

## 12/2020

23. JAHRGANG  
SEITEN 801- 872

Mit großem Extra  
Jahresregister 2020



## IHR EXAMENSWISSEN EXAMENSRELEVANTE ENTSCHEIDUNGEN KLAUSURTYPISCH AUFBEREITET

### ZIVILRECHT

- Anwaltsvertrag mit Schutzwirkung? Ja, wenn man als Dritter mit der Hauptleistungspflicht des Rechtsanwalts in Berührung kommt!
- Verkäufer hat nach erfolglosem Ablauf einer Nachbesserungsfrist keinen zweiten Versuch und damit kein Recht zur dritten Andienung!
- Rabatte sind nicht immer gut: Vorteilsanrechnung zugunsten des Schädigers!
- Ausschluss des Abfindungsanspruchs als pflichtteilsrelevante Schenkung, § 2325 BGB
- kompakt: Modernisierung und Mieterhöhung: Abzug für Instandhaltungsaufwand trotz fehlender Fälligkeit?
- kompakt: Streit über Wegerecht zweier Nachbarn

### STRAFRECHT

- Beförderungserschleichung: Kein Vermögensschaden bei nicht mitgeführter übertragbarer Zeitkarte
- Berliner Raser-Fall, 2. Akt: Tötungsvorsatz bei illegalem Autorennen

### ÖFFENTLICHES RECHT

- Tätowierungsverbot für bayerische Polizeivollzugsbeamte ist verhältnismäßig

### TYPISCHE KLAUSURPROBLEME

- Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Blickpunkt der Coronapandemie

### GRUNDFÄLLE

- Naturalrestitution: Schadensausgleich bei Unfall
- Freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 I GG)

### HEMMER.LIFE

- Berufsunfähigkeitsschutz: Neuer Sondertarif für hemmer.club-Mitglieder  
Interview mit Frank Galbas,  
Vorstand der hemmer finance AG



# E-BOOK LIFE&LAW DEZEMBER 2020

**Autoren: Tyroller/Berberich/d'Alquen/Grieger**

# INHALTSVERZEICHNIS

## 1 ANWALTSVERTRAG MIT SCHUTZWIRKUNG? JA, WENN MAN ALS DRITTER MIT DER HAUPT-LEISTUNGSPFLICHT DES RECHTSANWALTS IN BERÜHRUNG KOMMT!

### A) Sounds

### B) Problemaufriss

### C) Lösung

- I. Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 280 I, 675 I, 611 BGB
- II. Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 280 I, 675 I, 611 BGB i.V.m. den Grundsätzen zum Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte
  1. Rechtsgrundlage des VSD
  2. Vorliegen eines Schuldverhältnisses
    - a) Schuldverhältnis zwischen G und S
    - b) Einbeziehung der D in den Schutzbereich des Anwaltsvertrages
      - aa) Leistungsnähe der D
      - bb) Ergebnis
- III. Endergebnis

### D) Kommentar

### E) hemmer-background

- I. Aufgabe 3, 2014-I im Ersten Bayerischen Staatsexamen
- II. Vertragliche Haftungsprivilegierungen und Verjährungsregelungen mit Schutzwirkung für Dritte

### F) Wiederholungsfrage

### G) Zur Vertiefung

## 2 VERKÄUFER HAT NACH ERFOLGLOSEM ABLAUF EINER NACHBESSERUNGSFRIST KEINEN ZWEITEN VERSUCH UND DAMIT KEIN RECHT ZUR DRITTEN ANDIENUNG!

### A) Sounds

### B) Problemaufriss

### C) Lösung

- I. Anspruch des K aus § 346 I BGB i.V.m. §§ 437 Nr. 2 Alt. 1, 323 I BGB
  1. Wirksamer Kaufvertrag, § 433 BGB
  2. Rücktrittserklärung, § 349 BGB
  3. Vorliegen eines Sachmangels bei Gefahrübergang, §§ 434, 446 S. 1 BGB
  4. Erfolgloser Ablauf einer angemessenen Frist zur Nacherfüllung, § 323 I BGB
    - a) Erfolgloser Ablauf der am 14.05.2018 bis zum 30.05.2018 gesetzten Frist zur Nachbesserung?
      - aa) Reicht rechtzeitig Leistungsangebot?
      - bb) Nach Ansicht des BGH muss innerhalb der Frist der Leistungserfolg eintreten
        - (1) Sinn und Zweck der Nacherfüllung

- (2) Auch wegen Art. 3 III, V VGK-RL muss auf den Leistungserfolg abgestellt werden
  - (3) Im Übrigen hat V noch nicht einmal eine Leistungshandlung vorgenommen
  - (4) Aber: K hat Nachbesserung im August 2018 akzeptiert
  - b) Erfolgloser Ablauf der bis zum 21.08.2018 verlängerten Frist zur Nachbesserung?
  - c) Problem: Hat V einen weiteren Versuch zur Nachbesserung?
  - aa) Zweites Nachbesserungsrecht nach erfolglosem Fristablauf verkennt das Regel-Ausnahme-Prinzip
  - (1) Regel: Einmalige erfolglose Fristsetzung reicht aus
  - (2) Ausnahme: Entbehrlichkeit der Fristsetzung
  - bb) Zweites Nachbesserungsrecht nach erfolglosem Fristablauf verkennt Sinn und Zweck des § 440 S. 2 BGB
  - cc) § 440 BGB soll dem Käufer den Rücktritt erleichtern und nicht durch ein „Recht des Verkäufers zur dritten Andienung“ erschweren
  - dd) Unbilligkeiten können über §§ 281 I S. 3, 323 V S. 2 BGB „korrigiert“ werden
  - d) Ergebnis:
5. Keine Unerheblichkeit des Mangels, § 323 V S. 2 BGB
  6. Keine Unwirksamkeit des Rücktritts gem. § 438 IV S. 1 i.V.m. § 218 I S. 1 BGB

