

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 12

Die Widerrechtlichkeit
in § 123 BGB

Von

Dr. Johannes Karakatsanes



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

JOHANNES KARAKATSANES

Die Widerrechtlichkeit in § 123 BGB

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 12

Die Widerrechtlichkeit in § 123 BGB

Von

Dr. Johannes Karakatsanes



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1974 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1974 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
ISBN 3 428 03082 6

MATRI ET MEMORIAE PATRIS

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung ist im Sommersemester 1973 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg i. Br. als Dissertation angenommen worden. Das Manuskript wurde Mitte 1973 abgeschlossen.

Ich bin mir dankbar bewußt, daß ohne die hochherzige Unterstützung von vielen Seiten die Arbeit in der vorliegenden Form nicht hätte zustandekommen können.

Mein besonderer Dank gehört meinem hochverehrten Lehrer Professor *Joseph Georg Wolf*, der mich auf vorbildliche Weise im juristischen Denken weitergeführt und meine Arbeit in jeder Hinsicht ermöglicht und gefördert hat.

Zu danken habe ich auch meinem Freund *Klaus Peter Müller*, Gerichtsreferendar und Assistent am Institut für Rechtsgeschichte und geschichtliche Rechtsvergleichung der Universität Freiburg, der mir mit Rat und Tat jede sachliche und menschliche Unterstützung hat zuteil werden lassen, in jenem europäischen Geiste, der die Fremde zur zweiten Heimat werden läßt.

Mein Dank gilt schließlich den Gerichtsreferendaren Dr. *G. Schlichting* und *M. Maurer* für wertvolle sprachliche und stilistische Hinweise. Dem Deutschen Akademischen Austauschdienst bleibe ich für die großzügige Gewährung eines Stipendiums dauernd verpflichtet. Ich freue mich, daß der Verlag Duncker & Humblot in Berlin die Arbeit in seine Reihe „Schriften zum Bürgerlichen Recht“ aufgenommen hat.

Freiburg, im August 1973

Johannes Karakatsanes

Inhaltsverzeichnis

KAPITEL I

§ 1. Die Problemstellung	13
--------------------------------	----

KAPITEL II

§ 2. Der Begriff ‚Drohung‘ in § 123 BGB	18
I. Stand der Meinungen	18
A. Henles Lehre	19
B. Belings Lehre	20
II. Die Ausfüllung des Begriffs ‚Drohung‘ durch die Rechtsprechung	21
A. Die Abhängigkeit des angedrohten Übels von dem Willen des Drohenden	21
B. Das Zweekelement des Drohungsbegriffs	28
III. Sonderproblem: Abgrenzung zwischen Drohungen und Vergleichsvorschlägen	35
IV. Zusammenfassung	38

KAPITEL III

Die Kriterien für die Beurteilung der Widerrechtlichkeit der Drohung

§ 3. Die Widerrechtlichkeit des Mittels als erstes Kriterium für die Beurteilung der Widerrechtlichkeit der Drohung	40
I. Stand der Diskussion	41
II. Konkretisierung des Begriffs ‚Widerrechtlichkeit des Mittels‘ als erstes Kriterium für die Beurteilung der Widerrechtlichkeit der Drohung	43
A. Verstoß des angedrohten Übels gegen eine Vertragspflicht	43
B. Verstoß des angedrohten Übels gegen strafrechtliche Normen	46
C. Verstoß des angedrohten Übels gegen nichtstrafrechtliche Normen	46
D. Verstoß des angedrohten Übels gegen die guten Sitten ..	49
III. Zusammenfassung	50
§ 4. Die Widerrechtlichkeit des Zweckes als zweites Beurteilungskriterium für die Widerrechtlichkeit der Drohung	51
I. Standpunkt der Rechtsprechung	51
II. Stellungnahme der Literatur	52
III. Eigener Standpunkt	53

