

BGB AT

Inhaltsübersicht

Wie schreibe ich eine Klausur?	1
A. Was ist das Ziel einer juristischen Klausur?	1
I. Wie sieht eine typische juristische Aufgabe aus?	1
II. Wie funktioniert der Gutachtenstil?	4
III. Wie gehe ich an eine Klausur heran?	7
IV. Welche formale Aspekte sollte ich beachten?	19
B. Was muss ich über das BGB wissen?	20
I. Was muss ich zur Geschichte des BGB wissen?	20
II. Was muss ich zum Aufbau des BGB wissen?	20
III. Was muss ich über Privatautonomie wissen?	21
1. Kapitel: Wie kommen Verträge zustande?	23
A. Warum beginnen wir mit dem Vertragsschluss?	23
I. Was sind Rechtsgeschäfte und Verträge?	23
II. Inwieweit sind Verträge relevant?	23
III. Wie verhält sich dieses Kapitel zu den Folgenden?	24
B. Welche Voraussetzungen hat der Vertragsschluss?	25
I. Wie prüfe ich das Zustandekommen eines Vertrages?	25
II. Was ist ein Antrag?	26
III. Was ist eine "Annahme"?	38
IV. Gibt es Verträge ohne Antrag und Annahme?	49
V. Was ist ein "Dissens"?	52
VI. Wie kommen Verträge im Internet zustande?	54
C. Was bedeutet Auslegung?	56
I. Was unterscheidet erläuternde und ergänzende Auslegung?	57
II. Wie erfolgt eine erläuternde Vertragsauslegung?	58
III. Wie erfolgt eine ergänzende Vertragsauslegung?	63
D. Wovon sind Verträge abzugrenzen?	63
I. Inwiefern begründen bereits Vertragsverhandlungen Pflichten?	64
II. Inwieweit ist die GoA ein "vertragsähnliches" Schuldverhältnis?	65

E. Was sind Bedingung und Befristung?.....	66
I. Welche Arten von bedingten Rechtsgeschäften gibt es?.....	66
II. Was ist der Unterschied zwischen Bedingung und Befristung?.....	71
2. Kapitel: Welche Probleme stellen sich bei "Willenserklärungen"?	72
A. Welche Bedeutung haben Willenserklärungen?	72
I. Wo muss ich Willenserklärungen diskutieren?	72
II. Was sind geschäftsähnliche Handlungen?	73
B. Welche Voraussetzungen hat eine Willenserklärung?	73
I. Was setzt der äußere (objektive) Tatbestand einer Willenserklärung voraus?	73
II. Was setzt der innere Tatbestand einer Willenserklärung voraus?	76
C. Wie wird eine Willenserklärung wirksam?.....	82
I. Was sind (nicht) empfangsbedürftige Willenserklärungen?.....	82
II. Was bedeutet die "Abgabe" einer Willenserklärung?	82
III. Was ist der "Zugang" einer Willenserklärung (§ 130 Abs. 1 S. 1 BGB)?.....	87
D. Wie werden Willenserklärungen ausgelegt?	103
I. Welche Besonderheiten gelten für die Auslegung von Willenserklärungen?	103
II. Was versteht man unter einfacher Auslegung?	104
III. Was versteht man unter normativer Auslegung?	104
3. Kapitel: Welche Folgen haben Willensmängel?	106
A. Welche Folgen hat das bewusste Abweichen von Wille und Erklärung?.....	106
I. Was gilt bei geheimen Vorbehalten?	107
II. Was gilt bei Scherzerklärungen?	107
III. Was gilt bei Scheingeschäften?	109
B. Unter welchen Umständen ist eine Anfechtung möglich?	110
I. Wo diskutieren Sie die Anfechtung in der Klausur?	110
II. Wie prüfen Sie eine Anfechtung?	111
III. Wann prüfen Sie einen Anspruch aus § 122 BGB?	132
IV. Ist eine nichtige Willenserklärung anfechtbar?.....	133
4. Kapitel: Was sind Rechts- und Geschäftsfähigkeit?	135
A. Was bedeutet "Rechtsfähigkeit"?.....	135
B. Was bedeutet "Geschäftsfähigkeit"?.....	136
I. Wer ist geschäftsfähig?	137

II. Welche Folgen hat Geschäftsunfähigkeit?	137
III. Was gilt bei Bewusstlosigkeit/nur vorübergehender Störung der Geistesfähigkeit?.....	140
IV. Wie löse ich Fälle, in denen Minderjährige auftreten?	140
C. Exkurs: Was bedeutet "Deliktsfähigkeit"?	155
5. Kapitel: Warum können Verträge unwirksam sein?	157
A. Wann ist ein Rechtsgeschäft wegen Formverstoß nichtig (§ 125 BGB)?	157
I. Welche gesetzlichen Formvorschriften sollte man kennen?	157
II. Welche Formen gibt es?	158
III. Warum gibt es Formvorschriften?	164
IV. Wann ist ein Rechtsgeschäft trotz Formverstoß wirksam?	167
V. Was gilt für eine rechtsgeschäftlich angeordnete Form?	171
B. Was gilt bei Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB)?	174
I. Was ist ein Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB?	175
II. Wie prüfe ich den Verstoß gegen das Verbotsgesetz?	176
III. Was ist die Rechtsfolge des Verstoßes gegen das Verbotsgesetz?	177
IV. Kann man Verbotsgesetze erfolgreich umgehen?.....	182
C. Wie werden sittenwidrige Rechtsgeschäfte (§ 138 BGB) behandelt?	183
I. Was ist Wucher (§ 138 Abs. 2 BGB)?	183
II. Was setzt § 138 Abs. 1 BGB voraus?	186
III. Was sind die Rechtsfolgen der Sittenwidrigkeit?	192
D. Was sind Verfügungsverbote (§§ 135 -137 BGB)?.....	194
I. Welche Folge haben § 135 BGB und § 136 BGB?	195
II. Was sind rechtsgeschäftliche Verfügungsverbote (§ 137 BGB)?	197
III. Was sind Verfügungsbeschränkungen?.....	198
E. Welche Folgen hat das Vorliegen eines Unwirksamkeitsgrundes?.....	199
I. Welche Ausnahmen gibt es zum Grundsatz des § 139 BGB?	199
II. Was ist eine Umdeutung (§ 140 BGB)?	200
III. Was ist eine Bestätigung (§ 141 BGB)?	201
IV. Was bedeutet das Abstraktionsprinzip?	201
6. Kapitel: Wie wirkt Stellvertretung?	203
A. Was ist bei Stellvertretung zu prüfen?.....	203
I. Kann man sich immer vertreten lassen?	204

II. Was ist bei "eigener Willenserklärung" zu erörtern?.....	204
III. Was ist unter dem Punkt "in fremdem Namen" zu diskutieren?.....	206
IV. Was ist "Vertretungsmacht"?.....	211
V. Welche besonderen Konstellationen sind zu beachten?	225
B. Welchen Schranken unterliegt die Stellvertretung?	228
I. Was sind "Insichgeschäfte"?	228
II. Was ist "Kollusion" und was sind ihre Folgen?	231
III. Was ist ein "Missbrauch der Vertretungsmacht"?	231
C. Was gilt, wenn die Vertretungsmacht fehlt?.....	234
I. Was gilt bei Verträgen und einseitigen Rechtsgeschäften?	234
II. Welche Ansprüche bestehen gegen den vermeintlichen Vertreter?	236
7. Kapitel: Was sind AGB?.....	245
A. Wie erfolgt eine AGB-Kontrolle?	245
I. Wann ist die AGB-Kontrolle erforderlich (§ 305 Abs. 1 BGB, § 310 BGB)?	246
II. Wann sind AGB wirksam einbezogen (§ 305 Abs. 2 BGB)?	249
III. Warum sind überraschende Klauseln (§ 305c Abs. 1 BGB) besonders geregelt?	252
IV. Was sind "Individualabreden" (§ 305b BGB)?	253
V. Wie erfolgt eine Inhaltskontrolle (§ 309 BGB, § 308 BGB, § 307 BGB)?	253
B. Welche Folgen hat die Unwirksamkeit einer Klausel (§ 306 BGB)?.....	257
I. Ist eine geltungserhaltenden Reduktion möglich?	258
II. Was ist "eine Klausel" im Sinne von § 306 BGB?.....	258
C. Inwieweit wird die AGB-Kontrolle für Unternehmer und Verbraucher modifiziert?	259
D. Was gilt bei Kollision von Allgemeinen Geschäftsbedingungen?	260
E. Wie werden AGB ausgelegt (§ 305c Abs. 2 BGB) und angewandt?.....	260
F. Welchen Sinn hat das Umgehungsverbot (§ 306a BGB)?	261

Verwendete Symbole

In diesem Skript werden verschiedene Symbole verwendet, um wichtige Zusatzinformationen hervorzuheben.



Beispiel



Selbstkontrollfrage



Definition



Meinungsstreit



Prüfungsschema



Klausurtyp



Typischer Fehler



Vertiefende Literatur / Gerichtsentscheidungen

Wie schreibe ich eine Klausur?

Liebe Leserin, lieber Leser,

in diesem Kapitel lernen Sie, wie man juristische Falllösungen erstellt und wonach diese bewertet werden. Unser Ziel ist es, dass Sie auch unbekannte Fälle effizient und vertretbar lösen können und so eine gute Note erzielen.



Georg Bitter/Tilman Rauhut, Grundzüge zivilrechtlicher Methodik – Schlüssel zu einer gelungenen Fallbearbeitung, JuS 2009, 289 ff.
Detlef Leenen, Anspruchsaufbau und Gesetz: Wie die Methodik der Fallbearbeitung hilft, das Gesetz leichter zu verstehen, Jura 2011, 723 ff.

A. Was ist das Ziel einer juristischen Klausur?

I. Wie sieht eine typische juristische Aufgabe aus?

Zur Eingewöhnung schauen wir uns einmal einen einfachen Fall an. Klicken Sie auf die grauen Überschriften, um diesen schrittweise auseinanderzufalten. Achten Sie dabei auf den generellen Aufbau!

Sachverhalt:

V ist Eigentümer eines VW Golf II. Sein Nachbar, der Autoliebhaber K, fragt V, ob er seinen PKW nicht zum Preis von 5.000 € an ihn, K, verkaufen wolle. V, der das Auto ohnehin loswerden wollte, schlägt sofort ein. Auf dem Weg zur Bank, wo er das Geld abholen will, überlegt es sich K noch einmal und will nun doch nicht zahlen. V, der schon Pläne mit dem versprochenen Geld hatte, ist empört - er besteht auf Zahlung.

Muss K an V 5.000 € zahlen?

Welche gesetzliche Regelung bestimmt, ob K zahlen muss?

Ein Anspruch des V gegen K auf Zahlung des Kaufpreises von 5.000 € könnte sich aus § 433 Abs. 2 BGB ergeben.

Was setzt ein Anspruch auf Kaufpreiszahlung voraus?

Dazu müsste zwischen V und K ein **wirksamer Kaufvertrag** zustande gekommen sein.

Was setzt ein wirksamer Kaufvertrag voraus?

Dies setzt **zwei übereinstimmende Willenserklärungen**, Antrag und Annahme (§§ 145 ff. BGB) voraus.

Was setzen Antrag und Annahme voraus?

I. Hier könnte ein **Antrag** des K im Sinne von § 145 BGB vorliegen.

Was setzt ein Antrag voraus?

Ein Antrag ist

- eine auf einen Vertragsschluss gerichtete **Willenserklärung**,
- die bereits so **bestimmt** ist, dass der Vertrag durch ein schlichtes "Ja" des Empfängers geschlossen werden kann.

Was setzt die Definition des Antrags im Hinblick auf eine Willenserklärung voraus?

1. Eine Willenserklärung ist eine auf einen rechtlichen Erfolg gerichtete Äußerung.

Sind die Voraussetzungen der Definition einer Willenserklärung hier erfüllt?

Hier hat K dem V erklärt, er wolle das Auto für 5.000 € kaufen. Er wollte einen Vertrag schließen. Darin liegt ein rechtlicher Erfolg, sodass seine Erklärung eine Willenserklärung darstellt.

Was setzt die Definition des Antrags im Hinblick auf die Bestimmtheit des Antrags voraus?

2. Die Erklärung müsste so bestimmt sein, dass der Vertrag durch ein schlichtes "Ja" des Empfängers geschlossen werden kann. Dies ist der Fall, wenn sie bereits alle wesentlichen Vertragsbestandteile (sog. "essentialia negotii") enthält. Dies sind die Vertragsparteien sowie die von diesen zu erbringenden Leistungen.

Sind die Voraussetzungen der Bestimmtheit hier erfüllt?

Hier hat K den PKW, den von ihm zu zahlenden Preis und sich selbst sowie V als Vertragsparteien benannt. Damit sind alle wesentlichen Vertragsbestandteile in seiner Erklärung enthalten. Sie ist damit hinreichend bestimmt.

Und was bedeutet das für den Antrag des K?

3. Damit liegt ein **Antrag** des K vor.

Reicht uns das für den Vertragsschluss?

II. Allerdings ist auch eine **Annahme** durch V erforderlich.

Was setzt eine Annahme voraus?

Eine Annahme (§ 147 BGB) ist eine Willenserklärung, durch welche der Erklärende sein Einverständnis mit einem ihm angetragenen Vertrag erklärt und diesem so Wirksamkeit verschafft.

Sind die Voraussetzungen der Annahme hier erfüllt?

Hier hat V erklärt, dass er dem K den PKW zum gewünschten Preis verkaufen will. Hierin liegt eine auf Setzung einer Rechtsfolge, nämlich den Abschluss eines Vertrages, gerichtete Erklärung. Diese deckt sich in Bezug auf die wesentlichen Vertragsbestandteile mit der Erklärung des K.

Was bedeutet das für die Annahme durch V?

Damit liegt hier eine Annahme durch V vor.

Was bedeutet das für die übereinstimmenden Willenserklärungen?

III. Damit liegen zwei übereinstimmende Willenserklärungen von V und K (Antrag und Annahme) vor.

Was bedeutet das für das Zustandekommen des Kaufvertrages?

Damit ist ein wirksamer Kaufvertrag zwischen V und K zustande gekommen.

Was bedeutet das für unseren Anspruch auf Kaufpreiszahlung?

Damit besteht ein Anspruch des V gegen K auf Zahlung des Kaufpreises von 5.000 € aus § 433 Abs. 2 BGB.

Einige Angaben im Sachverhalt (z. B. "Autoliebhaber", "Pläne mit dem versprochenen Geld") mussten gar **nicht diskutiert** werden (und durften es auch nicht). Sie müssen also wesentliche von unwesentlichen Informationen unterscheiden!

Auch die meisten Regelungen aus dem Gesetz waren nicht erheblich, obwohl sie vielleicht auf den ersten Blick danach aussahen (etwa die Bindung an den Antrag in § 145 BGB oder das Recht zum Widerruf in § 130 Abs. 1 S. 2 BGB). Sie müssen also nicht jede Norm im Allgemeinen Teil des BGB auf jeden Fall anwenden!

Andererseits haben Sie vielleicht schon in diesem Fall erkannt, dass es im deutschen Recht weder auf eine Form (der Vertrag wurde hier nur mündlich vereinbart), noch auf irgendwelche konkreten Erfüllungshandlungen (K wollte das Geld holen, V hatte ihm das Auto noch nicht übergeben) ankommt, um einen Anspruch zu begründen - dies geht vielmehr durch schlichte Worte und ohne jede Form.



Noch einmal zur Wiederholung: Ihre Aufgabe als Jurist ist es **nur, den Fall zu lösen**, und nicht alle "interessanten" Punkte im Gesetz oder im Sachverhalt blind aufzulisten. Konzentrieren Sie sich auf die Voraussetzungen der Regelung, aus der Sie den Anspruch herleiten wollen.

II. Wie funktioniert der Gutachtenstil?

1. Was bedeutet der Gutachtenstil?

Der Korrektor erwartet von Ihnen, dass Sie die Klausuraufgabe im **Gutachtenstil** lösen. Dies fällt erfahrungsgemäß schwer, weil diese Herangehensweise im Alltag kaum erforderlich ist. In Anfängerklausuren liest man daher oft unbeholfene und unverständliche Sätze.

Wenn Sie einen Satz mit "da", "denn", "weil" oder "nämlich" vervollständigen können, befinden Sie sich im Urteilsstil (Ergebnis, "weil" Begründung). Im Gutachtenstil hingegen kann man Sätze immer theoretisch mit "also", "daher", "damit", "deshalb" ergänzen (Begründung, "daher" Ergebnis).



Im Wesentlichen ist der Gutachtenstil ein schlichtes dreischrittiges Vorgehen, das immer weiter verschachtelt wird:

Eine **Definition** müssen Sie dabei nur ausdrücklich nennen, wenn ein Tatbestandsmerkmal auslegungsbedürftig (d.h. mehrdeutig) ist. Ansonsten genügt es, den offensichtlichen Wortsinn zu unterstellen und unmittelbar die im Sachverhalt geschilderten Umstände mit dem gesetzlichen Tatbestand zu vergleichen.

2. Kann ich den Urteilsstil erkennen?

Damit Sie sich in die Situation des Korrektors einfühlen, haben wir für Sie hier einen kurzen Auszug aus einer Klausur bereitgestellt. Markieren Sie mit der Maus die Ausdrücke, die Sie für eine Verletzung des Gutachtenstils halten.

Ein Anspruch des A gegen B auf Zahlung von 1.000 € könnte sich aus § 433 Abs. 2 BGB ergeben.

Dies ist hier der Fall. Denn A und B haben sich über einen Kaufvertrag geeinigt.

Der Anspruch ist auch nicht untergegangen, da B bislang nicht gezahlt hat.

Daher besteht der geltend gemachte Anspruch.

Beachten Sie: Wenn Sie alle typischen Worte markiert haben, wird das Kästchen grün.

In einer echten Klausur würden Fehler meist nicht so gehäuft auftreten. Dennoch ist dieses Beispiel gerade im ersten Semester nicht völlig unwahrscheinlich. Vermeiden Sie derartige Fehler!



3. Wie sollen meine Obersätze aussehen?

a. Worauf muss ich bei Obersätzen achten?

In jedem Obersatz müssen vier Dinge enthalten sein:

1. die **Anspruchsgrundlage**, und zwar präzise nach Absatz, Satz und ggf. Variante zitiert,
2. der **Anspruchsteller**, d.h. die Person, die etwas aufgrund der Anspruchsgrundlage verlangt,
3. der **Anspruchsgegner**, d.h. die Person, von der etwas verlangt wird sowie schließlich
4. das **Anspruchsziel**, das Sie möglichst präzise definieren sollen (also nicht nur "Zahlung des Kaufpreises", sondern z.B. "Zahlung des Kaufpreises von 400 €").

Anders als im Strafrecht müssen Sie die konkrete Handlungsmodalität, die zur Entstehung des Anspruchs geführt hat, nicht im Obersatz nennen.



Sie müssen also nicht schreiben "A könnte einen Anspruch auf 500 € Schadensersatz aus § 823 Abs. 1 BGB gegen B erlangt haben, indem B ihn geschlagen hat". Ebenso wenig müssen Sie schreiben "V könnte gegen K einen Anspruch auf Kaufpreiszahlung von 100 € aus § 433 Abs. 2 BGB haben, soweit zwischen Ihnen ein Kaufvertrag besteht".

Der Obersatz ist im Konjunktiv ("könnte", "hätte" etc.), nicht im Indikativ ("hat", "ist" etc.) gefasst. Zudem ist er ein Aussage- und kein Fragesatz.



Der Satz "K hat gegen V einen Anspruch auf Übergabe und Übereignung des Autos aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB" ist ein guter Ergebnissatz. Der zugehörige Obersatz lautet jedoch "K könnte gegen V einen Anspruch auf Übergabe und Übereignung des Autos aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB haben".



Ausnahme: Der Indikativ ist dagegen dann für einen Obersatz tauglich, wenn die Anspruchsvoraussetzungen abschließend genannt werden, denn dann "hat" der Anspruchsteller den Anspruch tatsächlich.



"K hat gegen V einen Anspruch auf Übergabe und Übereignung des Autos aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB, wenn dieser entstanden und nicht wieder erloschen ist."

b. Wie finde ich die richtige Anspruchsgrundlage?

In den wenigsten Aufgabenstellungen wird Ihnen die richtige Anspruchsgrundlage unmittelbar vorgegeben. Vielmehr müssen Sie in der Regel die Normen finden, aus denen sich überhaupt

ein Anspruch auf das Verlangte ergeben kann. Dabei müssen Sie sich der richtigen Norm kumulativ von zwei Seiten nähern:

- Will jemand **Rückzahlung seines Kaufpreises**, kann er dies etwa über § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Var. BGB erreichen (bei Anfechtung), über § 346 Abs. 1 BGB (bei Rücktritt) oder über § 355 Abs. 3 S. 1 BGB (bei Widerruf). In Betracht kommen aber auch Schadensersatzansprüche statt der Leistung (§ 280 Abs. 1, Abs. 3 iVm § 281 BGB, § 282 BGB oder § 283 BGB bzw. § 311a Abs. 2 BGB) und § 826 BGB. Diese Normen schließen sich grundsätzlich nicht aus (siehe nur § 325 BGB), so dass Sie alle Regelungen finden müssen, die ihr Anspruchsziel erreichen *können*.
- Wenn **Herausgabe einer Sache** verlangt wird, kommen sowohl vertragliche Ansprüche (z.B. § 546 BGB) als auch quasi-vertragliche Ansprüche (§ 667 BGB iVm § 683 S. 1 BGB, § 677 BGB), dingliche (§ 861 BGB, § 1007 BGB, § 985 BGB), deliktische (§ 823 Abs. 1 BGB iVm § 249 BGB), bereicherungsrechtliche (§ 812 Abs. 1 S. 1, 1. Var. BGB) und sogar erbrechtliche (§ 2130 BGB) Ansprüche in Betracht. Alle denkbaren Herausgabeansprüche kann niemand auswendig kennen - Sie müssen hier also je nach Fall in bestimmten Teilen des BGB nach einer Anspruchsgrundlage suchen.



4. Muss ich meine Klausur in Juristendeutsch schreiben?

Die juristische Sprache wird oft als übermäßig kompliziert und unverständlich kritisiert und karikiert. Dies hat praktisch verschiedene Ursachen, unter anderem das Alter vieler Gesetzestexte und das Bemühen um eine möglichst abstrakte Darstellung der Tatbestandsvoraussetzungen. Viele Studenten bemühen sich in Ihren Klausuren, in gleicher Weise möglichst viele Fremdwörter, lateinische Phrasen und lange Bandwurmsätze einzubauen.

Solche umständlichen Gestaltungen entsprechen jedoch nicht den Erwartungen der Aufgabsteller und Korrektoren. Vielmehr wird von Ihnen eine sachliche, kurze und vor allem verständliche Ausdrucksweise erwartet. Sie sollen keine aktuellen oder historischen Sprichwörter (in Deutsch oder Latein) zum Besten geben, sondern einen Fall lösen .

Insoweit gilt der Spruch von *Rudolf von Ihering* "Der Gesetzgeber soll denken wie ein Philosoph, aber reden wie ein Bauer" erst recht für Sie als Studenten und spätere Rechtspraktiker. Denn Adressaten von Urteilen aber auch von vielen Anwaltschreibern sind Laien. Diese mag man durch eine verquere Ausdrucksweise beeindruckt (um so den eigenen Stand zu stärken), viel gewonnen ist damit aber nicht. Der Leser Ihrer Klausuren hat in jedem Fall genug Ahnung, um hinter leere Phrasen zu blicken. Der Korrektor freut sich daher mehr über eine verständliche Lektüre, die er abends parallel zum Fernsehprogramm durchsehen kann, als über ein anspruchsvolles Meisterwerk literarischer Qualität.

Keinesfalls dürfen Sie aber in Trivialsprache verfallen und vor allem nicht juristische Ausdrücke unpräzise verwenden.



Ein Gesetz tritt in Kraft sobald es allgemeine Wirkung entfaltet; daher tritt § 142 BGB nicht "in Kraft", wenn jemand eine Anfechtung erklärt (sondern ist am 1.1.1900 mit dem BGB in Kraft getreten).

III. Wie gehe ich an eine Klausur heran?

Ihre Aufgabe in der Klausur ist es, eine für den Leser nachvollziehbare, rational begründete, gutachterliche Lösung zu entwickeln. Dabei dürfen Sie drei Hilfsmittel nutzen:

- die **Fallfrage**,
- den **Sachverhalt im Übrigen** und schließlich
- den **Gesetzestext**, den Sie auch in die Klausur mitbringen dürfen und sollen (Nachschlagen ist keine Sünde - auch das Stichwortverzeichnis ist nicht tabu!).

Den Vorgang der Prüfung, ob der Sachverhalt eine Voraussetzung eines gesetzlichen Tatbestands erfüllt, nennt man "**Subsumtion**". Hier liegt der Schwerpunkt Ihrer Tätigkeit (und auch der späteren Bewertung). Eine klare Subsumtion führt automatisch dazu, dass Ihr Ergebnis letztlich eine Falllösung und keine bloße Wissenswiedergabe ist.

1. Wieso ist die Fallfrage der Ausgangspunkt der Klausurlösung?

Jede juristische Klausuraufgabe endet mit einer Fallfrage. Im Zivilrecht gibt es dabei hauptsächlich drei Konstellationen:

1. Es wird konkret **nach bestimmten Ansprüchen** gefragt ("Kann V von K Zahlung von 1.000 € aus § 433 Abs. 2 BGB verlangen?") oder nach bestimmten Gestaltungsrechten ("Kann V den Vertrag durch Anfechtung seines Antrags beseitigen?").
2. Es wird nach einem oder mehreren **bestimmten Anspruchszielen** gefragt (z.B. "Kann V von K Zahlung von 1.000 € verlangen?")
3. Es wird offen nach **allen denkbaren Ansprüchen gefragt** ("Wie ist die Rechtslage?"). Dies dürfen Sie aber nicht verwechseln mit Fällen, in denen die Ansprüche im Sachverhaltstext genannt werden ("V möchte von K 1.000 €. Zu Recht?"), diese fallen in Kategorie 1 oder 2.

Ergänzend wird teilweise nach **Handlungsempfehlungen** gefragt ("Was könnte V tun?" "Was würden Sie A raten?"). Das ist vergleichsweise selten - sollte Sie aber direkt auf die Idee einer Anfechtung, eines Widerrufs oder eines Rücktritts bringen sowie auf Leistungsverweigerungsrechte (§ 214 BGB, § 273 BGB, § 320 BGB etc.) aufmerksam machen.



Prüfen Sie alle gefragten Ansprüche **im Kopf**. Schreiben Sie aber in keinem Fall mehr als gefragt wurde - das bringt keine Pluspunkte, sondern allenfalls Abzüge. In den meisten Klausuren sind Hilfsgutachten nicht ausdrücklich ausgeschlossen, sondern im Gegenteil ausdrücklich im Bearbeitervermerk aufgenommen. Überle-

gen Sie sich aber gut, ob sie Hilferwägungen wirklich ausführen wollen - im Zweifel ist es besser, einen Weg zu gehen, durch den die Hilferwägung überflüssig wird.

a. Inwieweit sind mehrere Fallfragen eine Hilfestellung?

Wenn es **mehr als eine Fallfrage** gibt, will der Aufgabensteller sie meist auf einen Lösungsweg leiten. Baut die zweite Frage auf der ersten auf, sollten sie in der Regel das dazu passende Ergebnis erreichen. Handelt es sich um eine Abwandlung, sollten Sie prüfen, worin genau der Unterschied liegt (im Zweifel sollten Sie nicht zum selben Ergebnis gelangen).

Manchmal werden aber auch nur ganz separate Fälle in einem Sachverhalt verknüpft, um Ihre Fähigkeit zu überprüfen, mit Stress umzugehen und Ihnen Gelegenheit zu geben, ein breites Spektrum an Problemen zu bearbeiten. In diesen Fällen nützen Ihnen die Fallfragen nichts. Sie müssen nur darauf achten, sich nicht in Widersprüche zu verstricken.

Daher beachten Sie folgende **Regel** zum Klausurschreiben:

Regel 1: Lesen Sie **zuerst** (vor dem Rest des Sachverhalts und vor dem Blick in das Gesetz) alle Fallfragen gründlich durch. Erst danach sollten Sie sich mögliche Anspruchsgrundlagen herausuchen und den Sachverhalt darauf durchsehen.



b. Darf ich auch nicht gefragte Ansprüche erörtern?

In vielen Sachverhalten sind durchaus mehrere Ansprüche angelegt. Wenn die Fallfrage allerdings nur auf einen bestimmten Anspruch ausgerichtet ist, ist es **falsch (und führt zu Abzügen)**, wenn Sie nebenbei auch andere Ansprüche diskutieren.



Wenn im Sachverhalt V an K eine Vase verkauft und dann eine Anfechtung des Kaufvertrags wegen Irrtums (§ 119 Abs. 1, Abs. 2 BGB iVm § 142 Abs. 1 BGB) erklärt, führt die wirksame Anfechtung zu einer Schadensersatzhaftung des V gegenüber K (§ 122 Abs. 1 BGB). Sie dürfen diese aber nicht erwähnen, wenn nur nach dem Anspruch des K auf Übergabe und Übereignung der Vase gefragt ist.



Von diesem Grundsatz gibt es eine wesentliche Ausnahme. In einer Frage nach einem großen Betrag ist immer auch die Frage nach einem Teilbetrag enthalten. Die Berücksichtigung dieser Minusansprüche folgt aus der Rechtspraxis: Ein Kläger oder Mandant möchte auch wissen, ob er jedenfalls einen Teilbetrag erhält.

Wenn also im Sachverhalt nach einem Anspruch auf Mietzahlung für den Zeitraum 1. Oktober 2019 bis 20. Oktober 2019 gefragt ist, können Sie die Prüfung



nicht abbrechen, wenn der Mietvertrag bereits zum 14. Oktober 2019 beendet wurde. Vielmehr müssen Sie dann prüfen, ob jedenfalls vom 1. Oktober 2019 bis 14. Oktober 2019 Miete zu zahlen ist. Ebenso führt ein Mitverschulden (§ 254 Abs. 1 BGB) im Regelfall nicht zum Ausschluss des Anspruchs, sondern nur zu einer Minderung. Ist daher die Situation im obigen Fall spiegelbildlich (K erklärt die Anfechtung und es ist nach Ansprüchen des V auf Zahlung gefragt), kann ein etwaiger Schadensersatzanspruch aus § 122 Abs. 1 BGB als anderer Rechtsgrund neben § 433 Abs. 2 BGB durchaus zu diskutieren sein.

c. Welche typischen Fehler sollte ich vermeiden?

1. Anders als im Strafrecht bedeutet der **Tod** eines Beteiligten (oder dessen Insolvenz) grundsätzlich nicht, dass Rechtsfolgen bezüglich dieser Person irrelevant wären. Denn mit dem Tod ist zwar der Verstorbene selbst nicht mehr Träger von Rechten und Pflichten. Jedoch geht sein gesamtes Vermögen auf die Erben über (§ 1922 BGB), wozu insbesondere auch seine Schulden gehören (§ 1967 BGB). Sie müssen also ggf. auch Ansprüche von und gegen Verstorbene prüfen.
2. In juristischen Klausuren ist **Überflüssiges falsch**. Sie sollten es also vermeiden, die Fallfrage extensiv auszulegen, nur um Ihr mühsam erarbeitetes Wissen zu präsentieren. Wie bereits erläutert, sind die Klausuren an der Arbeit echter Juristen orientiert. Auch ein Anwalt wird seine Mandanten nicht mit interessanten Rechtsfragen langweilen, sondern soll zielgerichtete Antworten auf die ihm gestellten Fragen geben. Ein Richter kann sich erst recht nicht leisten, umfassende theoretische Abhandlungen zu präsentieren - er ist vielmehr an die Anträge der Parteien gebunden (§ 308 Abs. 1 ZPO).
3. Rechtsbeziehungen, nach denen nicht ausdrücklich gefragt wurde, können **inzident relevant** werden.



- Im Sachenrecht ist oft ein Anspruch aus § 985 BGB zu prüfen. Dieser setzt voraus, dass der Anspruchsteller Eigentümer ist. Hierzu beginnt man die Prüfung mit einer Person, die im Sachverhalt als ursprünglicher Eigentümer benannt ist und prüft dann chronologisch, ob irgendwann der Anspruchsteller Eigentümer geworden ist.
- Im Rahmen von § 285 BGB (wichtig v.a. im Rahmen der Drittschadensliquidation) oder von § 255 BGB gibt es Ansprüche auf Abtretung von Ersatzansprüchen. Dann müssen Sie in der Regel auch prüfen, ob diese Ansprüche überhaupt bestehen. Etwas anderes gilt aber, wenn ausschließlich "Zahlung" verlangt wird - denn eine Abtretung ist noch keine Zahlung (sondern ein darauf folgender zweiter Akt).

2. Was muss ich bei der Arbeit mit dem Sachverhalt beachten?

a. Was bedeutet ein vollständiger Sachverhalt?

Der Aufgabensteller Ihrer Klausur hatte bei der Entwicklung des Sachverhalts bestimmte Rechtsfragen im Blick. Er hat alle zur Beantwortung dieser Fragen relevanten Informationen im Sachverhalt ausdrücklich angegeben oder jedenfalls angedeutet.

Die Herausforderung liegt darin, zu erkennen, welche Aussagen nur zur Ausschmückung dienen sollen und welche für ein konkretes Tatbestandsmerkmal einer Rechtsnorm erforderlich sind. Dies ist vor allem Erfahrungssache: Je mehr Sachverhalte Sie durchgearbeitet haben, desto eher können Sie auch Signalwörter als solche erkennen. Generell gilt der Erfahrungssatz, dass die relevanten Aussagen den Großteil des Sachverhalts ausmachen (70-90%). Wenn sie also erhebliche Teile des Sachverhalts nicht ausnutzen, haben Sie offensichtlich etwas übersehen und sollten sich deshalb Sorgen machen.

Oft liest man in Klausuren von "lebensnaher Sachverhaltsauslegung" oder Erkenntnissen "nach allgemeiner Lebenserfahrung". Diese benötigen Sie im Zweifel nicht - jedenfalls im Hinblick auf die Tatsachen bedarf der Sachverhalt keiner Ergänzung. Überlegen Sie in solchen Fällen, ob Sie etwas missverstanden haben. Insgesamt gilt aber als

Regel 2: Verändern oder erweitern Sie den vorgegebenen Sachverhalt nicht durch Ihre eigenen Kenntnisse oder Erwartungen. Vertrauen Sie darauf, dass alle wichtigen Punkte bereits genannt sind.



Begründungsaufwand (und eigene Kenntnisse) sind demgegenüber erforderlich, wenn es um wertende Fragen geht, etwa ob ein Verhalten sich als Missachtung *der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt* (§ 276 Abs. 2 BGB) darstellt, wenn nicht bereits im Sachverhalt ausdrücklich das Wort "fahrlässig" bzw. Synonyme wie "nachlässig" genannt werden.

b. Was bedeutet ein unstreitiger Sachverhalt?

Ein Sachverhalt für Klausuren im Studium wird **keine tatsächlichen Streitpunkte haben**. Der Grund dafür ist schon, dass Sie die relevanten Beweismittel nicht vorliegen haben und sie daher auch nicht würdigen können.

Es wird also im Zweifel nicht auf streitige Punkte ankommen. Sie müssen also nichts zur Darlegungs- und Beweislast schreiben (die ohnehin nur in einem Prozess vor Gericht relevant würden). Etwas anderes kann nur ausnahmsweise in Klausuren gefordert werden, die eine prozesuale Einkleidung haben oder gezielt auf anwaltliche Handlungsoptionen ausgerichtet sind.

Wenn der Sachverhalt eine Frage offen lässt, können Sie allerdings auf **Vermutungen** zurückgreifen. Dies kann auch in Klausuren im Studium relevant werden; ist aber erfahrungsgemäß nur selten der Fall.

Wichtige Vermutungen sind namentlich die Vermutung des Vertretenmüssens in § 280 Abs. 1 S. 2 BGB und die Vermutung der Gutgläubigkeit in § 932 Abs. 2 BGB. Enthält der Sachverhalt also keine Angaben, sind ein dementsprechender Anspruch oder ein gutgläubiger Eigentumserwerb zu bejahen. Demgegenüber bedeutet das Fehlen von Hinweisen auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit im Sinne von § 276 Abs. 2 BGB, dass ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB zu verneinen ist.



Generell gilt aber, dass Vermutungsregelungen in Ihrer Klausur **nicht genannt werden sollten**; so spielen § 1006 BGB (Vermutung des Eigentums anhand des Besitzes) oder § 891 BGB (Vermutung der Berechtigung anhand der Grundbucheintragung) erst im Referendariat eine größere Rolle.

c. Was gilt für juristische Ausdrücke im Sachverhalt?

Grundsätzlich sind Sachverhalte aus Laiensicht geschrieben. Daher müssen sie die von diesen gewählte Ausdrücke mit Vorsicht genießen.



Steht im Sachverhalt, dass sich "*L ein Pfund Mehl von V leiht*", dürfen Sie nicht ohne weiteres einen Leihvertrag (§ 598 BGB) annehmen. In Betracht kommen vielmehr auch eine Schenkung (§ 516 BGB) oder ein Sachdarlehen (§ 607 BGB).

Wenn der Sachverhalt sagt, dass "*Onkel O seiner Nichte N ein Rennpferd für 50 € verkauft, weil diese keine Geschenke annehmen will*", dürfen Sie trotzdem nicht ohne Problembewusstsein einen Kaufvertrag nach § 433 BGB bejahen. Es könnte sich vielmehr um eine gemischte Schenkung handeln (§ 516 BGB), bei welcher der Schenkungsanteil sogar deutlich überwiegt.

In den meisten Fällen will Ihnen der Aufgabensteller allerdings helfen und stellt solche missverständliche Fachtermini in Anführungszeichen. Scheidet eine solche abweichende Würdigung aus der Laiensicht aus, gilt aber



Regel 3: Wenn ein Rechtsausdruck für ein bestehendes Rechtsverhältnis (Ehe, Kaufvertrag, Eigentum) verwendet wird, dürfen Sie ihn nicht anzweifeln oder die Voraussetzungen näher diskutieren. Er ist wie eine Tatsache hinzunehmen.

d. Wie viel Zeit sollte ich in Skizzen investieren?

Es ist unklug, in Klausuren direkt loszuschreiben. Dadurch riskieren Sie, dass Sie wichtige Tatsachen übersehen oder zu viel Zeit in ein Problem investieren, obwohl es noch zahlreiche andere gibt. Es ist wichtig, den Sachverhalt gründlich zu lesen und die Schwerpunkte herauszuarbeiten. Andererseits werden nicht ihre Entwürfe bewertet, sondern nur die fertig ausformulierte Lösung.

Es gelten dabei folgende Erfahrungswerte, die von einer normalen Schreibgeschwindigkeit ausgehen:

- Haben Sie **90 Minuten** Zeit, sollten Sie nach ca. 20 Minuten mit dem Schreiben beginnen.
- Bei einem Umfang von **120 Minuten** sollten Sie ca. 30 Minuten für die Lektüre des Sachverhalts und die Ausarbeitung der Lösungsskizze investieren.
- In **Examensklausuren**, für die Sie sogar 5 Stunden Zeit haben, dürfen Sie maximal 60 Minuten für den Entwurf der Lösung einplanen.

Sie müssen sich selbst eine klare Grenze setzen und notfalls trotz unfertiger Lösungsskizze mit dem Schreiben beginnen (Uhr an der Wand beachten oder Armbanduhr auf den Tisch legen).

Beim Entwurf Ihrer Lösung sollten Sie **keinesfalls schon den Text vorformulieren** - ganze Sätze aufzuschreiben bringt nichts. Typische Hilfsmittel in dieser Frühphase sind **grafische Skizzen** (in denen Sie die Beziehungen der Beteiligten zueinander darstellen) und **Zeittafeln**, in denen Sie den chronologischen Ablauf darstellen. Sie können hier auch **Mindmaps** malen oder eine **checklistenartige Gliederung** ihrer Lösung anlegen. Aber denken Sie daran: Wenn Sie hier zu viel Zeit in das Schreiben (statt in das Denken) investieren, fehlt Ihnen diese Zeit ggf. später!

3. Wie arbeite ich mit dem Gesetz?

a. Inwieweit hilft mir das Gesetz in der Klausur?

In der Klausur dürfen Sie das Gesetz benutzen (und stehen damit besser dar als Studenten vieler anderer Fachrichtungen, die alles auswendig lernen müssen). Leider wird die damit verbundene Chance oft nicht genutzt und stattdessen weitgehend auf das auswendig gelernte Wissen vertraut. Das ist allerdings sehr risikoreich: Oftmals ist das Erinnerungsbild verzerrt oder man übersieht Details im Wortlaut einer Regelung. Manchmal gibt es auch Ausnahmen in folgenden Absätzen oder Paragraphen, die man nicht gelernt hat und so übersieht.

Dies führt zwanglos zu unserer Regel 4:

Regel 4: Orientieren Sie sich bei der Klausur (selbst wenn Sie Schemata und Definitionen auswendig beherrschen) am Gesetz und schlagen Sie im Zweifel alles nach. Möglicherweise hat die Norm einen Ihnen bislang unbekanntem weiteren Absatz oder Satz oder eine darauf folgende Regelung besagt das genaue Gegenteil für den von Ihnen untersuchten Sonderfall.



Dies gilt bereits für die Anfängerklausuren der ersten Studiensemester - dort kennen Sie nur sehr wenige Normen und auch diese erst seit kurzem. Vertrauen Sie nicht auf Ihr Gedächtnis, sondern lesen Sie selbst noch einmal nach. Die darauf investierte Zeit ist gut angelegt - denn so vermeiden Sie Fehler in Ihrer Arbeit, die viele Punkte kosten würden.

b. Wie lege ich Gesetze aus?

Gesetze sollen abstrakt-generell (siehe zu Einzelfallgesetzen Art. 19 Abs. 1 GG) eine Vielzahl von Fällen regeln. Aufgrund der Grenzen menschlicher Sprache ist nicht immer klar, ob ein bestimmter Sachverhalt nun von einer Regelung erfasst ist oder nicht. In der Klausur müssen Sie einerseits mit für Sie völlig unbekanntem Normen arbeiten können (etwa Regelungen aus dem Arzthaftungsrecht), andererseits aber auch völlig atypische oder gar abstruse Sachverhalte unter eine Norm subsumieren.

Die klassische Methodenlehre stützt sich dabei auf vier Wege, die man als "Canones" bezeichnet und die letztlich von Savigny im Jahr 1840 zusammengestellt wurden. In der Klausur sollten Sie diese jeweils spezifisch benennen und sauber der Reihe nach prüfen:

- Ausgangspunkt ist der Wortlaut (**grammatische Auslegung**), der zunächst durch Legaldefinitionen (etwa Sache in § 90 BGB) oder eine Fachsprache (etwa Körperverletzung als "üble und unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden mehr als nur unerheblich beeinträchtigt") geprägt wird, sich letztlich aber an der Alltagssprache (die auch der Gesetzgeber verwendet) orientiert.
- Die **systematische Auslegung** orientiert sich am Verhältnis der Norm zu anderen Regelungen und zur Gesamtrechtsordnung. Es geht also darum, welche Bedeutung die Regelung im Verhältnis zu anderen hat - hier gilt es, abzugrenzen und zusammenzufassen.
- Die **historische Auslegung** richtet sich nach der Entstehungsgeschichte der Norm. Hierzu müssen Sie auf die Gesetzesmaterialien (Bundestagsdrucksachen oder Motive zum BGB nach Mugdan) zurückgreifen. Da Sie diese in der Klausur nicht zur Hand haben, sollten Sie diese Methode dort vermeiden.

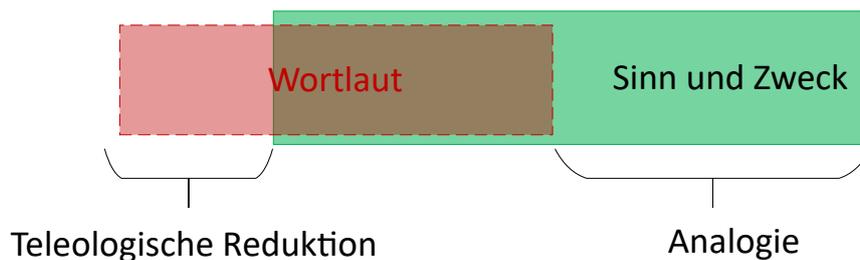
- Die **teleologische Auslegung** war nach Savigny nicht erforderlich. Heutzutage ist man jedoch überzeugt, dass auch der im Text der Norm nicht unmittelbar erkennbare Sinn und Zweck berücksichtigt werden muss. In der Gerichtspraxis und in vielen Lehrbüchern wird dieser Methode der größte Raum eingeräumt. Sie sollten aber erst nach Sinn und Zweck fragen, wenn Sie Wortlaut und Systematik ausgeschöpft haben. Die teleologische Auslegung bietet keinen Raum für Stammtischdiskussionen!



[Christian Walz, Das Ziel der Auslegung und die Rangfolge der Auslegungskriterien, ZJS 2010, 482-490.](#)
Marco Staake, Das Ziel der Auslegung, Jura 2011, 177 ff.
Detlef Leenen, Anspruchsaufbau und Gesetz: Wie die Methodik der Fallbearbeitung hilft, das Gesetz leichter zu verstehen, Jura 2011, 723 ff.
Hans Kudlich/Ralph Christensen: *Die Kanones der Auslegung als Hilfsmittel für die Entscheidung von Bedeutungskonflikten*, JA 2004, 74–83.

c. Wie prüfe ich eine Analogie bzw. teleologische Reduktion?

Aufgrund der Grenzen der Vorstellung des Gesetzgebers (der nicht mit allem Unerwarteten rechnen kann) und der Ungenauigkeit der Sprache können Normen zu weit oder zu eng gefasst sein. Solche Probleme werden bei der Rechtsanwendung durch die **Analogie** und die **teleologische Reduktion** korrigiert:



- Eine **Analogie** setzt (1) eine planwidrige Regelungslücke und (2) eine vergleichbare Interessenlage voraus. Eine Regelungslücke besteht immer dann, wenn das Gesetz den Fall selbst bei weitester Auslegung aller Normen nicht erfasst. Sie ist planwidrig, wenn der Gesetzgeber den Fall nicht bedacht hat. Dabei ist der ursprüngliche Schöpfer der Norm (also teilweise im Jahr 1900) maßgeblich. Aus dem Schweigen späterer Parlamente kann man nur etwas entnehmen, wenn diese sich mit der konkreten Norm überhaupt befasst haben. Eine vergleichbare Interessenlage ist durch Wertung zu ermitteln. Dabei ist zu prüfen, ob das fehlende Tatbestandsmerkmal der gesetzlichen Regelung durch eine nach Sinn und Zweck der Norm gleichwertige Tatsache ersetzt wird.
- Eine **teleologische Reduktion** soll genau umgekehrt eine Norm mit zu weit gehendem Wortlaut auf das eigentlich Gewollte reduzieren. Das bedeutet, dass sich der von Ihnen ermittelte Sinn und Zweck gegen den Wortlaut durchsetzt. Dabei ist äußerste Vorsicht angebracht - denn der Richter (und damit auch Sie als Bearbeiter einer Klausur) ist an Recht und Gesetz gebunden (Art. 20 Abs. 3 GG). Er kann also nicht einfach seinen Willen an die Stelle des Parlaments setzen.



[Regenfus, Die »doppelte Analogie« – Erscheinungsformen und Voraussetzungen](#), JA 2009, 579
Luther, [Die juristische Analogie](#), Jura 2013, 449–453

4. Wie ordne ich meine Klausur?

a. Wonach gliedere ich meine Lösung?

Während in Klausuren im ersten Semester regelmäßig nur ein Anspruch einer Person gegen eine andere aus einer einzigen Anspruchsgrundlage zu prüfen ist, müssen Sie in den folgenden Semestern schon bald mehrere Ansprüche verschiedener Personen mit verschiedenen Zielen aus ganz verschiedenen Rechtsgebieten prüfen. Ohne eine klare Struktur sind Sie (und der Korrektor) dabei schnell verloren. Es ist daher unverzichtbar, eine vernünftige Struktur zu finden. Einfach ist dies, wenn der Fall schon selbst durch verschiedene Fragen strukturiert ist - dann bauen Sie auch nach diesen Fragen auf und prüfen diese der Reihe nach.

Manche Fälle sind auch schlicht zufällig aneinandergehängte, eigentlich unabhängige Sachverhalte, in denen zufällig die selbe Hauptperson bzw. die selben Beteiligten auftauchen. Auch dort können Sie nach den jeweiligen **Sachverhaltskomplexen** gliedern.

Im ersten Teil geht es um die Kündigung eines Mietvertrages zwischen M und V. Im zweiten Teil geht es um eine Beleidigung, die M als "Rache" für die aus seiner Sicht unberechtigte Kündigung erklärt hat.



Im Übrigen bietet es sich an, zunächst nach **Anspruchstellern** zu ordnen.

Wenn einerseits nach Ansprüchen des V gegen K und andererseits nach Ansprüchen des K gegen V gefragt ist, sollten Sie zuerst die Ansprüche der einen Seite prüfen (praktisch meist die des Käufers, da die ihm gegenüber zu erbringende Leistung unmöglich werden kann; zudem gibt es nur für diesen ein eigenes Gewährleistungsrecht (§§ 434 ff. BGB).



Innerhalb eines Anspruchstellers können Sie dann nach **Anspruchsgegnern** sortieren, vorzugsweise beginnend mit dem Sachnächsten.

Will das Opfer eines Behandlungsfehlers Schadensersatz **vom Krankenhaus** und vom **behandelnden Arzt**, prüfen Sie erst Ansprüche gegen den Arzt und dann gegen das Krankenhaus. Ebenso prüfen Sie bei einem Autounfall erst Ansprüche gegen den Fahrer und dann gegen den Halter des Fahrzeugs.



Schließlich ordnen Sie die Ansprüche eines Anspruchstellers gegen einen Anspruchsgegner nach dem **Anspruchsziel**.

Ein Anspruch auf **Zahlung von Geld** kann sowohl als Leistung aus einem Vertrag (§ 433 Abs. 2 BGB) als auch als Schadensersatzanspruch (etwa aus § 280 Abs. 1 S. 1 BGB) bestehen. Ein Anspruch auf **Herausgabe** kann nicht nur aus Vertrag (§ 546 BGB), sondern auch aus Bereicherungsrecht (§ 812 Abs. 1 S. 1, 1. Var. BGB), aus Eigentum (§ 985 BGB) oder sogar aus Schadensersatz (§ 249 Abs. 1 S. 1 BGB) geht



von Naturalrestitution aus - und das kann auch die Verschaffung einer Sache sein) folgen.

b. Wie ordne ich verschiedene Anspruchsgrundlagen?

Selbst wenn Sie nur ein Anspruchsziel prüfen müssen, kommen oftmals mehrere Anspruchsgrundlagen in Betracht.



Ein Anspruch auf Herausgabe kann sich unter anderem aus § 985 BGB, § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Var. BGB, § 861 BGB, § 1007 Abs. 1 BGB, § 823 Abs. 1 BGB iVm § 249 BGB oder aus § 2130 BGB ergeben.

In diesen Fällen müssen Sie zunächst diejenigen Normen, die ersichtlich nicht passen, aussortieren (etwa § 2130 BGB, wenn niemand verstorben ist, oder § 985 BGB, wenn keine Angaben zum Eigentum im Sachverhalt auffindbar sind). Die übrigen Normen sollten Sie in eine Reihenfolge bringen, die Inzidentprüfungen weitgehend vermeidet:

- Sie beginnen mit **vertraglichen Ansprüchen**, da diese Ansprüche aus §§ 677 ff. BGB ausschließen (da ein Vertrag einen Auftrag im Sinne dieser Norm darstellt), ein Recht zum Besitz im Sinne von § 986 BGB begründen, deliktische Handlungen rechtfertigen oder zumindest das Verschulden beeinflussen und einen rechtlichen Grund im Sinne von § 812 Abs. 1 S. 1 BGB darstellen.
- **Vertragsähnliche Beziehungen**, etwa aus § 179 Abs. 1 BGB oder aus § 670 BGB iVm § 683 S. 1 BGB können ebenfalls einen Rechtsgrund im Rahmen von § 986 BGB bzw. § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Var. BGB darstellen, im Rahmen des Deliktsrechts rechtfertigend wirken oder das Verschulden modifizieren (§ 680 BGB). Daher sollten sie diese vor dinglichen, deliktischen und bereicherungsrechtlichen Ansprüchen prüfen.
- **Dingliche Ansprüche**, etwa aus § 985 BGB, aus § 861 BGB oder aus § 1007 Abs. 1 BGB, bestehen grundsätzlich unabhängig von deliktischen oder bereicherungsrechtlichen Ansprüchen. Etwas anderes gilt nur für Schadens- und Nutzungsersatz: Dort ordnet § 993 Abs. 1 a.E. BGB einen Ausschluss dieser Ansprüche an. Aus praktischen Gründen sollten Sie daher alle dinglichen Ansprüche vor Ansprüchen aus Bereicherungsrecht oder Deliktsrecht prüfen.
- Damit bleiben zuletzt **Ansprüche aus Delikts- und Bereicherungsrecht** (§§ 823 ff. BGB, §§ 812 ff. BGB). Diese haben untereinander kein Konkurrenzverhältnis. Sie können also eine beliebige Reihenfolge wählen.

Bei einem Vertrag (und nur dort - diese Differenzierung gilt nicht für gesetzliche Schuldverhältnisse) besteht stets ein auf Erfüllung der jeweiligen Pflicht gerichteter "**Primäranspruch**".



- Bei einem Kaufvertrag ist der Primäranspruch des Käufers Übergabe und Übertragung der gekauften Sache (§ 433 Abs. 1 S. 1 BGB).
- Bei einem Mietvertrag ist der Primäranspruch des Vermieters die Zahlung der Miete (§ 535 Abs. 2 BGB).

Soweit die Leistungspflicht allerdings unmöglich ist (§ 275 Abs. 1 BGB) oder nicht bzw. nicht entsprechend den ausdrücklichen oder impliziten Voraussetzungen des Vertrags erfüllt wird, treten an die Stelle des Primäranspruchs "Sekundäransprüche".

- Liefert der Verkäufer die gekaufte Sache nicht, kann der Käufer nach § 280 Abs. 1, Abs. 3 BGB iVm § 281 BGB Schadensersatz verlangen (soweit er vergeblich eine Frist setzt).
- Zahlt der Mieter seine Miete nicht rechtzeitig, muss er nach § 288 Abs. 1 BGB Verzugszinsen zahlen.
- Wird die Lieferung der gekauften Sache unmöglich, weil ein Dritter sie beschädigt hat, kann der Käufer Abtretung der Schadensersatzansprüche des Verkäufers gegen diesen Dritten gem. § 285 BGB verlangen.



c. Wie prüfe ich einen Anspruch?

Im Rahmen der Prüfung eines Anspruchs sind neben den Voraussetzungen der Anspruchsgrundlage auch Gegenrechte des Anspruchsgegners zu prüfen. Diese sollen in einer sinnvollen Reihenfolge geprüft werden. Dabei wendet man üblicherweise folgendes Denkschema an (d.h. Sie müssen nicht in jeder Klausur schreiben "Der Anspruch ist nicht untergegangen und durchsetzbar."):

- Zunächst prüfen Sie, ob der Anspruch überhaupt irgendwann einmal **entstanden** ist. In diesem Rahmen sind auch die **rechtshindernden Einwendungen** zu berücksichtigen, die bereits das Entstehen des Anspruchs verhindern.

Solche rechtshindernden Einwendungen sind etwa die Form (§ 125 BGB), Gesetzesverstöße (§ 134 BGB) oder Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB). Erkennbar sind sie daran, dass das Rechtsgeschäft "nichtig" ist.



- In einem zweiten Schritt untersuchen Sie dann, ob der Anspruch durch spätere Ereignisse **untergegangen** ist. Hier müssen Sie **rechtsvernichtende Einwendungen** prüfen, die Sie überwiegend im Schuldrecht finden.

Solche rechtsvernichtenden Einwendungen sind Erfüllung (§ 362 Abs. 1 BGB), Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1 BGB), Aufrechnung (§ 389 BGB) oder Erlass (§ 397 BGB). Erkennbar sind sie daran, dass ein Anspruch "erlischt" bzw. "ausgeschlossen" ist.



- Schließlich müssen Sie prüfen, ob der Anspruch im Zeitpunkt der Klausurbearbeitung auch durch Zwangsvollstreckung **durchsetzbar** wäre. Dies ist nicht der Fall, wenn der Anspruchsgegner **rechtshemmende Einwendungen** (Einreden im materiellrechtlichen Sinne) erhebt. Das Besondere ist, dass solche Einreden ausdrücklich geltend gemacht werden müssen ("Über Einreden muss man reden.").

Solche Einreden sind etwa die Verjährung (§ 214 BGB), Zurückbehaltungsrechte (§ 273 BGB) oder Unzumutbarkeit (§ 275 Abs. 2 BGB). Erkennbar sind sie daran,



dass sie einerseits auf Tatbestandsebene ein "kann" enthalten und andererseits auf das "Verweigern" der Leistung abstellen.

5. Wie berücksichtige ich Schemata und Meinungsstreitigkeiten?

a. Wie gehe ich mit Schemata um?

Die Schemata, die Sie in Arbeitsgemeinschaften, der Vorlesung, Lehrbüchern oder Skripten finden, sind nicht als "Checkliste" oder Schreibschemata gedacht, das sie Punkt-für-Punkt in ihrer Klausur abhaken müssen. Es handelt sich vielmehr um Denkschemata, die sie schnell zu den Problemen führen sollen.



Es wäre etwa unsinnig, in jedem Fall eine Stellvertretung (§§ 164 ff. BGB) anzuprüfen, obwohl nur zwei Personen beteiligt sind. Bei Verträgen unter Erwachsenen ohne weitere Angaben müssen Sie die Geschäftsfähigkeit (§§ 104 ff. BGB) nicht erwähnen.

Woher wissen Sie dann, zu welchen Punkten aus dem Schema Sie etwas schreiben sollen? Als allgemeine Orientierungsregel gilt:

1. **Negative Voraussetzungen**, die die Anwendung einer Norm ausschließen, sind nur zu erwähnen, wenn es Angaben im Sachverhalt gibt, die sie darunter subsumieren können.



Sie müssen in einem Fall nicht prüfen, ob ein Vertrag wegen Formmangels nach § 125 BGB nichtig sein könnte, wenn Sie keine Formvorschrift finden.

2. **Positive Voraussetzungen**, die vorliegen müssen, damit eine Norm Anwendung findet, sind stets zu erwähnen. Allerdings sind sie zusammengefasst und knapp zu beschreiben, wenn der Sachverhalt hierzu keine genauen Angaben trifft.



Sie müssen nicht ausdrücklich Antrag und Annahme prüfen, wenn der Sachverhalt besagt, dass A und B einen Vertrag geschlossen haben. Dann reicht der Satz "Zwischen A und B besteht ein Vertrag."

b. Wie erkenne ich Probleme und löse sie?

Juristische Klausuren sollen in der Regel Ihre Fähigkeit prüfen, **strukturiert zu argumentieren** und die Fallfrage nachvollziehbar zu beantworten. Dieses Ziel würde verfehlt, wenn Sie einfach nur die richtige(n) Regelung(en) im Gesetz (bzw. bei ungeschriebenen Prinzipien in ihrem Kopf) finden und diese ab- bzw. aufschreiben müssten.

Stattdessen geht es darum, einen Fall zu prüfen, der in mindestens einem Punkt von dem im Gesetz geregelten **Normalfall** abweicht. Sie müssen dann die Frage beantworten, ob die von Ihnen geprüfte Regelung auf den Fall passt bzw. welche von mehreren in Betracht kommenden Normen Anwendung findet.

Das Erkennen dieser Abweichungen und die Diskussion der dabei auftretenden Probleme ist kaum abstrakt-generell zu lernen. Es erfordert vielmehr einerseits ein starkes **Gerechtigkeitsgefühl** (Judiz) und andererseits viel Übung - je mehr Klausuren Sie gesehen haben, desto schneller erkennen Sie die Abweichung vom Normalfall (und können die diskussionswürdigen Punkte identifizieren).

c. Wie lerne ich Meinungsstreitigkeiten?

Es liegt nahe, beim Klausurenschreiben auf auswendig gelerntes Wissen, d.h. die berühmten "**Meinungsstreitigkeiten**", zurückzugreifen. Diese gibt es deshalb, weil eine Vielzahl von Juristen seit über 100 Jahren anhand des BGB echte Fälle lösen muss und so schon statistisch nicht alles vom Gesetzgeber vorhergesehen worden sein kann. Taucht also etwas Unerwartetes auf, kann dies von einer Person auf eine Art, von einer anderen aber ganz anders gelöst werden ("Zwei Juristen, drei Meinungen").

Viele Meinungsstreitigkeiten zu kennen gibt Ihnen einen praktischen Vorteil: Sie müssen nicht kreativ nach Argumenten suchen, sondern können schlicht auf auswendig Gelerntes zurückgreifen.

Dummerweise gibt es nicht für jedes Problem einen lernbaren Meinungsstand. Einerseits gibt es Probleme, die keine Diskussion provoziert haben, andererseits kommen stets neue Gestaltungen vor, zu denen sich noch niemand (außer Ihnen in der Klausur) geäußert hat. Zudem gibt es schlicht zu viele Streitigkeiten, als dass sie alle auswendig lernen könnten. Dies gilt erst recht, wenn Sie auch die Kernargumente für und gegen die jeweiligen Auffassungen beherrschen wollen. Allgemein gilt

Regel 6: Konzentrieren Sie sich besser auf die Sachdiskussion, als nur Meinungen Personen, Gerichten oder Personengruppen zuzuordnen!



Entgegen einer verbreiteten Auffassung entbindet übrigens der Verweis auf die "**herrschende Meinung**" weder von einer sachlichen Begründung noch ist sie allein deshalb besser vertretbar (oder wird besser bewertet), weil sie angeblich "herrschend" ist.

d. Wie gehe ich mit Zeitproblemen um?

Ab einem gewissen Punkt im Studium werden Sie merken, dass Sie nicht genug Zeit haben, alle aufgeworfenen Probleme eines Falles in der eigentlich wünschenswerten Tiefe zu diskutieren. Diese Erfahrung ist unvermeidbar und sollte von Ihnen bereits frühzeitig eingeplant werden.