## II. Endergebnis

### D) Kommentar

### E) Wiederholungsfrage

### F) Zur Vertiefung

## 3 RABATTE SIND NICHT IMMER GUT: VORTEILSANRECHNUNG ZUGUNSTEN DES SCHÄDIGERS!

### A) Sounds

### B) Problemaufriss

### C) Lösung

- I. Anspruch aus §§ 7 I, 18 I StVG, § 823 I, II BGB i.V.m. § 1 StVO
  1. Problem: Ist eine Abrechnung auf Neuwagenbasis möglich?
  2. Problem: Abzug des durch H gewährten Rabatts? Grundsätze der Vorteilsanrechnung
    - a) Rechtsgedanke des § 843 IV BGB
    - b) Übertragung der Grundsätze auf den vorliegenden Fall
- II. Ergebnis

### D) Kommentar

### E) Wiederholungsfrage

### F) Zur Vertiefung

## 4 AUSSCHLUSS DES ABFINDUNGSANSPRUCHS ALS PFLICHTTEILSRELEVANTE SCHENKUNG, § 2325 BGB

### A) Sounds

### B) Problemaufriss

### C) Lösung

- I. Anspruchsberechtigung des S
- II. Auskunftspflicht der F
- III. Umfang der Auskunftspflicht
  1. Wohnungen als Nachlassgegenstände
  2. Pflichtteilergänzungsanspruch des S
    - a) Vorliegen einer Schenkung i.S.d. § 2325 BGB
    - aa) Regelungszweck der Vereinbarung
    - bb) Übernahme eines Haftungsrisikos
    - cc) Konkrete Arbeitsleistung der F
    - dd) Aleatorisches Geschäft
    - ee) Fazit
  - b) Formwirksamkeit der Schenkung
- IV. Ergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

## 5 KOMPAKT: MODERNISIERUNG UND MIETERHÖHUNG: ABZUG FÜR INSTANDHALTUNGS-AUFWAND TROTZ FEHLENDER FÄLLIGKEIT?

B) Sound

C) Lösung

- I. Abgrenzung Modernisierung zu Instandhaltung
- II. Problem: Scheitert Erhöhung an unwirksamer Erklärung?

## 6 KOMPAKT: STREIT ÜBER WEGERECHT ZWEIER NACHBARN

A) Skizze

B) Sound

C) Lösung

- I. Kein Anspruch aus §§ 921, 922 i.V.m. § 1004 I S. 1 BGB?
  1. Tor als Grenzeinrichtung?
  2. §§ 921 ff. BGB nicht anwendbar
- II. Kein Anspruch aus § 1020 S. 2 BGB
  1. Tor als Anlage i.S.d. § 1020 S. 2 BGB
  2. Aber: Unterhaltungspflicht nur, wenn Integritätsinteresse des dienenden Grundstücks (Nr. 501) betroffen ist
- III. Anspruch aus § 1021 I S. 2 BGB
  1. Unterhaltungspflicht des B bei einem Mitbenutzungsrecht des K vereinbar
  2. Hier fehlt aber eine entsprechende Vereinbarung
- IV. Ergebnis

## **7** BEFÖRDERUNGERSCHLEICHUNG: KEIN VERMÖGENSSCHADEN BEI NICHT MITGEFÜHRTER ÜBERTRAGBARER ZEITKARTE

**A) Sound**

**B) Problemaufriss**

**C) Lösung**

**I. Betrug, § 263 I StGB**

**II. Versuchter Betrug, §§ 263 I, II, 22 StGB**

**1. Vorprüfung**

**2. Tatentschluss**

**III. Erschleichen von Leistungen, § 265a I Var. 3 StGB**

**1. Kein Vermögensschaden, wenn Fahrt durch erworbene Zeitkarte abgedeckt**

**2. Bloße Möglichkeit der Parallelnutzung als Vermögensschaden**

**III. Versuch des Erschleichens von Leistungen, §§ 265a I Var. 3, II, 22 StGB**

**IV. Gesamtergebnis**

**D) Kommentar**

**E) Wiederholungsfragen**

**F) Zur Vertiefung**

## **8** BERLINER RASER-FALL, 2. AKT: TÖTUNGSVORSATZ BEI ILLEGALEM AUTORENNEN

**A) Sounds**

**B) Problemaufriss**

**C) Lösung**

**I. Strafbarkeit des H wegen Mordes gem. §§ 212 I, 211 StGB**

**1. Tatbestand des § 212 I StGB**

**a) Objektiver Tatbestand**

**b) Subjektiver Tatbestand**

**2. Verwirklichung von Mordmerkmalen, § 211 II StGB**

**a) Heimtücke**

**b) Gemeingefährliches Mittel**

**c) Niedrige Beweggründe**

**3. Rechtswidrigkeit und Schuld**

**II. Strafbarkeit des N wegen Mordes gem. §§ 212 I, 211 II, 25 II StGB**

**1. Tatbestand des § 212 I StGB**

**2. Ergebnis**

**III. Gesamtergebnis**

**D) Kommentar**

**E) Wiederholungsfragen**

**F) Zur Vertiefung**

# 9 TÄTOWIERUNGSVERBOT FÜR BAYERISCHE POLIZEIVOLLZUGSBEAMTE IST VERHÄLTNISSIG

## A) Sounds

## B) Problemaufriss

## C) Lösung

### I. Bestimmtheitsgrundsatz

1. Allgemeines zum Bestimmtheitsgrundsatz im Beamtenverhältnis
2. Bestimmtheit der Tatbestandsmerkmale
3. Bestimmtheit der Rechtsfolge
4. Zwischenergebnis

### II. Sonstige Anforderungen, insbesondere Verhältnismäßigkeit

1. Legitimer Zweck
2. Geeignetheit
3. Erforderlichkeit
4. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

### III. Gesamtergebnis

## D) Kommentar

## E) Wiederholungsfrage

## F) Zur Vertiefung

## DER VERHÄLTNISSIGKEITSGRUNDSATZ IM BLICKPUNKT DER CORONAPANDEMIE

## A) Einführung

## B) Dogmatik und Reichweite

- I. Bindungsbereich
- II. Geltungsbereich

## C) Prüfungsaufbau

- I. Legitimer Zweck
- II. Geeignetheit
- III. Erforderlichkeit
- IV. Angemessenheit