IV. Zusammenfassung	55
§ 5. <i>Die Kriterien für die Beurteilung der Widerrechtlichkeit der Drohung bei an sich erlaubtem Mittel und Zweck</i>	56
I. Die Anspruchstheorie	57
A. Inhalt der Theorie	57
B. Die Zersetzung der Anspruchstheorie in der Rechtsprechung	57
1. RG JW 1915, 238 ff.	57
2. RGZ 102, 311 ff.	58
3. Der neue Weg: BGHZ 2, 287 ff.	59
C. Ergebnis	61
II. Die Zusammenhangstheorie	62
A. Inhalt der Theorie	62
B. Die Zusammenhangstheorie in der Rechtsprechung	63
1. LG Paderborn MDR 1951, 102 ff.	63
2. BGHZ 25, 217 ff.	65
3. BAG AP 1970 Nr. 16	66
C. Ergebnis	68
III. Die am § 226 BGB orientierte Theorie	69
A. Inhalt der Theorie	69
B. Eigene Stellungnahme	70
C. Die Rechtsprechung zur unzulässigen Rechtsausübung bei der Drohung	71
1. RG JW 1905, 134	71
2. OLG Hamburg HansGerZ 1907, 228	72
3. RG JW 1913, 1033 ff.	72
4. BGHZ 2, 287 ff.	73
D. Ergebnis	73
IV. Gesamtergebnis	74
§ 6. <i>Die Kriterien für die Beurteilung der Widerrechtlichkeit bei der Drohung mit einer Unterlassung</i>	76
I. Stand der Meinungen	76
II. Die Rechtsprechung	77
1. LAG Gleiwitz ArbRechtSamml. 35, 118 ff.	77
2. BGH LM § 123 BGB, Nr. 32	79
III. Ergebnis	81
IV. Exkurs: Die Drohung mit einer Unterlassung und der § 330 c StGB	82

KAPITEL IV

Die Konkretisierung des neuen Maßstabs für die Beurteilung der Widerrechtlichkeit der Drohung bei an sich erlaubtem Mittel und an sich erlaubtem Zweck	
§ 7. <i>Die Drohung mit einer Strafanzeige</i>	85
I. Stand der Diskussion	85

II. Die Wiedergutmachung des durch die Straftat angerichteten Schadens als zentraler Gesichtspunkt der Zulässigkeit der Drohung mit einer Strafanzeige	87
A. Die Wiedergutmachung: Voraussetzungen — Formen	87
B. Die unzulässige „Wiedergutmachung“	89
1. Die Durchsetzung von in der Höhe unbestimmten Schadensersatzansprüchen ohne sachliche Erörterung	89
2. Die über die Wiedergutmachung hinaus bezweckte Verschaffung ungebührlicher Vorteile	90
C. Das Problem der Wiedergutmachung bei Drohungen mit Strafanzeigen gegen Dritte	92
1. Stellungnahme der Rechtsprechung	93
2. Standpunkt der Literatur	93
3. Eigener Standpunkt	94
D. Exkurs: Die Drohung mit einer Strafanzeige zwecks Klärung der Rechts- und Sachlage	97
III. Die „angemessene Zahlung an die Armenkasse“	98
IV. Die Drohung mit einer Strafanzeige zwecks Auflösung eines auf gegenseitigem Vertrauen basierenden Rechtsverhältnisses	99
V. Die durch die Drohung mit einer Strafanzeige bezweckte Bestimmung des Bedrohten zu einer Handlung, die nach ethischen Maßstäben der freien Entschließung vorbehalten ist ..	100
VI. Zusammenfassung	101
§ 8 Die Drohung mit einer zivilrechtlichen Klage und anderen Rechtsbehelfen	103
I. Die Drohung mit einer Klage	103
A. Stand der Meinungen	103
B. Eigener Standpunkt	104
C. Die Rechtmäßigkeit der Drohung mit einer Klage	105
1. Die Drohung mit einer Klage zwecks Erreichung einer Willenserklärung, zu deren Abgabe der Bedrohte rechtlich verpflichtet ist	105
2. Die adäquate Entwicklung der zwischen Drohendem und Bedrohtem bestehenden Rechtsbeziehung	107
D. Die Widerrechtlichkeit der Drohung mit einer Klage	108
E. Sonderproblem: Die Drohung mit einer Klage gegen Dritte	111
II. Die Drohung mit anderen zivilrechtlichen oder zivilprozessualen Rechtsbehelfen	113
III. Zusammenfassung	117
§ 9. Die Drohung mit einer Kündigung	119
I. Problemstellung	119
II. Die Drohung mit einer Kündigung zum Zwecke der Änderung eines bestehenden Rechtsverhältnisses	120
III. Die Drohung mit einer Kündigung zum Zwecke der einverständlichen Beendigung eines bestehenden Rechtsverhältnisses	125

