verpflichten oder seinen Anspruch verkürzen soll – die drittbelastenden Wirkungen unterscheiden sich qualitativ nicht. Es ist deshalb nicht gerechtfertigt, die Verpflichtung des Dritten anders zu behandeln als andere nachteilige Rechtsfolgen.

cc) Rechtsunsicherheit durch verschiedene Verständnisse der Verpflichtung

Die uneinheitliche Subsumption unter das Merkmal der Verpflichtung lässt ebenfalls an der Sinnhaftigkeit des Merkmals zweifeln. Es zeigt, dass selbst diejenigen, die die Definition der h.M. verwenden, keinen qualitativen Unterschied zwischen der Verpflichtung und anderen nachteiligen Rechtsfolgen für den Dritten sehen. Beispielhaft lässt sich auch hier wieder die vertragliche Haftungsbeschränkung nennen, die der überwiegende Teil der h.M. als Verpflichtung des Dritten im Sinne der Definition des Vertrags zu Lasten Dritter ansieht.¹¹⁴

dd) Zwischenergebnis

Die Unterscheidung nach Verpflichtung und anderen nachteiligen Rechtsfolgen lässt sich nicht durch den angeblichen Gleichlauf vom Vertrag zugunsten und dem Vertrag zu Lasten Dritter begründen. Auch überzeugt es nicht, nach der Intensität der Fremdbestimmung zu unterscheiden. Es gibt keine Rechtsfolge, die den Dritten prinzipiell intensiver beeinträchtigt als andere – auch nicht die Verpflichtung.

b) Keine Unterscheidung nach der Art und Weise der Drittbelastung

Der juristische Diskurs unterscheidet zudem danach, auf welche Art und Weise die Drittbelastung stattfindet. Im Raum stehen unterschiedliche Verständnisformen der *Unmittelbarkeit* der Drittbelastung. So grenzt die h.M. einheitlich danach ab, ob das Rechtsgeschäft den Dritten unmittelbar oder mittelbar belastet. Keine Einigkeit herrscht jedoch über die Bedeutung der Unmittelbarkeit, also welche Voraussetzungen hierfür genau vorliegen müssen.

¹¹³ Näher zur Privatautonomie oben 3. Kapitel (S. 51 ff.). Vgl. auch zu den rein faktischen Drittbelastungen 4. Kapitel A. (S. 59 f.).

¹¹⁴ *Schmalzbauer*, Die Drittwirkung verpflichtender Verträge, 1982, S. 123 ff.; *Gottwald*, in: MüKo-BGB III, 8. Aufl., 2019, § 328 Rn. 362; *Mäsch*, in: BeckOGK BGB, 2021, § 328 Rn. 125; *Klein*, JZ 1997, 390 (396).

Ulrici führt (als Pendant zur Unmittelbarkeit) das Merkmal der Anknüpfungsanordnung ein: Belastet allein das Rechtsgeschäft den Dritten oder wirkt es erst *durch* eine Anknüpfungsanordnung?

Den Ansätzen ist gemein, dass sie nach der Art und Weise der Drittbelastung unterscheiden. Sie wollen nicht alle Beeinträchtigungen der Rechtsposition (bzw. Verpflichtungen) des Dritten gleichbehandeln, sondern nur einige von ihnen bereits ohne nähere Einzelfalluntersuchung für unwirksam erklären.¹¹⁵ Ob eine pauschale Unterscheidung nach der Art und Weise der Drittbelastung gerechtfertigt ist und welches Verständnis dafür geeignet sein könnte, wird im Folgenden diskutiert.

aa) Unmittelbarkeit als Parallele zum Vertrag zugunsten Dritter

Wie bereits angesprochen, betrachten viele Autoren den Vertrag zu Lasten Dritter als Pendant zum Vertrag zugunsten Dritter.¹¹⁶ Sie übernehmen deshalb auch die *Unmittelbarkeit*, die § 328 Abs. 1 BGB für den Forderungserwerb des Dritten vorsieht, als Voraussetzung für die Belastung des Dritten. Doch ist das Merkmal in seiner Bedeutung für § 328 Abs. 1 BGB überhaupt übertragbar?

Nach dem Wortlaut der Norm bezieht sich die Unmittelbarkeit auf den *Erwerb einer Forderung* durch einen Dritten. Darunter wird einhellig verstanden, dass der Dritte durch einen *echten*¹¹⁷ Vertrag zugunsten Dritter *originär* – also selbst – den Anspruch erwirbt und nicht nur faktisch von der Erfüllung der Leistungspflicht eines Vertragspartners profitiert.¹¹⁸ Außerdem ist mit dem unmittelbaren Forderungserwerb gemeint, dass der Dritte den Anspruch ohne eigene Mitwirkung erwirbt, es zur Anspruchsbegründung also keiner vorherigen „Annahme“ durch den Dritten bedarf.¹¹⁹ Diese Bedeutung der Unmittelbarkeit passt aber nicht zum Vertrag zu Lasten Dritter. Bei allen Drittbelastungskonstellationen ist

¹¹⁵ Zu den Rechtsfolgen des Drittschutzes näher 7. Kapitel (S. 137 ff.).

¹¹⁶ *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 26–32; *Schmalzbauer*, Die Drittwirkung verpflichtender Verträge, 1982, S. 120.

¹¹⁷ Der *echte* ist vom *unechten* Vertrag zugunsten Dritter zu unterscheiden, bei dem der Schuldner lediglich verpflichtet ist, an einen Dritten zu leisten, ohne dass der Dritte das Forderungsrecht erwirbt, vgl. *Gottwald*, in: MüKo-BGB III, 8. Aufl., 2019, § 328 Rn. 9. Zur Abgrenzung legt § 328 Abs. 2 BGB fest, dass es in Ermangelung einer besonderen Bestimmung aus den Umständen (insbesondere aus dem Zweck) zu bestimmen ist, ob es sich um einen *echten* oder einen *unechten* Vertrag zugunsten Dritter handelt.

¹¹⁸ *Stadler*, in: Jauernig BGB, 18. Aufl., 2021, § 328 Rn. 15; *Gottwald*, in: MüKo-BGB III, 8. Aufl., 2019, § 328 Rn. 3; *Mäsch*, in: BeckOGK BGB, 2021, § 328 Rn. 14.

¹¹⁹ *Stadler*, in: Jauernig BGB, 18. Aufl., 2021, § 328 Rn. 15; *Mäsch*, in: BeckOGK BGB, 2021, § 328 Rn. 14; *Grüneberg*, in: Palandt, 80. Aufl., 2021, § 328 Rn. 5; a.A. *Hadding*, in: Soergel, 13. Aufl., 2010, § 328 BGB Rn. 13, der für den Forderungserwerb des Dritten dessen Annahme voraussetzt.

man sich einig, dass das Rechtsgeschäft den Dritten ohne seine Beteiligung belastet. Das ist schließlich gerade das Problem.

Das Ganze bestätigt sich, wenn man sich vor Augen führt, dass die Unmittelbarkeit im Sinne des § 328 BGB lediglich bekräftigt, dass es sich um eine echte, eigene Forderung des Dritten handelt. Dass es sich um eine „echte, eigene“ Drittbelastung handelt, steht aber bereits ohne das zusätzliche Merkmal der Unmittelbarkeit fest: Es kommt nicht darauf an, ob man für einen Vertrag zu Lasten Dritter zwingend die Verpflichtung des Dritten voraussetzt, oder ob man dafür genügen lässt, dass dem Dritten gegenüber andere nachteilige Rechtsfolgen gesetzt werden. In beiden Fällen *beeinträchtigt* der Vertrag den Dritten nicht bloß faktisch, sondern in dessen *Rechtsposition*. Wenn man der Unmittelbarkeit ein derartiges Verständnis zugrunde legt, ist sie für die Abgrenzung überflüssig.

bb) Unmittelbarkeit als missverständliches und schwer bestimmbares Kriterium

Wenn man die Unmittelbarkeit mit ihrer Bedeutung für den Vertrag zugunsten Dritter verwendet, ist sie als Abgrenzungskriterium somit unnütz. Das ergibt sich zwingend aus dem Verständnis der Unmittelbarkeit in § 328 Abs. 1 BGB. Ist beim Vertrag zu Lasten Dritter von Unmittelbarkeit die Rede, ist die Bedeutung des Merkmals nicht mit der Unmittelbarkeit des Vertrags zugunsten Dritter vergleichbar.

Es gibt aber nicht nur ein einziges – von § 328 Abs. 1 BGB unabhängiges – Verständnis der Unmittelbarkeit, sondern gleich mehrere Verständnisse. Die Unmittelbarkeit als Abgrenzungsbegriff hatte demnach eine uneinheitliche Fallbehandlung zur Folge. Das liegt möglicherweise auch daran, dass die Unmittelbarkeit in vielen anderen privatrechtlichen Kontexten eine jeweils eigene Bedeutung hat.¹²⁰

Hinzu kommt, dass in vielen Fällen unklar bleibt, nach welchen Kriterien die Autoren tatsächlich abgrenzen wollen. So spricht Habersack auch bei § 1357 Abs. 1 S. 2 BGB von einer Lastwirkung für den Ehegatten durch einen Vertrag.¹²¹ Zwar präzisiert er, dass es sich um einen gesetzlich angeordneten Fall der Drittbelastung handelt, doch stellt sich insoweit die Frage, weshalb er überhaupt von einer *Lastwirkung des Vertrags* spricht. Das Gesetz ordnet die Lastwirkung für den Ehegatten explizit an. Gesetzliche Drittbelastungen sind gerade kein Teil der Problematik, dass positive und negative Privatautonomie aufeinandertref-

¹²⁰ Beispielsweise in § 123 Abs. 2 S. 2, § 143 Abs. 2, 4 oder § 164 Abs. 1 BGB.

¹²¹ *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 31. *A. Roth*, Zur Problematik des Vertrags zu Lasten Dritter, in: Häuser/Hammen/Hennrichs et al. (Hrsg.), Festschrift für Walther Hadding zum 70. Geburtstag, 2004, S. 253 (254) schließt sich dem an und bespricht § 1357 Abs. 1 S. 2 BGB in seiner Abhandlung ausführlich als Beispiel für einen Vertrag mit Lastwirkungen für Dritte.

fen, sondern davon, dass Gesetzgebungsinteressen mit denen des Dritten kollidieren. Der Kontrollmaßstab hierfür ist aber nicht das Privatrecht, sondern das öffentliche Recht in Form der Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit der Norm.¹²² § 1357 Abs. 1 S. 2 BGB in einem Atemzug mit der rechtsgeschäftlichen Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag zu nennen, ist nicht nachvollziehbar.

Die Unmittelbarkeit hat sich also aus verschiedenen Gründen als missverständlich erwiesen. Doch hinter jedem Verständnis der Unmittelbarkeit steckt eine potenzielle Abgrenzungsformel.¹²³ Den Versuchen, den Vertrag zu Lasten Dritter von dem mit bloßen Lastwirkungen abzugrenzen, kann man nicht schon deshalb die Tauglichkeit absprechen, weil sie den missverständlichen Begriff der Unmittelbarkeit verwenden. Schließlich ist noch nichts dazu gesagt, inwiefern die tatsächlich angelegten Maßstäbe eine interessengerechte Abgrenzung gewährleisten. Dieser Frage geht der folgende Abschnitt nach.

(1) *Drittbelastungsabsicht als Motiv*¹²⁴

Allein darauf abzustellen, ob die Parteien den Dritten belasten oder lediglich ihr eigenes Verhältnis regeln wollten, ist bereits deshalb problematisch, weil sich die *Absichten* der Parteien nur schwer ermitteln lassen.¹²⁵ Ein derartiges, subjektives Abgrenzungsmerkmal ist daher aus Gründen der Rechtssicherheit problematisch.

Außerdem verfehlt es auch den Drittschutz. Den Dritten dürfte es meist wenig kümmern, ob die Parteien ihn explizit belasten oder vorrangig ihr eigenes Verhältnis regeln wollten. Die beeinträchtigende Wirkung ändert sich für den Dritten dadurch nicht. Danach abzugrenzen, welches *Motiv* die Parteien für die Vornahme des Rechtsgeschäfts haben, ist nicht zielführend.¹²⁶

(2) *Unmittelbarkeit als „Unbedingtheit“*¹²⁷

In vielen Fällen belastet der Vertrag den Dritten nicht schon vom Moment seines Abschlusses an, sondern erst nach dem Hinzutreten weiterer Umstände. Wenn man nun danach abgrenzt, ob die Drittbelastung sofort mit dem Vertrags-

¹²² So schon *Schmalzbauer*, Die Drittwirkung verpflichtender Verträge, 1982, S. 115.

¹²³ Zur Darstellung der unterschiedlichen Verständnisse hinsichtlich der Unmittelbarkeit der Drittbelastung 4. Kapitel C. II. 2. (S. 67 ff.).

¹²⁴ 4. Kapitel C. II. 2. b) aa) (S. 69 f.).

¹²⁵ Ein Gegenbeispiel dazu ist aber das 9-Punkte-Papier, in dem sich die Absicht des DFB verdeutlicht, die Verbandsstrafe auf den eigentlichen „Täter“ abzuwälzen.

¹²⁶ *Habersack* setzt hingegen voraus, dass der Wille der Parteien *ursächlich* für die Drittbelastung ist. Das bloße Motiv der Parteien genügt ihm nicht. Sein Verständnis gleicht somit der Abgrenzung *Ulricis*, der danach unterscheidet, ob die Drittwirkung allein auf dem Geschäftswillen beruht oder erst durch eine Anknüpfungsanordnung wirkt. Aus diesem Grund erfolgt die Untersuchung der beiden Ansätze anschließend gemeinsam 4. Kapitel C. V. 1. b) cc) (S. 85 ff.).

¹²⁷ 4. Kapitel C. II. 2. c) (S. 71 ff.).

abschluss eintritt oder noch von weiteren Ereignissen abhängt, mag das für einige Fälle der Drittbelastung sachgerecht erscheinen. Tatsächlich gibt es aber einige Konstellation, in denen sich die Schwächen dieser Methode zeigen.

So beispielsweise beim Haftungsverzicht: Schließen die Parteien die Haftung eines zukünftigen Gesamtschuldners *vor dem Schadenseintritt* aus, liegt nach diesem Verständnis nur ein Vertrag mit Lastwirkungen für zukünftige Gesamtschuldner vor. Beschränkt die Vereinbarung allerdings erst *nach dem Schadenseintritt* die Haftung eines Gesamtschuldners, so liegt hiernach ein Vertrag zu Lasten der anderen Gesamtschuldner vor.

Nun ließe sich diese Unterscheidung damit begründen, dass die Parteien in den Fällen, in denen die Drittbelastung noch vom Eintritt weiterer Ereignisse abhängt, den Dritten nicht im Blick hatten und vorrangig ihr eigenes Verhältnis regeln wollten. Das muss aber keineswegs immer der Fall sein. Deutlich wird das, wenn die Parteien nur für solche Fälle die Haftung ausschließen, bei denen dem Geschädigten noch ein anderer Gesamtschuldner zur Verfügung steht. Auch dann liegt nach dem beschriebenen Maßstab lediglich ein Vertrag mit Lastwirkungen für Dritte vor, da die Drittbelastung noch vom Schadenseintritt abhängt. Die Parteien hatten aber die Drittbelastung bei der Regelung schon klar im Blick.

Dasselbe gilt für die rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel. Meist knüpft die Gesellschafternachfolge an den Tod des ursprünglichen Gesellschafters an. Theoretisch wäre es aber auch denkbar, die Nachfolge von keinen weiteren Ereignissen abhängig zu machen. Die Folge – nämlich der Eintritt in die Verpflichtungen eines Gesellschafters – ist in beiden Fällen dieselbe. Es ist kein qualitativer Unterschied der Drittwirkung erkennbar. Die „unbedingte“ Belastung des Dritten mag teilweise den Anschein einer stärkeren Fremdbestimmung haben. In ihrer objektiven Wirkung gibt es aber keinen Unterschied, der eine pauschale Unterscheidung rechtfertigt. Die Annahme, dass eine Drittbelastung, die von keinen weiteren Ereignissen abhängt, den Dritten stärker belastet als eine Drittbelastung, die noch von weiteren Ereignissen abhängt, trifft in vielen Fällen nicht zu. Allein hiernach abzugrenzen, überzeugt nicht.

cc) Anknüpfungsanordnung bzw. Ursächlichkeit der Drittbelastungsabsicht
als zufälliges Kriterium

Habersacks Verständnis der Unmittelbarkeit¹²⁸ gleicht dem von Ulrici. Das wird deutlich, wenn er die Drittbelastung einer rechtsgeschäftlichen Nachfolge-

¹²⁸ Bei der h.M. bezieht sich diese Unterscheidung zwar nur auf die Verpflichtung, diese wird aber unterschiedlich weit verstanden (s.o.). Hier soll der Einfachheit halber dargelegt werden, weshalb eine Unterscheidung nach der Art und Weise der Drittbelastung an sich nicht sinnvoll ist. Weshalb es also keinen zwingenden Unterschied für die Intensität der Drittbelastung macht, ob die Belastung unmittelbar oder mittelbar bzw. allein durch den Vertrag oder erst durch eine „Anknüpfungsanordnung“ erfolgt.

klausel beschreibt: Die Drittbelastung trete dort *durch* § 128 HGB ein – unabhängig vom Drittbelastungswillen der Parteien, sie sei deshalb nur mittelbar.¹²⁹ Habersacks Abgrenzung gleicht deshalb derjenigen von Ulrici, wenn dieser für den Vertrag zu Lasten Dritter voraussetzt, dass die Parteien allein kraft ihres Geschäftswillens (also kraft ihrer Vereinbarung) Rechtsfolgen für einen Dritten setzen. Auch nach Ulricis Verständnis ist die rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel kein Vertrag zu Lasten Dritter (i. e. S.), da die Betroffenheit des Dritten nicht auf dem Geschäftswillen gründet, sondern erst aufgrund der gesonderten Anordnung (in diesem Fall durch § 128 HGB) eintritt.

Tatsächlich beruht die Drittbelastung in den meisten Fällen nicht unmittelbar auf dem Parteiwillen, sondern wirkt mittelbar durch eine Rechtsnorm. In all diesen Fällen ist es nicht allein das Rechtsgeschäft, das den Dritten belastet. Vielmehr findet die Drittbelastung dadurch statt, dass die Parteien ein Tatbestandsmerkmal einer Anknüpfungsanordnung *herbeiführen* oder *modifizieren*; erst mittels der Anordnung belastet das Rechtsgeschäft den Dritten. Doch ist es auch sachlich gerechtfertigt, allein wegen des formalen Unterschiedes zwischen zwei verschiedenen Kategorien zu unterscheiden, zumal dabei für den Vertrag zu Lasten Dritter kaum ein Anwendungsbereich verbleibt?

(1) Dieselbe Gefahr für Drittinteressen

Nach Habersack und Ulrici liegt immer dann ein Vertrag zu Lasten Dritter vor, wenn der Vertrag bereits ohne die Anknüpfung an das Tatbestandsmerkmal einer Norm den Dritten in seiner Rechtsposition beeinträchtigt. Daran fehlt es beispielsweise auch beim Haftungsverzicht: Er setzt keine Rechtsfolgen für den Dritten, sondern *hebt* lediglich das Tatbestandsmerkmal „gemeinsame Schadensersatzverpflichtung mehrerer Schädiger“ des § 426 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 BGB *auf*, indem er einem anderen Schädiger die Schadensersatzpflicht erlässt. Ähnlich ist es bei der privaten Schadensgestaltung: Das Tatbestandsmerkmal „Schaden“ der Schadensersatznormen (beispielsweise § 280 BGB oder § 823 BGB) wird teilweise *herbeigeführt* oder *modifiziert*. Das geschieht, indem Verein und Verband bzw. Hauptunternehmer und Bauherr eine Verbands- bzw. Vertragsstrafe vereinbaren oder der Ladeninhaber seinem Angestellten eine Fangprämie verspricht.

Da die abstrakte Analyse dieses feinen Unterschiedes immer wieder zu Missverständnissen führt, mag ein Beispiel helfen: Nach der dargestellten Ansicht

¹²⁹ Habersack, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992 S. 32. Fragen wirft jedoch die Fußnote auf, wonach für abdingbare, das Verhältnis der Gesellschafter untereinander betreffende Verpflichtungen eine Ausnahme gelte. Sind also derartige Verpflichtungen unmittelbare Verpflichtungen? Dabei wirken diese Verpflichtungen wiederum nur mittelbar über Rechtsnormen: Beispielsweise durch das Wettbewerbsverbot des § 112 HGB.

handelt es sich um einen *Vertrag zu Lasten Dritter*, wenn ein Supermarktinhaber mit seinem Mitarbeiter vereinbart, dass ein Ladendieb eine Strafe in Höhe von 50 Euro bezahlen muss. Das liegt daran, dass allein der Geschäftswille die Rechtsfolge für den Dritten setzt, ohne dabei an eine Rechtsnorm anzuknüpfen.

Lobt der Supermarktinhaber hingegen eine gängige Fangprämie aus (er verspricht seinem Mitarbeiter 50 Euro, falls dieser einen Ladendieb fasst), wäre das hiernach lediglich ein *Vertrag mit Lastwirkungen für Dritte*. Denn die Fangprämie führt lediglich das Tatbestandsmerkmal „Schaden“ des § 823 BGB herbei und belastet den Dritten nicht von sich aus, sondern erst gemittelt durch § 823 BGB.

Doch bedeuten künstlich herbeigeführte Tatbestandsmerkmale, die eine nachteilige Rechtsfolgensetzung gegenüber dem Dritten zur Folge haben, nicht dasselbe für den Dritten, wie Rechtsfolgen, die allein auf dem Geschäftswillen beruhen? Ein *nachträglicher* Haftungsverzicht oder eine *unbedingte* Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag¹³⁰ wirkt erst durch eine Norm – ersterer durch § 426 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 BGB und letztere durch § 128 S. 1 HGB. In beiden Fällen ist den regelnden Parteien bewusst, dass sie damit einen Dritten belasten: In der rechtsgeschäftlichen Nachfolgeklausel geht es sogar explizit um den Dritten. Es wäre zudem denkbar, den Haftungsverzicht unter der Bedingung zu vereinbaren, dass ein anderer, solventer Gesamtschuldner noch zur Verfügung steht. Auch in diesem Fall würde der Dritte erst durch die Norm belastet werden und es läge nach diesem Ansatz kein Vertrag zu Lasten Dritter vor.

Für das Schutzinteresse des Dritten ist dieser formale Unterschied jedoch bedeutungslos. Egal ob schon aufgrund des Geschäftswillens oder erst durch ein Gesetz: die regelnden Parteien setzen nachteilige Rechtsfolgen für den Dritten.

Das verdeutlicht ein Blick auf die rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag. Die Parteien führen durch diese nämlich nicht *ein* Tatbestandsmerkmal von vielen herbei, sondern eines von *zwei*en. Um Anspruchsgegner des § 128 HGB zu sein, muss man einerseits *Gesellschafter* sein und es bedarf andererseits einer *Forderung* gegen die Gesellschaft. Durch die Nachfolgeklausel regeln die Parteien bereits, dass der Dritte Gesellschafter wird. Es ist danach nur noch eine Frage der Zeit, dass es eine Forderung gegen die Gesellschaft geben wird. In den meisten Fällen dürfte eine Nachfolgeklausel direkt die Verpflichtung des Dritten nach sich ziehen, da ein Gesellschafter auch für Forderungen haftet, die vor seinem Eintritt entstanden sind, § 130 Abs. 1 HGB.

Ähnliches lässt sich bei einem Gedankenspiel im Zusammenhang mit einem Unterhaltsvergleich der Eltern zuungunsten der Kinder beobachten. Entweder die Eltern versuchen direkt den bereits entstandenen Anspruch des Kindes zu modifizieren (Vertrag zu Lasten Dritter) oder sie einigen sich darauf, dass ein Elternteil

¹³⁰ Üblicherweise wird die rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel durch den Tod des Gesellschafters bedingt.

nicht leistungsfähig sein soll. Sie regeln also das Tatbestandsmerkmal des § 1603 Abs. 1 BGB (Vertrag mit Lastwirkungen für Dritte).

Dass eine derartige Drittbelastung pauschal weniger intensiv sein soll als eine Drittbelastung, die allein auf dem Geschäftswillen, also auf dem Vertrag beruht, überzeugt nicht.

Von Interesse ist in diesem Kontext die Aussage Habersacks, die er bezüglich der Lastwirkungen und der sonstigen Beeinträchtigungen von reinen Affektions- und Vermögensinteressen Dritter trifft: „die rechtliche Qualifizierung der Drittbeeinträchtigung rechtfertigt keine Modifizierung des Kontrollmaßstabs“.¹³¹ Dem ist abstrakt zuzustimmen, da die Gegebenheiten jedes Einzelfalls einer pauschalen Unterscheidung entgegenstehen. Doch wenn schon rein faktische Drittbelastungen demselben Kontrollmaßstab unterfallen sollen wie bestimmte Beeinträchtigungen der Rechtslage des Dritten, dann sollte man erst recht alle Beeinträchtigungen der Rechtslage des Dritten derselben Kontrolle unterziehen. Habersack wendet diesen Gedanken allerdings nicht auf die Abgrenzung zwischen Vertrag zu Lasten Dritter und Vertrag mit Lastwirkungen für Dritte an.

(2) Unterscheidung nach der Art und Weise der Drittbelastung als Quelle für Missverständnisse

Zuletzt bleibt anzumerken, dass auch die Abgrenzung nach der „Anknüpfungsanordnung“ keineswegs immer zu eindeutigen Ergebnissen führt. Oftmals lässt sich nur schwer erkennen, ob sich die Drittwirkung erst durch eine Norm entfaltet. Auch das lässt sich an der rechtsgeschäftlichen Nachfolgeklausel gut demonstrieren. Die Parteien regeln den Eintritt des Dritten in die Gesellschaft. Dafür bedarf es keiner Norm. Andererseits meint Habersack, es bedürfe des § 128 HGB, um den Dritten zu verpflichten. Das ist für Forderungen von Gläubigern gegenüber der Gesellschaft zutreffend, nicht jedoch für Verpflichtungen, die sich für Gesellschafter allein aus dem Gesellschaftsvertrag ergeben.¹³²

Und wie steht es mit dem Wettbewerbsverbot für OHG-Gesellschafter? Wird die Rechtsposition des Dritten erst durch § 112 Abs. 1 HGB beeinträchtigt oder bereits durch die rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel? Plädiert man für ersteres, muss man rechtfertigen, weshalb die Drittbelastung nicht unmittelbar auf dem Geschäftswillen der Parteien beruhen soll. Immerhin führt dieser das einzige für das Wettbewerbsverbot notwendige Tatbestandsmerkmal des § 112 Abs. 1 HGB herbei: die Gesellschaftereigenschaft.¹³³ Möchte man die rechtsgeschäftliche

¹³¹ Habersack, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 87.

¹³² Insbesondere kommen dabei allgemeine Treupflichten in Betracht.

¹³³ Dass die anderen Gesellschafter in eine wirtschaftliche Tätigkeit des Dritten einwilligen können, ändert nichts am Grundsatz, dass dies den Gesellschaftern untersagt ist.

Nachfolgeklausel nun aber als Vertrag zu Lasten Dritter einstufen – plädiert man also für eine unmittelbar, allein auf dem Geschäftswillen beruhende Belastung des Dritten durch das Wettbewerbsverbot – muss man wiederum erklären, aus welchem Grund das Wettbewerbsverbot nicht erst durch § 112 Abs. 1 HGB wirken soll. Wie man das Blatt auch wendet, man steht vor komplizierten Abgrenzungsfragen, die vollkommen losgelöst von der eigentlichen Problematik sind (der Intensität der Drittbelastung).

Man sollte zudem beachten, dass in Einzelfalluntersuchungen fast ausschließlich vom Vertrag zu Lasten Dritter die Rede ist,¹³⁴ obwohl es meist um Fälle geht, die nach der hier beschriebenen Ansicht keinen Vertrag zu Lasten Dritter darstellen, sondern lediglich einen Vertrag mit Lastwirkungen für Dritte. Auch das deutet darauf hin, dass qualitativ kein genereller Unterschied zwischen den beiden Kategorien besteht, die Unklarheiten angesichts ihrer Abgrenzung aber umso größer sind. Ulricis und Habersacks Ansätze ermöglichen also zwar in einigen Fällen eine Abgrenzung, doch lässt sich kein allgemeingültiger, sachlicher Grund dafür finden, die formal verschiedenen Drittbelastungen inhaltlich unterschiedlich zu behandeln.

dd) Zusammenfassung

Letztlich kann die Abgrenzung nach Art und Weise der Drittbelastung nicht überzeugen. Egal ob man sie anhand der „Unmittelbarkeit“, der „Anknüpfungsanordnung“ oder sonstigen Kriterien vornehmen möchte: Die Intensität der Drittbelastung und die Schutzbedürftigkeit des Regelungsinteresses ändern sich nicht zwangsläufig durch diesen formalen Unterschied. Deshalb kann man davon keine pauschale Andersbehandlung der Fälle abhängig machen. Ebenso wenig gibt § 328 Abs. 1 BGB die Unmittelbarkeit als Abgrenzungsmerkmal vor, da der Vertrag zugunsten Dritter keineswegs das Pendant zum Vertrag zu Lasten Dritter ist.¹³⁵

c) Keine Kategorisierung der Drittbelastungen

Wie sich soeben gezeigt hat, überzeugt die Unterscheidung zwischen Vertrag zu Lasten Dritter und Vertrag mit Lastwirkungen für Dritte nicht. Die vorliegende Arbeit verwendet deshalb von nun an für alle Rechtsgeschäfte, welche die Rechtsposition eines Dritten beeinträchtigen, den Begriff „Rechtsgeschäft zu Lasten Dritter“.¹³⁶ Dieser Begriff soll also nicht mehr von der Kategorie „Rechtsgeschäfte mit Lastwirkungen für Dritte“ abgegrenzt werden. Vielmehr ist

¹³⁴ Dafür beispielhaft *Gottwald*, in: MüKo-BGB III, 8. Aufl., 2019, § 328 Rn. 261.

¹³⁵ 4. Kapitel C.V.1.b)aa) (S. 82 f.).

¹³⁶ Zur Begründung des Begriffes „Rechtsgeschäft zu Lasten Dritter“ anstelle von „Vertrag zu Lasten Dritter“ sogleich 4. Kapitel C.V.2. (S. 90 ff.)

es vorzugswürdig, alle Beeinträchtigungen der Rechtsposition eines Dritten durch Rechtsgeschäfte in gleicher Weise zu behandeln.¹³⁷

2. Erweiterung der Drittbelastungsuntersuchung auf einseitige Rechtsgeschäfte

In nahezu allen Untersuchungen zu privatautonomem Drittbelastungen bildet der *Vertrag* den Ausgangspunkt.¹³⁸ Das ist aber weniger ein Ergebnis umfangreicher Argumentation und bewusster Abgrenzung gegenüber anderen Rechtsgeschäften,¹³⁹ sondern liegt vielmehr an dem Phänomen, dass privatautonome Drittbelastungen meist durch Verträge erfolgen.¹⁴⁰ Der Grund ist also vor allem empirischer Art.