## D) Bekämpfung der Corona-Pandemie

- I. Lockdown mittels Corona-VO
- II. Schließung von großflächigen Einzelhandelsverkaufsstellen
- IV. BVerfG zu Gottesdienstverbot
- V. Nächtliches Alkoholverbot

## E) Fazit

## NATURALRESTITUTION: SCHADENSAUSGLEICH BEI UNFALL

A) Sound

B) Gliederung

C) Lösung

I. Anspruch des G gegen S auf Schadensersatz aus § 7 I StVG

1. Halter

2. Sachbeschädigung

3. Bei Betrieb eines Kfz

4. Kein Haftungsausschluss

5. Keine Anrechnung von Mitverursachungsbeiträgen

6. Umfang der Schadensersatzpflicht

7. Ergebnis

II. Anspruch des G gegen S auf Schadensersatz aus § 18 StVG

III. Anspruch des G gegen S auf Schadensersatz aus § 823 I BGB und § 823 II BGB i.V.m. § 1 II StVO

D) Zusammenfassung

E) Zur Vertiefung

## FREIE ENTFALTUNG DER PERSÖNLICHKEIT (ART. 2 I GG)

A) Sound

B) Gliederung

C) Lösung

Verstoß des Gesetzes gegen Grundrechte

1. Schutzbereich

2. Eingriff

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs

a) Formelle Verfassungsmäßigkeit

b) Materielle Verfassungsmäßigkeit

4. Ergebnis

D) Zusammenfassung

E) Zur Vertiefung

# HEMMER.LIFE

# 1 ANWALTSVERTRAG MIT SCHUTZWIRKUNG? JA, WENN MAN ALS DRITTER MIT DER HAUPTLEISTUNGSPFLICHT DES RECHTSANWALTS IN BERÜHRUNG KOMMT!

+++ Anwaltsvertrag +++ Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter +++ Leistungsnähe +++ §§ 242, 328, 675 I, 611 BGB +++

**Sachverhalt (leicht abgewandelt):** G wurde bei einem Verkehrsunfall am 30.09.2006 schwer verletzt. Sie ist seitdem schwerstbehindert, auf einen Rollstuhl angewiesen und dauerhaft pflegebedürftig.

G beauftragte Rechtsanwalt S mit der Geltendmachung der unfallbedingten Schadensersatzansprüche gegen die Kfz-Haftpflichtversicherung des Unfallverursachers. Das Mandat endete im Mai 2016.

D, die Tochter der G, lebt seit dem Unfallgeschehen mit starken Schuldgefühlen ihrer pflegebedürftigen Mutter gegenüber. D ist seit 2013 in psychotherapeutischer Behandlung.

D macht gegenüber Rechtsanwalt S im Oktober 2016 geltend, ihre seit Anfang 2012 bestehenden Leiden seien auf den Unfall, bei dem auch sie in dem Fahrzeug der G gesessen hätte und leicht verletzt worden sei, zurückzuführen. Sie ist der Ansicht, Rechtsanwalt S hätte im Rahmen des Mandats mit G auch über die ihr zustehenden, aber inzwischen verjährten Ansprüche gegenüber dem Unfallverursacher aufklären und beraten müssen.

**Kann D von Rechtsanwalt S Schadensersatz für die psychotherapeutische Behandlung verlangen?**

## A) Sounds

1. Auch ein Beratungsvertrag mit einem Rechtsanwalt kann Schutzwirkung für Dritte entfalten.
2. Ein Anwaltsvertrag hat auch ohne eine ausdrückliche Regelung Schutzwirkungen zugunsten Dritter, wenn diese mit der Hauptleistung des Rechtsanwalts bestimmungsgemäß in Berührung kommen.
3. Inwieweit ein Näheverhältnis besteht, hängt entscheidend von Ausprägung und Inhalt des anwaltlichen Beratungsvertrags ab.
4. Die für die Annahme eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter erforderliche Leistungsnähe entsteht bei einem Anwaltsvertrag nicht bereits dann, wenn sich für den Rechtsanwalt Anhaltspunkte für eigene Ansprüche dem Mandanten nahestehender Dritter aus demselben Rechtsgrund und gegen denselben Anspruchsgegner ergeben.

## B) Problemaufriss

In diesem Urteil befasst sich der BGH mit dem sehr examensrelevanten Problem des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (VSD).

**Anmerkung:** Der „Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte“ begründet für den Dritten keinen einklagbaren Erfüllungsanspruch auf die Leistung (sog. Primäranspruch). Der Dritte kann bei einer Pflichtverletzung aus dem Vertragsverhältnis lediglich einen Sekundäranspruch auf Schadensersatz geltend machen.

Beim (echten) „Vertrag zugunsten Dritter“ erhält der Dritte hingegen einen Primäranspruch auf Erfüllung, § 328 I BGB, und die gleichen Sekundäransprüche wie der Vertragspartner selbst (mit Ausnahme der Gestaltungsrechte, h.M.).

Beim „unechten Vertrag zugunsten Dritter“ steht dem Dritten kein Anspruch auf Erfüllung zu. Der Schuldner kann aber seine Verpflichtung dadurch erfüllen, dass er an den Dritten leistet.

D hatte Rechtsanwalt S nicht mandatiert, sodass zwischen der D und Rechtsanwalt S keine eigene vertragliche Beziehung bestand.

Deliktische Ansprüche der D gegen S kommen hier offensichtlich nicht in Betracht.

Ein Anspruch auf Schadensersatz gem. **§ 823 I BGB** scheidet aus, da hier ein reiner Vermögensschaden vorliegt, der nicht auf der Verletzung eines absolut geschützten Rechtsgutes beruht.

Ein Anspruch aus **§ 823 II BGB** entfällt mangels Schutzgesetzverletzung.

Ein Schadensersatzanspruch gem. **§ 826 BGB** setzt zumindest bedingten Vorsatz voraus, der seitens des Rechtsanwalts S offensichtlich nicht vorliegt.