A. Die Drohung mit einer außerordentlichen Kündigung	125
B. Die Drohung mit einer ordentlichen Kündigung	127
IV. Die Drohung mit einer Kündigung als Mittel zur Erreichung anderer Willenserklärungen	129
V. Zusammenfassung	131

KAPITEL V

Die subjektiven Vorstellungen des Drohenden und ihr Einfluß auf die Widerrechtlichkeit der Drohung

§ 10. <i>Der subjektive Tatbestand der Drohung bei der Drohung mit einer Strafanzeige</i>	132
I. Standpunkt der Literatur	133
II. Die Rechtsprechung	133
A. RGZ 112, 226 ff.	133
B. BGHZ 25, 217 ff.	136
III. Ergebnis	139
§ 11. <i>Der subjektive Tatbestand der Drohung bei der Drohung mit einer Klage</i>	141
I. Stand der Meinungen	141
II. Die Rechtsprechung	143
A. RG WarnRspr. 1928, Nr. 52	143
B. BGH WM 1972, 946 ff.	144
III. Ergebnis	148
§ 12. <i>Der subjektive Tatbestand der Drohung bei der Drohung mit anderen zivilrechtlichen oder zivilprozessualen Rechtsbehelfen</i> . .	151
I. Stand der Diskussion	151
II. Die Rechtsprechung	151
A. RG GruchBeitr. 66, 454 ff.	151
B. RGZ 108, 102 ff.	155
III. Ergebnis	155
§ 13. <i>Der subjektive Tatbestand der Drohung bei der Drohung mit einer Kündigung</i>	157
I. Stand der Diskussion	157
II. Die Rechtsprechung	157
III. Ergebnis	161
Ausblick	163
Schrifttum zur Drohung	165
Verzeichnis der besprochenen und angeführten Entscheidungen	169

Kapitel I

§ 1. Die Problemstellung

Übersicht

1. Das Problem der Unterscheidung zwischen zulässiger und unzulässiger Drohung. Die Regelung des BGB
2. BGHZ 25, 217 ff.
3. Die zentralen Probleme der Drohung
 - a) Beurteilung der objektiven Widerrechtlichkeit
 - b) Einfluß der subjektiven Vorstellungen des Drohenden auf die Widerrechtlichkeit

1. In einer Gesellschaftsordnung, die die freie Entfaltung der Persönlichkeit gewährleistet¹, ist es selbstverständlich, daß sehr oft die Interessen der einzelnen Individuen miteinander in Konflikt geraten. Es ist auch ganz natürlich, daß der eine die Durchsetzung seiner Belange auf Kosten des anderen erstrebt. Diese Verhaltensweise der einzelnen zeigt sich besonders eindeutig im Zivilrecht. Hier wird in aller Regel, insbesondere bei dem Abschluß von Verträgen, der eine versuchen, die ihm genehme Vertragsgestaltung dem anderen aufzuzwingen².

Es ist eine der Hauptaufgaben des Rechts als Regulativ des gesellschaftlichen Lebens, der Einwirkung des einen auf den anderen Grenzen zu setzen. Die Aufgabe stellt sich in aller Deutlichkeit dort, wo der geäußerte Wille nicht auf freier EntschlieÙung des Erklärenden beruht, sondern sich als Resultat einer Beeinflussung durch einen anderen darstellt.