Ausgehend von einem derartig eingeschränkten Ausgangspunkt könnte man Fälle wie die Fangprämie gar nicht bezüglich ihrer Auswirkungen auf Dritte untersuchen. Denn als Auslobung im Sinne des § 657 BGB ist sie kein vertragliches Schuldverhältnis, sondern ein *einseitiges* (schuldrechtliches) Rechtsgeschäft.¹⁴¹ Es ist aber fraglich, ob es inhaltlich einen Grund gibt, eine einseitige privatautonome Drittbelastung anders zu bewerten als eine mehrseitige. Immerhin wird der Dritte bei beiden Formen des Rechtsgeschäfts nicht an Entstehung und Inhalt seiner Belastung beteiligt. Dieser Frage soll deshalb näher nachgegangen werden.

¹³⁷ Findet man diese Gleichbehandlung nicht überzeugend, so sei darauf hingewiesen, dass die reine Begrifflichkeit keineswegs die konkrete Untersuchung ändert, der sich die folgenden Kapitel annehmen. Denn sowohl nach dem Verständnis der h. M. als auch nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis ist eine Inhaltskontrolle der privaten Schadensgestaltung vorzunehmen. Dazu sogleich näher 4. Kapitel C.V.3. (S. 92 f.). Lediglich wenn man das Motiv der Parteien als entscheidend erachtet, könnte man manche Fälle der privaten Schadensgestaltung (insbesondere die Verbandsstrafe) als Vertrag zu Lasten Dritter einordnen. So die Schlussfolgerung von *Nees*, vgl. 4. Kapitel C.II.2. b)aa) (S. 69 f.).

¹³⁸ Lediglich *K. Martens*, AcP 1977, 113 spricht von „Rechtsgeschäft und Drittinteressen“, „Rechtsgeschäft zu Lasten Dritter“ und „Rechtsgeschäft mit Lastwirkungen gegenüber Dritten“.

¹³⁹ *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992 grenzt seine Untersuchung schon durch seine Forschungsfrage ein, die auf den Vertrag zugeschnitten ist.

¹⁴⁰ Den Vertrag als „Hauptform privatautonomer Gestaltung“ bezeichnend *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 4. Aufl., 1992, S. 12. Auch das Verbandsrecht stellt eine vertragliche Bindung dar. Es ist richtig, dass ein einzelner Verein nur beschränkt Einfluss auf das Verbandsrecht hat und somit auch auf die Verbandsstrafe. Dennoch erklärt sich der Verein letztlich mit diesem Verbandsrecht einverstanden und möchte sich dadurch auch gerade vertraglich binden. Zudem hat er die Möglichkeit, insbesondere zusammen mit anderen Vereinen, im Vorhinein auf den Inhalt des Verbandsrechts Einfluss zu nehmen.

¹⁴¹ *Mansel*, in: Jauernig BGB, 18. Aufl., 2021, § 657 Rn. 1.

a) *Oftmals rein formaler Unterschied zwischen einseitigen und mehrseitigen Rechtsgeschäften*

Am Beispiel der vertraglichen Haftungsbeschränkung zeigt sich, dass die Grenze zwischen einseitigem und mehrseitigem Rechtsgeschäft mitunter in erster Linie formal existiert: Der Schuldner hat regelmäßig wenig dagegen einzuwenden, dass der Verzichtende ihm gegenüber (teilweise) auf eine (zukünftige) Forderung verzichtet. Schließlich ist der Erlass für den Schuldner lediglich rechtlich vorteilhaft. Vergleichbar ist die Situation bei der Auslobung, bei der dem Berechtigten nach Vornahme der Handlung eine Belohnung zusteht. Auch dagegen hat der Berechtigte im Normalfall nichts einzuwenden, da die Auslobung ebenso lediglich rechtlich vorteilhaft für ihn ist.

Ob ein Verzicht den Schuldner von einer Verpflichtung befreit oder eine Auslobung dem Berechtigten ein potenzielles Forderungsrecht einräumt, beeinflusst nur die formale Betrachtung des Schuldverhältnisses. Die Beurteilung der davon ausgehenden Drittbelastung kann aber nicht allein aufgrund des formalen Unterschiedes anders ausfallen, ändert sich dadurch doch nichts an der Gefahr einer Drittbelastung. Dafür spricht ebenso, dass sich die Auslobung – je nach Ausgestaltung der Auslobungskriterien – stark an einen Vertrag annähern kann.¹⁴²

b) *Schlussfolgerung*

Die Untersuchung von Drittbelastungen darf sich aus den genannten Gründen nicht (begrifflich) auf den Vertrag beschränken, sondern muss auch das *einseitige* schuldrechtliche Rechtsgeschäft erfassen. Deshalb verwendet diese Untersuchung im Folgenden den Begriff „*Rechtsgeschäft* zu Lasten Dritter“ anstelle von „Vertrag zu Lasten Dritter“.¹⁴³

Zugleich soll von „*Rechtsgeschäft*“ nicht das *dingliche* Rechtsgeschäft umfasst sein. Dingliche Rechtsgeschäfte sind gerade darauf ausgerichtet, Wirkung gegenüber jedermann zu erzeugen. Der Problemkreis der Drittbelastung durch private Gestaltung bezieht sich somit nicht auf dingliche Belastungen,¹⁴⁴ sondern beschränkt sich auf schuldrechtliche Rechtsgeschäfte, die eigentlich aufgrund der Relativität der Schuldverhältnisse keine Wirkung gegenüber Dritten erzeugen.¹⁴⁵

¹⁴² Schäfer, in: MüKo-BGB VI, 8. Aufl., 2020, § 657 Rn. 13. Ab und an findet sie sich auch als Teil des Arbeitsvertrags wieder, *AG München*, Urteil vom 24.10.1972 – 6 C 1479/72, NJW 1973, 1044.

¹⁴³ So schon die Einteilung von *K. Martens*, AcP 1977, 113.

¹⁴⁴ Das zeichnet sich gerade in der Definition der h. M. zum Vertrag zu Lasten Dritter ab, in der von der „*Verpflichtung*“ des Dritten die Rede ist. *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 24 verdeutlicht das durch den Begriff des „*Schuldvertrags*“.

¹⁴⁵ *Schmalzbauer*, Die Drittwirkung verpflichtender Verträge, 1982, S. 12.

Zur Erleichterung des Leseflusses sei hier auf die exakte Bezeichnung des schuldrechtlichen Rechtsgeschäfts oder des rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnisses verzichtet.

3. Inhaltskontrolle statt direkter Beschränkung der Drittwirkung

Nachdem sich vorstehend gezeigt hat, dass alle Beeinträchtigungen der Rechtsposition eines Dritten, die durch ein Rechtsgeschäft erfolgen, unter dem Begriff des *Rechtsgeschäfts zu Lasten Dritter* zu behandeln sind, bleibt zu klären, welche Folgen sich daraus ergeben. Ist das Rechtsgeschäft in derartigen Fällen etwa per se unwirksam – ungeachtet seines Inhalts? Oder ist vielmehr zunächst eine Inhaltskontrolle vorzunehmen und wenn ja, wie könnte eine solche aussehen?

Aufgrund der komplexen Einzelfallkonstellationen ist es wenig überzeugend, pauschal von einem Vorrang des Drittschutzes zu sprechen. Ein genereller Vorrang des Regelungs- oder des Drittinteresses ist nicht zu rechtfertigen.¹⁴⁶ Das gilt auch für Rechtsgeschäfte, die zu Lasten Dritter eine Verpflichtung begründen.¹⁴⁷ Vielmehr muss es zu einem Ausgleich zwischen der Privatautonomie des Dritten und derjenigen der regelnden Parteien kommen. Dafür ist der Inhalt des konkreten Rechtsgeschäfts zu untersuchen. Für die sogenannten Verträge mit Lastwirkungen für Dritte¹⁴⁸ entspricht das bereits der herrschenden Ansicht in der Literatur – auch wenn die Inhaltskontrolle je nach Autor unterschiedlich vortritt.¹⁴⁹

Da der hier entwickelte Ansatz alle Beeinträchtigungen der Rechtsposition des Dritten unter dem Begriff des *Rechtsgeschäfts zu Lasten Dritter* behandelt, sind auch alle Fälle derselben Inhaltskontrolle zu unterziehen. Rechtsgeschäfte zu Lasten Dritter sind also entgegen der h.M. nicht per se in ihrer Drittwirkung zu begrenzen. Vielmehr hängt eine derartige Rechtsfolge vom konkreten Inhalt der drittbelastenden Regelung ab.

¹⁴⁶ So auch schon (wenn auch auf Verträge mit Lastwirkungen für Dritte beschränkt) *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 30, 70.

¹⁴⁷ Wie bereits dargelegt, gibt es keine Rechtsfolge, die den Dritten prinzipiell intensiver beeinträchtigt als andere – auch nicht die Verpflichtung. Außerdem sorgt die uneinheitliche Verwendung des Begriffs der Verpflichtung für Rechtsunsicherheit, 4. Kapitel C.V.1.a) (S. 79 ff.).

¹⁴⁸ Hierbei muss man beachten, dass die Einteilung in die Kategorie des Vertrags mit Lastwirkungen für Dritte unterschiedlich erfolgt. Näher dazu oben 4. Kapitel C. (S. 63 ff.).

¹⁴⁹ *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 69; *K. Martens*, AcP 1977, 113 (175 ff.); *Schmalzbauer*, Die Drittwirkung verpflichtender Verträge, 1982, S. 132–141; *Ulrici*, ZfA 2016, 377 (399 f.).

4. Zusammenfassung zu V.

Der vorstehende Teil hat gezeigt, dass der Vertrag nicht der richtige Oberbegriff für alle möglichen Drittbelastungen ist, sondern grundsätzlich von allen Rechtsgeschäften Drittbelastungen ausgehen können.¹⁵⁰ Zudem ist insgesamt die Kategorisierung der nachteiligen Rechtsfolgensetzung in Rechtsgeschäft zu Lasten Dritter und Rechtsgeschäft mit Lastwirkungen für Dritte abzulehnen.¹⁵¹ Es macht weder einen zwingenden Unterschied, ob der Dritte *verpflichtet* oder ihm *andere nachteilige Rechtsfolgen* gesetzt werden,¹⁵² noch, ob dies *unmittelbar* allein durch den Geschäftswillen, *mittelbar* durch eine Norm oder in sonstiger Art und Weise geschieht.¹⁵³

In allen Fällen wird der Dritte in einer Weise in seiner Rechtsposition beeinträchtigt, die durch das Gesetz grundsätzlich nicht vorgesehen ist. Zudem ist es meist zufällig, ob die Drittbelastung erst durch eine Norm wirkt oder bereits ohne sie. Durch die Einteilung in die Kategorien entsteht aber der Schein, dass es sich bei den bloßen Lastwirkungen um weniger intensive und um keine willkürlichen Eingriffe in die Privatautonomie des Dritten handelt. Das lässt sich pauschal jedoch nicht feststellen. Die rechtliche Bewertung all dieser Fälle muss deshalb nach denselben Maßstäben erfolgen.

D. Zusammenfassung des 4. Kapitels

Die spezifische Literatur zur Drittbelastung unterscheidet bisher zwischen dem Vertrag zu Lasten Dritter und dem Vertrag mit Lastwirkungen für Dritte. Bei der Abgrenzung zwischen diesen beiden Kategorien existieren zwei unterschiedliche Verständnisse: das materiale und das formale. Nach dem materialen Verständnis liegt trotz rechtlicher Beeinträchtigung des Dritten kein Vertrag zu Lasten Dritter vor, wenn der Vertrag nach wirtschaftlicher Betrachtung für den Dritten vorteilhaft ist. Das materiale Verständnis kann jedoch nicht überzeugen, da mit ihm erhebliche Rechtsunsicherheit und vor allem intensive Fremdbestimmung verbunden sind. Aus diesen Gründen gilt es, einen rein formalen Ansatz zugrunde zu legen, der das Rechtsgeschäft keiner wirtschaftlichen Bewertung unterzieht.¹⁵⁴

Doch auch unter dem formalen Verständnis lassen sich verschiedene Definitionen des Vertrags zu Lasten Dritter und des Vertrags mit Lastwirkungen für Dritte beobachten.¹⁵⁵ Der h. M. zufolge handelt es sich immer dann um einen Vertrag

¹⁵⁰ 4. Kapitel C.V.2. (S. 90 ff.).

¹⁵¹ 4. Kapitel C.V.1. (S. 78 ff.).

¹⁵² 4. Kapitel C.V.1.a) (S. 79 ff.).

¹⁵³ 4. Kapitel C.V.1.b) (S. 81 ff.).

¹⁵⁴ 4. Kapitel B. (S. 60 ff.).

¹⁵⁵ 4. Kapitel C. (S. 63 ff.).

zu Lasten Dritter, wenn der Vertrag den Dritten *unmittelbar verpflichtet*. Welche Voraussetzungen für eine derartige unmittelbare Verpflichtung vorliegen müssen und welche Einzelfälle nun der einen oder der anderen Kategorie zuzuordnen sind, beantworten die Autoren unterschiedlich.¹⁵⁶ Diese unklare Situation erforderte eine genaue Untersuchung der angewendeten Abgrenzungskriterien.

Danach bleibt festzuhalten, dass nicht nur Verträge die negative Privatautonomie Dritter verletzen können, sondern auch einseitige Rechtsgeschäfte.¹⁵⁷ Darüber hinaus ist die Unterscheidung zwischen dem Rechtsgeschäft zu Lasten Dritter und dem Rechtsgeschäft mit bloßen Lastwirkungen für Dritte bereits an sich abzulehnen. Abgesehen von der davon ausgehenden erheblichen Rechtsunsicherheit gibt es inhaltlich keine überzeugenden Gründe für eine Andersbehandlung einer bestimmten Kategorie der Drittbelastung.¹⁵⁸ Weder die Verpflichtung noch deren Unmittelbarkeit führen zwangsläufig zu einer intensiveren Drittbelastung. Vielmehr sind alle *nachteiligen Beeinträchtigungen der Rechtsposition* des Dritten gleich zu behandeln und keineswegs pauschalisiert als „unzulässig“ und „unwirksam“ einzuordnen.¹⁵⁹ Vielmehr erscheint eine genaue Prüfung der konkret betroffenen Interessen als geeignete Folge derartiger Drittbelastungen. Es ist deshalb eine Inhaltskontrolle des Rechtsgeschäfts vorzunehmen, deren Maßstäbe noch erarbeitet werden müssen.¹⁶⁰

E. Private Schadensgestaltung als Rechtsgeschäft zu Lasten Dritter

An dieser Stelle lässt sich bereits festhalten, dass die private Schadensgestaltung ein Rechtsgeschäft zu Lasten Dritter darstellt. Das ergibt sich daraus, dass die Rechtsgeschäfte, die diesem Begriff unterfallen, dem Dritten nachteilige Rechtsfolgen setzen, indem sie das Tatbestandsmerkmal „Schaden“ der jeweiligen Norm modifizieren.¹⁶¹ Dass die letztliche Verpflichtung des Dritten noch vom Schadenseintritt abhängt, ändert an diesem Befund nichts. Es genügt die potenzielle Erweiterung der Haftung des Dritten. Die private Schadensgestaltung in Form von Fangprämien, Vertrags- und Verbandsstrafen wird daher an späterer Stelle einer Inhaltskontrolle unterzogen.¹⁶²

¹⁵⁶ 4. Kapitel C. II. (S. 65 ff.).

¹⁵⁷ 4. Kapitel C. V. 2. (S. 90 ff.).

¹⁵⁸ Rein faktische Drittbelastungen sind freilich von den rechtlichen Drittbelastungen zu unterscheiden, die Rechtspositionen Dritter beeinträchtigen. Dazu oben 4. Kapitel A. (S. 59 f.).

¹⁵⁹ Die hier vertretene Auffassung folgt somit nicht der h. M., nach der die Begründung einer Verpflichtung zu Lasten Dritter von vornherein unzulässig ist. Dazu oben 4. Kapitel C. V. 1. (S. 78 ff.).

¹⁶⁰ Näher dazu sogleich 5. Kapitel (S. 95 ff.).

¹⁶¹ Vgl. den Begriff der privaten Schadensgestaltung oben 1. Kapitel A. (S. 26).

¹⁶² 6. Kapitel (S. 113 ff.).

5. Kapitel

Art der Inhaltskontrolle von Rechtsgeschäften zu Lasten Dritter

Der anschließende Abschnitt widmet sich der Erarbeitung von allgemeinen Maßstäben, an denen sich die Inhaltskontrolle orientiert. Hierzu zieht er die bisherigen Ansätze der Rechtsprechung und Literatur kritisch heran. Zwar geht allen Ansätzen – entgegen der hier vertretenen Auffassung – eine vorher vorzunehmende Kategorisierung voraus. Das schließt aber nicht aus, die Ideen auf den hier entwickelten Ansatz zu übertragen.

Ob ein Rechtsgeschäft zu Lasten Dritter, das die Inhaltskontrolle „nicht besteht“, relativ oder absolut unwirksam ist bzw. welche *Rechtsfolge* sich aus dem Ergebnis der Inhaltskontrolle ergibt, wird an dieser Stelle noch nicht besprochen.¹⁶³ Es geht zunächst darum, jene Rechtsgeschäfte herauszufiltern, deren Wirkung aus Gründen des Drittschutzes zu beschränken sind. Die Frage, worin die Beschränkung besteht, kann an dieser Stelle demnach noch offenbleiben.

A. Ablehnung der sogenannten teleologischen Begrenzung der Anknüpfungsanordnung

Ulrici entwirft in seiner Untersuchung eine Inhaltskontrolle für Rechtsgeschäfte, die sich erst durch eine Anknüpfungsanordnung auf einen Dritten auswirken.¹⁶⁴ Ob das Rechtsgeschäft tatsächlich Wirkung gegenüber Dritten entfalten könne oder ob das aus Gründen des Drittschutzes verwehrt bleibe, sei folgendermaßen zu bewerten: „Die von einem Rechtsgeschäft gesetzten Rechtswirkungen sind im Verhältnis zu Dritten nur zu berücksichtigen, soweit der Tatbestand der dies vorsehenden Anordnung erfüllt ist.“¹⁶⁵ Das geschehe durch Auslegung der Anordnung.¹⁶⁶ Neben Wortlaut, Historie und Systematik komme es vor allem darauf an, ob die Rechtsfolgenanknüpfung an ein bestimmtes drittbelastendes Rechtsgeschäft mit dem Telos der *Anordnung* vereinbar sei.¹⁶⁷ Durch die teleologische Begrenzung¹⁶⁸ der Anknüpfungsanordnung, welche die Drittbelastung des Rechtsgeschäfts auf den Dritten mittelt, möchte Ulrici den Schutz des Dritten erreichen.

Jedoch ist zweifelhaft, ob der Telos der Anordnung ein aussagekräftiger Indikator ist. Die meisten „Anknüpfungsanordnungen“ sind zu allgemein, um darü-

¹⁶³ Dazu unten 7. Kapitel (S. 137 ff.).

¹⁶⁴ 4. Kapitel C. III. 2. (S. 76 f.).

¹⁶⁵ *Ulrici*, ZfA 2016, 377 (398).

¹⁶⁶ *Ulrici*, ZfA 2016, 377 (398).

¹⁶⁷ *Ulrici*, ZfA 2016, 377 (398).

¹⁶⁸ Nicht zu verwechseln mit der teleologischen Reduktion.

ber Auskunft zu geben, ob der Drittschutz eine Beschränkung der Wirkung des Rechtsgeschäfts erfordert. Wie soll beispielsweise dem Zweck von § 128 HGB, § 280 Abs. 1 BGB oder § 823 Abs. 1 BGB entnommen werden, ob im konkreten Fall Drittschutz geboten ist? In diesen Normen klingt weder ein Dritter an, noch geben sie spezielle Wertungen für Situationen der Drittbelastung vor. Anders als § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG,¹⁶⁹ in dem der Schutz der anderen Arbeitnehmer deutlich erkennbar ist, taugen die meisten „Anknüpfungsanordnungen“ kaum als Kontrollmaßstab von Rechtsgeschäften zu Lasten Dritter.

B. Ablehnung konturloser Interessenabwägungen

Schmalzbauer plädiert dafür, die Inhaltskontrolle in Form einer reinen Interessenabwägung vorzunehmen. Entscheidend seien einerseits die Interessen der Vertragsparteien und andererseits die Interessen des Dritten. Der Autor stellt allerdings keine inhaltlichen Kriterien für eine derartige Interessenabwägung auf. Zwar sei eine reine Billigkeitsentscheidung zu vermeiden, da ansonsten die objektive Werteordnung verlassen werde;¹⁷⁰ eine Abwägung allein von „der Intensität des Eingriffs und den geschützten Regelungserwartungen des Dritten“¹⁷¹ abhängig zu machen, scheint jedoch wenig geeignet, ein objektives Ergebnis zu erreichen.

C. Inhaltskontrolle anhand der Verhältnismäßigkeit

I. K. Martens

K. Martens möchte im Rahmen der Inhaltskontrolle ebenso eine Interessenabwägung durchführen. Der notwendige Vergleichsmaßstab für die widerstreitenden Interessen sei der „Verhältnismäßigkeitsgrundsatz“.¹⁷² Je nach Intensitätsgrad der Mittel und der Einbuße an berechtigten Drittinteressen sei die Vertragsregelung wegen Verletzung der Grenzen der privatautonomen Regelungsbefugnisse unwirksam.¹⁷³ Dabei komme es insbesondere auf das Machtverhältnis zwischen den Vertragsparteien und dem Dritten an. Außerdem sei die Wertigkeit der betroffenen Interessen zu berücksichtigen.¹⁷⁴ Der Autor führt aber weder eine beispielhafte Verhältnismäßigkeitsprüfung durch, noch präzisiert er anderweitig, wie eine derartige Prüfung vonstattengehen soll.

¹⁶⁹ Unter anderem am Telos dieser Norm demonstriert *Ulrici* die sogenannte teleologische Begrenzung der Anknüpfungsanordnung.

¹⁷⁰ *Schmalzbauer*, Die Drittwirkung verpflichtender Verträge, 1982, S. 138.

¹⁷¹ *Schmalzbauer*, Die Drittwirkung verpflichtender Verträge, 1982, S. 140.

¹⁷² *K. Martens*, AcP 1977, 113 (178).

¹⁷³ *K. Martens*, AcP 1977, 113 (177).

¹⁷⁴ *K. Martens*, AcP 1977, 113 (178).

II. BGH-Rechtsprechung zur Fangprämie

Wie bereits erwähnt,¹⁷⁵ deutet sich auch im Urteil des BGH zum Fangprämieregress der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz an. Das Gericht unterstellt den Umfang der Fangprämie dem Prinzip der Angemessenheit und misst dem Warenwert der entwendeten Gegenstände wesentliche Bedeutung zu.¹⁷⁶

Der BGH thematisiert die Angemessenheit und auch weitere Merkmale, die der Verhältnismäßigkeitsprüfung ähneln, unter „Abwehrmaßnahmen des Schädigers“. Derartige Maßnahmen sind nach dem BGH vom Geschädigten zu tragen, sofern sie keinen konkreten Bezug zur einzelnen Eigentumsverletzung aufweisen. Ein konkreter Bezug liege im Fall der Fangprämie gerade vor, weshalb sie im Grunde schadensersatzfähig sei.

Insbesondere stehe auch der Schutzzweck der Haftungsnorm nicht entgegen, da er auch Aufwendungen umfasse, die der Eigentümer zum Schutz seines Eigentums vor einem konkret drohenden Schaden vornehme, „sofern sie vom Standpunkt eines verständigen, wirtschaftlich denkenden Menschen aus dafür zweckmäßig und geeignet erscheinen.“ Der BGH hielt damals Pauschalen von über 50 DM als „nicht unbedingt erforderlich, um der Prämie die Anreizfunktion zu erhalten“. Auch eine begrenzte Pauschale könne in Einzelfällen nicht erstattet verlangt werden, wenn sie aufgrund des geringfügigen Diebesgutes außer Verhältnis zum Haftungszweck stünde. Neben der Angemessenheit ist die Fangprämie nach dem BGH also auch an Geeignetheit und Erforderlichkeit zu messen.

III. Habersack

1. Allgemeines zur Verhältnismäßigkeitsprüfung

Auch für Habersack ist der Ausgleich zwischen Regelungs- und Drittinteressen entscheidend. „Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit mit seinen für die Rechtmäßigkeit eines jeden Eingriffs zwingenden Geboten der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit i. e. S.“ steuere diesen Ausgleich.¹⁷⁷ Es sei immer dann eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen, wenn das Rechtsgeschäft gegenüber Dritten in „rechtlich erheblicher Weise“ Wirkung entfalte.¹⁷⁸ Bei der Prüfung komme es neben den gegensätzlichen Interessen und deren Wertigkeit auch auf Vorgaben der Rechtsordnung an.¹⁷⁹

¹⁷⁵ 2. Kapitel B. I. 1. (S. 45 f.).

¹⁷⁶ *BGH*, Urteil vom 6.11.1979 – VI ZR 254/77, NJW 1980, 119 ff.; *Pfister*, SpuRt 2014, 10 (13 f.) diskutiert im Kontext des Verbandsstrafenregresses – analog zur Fangprämierechtsprechung – eine Reduzierung des Schadensersatzes auf einen angemessenen Umfang.

¹⁷⁷ *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 70 f., 99.

¹⁷⁸ *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 71.

¹⁷⁹ *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 70 f.

An späterer Stelle präzisiert Habersack, dass sich aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auch das Gebot ergebe, die Beeinträchtigungen der Rechtsposition Dritter auf das notwendige Maß zu beschränken.¹⁸⁰ Damit verdeutlicht er, dass es für ihn nicht nur um eine bloße Abwägung der Interessen geht, sondern bereits der Eingriff in die Rechtsposition des Dritten an sich *erforderlich* sein soll.

Habersack verweist, wenn er den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz anklingen lässt, zwar regelmäßig auf Hesse¹⁸¹ und Grabitz¹⁸², er begründet aber nicht, weshalb gerade die Verhältnismäßigkeitsprüfung zum Interessenausgleich herangezogen werden soll. Außerdem bespricht er nicht, wie die Verhältnismäßigkeitsprüfung in Drittbelastungsfällen genau angewandt werden soll. Der Verweis auf die Ausführungen zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im öffentlichen Recht hilft nur begrenzt weiter. Die im öffentlich-rechtlichen Diskurs gewonnenen Erkenntnisse können zwar den Ausgangspunkt für eine Verhältnismäßigkeitsprüfung in privatrechtlichen Drittbelastungsfällen bieten, ob sich das öffentlich-rechtliche Instrument strukturgleich übertragen lässt, ist allerdings fraglich.

2. Beispielhafte Interessenabwägung durch Habersack

Habersack führt anhand bestimmter Einzelfälle eine „Exemplarische Anwendung der Interessenabwägung“ durch. Dabei beschränkt er sich darauf festzustellen, dass sogenannte Lastwirkungen immer dann unwirksam seien, wenn den Parteien des Rechtsgeschäfts andere, die Drittbelastung vermeidende oder zumindest reduzierende Wege offenstünden, auf die sie zur Erreichung ihres Regelungsziels ausweichen könnten.¹⁸³

Zum Haftungsverzicht führt er in diesem Zuge lediglich aus, dass das in § 426 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 BGB angeordnete und einen hohen Gerechtigkeitsgehalt aufweisende Ausgleichsprinzip für den Dritten streite.¹⁸⁴ Dieser müsse deshalb grundsätzlich keine Verkürzung seiner Ansprüche hinnehmen – sei es durch eine vorgängige Haftungsfreizeichnung, einen Erlass oder eine nachträgliche Aufgabe einer Sicherheit durch den Gläubiger.¹⁸⁵

Zwar orientiert sich Habersack dabei an gesetzlichen Wertungen und an der Erforderlichkeit, doch lassen sich seinen Ausführungen keine einheitlichen Maßstäbe für eine Verhältnismäßigkeitsprüfung entnehmen. Diese sind allerdings not-

¹⁸⁰ Habersack, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 99.

¹⁸¹ Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1995, S. 142 ff.

¹⁸² Grabitz, AÖR 1973, 568.

¹⁸³ Habersack, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 71 f.

¹⁸⁴ Habersack, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 71 f.

¹⁸⁵ Habersack, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 71 f.

wendig, um die Behandlung unterschiedlicher Drittbelastungen zu vereinheitlichen und bloße Billigkeitsentscheidungen zu vermeiden.

IV. Inhaltskontrolle in Anlehnung an den Drei-Stufen-Test (Meca-Medina)

Heermann nimmt eine Inhaltskontrolle des § 9a DFB RuVO in Verbindung mit dem 9-Punkte-Papier des DFB in Anlehnung an den Drei-Stufen-Test des EuGH vor.¹⁸⁶ Die drei Stufen „Legitime Zielsetzung“, „Untrennbare Verbindung zwischen Verfolgung der legitimen Zielsetzung und dem Eingriff in die Rechtsposition Dritter“ und „Verhältnismäßigkeit der Regelung“ stellen im Grunde ebenfalls eine Verhältnismäßigkeitsprüfung dar. Die erste Stufe ist mit dem legitimen Zweck vergleichbar, die zweite mit Geeignetheit und Erforderlichkeit, die letzte mit der Angemessenheit.

Heermann stellt bereits infrage, ob die vom DFB beabsichtigte „täterorientierte Sanktionierung“¹⁸⁷ zur Gewährleistung der Sicherheit im Stadion eine legitime Zielsetzung verkörpern kann.¹⁸⁸ Das sei im Hinblick auf das Strafrecht und die vertraglichen Sanktionsmöglichkeiten des Vereins gegenüber den Zuschauern zweifelhaft.¹⁸⁹

Auch auf der zweiten Stufe äußert Heermann Zweifel: Können Verband und Verein die Sicherheit im Stadion nicht auf andere Weise herstellen als durch den Verbandsstrafenregress?¹⁹⁰ An dieser Stelle führt Heermann erneut die Möglichkeit an, durch eine Vertragsstrafe im Zuschauervertrag und Strafanzeigen das verfolgte Ziel zu erreichen.¹⁹¹

Falls man die ersten beiden Stufen für unproblematisch halte, komme man spätestens innerhalb der Verhältnismäßigkeitsprüfung i. e. S. zur Unzulässigkeit des Verbandsstrafenregresses.¹⁹² Das liege an der beschränkten Anreizwirkung

¹⁸⁶ Dazu bereits oben 2. Kapitel B.I.3. (S. 46 f.).

¹⁸⁷ Vgl. das 9-Punkte-Papier des DFB.

¹⁸⁸ Heermann, Inhaltskontrolle von § 9a DFB-RuVO i.V.m. dem „9-Punkte-Papier“, in: Huber/Danzl/Dauner-Lieb (Hrsg.), Deutsches, österreichisches und internationales Schadensersatzrecht, 2020, S. 159 (165).

¹⁸⁹ Heermann, Inhaltskontrolle von § 9a DFB-RuVO i.V.m. dem „9-Punkte-Papier“, in: Huber/Danzl/Dauner-Lieb (Hrsg.), Deutsches, österreichisches und internationales Schadensersatzrecht, 2020, S. 159 (165).

¹⁹⁰ Heermann, Inhaltskontrolle von § 9a DFB-RuVO i.V.m. dem „9-Punkte-Papier“, in: Huber/Danzl/Dauner-Lieb (Hrsg.), Deutsches, österreichisches und internationales Schadensersatzrecht, 2020, S. 159 (166).

¹⁹¹ Heermann, Inhaltskontrolle von § 9a DFB-RuVO i.V.m. dem „9-Punkte-Papier“, in: Huber/Danzl/Dauner-Lieb (Hrsg.), Deutsches, österreichisches und internationales Schadensersatzrecht, 2020, S. 159 (166).