**hemmer-Methode:** Die Stärke eines vertraglichen Anspruches auf Schadensersatz gegenüber einem deliktischen Schadensersatzanspruch kann auch einmal eine Frage einer Klausur im Ersten Staatsexamen sein (sog. „Themenklausur“). Auch wenn derartige Fragen im Staatsexamen eher selten gestellt werden, sollten Sie zumindest „seelisch“ darauf vorbereitet sein.

Wenn Sie nach der Schwäche des Deliktsrechts gefragt werden, so müssen Sie auf die folgenden Punkte eingehen:

### 1. Eingeschränkter Vermögensschutz:

a) Im Deliktsrecht besteht ein Anspruch auf Schadensersatz grds. nur bei Verletzung eines absolut geschützten Rechtsgutes (§ 823 I BGB) oder eines Schutzgesetzes (§ 823 II BGB).

Fehlt es daran, so besteht ein Schutz für sog. reine Vermögensschäden nur bei Vorsatz, § 826 BGB<sup>1</sup> oder im Fall des § 844 II BGB.

b) Im Rahmen des § 280 I BGB besteht bei einer zu vertretenden Pflichtverletzung im Falle einfachster Fahrlässigkeit ein vollständiger Vermögensschutz.

Die Verletzung eines absolut geschützten Rechtsgutes bzw. eines Schutzgesetzes ist hier gerade nicht erforderlich.

**Erste Schwäche der §§ 823 ff. BGB:** Reine Vermögensschäden werden nur bei Vorsatz oder im Fall des § 844 II BGB ersetzt, im Vertragsrecht dagegen schon bei einfachster Fahrlässigkeit.

### 2. Beweislast für das Verschulden:

a) Im Deliktsrecht gilt - von einigen Ausnahmen wie z.B. §§ 831 f.; 833 S. 2 BGB, Produzentenhaftung abgesehen - der Grundsatz, dass der Geschädigte alle für ihn günstigen Tatsachen beweisen muss. Dazu gehört auch das Verschulden des Schädigers.

Dieser Beweis wird aber oft nicht möglich sein, sodass der Geschädigte leer ausgeht.

b) Im Rahmen eines Anspruchs aus § 280 I BGB wird das Vertretenmüssen vermutet. Der Schädiger muss nach § 280 I S. 2 BGB beweisen, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.<sup>2</sup>

**Zweite Schwäche der §§ 823 ff. BGB:** Der erforderliche Nachweis des Verschuldens ist in der Praxis oft schwierig. Hier hilft dem Geschädigten das Vertragsrecht mit der Beweislastumkehr des § 280 I S. 2 BGB.

### 3. Eingeschränkte Haftung für Dritte:

a) Im Rahmen der vertraglichen Haftung innerhalb eines Schuldverhältnisses wird dem Schuldner gem. § 278 S. 1 BGB das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient (d.h. seiner Erfüllungsgehilfen), zugerechnet.

b) Für die Begründung eines Anspruches aus § 823 BGB ist § 278 S. 1 BGB nicht anwendbar, da diese Norm aufgrund ihrer Stellung im Gesetz und ihres Wortlauts (Schuldner) voraussetzt, dass ein Dritter im Rahmen eines Schuldverhältnisses für den Schuldner tätig wird. Die §§ 823 ff. BGB stellen zwar ein gesetzliches Schuldverhältnis dar; jedoch befindet sich dieses erst in der Entstehung. Auf die Begründung eines Schuldverhältnisses ist § 278 S. 1 BGB aber nicht anwendbar.

Die Haftung für das Delikt eines Dritten ist daher abschließend in § 831 I BGB geregelt. Dies ist aus zwei Gründen eine echte Schwäche gegenüber der Zurechnungsnorm des § 278 S. 1 BGB.

(1) Zum einen ist der Personenkreis des § 278 S. 1 BGB viel weiter als der des § 831 I S. 1 BGB, da auch freie Mitarbeiter und selbstständige Unternehmer Erfüllungsgehilfen sind. Verrichtungsgehilfen müssen weisungsabhängig sein, sodass hierunter regelmäßig nur die Angestellten fallen.

(2) Außerdem gibt es gem. § 831 I S. 2 Alt. 1 BGB die Möglichkeit, sich für das vermutete Auswahl- und Überwachungsver-schulden zu exkulpieren.

**Dritte Schwäche der §§ 823 ff. BGB:** Für das Delikt Dritter besteht regelmäßig keine Verantwortlichkeit, es sei denn, es handelt sich um einen Angestellten, für den man sich nicht exkulpieren kann.

Wegen dieser „Schwäche des Deliktsrechts“ stellt sich nun die Frage, ob es nicht doch irgendeinen Trick gibt, einen vertraglichen oder zumindest vertragsähnlichen Anspruch der D zu konstruieren.

## C) Lösung

1 Allerdings genügt hierfür bedingter Schädigungsvorsatz; aber auch dieser ist regelmäßig schwierig zu beweisen.

2 Einzige Ausnahme ist § 619a BGB, der diese Beweislastumkehr zu Lasten des Arbeitnehmers ausschließt.

Fraglich ist, ob D von Rechtsanwalt S Schadensersatz für die psychotherapeutische Behandlung verlangen kann.

## I. Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 280 I, 675 I, 611 BGB

Ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Pflichtverletzung des anwaltlichen Beratungsvertrages kommt nicht in Betracht, da zwischen D und S kein Vertragsverhältnis bestand.

## II. Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 280 I, 675 I, 611 BGB i.V.m. den Grundsätzen zum Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte

D könnte aber ein Schadensersatzanspruch gegen Rechtsanwalt S unter dem Gesichtspunkt des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte zustehen.