Regel 7: Sie sollten so wenig wie möglich aber so viel wie nötig schreiben. Das bedeutet: Diskutieren Sie nur dort ausführlich, wo es wirklich verschiedene denkbare Auslegungen gibt. An anderen Stellen müssen Sie sich kurzfassen - das erspart Ihnen und dem Korrektor Zeit und Ärger!



Sie kennen sicher das Sprichwort "Wiedersehen macht Freude" - nur verleiten scheinbar bekannte Probleme dazu, dass Sie nur das Auswendiggelernte abspulen und dabei die kleine, aber wichtige Abweichung des konkreten Falls vom Ihnen bekannten Standardfall übersehen. Es kann auch passieren, dass Sie zu viel Zeit auf das bekannte Problem investieren (das alle se-

hen) und dabei keine Zeit mehr für das eigentlich schwierigere außergewöhnliche Problem haben, das Ihnen eigentlich Punkte bringen würde.

Sie sollten aber auch nicht in jeder Klausur versuchen, die Welt neu zu erfinden - viele Fälle sind genau so unproblematisch, wie sie auf den ersten Blick wirken.

6. Was macht eine gute Klausur aus?

Im Vergleich zu Aufgabenstellungen aus der Schulzeit bedeutet eine juristische Klausur einen erheblichen Umgewöhnungsaufwand: Ihre Aufgabe ist es insoweit **ausschließlich** (!), den Fall zu lösen. Dabei sind Sie in der Rolle des Richters - Sie müssen daher die Interessen beider Parteien im Blick halten, aber letztlich zu einem eindeutigen Ergebnis kommen.

Dies bedeutet:

1. Sie sollen (nur) die **konkrete Frage** beantworten, d.h. am Ende Ihrer Klausur steht eine klare und eindeutige Antwort. Es geht nicht um das Abspulen von Detailwissen oder Schemata.
2. Sie sollen die Frage aus **allen denkbaren rechtlichen Gesichtspunkten** betrachten. Sie müssen also das Gesetz und den Sachverhalt umfassend auswerten. Eine freie Stammtischdiskussion führt zur Abwertung.
3. Sie sollen eine verständliche und **nachvollziehbare Lösung** abliefern. Wenn Ihre Arbeit keine Struktur hat oder widersprüchlich ist, haben Sie es schwer, zu bestehen.
4. Sie sollen auch **Gegenargumente** würdigen - d.h. Sie sollen nicht einseitig diskutieren, sondern sich "schizophren" in die Lage beider Parteien versetzen. Wenn Sie eine Partei von vorneherein als "Schweinehund" abtun und sie bestrafen, führt dies zur Abwertung.
5. Sie sollen zwischen Fragen der **Gesetzesauslegung** (Was meint das Gesetz?) und der **Gesetzesanwendung** (Passt das Gesetz auf diesen konkreten Fall?) sauber differenzieren. Das Gesetz wurde nicht nur für Ihren Fall gemacht!

IV. Welche formale Aspekte sollte ich beachten?

1. Sie sollten auf keinen Fall Aussagen unterstellen, ohne das Gesetz oder den Sachverhalt zu berücksichtigen. Was im Gesetz steht, ist stets mit einer Norm zu belegen. **Nennen Sie das Gesetz so oft wie möglich.**
2. Wenn Sie das Gesetz nennen, **zitieren Sie genau** - d.h. mit Absatz, Satz und gegebenenfalls Halbsatz oder Variante. Manche Regelungen haben Nummern (z.B. § 308 BGB). Dort zitieren Sie bitte nicht als "Abs." oder als "(1)", sondern als "Nr. 1".
3. Wenn Sie **Fachausdrücke** verwenden wollen (das müssen Sie nicht immer!), verwenden Sie diese an der richtigen Stelle. Eine Norm tritt nicht "in Kraft", wenn Sie die Regelung auf den Fall anwenden - vielmehr tritt ein Gesetz nach Verkündung am im Gesetz bestimmten Termin in Kraft (Art. 82 GG). Und wo wir dabei sind: Es ist die "Verkündung" des Gesetzes, nicht etwa die (biblische) "Verkündigung".
4. Achten Sie auf den **Gutachtenstil**. Wenn Sie ein "da", "weil", "denn" schreiben *können*, um ihre (Halbsätze) zu verknüpfen, machen Sie etwas falsch - und es wird auch nicht besser, wenn Sie die Konjunktion einfach weglassen. Stattdessen sollten Worte wie "daher", "also", "deshalb", "folglich" passen.
5. **Strukturieren** Sie Ihre Gedanken. Das bedeutet: Gliedern Sie im juristischen Stil ("A - I - 1 - a - aa - (1) - (a) - (aa)"), lassen Sie Absätze zwischen Ihren Gedanken (eine Zeile frei lassen). Prü-

fen Sie, ob jeder Gliederungspunkt mit einer These ("Obersatz") beginnt und einer passenden Feststellung ("Ergebnis") endet - selbstverständlich sollten Sie nicht die Worte "Obersatz" und "Ergebnis" vor diese Sätze schreiben.

6. Zwischenüberschriften ("I. Antrag") sind zwar zulässig, aber nicht nötig. Es genügt völlig der **Obersatz als Überschrift** ("I. K könnte einen Antrag gemacht haben."). Diesen dürfen Sie aber nicht weglassen!

B. Was muss ich über das BGB wissen?

I. Was muss ich zur Geschichte des BGB wissen?

Das bürgerliche Gesetzbuch enthält die **allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen**. Es wird etwa ergänzt durch das Handelsgesetzbuch, welches das Sonderprivatrecht der Kaufleute regelt. Interessanterweise ist das HGB älter als das BGB, da es auf dem schon von den Mitgliedern des deutschen Bundes beschlossenen ADHGB beruht und daher schon vorher in ähnlicher Weise bestand. Die heutige Fassung als "HGB" ist aber gleichzeitig mit dem BGB in Kraft getreten.

Das BGB hatte die schwierige Aufgabe, die vor seinem Inkrafttreten bestehende **Rechtszersplitterung** zu beseitigen, die darauf beruhte, dass zuvor jedes Land eigene zivilrechtliche Regelungen hatte. Dementsprechend wurden nach Schaffung einer Ermächtigungsgrundlage im Jahr 1873 zunächst umfangreiche Vorarbeiten begonnen. Die erste Kommission aus elf führenden Juristen schuf bis einschließlich 1888 einen Entwurf aus fünf Büchern (sog. "**erster Entwurf**"). Dieser Entwurf wurde scharf kritisiert, so dass 1890 eine zweite Kommission eingesetzt wurde, die 1895 einen "**zweiten Entwurf**" vorlegte. Dieser Entwurf wurde sodann von den Ländern im Bundesrat noch einmal erheblich überarbeitet und schließlich als "**dritter Entwurf**" dem Reichstag vorgelegt. Der Reichstag wiederum nahm seinerseits zahlreiche Änderungen vor, u.a. um bestimmten Interessengruppen gerecht zu werden. Die Materialien zu allen Entwürfen (Motive zum 1. Entwurf, Protokolle zum 2. Entwurf, Denkschrift zum 3. Entwurf) finden sich in einer fünfbandigen Sammlung von Mugdan.

Das BGB wurde 1896 vom Reichstag beschlossen, vom Bundesrat gebilligt, sodann vom Kaiser ausgefertigt und im Reichsgesetzblatt verkündet. Es trat **am 1. Januar 1900** in Kraft, um hinreichend Zeit zur Vorbereitung und Eingewöhnung zu geben.

Selbstverständlich ist das BGB seitdem nicht unverändert geblieben. Die heutige Fassung mit amtlichen Überschriften in neuer Rechtschreibung beruht auf dem **Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts** von 2001, das 2002 in Kraft getreten ist. Dabei wurde insbesondere das zweite Buch radikal verändert. Daneben sind heute bei der Auslegung nicht nur das Grundgesetz, sondern auch europarechtliche Einflüsse zu berücksichtigen - beides war bei Inkrafttreten der Urfassung unvorstellbar.

[Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich \(Band 1-Band 5\)](#)



II. Was muss ich zum Aufbau des BGB wissen?

Das Bürgerliche Gesetzbuch ist in fünf Bücher eingeteilt:

- Das 1. Buch, der "**Allgemeine Teil**" (abgekürzt AT), enthält für alle Bücher geltende Regelungen. Dazu gehört etwa die Frage, wer "Person" ist, also Träger von Rechten und Pflichten sein kann (§§ 1 ff. BGB). Im Allgemeinen Teil findet man auch Regelungen zu "Sachen" (§§ 90 ff. BGB). Vor allem (und in diesem Kurs näher untersucht) behandelt der allgemeine Teil "Rechtsgeschäfte" (§§ 104 ff. BGB).

- Das 2. Buch ("**Schuldrecht**") regelt Rechtsbeziehungen zwischen (mindestens) zwei Personen. Diese beruhen in der Regel auf Vertrag (§ 311 Abs. 1 BGB), es gibt aber auch gesetzliche Schuldverhältnisse (z.B. § 677 BGB, § 823 BGB, § 812 BGB).
- Das dritte Buch behandelt das "**Sachenrecht**" und somit die Beziehungen zwischen Personen und Sachen. Dazu gehören die tatsächliche Sachherrschaft (Besitz), die uneingeschränkte rechtliche Befugnis (Eigentum) sowie beschränkte dingliche Rechte wie Grundschuld oder Nießbrauch.
- Das vierte Buch regelt das "**Familienrecht**". Dazu gehören einerseits die Ehe oder die Adoption, andererseits verwandschaftliche Beziehungen und ihre Folgen (z.B. Unterhaltspflicht). Viele Regelungen des Allgemeinen Teils werden im Familienrecht durch Spezialregelungen verdrängt.
- Das fünfte und letzte Buch regelt das "**Erbrecht**". Dieses umfasst die vermögensrechtlichen Folgen des Todes und die Rechtsposition der Erben (Erbengemeinschaft, Testamentsvollstreckung, Erbschaftsanspruch). Auch hier finden sich viele vorrangige Regelungen zum Allgemeinen Teil, etwa zur Anfechtung (§ 2078 ff. BGB) oder zur Stellvertretung (§ 2064 BGB).

III. Was muss ich über Privatautonomie wissen?

Das BGB basiert auf dem Grundsatz der Privatautonomie. Diese ist Ausdruck der allgemeinen Handlungsfreiheit, die sogar verfassungsrechtlich durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützt ist. Zur Privatautonomie gehören insbesondere:

- die **Vertragsfreiheit**, bestehend aus der **Abschlussfreiheit** (mit wem gehe ich eine vertragliche Beziehung ein?) und der **Gestaltungsfreiheit** (welchen Inhalt hat der Vertrag?),
- die **Eigentumsfreiheit**, wonach der Eigentümer mit seinen Sachen frei verfahren kann und Dritte von jeder Einwirkung ausschließen kann (§ 903 BGB, Art. 14 Abs. 1 GG) und
- die **Testierfreiheit**, d.h. das Recht, über das Vermögen auch nach dem Tode verfügen zu können (§ 1937 BGB, Art. 14 Abs. 1 GG).

Allerdings ist die Privatautonomie nicht uneingeschränkt zu gewährleisten. Bestimmte Personen sind besonders zu schützen, weil sie eine zu geringe Verhandlungsmacht haben oder nicht hinreichend kompetent sind, um eine Entscheidung zu treffen.



- Dies ist namentlich im Arbeitsrecht der Fall, wo der Arbeitnehmer wirtschaftlich vom Arbeitgeber abhängig ist. Dementsprechend sieht das Gesetz zahlreiche Schutzvorschriften vor.
- Im Erbrecht werden Abkömmlinge des Erblassers durch einen Pflichtteilsanspruch geschützt.
- Im Wohnraummietrecht muss der Mieter vor Obdachlosigkeit und damit vor einem Missbrauch durch den Vermieter geschützt werden.
- Schließlich sollen Verbraucher (§ 13 BGB) vor Unternehmern (§ 14 BGB) generell geschützt werden.

Lückenschließend kann auf Generalklauseln (§ 242 BGB, § 138 BGB) zurückgegriffen werden, soweit eine Person nur im Einzelfall schutzbedürftig ist und nicht zu einer der ausdrücklich ge-

regelten Gruppen gehört. In der Klausur sollten Sie damit aber vorsichtig sein - wenden Sie vor allem das Gesetz an!

1. Kapitel: Wie kommen Verträge zustande?

Liebe Leserin, lieber Leser,

in diesem Kapitel lernen Sie, wie ein Vertrag zustande kommt. Erst in den späteren Kapiteln werden wir uns mit Willenserklärungen, insbesondere deren Abgabe und Zugang (3. Kapitel) sowie Folgen von Willensmängeln (4. Kapitel) und Unwirksamkeitsgründen allgemein (6. Kapitel), auseinandersetzen.

A. Warum beginnen wir mit dem Vertragsschluss?

I. Was sind Rechtsgeschäfte und Verträge?

Im Allgemeinen Teil geht es vor allem um die sog. Rechtsgeschäftslehre. Damit sind die im BGB AT zu findenden allgemeinen Regelungen gemeint, die für alle "Rechtsgeschäfte" gelten.



Ein **Rechtsgeschäft** besteht aus mindestens einer Willenserklärung, die entweder allein oder in Verbindung mit anderen Tatbestandsmerkmalen eine gewollte Rechtsfolge herbeiführt.

Der Begriff des Rechtsgeschäfts ist denkbar weit. Man unterscheidet einseitige, zweiseitige und mehrseitige Rechtsgeschäfte.



- Ein Testament ist ein "**einseitiges Rechtsgeschäft**"; es basiert nur auf einer Willenserklärung (des Erblassers) und muss dem/den Erben nicht zugehen.
- Ein Kaufvertrag ist ein "**Vertrag**", konkret ein "zweiseitiges Rechtsgeschäft", das zwei Willenserklärungen voraussetzt: Eine Partei macht einen Antrag, den die andere annimmt.
- Ein Beschluss auf der Mitgliederversammlung eines Vereins ist ein "**mehrseitiges Rechtsgeschäft**": Jede Stimmabgabe ist eine Willenserklärung; alle Stimmen zusammen bilden den Beschluss.

Damit Sie die für alle diese Gestaltungen geltenden allgemeinen Regeln unmittelbar anhand von Fällen lernen, beginnen wir mit Verträgen als klausurtypischster Gestaltung. Dadurch können Sie von Anfang an die Prüfung von Ansprüchen im Klausuraufbau lernen.

II. Inwieweit sind Verträge relevant?

Das Zustandekommen eines Vertrages ist für Sie im gesamten Studium und Examen relevant:

- Im ersten Semester geht es im Zusammenhang mit Verträgen ausschließlich um **Erfüllungsansprüche** (Zahlung des Kaufpreises, § 433 Abs. 2 BGB; Lieferung der Sache, § 433 Abs. 1 S. 1 BGB).

- In späteren Semestern sind vertragliche Schuldverhältnisse als Voraussetzung für **Sekundäransprüche** relevant, insbesondere für Schadensersatzansprüche aus § 280 BGB; zudem sind sie z.B. Voraussetzung der Rücktrittsrechte aus § 323 BGB und § 324 BGB.
- Auch die dingliche Einigung im **Sachenrecht** (§ 929 BGB; § 873 BGB, § 925 BGB) sowie die Abtretung (§ 398 BGB) und der Erlass (§ 397 BGB) sind Verträge. Für solche Verfügungsgeschäfte sind freilich gewisse Modifikationen erforderlich.
- Schließlich gibt es auch im **Familien-** (Ehe, § 1310 Abs. 1 BGB) und **Erbrecht** (Erbvertrag, § 1941 BGB) Verträge. Auch insoweit sind aber Anpassungen erforderlich.

Ob und **wieviel** Sie zum Zustandekommen des Vertrages schreiben müssen, bestimmt sich nach dem Sachverhalt: Liegen die Probleme überwiegend außerhalb des Vertragsschlusses und gibt es im Sachverhalt nur wenige Angaben zu den Umständen des Zustandekommens, so sollte Ihre Lösung zum Vertragsschluss eher knapp ausfallen. Nicht selten wird es so sein, dass Sie den Vertragsschluss mit nur einem Satz feststellen sollten. Demgegenüber kann es vorkommen, dass ein Hauptteil der Klausur die Frage des Vertragsschlusses darstellt.



Während im ersten Semester sehr viel Wert auf präzise und ausführliche Definitionen gelegt wird, müssen Sie im späteren Verlauf des Studiums Ihre Zeit effektiv planen. Konzentrieren Sie sich auf das Wesentliche und diskutieren Sie nur die wichtigsten Punkte. Es gilt das Motto: "So viel wie nötig, so wenig wie möglich!"



III. Wie verhält sich dieses Kapitel zu den Folgenden?

In diesem Kapitel behandeln wir nur die besonderen Voraussetzungen für das Zustandekommen von Verträgen. Nun können wir aber nicht alle Voraussetzungen behandeln, weil der Umfang sonst unüberschaubar würde. Vielmehr bildet dieses Kapitel den ersten Schritt in einem Gesamtkonstrukt:

- Ein Vertrag besteht aus mindestens zwei Willenserklärungen, die grundsätzlich empfangsbefähigt sind. Daher werden wir uns im nächsten Kapitel damit befassen, was eigentlich eine solche **Willenserklärung** ist und wann diese **zugewungen** ist.
- Nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit sollen die Parteien ihre Beziehungen so ausgestalten können, wie sie wollen. Nun kann es aber passieren, dass der Wille in der Erklärung nicht bzw. nicht richtig zum Ausdruck gekommen ist. Diese sog. **Willensmängel** schauen wir uns im vierten Kapitel näher an.
- Im fünften Kapitel befassen wir uns mit der Frage, wer überhaupt Pflichten eingehen kann; insbesondere inwieweit Kinder und Jugendliche Willenserklärungen abgeben können. Man spricht von **Rechtsfähigkeit** und **Geschäftsfähigkeit**.
- Das sechste Kapitel geht der Frage nach, unter welchen Umständen das Gesetz einen Vertrag für unwirksam erachtet. Man nennt dies **Nichtigkeitsgründe**.
- Im siebten Kapitel geht es um die Einschaltung von Hilfspersonen beim Vertragsschluss bzw. allgemein bei der Vornahme von Rechtsgeschäften, d.h. die **Stellvertretung**.
- Im achten Kapitel schließlich behandeln wir Verträge, die für eine Vielzahl von Konstellationen vorformuliert sind - **Allgemeine Geschäftsbedingungen**.

B. Welche Voraussetzungen hat der Vertragsschluss?

I. Wie prüfe ich das Zustandekommen eines Vertrages?



Ein Vertrag kommt durch die **Annahme eines Antrags**, d.h. durch **zwei übereinstimmende, in Bezug aufeinander abgegebene Willenserklärungen**, zustande (arg. § 151 S. 1 BGB).

In der Klausur müssen Sie folgende Konstellationen unterscheiden:

1. Wenn **mehrere Erklärungen** als "Antrag" bzw. "Annahme" in Betracht kommen, prüfen Sie diese chronologisch: Sie beginnen mit der ältesten Erklärung und prüfen, ob diese alle Voraussetzungen eines Antrags (Willenserklärung, Zugang, essentialia negotii) erfüllt. Wenn Sie dies bejahen, prüfen Sie, ob die Antwort darauf eine Annahme ist (oder Abweichungen beinhaltet, was nach § 151 BGB zu einem Gegenantrag führt).
2. Wenn **keine Angaben zu den jeweiligen Willenserklärungen** gemacht werden (etwa: "K und V einigen sich...", "K und V schließen einen Vertrag...") dürfen Sie nicht die einzelnen Erklärungen prüfen. Wenn bei einer der Erklärungen ein Problem auftritt (K ficht seine Erklärung an, V wurde vertreten, etc.) müssen Sie dieses Problem unter der Überschrift "Willenserklärung des K" bzw. "Willenserklärung des V" erörtern. Eine Qualifikation als Antrag oder Annahme ist nicht erforderlich.



Hinweis: Seien Sie vorsichtig und präzise mit Ihrer **Definition**. Ein Vertrag "besteht" nicht aus zwei übereinstimmenden Willenserklärungen". Der Vertrag ist mehr als bloß zwei Erklärungen!



I. Antrag (§ 145 BGB)

1. Rechtsbindungswille (Abgrenzung zur sog. invitatio ad offerendum)
2. Zugang (§ 130 Abs. 1 S. 1 BGB) - kein Widerruf vor Zugang (§ 130 Abs. 1 S. 2 BGB)
3. Essentialia negotii

II. Annahme

1. Zugang (§ 130 Abs. 1 S. 1 BGB) - kein Widerruf vor Zugang (§ 130 Abs. 1 S. 2 BGB)
oder Zugang entbehrlich (§ 151 S. 1 BGB)
2. In Bezug auf den Antrag (sonst neuer Antrag, § 150 Abs. 2 BGB)
3. Rechtzeitigkeit (§§ 146 – 149 BGB, sonst neuer Antrag, § 150 Abs. 1 BGB)

III. Inhaltliche Übereinstimmung

1. Auslegung nach §§ 133, 157 BGB

2. Möglicherweise: versteckter Dissens (§ 155 BGB), offener Dissens (§ 154 BGB)

II. Was ist ein Antrag?

Die zeitlich erste auf einen Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung bezeichnet das BGB in § 145 BGB als *Antrag*. In Vorlesungen, Arbeitsgemeinschaften und Aufsätzen wird aber überwiegend von "Angebot" gesprochen. Das ist insoweit mehrdeutig, als in § 293 BGB unter "Angebot" das Anbieten einer geschuldeten Leistung verstanden wird - wir bemühen uns hier (und das sollten Sie in der Klausur auch) dem **Wortlaut des BGB** zu folgen.

Eine Definition dieser wichtigen Voraussetzung enthält § 145 BGB nicht. Erst aus dem Zusammenhang kann man aber eine Definition mit **drei Voraussetzungen** herleiten:

Ein **Antrag** (bzw. Angebot) ist eine (1) **empfangsbedürftige** (2) **Willenserklärung**, durch die einem anderen ein Vertrag (3) so **bestimmt** nahegelegt wird, dass das Zustandekommen nur vom Empfänger abhängt.



Damit kommen **vielfältige Gestaltungen** als Antrag in Betracht:

- Ein Vertragstext zusammen mit einem Knopf "Zahlungspflichtig bestellen" auf einer **Internetseite** kann einen Antrag darstellen (vgl. § 312j Abs. 3 S. 2 BGB).
- Ein Antrag kann in einem **Handzeichen auf einer Auktion** liegen (vgl. § 156 BGB).
- Ein Antrag auf Vertragsschluss kann auch in **einem persönlichen Anschreiben** eines Lieferanten an seinen Abnehmer liegen, in dem Preis und Ware genau bestimmt sind (aber nicht in einem Katalog - dazu sogleich).

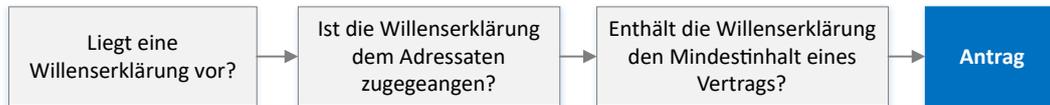


1. Wie prüfe ich den Antrag in der Klausur?

In der Klausur müssen Sie die Voraussetzungen der Definition eines Antrags in drei Schritten prüfen:

1. Zunächst prüfen Sie (jedenfalls gedanklich) die Voraussetzungen einer **Willenserklärung**. Diese werden wir im zweiten und dritten Kapitel näher untersuchen. Im Folgenden werden wir uns nur den Rechtsbindungswillen ansehen, d.h. die Frage, ob bzw. wann sich der Erklärende rechtlich binden will. Die anderen Voraussetzungen werden wir (wie auch im Regelfall Ihrer Klausur) als unproblematisch unerwähnt lassen (natürlich nur sofern dort tatsächlich keine Schwierigkeiten vorliegen).
2. In einem zweiten Schritt müssen Sie prüfen, ob diese Willenserklärung dem Adressaten **zugegangen** ist. Denn eine Willenserklärung wird erst mit Zugang wirksam (§ 130 Abs. 1 S. 1 BGB). Auch dies werden wir erst im folgenden Kapitel behandeln. Der Punkt darf im Gutachten ebenfalls weggelassen werden, wenn dies (wie im Regelfall) kein Problem darstellt.
3. Schließlich müssen Sie den Inhalt der Willenserklärung mit **dem notwendigen Mindestinhalt (irgend)eines Vertrags** vergleichen. Fehlen notwendige Bestandteile (*essentialia negotii*), handelt

es sich nur dann um einen Antrag, wenn diese Merkmale bewusst der Bestimmung durch eine Partei oder einen Dritten (§ 315 BGB) oder sonstigen Umständen (§ 158 BGB) überlassen werden. Diese Frage behandeln wir auf den folgenden Seiten.



In den meisten Klausuren müssen Sie nicht zu jedem dieser Aspekte etwas schreiben. Überlegen Sie also gründlich, ob es an einer Voraussetzung fehlt oder zumindest fehlen könnte! Nur im ersten Semester können Sie es sich leisten, sich ausführlicher zu den einzelnen Voraussetzungen zu äußern - später fehlt schlicht die Zeit (zudem gilt die Prüfung von Unproblematischem als überflüssig und damit als falsch).

2. Was verlangt der Rechtsbindungswille?

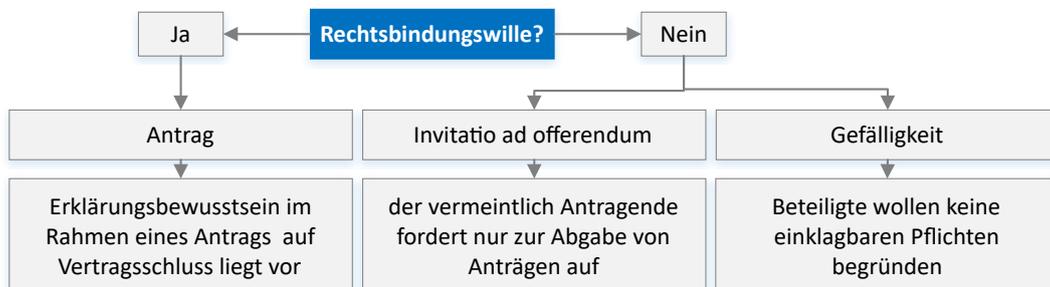
Die Voraussetzung, dass derjenige, der einen Antrag (§ 145 BGB) abgibt, mit "Rechtsbindungswillen" handelt, soll sicherstellen, dass der Erklärende wirklich **einen rechtsverbindlichen Vertrag abschließen will**. Es handelt sich um nichts anderes als einen anderen Ausdruck für das "Erklärungsbewusstsein", welches wir uns allgemein in Bezug auf alle Willenserklärungen noch in Kapitel 3 ansehen werden.



Als "Rechtsbindungswille" bezeichnet man das **Erklärungsbewusstsein im Rahmen eines (vermeintlichen) Antrags auf Vertragsschluss**. Bei anderen Willenserklärungen gibt es keinen "Rechtsbindungswillen", sondern nur das "Erklärungsbewusstsein"!

Dieses Merkmal grenzt den Vertragsschluss insbesondere von zwei Konstellationen ab, die wir uns gleich näher ansehen werden:

- Bei einer **invitatio ad offerendum** fordert der vermeintlich Antragende nur zur Abgabe von Anträgen ihm gegenüber auf.
- Bei einer **Gefälligkeit** wollen die Beteiligten gerade keine einklagbaren und notfalls durch Zwangsvollstreckung erzwingbaren Pflichten begründen.



a. Was ist eine *invitatio ad offerendum*?

Ohne Rechtsbindungswillen handelt, wer nur will, dass **ihm** Anträge gemacht werden (sog. "*invitatio ad offerendum*").

1. Typische Beispiele für eine *invitatio ad offerendum* sind Speisekarten, Zeitungsinserate und Kataloge. Hier ist schon unklar, ob genug Waren da sind, um alle Interessenten zu beliefern (die Folge wäre eine Schadensersatzpflicht).
2. Bei Ausstellung einzelner Gegenstände in Schaufenstern von Geschäften liegt im Zweifel eine *invitatio ad offerendum* vor, weil der Geschäftsinhaber sonst umdekoriieren müsste und zudem noch vor der Entfernung der Ware aus dem Schaufenster weitere Annahmeerklärungen eingehen könnten.



Nur weil aber theoretisch unendlich viele Personen einen Vertrag durch Annahmeerklärung schließen *können*, scheidet ein rechtsverbindlicher Antrag im Sinne von § 145 BGB nicht aus. Man kann nämlich auch einen Antrag an einen unbestimmten Personenkreis ("*offerta ad incertas personas*") machen und diesen ggf. auf einen bestimmten Vorrat begrenzen.

Der Betrieb einer Straßenbahn ohne vorherige Einlasskontrolle ist ein Antrag zum Abschluss eines Beförderungsvertrages an jedermann.



Maßgeblich für die Abgrenzung ist die **Auslegung aus Sicht eines objektiven Empfängers** (§ 133 BGB, § 157 BGB). Fehlt der Erklärung aus seiner Sicht der Rechtsbindungswille, liegt eine *invitatio ad offerendum* vor. Bei einer Vielzahl (potentieller) Empfänger will der Erklärende aus Sicht eines objektiven Empfängers im Zweifel nicht auf die Möglichkeit verzichten, einzelne Personen abzulehnen (Abschlussfreiheit) oder riskieren, Verträge zu schließen, die er mangels hinreichender Vorräte bzw. Produktionskapazitäten gar nicht erfüllen kann. Denn bei Unmöglichkeit der Erfüllung droht eine Schadensersatzhaftung nach § 280 Abs. 1, Abs. 3 BGB iVm § 283 BGB bzw. nach § 311a Abs. 2 BGB.

[BGH VIII ZR 13/01](#)
[BGH NJW 2005, 976, 977](#)
[BGH NJW 2009, 1337](#)



aa. Machen Warenautomaten einen verbindlichen Antrag?

In vielen Fällen ist heutzutage gar kein menschlicher Verkäufer mehr vorhanden, der einen Antrag machen könnte.

Man kann sich am Automaten eine Flasche Cola oder eine Packung Zigaretten ziehen und durch Einwurf von 50 Cent bezahlen. Ein menschlicher Verkäufer, der Willenserklärungen abgeben oder entgegennehmen könnte, ist dabei weit und breit nicht vorhanden.



Es ist umstritten, ob im **Aufstellen eines gefüllten Warenautomaten** bereits ein verbindlicher Antrag an alle Nutzer dieses Automaten auf Abschluss eines Kaufvertrages im Sinne von § 145 BGB liegt.



Einerseits kann man darin eine bloße *invitatio ad offerendum* sehen. Dies hat zur Folge, dass der Kunde, der Geld einwirft den Antrag auf Vertragsschluss macht und dieser Antrag vom Aufsteller angenommen wird, für den das Gerät nach § 120 BGB als Übermittlungseinrichtung agiert.

- Dafür spricht, dass bei Störungen des Automaten gerade kein Anspruch auf Übergabe und Übereignung des gekauften Artikels aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB, sondern nur ein Rückzahlungsanspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Var. BGB entstehen soll.

Die **Gegenauffassung** meint, dass mit jedem, der echte Münzen einwirft, ein Vertrag zustandekommt.

- Dafür spricht, dass der Aufsteller gerade keine Auswahl unter den Nutzern treffen kann oder will, er verzichtet also auf seine Abschlussfreiheit. Auch Verhandlungen im Sinne der Inhaltsfreiheit sind nicht möglich. Da er ohnehin schon eine vorgefertigte Willenserklärung bereithält, kann man darin auch einen Antrag (und nicht bloß eine vorgefertigte Annahme) erblicken.



[BGH NJW 2011, 2871](#) (zum Tanken an einer Selbstbedienungstankstelle)
Schulze u.a., § 145 Rn. 6

bb. Gibt es verbindliche Anträge im Supermarkt?

Im modernen Massengeschäftsverkehr werden viele Verträge in Selbstbedienungsgeschäften geschlossen. Unstreitig stellt dabei der Prospekt, der sich jede Woche im Briefkasten findet, noch keinen Antrag dar. Umstritten ist jedoch, ob ein rechtsverbindlicher Antrag im **Bereitstellen von Waren in Selbstbedienungsgeschäften** liegt oder ob dies nur eine Aufforderung an den Kunden ist, seinerseits einen Antrag zu erklären (invitatio ad offerendum).

Einerseits kann man insoweit einen *Antrag* im Sinne des § 145 BGB bejahen.

- An der Kasse findet gerade keine Kontrolle der Kunden statt.
- Der Antrag kann durch Vorgaben am Eingang entsprechend den Bedürfnissen des Verkäufers ausgestaltet werden ("*Abgabe nur in haushaltsüblichen Mengen*").

Andererseits wird ein Antrag durch den Supermarktbetreiber verneint. Vielmehr soll der Antrag durch den Kunden an der Kasse erfolgen; die Annahme erfolgt durch Scannen der Ware.

- Hierfür wird auf die Schutzbedürftigkeit des Verkäufers verwiesen, der Sonderangebote macht. Dieser will gerade nicht mit jedem (insbesondere nicht mit seinen Konkurrenten) einen Vertrag schließen.

Schulze u.a., § 145 Rn. 6

cc. Was gilt bei "freibleibenden Anträgen"?

In der Praxis (und in Klausuren) kommt es oft vor, dass ein Antrag nur "nach Verfügbarkeit", "freibleibend" oder "ohne Obligo" erklärt wird. Diese Klauseln müssen Sie auslegen (§ 133 BGB, § 157 BGB). Maßgebend ist, was damit gemeint ist:



- Manchmal ist damit nur gemeint, dass der vermeintliche Antrag gar keine Pflichten auslösen soll - es sich also um eine **invitatio ad offerendum** handeln soll. Gerade in Klausuren in den Anfangssemestern wird das der Regelfall sein.
- Es kann sich um einen gesetzlich ausdrücklich zugelassenen Ausschluss der Verbindlichkeit des Antrags handeln (§ 145 a.E. BGB). Das bedeutet, dass ein **Widerruf** nicht nur wie nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB bis zum Zugang des Antrags, sondern bis zum Zugang der Annahmeerklärung möglich sein soll. Die Rechtsprechung weitet dieses Widerrufsrecht sogar aus: Es soll sogar noch unverzüglich nach Zugang der Annahmeerklärung möglich sein, da erst zu diesem Zeitpunkt ein Anlass zum Handeln bestand. Dies ist der Regelfall in Examensklausuren und in der Praxis.
- Es kann sich weitergehend sogar um ein vertraglich vorbehaltenes, unbeschränktes **Rücktrittsrecht** (§ 346 Abs. 1 BGB) handeln. Da dies den Vertragspartner aber stark benachteiligt, müssen hierfür besondere Umstände (etwa eine etablierte Praxis in der konkreten Geschäftsbeziehung vorliegen).
- Schließlich kann durch die Klausel auch nur die verschuldensunabhängige Haftung für ein **Beschaffungsrisiko** (§ 276 Abs. 1 a.E. BGB) ausgeschlossen werden.



[BGH NJW 1984, 1885](#)
[BGH NJW 1996, 919](#)
[BGH NJW 2011, 2643](#)
Maier/Scherl JuS 1996, L 1 ff.

b. Was ist eine Gefälligkeit?

In vielen Fällen alltäglicher Leistungen sollen Pflichten nicht einklagbar (und durch Zwangsvollstreckung durchsetzbar) sein bzw. mit Schadensersatz statt der Leistung (§ 280 BGB iVm § 281 BGB bzw. § 283 BGB, § 311a Abs. 2 BGB) verknüpft werden. Man spricht insoweit von **Gefälligkeiten**, bei denen es (wie bei der invitatio ad offerendum) am Rechtsbindungswillen fehlt. Besonders geregelt ist dabei die **Unverbindlichkeit von Rat und Auskunft** (§ 675 Abs. 2 BGB).



Eine bloße Gefälligkeit liegt regelmäßig vor, wenn ein Nachbar verspricht, während einer Urlaubsreise die Pflanzen zu versorgen.

Das BGB kennt allerdings auch Verträge, bei denen sich nur eine Partei zu einer Leistung verpflichtet, namentlich die Schenkung (§ 516 BGB), die Leihe (§ 598 BGB), den Auftrag (§ 662 BGB) und die unentgeltliche Verwahrung (§ 690 BGB). Es handelt sich dabei nicht um "Gefälligkeiten", sondern um **echte Verträge** (manche sprechen auch von "Gefälligkeitsverträgen"). Derjenige, der einen solchen Vertrag schließt, will eine einklagbare Verpflichtung eingehen und handelt mit Rechtsbindungswillen.



Wer sich verpflichtet, die Post durchzusehen, wird im Zweifel einen rechtsverbindlichen Auftrag (§ 662 BGB) wollen und bei Pflichtverletzung auf Schadensersatz haften.

Allein das Fehlen einer Gegenleistungspflicht genügt also nicht, um eine Gefälligkeit zu bejahen. Bei der Schenkung ist die **Abgrenzung** schon wegen der Pflicht zur notariellen Beurkundung (§ 518 BGB) einfach. Anders ist dies bei der Abgrenzung des Auftrags (§ 662 BGB), der unentgeltlichen Verwahrung (§ 690 BGB) oder der Leihe (§ 598 BGB) - dort muss die Abgrenzung

anhand der Interessenlage beider Parteien mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (§ 157 BGB), also objektiv erfolgen.

Unentgeltlichkeit führt nicht zwangsläufig auch zu einer Gefälligkeit - umgekehrt schließt die Entgeltlichkeit das Vorliegen einer Gefälligkeit aber regelmäßig aus.



aa. Wie sind unentgeltliche Verträge abzugrenzen?

Die Abgrenzung von Gefälligkeiten zu rechtsverbindlichen Verträgen ohne Gegenleistung (Auftrag, § 662 BGB; Schenkung, § 516 BGB; Leihe, § 598 BGB; unentgeltliche Verwahrung, § 690 BGB) erfolgt anhand von drei Kriterien:

- **Der Grund der Gefälligkeit:** Wird die Aufgabe übernommen, weil man sich durch Verwandtschaft, Freundschaft, Kollegialität oder Nachbarschaft verbunden sieht?

Verpflichtet sich ein Fremder zum Gießen der Pflanzen ist dies eher rechtserheblich (und damit einklagbar), als wenn dies ein Nachbar oder Verwandter übernimmt.



- **Die wirtschaftlichen Auswirkungen** (insbesondere die Risiken bei Nicht- oder Schlechterfüllung): Hat die Übernahme der Aufgabe für die Beteiligten große finanzielle Bedeutung, etwa weil eine großer finanzieller Gewinn oder Verlust im Raum steht?

Handelt es sich bei den Pflanzen um wertvolle Orchideen, wird man eher einklagbare Erfüllungs- und Schadensersatzansprüche bejahen. Andererseits wird ein unübersehbares Risiko, etwa bei Abgabe eines Lottoscheins, gegen die Annahme eines Rechtsbindungswillens sprechen.



- **Die Verlässlichkeit:** Wie wichtig ist für den Begünstigten, sich darauf verlassen zu können, dass der Gefällige die versprochenen Aufgaben auch ordentlich, rechtzeitig und sachgerecht erfüllt?

Werden die Pflanzen regelmäßig über Jahre hinweg versorgt, kann man diese Tätigkeit nicht überraschend beenden. Wird ein genauer Plan mit Gießzeiten aufgestellt, spricht dies für eine rechtsverbindliche Vereinbarung, während eine nur spontane Verabredung hierfür nicht genügt.



- [BGH Urteil vom 9. Juni 1992, Az. VI ZR 49/91](#): Halterhaftung nach § 833 BGB bei unentgeltlicher Überlassung eines Pferdes.
- BGH Beschluss vom 16. Mai 1974, Az. II ZR 12/73 : Keine Haftung bei unterlassener Übergabe eines Lottoscheins (schlichte Gefälligkeit)



bb. Welche Rechte und Pflichten bestehen bei einer Gefälligkeit?

Bei einer Gefälligkeit will derjenige, der die Leistung erbringen soll sich außerhalb der Rechtsordnung bewegen; will er eine rechtliche Kontrolle, kann er einen unentgeltlichen Vertrag schließen. Dies hat Auswirkungen auf seine Pflichten und seine Haftung:

- Damit entsteht anders als bei unentgeltlichen Verträgen wie Schenkung (§ 516 BGB) oder Auftrag (§ 662 BGB) **kein Anspruch des Begünstigten auf Erbringung der Leistung**. Dieser kann also nicht eingeklagt werden und erst Recht nicht im Wege der Zwangsvollstreckung erzwungen werden.



Sagt A dem B zu, ihn mit seinem Auto zu einem Termin zu bringen, kann B die Fahrleistung weder durch eine einstweilige Verfügung (§ 935 ZPO, § 940 ZPO) noch durch Klage erzwingen.

- Konsequenterweise besteht auch bei Nichterbringung der Leistung kein Anspruch auf **Schadensersatz statt der Leistung** (§ 280 Abs. 1, Abs. 3 BGB iVm § 281 BGB bzw. § 283 BGB oder aus § 311a Abs. 2 BGB) oder auf Ersatz vergeblicher Aufwendungen aus § 284 BGB.



A kann von B weder Ersatz der Kosten für ein Taxi, noch Ersatz der Ausgaben für eine Busfahrt verlangen.

- Grundsätzlich ist damit aber die Haftung nicht völlig ausgeschlossen. Denn die Haftung aus Deliktsrecht (§ 823 BGB, § 826 BGB) bleibt unberührt.



- Wenn B einen Unfall baut, kann A grundsätzlich Schadensersatz für seine Körperschäden u.a. aus § 823 Abs. 1 BGB verlangen.
- Wenn B den A auf halber Strecke absetzt damit dieser nicht zu seinem Termin kommt, haftet er wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung aus § 826 BGB.

(1) Ist die Haftung bei Gefälligkeiten erleichtert?

Wie soeben dargestellt bestehen auch im Rahmen von Gefälligkeiten grundsätzlich **Ansprüche aus Deliktsrecht**.



Auch wer sich im Rahmen einer Fahrgemeinschaft, einer Probefahrt oder einer Spazierfahrt mitnehmen lässt, will nicht an Körper oder Gesundheit verletzt werden. Daher stehen ihm Ansprüche nach § 823 Abs. 1 BGB und nach § 18 StVG bzw. § 7 StVG zu.

Allerdings sehen die unentgeltlichen Verträge überwiegend **Haftungsmilderungen** vor, die auch für das Deliktsrecht gelten: Der Schenker (§ 521 BGB) und der Entleiher (§ 599 BGB) haften nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. Der unentgeltliche Verwahrer haftet nur für eigenübliche Sorgfalt (§ 690 BGB iVm § 277 BGB).

Ist das verschenkte Reitpferd krank und steckt die anderen Tiere im Stall an, haftet der Schenker oder Verleiher nur, wenn er dies wusste oder es sich ihm unübersehbar aufdrängen musste.



Umstritten ist daher, ob eine ähnliche Haftungsprivilegierung auch im Rahmen der Gefälligkeit berücksichtigt werden soll:

Teilweise wird im Wege einer **Gesamtanalogie** aus diesen Regelungen gefolgert, dass für alle unentgeltlichen Tätigkeiten eine Haftungsprivilegierung eingreifen müsse. Argumente:



- Wenn schon bei Vorliegen eines Rechtsbindungswillens eine Haftungserleichterung gegeben ist, muss dies erst Recht für schlichte Gefälligkeiten und schutzpflichtbegründende Gefälligkeitsverhältnisse gelten.
- Soweit es sich um Fälle handelt, die Schenkung, Leihe oder unentgeltlicher Verwahrung gleich stehen, wäre eine strengere Haftung unbillig.

Nach der **Gegenauffassung** wird eine solche **Haftungserleichterung abgelehnt**. Es bleibt bei dem "normalen" Haftungsrahmen. Argumente:

- Im Rahmen des wichtigsten unentgeltlichen Geschäfts, dem Auftrag gem. § 662 BGB, ist gerade keine Haftungserleichterung vorgesehen.
- Es sei keine planwidrige Regelungslücke als Voraussetzung für eine (Gesamt-)Analogie erkennbar.

LG Mainz, Urteil vom 12.01.1988, Az.: 3 S 71/87



(2) Kann man einen vereinbarten Haftungsausschluss annehmen?

Obwohl eine allgemeine gesetzliche Haftungsmilderung bei unentgeltlicher Tätigkeit nicht zu bejahen ist, kann im Einzelfall ein **Haftungsausschluss bzw. ein verminderter Haftungsmaßstab zwischen den Parteien vereinbart sein**. Dies kann sich aus **erläuternder** (§ 133 BGB iVm § 157 BGB) oder **ergänzender** Auslegung eines schutzpflichtbegründenden Gefälligkeitsverhältnisses ergeben. Dies gilt selbst dann, wenn gar nicht über die Haftung gesprochen wurde, sondern die Vereinbarung nur konkludent aus dem Verhalten der Beteiligten gefolgert wird.

Wer einem Freund beim Umzug hilft, indem er Kisten trägt, wird im Regelfall nicht dafür haften wollen, wenn er dabei fahrlässig Gegenstände beschädigt. Auch ohne ausdrückliche Erklärung wird man daher einen konkludenten Haftungsausschluss annehmen können.



Schwierig wird es allerdings, wenn nach dem Willen der Beteiligten jegliche rechtliche Bindung fehlen soll, also bei einer **schlichten Gefälligkeit**. Auch hier wird analog der Regelungen zur Vertragsauslegung geprüft, ob möglicherweise ein Haftungsausschluss bzw. zumindest eine Haftungserleichterung gewollt war.



Im Regelfall wird man einen solchen Haftungsverzicht auf Seiten des Begünstigten nicht annehmen können. Wer keine Willenserklärung abgibt, macht sich erst recht keine Gedanken über die Folgen von Schäden. Schon aus Gründen des Selbstschutzes wird im Zweifel kein Haftungsverzicht gewollt sein. Dies gilt erst Recht, soweit der Schaden letztlich von einer Versicherung (etwa der KFZ-Haftpflichtversicherung) ersetzt wird - denn ein höherer Schadensfreiheitsrabatt wird kaum wichtiger sein als Körper und Gesundheit des freiwillig mitgenommenen Passagiers.



BGH Urteil vom 18.12.1979 - VI ZR 52/78: Stillschweigender Haftungsverzicht bei Probefahrt

cc. Was ist ein Gefälligkeitsverhältnis?

Zwischen den schlichten Gefälligkeiten, die keinerlei besondere Rechte und Pflichten begründen, und den unentgeltlichen Verträgen (Gefälligkeitsverträgen), die auch gegen den Willen des Verpflichteten gerichtlich durchsetzbar sind, gibt es eine **dritte Kategorie**: Das schutzpflichtbegründende Gefälligkeitsverhältnis, bei dem es zwar keinen Anspruch auf Erfüllung (oder Schadensersatz statt der Leistung) gibt, aber durchaus eine Pflicht zur Rücksichtnahme auf den Anderen, bei deren Verletzung Schadensersatz droht.

Dazu müssen Sie wissen: Das BGB sieht auch **Rechtsverhältnisse ohne Leistungspflichten**, d.h. ohne einklagbare Ansprüche auf ein Tun, Dulden oder Unterlassen vor (siehe nur § 311 Abs. 2, Abs. 3 BGB). Trotz des Fehlens der Leistungspflicht handelt es sich dabei um ein Schuldverhältnis, das *jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichtet* (§ 241 Abs. 2 BGB). Bei Verletzung solcher Rücksichtnahmepflichten besteht eine Pflicht zum Schadensersatz aus § 280 Abs. 1 BGB.

Anders als bei einer schlichten Gefälligkeit im obigen Sinne liegt bei einem schutzpflichtbegründenden Gefälligkeitsverhältnis der **Rechtsbindungswille** vor.



- Die Mutter, die ihre Kinder während eines Arztbesuchs bei der Nachbarin spielen lässt, vertraut darauf, dass diese den Kindern keine Streichhölzer zum Spielen überlässt.
- Auch bei einer Fahrgemeinschaft kann der Mitfahrer darauf vertrauen, dass das Ausbleiben der Fahrt rechtzeitig abgesagt wird. Erfolgt die Absage verspätet, kann er mangels Anspruchs auf Transport zwar nicht die gesamten Kosten der Fahrt zur Arbeit, wohl aber die durch die verspätete Absage entstandenen Zusatzaufwendungen (etwa Taxi statt der ansonsten genutzten Busverbindung) ersetzt verlangen.

Soweit man ein **über eine schlichte Gefälligkeit hinausgehendes** Rücksichtnahmepflichten im Sinne von § 241 Abs. 2 BGB begründendes Gefälligkeitsverhältnis (§ 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB) bejaht, hat dies drei wichtige Folgen:

- Nach § 823 Abs. 1 BGB muss der Geschädigte das Verschulden des Schädigers (insbesondere die Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt) im Prozess beweisen. Im Rahmen von § 280 BGB ist das Verschulden Teil des Vertretenmüssens (§ 276 Abs. 1 BGB), das nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB **vermutet** wird - also muss der nach § 241 Abs. 2 BGB zum Schutz Verpflichtete beweisen, dass er sorgfältig gehandelt hat. Darüber hinaus wird die erforderliche Sorgfalt im Rahmen eines Gefälligkeitsverhältnisses regelmäßig über die allgemein erforderliche Sorgfalt hinausgehen.
- Derjenige, der die Gefälligkeit übernimmt, haftet auch für die Verletzung von Rücksichtnahmepflichten durch von ihm eingeschaltete **Hilfspersonen** (§ 278 BGB). Demgegenüber haftet er nach § 823 BGB nur für eigenes Verschulden. Nach § 831 BGB haftet er für eine rechtswidrige Handlung eines Gehilfen nur, wenn er diesen nicht sorgfältig ausgesucht oder überwacht hat. Auch hier wird also an eine eigene (Auswahl- oder Überwachungs-)Pflichtverletzung angeknüpft, während bei § 278 BGB das Verschulden der Hilfsperson genügt.

Wurde die Verwahrung eines Kindes als schutzpflichtbegründendes Gefälligkeitsverhältnis vereinbart, würde die Nachbarin nach § 280 Abs. 1 BGB auch für das Fehlverhalten ihres Ehemanns haften, der das Treppengeländer schlecht befestigt hat. Nach § 831 BGB haftet sie hingegen nicht - der Ehemann ist kein Verrichtungsgehilfe im Sinne dieser Norm.



- Nach § 823 Abs. 1 BGB wird nur für die Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter (Körper, Leben, Eigentum, etc.) gehaftet - aber nicht für **allgemeine Vermögenseinbußen**. Nach § 280 Abs. 1 BGB besteht auch eine Haftung für schlichte Vermögensverluste. Eine deliktische Haftung für Vermögensschäden besteht nur bei vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung (§ 826 BGB) oder Verletzung eines Schutzgesetzes (§ 823 Abs. 2 BGB in Verbindung insbesondere mit strafrechtlichen Normen).

Wurde eine Fahrgemeinschaft als Rücksichtnahmepflichten im Sinne von § 241 Abs. 2 BGB begründendes Gefälligkeitsverhältnis vereinbart (§ 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB) und vergisst der Fahrer, den Passagier darüber zu informieren, dass er ihn nicht abholt, kann der Passagier die Mehraufwendungen wegen verspäteten Hinweises auf den Transport (etwa Taxi statt Bus) aus § 280 Abs. 1 BGB verlangen. Bei einer schlichten Gefälligkeit hätte er mangels Rechtsgutverletzung (§ 823 Abs. 1 BGB) bzw. Vorsatz (§ 826 BGB) keinen Schadensersatzanspruch.



3. Was sind die "essentialia negotii"?

Die zweite Voraussetzung neben dem Rechtsbindungswillen ist , dass der Antrag hinreichend bestimmt ist. Er muss die wesentlichen Vertragsbestandteilen (essentialia negotii) beinhalten. Darunter versteht man in Abgrenzung von sonstigen vertraglichen Regelungen (accidentalia negotii) diejenigen Inhalte, die für den Vertrag **unverzichtbar** sind. Diese müssen entweder im Antrag selbst **bestimmt** sein oder jedenfalls anhand der dortigen Vorgaben **bestimmbar** sein (etwa indem die nachträgliche Bestimmung auf eine Partei oder einen Dritten übertragen wird, §§ 315 ff. BGB).



Wesentliche Vertragsbestandteile (essentialia negotii) sind nur die **Vertragsparteien (wer?)** und die von diesen zu erbringenden **Leistungen (was?)**.

Alle anderen Regelungen, etwa wann oder wo oder wie die Pflichten erfüllt werden müssen, sind nicht wesentlicher Vertragsbestandteil. Sie müssen nicht im Antrag bestimmt sein und können bei Vertragsschluss sogar zunächst ganz offen bleiben.



Im **Kaufvertrag** sind essentialia negotii die Person des **Käufers**, die Person des **Verkäufers**, der **Kaufpreis** und die verkaufte(n) **Sache(n)**. Der Lieferort oder der Zahlungszeitpunkt sind hingegen Nebenbedingungen ("*accidentalia negotii*").

Im Hinblick auf die Leistungen sieht das Gesetz aber mitunter **Erleichterungen** vor, etwa im Werkvertragsrecht (§ 632 Abs. 2 BGB), im Dienstvertragsrecht (§ 612 Abs. 2 BGB) oder im Maklerrecht (§ 653 Abs. 2 BGB), wo die "übliche" Vergütung als vereinbart gilt, wenn keine (wirksame) Einigung über die Höhe erzielt werden konnte. Generell sieht § 316 BGB vor, dass bei fehlender Einigung über die Gegenleistung für eine vereinbarte Leistung diese vom Gläubiger der Gegenleistung zu bestimmen ist.

Oft heißt es, der Antrag müsse so bestimmt sein, dass er durch ein einfaches "Ja" angenommen werden kann. Das trifft zwar im Regelfall zu, ist aber keine notwendige Mindestvoraussetzung.



1. Bei einer so genannten "**offerta ad incertas personas**" ist der Vertragspartner nicht durch den Erklärenden bestimmt, sondern wird erst durch die Annahme spezifiziert.
2. Bei **eBay** sind weder der Vertragspartner noch der Preis bestimmt. Der Vertragsschluss erfolgt mit demjenigen, der bei Ablauf der Laufzeit der Höchstbietende ist zu dessen Höchstgebot.

Die oben genannte Definition ist also zu eng, Sie sollten stattdessen darauf abstellen, ob die essentialia negotii durch den Erklärenden bestimmt sind oder er (bzw. das Gesetz) Kriterien für deren Bestimmung vorgegeben hat.

Es ist nicht erforderlich, dass durch schlichtes "Ja" bereits alle Umstände bestimmt sind. Vielmehr kann dem Empfänger ein Leistungsbestimmungsrecht (§ 315 BGB) eingeräumt sein.



[BGH NJW 2002, 363](#)



III. Was ist eine "Annahme"?

1. Was ist eine Annahme (§ 150 BGB)?

Obwohl das Gesetz den Begriff "Annahme" für eine der beiden auf den Vertragsschluss gerichteten Willenserklärungen verwendet, fehlt ebenso wie für den "Antrag" eine ausdrückliche Definition. Aus § 150 BGB kann man jedoch mittelbar die maßgeblichen Voraussetzungen entnehmen:

Die **Annahme** ist eine Willenserklärung, durch welche die uneingeschränkte (§ 150 Abs. 2 BGB) Zustimmung zu einem verbindlichen Antrag im Sinne von § 145 BGB erkennbar wird und die dem Antragenden rechtzeitig zugeht (§ 150 Abs. 1 BGB).



In der Klausur sollte Ihr Blick zunächst auf § 150 Abs. 2 BGB gerichtet werden - nur wenn Sie die Erklärung durch ein schlichtes "Ja" ersetzen können, ohne dass sich etwas ändert, handelt es sich um eine wirksame Annahme. Wenn die Willenserklärung in irgendeinem Punkt (auch wenn es sich um eine reine Nebensächlichkeit handelt) vom Antrag abweicht, gilt dies als Ablehnung, § 150 Abs. 2 BGB. Stattdessen wird die Willenserklärung als **neuer Antrag** behandelt und müsste ihrerseits angenommen werden. Für dessen Annahme kann nicht wieder auf den (durch die Abweichung abgelehnten) Antrag zurückgegriffen werden.

Statt einer Annahme ist auch eine ausdrückliche **Ablehnung des Antrags** möglich. Auch dies ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die mit Zugang wirksam wird (§ 130 Abs. 1 S. 1 BGB). Mit der Ablehnung erlischt der Antrag (§ 146 BGB); danach scheidet eine Annahme also endgültig aus.

a. Muss die Annahme "in Bezug" auf den Antrag erfolgen?

Nach § 148 BGB und § 151 BGB *kommt ein Vertrag durch Annahme des Antrags zustande*. Es sollen nicht zwei beliebige Willenserklärungen genügen, die sich zufällig inhaltlich decken, sondern es wird eine **Bezugnahme** der Annahme auf den Antrag vorausgesetzt. In den meisten Fällen stellt sich das Problem nicht - denn der Bezug auf den Antrag muss nicht ausdrücklich erfolgen. Es muss Ihnen also keine Sorge bereiten, wenn nicht klar ist, wer (als Erster) den Antrag gemacht und wer diesen (als Zweiter) nur angenommen hat. Solange Sie die Willensübereinstimmung ("Einigung") in Kenntnis der jeweils anderen Erklärung feststellen können, genügt dies unstreitig für den Vertragsschluss.

Man kann aber durchaus Fälle konstruieren, in denen der bewusste Bezug fehlt:



A offeriert B seine Briefmarkensammlung per Email für 1.000 € und B bietet A für dessen Briefmarkensammlung 1.000 €, ohne den Antrag gelesen zu haben. Dann scheint es kaum nachvollziehbar, für einen Vertragsschluss eine weitere Bestätigung zu verlangen.

Hier tritt ein Problem auf, weil zwar zwei Erklärungen vorliegen, die zwar zu einem eindeutigen Vertragsinhalt führen würden, aber diese nicht aufeinander abgestimmt sind. Die Behandlung solcher "kreuzender" Willenserklärungen ("Kreuzofferten") ist umstritten:



Die **herrschende Meinung** verlangt in Bezug aufeinander abgegebene Willenserklärungen. Dafür spricht, dass § 148 BGB und § 151 BGB jeweils "*die Annahme des [bestimmten] Antrags*" verlangen. Allerdings soll das wenig befriedigende Ergebnis, dass trotz Einigung keine Vertragspflichten entstehen durch die Grundsätze "widersprüchlichen Verhaltens" (venire contra factum proprium) korrigiert werden: Wenn eine Partei den Vertragsschluss verweigert, würde sie sich in Widerspruch zu ihrem früheren Verhalten setzen (§ 242 BGB). Das gleiche gilt auch für die andere Partei. Wollen sie den Vertrag nicht, müssen sie unverzüglich nach Erhalt der Willenserklärung widersprechen.

Die **Gegenauffassung** sieht das Erfordernis einer Abhängigkeit von Antrag und Annahme hingegen als überflüssig an.

- Es gibt weder ein Verkehrsschutzinteresse (denn ein Dritter würde auch bei Kreuzofferten nach § 157 BGB die Übereinstimmung erkennen) noch kann eine der Parteien sich auf den Schutz ihrer Interessen berufen.
- Der Gesetzeswortlaut ist zudem keineswegs so eindeutig, dass man hier einen Vertragsschluss verneinen müsste. So sprechen andere Normen von "einem" Antrag (also ohne bestimmten Artikel); Bedeutung hat der Bezug vor allem für die Frist, die bei Kreuzofferten aber gar nicht in Frage steht.



[OLG Düsseldorf 6 U 311/87](#)

Brox/Walker, BGB Allgemeiner Teil, Rn. 80.

Petersen, Examinatorium Bürgerliches Recht und Handelsrecht, S. 116 (Rn. 5)

Neumayer, FS Riese 1964, 315 ff.

Staudinger/Bork § 146 Rn. 7

b. Welche Wirkung hat der Ausschluss der Bindung an den Antrag?

Nach § 145 BGB kann der Antragende seine Bindung an den Antrag ausschließen. Trotzdem ist der Antrag auch bei Ausschluss der Bindung eine Willenserklärung, die angenommen werden kann, solange kein Widerruf erklärt wurde. Ist die Annahme erfolgt, ist hingegen ein Widerruf trotz vermeintlicher "Unverbindlichkeit" ausgeschlossen.



Bei einer Formulierung wie "freibleibend" oder "unverbindlich" müssen Sie durch Auslegung nach § 133 BGB und § 157 BGB ermitteln, was gemeint ist. Maßgeblich

ist nicht der Wille des Erklärenden, sondern das Verständnis eines objektivierten Empfängers. Im Einzelnen kommen folgende Auslegungen in Betracht:

- Zunächst kann es sich um einen **Ausschluss der Bindung an den Antrag** nach § 145 a.E. BGB handeln. Dann ist bis zum Zugang der Annahme (bzw. deren Erklärung im Fall des § 151 BGB) ein Widerruf möglich. Ein späterer Widerruf hat hingegen keine Rechtsfolgen.
- Es kann sich aber auch um eine bloße **invitatio ad offerendum** handeln. Das hat zur Folge, dass die Entscheidung, ob ein Vertrag zustandekommen soll, erst nach der vermeintlichen Annahme erfolgt. Freilich kann insbesondere im kaufmännischen Verkehr ein Schweigen auf die Annahme eines "freibleibenden Angebots" nach Treu und Glauben als Annahme wirken (arg. ex § 377 HGB, § 362 HGB).
- Schließlich kann es sich sogar um ein **vertragliches Rücktrittsrecht** (§ 346 BGB) handeln, nach dem sich der Erklärende auch nach Vertragsschluss von seiner Verpflichtung lösen kann. Bei einer AGB ist dies freilich nach § 308 Nr. 3 BGB unzulässig.

c. Genügt auch Schweigen als Annahme?

Grundsätzlich hat Schweigen keine rechtlichen Folgen - ansonsten wären dem Missbrauch Tür und Tor geöffnet, da man durch das unbestellte Zusenden von Waren einen Vertragsschluss erzwingen könnte (siehe dazu die **Sonderregelung in § 241a Abs. 1 BGB**). In drei Fällen wird aber dennoch auch Schweigen ein Erklärungswert beigemessen, der als Annahmeerklärung gelten kann:

- An einigen Stellen ordnet das **Gesetz** ausdrücklich an, dass Schweigen als Annahme gilt. In diesen Fällen folgt die Bedeutung des Schweigens unmittelbar aus der jeweiligen Regelung.