Eine gesetzliche Regelung sieht sich vor die Schwierigkeit gestellt, eine Lösung zu finden, welche nur solchen Beeinträchtigungen der EntschlieÙungsfreiheit entgegenwirkt, die unvereinbar mit den rechtlich-ethischen Vorstellungen der Gesellschaft sind. Dagegen dürfen nicht

¹ Siehe Art. 2 Abs. 1 GG. Dazu *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD, 5. Aufl. (1972), S. 171 ff.; *H. Peters*, Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in der höchstrichterlichen Rechtsprechung (1963).

² Dazu *F. Roscher*, Vertragstheorie mit Herrschaftsfunktion? ZRP 1972, S. 111 ff. mit Literaturangaben; *M. Wolf*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich (1970).

Einwirkungen auf den Willen sanktioniert werden, die von der Gesellschaft im Interesse einer freien Entfaltung des Individuums als zulässig angesehen werden. Das Problem wird besonders deutlich bei der Beeinträchtigung des Willens durch *Drohung*.

Man könnte daran denken, zulässige und unzulässige Willensbeeinflussungen durch Drohung durch das Kriterium einer qualifizierten Drohung zu unterscheiden. Diesen Weg hat das römische Recht beschritten. Es sanktionierte die Drohung nur dann, wenn sie sich gegen Leben, Leib oder Freiheit richtete und auch einen standhaften Mann einschüchtern konnte^{3, 4}.

Das BGB verlangt dagegen keine besondere Qualifikation der Drohung. Der Antrag des Redaktors des der ersten Kommission vorgelegten Entwurfs ging dahin, daß die durch Drohung erregte Furcht objektiv begründet sein müsse. Dies sei nur bei einer besonderen Schwere des angedrohten Übels der Fall. Die erste Kommission lehnte den Antrag ab. Die Anfechtbarkeit wegen Drohung sollte nicht von einer besonderen Schwere des angedrohten Übels abhängen⁵. Damit waren die Erfordernisse des römischen Rechts preisgegeben. Daher hängt heute die Unterscheidung von erlaubter und nicht erlaubter Drohung weder von der Erheblichkeit des gegen den Bedrohten gerichteten Übels noch von dessen Eignung, auch einen „homo constantissimus“ einzuschüchtern, ab. Stattdessen differenziert § 123 BGB nach der *Widerrechtlichkeit* der Drohung⁶.

Welche Probleme diese Lösung des Gesetzgebers für die Rechtsprechung aufwirft, zeigt die folgende Entscheidung des Bundesgerichtshofs⁷:

2. BGHZ 25, 217 ff. (23. 9. 1957)

Die X-Bank stand mit der Firma H in Geschäftsverbindung; die Ehefrau des Firmeninhabers war an dem Unternehmen mit einer erheblichen Einlage beteiligt. Im Jahre 1953 geriet die Firma H in wirtschaftliche Schwierigkeiten,

³ Vgl. D. 4, 2, 3, 1—9pr.; insbesondere D. 4, 2, 6: „... Metum autem non vani hominis, sed qui merito et in homine constantissimo cadat, ad hoc edictum pertinere dicemus.“ Siehe auch *Kaser*, Das Römische Privatrecht, erster Abschnitt, 2. Aufl. (1971), S. 244; *U. v. Lübtow*, Der Edikttitle „Quod metus causa gestum erit“ (1932); *Windscheid-Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. (1906), 1. Bd., S. 415 ff.

⁴ Auch einige moderne Rechtsordnungen folgen dieser Lösung. Nach Art. 1112 cod. civ. muß das angedrohte Übel ein beträchtliches sein (un mal considérable). Siehe auch Schweiz. Obl. R. Art. 30; Art. 150, 151 des griechischen BGB; Art. 1435 ital. cod. civile.