### 1. Rechtsgrundlage des VSD

Strittig ist, ob als Rechtsgrundlage für den VSD § 311 III BGB heranzuziehen ist. Dies wird in der Lehre wegen des Wörtchens „zu“ in § 311 III S. 1 BGB z.T. vertreten, weil sich daraus ergäbe, dass Dritten Ansprüche zustehen können.<sup>3</sup> Diese Norm spricht aber lediglich eine Rechtsfolge aus, namentlich dass ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 II BGB auch zu Personen, die nicht selbst Vertragspartei werden sollen, entstehen kann, lässt den Rechtsanwender hinsichtlich der Voraussetzungen aber im Unklaren. Nach vorzugswürdiger Ansicht regelt diese Norm wegen § 311 III S. 2 BGB und der Sachnähe zur c.i.c. nur die Eigenhaftung des Vertreters aus c.i.c.<sup>4</sup>

Die Einbeziehung eines Dritten in den Schutzbereich eines Vertrags ist damit gesetzlich nicht geregelt, sodass nach wie vor Streit darüber besteht, ob es sich beim Vertrag mit Schutzwirkung um eine ergänzende Vertragsauslegung (so der BGH<sup>5</sup>) oder um eine an § 242 BGB i.V.m. § 328 I BGB orientierte richterliche Rechtsfortbildung handelt.<sup>6</sup>

Für die Ansicht der Literatur spricht, dass so das allgemein anerkannte vorvertragliche Schuldverhältnis mit Schutzwirkung für Dritte besser erklärt werden kann.

Was letztlich die Rechtsgrundlage des Vertrags mit Schutzwirkung ist, kann aber im Ergebnis dahinstehen, da jedenfalls die Voraussetzungen, anhand derer die Schutzwirkung zugunsten Dritter und damit der geschützte Personenkreis festzustellen ist, von der Rechtsprechung entwickelt wurden.

**Anmerkung: Auch wenn es sich nur um einen rein dogmatischen Streit ohne Auswirkung auf das Ergebnis handelt, sollten Sie dies in der Klausur kurz ansprechen.**

### 2. Vorliegen eines Schuldverhältnisses

Voraussetzung eines Schadensersatzanspruchs aus §§ 280 I, 675 I, 611 BGB ist zunächst das Bestehen eines Schuldverhältnisses zwischen G und Rechtsanwalt S sowie die Einbeziehung der D in den Schutzbereich dieses Vertrages.

#### a) Schuldverhältnis zwischen G und S

Als Schuldverhältnis kommt der Anwaltsvertrag in Betracht, der die rechtliche Grundlage für die von S übernommene Beratung im Zusammenhang mit der Geltendmachung der unfallbedingten Schadensersatzansprüche gegen die Kfz-Haftpflichtversicherung des Unfallverursachers darstellte. Bei diesem handelt es sich, da lediglich die Beratung geschuldet war und nicht ein bestimmter Beratungserfolg, nach ständiger Rspr. um einen Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgungscharakter, §§ 675 I, 611 ff. BGB.<sup>7</sup> Da das Dienstvertragsrecht keine besonderen Gewährleistungsvorschriften enthält, kann sich ein etwaiger Schadensersatzanspruch somit nur aus §§ 280 I, 675 I, 611 BGB ergeben.

3 Schwab, JuS 2002, 872 f.

4 Vgl. Palandt, § 311 BGB, Rn. 60 a.E.; Jauernig, § 328 BGB, Rn. 21.

5 BGH, NJW 2012, 3165 ff. = jurisbyhemmer.

6 Palandt, § 328 BGB, Rn. 14.

7 BGH, NJW 1965, 106 ff. = jurisbyhemmer; BGH, NJW 1996, 661 ff. = jurisbyhemmer.

**hemmer-Methode:** Ein sehr verbreiteter Fehler in Klausuren besteht darin, dass beim VSD häufig nur ein Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 280 I, 241 II BGB bejaht wird.

Begründet wird dies damit, dass beim VSD dem Dritten kein Anspruch auf die Leistung bzw. die mangelfreie Leistung zusteht, sondern dieser nur in den Schutzbereich einbezogen ist.

Zwar steht dem Dritten beim VSD kein Leistungsanspruch zu. Die Schlussfolgerung, dass dem Dritten daher nur nach §§ 280 I, 241 II BGB ein Schadensersatzanspruch zustehen könne, ist aber unvertretbar falsch.

Wenn der Dritte in den Schutzbereich eines Vertrages einbezogen wird, steht diesem der Anspruch auf Schadensersatz zu, der auch dem Vertragspartner zustehen würde, wenn er durch die Pflichtverletzung einen Schaden erlitten hätte.

Wenn also beispielsweise die Eltern eine Wohnung angemietet haben und das bei den Eltern lebende Kind infolge eines bereits bei Vertragsschluss vorliegenden Mangels der Mietsache einen Schaden erleidet, steht dem Kind vollkommen unstreitig der vom Vertretenmüssen unabhängige Anspruch auf Schadensersatz gem. § 536a I Var. 1 BGB i.V.m. den Grundsätzen zum VSD zu.

## b) Einbeziehung der D in den Schutzbereich des Anwaltsvertrages

Damit die Haftung des Schuldners nicht unkalkulierbar ausgedehnt wird, sind an die Einbeziehung von Dritten in den vertraglichen Schutz strenge Anforderungen zu stellen.

Die Einbeziehung eines Dritten in den Schutzbereich eines Vertrags setzt voraus, dass Sinn und Zweck des Vertrags eine Einbeziehung erfordern und der Gläubiger redlicherweise damit rechnen kann, dass die ihm geschuldete Obhut und Fürsorge in gleichem Maß auch dem Dritten entgegengebracht wird.

Ein Anwaltsvertrag hat auch ohne eine ausdrückliche Regelung Schutzwirkungen zu Gunsten eines Dritten, sofern sich dies aus einer maßgeblich durch das Prinzip von Treu und Glauben geprägten ergänzenden Auslegung des Beratervertrages ergibt.

Hierzu müssen nach ständiger Rechtsprechung folgende Kriterien erfüllt sein. Danach wird ein Dritter nur dann in den Vertrag einbezogen, wenn

- der Dritte mit der Hauptleistungspflicht (str.) aus dem Schuldverhältnis bestimmungsgemäß in Berührung kommt (**Leistungsnähe**),
- ein schutzwürdiges Interesse des Gläubigers an der Einbeziehung des Dritten besteht (**Gläubignähe**),
- diese Haftungserweiterung für den Schuldner erkennbar war (**Erkennbarkeit**) und
- der Dritte schutzbedürftig ist, weil er wegen des streitgegenständlichen Sachverhalts keinen inhaltsgleichen vertraglichen Anspruch hat (**Schutzbedürftigkeit**).<sup>8</sup>

### aa) Leistungsnähe der D

Damit die vertragliche Beziehung Schutzwirkung zugunsten der D entfaltet, ist zunächst Leistungsnähe des Dritten erforderlich.