¹⁹² Heermann, Inhaltskontrolle von § 9a DFB-RuVO i.V.m. dem „9-Punkte-Papier“, in: Huber/Danzl/Dauner-Lieb (Hrsg.), Deutsches, österreichisches und internationales Schadensersatzrecht, 2020, S. 159 (166 f.).

der Verbandsstrafe gegenüber den Vereinen und den tiefen Eingriffen in die Interessen des Dritten.¹⁹³

Für Heermann hat der Verband keine Einschätzungsprärogative für die Geeignetheit der Verbandsstrafe zur Zielerreichung, da die Verbandsautonomie Drittwirkungen des Verbandsrechts nicht umfasse, sondern aus rechtsstaatlichen Gründen eine objektive Inhaltskontrolle angezeigt sei.¹⁹⁴

V. Zusammenfassung

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit klingt somit immer wieder im Zusammenhang mit der Inhaltskontrolle in Drittbelastungsfällen an. Es lassen sich auch bereits hinsichtlich zweier Fallgruppen der privaten Schadensgestaltungen Prüfungen beobachten, die stark an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erinnern. Im Folgenden soll deshalb untersucht werden, ob und gegebenenfalls woraus sich eine derartige Prüfung für die Inhaltskontrolle von Rechtsgeschäften zu Lasten Dritter allgemein herleiten lässt.

D. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als bewährtes Instrument bei der Kollision von Freiheitsrechten im öffentlichen Recht

Um die Funktion des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes besser nachvollziehen zu können, lohnt sich ein Blick auf dessen Bedeutung im öffentlichen Recht. Im öffentlichen Recht hat sich für die Kollision von Freiheitsrechten unterschiedlicher Grundrechtsträger der Grundsatz der praktischen Konkordanz entwickelt, der im Grunde eine Verhältnismäßigkeitsprüfung verkörpert.¹⁹⁵ Der mit Rechtsgeschäften zu Lasten Dritter verbundene Konflikt von positiver und negativer

¹⁹³ Heermann, Inhaltskontrolle von § 9a DFB-RuVO i.V.m. dem „9-Punkte-Papier“, in: Huber/Danzl/Dauner-Lieb (Hrsg.), Deutsches, österreichisches und internationales Schadensersatzrecht, 2020, S. 159 (166 f.).

¹⁹⁴ Heermann, Inhaltskontrolle von § 9a DFB-RuVO i.V.m. dem „9-Punkte-Papier“, in: Huber/Danzl/Dauner-Lieb (Hrsg.), Deutsches, österreichisches und internationales Schadensersatzrecht, 2020, S. 159 (167 f.).

¹⁹⁵ Der Begriff der praktischen Konkordanz geht auf Hesse zurück. Dabei zeigt sich, dass sich auch hinter diesem Begriff die Prüfung der Verhältnismäßigkeit verbirgt: „Wo Kollisionen entstehen, darf nicht in vorschneller ‚Güterabwägung‘ oder gar abstrakter ‚Wertabwägung‘ eines auf Kosten des anderen realisiert werden. Vielmehr stellt das Prinzip der Einheit der Verfassung die Aufgabe einer Optimierung: beiden Gütern müssen Grenzen gezogen werden, damit beide zu optimaler Wirksamkeit gelangen können. Die Grenzziehungen müssen daher im jeweiligen konkreten Falle verhältnismäßig sein; sie dürfen nicht weiter gehen als es notwendig ist, um die Konkordanz beider Rechtsgüter herzustellen.“ Vgl. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1995, S. 28, Rn. 72 und S. 142, Rn. 318.

Privatautonomie ist durchaus mit der Kollision von Grundrechten vergleichbar. Schließlich geht auch die Privatautonomie auf das Grundrecht der Allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) zurück.

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹⁹⁶ zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit findet ihren Ursprung im sogenannten Apothekenurteil.¹⁹⁷ Seitdem hat das Gericht den Grundsatz in einer Vielzahl von Entscheidungen bestätigt und konkretisiert.¹⁹⁸ Die Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne gehört heute nahezu unbestritten zu den grundlegenden Maßstäben für die Verfassungsmäßigkeit staatlichen Handelns.¹⁹⁹ Zwar ist umstritten, an welcher Stelle der Verfassung die Rechtsgrundlage des Verhältnismäßigkeitsprinzips genau zu verorten ist,²⁰⁰ doch besteht über seine dogmatische Struktur überwiegend Einigkeit: Das staatliche Verhalten muss zur Erreichung eines legitimen Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen²⁰¹ sein.²⁰²

¹⁹⁶ Eine rechtsempirische Studie verfassungsrechtlicher Rechtsprechung zu den Freiheitsgrundrechten unternimmt N. Petersen, *Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle*, 2015.

¹⁹⁷ *BVerfG*, Urteil vom 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, NJW 1958, 1035. Zur Entwicklung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im öffentlichen Recht übersichtlich *Hirschberg*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, 1981, S. 2–19.

¹⁹⁸ Beispielfhaft *BVerfG*, Beschluss vom 15.12.1965 – 1 BvR 513/65, NJW 1966, 243; *BVerfG*, Urteil vom 8.2.1977 – 1 BvR 79/70, NJW 1977, 1049; *BVerfG*, Beschluss vom 8.4.1987 – 2 BvR 909/82, NJW 1987, 3115.

¹⁹⁹ Hierzu grundlegend *Lerche*, *Übermaß und Verfassungsrecht*, 2. Aufl., 1999, der jedoch den Begriff des „Übermaßverbots“ verwendet, und *Stern*, *Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbots*, in: Badura (Hrsg.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens*, 1993, S. 165 (165–175). Weiter *Hesse*, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl., 1995, S. 28; *Wendt*, AcP 1979, 414 (415); *Grabitz*, *AöR* 1973, 568; *Zimmerli*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im öffentlichen Recht*, 1978; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig GG, 94. Aufl., 2021, Art. 20 Rn. 107 ff.; *Klatt/Meister*, *Der Staat* 2012, 159 (159); *Hirschberg*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, 1981, S. 1 ff. Kritisch zur unterschiedlichen Terminologie *Schneider*, *Zur Verhältnismäßigkeits-Kontrolle insbesondere bei Gesetzen*, in: Starck/Drath/Friesenhahn et al. (Hrsg.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz: Festgabe aus Anlaß des 25-jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, 1976, 390 (392 f.).

²⁰⁰ Dabei werden Art. 1 GG, Art. 3 Abs. 1 GG, die Grundrechte allgemein, die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG und das Rechtsstaatsprinzip angedacht, vgl. *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig GG, 94. Aufl., 2021, Art. 20 Rn. 108.

²⁰¹ Anstelle des Begriffs der Angemessenheit finden auch die Begriffe der Verhältnismäßigkeit i. e. S., der Proportionalität und der Zumutbarkeit Anwendung, vgl. *Huster/Rux*, in: BeckOK GG, 48. Aufl., 2021, Art. 20 GG Rn. 197.

²⁰² *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig GG, 94. Aufl., 2021, Art. 20 Rn. 110. Den inneren Zusammenhang zwischen den Stufen der Verhältnismäßigkeit untersucht *Reimer*, *Verhältnismäßigkeit im Verfassungsrecht, ein heterogenes Konzept*, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), *Verhältnismäßigkeit*, 2015, S. 60.

I. Legitimer Zweck, Geeignetheit und Erforderlichkeit als objektive Kriterien

Untersagt ist demnach jeder Grundrechtseingriff, wenn der damit verfolgte Zweck verfassungsrechtlich unzulässig ist.²⁰³ Weiterhin müsse der Eingriff geeignet sein, um diesen legitimen Zweck zu erreichen, da es sich sonst um eine unnötige und deshalb verfassungswidrige Freiheitsbeschränkung handle.²⁰⁴ Das Bundesverfassungsgericht geht von der Geeignetheit des Eingriffs aus, „wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann“.²⁰⁵

Höhere Anforderungen an die Maßnahme setzt die Erforderlichkeit, nach der das Mittel nur dann zulässig ist, wenn der Staat kein „anderes, gleich wirksames, aber das Grundrecht nicht oder doch weniger fühlbar einschränkendes Mittel hätte wählen können“.²⁰⁶ Entscheidend ist danach, ob der Eingriff zur Erreichung des legitimen Zwecks tatsächlich das mildeste aller zur Verfügung stehenden Mittel ist.²⁰⁷ Freilich kämen dafür nur Mittel in Betracht, die auch gleich wirksam seien.

II. Angemessenheit als willkürliches Abwägungskriterium?

Sind die vorstehenden Kriterien erfüllt, muss das staatliche Handeln nach dem Bundesverfassungsgericht auch noch angemessen sein. Demnach dürfen die Maßnahme und die damit verbundenen Beeinträchtigungen nicht außer Verhältnis zum legitimen Zweck stehen.²⁰⁸ Der mit den Maßnahmen verbundene Nutzen ist demzufolge mit den verbundenen Beeinträchtigungen abzuwägen.²⁰⁹

Allerdings kritisieren große Teile der Literatur, dass sich eine derartige Abwägung kaum objektiv strukturieren und kontrollieren lasse.²¹⁰ Die Abwägung konkurrierender Rechtsgüter sei willkürlich, da hierfür rationale Maßstäbe fehlten;

²⁰³ *Huster/Rux*, in: BeckOK GG, 48. Aufl., 2021, Art. 20 GG Rn. 193.

²⁰⁴ *Huster/Rux*, in: BeckOK GG, 48. Aufl., 2021, Art. 20 GG Rn. 194.

²⁰⁵ *BVerfG*, Beschluß vom 16.3.1971 – 1 BvR 52, 665, 667, 754/66, NJW 1971, 1255 (1256).

²⁰⁶ *BVerfG*, Beschluß vom 16.3.1971 – 1 BvR 52, 665, 667, 754/66, NJW 1971, 1255 (1255). Ferner zum Merkmal der Erforderlichkeit *BVerfG*, Beschluß vom 14.12.1965 – 1 BvL 14/60, NJW 1966, 291 (293); *BVerfG*, Beschluß vom 18.12.1968 – 1 BvL 5, 14/64, 5, 11, 12/65, NJW 1969, 499 (501).

²⁰⁷ *Gentz*, NJW 1968, 1600 (1603 f.) weist zutreffend darauf hin, dass es sich beim Grundsatz des mildesten Mittels um denselben wie den der Erforderlichkeit handelt.

²⁰⁸ *BVerfG*, Beschluß vom 6.2.1979 – 2 BvL 5/76, NJW 1979, 1345 (1345); *BVerfG*, Beschluss vom 10.11.1998 – 1 BvR 2296–96 u. 1 BvR 1081–97, NJW 1999, 935 (936 f.).

²⁰⁹ *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig GG, 94. Aufl., 2021, Art. 20 Rn. 117; *Bettermann*, Legislative ohne Posttarifhoheit, 1967, S. 51 f.; *Gentz*, NJW 1968, 1600 (1604).

²¹⁰ *Leisner*, NJW 1997, 636 (638 f.). Einen Überblick zur „Abwägungsskepsis“ verschafft *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, 1. Aufl., 1976, S. 134 ff.

das Verfassungsgericht überschreite deshalb die Grenze zur Politik.²¹¹ Es besteht also teilweise die Befürchtung, dass die Gerichte durch die Abwägung Wertentscheidungen des Gesetzes infrage stellen und sich so selbst ermächtigen könnten.²¹²

Problematisch sehen die Autoren vor allem die angeblich fehlende Vergleichbarkeit zwischen den zur Abwägung stehenden Rechtsgütern. Es sei kaum zu bestimmen, welches Verfassungsgut einem anderen abstrakt vorgehe, also ob beispielsweise die Religionsfreiheit stets vor der Berufsfreiheit Vorrang habe, da sich aus der Verfassung kein Werteverhältnis der einzelnen Grundrechte ergebe.²¹³

Hinzu komme, dass Verfassungsgerichte im Rahmen der Abwägung keine Aussage darüber trafen, wie die Rechtsgüter (insbesondere die Grundrechte) *allgemein* zueinander im (Über-/Unterordnungs-)Verhältnis stünden.²¹⁴ Schließlich komme es in den Einzelfällen, in denen die Angemessenheit geprüft werde, nicht nur auf die betroffenen Rechtsgüter selbst an, sondern auch auf die Intensität, mit der staatliches Handeln eingreift, um einen legitimen Zweck zu fördern.²¹⁵ Die Angemessenheitsprüfung sei keine einfache Abwägung zweier abstrakter Werte; vielmehr komme es auf mehrere Faktoren auf beiden Seiten an.²¹⁶ Eine Abwägung erfordere aber, dass es möglich sei, die gegeneinander abzuwiegenden Werte in eine „gemeinsame normative Währung“ zu übersetzen, was in den meisten Fällen nicht möglich sei.²¹⁷ Von Verhältnismäßigkeit und Abwägung gingen deshalb erhebliche Gefahren für den Rechtsstaat aus.²¹⁸

III. Verkürzte Verhältnismäßigkeitsprüfung als überwiegend objektives Prüfungsinstrument

Durch die Verhältnismäßigkeitsprüfung werden objektiv nachvollziehbare Prüfungsschritte etabliert, die komplexe Kollisionen von Freiheitsrechten in Einklang bringen können.²¹⁹ Durch den formalen Rahmen ist die Prüfung transparent²²⁰,

²¹¹ Eine umfassende Übersicht zu dieser Kritik gibt *N. Petersen*, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle, 2015, S. 1 ff.

²¹² *N. Petersen*, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle, 2015, S. 2; *Christensser/Lerch*, JZ 2007, 438 (439).

²¹³ *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, 1. Aufl., 1976, S. 136.

²¹⁴ *N. Petersen*, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle, 2015, S. 58.

²¹⁵ *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 79 ff.; *N. Petersen*, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle, 2015, S. 58.

²¹⁶ *N. Petersen*, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle, 2015, S. 58.

²¹⁷ *N. Petersen*, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle, 2015, S. 269.

²¹⁸ *Leisner*, NJW 1997, 636 (638 f.).

²¹⁹ In diese Richtung auch *N. Petersen*, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle, 2015, S. 55: „Das Verhältnismäßigkeitsprinzip bietet eine dogmatische Struktur, [...] Rechtsgüterkonflikte aufzulösen, ohne abstrakte Werthierarchien zu etablieren.“

²²⁰ *Klatt/Meister*, Der Staat 2012, 159 (173).

zudem bündeln die verschiedenen Prüfungsebenen die zugehörigen Argumentationen und sorgen so für Übersichtlichkeit. So lassen sich die kollidierenden Rechtsgüter besser gegenüberstellen.

Jedoch trifft die Kritik der Angemessenheitsprüfung einen wunden Punkt. Tatsächlich lässt sich eine objektive und rationale Abwägung der gegensätzlichen Rechtsgüter nur schwer garantieren. Das Ergebnis einer derartigen Prüfung hängt somit gelegentlich von subjektiven Wertungen ab. Schlink schlägt deshalb eine zurückhaltende Verhältnismäßigkeitsprüfung vor.²²¹ Auch nach ihm sind zunächst legitimer Zweck, Geeignetheit und Erforderlichkeit zu prüfen.²²² Auf der vierten Ebene will er allerdings nicht die Angemessenheit untersuchen, sondern lediglich überprüfen, ob „die Mindestposition des Bürgers gewahrt ist“.²²³ Zwar lassen sich normative Wertungen auch im Rahmen der Erforderlichkeit und der Mindestposition nicht immer vermeiden,²²⁴ doch ist die Prüfung dadurch weit überwiegend objektiviert.

Schlink zeigt überzeugend auf, dass sich die Verhältnismäßigkeitsprüfung im Grunde überwiegend objektiv vollziehen lässt. Man sollte sich durch die berechnete Kritik an der freien Abwägung in der Angemessenheitsprüfung nicht von der Anwendung des Grundsatzes in einer zurückhaltenden Form abbringen lassen.

E. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Privatrecht

I. Herleitung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Privatrecht

Den öffentlich-rechtlichen Untersuchungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes folgten in den vergangenen Jahren immer mehr Arbeiten, die dessen Bedeutung für das Privatrecht nachgingen.²²⁵ Zumeist steht die Wirkung des Verhältnismäßigkeitsprinzips in Zwei-Personen-Schuldverhältnissen im Fokus. Welche Rolle die Rechtsfigur für die Inhaltskontrolle in Drittbelastungsfällen spielt, wurde bisher nicht näher behandelt.²²⁶

²²¹ Schlink, Abwägung im Verfassungsrecht, 1. Aufl., 1976, S. 192–218.

²²² Schlink, Abwägung im Verfassungsrecht, 1. Aufl., 1976, S. 192.

²²³ Schlink, Abwägung im Verfassungsrecht, 1. Aufl., 1976, S. 192.

²²⁴ N. Petersen, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle, 2015, 69 f.

²²⁵ Medicus, AcP 1992, 35; Hanau, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, 2004; Bieder, Das ungeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip als Schranke privater Rechtsausübung, 2007; Stürmer, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht, 2010; Preis, Verhältnismäßigkeit und Privatrechtsordnung, in: Hanau (Hrsg.), Richterliches Arbeitsrecht, 1999, S. 429.

²²⁶ Den sogenannten Zwischenvermieterfall bespricht Medicus, AcP 1992, 35 (64 f.). Dabei lässt sich aber eine Einwilligung des Dritten herleiten. Es handelt sich somit um keine „echte“ Drittbelastung durch ein Rechtsgeschäft.

Für die Herleitung des Grundsatzes untersuchen die Autoren den Zusammenhang zwischen Verfassungsrecht und Privatrecht. Interessant ist dabei die Frage, ob der verfassungsmäßige Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aufgrund der Normhierarchie direkt aus der Verfassung auf das Privatrecht wirkt oder ob es vielmehr einen privatrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz geben könnte und ob dieser inhaltlich dem öffentlich-rechtlichen Grundsatz ähnelt.

Unabhängig von der Herleitung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit interessiert, für welche Fallgruppen die Verhältnismäßigkeitskontrolle privatautonomer Gestaltungsmacht bisher als notwendig erachtet wird. Lassen diese Ausführungen auf die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in Drittbelastungsfällen schließen?

1. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als verfassungsmäßiger Schutz vor privatautonomer Gestaltungsmacht

Nach Hanau ist das gesamte Privatrecht am Maßstab der Verfassung zu messen, Grundrechtseingriffe müssen gerechtfertigt werden, also insbesondere verhältnismäßig sein.²²⁷ Für ihn stellt ein Vertrag zugleich die Verwirklichung der positiven Vertragsfreiheit und einen Verzicht auf die negative Vertragsfreiheit dar.²²⁸ Der im Vertrag geäußerte Wille bedürfe einer „staatlichen Geltungsanordnung“, um rechtlich verbindlich zu sein.²²⁹ Diese staatliche Anordnung gebe dem privaten Handeln ein heteronomes Element, das einen potenziellen Eingriff in die negative Vertragsfreiheit darstellen könne.²³⁰ Der staatliche Eingriff bestehe dann bereits im rechtlichen Zwang an sich, also in der Verpflichtung und nicht erst in deren Zwangsvollzug.²³¹ Nach Hanau verkörpert jedes Rechtsgeschäft auch potenziell einen Eingriff in das Grundrecht der Vertragsfreiheit der Parteien.

Es liege allerdings kein Eingriff vor, sofern die Vertragsrechtsordnung schlicht die Selbstbindung des Schuldners vollziehe.²³² Denn soweit die staatlich herbeigeführte Rechtswirkung lediglich das vertraglich Vereinbarte umfasse, verkürze

²²⁷ Hanau, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, 2004, S. 4. Er nimmt dabei Bezug auf *Canaris*, JuS 1989, 161, nach dem Privatrechtsgesetzgebung und -rechtsprechung unmittelbar an Grundrechte gebunden sind. Dazu kritisch *Medicus*, AcP 1992, 35 (45 ff.).

²²⁸ Hanau, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, 2004, S. 23 ff.

²²⁹ Hanau, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, 2004, S. 27–29.

²³⁰ Hanau, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, 2004, S. 29 f.

²³¹ Hanau, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, 2004, S. 30.

²³² Hanau, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, 2004, S. 42. In diese Richtung bereits *Sachs*, JuS 1995, 303 (306 f.).

sie nicht die negative Vertragsfreiheit.²³³ Es geht dem Autor an dieser Stelle – vereinfacht gesagt – um die Frage, ob sich der Betroffene im Moment des Vertragsschlusses tatsächlich so weit in seiner negativen Vertragsfreiheit einschränken wollte.

Hanau unterscheidet im Hinblick auf den verfassungsrechtlichen Schutz vor privater Gestaltungsmacht grundsätzlich zwischen „paternalistischem Schutz“²³⁴ und „nichtpaternalistischem Schutz“.²³⁵ Während ersterer unabhängig davon schütze, ob und in welchem Umfang sich der Betroffene selbst binden wollte, komme es bei letzterem gerade hierauf an.²³⁶

Nach Hanau ist nur bei der Fallgruppe des „nicht-paternalistischen Schutzes“ eine Rechtfertigung des Eingriffs mithilfe einer Abwägung (Verhältnismäßigkeitsprüfung) möglich. Um bei dieser Fallgruppe genau herauszuarbeiten, wie weit die Selbstbindung des Betroffenen gehe, „muß die im Moment des Vertragsschlusses nur abstrakt erteilte Ermächtigung so weit konkretisiert werden, daß die Grenzen der Unterwerfung unter die fremde Gestaltungsmacht erkennbar werden“.²³⁷ Eine Ausübung der Gestaltungsmacht, die über diese Grenzen hinausgehe, sei nach der Wesentlichkeitslehre nur dann zu rechtfertigen, wenn das Gesetz selbst Private mit rechtsändernder Gestaltungsmacht ausstatte.²³⁸ Eine Ausnahme davon sei lediglich die „vertraglich begründete Eingriffskompetenz“.²³⁹

Für den seltenen Fall, dass sich die Eingriffe auf eine zulässige Schranke stützen, bedürfe es eines zulässigen „Eingriffsinteresses“ und einer „Güterabwägung“.²⁴⁰ Im Rahmen der Güterabwägung seien „Eingriffsinteresse“ und „Bestandsinteresse“ abzuwägen.²⁴¹

²³³ Hanau, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, 2004, S. 41.

²³⁴ Hanau, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, 2004, S. 70–77.

²³⁵ Hanau, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, 2004, S. 78–92.

²³⁶ Hanau, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, 2004, S. 70.

²³⁷ Hanau, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, 2004, S. 79.

²³⁸ Hanau, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, 2004, S. 86. Als Beispiel führt er das gesetzliche Kündigungsrecht oder die gesetzliche Anordnung einer Mehrheitsentscheidung in einem Personenverband an.

²³⁹ Hanau, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, 2004, S. 88. Hierunter falle unter anderem die *vertragliche* Vereinbarung des Mehrheitsprinzips in einer Personengesellschaft.

²⁴⁰ Hanau, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, 2004, S. 89–92.

²⁴¹ Hanau, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, 2004, S. 92.

Hanau konzentriert sich im Anschluss auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung i. e. S. (also die Angemessenheitsprüfung), da diese sowohl für die Ermittlung der Schranken *privatautonomer* Gestaltungsmacht als auch bei der Bestimmung der Schranken *privatheteronomer* Gestaltungsmacht im Zentrum stehe.²⁴²

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip i. e. S. trete in zwei verschiedenen Formen auf: dem „Verbot des Unterliegens des Gestaltungsinteresses“ und dem „Gebot des Überwiegens des Gestaltungsinteresses“.²⁴³ So sei die privatautonome Gestaltung unverhältnismäßig, „wenn das Interesse des Gestaltungsgegners, an diesem Maßstab gemessen, das des Gestaltungsinhabers überwiegt.“

Hanau orientiert somit seinen Prüfungsaufbau nicht an der etablierten verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung, sondern stützt seine Prüfung überwiegend auf das Eingriffsinteresse, also das Interesse der Parteien des Rechtsgeschäfts (vergleichbar mit dem „legitimen Zweck“), und die Güterabwägung (vergleichbar mit der „Angemessenheit“). Von Interesse ist das vor allem deshalb, weil er den verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz direkt auf das Privatrecht anwenden will.

2. Die „Transformation“ des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes aus dem öffentlichen Recht ins Privatrecht

Für Bieder handelt es sich bei der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Privatrecht um eine Übertragung²⁴⁴ des eigentlich öffentlich-rechtlichen Konstruktes, die eine Rechtsfortbildung darstelle.²⁴⁵ Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit trete dabei in Konflikt mit etablierten Instrumenten, die das Privatrecht für die Kollision gegensätzlicher Interessen vorsehe (Treu und Glauben, Rechtsmissbrauch, ergänzende Vertragsauslegung).²⁴⁶ Zudem bedeute seine Anwendung eine erhebliche Begrenzung der Privatautonomie.²⁴⁷

Eine Transformation des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit könne deshalb nur für Ausnahmesituationen infrage kommen, in denen eine dem Verhältnis zwischen Staat und Bürger ähnliche Situation vorliege.²⁴⁸ Nach Bieder ist das dann

²⁴² Hanau, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, 2004, S. 97–117.

²⁴³ Hanau, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, 2004, S. 107 f.

²⁴⁴ Von einer „Übertragung“ spricht ebenfalls Preis, Verhältnismäßigkeit und Privatrechtsordnung, in: Hanau (Hrsg.), Richterliches Arbeitsrecht, 1999, S. 429 (431).

²⁴⁵ Bieder, Das ungeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip als Schranke privater Rechtsausübung, 2007, S. 5 und 27.

²⁴⁶ Bieder, Das ungeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip als Schranke privater Rechtsausübung, 2007, S. 15 und 27.

²⁴⁷ Bieder, Das ungeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip als Schranke privater Rechtsausübung, 2007, S. 27 ff.

²⁴⁸ Bieder, Das ungeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip als Schranke privater Rechtsausübung, 2007, S. 259 ff.

der Fall, wenn ein Privater keine *eigennützige* Tätigkeit vornimmt, sondern eine *fremdnützige*, da der Staat letzten Endes auch nur fremdnützig tätig werde.²⁴⁹ Bei allen anderen Geschäften die eigennütziger Natur seien, komme keine Verhältnismäßigkeitsprüfung i. w. S. in Betracht, sondern lediglich eine Kontrolle der „Proportionalität“.²⁵⁰ Dem „Proportionalitätsgrundsatz“ attestiert Bieder jedoch eine allgemeine Geltung im Privatrecht.²⁵¹

3. Gemeinsamer formaler Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Für Stürner gibt es nur einen einzigen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, dessen Inhalt formaler Art ist und der abhängig von den auszugleichenden Interessen zu unterschiedlichen Ergebnissen führt.²⁵² Er lehnt Hanau's Ansatz ab, nach dem private Gestaltungsmacht durch eine „staatliche Geltungsanordnung“²⁵³ die Qualität eines Hoheitsaktes erlangen könne.²⁵⁴ Der Unterschied zwischen privatrechtlicher und verfassungsrechtlicher Verhältnismäßigkeitsprüfung zeige sich beim privatrechtlichen Handeln des Staates.²⁵⁵ In diesem Fall unterliege der Staat nämlich einem „doppelten“ Verhältnismäßigkeitserfordernis: Er sei nicht nur an § 242 BGB als allgemeine Schranke privatrechtlichen Handelns gebunden, sondern auch an den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.²⁵⁶

Um die Eigenständigkeit der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Privatrecht zu verdeutlichen, lasse sich begrifflich durchaus zwischen „privatrechtlicher“ und „verfassungsrechtlicher“ Anwendung unterscheiden, die beide inhaltlich demselben formalen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz folgten.²⁵⁷

²⁴⁹ Bieder, Das ungeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip als Schranke privater Rechtsausübung, 2007, S. 260.

²⁵⁰ Bieder, Das ungeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip als Schranke privater Rechtsausübung, 2007, S. 183 ff. und 260. Unter dem Proportionalitätsgrundsatz versteht er eine Angemessenheitsprüfung.

²⁵¹ Bieder, Das ungeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip als Schranke privater Rechtsausübung, 2007, S. 183 ff.

²⁵² Stürner, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht, 2010, S. 317.

²⁵³ Hanau, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, 2004, S. 31 ff.

²⁵⁴ Stürner, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht, 2010, S. 314 f.

²⁵⁵ Stürner, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht, 2010, S. 317.

²⁵⁶ Stürner, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht, 2010, S. 317.

²⁵⁷ Stürner, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht, 2010, S. 316.

II. Stellungnahme

1. Herleitung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit

a) Eigenständigkeit des Privatrechts

Hinaus Anwendung der Grundrechtsprüfung auf vertragliche Abreden stellt sich dem vorherrschenden Bild von der „Eigenständigkeit des Privatrechts“ entgegen.²⁵⁸ Es ist allgemein anerkannt, dass das Privatrecht über einen eigenen „Entfaltungs- und Gestaltungsfreiraum verfügt, der nur durch Begrenzungen und spezielle Aufträge der Verfassung eingeschränkt ist“.²⁵⁹ Die Verfassung kann den konkreten Inhalt des Privatrechts schon deshalb nicht vorgeben, weil es für den Gesetzgeber zumeist mehr als eine Möglichkeit gibt, der Verfassung zu entsprechen.²⁶⁰ Das ist gerade der Inhalt der Eigenständigkeit des Privatrechts.

Zwar ist der Privatrechtsgesetzgeber unmittelbar an die Verfassung und somit an die Grundrechte gebunden,²⁶¹ doch wirken Grundrechte zwischen Privaten keinesfalls unmittelbar. Das ergibt sich aus dem klaren Wortlaut von Art. 1 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 GG, der den Staat als Adressaten festlegt. Außerdem zeigt Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG, dass es die Verfassung klar benennt, wenn Grundrechte auch unmittelbaren Schutz gegen Maßnahmen Privater entfalten. Der Versuch, privates Handeln durch den Hebel der „staatlichen Gestaltungsanordnung“ auf den Rang staatlichen Handelns zu heben, erscheint künstlich.

Hanau kann zudem nicht überzeugend darlegen, worin der Nutzen der Verortung des im Zivilrecht angewendeten Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in der Verfassung besteht.²⁶² Sein Ansatz räumte dem Bundesverfassungsgericht umfassende Kontrollmöglichkeiten von Verträgen ein, die sich nur schwer mit dessen verfassungsrechtlichen Kompetenzbegrenzung in Einklang bringen ließen.²⁶³

Positive und negative Privatautonomie sind allgemein anerkannte Rechtsinstitute des Privatrechts. Um gegensätzliche Interessen, die sich hieraus ergeben,

²⁵⁸ Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1995, S. 39; Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 1. Aufl., 2001, S. 49 ff. behandelt diese Thematik ausführlich unter „Geltungs- und Erkenntnisvorrang“ des Privatrechts.

²⁵⁹ Dieterich, RdA 2003, 60 (60).

²⁶⁰ Canaris, JuS 1989, 161 (163); Medicus, AcP 1992, 35 (67).

²⁶¹ Siehe hierzu die Handelsvertreterentscheidung des Bundesverfassungsgerichts, in der das Gericht § 90a Abs. 2 S. 2 HGB a.F. für verfassungswidrig erklärt, BVerfGE, Beschl. vom 07.02.1990 – 1 BvR 26/84, NJW 1990, 1469. Ein Beispiel für eine verfassungskonforme Auslegung ist das Urteil des BGH zum Entzug des Pflichtteils, den § 2333 Nr. 2 BGB vorsieht, BGH, Urteil vom 6.12.1989 – IVa ZR 249/88, NJW 1990, 911.