⁵ Vgl. auch *G. Planck*, Der Begriff der Widerrechtlichkeit in § 123 BGB, Festgabe für Regelsberger, S. 163; ferner *Lehmann-Hübner*, Allg. Teil des BGB, S. 273: „Die subjektive Eigenart des Bedrohten ist vielmehr zu berücksichtigen, die stärkeren Nerven verdienen kein Privileg.“

⁶ Vgl. auch Motive I, S. 207: „Die Drohung muß eine widerrechtliche sein.“

⁷ Urteil des BGH vom 23. September 1957, BGHZ 25, 217 ff.

die jedoch vorerst mit Hilfe der Firmen KL und HO behoben wurden. Im Sommer 1953 zogen die drei Firmen aufeinander Wechsel, die von der X-Bank diskontiert wurden. Im November 1953 schloß die X-Bank mit der Firma H ein Abkommen, in dem sie sich verpflichtete, die Akzepte der Firma KL einzulösen und den Schuldnern Ratenzahlung zu gewähren. Zur Sicherung ihrer Forderungen gegen H verlangte die X-Bank von Frau H die Übernahme einer selbstschuldnerischen Bürgschaft, anderenfalls wollte sie gegen ihren Mann Strafanzeige wegen „Wechselreiterei“ erstatten. Durch diese Drohung veranlaßt gab Frau H die gewünschte Bürgschaftserklärung ab. Als die X-Bank aus der Bürgschaft klagte, berief Frau H sich auf eine Anfechtung wegen widerrechtlicher Drohung.

Das OLG Bamberg hielt die Drohung mit der Strafanzeige für widerrechtlich, weil die Bank keinen Rechtsanspruch auf die Abgabe einer Bürgschaftserklärung gegen Frau H gehabt habe.

Der BGH rügt das OLG, die Beurteilung der Widerrechtlichkeit der Drohung mit einer Strafanzeige könne nicht davon abhängig gemacht werden, ob der Drohende einen Rechtsanspruch auf die Abgabe der Erklärung des Bedrohten habe. Der BGH führt aus: Frau H sei an dem Unternehmen ihres Mannes erheblich beteiligt gewesen; sie habe wiederholt große Geldsummen der Firma zur Verfügung gestellt und aus den Geschäften ihres Mannes Vorteile gezogen. Unter diesen Umständen sei die ausgesprochene Drohung nach der Auffassung aller billig und gerecht Denkenden ein angemessenes Mittel zur Erreichung der Bürgschaftserklärung gewesen. Außerdem habe die Bank nicht das Bewußtsein gehabt, in unzulässiger Weise vorzugehen. Sie sei unverschuldet von Tatsachen ausgegangen — aktive Beteiligung der Beklagten am Unternehmen ihres Mannes, persönliche Vorteile bei den Wechselgeschäften —, die die Drohung als zulässig erscheinen ließen. Dieser unverschuldete Irrtum der X-Bank nehme ihrer Drohung den Makel der Widerrechtlichkeit.

3. Diese Entscheidung des BGH, auf die später ausführlich einzugehen ist⁸, stellt die zentralen Probleme der Drohung klar heraus:

Anhand welcher Kriterien soll die objektive Widerrechtlichkeit der Drohung beurteilt werden? Welchen Einfluß haben die subjektiven Vorstellungen des Drohenden auf die Beurteilung der Widerrechtlichkeit der Drohung?

a)

Die objektive Widerrechtlichkeit einer Drohung wird in der *Literatur* danach beurteilt, ob das angewandte Drohungsmittel oder der durch die Drohung angestrebte Zweck als solche „widerrechtlich“ sind⁹. Sind

⁸ Siehe S. 65 ff.

⁹ Siehe dazu *Enneccerus-Nipperdey*, Allg. Teil, S. 1063 ff. mit Nachw.; *Flume*, Allg. Teil II, S. 535; *Lehmann-Hübner*, Allg. Teil, S. 274; *Palandt-*