Nach § 362 Abs. 1 HGB gilt das Schweigen eines Kaufmanns auf einen Antrag innerhalb einer Geschäftsbeziehung (etwa einer Bank auf einen Überweisungsauftrag) als Annahme.



- Selbstverständlich können die Parteien **vereinbaren**, dass ein Schweigen als Annahme gelten soll und nur die Ablehnung erklärt werden muss.

Im Rahmen eines Rahmenvertrages kann etwa ein Gastwirt jeden Monat eine bestimmte Menge Bier beziehen. Solange er den Vertrag nicht beendet, wird jeden Monat ein neuer Liefervertrag geschlossen.



- Schließlich wird in seltenen Einzelfällen dem Schweigen nach **Treu und Glauben und der Verkehrssitte** (hergeleitet aus § 242 BGB) eine Bedeutung beigemessen.

Dies wird insbesondere bei geringfügigem Überschreiten einer Annahmefrist bejaht (dazu noch später).



Im Normalfall genügt es jedoch, wenn Sie sich den allgemeinen Grundsatz merken, dass Schweigen keinerlei rechtliche Folgen nach sich zieht.



BGH Urteil vom 14.02.1995 - XI ZR 65/94
OLG Köln Urteil vom 06.04.2011 - 11 U 226/10
BGH Urteil vom 31.01.1951 - II ZR 46/50

d. Was gilt bei Tod oder Geschäftsunfähigkeit?

Nach der Abgabe eines Antrags können der Antragende und der Adressat des Antrags sterben oder geschäftsunfähig werden. Das hat fatale Folgen:

- Ein **Verstorbener** kann keine Verträge mehr annehmen, vielmehr geht sein *Vermögen auf die Erben über* (§ 1922 BGB).
- Auch **Geschäftsunfähigen** können selbst keine Willenserklärungen zugehen (§ 131 Abs. 2 BGB) und sie können keine Willenserklärungen abgeben (§ 105 Abs. 1 BGB). Für sie handelt der gesetzliche Vertreter - d.h. bei Minderjährigen die Eltern (§ 1629 BGB) oder der Vormund (§ 1793 BGB), bei Erwachsenen der Betreuer (§ 1902 BGB).

Dieser Zustand ist für die potentiellen Vertragsparteien misslich: Sie möchten Klarheit über den Zustand haben. Für die rechtliche Beurteilung kommt es darauf an, **welche** der potentiellen Vertragsparteien **wann** gestorben ist bzw. geschäftsunfähig wurde. Dies untersuchen wir auf den folgenden beiden Seiten.

aa. Was gilt bei Tod oder Geschäftsunfähigkeit des Antragenden?

Stirbt derjenige, der den Antrag gemacht hat (der Antragende), gilt folgende Differenzierung:

- Stirbt der Antragende **nach Zugang** (§ 130 Abs. 1 S. 1 BGB) des Antrags oder wird er geschäftsunfähig, kann der Empfänger des Antrags nach § 153 BGB trotzdem noch durch Erklärung gegenüber den Erben bzw. dem Betreuer annehmen.
- Tritt der Tod oder die Geschäftsunfähigkeit **vor Zugang** (§ 130 Abs. 1 S. 1 BGB) ein, muss zusätzlich § 130 Abs. 2 BGB angewandt werden. Erst durch diese Regelung liegt eine annahmefähige Erklärung vor.

Während § 130 Abs. 2 BGB das Wirksamwerden der Willenserklärung betrifft, stellt § 153 BGB eine **Vermutung für den Inhalt** auf. **Ausnahmsweise** gilt etwas anderes, wenn *ein anderer Wille des Antragenden anzunehmen ist*. Ein entgegenstehender Wille liegt immer bei einer Leistung vor, die der Antragende ausschließlich selbst erbringen will. Im Übrigen ist umstritten, wonach der Wille zu bestimmen ist.



Nach **herrschender Ansicht** ist nur ein erklärter Wille des Antragenden maßgeblich. Man muss also den Antrag nach § 133 BGB, § 157 BGB auslegen. Dabei können nur Umstände berücksichtigt werden, die der Empfänger des Antrags kannte oder kennen musste.

- Dafür spricht der Gedanke, die Auslegung von Willenserklärungen einheitlich zu betreiben.

Die **Gegenauffassung** lässt auch einen nicht erkennbaren, hypothetischen Willen des Antragenden bei Abgabe des Antrags genügen. Hierfür sind alle Umstände zu berücksichtigen, also auch solche, die der Empfänger weder kannte noch kennen musste. Allerdings soll analog § 122 BGB ein Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses bestehen, soweit die Umstände nicht erkennbar waren.

- Für diese Ansicht wird der Wortlaut des Gesetzes herangezogen, der gerade keine Erklärung voraussetzt, sondern an den *Willen des Antragenden* anknüpft.

Busche, Münchener Kommentar zum BGB, § 153 Rn. 4
Enneccerus/Nipperdey, AT I/II, S. 992, Fn. 34
BeckOK, § 153 Rn. 8



bb. Was gilt bei Tod oder Geschäftsunfähigkeit des Adressaten?

Auch bei Tod oder Geschäftsunfähigkeit des Adressaten des Antrags ist zu differenzieren:

- Wenn der Empfänger eines Antrags stirbt oder geschäftsunfähig wird, **nachdem er bereits die Annahme des Antrags erklärt hat**, greift § 130 Abs. 2 BGB: Die Annahme wird trotz seines Todes mit dem Zugang wirksam. Die Erben können also nur bis zum Zugang widerrufen (§ 130 Abs. 1 S. 2 BGB).
- Stirbt der Empfänger, **bevor er die Annahme erklären konnte**, können seine **Erben** an seiner Stelle den Antrag annehmen. Auf sie geht das gesamte Vermögen, also auch das Antragsrecht, über (§ 1922 Abs. 1 BGB).

Obwohl diese Konstellation im Gesetz nicht geregelt ist, greift aber bei Tod des Empfängers der **Gedanke des § 153 BGB entsprechend**: Der Antragende kann im Einzelfall nur den konkreten Adressaten berechtigen und verpflichten wollen, weil es ihm gerade auf dessen Person ankam (etwa bei Geschäften unter Freunden). In diesem Fall dürfen die Erben keine Annahme mehr erklären.



Wird der Empfänger vor Erklärung der Annahme **geschäftsunfähig**, kann nur noch der Betreuer als gesetzlicher Vertreter (§ 1896 BGB, § 1902 BGB) annehmen. Hier ist grundsätzlich eine Analogie zu § 153 BGB nicht geboten, denn die Leistung kommt dem gewünschten Empfänger zugute; auf dessen Geschäftsfähigkeit kommt es dafür in der Regel nicht an. Ein entgegenstehender Wille der Antragenden bleibt also insoweit außer Betracht.

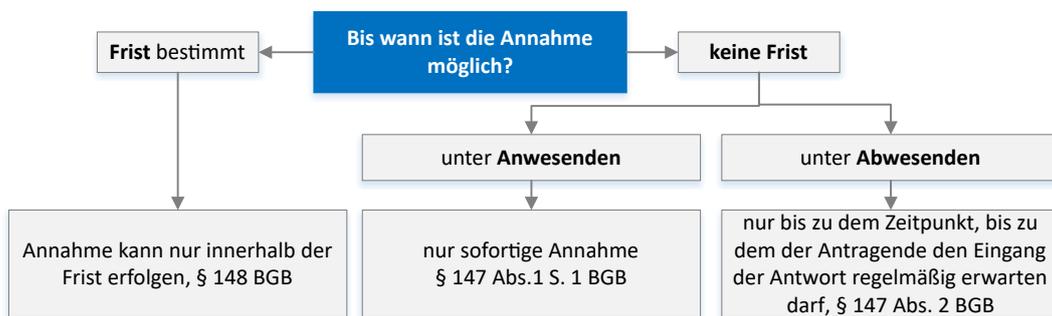
2. Bis zu welchem Zeitpunkt ist eine Annahme möglich?

Das BGB geht grundsätzlich davon aus, dass ein Antrag denjenigen bindet, der ihn erklärt (§ 145 BGB). Damit der Erklärende aber nicht ewig an seinen Antrag gebunden ist, muss die Annahme spätestens zu einem nach § 147 BGB, § 148 BGB und § 149 BGB zu ermittelnden Zeitpunkt erklärt werden. Erfolgt die **Annahme nicht rechtzeitig**, so **erlischt der Antrag** (§ 146 BGB). Eine verspätete Annahme gilt als neuer Antrag (§ 150 Abs. 1 BGB), kann also ihrerseits vom ursprünglich Antragenden angenommen werden.

Ist eine Frist zur Annahme des Antrages (vorvertraglich) **bestimmt**, so *kann die Annahme nur innerhalb der Frist erfolgen*, § 148 BGB. Dies gilt sowohl unter Anwesenden als auch unter Abwesenden.

Nur wenn **keine** Frist bestimmt ist, müssen Sie zwischen Anträgen unter Anwesenden und Anträgen unter Abwesenden unterscheiden:

- Wird **unter Anwesenden** ein Antrag gemacht, muss dieser *sofort angenommen werden*, § 147 Abs. 1 S. 1 BGB. Sofort bedeutet nicht "unverzüglich" (§ 121 Abs. 1 S. 1 BGB), sondern erfordert eine objektiv verzögerungslose Reaktion.
- Erfolgt der Antrag **unter Abwesenden** (z.B. per Post oder per E-Mail), kann dieser *bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort üblicherweise erwarten darf*, § 147 Abs. 2 BGB.



a. Wie berechne ich die (Annahme-)Frist?

Hat der Antragende eine **Frist** zur Annahme **bestimmt** (§ 148 BGB), müssen Sie in der Klausur ermitteln, ob diese vor der Annahme bereits abgelaufen ist. Dies bestimmt sich, soweit die Frist durch Tage oder längeren Zeiträumen bestimmt ist nach den §§ 187 ff. BGB, deren richtige Anwendung auch in anderen Klausuren (z.B. im Verwaltungsprozessrecht) Punkte bringen.



Ist eine Frist nur nach Stunden oder gar Minuten bestimmt, werden diese ab Zugang des Antrags berechnet.

Die Berechnung von Tages-, Wochen-, Monats- oder Jahresfristen erfolgt in drei Schritten:

- Zunächst bestimmen Sie den Tag, **von dem aus die Frist berechnet wird** (§ 187 BGB).



Ein häufiges Mißverständnis ist, dass man annimmt, Handlungen vor Beginn der Frist seien unerheblich. Das stimmt so nicht - der Fristbeginn ist nur für die Ermittlung des Fristendes relevant, beschränkt aber nicht die Zulässigkeit vorher vorgenommener Handlungen.

- Sodann prüfen Sie, an welchem Tag die Frist genau **endet** (§ 188 BGB). Dies hängt von der Dauer der Frist ab.

- Schließlich müssen Sie nach § 193 BGB prüfen, ob dieser letzte Tag auf einen **Samstag, Sonntag oder gesetzlichen Feiertag** fällt - dann endet die Frist grds. am kommenden Werktag.

Sie können die §§ 187 ff. BGB als Auslegungshilfe auch bei Willenserklärungen und Vertragsklauseln anwenden. Allerdings hat dann der übereinstimmende Parteiwille (§ 133 BGB) Vorrang - so kann man selbstverständlich auch Ereignisse an einem Sonntag vereinbaren (etwa eine Hochzeitsfeier am Sonntag in 2 Wochen).



aa. Was gilt für den Fristbeginn (§ 187 BGB)?

Ist für den Fristbeginn ein **Ereignis** (z.B. der Zugang einer Annahmeerklärung) oder ein irgendwann im Lauf eines Tages eintretender **Zeitpunkt** (z.B. 12:00 Uhr mittags oder Ladenöffnung) maßgeblich, so wird dieser Tag nach § 187 Abs. 1 BGB für die Fristberechnung nicht berücksichtigt. Dahinter steht die Überlegung, dass dieses Ereignis auch um 23:59 eintreten könnte und so dieser Tag nicht voll genutzt werden kann.

Am Dienstag um 15:30 Uhr geht K ein Antrag des V zu. V räumt dem K eine Frist von drei Tagen ab Zugang ein, um den Antrag anzunehmen. Nach § 187 Abs. 1 BGB ist für den Fristbeginn Mittwoch morgen, 0:00 Uhr maßgeblich - nach § 188 Abs. 1 BGB endet die Frist also drei Tage später, d.h. am Freitag um 24:00 Uhr. Es muss also nicht etwa stundengenau die Annahmefrist berechnet werden. Selbstverständlich kann K aber auch schon am Dienstag um 15:31 Uhr annehmen.



Seltener sind demgegenüber Fälle, in denen ausdrücklich der **Beginn eines Tages** (also 0:00 Uhr an diesem Tag) maßgeblich sein soll (§ 187 Abs. 2 BGB). Dies gilt vor allem für gesetzliche Fristen, aber auch für den Tag der Geburt bei der Berechnung des Lebensalters (die etwa für die Geschäftsfähigkeit nach § 2 BGB, § 104 BGB und § 106 BGB maßgeblich ist).

M ist am 12. Januar 1997 um 23:59 Uhr geboren. Für die Berechnung seines Lebensalters ist der 12. Januar 0:00 Uhr maßgeblich (§ 187 Abs. 2 S. 2 BGB). Das bedeutet: Er wird nach § 188 Abs. 2, 2. HS, 2. Var. BGB unmittelbar nach 24:00 Uhr am 11. Januar 2015, also am 12. Januar 2015 um 0:00 Uhr volljährig (18 Jahre, § 2 BGB).



bb. Was gilt für das Fristende (§ 188 BGB)?

Für das Ende der Frist ist die Maßeinheit entscheidend:

- Ist eine Frist **nach Tagen** bestimmt ("Zwei Tage", "200 Tage") endet sie mit Ablauf des letzten Tages (§ 188 Abs. 1 BGB).



Begann etwa am Dienstag um 0:00 Uhr eine dreitägige Annahmefrist, kann die Annahme bis Freitag um 24:00 Uhr erfolgen; am Samstag um 0:00 Uhr wäre sie verspätet.

- Ist die Frist **nach Wochen** bemessen, so ist nach § 188 Abs. 2, 1. HS, 1. Var. BGB bzw. § 188 Abs. 2, 2. HS, 1. Var. BGB der namensgleiche Wochentag wie der Starttag maßgeblich.



Hat V eine Woche ab Eingang des Kaufpreises zu liefern, und geht das Geld an einem Mittwoch ein, so endet die Frist am folgenden Mittwoch um 24:00 Uhr.

- Ist die Frist **nach Monaten** oder nach einem mehrere Monate umfassenden Zeitraum (Jahr, halbes Jahr, Vierteljahr) bemessen, so ist nach § 188 Abs. 2, 1. HS, 2. Var. BGB, § 188 Abs. 2, 2. HS, 2. Var. BGB der Tag mit der gleichen Zahl wie der Starttag im Zielmonat (also 5. auf 5.) maßgeblich. Ist der maßgebliche Monat hierfür zu kurz, endet die Frist mit dem letzten Tag des Monats (§ 188 Abs. 3 BGB).



Beginnt eine einmonatige Annahmefrist am 30. Januar würde sie am 30. Februar enden. Weil es diesen Tag aber nicht gibt, endet die Frist am 28. Februar (bzw. am 29. Februar).

Im Einzelfall kann die **Auslegung** einer rechtsgeschäftlich bestimmten Frist (§ 133 BGB, § 157 BGB) ergeben, dass stattdessen stundengenau zu berechnen ist (etwa: "Sie haben 24 Stunden"). Hier müssen Sie argumentieren. Ebenso kann eine Frist von "4 Wochen" als Monatsfrist gemeint sein. Mit "acht Tagen" kann eine Woche gemeint sein, wenn der Tag des Zugangs des Antrags nicht mitgezählt wird (anders die Auslegungsregel des § 359 Abs. 2 HGB)

cc. Was regelt § 193 BGB in Bezug auf Samstage, Sonntage und Feiertage?

Fällt das Fristende auf einen anerkannten **Feiertag** oder auf ein Wochenende, also **Samstag** (= "Sonnabend") oder **Sonntag**, so verlängert sich die Frist nach § 193 BGB auf den nächsten Werktag (d.h. bei einem Wochenende auf den Montag, der Samstag gilt insoweit nicht als Werktag).

Vermeiden Sie zwei typische Fehler bei der Anwendung von § 193 BGB:

- Einerseits betrifft die Regelung **nur das Fristende**. Sie gilt also nicht für den Fristbeginn nach § 187 Abs. 1 BGB, wonach *der Tag nicht mitgerechnet wird, in welchen das Ereignis oder der Zeitpunkt fällt*. Ebenso wenig kann man der Regelung entnehmen, dass der Samstag **außerhalb** dieser Regelung nicht als Werktag gilt - im Gegenteil gilt der Samstag ansonsten im Zweifel als Werktag.



Daher kann sowohl eine Lieferung als auch eine Tätigkeit am Samstag gefordert werden.

- Andererseits greift die Regelung **unmittelbar nur für gesetzliche Fristen**. Bei rechtsgeschäftlich bestimmten Fristen ist durch Auslegung zu ermitteln, ob eine Handlung auch an einem Samstag, Sonntag oder Feiertag erfolgen soll. Hat etwa das Geschäft des Antragenden auch Samstag geöffnet, spricht nichts dagegen, dass die Annahme spätestens an diesem letzten Werktag der Woche erfolgen soll.

Bei Kündigungsfristen (z.B. § 621 BGB, § 573c BGB) passt § 193 BGB (anders als z.B. bei einem Widerruf nach § 355 BGB) nicht unmittelbar, da die Kündigung weder an einem bestimmten Tag noch innerhalb einer Frist zu erklären ist. Vielmehr treten die Wirkungen der Kündigung erst nach einer bestimmten Zeitspanne ab diesem Zeitpunkt ein. **Die analoge Anwendung von § 193 BGB auf Kündigungsfristen ist umstritten.**



Gegen die Anwendung spricht vor allem der Schutz des Gekündigten: Die Anwendung von § 193 BGB würde es ermöglichen, dass die Kündigung am nächsten Werktag erfolgen darf, wenn der letzte Tag, an dem die Kündigung noch fristgerecht erklärt werden kann, ein Samstag, Sonntag oder staatlich anerkannter Feiertag ist. Eine solche Verkürzung der Kündigungsfrist würde aber den schutzbedürftigen Empfänger unangemessen benachteiligen.

Demgegenüber wird die Anwendung des § 193 BGB dadurch gerechtfertigt, dass in § 573c Abs. 1 BGB ohnehin drei Karenztage vorgesehen sind. Dadurch sei der Empfänger bereits hinreichend geschützt; § 193 BGB sei daher anzuwenden. Die Gegenansicht würde zu unnötigen Differenzierungen und damit zur Verwirrung führen.

b. Was gilt bei einem Antrag unter Anwesenden?

Ein Antrag unter Anwesenden setzt nicht notwendig voraus, dass beide Parteien sich **am selben Ort aufhalten**. Dies zeigt schon § 147 Abs. 1 S. 2 BGB, wonach ein *mittels Fernsprechers oder einer sonstigen technischen Einrichtung von Person zu Person gemachter Antrag* genügt. Daher sind auch Chatrooms und Videokonferenzen problemlos erfasst. Nicht genügend sind hingegen Fax oder Email, da dabei nicht von sofortiger Kenntnisnahme und Reaktion ausgegangen werden kann, selbst wenn beide Parteien an ihren Empfangsgeräten sitzen.

Die Annahme muss "sofort", d.h. **ohne jegliches (auch unverschuldetes) Zögern** erfolgen. Allerdings kann die Auslegung des Antrags nach § 133 BGB, § 157 BGB ergeben, dass eine Überlegungsfrist gewährt wird. Dies ist bei bedeutsamen Geschäften im Zweifel der Fall.

Bei **schriftlichen Anträgen** unter Anwesenden wird der Empfänger oft (aber nicht immer) zumindest Zeit zur schriftlichen Antwort erhalten.

V bringt K einen mehrseitigen Vertragsentwurf, in dem er K den Kauf eines großen Aktienpakets anbietet, persönlich vorbei. Muss K sofort die Annahme erklären?



Nein, K darf erst einmal den Vertragsentwurf lesen. Diese Konstellation ist analog § 147 Abs. 2 BGB zu behandeln: Der Gesetzgeber hatte bei § 147 Abs. 1 BGB den Abschluss kurzer, mündlicher Ver-

träge im Blick, nicht hingegen lange schriftliche Verträge. Für diese Konstellation ist vielmehr § 147 Abs. 2 BGB vergleichbar.

c. Was gilt bei einem Antrag unter Abwesenden?

Nach § 147 Abs. 2 BGB kann ein Antrag unter Abwesenden *bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf*. Die Annahmefrist wird dabei **ab der Abgabe (nicht ab dem Zugang!)** des Antrags berechnet. Sie setzt sich zusammen aus drei Komponenten:

Es kommt dabei sowohl auf den **Inhalt des angetragenen Vertrages** als auch auf den **Übermittlungsweg** an.



1. Ein **per E-Mail gemachter Antrag** ist grundsätzlich ebenfalls per E-Mail anzunehmen, so dass die Hin- und Rücksendedauer minimal ist.
2. Ein Antrag, der sich auf ein **kompliziertes Geschäft** oder den Kauf besonders **wirtschaftlich bedeutsamer Güter** bezieht, erfordert eine längere Überlegungsfrist als der Kauf von Alltagsgegenständen.

Entscheidend ist der **Zugang der Annahme** im Sinne von § 130 Abs. 1 S. 1 BGB. Es kommt nicht auf die einzelnen Fristteile, sondern auf die Gesamtdauer an. Eine besonders lange Bearbeitungszeit kann durch eine besonders schnelle Übermittlung der Annahmeerklärung kompensiert werden.

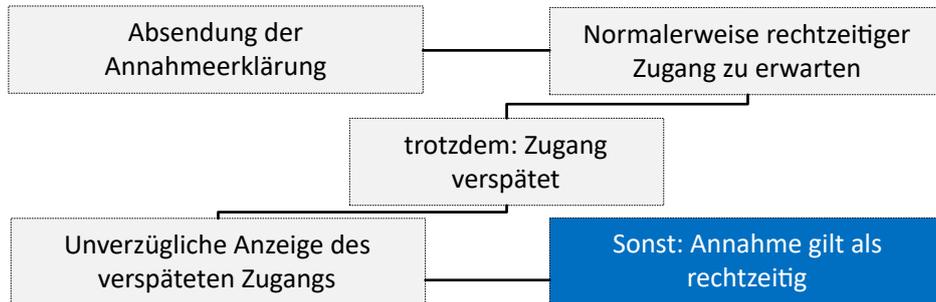
aa. Was regelt § 149 BGB?

Da nach § 147 Abs. 2 BGB nur die übliche bzw. regelmäßige Übermittlungsdauer maßgeblich ist, kann im Einzelfall die Frist ablaufen, obwohl der Annehmende alles Zumutbare getan hat. Dann gilt die Annahme nach § 150 Abs. 1 BGB **grundsätzlich als neuer Antrag**.



Wegen eines Poststreiks wird der Annahmefrist erst eine Woche nach Absendung in den Briefkasten des Antragenden eingeworfen. Das Absendedatum ist anhand des Poststempels erkennbar. Ohne § 149 BGB käme ein Vertrag erst durch eine weitere Annahmeerklärung zustande.

Da dies jedoch für den Absender der Annahmeerklärung, der auf den rechtzeitigen Zugang vertrauen durfte oft zu überraschenden Ergebnissen führt, sieht § 149 BGB einen **besonderen Schutz** vor: Der Antragende, der erkennt, dass die Annahmeerklärung rechtzeitig abgesendet wurde, muss dem Antragenden den verspäteten Zugang unverzüglich, d.h. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 BGB) **anzeigen**. Sendet er diese Mitteilung vorsätzlich oder fahrlässig nicht oder zu spät ab, muss er sich so behandeln lassen, als wäre ihm die Annahme rechtzeitig zugegangen.



bb. Inwieweit erfolgt eine Korrektur durch § 242 BGB?

In der Praxis hat sich erwiesen, dass § 149 BGB in vielen Fällen zu eng ist. Eines der Hauptprobleme der Regelung ist die Ermittlung des Zeitpunktes, an dem die Annahmeerklärung dem Antragenden *bei regelmäßiger Beförderung ... rechtzeitig zugegangen sein würde*. Inwieweit eine Korrektur möglich ist, ist umstritten:

- Der Bundesgerichtshof vertritt die Auffassung, dass es sich bei der verspäteten Annahme nur formell um einen neuen Antrag handelt. Es entspräche der Verkehrssitte, **das bloße Schweigen auf eine solche verspätete Annahmeerklärung als Annahme der neuen Offerte aufzufassen**. Denn im Rechtsverkehr würden es die Beteiligten mit Annahmefristen nicht so genau nehmen und erwarten, dass der andere Teil auch mit einer späten Annahme zufrieden sei. Anknüpfungspunkt ist die Regelung des § 242 BGB, der betont, dass Treu und Glauben im Rahmen von Rechtsbeziehungen (auch vor Vertragsschluss) zu beachten seien. Die Rechtsfolge, dass eine verspätete Annahme ohne weiteres das Zustandekommen des Vertrages hindere, verstoße aber gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden. In der Literatur wird dieses Ergebnis teilweise auch aus einer Analogie zu § 149 BGB hergeleitet, jedenfalls soweit es sich um die ohnehin gerichtlich zu ermittelnde Frist des § 148 Abs. 2 BGB handelt.
- Die herrschende Literatur lehnt diese Auffassung ab. Die Auslegung des BGH würde die gesetzliche Regelung des § 150 Abs. 1 BGB unterlaufen. Die zugrundegelegte Verkehrssitte sei nicht festzustellen; auch ein verbreiteter Gesetzesverstoß mache diesen nicht legal. Schließlich habe der Gesetzgeber das Problem in § 149 BGB geregelt; eine Analogie sei mangels ungewollter Regelungslücke nicht möglich. Einzig bei widersprüchlichem Verhalten des Antragenden könne man zu anderen Ergebnissen gelangen: Wenn sich dieser so verhält, als sei der Vertrag wirksam zustande gekommen, kann er sich nicht später auf die verspätete Annahme berufen.



BGH, Urteil vom 31.01.1951 - II ZR 46/50



IV. Gibt es Verträge ohne Antrag und Annahme?

Die §§ 145 ff. BGB gehen von zwei übereinstimmenden Willenserklärungen aus. Diese Regelungen können aber von den Parteien modifiziert werden. So ist es praktisch durchaus üblich, eine **gleichzeitige Einigung** über einen durch einen Dritten vorformulierten Vertrag zu erzielen.

Dann bestimmt der Dritte zwar die essentialia negotii, will aber nicht Vertragspartei werden oder als Vertreter (§ 164 BGB) handeln. Er erklärt also keinen Antrag im Sinne von § 145 BGB. Andererseits nehmen beide Parteien nur den fremden Vorschlag an, erklären also eigentlich nur eine Annahme im Sinne von § 146 BGB. Trotzdem kommt unstreitig ein Vertrag zustande.

Eine gesetzliche Ausnahme findet sich zudem in § 156 BGB für **Versteigerungen**. Dort erklärt der Bieter einen Antrag im Sinne von § 145 BGB; die Annahme erfolgt aber nicht durch den späteren Vertragspartner, sondern durch Zuschlag des Versteigerers (der gerade nicht am Vertrag beteiligt sein soll - also nicht etwa "Verkäufer" ist).



In Klausuren hat § 156 BGB fast nie Relevanz. Die wichtigen Internet-Auktionen bei eBay werden nicht nach § 156 BGB, sondern nach §§ 145 ff. BGB abgewickelt. Hier kommt der Vertrag nämlich nicht durch Zuschlag, sondern durch Zeitablauf mit demjenigen zustande, der bis dahin das höchste Gebot abgegeben hat.

Problematisch sind jedoch Fälle, in denen Leistungen in Anspruch genommen wurden, aber ein Vertragsschluss verweigert wurde (Vertragsschluss durch sozialtypisches Verhalten). Dies behandeln wir auf den beiden nächsten Seiten.



BGH NJW 1983, 116
[BGHZ 149, 129, 133](#)
Bischof, Der Vertragsschluss beim verhandelten Vertrag, 2001
Leenen AcP 188 (1988), 381, 399

1. Ist auch ein Vertragsschluss gegen den Willen des Erklärenden möglich?

Antrag und Annahme müssen nicht ausdrücklich erklärt werden, sondern können auch konkludent, d.h. durch eindeutiges Verhalten erfolgen. Dies geschieht im Alltag recht häufig. Aber was gilt, wenn der Handelnde trotz seines Verhaltens zum Ausdruck bringt, dass er sich rechtlich nicht binden will? Dies war Gegenstand des berühmten "Hamburger Parkplatzfalls", den Sie unbedingt kennen sollten.



Im "**Hamburger Parkplatzfall**" hatte ein Autofahrer beim Abstellen seines PKW dem Parkwächter erklärt, er wolle nicht zahlen. Dennoch wurde ihm die Ausfahrt bis zur Zahlung der Parkgebühr verweigert.

In solchen Situationen stellt sich die Frage, ob trotzdem ein Vertrag zustande gekommen ist.



Eine **Ansicht will** in solchen Fällen ganz ohne Willenserklärungen auskommen. Der Vertrag käme nicht durch den Willen der Parteien, sondern unabhängig vom Willen durch schlichtes Verhalten zustande.

Argumente:

- Im Massenverkehr des täglichen Lebens ist es unzumutbar auf subjektive, nicht automatisch erfassbare Umstände abzustellen. Es drohe die Gefahr eines weitreichenden Missbrauchs, da intelligente Teilnehmer stets solche Vorbehalte erklären würden.
- Es gibt kein Bedürfnis nach Willenserklärungen, da ohnehin nicht verhandelt werden könne. Die §§ 145 ff. BGB passen also von ihrem Sinn und Zweck her nicht.
- Der Gedanke des § 116 BGB zeige, dass nur der erkennbare Wille Berücksichtigung finden könne. Im Massenverkehr sei darauf ausbauend allein das tatsächliche Verhalten zu berücksichtigen.

Nach der (herrschenden) **Gegenansicht** muss das Problem im Rahmen der Willenserklärungen gelöst werden. Das Einfahren auf den Parkplatz und das Öffnen der Schranke stellen konkludente Willenserklärungen dar. Allerdings liegt zeitgleich eine gegengerichtete Erklärung in der Mitteilung an den Parkwächter vor. Im Ergebnis setzt sich aber die Erklärung durch das Einfahren durch - der Vorbehalt ist nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) unbeachtlich (Fallgruppe der sog. "protestatio facto contraria", vom lateinischen Rechtssatz "protestatio facto contraria non valet").

Argumente:

- Die §§ 145 ff. BGB sind nicht einseitig durch eine Partei abdingbar.
- Der Wille der Vertragsparteien ist zentrales Element der verfassungsrechtlich geschützten Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1 GG) und dürfe nicht ignoriert werden.
- Taten haben generell Vorrang vor Worten. Dies folgt auch aus einem weiten Verständnis des § 116 BGB: Wenn schon der geheime Vorbehalt unbeachtlich ist, dann erst recht der offengelegte.

Eine **dritte Ansicht** lehnt auch eine Korrektur nach den Grundsätzen der protestatio facto contraria auf Grundlage von § 242 BGB ab. Ansprüche könnten sich **allenfalls aus §§ 812 ff. BGB oder §§ 823 ff. BGB** ergeben.

Argumente:

- Die Inanspruchnahme von Leistungen ohne Bezahlung ist eine Straftat (vgl. nur § 265a StGB). Was im Strafrecht rechtswidrig ist, kann aber nicht im Zivilrecht durch einen Vertrag gerechtfertigt sein; vielmehr wäre ein solcher Vertrag über eine unentgeltliche Inanspruchnahme schon nach § 134 BGB nichtig. Auch bei einem Diebstahl (§ 242 StGB) würde man schließlich keinen Kaufvertrag (§ 433 BGB) fingieren.
- Auch in anderen Fällen ist die Rechtsprechung in der Lage, die Inanspruchnahme nach §§ 812 ff. BGB und §§ 823 ff. BGB abzuwickeln (etwa im Flugreisefall BGHZ 55, 128). Es gibt also keinen Grund, eine Straßenbahn anders zu behandeln als ein Flugzeug.
- Wer Leistungen ohne Kontrollen anbietet, ist nicht schutzwürdig.



Einen **Vertragsschluss durch sozialtypisches Verhalten** bejahen:

BGHZ 21, 319, 334 ff.

BGHZ 23, 175, 177 f.

BGHZ 23, 249, 261

BGHZ 113, 32, 33 f.

Eine Lösung über die **protestatio facto contraria** befürworten:

RGZ 111, 310, 312

BGH NJW 1965, 387, 388

[BGHZ 95, 393, 399](#)

[AG Hamburg NJW 1987, 448](#)

[AG Köln NJW 1987, 447](#)

[BGH NJW 2000, 3429, 3431](#)

- Einen **Vertragsschluss durch sozialtypisches Verhalten** bejahen

Larenz, NJW 1956, 1897, 1899;

Simitis, Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts, 1957, S. 505 ff.

- Eine **Lösung über die protestatio facto contraria** befürworten

Nipperdey MDR 1957, 129, 139

Wieacker JZ 1957, 61

Lehmann NJW 1958, 1, 2

Flume AcP 161, 52, 61 f.

Brox/Walker Rn. 193 f.

- Sowohl die protestatio facto contraria als auch das sozialtypische Verhalten **lehnen ab**

Jauernig, NJW 1972, 1, 3

Köhler, JZ 1981, 464, 469

wohl auch Brehm AT, Rn. 534

Medicus AT Rn 250

Dörner in HK-BGB, Vor §§ 145-157 Rn. 2

2. Können Mängel der Geschäftsfähigkeit durch sozialtypisches Verhalten überwunden werden?

Eine weitere Erschwernis tritt ein, wenn derjenige, der die Leistung in Anspruch nimmt nicht volljährig ist, sondern beschränkt geschäftsfähig (oder sogar geschäftsunfähig) ist. Das Problem stellte sich in einer berühmten Entscheidung (die Sie kennen sollten):



Im "**Bremer Straßenbahnfall**" fuhr ein Minderjähriger ohne Wissen seiner Eltern mit der Straßenbahn und sollte nun ein "erhöhtes Beförderungsentgelt" bezahlen.

Zur Lösung dieser Fälle gibt es **zwei Lösungsmöglichkeiten**:



Nach **einer Ansicht** muss man auch diesen Fall nach den §§ 145 ff. BGB lösen. Aufgrund von § 107 BGB wäre der Minderjährige hier nicht zur Zahlung verpflichtet, obwohl er die Leistung bereits erhalten hat. Seine Eltern haben keinen Anlass, den Vertrag zu genehmigen. Eine Haftung kommt allenfalls aus § 826 BGB in Betracht, soweit der Minderjährige mit Schädigungsvorsatz gehandelt hat und im konkreten Fall einsichtsfähig war (§ 828 Abs. 3 BGB).

Argumente:

- Der Minderjährige ist nach dem Willen des Gesetzgebers schutzbedürftig.
- Die Entscheidung des Straßenbahnbetreibers, auf Einlasskontrollen zu verzichten geschieht auf eigene Gefahr. Der Anbieter der Leistung kann eher auf die Gegenleistung verzichten als der Minderjährige

- Die gesetzlichen Regelungen der §§ 145 ff. BGB können nicht einseitig (hier von der Bahn) abbedungen werden.

Die **Gegenansicht** sieht gerade in diesem Fall die Lehre vom Vertragsschluss durch sozialtypisches Verhalten bestätigt. Da ein solcher Vertrag nicht auf Willenserklärungen, sondern nur auf Verhalten beruht, kommt es auf Geschäftsfähigkeit (§ 107 BGB) nicht an. **Argumente:**

- Sinn und Zweck der §§ 104 ff. BGB passen nicht: Mangels Verhandlungsmöglichkeit besteht keine Gefahr, dass der Minderjährige überrumpelt wird oder ihm ein nachteiliges Geschäft aufgedrängt wird.
- Da sich derjenige, der öffentliche Verkehrsmittel anbietet, seine Vertragspartner nicht aussuchen kann, passen die §§ 107 ff. BGB nicht.
- Die §§ 145 ff. BGB regeln nur einen typischen Fall des Vertragsschlusses. Andere Gestaltungen sind daneben unstreitig anerkannt (etwa der Vertragsschluss durch bloße Einigung). Für den öffentlichen Nahverkehr ist eine weitere Ausnahme zu machen.

[BGHZ 21, 319, 333 ff.](#)
LG Bremen NJW 1966, 2360 f.



V. Was ist ein "Dissens"?

Ein Vertragsschluss setzt voraus, dass der Antrag und die Annahme inhaltlich übereinstimmen (Konsensprinzip). Wenn es daran Zweifel gibt, müssen Sie drei Konstellationen unterscheiden:

1. Objektiv übereinstimmender Ausdruck, subjektiv divergierender Wille: Derjenige, der sich objektiv falsch ausgedrückt hat, muss seine Willenserklärung anfechten (§ 119 Abs. 1 BGB), sonst bleibt der Vertrag wirksam.
2. Objektiv divergierender Ausdruck, subjektiv übereinstimmender Wille: Es gilt das übereinstimmend Gewollte, selbst wenn es widersprüchlich, unvollständig oder missverständlich ausgedrückt wurde (*falsa demonstratio non nocet*).
3. Objektiv und subjektiv divergierende Erklärungen
 - **Offener Dissens**, wenn der Einigungsmangel den Parteien bewusst war: Der Vertrag gilt im Zweifel als nicht geschlossen, § 154 BGB.
 - **Versteckter Dissens**, wenn der Einigungsmangel den Parteien verborgen bleibt: Der Vertrag gilt als geschlossen, es sei denn, die Parteien hätten es so nicht gewollt, § 155 BGB.



1. Was ist ein "offener Dissens"?

Bei einem offenen Einigungsmangel i.S.d. § 154 Abs. 1 S. 1 BGB ist den Parteien **bewusst**, dass sie sich **über einen vertraglichen Nebepunkt nicht geeinigt** haben. Dann wird vermutet, dass der Vertrag nicht geschlossen ist und auch alle anderen Punkte noch geändert werden können. Dies gilt nach § 154 Abs. 1 S. 2 BGB auch, wenn die bisherige Einigung schriftlich fixiert wurde.



K will den alten VW Golf des V kaufen. Beide haben sich über das Auto und den Kaufpreis geeinigt. Allerdings meint K, dass V das Auto vorher in die Waschanlage geben soll. V meint, das könne K doch selber tun. Man einigt sich, die Frage kurz vor der Übergabe zu klären. Beide füllen trotzdem schon einen aus dem Internet heruntergeladenen Formularkaufvertrag aus. Hier greift § 154 Abs. 1 BGB: Der Vertrag ist trotz schriftlicher Fixierung noch nicht verbindlich geschlossen, solange über die Reinigung des Autos keine Einigung erzielt wurde.

Die Zweifelsregelung greift aber nur ein, soweit nicht eine Auslegung nach § 133 BGB iVm § 157 BGB zu einem anderen Ergebnis gelangt.



V bietet K einen Pkw für 10.000 Euro an. K erklärt, er nehme den Antrag an, jedoch sei es ihm sehr wichtig in Raten zahlen. V antwortet, er sei grundsätzlich einverstanden und erwarte konkrete Vorschläge. Ist der Vertrag geschlossen worden?

Die Einigung über die Ratenzahlung und deren konkrete Ausgestaltung ist noch offen. Dies ist beiden Parteien auch bewusst. Fraglich ist, ob der Vertrag zwischen V und K dennoch jedenfalls bis auf diesen (theoretisch auch später klärbaren) Punkt geschlossen wurde. Dies ist durch Auslegung zu ermitteln (§ 133 BGB iVm § 157 BGB). K hielt die Ratenzahlung hier für wichtig (§ 133 BGB), was auch für einen objektiven Empfänger in der Position des V erkennbar war (§ 157 BGB). Ohne diese Ratenzahlung sollte daher kein Vertrag zustandekommen. Dies deckt sich zudem mit dem Willen des V - er will wissen, wie die Ratenzahlung erfolgt, bevor er den Kaufvertrag schließt. Daher ist hier noch kein Vertrag geschlossen worden. Auf die Vermutung des § 154 Abs. 1 S. 1 BGB kommt es nicht an, da die Auslegung hier bereits ein eindeutiges Ergebnis liefert.



BGH NJW 1983, 1727, 1728
[BGH NJW 2002, 817](#)
[BGH NJW 1997, 2671, 2672](#)

2. Was ist ein "versteckter Dissens"?

Im Falle des versteckten Einigungsmangels (§ 155 BGB) gehen die Parteien **irrtümlich** davon aus, dass sie sich **geeignet** haben. Jedoch unterscheiden sich die abgegebenen Willenserklärungen objektiv (aus Sicht eines Dritten) und subjektiv (nach dem Willen der Erklärenden selbst).

Anders als beim offenen Einigungsmangel (§ 154 BGB) erkennen die Parteien jedoch nicht, dass ihre Willenserklärungen sich tatsächlich gar nicht decken.

Soweit die **essentialia negotii** betroffen sind, ist dies rechtlich ohne Bedeutung - es kommt kein Vertrag zustande (worüber auch - denn es ist ja schon unklar, was an wen geleistet werden soll). Betroffen sind vielmehr nur Nebenabreden (die *accidentalialia negotii*).

K aus Hamburg verhandelt mit V aus München über die Lieferung individualisierter Bierkrüge. V macht klar, dass er diese nur herstellt und an K liefert, wenn *vorher* eine Vereinbarung über die Kosten und das Risiko des Transports getroffen wird. Im später zwischen V und K geschlossenen schriftlichen Vertrag vergessen die Parteien jedoch eine Transportabrede.



In diesen Fällen muss berücksichtigt werden, dass die Parteien davon ausgehen, der Vertrag sei wirksam zustande gekommen. Da beide Parteien auf die Gültigkeit vertrauen, soll die Auslegungsregel des § 155 BGB die im Wesentlichen fehlerfreie Einigung „retten“. Danach ist der Vertrag mit dem Inhalt des fehlerfrei Vereinbarten zustande gekommen - es sei denn, die Parteien hätten den Vertrag sonst überhaupt nicht geschlossen.

[10 S 53/09](#)



VI. Wie kommen Verträge im Internet zustande?

Es gibt **kein spezielles Internetvertragsrecht**. Auch im Rahmen von Verträgen, die online geschlossen werden, finden daher die §§ 145 ff. BGB Anwendung. Für Bestellungen in einem Online-Warenhaus wie z.B. *Amazon, Zalando* oder *Otto* gilt daher:

- Die online angezeigten Waren stellen regelmäßig eine bloße *invitatio ad offerendum* dar. Ein verbindlicher **Antrag im Sinne von § 145 BGB** liegt nur vor, wenn aus Sicht eines objektiven Dritten (§ 157 BGB) die Darstellung so zu verstehen ist, dass der Anbieter mit jedem potentiellen Interessenten einen Vertrag schließen will. Dies ist etwa der Fall bei Verträgen, die vollständig online (ggf. gegen Vorkasse, z.B. bei Zahlung mit Kreditkarte) abgewickelt werden - etwa Download von Apps, Spielen, Filmen, etc. In allen anderen Fällen geht der Antrag im Sinne von § 145 BGB vom Kunden aus.
- Emails, in denen für die Bestellung gedankt und deren Bearbeitung angekündigt wird, sind im Regelfall keine **Annahme im Sinne von § 150 Abs. 2 BGB**. Das Gesetz verpflichtet den Onlinehändler vielmehr in § 312i Abs. 1 Nr. 3 BGB, eine Bestätigungsemail zu versenden, durch die *allein der Zugang* bestätigt wird. Auch in einer solchen Email kann aber aus Sicht eines objektiven Dritten (§ 157 BGB) im Einzelfall eine Annahmeerklärung liegen - etwa wenn nach dem Wortlaut bereits ein konkreter Termin für die Lieferung angekündigt wird. Dann kommt der Vertrag bereits mit dieser Email zustande; spätestens geschieht dies konkludent durch Lieferung der bestellten Ware.

Erklärungen die online zwischen zwei per Chat, Skype, etc. korrespondierenden Personen ausgetauscht werden, stellen **Willenserklärungen unter Anwesenden** durch *eine sonstige techni-*

sche Einrichtung i.S.d. § 147 Abs. 1 S. 2 2. Var. BGB dar. Der Austausch von Erklärungen per Email oder über Onlineformulare erfolgt hingegen (selbst wenn diese jeweils sofort auf dem Smartphone gelesen werden) zeitverzögert unter Abwesenden.



[281 C 2775309](#)



V stellt auf einer Online-Auktionsseite (O) seinen gebrauchten Tablet-Computer zum Startpreis von 1 € auf einer dafür eingerichteten Artikelseite ein. Auch legt er die Dauer der Auktion fest. Der Computer soll dem bei Ablauf der Zeit Höchstbietenden zustehen. K gibt wenige Sekunden vor Ablauf das Höchstgebot von 150 € ab. Der Verkehrswert des Computer liegt bei 300 €. O schickt dem K eine E-Mail, in der der "Zuschlag" bestätigt wird. V weigert sich zu liefern, weil er meint, dass kein Kaufvertrag zustande gekommen sei. Wie ist die Rechtslage?

K könnte gegen V einen Anspruch auf Übergabe und Verschaffung des Eigentums an dem Tablet-Computer aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB haben.

I. Dann müsste ein wirksamer Kaufvertrag zustande gekommen sein.

1. Der Vertrag könnte gem. § 156 BGB **durch Gebot und Zuschlag** zustande gekommen sein. Bei Versteigerungen ist das Gebot der Antrag des Bieters und der Zuschlag die Annahmeerklärung des Versteigerers.

Fraglich ist, ob es sich bei einer Internet-Auktion um eine Versteigerung i.S.d. § 156 BGB handelt:

?

Nach einer selten vertretenen **Auffassung** handelt es sich um eine **Versteigerung**.

- Die typischen Voraussetzungen der Versteigerung sind auch bei einer Online-Auktion gegeben.

Nach ganz **überwiegender Ansicht** handelt es sich jedoch **nicht** um eine Versteigerung.

- Eine Versteigerung kommt mit Zuschlag zustande. Dieser fehlt hier, denn der „Zugschlag“ i.S.d. § 156 BGB bedeutet eine Willenserklärung des Versteigerers. Die Mitteilung der Internetplattform enthält keine eigene Willenserklärung und ist daher kein Zuschlag i.S.d. Norm.
- Auch ist der Anbieter der Internetseite kein Versteigerer i.S.d. § 156 BGB, da er nur die technische Plattform zur Verfügung stellt.
- Zudem hätte der Bieter bei einer Online-Auktion kein Widerrufsrecht gem. § 312g Abs. 1 BGB, da dieses gem. § 312g Abs. 2 Nr. 10 BGB bei Versteigerungen i.S.d. § 156 BGB nicht besteht.

2. Es könnte aber zwischen V und K ein Kaufvertrag **durch Antrag und Annahme** geschlossen worden sein. Insofern könnte in der Freischaltung der Artikelseite durch V ein Antrag liegen.

a. Möglicherweise fehlt es jedoch am notwendigen Rechtsbindungswillen, wenn es sich bei der Freischaltung der Auktionsseite nur um eine invitatio ad offerendum handelt. **Ob ein Antrag vorliegt oder eine bloße invitatio ad offerendum ist durch Auslegung zu ermitteln (§§ 133, 157 BGB):**

Nach Ansicht des BGH sind insoweit die AGB der Internetplattform zu berücksichtigen. Zu **beachten** ist allerdings, dass diese **nicht unmittelbar** im Verhältnis K zu V **gelten!** Nach der Rechtsprechung des BGH ist der Erklärungsinhalt eines im Rahmen einer Internetauktion abgegebenen Antrags unter Berücksichtigung der AGB des Unternehmens zu bestimmen, das auf seiner Internetplattform das Forum für die Auktionen bietet.

Im konkreten Fall ist davon auszugehen, dass V einen Rechtsbindungswillen hatte.

b. **Fraglich ist weiterhin, ob es sich bei der Freischaltung der Artikelseite um einen Antrag zum Vertragsschluss oder eine antizipierte Annahme eines früheren Antrags handelt.**

?

Nach **einer Ansicht** handelt es sich um einen **Antrag**.

- Für einen Antrag spricht, dass dieser der Annahme regelmäßig zeitlich vorausgeht.
- I.d.R. genügt die Freischaltung auch dem Bestimmtheitsgebot, da erkennbar ist, dass der Anbietende den Kaufvertrag mit der Person schließen möchte, die bei Ende des Auktionszeitraumes die Höchstbietende ist. Ebenso steht der Kaufpreis mit Ablauf der Zeit fest.

Nach der **Gegenauffassung** ist die Willenserklärung des Anbietenden als **antizipierte** (vorweggenommene) **Annahme** zu qualifizieren.

- Hierfür spricht, dass die essentialia negotii erst durch die Abgabe eines bestimmten Gebotes konkretisiert werden.

ΔDiese rein dogmatische Streitfrage **kann jedoch im Ergebnis meist offen bleiben**, da die wechselseitigen Erklärungen der Parteien jedenfalls die wesentlichen Bestandteile des Kaufvertrags enthalten, unabhängig davon, welche Erklärung als Antrag und welche als Annahme zu qualifizieren ist.

c. Antrag und Annahme liegen damit vor.

3. Ein Kaufvertrag ist zustande gekommen.

II. K hat somit einen Anspruch auf Übergabe und Verschaffung des Eigentums an dem Tablet-Computer aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB.

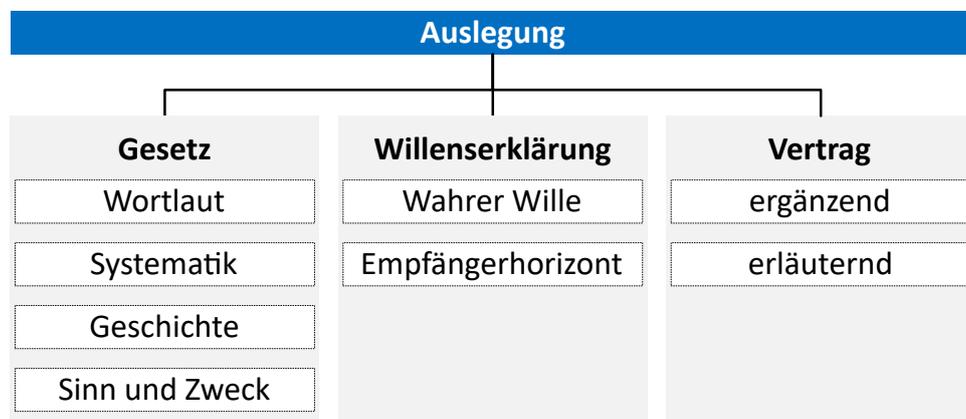
[BGH, Urteil vom 08.01.2014 - VIII ZR 63/13](#)



C. Was bedeutet Auslegung?

Häufig kommt es vor, dass die Erklärungen, Verträge oder sogar das Gesetz so formuliert sind, dass sie nicht völlig eindeutig zu verstehen sind. Daraus folgen **Streitigkeiten über das wirklich Gemeinte**. Ihre Aufgabe als Jurist ist es, das vorzugswürdige Verständnis zu ermitteln. Dies bezeichnet man als Auslegung. Man unterscheidet verschiedene Ebenen der Auslegung:

- Im ersten Kapitel haben wir bereits die **Auslegung des Gesetzes** anhand von Wortlaut, Systematik, Geschichte sowie Sinn und Zweck besprochen.
- Im folgenden geht es hingegen um die **Auslegung von Verträgen**. Ziel ist es, den gemeinsamen Willen der Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu ermitteln. Dabei passen die Kriterien der Gesetzesauslegung, die überwiegend objektiv an das Problem herangehen, nicht.
- Im dritten Kapitel werden wir uns mit der **Auslegung von Willenserklärungen** befassen. Dabei geht es einerseits um die Ermittlung des wahren Willens des Erklärenden (§ 133 BGB), andererseits um das Verständnis der Erklärung aus Sicht eines objektiven Empfängers (§ 157 BGB).
- Besondere Schwierigkeiten können sich bei **Allgemeinen Geschäftsbedingungen** ergeben, die für eine Vielzahl von einzelnen Vertragsbeziehungen gelten sollen (vgl. § 305c Abs. 2 BGB). Damit werden wir uns näher im achten Kapitel auseinandersetzen.



1. Was unterscheidet erläuternde und ergänzende Auslegung?

Sie müssen in der Klausur sauber zwischen der **erläuternden** und der **ergänzenden** Vertragsauslegung unterscheiden:

- Ziel der **erläuternden Auslegung** (§ 157 BGB) ist es, den übereinstimmenden Willen der Parteien zu ermitteln.



K und V schließen einen Kaufvertrag über eine Schiffsladung "Haakjöringsköd". Sie denken, es würde sich dabei um Walfleisch handeln. In Wirklichkeit bezeichnet der norwegische Ausdruck "*håkjerringkjøtt*" aber Haifischfleisch. Trotz des falschen Ausdrucks wird der Vertrag so ausgelegt, als hätte man das deutsche Wort "Walfischfleisch" verwendet; die falsche Bezeichnung schadet nicht (*falsa demonstratio non nocet*).

- Die **ergänzende Auslegung** geht hingegen über die Erklärungen hinaus und vervollständigt ein lückenhaftes Rechtsgeschäft. Maßgeblich ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Eine

besondere Regelung für unerwartete spätere Änderungen ist die Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB).

Beim Bau eines Hauses verpflichtet sich der Bauherr durch Vertrag mit seinem Nachbarn, keine Fenster auf der Mauer zum Nachbargrundstück anzubringen. Später baut er Glasbausteine in die Wand ein. Daran hatte bei Vertragsschluss niemand gedacht.



II. Wie erfolgt eine erläuternde Vertragsauslegung?

Bei der **erläuternden Auslegung** geht es darum, den Inhalt einer Formulierung im Vertrag festzustellen. Hierbei ist nach § 133 BGB vorrangig der *wirkliche Wille* hinter den Erklärungen der Vertragsparteien zu erforschen, um dem Grundsatz der Privatautonomie gerecht zu werden. Um diesen festzustellen, müssen Sie alle, auch außerhalb der fraglichen Erklärung liegenden Umstände zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses berücksichtigen.

Die **wesentlichen Kriterien** zur Ermittlung der Bedeutung sind:

- **Wortlaut** unter Berücksichtigung der Begleitumstände
- **Zweck des Vertrags**
- **Treu und Glaube**
- **Verkehrssitte**



Ist die Währung des Kaufpreises fraglich, so kann sich daraus, dass der Verkäufer aus der Schweiz stammt und Waren aus der Schweiz verkauft, ergeben, dass Schweizer Franken gemeint sind.



1. Welche Bedeutung kommt dem Wortlaut der Erklärung zu?

Nach § 133 BGB, der zwar ausdrücklich nur für Willenserklärungen gilt, aber auch auf Verträge Anwendung findet, dürfen Sie *nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks [...] haften*. Sie dürfen selbst dann nicht auf den Wortlaut abstellen, wenn dieser vermeintlich eindeutig ist. Gerade juristische Laien werden oft nicht die zutreffenden Fachbegriffe wählen.



Ein Vertrag, der nach seinem Wortlaut als "Bürgschaft" (§ 765 BGB) bezeichnet ist, kann ein "Garantievertrag" sein; ein "Werkvertrag" (§ 631 BGB) kann in Wahrheit ein "Dienstvertrag" (§ 611 BGB) sein.

Insoweit dürfen Sie einerseits auf die konkreten Vertragsverhandlungen abstellen (soweit der Sachverhalt dazu Angaben macht), andererseits aber auch auf den konkreten Zweck des Vertrages für die Beteiligten. **Unzulässig** ist es hingegen, im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung auf Umstände abzustellen, die erst **nach Vertragsschluss** bekannt wurden.



Dies bedeutet einerseits, dass Sie mit Rechtsbegriffen, die von den Parteien verwendet werden, vorsichtig umgehen sollen. Andererseits dürfen Sie aber auch nicht den Willen der Parteien durch das ersetzen, was Sie als zweckmäßig erachten.



BGH WM 1975, 348
BGH NJW 2002, 1260
BGH NJW 2009, 2671

a. Was bedeutet "falsa demonstratio non nocet"?

Die Bedeutung des Parteiwillens bei der Auslegung geht so weit, dass der übereinstimmende Wille sich sogar gegen einen objektiv abweichenden Ausdruck durchsetzt. Dies umschreibt man mit der lateinischen Phrase "**falsa demonstratio non nocet**" (Fehlbezeichnungen schaden nicht). Diesen Ausdruck sollten Sie sich unbedingt merken.



Klassiker: K möchte von V 200 Fässer Walfischfleisch kaufen und bestellt diese bei V mit der Bezeichnung „Haakjöringsköd“. Beide gehen davon aus, dass dieses – aus dem Norwegischen stammende Wort – Walfischfleisch bedeutet. V nimmt den Antrag durch ein einfaches „Ja“ an. Später wird er von einem Freund darüber aufgeklärt, dass „Haakjöringsköd“ in Wirklichkeit Haifischfleisch bedeutet. Als er feststellt, dass er dieses günstiger einkaufen kann, stellt er sich auf den Standpunkt, K habe Haifischfleisch bestellt und könne auch nur dieses verlangen. K hingegen besteht auf Lieferung von Walfischfleisch, schließlich habe er allein das gewollt. Zu Recht?

Weil hier beide Parteien trotz unrichtiger Bezeichnung einen Vertrag über Walfischfleisch schließen wollten, kam der Vertrag auch

über 200 Fässer Walfischfleisch zustande, sodass K Lieferung verlangen kann.

In diesem Fall liegt weder ein beiderseitiger Irrtum vor, noch handelt es sich um einen Dissens. Vielmehr müssen sich die Parteien (auch wenn sie ihren Willen später ändern) am beiderseitig gewollten Inhalt festhalten lassen.

RGZ 99, 148
BGH NJW 2001, 486
BGH NJW 2002, 1038
BGH NJW 2008, 1658



b. Greift "falsa demonstratio" trotz Formbedürftigkeit?

Obwohl die Rechtsprechung grundsätzlich der **Andeutungstheorie** folgt, wird für den Grundsatz "**falsa demonstratio non nocet**" eine Ausnahme gemacht. Soweit die Parteien das übereinstimmend Gewollte unrichtig bezeichnen, gilt das Gewollte und nicht das Erklärte als beurkundet.

A und B schließen einen notariellen (§ 311b Abs. 1 S. 1 BGB) Kaufvertrag über die Grundstücksparzelle 729. Aus den Umständen des Vertragsschlusses ergibt sich jedoch, dass eigentlich die Parzelle 727 verkauft werden sollte. Bei der Beurkundung des Kaufvertrages hatten sich die Parteien nur in der Nummer geirrt. Nach dem BGH ist hier ein wirksamer Kaufvertrag über Parzelle 727 zustande gekommen. Dies soll sogar für die dingliche Auflassung (§ 925 BGB) gelten.



In der Literatur wird diese Lösung sehr kritisch aufgenommen. Es gibt folgenden **Meinungsstand**:

Eine **Auffassung** stimmt dem BGH uneingeschränkt zu.

- **Argument:** Das BGB geht von Privatautonomie aus. Daher muss der wahre Wille Vorrang vor bloßem Formalismus haben. Zudem sieht das Gesetz in § 311b Abs. 1 S. 2 BGB selbst Ausnahmen von der Formbedürftigkeit vor. Schließlich sei die Formbedürftigkeit ohnehin durch die Andeutungstheorie aufgeweicht.

Die **Gegenauffassung** lehnt hingegen die Anwendung von "**falsa demonstratio non nocet**" auf formbedürftige Rechtsgeschäfte ab.

- **Argument:** § 125 S. 1 BGB droht die Nichtigkeit bei Missachtung der Form an, diese zwingende Norm würde ohne gesetzliche Grundlage unterlaufen. Da die Unterscheidung, ob die Fehlbezeichnung absichtlich oder unabsichtlich erfolgt kaum beweisbar sei, würden so vielfach Scheingeschäfte (§ 117 BGB) drohen. Die Gegenansicht gefährde die Rechtssicherheit.



Eine **vermittelnde Auffassung** differenziert nach dem Schutzzweck der Formvorschrift. Nur wenn die Formvorschrift ausschließlich die Parteien schützen soll, greift *falsa demonstratio*. Wenn hingegen (auch) Dritte geschützt werden sollen, ist allein das objektiv Erklärte maßgeblich.

- **Argument:** Die Parteien sollen grundsätzlich auf ihren Schutz verzichten können; ein Verzicht zu Lasten Dritter sei hingegen mit der Rechtsordnung unvereinbar.



BGH NJW 1972, 1465

BGHZ 74, 116

BGHZ 87, 150

BGH NJW 2002, 1038, 1039

BGH NJW 2008, 1658

- **Falsa demonstratio anwendbar:** Häsemeyer, JuS 1980, 1, 6 f.; Brox, JA 1984, 549, 557; Flume, AT Bd II, § 16 2 c
- **Falsa demonstratio unanwendbar:** Wieling, Jura 1979, 524, 529
- **Differenzierung nach Schutzzweck der Formvorschrift:** Reinicke, JA 1980, 455, 458 ff.; Köhler, JR 1984, 14.

c. Was gilt bei formbedürftigen Rechtsgeschäften?

Zwar können die meisten Verträge ohne jegliche Form, sogar durch eindeutiges tatsächliches Verhalten (konkudent) geschlossen werden. Für besonders wichtige Geschäfte ordnet das Gesetz jedoch die **Wahrung einer Form** an.



So ist ein Kaufvertrag über ein Grundstück nach § 311b Abs. 1 S. 1 BGB notariell zu beurkunden.

Würde man bei der Auslegung solcher Verträge *alle* Umstände des Vertragsschlusses, also insbesondere mündliche Abreden oder sogar rein tatsächliche Gegebenheiten berücksichtigen, würde dieses Formerfordernis unterlaufen.



Die Parteien lassen von einem Notar "La-Le-Lu" beurkunden. Der Notar verliest diese Erklärung, beide bejahen, dass sie genau dies vereinbaren wollen. Hinterher erklären Sie, dass damit der Verkauf eines Grundstücks in der Düsseldorfer Innenstadt für einen Kaufpreis von 1 Mio. Euro gemeint war. Der Notar konnte dabei seine Belehrungspflichten nicht erfüllen; ebensowenig ist die notarielle Urkunde als Beweis tauglich.