²⁶² So auch Stürner, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht, 2010, S. 314 f.

²⁶³ Dieterich, RdA 2006, 62 (63); Stürner, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht, 2010, S. 314.

mittels einer Verhältnismäßigkeitsprüfung in einen bestmöglichen Ausgleich zu bringen, bedarf es deshalb keines Rückgriffs auf die Grundrechte, die hinter diesen Interessen stehen mögen.

b) Verhältnismäßigkeit als Ausformung unterschiedlicher (geschriebener oder ungeschriebener) privatrechtlicher Normen

Das Privatrecht kennt den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bereits selbst,²⁶⁴ weshalb es einer von Bieder angedachten „Transformation“²⁶⁵ zu dessen Rechtfertigung nicht bedarf. Deshalb lässt sich die Struktur, die der Grundsatz im öffentlichen Recht innehat, nicht ohne Weiteres übertragen. Vielmehr gilt es, aus dem Privatrecht selbst für die jeweiligen Fallkonstellationen eine passende Ausformung des Grundsatzes herauszuarbeiten, sofern diese noch nicht von geschriebenen Normen vorgegeben ist.²⁶⁶ Das schließt jedoch zugleich nicht aus, dass die aus dem öffentlichen Recht bekannte Struktur auch in einigen privatrechtlichen Konstellationen passend sein kann.²⁶⁷

2. Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

Unabhängig von der Herleitung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht stellt sich die Frage, auf welche Fallgruppen er anzuwenden ist. Die bisherigen Untersuchungen konzentrieren sich auf die innervertragliche Gestaltungsmacht. Sie erfassen somit nicht die Wirkungen, die Rechtsgeschäfte gegenüber Dritten erzeugen können. Geht man davon aus, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz die Wirkung privatautonomer Gestaltungsmacht bereits *innerhalb* eines Rechtsgeschäfts begrenzen kann, so muss das erst recht für die Wirkung *außerhalb* eines Rechtsgeschäfts gelten. Schließlich stellt sich in diesem Fall bereits nicht die Frage, inwieweit der Dritte der Rechtsfolgensetzung zugestimmt hat, also wie weit sein Selbstbindungswille geht. Die regelnden Parteien haben ihn schlicht nicht am Rechtsgeschäft beteiligt.

Dabei geht es letztlich um den Ausgleich gegensätzlicher Freiheitsinteressen (Privatautonomie),²⁶⁸ weshalb sich die Verhältnismäßigkeitsprüfung als bewähr-

²⁶⁴ *Stürner*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht, 2010, S. 316 f. stützt das vor allem auf die Tatsache, dass die Verhältnismäßigkeitsprüfung im Privatrecht bereits weit verbreitet ist. *Preis*, Verhältnismäßigkeit und Privatrechtsordnung, in: Hanau (Hrsg.), Richterliches Arbeitsrecht, 1999, S. 429 (433); *Medicus*, AcP 1992, 35 (36–40).

²⁶⁵ 5. Kapitel E. I. 2. (S. 107 f.).

²⁶⁶ Ausprägungen davon sind beispielsweise geschriebene Normen wie § 138 Abs. 2 BGB, § 251 Abs. 2 BGB oder § 275 Abs. 2 und 3 BGB. Siehe hierzu auch *Medicus*, AcP 1992, 35 (37 f.) und *Stürner*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht, 2010, S. 16.

²⁶⁷ Dazu sogleich 5. Kapitel F. (S. 111 f.).

²⁶⁸ 3. Kapitel (S. 51 ff.).

tes Ausgleichsinstrument eignet. Da sich die Kontrolle eines drittbelastenden Rechtsgeschäfts auf die systemimmanente Grenze der Privatautonomie stützt, bedarf es zur Begründung der Verhältnismäßigkeitsprüfung auch keines Rückgriffs auf privatrechtliche Generalklauseln wie § 138 Abs. 1 BGB oder § 242 BGB.²⁶⁹

III. Zusammenfassung

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist dem Privatrecht somit keinesfalls fremd. Der Grundsatz stellt sich vielmehr als allgemeines Instrument für den Ausgleich kollidierender Freiheitsrechte dar – ob im öffentlichen Recht oder im Privatrecht. Zu derartigen Konflikten kommt es gerade auch im Falle drittbelastender Rechtsgeschäfte.

F. Struktur der Verhältnismäßigkeitsprüfung von Rechtsgeschäften zu Lasten Dritter

Nachdem die Herleitung der Verhältnismäßigkeitsprüfung geklärt ist, geht es im Folgenden um die Struktur der Verhältnismäßigkeitsprüfung der Drittbelastung. Nach Habersack steuert bei drittbelastenden Rechtsgeschäften „[d]er Grundsatz der Verhältnismäßigkeit mit seinen [...] zwingenden Geboten der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit i. e. S.“ den Interessenausgleich.²⁷⁰ Auch Heermann unterzieht die Verbandsstrafe einer Inhaltskontrolle, deren Struktur starke Ähnlichkeit mit der aus dem öffentlichen Recht bekannten Verhältnismäßigkeitsprüfung aufweist.²⁷¹

Doch lässt sich die aus dem öffentlichen Recht bekannte Grundstruktur tatsächlich auch in entsprechender Weise in der Inhaltskontrolle von Rechtsgeschäften zu Lasten Dritter anwenden? Sicherlich wäre eine derartig strukturierte Prüfung in vielen Teilen des Privatrechts nicht zielführend – beispielsweise bei *innervertraglichen* Rechtsfolgenseetzungen.²⁷² Denn die Prüfung der Geeignetheit und Erforderlichkeit beschränkt die Handlungsoptionen des Eingreifenden auf das „mildeste Mittel“.²⁷³ Das würde aber der innervertraglichen Situation nicht gerecht: Immerhin hat der Vertragspartner der Beschränkung seiner negativen Privatautonomie grundsätzlich zugestimmt.²⁷⁴ Das Mittel in diesen Fällen auf

²⁶⁹ 3. Kapitel A. (S. 59 f.).

²⁷⁰ 5. Kapitel C. III. 1. (S. 97 f.).

²⁷¹ 5. Kapitel C. IV. (S. 99 f.).

²⁷² So schon *Stürner*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht, 2010, S. 320–323.

²⁷³ 5. Kapitel D. I. (S. 102).

²⁷⁴ *Stürner*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht, 2010, S. 320.

seine Geeignetheit und Erforderlichkeit zu überprüfen, wäre selbst kaum mit dem Grundsatz der Privatautonomie zu vereinbaren.²⁷⁵

Bei Rechtsgeschäften zu Lasten Dritter fehlt es aber an einer Zustimmung des Betroffenen. Der Eingriff findet gerade *außerhalb* der rechtsgeschäftlichen Beziehung statt. Die Setzung nachteiliger Rechtsfolgen für den Dritten hat deshalb *heteronomen* Charakter und ist mit einem staatlichen Grundrechtseingriff (rein faktisch) durchaus vergleichbar.²⁷⁶ In einer so vergleichbaren Situation bietet es sich an, die erprobte Grundstruktur der Verhältnismäßigkeitsprüfung aus dem öffentlichen Recht zu übernehmen.²⁷⁷

Interessant ist dabei auch der Blick auf die Verhältnismäßigkeitsprüfungen, die gesetzlich für Selbsthilfe, Notwehr oder Notstand angeordnet sind.²⁷⁸ So setzen § 227 Abs. 2 BGB, § 228 S. 1 BGB, § 230 Abs. 1 BGB voraus, dass die Handlung „erforderlich“ ist; nach § 904 S. 1 BGB muss sie „notwendig“ sein. Auch in diesen Fällen gibt es keine vertragliche Abrede, die den Eingriff auf den Willen des Betroffenen zurückführen ließe. Für derartige Fälle, in denen es keine vertragliche Abrede gibt, die den Eingriff deckt, erscheint eine Zweck-Mittel-Prüfung passend, also eine Prüfung der Geeignetheit und der Erforderlichkeit der Maßnahme in Bezug auf den legitimen Zweck.²⁷⁹

Um die Verhältnismäßigkeitsprüfung möglichst objektiv zu halten, ist die „verkürzte Verhältnismäßigkeitsprüfung“ vorzuziehen.²⁸⁰ Im Rahmen der Angemessenheit ist deshalb lediglich zu prüfen, ob die „Mindestposition“ des Dritten gewahrt bleibt.²⁸¹ Die Inhaltskontrolle des Rechtsgeschäfts konzentriert sich

²⁷⁵ So schon *Bieder*, Das ungeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip als Schranke privater Rechtsausübung, 2007, S. 50 ff.; *Stürner*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht, 2010, S. 320.

²⁷⁶ *Hanau* spricht zwar ebenfalls von einem „heteronomen Eingriff“, jedoch stellt für ihn die staatliche Geltungsanordnung den Eingriff dar, wodurch im Grunde jegliches privatautonome Handeln einer Grundrechtsprüfung unterfällt. Diesem Verständnis kann nicht gefolgt werden 5. Kapitel E.II.1.a) (S. 109 ff.). Lediglich wenn Parteien gegenüber einem Dritten *ohne dessen Zustimmung* nachteilige Rechtsfolgen setzen, kann von einem heteronomen Eingriff in dessen Privatautonomie die Rede sein. Auch dann ist es allerdings nicht der Staat, der durch seine „Geltungsanordnung“ die Privatautonomie des Dritten begrenzt, sondern die Parteien durch ihr Rechtsgeschäft.

²⁷⁷ Für die Übernahme der Struktur aus dem öffentlichen Recht schon *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 70 f. Näher dazu oben 5. Kapitel C.III. (S. 97 ff.).

²⁷⁸ Hierzu schon *Stürner*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht, 2010, S. 321.

²⁷⁹ Das bereits andeutend *Stürner*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht, 2010, S. 320. Jedoch beschränkt sich der Autor auf das innervertragliche Verhältnis und äußert sich nicht zu einer möglichen Verhältnismäßigkeitskontrolle von Drittbelastungen. Innerhalb des Rechtsgeschäfts dürfte es – aus den bereits erwähnten Gründen – nur selten zu einer heteronomen Belastung einer Partei kommen.

²⁸⁰ Näher dazu oben 5. Kapitel D.III. (S. 103).

²⁸¹ *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, 1. Aufl., 1976, S. 192–218.

demnach auf die objektiven Kriterien des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes: den legitimen Zweck, die Geeignetheit, die Erforderlichkeit und die Wahrung der Mindestposition des Dritten (Angemessenheit).

G. Zusammenfassung

Für die Inhaltskontrolle von Rechtsgeschäften zu Lasten Dritter wurden unterschiedliche Kontrollmaßstäbe vorgeschlagen. Die von Ulrici vorgeschlagene „teleologische Begrenzung der Anknüpfungsanordnung“ (also der Norm, durch die das Rechtsgeschäft Wirkung gegenüber Dritten entfaltet) ist zur Inhaltskontrolle ungeeignet. Die meisten Anknüpfungsanordnungen sind zu allgemein, um darüber Auskunft zu geben, ob der Drittschutz eine Beschränkung der Wirkung des Rechtsgeschäfts erfordert.²⁸²

Wie sich bereits im Diskurs um drittbelastende Rechtsgeschäfte angedeutet hatte,²⁸³ ist die Inhaltskontrolle vielmehr anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durchzuführen. Wegen der Eigenständigkeit des Privatrechts bedarf es jedoch keines Rückgriffs auf das öffentliche Recht, um diesen Grundsatz herzuleiten. Im Falle von Rechtsgeschäften zu Lasten Dritter ergibt sich der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz direkt aus den systemimmanenten Schranken der Privatautonomie.²⁸⁴

Der Dritte hat der Beeinträchtigung seiner Rechtsposition nicht zugestimmt. Diese hat für ihn deshalb heteronomen Charakter und ähnelt (rein faktisch) einem staatlichen Grundrechtseingriff. Bei der Inhaltskontrolle von Rechtsgeschäften zu Lasten Dritter ist deshalb auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in seiner aus dem öffentlichen Recht bekannten Grundstruktur zurückzugreifen.²⁸⁵

Da sich diese Arbeit mit der privaten Schadensgestaltung als Drittbelastung auseinandersetzt, geht das folgende Kapitel der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf die private Schadensgestaltung nach.

6. Kapitel

Verhältnismäßigkeitsprüfung der privaten Schadensgestaltung

Zunächst muss man präzisieren, welcher Belastung Dritte im Falle der privaten Schadensgestaltung genau ausgesetzt sind. Diese Belastung stellt nämlich das „Mittel“ dar, dessen Verhältnismäßigkeit anschließend zu prüfen ist. Bei der pri-

²⁸² 5. Kapitel A. (S. 95 f.).

²⁸³ 5. Kapitel C. (S. 96 ff.).

²⁸⁴ 5. Kapitel E. II. (S. 109 ff.).

²⁸⁵ 5. Kapitel F. (S. 111 f.).

vaten Schadensgestaltung ist die rechtsgeschäftliche Modifizierung des Schadens problematisch, weil diese den Dritten als Schädiger in seiner Rechtsposition belastet. Die Drittbelastung liegt also in der Erweiterung des Schadens um Fangprämien, Verbands- und Vertragsstrafen. Diese rechtsgeschäftliche Modifikation bedeutet für den Dritten letztlich eine (zusätzliche) *Zahlungsverpflichtung*. Es gilt somit zu prüfen, ob diese Art der Zahlungsverpflichtung zur Erreichung eines legitimen Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen ist.

Den Parteien des Rechtsgeschäfts kommt dabei keine Einschätzungsprärogative zu.²⁸⁶ Das würde dem Regelungsinteresse Vorrang vor dem Drittinteresse geben. Dafür gibt es jedoch keinen Anlass. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung orientiert sich deshalb an rein objektiven Kriterien und bezieht sich lediglich auf das Verhältnis zum Dritten. Welche Rechtsfolgen sich an eine mögliche Unverhältnismäßigkeit knüpfen, wird an späterer Stelle besprochen.²⁸⁷

A. Legitimer Zweck der privaten Schadensgestaltung

In einem ersten Schritt gilt es den Zweck der privaten Schadensgestaltung zu ermitteln. Der Begriff des legitimen Zwecks ist dabei weit zu fassen. Es ist also nicht danach zu fragen, ob die Parteien überhaupt nur ihr eigenes Verhältnis regeln wollten oder gerade das Verhältnis zu einem Dritten. Vielmehr sind alle Regelungszwecke legitim, die keine *reine* Drittbelastung zum Inhalt haben. Demnach haben alle privaten Schadensgestaltungen einen legitimen Zweck, die nicht nur die Zahlungsverpflichtung des Dritten, sondern mit der Drittbelastung auch einen dahinterstehenden Zweck verfolgen.

Wichtig ist, dass man sich auf den *Zweck* der Drittwirkung des Rechtsgeschäfts beschränkt. Schließlich kann man nicht den Zweck der Regelung im Innenverhältnis kontrollieren, wenn doch lediglich seine *außervertragliche* Wirkung infrage steht. Denn die Inhaltskontrolle richtet sich auf den Drittschutz. Entscheidend ist also nicht der gesamte Zweck von Fangprämien, Verbands- oder Vertragsstrafen, sondern vielmehr der Zweck der konkreten Drittbelastung also der Beeinträchtigung der Rechtsposition des Dritten. Welchen Zweck hat es, dass die Parteien vom Dritten Fangprämien, Verbands- oder Vertragsstrafen ersetzt verlangen können?

Unwichtig ist dabei, ob diese Zwecke auch tatsächlich die *subjektiven* Zwecke der Parteien verkörpern. Das ließe sich in den allermeisten Fällen bereits kaum nachvollziehen. Außerdem bleibt die Wirkung für den Dritten dieselbe, unabhän-

²⁸⁶ So schon bezüglich des Drei-Stufen-Tests *Heermann*, Inhaltskontrolle von § 9a DFB-RuVO i. V. m. dem „9-Punkte-Papier“, in: Huber/Danzl/Dauner-Lieb (Hrsg.), Deutsches, österreichisches und internationales Schadensersatzrecht, 2020, S. 159 (168 f.).

²⁸⁷ 7. Kapitel (S. 137 ff.).

gig davon, ob sie subjektiv gewollt ist. Der Blick ist deshalb darauf zu richten, welche Zwecke man (objektiv betrachtet) mit der privaten Schadensgestaltung verfolgen kann.

Die Zahlungsverpflichtung des Diebes durch die Fangprämie hat zum Ziel, Kunden von Ladendiebstählen abzuhalten. Die Zahlungsverpflichtung des Zuschauers durch die Verbandsstrafe soll Zuschauer davon abhalten, gegen die Stadionordnung zu verstoßen.²⁸⁸ Auch die Zahlungsverpflichtung des Subunternehmers durch die Vertragsstrafe verfolgt den Zweck, Druck auf den Subunternehmer auszuüben, um das Bauprojekt innerhalb des vertraglich vereinbarten Zeitraums durchzuführen. Als gemeinsamer Zweck lässt sich demnach die *Präventionswirkung* gegenüber dem Dritten feststellen.

Da alle hier behandelten privaten Schadensgestaltungen nicht lediglich die Belastung des Dritten verfolgen, sondern auch einen dahinter stehenden Zweck, liegt ihnen jeweils ein legitimer Zweck zugrunde. Es kommt an dieser Stelle noch nicht darauf an, ob der Zweck auch auf andere Weise erreicht werden könnte, da das vielmehr an die „Erforderlichkeit“ der Drittbelastung anknüpft.²⁸⁹ Auch sollte dieser Prüfungsabschnitt nicht mit Wertungen überladen werden. Schließlich sind es gerade die Verhältnismäßigkeitsprüfung als ganzes und vor allem Erforderlichkeit und Angemessenheit, die zu einem interessengerechten Ergebnis führen sollen.

B. Geeignetheit der privaten Schadensgestaltung

Fangprämie, Verbands- oder Vertragsstrafe können grundsätzlich dazu beitragen, dass es zu weniger Ladendiebstählen, Zuschauerausschreitungen oder Störungen in der Vertragsdurchführung kommt. Die privaten Schadensgestaltungen erzeugen insbesondere auch *außerhalb* der Rechtsgeschäfte Wirkungen, die den legitimen Zweck fördern: Der *potenzielle* Regress, für den die private Schadensgestaltung die Grundlage schafft, kann von Ladendiebstählen und Zuschauerausschreitungen abhalten und zur fristgemäßen Erfüllung des Werkvertrags drängen.

²⁸⁸ So auch *Heermann*, Inhaltskontrolle von § 9a DFB-RuVO i.V.m. dem „9-Punkte-Papier“, in: Huber/Danzl/Dauner-Lieb (Hrsg.), Deutsches, österreichisches und internationales Schadensersatzrecht, 2020, S. 159 (165).

²⁸⁹ *Heermann* hingegen zweifelt bereits an, dass es einen legitimen Zweck darstellt, die Sicherheit im Stadion mittels drittbelastender Rechtsgeschäfte zu erreichen. Immerhin könne der Verein auch direkt gegen den Zuschauer Vertragsstrafen erheben. Außerdem sei das Strafrecht vorrangig für die öffentliche Sicherheit zuständig, vgl. *Heermann*, Inhaltskontrolle von § 9a DFB-RuVO i.V.m. dem „9-Punkte-Papier“, in: Huber/Danzl/Dauner-Lieb (Hrsg.), Deutsches, österreichisches und internationales Schadensersatzrecht, 2020, S. 159 (165). Es ist allerdings vorzuziehen, diese Problematik unter der „Erforderlichkeit“ zu diskutieren, da die Verhältnismäßigkeitsprüfung ansonsten an Kontur verliert. Das zeigt sich auch bei *Heermanns* Drei-Stufen-Test, bei dem der Autor letztlich in den verschiedenen Stufen immer wieder dieselbe Problematik diskutiert. Dazu oben 5. Kapitel C. IV. (S. 99 f.).

Die Regressmöglichkeit fördert zudem die Kompensation der im Innenverhältnis angefallenen Posten.

C. Erforderlichkeit der privaten Schadensgestaltung

Weiter bleibt zu prüfen, ob den Parteien kein anderes, gleich wirksames Mittel zur Zweckerreichung zur Verfügung steht, das die Privatautonomie des Dritten weniger stark einschränkt. Das mildeste Mittel hinsichtlich der Privatautonomie ist ohne Frage, den Dritten vertraglich in die Erreichung des legitimen Zwecks miteinzubeziehen. Da bei der privaten Schadensgestaltung die Drittbelastung in Form einer Zahlungsverpflichtung erfolgt, bietet sich als milderer (aber gleich wirksames) Mittel eine *Vertragsstrafe* in Geld an, § 339 BGB. Für den Dritten wäre das ein milderer Mittel bezüglich seiner negativen Privatautonomie, da er Teil des Rechtsgeschäfts würde, das ihn letztlich in seiner Rechtsposition beeinträchtigt. An die Stelle der Fremdbestimmung träte dann die Selbstbestimmung.

Eine derartige Vertragsstrafe wäre in den vorliegenden Fällen als AGB einzustufen, da sie für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert wäre und einseitig gestellt würde, § 305 Abs. 1 S. 1 BGB.²⁹⁰ Der folgende Abschnitt untersucht für die einzelnen Fallgruppen getrennt, ob eine Vertragsstrafe möglich ist und inwiefern sie tatsächlich gleich wirksam wäre.

I. Vertragsstrafen bei Ladendiebstählen

Als Maßnahme gegen Ladendiebstähle könnte der Ladeninhaber mit seinen Kunden eine Vertragsstrafe vereinbaren, die der Kunde durch einen Ladendiebstahl verwirkt.²⁹¹

1. Vereinbarung der Vertragsstrafe

Zwar kommt es in manchen Fällen zu einem Kaufvertragsschluss mit dem Ladendieb, wenn er an der Kasse einen Teil der Ware bezahlt. In den meisten Fällen fehlt es aber an einem solchen Vertrag, an den die Vertragsstrafe anknüpfen könnte. In diesen Fällen bedarf es einer eigenständigen Vereinbarung.²⁹²

²⁹⁰ Grundsätzlich ist es zwar denkbar, dass die Vertragsstrafe im Baugewerbe individuell vereinbart wird, in der Praxis kommt es jedoch kaum dazu.

²⁹¹ Die Vertragsstrafe darf jedoch nicht den Eindruck erwecken, der Ladeninhaber wolle sich gegen den angeblichen Ladendieb ein „sofortiges Vollziehungsrecht“ verschaffen, siehe dazu *OLG Frankfurt a. M.*, Urteil vom 28.3.1996 – 1 U 218/94, BeckRS 1996, 13149, Rn. 15. Das Gericht erklärte folgende Vereinbarung für unwirksam: „Alle Ladendiebe erstatten sofort die 100 DM Aufdeckungsvergütung.“

²⁹² Abzulehnen ist die Ansicht, nach der bei fehlender Vereinbarung der Vertragsstrafe beim Betreten oder an der Kasse der Dieb nach § 242 BGB trotzdem so zu behandeln ist, als hätte er einen Kaufvertrag bezüglich eines Teils der Waren abgeschlossen und somit der Vertragsstrafe zugestimmt, so hingegen *Kähler*, in: BeckOGK BGB, 2021, § 307 Rn. 199.3.

a) *Konkludente Annahme der Vertragsstrafe als Teil
eines unentgeltlichen Vorvertrags*

Eine derartige Vereinbarung könnte durch das Anbringen eines (praktisch) unübersehbaren Schildes am Eingang des Ladens erfolgen. Aus diesem Schild müsste unmissverständlich hervorgehen, dass sich jeder Kunde durch das Betreten der Geschäftsräume dazu verpflichtet, keine Ladendiebstähle zu begehen und sich zur Sicherung dieser vertraglichen Pflicht einer Vertragsstrafe unterwirft, § 339 S. 2 BGB.²⁹³ Wichtig ist dabei, dass es der Formulierung nach der Zustimmung des Kunden (durch sein Betreten) bedarf.²⁹⁴ Es darf nicht der Eindruck entstehen, der Ladeninhaber versuche, durch das Schild *einseitig* Rechtsfolgen gegenüber dem Ladendieb zu setzen.²⁹⁵ Ein derartiger Hinweis könnte beispielsweise lauten:

„Jeder Kunde erklärt sich durch das Betreten der Geschäftsräume mit der vertraglichen Pflicht einverstanden, keinen Ladendiebstahl zu begehen, und bei Zuwiderhandlung eine Vertragsstrafe zu entrichten. [Höhe der Vertragsstrafe]

Der Kunde wird auf die Möglichkeit hingewiesen, der oben stehenden Vereinbarung gegenüber dem Ladenpersonal zu widersprechen. In diesem Fall wird dem Kunden das Betreten der Geschäftsräume verwehrt.“

Ein Teil der Literatur hält eine solche Art der Vereinbarung für unmöglich.²⁹⁶ Der Ladeninhaber wisse, dass sich der Ladendieb beim Betreten des Geschäfts keiner Vertragsstrafe unterwerfen wolle.²⁹⁷ Ein derartiger „Unterwerfungswille“ lasse sich auch nicht durch einen unübersehbaren Hinweis auf die Vertragsstrafe erreichen.²⁹⁸ Auch könne eine Vertragsstrafe nicht die allgemeinen Pflichten eines unbestimmten Personenkreises sichern, wenn diese an keinen Hauptvertrag

²⁹³ So auch *Canaris*, NJW 1974, 521 (525–528); *Meier*, NJW 1976, 584; *AG Konsultanz*, Urteil vom 18.11.2009 – 9 C 444/09, BeckRS 2010, 5159; *Kähler*, in: BeckOGK BGB, 2021, § 307 Rn. 199.1. Zu weit geht es allerdings, eine Vertragsstrafe anzunehmen, wenn „im Verkaufsraum eines Geschäfts an nicht zu übersehender Stelle ein Plakat des Inhalts angebracht [ist], der Kunde habe im Falle eines Diebstahls als Ersatz für Bearbeitungskosten und Aufwendungen einen bestimmten Betrag zu zahlen“, *AG Schöneberg*, Urteil vom 17.4.1974 – 7 C 75/74, NJW 1974, 1823. Diese Formulierung ist bereits zu unbestimmt.

²⁹⁴ *Canaris*, NJW 1974, 521 (527).

²⁹⁵ *Canaris*, NJW 1974, 521 (527).

²⁹⁶ *Deutsch*, Gutachten E, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des einundfünfzigsten Deutschen Juristentages, 1976, S. 1 (34 ff.); *Stoll*, Teil N, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des einundfünfzigsten Deutschen Juristentages, 1976, S. 7 (10, 38); *Braun*, MDR 1975, 629; *Wollschläger*, NJW 1976, 12 (13 in Fn. 10); *Wälde*, NJW 1972, 2294 (2294); *Kramer*, NJW 1976, 1607 (1614 in Fn. 93); *Gotwald*, in: MüKo-BGB III, 8. Aufl., 2019, Vor § 339 Rn. 52; *Rieble*, in: Staudinger BGB, 2020, § 339 Rn. 33.

²⁹⁷ *Wollschläger*, NJW 1976, 12 (13 in Fn. 10); *Deutsch*, Gutachten E, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des einundfünfzigsten Deutschen Juristentages, 1976, S. 1 (35).

²⁹⁸ *Wälde*, NJW 1972, 2294 (2294).

anknüpfen.²⁹⁹ Zudem sei eine derartige Vertragsstrafe nach § 309 Nr. 6 BGB unwirksam.³⁰⁰

Die Autoren setzen sich dabei nur in wenigen Zeilen mit der Vereinbarung einer Vertragsstrafe auseinander und konzentrieren sich im Anschluss auf den Regress der Fangprämie. Den Einwänden lässt sich entgegen, dass jeder Ladendieb beim Betreten des Geschäfts nichts anderes suggerieren möchte, als dass er bei seinem Besuch *keinen* Ladendiebstahl begehen möchte. Ergibt sich aus einem unübersehbaren und unmissverständlichen Schild am Eingang des Ladens, dass der Ladenbesuch nur solchen Kunden gestattet ist, die sich mit der Verpflichtung, keinen Ladendiebstahl zu begehen, und der daran anknüpfenden Vertragsstrafe einverstanden erklären (§ 339 S. 2 BGB) und geht aus dem Hinweis zudem hervor, dass der Kunde durch das Betreten dem angebotenen Vorvertrag zustimmt, dann möchte der Ladendieb gerade eine Erklärung mit diesem Inhalt abgeben.³⁰¹ Schließlich will er die Geschäftsräume mit dem Anschein betreten, ein normaler Kunde zu sein.

§ 118 BGB ist gerade nicht einschlägig, da der Ladendieb davon ausgeht, nicht als solcher entlarvt zu werden. Selbst wenn der Ladendieb seine Willenserklärung hinsichtlich des Vorvertrags nicht ernst meint, so kann er nicht davon ausgehen, dass der Mangel an Ernsthaftigkeit nicht verkannt wird. Vielmehr ist es gerade das Ziel des Ladendiebes, dem Ladenpersonal zu signalisieren, er sei mit der Vertragsstrafe einverstanden, um ungestörten Zugang zu den Geschäftsräumen zu bekommen.

Erfüllt der Hinweis auf dem Schild die oben genannten Voraussetzungen, erklärt jeder, der den Laden betritt, *objektiv* gesehen sein Einverständnis mit dem Vorvertrag (inkl. Vertragsstrafe), §§ 133, 157 BGB.³⁰² Auch die Erfordernisse der §§ 305 Abs. 2, 305c Abs. 1 BGB bleiben dabei gewahrt. § 309 Nr. 6 BGB steht der Vertragsstrafe nicht entgegen, da diese weder an die Nichtabnahme noch an die verspätete Abnahme, den Zahlungsverzug oder die Vertragslösung anknüpft.³⁰³

²⁹⁹ *Stoll*, Teil N, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des einundfünfzigsten Deutschen Juristentages, 1976, S. 7 (10); *Gottwald*, in: MüKo-BGB III, 8. Aufl., 2019, Vor § 339 Rn. 52.

³⁰⁰ *Gottwald*, in: MüKo-BGB III, 8. Aufl., 2019, Vor § 339 Rn. 52.

³⁰¹ Dass die Vereinbarung einseitig zugunsten des Ladeninhabers vom dispositiven Recht abweicht, ist gerade typisch für AGB. Daraus rechtfertigt sich auch die besondere Kontrolle nach §§ 305 ff. BGB. Aus dem einseitigen Verhältnis kann man deshalb nicht automatisch darauf schließen, dass der Gegenüber mit den AGB nicht einverstanden ist.

³⁰² *Canaris*, NJW 1974, 521 (527).

³⁰³ So auch *Kähler*, in: BeckOGK BGB, 2021, § 307 Rn. 199.5; *Thüsing*, in: Graf von Westphalen/Thüsing, 46. Aufl., 2020, Vertragsstrafe Rn. 13; *AG Konstanz*, Urteil vom 18.11.2009 – 9 C 444/09, BeckRS 2010, 5159; hinsichtlich Vertragsstrafen im Zuschauervertrag *Grunewald*, NZG 2016, 1121 (1124). A. A. *Gottwald*, in: MüKo-BGB III, 8. Aufl., 2019, Vor § 339 Rn. 52. Da es sich um keine fingierte, sondern um eine konkludente Willenserklärung handelt, ist auch § 308 Nr. 5 BGB nicht einschlägig.