Der Dritte muss hierfür mit der aus dem betreffenden Rechtsverhältnis geschuldeten Leistung bestimmungsgemäß in Berührung kommen.

Mit anderen Worten muss der Dritte den Gefahren einer Pflichtverletzung ebenso ausgesetzt sein wie der Gläubiger selbst.

Bei **gegenseitigen Verträgen** muss nach Ansicht des BGH der Dritte - zumindest auch - mit der synallagmatischen Hauptpflicht in Berührung kommen.<sup>9</sup>

**Anmerkung:** Gegen die Ansicht des BGH, der die Leistungsnähe zumindest auch zur Hauptpflicht des Schuldners verlangt, wird eingewendet, dass der Schutzbereich einer Rückspflicht aus § 241 II BGB nicht davon abhängig sei, in welcher Beziehung der Geschädigte zur Hauptleistungspflicht nach § 241 I BGB stehe. Außerdem sei mit dieser Rechtsprechung die Figur des vorvertraglichen Schuldverhältnisses i.S.d. § 311 II BGB (c.i.c.) mit Schutzwirkung kaum erklärbar, da im vorvertraglichen Bereich noch keine Hauptleistungspflicht besteht, zu der ein Näheverhältnis bestehen könnte.<sup>10</sup>

Das letzte Argument ist aber wenig überzeugend. Der Dritte muss mit den Pflichten des Schuldners in Berührung kommen, die das Schuldverhältnis „prägen“. Im vorvertraglichen Bereich sind dies natürlich die Schutzpflichten des § 241 II BGB, weil es vor Abschluss eines Vertrages noch keine Leistungspflichten gibt.

Der gegenseitige Vertrag wird hingegen durch die die synallagmatischen Hauptleistungspflichten geprägt, sodass der Dritte – zumindest auch – mit diesen in Berührung kommen muss. Ist dies der Fall, dann ist der Dritte freilich in das gesamte Pflichtenprogramm des Schuldners einbezogen.

<sup>8</sup> BGH, NJW 2016, 3432 ff.; Palandt, § 328 BGB, Rn. 17 ff.

<sup>9</sup> Vgl. dazu BGHZ 133, 168 ff. = NJW 1996, 2927 ff. (sog. „Nitrierofenfall“) = jurisbyhemmer.

<sup>10</sup> Saar, JuS 2000, 220 (224); Finn, Explosion im Nitrierofen, ZGS 2003, 189 (190 f.).

Das erforderliche Leistungsnäheverhältnis liegt nur vor, wenn die Leistung des Rechtsanwalts bestimmte Rechte oder Rechtsgüter eines Dritten nach der objektiven Interessenlage mit Rücksicht auf den Vertragszweck typischerweise („bestimmungsgemäß“) beeinträchtigen könnte.

Entscheidend für eine Ersatzpflicht hinsichtlich von Vermögensschäden des Dritten ist, ob die vom Anwalt zu erbringende Leistung nach dem objektiven Empfängerhorizont auch dazu bestimmt ist, dem Dritten Schutz vor möglichen Vermögensschäden zu vermitteln.

Inwieweit dieses Näheverhältnis besteht, hängt entscheidend von Ausprägung und Inhalt des anwaltlichen Beratungsvertrages ab.

Nach Ansicht des BGH fehlt es im vorliegenden Fall an der Leistungsnähe der D.

Gegenstand des zwischen Rechtsanwalt S und der G geschlossenen Anwaltsvertrages war die Geltendmachung der unfallbedingten Schadensersatzansprüche gegen die Kfz-Haftpflichtversicherung des Unfallverursachers.

Die für die Annahme eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter erforderliche Leistungsnähe entsteht bei einem Anwaltsvertrag nicht bereits dann, wenn sich für den Rechtsanwalt Anhaltspunkte für eigene Ansprüche dem Mandanten nahestehender Dritter aus demselben Rechtsgrund und gegen denselben Anspruchsgegner ergeben. Der Anwaltsvertrag diene der Verfolgung der Schadensersatzansprüche der G. An dem Rechtsverhältnis, das Gegenstand des Anwaltsvertrages wurde, war die D persönlich nicht beteiligt und hierdurch in ihren Rechtspositionen allenfalls mittelbar betroffen.

Nach Sinn und Zweck dieses Beratungsvertrages und den erkennbaren Auswirkungen der vertragsgemäßen Leistung auf die D war unter Berücksichtigung der Gebote von Treu und Glauben deren Einbeziehung in den Schutzbereich des Anwaltsvertrages nicht erforderlich.

**hemmer-Methode:** Zu einem Beispiel, in welchem die Leistungsnähe bejaht wurde, lesen Sie bitte den **hemmer-background**.

## bb) Ergebnis

Mangels Leistungsnähe entfaltete der zwischen G und Rechtsanwalt S bestehende Anwaltsvertrag keine Schutzwirkung zugunsten der D.

## III. Endergebnis

Der D steht gegen Rechtsanwalt S kein Anspruch auf Schadensersatz wegen der psycho-therapeutischen Behandlung zu.

## D) Kommentar

**(mty).** Das Urteil des BGH ist überzeugend. Der Vertrag mit Schutzwirkung ist eine Ausnahme vom Grundsatz der relativen Wirkung zwischen den am Schuldverhältnis beteiligten Parteien.

Damit die Ausnahme nicht zur Regel wird, sind die Anforderungen an eine Einbeziehung in Einzelfall stets sorgfältig zu begründen. Natürlich ist hier vieles umstritten und daher in einer Klausur auch eine andere Ansicht vertretbar.

Der BGH lehnte im vorliegenden Fall außerdem auch eine Verletzung von Warn- und Hinweispflichten seitens des Rechtsanwalts ab. Dem Rechtsanwalt hätte sich bei Übernahme des Mandats nicht aufdrängen müssen, dass D wegen des familiären Alltags seit dem Unfallgeschehen im September 2006 sechs Jahre später (2012) psychisch erkranken würde.