Dem soll die **Andeutungstheorie** entgegenwirken: Das wirklich Gewollte muss in der formell fixierten Erklärung zumindest angedeutet sein. Ist das wirklich Gewollte nicht wenigstens angedeutet, so ist die ausgelegte Erklärung formnichtig nach § 125 S. 1 BGB.

Beachten Sie: In Klausuren taucht diese Problematik häufig im Erbrecht bei der Auslegung von eigenhändigen Testamenten (§ 2247 BGB) auf. Nach der Andeutungstheorie muss ein zumindest andeutungsweise zu identifizierender Anhaltspunkt für den mutmaßlichen bzw. hypothetischen Willen des Erblassers handschriftlich fixiert sein, ansonsten ist die Verfügung unwirksam (§ 125 S. 1 BGB).



BGH NJW 1996, 2792
BGH NJW 2008, 1658



2. Inwieweit sind objektive Umstände zu berücksichtigen?

Nach § 157 BGB sind Verträge *so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*. Auch insoweit ist auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses, nicht auf denjenigen, in dem der Streit entsteht, abzustellen.

Treu und Glauben verlangen insoweit, dass (1) der Vertrag aus Sicht aller Beteiligten interessenrechtlich verstanden werden muss und (2) frei von Widersprüchen verbleibt. Es darf also nicht dem Interesse einer Partei der Vorrang eingeräumt werden. Allerdings soll sich niemand durch die Verwendung unklarer Formulierungen einen Vorteil verschaffen. Ausdruck findet dieser Gedanke in § 305c Abs. 2 BGB, wonach im Zweifel zu Lasten desjenigen ausgelegt wird, der die AGB verwendet (*in dubio contra proferentem*).

Enthält der Vertrag über ein Fertighaus ein kostenfreies Rücktrittsrecht für den Erwerber, ist darauf abzustellen, ob dem Bauherrn ein seinen Wünschen und finanziellen Möglichkeiten entsprechendes Grundstück zum Kauf zur Verfügung steht.



Die **Verkehrssitte** stellt demgegenüber auf die regelmäßigen Abläufe innerhalb der beteiligten Kreise ab (vgl. § 346 HGB zu Handelsbräuchen unter Kaufleuten). Erforderlich ist grundsätzlich, dass beide Parteien dem Verkehrskreis angehören, in dem die Verkehrssitte ausgeübt wird. Ausnahmsweise genügt es aber, dass eine Partei dem betroffenen Kreis angehört, wenn die andere Partei mit der Verkehrssitte rechnen musste.

Eine Frage der Verkehrssitte ist etwa, ob die Mehrwertsteuer im Preis enthalten ist (gegenüber Verbrauchern ist dies gesetzlich vorgeschrieben, § 1 Abs. 1 PAngV, im unternehmerischen Verkehr ist hingegen allein eine Verkehrssitte maßgeblich).



BGHZ 60, 199 (Mehrwertsteuer im Preis enthalten?)
OLG Hamm NJW-RR 1991, 1369 (Rücktrittsklausel im Fertighauskaufvertrag)
BGHZ 131, 136 (Vertrag von Spielsüchtigen mit Spielhalle über Hausverbot gewährt keinen Schadensersatz, wenn mangels Eingangskontrollen doch Zugang erzielt wird)



III. Wie erfolgt eine ergänzende Vertragsauslegung?

Im Gegensatz zur erläuternden Vertragsauslegung soll die ergänzende Vertragsauslegung Lücken schließen, die bei Verhandlung und Vertragsschluss übersehen oder vergessen wurden. Die ergänzende Vertragsauslegung setzt erst ein, wenn ein **Vertragsschluss** bejaht wurde; sie kann nicht etwa Antrag und Annahme ersetzen.

Häufig hilft das Gesetz bei der Lückenfüllung, indem es **dispositives Recht** zur Verfügung stellt. Dieses ist gegenüber der ergänzenden Vertragsauslegung vorrangig, sofern nicht eindeutig feststeht, dass die Parteien die gesetzliche Regelung nicht wollten.



Haben die Parteien eines Kaufvertrages keine Vereinbarung über Sachmängel getroffen, greifen §§ 434 ff. BGB.

Die ergänzende Vertragsauslegung schließt die Lücke anhand des **hypothetischen Parteiwillens**. Diesen müssen Sie anhand aller Umstände, insbesondere auch der Vereinbarung, ermitteln.

Damit ergibt sich folgendes Prüfungsschema:



1. **Bestehen eines Vertrages** - Gibt es eine vertragliche Einigung über die essentialia negotii?
2. **Regelungslücke** - Lässt sich dem Vertrag weder ausdrücklich noch durch erläuternde Auslegung eine Antwort für die streitige Frage entnehmen?
3. **Keine dispositive gesetzliche Regelung** - Gibt es keine gesetzliche Vorschrift, anhand derer der offene Punkt geklärt werden könnte? Oder: Gibt es zwar eine gesetzliche Vorschrift, aber es steht fest, dass die Parteien diese nicht wollten?
4. **Folge: Lückenschließung mittels ergänzender Vertragsauslegung** - Welche Regelung hätten die Parteien getroffen, wenn sie den offenen Punkt bedacht hätten?



BGH NJW 1979, 1818
BGH NJW 1975, 1116
BGH NJW 1997, 652
BGH NJW 2002, 2310

D. Wovon sind Verträge abzugrenzen?

Ansprüche entstehen nicht nur aus Verträgen. Deutlich ist dies insbesondere bei der Haftung auf Schadensersatz - auch ohne Vertrag dürfen Sie niemanden verletzen. Dementsprechend regelt § 823 BGB ein gesetzliches Schuldverhältnis, das auch ohne Willenserklärungen zustandekommt. Andere wichtige gesetzliche Schuldverhältnisse sind die Pflicht zur Herausgabe wegen einer ungerechtfertigten Bereicherung (§ 812 BGB) und die Pflicht des Besitzers, dem Eigentümer dessen Sache herauszugeben (§ 985 BGB iVm § 986 BGB) sowie die daran anknüpfenden Pflichten auf Ersatz von Nutzungen (§ 987 BGB, § 100 BGB) und Schäden (§ 989 BGB, § 992 BGB).

Bereits im ersten Semester begegnet Ihnen zudem § 179 Abs. 1 BGB. Danach haftet der Vertreter ohne Vertretungsmacht nach Wahl desjenigen, demgegenüber er aufgetreten ist, wahlweise auf "Erfüllung" oder auf "Schadensersatz". Entscheidet sich der Geschäftspartner für die "Erfüllung", muss der Vertreter ohne Vertretungsmacht den Vertrag so erfüllen, als wäre er selbst Vertragspartei geworden, bekommt dafür aber auch einen Anspruch auf die Gegenleistung. Dennoch handelt es sich nicht etwa um einen Vertrag, sondern wiederum um ein gesetzliches Schuldverhältnis.

Einen näheren Blick werfen wir auf zwei Schuldverhältnisse, die eine gewisse Nähe zu Verträgen aufweisen:

- Die sog. "**culpa in contrahendo**" (§ 311 Abs. 2 BGB, § 280 Abs. 1 BGB, § 241 Abs. 2 BGB) entsteht bereits mit Aufnahme von Vertragsverhandlungen und schützt so die Parteien gerade in der Phase des Vertragsschlusses.
- Die "**berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag**" (§ 677 BGB, 683 S. 1 BGB) ist insoweit vertragsähnlich, als sie an einen tatsächlichen oder mutmaßlichen Willen anknüpft und als Folge Aufwendungsersatz (§ 683 S. 1 BGB, § 670 BGB) und Herausgabeansprüche (§ 681 S. 2 BGB, § 667 BGB) anordnet.

I. Inwiefern begründen bereits Vertragsverhandlungen Pflichten?

Durch bloße Verhandlungen wird man noch nicht zur Erbringung einer Leistung (Zahlung des Kaufpreises, Lieferung der Sache, Erbringung eines Dienstes etc.) verpflichtet. Dennoch begründen Vertragsverhandlungen bereits ein gewisses Vertrauen und vor allem besondere Gefahren.

Daher sind diejenigen, die über einen Vertrag verhandeln, nach § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB bereits im Zeitpunkt der Verhandlungen verpflichtet, *Rücksicht auf die "Rechte, Rechtsgüter und Interessen" des anderen Teils* zu nehmen (§ 241 Abs. 2 BGB). Man spricht von einem "**vorvertraglichen Schuldverhältnis**" (*culpa in contrahendo*).

Wenn die Parteien sich über den Vertrag bereits einig geworden sind, kann der grundlose Abbruch von Vertragsverhandlungen denjenigen, der die Verhandlungen abbricht, zum Ersatz der Aufwendungen des anderen Teils und etwaiger entgangener Drittgeschäfte verpflichten.



Der Geschädigte hat gegen die andere Partei einen Schadensersatzanspruch aus § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB, § 280 Abs. 1 BGB, § 241 Abs. 2 BGB. Für Pflichtverletzungen von Vertretern und sonstigen Hilfspersonen haftet der Schädiger nach § 278 BGB. Nach allgemeinem Deliktsrecht müsste er hingegen nur für schlechte Auswahl und Überwachung nach § 831 BGB einstehen ("Auswahlverschulden").

Die Fallgruppe des § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB erfasst eine noch vor Vertragsverhandlungen liegende "Anbahnung", etwa wenn sich jemand in einem Selbstbedienungsgeschäft die Waren ansieht. Schließlich umfasst § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB geschäftliche Kontakte, die in Abgrenzung von bloßen Gefälligkeiten bereits ein schutzwürdiges Vertrauen geschaffen haben.

II. Inwieweit ist die GoA ein "vertragsähnliches" Schuldverhältnis?

In bestimmten Situationen ist nicht genug Zeit, um einen Vertrag zu schließen.



- Bei einem Sturm wurde das Dach eines Hauses abgetragen, dessen Eigentümer in Urlaub ist. Die Feuerwehr lässt das Dach provisorisch abdecken.
- Jemand wurde bei einem Unfall verletzt. Ein zufällig an der Unfallstelle erscheinender Arzt versorgt seine Verletzungen.
- Jemand entdeckt in einem Antiquitätenladen ein Buch, von dem er weiß, dass ein Freund es schon lange sucht; der Freund ist aber nicht zu erreichen.

In diesen Fällen gewährt das Gesetz dem Helfer einen Anspruch auf Ersatz der ihm entstandenen Aufwendungen (§ 677 BGB, § 683 S. 1 BGB, § 670 BGB); während der Geschäftsherr alles aus der Geschäftsführung Erlangte herausverlangen kann (§ 677 BGB, § 681 S. 2 BGB, § 667 BGB).

Um sich den Unterschied zu vertraglichen Ansprüchen zu verdeutlichen, sollten Sie sich einmal das folgende **Prüfungsschema für den Aufwendungsersatzanspruch des Geschäftsführers** aus § 670 BGB iVm § 683 S. 1 BGB, § 670 BGB ansehen. Näheres wird im besonderen Schuldrecht (bei den gesetzlichen Schuldverhältnissen) erörtert:



1. **Geschäft:** Jede tatsächliche oder rechtsgeschäftliche Tätigkeit, nicht bloßes Dulden oder Unterlassen.
2. **Fremdheit:** Tätigwerden in fremdem Rechts- und Interessenkreis (hinreichend: "auch fremdes" Geschäft, das auch dem Geschäftsführer selbst dient bzw. dessen Pflicht erfüllt).
3. **Fremdgeschäftsführungswille** (vgl. § 687 Abs. 1 BGB): Wissen und Wollen, (auch) für einen anderen zu handeln (wird vermutet bei objektiv fremdem oder "auch fremdem" Geschäft).
4. **Kein Auftrag oder sonstige Berechtigung:** Keine vertragliche Grundlage für Tätigkeit bzw. keine gesetzliche Pflicht gegenüber dem Geschäftsherrn.
5. **Im Interesse des Geschäftsherrn** (§ 677 BGB, § 683 S. 1 BGB): Geschäft ist objektiv günstig für Geschäftsherrn (vergrößert dessen Vermögen oder vermindert Vermögensverlust).
6. Entsprechend dem **wirklichen oder mutmaßlichen Willen** (§ 683 S. 1 BGB): Kenntnis des Geschäftsführers vom Willen ist nicht erforderlich; auch ein unbekannter Vorbehalt schließt die berechnigte GoA aus (vgl. § 678 BGB).
7. **Rechtsfolge:** Ersatz der tatsächlich entstandenen Aufwendungen - nicht: marktübliche Gegenleistung (anders § 632 Abs. 2 BGB, § 612 Abs. 2 BGB).

E. Was sind Bedingung und Befristung?

Grundsätzlich treten die Rechtsfolgen einer Willenserklärung oder eines Vertrages ein, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Das Gesetz erlaubt aber den Parteien aufgrund ihrer Privatautonomie zu vereinbaren, dass die Rechtsfolgen nicht sofort, sondern erst später greifen sollen.

Ist der Eintritt dieses Ereignisses ungewiss, so handelt es sich um eine **Bedingung**, §§ 158 - 162 BGB. Ist hingegen der Eintritt gewiss, aber abhängig von einem bestimmten Zeitpunkt, handelt es sich um eine **Befristung**, § 163 BGB.

Bedingung: Jemand pachtet eine Gastwirtschaft unter der Bedingung, dass er die zum Betrieb erforderlicher Erlaubnis erhält. Oder: Die Kanzlei K schließt mit Jurist J einen Arbeitsvertrag als wissenschaftlicher Mitarbeiter unter der Bedingung eines erfolgreichen ersten Staatsexamens.

Befristung: Der Mietvertrag, der zwischen M und V geschlossen wurde, soll ab dem 1. August gelten.



	Bedingung	Befristung
Eintritt der Rechtsfolgen mit	Eintritt eines zukünftigen ungewissen Ereignisses = aufschiebend bedingt, § 158 Abs. 1 BGB	Eintritt eines gewissen Ereignisses = Anfangstermin , § 163 1.Var BGB
Ende der Rechtsfolgen mit	Eintritt eines zukünftigen ungewissen Ereignisses = auflösend bedingt, § 158 Abs. 2 BGB	Eintritt eines gewissen Ereignisses = Endtermin , § 163 2.Var BGB

I. Welche Arten von bedingten Rechtsgeschäften gibt es?

Mit der Bedingung werden das Wirksamwerden oder der Fortbestand eines Rechtsgeschäftes vom Eintritt (oder Nichteintritt) eines bestimmten Ereignisses abhängig gemacht (§ 158 BGB). Sie müssen bei einer Bedingung mehrere Konstellationen unterscheiden:

1. Sehr klausurrelevant sind die auf den Zeitpunkt des Wirksamwerdens bezogenen sog. aufschiebenden und auflösenden Bedingungen: Will der Erklärende, dass eine bestimmte Rechtsfolge erst mit Eintritt eines bestimmten Ereignisses eintreten soll, so handelt es sich um eine **aufschiebende Bedingung** ("Suspensivbedingung"), § 158 Abs. 1 BGB.

Ein Pachtvertrag wird unter der Bedingung der Betriebserlaubnis geschlossen.



Eine **auflösende Bedingung** ("Resolutivbedingung") liegt vor, wenn die Rechtsfolgen mit Eintritt des Ereignisses erlöschen sollen, § 158 Abs. 2 BGB.

Ein Pachtvertrag soll mit Entziehung der Betriebserlaubnis erlöschen (d.h. er wird unter der auflösenden Bedingung der Entziehung geschlossen).



2. Seltener wird die Entscheidung hinsichtlich der Art und Weise des Bedingungseintritts relevant sein: Im Regelfall ist der Eintritt des Ereignisses vom Willen der Parteien unabhängig (sog. "kasuelle Bedingung"). Der Gegenbegriff ist die "Potestativbedingung", bei welcher eine Handlung, die auf einem Willensentschluss *einer* der Parteien beruht, maßgeblich ist. Noch weiter geht die sog. "Wollensbedingung", bei der die Geltung des Rechtsgeschäfts in das freie Belieben einer Partei gestellt wird. Eine Wollensbedingung kann nicht vereinbart werden, sondern muss im Gesetz vorgesehen sein.



Eine gesetzliche "Wollensbedingung" ist der Kauf auf Probe (§ 454 BGB), bei dem die Billigung des gekauften Gegenstands Voraussetzung für die Wirksamkeit des Kaufvertrages ist.

1. Wann darf man eine Bedingung vorsehen?

Grundsätzlich ist eine Bedingung bei jedem Rechtsgeschäft zulässig. Bestimmte Rechtsgeschäfte sind jedoch **bedingungsfeindlich**, d.h. sie können nicht unter einer Bedingung vorgenommen werden. Zu unterscheiden sind zwei wichtige Fallgruppen:

- Einerseits kann sich das Verbot, ein Rechtsgeschäft unter eine Bedingung zu stellen, unmittelbar **aus dem Gesetz** ergeben. In diesen Fällen hält der Gesetzgeber Schwebезustände für unerwünscht, da der Rechtsverkehr oder die Beteiligten zu schützen sind.



So sind die Aufrechnungserklärung (§ 388 S. 2 BGB), die Auflassung (§ 925 Abs. 2 BGB) oder die Eheschließung (§ 1311 S. 2 BGB) ausdrücklich bedingungsfeindlich.

- Auch wenn eine gesetzliche Regelung fehlt, können **Gestaltungsrechte** generell nicht unter eine Bedingung gestellt werden - insoweit ist § 388 S. 2 BGB nur ein ausdrücklich geregelter Sonderfall, der verallgemeinerungsfähig ist. Es wäre dem Erklärungsempfänger nicht zumutbar, bis zum Bedingungseintritt in Ungewissheit zu verweilen.



Gestaltungsrechte sind etwa die Erklärung der Anfechtung (§ 143 I BGB), der Kündigung (z.B. § 314 I BGB) oder des Rücktritts (§ 349 BGB).

Ausnahmsweise sind aber bestimmte Bedingungen auch für solche Rechtsgeschäfte möglich, wenn:

- **ausschließlich der Erklärungsempfänger selbst den Bedingungseintritt beeinflussen kann.**



Der Arbeitgeber erklärt die Kündigung des Arbeitsvertrags unter der auflösenden Bedingung, dass sein Arbeitnehmer nicht bereit ist, in einem anderen Werk zu arbeiten ("Änderungskündigung"). Dann entscheidet der Arbeitnehmer, ob die Wirkungen der Kündigung eintreten - die Bedingung ist zulässig.

- die Bedingung **ausschließlich rechtlicher Natur** ist.

Vor Gericht erklärt der Beklagte die Aufrechnung unter der aufschiebenden Bedingung, dass der Anspruch des Klägers besteht (sog. "Eventualaufrechnung"). Dann hängt die Aufrechnungserklärung davon ab, ob das Gericht den Anspruch als entstanden und nicht untergegangen ansieht oder nicht.



2. Was gilt bei Veränderungen vor Eintritt der Bedingung?

Mit Eintritt einer Bedingung treten die Folgen des Rechtsgeschäfts ab diesem Zeitpunkt ein ("ex nunc"), nicht etwa rückwirkend auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts ("ex tunc"). Dies folgt aus dem Gesetzeswortlaut: § 158 Abs. 1 BGB spricht davon, dass die Wirkung *mit dem Eintritt der Bedingung* eintritt, nach § 158 Abs. 2 BGB endet *mit dem Eintritt der Bedingung* die Wirkung des Rechtsgeschäfts.

Da der Eintritt der Bedingung aber unsicher ist, kann zwischen dem Abschluss des Rechtsgeschäfts und dem Zeitpunkt des Bedingungseintritts ein erheblicher Zeitraum liegen. Aus diesem Grunde sieht das Gesetz in § 159 BGB, § 160 BGB, § 161 BGB und § 162 BGB gewisse **Schutzvorschriften** zugunsten desjenigen vor, der durch das Rechtsgeschäft begünstigt wird.

§ 159 BGB sieht insoweit nur die **Möglichkeit** (aber gerade nicht die Pflicht) vor, zu **vereinbaren**, dass die Wirkungen zurückbezogen werden - d.h. dass die Parteien so gestellt werden sollen, als sei die Bedingung bereits bei Vornahme des Rechtsgeschäfts eingetreten. Dies hat aber **nur schuldrechtliche Wirkung zwischen den Parteien** - unbeteiligte Dritte werden davon nicht betroffen.

Weitergehend ist der Schutz des **bedingt Berechtigten** nach § 160 BGB, § 161 BGB und § 162 BGB, die wir uns auf den folgenden Seiten ansehen werden.

a. Welche Voraussetzungen hat § 160 BGB?

§ 160 BGB enthält eine der wenigen **Anspruchsgrundlagen im Allgemeinen Teil**.

V verkauft an K eine Vase unter Eigentumsvorbehalt (§ 449 BGB). Dabei ist die Übereignung (§ 929 S. 1 BGB) aufschiebend durch die Zahlung der letzten Kaufpreisrate bedingt (§ 158 Abs. 1 BGB) - vor der Zahlung bleibt also V Eigentümer. Wenn V die Vase **vor** Zahlung der letzten Kaufpreisrate zerstört, verletzt er damit nur sein eigenes Eigentum. Bei Bedingungseintritt, d.h. Zahlung der letzten Kaufpreisrate, kann K jedoch von ihm nach § 160 Abs. 1 BGB Ersatz des Erfüllungsinteresses verlangen.



In der Praxis spielt diese Regelung kaum eine Rolle, da **meist ohnehin schuldrechtliche Ansprüche bestehen** (§ 280 BGB) und die Rechtsprechung durch Entwicklung des sog. "**Anwartschaftsrechts**" für die wichtigsten Fälle bedingter Geschäfte, namentlich den oben dargestellten Kauf unter Eigentumsvorbehalt, ein eigenes "sonstiges Recht" im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB anerkannt hat. Dennoch können Sie durch Hinweis auf diese Regelung (die auch viele Prüfer vergessen haben) in der Klausur Punkte machen.

Die Regelung **unterscheidet** zwischen aufschiebenden Bedingungen (§ 160 Abs. 1 BGB) und auflösenden Bedingungen (§ 160 Abs. 2 BGB):



Voraussetzungen von § 160 Abs. 1 BGB

1. **Aufschiebend** bedingtes Rechtsgeschäft (§ 160 Abs. 1 BGB iVm § 158 Abs. 1 BGB)
2. Verhalten, das den **bedingten Rechtserwerb** vereitelt oder beeinträchtigt
3. **Verschulden**: Vorsatz (Wissen und Wollen) oder Fahrlässigkeit (§ 276 Abs. 2 BGB)
4. **Rechtsfolge**: Ersatz des entstandenen Schaden (positives Interesse)



Voraussetzungen von § 160 Abs. 2 BGB

1. **Auflösend** bedingtes Rechtsgeschäft (§ 160 Abs. 2 BGB iVm § 158 Abs. 2 BGB)
2. Verhalten, das die **Herstellung des früheren Rechtszustand** vereitelt oder beeinträchtigt
3. **Verschulden**: Vorsatz (Wissen und Wollen) oder Fahrlässigkeit (§ 276 Abs. 2 BGB)
4. **Rechtsfolge**: Ersatz des entstandenen Schaden (positives Interesse)

b. Welche Voraussetzungen hat § 161 BGB?

Die in sachenrechtlichen Fällen (nicht aber im ersten Semester) sehr klausurrelevante Regelung des § 161 BGB schützt den bedingt Berechtigten vor **Zwischenverfügungen**. Die Regelung differenziert wie § 160 BGB nach aufschiebenden Bedingungen (Absatz 1) und auflösenden Bedingungen (Absatz 2). Klausurrelevanz hat sie vor allem in Fällen, in denen es um einen Eigentumsvorbehalt (§ 449 BGB) geht.



V verkauft und übergibt dem K einen teuren Fernseher unter Eigentumsvorbehalt (§ 449 BGB). Das bedeutet, dass die zum Eigentumserwerb erforderliche dingliche Einigung (§ 929 S. 1 BGB) unter der aufschiebenden Bedingung (§ 158 Abs. 1 BGB) der vollständigen Zahlung des Kaufpreises steht; bis zu diesem Zeitpunkt soll V Eigentümer bleiben. K bringt den Fernseher wegen einer technischen Frage zurück in den Laden. Als K kurz weg ist, veräußert V den Fernseher an X, der über den Sachverhalt informiert ist. K überweist nun den Kaufpreis und verlangt den Fernseher zurück. Zu Recht?

K hat zwar durch den vereinbarten Eigentumsvorbehalt aufschiebend bedingtes Eigentum (in Form eines sog. Anwartschaftsrechts) an dem Fernseher erworben. Dennoch war V bis zur Zahlung der letzten Rate Eigentümer und konnte daher den Fernseher an X gem. § 929 S. 1 BGB (zunächst wirksam) übereignen. Als K den Kaufpreis zahlt, tritt die aufschiebende Bedingung der dinglichen Ein-

gung ein. Allerdings besteht keine Rückwirkung des Bedingungseintritts (§ 159 BGB). Von V kann K nun aber kein Eigentum mehr erwerben, da inzwischen X Eigentümer ist. Die Regelung des § 161 Abs. 1 S. 1 BGB bewirkt jedoch, dass die Eigentumsübertragung an X im Verhältnis zu K relativ unwirksam ist. Ihm gegenüber gilt also weiterhin V als Eigentümer, sodass der Bedingungseintritt wieder möglich ist. Weil X über den Sachverhalt informiert ist, ist er bösgläubig i.S.v. § 161 Abs. 3 BGB i.V.m. § 932 Abs. 2 BGB, sodass auch kein gutgläubiger Eigentumserwerb des X möglich ist. Daher kann K als Eigentümer den Fernseher von X als unberechtigtem Besitzer aus § 985 BGB herausverlangen, K gegenüber ist X gerade nicht zum Besitz berechtigt (§ 986 Abs. 1 BGB).

Diese für den bedingt Berechtigten wichtige Regelung wird aber durch § 161 Abs. 3 BGB eingeschränkt: Danach ist ein **gutgläubiger Eigentumserwerb** (§§ 932 ff. BGB) möglich, soweit der Dritte (im obigen Beispiel etwa X) nichts vom Verkauf unter Eigentumsvorbehalt wusste und sich ihm dieser auch nicht aufdrängen musste (grobe Fahrlässigkeit). Der Grund dafür ist offensichtlich: Wenn schon von einem Nichteigentümer gutgläubig Eigentum erworben werden kann, dann erst recht von einem Eigentümer, der bislang nur bedingt verfügt hat.

c. Welche Voraussetzungen hat § 162 BGB?

§ 162 BGB soll den bedingt Berechtigten vor Einwirkungen auf den Eintritt der Bedingungen zu seinem Nachteil schützen. Die Regelung differenziert anders als § 160 BGB nicht zwischen auflösenden Bedingungen und aufschiebenden Bedingungen, sondern danach, wem der Eintritt der Bedingung nützt:

- Bei Eintritt der Bedingung wird in der Regel jemand einen Nachteil erleiden. Diese Person darf den Eintritt (und damit ihren Nachteil) nicht *wider Treu und Glauben* verhindern (§ 162 Abs. 1 BGB). Maßgeblich ist wie bei § 157 BGB und § 242 BGB das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden. Sie wird unter anderem auch für die Zugangsvereitelung entsprechend herangezogen, die wir uns im nächsten Kapitel näher ansehen werden.

Beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt (§ 449 BGB) wird die dingliche Einigung (§ 929 S. 1 BGB) unter die aufschiebende Bedingung (§ 158 Abs. 1 BGB) vollständiger Kaufpreiszahlung gestellt. Wenn der Verkäufer seine Kontoverbindung wechselt und so die Ratenzahlungen nicht mehr bei ihm eingehen können, würde er den Eigentumserwerb dauerhaft verhindern und weiterhin Eigentümer der verkauften Sache bleiben. Wenn er dies vorsätzlich unternimmt, geht das Eigentum bereits vorher auf den Käufer über. Der Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises (§ 433 Abs. 2 BGB) besteht weiterhin, nicht jedoch dessen Sicherung durch den Eigentumsvorbehalt.



Allerdings gilt dies selbstverständlich nicht, wenn es sich um eine gesetzliche Wollensbedingung handelt (etwa beim Kauf auf Probe, § 454 BGB) - denn dort soll gerade der freie Wille der Partei maßgeblich sein.

- Umgekehrt hat natürlich derjenige, dem bei Eintritt der Bedingung ein **Vorteil** winkt, einen Anreiz, den Eintritt herbeizuführen. § 162 Abs. 2 BGB verbietet ihm jedoch, dies *wider Treu und Glauben* zu bewirken.



BGH, Urteil vom 16. September 2005 - V ZR 244/04

II. Was ist der Unterschied zwischen Bedingung und Befristung?

In der Klausur seltener anzutreffen ist die Befristung (§ 163 BGB). Die Parteien bzw. der Erklärende befristet ein Rechtsgeschäft, wenn dessen Rechtswirkungen

- erst zu einem **zukünftigen, gewissen Ereignis** (Anfangstermin) eintreten sollen (**aufschiebende Befristung**) oder
- mit einem **zukünftigen, gewissen Ereignis** (Endtermin) erlöschen sollen (**auflösende Befristung**).

Ob der Eintritt des in Aussicht genommenen Ereignisses gewiss oder ungewiss ist, kann im Einzelfall schwierig zu bestimmen sein. Maßgeblich ist insoweit die **subjektive Sicht der Parteien**, welche durch Auslegung ihrer Vereinbarung nach § 133 BGB, § 157 BGB zu ermitteln ist.

"Gewissheit" über den Eintritt des Ereignisses bedeutet nicht, dass auch ein konkreter Termin bestimmt sein muss. Vielmehr ist nur gemeint, dass das Ereignis in jedem Fall eintritt.



Ein zukünftiges, gewisses Ereignis ist der **Tod** - daher ist ein "auf Lebenszeit" abgeschlossenes Rechtsgeschäft auflösend **befristet** (nicht bedingt). Der nächste Geburtstag ist demgegenüber ungewiss - denn zu diesem Zeitpunkt könnte der Betreffende bereits verstorben sein. Wer also notariell (§ 518 BGB) ein Geburtstagsgeschenk verspricht, nimmt ein aufschiebend bedingtes und nicht etwa ein befristetes Rechtsgeschäft vor.

Gem. § 163 a.E. BGB finden die **Vorschriften über die Bedingung entsprechende Anwendung**, soweit sie ihrem Wesen nach auf die Befristung zutreffen. Ausdrücklich nicht erfasst sind ausschließlich § 159 BGB (Rückbeziehung) und § 162 BGB (Fiktion bei Manipulation der Bedingung). Beide Normen würden bei einem ohnehin gewissen Ereignis keinen Sinn stiften.

2. Kapitel: Welche Probleme stellen sich bei "Willenserklärungen"?

Liebe Leserin, lieber Leser,

kaum eine Klausur kommt ohne „Willenserklärungen“ aus - allerdings müssen Sie in späteren Semestern und erst recht im Examen nur etwas dazu schreiben, wenn diese problematisch sind. Dieses Kapitel behandelt daher, welche Voraussetzungen überhaupt für eine "Willenserklärung" erfüllt sein müssen - und in welchen Fällen keine wirksame Willenserklärung vorliegt.

A. Welche Bedeutung haben Willenserklärungen?

I. Wo muss ich Willenserklärungen diskutieren?

Willenserklärungen sind **notwendiger Bestandteil aller Rechtsgeschäfte** - seien es Verträge (§ 311 Abs. 1 BGB), einseitige Rechtsgeschäfte wie ein Testament (§ 2247 BGB) oder die Teilnahme an Beschlüssen eines Vereins (§ 32 Abs. 1 S. 3 BGB) oder einer Gesellschaft (§ 709 Abs. 2 BGB). Allgemein gilt:

Die Willenserklärung ist die private **Äußerung** eines auf einen Rechtserfolg gerichteten **Willens**.



In der Klausur ist das Vorliegen einer *Willenserklärung* zu erörtern, wenn es irgendeinen Anlass für Zweifel gibt - etwa weil eine Person meint, etwas anderes gewollt zu haben. Dann ist zweistufig zu prüfen:

1. Zunächst muss der "**äußere**" (**objektive**) **Tatbestand** einer Willenserklärung vorliegen (die "*Erklärung*"). Das heißt, ein hypothetischer, objektiver Dritter (§ 157 BGB) muss die Situation so verstehen, dass das Verhalten nach dem Willen des Handelnden eine bestimmte rechtliche Folge auslösen sollte (Manifestation eines Rechtsbindungswillens). Fehlt es am äußeren Tatbestand, liegt schon keine Erklärung und erst recht keine Willenserklärung vor.

2. Erforderlich ist darüber hinaus grundsätzlich, dass der vom Dritten angenommene Wille mit dem Willen des Erklärenden (§ 133 BGB) übereinstimmt. Es muss also der "**innere**" (**subjektive**) **Tatbestand** vorliegen (der "*Wille*"). Dieser wird traditionell in drei Abstufungen untergliedert:

a. Der **Handlungswille** besagt nur, dass ein menschlich gesteuertes Verhalten vorliegen muss und schließt damit Hypnose, Schlafwandeln und ähnliche unkontrollierbare Verhaltensweisen aus. Fehlt dieser, so ist keine Willenserklärung gegeben.

b. Der **Erklärungswille** unterscheidet rechtliche Handlungen von reinen Alltagsverhaltensweisen (Winken etc.). Wenn er fehlt, ist die Rechtsfolge umstritten.

c. Schließlich verlangt der **Geschäftswille (Rechtsfolgenwille)**, dass gerade die konkrete Rechtsfolge (und keine andere) beabsichtigt wurde. Hier führt das Fehlen nur zur Anfechtbarkeit nach § 119 BGB.



II. Was sind geschäftsähnliche Handlungen?

Keine Willenserklärungen sind **geschäftsähnliche Handlungen**. Bei diesen tritt die Rechtsfolge automatisch ein, selbst wenn der Erklärende nicht daran gedacht hat oder ihm dieses Ergebnis sogar egal bzw. nicht erwünscht war.



- Nach § 286 Abs. 1 S. 1 BGB befindet sich der Schuldner eines Anspruchs mit der "**Mahnung**" des Gläubigers in Verzug. Eine Mahnung ist die ernsthafte Aufforderung zur Leistung - sie muss gerade nicht auf eine bestimmte Rechtsfolge gerichtet sein. Es handelt sich daher um eine geschäftsähnliche Handlung, keine Willenserklärung. Ab der Mahnung besteht nicht nur eine Pflicht zum Ersatz von Verzugsschäden (§ 280 Abs. 2 BGB), sondern auch eine strengere Haftung (§ 287 BGB) und eine Pflicht zur Zahlung von Verzugszinsen (§ 288 BGB).
- Nach § 281 Abs. 1 S. 1 BGB ist eine "**Fristsetzung**" erforderlich ("Leiste bis zum ...", "Leiste innerhalb von ..."). Nach Ablauf der Frist kann Schadensersatz statt der Leistung (§ 280 Abs. 3 BGB) verlangt werden oder der Rücktritt erklärt werden (§ 323 Abs. 1 BGB). Auch hier treten diese Rechtsfolgen unabhängig vom Willen des Erklärenden ein.

Für geschäftsähnliche Handlungen **gelten grundsätzlich die Vorschriften über Willenserklärungen entsprechend**. Insofern müssen Sie auch hier die im Folgenden dargestellten Regeln der §§ 116 ff. BGB beachten.



Sie dürfen aus dem Vorstehenden nicht folgern, dass bei einer Willenserklärung stets die **Rechtsfolge benannt** sein muss! Wenn jemand einen Mietvertrag über eine Wohnung kündigt, muss er nicht sagen, dass der Mieter ausziehen muss (§ 546 BGB) - trotzdem handelt es sich bei der Kündigung um ein einseitiges Rechtsgeschäft, das eine Willenserklärung voraussetzt.

B. Welche Voraussetzungen hat eine Willenserklärung?

I. Was setzt der äußere (objektive) Tatbestand einer Willenserklärung voraus?

In der Klausur müssen Sie zunächst feststellen, ob überhaupt der äußere (objektive) Tatbestand einer Willenserklärung, also eine **Erklärung** vorliegt. In der Klausur sollten Sie den objektiven Tatbestand in der Regel kurz fassen - anders als beim inneren (subjektiven) Tatbestand werden hier keine hohen Anforderungen gestellt.



Der äußere Tatbestand einer Willenserklärung liegt vor, wenn das konkrete Verhalten aus **Sicht eines hypothetischen objektiven Betrachters** ("normativ" im Sinne von § 157 BGB) die Äußerung eines auf eine rechtliche Folge gerichteten Willens darstellt.

Der Empfänger muss zunächst aufgrund dessen, was er wahrnimmt annehmen dürfen, dass es sich um ein vom Erklärenden selbst willentlich beherrschtes Verhalten handelt.

Beispiel: Daran fehlt es, wenn der Erklärende evident schlafwandelt, unter Hypnose steht oder an epileptischen Anfällen leidet. Hier fehlt es regelmäßig bereits an einer rechtlich relevanten Handlung.



Weitergehend muss sich das Verhalten aus Sicht des Empfängers so darstellen, dass sich der Erklärende rechtlich (d.h. auch gerichtlich einklagbar) verpflichten will.

Beispiel: Daran fehlt es bei einer eindeutig nicht ernstgemeinten Erklärung ("Ich verkaufe Dir mein Haus für 1 Euro").



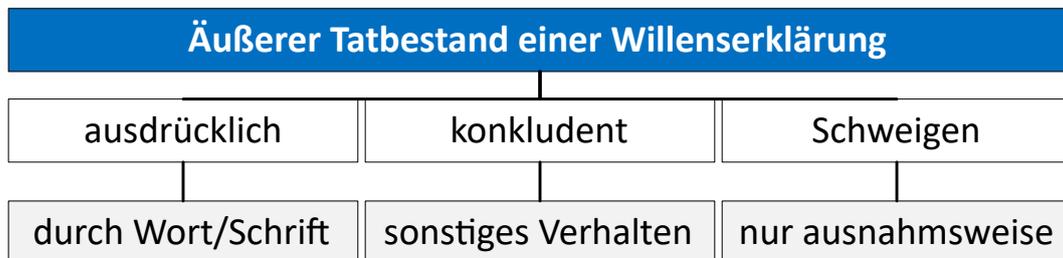
Schließlich müssen aus Sicht des Empfängers konkrete Rechtsfolgen gerade durch die Erklärung willentlich verursacht werden.

Beispiel: Daran fehlt es, wenn die Folgen nicht durch die Erklärung eintreten, sondern automatisch kraft Gesetzes, etwa Schadensersatz bei einer Körperverletzung (§ 823 Abs. 1 BGB).



1. Was sind konkludente Willenserklärungen?

Eine Erklärung kann in verschiedenen Abstufungen erfolgen:



- Bei der **ausdrücklichen Willenserklärung** kommt der Geschäftswille des Erklärenden unmittelbar und ausdrücklich in einer Aussage zum Ausdruck. Insoweit gelten aber die allgemeinen Auslegungsregeln (§ 133 BGB, § 157 BGB) - es müssen also insb. keine juristischen Fachausdrücke fallen.

Der Erklärende sagt oder schreibt: "Ich kaufe das Smartphone für 200 €.", "Ich kündige das Mietverhältnis über meine Wohnung." etc.



- Eine **konkludente Willenserklärung** liegt vor, wenn der Handelnde seinen Geschäftswillen eindeutig, aber nur mittelbar durch ein tatsächliches Verhalten zum Ausdruck bringt. Sobald eine gesprochene, getippte oder geschriebene Erklärung vorliegt, geht es nicht um ein konkludentes Verhalten, sondern um die schlichte Auslegung.



A tritt von ihrer Verlobung durch Rückgabe des Verlobungsringes zurück; Verkäufer V schickt an Käufer K ohne vorherige Bestätigungserklärung die bestellte Ware; X wirft eine Münze in den Colaautomat ein.

- Nur in seltenen Ausnahmefällen kann schlichtes **Nichtstun** einen Erklärungsgehalt haben. Dazu erfahren Sie mehr auf den folgenden Seiten.

2. Wann genügt Schweigen als Willenserklärung?

Das Unterlassen einer Äußerung stellt grundsätzlich kein Verhalten dar, welches als **konkludente Willenserklärung** ausgelegt werden könnte. Es bedeutet also weder eine Zustimmung ("Ja") noch eine Ablehnung ("Nein"). Etwas anderes gilt nur, soweit eine konkrete Handlungspflicht bestand.

- Die Handlungspflicht kann natürlich im Rahmen der Vertragsautonomie **vereinbart** werden. Wer sich vorher zum Tätigwerden verpflichtet, ist selbst verantwortlich, wenn er eine erforderliche Handlung unterlässt.
- In Bezug auf **Genehmigungserfordernisse** geht das Gesetz an vielen Stellen (insbesondere in § 108 Abs. 2 S. 2 BGB für die Genehmigung der Eltern bezüglich Geschäften eines Minderjährigen oder in § 177 Abs. 2 S. 2 BGB für die Genehmigung eines Geschäftes eines Vertreters ohne Vertretungsmacht, ähnlich § 415 Abs. 2 S. 2 BGB für die Schuldübernahme) vor, dass die **Nichtäußerung bis zum Ablauf einer festen Frist als Ablehnung gilt**.
- Umgekehrt wird nach § 516 Abs. 2 BGB das **Schweigen auf ein Schenkungsversprechen** als dessen Annahme ausgelegt. Dahinter steht die Vermutung, dass diese vorteilhaften Geschäfte im Zweifel vom Begünstigten gewollt sind, auch wenn er nichts sagt.
- Einen anderen Ansatz hat wiederum § 362 Abs. 1 HGB, wonach das **Schweigen eines Kaufmanns auf einen Antrag** innerhalb einer bestehenden Geschäftsbeziehung als Zustimmung gilt. Nach § 362 Abs. 1 S. 2 HGB soll das gleiche gelten, wenn er sich gegenüber dem konkreten Antragenden öffentlich zur Bersorgung von Geschäften bereiterklärt hat (also eine *invitatio ad offerendum* abgegeben hat). Dies gilt aber nur für Geschäftsbesorgungen und damit insbesondere nicht für Kaufverträge.
- Eine Äußerungspflicht wird schließlich im Einzelfall aus "**Treu und Glauben**" (§ 242 BGB) angenommen. Dies ist etwa der Fall, wenn eine Annahme leicht verspätet eingeht und deshalb als neuer Antrag gilt (§ 150 Abs. 1 BGB) - hier muss der Empfänger der Annahme reagieren oder sich so behandeln lassen, als sei die Annahme rechtzeitig eingegangen (siehe Kapitel 1).
- Ein Irrtum über die Bedeutung des Schweigens ist weder ein Erklärungs- noch ein Inhaltsirrtum und berechtigt daher nicht zur Anfechtung. Umstritten ist aber, was bei Irrtümern über den Inhalt des Geschäfts gilt. Damit werden wir uns näher in Kapitel 4 befassen.
- Von besonderer Klausurrelevanz (vor allem in höheren Semestern) ist schließlich das so genannte "**kaufmännische Bestätigungsschreiben**", das wir uns gleich näher ansehen.

3. Was gilt im Falle des Schweigens auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben?

Im kaufmännischen Rechtsverkehr wird auch in Vertragsparteien eine **schnelle Reaktion** erwartet. Daraus hat sich als gesetzlich nicht geregelter, aber in Rechtsprechung und Literatur unstrittig anerkannter **Handelsbrauch** (§ 346 HGB) die Regel entwickelt, dass bei einem "kaufmännischen Bestätigungsschreiben" ein sofortiger Widerspruch erforderlich ist, wenn nicht der in dem Schreiben niedergelegte Vertragsinhalt rechtsverbindlich werden soll.

Das gilt nur, wenn die **Voraussetzungen des kaufmännischen Bestätigungsschreibens** vorliegen:

1. Beide Parteien, also der Absender und der Empfänger des kaufmännischen Bestätigungsschreibens müssen **Kaufleute** (§§ 1 ff. HGB) **oder** zumindest Unternehmer (§ 14 BGB) sein,
2. Vor der Absendung des Bestätigungsschreibens muss es zwischen Absender und Empfänger zumindest **Vertragsverhandlungen** gegeben haben.
3. Im Bestätigungsschreiben wird auf die vorhergehenden Verhandlungen Bezug genommen und nach bestem Wissen des Erklärenden deren **wesentlicher Inhalt wiedergegeben**.
4. Das Bestätigungsschreiben wurde **alsbald nach dem Vertragsabschluss** oder den Verhandlungen abgesandt und ist dem Empfänger zugegangen (§ 130 Abs. 1 S. 1 BGB).



Wenn der Empfänger des Bestätigungsbeschreibens dem Absender gegenüber **nicht unverzüglich widerspricht**, gilt sein Schweigen als Zustimmung. Das hat zur Folge, dass

1. ein Vertrag auch dann als zustandegekommen gilt, wenn Antrag und Annahme nicht vorlagen bzw. nicht übereinstimmten,
2. der bestätigte Vertragsinhalt für beide Parteien verbindlich ist, selbst wenn aus Sicht des Empfängers etwas anderes vereinbart wurde.
3. Eine **Anfechtung wegen eines Irrtums über die Bedeutung des Schweigens** scheidet als bloßer Rechtsfolgenirrtum aus. Umstritten ist allerdings, was im Hinblick auf Irrtümer über den Inhalt des Vertrages bzw. Eigenschaften von Gegenständen und Personen gilt; dazu näher im folgenden Kapitel (Folgen von Willensmängeln).

II. Was setzt der innere Tatbestand einer Willenserklärung voraus?

In der Klausur liegt der Schwerpunkt oft darin, dass die nach außen erkennbare Erklärung im Sinne von § 157 BGB (äußerer Tatbestand) vom **wahren Willen** des Erklärenden im Sinne von § 133 BGB (innerer Tatbestand) abweicht. Um Ihre Darstellung besser zu ordnen, sollten Sie den inneren (subjektiven) Tatbestand entsprechend der allgemeinen Ansicht in **drei Stufen** aufteilen:



1. **Handlungswille** - Unter dem Handlungswillen versteht man das Bewusstsein zu Handeln. Gemeint ist der bewusste Willensakt, der auf die Vornahme eines äußeren Verhaltens gerichtet ist.



Bewusstes Handeln liegt bei Sprechen, Nicken, Winken etc. vor - nicht hingegen bei Zucken im Schlaf.

2. **Erklärungswille** - Der Erklärungswille ist das Bewusstsein des Handelnden, dass seine Handlung irgendeine rechtlich erhebliche Erklärung darstellt (daher auch: Erklärungsbewusstsein). Im Rahmen eines (vermeintlichen) Antrags auf Vertragsschluss bezeichnet man den Erklärungswillen auch als "**Rechtsbindungswille**" (siehe Kapitel 2).



Wille zum rechtlich erheblichen Handeln liegt etwa vor beim Einwurf einer Münze in einen Automaten oder bei Bestellung in einem Restaurant; nicht hingegen beim Unterschreiben einer Grußkarte oder beim Winken zur Begrüßung.

3. **Geschäftswille**: Als Geschäftswillen bezeichnet man den Willen, mit der Erklärung eine bestimmte Rechtsfolge herbeizuführen. Im Gegensatz zum Erklärungswillen geht es hier darum, eine ganz **konkrete Rechtsfolge** herbeizuführen.



Wenn statt von Kauf versehentlich von Miete oder statt von 1.000 € von 100 € gesprochen wird, fehlt der Geschäftswille - der Erklärungswille liegt hingegen vor, da ein Vertrag (wenn auch ein anderer) geschlossen werden sollte.



Die Voraussetzungen **bauen aufeinander auf**: Liegt der Geschäftswille vor, liegen zwingend auch Erklärungsbewusstsein und Handlungswille vor.

1. Was gilt bei fehlendem Handlungswillen?

Aus § 105 Abs. 2 BGB ergibt sich, dass ein Handlungswille - der Wille überhaupt etwas zu tun oder bewusst zu unterlassen - **Mindestvoraussetzung einer jeden Willenserklärung** ist. Fehlt ein derartiger Wille, so kann eine Willenserklärung grundsätzlich nicht angenommen werden.



A hypnotisiert B. **Im Zustand der Hypnose** lässt A den B einen Vertrag unterschreiben. Hier handelt B ohne Handlungswille - eine Willenserklärung liegt nicht vor.

Abgrenzungsfall: A zwingt B mit geladener Waffe, einen Vertrag zu unterschreiben. Hier handelt B bewusst, wenn auch unter Zwang - eine Willenserklärung liegt daher vor, sie ist nur anfechtbar nach § 142 Abs. 1 BGB iVm § 123 Abs. 1, Var. 2 BGB.



Kein Handlungswille = keine Willenserklärung, da der Handlungswille als Mindestvoraussetzung einer Willenserklärung konstitutive Bedeutung hat.



Problematisch ist, ob das Verhalten desjenigen, der tatsächlich überhaupt nichts tut und sich dabei auch keinerlei Vorstellungen über die rechtlichen Folgen macht, eine Willenserklärung darstellen kann. Schauen Sie sich hierzu aufmerksam den nachfolgenden Fall an.

Selbstkontrollaufgabe: N und Fachbuchhändler F vereinbaren, dass F dem N monatlich die aktuellste Literatur zum Kapitalmarktrecht zusendet. N soll die Werke, die er nicht kaufen will, innerhalb von zwei Wochen zurücksenden. Eines Tages stellt die Haushälterin H irrtümlich ein noch zur Ansicht bestimmtes Buch (Preisetikett 60 €) zu den privaten Büchern des N in das Regal. Dies geschah, weil X, ein Freund des N, das Buch, als er N besuchte, anschaute und auf einen Stapel von privaten Büchern des N legte. N dachte nicht mehr an das Buch, das er zurücksenden wollte und erhielt drei Woche später die Rechnung. Kann F Zahlung von N verlangen?



F könnte einen Zahlungsanspruch i.H.v. 60 € nach § 433 Abs. 2 BGB gegen N haben.

Dann müsste ein Kaufvertrag zustande gekommen sein. Ein Antrag liegt in der Zusendung des F an N. Fraglich ist, ob auch eine Annahme des N vorliegt. Ausdrücklich hat N eine solche nicht erklärt, sodass eine konkludente Annahme in Betracht kommt. Ausnahmsweise kann Schweigen aber nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung des objektiven Empfängerhorizontes (§ 133 BGB, § 157 BGB) als Abgabe einer Erklärung gedeutet werden. Dies ist insbesondere - wie hier - im Falle des „beredeten Schweigens“ durch Parteivereinbarung möglich. F durfte somit von einer Erklärung des N ausgehen. Der **äußere Tatbestand** der Willenserklärung ist gegeben.

N müsste auch den **inneren Tatbestand** der Willenserklärung erfüllt haben. **Fraglich ist bereits ob ein Handlungswille vorlag.** N hat durch das Wegräumen keine Kenntnis mehr von dem Buch gehabt, sodass er sich nicht bewusst war, dass er

durch das Schweigen eine objektive Erklärungshandlung vornahm. Es liegt ein **unbewusstes Unterlassen** vor.

Umstritten ist, ob im Falle des unbewussten Nichtstuns auf einen Handlungswillen geschlossen werden kann.

?Nach der Definition des Handlungswillens der **herrschenden Meinung** – Handlungswille, ist der Wille, überhaupt etwas zu tun oder bewusst zu Unterlassen - läge damit **keine Willenserklärung** vor, sodass kein Kaufvertrag geschlossen wurde. **Argument:**

- Gefährdung des privatautonomen Selbstbestimmungsrechts, wenn unbewusstes Verhalten zugerechnet würde.

Teilweise wird jedoch vertreten, dass auch das **unbewusste Nichtstun dem Schweigenden** vor dem Hintergrund des Gebotes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) **objektiv zuzurechnen** sei, wenn das Schweigen vereinbart war. Danach wäre ein Kaufvertrag geschlossen worden. **Argumente:**

- Keine Gefährdung der Privatautonomie, da Anfechtung gem. § 119 Abs. 1 BGB wegen Erklärungsirrtums möglich.
- Der Fehler, aufgrund dessen auf eine Willenserklärung geschlossen werden konnte, liegt im „Herrschaftsbereich“ des unbewusst Erklärenden.

⚠ *Diese Problematik ähnelt der des fehlenden Erklärungsbewusstseins. Auch in diesem Fall fehlt das Erklärungsbewusstsein. Seien Sie ein aufmerksamer Bearbeiter und stürzen sich nicht direkt auf die bekanntere Problematik!*



[VI ZR 294/85](#)

2. Was gilt bei fehlendem Erklärungswillen?

Das BGB regelt die Konstellation, dass sich jemand gar nicht rechtserheblich äußern wollte, **nur unvollständig** in § 116 BGB, § 117 BGB und § 118 BGB, die wir im nächsten Kapitel näher untersuchen werden. Alle drei Regelungen betreffen Fälle, in denen der Erklärende **bewusst den Anschein einer bestimmten rechtserheblichen Erklärung erweckt**:

- In § 116 S. 1 BGB geht es um den Fall, dass jemand eine bestimmte rechtserhebliche Erklärung vorspiegelt, insgeheim aber etwas anderes (vielleicht sogar gar keine Rechtsfolge) bezweckt. Dann wird er zum Schutz des Empfängers seiner Erklärung so behandelt, als habe er rechtserheblich gehandelt, d.h. eine Willenserklärung abgegeben.
- § 117 Abs. 1 BGB regelt den Fall, dass sowohl der Erklärende als auch **alle anderen an einem Rechtsgeschäft beteiligten Personen dieses gar nicht rechtsverbindlich wollen**. Das Gesetz ordnet hier die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts an, weil dies dem Willen aller Beteiligten entspricht - ihnen soll also nichts Ungewolltes aufgedrängt werden.
- Schließlich betrifft § 118 BGB den Fall, dass jemand sich nicht bzw. zumindest nicht so, wie er es ausdrücklich erklärt, binden will, wie in § 116 S. 1 BGB um die Mehrdeutigkeit seiner Erklärung weiß, aber anders als in § 116 S. 1 BGB **davon ausgeht, auch der Andere würde dies erkennen** (sodass aus seiner Sicht allenfalls § 117 BGB in Betracht kommt). Auch hier ordnet das Gesetz wie in § 117 BGB (aber anders als in § 116 S. 1 BGB) die Unwirksamkeit der Erklärung an - das Vertrauen auf die Bösgläubigkeit des Empfängers wird also geschützt.

Wenn eine der obigen Regelungen eingreift (also der Erklärende weiß, dass er den Anschein einer Willenserklärung gesetzt hat), gibt es **keinen Meinungsstreit!** Erst wenn Sie festgestellt haben, dass der Erklärende nicht wusste, dass sein Verhalten als Willenserklärung ausgelegt werden kann, stellt sich das auf den folgenden Seiten dargestellte Problem.



[IX ZR 66/83](#)



Das BGB regelt den Fall, dass jemand - ohne es zu wissen - den Anschein einer Willenserklärung setzt, nicht.

Auf der alljährlichen Weinversteigerung in Trier bedeutet das Handheben die Abgabe eines Gebots. Trottel T, dem dies nicht bekannt ist, hebt die Hand, um seinem Freund F zu winken. Auktionator A erteilt daraufhin T den Zuschlag.



Die Behandlung des fehlenden Erklärungsbewusstseins ist umstritten:

Einer Ansicht nach ist das Erklärungsbewusstsein für eine Willenserklärung ein **zwingendes Erfordernis**. Fehlt dies, so will der Erklärende keine Willenserklärung abgeben - es liegt dann keine Willenserklärung vor.



Argumente:

- Würde eine Willenserklärung ohne Erklärungsbewusstsein als solche bewertet, so verletze dies die Privatautonomie, da der Erklärende gar nicht rechtsgeschäftlich tätig werden wollte.
- § 118 BGB ordnet für den einzigen gesetzlich geregelten Fall fehlenden Erklärungsbewusstseins die Nichtigkeit an. Hiernach liegt sogar bei demjenigen, der bewusst den Anschein einer Willenserklärung setzt, ohne Erklä-

rungsbewusstsein zu haben, eine von vornherein unwirksame Erklärung vor ("erst-recht-Schluss").

Nach der **überwiegenden Auffassung** ist eine Willenserklärung trotz fehlenden Erklärungsbewusstseins auch dann gegeben, wenn der Erklärende bei Einhaltung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt davon ausgehen musste, dass seine Erklärung als Willenserklärung aufgefasst wird ("Erklärungsfahrlässigkeit").

Argumente:

- Die Privatautonomie sei nicht beeinträchtigt, da der Erklärende die Wahl zwischen Erfüllung (§ 362 BGB) und Anfechtung des Vertrags (§ 119 Abs. 1 BGB) habe.
- Die Situation des § 118 BGB sei mit der vorliegenden nicht vergleichbar, denn dort hat der Erklärende die Erklärung bewusst nicht gewollt. Der Erst-Recht-Schluss sei daher verfehlt.
- Das Recht der Willenserklärungen dient dem Verkehrsschutz, sodass der Empfänger schutzbedürftig ist. So müsse das in § 119 Abs. 1 BGB enthaltene Prinzip der Verantwortung für die zurechenbare Bedeutung des Erklärten auch hier gelten.

3. Was gilt, wenn der Geschäftswille fehlt?

Wie Sie sich bereits erarbeitet haben, ist der Geschäftswille der Wille, eine konkrete Rechtsfolge bzw. ein konkretes Geschäft herbeizuführen.

Für den Fall, dass ein Geschäftswille nicht ersichtlich ist, gilt, dass die abgegebene (Willens-)Erklärung dennoch zunächst wirksam ist. Das ergibt sich aus der Existenz der Anfechtungsregeln der §§ 119 ff. BGB die für Fälle dieser Art konzipiert sind. Läge keine Willenserklärung vor, so würden Anfechtungsregeln keinen Nutzen haben. Daraus ergibt sich:



Das Fehlen des Geschäftswillens ist für die Wirksamkeit einer Willenserklärung unbeachtlich!



V möchte sein gut erhaltenes hochwertiges Rennrad verkaufen. Im an den Interessenten K verschickten Antrag verschreibt er sich, sodass der Preis mit 270 € anstatt der beabsichtigten 720 € beziffert ist. Was gilt?

V hat sich verschrieben. Hinsichtlich des Erklärten (Verkauf zum Preis von 720 €) fehlte ihm der Geschäftswille, da er dies nicht wollte. Er muss die abgegebene Willenserklärung zunächst gegen sich gelten lassen, kann diese jedoch nach § 119 Abs. 1 2. Var. BGB anfechten. Damit würde die Erklärung rückwirkend nichtig (§ 142 Abs. 1 BGB). Allerdings ist V dann gegebenenfalls zum Ersatz des Vertrauensschadens nach § 122 BGB verpflichtet.

Hinweis: *Genauerer zur Anfechtung erfahren Sie im nächsten Kapitel!*

[II ZR 73/92](#)



C. Wie wird eine Willenserklärung wirksam?

I. Was sind (nicht) empfangsbedürftige Willenserklärungen?

Allein das Vorliegen des äußeren und inneren Tatbestands einer Willenserklärung genügt nicht, damit diese wirksam wird. Das Gesetz regelt in § 130 Abs. 1 S. 1 BGB ausdrücklich das Wirksamwerden empfangsbedürftiger Willenserklärungen durch Zugang. Daraus folgt im Umkehrschluss, dass es auch nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen gibt, die auch ohne diesen Zugang wirksam werden:

- **Empfangsbedürftige** Willenserklärungen werden mit **Abgabe und Zugang** der Erklärung wirksam.
- **Nicht empfangsbedürftige** Willenserklärungen werden **allein** durch die **Abgabe** wirksam.



Gem. § 130 Abs. 1 S. 1 BGB ist eine Willenserklärung **empfangsbedürftig**, wenn sie zu ihrer Wirksamkeit *einem anderen gegenüber abzugeben ist*.

Empfangsbedürftig sind der Antrag auf Abschluss eines Vertrages (§ 145 BGB), die Anfechtungserklärung (§ 143 Abs. 1 BGB) oder die Kündigungserklärung im Hinblick auf ein Mietverhältnis (§ 542 Abs. 1 BGB). Die Annahme eines Antrags auf Vertragsschluss (§§ 147 ff. BGB) ist grundsätzlich empfangsbedürftig, eine Ausnahme sieht § 151 S. 1 BGB vor (dazu später).



Eine **nicht empfangsbedürftige** Willenserklärung liegt vor, wenn sich aus dem Regelungszusammenhang oder einer ausdrücklichen Vorschrift ergibt, dass ihre Wirksamkeit nicht vom Zugang abhängt. **Die Empfangsbedürftigkeit ist der Regelfall.**

Nicht empfangsbedürftig sind etwa die Erklärung, durch welche das Eigentum an einer beweglichen Sache aufgegeben wird (Dereliktion, § 959 BGB), die Erklärung, durch welche ein Testament errichtet wird (§ 2247 BGB) oder die Auslobung (§ 657 BGB).



II. Was bedeutet die "Abgabe" einer Willenserklärung?

§ 130 Abs. 1 S. 1 BGB verlangt eine *Willenserklärung, die ... abzugeben ist*. Diese Abgabe ist nicht nur für empfangsbedürftige Willenserklärungen, sondern auch für nicht empfangsbedürftige Erklärungen unverzichtbar. Das Gesetz selbst definiert aber leider nicht, wann eine Wil-

Willenserklärung abgegeben ist. Eingebürgert hat sich für empfangsbedürftige Willenserklärungen folgende Definition:



Eine Willenserklärung wurde abgegeben, wenn der Erklärende seinerseits alles Erforderliche getan hat, damit sie wirksam werden kann. D.h. der Erklärende muss die Erklärung bei einer empfangsbedürftigen Willenserklärung willentlich in Richtung des Empfängers in den Verkehr gebracht haben, sodass unter normalen Umständen mit dem Zugang gerechnet werden kann (= „**endgültige willentliche Entäußerung**“).

Wann genau eine Abgabe vorliegt richtet sich danach, ob die Erklärung einem Anwesenden oder einem Abwesenden gegenüber erfolgt:

- **Abgabe gegenüber Anwesenden:** Eine **mündliche** Willenserklärung (z.B. persönliche Anwesenheit oder Telefongespräch, vgl. § 147 Abs. 1 S. 2 BGB) ist dann abgegeben, wenn sie so geäußert wird, dass ein objektiver Dritter in der Rolle des Empfängers diese akustisch verstehen kann. Eine **schriftliche** Willenserklärung ist dem anwesenden Empfänger gegenüber abgegeben, wenn sie ihm zur Entgegennahme überreicht wird.