Des Weiteren knüpft die Vertragsstrafe nicht an das *gesetzliche Verbot* des Diebstahls an,³⁰⁴ sondern an die – zeitgleich vereinbarte – vertragliche Pflicht des Kunden, keinen Ladendiebstahl zu begehen. Erst kürzlich hat der BGH die konkludente Annahme³⁰⁵ einer ähnlich ausgestalteten Vertragsstrafe für die Benutzung eines privaten Parkplatzes vor einem Krankenhaus³⁰⁶ bejaht:

„Zwischen dem Betreiber eines privaten Parkplatzes und dem Fahrzeugführer kommt ein Vertrag über die Nutzung eines Fahrzeugabstellplatzes zustande, indem der Fahrzeugführer das als Realofferte in der Bereitstellung des Parkplatzes liegende Angebot durch das Abstellen des Fahrzeugs annimmt.“³⁰⁷

Dieser Vertrag enthalte aufgrund des deutlich sichtbaren Aushanges der AGB auch die darin enthaltene Vertragsstrafe: 30 Euro für das Parken ohne Parkscheibe.³⁰⁸

Bei der Bereitstellung eines kostenlosen Parkplatzes handelt es sich – wie bei der Gewährung des Zugangs zu den Geschäftsräumen – um ein *unentgeltliches* Verhältnis, das dem eigentlichen *entgeltlichen* Vertragsabschluss dient (Behandlungsvertrag im Krankenhaus, Kaufvertrag im Einzelhandel etc.). Der Unternehmer gewährt einen weiten Zugang zu seiner Vermögenssphäre (Unkontrollierter Zugang zum Parkplatz, Selbstbedienung im Einzelhandel), da dies dem Geschäftsabschluss zuträglich und zugleich Kosten sparend ist. Der Unternehmer ist deshalb am Abschluss eines Vorvertrags interessiert, da er durch diese Pflichten den Schutz seiner Vermögensinteressen vereinbaren kann und nicht allein auf das Pflichtenverhältnis angewiesen ist, das sich aus dem Deliktsrecht oder aus §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB ergibt. Dazu zählt gerade der Schutz des Eigentums vor Entwendung und unberechtigter Nutzung, aber auch der Schutz vor reinen Vermögensschäden.

Unter den oben genannten Voraussetzungen kann der Ladeninhaber somit einen Vorvertrag mit den Kunden vereinbaren, der auch eine Vertragsstrafe umfasst.³⁰⁹

³⁰⁴ So der Einwand von *Stoll*, Teil N, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des einundfünfzigsten Deutschen Juristentages, 1976, S. 7 (10); *Gottwald*, in: MüKo-BGB III, 8. Aufl., 2019, Vor § 339 Rn. 52.

³⁰⁵ Von der konkludenten Annahme ist die Lehre vom „sozialtypischen Verhalten“ zu unterscheiden. Zu dieser Lehre *BGH*, Urteil vom 14.7.1956 – V ZR 223/54, NJW 1956, 1475; *BGH*, Urteil vom 29.1.1957 – VIII ZR 71/56, NJW 1957, 627–628. Diese Lehre ist allerdings nicht mit dem etablierten Verständnis des Vertrags zu vereinbaren, vgl. *Medicus*, NJW 2000, 2921 (2922).

³⁰⁶ Vergleichbare Vertragsstrafenregelungen gibt es zudem für Parkplätze des Einzelhandels oder vor Bahnhöfen.

³⁰⁷ *BGH*, Urteil vom 18.12.2019 – XII ZR 13/19, DAR 2020, 200; *LG Kaiserslautern*, Urteil vom 27.10.2015 – 1 S 53/15, NJW-RR 2016, 603. Zuvor *BGH*, Urteil vom 18.12.2015 – V ZR 160/14, NJW 2016, 863.

³⁰⁸ *BGH*, Urteil vom 18.12.2019 – XII ZR 13/19, DAR 2020, 200 (201).

³⁰⁹ Zumindest ungenau ist es jedoch davon zu sprechen, dass die Vereinbarung der Vertragsstrafe Bestandteil des vorvertraglichen Schuldverhältnisses („§§ 241 Abs. 2,

Eine derartige Vereinbarung stellt an sich – die Höhe der Vertragsstrafe außer Betracht gelassen³¹⁰ – keine unangemessene Benachteiligung des Kunden dar, § 307 Abs. 1 S. 1 BGB.

b) Probleme bei Vertragsschluss

Problematisch könnte die Bejahung einer Vereinbarung allerdings sein, wenn der Ladendieb behauptet, den Hinweis am Eingang des Ladens nicht gelesen zu haben. Ihm fehlte es dann am *Erklärungsbewusstsein* hinsichtlich des Vorvertrags.³¹¹ Eine Willenserklärung ohne Erklärungsbewusstsein ist jedoch grundsätzlich *wirksam*,

„wenn der Erklärende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen und vermeiden können, daß seine Äußerung nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte als Willenserklärung aufgefaßt werden durfte, und wenn der Empfänger sie auch tatsächlich so verstanden hat“.³¹²

Die Willenserklärung ist lediglich *anfechtbar* nach § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB analog.³¹³ Das gilt auch für konkludent abgegebene Willenserklärungen.³¹⁴

Entspricht der Hinweis auf die Vertragsstrafe den oben genannten Voraussetzungen (praktisch unübersehbar und unmissverständlich), dann hätte der Ladendieb erkennen müssen, dass er sich durch das Betreten der Geschäftsräume konkludent mit dem Vorvertrag einverstanden erklärt. Dem Ladendieb bleibt somit nur noch die Möglichkeit, diese Willenserklärung anzufechten. Es liegt dann an ihm, seinen Erklärungsirrtum zu beweisen. Das dürfte nahezu unmöglich sein hinsichtlich der Voraussetzung: „wenn anzunehmen ist, dass er sie [die Willenserklärung] bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde“, § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB analog.³¹⁵ Der Ladendieb müsste darlegen, dass er bei Kenntnis des Hinweises auf die Vertragsstrafe den Laden gar nicht erst betreten oder der Vertragsstrafe explizit widersprochen hätte.³¹⁶

311 Abs. 2 Nr. 2 BGB“) wird, so aber *AG Konstanz*, Urteil vom 18.11.2009 – 9 C 444/09, BeckRS 2010, 5159. Schließlich gibt es eine vertragliche Vereinbarung. Eines Rückgriffs auf das vor diesem Vertrag möglicherweise bestehende Schuldverhältnis bedarf es deshalb nicht.

³¹⁰ Dazu näher unten 6. Kapitel C.I.2. (S. 121 ff.).

³¹¹ *Canaris*, NJW 1974, 521 (527 f.).

³¹² *BGH*, Urteil vom 7.6.1984 – IX ZR 66/83, NJW 1984, 2279.

³¹³ *BGH*, Beschluss vom 30.10.2013 – V ZB 9/13, NJW 2014, 1242; *BGH*, Urteil vom 7.6.1984 – IX ZR 66/83, NJW 1984, 2279.

³¹⁴ *BGH*, Urteil vom 14.12.2000 – IX ZR 300/98, NJW-RR 2001, 1130 (1131).

³¹⁵ *Canaris*, NJW 1974, 521 (527).

³¹⁶ *Canaris*, NJW 1974, 521 (527).

c) *Keine Vertragsstrafen gegenüber nicht voll Geschäftsfähigen*³¹⁷

Da es sich bei der konkludenten Annahme der Vertragsstrafe durch einen Minderjährigen um eine Willenserklärung handelt, „durch die er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt“, bedarf es der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters, § 107 BGB. Auch für Volljährige kann das Betreuungsgericht einen Einwilligungsvorbehalt anordnen, § 1903 Abs. 1 S. 1 BGB.

In beiden Fällen ist nicht von einer Einwilligung der gesetzlichen Vertreter auszugehen, da diese lediglich rechtlich nachteilig wäre.³¹⁸ Gegenüber Ladendieben, die in ihrer Geschäftsfähigkeit beschränkt oder gar geschäftsunfähig sind (§§ 104, 105 BGB), gibt es somit nicht die Möglichkeit, die Vertragsstrafe in der oben genannten Form zu vereinbaren. Das ist jedoch die einzige Möglichkeit, eine dem Massengeschäft entsprechende Vertragsstrafe zu vereinbaren.

2. Höhe der Vertragsstrafe gegenüber Ladendieben

Weiter ist zu fragen, in welcher Höhe derartige Vertragsstrafen innerhalb von AGB zulässig sind. Dabei ist zunächst zwischen *pauschalen* Vertragsstrafen und solchen Vertragsstrafen zu unterscheiden, die sich am *konkreten* Diebstahl orientieren. § 343 BGB sperrt dabei nicht die AGB-Inhaltskontrolle bezogen auf die Strafhöhe.³¹⁹ Die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit der Herabsetzung einer unverhältnismäßig verwirkten Strafe ist allerdings bei der Inhaltskontrolle zu berücksichtigen, da sie den Vertragspartner zusätzlich schützt.³²⁰

a) *Pauschale Vertragsstrafe*

Die pauschale Vertragsstrafe findet in der Praxis regen Zuspruch. Das liegt mitunter daran, dass Ladendiebe nicht selten bloß geringwertige Waren entwenden und es vielmehr die Masse an Delikten ist, die zu nennenswerten Einbußen führt. Mag der Ladeninhaber an einer pauschalisierten Vertragsstrafe ein berech-

³¹⁷ Ähnliche Probleme ergeben sich für das „erhöhte Beförderungsentgelt“ für Schwarzfahrer in privat betriebenen Eisenbahnen. Die „erhöhten Beförderungsentgelte“ beruhen auf § 5 EVO (Eisenbahn-Verkehrsordnung), der aber nach § 1 Abs. 1 EVO nur für „öffentliche Eisenbahnen“ gilt. Bei den privaten Betreibern wie beispielsweise der „Flixtrain GmbH“ oder der „RDC Deutschland GmbH“ dürften sich ähnliche Fragen wie beim Ladendiebstahl stellen. Zur Vereinbarung eines erhöhten Beförderungsentgeltes *Harder*, NJW 1990, 857. Der Aufsatz behandelt nur die AGB öffentlicher Eisenbahnen, da es zu diesem Zeitpunkt dazu noch keine Regelung in der EVO gab. Seine Ausführungen, die sich auf die Vereinbarung eines erhöhten Beförderungsentgeltes mit Minderjährigen konzentrieren, sind dennoch für private Eisenbahnen relevant.

³¹⁸ So schon *Canaris*, NJW 1974, 521 (528).

³¹⁹ Das ergibt sich daraus, dass § 343 BGB keine Rechtsgeschäftskontrolle, sondern eine Rechtsausübungskontrolle ist, vgl. *Rieble*, in: Staudinger BGB, 2020, § 339 Rn. 139 f.

³²⁰ *Rieble*, in: Staudinger BGB, 2020, § 339 Rn. 140.

tigtes Interesse haben, so bleibt trotzdem zu prüfen, ob derartige Strafvereinbarungen den Kunden nicht unangemessen benachteiligen, § 307 Abs. 1 S. 1 BGB.

Das AG Berlin-Spandau hielt eine pauschale Vertragsstrafe für Ladendiebe von 75 Euro für unwirksam nach § 307 Abs. 1 BGB.³²¹ Eine derartige Vertragsstrafe lasse nicht zu, „den Besonderheiten des Einzelfalls und insbesondere der Geringfügigkeit des entwendeten Gegenstands Rechnung zu tragen mit der Folge, dass [...] ein grobes Ungleichgewicht entstehen kann“.³²² In dem behandelten Fall hatte ein Ladendieb versucht, eine Teewurst zu entwenden (Ladenpreis von 1,99 Euro).³²³ Das AG Konstanz billigte hingegen eine pauschale Vertragsstrafe, die mit 100 Euro nicht zu hoch bemessen sei.³²⁴ Sie stehe damit noch im Verhältnis zu den Schäden, die durch Ladendiebstähle entstehen könnten.³²⁵

Das AG Berlin-Spandau misst die Vertragsstrafe an Bagatellfällen, das AG Konstanz hält dagegen die potenziellen Schäden für maßgeblich und orientiert sich so an Ladendiebstählen, die über der Bagatellschwelle liegen. Sicher erscheint eine Vertragsstrafe von 75 Euro als sehr hoch gegenüber einem Diebesgut von 1,99 Euro. Jedoch dient eine pauschale Vertragsstrafe nicht (nur) dem möglicherweise erforderlichen Ersatz des Warenwerts im konkreten Einzelfall.³²⁶ Vielmehr soll sie auch dem Ersatz von Aufwendungen aller Art dienen. Es sind gerade auch die Diebstähle geringwertiger Waren, die in ihrer Häufung die Ladeninhaber dazu veranlassen, Aufwendung zum Schutz ihres Vermögens vorzunehmen. Zudem kommt der Vertragsstrafe erst ab einer bestimmten Mindesthöhe eine entsprechende Präventionswirkung zu. Zuletzt darf man nicht unbeachtet lassen, dass der Schuldner im Einzelfall die Herabsetzung der Vertragsstrafe beantragen kann, wenn „eine verwirkte Strafe unverhältnismäßig hoch“ ist, § 343 Abs. 1 S. 1 BGB. Da dem Verwendungsgegner (hier dem Kunden) somit im Einzelfall ein besonderer Schutz vor „unverhältnismäßigen“ Vertragsstrafen zukommt, ist die Angemessenheit im Sinne des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB nicht an Bagatellfällen zu messen, sondern am durchschnittlichen Ladendiebstahl.³²⁷ Vor diesem Hintergrund erscheint eine Vertragsstrafe von 30 Euro als angemessen.³²⁸

³²¹ *AG Berlin-Spandau*, Urteil vom 28.12.2015 – 6 C 444/15, NJW-RR 2016, 1261.

³²² *AG Berlin-Spandau*, Urteil vom 28.12.2015 – 6 C 444/15, NJW-RR 2016, 1261 (1262).

³²³ *AG Berlin-Spandau*, Urteil vom 28.12.2015 – 6 C 444/15, NJW-RR 2016, 1261 (1261).

³²⁴ *AG Konstanz*, Urteil vom 18.11.2009 – 9 C 444/09, BeckRS 2010, 5159.

³²⁵ *AG Konstanz*, Urteil vom 18.11.2009 – 9 C 444/09, BeckRS 2010, 5159.

³²⁶ Es steht insbesondere auch mit der Ersatzfunktion der Vertragsstrafe im Einklang, wenn es gar keinen auszugleichenden Schaden gibt, vgl. *Golombek*, Die Inhaltskontrolle von Vertragsstrafen für Verzögerungen am Bau, 2018, S. 24 ff.

³²⁷ *Rieble*, in: Staudinger BGB, 2020, § 339 Rn. 140.

³²⁸ In diese Größenordnung passt auch das Urteil des BGH zum „erhöhten Parkentgelt“: „Die Untergrenze von 30 A stellt ein geeignetes und angemessenes Druckmittel dar, um Fahrzeugführer von widerrechtlichem Parken abzuhalten. Sie steht auch nicht

b) „Dynamische“ Vertragsstrafe

Anstelle der pauschalen Vertragsstrafe oder als Ergänzung derselben³²⁹ kommt eine „dynamische“ Vertragsstrafe infrage, die sich am Diebesgut des konkreten Einzelfalls bemisst. Angemessen im Sinne des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB ist eine solche Vertragsstrafe dann, wenn sie den doppelten³³⁰ Wert des Diebesgutes nicht überschreitet.

c) Nachträgliche Bestimmung der Strafhöhe nach billigem Ermessen

Als weitere Möglichkeit kommt in Betracht, die Strafhöhe erst nach der Verwirkung festzusetzen. Eine vertraglich vorbehalten einseitige Bestimmung durch den Gläubiger unterliegt der Ermessenskontrolle nach §§ 315 ff. BGB. Die Festsetzung im Einzelfall bedeutet dementsprechend einen hohen Verwaltungsaufwand für relativ niedrige Vertragsstrafen. Immerhin muss die Bestimmung nach billigem Ermessen erfolgen.

Zudem muss auch für solche Strafen eine Höchstgrenze gelten. Die Festsetzung einer Vertragsstrafe, die mehr als doppelt so hoch ist wie der Warenwert und zugleich 30 Euro überschreitet, erfolgt nicht mehr nach „billigem Ermessen“. Aus der Perspektive der Ladeninhaber kann dieses Modell deshalb wirtschaftlich gesehen nicht überzeugen.

d) Verbindung von pauschaler und „dynamischer“ Vertragsstrafe

Am interessantesten dürfte es für den Ladeninhaber sein, eine pauschale Mindeststrafe (30 Euro) festzusetzen, die immer dann greift, wenn die abhängig vom Diebesgut berechnete Vertragsstrafe (doppelter Wert des Diebesgutes) sie nicht überschreitet. Eine Vertragsstrafe könnte dementsprechend lauten:

„Die Vertragsstrafe entspricht dem doppelten Warenwert, mindestens jedoch 30 Euro.“³³¹

3. Zusammenfassung

Grundsätzlich kann der Ladeninhaber mit seinen Kunden eine Vertragsstrafe für Ladendiebstähle vereinbaren. Davon sind lediglich nicht voll Geschäftsfähige ausgenommen. Der Ladendieb dürfte nur in wenigen Fällen einen Erklärungsirrtum hinsichtlich der Vertragsstrafe glaubhaft darlegen können. Eine pauschale

außer Verhältnis zu den sanktionierten Parkverstößen und belastet den Nutzer nicht über Gebühr“, *BGH*, Urteil vom 18.12.2019 – XII ZR 13/19, DAR 2020, 200 (202), Rn. 24.

³²⁹ Dazu sogleich näher 6. Kapitel C. I. 2. d) (S. 123).

³³⁰ *Kähler*, in: BeckOGK BGB, 2021, § 307 Rn. 199.4.

³³¹ Der restliche Teil des Formulierungsvorschlags findet sich oben 6. Kapitel C. I. 1. a) (S. 117).

Mindeststrafe von 30 Euro ist in jedem Fall noch angemessen im Sinne des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB. Diese Mindeststrafe kann der Ladeninhaber um eine „dynamische“ Strafe ergänzen, die den doppelten Wert des Diebesgutes beträgt.

II. Vertragsstrafen bei Zuschauerausschreitungen

Zahlreiche Autoren befürworteten bereits in den vergangenen Jahren die Vertragsstrafe als Alternative zum Regress der Verbandsstrafe.³³² Die Vereinbarung der Vertragsstrafe im Rahmen des Ticketkaufs ist ohne Weiteres möglich und findet auch bereits regelmäßig statt.³³³

1. Vereinbarung der Vertragsstrafe mit Zuschauern ohne Ticket

Problematisch ist die Vereinbarung einer Vertragsstrafe jedoch mit Zuschauern, die den „Allgemeinen-Ticket-Geschäftsbedingungen“ (ATGB) und der Stadionordnung nicht schon durch den Ticketkauf zugestimmt haben. Das kann unter anderem beim Weiterverkauf des Tickets der Fall sein oder wenn ein Zuschauer ohne gültiges Ticket ins Stadion gelangt.³³⁴ Es ist zwar zutreffend, dass sich ein Schuldverhältnis mit Rücksichtnahmepflichten nach §§ 311 Abs. 2 Nr. 2, 241 Abs. 2 BGB bereits durch den bloßen Besuch eines Fußballspiels ergibt,³³⁵ damit ist allerdings nicht die Problematik der Vereinbarung der Vertragsstrafe gelöst. Gerlach und Manzke argumentieren zwar, dass die Stadionordnung (und die Vertragsstrafe als deren Teil) die Pflichten nach §§ 311 Abs. 2 Nr. 2, 241 Abs. 2 BGB konkretisiert.³³⁶ Dabei scheinen die Autoren aber zu vergessen, dass es für eine derartige Abweichung vom dispositiven Recht einer Vereinbarung bedarf.

Findet die Vertragsstrafe also nicht bereits im Zuschauervertrag ihre Grundlage, so bedarf es einer eigenständigen Vereinbarung. Wie sich eine solche Vereinbarung herbeiführen lässt, ist parallel zur Vertragsstrafe gegenüber Ladendieben zu beantworten:³³⁷ Nach der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung lässt

³³² S. Martens, NJW 2016, 3691 (3694); Heermann, Inhaltskontrolle von § 9a DFB-RuVO i. V. m. dem „9-Punkte-Papier“, in: Huber/Danzl/Dauner-Lieb (Hrsg.), Deutsches, österreichisches und internationales Schadensersatzrecht, 2020, S. 159 (165 ff.); Gerlach/Manzke, SpuRt 2021, 2 (3); Scheuch, RW 2015, 439 (463 ff.); Grunewald, NZG 2016, 1121 (1124); Otting/Thelen, JURA 2017, 380 (389). Kritisch gegenüber der Vertragsstrafe Nees, Der Verbandsstrafenregress im Nachgang an störendes Zuschauerverhalten, 2018, S. 199 f.

³³³ Vgl. beispielsweise die ATGB von VfL Wolfsburg (Ziffer 13), FC Schalke 04 (Ziffer 23 d), FC Bayern München (Ziffer 11), Borussia Dortmund (Ziffer 11) oder SV Werder Bremen (Ziffer 14).

³³⁴ Eine Übersicht zu allen problematischen Fällen bietet Nees, Der Verbandsstrafenregress im Nachgang an störendes Zuschauerverhalten, 2018, S. 24–32.

³³⁵ 2. Kapitel A. II. 3. (S. 33 f.).

³³⁶ Gerlach/Manzke, SpuRt 2021, 2 (3 f.).

³³⁷ Dazu ausführlich oben 6. Kapitel C. I. 1. (S. 116 ff.).

sich ein Vorvertrag, der eine Vertragsstrafe enthält, mittels (praktisch) unübersehbarer Schilder am Eingang des Stadions herbeiführen.³³⁸ Aus den Schildern muss unmissverständlich hervorgehen, dass sich jeder Zuschauer durch das Betreten des Stadions dazu verpflichtet, die Stadionordnung zu befolgen und sich zur Sicherung dieser vertraglichen Pflicht einer Vertragsstrafe zu unterwerfen, § 339 S. 2 BGB. Ein derartiger Hinweis könnte etwa lauten:

„Jeder Zuschauer erklärt sich durch das Betreten des Stadions mit der Stadionordnung einverstanden. Die Stadionordnung hängt sowohl vor als auch im Stadion gut ersichtlich aus. Jeder Zuschauer ist insbesondere verpflichtet, die Rechtsgüter des [Name des Vereins], der Spieler, von Zuschauern und allen anderen im Stadion anwesenden Personen nicht zu gefährden oder zu beeinträchtigen.“³³⁹

Der Zuschauer erklärt sich außerdem damit einverstanden, bei Zuwiderhandlung eine angemessene Vertragsstrafe von bis zu [...] Euro zu entrichten. Die Vertragsstrafe wird vom [Name des Vereins] nach billigem Ermessen bestimmt und kann im Streitfall gerichtlich nachgeprüft werden.

Der Zuschauer wird auf die Möglichkeit hingewiesen, der oben stehenden Vereinbarung gegenüber dem Stadionpersonal zu widersprechen. In diesem Fall wird dem Zuschauer das Betreten des Stadions verwehrt.“

Durch den deutlichen Hinweis auf die Stadionordnung (inklusive deren Ausgang) und die beispielhafte Aufzählung der damit verbundenen einzelnen Pflichten bleibt § 305c Abs. 1 BGB gewahrt.

2. Höhe der Vertragsstrafe gegenüber Zuschauern

Zu klären bleibt, in welcher Höhe derartige Vertragsstrafen innerhalb von AGB vereinbart werden können. Bei Verstößen gegen die Stadionordnung fehlt es an einem objektiven Wert (wie dem des Diebesgutes), an dem sich eine „dynamische“ Vertragsstrafe orientieren könnte. Die Stadionordnung könnte zwar eine Übersicht darüber geben, welche Vergehen welchen „Strafrahmen“ nach sich ziehen. Ein solcher „Strafrahmen“ könnte jedoch kaum die Vielzahl an denkbaren Einzelfällen angemessen erfassen. Er kann deshalb nur die nachträgliche Bestimmung der Vertragsstrafe nach billigem Ermessen objektivieren, § 315 Abs. 1 BGB. In dieser Rolle kann der „Strafrahmen“ aber durchaus die Transparenz und die „Prozessfestigkeit“ der verhängten Vertragsstrafen erhöhen. Außerdem könnte so der Verwaltungsaufwand zur nachträglichen Festlegung der Vertragsstrafe

³³⁸ Gegenüber nicht voll Geschäftsfähigen scheidet die Vertragsstrafe als milderes Mittel aus. Vgl. oben 6. Kapitel C.I.1.c) (S. 121). In den wenigsten Fällen dürfte der Zuschauer mit der Behauptung, den Hinweis am Eingang des Stadions nicht gesehen zu haben, seine Willenserklärung wirksam anfechten können nach § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB analog. Vgl. oben 6. Kapitel C.I.1.b) (S. 120).

³³⁹ So auch (sinngemäß hinsichtlich der Ticketinhaber) die ATGB des FC Bayern Münchens unter der Ziffer 9.1 „Zutritt zum Stadion“.

reduziert werden. Sinnvoll wäre beispielsweise, zwischen dem Abbrennen und dem Werfen von Pyrotechnik zu unterscheiden.³⁴⁰

Unabhängig von ihrer Berechnung muss auch eine Vertragsstrafe gegenüber Zuschauern eine Höchstgrenze haben, da sie den Zuschauer nicht unangemessen benachteiligen darf, § 307 Abs. 1 S. 1 BGB. Einige Bundesligavereine sehen in ihren ATGB eine maximale Vertragsstrafe von 2.500 Euro vor.³⁴¹ Diese erscheint angesichts der möglichen Schwere und Wiederholung von Zuschauerausschreitungen angemessen.³⁴² Schließlich kommt der Präventionswirkung, die letztlich auch von der Strafhöhe ausgeht, angesichts der erschwerten „Täterermittlung“ eine besondere Bedeutung zu. Zudem verstößt der Zuschauer vorsätzlich gegen Vertragspflichten, die nicht nur dem Schutz des Vertragspartners, sondern auch dem Schutz absoluter Rechtsgüter anderer Zuschauer dient. Eine maximale Vertragsstrafe von 2.500 Euro dürfte nur in wenigen Ausnahmefällen eine existenzbedrohende Wirkung entfalten. Sollte die Vertragsstrafe in Einzelfällen trotzdem unverhältnismäßig hoch verwirkt worden sein, so kann sie „durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden“, § 343 Abs. 1 S. 1 BGB.

Überdies könnte man – wie beim Ladendiebstahl – über eine Mindeststrafe nachdenken, deren Höhe direkt aus den Schildern vor dem Stadion hervorgeht. Angesichts der gefährdeten Rechtsgüter wäre eine Mindeststrafe von 100 Euro denkbar.

3. Zusammenfassung

Die Vereine können somit im Grunde mit allen Zuschauern Vertragsstrafen vereinbaren. Eine Vereinbarung mit nicht voll Geschäftsfähigen ist allerdings nicht möglich. Die Behauptung, den Hinweis auf die Vertragsstrafe nicht gesehen zu haben, dürfte nur in wenigen Ausnahmefällen die Anfechtung ermöglichen. Die Strafhöhe muss der Verein für jeden Einzelfall nachträglich nach billigem Ermessen bestimmen, § 315 Abs. 1 BGB. Sie ist allerdings von vornherein auf 2.500 Euro zu begrenzen, um den Zuschauer nicht unangemessen zu benachteiligen, § 307 Abs. 1 S. 1 BGB. Eine Mindeststrafe von 100 Euro dürfte ebenso noch angemessen sein.

³⁴⁰ Eine Unterscheidung je nach Verstoß findet sich bereits für die pauschale Berechnung von *Verbandsstrafen* im Anhang der Rechts- und Verfahrensordnung des DFB unter Ziffer 9 „Strafzumessungsleitfaden“. Selbstverständlich lassen sich die Strafhöhen nicht auf die Vertragsstrafen übertragen.

³⁴¹ Vgl. die ATGB von VfL Wolfsburg (Ziffer 13), FC Schalke 04 (Ziffer 2.3 d), FC Bayern München (Ziffer 11), Borussia Dortmund (Ziffer 11) oder SV Werder Bremen (Ziffer 14). Diese Vertragsstrafen beziehen sich insbesondere auf die unzulässige Weitergabe von Tickets und auf Verstöße gegen die Stadionordnung.

³⁴² So auch *Gerlach/Manzke*, SpuRt 2021, 2 (3). Nach *Otting/Thelen*, JURA 2017, 380 (389) sind Vertragsstrafen für das Abbrennen von Pyrotechnik auf 1.000 Euro zu beschränken. Zu anderen Verstößen gegen die Stadionordnung äußert sich der Autor nicht.

III. Vertragsstrafen im privaten Baurecht

1. Vereinbarung der Vertragsstrafe

Der Hauptunternehmer kann im Vertrag mit seinem Subunternehmer direkt eine Vertragsstrafe vorsehen. Das dürfte in den meisten Fällen ohnehin bereits Praxis sein. Vertragsstrafen sind im privaten Baurecht insbesondere in Bezug auf die fristgemäße Leistung üblich und demnach nicht überraschend, § 305c Abs. 1 BGB.³⁴³

Trotz der Sonderstellung der VOB/B (§ 310 Abs. 1 S. 3 BGB) unterliegen die Strafen der AGB-Inhaltskontrolle.³⁴⁴ Das liegt daran, dass § 11 VOB/B nicht selbst die Vertragsstrafe vorsieht, sondern lediglich an diese anknüpft. Bei der Vereinbarung ist deshalb zu beachten, dass sich eine Vertragsstrafe ohne Verzugserfordernis mit dem wesentlichen Grundgedanken des § 339 S. 1 BGB nicht vereinbaren lässt und den Vertragspartner somit unangemessen benachteiligt, § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.³⁴⁵

2. Höhe der Vertragsstrafe gegenüber Subunternehmern

Nach dem BGH gilt für Vertragsstrafen in den AGB eines Bauvertrags eine Höchstgrenze von 5 % der Auftragssumme.³⁴⁶ Eine Vertragsstrafe dieser Höhe erfülle ausreichend die bezweckte Druck- und Kompensationsfunktion.

„Eine angemessene Begrenzung der Vertragsstrafe nach oben ist in AGB schlechthin unverzichtbar, um der Gefahr vorzubeugen, daß ein von vornherein nicht überschaubarer Teil des Werklohns – in welchem Zeitraum auch immer – durch eine etwa verfallene Vertragsstrafe aufgezehrt werden könnte.“³⁴⁷

Falls dieser Höchstbetrag im Einzelfall nicht ausreiche, bleibe den Parteien noch die Möglichkeit, individuell einen anderen Höchstbetrag zu vereinbaren.³⁴⁸

³⁴³ BGH, Urteil vom 18.11.1982 – VII ZR 305/81, NJW 1983, 385 (386); *Golombek*, Die Inhaltskontrolle von Vertragsstrafen für Verzögerungen am Bau, 2018, S. 13. *Rieble*, in: Staudinger BGB, 2020, § 339 Rn. 98.

³⁴⁴ Ausführlich zur AGB-Inhaltskontrolle *Golombek*, Die Inhaltskontrolle von Vertragsstrafen für Verzögerungen am Bau, 2018. Wie bereits oben erwähnt, ist es zwar denkbar, dass die Parteien die Vertragsstrafe im Baugewerbe individuell vereinbaren, in der Praxis kommt es jedoch kaum dazu.