Dass der D aus diesem Grund möglicherweise eigene Schadensersatzansprüche gegen den Unfallverursacher zustehen könnten, wurde dem Rechtsanwalt insoweit erst im Oktober 2016 und damit nach Beendigung des Mandats mitgeteilt.

Selbst wenn der Anwaltsvertrag Schutzwirkung für die D gehabt hätte, würde ein Schadensersatz aus § 280 I BGB somit jedenfalls an der fehlenden Pflichtverletzung des Rechtsanwalts scheitern.

## E) hemmer-background

Passend zu diesem Urteil wird im nun folgenden **hemmer-background** kurz ein Examensfall zum Anwaltsvertrag mit Schutzwirkung besprochen.

Außerdem wird eine weitere examensrelevante Konstellation des Vertrages mit Schutzwirkung vorgestellt, die in einer Klausur häufig nicht erkannt wird.

## I. Aufgabe 3, 2014-I im Ersten Bayerischen Staatsexamen

**Sachverhalt:** A und B sind die beiden geschäftsführenden Gesellschafter der überschuldeten „PCX3 GmbH für IT-Dienstleistungen („PCX3 alt“).

Sie beauftragen Rechtsanwalt R mit der rechtlichen Beratung. Ziel ist ein unternehmerischer Neustart ohne Schulden. R empfiehlt A und B die Gründung einer neuen GmbH, die als „PCX3 GmbH – IT Company“ („PCX3 neu“) firmieren solle. So sei eine schuldenfreie Neugründung möglich. A und B befolgen den Rat ihres Rechtsanwaltes.

Nachdem Gläubiger der „PCX3 alt“ von der neu gegründeten Gesellschaft Kenntnis erlangt haben, nehmen sie die „PCX3 neu“ gem. § 25 I HGB - zu Recht - wegen Firmenfortführung in Anspruch.

Kann die „PCX3 neu“ von Rechtsanwalt R Schadensersatz verlangen?

**Lösung:** In Betracht kommt ein Anspruch aus §§ 280 I, 675 I, 611 BGB wegen Pflichtverletzung des zwischen Rechtsanwalt R sowie A und B bestehenden Anwaltsvertrages mit Schutzwirkung für die „PCX3 neu“.

### 1. Schuldverhältnis

Die „PCX3 neu“ könnte in den Schutzbereich des Anwaltsvertrages zwischen R einerseits sowie A und B andererseits einbezogen worden sein.

#### a) Leistungsnähe

Die „PCX3 neu“ müsste bestimmungsgemäß mit der von der R zu erbringenden Beratungsleistung in Berührung gekommen und den Gefahren einer Fehlberatung ebenso ausgesetzt gewesen sein wie die Gläubiger A und B selbst (Leistungsnähe).

Dies ist hier der Fall.<sup>11</sup> Das von den Gründungsgesellschaftern A und B erteilte Mandat beinhaltete die rechtliche Beratung bei einer schuldenfreien Neugründung der „PCX3 neu“.

Damit war gerade die neu zu gründende Gesellschaft Gegenstand der geschuldeten Beratung. Das Ergebnis der Beratung hatte **unmittelbaren** Einfluss auf den Schuldenstand der „PCX3 neu“. Die Konsequenzen einer fehlerhaften Beratung wirkten sich daher unmittelbar bei dieser aus.

#### b) Gläubigernähe

Die Gläubiger A und B müssten weiterhin ein besonderes Interesse an der Einbeziehung der „PCX3 neu“ in den Schutzbereich des Anwaltsvertrages gehabt haben.

**aa)** Zunächst hatte der BGH ein berechtigtes Interesse des Gläubigers am Schutz des Dritten nur dann angenommen, wenn der Gläubiger auf Grund eines Rechtsverhältnisses mit personenrechtlichem Einschlag für das „Wohl und Wehe“ des Dritten mitverantwortlich war.<sup>12</sup>

**bb)** Davon ist die Rechtsprechung aber abgewichen. Unter Berücksichtigung der Herleitung der Schutzwirkung aus einer ergänzenden Vertragsauslegung stellt der BGH heute nicht nur auf das formale Kriterium der „Wohl und Wehe - Verantwortlichkeit“ ab, sondern auch auf den Parteiwillen.

Daraus folgt, dass auch derjenige in den Schutzbereich eines Vertrags fällt, dem die Leistung aus diesem Vertrag zumindest nach dem hypothetischen Parteiwillen bestimmungsgemäß zugutekommen soll.<sup>13</sup>

Das Einbeziehungsinteresse von A und B ergibt sich hier aus ihrer Eigenschaft als Gründungsgesellschafter. Der Wert ihrer Gesellschaftsanteile hängt unmittelbar vom Vermögensstand der Gesellschaft ab.

Es kam A und B gerade darauf an, dass die neu gegründete Gesellschaft nicht mit Verbindlichkeiten der bisherigen „PCX3 alt“ belastet wurde.

Die Neugründung erfolgte allein deswegen, um einen „schuldenfreien Neuanfang“ zu erreichen. Die Vertragsleistung sollte also gerade im Interesse der neuen Gesellschaft erbracht werden. Auch die Gläubigernähe ist somit zu bejahen.

#### c) Erkennbarkeit

<sup>11</sup> OLG Schleswig, NJW-RR 2004, 417 ff. = jurisbyhemmer.

<sup>12</sup> BGHZ 66, 51 (57 f.) = jurisbyhemmer.

<sup>13</sup> BGH, NJW 1985, 489 = jurisbyhemmer; Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, Rn. 845.

Werden neben dem Gläubiger noch weitere Personen in die vertragliche Haftung einbezogen, so bedeutet das für den Schuldner eine nicht unwesentliche Haftungserweiterung.

Eine solche Risikosteigerung ist nur dann gerechtfertigt, wenn für ihn die Leistungsnähe des Dritten sowie die Gläubignähe zumindest erkennbar waren, damit der Schuldner sein vertragliches Risiko kalkulieren kann.