Chef C zitiert Arbeitnehmer A in sein Büro und übergibt diesem kommentarlos das Kündigungsschreiben.

- **Abgabe gegenüber Abwesenden:** Eine **mündliche** Willenserklärung kann gegenüber einem Abwesenden abgegeben werden, wenn hierzu ein Erklärungsbote eingeschaltet wird. Regelmäßig ist die Abgabe dann gegeben, wenn der Bote losgeschickt („auf den Weg gebracht“) wird. Eine **schriftliche** Erklärung gegenüber Abwesenden ist abgegeben, wenn der Erklärende alles getan hat, damit das Schriftstück zum Empfänger gelangt oder ihm das Inverkehrbringen zugerechnet werden kann.



1. Anwältin A beauftragt ihren Sekretär S, eine in einem Brief schriftlich fixierte Willenserklärung zur Post zu bringen. 2. Bauingenieur B wirft eine mittels Brief schriftlich fixierte Willenserklärung in einen Briefkasten der Deutschen Post.

1. Welche Besonderheit gilt für nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen?

Wie Sie soeben erfahren haben, ist eine Willenserklärung grundsätzlich abgegeben, wenn der Erklärende alles seinerseits Erforderliche getan hat, damit sie wirksam werden kann. Jedoch ist der Zugang beim Empfänger nach § 130 Abs. 1 S. 1 BGB nur bei der empfangsbedürftigen Willenserklärung erforderlich.

Im Falle der nicht-empfangsbedürftigen Willenserklärung ist eine **Abgabe** daher bereits **erfolgt**, wenn der Erklärende **seinen Willen erkennbar endgültig** und damit vollständig **geäußert** hat, ohne diese auf den Weg zu einer bestimmten Person bringen zu müssen.



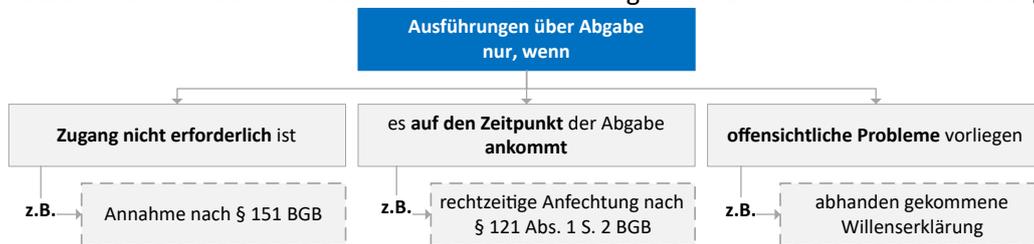
Ein Testament (§ 2247 BGB) wurde abgegeben, wenn der Erklärende ("Erblasser") es eigenhändig geschrieben und unterschrieben hat.

In Abgrenzung zum Fall der empfangsbedürftigen und der "abhanden gekommenen" Willenserklärung, den Sie auf den Folgeseiten kennenlernen werden, **muss** die nicht empfangsbedürftige Willenserklärung damit **nicht auf irgendeinen Weg gebracht werden**, um wirksam zu werden.

Wichtig ist weiterhin im Unterschied zur Abgabe einer empfangsbedürftigen Willenserklärung, dass nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen gerade nicht an eine andere Person gerichtet sind, sodass es bei der **Auslegung** einer solchen Erklärung **nicht auf das Verständnis eines potentiellen objektiven Empfängers** ankommt. Daraus ergibt sich, dass die Auslegung primär nach dem Maßstab des § 133 BGB erfolgt und § 157 BGB insoweit unbeachtlich bleibt.

2. Wann ist die Abgabe in der Klausur relevant?

Sie sollten nur etwas zur Abgabe schreiben, wenn der Zugang nicht erforderlich ist (insbesondere bei der Annahme nach § 151 S. 1 BGB), es also gerade auf den Zeitpunkt der Abgabe ankommt (etwa für die rechtzeitige Anfechtung nach § 121 Abs. 1 S. 2 BGB oder des Widerrufs nach § 355 Abs. 1 S. 5 BGB) oder wenn es dort ein offensichtliches Problem gibt, insbesondere bei der **abhanden gekommenen Willenserklärung**.



Wenn Sie ein Problem bei der Abgabe erkennen, prüfen Sie zunächst, ob **überhaupt eine Willenserklärung vorliegt** - ohne Willenserklärung gibt es auch nichts, was rechtlich relevant abgegeben werden könnte.

Bei **Verträgen** müssen Sie Abgabe und Zugang jeweils separat für Antrag und Annahme untersuchen. Im Normalfall müssen Sie aber nicht zu jedem dieser Punkte etwas schreiben: Sie müssen vielmehr genau hinschauen, ob es bei der Abgabe des Antrags oder der Abgabe der Annahme ein diskussionswürdiges Problem gibt. **Nur dann sollten Sie hierzu etwas schreiben.**

3. Was ist eine abhandengekommene Willenserklärung?

a. Wann liegt eine abhandengekommene Willenserklärung vor?

Es kann vorkommen, dass eine Erklärung **bereits fixiert** ist, aber noch nicht in den Rechtsverkehr gelangen soll.

- **Fall 1:** A kreuzt auf einem Bestellformular für einen Versandhändler Gegenstände an und trägt seine Adresse ein. Das Formular lässt er auf seinem Schreibtisch liegen, weil er im Fernsehen seine Lieblingsserie sehen will.
- **Fall 2:** A verfasst in seinem Emailprogramm eine Email an B, in welcher er diesem einen Antrag auf Abschluss eines Vertrages unterbreitet (§ 145 BGB). Daraufhin geht er zum Mittagessen, ohne die Email vorher abzuschicken.



Bei solchen Vorratserklärungen ist es bereits fraglich, ob der Verfasser mit **Erklärungswillen gehandelt** hat und damit überhaupt eine Willenserklärung vorliegt.



- So mag A sich in **Fall 1** vorbehalten haben, weitere Artikel zu ergänzen oder Artikel aus seiner Bestellung zu streichen. Rechtsgeschäftlich handeln will er nicht bereits beim Ankreuzen, sondern erst beim Absenden. Füllt er 10 Formulare aus, von denen er 9 zerreißt und in einen Mülleimer wirft, scheint es seltsam, 10 Willenserklärungen (von denen 9 nicht wirksam geworden sind) anzunehmen.
- In **Fall 2** kann A es sich noch anders überlegen und den Entwurf löschen oder ganz andere Vertragsbedingungen eintragen. Solange er Änderungen vornimmt ist fraglich, ob er schon ein Rechtsgeschäft abschließen will. Das dürfte erst bei einer fertigen Fassung (d.h. beim Absenden) der Fall sein.

Wenn Sie den Erklärungswillen bejahen, gelangen Sie zu der Folgefrage, was gelten soll, wenn die Erklärung **ohne den Willen des Erklärenden in den Rechtsverkehr und dort zum intendierten Empfänger gelangt**.



- Bei **Fall 1** kann etwa die Ehefrau, die Putzfrau oder ein Kind den Bestellzettel sehen und ihn in den Briefkasten werfen.
- In **Fall 2** mag jemand auf "Absenden" drücken und so die Erklärung an B übermitteln.

Hier liegt für erfahrene Juristen eine Parallele zum Begriff des "Abhandenkommens" aus dem Sachenrecht (§ 935 BGB), der auf den Verlust des Besitzes an einer Sache ohne den Willen des bisherigen unmittelbaren Besitzers abstellt. Man spricht daher von einer **abhandengekommenen Willenserklärung**.



[IV ZR 145/05](#)

b. Welche Rechtsfolgen hat eine abhandengekommene Willenserklärung?

Wenn Sie bei einer abhandengekommenen Willenserklärung den Erklärungswillen bejahen, stellt sich die Frage, welche Auswirkungen der Zugang beim Adressaten hat. In Betracht kommen das **Wirksamwerden der Erklärung** im Sinne von § 130 Abs. 1 S. 1 BGB oder - weil ansonsten gerade keine wirksame Willenserklärung vorliegt - bloße **Schadensersatzansprüche** nach §§ 280 Abs. 1 BGB, § 311 Abs. 2 BGB oder analog § 122 Abs. 1 BGB.



Teilweise wird eine wirksame Willenserklärung verneint, da die Erklärung **nicht abgegeben** wurde.

- Anders als beim fehlenden Erklärungswillen läge hier **überhaupt kein willentliches Verhalten** des Erklärenden im Rechtsverkehr vor. Wegen des Schutzes der Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1 GG) dürfe man aber keine Willenserklärung durch bloßen Rechtsschein ersetzen.
- Ein Anspruch auf Ersatz des durch das Vertrauen auf die Wirksamkeit der Erklärung entstandenen Schadens (negatives Interesse) genügt, um die **Interessen des Empfängers** zu wahren (siehe folgende Seite).

Überwiegend wird hingegen der Erklärende so behandelt, als hätte er die Erklärung abgegeben (Fiktion), soweit ihn diesbezüglich Fahrlässigkeit (§ 276 Abs. 2 BGB) trifft. Insoweit wird ein Gleichlauf mit dem Fall fehlenden Erklärungswillens (Trierer Weinversteigerungsfall) erreicht. Das bedeutet: Seine Erklärung wird mit Zugang (ohne vorherigen Widerruf, § 130 Abs. 1 S. 2 BGB) wirksam, wenn er bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erkennen musste, dass die Erklärung in Richtung des Empfängers auf den Weg gebracht wird und er dies hätte verhindern können.

- Bereits bei fehlendem Erklärungsbewusstsein, bei Duldungs- und bei Anscheinsvollmacht wird eine Willenserklärung durch bloßen Rechtsschein ersetzt. **Warum soll dies bei abhandengekommenen Willenserklärungen anders sein?**
- Der Erklärende kann **"erst recht" nach § 142 Abs. 1 BGB iVm § 119 Abs. 1, 1. Var. BGB anfechten**, da er keine Erklärung mit diesem Inhalt abgeben wollte (nämlich sogar gar keine Willenserklärung!).

Sie können beide Ansichten in der Klausur in gleicher Weise vertreten - **es gibt keine "richtige" Lösung**. Ist die Klausur jedoch darauf ausgelegt, dass durch die fragliche Willenserklärung beispielsweise ein Vertrag zustande kommt, sollten Sie sich klausurtaktisch entscheiden und eine Abgabe der Willenserklärung befürworten. Sonst kann es sein, dass Sie sich wichtige Folgeprobleme abschneiden. Umgekehrt verlieren Sie dadurch aber die Möglichkeit zur Diskussion von Schadensersatzansprüchen (folgende Seite). Derartige Probleme können dann hilfs-gutachterlich behandelt werden, wenn sie im konkreten Sachverhalt wirklich aufgeworfen wurden - achten Sie insoweit genau auf die Aufgabenstellung!



c. Wie wird der Empfänger einer abhandengekommenen Erklärung geschützt?

Wenn Sie der Ansicht folgen, dass eine abhandengekommene Willenserklärung trotz des entsprechenden Rechtsscheins nicht als abgegeben gilt, stellt sich die Folgefrage, ob zumindest ein Anspruch auf Schadensersatz besteht.

Dieser Streit darf nur diskutiert werden, wenn Sie davon ausgehen, dass eine abhandengekommene Willenserklärung mangels Abgabe auch nie zugehen kann und damit auch nicht nach § 130 Abs. 1 S. 1 BGB wirksam wird. Folgen Sie der Gegenauffassung, scheidet Schadensersatzansprüche aus, da die Erklärung wirksam ist (vgl. Sie noch einmal die vorherige Seite).



Der Empfänger kann einer Erklärung nicht ansehen, dass diese nur durch einen Dritten ohne den Willen des vermeintlich Erklärenden in Verkehr gebracht wurde. Daher ist er grundsätzlich schutzwürdig. **Fraglich ist, auf welche Art und Weise er geschützt wird:**



Nach **einer Ansicht** ist er durch eine verschuldensunabhängige Haftung des scheinbar Erklärenden auf das negative Interesse analog § 122 Abs. 1 BGB zu schützen.

Argument: Die Lage des Erklärungsempfängers ist der Situation vergleichbar, dass eine wirksame Erklärung zwar abgegeben, aber wirksam angefochten wurde. In beiden Fällen sieht sich der Erklärungsempfänger einer Erklärung gegenüber, die ohne sein Zutun unwirksam ist.

Die **Gegenauffassung** empfindet eine verschuldensunabhängige Haftung, wie sie § 122 Abs. 1 BGB vorsieht, als zu streng. Nur bei Vertretenmüssen des Erklärenden (§ 276 Abs. 1 BGB) käme ein Anspruch des Empfängers aus culpa in contrahendo (§ 280 Abs. 1 BGB, § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB), also einem vorvertraglichem Schuldverhältnis, in Betracht.

In den meisten Fällen führt dies zum selben Ergebnis, denn das Vertretenmüssen liegt gerade in der Verursachung des Rechtsscheins (der andere darf in dem Fall auf eine wirksame Willenserklärung vertrauen und dadurch wird der Rechtsschein zur wirklichen Rechtslage).

Zudem kommen Ansprüche gegen einen Boten ohne Botenmacht bzw. einen Vertreter ohne Vertretungsmacht aus § 179 Abs. 1 BGB oder aus § 280 Abs. 1 BGB, § 311 Abs. 3 S. 1 BGB, § 241 Abs. 2 BGB, **der die Willenserklärung gegen den Willen des Erklärenden in Verkehr gebracht hat**, in Betracht.

III. Was ist der "Zugang" einer Willenserklärung (§ 130 Abs. 1 S. 1 BGB)?

Eine empfangsbedürftige Willenserklärung muss "zugehen", um wirksam zu werden (§ 130 Abs. 1 S. 1 BGB). In Bezug auf den Antrag im Sinne von § 145 BGB, der eine besondere Willenserklärung ist, differenziert das Gesetz klarstellend zwischen Willenserklärungen unter Anwesenden (§ 147 Abs. 1 BGB) und Willenserklärungen unter Abwesenden (§ 147 Abs. 2 BGB). Diese Differenzierung gilt allgemein für alle empfangsbedürftigen Willenserklärungen. Sie müssen also in der Klausur immer entscheiden (aber in klaren Fällen nicht aufschreiben), ob die Willenserklärung gegenüber einem **Abwesenden**, § 130 Abs. 1 S. 1 BGB, oder gegenüber einem **Anwesenden** abgegeben wird:



1. Gegenüber **Abwesenden** geht die Willenserklärung zu, wenn sie so in den Machtbereich des Empfängers gelangt, dass dieser unter gewöhnlichen Umständen von ihr Kenntnis erlangen kann (vgl. als Merkhilfe § 312i Abs. 1 S. 2 BGB). Die *tatsächliche Kenntnisnahme* ist dabei *nicht* erforderlich!
2. Gegenüber **Anwesenden** wird Zugang nach h.M. angenommen, wenn der Erklärende damit rechnen kann, dass der Empfänger die Erklärung richtig vernommen hat (sog. abgeschwächte Vernehmungstheorie).

Ausnahmsweise können im Zusammenhang mit dem Zugang die folgenden Besonderheiten anzusprechen sein, wenn sich diesbezügliche Hinweise im Sachverhalt befinden:

- Eine Willenserklärung *wird nicht wirksam, wenn dem anderen vorher oder gleichzeitig ein Widerruf zugeht* (§ 130 Abs. 1 S. 2 BGB).
- Geht eine Willenserklärung einem **Empfangsvertreter** zu, gilt sie in diesem Moment auch gegenüber dem Vertretenen als zugegangen, § 164 Abs. 3 BGB.
- Geht eine Willenserklärung einem **Empfangsboten** zu, geht sie dem Erklärungsempfänger erst zu, wenn unter gewöhnlichen Umständen mit der Weiterleitung an diesen zu rechnen ist. Eine *tatsächliche Weiterleitung* ist jedoch nicht erforderlich.
- **Tod** oder **Geschäftsunfähigkeit** des Erklärenden nach Abgabe aber vor Zugang hindern das Wirksamwerden einer Willenserklärung im Zeitpunkt des Zugangs nicht (§ 130 Abs. 2 BGB).
- Gegenüber **Geschäftsunfähigen** gilt eine Willenserklärung erst als zugegangen, wenn diese dem oder den gesetzlichen Vertreter zugeht (§ 131 Abs. 1 BGB).
- Gegenüber **beschränkt Geschäftsfähigen** geht eine Willenserklärung unmittelbar zu, wenn sie lediglich rechtlich vorteilhaft ist oder die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters vorliegt (§ 131 Abs. 2 S. 2 BGB). Ansonsten ist wie bei Geschäftsunfähigen Zugang beim gesetzlichen Vertreter erforderlich.

1. Wie gehen Erklärungen gegenüber Abwesenden zu?

Eine Definition des Zugangs (§ 130 Abs. 1 BGB) gegenüber Abwesenden finden Sie im BGB **nicht**. Einen Hinweis gibt aber **§ 312i Abs. 1 S. 2 BGB**, der eine Zugangsfiktion für Bestellung und Empfangsbestätigung im Internet regelt. Danach gelten bestimmte Erklärungen *als zugegangen, wenn die Parteien, für die sie bestimmt sind, sie unter gewöhnlichen Umständen abrufen können*. Dennoch sollten Sie sich die folgende Definition besonders gut merken, da sie sehr hohe Klausurrelevanz besitzt.

Allgemein wird für den Zugang unter Abwesenden verlangt, dass

1. die Erklärung so in den **Machtbereich** des Empfängers gelangt ist, dass
2. der Empfänger unter normalen Umständen die Möglichkeit hat, vom Inhalt der Willenserklärung **Kenntnis zu erlangen**.



Die Definition stellt ausschließlich auf objektive Umstände ab - die *tatsächliche Kenntnis* von der Willenserklärung ist **nicht erforderlich**.

A wirft am Montagmorgen die Annahme eines Antrags auf Vertragsschluss (§ 145 BGB) in den Briefkasten der Werbeagentur B. Am Dienstagnachmittag wird der Briefkasten von spielenden Kindern mit Silvesterfeuerwerkskörpern restlos zerstört. Dennoch gilt die Annahme des Vertrages der Werbeagentur als zugegangen - denn sie ist in den Machtbereich gelangt und unter üblichen Umständen hätte bis Dienstag zu Geschäftsbeginn der Briefkasten geleert werden müssen.



Auf den folgenden Seiten befassen wir uns näher mit den beiden Voraussetzungen.

a. Was ist der Machtbereich des Empfängers?

Das Erfordernis, dass die Erklärung in den Machtbereich des Empfängers gelangt sein muss, grenzt die **Risikosphären der Beteiligten** ab. Ohne diese Einschränkung wäre der Empfänger verpflichtet, aktiv überall nach Erklärungen Ausschau zu halten - was ihm kaum zumutbar wäre. Daher ist eine genaue Definition des Machtbereichs unumgänglich:



Der Machtbereich des Empfängers umfasst seinen **räumlichen Herrschaftsbereich** sowie denjenigen seiner Empfangsboten und Empfangsvertreter, auf den der Erklärende nicht ohne weiteres Zugriff nehmen kann.

Die Abgrenzung erfolgt also grundsätzlich räumlich, wobei gerade im Internet gewisse Modifikationen erforderlich sind.



- Zum Machtbereich für **verkörperte Erklärungen** gehören der Hausbriefkasten und ein Postfach (das der Empfänger als Machtbereich in der Postfiliale angemietet hat) ebenso wie alle Räume, Kleidungsstücke etc. des Empfängers. Nicht zum Machtbereich gehört hingegen der Rest der Filiale, etwa bei Abholung von Briefen oder Paketen.
- Bei **Telefax und Anrufen** (auf einem Anrufbeantworter) ist maßgeblich die Überleitung in die Hausleitung des Empfängers; ob die Speicherung tatsächlich erfolgt, ist egal. Auch eine Voicemail ist wie ein Postfach ein ausgelagerter Machtbereich.
- Bei **Emails** ist grundsätzlich der Server des Emailproviders des Empfängers maßgeblich; der Abruf auf den lokalen Computer oder ein sonstiges Gerät ist nicht erforderlich.

b. Wann ist mit Kenntnisnahme unter gewöhnlichen Umständen zu rechnen?

Ist eine Erklärung in den Machtbereich des Empfängers gelangt, besteht **theoretisch die Möglichkeit zur Kenntnisnahme**; die Frage ist regelmäßig nur, zu welchem Zeitpunkt diese besteht. Diese zeitliche Komponente ist für die Frage von fristgebundenen Willenserklärungen von Bedeutung.



Allein die **abstrakte Möglichkeit der Kenntnisnahme** kann nicht genügen, denn dann müsste der Empfänger auch zur "Unzeit" (z.B. um 3:30 Uhr morgens) mit dem Empfang von Willenserklärungen rechnen.

Daher knüpft die Zugangsdefinition an die **Kenntniserlangung unter gewöhnlichen Umständen** (z.B. am nächsten Morgen um 09:00 Uhr) an.



Verkörperte Erklärungen, die in den **Briefkasten** des Empfängers gelangt sind, gehen in dem Zeitpunkt zu, in dem unter normalen Umständen mit einer Leerung

gerechnet werden kann. Die ist bei Privaten regelmäßig der nächste Tag, bei Geschäftsadressaten der nächste Werktag.

Mündliche Erklärungen, die beispielsweise auf einen Anrufbeantworter gesprochen werden, gehen zu, wenn gewöhnlich mit dem Abrufen der Sprachnachrichten gerechnet werden kann. Dies ist bei Privatpersonen einmal am Tag, bei Unternehmen mehrmals täglich.

Auch bei **Emails** ist die Kenntniserlangung unter gewöhnlichen Umständen bei Privatpersonen in der Regel spätestens innerhalb von 24 Stunden, in Unternehmen innerhalb weniger Stunden zu bejahen.

Die **Kenntniserlangung** muss nur **unter gewöhnlichen Umständen** zu diesem Zeitpunkt erfolgen. Besondere Umstände des Einzelfalls bleiben außer Betracht.

Eine Willenserklärung geht auch dann unter "gewöhnlichen" Umständen zum oben genannten Zeitpunkt zu, wenn der Empfänger **längere Zeit im Urlaub oder im Krankenhaus** und dadurch an der Kenntnisnahme gehindert ist. Bedeutsam ist dies insbesondere bei der Kündigung von Arbeitsverhältnissen gegenüber Arbeitnehmern die im Urlaub sind, da hierdurch die Frist zur Erhebung einer Kündigungsschutzklage beginnt. Nur ausnahmsweise kann eine verspätete Klage zugelassen werden (§ 5 KSchG).



aa. Was gilt, wenn die Erklärung im Machtbereich untergeht?

Aufgrund des Erfordernisses der Möglichkeit zur Kenntnisnahme unter gewöhnlichen Umständen ist es denkbar, dass sich eine Erklärung zwar im Machtbereich des Empfängers befindet, aber vor der Kenntnisnahmemöglichkeit im Machtbereich untergeht.

A wirft um 2 Uhr nachts einen Brief in den Geschäftsbriefkasten der B-GmbH, welche ein Büro im Gebäude des X betreibt. Die vom Gebäudeinhaber X bezahlte schusselige Putzfrau P des Bürogebäudes kippt im Rahmen ihrer Reinigung um 5 Uhr morgens vor Öffnung des Ladens der B-GmbH einen Eimer Putzwasser über den Briefkasten; alle Briefe sind unlesbar.



In solchen Fällen ist fraglich, wer das Risiko der fehlenden Kenntnisnahmemöglichkeit zu tragen hat.

Einerseits könnte man dem Empfänger alle Risiken seines Machtbereiches zuweisen, sodass er auch für verschuldensunabhängige Vorgänge, die zum verspäteten oder ausbleibenden Zugang führen, haftet. Denn der Erklärende hat nach Gelangen der Erklärung in den Machtbereich des Empfängers keine Möglichkeit mehr, auf diese Einfluss zu nehmen. Grundsätzlich hat zudem jeder seinen Machtbereich vor Störeinflüssen freizuhalten.



Andererseits könnte man das Risiko auch bis zur ersten Möglichkeit der Kenntnisnahme beim Erklärenden belassen, so dass dieser das Risiko des unverschuldeten Untergangs vor Kenntnisnahmemöglichkeit trägt. Der Zugang wird immerhin auf die bloße Möglichkeit der Kenntnisnahme vorverlagert. Zudem kann vom Empfänger nicht verlangt werden, dass dieser ständig seinen kompletten Machtbereich überprüft.

bb. Wann ist Zugang bei bloßer Benachrichtigung gegeben?

Fraglich ist, zu welchem Zeitpunkt unter gewöhnlichen Umständen mit der Kenntnisnahme des Einschreibens gerechnet werden kann, wenn dieses nicht persönlich angenommen wird und der Postbote einen Benachrichtigungszettel hinterlässt.



Zunächst könnte man daran denken, den Zugang bereits bei der Hinterlassung des Benachrichtigungszettels durch den Postboten anzunehmen. Dabei ist jedoch zu bedenken, dass der Brief selbst noch nicht in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist und deshalb auch von diesem noch nicht gelesen werden kann. Der Benachrichtigungszettel lässt den Absender des Schreibens nicht erkennen und darüber hinaus auch keine Rückschlüsse auf den Inhalt des Schreibens zu, sodass ein Zugang zu diesem Zeitpunkt noch nicht angenommen werden kann.

Es wird vertreten, dass der Zugang zu dem Zeitpunkt erfolgen soll, zu dem unter regelmäßigen Umständen mit der Abholung des Einschreibens bei der Post zu rechnen ist, was regelmäßig der nächste Werktag sein wird. Dagegen spricht wiederum, dass sich die Erklärung als solche ebenfalls noch nicht im Machtbereich des Empfängers befindet und nach der gesetzgeberischen Konzeption auch auf eine Mitwirkungshandlung des Empfängers für den Zugang grundsätzlich verzichtet werden soll. Wählt der Erklärende aus Beweissicherungsgründen den Weg des Einschreibens, so muss er auch das Transportrisiko tragen.

Aufgrund der vorangegangenen Erwägungen erfolgt der Zugang erst bei Abholung des Schreibens. Die bewusste Nichtabholung durch den Empfänger kann dann über die Regeln zur absichtlichen Zugangsverhinderung gelöst werden.

cc. Wie erfolgen Abgabe und Zugang im Internet?

Bei Willenserklärungen im Internet handelt es sich **regelmäßig um Willenserklärungen unter Abwesenden**. Ausnahmsweise können im Falle eines (Video-) Chats auch Willenserklärungen unter Anwesenden erfolgen.

Die Abgabe erfolgt zumeist per Mausklick oder per Drücken der Return-Taste. Dadurch wird die Willenserklärung als elektronisches Signal in Richtung des Empfängers auf den Weg gebracht.

Für den Zugang von Willenserklärungen per E-Mail gilt: Wird eine Willenserklärung per E-Mail gesendet, so gelangt Sie in den Machtbereich des Empfängers, sobald der E-Mail-Host diese in die Mailbox des Empfängers einstellt. Hinsichtlich des **Zugangszeitpunktes** ist jedoch zwischen privaten und geschäftlichen Kontakten zu **unterscheiden**:

- Wurde die Willenserklärung per E-Mail gegenüber einer **Privatperson** abgegeben, so ist mit dem Zugang zu rechnen, wenn unter gewöhnlichen Umständen mit der Kenntnisnahme des Empfängers, also des Aufrufens des E-Mail-Postfachs, zu rechnen ist. Bei privaten Adressaten ist gewöhnlich von einer täglichen Kontrolle der Mailbox auszugehen.
- Bei **Geschäftsadressaten** hingegen, geht die Erklärung zu, wenn nach den gewöhnlichen Gepflogenheiten des Geschäftsbetriebs mit dem Zugang gerechnet werden kann. Davon ist spätestens am Ende des Werktages auszugehen. Besonderheiten können sich auch im Einzelfall ergeben, sodass bei Unternehmen mit 24-Stunden-Service rund um die Uhr von einem Zugang ausgegangen werden darf. Allerdings muss der Adressat zu erkennen gegeben haben, dass er am E-Mail-Verkehr teilnehmen will (z.B. indem er seine E-Mail-Adresse in den Briefkopf schreibt).



c. Was muss man zum Widerruf vor Zugang (§ 130 Abs. 1 S. 2 BGB) wissen?

Bei Willenserklärungen unter Abwesenden kann zwischen der Abgabe und dem Zugang der Erklärung ein nicht unerheblicher **Zeitraum** liegen. Zu diesem Zeitpunkt ist die Erklärung noch nicht *wirksam*.

Bei Versand eines Briefes in das Ausland können Postlaufzeiten von mehreren Tagen in Betracht kommen.



Da Willenserklärungen aber erst mit dem Zugang wirksam werden (§ 130 Abs. 1 S. 1 BGB), dann aber auch grundsätzlich unwiderruflich sind (vgl. § 145 BGB für den Antrag auf Vertragsschluss), kann der Erklärende diesen Zeitraum nutzen, um seine **Erklärung doch noch zu beseitigen**. Das Gesetz spricht insoweit von einem *Widerruf* (§ 130 Abs. 1 S. 2 BGB).

Der Widerruf selbst bedarf **keiner Form und keines besonderen Übermittlungsweges**. So kann eine schriftliche Erklärung mündlich widerrufen werden. Auch das Wort "Widerruf" muss dabei nicht verwendet werden.

A sendet eine Vertragsannahme per Brief an B. Bevor der Brief im Briefkasten des B landet, ruft A den B an und erklärt, die Annahme solle doch nicht gelten.



In **Klausuren** ist ein Widerruf nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB selten - sie sollten ihn nur diskutieren, wenn der Sachverhalt ersichtlich darauf hinauswill.

Verwechseln Sie den Widerruf nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB auf keinen Fall mit dem **Widerruf aufgrund von Verbraucherschutzvorschriften** (§ 355 Abs. 1 BGB) - der Widerruf nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB gilt für alle Willenserklärungen, während § 355 Abs. 1 BGB nur für auf Abschluss von Verträgen gerichtete Erklärungen (An-



trag oder Annahme) gilt. Zudem gilt § 355 BGB nur für Verbraucher gegenüber Unternehmern und bei bestimmten Gründen (§§ 312 ff. BGB).



[IV ZR 172/73](#)



V möchte sein Auto verkaufen und wirft einen entsprechenden schriftlichen Antrag in den Briefkasten des K. Am Abend überlegt er es sich anders und wirft daher am nächsten Tag zur Mittagszeit einen schriftlichen Widerruf ein. K öffnet am Nachmittag den Briefkasten und liest zunächst den Widerruf. Wie ist die Rechtslage?

?

1. Folgt man **streng** dem **Wortlaut** des § 130 Abs. 1 S. 2 BGB so setzt der wirksame Widerruf voraus, dass er "*vorher oder gleichzeitig (...) zugeht*".

Das würde für das obige Beispiel bedeuten, dass der Antrag vor dem Widerruf zugegangen ist, da mit einer gewöhnlichen Leerung am Morgen gerechnet werden kann. Der Widerruf ist weder gleichzeitig noch vor dem Antrag zugegangen, sodass V an seine Willenserklärung gebunden ist und K den Antrag annehmen kann.

2. **Andererseits** könnte man die Wirksamkeit des Widerrufs vor dem Hintergrund bejahen, dass der Empfänger bei vor- oder gleichzeitiger Kenntnisnahme nicht schutzwürdig ist.

Diese Ansicht trägt dem Rechtsgedanken des § 130 Abs. 1 S. 2 BGB - die Schutzwürdigkeit - Rechnung. Allerdings ist es in der Praxis nur schwer feststellbar, welche Erklärung der Empfänger tatsächlich zuerst zur Kenntnis nimmt. Dann wäre V im konkreten Fall nicht an seine Willenserklärung gebunden, er hätte den Antrag widerrufen. Eine Annahme durch K wäre nicht möglich.

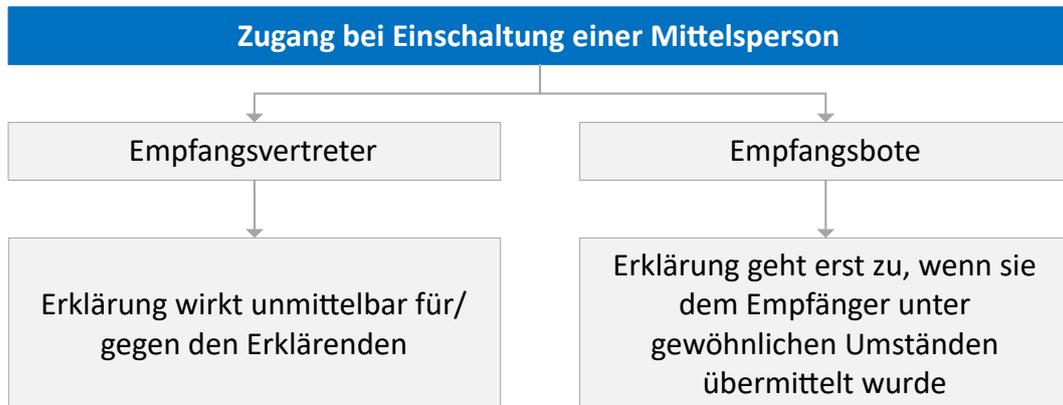
d. Wie erfolgt Zugang bei Einschaltung von Vertretern und Boten?

Der (abwesende) Adressat einer Willenserklärung muss diese **nicht zwangsläufig persönlich oder über eine "technische" Empfangsvorrichtung** entgegennehmen. Er kann sich auch einer Mittelsperson bedienen. Dies kann ein Mensch aber auch eine juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft (§ 14 Abs. 2 BGB) sein.

Sie müssen insoweit zwischen

- dem so genannten **Empfangsvertreter**, der einen eigenständigen Entscheidungsspielraum hat (§ 164 Abs. 3 BGB),
- dem **Empfangsboten**, der ohne Entscheidungsspielraum für den Empfänger tätig ist, sowie
- dem **Erklärungsboten**, der nicht der Sphäre des Empfängers zuzuordnen ist,

unterscheiden.



Die Folgen betrachten wir auf den folgenden Seiten.

aa. Wie erfolgt Zugang gegenüber Empfangsvertretern?

Schaltet der Adressat einen **Empfangsvertreter** ein, so wirkt die Erklärung unmittelbar für und gegen den Vertretenen (§ 164 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 BGB). Denken Sie daran, dass für diesen Fall die Voraussetzungen der Stellvertretung (§ 164 Abs. 1 BGB) erfüllt sein müssen. Des weiteren müssen die allgemeinen Voraussetzungen des Zugangs (§ 130 Abs. 1 S. 1 BGB) bei der Person des Vertreters vorliegen. Daraus ergibt sich:

Eine Willenserklärung, die **gegenüber einem Empfangsvertreter** abgegeben wird, geht dem Geschäftspartner dann zu, wenn die Willenserklärung derart in den **Herrschaftsbereich des Stellvertreters** geschafft wurde, dass dieser unter gewöhnlichen Umständen die Möglichkeit zur Kenntnisnahme hatte.



bb. Wie erfolgt Zugang gegenüber Boten?

Ein **Empfangsbote** ist derjenige, der vom Empfänger zur Empfangnahme bestellt ist oder nach der Verkehrsanschauung zur Übermittlung geeignet ist und als ermächtigt gilt. Hierunter fallen u.a. im Haushalt des Empfängers lebende Personen (auch Kinder, wenn sie die nötige Reife besitzen) oder Betriebsangehörige, die nach ihrer Stellung zur Entgegennahme befugt sind. **Wichtig** ist insoweit die Abgrenzung:

- Geht die Erklärung einem **Empfangsvertreter** zu, gilt diese nach § 164 Abs. 3 iVm Abs. 1 BGB zugegangen, sobald der Vertreter Kenntnis erlangt.
- Bei einem **Erklärungsboten** ist erforderlich, dass dieser die Erklärung tatsächlich dem Geschäftsherrn übermittelt.
- Für den **Empfangsboten** gilt hingegen:

Eine Willenserklärung, die gegenüber einem Empfangsboten abgegeben wird, geht dem Geschäftspartner zu, wenn nach **dem gewöhnlich Lauf der Dinge** mit einer Übermittlung an den Empfänger zu rechnen ist (auch wenn die Erklärung tatsächlich nicht zugeht).



Der Empfangsbote ist eine "personalisierte Empfangsvorrichtung" bzw. ein "lebender Briefkasten".

e. Was ist mit "Zustellung" in § 132 BGB gemeint?

§ 132 BGB eröffnet die Möglichkeit, den für die Wirksamkeit einer empfangsbedürftigen Willenserklärung erforderlichen Zugang durch eine **förmliche Zustellung** zu ersetzen. Es handelt sich um eine beurkundete Übergabe des zuzustellenden Schriftstücks. Sie muss in der gesetzlich vorgeschriebenen Form (vgl. § 182 ZPO) erfolgen.

Möglich ist zum einen die **Zustellung der Erklärung durch den Gerichtsvollzieher** (§ 132 Abs. 1 BGB). Diese förmliche Zustellung richtet sich nach §§ 166 ff. ZPO. Es wird eine Zustellungsurkunde erstellt, aus der sich ergibt, welches Schriftstück übergeben wurde. Damit soll dem Erklärenden eine Beweismöglichkeit gegeben werden.

Zum anderen kann die **öffentliche Zustellung durch das Amtsgericht** (§ 132 Abs. 2 BGB) gewählt werden, wenn dem Erklärenden der Aufenthaltsort des Empfängers unbekannt ist oder er sich in schuldloser Unkenntnis über den Aufenthaltsort befindet (§§ 185 ff. ZPO).

2. Wie gehen Erklärungen gegenüber Anwesenden zu?

Der Zugang unter Anwesenden ist gesetzlich nicht geregelt. Es gilt, das Risiko zwischen dem Erklärenden und dem Empfänger sinnvoll aufzuteilen.



Trägt jemand dem anwesenden Empfangsvertreter (§ 164 Abs. 3 BGB) eines abwesenden Dritten einen Vertrag an, handelt es sich um einen Zugang unter Abwesenden!

Man differenziert dabei zwischen schriftlichen und mündlichen Erklärungen, da bei mündlichen Erklärungen das Risiko von Missverständnissen (wie auch dem Erklärenden bewusst sein muss) besonders hoch ist.

1. Zugang schriftlicher Erklärungen: Schriftliche Erklärungen unter Anwesenden sind im Sinne von § 130 Abs. 1 S. 1 BGB zugegangen, wenn sie durch Übergabe des Dokuments in den Machtbereich des Empfängers gelangen. Wird ein Schriftstück lediglich vorgezeigt, aber nicht übergeben, so genügt dies nicht für ein Wirksamwerden.

2. Zugang mündlicher Erklärungen: Bei mündlichen Erklärungen unter Anwesenden (zu denen, wie § 147 Abs. 1 S. 2 BGB auch telefonische Willenserklärungen zählen) wird die Erklärung regelmäßig nicht gespeichert, sodass sie sofort richtig verstanden werden muss.



Nach der sog. **reinen Vernehmungstheorie** liegt in diesem Fall Zugang im Sinne von § 130 Abs. 1 S. 1 BGB nur vor, wenn der Empfänger die Erklärung zutreffend verstanden hat. Das Risiko eines Missverständnisses liegt folglich allein beim Erklärenden.

- Argument: Der Empfänger hat keine Möglichkeit sich über den korrekten Inhalt der Erklärung zu informieren, da bei einem falschen Vernehmen aus Sicht des Empfängers kein Anlass zur Nachfrage besteht.

Demgegenüber geht die (herrschende) sog. **eingeschränkte Vernehmungstheorie** davon aus, dass es für den Zugang genügt, wenn der Erklärende damit rechnen durfte, dass die Erklärung unter üblichen Umständen richtig verstanden worden wäre.

- Argument: Die Gründe des Nicht-Verstehens werden vielfach für den Erklärenden nicht erkennbar in der Person des Empfängers liegen, der Empfänger könnte aber darüber aufklären (z.B. Taubheit, mangelnde Sprachkenntnisse usw.).

[IVb ZR 44/88](#)



3. Was regelt die Ausnahmevorschrift des § 151 S. 1 BGB?

Nach § 151 S. 1 BGB kann ein Vertrag durch eine **Annahme** zustande kommen, *ohne dass die Annahme dem Antragenden gegenüber erklärt zu werden braucht*. Damit **entfällt für die Annahme (und nur für diese!) das Erfordernis des Zugangs** (§ 130 Abs. 1 S. 1 BGB). Dies gilt jedoch nur dann, wenn entweder (1) *die Annahme nach der Verkehrssitte für den Antragenden nicht zu erwarten ist* (§ 151 S. 1 1. Var. BGB) oder (2) *der Antragende auf sie verzichtet hat* (§ 151 S. 1 2. Var. BGB):

- Ist eine **Annahmeerklärung nach der Verkehrssitte** (z.B. Schenkungsversprechen, Hotelreservierung) nicht zu erwarten, so entfällt die Zugangsbedürftigkeit, § 151 S. 1 1. Var. BGB. Der Vertrag ist geschlossen, soweit aus dem Verhalten des Empfängers des Antrags ein Annahmewille geschlossen werden kann. Der Antragende muss hiervon jedoch nichts erfahren.

- A sendet eine Email an das Hotel B, dass er ein Zimmer für den morgigen Tag benötigt.
- A bestellt Waren per Expresslieferung, die starken und schnellen Preisschwankungen unterliegen.



- Weiterhin entfällt die Notwendigkeit des Zugangs, wenn der **Antragende** auf diesen **verzichtet** hat, § 151 S. 1, 2. Var. BGB. Die Annahme liegt dann in der Erfüllungshandlung, wodurch der Vertrag zustande kommt.



Sieht man in dem Bereitstellen des Benzin mit der Zapfsäule eine offerierte *ad incertas personas*, so verzichtet der Tankstellenbetreiber auf den Zugang einer Annahmeerklärung, die im Tankvorgang des Kunden liegt.



§ 151 BGB **gilt nur für die Annahmeerklärung**, nicht hingegen für andere Willenserklärungen, insbesondere nicht für den Antrag auf Vertragsschluss (§ 145 BGB) oder für einseitige Rechtsgeschäfte (etwa die Anfechtungserklärung, § 143 BGB, oder die Rücktrittserklärung, § 349 BGB).

a. Wie wirkt sich § 151 S. 1 BGB in der Falllösung aus?



Selbstkontrollaufgabe:

V bietet K 2t Kaffee zum Preis von 10.000 € an. K sendet V ein Fax mit dem Text: "Danke für ihren Vorschlag. Das ist mir zu teuer; bin aber bereit 8.000 € für die 2t Kaffee zu bezahlen. Wenn Sie einverstanden sind, können Sie sofort liefern."

V versendet daraufhin 2t Kaffee an K.

Zu welchem Preis kam der Kaufvertrag zustande?

1. Ursprünglich lag ein **Antrag des V gegenüber K** (§ 145 BGB) auf Abschluss eines Kaufvertrages über 2t Kaffee für 10.000 € vor.
2. Diesen Antrag hat K jedoch **ausdrücklich abgelehnt**, wodurch er erloschen ist (§ 146, 1. Var. BGB).
3. Allerdings enthielt das Fax einen **Antrag des K gegenüber V** (§ 145 BGB) auf Abschluss eines Kaufvertrages für 8.000 €.
4. Diesen Antrag müsste V **angenommen** haben. Die Annahme ist eine grundsätzlich empfangsbedürftige Willenserklärung.
 - a. Das bedeutet, dass eine **Willenserklärung** des V vorliegen muss. Bei Auslegung nach § 133 BGB, § 157 BGB ist im Versand der Ware eine konkludente Willenserklärung, die auf Abschluss des Vertrages gerichtet ist, zu erblicken.
 - b. Allerdings ist der Akt des Versendens dem K **nicht zugegangen**. Jedoch hatte K hier ausdrücklich auf den Zugang der Annahmeerklärung verzichtet. Damit war der Zugang der Annahme nach § 151 S. 1, 2. Var BGB entbehrlich.
5. Daher ist ein Kaufvertrag zwischen V und K über **2t Kaffee gegen Zahlung von 8.000 €** durch den Versand der Ware zustande gekommen.

b. Wie legt man eine nicht empfangsbedürftige Annahme aus?

Nach § 133 BGB ist bei der Auslegung von Willenserklärungen der wahre Wille des Erklärenden und nicht der objektive Wortsinn (im Sinne eines Wörterbuchs) maßgeblich. Nur bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen wird § 157 BGB entsprechend herangezogen und die Perspektive eines objektivierten Empfängers berücksichtigt.

Bei § 151 BGB gibt es aber keinen Empfänger der Annahmeerklärung. Daher stellt sich die Frage, wie diese auszulegen ist.

Teilweise wird insoweit ein rein subjektiver Maßstab angelegt. Auch ein nicht erkennbarer Wille ist maßgeblich. Eine Anfechtung nach § 119 BGB wäre daher auch bei einem Irrtum nicht erforderlich.

Argument: Es gibt keinen Vertrauenstatbestand zugunsten des Empfängers, da die Annahmeerklärung nicht zugeht.

Demgegenüber wird überwiegend ein rein objektiver Maßstab angelegt. Entscheidend ist also, was ein **hypothetischer Empfänger**, der bei der Annahme vor Ort gewesen wäre, verstanden hätte. Wichtig ist, dass nach dieser Auffassung gerade **nicht** von einem **objektiven Empfänger(horizont)** gesprochen wird, da bei diesem Sonderwissen berücksichtigt werden müsste.

Argument: Nach § 116 BGB ist der geheime Vorbehalt unbeachtlich. Die Norm knüpft gerade nicht an einen Empfänger an und findet daher auch auf nicht empfangsbedürftige Erklärungen Anwendung.



c. Muss bei § 151 BGB überhaupt eine Erklärung vorliegen?

Nach dem Wortlaut von § 151 BGB kommt der Vertrag zustande, *ohne dass die Annahme dem Antragenden gegenüber erklärt zu werden braucht*. Es scheint aber merkwürdig, dass in diesen Fällen überhaupt eine nach außen erkennbare Erklärung erforderlich sein soll. Denn was hat ein am Vertrag nicht beteiligter Dritter davon, wenn er die Annahmeerklärung wahrnimmt? Insofern ist die Lage anders als bei anderen nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen: Ein Testament sollen die Begünstigten jedenfalls nach dem Tod zur Kenntnis nehmen - die Annahme nach § 151 BGB soll aber als Erklärung nie an den Antragenden gelangen.

Vor diesem Hintergrund ist umstritten, ob bei § 151 BGB nicht eine Erklärung insgesamt entbehrlich wird - der Vertrag also durch die schlichte Vorstellung einer Annahme im Kopf des Adressaten geschieht.

Einerseits soll man auf eine Erklärung ganz verzichten können.

Argument: Wenn es schon keinen Adressaten gibt, ist auch der reine Wille hinreichend. Schweigen kann durchaus einen Vertrag zustandebringen, etwa bei einem kaufmännischen Bestätigungsschreiben. Wie dort ist im Rahmen von § 151 BGB eine Verkehrssitte oder eine Vereinbarung erforderlich.

Andererseits kann man eine Erklärung verlangen, die nur nicht im Sinne von § 130 BGB zugehen muss.



Argument: Der Wortlaut stellt auf eine Annahme ab. Der Unterschied zum Normalfall liegt nur darin, wem *gegenüber* die Annahme zu erklären ist. Auch im Rahmen von § 151 BGB muss Rechtssicherheit und vor allem Beweisbarkeit vor Gericht gewährleistet werden.



[BGH, 27.04.2004 - XI ZR 49/03](#)
[BGH VII ZR 192/99](#)

4. Welchen Einfluss hat die Geschäftsfähigkeit auf den Zugang?

Zugehende Erklärungen erfordern in der Regel eine Reaktion in Form einer (rechts-)geschäftlichen Entscheidung. **Zum Schutz von nicht voll Geschäftsfähigen**, die solche Entscheidungen selbst nicht wirksam vornehmen können, wurde mit § 131 BGB eine Sonderregelung normiert, die den Zugang gegenüber Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen (z.B. Minderjährigen) modifiziert.



Unterscheiden Sie zwischen Erklärungen

- **gegenüber Geschäftsunfähigen** - Diese werden erst wirksam, wenn sie seinem gesetzlichen Vertreter zugehen, § 131 Abs. 1 BGB.

Hinweis: Der Geschäftsunfähige kommt jedoch als Empfangs- oder Erklärungsbote in Betracht.

UND

- **gegenüber beschränkt Geschäftsfähigen** - Nach § 131 Abs. 2 S. 1 BGB sind diese grundsätzlich auch erst wirksam, wenn sie seinem gesetzlichen Vertreter zugehen. Jedoch wird die Erklärung ausnahmsweise schon im Zeitpunkt des Zugangs beim beschränkt Geschäftsfähigen wirksam, wenn sie lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt oder der gesetzliche Vertreter seine Einwilligung erklärt hat, § 131 Abs. 2 S. 2 BGB.



A schenkt dem 12-jährigen M (beschränkt geschäftsfähig nach § 106 BGB i.V.m. § 2 BGB) ein Fahrrad. M erhält dadurch einen Anspruch (§ 516 BGB) gegenüber A auf Übereignung des Fahrrads (rechtlicher Vorteil). Es entsteht rechtlich gesehen kein Nachteil, da M im Gegenzug nicht verpflichtet wird. Damit ist das Geschäft für M lediglich rechtlich vorteilhaft. M kann daher das Schenkungsversprechen wirksam zugehen (§ 130 Abs. 1 S. 1 BGB iVm § 131 Abs. 2 S. 2 BGB).

5. Was sind die Folgen von Zugangshindernissen?

Wenn der Empfänger, dessen Vertreter oder Empfangsbote die Entgegennahme einer Willenserklärung verweigert oder der Empfang einer verkörperten Willenserklärung praktisch verhindert wird, gelangt die Erklärung nicht in den Machtbereich des Empfängers.

Der Adressat eines Briefes zieht um; der Adressat einer Email wechselt seine Emailadresse; ein Briefkasten wird zugeklebt oder Namensschilder werden entfernt.



Sie müssen in solchen Fällen unterscheiden, ob eine Pflicht bestand, die Erklärung entgegenzunehmen:

1. Gab es einen **rechtlich akzeptierten Grund**, die Annahme zu verweigern, geht dies zu Lasten des Erklärenden.
2. Gab es **keinen Grund**, die Annahme zu verweigern, geht dies zu Lasten des Empfängers. Bei gezielter Verhinderung spricht man von einer **bewussten Zugangsvereitelung**, im Übrigen von einer **unbewussten Zugangsverhinderung**. Diesen Fall sehen wir uns auf den folgenden Seiten an.

Beachten Sie: Das Problem der Zugangsverhinderung besteht nicht beim Antrag im Sinne von § 145 BGB, denn niemand ist gezwungen, einen ihm gemachten Antrag entgegenzunehmen. Nur wenn der Zugang einer Annahme oder einer einseitig empfangsbedürftigen Willenserklärung (z.B. Kündigung) verhindert wird, erlangt die Zugangsverhinderung rechtliche Bedeutung!



a. Wann und wie muss mit Willenserklärungen gerechnet werden?

Grundsätzlich ist es **Sache des Erklärenden**, ob und wie er den Zugang herbeiführt. Der Empfänger muss erst dann, wenn ein Vertragsverhältnis bereits angebahnt ist (§ 311 Abs. 2 BGB) oder sogar bereits besteht, mit Erklärungen rechnen und dem (potentiellen) Vertragspartner einen **Kommunikationskanal bereitstellen**.

Merken Sie sich:

- Der **Erklärende** muss alles Erforderliche und Zumutbare tun, damit seine Erklärung den Adressaten erreicht, z.B. einen neuen Zustellungsversuch unternehmen.
- **Wer mit dem Eingang von Willenserklärungen rechnen muss**, muss grundsätzlich durch geeignete Vorrichtungen sicherstellen, dass ihn die Erklärungen auch erreichen können. Das Verzögerungsrisiko trägt hier der Empfänger.



Einen **rechtlichen Grund**, die Entgegennahme einer Willenserklärung zu verweigern besteht nur, wenn bereits diese Handlung den Empfänger belasten würde.



- Der Empfänger muss **Nachporto** zahlen weil ein Brief nicht/unzureichend frankiert war.
- Der Adressat kann gar nicht erkennen, dass die **Erklärung an ihn gerichtet ist** (etwa bei undeutlichem Ausfüllen des Adressfeldes).
- Schon der Umschlag eines Briefes oder die "Vorrede" vor der eigentlichen Willenserklärung ist für den Empfänger **beleidigend** (etwa durch Abbildung eines Hakenkreuzes oder Hetzparolen).
- Auch das **Abholen eines Einschreibens bei der Post** soll eine solche unzumutbare Belastung darstellen, solange der konkrete Inhalt nicht bekannt ist.



BGHZ 138, 205

b. Was gilt bei bewusster Zugangsvereitelung?

Verhindert der Empfänger bewusst den Zugang einer Willenserklärung, so spricht man von einer (**arglistigen**) **Zugangsvereitelung**. Das BGB hat diesen Fall versehentlich nicht geregelt, es liegt eine **planwidrige Regelungslücke** vor.

Dies ähnelt der von uns bereits im zweiten Kapitel näher untersuchten **Konstellation des § 162 Abs. 1 BGB**: Diese Regelung erfasst zwar ausdrücklich nur, dass *der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Nachteil er gereichen würde, wider Treu und Glauben verhindert wird*. Der Zugang ist zwar keine Bedingung im Sinne dieser Vorschrift, aber ebenfalls Voraussetzung für die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts. Daher passt diese Rechtsfolge auch für das bewusste Vereiteln des Zugangs. Im Verhältnis zwischen § 162 Abs. 1 BGB und der arglistigen Zugangsvereitelung besteht daher auch eine **vergleichbare Interessenlage**.

Daher ist nach den Regeln der **Analogie** die Rechtsfolge des § 162 Abs. 1 BGB auch für die Zugangsvereitelung heranzuziehen. Deshalb **gilt eine Erklärung in dem Moment als zugegangen, in dem sie ohne die Zugangsvereitelung zugegangen wäre**, selbst wenn sie zu diesem Zeitpunkt (noch) nicht in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist bzw. gelangen konnte. Es handelt sich um eine "Fiktion", d.h. es wird ein Ergebnis (hier der Zugang) unterstellt, obwohl dieses eigentlich gar nicht vorliegt.



A rechnet damit, dass C ihm kündigen will. Damit der Postbote den Brief nicht einwirft, schreibt er einen falschen Namen auf den Briefkasten und seine Klingel. Der Postbote nimmt die Kündigung unverrichteter Dinge wieder mit. Ist die Kündigung dem A wirksam zugegangen?

Analog § 162 Abs. 1 BGB gilt die Regelung mit dem Versuch des Einwurfs als zugegangen im Sinne des § 130 Abs. 1 S. 1 BGB. Es bedarf weder eines zweiten Zustellungsversuchs (anders bei unbewusster

Zugangsverhinderung, dazu sogleich) noch muss A von der Kündigung jemals Kenntnis erlangen (können).

c. Was gilt bei unbewusster Zugangsverhinderung?

Zugangshindernisse können nicht nur durch vorsätzliches Handeln entstehen. Unbewusste Zugangshindernisse treten dann auf, wenn **Empfangsvorrichtungen (etwa der Briefkasten, das Faxgerät oder der Emailserver) unerwartet nicht funktionstüchtig** sind.

Wer aber Dritten bestimmte **Empfangsvorrichtungen für den Zugang von Willenserklärung bereitstellt**, hat dafür Sorge zu tragen, dass ihn über diese Vorrichtungen übermittelte Erklärungen tatsächlich erreichen. Dies gilt selbst dann, wenn er von den Problemen weder wusste noch wissen konnte und auch dann, wenn er diese nicht verhindern konnte.

Wer eine E-Mail-Adresse auf einem Briefkopf angibt, muss sich darum kümmern, dass er E-Mails empfangen kann. Dazu gehört nicht nur die regelmäßige Kontrolle des Posteingangs, sondern auch die Überprüfung eines Spamfilters. Der Einwand, die Nachricht sei als Werbung erkannt worden und deshalb nicht gelesen worden, ist rechtlich irrelevant.



Analog § 162 Abs. 1 BGB ist eine Zugangsfiktion aber nur möglich, wenn die Verhinderung *wider Treu und Glauben* erfolgt. Es würde nach dem **Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden** zu weit gehen, das Risiko von unbewussten Zugangshindernissen allein dem Empfänger zu übertragen. Daher wird vom Absender verlangt, dass er, sobald er vom Scheitern des Zugangs erfährt, **erneut versucht, die Erklärung in den Machtbereich des Empfängers gelangen zu lassen**. Nur soweit er einen solchen Versuch unternimmt, hat er die ihm seinerseits obliegenden Treupflichten erfüllt. Nur ganz ausnahmsweise kann nach Abwägung aller Umstände ein zweiter Versuch unzumutbar sein (etwa weil er ohnehin keinen Erfolg verspricht oder besondere Eilbedürftigkeit besteht).

Nach Erfüllung der Obliegenheit, einen zweiten Versuch zu unternehmen, ist die Rechtsfolge entsprechend § 162 Abs. 1 BGB dieselbe wie bei der arglistigen Zugangsvereitelung: Die Erklärung gilt bereits im Zeitpunkt des ersten Versuchs als zugegangen (**Rückwirkungsfiktion**).

BGH NJW 1998, 976, 977
BAG NZA 2006, 204, 205



d. In welchen Fällen trifft den Erklärenden das Verzögerungsrisiko?

Ausnahmsweise trifft in zwei Fallkonstellationen trotz unbewusster Zugangsverhinderung den Erklärenden das Verzögerungsrisiko :

- Der Erklärende ist nicht schutzwürdig, wenn er einen **Kommunikationsweg wählt, mit dem der Empfänger gar nicht rechnen musste**. In diesem Fall gilt die Erklärung erst dann als zugegangen, wenn tatsächlich Kenntnis genommen wurde.



A hat im Internet bei der B-GmbH ein Smartphone gekauft. Auf Rechnung und Lieferschein sind eine Emailadresse, eine Postanschrift, eine Faxnummer und eine Telefonnummer angegeben. Er sendet seine Rücktrittserklärung (§ 348 BGB iVm § 437 Nr. 2 BGB iVm § 323 Abs. 1 BGB) wegen eines Sachmangels an die Privatadresse des Geschäftsführers X der B-GmbH, die er zufällig von seiner Freundin erfahren hat, die ihrerseits X in einer Disco kennengelernt hat. X liest Emails an diese Privatadresse nur einmal im Monat. Er muss nicht mit Emails an die B-GmbH an diese Adresse rechnen. Die Rücktrittserklärung gilt erst mit Kenntnisnahme als zugegangen.

- Ebenfalls nicht schutzwürdig ist der Erklärende, wenn er **damit rechnen musste, dass der Empfänger von der Erklärung nicht rechtzeitig Kenntnis nehmen konnte**. Dann gilt die Erklärung auch erst mit tatsächlicher Kenntnisnahme als zugegangen.



Vermieter A wartet bis Mieter B im Urlaub in die Türkei fährt. Die Gelegenheit der Abwesenheit nutzt er, um völlig überraschend eine Kündigung unter der Wohnungstür hindurchzuschieben. Hier ist B schutzwürdig und die Erklärung gilt erst im Zeitpunkt seiner Rückkehr als zugegangen.



Etwas anderes gilt, wenn der Empfänger mit einer Erklärung (ggf. auf dem konkreten Kommunikationsweg) **rechnen musste** - etwa wenn der Mieter B ohnehin eine Kündigung erwartete oder Geschäftsführer X seine private Emailadresse auch für geschäftliche Kommunikation nutzt.

D. Wie werden Willenserklärungen ausgelegt?

1. Welche Besonderheiten gelten für die Auslegung von Willenserklärungen?

Wir haben im ersten Kapitel die Auslegung von **Gesetzen** und im zweiten Kapitel die Auslegung von **Verträgen** besprochen. Aber auch jede einzelne **Willenserklärung** ist auslegungsbedürftig. In der Praxis zeigt sich dies immer dann, wenn eine Äußerung oder ein Verhalten eines am Rechtsverkehr Beteiligten unklar oder mehrdeutig ist. Dies erfolgt auf zwei Stufen:

- Durch Auslegung bestimmen Sie zunächst, ob **überhaupt eine Willenserklärung** vorliegt. Das bedeutet, Sie stellen fest, ob Handlungswille, Erklärungswille und Geschäftswille vorliegen.
- Erst im zweiten Schritt untersuchen Sie, **welchen Inhalt der Erklärende zum Ausdruck gebracht** hat (d.h. welchen Geschäftswillen er hatte).

Im Hinblick auf den Maßstab der Auslegung müssen Sie differenzieren:

- Bei der Auslegung **nicht empfangsbedürftiger Willenserklärungen** (z.B. Testament, § 2247 BGB) muss grundsätzlich nicht auf das Verständnis anderer Personen Rücksicht genommen werden, sodass sich die Auslegung **ausschließlich nach dem wahren Willen** (§ 133 BGB) richtet.
- Bei der Auslegung **empfangsbedürftiger Willenserklärungen** (z.B. Antrag i.S.d § 145 BGB) sind hingegen auch die Interessen des Erklärungsempfängers maßgebend, sodass zu fragen ist, wie ein hypothetischer Dritter in der Position des Empfängers die Erklärung nach Treu und Glaube unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstanden hätte. Die Auslegung richtet sich nach § 133 BGB **und** (trotz des auf Verträge beschränkten Wortlauts) nach § 157 BGB.

II. Was versteht man unter einfacher Auslegung?

Nach § 133 BGB ist bei der Auslegung einer Willenserklärung *der wirkliche Wille zu erforschen*. Man spricht insoweit von der natürlichen Auslegung. **Dabei bleiben die Interessen des Erklärungsempfängers völlig unberücksichtigt.**

Gerechtfertigt ist dies jedenfalls dann, wenn der Empfänger diesen Willen auch **wirklich erkannt** hat, selbst wenn ein objektiver Dritter dies nicht gekonnt hätte. Ebenso gilt dies, wenn es gar keinen Empfänger gibt.

- V will K seinen Weinkeller verkaufen. Er erklärt K, dass er diesen, um sich nicht vor seiner Frau zu blamieren, stets als "Bibliothek" bezeichnet. Der schriftliche Kaufvertrag spricht konsequent auch von einem "Verkauf der Bibliothek". Dennoch kann K nicht die gesammelten Bücher, sondern nur den Weinvorrat herausverlangen.
- Ebenso kann V dem K per Testament (§ 2247 BGB) "seine Bibliothek" als Vermächtnis (§ 1939 BGB) zuweisen - auch wenn weder K noch die Erben wissen, was er meint. Die Erben bzw. Vermächtnisnehmer sind nämlich nicht etwa "Empfänger" der dem Testament zugrundeliegenden Willenserklärung. Praktisch stellt sich dann nur das Problem, den Willen im Prozess zu beweisen.