³⁴⁵ *Golombek*, Die Inhaltskontrolle von Vertragsstrafen für Verzögerungen am Bau, 2018, S. 93 und 101; *OLG Düsseldorf*, Urteil vom 9.9.2003 – 23 U 98/02, juris, Rn. 63.

³⁴⁶ BGH, Urteil vom 23.1.2003 – VII ZR 210/01, NJW 2003, 1805. Der Senat gab mit seinem Urteil den vorherigen Höchstbetrag von 10 % auf, vgl. BGH, Urteil vom 25.9.1986 – VII ZR 276/84, NJW 1987, 380. Zustimmend *Roquette/Laumann*, BauR 2003, 1271 (1272 f.). Für eine „feste Obergrenze von 5 % der Auftragssumme [...] verbunden mit einer Anpassungsklausel“ plädiert *Golombek*, Die Inhaltskontrolle von Vertragsstrafen für Verzögerungen am Bau, 2018, S. 88.

³⁴⁷ BGH, Urteil vom 22.10.1987 – VII ZR 167/86, NJW-RR 1988, 146.

³⁴⁸ BGH, Urteil vom 23.1.2003 – VII ZR 210/01, NJW 2003, 1805 (1809).

In einem vorherigen Urteil hatte der BGH festgestellt, dass eine Vertragsstrafe von 0,5 % der Auftragssumme pro verzögertem Arbeitstag in AGB unwirksam ist.³⁴⁹ Vertragsstrafen mit Tagessätzen von 0,1 % bis 0,3 % der Auftragssumme sind nach dem BGH allerdings zulässig.³⁵⁰

Bei der Ermittlung des Höchstbetrages und der Tagessätze ist zu beachten, dass § 348 HGB – der in der überwiegenden Zahl der Fälle einschlägig ist – es ausschließt, eine unverhältnismäßig hoch verwirkte Vertragsstrafe nach § 343 BGB herabzusetzen.

Die Höchstgrenze von 5 % und Tagessätze von maximal 0,3 % der Auftragssumme stellen einen vertretbaren Kompromiss zwischen angemessener Rücksicht auf den Handelsbrauch (§ 310 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 BGB) und Schutz vor unangemessener Benachteiligung des Vertragspartners dar (Fehlen der Korrekturmöglichkeit nach § 343 Abs. 1 BGB).

3. Zusammenfassung

Der Hauptunternehmer kann mit seinem Subunternehmer innerhalb von AGB eine Vertragsstrafe wirksam vereinbaren, sofern er das Verzugserfordernis und die vorstehend erläuterten Höchstgrenzen beachtet.

IV. Koppelung der Vertragsstrafe an Vertrags- bzw. Verbandsstrafen oder Fangprämien

Denkbar wäre auch, dass der Verein mit dem Zuschauer, der Hauptunternehmer mit dem Subunternehmer und der Ladeninhaber mit dem Kunden jeweils eine Vertragsstrafe vereinbart, deren Höhe sich nach der verhängten Vertrags- bzw. Verbandsstrafe oder der ausgelobten Fangprämie richtet. Dadurch bekäme das bisherige Regressmodell eine klare vertragliche Grundlage.

Eine derartige Klausel wäre aber bereits mit Blick auf das Transparenzgebot bedenklich, § 307 Abs. 1 S. 2 BGB. Denn einer derartigen Klausel könnte der Vertragspartner schlicht nicht entnehmen, in welchem Umfang er sich gerade einer Vertragsstrafe unterwirft. Zudem unterfiele auch eine solche Art der dynamischen Berechnung der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB. Und allein durch die *formale* Koppelung der Vertragsstrafe an die entstandenen Kosten für Fangprämien, Vertrags- oder Verbandsstrafen ändert sich nicht die *inhaltliche* Beurteilung der Vertragsstrafe nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB.

³⁴⁹ BGH, Urteil vom 20.1.2000 – VII ZR 46/98, NJW 2000, 2106.

³⁵⁰ 0,1 %: BGH, Urteil vom 25.9.1986 – VII ZR 276/84, NJW 1987, 380; 0,15 %: BGH, Urteil vom 22.10.1987 – VII ZR 167/86, NJW-RR 1988, 146; 0,3 %: BGH, Urteil vom 1.4.1976 – VII ZR 122/74, BeckRS 1976, 31012140; *Roquette/Laumann*, BauR 2003, 1271 (1274) halten einen Tagessatz von 0,3 % noch für angemessen.

Inhaltlich ließe sich anführen, es sei unbillig, wenn Ladeninhaber, Vereine und Hauptunternehmer auf einem (großen) Teil des Schadenspostens „sitzen bleiben“. Dabei seien Zuschauer, Ladendiebe und Subunternehmer doch die eigentlichen Schadensverursacher. Jedoch handelt es sich um einen privat gestalteten Schadensposten, dessen Höhe bzw. Berechnungsmaßstab die Parteien selbst (vorab) bestimmen. Die Parteien haben es dementsprechend auch selbst in der Hand, eine (vom Regress unabhängige) Regelung zu treffen, die für beide Seiten „gerecht“ ist.

Durch eine derartige Koppelung könnten die Parteien zudem die Vertragsstrafe beliebig in die Höhe treiben. Kunden, Zuschauer und Subunternehmer sind auch in Anbetracht von Fangprämien, Vertrags- und Verbandsstrafen vor einer unangemessenen Belastung zu schützen. Die Vertragsstrafe ist deshalb von vornherein in der Höhe zu begrenzen. Es gibt keinen Grund, nicht an den Berechnungsmaßstäben und Höchstgrenzen festzuhalten, die vorstehend für die jeweiligen Fälle der privaten Schadensgestaltung herausgearbeitet wurden.

Eine automatische Koppelung der Vertragsstrafe an die verhängte Vertrags- bzw. Verbandsstrafe oder an die ausgelobte Fangprämie scheidet deshalb aus. Diese Zahlungsverpflichtungen können höchstens im Rahmen der nachträglichen Bestimmung der Vertragsstrafe Berücksichtigung finden (§ 315 Abs. 1 BGB). Sie können aber nicht allein für die Ausübung des billigen Ermessens maßgebend sein, § 315 Abs. 1 BGB. Zudem gelten auch für die nachträgliche Bestimmung der Vertragsstrafe die oben zu den jeweiligen Fallgruppen erarbeiteten Höchstgrenzen.

V. Vertragsstrafe als gleich wirksames Mittel

Die Vertragsstrafe steht also grundsätzlich als milderer Mittel gegenüber Subunternehmern, Zuschauern und Ladendieben zur Verfügung – außer gegenüber nicht voll Geschäftsfähigen.³⁵¹ Ist die Vertragsstrafe zur Zweckerreichung aber auch gleich wirksam wie die private Schadensgestaltung? Daran könnte man vor allem deshalb zweifeln, weil die AGB-Inhaltskontrolle die Vertragsstrafe in der Höhe begrenzt. Die Zahlungsverpflichtungen durch Vertragsstrafen fallen somit regelmäßig niedriger aus als die Zahlungsverpflichtungen durch private Schadensgestaltungen.

1. Vertragliche Vereinbarung als wirkungsstärkender Faktor

Dem lässt sich zunächst entgegen, dass die Vertragsstrafe dem legitimen Zweck Nachdruck verschafft im Verhältnis zwischen Ladeninhabern, Vereinen und Hauptunternehmern auf der einen und Kunden, Zuschauern und Subunter-

³⁵¹ Zur Angemessenheitsprüfung privater Schadensgestaltungen gegenüber nicht voll Geschäftsfähigen unten 6. Kapitel D. I. (S. 132).

nehmern auf der anderen Seite. Für den „Dritten“ wäre klar, dass er durch sein Fehlverhalten die Vertragsstrafe auslöst. Immerhin hat er der Vertragsstrafe zugestimmt (*positive Kenntnis*); ganz im Gegenteil zur privaten Schadensgestaltung, bei der es ausreicht, dass diese keine „gänzlich unwahrscheinliche Schadensfolge“ des Fehlverhaltens darstellt.³⁵² Die Präventionswirkung einer vertraglichen Vereinbarung ist aufgrund dieser Transparenz grundsätzlich stärker als diejenige des schadensrechtlichen Regresses.

Außerdem stärkt die Vertragsstrafe das persönliche Verantwortungsbewusstsein. Die Strafe bemisst sich gerade am selbst zu verantwortenden Vergehen, wodurch sich die Präventionswirkung erneut erhöht. Diese direkte Verbindung des eigenen Fehlverhaltens mit der Strafe fehlt aber gerade bei der privaten Schadensgestaltung. Das zeigt sich besonders deutlich bei der Verbandsstrafe: Es gibt immer wieder Verstöße gegen die Stadionordnung, für die das Sportgericht im Einzelfall (aus unterschiedlichen Gründen) keine Verbandsstrafe verhängt. Dafür kann es in anderen, vergleichbaren Fällen zu einer relativ hohen Strafe kommen. Dieses Vorgehen mag gegenüber dem Verein sinnvoll sein, da die Strafe auf diesen zugeschnitten ist. Für den Zuschauer grenzt ein Regress, der von seinem Handeln größtenteils entkoppelt ist, aber an bloße Willkür. Dass der Zuschauer die private Schadensgestaltung trotzdem als logische Folge des von ihm zu verantwortenden Fehlverhaltens ansieht, ist nur schwer vorstellbar. Wahrscheinlicher ist es, dass er den Regress als künstlich herbeigeführte Strafe zufälligen Ausmaßes empfindet.

Lässt man die Höhe der Vertragsstrafe außen vor, so ist sie zur Zweckerreichung grundsätzlich wirksamer als die private Schadensgestaltung.

2. Höhe der privaten Schadensgestaltung als unzulässiges Argument

Wie wirkt es sich jedoch auf den Vergleich der Wirksamkeit aus, dass vor allem Verbandsstrafen, aber auch Vertragsstrafen und Fangprämien³⁵³ deutlich höhere Zahlungsverpflichtungen des Schädigers mit sich bringen können als Vertragsstrafen, die direkt mit ihm vereinbart werden? Näher soll das am Beispiel der Verbandsstrafe erörtert werden.

Ausgehend von einer maximalen Vertragsstrafe von 2.500 Euro gegenüber Zuschauern ließe sich argumentieren, dass die Vertragsstrafe im Vergleich zur Verbandsstrafe zu niedrig sei, um eine vergleichbare Wirkung zu erzeugen. Immerhin versuchten Vereine schon, Verbandsstrafen in Höhe von 40.000 Euro von

³⁵² Vgl. die Voraussetzungen nach der Adäquanztheorie oben 2. Kapitel A.II.2. (S. 31 ff.).

³⁵³ Bei Fangprämien war das bis zum Urteil des BGH zu beobachten. Der Senat setzte die Ersatzfähigkeit einer pauschalen Fangprämie von 550 DM auf 50 DM herab. Vgl. *BGH*, Urteil vom 6.11.1979 – VI ZR 254/77, NJW 1980, 119.

Zuschauern in Regress zu nehmen.³⁵⁴ Außerdem ist damit keineswegs das Maximum erreicht, da Verbandsstrafen in ganz anderen Höhen möglich sind: Der DFB verlangte von Hertha BSC Berlin für Zuschauerausschreitungen am 23.01.2020 eine Verbandsstrafe von insgesamt 190.000 Euro.³⁵⁵ Dass derartigen Verbandsstrafen meist das Fehlverhalten mehrerer Zuschauer zugrunde liegt, ändert nichts daran, dass der Verein auch gegen einen einzigen Zuschauer Regress nehmen kann.

Ist die Vertragsstrafe nun weniger wirksam als die private Schadensgestaltung, weil die AGB-Inhaltskontrolle sie in der Höhe begrenzt? Von Interesse sind in diesem Zusammenhang die Ausführungen des BGH zur Vertragsstrafe im privaten Baurecht. Danach reicht eine Vertragsstrafe mit einer Höchstgrenze von 5 % der Auftragssumme zur Erfüllung der „Druck- und Kompensationsfunktion“ aus.³⁵⁶ Der BGH geht zutreffend davon aus, dass das angewandte Mittel (hier die Zahlungsverpflichtung) zur Zweckerreichung ab einer bestimmten Höhe *ausgereizt* ist. Ab dieser Höhe kann eine weitere Erhöhung der Zahlungsverpflichtung keine zusätzliche Präventionswirkung erzeugen. Bereits aus diesen Gründen ist die Vertragsstrafe mindestens ebenso wirksam zur Erreichung des legitimen Zwecks wie die private Schadensgestaltung.

Zudem sei darauf hingewiesen, dass man mit der Argumentation, die Vertragsstrafe sei aufgrund ihrer höhenmäßigen Beschränkung weniger wirksam, die allgemeinen Wertungen umgeht, mit denen die §§ 305 ff. BGB den Grundsatz der Privatautonomie konkretisieren. Den Parteien kann der Weg der Drittbelastung nicht offengehalten werden, wenn eine vertragliche Regelung mit dem Dritten zwar grundsätzlich möglich wäre, sie jedoch allein deshalb mit ihm keine Vereinbarung treffen, um dessen AGB-Schutz zu umgehen. Eine solche Argumentation kann nicht durchgreifen.

VI. Zusammenfassung

Aus den voranstehenden Ausführungen ergibt sich, dass die private Schadensgestaltung gegenüber Geschäftsfähigen *nicht erforderlich* ist, um den jeweils verfolgten legitimen Zweck zu erreichen. Die Parteien des Rechtsgeschäfts können den Zweck durch das mildere Mittel der Vertragsstrafe gleich wirksam verfolgen. Die private Schadensgestaltung ist demzufolge lediglich gegenüber nicht voll geschäftsfähigen Ladendieben und Zuschauern *erforderlich*. In allen anderen Situationen stellen private Schadensgestaltungen in Form von Fangprämien, Vertrags- oder Verbandsstrafen *unverhältnismäßige* Rechtsgeschäfte zu Lasten Dritter dar.

³⁵⁴ Vgl. die Einzelstrafen in *BGH*, Urteil vom 9.11.2017 – VII ZR 62/17, NJW 2018, 394 (395).

³⁵⁵ Seit Beginn der Saison 2018/2019 werden die Entscheidungen des DFB-Sportgerichts auf der Website des DFB veröffentlicht (<https://www.dfb.de/verbandsservice/verbandsrecht/urteile/>).

³⁵⁶ *BGH*, Urteil vom 23.1.2003 – VII ZR 210/01, NJW 2003, 1805 (1808 f.).

D. Angemessenheit der privaten Schadensgestaltung

Die Ermittlung der schützenswerten Mindestposition des Dritten³⁵⁷ orientiert sich – sofern vorhanden – an den Wertungen von Rechtsnormen, die derartige Interessenkonflikte in vergleichbaren Situationen bereits regeln. Vergleichbar mit Rechtsgeschäften zu Lasten Dritter sind Situationen, in denen die negative Privatautonomie durch *einseitige* Vertragsgestaltung eingeschränkt zu werden droht. Eine solche Situation besteht regelmäßig beim Vertragsschluss mit nicht voll Geschäftsfähigen oder Verbrauchern oder bei der Verwendung von AGB.

I. Berücksichtigung der Wertungen der §§ 104, 105, 107, 1903 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 S. 1 BGB

Gegenüber nicht voll geschäftsfähigen Ladendieben und Zuschauern lässt sich keine Vertragsstrafe auf die oben dargestellte Weise vereinbaren. Die Vertragsstrafe kann in diesen Fällen also auch kein milderes Mittel darstellen. Die private Schadensgestaltung ist demnach an sich erforderlich, um den legitimen Zweck auch gegenüber nicht voll Geschäftsfähigen zu erreichen. Zu klären bleibt, ob die Zahlungsverpflichtung durch Fangprämien und Verbandsstrafen auch angemessen gegenüber nicht voll Geschäftsfähigen ist.

Zur Ermittlung der schützenswerten Mindestposition des Dritten sind dabei die Wertungen der §§ 104, 105, 107, 1903 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 S. 1 BGB zu berücksichtigen: Nicht voll Geschäftsfähige sind vor allen nachteiligen Rechtsfolgen zu schützen, auch wenn sie diese selbst rechtsgeschäftlich herbeiführen wollten. Diese Wertung muss erst recht für nachteilige Rechtsfolgen gelten, die ohne die (schwebend unwirksame) Willenserklärung des nicht voll Geschäftsfähigen herbeigeführt werden sollen. Private Schadensgestaltungen sind gegenüber nicht voll Geschäftsfähigen somit immer unangemessen.

II. Berücksichtigung der Wertungen der AGB-Inhaltskontrolle³⁵⁸

Hält man die oben dargestellte konkludente Annahme der Vertragsstrafe als Teil eines unentgeltlichen Vorvertrags durch Kunden³⁵⁹ und Zuschauer³⁶⁰ für

³⁵⁷ Zur verkürzten Angemessenheitsprüfung oben 5. Kapitel D.III. (S. 103) und 5. Kapitel F. (S. 111 f.).

³⁵⁸ Von Interesse ist in diesem Zusammenhang auch die Argumentation von *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 160–175, der hinsichtlich „sonstiger Lastwirkungen“ (also Lastwirkungen, die die Rechtsposition des Dritten nicht beeinträchtigen) dafür plädiert, auch Drittinteressen in die AGB-Inhaltskontrolle miteinzubeziehen. Diese Erweiterung der Kontrolle kommt dementsprechend nur dann infrage, wenn die drittbelastende Vertragsklausel als AGB einzuordnen ist.

³⁵⁹ 6. Kapitel C. I. 1. (S. 116 ff.).

³⁶⁰ 6. Kapitel C. II. 1. (S. 124 f.).

nicht überzeugend, gibt es in der Folge kein milderes Mittel zur Fangprämie und Verbandsstrafe. In der Konsequenz wäre an dieser Stelle zu besprechen, ob diese (zur Zweckerreichung erforderlichen) privaten Schadensgestaltungen auch *angemessen* sind. Auch wenn es nach der hier vertretenen Auffassung bereits an der Erforderlichkeit von Fangprämien und Verbandsstrafen fehlt, soll im Folgenden deren Angemessenheit geprüft werden, um die Struktur der Verhältnismäßigkeitsprüfung als Ganzes zu beleuchten.

Der Umfang dieser Angemessenheitsprüfung ist aus Gründen der Objektivität auf die Wahrung der Mindestposition des Dritten zu beschränken. Wie soeben dargestellt, können zur Herleitung dieser Mindestposition gesetzliche Normen dienen, die vergleichbare Sachverhalte regeln und sinngemäß anwendbar sind.³⁶¹ Infrage kommt deshalb eine entsprechende Anwendung (der Wertungen) der AGB-Inhaltskontrolle. Die AGB-Inhaltskontrolle dient dem Schutz aller Vertragsschließenden, die faktisch betrachtet nur wenig oder keinen Einfluss auf den Vertragsinhalt haben.³⁶² „Der entscheidende Grund für die verstärkte Inhaltskontrolle von Verträgen mit AGB liegt in der einseitigen Inanspruchnahme des Rechts, den Inhalt der Verträge zu gestalten.“³⁶³ Die AGB-Inhaltskontrolle zeichnet somit einseitiger privater Gestaltungsmacht Grenzen auf und regelt somit eine Situation, die mit der von Rechtsgeschäften zu Lasten Dritter vergleichbar ist. Zudem wird die private Schadensgestaltung nicht selten verwendet, um den AGB-Schutz auszuhebeln.

1. Herleitung der Angemessenheitsprüfung im Rahmen des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB

Schützen die §§ 305 ff. BGB Vertragsschließende vor der einseitigen Durchsetzung der Privatautonomie des AGB-Verwenders, so muss dieser Schutz erst recht für Rechtsgeschäfte zu Lasten Dritter gelten, bei denen der Dritte überhaupt keinen Einfluss auf den Inhalt des belastenden Rechtsgeschäfts hat. Dabei lassen sich allerdings nur solche Wertungen auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung der privaten Schadensgestaltung übertragen, die auch *sinngemäß* anwendbar sind. Es sind also alle Wertungen anwendbar, die nicht zwangsläufig ein vertragliches Austauschverhältnis voraussetzen.³⁶⁴ Es bietet sich deshalb an, dieselbe Interessenabwägung vorzunehmen, die im Rahmen der Generalklausel von § 307 Abs. 1 S. 1 BGB vorzunehmen ist.

³⁶¹ 6. Kapitel D. (S. 132).

³⁶² *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht*, 12. Aufl., 2016, Einleitung Rn. 48; *Basedow*, in: *MüKo-BGB II*, 8. Aufl., 2019, Vor § 305 Rn. 4–8; *Roloff/Looschelders*, in: *Erman BGB*, 16. Aufl., 2020, Vor § 305 Rn. 1.

³⁶³ *BGH*, Urteil vom 7.7.1976 – IV ZR 229/74, NJW 1976, 2345 (2346).

³⁶⁴ So sind beispielsweise die Klauselverbote aus §§ 308, 309 BGB nicht sinngemäß anwendbar.

Dabei zeigt sich, dass § 307 Abs. 1 S. 1 BGB mit der Inhaltskontrolle privater Schadensgestaltungen gleichläuft: Auch für die Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sinngemäß heranzuziehen – insbesondere die Angemessenheitsprüfung.³⁶⁵ Das ist bereits im Wortlaut des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB angelegt: „unangemessen benachteiligen“.

Die Verhältnismäßigkeitsprüfung nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB, lässt sich auch *sinngemäß* auf die vorliegend zu kontrollierende *außervertragliche* Zahlungsverpflichtung übertragen. Schließlich ist die Last für den Dritten wie für den Vertragspartner bei einer Vertragsstrafe dieselbe: die Zahlungsverpflichtung. Dass mit der Zahlungsverpflichtung – ob mittels Vertragsstrafe oder privater Schadensgestaltung – derselbe Zweck verfolgt wird, hat sich vorstehend bereits gezeigt.³⁶⁶

2. Angemessenheit der Fangprämien

Die Angemessenheit der privaten Schadensgestaltung ist also parallel zur Angemessenheit der jeweiligen Vertragsstrafen zu beurteilen. Pauschale Fangprämien sind somit in Höhe von 30 Euro noch angemessen. „Dynamische“ Fangprämien, die sich am Wert des Diebesgutes orientieren, sind angemessen, wenn sie den doppelten Wert des Diebesgutes nicht überschreiten. Das Ergebnis läuft somit mit dem der Angemessenheitskontrolle der Vertragsstrafe nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB gleich.³⁶⁷

Dieses Ergebnis deckt sich durchaus mit der Rechtsprechung des BGH: Der Ladeninhaber könne eine pauschale Fangprämie vom Ladendieb nur in einem „angemessenen Umfang“ ersetzt verlangen, der zum Zeitpunkt des Urteils bei 50 DM liege.³⁶⁸ Eine pauschale Fangprämie in Höhe von 550 DM könne er nicht ersetzt verlangen.³⁶⁹ In derselben Größenordnung bewegt sich der Mitte der 70er-Jahre vorgelegte „Entwurf eines Gesetzes gegen Ladendiebstahl (AE-GLD)“.³⁷⁰ Dieser sah nämlich ebenso einen pauschalisierten (Sanktions-)Anspruch des Geschädigten gegen den Ladendieb in Höhe von 50 DM vor. Auch Deutsch empfand die „Fixierung des Haftungsumfangs als gesetzgeberische Aufgabe“.³⁷¹ Der

³⁶⁵ *Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, 1992, S. 317; *Fuchs*, in: Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht, 12. Aufl., 2016, § 307 Rn. 105; *Wendland*, in: Staudinger BGB, 2019, § 307 Rn. 98.

³⁶⁶ Vgl. 6. Kapitel C. (S. 116).

³⁶⁷ 6. Kapitel C. I. 2. (S. 121 ff.).

³⁶⁸ *BGH*, Urteil vom 6.11.1979 – VI ZR 254/77, NJW 1980, 119.

³⁶⁹ *BGH*, Urteil vom 6.11.1979 – VI ZR 254/77, NJW 1980, 119.

³⁷⁰ *Schoreit*, JZ 1976, 49 (49).

³⁷¹ *Deutsch*, Gutachten E, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des einundfünfzigsten Deutschen Juristentages, 1976, S. 1 (75).

Gesamtschaden sei zu pauschalisieren: man müsse mindestens 30 oder 50 DM als Schaden gesetzlich festlegen.³⁷² Die Initiative hatte jedoch keinen Erfolg.

Die dargestellten Ausführungen bestätigen den hier vertretenen Ansatz, die Angemessenheit der privaten Schadensgestaltung so zu beurteilen wie die der Vertragsstrafe. Schließlich ist man sich einig, dass die Zahlungsverpflichtung durch die Fangprämie auf einen angemessenen Umfang zu beschränken ist. Aus welchen Gründen sollte dieser angemessene Umfang anders zu bemessen sein als bei der Vertragsstrafe innerhalb von AGB? Die Übertragung der Angemessenheitsprüfung nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB ist die beste Möglichkeit, die Prüfung zu objektivieren.

3. Angemessenheit der Verbandsstrafen

Auch die Angemessenheit der Verbandsstrafe ist parallel zur Angemessenheit von Vertragsstrafen zu beurteilen, die Bestandteil von AGB sind.³⁷³ Eine Verbandsstrafe, die 2.500 Euro überschreitet, stellt deshalb gegenüber dem schädigenden Zuschauer ein unangemessenes Rechtsgeschäft zu Lasten Dritter dar.

Die konkrete Verbandsstrafe muss zudem bezogen auf das konkrete Fehlverhalten des Zuschauers angemessen sein. Dabei sind die oben entwickelten Maßstäbe zur nachträglichen Festsetzung der Vertragsstrafe nach § 315 Abs. 1 BGB auf die Ermittlung der angemessenen Verbandsstrafe zu übertragen.³⁷⁴ Es sind also nur solche Verbandsstrafen dem Dritten gegenüber angemessen, die sich nach billigem Ermessen und unter Berücksichtigung eines zuvor entwickelten „Strafrahmens“ am konkreten Einzelfall orientieren.

Ein derartiger „Strafrahmen“ für die Berechnung von Verbandsstrafen findet sich zwar bereits im Anhang der Rechts- und Verfahrensordnung des DFB unter Ziffer 9 „Strafzumessungsleitfaden“, seine Größenordnung ist jedoch hinsichtlich der Zuschauer offensichtlich unangemessen.³⁷⁵ Ein angemessener „Strafrahmen“ muss sich selbstverständlich an der Höchstgrenze von 2.500 Euro orientieren.

E. Zusammenfassung der Verhältnismäßigkeitsprüfung

Alle behandelten Fallgruppen der privaten Schadensgestaltung beeinträchtigen die Rechtsposition Dritter in *unverhältnismäßiger* Weise. Nach der hier vertretenen

³⁷² Der Autor nimmt dabei auch Bezug auf § 2 AE-GLD, *Deutsch*, Gutachten E, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des einundfünfzigsten Deutschen Juristentages, 1976, S. 1 (75).

³⁷³ Vgl. 6. Kapitel C. II. 2. (S. 125).

³⁷⁴ Vgl. 6. Kapitel C. II. 2. (S. 125).

³⁷⁵ Für das Abbrennen pyrotechnischer Gegenstände in der 1. Bundesliga sind dort pro Gegenstand 1.000 Euro vorgesehen; für unsportliche Botschaften 8.000 Euro (pro Banner, Transparent oder Ähnlichem ab 3 m²). Es ist offensichtlich, dass diese Verbandsstrafen regelmäßig die Höchstgrenze von 2.500 Euro überschreiten.

nen Auffassung sind sowohl Fangprämien als auch Verbands- und Vertragsstrafen³⁷⁶ in der Regel bereits nicht *erforderlich*. Die Parteien können den Regelungszweck mithilfe von Vertragsstrafen, die sie mit dem Dritten vereinbaren (Kunden, Zuschauer, Subunternehmer), gleich wirksam, aber milder verfolgen. Eine Ausnahme davon liegt lediglich gegenüber nicht voll Geschäftsfähigen vor. In diesem Fall sind die Fangprämien und Verbandsstrafen zwar *erforderlich*, aber *unangemessen*.³⁷⁷

Auch wenn man die Vereinbarung einer Vertragsstrafe mit Kunden und Zuschauern (in manchen Fällen oder allgemein) für unmöglich hält, ergeben sich für die (in der Folge *erforderlichen*) privaten Schadensgestaltungen im Rahmen der Angemessenheitsprüfung dieselben Grenzen, die sich für Vertragsstrafen aus § 307 Abs. 1 S. 1 BGB ergeben.³⁷⁸

Aufgrund der Rechtsprechung des BGH zum Regress von Fangprämien dürfen die meisten Fangprämien auch gegenüber den Dritten *angemessen* sein. Ganz anders steht es allerdings um die Verbandsstrafen, die regelmäßig den angemessenen Umfang von 2.500 Euro überschreiten. Aber auch niedrigere Verbandsstrafen basieren auf einer Berechnungsgrundlage, die Dritte unangemessen beeinträchtigt. Die derzeit verhängten Verbandsstrafen sind somit prinzipiell *unangemessen*.

Der anschließende Abschnitt behandelt nun die Rechtsfolgen, die sich an die Unverhältnismäßigkeit der Rechtsgeschäfte zu Lasten Dritter knüpfen.

³⁷⁶ Gemeint sind an dieser Stelle die privaten Schadensgestaltungen, also die Vertragsstrafe, die Hauptunternehmer und Bauherr vereinbaren und die Verbandsstrafe zwischen Verein und Verband.

³⁷⁷ 6. Kapitel D. I. (S. 132).

³⁷⁸ 6. Kapitel D. II. (S. 132 ff.).

3. Teil

Rechtsfolgen der Inhaltskontrolle

7. Kapitel

Rechtsfolgen für unverhältnismäßige Rechtsgeschäfte zu Lasten Dritter

In einem nächsten Schritt muss geklärt werden, welche Rechtsfolge es für ein Rechtsgeschäft zu Lasten Dritter hat, wenn es unverhältnismäßig in die Rechtsposition eines Dritten eingreift. Teilweise geht die Literatur von der *absoluten*, teilweise von der *relativen* Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts aus. Daneben gibt es Ansätze, die darüber hinausgehen, indem sie das Rechtsgeschäft neu auslegen wollen.

A. Bisherige Ansätze in der Literatur

Der überwiegende Teil der Literatur hält sowohl den Vertrag zu Lasten Dritter¹ als auch den Vertrag mit bloßen Lastwirkungen für Dritte² für *absolut unwirksam*, zumindest sofern Letzterer die Inhaltskontrolle nicht besteht.

Anderer Meinung ist hingegen Ulrici. Ein Vertrag zu Lasten Dritter sei keinesfalls (absolut)³ *unwirksam*, da für ein Verbot weder Notwendigkeit bestehe noch sich dafür eine dogmatische Grundlage finden lasse:⁴ Der Dritte sei an das Rechtsgeschäft ohne gesonderte Grundlage schlicht nicht gebunden, wohingegen

¹ *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 30; *Schirmer*, Zur Vereinbarung von Obliegenheiten zu Lasten Dritter, in: Reichert-Facilides/Rittner/Sasse (Hrsg.), Festschrift für Reimer Schmidt, 1976, S. 821 (830); *Schmalzbauer*, Die Drittwirkung verpflichtender Verträge, 1982, S. 121. Von einer schwebenden Unwirksamkeit ausgehend, *K. Martens*, AcP 1977, 113 (122, 139). Von einem Zurückweisungsrecht analog zu § 333 BGB ausgehend, *Bettermann*, JZ 1951, 321 (323).