Die Drittbezogenheit der Beratungsleistung und das Einbeziehungsinteresse des Gläubigers war für R vorliegend aber klar erkennbar.

#### d) Schutzbedürftigkeit

Auch die Schutzbedürftigkeit der „PCX3 neu“ ist gegeben, da ihr keine eigenen gleichwertigen vertraglichen Ansprüche zustehen.

#### 2. Zu vertretende Pflichtverletzung

Wegen der Fortführung des Firmenkerns hat R schuldhaft die Haftung der „PCX3 neu“ für die Schulden der „PCX3 alt“ verkannt. Jedenfalls hätte er vorsichtshalber einen Haftungsausschluss ins Handelsregister gem. § 25 II HGB eintragen lassen müssen. Auch dies ist schuldhaft nicht geschehen.

#### 3. Kausaler Schaden

Die Haftung gegenüber den Gläubigern der „PCX3 alt“ stellt einen kausalen Schaden der „PCX3 neu“ dar.

**Ergebnis:** Ein Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 280 I, 675 I, 611 i.V.m. VSD besteht daher!

## II. Vertragliche Haftungsprivilegierungen und Verjährungsregelungen mit Schutzwirkung für Dritte

Ein weiteres examensrelevantes Problem betrifft die Konstellation, in welcher der in den Schutzbereich einbezogene Dritte selbst keine Ansprüche geltend machen will, sondern vom Vertragspartner desjenigen, der am Schutz des Dritten ein berechtigtes Interesse hat, auf Schadensersatz aus § 823 BGB in Anspruch genommen wird.

Genießt der Vertragspartner ein vertragliches Haftungsprivileg (z.B. § 690 BGB), so modifiziert dieses auch dessen deliktische Haftung.

Auch kürzere vertragliche Verjährungsregelungen müssen anstelle der §§ 195, 199 BGB auf den deliktischen Anspruch angewendet werden, wenn anderenfalls deren Sinn und Zweck unterlaufen würde. Wann dies der Fall ist, können Sie am besten mit folgender Kontrollfrage beantworten: Stellt die Vertragsverletzung regelmäßig auch ein Delikt dar?

Lautet die Antwort nein, so gilt im Deliktsrecht die Regelverjährung. Lautet die Antwort ja, so muss die vertragliche Verjährungsvorschrift auch auf den deliktischen Anspruch angewendet werden.

**Beispiel: Da ein Vermieter bzw. Verleiher regelmäßig Eigentümer oder zumindest berechtigter Besitzer ist, stellt eine Beschädigung des gemieteten/entliehenen Gegenstandes regelmäßig ein Delikt dar.**

**Dies hat zur Konsequenz, dass § 548 I BGB bzw. § 606 BGB auf den konkurrierenden deliktischen Anspruch des Vermieters/Verleihers angewendet werden muss.**

Doch was hat dies alles jetzt mit dem Vertrag mit Schutzwirkung zu tun?

Der „Clou“ daran ist folgender: Der BGH erstreckt über das Institut des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter auch vertragliche Haftungsprivilegierungen oder vertragliche Verjährungsregelungen, die den deliktischen Anspruch gegen den Vertragspartner modifizieren würden, auf das Verhältnis zum Dritten, wenn dieser zum Schadensersatz verpflichtet ist.<sup>14</sup>

**Beispiel:** *V vermietet eine Wohnung an den M. D, die Tochter des M, lässt ihr Parfum-Fläschchen in das Waschbecken fallen, sodass ein Stück Emaille herausbricht. Dies bemerkt V erst acht Monate, nachdem M mit seiner Familie aus der Wohnung ausgezogen ist.*

*Kann V von D Schadensersatz verlangen?*

1. Vertragliche Ansprüche entfallen, da D nicht Mieterin ist.

2. Ein deliktischer Anspruch aus § 823 I BGB ist grds. zu bejahen, da M fahrlässig das Waschbecken des V beschädigt und damit dessen Eigentumsrecht verletzt hat.

D könnte sich aber gem. § 214 I BGB auf die Einrede der Verjährung berufen, wenn die sechsmonatige Verjährungsvorschrift des § 548 I BGB zur Anwendung käme.

Hätte M das Eigentum des V verletzt, würde der deliktische Anspruch nicht nach der Regelverjährung (§§ 195, 199

<sup>14</sup> BGHZ 49, 278 ff. = jurisbyhemmer; BGHZ 71, 178 ff. = jurisbyhemmer.

BGB), sondern analog § 548 I BGB nach sechs Monaten verjähren (s.o.).

Da D als Tochter des M in den Schutzbereich des Mietvertrags einbezogen ist, kommt auch ihr diese Verjährungsvorschrift nach den Grundsätzen des VSD zugute.

**Ergebnis:** Der Anspruch des V gegen D ist daher verjährt, sodass der D die Einrede des § 214 I BGB zusteht.

## F) Wiederholungsfrage

- **Wann besteht die sog. Leistungsnähe für einen Vertrag mit Schutzwirkung?**

Der Dritte muss hierfür mit der aus dem betreffenden Rechtsverhältnis geschuldeten Leistung bestimmungsgemäß in Berührung kommen und folglich den Gefahren einer Pflichtverletzung ebenso ausgesetzt sein wie der Gläubiger selbst.

Bei **gegenseitigen Verträgen** muss der Dritte nach Ansicht des BGH - zumindest auch - mit der synallagmatischen Hauptpflicht in Berührung kommen.

Das erforderliche Näheverhältnis liegt nur vor, wenn die Leistung des Schuldners bestimmte Rechte oder Rechtsgüter eines Dritten „bestimmungsgemäß“ beeinträchtigen kann. Entscheidend für eine Ersatzpflicht hinsichtlich von Vermögensschäden des Dritten ist, ob die vom Schuldner zu erbringende Leistung auch dazu bestimmt ist, dem Dritten Schutz vor möglichen Vermögensschäden zu vermitteln.

## G) Zur Vertiefung

### **Abgrenzung zwischen echtem und unechtem Vertrag zugunsten Dritter bzw. dem Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte**

- Tyroller, Der Dritte in der Klausur (Teil 2), Life&LAW 06/2015, 446 ff.