Weitergehend genügt es sogar, wenn der Empfänger bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen müsse, was gemeint ist. Er ist also verpflichtet, die Willenserklärung so **auszulegen, wie sie der Erklärende gemeint hat**, und im Zweifel **nachzufragen**. Unzulässig ist es demgegenüber, gezielt das Verständnis zu wählen, was für den Empfänger günstig wäre.

Bietet der Hamburger V dem Münchener K den Kauf eines Bildes für "5.000 Dollar" an, ist die Erklärung zwar mehrdeutig. Jedoch darf K nicht auf Hong Kong Dollar bestehen (Kurs ca. 10\$=1 €), sondern muss sich erkundigen, ob nicht z.B. US Dollar (Kurs ca. 10\$=7 €) gemeint sind.



III. Was versteht man unter normativer Auslegung?

Obwohl § 157 BGB nur davon spricht, dass *Verträge* so auszulegen sind, wie *Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*, gilt die Regelung für **alle empfangsbedürftigen**

Willenserklärungen. Die darin zum Ausdruck kommenden Auslegung aus hypothetisch-objektiver Sicht bezeichnet man als "**normative Auslegung**".

Die Rechtfertigung für die Anwendung des § 157 BGB auf Willenserklärungen entgegen seines Wortlauts liegt darin, dass es **Aufgabe des Erklärenden ist, sich eindeutig und präzise auszudrücken**. Die Obliegenheit des Empfängers, die Erklärung auszulegen, darf nicht überspannt werden. Deutlich wird dies auch durch die Regelungen zur Anfechtung in § 119 Abs. 1 BGB: Wenn stets das Gewollte gelten würde, gäbe es nie einen Grund, eine Willenserklärung durch Anfechtung zu beseitigen.



Wenn V dem K "koffeinfreie Zigaretten" anbietet, muss K sich nicht darauf verweisen lassen, dass doch "jedermann weiß, dass Zigaretten allenfalls Nikotin enthalten". Nur wenn er weiß oder es sich ihm aufdrängen musste, dass V solche Zigaretten meinte, ist er an den Kaufvertrag gebunden.

Es würde aber zu weit gehen, allein auf die subjektive Wahrnehmung des konkreten Empfängers abzustellen. Wenn der Erklärende zu diesem keine besonders enge Beziehung hat, wird für ihn kaum vorhersehbar sein, wie dieser eine Erklärung konkret auffassen wird. Entscheidend ist also ein **hypothetischer Dritter in der konkreten Position des Empfängers**. Dieser würde alle Erkenntnisquellen heranziehen, die der konkrete Adressat hätte kennen müssen - er weiß also mehr Details als die Allgemeinheit.



Bei Bestellung von 25 Gros Toilettenpapier weiß ein hypothetischer Empfänger aus dem Großhandel, dass es sich bei "Gros" um eine historische Maßeinheit handelt, die $12 \times 12 = 144$ Stück bezeichnet. Dies kann er schon aus der seltsamen Schreibweise ("Gros" statt "große") entnehmen.

Etwas anderes gilt vor allem bei **Erklärungen an die Allgemeinheit**, etwa dem Antrag an eine Vielzahl von Personen (*offerta ad incertas personas*) oder bei Ausstellung eines Inhaberschecks. Dort ist das Verständnis eines hypothetischen Durchschnittsempfängers maßgeblich.

3. Kapitel: Welche Folgen haben Willensmängel?

Liebe Leserin, lieber Leser,

damit ein Anspruch aus einem Vertrag entstehen kann, müssen, wie im vorherigen Kapitel erarbeitet wurde, zunächst die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Willenserklärung sowie Abgabe und ggf. Zugang vorliegen. Außerdem dürfen keine sog. rechtshindernden Einwendungen vorliegen. Diese hindern bereits die Anspruchsentstehung.

Im folgenden Kapitel wird zunächst das bewusste Auseinanderfallen von Wille und Erklärung (Geheimer Vorbehalt nach § 116 BGB; Scheingeschäft nach § 117 BGB und Scherzerklärung i.S.d. § 118 BGB) behandelt. Im Anschluss werden die Folgen des unbewussten Auseinanderfallens (Irrtümer nach §§ 119 ff. BGB) erarbeitet.

Abschließend widmen wir uns der Frage, unter welchen Voraussetzungen die Anfechtung einer unter den genannten Mängeln leidenden Willenserklärung möglich ist und wie diese in einer Klausur geprüft wird.

A. Welche Folgen hat das bewusste Abweichen von Wille und Erklärung?

Wer bewusst etwas anderes erklärt, als er tatsächlich will, ist *grundsätzlich* nicht schutzbedürftig. Er hat selbst die Gefahr geschaffen, dass sein Wille missverstanden wird und ist daher an sein Wort gebunden. Dieser Gedanke wurde in § 116 S. 1 BGB festgeschrieben - ein **geheimer Vorbehalt** ist unbeachtlich. Der bloße Unwille, sich zu binden, führt also nicht zur Nichtigkeit der Willenserklärung. Von diesem Grundsatz normiert das BGB drei *Ausnahmen*:

- Wenn der Empfänger den geheimen Vorbehalt des Erklärenden kennt (egal aus welcher Quelle er dies weiß), ist die Willenserklärung nichtig (§ 116 S. 2 BGB). Ist dagegen die Willenserklärung einvernehmlich nach außen hin nur zum Schein abgegeben, handelt es sich um ein **Scheingeschäft**, welches zwar unwirksam ist (§ 117 Abs. 1 BGB), aber nicht ausschließt, dass das übereinstimmend Gewollte gilt, selbst wenn es absichtlich verborgen bleibt (§ 117 Abs. 2 BGB).
- Auch eine Willenserklärung, die nur zum Spaß abgegeben wird (**Scherzerklärung**), ist nach der Grundentscheidung des BGB ohne Weiteres nichtig (§ 118 BGB). Es genügt, dass der Erklärende davon ausgeht, dass der Empfänger den Scherz erkennt, selbst wenn dies tatsächlich nicht der Fall sein sollte ("guter Scherz"). Ganz schutzlos ist der Empfänger aber nicht - er kann nach § 122 Abs. 1 BGB Schadensersatz verlangen, wenn er den Scherz auch bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 122 Abs. 2 BGB i.V.m. § 276 Abs. 2 BGB) nicht erkennen konnte.
- Eine differenziertere Abwägung trifft das BGB schließlich für Willenserklärungen, die vor dem Hintergrund einer von Dritten verursachten Zwangslage erfolgen: Diese sind grundsätzlich voll wirksam, können aber nach Wegfall der Zwangslage durch Anfechtung mit Rückwirkung beseitigt werden (§ 142 Abs. 1 BGB i.V.m. § 123 Abs. 1 BGB). Dahinter steht die Überlegung, dass der Bedrohte so immerhin die Gefahr abwenden kann, indem er die gewünschte Erklärung abgibt, diese nachträglich aber wieder beseitigen kann. Gleichzeitig wird der Rechtsverkehr, der die Drohung evtl. nicht kennt, geschützt, indem die Willenserklärung zunächst einmal wirksam ist.

I. Was gilt bei geheimen Vorbehalten?

Ein geheimer Vorbehalt i.S.d. § 116 S. 1 BGB liegt nach dem Gesetzeswortlaut vor, wenn der Erklärende eine (empfangsbedürftige oder nicht empfangsbedürftige) Willenserklärung abgibt und sich dabei **insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen** ("böser Scherz"). "Geheim" ist der Vorbehalt immer dann, wenn der Erklärende damit rechnet, dass der Empfänger seine Erklärung als Willenserklärung **mit dem erklärten statt dem gewollten Inhalt** verstehen wird, weil der gewollte Inhalt nicht hinreichend Ausdruck in der Willenserklärung gefunden hat. Ein solcher Vorbehalt ist unbeachtlich, andernfalls wäre ein geordneter Rechtsverkehr unmöglich.



A möchte auf einer Auktion den B ärgern, indem er durch Mitbieten den Preis in die Höhe treibt. Ungewollt bekommt er den Zuschlag. Als A zahlen soll, wendet er ein, er hätte nur zum Scherz geboten und wolle das Bild nicht. Zu Recht?

Der geheime Vorbehalt, den Zuschlag nicht zu wollen, ist gem. § 116 S. 1 BGB unbeachtlich. A ist also an seinen Antrag gebunden (§ 145 BGB). Mit dem Zuschlag ist ein Vertrag zustande gekommen (§ 156 BGB).

Allerdings sieht § 116 S. 2 BGB eine Ausnahme für **empfangsbedürftige Willenserklärungen** vor, wenn der Adressat **den Vorbehalt kennt**, also weiß, dass keine rechtliche Bindung gewollt ist. Damit verlangt das Gesetz ausdrücklich Kenntnis, so dass selbst **grob fahrlässige Unkenntnis** nicht schadet. In diesem Fall bedarf der Empfänger keines Schutzes, so dass die Erklärung unwirksam ist. Dem Adressaten gleich steht wegen § 166 Abs. 1 BGB ein Empfangsvertreter, nicht jedoch ein Empfangsbote.

§ 116 S. 2 BGB ist eng verwandt mit dem **Scheingeschäft** nach § 117 BGB. Der Unterschied besteht darin, dass bei § 117 BGB der Erklärende weiß und will, dass der Empfänger den abweichenden Willen erkennt, während er dies bei § 116 S. 2 BGB gerade **nicht erkennt, sondern vielmehr seinen Vorbehalt geheimhalten will**.

II. Was gilt bei Scherzerklärungen?

Nach § 118 BGB ist eine (empfangsbedürftige oder nicht empfangsbedürftige) Willenserklärung nichtig, wenn sie **in der Erwartung abgegeben wird, der Empfänger bzw. der Begünstigte werde erkennen, dass dadurch keine Rechtsfolge ausgelöst werden soll**. Es muss sich nicht um einen "Scherz" im Sinne eines Spaßes handeln - vielmehr genügt es, dass die Erklärung aus irgendeinem Grunde nicht rechtsverbindlich gemeint war (etwa auch aus Höflichkeit oder aus Wut).



A verkündet dem C unter Augenzwinkern, dass er ihm kündige.

Damit ähnelt der Fall des § 118 BGB dem geheimen Vorbehalt in § 116 S. 1 BGB: In beiden Fällen ist die Erklärung nicht ernst gemeint, soll also keine bzw. nicht die ausdrücklichen Folgen auslösen. Jedoch geht der Erklärende beim geheimen Vorbehalt nicht davon aus, dass der Empfänger dies bemerkt (deshalb: "böser Scherz"), während er bei § 118 BGB gerade darauf vertraut ("guter Scherz").

Abzugrenzen ist § 118 BGB zudem vom **Scheingeschäft** nach § 117 Abs. 1 BGB: Dabei sind sich beide Parteien einig, dass die Erklärung keine Folgen auslösen soll. Geht nur der Erklärende

davon aus, dass dies allen Beteiligten bewusst ist, liegt hingegen ein Fall der Scherzerklärung (§ 118 BGB) vor.

Besonders schwierig ist die Abgrenzung von § 118 BGB von der **Anfechtung wegen Inhaltsirrtums** nach § 119 Abs. 1 BGB: Auch bei § 118 BGB irrt sich der Erklärende über den "Inhalt" seiner Erklärung - er meint nämlich, gar nicht rechtsgeschäftlich tätig zu werden (ähnlich dem Fall des fehlenden Erklärungsbewusstseins, z.B. beim Trierer Weinversteigerungsfall). Hier ist § 118 BGB eine vorrangige Spezialregelung für die Scherzerklärung.

[BGH 07.12.2000](#)

OLG Düsseldorf BeckRS 2011, 22080



1. Was gilt bei notarieller Beurkundung?

Wenn bei einer Beurkundung i.S.d. Beurkundungsgesetzes ein Notar als vertrauensschaffender Dritter eingeschaltet wird, ist umstritten, ob noch Raum für eine Scherzerklärung nach § 118 BGB verbleibt. Denn in diesem Zusammenhang scheint eine nicht ernst gemeinte Erklärung fernliegend.

Teilweise wird § 118 BGB bei einem beurkundeten Vertrag für **unanwendbar** gehalten:

- Mit der Funktion des § 311b Abs. 1 BGB und dem Gedanken des Verkehrsschutzes ist es nur schwer vereinbar, wenn eine vor einem Notar nach außen als ernstlich gemeint abgegebene Erklärung nur deswegen nichtig ist, weil der Erklärende die Erklärung nicht wirklich gewollt hat und davon ausging, der Vertragspartner werde dies erkennen.

Die (**herrschende**) **Gegenauffassung** lässt § 118 BGB auch bei beurkundeten Verträgen eingreifen:

- Sinn und Zweck des § 311b Abs. 1 S. 1 BGB ist u.a. der Schutz vor Übereilung und die Beweissicherung, jedoch nicht, dass die Erklärung keinen anderen Inhalt besitzt, als der, der sich aus dem Wortlaut ergibt.
- § 118 BGB setzt nicht voraus, dass ein Notar die Nichternstlichkeit erkennt.
- Das Vertrauen in die Gültigkeit wird weiterhin durch § 122 BGB geschützt.



Für die h.M.: [BGH, Urt. v. 26. Mai 2000 - V ZR 399/99](#)

Für die ältere Gegenauffassung: OLG München NJW-RR 1993, 1168, 1169



2. Wie wird der Adressat der Erklärung geschützt?

Ganz schutzlos ist der Erklärungsempfänger aber nicht: Nach § 122 Abs. 1 BGB kann er **Schadensersatz** verlangen, wenn er den Scherz weder kannte noch bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 Abs. 2 BGB iVm § 122 Abs. 2 BGB) erkennen konnte. Hätte hingegen ein objektiver Dritter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt gemerkt, dass die Erklärung so nicht gemeint sein kann, entfällt auch dieser Schadensersatzanspruch.

Der Schadensersatz ist nach § 122 Abs. 1 BGB allerdings auf den Vertrauensschaden begrenzt (sog. negatives Interesse). Der Adressat der Erklärung erhält also nur das, was er erhalten hätte, wenn er die Erklärung nie gehört hätte - nicht etwa das, was er bei deren Wirksamkeit beanspruchen könnte (das wäre das positive Interesse). Ist das negative Interesse ausnahmsweise höher als das positive Interesse (bei einem nachteiligen Geschäft), ist das negative Interesse durch das positive Interesse gedeckelt.

Weitergehend wird demjenigen, der eine Scherzerklärung abgibt, eine **Aufklärungspflicht aus Treu und Glauben** (§ 242 BGB) auferlegt: Erkennt er, dass der andere von der Rechtsverbindlichkeit der als Scherz gemeinten Erklärung ausgeht, muss er ihn unverzüglich (d.h. ohne schuldhaftes Zögern, § 121 Abs. 1 S. 1 BGB) über den verursachten Irrtum aufklären. Unterlässt er dies, wird sein Schweigen hier ausnahmsweise als Willenserklärung gewertet. Das hat wiederum zur Folge, dass die Folgen der Scherzerklärung doch noch eintreten: Der Empfänger konnte nach der Verkehrssitte davon ausgehen (§ 157 BGB), dass derjenige, der nachträglich erkennt, dass ein von ihm geäußelter Scherz nicht erkannt wurde, aber trotzdem den damit verbundenen Eindruck aufrechterhält, das Geschäft wirklich abschließen will. Der geheime Vorbehalt des Schweigenden, dadurch keine Rechtspflicht zu begründen, ist auch bei der Erklärung durch Schweigen nach § 116 S. 1 BGB unbeachtlich.

Nach anderer Auffassung existiert keine gesonderte Aufklärungspflicht. Argumentiert wird damit, dass bereits § 122 BGB das negative Interesse gewährt und ansonsten die Nichtigkeitsanordnung des § 118 BGB durch ein Anfechtungserfordernis ersetzt werde, was bei einer scherzhaften Erklärung weder für den Erklärenden, der ja durch den Scherz gerade keine Bindung möchte (was eine Anfechtungsoption hinfällig macht), noch für den Adressaten, der bezüglich der Anfechtungsoption zusätzlicher Unsicherheit ausgesetzt ist, interessengerecht sei.



Konstruktiv ist Anknüpfungspunkt also nicht die Scherzerklärung selbst, sondern die daran anknüpfende (inhaltsgleiche) Willenserklärung durch Schweigen trotz Aufklärungspflicht. In der Klausur müssen Sie dies sauber differenzieren!

III. Was gilt bei Scheingeschäften?

Nach § 117 Abs. 1 BGB ist eine Erklärung nichtig, wenn die Parteien **einverständlich** nur den äußeren Schein des Abschlusses eines Rechtsgeschäfts hervorrufen wollen, nicht aber die nach außen vorgetäuschte rechtliche Wirkung bezwecken. Demgegenüber geht der Erklärende bei einem geheimen Vorbehalt (§ 116 S. 1 BGB) davon aus, dass sein wahrer Wille nicht erkannt wird. Soweit der Erklärende weiß, dass der Empfänger den wahren Willen kennt, verdrängt § 117 Abs. 1 BGB als spezielleres Gesetz § 116 S. 2 BGB. Zweck des Scheingeschäfts ist regelmäßig die Täuschung eines Dritten.

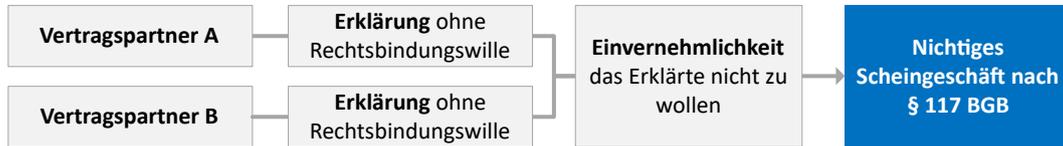
Hinsichtlich der Rechtsfolgen müssen Sie zwischen dem Scheingeschäft (**simuliertes Geschäft**) und dem verdeckten Geschäft (**dissimuliertes Geschäft**) differenzieren:

- Das Scheingeschäft ist gegenüber jedermann nichtig, § 117 Abs. 1 BGB.
- Das verdeckte Geschäft ist wirksam, sofern dessen Voraussetzungen erfüllt sind, § 117 Abs. 2 BGB.



§ 117 Abs. 1 BGB greift ausschließlich, wenn die Parteien nur den Schein eines wirksamen Rechtsgeschäfts wollen, nicht jedoch dessen Erfolg. Bei Treuhand-, Strohmänn- und Umgehungsgeschäften wollen die Parteien nicht nur den Schein

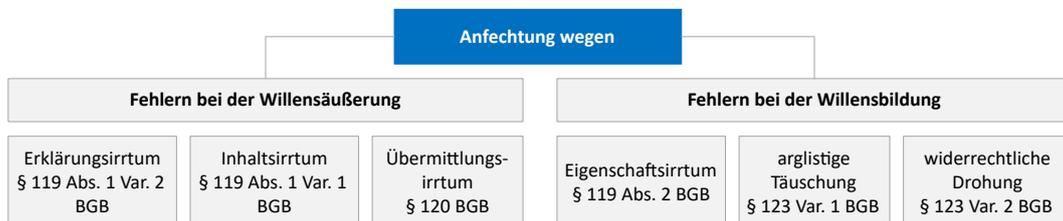
der Wirksamkeit erwecken, sondern auch den Erfolg des Rechtsgeschäfts, sodass § 117 Abs. 1 BGB nicht anwendbar ist.



B. Unter welchen Umständen ist eine Anfechtung möglich?

Weicht das Verständnis einer Erklärung aus Sicht eines objektiven Empfängers (§ 157 BGB) vom wirklichen Willen des Erklärenden (§ 133 BGB) ab, wird die Erklärung mit dem Inhalt wirksam, den der Empfänger verstehen durfte. Allerdings kann der Erklärende unter Umständen die Wirkungen seiner Erklärung oder einer missverstandenen Handlung **mit Rückwirkung („ex tunc“)** beseitigen. Er wird also so gestellt, als hätte er die Erklärung nie abgegeben. Man nennt dies „Anfechtung“ (§ 142 Abs. 1 BGB). Bereits gewährte Leistungen sind nach § 812 Abs. 1 S. 1 1. Var. BGB (sog. "condictio indebiti") zurückzugewähren, weil es hierfür keinen Rechtsgrund gab.

Es ist nach § 119 BGB, § 120 BGB nur möglich, **Willenserklärungen** (z.B. bei einem Vertrag den Antrag oder die Annahme) anzufechten - nicht hingegen einen Vertrag als Ganzes. Für die Anfechtung einer Willenserklärung bedarf es insbesondere eines Anfechtungsgrundes. Der Allgemeine Teil des BGB unterscheidet zwischen Fehlern bei der **Willensäußerung** (Erklärungs- und Inhaltsirrtum, § 119 Abs. 1 BGB sowie Übermittlungsfehler, § 120 BGB) und Fehlern bei der **Willensbildung** (Eigenschaftsirrtum, § 119 Abs. 2 BGB, arglistige Täuschung und widerrechtliche Drohung, § 123 Abs. 1 BGB).



Die Anfechtung von Willenserklärungen ist **sehr klausurrelevant**. Daher sollten Sie sich dem folgenden Abschnitt besonders aufmerksam widmen!



I. Wo diskutieren Sie die Anfechtung in der Klausur?

Wo Sie die Anfechtung in der Klausur diskutieren, ist innerhalb der Lehrbücher umstritten:

- **Möglichkeit 1:** Sie können die Anfechtung unmittelbar im Rahmen der Prüfung der betroffenen Willenserklärung prüfen, d.h. unter der Überschrift "**Anspruch entstanden**" entweder beim Antrag oder bei der Annahme, also bei der Willenserklärung, die angefochten wurde. Dafür spricht der Wortlaut des § 142 Abs. 1 BGB, wonach die Anfechtung bewirkt, dass das Rechtsgeschäft (und damit auch die daraus resultierenden Ansprüche) nie entstanden ist. Zudem passt es dazu, dass gerade ein Element des subjektiven Tatbestands der Willenserklärung (der Geschäftswille) fehlt. Die Rückgewähr bereits erbrachter Leistungen (gezahltes Geld, gelieferte Sachen) erfolgt dann nach § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Var. BGB. Rein praktisch ist es schließlich so, dass Sie im ersten Semester noch keine anderen Untergangsgründe (wie

Rücktritt, § 346 BGB und Widerruf, § 355 BGB) kennen, von denen die Anfechtung möglicherweise abzugrenzen wäre.

- **Möglichkeit 2:** Teilweise wird demgegenüber vertreten, dass die Fiktion des § 142 Abs. 1 BGB auf den Prüfungsaufbau keine Auswirkungen haben sollte - stattdessen sei die Anfechtung unter "**Anspruch untergegangen**" zu prüfen. Konsequenterweise wendet diese Auffassung auch nicht § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Var. BGB, sondern § 812 Abs. 1 S. 2, 1. Var. BGB als Anspruchsgrundlage für die Rückgewähr bereits erbrachter Leistungen an.



Dies ist kein "**Meinungsstreit**" den Sie in der Klausur diskutieren dürfen, denn der Prüfungsaufbau ist grundsätzlich nie zu erläutern, sondern reine Geschmackssache! Entscheiden Sie sich für eine der Möglichkeiten und bleiben Sie dabei - beachten Sie nur konsequent die Folge im Rahmen der Prüfung von § 812 BGB.

II. Wie prüfen Sie eine Anfechtung?

Lernen Sie unbedingt das folgende **Prüfungsschema** auswendig:



0. Zulässigkeit der Anfechtung nach §§ 119 ff. BGB (nur wenn problematisch)

- Unmittelbar auf alle Willenserklärungen, analog bei geschäftsähnlichen Handlungen
- keine vorrangigen Sonderregeln (etwa §§ 434 ff. BGB ggü. § 119 Abs. 2 BGB) oder Ausschluss nach § 144 BGB

I. Anfechtungsgrund

- Inhaltsirrtum, § 119 Abs. 1 1. Var. BGB
- Erklärungsirrtum, § 119 Abs. 1 2. Var. BGB
- Eigenschaftsirrtum, § 119 Abs. 2 BGB
- Fehler bei Übermittlung, § 120 BGB
- Arglistige Täuschung, § 123 Abs. 1 1. Var. BGB
- Widerrechtliche Drohung, § 123 Abs. 1 2. Var. BGB

II. Anfechtungserklärung, § 143 Abs. 1 BGB

III. Richtiger Anfechtungsgegner, § 143 Abs. 2, Abs. 3 BGB

IV. Anfechtungsfrist, § 121 BGB, § 124 BGB

V. **Rechtsfolge:** Erlöschen ex tunc, § 142 Abs. 1 BGB; ggf. Schadensersatzanspruch aus § 122 BGB

1. Welche Gründe berechtigen zur Anfechtung?

Das Gesetz sieht in § 119 BGB, § 120 BGB und in § 123 BGB insgesamt sechs Anfechtungsgründe vor:

In der Klausur sollten Sie stets die beiden ganz rechts dargestellten **Anfechtungsgründe des § 123 BGB** (Täuschung und Drohung) vor denjenigen nach §§ 119, 120 BGB prüfen, weil die Anfechtung nach § 123 BGB den Anfechtenden besser stellt (längere Anfechtungsfrist § 124 BGB, kein Schadensersatz nach § 122 Abs. 1 BGB, ggf. dingliche Wirkung wegen Fehleridentität).



a. Welche Anfechtungsgründe regelt § 119 BGB ?

Bei der Prüfung einer Anfechtung wegen Irrtums (§ 119 BGB) müssen Sie in der Klausur sauber zwischen drei verschiedenen Anfechtungsgründen unterscheiden:

- § 119 Abs. 1, 1. Var. BGB regelt den sog. **Inhaltsirrtum**. Er liegt vor, wenn der Erklärende bei Abgabe der Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtum war. Das bedeutet, dass er seiner Erklärung eine andere Bedeutung beimisst, als sie aus der Perspektive eines objektiven Empfängers (§ 157 BGB) hat. Der Erklärende würde - auf seine Aussage angesprochen - die Erklärung nicht korrigieren, da er sie für richtig formuliert hält.
- Demgegenüber liegt ein **Erklärungsirrtum** (§ 119 Abs. 1, 2. Var. BGB) vor, wenn der Erklärende *eine Erklärung dieses Inhaltes überhaupt nicht abgeben wollte*, sich also verschreibt, verspricht oder vergreift. Es handelt sich somit um einen Fehler in der *Willensäußerung*; der Erklärende würde - auf seine Aussage angesprochen - die Erklärung korrigieren.
- Schließlich regelt § 119 Abs. 2 BGB den **Eigenschaftsirrtum**, der nach dem Willen des Gesetzgebers als besonderer Fall des Inhaltsirrtums gelten soll. Anders als beim Inhaltsirrtum liegt dort die Fehlvorstellung aber in der *Willensbildung*. Sie muss sich auf *Eigenschaften der Person oder der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden*, beziehen .

Andere Irrtümer berechtigen nicht zur Anfechtung. Ausgeschlossen ist damit insbesondere eine Anfechtung wegen eines bloßen **Motivirrtums**.

Im Folgenden werden wir uns die einzelnen Irrtümer näher ansehen.

aa. Was ist ein "Inhaltsirrtum" (§ 119 Abs. 1, 1. Var. BGB)?

Bei einem Inhaltsirrtum (§ 119 Abs. 1, 1. Var. BGB) ist der Erklärende *bei der Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtum*. Das bedeutet, dass er zwar genau das erklärt, was er auch erklären will, aber über die Bedeutung der von ihm verwendeten Ausdrücke oder Erklärungszeichen irrt. Der Erklärende misst also seiner Äußerung einen anderen Inhalt bei als der Rechtsverkehr.

Der Münchener M bestellt in einer Brauerei in Köln einen "halven Hahn" und erhält nicht das erwartete Grillhähnchen (§ 133 BGB), sondern wie in Köln üblich ein halbes Roggenbrötchen mit einer Scheibe Gouda. Der Vertrag ist zunächst wirksam zustandegekommen - jedoch kann M die Anfechtung nach § 142 Abs. 1 BGB iVm § 119 Abs. 1, 1. Var. BGB erklären.



Das vom Erklärenden Gewollte (§ 133 BGB) weicht im Fall des Erklärungsirrtums von demjenigen ab, was der Empfänger verstanden hat und verstehen durfte (§ 157 BGB). Es liegt jedoch

kein Versprechen, Verschreiben oder Vergreifen vor, sondern ein schlichtes Missverständnis des Erklärenden.



1. Objektiver **Erklärungsgehalt** (§ 157 BGB: Was darf der Empfänger verstehen?)
2. Subjektiver **Geschäftswille** (§ 133 BGB: Was wollte der Erklärende?)
3. **Unbewusstes** Auseinanderfallen von Erklärungsgehalt und Geschäftswille
4. **Erheblichkeit**: Wäre die Erklärung bei Kenntnis des Auseinanderfallens gar nicht oder zumindest anders abgegeben worden?

bb. Was ist ein "Erklärungsirrtum" (§ 119 Abs. 1, 2. Var. BGB)?

Bei einem Erklärungsirrtum nach § 119 Abs. 1, 2. Var. BGB wollte der Erklärende eine Willenserklärung dieses Inhalts **überhaupt nicht abgeben**. Er hat also nicht das erklärt, was er wollte - aber nicht weil er einen Ausdruck nicht oder falsch kannte, sondern weil er einen Fehler bei der Äußerung gemacht hat.



V möchte an K sein Auto verkaufen, schreibt aber in seinem schriftlichen Antrag auf Vertragsschluss irrtümlich 6.900 Euro anstatt der vorgestellten 9.600 Euro.



1. Objektiver **Erklärungsgehalt** (§ 157 BGB: Was darf der Empfänger verstehen?)
2. Subjektiver **Geschäftswille** (§ 133 BGB: Was wollte der Erklärende?)
3. **Unbewusstes** Auseinanderfallen von Erklärungsgehalt und Geschäftswille
4. **Erheblichkeit**: Wäre die Erklärung bei Kenntnis des Auseinanderfallens gar nicht oder zumindest anders abgegeben worden?

Folgt man beim Meinungsstreit zum mangelnden Erklärungsbewusstsein der Auffassung, dass die ohne Erklärungsbewusstsein abgegebene Erklärung zunächst wirksam ist, so ist eine **Anfechtung** nach überwiegender Auffassung **nach § 119 Abs. 1, 2. Var. BGB analog** möglich. Die Gegenauffassung geht mit einem Erst-Recht-Schluss zu § 118 BGB davon aus, dass eine derartige Erklärung nichtig ist. Genauer hierzu können Sie im Kapitel zu den Problemen der Willenserklärung erfahren.

cc. Was ist ein "Eigenschaftsirrtum" (§ 119 Abs. 1 1. Var. iVm. Abs. 2 BGB)?

Irrt der Erklärende über **verkehrswesentliche Eigenschaften einer Sache oder einer Person**, so hat er nach § 119 Abs. 2 BGB die Möglichkeit der Anfechtung. Im Unterschied zum Inhalts- und Erklärungsirrtum stimmen bei einem Eigenschaftsirrtum aber Erklärung und Wille überein. Der Fehler des Erklärenden liegt hier in der Willensbildung. Eigenschaften iSd § 119 II BGB sind alle Merkmale, die der Person oder Sache unmittelbar anhaften, sie kennzeichnen und von Dauer sind, bei Sachen also insbesondere **alle wertbildenden Merkmale**. Bei Sachen sind dies etwa die Zusammensetzung, die Farbe, das Alter oder der Zustand. Der **Preis** selbst ist hingegen regel-

mäßig *kein* wertbildendes Merkmal, sondern nur das *Ergebnis* aller wertbildenden Merkmale (anders ausnahmsweise, wenn ein bestimmter Sammlerwert besteht). Verkehrswesentlich ist die Eigenschaft, wenn sie den objektiv zu bestimmenden wirtschaftlichen Zweck des Vertrages ausmacht und dies für den Vertragspartner auch erkennbar ist. Es handelt sich **ausnahmsweise** um einen beachtlichen **Motivirrtum** (Sie erinnern sich: Ansonsten berechtigen Motivirrtümer nicht zur Anfechtung!).

Zudem ist die Erklärung nur anfechtbar, wenn der Irrtum ursächlich war. Dabei ist nicht ausreichend, dass der Erklärende seine Erklärung bei Kenntnis der Sachlage (=subjektiv) nicht oder nicht so abgegeben hätte, sondern er hätte bei "verständiger Würdigung" (=objektiv) von dieser Abstand genommen. Grundsätzlich steht dem Erklärenden daher kein Anfechtungsrecht zu, wenn für ihn aus dem Irrtum keine wirtschaftlichen Nachteile folgen, wenn die Abgabe der Erklärung rechtlich geboten war oder wenn sich der Irrtum nur auf unwesentliche Nebenpunkte bezieht.

V verkauft einen Ring für 100 Euro, da er davon ausgeht, dass dieser nur vergoldet ist. Tatsächlich besteht er aus massivem Gold und ist 1000 Euro wert. Der Goldanteil ist der wertbildende Faktor, über den sich V irrt.



V kauft von B - aufgrund der aus seiner Sicht guten Ertragsmöglichkeiten - ein großes Mietshaus. Er geht davon aus, dass der monatliche Mietertrag bei 10.000 € liegt. Tatsächlich beträgt dieser nur 5.000 €.

Prüfung in der Klausur:



1. Eigenschaften

2. **Verkehrswesentlichkeit:** Waren die Eigenschaften vereinbart (sog. Vertragswesentlichkeit) oder wird bei Rechtsgeschäften der in Frage stehenden Art typischerweise auf sie Wert gelegt (sog. Verkehrswesentlichkeit)?

3. kein Ausschluss

- durch Gewährleistungsrecht
- durch Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB bei Doppelirrtum

Sachverhalt hier

Lösungsvorschlag

Erster Block der Lösung hier

Zwischenüberschrift

Erläuterung der Lösung hier

dd. Was ist ein "Kalkulationsirrtum"?

Beim Kalkulationsirrtum unterläuft dem Erklärenden ein **Fehler bei der Berechnung** des Preises (oder Menge, Größe, Gewichts, usw.). Es handelt sich hierbei um einen Irrtum, der der Abgabe der Willenserklärung vorgelagert ist.



Parkettleger P berechnet dem Hauseigentümer H einen Festpreis von 2500 Euro für die Verlegung von Parkett im Erdgeschoss. Dabei ist er jedoch von einer zu kleinen Quadratmeterzahl ausgegangen.

Ob P seine Willenserklärung anfechten kann hängt davon ab, ob es sich um einen sog. verdeckten Kalkulationsirrtum oder um einen offenen Kalkulationsirrtum handelt. Wodurch sich diese Irrtümer unterscheiden, erfahren Sie auf den Folgeseiten.

Ein Kalkulationsirrtum kann in der Fallbearbeitung **unter verschiedenen Aspekten relevant** sein:

- **Auslegung:** Im Wege der Auslegung kann sich ergeben, dass sich die Parteien nicht über ein Berechnungsergebnis, sondern über eine Berechnungsmethode geeinigt haben.
- **Anfechtung:** Erkannte der Geschäftsgegner den Irrtum, so ist nach teilweiser Ansicht § 119 BGB entsprechend anwendbar, sodass eine Berechtigung zur Anfechtung besteht.
- c.i.c. (§§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB): Der Geschäftsgegner kann verpflichtet sein, auf den Irrtum aufmerksam zu machen.
- **Störung der Geschäftsgrundlage** (§ 313 BGB): Die korrekte Berechnung kann Geschäftsgrundlage sein.
- **Unzulässige Rechtsausübung** (§ 242 BGB): Durch unverändertes Festhalten am Vertrag trotz Kenntnis des Irrtums.

(1) Was gilt bei einem "verdeckten" Kalkulationsirrtum?

Ist die Kalkulationsgrundlage dem Geschäftspartner gegenüber nicht offengelegt, also war die interne Kalkulation nicht in die Willenserklärung aufgenommen, handelt es sich nach allgemeiner Auffassung nur um einen **unbeachtlichen Motivirrtum**, der nicht zur Anfechtung berechtigt.



Gibt P dem H im obigen Beispiel also nur einen Gesamtbetrag an, so scheidet eine Anfechtung aus.

Fraglich ist jedoch, ob das Anfechtungsrecht auch dann ausgeschlossen ist, wenn der Geschäftsgegner (H) den Kalkulationsirrtum hätte erkennen können (sog. entdeckter Kalkulationsirrtum):



1. Nach einer selten vertretenen Ansicht soll die **Anfechtung** in diesem Fall nach § 119 Abs. 1 1. Var BGB **möglich** sein.

Argument: Empfänger der Willenserklärung ist aufgrund seiner Kenntnis nicht schutzbedürftig.

2. Die **überwiegende Auffassung versagt** dem Erklärenden auch in diesem Fall das **Anfechtungsrecht**.

Argument: Die Gegenauffassung widerspricht der Wertung des Gesetzes, wonach nur bei einem Abweichen von Wille und Erklärung (§ 119 Abs. 1 BGB) und bei einem Spezialfall des Motivirrtums, dem Eigenschaftsirrtum (§ 119 Abs. 2 BGB), eine Anfechtung möglich sein soll. Durch die "Hochstilierung" des Motivirrtums zu einem Inhaltsirrtum würde die scharfe Grenze des Gesetzes zwischen beachtlichen und unbeachtlichen Irrtümern verwischt.

Ausnahme: Für den Fall, dass die Versagung des Anfechtungsrechts zu einer Existenzgefährdung seitens des Erklärenden führt, soll dem Festhalten am Vertrag trotz Kenntnis des Irrtums im Wege einer **unzulässigen Rechtsausübung** (§ 242 BGB) begegnet werden.

Verdeckter Kalkulationsirrtum als unbeachtlicher Motivirrtum: BGH NJW 2005, 976, 977; BGH NJW 2002, 2312 f.
[NJW 2005, 976, NJW 2003, 2312](#)
Zur h.M.: Brox/Walker, BGB AT, Rn. 425.



(2) Was gilt bei einem "offenen" Kalkulationsirrtum?

Anders zu beurteilen ist der Fall, in dem beide Vertragsparteien gemeinsam von einer bestimmten Kalkulationsgrundlage ausgehen - die **Kalkulation dem Geschäftspartner also erkennbar** ist - und beide Parteien diese zur Grundlage ihrer Verhandlungen machen. Dann liegt ein sog. offener Kalkulationsirrtum vor. Ob und inwieweit dieser Irrtum korrigiert werden kann, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab:

- **Auslegung:** Wird im Wege der Auslegung (§§ 133, 157 BGB) festgestellt, dass nicht der kalkulierte Preis, sondern eine bestimmte Preisgestaltung bzw. Kalkulationsmethode vereinbart war, so ist die irrtümlich falsche Angabe des Endpreises nach dem Auslegungsgrundsatz *falsa demonstratio non nocet* irrelevant.
- **Störung der Geschäftsgrundlage** (§ 313 BGB): Falls die Auslegung zu keinem Ergebnis gelangt, so kommt eine Anpassung des Vertrages nach den Grundsätzen über die Störung der Geschäftsgrundlage in Betracht. In diesem Zusammenhang stellt sich wiederum die Problematik des beiderseitigen Irrtums.

ee. Was gilt bei abredewidriger Vervollständigung eines Blanketts?

Die Erteilung eines Blanketts beinhaltet regelmäßig die Abrede über dessen Vervollständigung. Wenn sich der Inhaber an diese Abrede hält, entstehen keine Probleme, denn der Aussteller haftet so, als ob er die Urkunde selbstständig ausgefüllt hätte.

Problematisch ist hingegen der Fall, in dem sich der Partner nicht an die Abrede hält und das Blankett somit abredewidrig vervollständigt. Soweit der Erklärungsempfänger das Blankett ausgefüllt hat, ergibt schon die Auslegung der schriftlichen Erklärung im Kontext der mündlichen Abmachungen, dass die Erklärung nur den vereinbarten Inhalt hat. Eine Anfechtung ist daher überflüssig. Kommt der Vertrag dagegen mit einem Dritten zustande, ist dieser in seinem Vertrauen auf das Erklärte zu schützen.

Fraglich ist, wie dieser Fall zu lösen ist:



Früher wurde diese Problematik über § 119 BGB gelöst und eine **Anfechtung** gestattet.

- Der Blankettgeber (Aussteller) wollte eine Erklärung diese Inhalts nicht abgeben und unterliegt damit einem Erklärungsirrtum iSd. § 119 Abs. 1 1. Var. BGB.

Heute wird diese Anfechtungsmöglichkeit jedoch überwiegend verneint. Wer ein Blankett mit seiner Unterschrift in Kenntnis der Unvollständigkeit in den Rechtsverkehr entlässt, muss den dadurch geschaffenen Rechtsschein **analog § 172 Abs. 2 BGB** einem gutgläubigen Dritten gegenüber gegen sich gelten lassen. Es folgt eine **Anwendung des Vertretungsrechts** (§§ 164 ff. BGB).

- Der Sinn und Zweck der Vertretungsregeln erfasst die Fälle der Blankoerklärung, denn der Blankettgeber gibt dem Ermächtigten Vertretungsmacht hinsichtlich des Ausfüllens. Somit liegt eine vergleichbare Interessenlage vor.
- Eine Analogie zu § 172 Abs. 2 BGB erlaubt auch eine Anwendung des § 173 BGB: Auch bei Kenntnis oder Evidenz bedarf es keiner Anfechtung.



[BGH NJW 1984, 798](#)
[BGHZ 40, 65](#)

b. Was gilt bei falscher Übermittlung (§ 120 BGB)?

Bei § 120 BGB setzt der Erklärende einen Boten oder eine Übermittlungseinrichtung (z.B. Internet-Provider) ein. Dieser bzw. diese übermittelt die Erklärung falsch (sog. "*verlängerter Erklärungsirrtum*").

Erklärt irgendjemand, er sei Bote, ohne hierzu beauftragt zu sein, liegt schon keine zurechenbare Willenserklärung vor. Dann bedarf es keiner Anfechtung.

Umstritten ist aber, ob § 120 BGB Anwendung findet, wenn der Bote **bewusst** etwas Falsches übermittelt:



Nach **einer Auffassung** hat der Erklärende durch die Einschaltung des Boten selbst **das Risiko geschaffen**, dass dieser etwas anderes erklärt als er erklären soll. Er muss also die fehlerhaft übermittelte Erklärung gegen sich gelten lassen oder anfechten und nach § 122 BGB Schadensersatz leisten. Diesen kann er dann im Innenverhältnis vom Boten nach § 280 Abs. 1 BGB ersetzt verlangen.

Argument: Dafür spricht der Wortlaut, der nicht nach der Kenntnis des Boten differenziert.

Die **Gegenansicht** (wohl hM) verneint hingegen einen Anknüpfungspunkt für die Zurechnung der Erklärung des Boten: Dieser sollte nichts eigenes erklären, handelte also ohne jede Botenmacht. Ein solcher "**Bote ohne Botenmacht**" sei wie ein Vertreter ohne Vertretungsmacht zu behandeln: Der Auftraggeber kann das Geschäft genehmigen (§ 177 BGB, § 178 BGB), wenn er dies nicht tut, haftet der Bote persönlich auf Erfüllung oder Schadensersatz analog § 179 Abs. 1 BGB.

Argument: Dafür spricht, dass die Grenze zwischen Botenschaft und Stellvertretung ohnehin fließend ist, weil § 166 Abs. 2 BGB konkrete Weisungen auch bei Stellvertretung zulässt. Auch diese Ansicht bejaht aber im Einzelfall eine Haftung des Auftraggebers des Boten nach § 280 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 311 Abs. 2 BGB oder sogar verschuldensunabhängig analog § 122 BGB.

[BGH 8. März 2006](#)
[BGH 21. Mai 2008](#)



c. Welche Anfechtungsgründe regelt § 123 BGB ?

§ 123 BGB regelt zwei verschiedene Anfechtungsgründe:

- Die **arglistige Täuschung** (§ 123 Abs. 1, 1. Var. BGB) ähnelt dem strafrechtlichen Betrug (§ 263 StGB): Der Erklärende handelte aufgrund eines Irrtums, der wiederum auf einer vorsätzlichen Täuschung beruhte.
- Die **widerrechtliche Drohung** (§ 123 Abs. 1, 2. Var. BGB) ist mit der strafrechtlichen Erpressung (§ 253 StGB) vergleichbar: Der Erklärende weiß, was er erklärt, wird hierzu aber durch Drohung mit einem empfindlichen Übel gezwungen.

§ 123 Abs. 2 BGB regelt die besondere Konstellation, dass der Erklärende durch einen Dritten getäuscht wurde: Dessen Verhalten muss sich der Erklärungsempfänger nur entgegenhalten lassen, wenn er es kannte oder kennen musste, also nur aufgrund von Fahrlässigkeit (§ 276 Abs. 2 BGB) nicht kannte (§ 122 Abs. 2 BGB). Allerdings wird der Begriff des Dritten restriktiv ausgelegt: Für Personen, die im Lager des Erklärungsempfängers stehen, soll es auf Kenntnis oder Kennenmüssen nicht ankommen.

aa. Was ist eine arglistige Täuschung (§ 123 Abs. 1, 1. Var. BGB)?

Ähnlich dem Eigenschaftsirrtum stimmen auch im Rahmen der arglistigen Täuschung Wille und Erklärung zumeist überein. Hier liegt jedoch ein **durch die Täuschung bedingter Fehler bei der Willensbildung** vor. Daher kann der Erklärende seine Willenserklärung nach § 123 Abs. 1 1. Var. BGB wegen **Motivirrtums** anfechten.

Prüfung in der Klausur (im Rahmen des Grundschemas zur Anfechtung):

I. **Täuschungshandlung:** Wurde bei dem Erklärenden ein Irrtum hervorgerufen oder aufrechterhalten? Möglich durch ausdrückliches oder konkludentes Handeln oder durch Unterlassen (z.B. Schweigen), wenn eine Aufklärungspflicht besteht.

II. **Kausalität:** War der durch die Täuschung bewirkte Irrtum kausal für die abgegebene Willenserklärung? (Doppelkausalität)

III. **Widerrechtlichkeit** (Fehlt nur bei Rechtfertigungsgründen.)



IV. Arglist: Hatte der Täuschende Vorsatz bzgl. der Täuschungshandlung, des Irrtums und der darauf basierenden Willenserklärung? (Arglist ist auch bei Angaben gegeben, wenn der Erklärende bei Angaben, ins Blaue hinein, unrichtige Behauptungen aufstellt.)

V. Kein Ausschluss nach § 123 Abs. 2 BGB

bb. Wer ist Dritter i.S.d. § 123 Abs. 2 BGB?

Nach § 123 Abs. 2 BGB wird der Anfechtungsgegner privilegiert, wenn ein Dritter täuscht - für fremde Äußerungen muss er nur haften, soweit er sie kannte oder aufgrund von Fahrlässigkeit (§ 122 Abs. 2 BGB) nicht kannte. Das Gesetz definiert aber nicht, was einen solchen "Dritten" ausmacht. Würde man darunter alle Personen außer dem Anfechtungsgegner selbst fassen, könnte sich dieser hinter Mitarbeitern verstecken. Das ist vom Gesetzgeber sicherlich nicht gewollt. Nicht unter § 123 Abs. 2 BGB, sondern unter § 123 Abs. 1 BGB fällt daher die Täuschung durch jemanden, der **Hilfsperson des Anfechtungsgegners** ist.



Alle Personen, deren Verhalten Sie im Rahmen einer Haftung aus § 280 Abs. 1 BGB iVm § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB dem Anfechtungsgegner als Erfüllungsgehilfen im Sinne von § 278 S. 1 BGB zurechnen würden, sind keine Dritten im Sinne von § 123 Abs. 2 BGB, so dass ihre Äußerungen unmittelbar als Verhalten des Anfechtungsgegners im Sinne von § 123 Abs. 1 BGB behandelt werden.

- Unter § 123 Abs. 1 BGB ohne die Möglichkeit eines Ausschlusses durch Nachweis fehlender Kenntnis nach § 123 Abs. 2 BGB fallen daher **Erklärungs- und Empfangsvertreter** im Sinne von § 164 Abs. 1 BGB (einschließlich solcher, die nur aufgrund einer Duldungs- oder Anscheinsvollmacht handeln). Es genügt sogar, dass das Verhalten eines Vertreters ohne Vertretungsmacht nach § 177 BGB genehmigt wurde (insoweit also über § 278 BGB hinaus).
- Weitergehend fallen nur unter § 123 Abs. 1 BGB ohne die Privilegierung nach § 123 Abs. 2 BGB Erklärungen sogenannter **Verhandlungsgehilfen**, d.h. von Personen, die zwar keine eigene Willenserklärung für den Anfechtungsgegner abgeben dürfen, aber bewusst und gewollt in den Vertragsschluss oder die Abwicklung einbezogen sind, etwa Beratungspersonal in einem Kaufhaus.
- Unter § 123 Abs. 2 BGB fallen demgegenüber alle Personen, die **ausschließlich auf eigene Rechnung handeln**.



Ein Makler vermittelt im Interesse beider Parteien einen fremden Vertrag (§ 652 BGB) - er handelt also gerade nicht für den Anfechtungsgegner. Soweit der Makler aber praktisch nur von einer Seite vorgeschoben wird, können seine Erklärungen dieser Partei zugerechnet werden.

- Ebenfalls ausgeschlossen ist die Zurechnung des Verhaltens von Personen, von deren **Handeln der Anfechtungsgegner nichts wusste und auch nicht wissen konnte**.

Nicht zugerechnet werden kann eine Erklärung von einem Kunden, der zufällig in einem Selbstbedienungsladen ist; aber auch Erklärungen der Reinigungskraft (die nur zur Reinigung angestellt ist), muss sich der Ladenbetreiber nicht zurechnen lassen.



Die formale Orientierung an den Regeln der culpa in contrahendo (§ 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB iVm § 280 Abs. 1 BGB) und der Haftung für Erfüllungsgehilfen (§ 278 S. 1 BGB) ist allerdings nicht immer hinreichend. In manchen Fällen werden Personen zwar nicht gezielt in Verhandlungen eingeschaltet, bewegen sich aber dennoch in der **"Sphäre" des Anfechtungsgegners**.

Deutlich ist dies namentlich bei engen Verwandten: Man kann erwarten, dass Äußerungen von Eheleuten, Kindern oder Eltern vom Anfechtungsgegner jedenfalls beherrscht werden können. Es ist seine Aufgabe, dafür Sorge zu tragen, dass diese sich nur wahrheitsgemäß äußern oder ganz vom Geschäft fernhalten. Der Geschäftspartner wird diesen Äußerungen üblicherweise eine große Bedeutung beimessen, die mindestens derjenigen eines Beraters vor Ort entspricht.



Allerdings ist die Zurechnung ausgeschlossen, wenn die Täuschung **zum Nachteil der Person** erfolgt, in deren Sphäre der Täuschende eigentlich ist.

Frau F schließt für sich einen Risikolebensversicherungsvertrag ab. Bei dem Abschluss ist ihr Mann M anwesend, der das Geschäft freundlich begleitet. In Wirklichkeit will M von Anfang an F umbringen, um die Versicherungsprämie zu erlangen, worüber er die Versicherung jedoch nicht informiert. Da M hier aber zum Nachteil der F handeln will, kann die Versicherung im Todesfall nicht die Zahlung an die Erben der F verweigern (M wird, wenn der Mord aufgedeckt wurde, nicht Erbe, vgl. § 2339 Abs. 1 Nr. 1 BGB).



cc. Was ist eine widerrechtliche Drohung (§ 123 Abs. 1, 2. Var. BGB)?

Anders als bei der arglistigen Täuschung (§ 123 Abs. 1, 1. Var. BGB) oder der Irrtumsanfechtung (§ 119 BGB, § 120 BGB) ist dem Erklärenden dabei durchaus bewusst, was er sagt. Er unterliegt somit keinem Irrtum über das Erklärte, handelt jedoch gezwungen aufgrund der Drohung.

Bei physisch wirkender Gewalt ("**vis absoluta**"), etwa bei Schubsen oder "Führen der Hand" bei einer Unterschrift fehlt schon der Handlungswille und es liegt gar keine Willenserklärung vor. Einer Anfechtung bedarf es dann nicht. Nur bei rein **psychisch wirkendem Zwang** müssen Sie eine Anfechtung nach § 123 Abs. 1, 2. Var. BGB prüfen.



Ob eine zur Anfechtung berechtigende widerrechtliche Drohung vorliegt, prüfen Sie folgendermaßen:



- a. Vorliegen einer **Drohung**
- b. **Widerrechtlichkeit** dieser
- c. **Kausalität** der Drohung für die Abgabe der Willenserklärung
- d. **Vorsatz** des Drohenden

(1) Was ist eine Drohung (§ 123 Abs. 1 S. 1, 2. Var. BGB)?



Eine "**Drohung**" ist das Inaussichtstellen eines künftigen Übels, auf dessen Eintritt bzw. auf dessen Verhinderung der Drohende Einfluss zu haben vorgibt.

- Als **Übel** ist jeder Nachteil ausreichend. Auf die Schwere kommt es dabei nicht an, maßgeblich ist allein, dass sich der konkret Bedrohte davon entscheidend beeinflussen lässt. Bei reinen Lapalien wird es jedoch zumeist an der Kausalität zwischen Drohung und Abgabe der Willenserklärung fehlen. Unüberwindbarer physischer Zwang ("vis absoluta", "Gewalt" im Sinne von § 240 Abs. 1 StGB) ist nicht erfasst, da in diesem Fall mangels Handlungswillens ohnehin keine Willenserklärung vorliegt.
- Zudem muss beim Bedrohten der Eindruck entstehen, dass der Eintritt des Übels **vom Willen des Drohenden abhängig** ist. Ob die Drohung ernst gemeint war, ist irrelevant, sofern der Bedrohte sie ernst nimmt. Eine Warnung vor einer (z.B. wirtschaftlichen) Zwangslage, die unabhängig vom Drohenden besteht, genügt jedoch nur, soweit tatsächliche eine Hilfeleistungspflicht bestand, die ansonsten verweigert werden würde.



Insbesondere genügt auch die Drohung mit einer Scheinwaffe, sofern diese vom Bedrohten nicht als solche erkannt wird.

- Die Drohung kann nicht nur ausdrücklich, sondern auch **konkludent** erfolgen.



Es genügt, dass V dem K eine Pistole in den Rücken drückt; er muss nicht ausdrücklich erklären "Geld oder Leben".

- Auf die **Person des Drohenden** kommt es nicht an. Daher kann die Drohung auch durch einen beliebigen Dritten erfolgen, den der Erklärungsempfänger und Anfechtungsgegner gar nicht kannte. Die Privilegierung des § 123 Abs. 2 BGB, wonach es auf Kenntnis oder Kennenmüssen des Verhaltens des Dritten ankommt, findet auf die widerrechtliche Drohung keine Anwendung.

Wenn X dem K erklärt, ihn zu erschießen, wenn er nicht bei V ein bestimmtes Grundstück kauft, darf K den Kaufvertrag selbst dann anfechten, wenn V den X gar nicht kannte.



(2) Wann ist eine Drohung widerrechtlich (§ 123 Abs. 1 S. 1, 2. Var. BGB)?

Nur eine Drohung, die **widerrechtlich** war, berechtigt zur Anfechtung. Dabei ist wie bei der strafrechtlichen Nötigung (§ 240 Abs. 2 StGB) eine Abwägung erforderlich:

- Es kann bereits das angedrohte Übel, d.h., das **Mittel** mit dem gedroht wird, verboten sein. In diesem Fall müssen sie nicht weiter nachdenken und können die Widerrechtlichkeit knapp bejahen.

Drohung mit Gewalt gegen Leib und Leben



- Wenn das Mittel der Drohung hingegen legitim ist, müssen sie weiter prüfen, ob der mit der Drohung erstrebte Erfolg (d.h. der **Zweck** der Drohung) mit der Rechtsordnung nicht zu vereinbaren ist. Wenn Sie dies bejahen, liegt die Widerrechtlichkeit vor.

Drohung, um Drogen zu erlangen



- In allen anderen Fällen ist eine Abwägung erforderlich: Die Drohung ist widerrechtlich, wenn das konkrete Mittel für den verfolgten Zweck völlig außer Verhältnis steht (**Zweck-Mittel-Relation**).

Drohung mit öffentlicher Beschimpfung wegen Forderung von wenigen Cent - hier fehlt der Zusammenhang zwischen Straftat und geltend gemachter Forderung



(3) Was ist bezüglich der Kausalität zu beachten?

Der Erklärende muss gerade *durch Drohung* zu seiner Willenserklärung *bestimmt* worden sein.

Das bedeutet grundsätzlich, dass man sich die Drohung nicht hinwegdenken können darf, ohne dass die Abgabe der Erklärung entfiel ("**conditio sine qua non**", sog. Äquivalenztheorie). Maßgeblich ist nicht das hypothetische Verhalten eines vernünftigen Adressaten einer derartigen Drohung, sondern die Ursächlichkeit für die Willenserklärung des konkreten Adressaten der Drohung in seiner jeweiligen Situation (so dass etwa auch die Uhrzeit, das Wetter, andere schwerwiegende Ereignisse, die gesundheitliche Lage, etc. zu berücksichtigen sind). Die Ursächlichkeit fehlt, wenn der Erklärende eine selbstständige Abwägungsentscheidung trotz der

Zwangslage treffen konnte. Allein Zweifel an der Realisierbarkeit der Drohung genügen dafür aber nicht.



In der Praxis genügt es, dass der Bedrohte Umstände darlegt, die nach der allgemeinen Lebenserfahrung bei der Art des in Rede stehenden Rechtsgeschäfts die EntschlieÙung beeinflussen.

In vielen Fällen wirken neben der Drohung noch andere Umstände auf die Willensbildung ein. In diesen Fällen genügt es, dass die Drohung aber zumindest **mitursächlich** war. In jedem Fall irrelevant ist es, dass vielleicht eine ähnliche Willenserklärung oder sogar dieselbe Willenserklärung zu einem anderen Zeitpunkt abgegeben worden wäre (sog. hypothetischer Kausalverlauf).

(4) Worauf muss sich der Vorsatz des Drohenden beziehen?

§ 123 Abs. 1 BGB spricht zwar nur davon, dass die Drohung *widerrechtlich* sein muss (während bei der Täuschung mit dem Erfordernis *arglistigen* Verhaltens explizit eine subjektive Anforderung besteht. Jedoch folgt aus dem Erfordernis, dass der Erklärende durch die Drohung *bestimmt worden ist*, dass der Drohende

- sich der Ursächlichkeit seines Verhaltens für die abgegebene Willenserklärung **bewusst gewesen sein muss** und
- die Abgabe der betreffenden Willenserklärung auch gezielt verursachen **wollte**.

Unstreitig nicht erforderlich ist, dass der Drohende erkennt, dass die Drohung tatsächlich **widerrechtlich** war - nimmt er also irrig einen Rechtfertigungsgrund an oder hält das Mittel im konkreten Fall für legitim, bleibt die Erklärung anfechtbar.

Umstritten ist aber, ob die Anfechtung ausgeschlossen ist, wenn der Drohende trotz Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 122 Abs. 2 BGB iVm § 276 Abs. 2 BGB) die **Umstände nicht erkannt hat, welche die Widerrechtlichkeit ausmachen**.



Nach einer Ansicht (die insb. das Reichsgericht und heute noch der BGH vertreten) scheidet bei fehlender Kenntnis oder Kennenmüssen der Umstände, welche die Widerrechtlichkeit begründen, die Anfechtung nach § 123 Abs. 1 BGB aus. Denn durch die Anfechtung würde dem schuldlosen Irrtum ein zu großes Gewicht zugewiesen werden. Die wirtschaftlichen Nachteile für den Anfechtungsgegner stünden außer Verhältnis zu dem ihm vorwerfbaren Verhalten.

Demgegenüber will die Gegenansicht (insb. in der Kommentarliteratur) die Anfechtung auch in diesem Fall zulassen. Denn immerhin ist die freie Willensentscheidung ein hochrangiges Verfassungsgut (Art. 2 Abs. 1 GG), welche durch § 123 Abs. 1 BGB zu schützen ist. Zudem enthalte § 123 Abs. 1 BGB keinen persönlichen Vorwurf an den Anfechtungsgegner, es gehe weder um Strafbarkeit (§ 240 StGB) noch um Schadensersatz (§ 826 BGB).



[BGH NJW 1957, 1796, 1798](#)

Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 41. Auflage, Rn. 471; MüKo-BGB/Armbruster, 8. Auflage 2018, § 123 Rn. 123

d. Was gilt bei beiderseitigen Irrtümern?

Im Normalfall des § 119 BGB irrt sich nur einer der an einem Rechtsgeschäft Beteiligten - dieser kann sich dann durch Anfechtung von seiner missverstandenen bzw. aufgrund einer Fehlvorstellung geäußerten Erklärung lösen, muss aber nach § 122 Abs. 1 BGB den dadurch verursachten Vertrauensschaden des anderen Teils ersetzen.

Irren sich demgegenüber **alle Parteien**, passen diese Rechtsfolgen nicht. Denn derjenige, der zuerst anfecht, muss dem anderen Schadensersatz (§ 122 Abs. 1 BGB) leisten, was kaum attraktiv ist. Erklärt jedoch keiner der Beteiligten die Anfechtung, müssen alle mit dem ungewollten Rechtsgeschäft leben - was ebenfalls unsinnig ist. Umstritten ist daher, ob auch für diesen Fall die §§ 119 ff. BGB anzuwenden sind.

1. Teilweise wird die Anwendung der **Anfechtungsregeln** auch bei einem beiderseitigen Irrtum bejaht.

- Im Normalfall führt der Irrtum dazu, dass das Geschäft nur für eine Partei schlechter ist als erwartet bzw. erhofft. Daher wird nur diese Partei anfechten. Dann erscheint es auch nicht unbillig, dass sie den Vertrauensschaden des Vertragspartners ersetzen muss. Somit gibt es keinen problematischen Wettlauf um die spätere Anfechtung. Die Lage ist damit identisch zum einseitigen Irrtum.
- Zudem entspreche die endgültige und leicht zu klärende Aufhebung des Vertrages oftmals dem Willen des Anfechtungsberechtigten - eine sonst erforderliche Vertragsanpassung sei unklar und kaum zu handhaben. Es gebe keinen Grund, dieses Recht entfallen zu lassen, nur weil sich zufällig auch die andere Partei irrte.