² *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 30, 72; *Schmalzbauer*, Die Drittwirkung verpflichtender Verträge, 1982, S. 141 ff.; *K. Martens*, AcP 1977, 113 (139) fasst den Begriff des Rechtsgeschäfts zu Lasten Dritter extrem weit (vgl. oben 4. Kapitel C.I. (S. 63 ff.) und plädiert dementsprechend für die Unwirksamkeit aller Rechtsgeschäfte, die die Rechtsposition eines Dritten beeinträchtigen.

³ *Ulrici* unterscheidet zwar selbst nicht explizit zwischen absoluter und relativer Unwirksamkeit, doch unterscheidet er danach, ob der Vertrag an sich unwirksam ist oder schlicht nur gegenüber dem Dritten keine Wirkung entfaltet.

⁴ *Ulrici*, ZfA 2016, 377 (397).

die Vereinbarung zwischen den Parteien grundsätzlich weiter wirke.⁵ Das folge aus den Grenzen der Vertragsfreiheit selbst.⁶ Dasselbe gelte für Rechtsgeschäfte, die erst mittels einer Anknüpfungsanordnung⁷ die Rechtsposition eines Dritten beeinträchtigten. Für Ulrici sind derartige Rechtsgeschäfte also keinesfalls an sich unwirksam, sondern können lediglich gegenüber dem Dritten keine Wirkung entfalten.

Nach Salje kann die „allgemein angenommene Nichtigkeitsfolge für Verträge zulasten Dritter im engeren Sinne im Sozialrecht nicht ohne Weiteres Platz greifen“.⁸ Im Anschluss spricht sich der Autor für die relative Unwirksamkeit aus.⁹

B. Bisherige Ansätze in der Rechtsprechung

I. Relative Unwirksamkeit

Teilweise deutet sich auch in der Rechtsprechung die *relative Unwirksamkeit* als Rechtsfolge an. Der BGH spricht in einem Urteil zur Rechtswirkung der im Garantieschein abgegebenen Erklärungen des Herstellers davon, dass der Garantieschein keine Verpflichtung gegenüber dem Vertragshändler (Dritter) begründen könne, weil die Rechtsordnung Verträge zu Lasten Dritter nicht kenne.¹⁰

In dieselbe Richtung gehen auch die Ausführungen des Kammergerichts zur Haftung des Fahrers hinsichtlich der fahrlässigen Beschädigung des von ihm geführten VW-Busses. Das Fahrzeug war indes nicht an den Fahrer vermietet, sondern an jemand anderen.¹¹ Zu Lasten des an dem Mietvertrag nicht beteiligten Fahrers hätten die Vertragsparteien keine Umkehrung der Beweislast vereinbaren können.¹²

Auch die Rechtsprechung des BGH zur vertraglichen Haftungsbeschränkung geht von der relativen Unwirksamkeit aus: Der Haftungsverzicht soll gegenüber Dritten keine Wirkung entfalten können, sondern nur im innervertraglichen Verhältnis.¹³ Der aus dieser Lösung entstehende „Regresszirkel“ ist keinesfalls kon-

⁵ Nach *Ulrici*, ZfA 2016, 377 (397) kann die Bindung zwischen den Parteien nur in Ausnahmefällen nach §§ 139, 306 BGB unwirksam sein.

⁶ *Ulrici*, ZfA 2016, 377 (395).

⁷ Näher zu diesem Begriff oben 4. Kapitel C. III. 2. (S. 76 ff.).

⁸ *Salje*, NZA 1990, 299 (300).

⁹ *Salje*, NZA 1990, 299 (304).

¹⁰ *BGH*, Urteil vom 12.11.1980 – VIII ZR 293/79, NJW 1981, 275 (276).

¹¹ *Kammergericht*, Urteil vom 20.5.1974 – 12 U 2639/73, OLGZ 1975, 8 (11).

¹² *Kammergericht*, Urteil vom 20.5.1974 – 12 U 2639/73, OLGZ 1975, 8 (11).

¹³ *BGH*, Urteil vom 3.2.1954 – VI ZR 153/52, NJW 1954, 875 (876); *BGH*, Urteil vom 9.3.1972 – VII ZR 178/70, NJW 1972, 942.

struiert, sondern die logische Folge der relativen Unwirksamkeit des Haftungsverzichts.¹⁴

II. Absolute Unwirksamkeit wegen Störung der Geschäftsgrundlage

Von einer absoluten Unwirksamkeit geht der BGH in einem Urteil aus, in dem er über die Wirkung eines Erlassvertrags zwischen Gläubiger und Gesellschaft unter Herausnahme eines Gesellschafters zu entscheiden hatte.¹⁵ Der Senat war der Ansicht, dass es zu keinem Erlass der Schuld der Gesellschaft gekommen wäre, wenn die Vertragspartner gewusst hätten, dass der Gläubiger so seine Forderung insgesamt verlieren würde. Nach Treu und Glauben könne die Gesellschaft nach Aufklärung des Irrtums nicht auf den Vorteil bestehen, da dieser sie einseitig begünstige. Der Erlassvertrag sei „in seinem gesamten Umfang wegen Fehlens der Geschäftsgrundlage gemäß § 242 BGB nichtig“.¹⁶ Zum Zeitpunkt des Urteils war die „Störung der Geschäftsgrundlage“ noch nicht in § 313 BGB kodifiziert.

C. Stellungnahme

I. Relative Unwirksamkeit

1. Drittschutz als Zweck der Inhaltskontrolle

Bei der Ermittlung der passenden Rechtsfolgen ist der Zweck der Inhaltskontrolle von Rechtsgeschäften zu Lasten Dritter entscheidend. Die Privatautonomie der regelnden Parteien ist nur so weit einzuschränken, wie das zum Schutz der negativen Privatautonomie des Dritten notwendig ist. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung soll den bestmöglichen Ausgleich der gegensätzlichen Interessen schaffen. Dieser Richtlinie ist auch auf der Rechtsfolgenseite nachzukommen: Ist es für den Drittschutz wirklich notwendig, dem drittbelastenden Rechtsgeschäft insgesamt die Wirkung zu versagen? Kann der Dritte nicht auch durch *relative Unwirksamkeit*¹⁷ geschützt werden, also indem die Wirkung des Rechtsgeschäfts lediglich ihm gegenüber beschränkt wird?

¹⁴ Das Schrifttum plädiert hingegen überwiegend dafür, den Anspruch des Gläubigers gegenüber dem am Haftungsverzicht unbeteiligten Schädiger auf den Umfang zu beschränken, den dieser im Ausgleichsverhältnis zu den anderen (haftungsprivilegierten) Schädigern trägt, vgl. *Reinicke/Reinicke*, NJW 1954, 1641; *Müller*, Straßenverkehrsrecht, 19. Aufl., 1955, S. 357; *Böhmer*, NJW 1956, 1018; *Prölss*, JuS 1966, 400 (402); *Medicus*, JZ 1967, 398; *Keuk*, AcP 1968, 175 (205 f.); *Thiele*, JuS 1968, 149 (156 f.); *Wacke*, AcP 1970, 42 (68).

¹⁵ *BGH*, Urteil vom 20.4.1967 – II ZR 220/65, NJW 1967, 2155 (2157).

¹⁶ *BGH*, Urteil vom 20.4.1967 – II ZR 220/65, NJW 1967, 2155 (2157).

¹⁷ Ausführlich zum Begriff der relativen Unwirksamkeit (insbesondere im Schuldrecht) *Hübner*, Personale Relativierung der Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften nach dem Schutzzweck der Norm, in: Baumgärtel/Becker/Klingmüller et al. (Hrsg.), Festschrift für Heinz Hübner zum 70. Geburtstag, 1984, S. 487.

Die Antwort darauf liegt nahe: Ob das Rechtsgeschäft weiterhin Wirkung zwischen den Parteien entfaltet, hat keinerlei Auswirkung auf den Dritten. Lediglich die Drittwirkung des Rechtsgeschäfts beeinträchtigt dessen Rechtsposition. Der Drittschutz rechtfertigt deshalb lediglich die *relative* Unwirksamkeit des drittbelastenden Rechtsgeschäfts.¹⁸ Zu diesem Ergebnis kommt auch der BGH in seinen Urteilen zum Haftungsverzicht, dem Garantieschein und der Beweislastumkehr zu Lasten Dritter.¹⁹ Auch er sieht keinen Anlass, die Wirkung des Rechtsgeschäfts im Innenverhältnis zu beschränken.

Zu einer *faktischen* absoluten Unwirksamkeit kann es bei Rechtsgeschäften kommen, die ihrem Inhalt nach nur Wirkung *außerhalb* des Rechtsgeschäfts entfalten. Spricht man ihnen diese (einzige) Wirkung ab, so verlieren sie rein tatsächlich insgesamt ihre Wirksamkeit. Das ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass die Beschränkung nur Drittwirkungen erfasst.

2. Die interessenausgleichende Herabsetzung auf ein angemessenes Maß – eine Ausnahme von der relativen Unwirksamkeit

Wie sich bereits in der Angemessenheitsprüfung angedeutet hat, kann es zu Situationen kommen, in denen die Drittbelastung zwar *erforderlich* ist, jedoch in ihrem Umfang über das Angemessene hinausgeht. Ist die Drittbelastung in derartigen Situationen lediglich auf ein angemessenes Maß zu beschränken oder in vollem Umfang zu versagen? Mit dieser Frage beschäftigte sich auch der BGH in seinem Urteil zum Fangprämienregress. Dem Anliegen, den Dieb nicht mit einer überhöhten Fangprämie zu belasten (550 DM), sei nicht durch die Verneinung des Regresses, sondern durch dessen Begrenzung beizukommen.²⁰

Die Herabsetzung auf ein angemessenes Maß überzeugt vor allem in Situationen wie der privaten Schadensgestaltung: Die Verbandsstrafe mag gegenüber dem Zuschauer unangemessen hoch sein, gegenüber dem Verein ist aber eine gewisse Höhe erforderlich, um Präventivwirkung auszustrahlen. Auch der Ladeninhaber kann verschiedene Interessen haben, eine besonders hohe Fangprämie an sein Ladenpersonal zu versprechen. Denkbar wäre, das Grundgehalt des Mitarbeiters durch Fangprämien zu ergänzen.²¹

¹⁸ Ebenso den Schutzzweck der Norm für die relative Unwirksamkeit bei schuldrechtlichen Rechtsgeschäften als entscheidend betrachtend *Hübner*, Personale Relativierung der Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften nach dem Schutzzweck der Norm, in: Baumgärtel/Becker/Klingmüller et al. (Hrsg.), Festschrift für Heinz Hübner zum 70. Geburtstag, 1984, S. 487 (495).

¹⁹ 7. Kapitel B. I. (S. 138).

²⁰ *BGH*, Urteil vom 6.11.1979 – VI ZR 254/77, NJW 1980, 119 (121).

²¹ Folgt man der hier vertretenen Ansicht, kommt es jedoch zu keiner Herabsetzung von Fangprämien und Verbandsstrafen auf ein angemessenes Maß. Unabhängig vom Umfang sind diese bereits nicht erforderlich, da der legitime Zweck auch durch Ver-

Aus der Sicht der Parteien des Rechtsgeschäfts gibt es zahlreiche interne Gründe, weshalb die private Schadensgestaltung das angemessene Maß im Hinblick auf die Rechtsposition Dritter überschreitet. Es erscheint aber – dem BGH folgend – kaum interessengerecht, die Drittwirkung in derartigen Fällen insgesamt zu versagen. Vielmehr sind erforderliche Rechtsgeschäfte zu Lasten Dritter auf ein angemessenes Maß zu reduzieren, sofern das möglich ist.

II. Wiederherstellung der Vertragsgerechtigkeit durch § 313 BGB

Durch die Beschränkung der Drittwirkung kann es allerdings zu einer einseitigen Belastung *innerhalb* des Rechtsgeschäfts kommen. In derartigen Fällen vertrauen oft beide Parteien darauf, dass das Rechtsgeschäft auch Wirkung gegenüber Dritten entfaltet. Ist nun jedoch – aus Verhältnismäßigkeitsgründen – die Drittwirkung beschränkt, stört das potenziell die Vertragsgerechtigkeit.

Deutlich wird das am Beispiel des Erlassvertrags zwischen Gläubiger und Gesellschaft unter Herausnahme eines Gesellschafters. Der BGH stellte diesbezüglich fest, dass der „Vorbehalt, den Gesellschafter aus einer der Gesellschaft erlassenen Forderung weiter in Anspruch nehmen zu können, [...] dem Gesellschafter gegenüber rechtsunwirksam“²² sei. Er unterscheidet somit auch zwischen der Beschränkung der Drittwirkung des Rechtsgeschäfts aus Gründen des Drittschutzes einerseits (relative Unwirksamkeit) und der Beschränkung der internen Wirkung andererseits (absolute Unwirksamkeit).

In einem zweiten Schritt konstatiert der Senat, dass die Unwirksamkeit des Vorbehalts auch die (absolute) Unwirksamkeit des Erlassvertrags zur Folge habe.²³ Der Irrtum der Vertragsparteien, ein Gesellschafter sei vom Erlass wirksam ausgenommen, sei wesentliche Grundlage des Erlassvertrags.²⁴ Als Folge dieser Störung der Geschäftsgrundlage komme keine Anpassung des Vertrags, sondern lediglich seine (absolute) Unwirksamkeit in Betracht.²⁵

Tatsächlich ist § 313 BGB das passende Instrument, um in derartigen Situationen die Vertragsgerechtigkeit wiederherzustellen.²⁶ Der Tatbestand setzt allerdings eine erhebliche Störung der Vertragsgerechtigkeit voraus. Dazu kann es durch „schwerwiegende“ Veränderungen (§ 313 Abs. 1 BGB) oder „wesentliche“ Irrtümer kommen (§ 313 Abs. 2 BGB). Das Festhalten am unveränderten Vertrag muss dadurch für einen Teil unzumutbar werden, § 313 Abs. 1 BGB.

tragsstrafen (milderes, aber gleich wirksames Mittel) verfolgt werden kann. Vgl. 6. Kapitel E. (S. 135).

²² *BGH*, Urteil vom 20.4.1967 – II ZR 220/65, NJW 1967, 2155 (2157).

²³ *BGH*, Urteil vom 20.4.1967 – II ZR 220/65, NJW 1967, 2155 (2157).

²⁴ *BGH*, Urteil vom 20.4.1967 – II ZR 220/65, NJW 1967, 2155 (2157).

²⁵ *BGH*, Urteil vom 20.4.1967 – II ZR 220/65, NJW 1967, 2155 (2157).

²⁶ *Finkenauer*, in: MüKo-BGB III, 8. Aufl., 2019, § 313 Rn. 2.

1. Gemeinsamer Rechtsirrtum als Geschäftsgrundlage

In Drittbelastungsfällen gehen die Parteien zumeist davon aus, dass ihr Rechtsgeschäft auch Wirkung gegenüber Dritten entfaltet. Ist die Wirkung nun aber aus Gründen des Drittschutzes beschränkt, so irren die Parteien diesbezüglich gleichermaßen und unterliegen einem beidseitigen Rechtsirrtum.²⁷ Dieser Rechtsirrtum muss jedoch auch zur Grundlage des Vertrags geworden sein, § 313 Abs. 2 BGB. Ob tatsächlich ein beidseitiger Rechtsirrtum vorliegt und dieser auch Grundlage des Vertrags geworden ist, lässt sich allerdings nicht pauschal beantworten und bleibt deshalb im Einzelfall zu klären.

2. Unzumutbarkeit des Festhaltens am unveränderten Vertrag

Darüber hinaus muss durch den Rechtsirrtum das Festhalten am Vertrag für eine Partei unzumutbar sein. Im Rahmen der Prüfung der Zumutbarkeit sind die beidseitigen Interessen zu berücksichtigen.²⁸ Diese Abwägung muss sich auf „geschäftsbezogene Interessen“²⁹ beschränken, da sich die Anpassung an den hypothetischen Parteiwillen ohne Rechtsirrtum weitestgehend annähern soll.³⁰ Ob der Vertrag existenzvernichtende Wirkung entfaltet, spielt keine Rolle.³¹

3. Analoge Anwendung des § 313 BGB auf einseitige Rechtsgeschäfte

§ 313 Abs. 1 BGB regelt dem eindeutigen Wortlaut nach nur die Störung der Grundlage eines *Vertrags*. Ob es bei *einseitigen* Rechtsgeschäften zu einer analogen Anwendung kommen kann, ist umstritten.³² Für eine analoge Anwendung bedarf es zunächst einer vergleichbaren Interessenlage. Eine solche liegt dann

²⁷ Der Irrtum der Parteien hinsichtlich der Wirksamkeit des Vorbehalts, einen Gesellschafter vom Erlassvertrag auszuschließen, stellt einen Rechtsirrtum dar, vgl. *Finkenauer*, in: MüKo-BGB III, 8. Aufl., 2019, § 313 Rn. 285. Das gilt für relativ unwirksame Rechtsgeschäfte zu Lasten Dritter allgemein.

²⁸ *Finkenauer*, in: MüKo-BGB III, 8. Aufl., 2019, § 313 Rn. 77.

²⁹ *S. Martens*, in: BeckOGK BGB, 2021, § 313 Rn. 119.

³⁰ *Lorenz*, in: BeckOK BGB, 59. Aufl., 2021, § 313 Rn. 31; *Finkenauer*, in: MüKo-BGB III, 8. Aufl., 2019, § 313 Rn. 77.

³¹ *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl., 2016, Rn. 871; *S. Martens*, in: BeckOGK BGB, 2021, § 313 Rn. 119.1; *Finkenauer*, in: MüKo-BGB III, 8. Aufl., 2019, § 313 Rn. 77.

³² Für die analoge Anwendung *S. Martens*, in: BeckOGK BGB, 2021, § 313 Rn. 42–45.1; *Finkenauer*, in: MüKo-BGB III, 8. Aufl., 2019, § 313 Rn. 50; *Pfeiffer*, in: jurisPK-BGB, 9. Aufl., 2020, § 313 Rn. 95; *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., 1997, S. 720.

Gegen eine analoge Anwendung *BGH*, Urteil vom 20.11.1969 – III ZR 93/69, NJW 1970, 1418 (1420); *BGH*, Urteil vom 25.11.1992 – IV ZR 147/91, NJW 1993, 850; *Stadler*, in: Jauernig BGB, 18. Aufl., 2021, § 313 Rn. 6; *Grüneberg*, in: Palandt, 80. Aufl., 2021, § 313 Rn. 8. Die Frage offenlassend *BAG*, Urteil vom 6.2.1992 – 2 AZR 408/91, NJW 1992, 2173 (2175).

vor, wenn die Parteien *einvernehmlich* die Regelung über ein einseitiges Rechtsgeschäft vornehmen, obwohl dieselbe Regelung auch über einen Vertrag möglich gewesen wäre.³³ In derartigen Fällen, in denen das einseitige Rechtsgeschäft sich lediglich formal vom Vertragsverhältnis unterscheidet, liegt eine vergleichbare Interessenlage vor. Zudem ist eine Regelungslücke erforderlich. Eine Regelungslücke liegt nicht vor, wenn es bereits Spezialvorschriften gibt. Dem ist beispielsweise im Erbrecht so: § 2078 Abs. 2 BGB.³⁴

Gibt es keine Spezialvorschriften und ist die Interessenlage vergleichbar, so ist § 313 BGB analog anwendbar. Das gilt beispielsweise für die Auslobung der Fangprämie, da diese zumeist einvernehmlich und anstelle einer vertraglichen Vereinbarung erfolgt.

4. Rechtsfolgen

Liegen die soeben genannten Voraussetzungen vor, kann der „benachteiligte Teil“ die Anpassung des Vertrags verlangen, § 313 Abs. 1 BGB. Wenn das unmöglich oder unzumutbar ist, kann er vom Vertrag zurücktreten bzw. diesen kündigen, § 313 Abs. 3 BGB.

8. Kapitel

Rechtsfolgen für unverhältnismäßige private Schadensgestaltungen

A. Relative Unwirksamkeit aller privaten Schadensgestaltungen

Wie das vorstehende Kapitel gezeigt hat, sind unverhältnismäßige Drittbelastungen grundsätzlich relativ unwirksam.³⁵ Davon sind einzig erforderliche Drittbelastungen ausgenommen, die zwar unangemessen sind, sich jedoch auf ein angemessenes Maß herabsetzen lassen.³⁶ Die in dieser Arbeit behandelten privaten Schadensgestaltung beeinträchtigen allesamt die Rechtsposition des Dritten in unverhältnismäßiger Weise. Sie sind nach der hier vertretenen Auffassung bereits nicht erforderlich, um den jeweils verfolgten Zweck zu erreichen.³⁷ Demnach sind alle privaten Schadensgestaltungen relativ, also gegenüber dem Dritten, unwirksam.

³³ Pfeiffer, in: jurisPK-BGB, 9. Aufl., 2020, § 313 Rn. 95; S. Martens, in: BeckOGK BGB, 2021, § 313 Rn. 44; Finkenauer, in: MüKo-BGB III, 8. Aufl., 2019, § 313 Rn. 50.

³⁴ S. Martens, in: BeckOGK BGB, 2021, § 313 Rn. 45.

³⁵ 7. Kapitel C.I.1. (S. 139).

³⁶ 7. Kapitel C.I.2. (S. 140).

³⁷ 6. Kapitel C. (S. 116 ff.).

B. Störung der privaten Schadensgestaltung als Geschäftsgrundlage

Der BGH geht grundsätzlich von der Wirksamkeit privater Schadensgestaltungen aus – insbesondere im Verhältnis zu Dritten. Lediglich bei der Fangprämie begrenzt er deren relative Wirksamkeit gegenüber dem Ladendieb auf einen „angemessenen Umfang“. Aktuell stimmt die Vorstellung der Parteien, ihre private Schadensgestaltung erzeuge auch gegenüber Dritten Wirkung, demnach – ausgehend von der Rechtsprechung des BGH – mit der Rechtslage überein. Anders ist dies auf Grundlage des hier vertretenen Ansatzes, wonach Fangprämien, Vertrags- und Verbandsstrafen nicht erforderlich zur jeweiligen Zweckerreichung und deshalb relativ unwirksam sind.

Falls sich der BGH wider Erwarten von seiner bisherigen Rechtsprechung abwenden und privaten Schadensgestaltungen die Wirkung gegenüber Dritten absprechen sollte, hätte das regelmäßig einen Rechtsirrtum der Parteien zur Folge, § 313 Abs. 2 BGB. Immerhin gehen die Parteien meist davon aus, dass ihre private Schadensgestaltung auch Wirkung gegenüber Dritten entfaltet.

Es ist aber bereits zweifelhaft, ob dieser Rechtsirrtum überhaupt Grundlage des Rechtsgeschäfts geworden ist. Im Hinblick auf Fangprämien und Vertragsstrafen in Bauverträgen ist davon auszugehen, dass die Parteien das Rechtsgeschäft mit demselben Inhalt vorgenommen hätten. Bei der Vereinbarung der Verbandsstrafe lässt sich daran jedoch zweifeln. Verband und Vereine verfolgen damit mitunter die „täterorientierte Sanktionierung“.³⁸ Sie nehmen die Regelung somit auch deshalb vor, weil sie sich dadurch einen Regressanspruch gegenüber den Zuschauern versprechen. Der Rechtsirrtum über die auch relative Wirksamkeit der privaten Schadensgestaltung wurde somit zur Grundlage des Vertrags.

Weiter müsste das Festhalten am unveränderten Vertrag für den Verein unzumutbar sein. Die hohe finanzielle Belastung aufgrund der Verbandsstrafe im Innenverhältnis und der weggefallenen Regressmöglichkeit darf dabei zu keinem vorschnellen Schluss führen. Es gilt zu beachten, dass der Zuschauerregress ohnehin in vielen Fällen mangels erfolgreicher „Täterermittlung“ ausbleibt. Eine gewisse Regresslücke ist demnach von Anfang an Teil der Risikoverteilung. Das Festhalten am Vertrag ist für den Verein deshalb in der Regel zumutbar.³⁹

Selbst bei einer hypothetischen Änderung der Rechtsprechung, die zu einem vergleichbaren Ergebnis gelangt wie der hier entwickelte Ansatz, kommt es

³⁸ 9-Punkte-Papier des DFB.

³⁹ Auch nach *Prütting/Kniepert*, ZfPW 2017, 458 (474) Fn. 109 widerspricht die absolute Unwirksamkeit dem Willen der Vertragsparteien: „Entgegen dem Gedanken des § 139 BGB ist davon auszugehen, dass Verein und Verband im Falle der Unzulässigkeit der Belastung des Fans jedenfalls das eigene Vertragsverhältnis fortbestehen lassen wollten.“

höchstens in Ausnahmefällen zur Störung der Geschäftsgrundlage. Im Innenverhältnis bleibt die Wirkung des Rechtsgeschäfts somit regelmäßig bestehen.

C. Auswirkungen auf die Schadensersatzprüfung

Zuletzt bleibt zu klären, wie sich die relative Unwirksamkeit der privaten Schadensgestaltungen auf die Schadensersatzprüfung auswirkt.⁴⁰ Da die relative Unwirksamkeit in der Regel keine Auswirkung auf das Innenverhältnis hat,⁴¹ ist der Ansatz von Nees abzulehnen, nach dem die Drittbelastung durch einen Anspruch gegenüber dem vermeintlich ungerechtfertigt bereicherten Verband auszugleichen ist.⁴² Schließlich ist die Bereicherung des Verbands gerechtfertigt, da die Verbandsstrafe im Innenverhältnis Bestand hat.

Nach Prütting und Kniepert ist das Problem der Drittbelastung der Verbandsstrafe innerhalb des Punktes „Schutzzweckzusammenhang“ zu thematisieren.⁴³ Für die Autoren folgt das daraus, dass normative Verhaltenspflichten keine Schäden vermeiden sollen, die auf Konstruktionen basieren, die dem Vertrag zu Lasten Dritter zumindest gleichzustellen sind.⁴⁴

Es überzeugt allerdings nicht, diese Problematik erst unter dem Schutzzweck der Norm zu behandeln. Private Schadensgestaltungen sind als Rechtsgeschäfte zu Lasten Dritter einzustufen.⁴⁵ Als solche entfalten sie nur Wirkung gegenüber Dritten, insoweit sie diesen gegenüber verhältnismäßig sind.⁴⁶ Eine unverhältnismäßige private Schadensgestaltung (oder der unverhältnismäßige Teil derselben) ist relativ, also dem Schädiger gegenüber, unwirksam und kann deshalb bereits keinen *ersatzfähigen Schaden* darstellen.⁴⁷ Die „Ersatzfähigkeit“ des Schadens verkörpert den passenden Anknüpfungspunkt für eine mögliche (höhenmäßige) Beschränkung des Regressumfangs:⁴⁸ Nur der angemessene Teil einer erforderlichen privaten Schadensgestaltung ist ein ersatzfähiger Schaden.⁴⁹ Die Ablehnung des ersatzfähigen Schadens setzt zudem ein klares Zeichen für den Drittschutz.

⁴⁰ Dazu bereits kurz oben 2. Kapitel B. II. (S. 47 ff.).

⁴¹ 8. Kapitel B. (S. 144).

⁴² Nees, Der Verbandsstrafenregress im Nachgang an störendes Zuschauerverhalten, 2018, S. 183–194.

⁴³ Prütting/Kniepert, ZfPW 2017, 458 (472).

⁴⁴ Prütting/Kniepert, ZfPW 2017, 458 (472).

⁴⁵ 4. Kapitel E. (S. 94).

⁴⁶ 8. Kapitel (S. 143).

⁴⁷ So schon bezogen auf die Verbandsstrafe S. Martens, NJW 2016, 3691 (3694).

⁴⁸ Zur Herabsetzung auf ein angemessenes Maß oben 7. Kapitel C. I. 2. (S. 140).

⁴⁹ Nach der hier vertretenen Auffassung sind alle untersuchten privaten Schadensgestaltungen schon nicht erforderlich zur Zweckerreichung. Zur (hypothetischen) Angemessenheitsprüfung von Fangprämien und Verbandsstrafen vgl. 6. Kapitel D. II. (S. 132).

Eine relativ unwirksame private Schadensgestaltung (oder der relativ unwirksame Teil einer solchen) verkörpert demnach keinen ersatzfähigen Schaden des Geschädigten. Fangprämien, Vertrags- und Verbandsstrafen stellen somit schon keinen ersatzfähigen Schaden dar. Ladeninhaber, Hauptunternehmer und Vereine bleiben jedoch keinesfalls ohne Handhabe. Sie können anstelle der privaten Schadensgestaltung auf Vertragsstrafen zurückgreifen, um die bezweckte Wirkung gegenüber Ladendieben, Subunternehmern und Zuschauern zu erreichen. Wie sich gezeigt hat, ist die Vertragsstrafe in ihrer Wirksamkeit durchaus mit der privaten Schadensgestaltung vergleichbar.

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

1. Ein Schaden wird dann privat gestaltet, wenn es kein tatsächliches Ereignis, sondern ein *Rechtsgeschäft* ist, das den Schadensposten schafft oder erhöht.¹ Da sich die Untersuchung der privaten Schadensgestaltung als *Drittbelastung* widmet, umfasst der dieser Arbeit zugrunde liegende Begriff nur solche Rechtsgeschäfte, die den Dritten *typischerweise* belasten.² Derartige Rechtsgeschäfte knüpfen regelmäßig einerseits an das (potenzielle) Fehlverhalten eines Dritten an und setzen andererseits kein *eigenes* Verschulden des Geschädigten voraus. Diese Voraussetzungen liegen bei Fangprämien, Verbandsstrafen und Vertragsstrafen im Baugewerbe vor.

2. Schadensrechtliche Mechanismen wie die Adäquanztheorie, der Zurechnungszusammenhang und der Mitverschuldensgrundsatz schützen den Dritten nur unzureichend vor privater Schadensgestaltung.³ Aus diesem Grund ist eine *vorgelagerte Kontrolle* des Rechtsgeschäfts notwendig, die sich auf die allgemeinen Grundsätze der Privatautonomie und der Relativität der Schuldverhältnisse stützt.⁴ Schließlich lassen sich Freiheitsrechte und die Trennung unterschiedlicher schuldrechtlicher Sphären nicht nur in eine Richtung, also zugunsten der regelnden Parteien denken. Sie dienen auch dem Drittschutz.

3. Im Zusammenhang mit der Kontrolle drittbelastender Rechtsgeschäfte ist lediglich zwischen rein faktischen Drittbelastungen und Beeinträchtigungen der Rechtsposition des Dritten zu unterscheiden. Eine weitere Kategorisierung der rechtlich (und nicht rein faktisch) relevanten Drittbelastungen ist abzulehnen. Abgesehen von der erheblichen Rechtsunsicherheit, die damit einhergeht, gibt es inhaltlich keine überzeugenden Gründe für eine weitere Unterscheidung.⁵

4. Zudem ist die Kontrolle nicht auf drittbelastende Verträge zu beschränken, sondern auch auf einseitige schuldrechtliche Rechtsgeschäfte zu erweitern, von denen in gleicher Weise Drittbelastungen ausgehen können.⁶ Alle Rechtsgeschäfte, die die Rechtsposition eines Dritten beeinträchtigen, sind gemeinsam unter dem Begriff des *Rechtsgeschäfts zu Lasten Dritter* zu behandeln. Da die private Schadensgestaltung das Tatbestandsmerkmal des Schadens der jeweiligen

¹ 1. Kapitel A. (S. 26 f.).