2. Demgegenüber wendet die überwiegende Auffassung die Regeln der Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) an (diese behandeln wir auf den folgenden Seiten), welche vorrangig zu einer Anpassung des Vertrages führen.

- § 119 Abs. 2 BGB regelt dem Wortlaut nach nur den *einseitigen* Irrtum, das heißt den Fall, dass eine Person *bei der Abgabe einer Willenserklärung* irrt; hier irrt aber nicht nur der Erklärende, sondern auch der Empfänger der Willenserklärung.
- Es würde nur vom Zufall abhängen, wer zuerst die Anfechtung erklärt und deshalb nach § 122 Abs. 1 BGB haftet; dieses Ergebnis setze jedoch falsche Anreize.
- Die Vertragsanpassung nach § 313 BGB ist flexibler als die zur Nichtigkeit führende Anfechtung nach § 142 Abs. 1 BGB ("Der Vertrag wird reformiert statt nur kassiert"), was am ehesten dem Willen beider Vertragsparteien entgegenkommt.

[KG 18 Dezember 2006](#)
[Bayereisches LSG 25. Februar 2010](#)
Brox/Walker, 41. Aufl. 2017, Rn. 476 ff.



aa. Exkurs: Was setzt eine Störung der objektiven Geschäftsgrundlage (§ 313 Abs. 1 BGB) voraus?



§ 313 Abs. 1 BGB: Störung der *objektiven* Geschäftsgrundlage

I. Tatbestand

0. **Unanwendbar**, wenn die Problematik im Vertrag geregelt ist bzw. durch ergänzende Vertragsauslegung zu lösen ist; die Anfechtungsregeln anwendbar sind oder ein Schadensersatzanspruch nach §§ 280 ff. BGB besteht

1. *Tatsächliches* Element:

a) *Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind*

b) Umstände haben sich *nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert*

2. *Hypothetisches* Element: Der Vertrag wäre nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen worden, wenn sie[die Parteien] die *Veränderung vorausgesehen hätten*

3. *Normatives* Element: *Einem Teil kann das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden*; dabei sind *alle Umstände des Einzelfalls*, insbesondere die vertragliche oder gesetzliche Risikoverteilung, zu berücksichtigen.

II. Rechtsfolge

Entweder Vertragsanpassung oder, wenn dies nicht möglich oder unzumutbar ist, Rücktritt (§ 313 Abs. 3 S. 1 BGB) bzw. Kündigung (§ 313 Abs. 3 S. 2 BGB).

bb. Exkurs: Was setzt eine Störung der subjektiven Geschäftsgrundlage (§ 313 Abs. 2 BGB) voraus?



§ 313 Abs. 2 BGB: Störung der anfänglichen (*subjektiven*) Geschäftsgrundlage

I. Tatbestand

1. *Tatsächliches* Element:

a) *Wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind*

b) Vorstellungen haben sich (nachträglich) *als falsch herausgestellt*

2. *Hypothetisches* Element: Der Vertrag wäre nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen worden, wenn sie[die Parteien] die *Falschheit gekannt hätten*

3. *Normatives* Element: *Einem Teil kann das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden*; dabei sind *alle Umstände des Einzelfalls*, insbesondere die vertragliche oder gesetzliche Risikoverteilung, zu berücksichtigen.

II. Rechtsfolge

Entweder Vertragsanpassung oder, wenn dies nicht möglich oder unzumutbar ist, Rücktritt (§ 313 Abs. 3 S. 1 BGB) bzw. Kündigung (§ 313 Abs. 3 S. 2 BGB).

e. Kann man ein "Schweigen" anfechten?

Unter bestimmten Umständen kann auch Schweigen eine rechtliche Folge auslösen; z.B. beim kaufmännischen Bestätigungsschreiben, im Rahmen von § 516 Abs. 2 BGB oder bei vorheriger Vereinbarung. In diesem Fall hat das Schweigen die Wirkung einer Willenserklärung, so dass man an eine Heranziehung von § 119 BGB, § 123 BGB denken kann. Sie müssen insoweit unterscheiden:

- Eine Anfechtung wegen **Erklärungsirrtums** (§ 119 Abs. 1, 1. Var. BGB) dergestalt, dass der Erklärende nicht wusste, dass sein Schweigen eine rechtliche Konsequenz (sog. Rechtsfolgeirrtum) haben würde, **scheidet aus**. Da das Schweigen nur zu einer Fiktion einer Willenserklärung führt, tritt die Rechtsfolge nämlich gerade unabhängig vom Erklärungsbewusstsein, d.h. vom Willen des Schweigenden ein.
- Eine Anfechtung wegen **arglistiger Täuschung oder Drohung** (§ 123 BGB) ist demgegenüber selbstverständlich **möglich**. Der Schweigende darf nicht schlechter gestellt sein als derjenige, der den Vertragsschluss durch ausdrückliche Erklärung herbeigeführt hat. Allerdings greift regelmäßig schon die Fiktion, dass Schweigen eine Annahme ist, nicht, wenn der Adressat des Schweigens unredlich gehandelt hat - so dass es auf § 123 BGB i.d.R. nicht ankommt.
- Einzig problematisch ist der Fall des **Inhaltsirrtums** (§ 119 Abs. 1, 2. Var. BGB). Hier müssen Sie differenzieren: Bezieht sich der Irrtum gerade auf die rechtliche Bedeutung des Schweigens (sog. Rechtsfolgenirrtum) ist eine Anfechtung ausgeschlossen. Betrifft er hingegen sonstige Umstände, ist eine Anfechtung grds. möglich. Auch hiervon wird aber eine Ausnahme gemacht: Gilt das Schweigen als Ablehnung, kann man nicht durch Anfechtung den bereits beendeten Schwebezustand wiederherstellen.

Eine Anfechtung einer Annahme durch Schweigen nach § 362 Abs. 1 HGB ist möglich, wenn der Antrag falsch verstanden wurde. Demgegenüber kann nach Ablauf der Frist des § 108 Abs. 2 BGB der gesetzliche Vertreter nicht sein Schweigen anfechten und den von einem Minderjährigen geschlossenen Vertrag so doch noch wirksam werden lassen.



Ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben soll gerade eventuelle Missverständnisse beseitigen. Wenn daher der Empfänger eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens dessen Inhalt falsch verstanden hat, kann er nicht nach § 119 Abs. 1 BGB anfechten. Sinn eines solchen Bestätigungsschreibens ist gerade, Beweisschwierigkeiten zu vermeiden und den Vertragsinhalt zu fixieren. Damit wäre eine Anfechtung nicht in Einklang zu bringen. Der Empfänger muss es vielmehr gründlich lesen. Zudem wäre es kaum zu erklären, dass derjenige, der das Bestätigungsschreiben gar nicht liest, nicht zur Anfechtung befugt ist, während derjenige, der es fahrlässig nur überfliegt, anfechtungsbefugt wäre (Erst-Recht-Schluss). Umstritten ist nur, wie weit diese Beschränkung des Anfechtungsrechts reicht.



Teilweise wird eine uneingeschränkte Anwendung des Anfechtungsrechts bejaht. Der Absender des Bestätigungsschreibens kann nur darauf vertrauen, dass das Schweigen Zustimmung bedeutet. Er kann jedoch nicht darauf vertrauen, dass dieses Schweigen keinen Willensmängeln unterliegt.

Die Gegenansicht will das Anfechtungsrecht beim kaufmännischen Bestätigungsschreiben insgesamt ausschließen. Nur so könne der Sicherheits- und Beschleunigungszweck des KBS gewährleistet werden. Der Adressat werde durch die Widerspruchsmöglichkeit ausreichend geschützt.

Eine dritte (vermittelnde) Auffassung schließt die Anfechtungsbefugnis des Schweigenden aus, soweit dieser nicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt (§ 276 Abs. 2 BGB) beachtet hat. Der Absender kann bei einem kaufmännischen Bestätigungsschreiben nur darauf vertrauen, dass der Adressat das Schreiben sorgsam liest. Hierdurch wird ein Ausgleich zwischen Absender und Adressaten geschaffen, der dem Sinn und Zweck des Bestätigungsschreibens Rechnung zollt.

f. Gibt es noch weitere Anfechtungsgründe?

Grundsätzlich gibt es nur die in § 119 BGB, § 120 BGB, § 123 BGB genannten Möglichkeiten zur Anfechtung. Ausgeschlossen ist damit insbesondere eine Anfechtung wegen eines bloßen **Motivirrtums**.

Allerdings gelten im Erbrecht Sonderregelungen:

- Nach § 2078 Abs. 2 BGB kann der Erblasser auch bei *irriger Annahme oder Erwartung des Eintritts oder Nichteintritts eines Umstandes anfechten*, falls er durch sie zu der Verfügung bestimmt worden ist (§ 2078 Abs. 2 1. Var BGB). Gleiches gilt, wenn der Erblasser *widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist* (§ 2078 Abs. 2 2. Var BGB). Ein Rückgriff auf die Anfechtungsgründe des Allgemeinen Teils erfolgt hier nicht. Im Gegensatz zu § 119 Abs. 2 BGB ist aufgrund der weit gefassten Formulierung die Anfechtung wegen Motivirrtums nicht ausgeschlossen.

Der **Motivirrtum im Erbrecht** ist damit nicht nur in der Form des Irrtums über verkehrswesentliche Eigenschaften **beachtlich**. Hierdurch soll beim Testament dem wirklichen Willen des Erblassers größtmöglich zur Geltung verholfen werden. Dem steht auch kein schutzwürdiges Vertrauen der Bedachten entgegen, weil diese schon zu Lebzeiten des Erblassers jederzeit mit einem Widerruf der letztwilligen Verfügungen rechnen müssen.

- Nach § 2078 Abs. 1 BGB kann eine letztwillige Verfügung *angefochten werden, soweit der Erblasser über den Inhalt seiner Erklärung im Irrtum war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte und anzunehmen ist, dass er die Erklärung bei Kenntnis der*

Sachlage nicht abgegeben haben würde. Hierbei handelt es sich um den **erbrechtlichen Inhalts-** (§ 2078 Abs. 1 1. Var. BGB) **und Erklärungsirrtum** (§ 2078 Abs. 1 2. Var. BGB).

2. Welche Anforderungen bestehen an die Anfechtungserklärung?

Da es sich bei der **Anfechtung** um ein Gestaltungsrecht handelt, **muss sie erklärt werden**, § 143 Abs. 1 BGB. Sie ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, die selbst bei Anfechtung von formbedürftigen Rechtsgeschäften keiner Form bedarf, z.B. konkludent möglich ist. Zudem ist sie bedingungsfeindlich. Eine Eventualanfechtung ist jedoch möglich. Der **Zeitpunkt der Abgabe** der Anfechtungserklärung ist bei der Irrtumsanfechtung für die Anfechtungsfrist maßgeblich (§ 121 Abs. 1 S. 2 BGB)

Die Anfechtungserklärung **muss nicht** den Ausdruck "**anfechten**" enthalten. Es reicht aus, wenn die Erklärung eindeutig erkennen lässt, dass der Erklärende das Rechtsgeschäft wegen eines Willensmangels nicht gelten lassen will.



"So habe ich mir das nicht vorgestellt. Ich möchte mit dem Geschäft nichts mehr zu tun haben!"



Ebenso muss der **Anfechtungsgrund nicht explizit** genannt werden. Erforderlich ist aber, dass der Erklärungsempfänger erkennen kann, auf welche konkreten Umstände die Anfechtung gestützt wird, damit er sich verteidigen kann. Eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung (§ 123 BGB) kann nur in eine Anfechtung wegen Irrtums (§ 119 BGB) **umgedeutet** werden (§ 140 BGB), wenn der Erklärende sich in jedem Fall (d.h. trotz der Haftung nach § 122 BGB) endgültig lösen will.

Die Anfechtung ist nicht rücknehmbar. Da die Anfechtung aber ein einseitiges Rechtsgeschäft ist, kann auch die Anfechtungserklärung nach § 119 BGB, § 120 BGB oder § 123 BGB angefochten werden. Die wirksame **Anfechtung der Anfechtung** macht das ursprünglich angefochtene Geschäft dann wieder rückwirkend wirksam (§ 142 Abs. 1 BGB).

3. Wem gegenüber und durch wen muss die Anfechtung erfolgen?

Anfechtungsberechtigter ist, wer die von dem Willensmangel betroffene Willenserklärung abgegeben hat. Allerdings ist bei Stellvertretung nicht der Vertreter, sondern der Vertretene anfechtungsbefugt, der sich aber auf Willensmängel des Vertreters berufen kann (§ 166 Abs. 1 BGB). Handelt ein Vertreter ohne Vertretungsmacht, steht ihm das Anfechtungsrecht zu. Anfechtungsberechtigter ist immer derjenige, den die Rechtsfolgen der Willenserklärung treffen.

Wem gegenüber die Anfechtung zu erklären ist ("Anfechtungsgegner") hängt davon ab, auf welches Rechtsgeschäft die angefochtene Willenserklärung gerichtet war:

- Wenn eine auf einen **Vertragsschluss** gerichtete Willenserklärung (Antrag oder Annahme) angefochten werden soll, ist der richtige Anfechtungsgegner der ursprüngliche Vertragspartner, § 143 Abs. 2 BGB (spätere Änderungen, etwa eine Abtretung (§ 398 BGB) oder eine Schuldübernahme (§ 414 BGB) ändern daran nichts).
- Bei einem **einseitigen Rechtsgeschäft**, das eine empfangsbedürftige Willenserklärung voraussetzt, ist gegenüber der Person anzufechten, der gegenüber die Erklärung abzugeben war, § 143 Abs. 3 S. 1 BGB. (z.B. dem Empfänger der Kündigungserklärung). Bei Passivvertretung ist dies der Vertretene, nicht der Vertreter.

- Bei einem auf einer **nicht empfangsbedürftigen** Willenserklärung beruhenden Rechtsgeschäft muss die Anfechtung gegenüber allen erfolgen, die aufgrund des Rechtsgeschäfts unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt haben, § 143 Abs. 4 BGB. Dies ist ein seltener Ausnahmefall, der in Klausuren kaum vorkommt. Die Regelung soll aber **analog** für die Anfechtung der ausgeübten Innenvollmacht gelten.

4. Bis wann muss die Anfechtung erfolgen (Anfechtungsfrist)?

Aufgrund der schweren Folge der rückwirkenden Beseitigung der Willenserklärung ist die Anfechtung an eine Ausschlussfrist (nicht zu verwechseln mit einer "Verjährungsfrist", § 194 BGB) gekoppelt.

- Nach § 121 Abs. 1 BGB muss die Anfechtung wegen Irrtums nach § 119 BGB, § 120 BGB "**unverzüglich**" nach Entdeckung des Irrtums erfolgen, d.h. nach der Legaldefinition "ohne schuldhaftes Zögern". Sie muss damit nicht objektiv sofort erfolgen. Zulässig ist eine Verzögerung, die auch bei Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 Abs. 2 BGB) vertretbar erscheint. Entschuldigend wirken also nicht nur Krankheit und höhere Gewalt, sondern es wird auch eine gewisse **Bedenkzeit** eingeräumt.



Beim Kauf eines Joghurts in einem Supermarkt wird erwartet, dass die Anfechtung wegen eines Irrtums über die Inhaltsstoffe (der etwa durch einen Medienbericht aufgeklärt wurde) am nächsten Werktag erfolgt.

Wurde ein Auto per Internet gekauft, kann wegen der erheblichen wirtschaftlichen Bedeutung (und gegebenenfalls dem Bedürfnis nach rechtlicher Beratung) durchaus eine Frist von zwei Wochen vertretbar sein.

- Einen längeren Zeitraum räumt das Gesetz für die Anfechtung wegen **Täuschung und Drohung** (§ 123 BGB) ein: Hier sieht § 124 Abs. 1 BGB eine **Frist von einem Jahr** vor, die zudem erst beginnt, wenn die Täuschung entdeckt wurde oder die Zwangslage endet. Die Frist verlängert sich gem. § 124 Abs. 2 S. 2 BGB zudem insbesondere bei höherer Gewalt (§ 206 BGB) und bis zur Erlangung voller Geschäftsfähigkeit (§ 210 BGB). Der Grund hierfür ist offensichtlich: Der Täuschende/Drohende ist nicht schutzwürdig, so dass die schnelle Klärung zweitrangig ist.

Für alle Möglichkeiten der Anfechtung sieht das Gesetz eine kenntnisunabhängige, absolute **Höchstfrist** vor: Diese beträgt einheitlich zehn Jahre ab Abgabe der Willenserklärung (§ 121 Abs. 2 BGB, § 124 Abs. 3 BGB).

Bis zur Erklärung der Anfechtung ist das Rechtsgeschäft **voll wirksam** (nicht etwa "schwebend unwirksam"!). Beide Parteien müssen ihre Leistungen erbringen. Davon gibt es nur wenige **Ausnahmen** im Gesetz: Ein Gesellschafter einer OHG, KG oder GbR kann seine an die Gesellschafterhaftung anknüpfende (§ 128 S. 1 HGB) Leistung verweigern, solange die Gesellschaft anfechten kann (§ 129 Abs. 2 HGB). Ähnliches gilt für den Bürgen (§ 770 Abs. 1 BGB). Zudem darf man immer dort im Gesetz, wo es auf Kenntnis oder Kennenmüssen von Nichtigkeit ankommt (etwa beim gutgläubigen Erwerb in § 932 Abs. 2 BGB oder bei der Kenntnis des Fehlens des Rechtsgrunds in § 819 Abs. 1 BGB, § 818 Abs. 4 BGB) bereits auf die **Kenntnis der Anfechtbarkeit** abstellen (§ 142 Abs. 2 BGB).

Erst mit **Erklärung der Anfechtung** wird die Willenserklärung so behandelt, als sei es von Anfang an nichtig (§ 142 Abs. 1 BGB):

- Dann fehlt es bei einem **Vertrag** an einer der beiden erforderlichen "übereinstimmenden Willenserklärungen" und der Vertrag gilt als nie wirksam zustande gekommen. Soweit bereits geleistet wurde, sind die Leistungen nach § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Var. (condictio indebiti) zurückzugewähren. Dabei wirkt die Einrede der Entreicherung (§ 818 Abs. 3 BGB) besonders einschränkend.
- Bei **einseitigen Rechtsgeschäften**, wie Kündigung oder Anfechtung bewirkt die Anfechtung, dass das Rechtsgeschäft nie ausgeübt wurde.

Die Anfechtung wegen Irrtum (§ 119 BGB) oder falscher Übermittlung (§ 120 BGB) kann zudem eine **Schadensersatzhaftung** desjenigen, der die Anfechtung erklärt hat, zur Folge haben (§ 122 BGB). Diese werden wir uns noch näher ansehen.

5. Wann ist eine Anfechtung ausgeschlossen?

Die Möglichkeit zur Anfechtung kann aus drei Gründen ausgeschlossen sein:

Sie sollten diese Ausschlussgründe nur ansprechen, wenn es im Sachverhalt konkrete Hinweise darauf gibt!



a. Was ist eine Bestätigung (§ 144 BGB)?

Die Anfechtung ist nach § 144 BGB ausgeschlossen, wenn das anfechtbare Rechtsgeschäft von dem Anfechtungsberechtigten "bestätigt" wird. Bedeutung hat dies vor allem bei der Anfechtung wegen Täuschung oder Drohung (§ 123 BGB), da ansonsten die Entscheidung zur Anfechtung ohnehin "unverzüglich" erfolgen muss (§ 121 BGB).

Die Bestätigung ist eine Willenserklärung, die auch bei formbedürftigen Rechtsgeschäften (etwa einem Grundstückskaufvertrag, § 311b Abs. 1 S. 1 BGB) formlos erfolgen kann. Inhalt der Willenserklärung ist die Entscheidung des Anfechtungsberechtigten, dass er trotz von ihm erkannter Möglichkeit zur Anfechtung an dem fraglichen Rechtsgeschäft festhalten möchte (also auf das Anfechtungsrecht verzichtet).

Da der Anfechtende sein Recht dadurch endgültig verliert, sind bei der Auslegung (§ 133 BGB, § 157 BGB) an eine solche Erklärung hohe Anforderungen zu stellen. Zudem ist die Bestätigung ihrerseits nach § 142 BGB anfechtbar, wenn sie auf einem Irrtum (§ 119 BGB), einem Übermittlungsfehler (§ 120 BGB) oder Täuschung bzw. Drohung beruht (§ 123 BGB). Rein logisch kann die Bestätigung erst nach Abschluss des Rechtsgeschäfts erfolgen - denn erst dann kann der Anfechtungsgrund bekannt sein.

Umstritten ist, ob die Bestätigung empfangsbedürftig ist:

- Einerseits verlangt das Gesetz den Zugang nicht. Zudem schützt die Bestätigung ausschließlich den Anfechtungsgegner, denn der die Bestätigung erklärende Anfechtungsberechtigte verliert hierdurch nur sein Recht. Zudem kann die Bestätigung so gegenüber einem Dritten erfolgen, der etwa den Gegenstand vom Anfechtungsgegner erworben hat oder ihn als Sicherheit nutzen will, ohne dass der Anfechtungsgegner davon weiß. Wäre die Bestätigung empfangsbedürftig könnte ein solcher Dritter allenfalls aus § 280 Abs. 1 BGB



iVm § 241 Abs. 2 BGB Ersatz vom Anfechtungsberechtigten verlangen, wenn dieser sich doch zur Anfechtung entschließt. Das Rechtsgeschäft wäre hingegen trotz Anfechtung nichtig. Demzufolge wird überwiegend der Zugang als entbehrlich erachtet.

- **Andererseits** ist eine im Geheimen erklärte Bestätigung letztlich wertlos für den Empfänger. Dieser muss für seine weiteren Dispositionen wissen, ob das Rechtsgeschäft wirksam ist oder nicht (vgl. nur § 142 Abs. 2 BGB). Daher wird von einer Gegenansicht der Zugang der Bestätigung (§ 130 Abs. 1 BGB) verlangt.

b. Warum gibt es Höchstfristen für die Anfechtung (§ 122 BGB, § 124 BGB)?

Die kenntnisabhängigen Fristen des § 121 Abs. 1 BGB bzw. des § 124 Abs. 1, Abs. 2 BGB **gefährden bei konsequenter Anwendung den Rechtsfrieden**.



Im Jahr 1910 verkaufte der Bauer V an den Kunsthändler K ein Gemälde für 50 Reichsmark, das er auf seinem Speicher gefunden hatte. K erkannte sofort, dass es sich um ein Bild eines berühmten Malers handelte, erklärte aber gegenüber V ausdrücklich, es handele sich wohl um eine wertlose Massenproduktion eines unbekanntes Künstlers. Im Laufe der Weltkriege und in der Folge gerät der Kauf in Vergessenheit.

Im Jahr 2014 entdeckt der Erbe E beim Durchsuchen des Nachlasses seines Ur-Ur-Großvaters ein Schwarzweißfoto, welches das Gemälde abbildet. Als Kenner der Kunstszene weiß E, dass X, der Erbe des V, dieses Gemälde als Glanzstück in seinem Kunstmuseum ausstellt und erhebliche Eintrittsgelder kassiert.

Aus Neid fragt sich E, ob er nicht die Anfechtung des damaligen Kaufvertrags erklären kann. Mangels Kenntnis begannen die Frist des § 121 Abs. 1 BGB und des § 124 Abs. 1 BGB nicht zu laufen. Ohne eine Obergrenze wäre daher eine Anfechtung noch möglich.

Würde man diese Fristen unbegrenzt anwenden, entstünde zudem ein Widerspruch zur Verjährung von Ansprüchen: Nach § 199 Abs. 2, Abs. 3 BGB gilt insoweit kenntnisunabhängig stets eine **Höchstfrist**.

Aus diesem Grund ist nach § 121 Abs. 2 BGB und § 124 Abs. 3 BGB die Anfechtung ausgeschlossen, wenn seit Abgabe der Willenserklärung **10 Jahre verstrichen sind**. Dies ähnelt der objektiven Höchstfrist für die Verjährung in § 199 Abs. 2 BGB.

c. Inwieweit schließt Treu und Glauben (§ 242 BGB) die Anfechtung aus?

Wie Sie wissen führt die Anfechtung ausschließlich zur Nichtigkeit des gesamten Vertrages (§ 142 Abs. 1 BGB). Eine Vertragsanpassung kann über die Anfechtung nicht erreicht werden.



Merken Sie sich: "*Die Anfechtung kassiert, sie reformiert nicht*".

In (seltenen) Ausnahmefällen kann es aber **gegen das Gebot der Rücksichtnahme auf Treu und Glauben** verstoßen, diese Nichtigkeit geltend zu machen:

Soweit der potentielle Anfechtungsgegner **bereit ist, das Rechtsgeschäft mit dem vom Erklärenden gewollten Inhalt anzunehmen**, d.h. eine Vertragsänderung (§ 311 Abs. 1 BGB) vorschlägt, darf der Anfechtungsberechtigte diesen Antrag (§ 145 BGB) nicht ablehnen. Mit Wirksamwerden des Änderungsvertrages gilt das Rechtsgeschäft mit dem von ihm (ursprünglich) gewollten Inhalt - einer Anfechtung bedarf es dann nicht mehr. Würde er sich statt die Änderung anzunehmen auf sein Anfechtungsrecht berufen, würde er sich widersprüchlich verhalten. Ein solches Verhalten ist jedoch unbeachtlich (venire contra factum proprium).

Das Anfechtungsrecht ist außerdem ausgeschlossen, wenn es nur dazu dienen würde, **Rechte des anderen Teils zu beschränken oder gar auszuschließen**.

Könnte man bei irrig vorgestellter Möglichkeit der Erfüllung eines Vertrages wegen eines Eigenschaftsirrums (§ 119 Abs. 2 BGB) anfechten, würde man die Schadensersatzhaftung des § 311a Abs. 2 BGB umgehen, wonach der Geschädigte vermögensmäßig so zu stellen ist, als sei der Vertrag wirksam erfüllt worden. Nach § 122 Abs. 1 BGB haftet der Anfechtende zwar ebenfalls auf Schadensersatz - jedoch nur auf Ersatz des Vertrauensschadens (der Geschädigte ist also so zu stellen, als habe er nie vom Vertrag gehört). Demnach kann derjenige, der Unmögliches verspricht, nicht wegen eines Irrtums anfechten.

Ebenfalls ausgeschlossen ist die Anfechtung des Verkäufers, wenn dadurch dem Käufer die Möglichkeit genommen würde, sich auf die Vorschriften des Gewährleistungsrechts (§ 437 BGB, § 634 BGB, §§ 536 ff. BGB) zu berufen - auch hier hätte der Käufer nämlich einen Anspruch auf Nacherfüllung oder auf Ersatz aller Schäden und würde damit mehr als nach § 122 BGB erhalten.



III. Wann prüfen Sie einen Anspruch aus § 122 BGB?

Wenn der Irrrende die Anfechtung hinsichtlich seiner Erklärung erklärt, enttäuscht er das Vertrauen des Geschäftspartners in den Bestand des Rechtsgeschäfts. Hierdurch können auf der Seite des Anfechtungsgegners Schäden resultieren. Beispielsweise hat er schon Maßnahmen für den Versand der Ware getroffen oder die Herstellung des fraglichen Kaufgegenstandes schon in Auftrag gegeben. Hierbei handelt es sich um Vertrauensschäden. Gemäß § 122 Abs. 1 BGB soll hierfür der Anfechtende aufkommen. Er haftet auf das sog. negative Interesse. Die ist grundsätzlich unabhängig davon, ob der Irrrende den Irrtum zu vertreten hat.

I. Grundvoraussetzung

- **Wirksame Anfechtung nach § 119 BGB oder § 120 BGB** - Ein Anspruch aus § 122 Abs. 1 BGB kommt nicht bei einer Anfechtung gem. § 123 BGB in Betracht!
- **Nichtigkeit der Erklärung gem. § 118 BGB**

II. Kein Ausschluss der Schadensersatzpflicht nach § 122 Abs. 2 BGB

- § 122 Abs. 2 1. Var. BGB: positive Kenntnis der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit



- § 122 Abs. 2 2. Var. BGB: fahrlässige Unkenntnis der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit

(III. Verschulden ist nicht erforderlich)

III. Rechtsfolgen

1. **Ersatz des Vertrauensschadens** (= negatives Interesse): Dies ist der Schaden, der infolge des Vertrauens auf die Gültigkeit der Erklärung entstanden ist. Das bedeutet, der Geschädigte ist so zu stellen, als sei die irrige Erklärung niemals abgegeben worden.

2. **Begrenzung des negativen Interesses durch das positive Interesse**: Der Geschädigte darf nicht besser stehen, als bei Wirksamkeit der Willenserklärung.

Auch kommt ein Anspruch aus § 122 Abs. 1 BGB in analoger Anwendung bei Anfechtung einer Vollmacht gegen den Vollmachtgeber in Betracht. § 122 Abs. 1 BGB lässt sich nämlich ein allgemeinerungsfähiger Gedanke entnehmen, dass man für "Mangel der eigenen Sphäre" einstehen muss. Genauer können Sie ausführlich in Kapitel 7: "Wie wirkt Stellvertretung?" erfahren (Kapitel 7, B, IV, 1., c, cc: Was gilt bei Anfechtung der Vollmacht?).

Die Haftung des Erklärenden entfällt gem. § 122 Abs. 2 BGB wenn der Erklärungsempfänger den Irrtum (§ 119 f. BGB) oder die mangelnde Ernstlichkeit (§ 118 BGB) kannte oder aufgrund von Fahrlässigkeit nicht kannte. In diesen Fällen liegt beim Erklärungsempfänger kein schutzwürdiges Vertrauen vor. Der Erklärende ist gem. § 122 Abs. 2 BGB vollständig von einer Haftung befreit ("Alles-oder-nichts-Prinzip"). § 122 Abs. 2 BGB geht als Spezialregelung der flexiblen Regelung des § 254 BGB vor.

Strittig ist es, ob neben der Haftung nach § 122 BGB die Haftung aus culpa in contrahendo gem. § 280 Abs. 1 BGB, § 311 BGB, § 241 Abs. 2 BGB, z.B. wegen einer schuldhafter Verursachung des eigenen Irrtums parallel anwendbar ist.

Im Gegensatz zur Haftung nach § 122 BGB ist die Haftung aus c. i. c. nicht auf das negative Interesse begrenzt; auch ist § 254 BGB auf diese Haftung anwendbar. Das Verschuldenserfordernis nach § 280 Abs. 1 BGB bei der Haftung aus c.i.c. spricht für eine parallele Anwendbarkeit neben der Haftung aus § 122 BGB.

IV. Ist eine nichtige Willenserklärung anfechtbar?

Obwohl nichtige Willenserklärungen eigentlich ein Nullum sind, besteht in bestimmten Fällen das Bedürfnis, auch eine bereits nichtige Willenserklärung anzufechten.



1. Der reiche Laie K ruft bei dem Kunsthändler V an, um ein Gemälde eines berühmten Künstlers zu erwerben. Allerdings verspricht er sich und nennt stattdessen den Namen eines völlig unbekanntes Malers (§ 119 Abs. 1, 2. Var. BGB). Vor dem Vertragsschluss fragt K V aber noch einmal ausdrücklich, ob es sich wirklich um ein wertvolles Gemälde eines bekannten Malers handelt. V, der den Vertrag unbedingt abschließen möchte, bejaht diese Frage, obwohl er genau weiß, dass das

Gemälde nicht viel wert ist. Wenn K hier nach § 119 Abs. 1, 2. Var. BGB angefochten hätte, wäre der Vertrag nichtig - dabei wäre die Anfechtung nach § 123 Abs. 1 BGB für ihn vorteilhafter. So muss bei Anfechtung wegen Irrtums der Vertrauensschaden gem. § 122 BGB, bei Anfechtung wegen arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung jedoch kein Schadensersatz geleistet werden. Daher kann er den einmal angefochtenen Vertrag erneut anfechten.

2. Der minderjährige M verkauft (§ 433 BGB) und übereignet (§ 929 S. 1 BGB) ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters sein Fahrrad an K, der ihn zudem arglistig getäuscht hat (§ 123 Abs. 1 BGB). K übereignet (§ 929 S. 1 BGB) das Fahrrad weiter an E, der zwar von der Täuschung weiß, nicht jedoch von der Minderjährigkeit des M. Die nach § 929 S. 1 BGB erforderliche dingliche Einigung (also das Verfügungsgeschäft) zwischen M und K ist mangels Genehmigung nach § 107 BGB, § 108 BGB unwirksam. Jedoch kann E grundsätzlich trotzdem das Fahrrad gutgläubig von K erwerben, soweit er davon ausging, dass dieser Eigentümer geworden ist. Dies wäre mangels Kenntnis von der Minderjährigkeit der Fall. Allerdings wusste E von der arglistigen Täuschung und der damit einhergehenden Anfechtungsmöglichkeit. Nach § 142 Abs. 1 BGB würde dies dem gutgläubigen Erwerb ebenso wie die Kenntnis der Nichtigkeit entgegenstehen. Würde man eine nichtige Erklärung für nicht anfechtbar halten, wäre die Kenntnis eines Anfechtungsgrunds irrelevant und die Rechtsfolge des § 142 Abs. 2 BGB würde nicht greifen. Vorliegend würde das dazu führen, dass E trotz Kenntnis des Anfechtungsgrundes nach § 123 BGB gutgläubig Eigentum von K erwerben kann. Hierdurch würde E besser stehen, als wenn K von einem voll Geschäftsfähigen erworben hätte und nur der Anfechtungsgrund nach § 123 BGB bestanden hätte. Die Kenntnis eines Anfechtungsgrundes führt damit zur Rechtsfolge des § 142 Abs. 2 BGB unabhängig davon, ob die Willenserklärung aufgrund eines anderen Grundes nichtig ist.

Ganz überwiegend wird die Anfechtbarkeit von nichtigen und wirksam angefochtenen Erklärungen bejaht (Kipp'sche Lehre von der Doppelwirkung im Recht). Es muss die Möglichkeit bestehen, ungünstige Folgen eines Nichtigkeitsgrundes durch die Geltendmachung eines weiteren zu vermeiden.

Ein Teil der Literatur verneint hingegen die Anfechtung einer nichtigen Willenserklärung mangels entsprechenden Bedürfnisses. Im Fall des gutgläubigen Erwerbs genüge es, wenn der Erwerber bloß hinsichtlich eines *möglichen* Grundes für die Nichtberechtigung des Veräußerers Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis (§ 932 Abs. 2 BGB) hatte.



4. Kapitel: Was sind Rechts- und Geschäftsfähigkeit?

Liebe Leserin, lieber Leser,

die Privatautonomie ermöglicht es den an Rechtsgeschäften beteiligten Rechtssubjekten, Rechtsgeschäfte nach dem eigenen Willen abzuschließen. **Ob jemand Rechtssubjekt sein kann**, bestimmt sich danach, ob er Träger von Rechten und Pflichten sein kann. Dies bezeichnet man als Rechtsfähigkeit. Ein Rechtsgeschäft nach eigenem Willen abzuschließen ist nur dann sinnvoll, wenn das handelnde Rechtssubjekt die Folgen seiner rechtsgeschäftlichen Erklärung verstehen kann. Es muss deshalb ein **Mindestmaß an Einsichts- und Urteilsfähigkeit** besitzen, also geschäftsfähig sein. Im folgenden Kapitel lernen Sie die Schutzfunktion der §§ 104 ff. BGB für die nicht voll Geschäftsfähigen kennen.

A. Was bedeutet "Rechtsfähigkeit"?

Der Begriff der Rechtsfähigkeit ist zentral für jede zivilrechtliche Prüfung, jedoch in der Klausur fast nie zu diskutieren.



Rechtsfähig ist, wer selbst Träger von Rechten und Pflichten sein kann.

- Die Rechtsfähigkeit von **Menschen** ist in § 1 BGB geregelt. Sie beginnt mit der Geburt und endet mit dem Hirntod. Auch ein Neugeborener kann also bereits Eigentümer oder Gläubiger eines Anspruchs sein. Mit dem Hirntod gehen nach § 1922 BGB alle Rechte und Pflichten auf die Erben über.
- Die Rechtsfähigkeit von **Gesellschaften** richtet sich hingegen nach besonderen Regelungen. So regeln etwa § 22 BGB und § 23 BGB die Rechtsfähigkeit von Vereinen oder § 124 HGB die Rechtsfähigkeit einer "Offenen Handelsgesellschaft"; die Rechtsfähigkeit einer GmbH folgt aus § 13 Abs. 1 GmbHG. Welche anderen rechtsfähigen Personengesellschaften (§ 14 Abs. 2 BGB) es gibt, war lange Zeit umstritten; heute geht man davon aus, dass alle Außengesellschaften, insb. also auch die "Gesellschaft bürgerlichen Rechts" (§§ 705 ff. BGB) Träger von Rechten und Pflichten sein können.
- Rechtsfähig sind aber auch andere Gestaltungen, etwa der Staat oder die Gemeinden (als sog. "Juristische Personen des öffentlichen Rechts") sowie Stiftungen (§ 80 BGB).

Nicht rechtsfähig sind demgegenüber vor allem Tiere (§ 90a S. 2 BGB) oder nicht organisierte Personengruppen ("die Männer", "die Deutschen", etc.).



Wie gesagt: In der Klausur müssen Sie hierzu **nichts schreiben!**

Obwohl die Rechtsfähigkeit des Menschen erst mit *Vollendung der Geburt* beginnt (§ 1 BGB), können auch schon vor Geburt Rechte und Pflichten des noch ungeborenen Kindes (sog. *nasciturus*) angelegt sein:

- Gesetzlich geregelt ist in § 1923 Abs. 2 BGB die Möglichkeit, ein **noch nicht geborenes Kind als Erbe einzusetzen**. Mit Vollendung der Geburt wird es dann Erbe, auch wenn der Erblasser schon vor der Geburt gestorben ist.
- Eine ähnliche Regelung sieht § 844 Abs. 2 S. 2 BGB vor, soweit vor Geburt des Kindes ein **Unterhaltspflichtiger (insbesondere Vater oder Mutter) getötet wird**: Auch hier erwirbt das Kind (erst) nach seiner Geburt einen Anspruch gegen den Schädiger.
- Ungeregelt sind **Ansprüche aus Deliktsrecht (§ 823 Abs. 1 BGB) für Schäden, die bereits vor Geburt verursacht wurden**, deren Folgen sich aber erst nach Geburt zeigen. Nach § 823 Abs. 1 BGB muss ein Rechtsgut *eines anderen* verletzt worden sein - damit ist aber eigentlich nur ein Träger von Rechten und Pflichten, also ein Rechtssubjekt gemeint. Menschen werden jedoch wegen § 1 BGB erst mit Vollendung der Geburt rechtsfähig - daher könnte bei strenger Anwendung des Wortlauts eine Gesundheits- oder Körperverletzung des ungeborenen Kindes nie zu Schadensersatzansprüchen führen. Die Rechtsprechung löst das Problem, indem sie die Frage als reine Kausalitätsproblematik behandelt und auf den Zeitpunkt der Geburt abstellt. Das bedeutet:

Wenn ein Kind (auch nur für eine Sekunde) **lebend geboren wird**, stehen ihm Ansprüche wegen vor der Geburt verursachten Körper- und Gesundheitsschäden aus § 823 Abs. 1 BGB zu. Die Ursache dieser Schäden wurde zwar vor Geburt gesetzt, sie sind aber rechtlich relevant erst nach Vollendung der Geburt (verzögert) eingetreten. Die Lage war also wie bei einer Fallgrube oder einem langsam wirkenden Gift.

Stirbt das Kind vor Geburt, hat es keine Ansprüche. Denn es gab nie eine rechtsfähige Person, deren Rechtsgüter verletzt werden konnten. Die Lage ist also wie bei einer Fallgrube, in die niemand je hineinfällt.



B. Was bedeutet "Geschäftsfähigkeit"?

Geschäftsfähigkeit ist die Befugnis, wirksam selbst über eigene Rechte und Pflichten zu verfügen sowie rechtsgeschäftliche Verpflichtungen einzugehen.



Besonders geregelte Fälle der Geschäftsfähigkeit sind die **Ehefähigkeit** (§ 1303 Abs. 1 BGB, § 1304 BGB) und die Fähigkeit ein Testament zu errichten (**Testierfähigkeit**, § 2229 BGB), die Sie im Familien- und Erbrecht kennenlernen werden.

Kein Unterfall der Geschäftsfähigkeit ist die **Deliktsfähigkeit**, d.h. die Fähigkeit für Schäden zur Verantwortung gezogen zu werden (§ 827 BGB, § 828 BGB). Denn bei solchen "Delikten" geht es nicht um Rechtsgeschäfte, sondern um rein tatsächliche Handlungen (siehe auch § 19 StGB, § 20 StGB zur Strafmündigkeit).



I. Wer ist geschäftsfähig?

Das Gesetz bestimmt nicht, wer geschäftsfähig ist, sondern schließt nur bestimmte Personen aus. So sind **Gesellschaften und juristische Personen** immer voll geschäftsfähig; eine Geschäftsunfähigkeit bzw. beschränkte Geschäftsfähigkeit gibt es nur bei Menschen. Hier sind **volljährige Menschen** auch grundsätzlich uneingeschränkt **geschäftsfähig**. Die Volljährigkeit richtet sich nach § 2 BGB, sie tritt mit **Vollendung des 18. Lebensjahres** ein.



Man darf also am 18. Geburtstag um 0:00 Uhr, wenn man hineinfeiert, erstmals einen Sekt bestellen, ohne die eigenen Eltern zu fragen (§ 107 BGB). Möglich ist aber auch, den Kaufvertrag (§ 433 BGB) über einen bereits vorher bestellten Sekt nach § 108 Abs. 3 BGB zu genehmigen.

Weiterhin müssen Sie differenzieren:

- Uneingeschränkt geschäftsunfähig sind demgegenüber alle (auch besonders vernünftige) **Kinder bis zu ihrem siebten Geburtstag**, § 104 Nr. 1 BGB.
- Zwischen dem **siebten und dem 18. Geburtstag** ist ein Kind bzw. Jugendlicher "**beschränkt geschäftsfähig**" (§ 106 BGB). Dies ermöglicht die Vornahme gewisser eigener Geschäfte (§ 107 BGB, § 110 BGB, § 112 BGB, § 113 BGB) und vor allem eine nachträgliche Genehmigung von Geschäften durch die Eltern (§ 108 BGB, § 109 BGB). Weil dies wichtige Klausurfälle betrifft, werden wir diesen Fall noch genauer untersuchen.
- Nicht geschäftsfähig sind allerdings nach § 104 Nr. 2 BGB Personen die sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden **dauerhaften Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit** befinden. Ausnahmsweise sind von ihnen bewirkte Geschäfte aber nach § 105a BGB trotzdem wirksam.
- Demgegenüber sind Personen, die **bewusstlos oder betrunken** sind zwar geschäftsfähig, aber ihre Erklärung ist in diesem Zustand nichtig (§ 105 Abs. 2 BGB).

II. Welche Folgen hat Geschäftsunfähigkeit?

Geschäftsunfähigkeit führt nach § 105 Abs. 1 BGB zur **Nichtigkeit aller abgegebenen Willenserklärungen** des Geschäftsunfähigen. Dies erfasst schuldrechtliche und dingliche Willenserklärung sowie vorteil- genauso wie nachteilhafte Geschäfte. Auch Willenserklärungen Dritter können Geschäftsunfähigen grundsätzlich nicht wirksam zugehen (vgl. § 131 Abs. 1 BGB).



Beispielsweise muss die Kündigung eines Mietverhältnisses mit einem Geschäftsunfähigen gegenüber dem gesetzlichen Vertreter erfolgen.

Für denjenigen, der auf die Wirksamkeit der Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen vertraut, gibt es **keinerlei Ersatzansprüche**, wenn er dadurch einen Schaden erleidet.



Dies gilt auch dann, wenn die Geschäftsunfähigkeit für ihn **überhaupt nicht erkennbar war!** Der gute Glaube an die Geschäftsfähigkeit wird nicht geschützt.

1. Wie treten Geschäftsunfähige im Rechtsverkehr auf?

Da auch Geschäftsunfähige rechtsfähig, d.h. Träger von Rechten und Pflichten, sind, müssen sie auch **im Rechtsverkehr auftreten** können. Da sie selbst nicht wirksam handeln können, wird diese Aufgabe jemand anderem übertragen.

Diese Personen bezeichnet man als **gesetzliche Vertreter**; sie können den Geschäftsunfähigen wirksam berechtigen und verpflichten (§ 164 BGB). Die Voraussetzungen einer solchen Stellvertretung werden wir im siebten Kapitel näher behandeln. Zur Vertretung berufen sind:

- bei Kindern die **Eltern** (§ 1626 BGB, § 1629 BGB), bzw. ausnahmsweise ein Vormund (§§ 1793 ff. BGB).
- für volljährige Geschäftsunfähige ein gerichtlich bestellter **Betreuer** (§§ 1896 ff. BGB). Vor Bestellung eines Betreuers gibt es keinen gesetzlichen Vertreter, dann ist der Geschäftsunfähige rechtlich handlungsunfähig.

Das **Verhalten des gesetzlichen Vertreters** wird dem Geschäftsunfähigen im Rahmen von Schuldverhältnissen nach § 278 S. 1 1. Var. BGB wie eigenes zugerechnet. Es gilt also "Kinder haften für ihre Eltern".

2. Was sind partielle und relative Geschäftsunfähigkeit?

Grundsätzlich wirkt die Geschäftsunfähigkeit **umfassend** - d.h. der Betroffene kann überhaupt keine Rechtsgeschäfte wirksam vornehmen. Manchmal besteht aber ein Bedürfnis, die Geschäftsunfähigkeit auf bestimmte Bereiche zu **begrenzen**:

- Bei der **partiellen Geschäftsunfähigkeit** bezieht sich der Ausschluss der freien Willensbestimmung lediglich auf einen bestimmten, gegenständlich abgegrenzten Bereich von Angelegenheiten. Für alle anderen Rechtsgeschäfte ist der Betroffene voll geschäftsfähig.

Eine Person, die sich im "Querulantenwahn" befindet, soll bezüglich der Führung von Prozessen geschäftsunfähig sein. Davon unberührt bleibt die Fähigkeit, Waren zu kaufen oder Dienstleistungen zu beziehen.,



- Die **relative Geschäftsunfähigkeit** unterscheidet nach der Komplexität des jeweiligen Geschäfts. Diese Unterscheidung führt aber zu Abgrenzungsschwierigkeiten: Woher soll der Geschäftspartner wissen, ob ein Geschäft "kompliziert" oder "einfach" ist? An diese Unterscheidung die Wirksamkeit des Geschäfts zu knüpfen würde den Rechtsverkehr unzumutbar belasten. Deshalb wird eine solche Einschränkung überwiegend abgelehnt.

Eine "relativ geschäftsunfähige" Person soll zwar einen Fernseher, aber kein Grundstück kaufen dürfen.



[Az.: BReg 3 Z 149/88](#)
[BayOblg Az. BReg 3 Z 182/91](#)



Ausnahmsweise kann die Willenserklärung eines Geisteskranken **voll wirksam** sein, wenn er sich in einem sog. "lichten Moment" (**lucidum intervallum**) befindet, da er sich zu diesem Zeitpunkt nicht in einem "Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit" befindet.



K, der an Schizophrenie leidet, kauft von V ein Gemälde für 5000 €. V wusste von der Erkrankung des K nichts und hätte sonst das Bild für 10.000 € an X verkauft. K ist aufgrund seiner Schizophrenie gemäß § 104 Nr. 2 BGB i.V.m. § 105 Abs. 1 BGB geschäftsunfähig. Er konnte keine wirksame Willenserklärung abgeben (§ 105 Abs. 1 BGB), ihm gegenüber konnte keine Willenserklärung zugehen (§ 131 Abs. 1 BGB). Ein Kaufvertrag zwischen K und V ist nicht zustande gekommen.

Abwandlung: K handelt in einem geistig klaren Moment, sodass er die Bedeutung seiner Willenserklärung erkennen kann. Es ist ein wirksamer Kaufvertrag zwischen K und V zustande gekommen.

3. Was gilt für Geschäfte des täglichen Lebens (§ 105a BGB)?

Für Verträge, die volljährige **Geschäftsunfähige** abgeschlossen haben, ordnet § 105a BGB ausnahmsweise eine Wirksamkeitsfiktion an. Erforderlich ist ein "**Geschäft des täglichen Lebens**", was nach der Verkehrsauffassung zu bestimmen ist.



Geschäft des täglichen Lebens können etwa einen Kinobesuch, den Kauf von Lebensmitteln oder einer Zeitschrift zum Gegenstand haben.

Mit dem eindeutigen Wortlaut des § 105a BGB ist zu beachten, dass nur volljährige Geschäftsunfähige ein Geschäft des täglichen Lebens abschließen können. § 105a BGB findet demnach auf Minderjährige weder direkte noch analoge Anwendung.

Eingesetzt werden dürfen nur "**geringwertige Mittel**", was nach dem durchschnittlichen Preis- und Einkommensniveau bestimmt wird (auch reiche Geschäftsunfähige dürfen also keine Yacht erwerben).



Das Geschäft wird erst **nach Austausch** beider Leistungen wirksam - das ist strenger als § 110 BGB! Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des "Bewirkens".

Eine analoge Anwendung auf minderjährige Geschäftsunfähige ist unstrittig ausgeschlossen. Jedoch ist die **Rechtsfolge** der Norm unklar:



Eine **Ansicht** schreibt dem Vertrag nach erfolgter Leistungserbringung eine umfassende Wirksamkeit zu. Diese Ansicht läuft jedoch dem Gesetzeswortlaut zuwider, der den Vertrag eben nur in Ansehung der Leistung und ggf der Gegenleistung als wirksam bezeichnet.

Eine **zweite Ansicht** sieht den Vertrag halbseitig zugunsten des Geschäftsunfähigen als wirksam an (mit der Folge, dass insbesondere Gewährleistungsrechte

zu seinen Gunsten bestehen). Diese Modifizierung des Geschäftsfähigkeitsrecht kann aber nur schwer lediglich aus der allgemeinen *ratio* des § 105a BGB hergeleitet werden.

Die **überwiegende Ansicht** nimmt hingegen einen beidseitigen Ausschluss von Rückforderungsansprüchen (ähnlich wie bei § 241a Abs. 2 BGB), aber keine weitergehende Wirksamkeit an.

III. Was gilt bei Bewusstlosigkeit/nur vorübergehender Störung der Geistestätigkeit?

Eine Willenserklärung, die im **Zustande der Bewusstlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit** abgegeben wird, ist nichtig (§ 105 Abs. 2 BGB).

Willenserklärung wird im Zustand hochgradiger Trunkenheit, unter Drogeneinfluss, Hypnose, hohem Fieber, Einfluss von Medikamenten abgegeben.



Dies sollte Sie nicht überraschen - denn immerhin setzt eine Willenserklärung zwingend einen Geschäftswillen voraus, der in derartigen Zuständen fehlt.

Trotz Bewusstlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit wird man nach dem BGB **nicht vorübergehend geschäftsunfähig!** Der Unterschied zwischen einer Willensstörung, die zur Geschäftsunfähigkeit führt, und einer solchen nach § 105 Abs. 2 BGB liegt darin, dass dem Bewusstlosen selbst eine Willenserklärung wirksam zugehen kann (vgl. § 131 BGB, der auf die Geschäftsfähigkeit abstellt).



Dies ermöglicht es beispielsweise, Verwaltungsakte gegenüber Betrunknen zu erlassen - wären diese geschäftsunfähig, könnte man ihnen z.B. keinen Platzverweis erteilen.

IV. Wie löse ich Fälle, in denen Minderjährige auftreten?

Anders als Geschäftsunfähige können beschränkt Geschäftsfähige teilweise wirksame Rechtsgeschäfte abschließen. Dabei gilt folgendes wichtiges **Prüfungsschema**, das Sie sich **unbedingt einprägen** sollten:

1. **Minderjährigkeit** (älter als 7, § 106 BGB, jünger als 18 Jahre, § 2 BGB)
2. Keine **Teilgeschäftsfähigkeit** (§ 112 BGB, § 113 BGB)
3. Kein **lediglich rechtlicher Vorteil** für den Minderjährigen (§ 107, 1. Var. BGB)
4. Keine **Einwilligung** (§ 183 BGB) des gesetzlichen Vertreters (§ 107, 2. Var. BGB)
5. Keine **Generaleinwilligung** nach § 110 BGB ("Taschengeldparagraph")
6. **Rechtsfolge**



- a. **Einseitige Rechtsgeschäfte:** Nichtigkeit (§ 111 BGB)
- b. **Verträge:** Schwebende Unwirksamkeit bis
 - aa. **Genehmigung** durch gesetzlichen Vertreter (§ 108 Abs. 1 BGB) oder geschäftsfähig Gewordenen (§ 108 Abs. 3 BGB)
 - bb. **Verweigerung, Fristablauf** (§ 108 Abs. 2 S. 2 BGB) oder **Widerruf** (§ 109 BGB): endgültige Unwirksamkeit

1. Was ist "Teilgeschäftsfähigkeit" (§ 112 BGB, § 113 BGB)?

Obwohl jemand noch nicht volljährig ist (§ 2 BGB: 18 Jahre), erlauben ihm § 112 BGB (für die **Aufnahme eines selbstständigen Gewerbebetriebs**) und § 113 BGB (für eine **abhängige Berufstätigkeit**) ausnahmsweise bereits eine Geschäftsfähigkeit für einen bestimmten Bereich.

Sinn und Zweck dieser Regelungen ist die Erleichterung des Rechtsverkehrs. Würde man bei den geregelten Fällen jedesmal die **Zustimmung des gesetzlichen Vertreters** (also in der Regel der Eltern) verlangen, wäre dies viel zu zeitaufwendig.



Ein als Softwareentwickler selbstständig tätiger Minderjähriger müsste etwa für die Annahme jedes Auftrages (etwa zur Gestaltung einer Internetseite) seine Eltern fragen. Das wäre den Kunden kaum zu vermitteln.

Allerdings bedeutet Teilgeschäftsfähigkeit noch **keine Vollgeschäftsfähigkeit**: Außerhalb der Tätigkeit müssen weiterhin die Eltern nachteiligen Geschäften zustimmen. Das erarbeitete Geld ist auch nicht nach § 110 BGB zur freien Verfügung von den Eltern überlassen.



Der 16-jährige Jungunternehmer darf sich also keinen Chauffeur anstellen und auch keine Reise nach Disneyland buchen.

a. Welchen Umfang hat die Teilgeschäftsfähigkeit nach § 112 BGB?

Nach § 112 BGB darf ein Minderjähriger ein **eigenes Geschäft** betreiben, wenn er die Einwilligung seiner gesetzlichen Vertreter und des **Familiengerichts** hat.



Unter einem **Erwerbsgeschäft** im Sinne der Norm versteht man jede erlaubte, selbstständige, berufsmäßig ausgeübte und auf Gewinnerzielung gerichtete Tätigkeit. Die Selbstständigkeit orientiert sich an der Legaldefinition des § 84 Abs. 1 S. 2 HGB. Das Merkmal dient der Abgrenzung zu § 113 BGB.

Im Rahmen seines Geschäfts ist der Minderjährige voll geschäftsfähig. Es besteht aber keine Teilgeschäftsfähigkeit bzgl. derjenigen Rechtsgeschäfte, zu denen der gesetzliche Vertreter die

Genehmigung des Familiengerichts benötigt, z.B. bei der Aufnahme eines Kredits. vgl. § 1643 BGB, § 1821 BGB, § 1822 Nr. 1, Nr. 3, Nr. 5, Nr. 8, Nr. 11 BGB.

Die Teilgeschäftsfähigkeit kann von dem gesetzlichen Vertreter nur noch mit Zustimmung des Familiengerichts zurückgenommen werden.

b. Welchen Umfang hat die Teilgeschäftsfähigkeit nach § 113 BGB?

Nach § 113 Abs. 1 S. 1 BGB darf ein Minderjähriger einen **Dienst- oder Arbeitsvertrag** eingehen. Gemeint sind nicht etwa Ausbildungsverhältnisse, weil insoweit die Ausbildung und nicht die berufliche Tätigkeit im Vordergrund stehen.

Erforderlich ist hierfür **nur die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters**, aber anders als in § 112 BGB nicht diejenige des Familiengerichts. Die Zurücknahme oder Einschränkung der Geschäftsfähigkeit kann durch den Vertreter erfolgen (§ 113 Abs. 2 BGB). Praktisch hat dies vor allem zur Folge, dass der Arbeitgeber den Lohnanspruch wirksam durch Zahlung an den Minderjährigen erfüllen kann, der Minderjährige insofern die Empfangszuständigkeit für die Lohnzahlung (analog § 131 BGB) besitzt.

Ist der Minderjährige nach § 113 Abs. 1 BGB teilgeschäftsfähig kann er alleine seine Arbeit beim Elektrohandwerk aufgeben und zum KFZ-Mechatroniker wechseln. Auch erfasst wird der Kauf von Arbeitskleidung oder Einrichtung eines Gehaltskontos.



2. Was sind "lediglich rechtlich vorteilhafte Rechtsgeschäfte"?

Die entscheidende Erweiterung der beschränkten Geschäftsfähigkeit gegenüber der Geschäftsunfähigkeit besteht darin, dass lediglich rechtlich vorteilhafte Geschäfte ohne weiteres zulässig sind.

Ein Rechtsgeschäft ist *lediglich rechtlich vorteilhaft* im Sinne von § 107 BGB, wenn der Minderjährige dadurch keinen unmittelbaren rechtlichen Nachteil erleidet. Ein rechtlicher Nachteil ist jeder Verlust und jede Belastung von vorhandenem Vermögen des Minderjährigen.



Im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt sind **rechtlich neutrale Geschäfte**, die für den Minderjährigen weder rechtlich vorteilhaft noch rechtlich nachteilhaft sind.

- Der Minderjährige handelt als Vertreter (§ 165 BGB, § 179 Abs. 3 S. 2 BGB).
- Der Minderjährige bestimmt fremde Leistungspflichten (§ 317 BGB).
- Der Minderjährige nimmt ein Tauschgeschäft (§ 480 BGB) über eine fremde Sache vor.



Auch bei solchen Geschäften ist aber eine Einwilligung der Eltern nicht zweckmäßig. Sinn und Zweck des § 107 BGB ist es, den Minderjährigen vor nachteilhaften Folgen eines Rechtsgeschäfts

tes zu schützen. Neutrale Geschäfte belasten oder gefährden den Minderjährigen aber nicht. Aus einer teleologischen Auslegung von § 107 BGB ergibt sich daher, dass **auch rechtlich neutrale Geschäfte ohne Einwilligung der Eltern wirksam sind.**



[Timme, Die Schenkung eines Tieres an einen beschränkt Geschäftsfähigen, JA 2010, 174](#)

a. Welche Bedeutung hat das Trennungsprinzip?

Die Frage, ob ein Geschäft lediglich rechtlich vorteilhaft ist, muss für jedes Rechtsgeschäft separat beurteilt werden. Wie Sie bereits wissen, unterscheidet man aber zwischen **Verpflichtungsgeschäften** (wie etwa dem Kaufvertrag, § 433 BGB) und **Verfügungsgeschäften** (etwa der Übereignung beweglicher Sachen nach § 929 S. 1 BGB). Das bedeutet:



Bei der Beurteilung, ob ein Rechtsgeschäft lediglich rechtlich vorteilhaft ist, muss das **Trennungsprinzip** beachtet werden.

Das **Trennungsprinzip** besagt dabei, dass das dingliche Geschäft und das schuldrechtliche Geschäft verschiedene Rechtsgeschäfte sind.

Das **Abstraktionsprinzip** besagt, dass die beiden Geschäfte in ihrer Wirksamkeit grundsätzlich unabhängig voneinander sind.

Dabei gelten folgende Grundsätze:

- **Verpflichtungsgeschäfte**, durch welche der Minderjährige eine Pflicht übernimmt, sind stets nachteilhaft und bedürfen nach § 107 BGB der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters. Dies gilt selbst dann, wenn die Leistungspflicht des Minderjährigen erst nach Erlangung der Volljährigkeit fällig wird.
- **Verfügungsgeschäfte**, durch welche der Minderjährige ein Recht oder eine Sache verliert, sind stets nachteilhaft und nur mit Einwilligung des gesetzlichen Vertreters wirksam.
- **Verfügungsgeschäfte**, durch welche der Minderjährige etwas erlangt, sind für ihn rechtlich vorteilhaft. Dies gilt selbst dann, wenn dadurch eine ihm gegenüber bestehende Leistungspflicht aus einem Verpflichtungsgeschäft erlischt.



[Az. V ZB 13/04](#)

b. Wann sind Verpflichtungsgeschäfte lediglich rechtlich vorteilhaft?

Rechtlich nachteilig sind alle **schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäfte**, durch die der Minderjährige irgendeine Pflicht eingeht ("Schuldner" wird), mögen sie in wirtschaftlicher Hinsicht noch so vorteilhaft sein.



Auch der Kauf eines wertvollen Neuwagens für 1 € ist rechtlich nachteilhaft - der Minderjährige geht nämlich die Pflicht ein, einen Euro zu bezahlen.

Lediglich rechtlich vorteilhaft können daher **nur unentgeltliche Rechtsgeschäfte** sein, für die der Minderjährige keine Gegenleistung erbringen muss. Aber auch hier ist Vorsicht geboten: Nicht nur die Gegenleistungspflicht, sondern auch etwaige Nebenpflichten können einen rechtlichen Nachteil darstellen. Unproblematisch im Hinblick auf die Frage, ob ein lediglich rechtlich vorteilhaftes Geschäft vorliegt, sind nur reine Rücksichtnahmepflichten (§ 241 Abs. 2 BGB).

aa. Ist der Auftrag lediglich rechtlich vorteilhaft?

Selbstkontrollaufgabe:

Nach § 662 BGB verpflichtet sich der Beauftragte durch die Annahme des Auftrags, ein ihm von dem Auftraggeber übertragenes Geschäft für diesen **unentgeltlich** zu besorgen. Kann ein Minderjähriger also wirksam jemanden beauftragen? (Tipp: Lesen Sie auch die folgenden Paragraphen!)