² 1. Kapitel B. (S. 26 ff.).

³ 2. Kapitel (S. 28 ff.).

⁴ 3. Kapitel (S. 51 ff.).

⁵ 4. Kapitel C.V.1. (S. 78 ff.).

⁶ 4. Kapitel C.V.2. (S. 90 ff.).

Norm modifiziert und den Dritten dadurch in seiner Rechtsposition beeinträchtigt, stellt sie ein Rechtsgeschäft zu Lasten Dritter dar.⁷

5. Da weder dem Regelungs- noch dem Drittinteresse genereller Vorrang zukommt, sind Rechtsgeschäfte zu Lasten Dritter keinesfalls pauschal unwirksam, sondern zunächst einer Inhaltskontrolle zu unterziehen. Die Inhaltskontrolle ist anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durchzuführen, dessen Anwendung sich aus den systemimmanenten Schranken der Privatautonomie ergibt.⁸ Da das Rechtsgeschäft den Dritten ohne seine Zustimmung beeinträchtigt, hat es heteronomen Charakter und ähnelt (rein faktisch) einem staatlichen Grundrechtseingriff. Für die Inhaltskontrolle bietet sich deshalb die aus dem öffentlichen Recht bekannte *Grundstruktur* des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes an.⁹

6. Fangprämien, Vertrags- und Verbandsstrafen sind bereits nicht *erforderlich*, um den jeweils von den Parteien verfolgten Regelungszweck gegenüber dem Dritten zu erreichen. Den regelnden Parteien steht mit der Vereinbarung einer Vertragsstrafe ein milderes, aber gleich wirksames Mittel zur Verfügung.¹⁰ Lediglich gegenüber nicht voll Geschäftsfähigen ist die Vereinbarung einer Vertragsstrafe regelmäßig unmöglich. In diesem Fall sind Verbandsstrafen und Fangprämien zur Zweckerreichung zwar erforderlich, aber *unangemessen*.¹¹

7. *Unverhältnismäßige* Rechtsgeschäfte zu Lasten Dritter sind nicht *absolut*, sondern lediglich *relativ* unwirksam. Sie entfalten demnach zwar keine belastende Wirkung gegenüber Dritten, gegenüber den am Rechtsgeschäft Beteiligten bleibt die Wirkung allerdings grundsätzlich unbeschränkt.¹² Führt die relative Unwirksamkeit zu einer einseitigen Belastung innerhalb des Rechtsgeschäfts, so kann zur Wiederherstellung der Vertragsgerechtigkeit auf § 313 BGB zurückgegriffen werden.¹³

8. Die private Schadensgestaltung ist in der Folge *relativ unwirksam*.¹⁴ Eine daraus entstehende Störung der Geschäftsgrundlage kann aber ausgeschlossen werden. Im Innenverhältnis bleibt die Wirkung von Fangprämien, Vertrags- und Verbandsstrafen somit weiter bestehen.¹⁵ Aufgrund der relativen Unwirksamkeit fehlt es am ersatzfähigen Schaden der Ladeninhaber, Hauptunternehmer und Vereine. Sie können deshalb keinen Ersatz ihrer privat gestalteten Schäden verlangen.¹⁶

⁷ 4. Kapitel E. (S. 94).

⁸ 5. Kapitel E. II. (S. 109 ff.).

⁹ 5. Kapitel F. (S. 111 f.).

¹⁰ 6. Kapitel C. (S. 116 ff.).

¹¹ 6. Kapitel D. I. (S. 132 f.).

¹² 7. Kapitel C. I. (S. 139 f.).

¹³ 7. Kapitel C. II. (S. 141 ff.).

¹⁴ 8. Kapitel A. (S. 143).

¹⁵ 8. Kapitel B. (S. 144 f.).

¹⁶ 8. Kapitel C. (S. 145).

Literaturverzeichnis

- Alexy*, Robert: Theorie der Grundrechte, Frankfurt am Main, 1986.
- Bagger*, Tim/*Kober*, Sebastian: Feuerwerkskörper im Fußballstadion, Die Zivilrechtliche Haftung „zündelnder Fans“, JM 2015, S. 360–364.
- Bettermann*, Karl August: Verpflichtungsermächtigung und Vertrag zu Lasten Dritter, JZ 1951, S. 321–326.
- Bettermann*, Karl August: Legislative ohne Posttarifhoheit, Beiträge zu Art. 80 Grundgesetz, Berlin/Frankfurt am Main, 1967.
- Bieberstein*, Wolfgang von: Reflexschäden und Regreßrechte, Die Ersatzansprüche Dritter bei mittelbaren Vermögensschäden infolge vertraglicher und ähnlicher Beziehungen zum Verletzten, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, 1967.
- Biedenkopf*, Kurt H.: Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung, Die Ausschließlichkeitsbindung als Beispiel, Heidelberg, 1958.
- Bieder*, Marcus: Das ungeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip als Schranke privater Rechtsausübung, München, 2007.
- Böhmer*, Emil: Welchen Einfluß hat der Haftungsverzicht des Kraftfahrzeuginsassen auf den Schadensausgleich nach § 17 StVG, NJW 1956, 1018.
- Braun*, Johann: Vertragsstrafvereinbarung durch Betreten der Geschäftsräume, Bemerkungen zu einem Urteil des AG Schöneberg, MDR 1975, S. 629–632.
- Braun*, Johann/*Spiess*, Pirmin: Fangprämien für Ladendiebe als Rechtsproblem, MDR 1978, S. 356–361.
- Brox*, Hans: Fragen der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, JZ 1966, S. 761–767.
- Brox*, Hans/*Walker*, Wolf-Dietrich: Erbrecht, 28. Aufl., München, 2018.
- Bydlinski*, Franz: Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, Wien/New York, 1967.
- Canaris*, Claus-Wilhelm: Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht, JZ 1987, S. 993–1004.
- Canaris*, Claus-Wilhelm: Zivilrechtliche Probleme des Warenhausdiebstahls, NJW 1974, S. 521–528.
- Canaris*, Claus-Wilhelm: Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, JuS 1989, S. 161–172.
- Christenser*, Ralph/*Lerch*, Kent D.: Dass das Ganze das Wahre ist, ist nicht ganz unwahr, JZ 2007, S. 438–444.
- Deutsch*, Erwin: Zum Schadensersatz bei Ladendiebstahl, JZ 1980, S. 102–103.

- Deutsch*, Erwin: Gutachten E, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des einundfünfzigsten Deutschen Juristentages, Band I (Gutachten), München, 1976, S. 1–95.
- Diersch*, Thomas: Die Fangprämie beim Ladendiebstahl, Eine Sanktion zwischen Straf- und Zivilrecht, Frankfurt am Main, 2000.
- Dieterich*, Thomas: Rezension von Hanaus „Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht“, RdA 2006, S. 62–63.
- Dieterich*, Thomas: Rezension von Rupperts „Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts“, RdA 2003, S. 60–61.
- Epping*, Volker/*Hillgruber*, Christian: Beck’scher Online-Kommentar Grundgesetz, 48. Aufl., München, 2021.
- Fastrich*, Lorenz: Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, München, 1992.
- Flume*, Werner: Rechtsgeschäfte und Privatautonomie, in: Caemmerer, Ernst von/Friesenhahn, Ernst/Lange, Richard (Hrsg.), Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860–1960, Karlsruhe, 1960, S. 135–195.
- Flume*, Werner: Die Nachfolge in die Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft beim Tode eines Gesellschafters, in: Fischer, Robert/Hefermehl, Wolfgang (Hrsg.), Gesellschaftsrecht und Unternehmensrecht, Festschrift für Wolfgang Schilling zum 65. Geburtstag, Berlin/Boston, 1973, S. 23–69.
- Flume*, Werner: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., Berlin, 1992.
- Genz*, Manfred: Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen, NJW 1968, S. 1600–1607.
- Gerlach*, Jens/*Manzke*, Simon: Verschuldensunabhängige Verbandsstrafen im Profifußball und ihre Verlagerung auf Störer und Zuschauer, Teil 1: Schuldrechtliche Bewertung, SpuRt 2020, S. 282–289.
- Gerlach*, Jens/*Manzke*, Simon: Verschuldensunabhängige Verbandsstrafen im Profifußball und ihre Verlagerung auf Störer und Zuschauer, Teil 2: Reformvorschläge, SpuRt 2021, S. 2–5.
- Golombek*, Lisa: Die Inhaltskontrolle von Vertragsstrafen für Verzögerungen am Bau, Berlin, 2018.
- Grabitz*, Eberhardt: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 1973, S. 568–616.
- Graf von Westphalen*, Friedrich/*Thüsing*, Gregor: Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 46. Aufl., München, 2020.
- Grundmann*, Stefan/*Renner*, Moritz: Vertrag und Dritter – zwischen Privatrecht und Regulierung, JZ 2013, S. 379–389.
- Grunewald*, Barbara: Die Abwälzung von Bußgeldern, Verbands- und Vertragsstrafen im Wege des Regresses, NZG 2016, S. 1121–1124.
- Gsell*, Beate/*Krüger*, Wolfgang/*Lorenz*, Stephan/*Reymann*, Christoph: beck-online. GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht, Bürgerliches Gesetzbuch, 2021.

- Habersack*, Mathias: Vertragsfreiheit und Drittinteressen, Eine Untersuchung zu den Schranken der Privatautonomie unter besonderer Berücksichtigung der Fälle typischerweise gestörter Vertragsparität, Berlin, 1992.
- Hager*, Johannes: Das Mitverschulden von Hilfspersonen und gesetzlichen Vertretern des Geschädigten, NJW 1989, S. 1640–1647.
- Hagmann*, Hanns Harald: Der Umfang der Ersatzpflicht des Ladendiebes, JZ 1978, S. 133–137.
- Hanau*, Hans: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, Zu Herleitung und Struktur einer Angemessenheitskontrolle von Verfassungen wegen, Tübingen, 2004.
- Harder*, Manfred: Minderjährige Schwarzfahrer, NJW 1990, S. 857–864.
- Hau*, Wolfgang/*Poseck*, Roman: Beck'scher Online-Kommentar BGB, 59. Aufl., München, 2021.
- Heermann*, Peter W.: Verbandsautonomie im Verhältnis gegenüber Dritten – Kein Spiel ohne (kartell-)rechtliche Grenzen, ZWeR 2017, S. 24–49.
- Heermann*, Peter W.: Haftung des spielstörenden Zuschauers für eine dem Verein auferlegte Geldstrafe, Anmerkung zum BGH-Urteil vom 9.11.2017 – VII ZR 62/17, NJW 2018, S. 396.
- Heermann*, Peter W.: Inhaltskontrolle von § 9a DFB-RuVO i.V.m. dem „9-Punkte-Papier“, Zum Regress der vom DFB mit Verbandsstrafen belegten Fußballclubs bei störenden Zuschauern, in: Huber, Christian/Danzl, Karl-Heinz/Dauner-Lieb, Barbara (Hrsg.), Deutsches, österreichisches und internationales Schadensersatzrecht, Festschrift für Christian Huber, München, 2020, S. 159–168.
- Henke*, Horst-Eberhard: Die sog. Relativität des Schuldverhältnisses, Wie relativ ist eigentlich das Band zwischen Gläubiger und Schuldner, Berlin, 1989.
- Herberger*, Maximilian/*Martinek*, Michael/*Rußmann*, Helmut/*Weth*, Stephan: Juris Praxiskommentar BGB, 9. Aufl., Saarbrücken, 2020.
- Hesse*, Konrad: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg, 1995.
- Hirschberg*, Lothar: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Göttingen, 1981.
- Hübner*, Ulrich: Personale Relativierung der Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften nach dem Schutzzweck der Norm, in: Baumgärtel, Gottfried/Becker, Hans-Jürgen/Klingmüller, Ernst u. a. (Hrsg.), Festschrift für Heinz Hübner zum 70. Geburtstag, Berlin/Boston, 1984, S. 487–503.
- Jauernig*, Othmar/*Berger*, Christian/*Budzikiewicz*, Christine/*Mansel*, Heinz-Peter et al.: Bürgerliches Gesetzbuch, Mit Rom-I-, Rom-II-VO, EuUnthVO/HUUnthProt und EuErbVO: Kommentar, 18. Aufl., München, 2021.
- Katzenstein*, Matthias: Haftungsbeschränkungen zugunsten und zulasten Dritter, Zugleich ein Beitrag zur Systematik des Schadenshaftungsrechts, Berlin, 2004.
- Keuk*, Brigitte: Die Solidarhaftung der Nebentäter, AcP 1968, S. 175–206.

- Klatt, Matthias/Meister, Moritz*: Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip, *Der Staat* 2012, S. 159–188.
- Klein, Andreas*: Haftungsbeschränkungen zugunsten und zu Lasten Dritter und ihre Behandlung in der Schuldrechtsreform, *JZ* 1997, S. 390–397.
- Kober, Sebastian Alexander*: Pyrotechnik in deutschen Fußballstadien, Eine zivil-, straf- und verwaltungsrechtliche Würdigung, 1. Aufl., Baden-Baden, 2015.
- Kramer, Helmut*: Willkürliche oder kontrollierte Warenhausjustiz, *NJW* 1976, S. 1607–1615.
- Lange, Hermann/Schiemann, Gottfried/Gernhuber, Joachim*: Schadensersatz, 3. Aufl., Tübingen, 2003.
- Lange, Richard*: Privilegierung des Ladendiebes, *JR* 1976, S. 177–183.
- Larenz, Karl/Wolf, Manfred*: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., München, 1997.
- Leisner, Walter*: „Abwägung überall“ – Gefahr für den Rechtsstaat, *NJW* 1997, S. 636–639.
- Lerche, Peter*: Übermaß und Verfassungsrecht, Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit, 2. Aufl., Goldbach, 1999.
- Looschelders, Dirk/Makowsky, Mark*: Relativität des Schuldverhältnisses und Rechtsstellung Dritter, *JA* 2012, S. 721–728.
- Lorenz, Stephan*: Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, Eine Untersuchung von Möglichkeiten und Grenzen der Abschlußkontrolle im geltenden Recht, München, 1997.
- Lüke, Gerhard/Walendy, Heinz*: Zum Liquidationsrecht der leitenden Krankenhausärzte, *JZ* 1977, S. 657–663.
- Martens, Klaus-Peter*: Anmerkung zum BAG Urteil vom 30. 4. 1971 – 3 AZR 259/70, *SAE* 1972, S. 93–104.
- Martens, Klaus-Peter*: Rechtsgeschäft und Drittinteressen, *AcP* 1977, S. 113–188.
- Martens, Sebastian*: Verbandsstrafen für Fußballfans, *NJW* 2016, S. 3691–3694.
- Mäsch, Gerald*: Regress eines Fußballvereins für auferlegte Verbandsstrafe beim störenden Zuschauer, *JuS* 2017, S. 261–264.
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter*: Grundgesetz Kommentar, 94. Aufl., München, 2021.
- Medicus, Dieter*: Haftungsbefreiung und Gesamtschuldnerausgleich: Zum Referententwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadensersatzrechtlicher Vorschriften, *JZ* 1967, S. 398–402.
- Medicus, Dieter*: Durchblick: Drittbeziehungen im Schuldverhältnis, *JuS* 1974, S. 613–622.
- Medicus, Dieter*: Probleme um das Schuldverhältnis, Berlin/New York, 1987.
- Medicus, Dieter*: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht, *AcP* 1992, S. 35–70.

- Medicus*, Dieter: Entscheidungen des BGH als Marksteine für die Entwicklung des allgemeinen Zivilrechts, NJW 2000, S. 2921.
- Medicus*, Dieter/*Petersen*, Jens: Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl., Heidelberg, 2016.
- Meier*, Gert: Betrug gegenüber Ladendieben, Anmerkung zu OLG Koblenz, Urteil vom 13.11.1975 – 1 Ss 199/75, NJW 1976, S. 584.
- Mestmäcker*, Ernst-Joachim: Über das Verhältnis des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen zum Privatrecht, AcP 1968, S. 235–262.
- Meurer*, Dieter: Die Bekämpfung des Ladendiebstahls, Wirtschaftlich-rechtliche Erwägungen und Daten zur kriminalpolitischen Situation, 1. Aufl., Berlin, 1976.
- Mommsen*, Friedrich: Beiträge zum Obligationsrecht II, Die Lehre vom Interesse, Kritische Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft 1855, S. 552–563.
- Müller*, Bernd: Schadensersatz wegen Vorsorgekosten beim Ladendiebstahl, NJW 1973, S. 358–359.
- Müller*, Fritz: Straßenverkehrsrecht, 19. Aufl., Berlin/Boston, 1955.
- Müller-Eiselt*, Peter Gerrit: Die Gewährleistung der Sicherheit bei Fußballspielen, Eine rechtliche Analyse unter besonderer Berücksichtigung des DFL-Sicherheitskonzepts „Stadionerlebnis“, 1. Auflage, Baden-Baden, 2015.
- Musielak*, Hans-Joachim: Vertragsfreiheit und ihre Grenzen, JuS 2017, S. 949–954.
- Nees*, Thorsten: Der Verbandsstrafenregress im Nachgang an störendes Zuschauerverhalten, Eine kritische Überprüfung der Ingressnahme des störenden Zuschauers durch den mit einer verbandsgerichtlichen Geldstrafe belegten Fußballverein, Baden-Baden, 2019.
- Otting*, Nils/*Thelen*, Martin: Meine Liebe, mein Verein, meine Haftung: Die Weiterleitung privater Geldstrafen von Fußballvereinen an Zuschauer, JURA 2017, S. 380–390.
- Palandt*, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch, 80. Aufl., München, 2021.
- Paulus*, Christoph/*Zenker*, Wolfgang: Grenzen der Privatautonomie, JuS 2001, S. 1–9.
- Petersen*, Jens: Die Privatautonomie und ihre Grenzen, JURA 2011, S. 184–186.
- Petersen*, Niels: Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle, Eine rechtsempirische Studie verfassungsrechtlicher Rechtsprechung zu den Freiheitsgrundrechten, Tübingen, 2015.
- Pfeiffer*, Thomas/*Soergel*, Hans Theodor/*Siebert*, Wolfgang: Bürgerliches Gesetzbuch, Mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 13. Aufl., Stuttgart, 2010.
- Pfister*, Bernhard: Kein Regress des Vereins gegen Fans wegen einer Verbandsstrafe, SpuRt 2014, S. 10–14.
- Pommerening*, Patrick: Teures „Vergnügen“? – Der Regress des Vereins beim Stadionbesucher nach Verhängung einer Verbandsstrafe, SpuRt 2012, S. 187–191.
- Preis*, Ulrich: Verhältnismäßigkeit und Privatrechtsordnung, in: Hanau, Peter (Hrsg.), Richterliches Arbeitsrecht, Festschrift für Thomas Dieterich zum 65. Geburtstag, München, 1999, S. 429–462.

- Prölss*, Jürgen: Haftungsausschluß und Schadensausgleich – BGHZ 35, 317, JuS 1966, S. 400–403.
- Prütting*, Jens/*Kniepert*, Cornelius: Transformation einer Verbandsstrafe in einen Schadensersatz – Unzulässige Verbindung zweier Haftungssysteme, ZfPW 2017, S. 458–474.
- Raik*, Werner: Subjektives Recht, in: Weber, Klaus (Hrsg.), Creifelds, Rechtswörterbuch, 24. Aufl., 2020.
- Raiser*, Ludwig: Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, S. 1–8.
- Reimer*, Philipp: Verhältnismäßigkeit im Verfassungsrecht, ein heterogenes Konzept, in: Jestaedt, Matthias/Lepsius, Oliver (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit, Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts, Tübingen, 2015, S. 60–76.
- Reinicke*, G./*Reinicke*, D.: Schadensausgleich zwischen Gesamtschuldnern, NJW 1954, S. 1641.
- Rennen*, Günter: Setzt die Erstattungsfähigkeit von Prozeßkosten (insbes. Detektivkosten) ihre Angemessenheit voraus, MDR 1972, S. 13–14.
- Rieble*, Volker: Der schadensrechtliche Vertragsstrafenregreß gegenüber dem Erfüllungsgeld, Zugleich Besprechung des Urteils des OLG Dresden vom 7.11.1996 – 7 U 1318/96, DB 1997, S. 1165–1169.
- Riehm*, Thomas: BGH: Schadensersatz wegen des Zündens eines Knallkörpers im Fußballstadion, LMK 2016, S. 384429.
- Rodemann*, Tobias: Die Vertragsstrafe im Bauvertrag, MDR 2002, S. 1357–1358.
- Roquette*, Andreas/*Laumann*, Nino: AGB-Vertragsstrafen dürfen 5% der Auftragssumme nicht überschreiten – Vertrauensschutz für Altfälle orientiert sich an der Auftragssumme, Besprechung des BGH-Urteils vom 23.1.2003 – VII ZR 210/01, BauR 2003, S. 1271–1274.
- Roth*, Andreas: Zur Problematik des Vertrags zu Lasten Dritter, in: Häuser, Franz/Hammen, Horst/Hennrichs, Joachim u. a. (Hrsg.), Festschrift für Walther Hadding zum 70. Geburtstag, Berlin, 2004, S. 253–270.
- Ruffert*, Matthias: Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtswirkung des Grundgesetzes, 1. Aufl., Tübingen, 2001.
- Sachs*, Michael: Die relevanten Grundrechtsbeeinträchtigungen, JuS 1995, S. 303–307.
- Säcker*, Franz Jürgen: Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, Rechtsquellen- und interpretationstheoretische Bemerkungen zur legislativen und judikativen Konkretisierung des Art. 9 Abs. 3 GG, Düsseldorf, 1969.
- Säcker*, Franz Jürgen: Gesellschaftsvertragliche und erbrechtliche Nachfolge in Gesamthandsmitgliedschaften, Bad Homburg/Berlin/Zürich, 1970.
- Säcker*, Franz Jürgen/*Rixecker*, Roland/*Oetker*, Hartmut/*Limperg*, Bettina: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil I, 8. Aufl., München, 2019.

- Säcker*, Franz Jürgen/*Rixecker*, Roland/*Oetker*, Hartmut/*Limperg*, Bettina: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3: Schuldrecht Allgemeiner Teil II, 8. Aufl., München, 2019.
- Säcker*, Franz Jürgen/*Rixecker*, Roland/*Oetker*, Hartmut/*Limperg*, Bettina: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6: Schuldrecht Besonderer Teil III, 8. Aufl., München, 2020.
- Säcker*, Franz Jürgen/*Rixecker*, Roland/*Oetker*, Hartmut/*Limperg*, Bettina: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7: Schuldrecht Besonderer Teil IV, 8. Aufl., München, 2020.
- Salje*, Peter: Der Vertrag zu Lasten Dritter im Sozialrecht, NZA 1990, S. 299–304.
- Scheuch*, Alexander: Haftungsrechtliche Problemkreise beim Abwälzen von Verbandsstrafen auf störende Stadionbesucher, RW 2015, S. 439–465.
- Scheuch*, Alexander: Verbandsstrafenregress gegen störende Stadionbesucher vor dem Aus? Besprechung von OLG Köln, Urt. v. 17. 12. 2015 – 7 U 54/15, SpuRt 2016, S. 58–61.
- Schirmer*, Helmut: Zur Vereinbarung von Obliegenheiten zu Lasten Dritter, Insbesondere in Verträgen zu Ihren Gunsten, in: Reichert-Facilides, Fritz/Rittner, Fritz/Sasse, Jürgen (Hrsg.), Festschrift für Reimer Schmidt, Karlsruhe, 1976, S. 821–843.
- Schlink*, Bernhard: Abwägung im Verfassungsrecht, 1. Aufl., Berlin, 1976.
- Schmalzbauer*, Wolfgang: Die Drittwirkung verpflichtender Verträge, Dissertation, Regensburg, 1982.
- Schneider*, Hans: Zur Verhältnismäßigkeits-Kontrolle insbesondere bei Gesetzen, in: Starck, Christian/Drath, Martin/Friesenhahn, Ernst u. a. (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz: Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen, 1976, 390.
- Schneider*, U. H./*Böttger*, G.: Fangprämie und sonstige Nebenkosten als Gegenstand des Schadensersatzanspruchs gegen den Ladendieb, JR 1980, S. 150–151.
- Schoreit*, Armin: Der in Zusammenhang mit dem Alternativentwurf eines Strafgesetzbuches vorgelegte Entwurf eines Gesetzes gegen Ladendiebstahl (AE-GLD) im Lichte der Kriminalstatistik 1974 und moderner Opferforschung, JZ 1976, S. 49–54.
- Schulz*, Carsten: USA: Fangprämie für Raubkopierer, ITRB 2001, S. 279.
- Seip*, Markus: Ein Urteil in Verkennung sportlicher Realitäten, CaS 2016, S. 40–45.
- Staudinger*, Julius von: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2, §§ 249–254 (Schadensersatzrecht), Berlin, 2017.
- Staudinger*, Julius von: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2 §§ 305–310 (AGB-Recht 1 und Unterlassungsklagengesetz), Berlin, 2019.
- Staudinger*, Julius von: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2: §§ 328–345 (Recht der Schuldverhältnisse), Berlin, 2020.
- Stern*, Klaus: Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbots, in: Badura, Peter (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens, Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, München, 1993, S. 165–175.

- Stoll*, Hans: Teil N, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des einundfünfzigsten Deutschen Juristentages, Band II (Sitzungsberichte), München, 1976, S. 7–42.
- Stürner*, Michael: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht, Zur Dogmatik einer privatrechtsimmanenten Begrenzung von vertraglichen Rechten und Pflichten, Tübingen, 2010.
- Thiele*, Wolfgang: Gesamtschuld und Gesamtschuldnerausgleich, JuS 1968, S. 149–157.
- Ulmer*, Peter: Gesellschafternachfolge und Erbrecht, ZGR 1972, S. 195–222.
- Ulmer*, Peter/*Brandner*, Hans Erich/*Hensen*, Horst-Diether/*Bieder*, Marcus et al.: AGB-Recht, Kommentar zu den §§ 305–310 BGB und zum UklaG, 12. Aufl., Köln, 2016.
- Ulrici*, Bernhard: Der Vertrag zu Lasten Dritter in der Arbeitsrechtswissenschaft, ZfA 2016, S. 377–404.
- Vygen*, Klaus: Generalunternehmer zahlt Vertragsstrafe – Verzugsschaden gegenüber Subunternehmer, IBR 1997, S. 59.
- Wacke*, Andreas: Der Erlaß oder Vergleich mit einem Gesamtschuldner: Zur Befreiung Mithaftender beim Regreßverlust durch Gläubigerhandeln, AcP 1970, S. 42–75.
- Wälde*, Thomas: Schadensersatz wegen Vorsorgekosten beim Ladendiebstahl, NJW 1972, S. 2294–2295.
- Walker*, Wolf-Dietrich: Haftungsprivilegierungen, JuS 2015, S. 865–874.
- Walker*, Wolf-Dietrich: Verschuldensunabhängige Verbandssanktionen gegen Sportvereine für Zuschauerausschreitungen, NJW 2014, S. 119.
- Walker*, Wolf-Dietrich: Zur Regressfähigkeit von Verbandsstrafen wegen Zuschauer-ausschreitungen, in: Bannenberg, Britta/Brettel, Hauke/Freund, Georg u. a. (Hrsg.), Über allem: Menschlichkeit, Festschrift für Dieter Rössner, 1. Auflage, Baden-Baden, 2015, S. 701–713.
- Walter*, Axel von/*Kober*, Sebastian: Regress einer Verbandsstrafe beim Pyrotechnik zündenden Stadionbesucher, JM 2017, S. 283–285.
- Weller*, Marc-Philippe/*Benz*, Nina/*Wolf*, Roman: Vereinshaftung, Verbandsstrafen und Regress bei Zuschauerfehlverhalten, JZ 2017, S. 237–245.
- Wendland*, Matthias: Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, Subjektive und objektive Gestaltungskräfte im Privatrecht am Beispiel der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr, Tübingen, 2019.
- Wendt*, Rudolf: Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot: Zur maßstabsetzenden Kraft der Grundrechte in der Übermaßprüfung, AcP 1979, S. 414–474.
- Westermann*, Harm Peter: Die höchstrichterliche Regelung der Erbfolge in Beteiligungen an Personengesellschaften, JuS 1979, S. 761–770.
- Westermann*, Harm Peter: Drittinteressen und öffentliches Wohl als Elemente der Bewertung privater Rechtsverhältnisse, AcP 2008, S. 141–181.
- Westermann*, Harm Peter/*Grunewald*, Barbara/*Maier-Reimer*, Georg.: Erman BGB, Handkommentar, 16. Aufl., Köln, 2020.

- Wiedemann, Herbert*: Anmerkung zu BAG Beschluss vom 29.11.1967 – GS 1/67, SAE 1969, S. 246–268.
- Wollschläger, Christian*: Schadensersatzhaftung von Ladendieben, NJW 1976, S. 12–16.
- Zimmerli, Ulrich*: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im öffentlichen Recht, Versuch einer Standortbestimmung, Basel, 1978.
- Zimmermann, Reinhard*: Schadensbemessung nach Billigkeit: die Entscheidung des BGH zum Ladendiebstahl und zur fehlgeschlagenen Familienplanung, JZ 1981, S. 86–90.

Sachverzeichnis

- Absolute Unwirksamkeit 139
- AGB-Inhaltskontrolle 22, 121, 127, 129, 131–133
- Anknüpfen an Fehlverhalten Dritter 27
- Anknüpfungsanordnung 76–77, 79, 82, 84–86, 88–89, 95–96, 113, 138
- Ausgleichsprinzip 37–39, 98
- Begriff der privaten Schadensgestaltung** 17, 25, 28, 94
- Drittbelastungsabsicht** 68–69, 73–74, 84–85
- Drittenschutz als Ausprägung der Privatautonomie 52
- Fangprämie als Mitverschulden** 43
- Formale Schadensersatzprüfung 20, 29–31, 45, 49, 51
- Formales Verständnis 61, 63
- Freiwilliges Verhalten des Geschädigten 39, 41
- Herleitung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes** 104
- Materiales Verständnis** 60–61
- Rechtsgeschäft zu Lasten Dritter** 64, 78, 89–91, 93–95, 135, 137, 148
- Relative Unwirksamkeit 138–141, 143, 145, 148
- Relativität der Schuldverhältnisse 51, 54–56, 64, 91, 147
- Schadenszurechnung 31, 40
- Struktur der Verhältnismäßigkeitsprüfung 111, 133
- Typische Drittbelastung 26
- Unmittelbare Verpflichtung 59, 61–62, 64, 68, 71, 75, 94
- Unmittelbarkeit als Unbedingtheit 71–74, 84
- Unmittelbarkeit der Verpflichtung 67–68
- Verbands- und Vertragsstrafe als Mitverschulden** 44
- Verhältnismäßigkeitsprüfung der privaten Schadensgestaltung 113, 133
- Vertrag mit Lastwirkungen für Dritte 48–49, 57, 59, 62–63, 65, 69, 75, 77, 79, 85, 87–89, 93
- Vertrag zu Lasten Dritter 21, 45, 47–50, 53, 57–59, 61–73, 75–84, 86–91, 93, 137, 145
- Vertragliche Haftungsbeschränkung 49, 66, 81
- Vertragsstrafe als gleich wirksames Mittel 129
- Vertragsstrafen bei Ladendiebstählen 116
- Vertragsstrafen bei Zuschauerausschreitungen 124
- Vertragsstrafen im privaten Baurecht 21, 127
- Wegfall des Schadens** 30