Auf den ersten Blick scheint die Antwort leicht: Immerhin ist der Auftrag ja unentgeltlich - der Minderjährige muss also keine Gegenleistung erbringen. Wenn Sie aber die folgenden Paragraphen durchsehen, sollte Ihnen § 670 BGB ins Auge fallen: Danach ist der Auftraggeber zum Aufwendungsersatz verpflichtet. Dabei handelt es sich zwar nur um eine so genannte "Nebenleistungspflicht" (weshalb man auch von einem "unvollkommen zweiseitigen Vertrag" in Abgrenzung zu einem echten gegenseitigen Vertrag spricht). Dennoch trifft den Minderjährigen ein rechtlicher Nachteil - er kann also keine Aufträge erteilen (und erst Recht nicht annehmen).

Ähnliches gilt auch für die Leihe: Der Entleiher muss nach § 601 Abs. 1 BGB die gewöhnlichen Erhaltungskosten tragen und ist nach § 604 Abs. 1 BGB zur Rückgabe verpflichtet.

bb. Sind Schenkungen immer lediglich rechtlich vorteilhaft?

Eine Schenkung (§ 516 BGB) **als reines Verpflichtungsgeschäft** ist grundsätzlich rechtlich vorteilhaft. Jedoch sind davon zwei Ausnahmen zu machen:

- Wenn eine Schenkung **mit einer Auflage verbunden wird** (§ 525 BGB), erlangt der Schenker einen Anspruch gegen den beschenkten Minderjährigen auf Vollziehung dieser Auflage. Ob dies in jedem Fall die Schenkung nachteilig macht, ist umstritten:

Eine Auffassung sieht die gesamte Schenkung dann **in jedem Fall als nachteilig** an. Er bräuchte in jedem Fall die Zustimmung seiner Eltern.

Argument: Den Minderjährigen trifft eine einklagbare Pflicht - damit ist die Schenkung in keinem Fall mehr ausschließlich vorteilhaft.

Teilweise wird hingegen ein rechtlicher Nachteil verneint, soweit sich der Minderjährige **nur verpflichtet, die geschenkte Sache in bestimmter Weise zu nutzen**. Er bräuchte dann also nicht die Zustimmung seiner Eltern.



Argument: In diesem Fall muss er nichts aus seinem Vermögen aufgeben, er erhält nur eine belastete Sache - was aber rechtlich immer noch mehr ist als keine Sache.

- Auch ein **vertraglicher Rücktrittsvorbehalt** (§ 346 Abs. 1 BGB) bewirkt, dass die Schenkung nicht mehr ausschließlich vorteilhaft ist. Soweit der Minderjährige zur Herausgabe außer Stande ist, würde er nämlich nach § 346 Abs. 2 BGB auf Wertersatz und ggf. sogar nach § 346 Abs. 4 BGB auf Schadensersatz haften. Dies würde sein sonstiges Vermögen angreifen. Daher bedarf er schon für die Annahme der Schenkung der Zustimmung seiner Eltern.

(1) Welches Sonderproblem stellt sich bei Geschenken der Eltern?

Grundsätzlich können die **Eltern als gesetzliche Vertreter** (§ 1626 Abs. 1 BGB, § 1629 Abs. 1 BGB) des Minderjährigen mit sich selbst als Schenker einen Schenkungsvertrag abschließen.



Mutter M und Vater V schenken ihrem Sohn S zu Weihnachten ein Playmobil-Auto.

Allerdings würde es sich um ein so genanntes "**Insichgeschäft**" handeln (§ 181 BGB), für das ihre Vertretungsmacht gerade nicht besteht (§ 1629 Abs. 2 BGB, § 1795 Abs. 2 BGB). Bei **lediglich rechtlich vorteilhaften Geschäften** wird § 181 BGB jedoch teleologisch reduziert: Solche Geschäfte sind auch ohne Ergänzungspfleger (§ 1693 BGB, § 1909 BGB) möglich, da das Kindesinteresse grundsätzlich nicht gefährdet ist. Maßgeblich dafür ist zunächst nur das Verpflichtungsgeschäft, also die Schenkung (§ 516 BGB), die als solche lediglich rechtlich vorteilhaft ist.

Das hat aber eine überraschende Folge: Auch beim Erfüllungsgeschäft können die Eltern das Kind vertreten, da hier die ausdrückliche Ausnahme des § 181 BGB eingreift, wonach ein "**in Erfüllung einer Verbindlichkeit**" abgeschlossenes Geschäft stets wirksam ist. Ob die Erfüllung lediglich rechtlich vorteilhaft ist, muss also nicht mehr geprüft werden. Das bedeutet aber, dass die Eltern für sie rechtlich nachteilige Gegenstände auch **gegen den Willen des Minderjährigen** auf diesen abschieben könnten. Der BGH will dieses Problem lösen, indem er die Folgen des dinglichen Geschäfts unmittelbar in die Prüfung des schuldrechtlichen Geschäfts einbezieht, sog. "**Gesamtbetrachtung**".



Mutter M und Vater V schenken ihrem Sohn S ein marodes Mehrfamilienhaus mit 8 vermieteten Wohnungen. Die Mieter bestehen auf Renovierung.



[Az. V ZB 16/79](#)

(2) Was bedeutet die "Gesamtbetrachtungslehre"?

Bei der Gesamtbetrachtung werden die Folgen des Verfügungsgeschäfts bereits bei der Beurteilung des zugrundeliegenden Verpflichtungsgeschäfts berücksichtigt. Das bedeutet: Wenn durch das als Erfüllung abzuschließende Verfügungsgeschäft Pflichten des Minderjährigen begründet werden, soll bereits das zugrundeliegende Verpflichtungsgeschäft - unter Durchbrechung des Abstraktionsprinzips - unwirksam sein.

Wenn die Eltern M und V ihrem Sohn eine Eigentumswohnung schenken, erlangt dieser unmittelbar nur einen rechtlichen Vorteil, nämlich einen Anspruch auf die Auflassung der Wohnung. Die Erfüllung dieses Anspruchs, d.h. die Auflassung führt jedoch zu Nachteilen: Der Minderjährige muss etwa ein Hausgeld (§ 16 Abs. 2 WEG) zahlen.

Nach der Gesamtbetrachtungslehre werden nun die Nachteile aus der Erfüllung (die Pflicht zur Zahlung von Hausgeld) bereits bei der Beurteilung des Schenkungsvertrages berücksichtigt. Weil die Schenkung mittelbar zur Hausgeldpflicht führt, ist bereits dieses Rechtsgeschäft unwirksam.



Dies gilt aber nur für den Fall, dass **das Verpflichtungsgeschäft lediglich rechtlich vorteilhaft, das Verfügungsgeschäft jedoch mit Nachteilen verbunden ist**. Der umgekehrte Fall, dass **das Verfügungsgeschäft allein einen Vorteil bringt, jedoch mit einer nachteiligen Verpflichtung verbunden ist**, steht nach dem BGH der Wirksamkeit des Verfügungsgeschäfts nicht entgegen.

V schließt mit dem 14-jährigen K einen notariell beurkundeten Schenkungsvertrag (§ 516 BGB) im Hinblick auf ein Grundstück, in dem sich K als Auflage (§ 525 BGB) verpflichtet, dem V ein lebenslanges Wohnrecht (§ 1903 BGB) einzuräumen. Gleichzeitig wird beim Notar die Auflassung des Grundstücks (§ 925 BGB, § 873 BGB) beurkundet. Hier ist der Schenkungsvertrag wegen der Verpflichtung zur Einräumung des Wohnrechtes nicht lediglich rechtlich vorteilhaft (§ 107 BGB) und daher zumindest schwebend unwirksam. Die dingliche Einigung (§ 873 BGB, § 925 BGB) ist hingegen für K lediglich rechtlich vorteilhaft und deshalb wirksam - das nachteilhafte Grundgeschäft wird **nicht berücksichtigt**.



cc. Sind Verfügungsgeschäfte ggü. dem Minderjährigen stets rechtlich vorteilhaft?

Die **Übereignung einer Sache an einen Minderjährigen**, durch die dieser Eigentum erlangt, ist grundsätzlich rechtlich vorteilhaft. Die dingliche Einigung begründet als solche keine rechtlichen Nachteile (nach hM erlischt der Erfüllungsanspruch aus dem zugrundeliegenden Verpflichtungsgeschäft nicht nach § 362 BGB zudem wäre eine solche mittelbare Folge bei der Prüfung von § 107 BGB irrelevant).

Wenn der übereignete Gegenstand aber belastet ist, kommt es darauf an, ob der Minderjährige auch mit seinem sonstigen Vermögen haftet, oder maximal den geschenkten Gegenstand verliert.



Dem Minderjährigen wird ein Grundstück übereignet, das mit einer Hypothek (§ 1113 BGB) oder Grundschuld (§ 1192 BGB) belastet ist. Ist das Geschäft lediglich rechtlich vorteilhaft im Sinne von § 107 BGB?

Da gem. § 1147 BGB dem Hypothekengläubiger nur ein Verwertungsrecht am Grundstück zusteht, ohne dass der Minderjährige zahlen müsste, ist die Grundstücksschenkung rechtlich vorteilhaft. Plakativ gesprochen haftet hier nur das Grundstück, nicht aber auch der Minderjährige mit seinem Privatvermögen.

Anders wäre es bei einer Reallast (§ 1108 BGB), der Übereignung eines vermieteten Hauses (wo der neue Eigentümer gegenüber den Mietern wegen § 566 Abs. 1 BGB haftet) oder der Übertragung von Wohnungseigentum, wenn die Wohnungseigentümergeinschaft (§§ 10 ff. WEG) laut ihrer Grundordnung stärkere Belastungen als das Gesetz trifft.

Außer Betracht bleiben sollen auch **öffentlich-rechtliche Lasten** (Grundsteuer, etc.). Teilweise wird dies darauf gestützt, dass sie nicht auf der Willenserklärung, sondern unmittelbar auf dem Gesetz beruhen. Die hM und der BGH klammern solche Nachteile demgegenüber deshalb aus, weil sie "*ihrem Umfang nach begrenzt und wirtschaftlich unbedeutend*" sind, d.h. § 107 BGB wird teleologisch reduziert.



BGHZ 161, 170
Medicus BGB AT Rn. 563
Köhler BGB AT § 10 Rn. 16
Bitter BGB AT § 9 Rn. 34

dd. Was gilt, wenn ein Minderjähriger fremde Sachen übereignet?

Wenn ein Minderjähriger sein Eigentum verliert oder auch nur ein beschränktes dingliches Recht an einem seiner Gegenstände einräumt, ist dies offensichtlich rechtlich nachteilhaft. Allerdings erlaubt unsere Rechtsordnung es auch, dass Eigentum an fremden Sachen gutgläubig erworben werden kann (§ 932 BGB). Wenn aber der Minderjährige nach diesen Regelungen das Eigentum an einer fremden Sache überträgt, erleidet er keinen rechtlichen Nachteil, das Geschäft ist für ihn neutral. **Ob der Minderjährige Eigentum an fremden Sachen verschaffen kann, ist umstritten:**



Nach einer nicht selten vertretenen Ansicht scheidet ein Eigentumserwerb aus.

Argumente:

- Der gutgläubige Erwerber wird durch den Schutz seines guten Glaubens nach § 932 BGB so gestellt, wie wenn der Veräußerer Eigentümer wäre. Wäre der Minderjährige Eigentümer, so würde dieser aber durch die Verfügung ein nachteiliges Geschäft vornehmen, dass gem. § 107 BGB unwirksam wäre.

- Der gute Glaube an die volle Geschäftsfähigkeit sei im BGB gerade nicht geschützt.
- Der Erwerber darf im Fall der Nichtberechtigung des Veräußerung nicht besser stehen als beim Erwerb vom Berechtigten.

Nach dem **BGB und der überwiegenden Auffassung** ist die Antwort eindeutig: Es handelt sich um ein rechtlich neutrales Geschäft, weil der Minderjährige nichts verliert. Soweit ihm eine Schadensersatzhaftung (aus §§ 823 ff. BGB) droht, ist dies keine Folge des Rechtsgeschäfts, sondern eine allgemeine deliktische Haftung, welche im Rahmen von § 107 BGB außer Betracht bleibt. Daher braucht der Minderjährige nach § 107 BGB keine Einwilligung und die Verfügung über fremdes Eigentum ist ohne weiteres von Anfang an wirksam.

Argumente:

- §§ 107 f. BGB schränken den Verkehrsschutz nur zum Schutz des Minderjährigen ein, dienen aber nicht dem Eigentümer, über dessen Sachen der Minderjährige verfügt.
- § 932 BGB schließt den Erwerb bei Bösgläubigkeit aus und macht nicht den guten Glauben wahr.
- Zudem führt die Gegenauffassung zu dem Problem, dass letztlich eine Einwilligung oder Genehmigung der Erziehungsberechtigten das Hindernis überwinden könne - diese hätten aber ebenso wenig mit dem fremden Eigentum zu schaffen.

ee. Ist eine nach § 362 Abs. 1 BGB wirksame Erfüllung möglich?

Fraglich ist, ob an einen Minderjährigen wirksam erfüllt werden kann. Die Frage, ob neben einem **Bewirken** der **geschuldeten Leistung** (§ 362 Abs. 1 BGB) noch weitere Voraussetzungen vorliegen müssen, wird nicht einheitlich beantwortet. Im Grunde werden zwei verschiedene Ansichten vertreten:

Nach einer Auffassung - sog. **Theorie der finalen Leistungsbewirkung** - muss zur wirksamen Erfüllung auf Seiten des Schuldners eine dem Bewirken entsprechende Leistungszweckbestimmung vorliegen. Diese stellt ein einseitiges Rechtsgeschäft dar.

Kritik:

- Problematisch ist, dass diese Bestimmung grundsätzlich nicht wirksam zugehen kann, § 131 BGB.
- Aus dem Wortlaut des § 366 Abs. 2 BGB ergibt sich, dass der Schuldner nur das Recht, nicht aber die Pflicht zur Leistungsbestimmung hat.

Die herrschende Meinung - sog. **Theorie der realen Leistungsbewirkung** - verlangt demgegenüber keine zu § 362 Abs. 1 BGB hinausgehenden Voraussetzungen. Jedoch muss der Gläubiger die Leistung annehmen können, d.h. analog § 362 Abs. 1



BGB empfangszuständig sein. Diese Empfangszuständigkeit fehlt Minderjährigen, sodass an diese grundsätzlich nicht erfüllt werden kann.

Argument: Nach dem Wortlaut des § 362 Abs. 1 BGB, der nur von einem "Bewirken" spricht, ist es nicht ersichtlich, dass anstelle einer nur tatsächlichen Handlung ein rechtsgeschäftliches Verhalten vorliegen muss.

Früher wurde nach der sog. **Vertragstheorie** gefordert, dass neben dem "Bewirken" noch ein das Schulverhältnis aufhebender Erfüllungsvertrag geschlossen werden muss, sodass sowohl der Schuldner als auch der Gläubiger eine entsprechende Willenserklärung abgeben muss. Hiergegen spricht jedoch wiederum der Wortlaut des § 362 Abs. 1 BGB.



[BGH, Az.: X ZR 31/06](#)
[BGH, Az.: II ZR 215/89](#)

c. Was gilt für einseitige Rechtsgeschäfte und geschäftsähnliche Handlungen?

Die Wirksamkeit lediglich vorteilhafter Geschäfte nach § 107 BGB ist nicht auf Verträge beschränkt. Dies ist ein wesentlicher Unterschied zur nachträglichen Genehmigung der Eltern (§ 108 BGB) und die Generaleinwilligung durch Überlassung von Mitteln (§ 110 BGB), die nur für Verträge, nicht aber für einseitige Rechtsgeschäfte gelten (§ 111 BGB).

Allerdings sind die meisten einseitigen Rechtsgeschäfte für den Erklärenden nachteilhaft, da sie Rechte vernichten.



Die Anfechtung (§ 142 BGB), die Erklärung des Widerrufs (§ 355 BGB), die Kündigung (§ 314 BGB) oder der Rücktritt (§ 346 BGB) sind nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, weil sie Ansprüche vernichten und Rückgewährpflichten auslösen.

Die Regelung des § 107 BGB findet entsprechende Anwendung auf **geschäftsähnliche Handlungen**. Diese erweitern im Regelfall die Rechte desjenigen, der eine Erklärung abgibt und sind daher lediglich rechtlich vorteilhaft im Sinne von § 107 BGB.

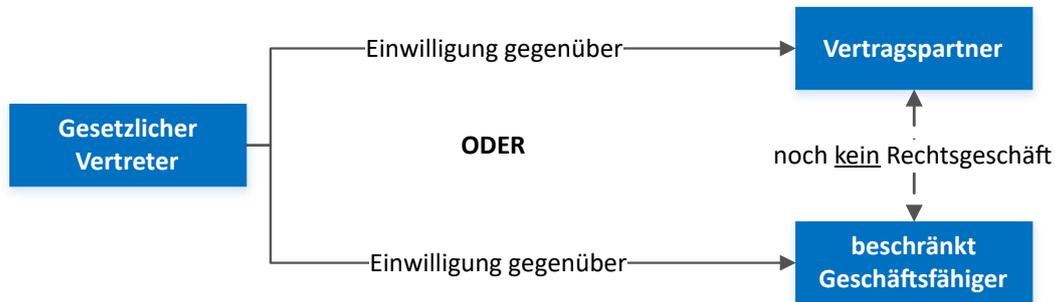


Eine Fristsetzung (§ 281 BGB, § 323 BGB) oder eine Mahnung (§ 286 BGB) sind demgegenüber vorteilhaft, weil sie nur weitere Möglichkeiten, insbesondere die Möglichkeit zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen oder zum Rücktritt, eröffnen.

3. Was ist bei der Einwilligung zu beachten?

Die Einwilligung ist eine Zustimmung, die vor oder spätestens zeitgleich mit der Vornahme des Rechtsgeschäfts erteilt wird (§ 183 S. 1 BGB). Es handelt sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die sowohl gegenüber dem Minderjährigen als auch gegenüber dem Geschäftspartner erklärt werden kann (§ 182 Abs. 1 BGB). Sie bedarf keiner Form (§ 182 Abs. 2 BGB), selbst wenn das Rechtsgeschäft formbedürftig ist. Insoweit ähnelt die Einwilligung der Vollmacht (§ 167 Abs. 2 BGB).

Allerdings ist § 111 S. 2 BGB zu beachten: Danach kann der Adressat eines einseitigen Rechtsgeschäfts verlangen, dass ihm die Einwilligung schriftlich nachgewiesen wird und sie ansonsten unverzüglich zurückweisen. Dem entspricht § 174 BGB für die Vollmacht.



a. Was ist beim Widerruf der Einwilligung zu beachten?

Eine einmal erteilte Einwilligung kann bis zur Vornahme des Geschäfts widerrufen werden, und zwar sowohl gegenüber dem Minderjährigen selbst als auch gegenüber dem Geschäftspartner (§ 183 S. 2 BGB). Ein Schutz des gutgläubigen Geschäftspartners ist anders als bei der Vollmacht (§ 171 BGB, § 173 BGB) nicht ausdrücklich vorgesehen.

Man unterscheidet die "Spezialeinwilligung" in Bezug auf ein bestimmtes Rechtsgeschäft von der "(beschränkten) Generaleinwilligung", die alle Geschäfte in einem bestimmten Zusammenhang umfasst. Diese darf aber keinesfalls so weit gehen wie die Teilgeschäftsfähigkeit in § 112 BGB, § 113 BGB.

Ausnahmsweise kann ein Anspruch auf Einwilligung bestehen; soweit die Eltern die Einwilligung ermessensfehlerhaft verweigern, wird diese Erklärung rückwirkend durch das Familiengericht ersetzt.

b. Was ist der sog. "Taschengeldparagraph"?

§ 110 BGB stellt einen gesetzlich besonders geregelten Fall einer konkludenten, beschränkten Generaleinwilligung im Sinne von § 107 BGB dar. Die Norm setzt voraus, dass der beschränkt Geschäftsfähige das ihm obliegende Erfüllungsgeschäft wirksam vornimmt. Da dies für ihn mit einem Rechtsverlust verbunden, also nachteilig ist, bedürfte es eigentlich der Zustimmung seiner gesetzlichen Vertreter. Diese ist bei § 110 BGB aber konkludent in der Überlassung der Mittel zu diesem Zweck oder zur freien Verfügung zu sehen. Die vier Voraussetzungen des § 110 BGB sind:

1. Ein Vertrag, durch den der Minderjährige nicht nur einen rechtlichen Vorteil erlangt, wurde ohne ausdrückliche Einwilligung der gesetzlichen Vertreter geschlossen. Hier kann man auf die Prüfung des § 107 BGB verweisen.
2. Der beschränkt Geschäftsfähige muss seine Verpflichtung vollständig bewirkt (d.h. erfüllt i.S.d. § 362 Abs. 1 BGB) haben.
3. Die Mittel zur Erfüllung müssen dem Minderjährigen zur freien Verfügung oder zu diesem speziellen Zweck überlassen worden sein.



4. Die Mittel müssen vom **gesetzlichen Vertreter** oder mit dessen Zustimmung von einem Dritten überlassen worden sein.

aa. Inwieweit ist § 110 BGB dispositiv?



Selbstkontrollaufgabe: Nach § 110 BGB müssen die Mittel "zu diesem Zweck oder zu freier Verfügung" überlassen worden sein. Welche Grenzen gelten, wenn die Mittel "zur freien Verfügung" überlassen wurden - oder darf der Minderjährige dann wirklich alles machen, was er will?

§ 110 BGB stellt einen Sonderfall der (General-)Einwilligung dar. Die gesetzlichen Vertreter können diese Einwilligung daher nicht nur ausdrücklich, sondern auch konkludent beschränken. Dass es letztlich auf den Willen der Eltern ankommen soll, wird auch daran deutlich, dass nur mit Zustimmung (§ 182 BGB) der Eltern Mittel Dritter genutzt werden dürfen.

Dies bedeutet, dass § 110 BGB auch im Kontext der Erziehungspflicht der Eltern zu lesen ist: Der Minderjährige darf auch ohne ausdrückliche Vorgabe nicht von seinem Taschengeld Alkohol oder Zigaretten erwerben. Dabei ist aber stets auf den Einzelfall abzustellen - maßgeblich ist, was die konkreten Eltern ihrem Kind erlaubt hätten. Sinn und Zweck des § 110 BGB gebieten es aber, im Zweifel von der Einwilligung auszugehen. Nur bei offensichtlich nicht mehr erwünschtem Verhalten oder ausdrücklichen Verboten bleibt die Anwendung von § 110 BGB erfolglos.

bb. Welche typischen Probleme stellen sich im Rahmen von § 110 BGB?

Der Minderjährige muss seine Leistung "bewirkt" haben, der Vertragspartner hingegen nicht. Bis der beschränkt Geschäftsfähige seine Leistung vollständig erfüllt (§ 362 Abs. 1 BGB) hat, ist das Geschäft schwebend unwirksam. Raten- und Kreditgeschäfte werden daher zunächst nicht von § 110 BGB erfasst. Allerdings tritt rückwirkend Wirksamkeit ein, wenn die letzte Rate gezahlt wird, sofern alles aus den Mitteln i.S.d. § 110 BGB folgte. **Anzahlungen** reichen nicht aus! Bei **teilbaren Leistungen** (etwa bei einem Mobiltelefonvertrag oder einem Mietvertrag die jeweiligen Zeiträume) greift § 110 BGB, soweit die Teilleistungen erbracht wurden. Für die zukünftigen Leistungen ist der Vertrag hingegen schwebend unwirksam.

Zur **freien Verfügung** überlassen wird dem Minderjährigen vor allem aber das Taschengeld, aber darüber hinaus auch Löhne aus Jobs, BAföG etc. Es muss sich nicht um "Geld", sondern um "Mittel" handeln - das erfasst beliebige Sachen (§ 90 BGB) und Rechte.

Erlangt der Minderjährige durch ein nach § 110 BGB wirksames Geschäft ein **Surrogat**, so ist dieses seinerseits nur "Mittel" im Sinne von § 110 BGB, wenn es von der Zustimmung der gesetzlichen Vertreter gedeckt ist. Dies ist nach § 133 BGB, § 157 BGB durch Auslegung zu ermitteln.

Ein Minderjähriger kauft von seinem "Taschengeld" ein Los und gewinnt 1.000 €. Diese 1000 € darf er nicht wie "Taschengeld" wirksam ausgeben. Es soll **keine "Fernwirkung"** von Einwilligung, Genehmigung und Taschengeld geben.



[RG, AZ.: IV 566/09](#)



cc. Wie sieht die Mittelüberlassung zur freien Verfügung durch einen Dritten aus?

4. Welche Folgen hat das Fehlen einer Einwilligung bei (auch) nachteiligen Geschäften?

Das Gesetz unterscheidet zwischen Verträgen (§ 108 BGB) und einseitigen Rechtsgeschäften (§ 111 BGB). Das ist ein Phänomen, das uns auch im Rahmen der Vertretung ohne Vertretungsmacht begegnen wird (dort § 177 BGB einerseits, § 180 BGB andererseits):

- **Verträge** sind zunächst unwirksam, sie können aber mit Rückwirkung (§ 184 BGB) wirksam werden, wenn die Eltern oder der volljährig gewordene Minderjährige sie genehmigen (§ 108 BGB).
- **Einseitige Rechtsgeschäfte**, wie eine Kündigung, sind unheilbar nichtig (§ 111 BGB). Dieses Ergebnis ist aber unbefriedigend, wenn der Geschäftspartner die Minderjährigkeit kannte und die Eltern die Erklärung nachträglich genehmigen. In diesem Fall wird analog § 180 S. 2 BGB die Regelung für Verträge (§ 108 BGB) herangezogen.

Wichtig: Die gesetzlichen Vertreter können zwar in die Willenserklärung des Minderjährigen einwilligen (§ 107 BGB iVm § 183 BGB), aber nicht die Willenserklärung "genehmigen", sondern nur den Vertrag (§ 108 BGB iVm § 184 BGB). Es ist also falsch von der "Zustimmung" (§ 182 BGB) zur Willenserklärung oder zum Vertrag zu sprechen, da der Bezugspunkt jeweils ein anderer ist.



[Az. V ZR 244/88](#)



a. Was gilt bei Vollmachtserteilung durch einen Minderjährigen?

Selbstkontrollaufgabe: Unter einer "Vollmacht" versteht man die durch Rechtsgeschäft eingeräumte Vertretungsmacht (§ 166 Abs. 2 BGB). Diese wird durch Erklärung gegenüber dem Geschäftspartner oder dem Vertretenen erteilt (§ 167 BGB),



mithin durch ein einseitiges Rechtsgeschäft. Was gilt, wenn ein Minderjähriger ohne Einwilligung seiner Eltern eine Vollmacht erteilt?

Die Vollmacht ist nicht lediglich rechtlich vorteilhaft im Sinne von § 107 BGB, weil der Minderjährige dadurch einem Dritten das Recht einräumt, ihn zu verpflichten. Da es sich um ein einseitiges Rechtsgeschäft handelt, wäre die Rechtsfolge eigentlich endgültige Nichtigkeit nach § 111 S. 1 BGB. Eine Genehmigung wäre nicht mehr möglich.

Dieses Ergebnis wird aber teilweise als unbefriedigend empfunden. Denn die Vollmachterteilung ist nur eine Vorbereitungshandlung für das spätere vom Vertreter gegenüber einem Dritten abgeschlossene Geschäft. Daher seien beide Geschäfte als Einheit zu betrachten - und bei einem Vertragsschluss durch den Vertreter müsse auch die Vollmachtserteilung genehmigungsfähig sein. Nur so lasse sich ein Einklang der Genehmigungsmöglichkeit des gesetzlichen Vertreters mit der nach § 177 Abs. 1 BGB bestehenden Genehmigungsmöglichkeit des Vertretenen bei Vertretung ohne Vertretungsmacht herstellen. Die Anwendung des § 111 S. 1 BGB sei bloßer Formalismus.



Larenz/Wolf, BGB AT, § 47 Rn. 30
Bork, BGB AT, Rn. 1461.
Köhler, BGB AT § 10 Rn. 28.

b. Was muss man über die "Genehmigung" wissen?

Nach § 108 BGB kann ein Vertrag, der nach § 107 BGB unwirksam ist, durch **Genehmigung**, d.h. nachträgliche Zustimmung (§ 184 BGB), rückwirkend (ex tunc) wirksam werden.

- Diese Genehmigung kann durch die Eltern sowohl gegenüber dem Minderjährigen als auch gegenüber dem Vertragspartner erklärt werden (§ 182 Abs. 1 BGB). Die Genehmigung und ihre Verweigerung sind unwiderruflich (Anfechtung, § 142 BGB, und Neuvornahme, § 141 BGB sind aber möglich).
- Wenn der Minderjährige **volljährig wird**, kann er selbst das Geschäft genehmigen (§ 108 Abs. 3 BGB). Das bloße Erreichen der Volljährigkeit reicht also nicht aus, sondern es muss zumindest eine konkludente Genehmigungserklärung vorliegen.

aa. Kann der Vertragspartner seine Willenserklärung widerrufen?

Die schwebende Unwirksamkeit kann den Geschäftspartner des Minderjährigen erheblich belasten. Er kann daher ein Interesse haben, sich schnell Klarheit zu verschaffen. § 109 BGB räumt ihm dazu ein besonderes "**Widerrufsrecht**" ein. Der Widerruf nach § 109 BGB ist vom Widerruf nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB und von den Verbraucherschützenden Widerrufsrechten nach § 355 BGB streng zu unterscheiden.

Der Widerruf nach § 109 BGB ist eine **empfangsbedürftige Willenserklärung**. Sie muss entweder dem gesetzlichen Vertreter (§ 109 Abs. 1 S. 1 BGB) oder dem Minderjährigen (§ 109 Abs. 1 S. 1 BGB) zugehen. Der Widerruf nach § 109 BGB ist an **keine Frist** gebunden. Er ist erst ausge-

geschlossen, wenn der Vertrag endgültig wirksam ist, also bei Verträgen, die für den Minderjährigen keinen rechtlichen Nachteil begründen, bei Vorliegen einer Einwilligung der gesetzlichen Vertreter, insbesondere im Rahmen des Taschengeldparagraphen (§ 110 BGB) sowie bei Teilgeschäftsfähigkeit (§ 112 BGB, § 113 BGB) und bei bereits genehmigten Geschäften (§ 108 BGB).

Das Widerrufsrecht ist nach § 109 Abs. 2 BGB grundsätzlich **ausgeschlossen**, wenn der Geschäftspartner die Minderjährigkeit kannte, da er dann nicht schutzbedürftig ist. Davon ist jedoch wiederum eine Ausnahme zu machen, wenn der Minderjährige wahrheitswidrig behauptet, es liege eine Einwilligung vor. Auch hiervon macht das Gesetz aber eine Rückausnahme, wenn der Vertragspartner bei Vertragsschluss Kenntnis davon hatte, dass keine Einwilligung vorlag (§ 109 Abs. 2 letzter Halbsatz BGB).

Beachten Sie: Hier schadet nur Kenntnis, auch grob fahrlässige Unkenntnis genügt nicht!



- Damit der Geschäftsgegner sich Klarheit verschaffen kann, gewährt § 108 Abs. 2 BGB ihm die Möglichkeit, den gesetzlichen Vertreter des Minderjährigen zur **Genehmigung aufzufordern**. Damit wird eine vorher gegenüber dem Minderjährigen erklärte Verweigerung oder Genehmigung unwirksam (§ 108 Abs. 2 BGB). Der Vertragspartner muss sich nicht auf "Hörensagen" verlassen; die Eltern können also noch einmal ganz neu entscheiden. Dem entspricht die Regelung in § 177 Abs. 2 BGB für Vertreter ohne Vertretungsmacht.
- Hat der gesetzliche Vertreter sich **nicht innerhalb von zwei Wochen** erklärt, so gilt die Genehmigung als verweigert (**gesetzliche Fiktion**), § 108 Abs. 2 S. 2 BGB. Eine vergleichbare Regelung existiert für Vertreter ohne Vertretungsmacht in § 177 Abs. 2 S. 2 BGB.

bb. Darf man sofort nach der Aufforderung gem. § 108 Abs. 2 widerrufen?

Selbstkontrollaufgabe: Stellen Sie sich folgende Konstellation vor: Der alt aussehende 16-jährige M kauft ohne Einwilligung seiner Eltern bei V ein Computerspiel, dass dieser ihm in zwei Tagen liefern soll; dann soll auch die Bezahlung erfolgen. Als K dies abends seinem Vater erzählt, erklärt sich dieser einverstanden und billigt das Geschäft. Zwischenzeitlich hat V gemerkt, dass die Beschaffung des Spiels sehr aufwändig wird. Als er bei M anruft, um ihm dies mitzuteilen, erfährt er von dessen Mutter, dass dieser minderjährig ist. V sieht seine Chance gekommen - er erkundigt sich bei der Mutter, ob sie das Geschäft genehmige - aber bevor diese antworten kann, erklärt er den Widerruf und legt schnell auf. Ist der Vertrag zwischen M und V wirksam?



Die Frage zielt ersichtlich auf die Genehmigung durch die Eltern. Nach § 182 Abs. 1 BGB kann die Genehmigung sowohl gegenüber M als auch gegenüber V erklärt werden. Hier hat der Vater das Geschäft gegenüber M genehmigt, wodurch es rückwirkend wirksam geworden ist. Allerdings hat V bei den Eltern angerufen und sich bei der Mutter des M nach einer Genehmigung erkundigt. Dadurch ist nach § 108 Abs. 2 BGB die gegenüber M erteilte Genehmigung entfallen. Das Geschäft

war also wieder schwebend unwirksam. In diesem Zustand darf V dann auch nach § 109 BGB widerrufen. Ein Ausschlussgrund liegt hier nicht vor, er wusste bei Vertragsschluss nichts von der Minderjährigkeit des M. **Fraglich ist, ob ein solches Verhalten zulässig ist:**

?**Teilweise** wird ein solches Vorgehen aber als widersprüchliches Verhalten ("venire contra factum proprium") und damit nach § 242 BGB als unbeachtlich angesehen - V dürfe nicht einerseits zur Genehmigung auffordern, andererseits aber gar keine Gelegenheit zur Äußerung geben sondern den Vertrag unmittelbar vernichten. Es wird verlangt, dass nach Aufforderung zur Genehmigung eine angemessene Frist abgewartet werden müsse. Dies kann wohl nicht die komplette Zweiwochenfrist des § 108 Abs. 2 BGB sein, weil sonst ein Widerruf nie möglich wäre. Aber mehr als ein paar Sekunden sollten schon gewährt werden.

Die **Gegenansicht** sieht keinen Anlass für eine solche Einschränkung des Widerrufsrechts. Da die gesetzlichen Vertreter innerhalb der gesamten Schwebezeit die Verweigerung der Genehmigung erklären können, muss auch der Geschäftspartner jederzeit widerrufen können ("Waffengleichheit"). Das Gesetz spreche konsequent auch nicht von einer "Aufforderung zur Genehmigung", sondern nur von einer "Aufforderung zur Erklärung über die Genehmigung". Widersprüchliches Verhalten scheidet daher aus.

Beide Ansichten sind **gleichermaßen** vertretbar.

c. Hat die beschränkte Geschäftsfähigkeit noch weitere Folgen?

Eine Rechtsscheinhaftung wegen vermeintlicher Volljährigkeit scheidet aus. Auch Ansprüche aus § 311 Abs. 2 BGB, § 241 Abs. 2 BGB, § 280 Abs. 1 BGB ("culpa in contrahendo") kommen nur in Betracht, wenn der Minderjährige das vorvertragliche Schuldverhältnis mit Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters eingegangen ist oder aber selbst Anspruchsteller ist.

Ansprüche auf Aufwendungsersatz nach § 677 BGB, § 683 S. 1 BGB, § 670 BGB (Geschäftsführung ohne Auftrag) bestehen, umgekehrt haftet der minderjährige Geschäftsführer aber nach § 682 BGB privilegiert (nämlich nur nach §§ 823 ff. BGB und nach §§ 812 ff. BGB). Für einen Minderjährigen darf nur mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters gehandelt werden.

Der Minderjährige soll nicht aus § 987 BGB oder § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Var. BGB (Leistungskondition) iVm § 818 Abs. 1 BGB auf Herausgabe von Nutzungen haften, weil dadurch die Wertung des § 107 BGB unterlaufen werden könnte.

Demgegenüber wird für Ansprüche auf Schadensersatz aus §§ 989, 990 BGB und für Ansprüche aus Nichtleistungskondition (§ 812 Abs. 1 S. 1, 2. Var. BGB) die Wertung des § 828 BGB (also die Deliktsfähigkeit) entsprechend herangezogen.

C. Exkurs: Was bedeutet "Deliktsfähigkeit"?

Unter "Deliktsfähigkeit" versteht man die Fähigkeit, wegen einer "unerlaubten Handlung" (§§ 823 ff. BGB) zum Schadensersatz verpflichtet zu sein. Diese läuft nicht parallel zur Geschäftsfähigkeit, da eine Einwilligung oder Genehmigung hier kaum sinnvoll wären. Stattdessen finden sich in § 827 BGB, § 828 BGB und § 829 BGB Sonderregelungen:

- Deliktsunfähig ist, wer das **siebente Lebensjahr** nicht vollendet hat. Das Kind trifft insoweit keine Schadensersatzpflicht und ihm kann kein eigenes Mitverschulden zur Last gelegt werden (§ 254 BGB iVm § 276 Abs. 1 S. 2 BGB iVm § 828 BGB).

- Bis zur **Vollendung des zehnten Lebensjahrs** besteht keine Haftung für unvorsätzlich herbeigeführte Schäden bei Unfällen mit Kraftfahrzeugen, Schienenbahnen und Schwebbahnen (§ 828 Abs. 2 BGB).
- Im Übrigen besteht **zwischen 7 und 18 bzw. zwischen 10 und 18 Jahren** eine dynamische Grenze (§ 828 Abs. 3 BGB): Maßgeblich ist die individuelle Einsichtsfähigkeit des Schädigers.
- Eine gewisse **Parallele zu § 105 Abs. 2 BGB und zu § 104 Nr. 2 BGB** findet sich in § 827 S. 1 BGB: Danach ist derjenige, der einen anderen im Zustand der Bewußtlosigkeit oder im Zustand "krankhafter Störung der Geistestätigkeit" schädigt, nicht zum Ersatz verpflichtet. In Anlehnung an die Figur der "actio libera in causa" aus dem Strafrecht kann hier aber die Anknüpfung vorverlagert werden, wenn der Zustand durch Alkohol oder Drogen verursacht wurde und dieser Zustand zumindest schuldhaft verursacht wurde.

5. Kapitel: Warum können Verträge unwirksam sein?

Liebe Leserin, lieber Leser,

bereits in Kapitel 4 haben Sie sich mit sogenannten **rechtshindernden Einwendungen** beschäftigt. In diesem Kapitel werden ergänzend die inhaltlichen Schranken eines Rechtsgeschäfts behandelt. Hierzu gehört die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts wegen **Verstoß gegen Formvorgaben** (§ 125 BGB), der Verstoß gegen gesetzliche Verbote (§ 134 BGB) sowie der **Abschluss eines sittenwidrigen Geschäfts** und insbesondere **Wucher** als spezieller Fall der Sittenwidrigkeit i.S.d. § 138 BGB.

A. Wann ist ein Rechtsgeschäft wegen Formverstoß nichtig (§ 125 BGB)?

Ein Rechtsgeschäft ist nach § 125 S. 1 BGB nichtig, wenn eine **gesetzlich angeordnete Form** nicht eingehalten wurde. Es handelt sich um eine rechtshindernde Einwendung, die unter "Anspruch entstanden" zu diskutieren ist und vor Gericht von Amts wegen geprüft wird.



V verkauft sein Grundstück an K. Der Kaufvertrag (§ 433 BGB) wird lediglich per Handschlag besiegelt. Ist der Kaufvertrag wirksam?

Nach § 311b Abs. 1 S. 1 BGB muss die Verpflichtung, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, notariell beurkundet werden (vgl. § 128 BGB). Ein per Handschlag besiegelter Vertrag erfüllt dieses Formerfordernis nicht. Der Kaufvertrag ist daher nach § 125 S. 1 BGB nichtig.

Nach § 125 S. 2 BGB sind außerdem im Zweifel Rechtsgeschäfte nichtig, die gegen **eine von den Parteien vereinbarte Form** verstoßen. Solche Klauseln sind insbesondere bei Dauerschuldverhältnissen und in Allgemeinen Geschäftsbedingungen häufig. Auch in Klausuren kommt es oft auf die **Unterscheidung zwischen qualifizierten und einfachen Schriftformklauseln** an.



Diskutieren Sie die Form des Rechtsgeschäfts nur, wenn Sie eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung im Sachverhalt finden oder wissen, dass eine bestimmte Form für das betroffene Geschäft im Gesetz angeordnet ist. Im Normalfall müssen Sie § 125 BGB nicht erwähnen. Selbst wenn ein Rechtsgeschäft tatsächlich eine bestimmte Form erfüllt (etwa ein schriftlicher Kaufvertrag über ein Auto), sprechen Sie dies nicht an, da insoweit mangels Vereinbarung oder gesetzlicher Anordnung eine Unwirksamkeit wegen Formverstoß nach § 125 BGB ohnehin nicht in Betracht kommt.

I. Welche gesetzlichen Formvorschriften sollte man kennen?

Anders als andere Rechtsordnungen sieht das BGB nur an sehr wenigen Stellen einen ausdrücklichen Formzwang vor. Im Folgenden finden Sie die wichtigsten Regelungen, die Sie **unbedingt einmal nachlesen sollten**. Sie sollten sich keinesfalls zu sehr mit Details dieser Vorschriften aus-

einandersetzen, da Sie diese in der Klausur nachlesen können, sofern Sie wissen, wo Sie suchen müssen.

Notarielle Beurkundung (vgl. § 128 BGB):

- **Verpflichtungen zu Veräußerung oder Erwerb eines Grundstücks** (§ 311b Abs. 1 S. 1 BGB) und zu **Veräußerung oder Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen** (§ 15 Abs. 3 GmbHG) sind notariell zu beurkunden.
- Die dingliche Einigung bei Grundstücksgeschäften bedarf zwar nach § 873 Abs. 2 BGB grundsätzlich nicht der notariellen Beurkundung, wohl aber die **Auflassung** (d.h. die Einigung über die Eigentumsübertragung, § 925 Abs. 1 BGB). Ebenso ist für die dingliche **Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen** notarielle Beurkundung erforderlich (§ 15 Abs. 4 GmbHG).
- Notariell zu beurkunden (vgl. § 128 BGB) sind zudem **Erbverträge** (§ 2276 BGB) und **Eheverträge** (§ 1410 BGB).

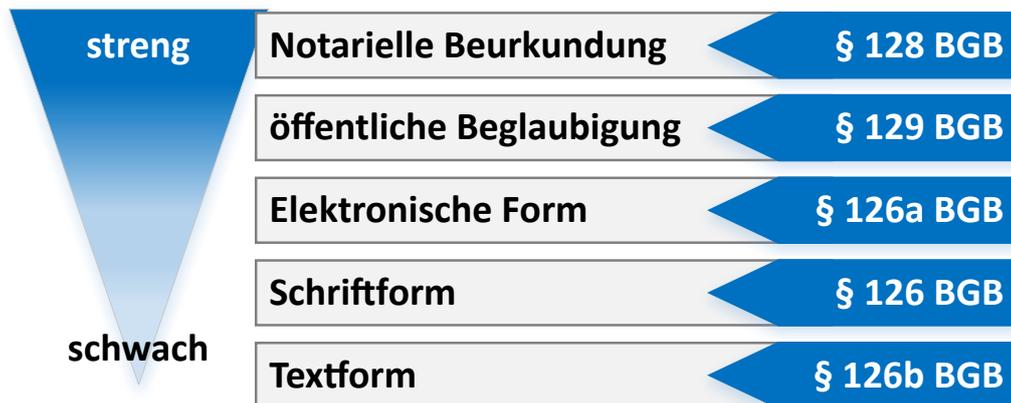


Schriftform (§ 126 BGB):

- Die **Erklärung des Bürgen** (§ 766 BGB), **Schuldversprechen** (§ 780 BGB) und **Schuldanerkenntnis** (§ 781 BGB) sowie die **Kündigung bei Wohnraummiete** (§ 568 Abs. 1 BGB) und von **Arbeitsverhältnissen** (§ 623 BGB) bedürfen der Schriftform (§ 126 BGB).

II. Welche Formen gibt es?

Das BGB unterscheidet fünf mögliche Formen (sowie gewisse Modifikationen in Spezialregelungen, etwa § 2247 Abs. 1 BGB, wonach ein Testament insgesamt eigenhändig geschrieben werden muss). Die strengere Form kann stets die schwächeren Formen ersetzen. In der Reihenfolge sind dies:



1. Zunächst gibt es die **Textform** (§ 126b BGB) als schwächste Form. Dabei wird die Erklärung lesbar niedergelegt; eine Unterschrift oder sonstiger Identitätsnachweis entfällt.
2. Die **Schriftform** (§ 126 BGB) ist die praktisch wichtigste Form. Entscheidend ist hier, dass die Erklärung eigenhändig mit dem Namen unterschrieben wird.

3. Die **elektronische Form** (§ 126a BGB) knüpft an eine *qualifizierte elektronische Signatur nach dem Signaturgesetz* an. Das BGB ordnet die Form nirgends explizit an, sondern lässt sie nach § 126a Abs. 1 S. 1 BGB grundsätzlich als Ersatz für die Schriftform (§ 126 BGB) zu. Davon gibt es aber viele Ausnahmen (etwa § 766 S. 2 BGB für die Bürgschaft). Praktisch relevant ist sie nicht, weil kaum jemand eine solche Signatur hat.
4. Bei der **öffentlichen Beglaubigung** (§ 129 BGB) prüft der Notar nur die Identität der unterschreibenden Person (insbesondere durch Ausweisvorlage) und bestätigt, dass diese unterschrieben hat. Der Inhalt der Erklärung wird grundsätzlich nicht geprüft und eine Beratung erfolgt nicht (§ 40 Abs. 2 BeurkG). Eine Betreuungspflicht folgt allenfalls aus der allgemeinen Amtspflicht des Notars (§ 24 BNotO).
5. Die **notarielle Beurkundung** (§ 128 BGB) ist die strengste Form. Der Notar wirkt aktiv bei der Fixierung der Erklärung mit und belehrt über den Inhalt. Ihre Durchführung richtet sich nach dem Beurkundungsgesetz. Gleichgestellt ist ein gerichtlicher Vergleich (§ 127a BGB), bei dem faktisch der Richter die Rolle des Notars einnimmt.

1. Was erfordert die Textform (§ 126b BGB)?

Die Textform (§ 126b BGB) ist die schwächste Form, die das Gesetz anordnet. Sie setzt nach § 126b S. 1 BGB voraus, dass eine *lesbare Erklärung* auf einem *dauerhaften Datenträger* abgegeben wird.

Abgegeben meint hier freilich nicht die Form, in der die Erklärung erstellt wird, sondern diejenige, in der sie beim Empfänger ankommt. Es genügt nach § 126b S. 2 Nr. 1 BGB, dass der Empfänger die *Erklärung* (nicht notwendig den Datenträger, also das Papier oder die DVD) in einer zur unveränderten Wiedergabe geeigneten Fassung (§ 126b S. 2 Nr. 2 BGB) *aufbewahren oder speichern* kann. Dies muss ihm nur *ermöglicht* werden - selbst wenn er diese Möglichkeit nicht wahrnimmt. Die Erklärung muss zudem die *Person des Erklärenden* nennen, was gerade keine Unterschrift voraussetzt.

Sinn und Zweck der Textform liegen ausschließlich in der Dokumentation des Inhalts der Erklärung. Ein rechtssicherer Nachweis des Ausstellers im Sinne einer echten Beweisfunktion ist gerade nicht möglich. Der Aufwand genügt nicht, um im Sinne der Warnfunktion hinreichend von einer leichtfertigen Erklärung abzuschrecken.



Die Textform ist vor allem im Verbraucherrecht relevant - nach Art. 246 Abs. 3 S. 1 EGBGB ist über das Bestehen eines Widerrufsrechts in Textform zu belehren. Darüber hinaus schafft etwa § 479 Abs. 2 BGB einen Anspruch eines Verbrauchers gegen einen Unternehmer auf Fixierung einer Garantierklärung in Textform bei einem Kaufvertrag über bewegliche Sachen (vgl. § 474 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BGB).

Die Textform kann Ihnen in Klausuren in vielen Erscheinungsformen begegnen:

- Wichtigster Anwendungsfall der Textform ist die **Email**. Durch die Absenderangabe ist dabei auch der Erklärende stets benannt.
- Auch **Vordrucke** und Formulare erfüllen die Textform (ohne jede Unterschrift).
- Ein **Computerfax** liegt beim Absender nur als Datei im Speicher des Computers vor; also nicht auf einem dauerhaften Datenträger. Aber es kann nach Übermittlung ausgedruckt oder gespeichert werden und erfüllt damit die Textform.

- Auch die Daten bei Eingabe in ein **Onlineformular** werden nicht beim Ausfüllenden (bei der Abgabe) dauerhaft gespeichert. Erst nach Übermittlung an den Empfänger können diese auf einem dauerhaften Datenträger (insbesondere in einer Datenbank) fixiert werden.

Allerdings dürfen Sie den Anwendungsbereich auch **nicht überdehnen**. Achten Sie also auf die Voraussetzungen des § 126b BGB

Beispielsweise sind die gesetzlichen Anforderungen der Textform (§ 126b BGB) in den folgenden Konstellationen **nicht** gewahrt:

- Eine vom Erklärenden bereitgestellte **Internetseite** ist zwar auf einem Server gespeichert. Dies ist aber kein *dauerhafter Datenträger*, da die Datei vom Ersteller selbst gelöscht werden kann. Der Inhalt ist nicht in den Machtbereich des Empfängers gelangt.
- Eine **Sprachnachricht** (z.B. auf der Mailbox, über Whatsapp, auf einem Anrufbeantworter) befindet sich zwar auf einem *dauerhaften Datenträger*, ist aber gerade nicht *lesbar*.



2. Was erfordert die Schriftform (§ 126 BGB)?

Nach § 126 Abs. 1, 1. Var., BGB erfordert die **Schriftform** grundsätzlich, dass eine *Urkunde* vom *Aussteller eigenhändig unterzeichnet* ist. Alternativ kann der Erklärende auch ein *Handzeichen* (z.B. ein "X" unter dem Vertrag) notariell beglaubigen lassen (§ 126 Abs. 1, 2. Var. BGB). In jedem Fall genügt auch eine **notarielle Beurkundung** i.S.v. § 128 BGB als strengere Form der Schriftform (§ 126 Abs. 4 BGB). Nur mit vielen Ausnahmen genügt nach § 126 Abs. 3 BGB auch die **Verwendung der elektronischen Form** i.S.v. § 126a BGB zur Einhaltung der Schriftform.

Mit *Urkunde* meint das Gesetz irgendeine **dauerhafte Fixierung**; Schriftzeichen im Sand würden also nicht genügen (da sie sehr zeitnah wegwehen und damit nicht von Dauer sind). Der *Aussteller* ist derjenige, **der die Willenserklärung abgibt** - nicht derjenige, den die Rechtsfolgen treffen sollen. Das ist also im Rahmen von § 164 Abs. 1 BGB der Vertreter, nicht etwa der Vertretene. Eine Unterschrift ist *eigenhändig*, wenn sie handschriftlich erfolgt. Ein **Faksimile-Stempel** genügt also ebensowenig wie eine nur eingefügte gescannte Unterschrift. Es muss sich um eine *Namensunterschrift* handeln; eine Paraphe oder Abkürzung genügt nur als *Handzeichen* mit notarieller Beglaubigung nach § 126 Abs. 1, 2. Var. BGB. Lesbar muss die Unterschrift aber nicht zwingend sein.

In einem BGH-Fall (BGH NJW 1982, 1467) bestand die Unterschrift nur aus "*einem Aufstrich mit einer wellenförmig auslaufenden Linie*". Das ist keine "Namens"-Unterschrift, sondern ein bloßes Handzeichen, so dass hier die Schriftform im Sinne des § 126 Abs. 1 BGB nicht gewahrt war.



Eine *Unterschrift* setzt begrifflich (in Abgrenzung zu einer Überschrift) voraus, dass sie räumlich **unter der Erklärung** steht. Nicht erforderlich ist, dass sie zeitlich erst nach der Erklärung erfolgt. Daher ist auch eine Blankounterschrift zulässig; selbst bei abredewidrigem Ausfüllen ist damit jedenfalls das Formerfordernis des § 126 BGB unstreitig eingehalten - umstritten ist aber, inwieweit hier noch auf § 120 BGB oder § 177 BGB zurückgegriffen werden kann.

Eine empfangsbedürftige, formbedürftige Willenserklärung muss in Schriftform **zugehen**. Das bedeutet, dass das Originaldokument (mit Unterschrift) übermittelt werden muss - eine Kopie,

eine gescannte Fassung oder ein Fax genügen nicht. Etwas anderes gilt wiederum im Zweifel für die vereinbarte Schriftform nach § 127 Abs. 2 S. 1 BGB - dort ist auch die telekommunikative Übermittlung möglich.

Die Schriftform hat eine (durch Handschriftgutachten zu gewährleistende) Beweisfunktion im Hinblick auf die Person des Ausstellers (**Identitätsfunktion**). Die Unterschrift gewährleistet auch, dass eine Erklärung mit diesem Inhalt (**Echtheitsfunktion**) und ohne weitere Einschränkungen (**Abschlussfunktion**) abgegeben wurde. Im Einzelfall verfolgt der Gesetzgeber mit der Schriftform auch eine **Warnfunktion**: Der Erklärende soll sich vor seiner Unterschrift Gedanken machen, ob er das Unterschriebene tatsächlich so erklären will (insbesondere bei der Bürgschaft, § 766 BGB, oder bei Schuldversprechen, § 780 BGB, und Schuldanerkenntnis, § 781 BGB).

Für einen **Vertrag** stellt § 126 Abs. 2 BGB weitere Voraussetzungen auf: Dort müssen die Unterschriften aller Parteien *auf derselben Urkunde* angebracht werden. Das bedeutet, dass es nicht genügt, wenn K einen unterschriebenen Antrag an V schickt und V ihm eine unterschriebene Annahme zurücksendet. Vielmehr muss es am Ende grundsätzlich ein Dokument geben (ein Vertragsschluss per Briefwechsel ist aber für die nur aufgrund einer Vereinbarung erforderliche Schriftform nach § 127 Abs. 2 S. 1 BGB erlaubt, wenn nicht im Einzelfall ein anderer Wille feststellbar ist).

Eine Ausnahme vom Grundsatz der Unterschrift auf *derselben* Urkunde lässt § 126 Abs. 2 S. 2 BGB für den Fall zu, dass *mehrere gleichlautende Urkunden*, also inhaltlich identische Urkunden erstellt werden. Dann reicht es, *wenn jede Partei die für die andere Partei bestimmte Urkunde unterzeichnet*.

3. Was erfordert die elektronische Form (§ 126a BGB)?

Die elektronische Form (§ 126a BGB) hat **kaum praktische Bedeutung**. Der Grund hierfür ist, dass entgegen der missverständlichen Bezeichnung nicht beliebige Erklärungen, die auf elektronischem Wege übermittelt werden, genügen (diese genügen im Zweifel nur der Textform, § 126b BGB). Vielmehr ist eine *qualifizierte elektronische Signatur* im Sinne von Art. 3 Nr. 12 eIDAS-VO erforderlich. Da solche Signaturen kostenpflichtig sind und regelmäßig besondere Geräte erfordern, haben sie sich nie auf dem Markt etabliert.

Für die praktisch wichtigsten Fälle der gesetzlichen Schriftform ist die elektronische Form **ausdrücklich ausgeschlossen** (etwa für die Bürgschaftserklärung, § 766 S. 2 BGB, die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses, § 623 BGB, oder Schuldversprechen, § 780 BGB, und Schuldanerkenntnis, § 781 BGB). Dahinter stehen einerseits Bedenken bezüglich der Fälschungssicherheit, andererseits die Befürchtung, dass die **Warnfunktion** durch einfach zu bedienende Lesegeräte zu leicht unterlaufen werden könnte. Zudem ist es möglich, die Signaturkarte und PIN einem Dritten zu überlassen, sodass nicht sichergestellt werden kann, dass der Erklärende selbst gehandelt hat.

§ 126a BGB regelt nicht die Anforderungen an eine solche Signatur, sondern nur das konkrete **Verfahren** in Bezug auf rechtsgeschäftliche Erklärungen. So wird klargestellt, dass die signierte Erklärung (und nicht nur die Signatur) den Namen des Erklärenden enthalten muss. Bei einem Vertrag muss jede Partei ein Exemplar gleichen Wortlauts elektronisch signieren (§ 126a Abs. 2 BGB). Bislang spielte die Regelung in Klausuren keine Rolle.



Eine einfache Email, Whatsapp-Nachricht oder ein ausgefülltes Internetformular erfüllt nie die Form des § 126a BGB, obwohl die jeweiligen Erklärungen "elektronisch" abgegeben werden. Vielmehr ist hier nur die Textform (§ 126b BGB) ge-

ben, welche im Hinblick auf die Formzwecke sogar noch schwächer als die Schriftform des § 126 BGB ist. Vermeiden Sie dieses **häufige Missverständnis!**

4. Was ist eine öffentliche Beglaubigung (§ 129 BGB)?

Die öffentliche Beglaubigung ist gegenüber der Schriftform dadurch verschärft, dass ein Notar als staatlich damit betraute, unabhängige Stelle die **Identität der Unterschreibenden feststellen muss** (§ 129 Abs. 1 BGB, § 40 BeurkG). Verantwortung für den *Inhalt* der Erklärung übernimmt der Notar dabei - anders als bei der Beurkundung - nicht. Die Beurkundung als strengere Form (§ 128 BGB) kann die Beglaubigung natürlich ersetzen (§ 129 Abs. 2 BGB).

Die Beglaubigung bezieht sich **nur auf die Unterschrift**, nicht auf die Erklärung.



Damit muss die zu beglaubigende Erklärung **schriftlich abgefasst** sein; zudem muss sie unterschrieben werden, wobei hier nach § 126 Abs. 1, 2. Var. BGB keine *Namensunterschrift*, sondern nur ein *Handzeichen* erforderlich ist (§ 129 Abs. 1 S. 2 BGB). Die Unterschrift muss *in Gegenwart des Notars* erfolgen; ein zuvor unterschriebenes Dokument soll nach § 40 Abs. 1 BeurkG nicht beglaubigt werden. Ebenso sollen **Blankunterschriften** grundsätzlich nicht beglaubigt werden (§ 40 Abs. 5 BeurkG).

Gegenüber der bloßen Schriftform hat die notarielle Beglaubigung einen **höheren Beweiswert**, da der Notar die Identität des Erklärenden bereits bei der Abgabe feststellt und so das Risiko einer falschen Beurteilung durch Handschriftengutachten entfällt. Aber auch die **Warnfunktion** ist stärker ausgeprägt: Während man noch schnell einmal ein Papier unterschreibt, ist der Weg zum Notar oft ein starkes Hindernis, das von voreiligen Erklärungen abhält.

5. Was ist eine notarielle Beurkundung (§ 128 BGB)?

Die notarielle Beurkundung ist die strengste Form des BGB. Was die Beurkundung ist und wie sie abläuft, regelt aber nicht das BGB, sondern das **Beurkundungsgesetz** (gehört nicht zum Prüfungsstoff!). Nach diesem Gesetz fertigt der Notar über die Erklärungen der Parteien eine **Niederschrift** an, die vorgelesen, von den Parteien genehmigt und dann von den Parteien und dem Notar unterschrieben werden (§ 13 BeurkG). Dabei übernimmt der Notar inhaltliche Verantwortung, ihn treffen eigene Prüfungs- und Belehrungspflichten (§ 17 BeurkG).

§ 128 BGB regelt insoweit nur eine **Verfahrenserleichterung**: Soweit nichts anderes bestimmt ist, kann zunächst der Antrag und erst dann die Annahme beurkundet werden. Die Parteien müssen also nicht gleichzeitig beim Notar erscheinen. Die Regelung ist im Zusammenhang mit § 152 S. 1 BGB zu lesen, wonach der Vertrag *im Zweifel* mit Beurkundung der Annahme (und nicht mit deren Zugang nach § 130 Abs. 1 S. 1 BGB) wirksam wird.

- Damit greift § 128 BGB zunächst dann nicht, wenn **nur die Erklärung eines Beteiligten** beurkundet werden muss (etwa diejenige des Schenkers in § 518 Abs. 1 BGB; der Beschenkte kann seine Annahme ohnehin formlos erklären).
- Zudem wird § 128 BGB für den klausurrelevanten Fall der **Auflassung** (d.h. der dinglichen Einigung über die Eigentumsübertragung an einem Grundstück)



durch § 925 Abs. 1 S. 1 BGB verdrängt, der eine **gleichzeitige Anwesenheit** der Parteien beim Notar voraussetzt (wobei Stellvertretung zulässig ist).



Selbstkontrollaufgabe:

V verkauft K ein Grundstück in bester Düsseldorfer Lage zu einem Preis von 1.000.000 Euro. Beide beschließen, um Steuern und Gebühren zu sparen, bei der notariellen Beurkundung nur einen Kaufpreis von 500.000 Euro anzugeben. Als V den K um Zahlung von 1.000.000 Euro bittet, entgegnet dieser, dass er nur 500.000 Euro zahlen würde.

V verlangt Zahlung von 1.000.000 Euro. K Auflassung (§ 925 BGB) und Eintragung ins Grundbuch Zug um Zug gegen Zahlung von 500.000 Euro. Wie ist die Rechtslage?

A. V könnte einen Anspruch auf Kaufpreiszahlung i. H. v. 1.000.000 Euro gegen K aus § 433 Abs. 2 BGB haben.

Dafür müsste ein wirksamer Kaufvertrag zustande gekommen sein. Ein solcher kommt durch zwei übereinstimmende und in Bezug aufeinander abgegebene auf Kauf bzw. Verkauf gerichtete Willenserklärungen, Antrag und Annahme (§§ 145 ff. BGB), zustande.

1. Antrag und Annahme

Ein Antrag des V i.H.v. 1.000.000 Euro liegt vor. Diesen hat K auch angenommen. Damit liegen die Tatbestandsvoraussetzungen eines Vertrags vor.

2. Wirksamkeit des Vertrages

Dieser müsste auch wirksam sein. Nach § 125 S. 1 BGB wäre dieser nichtig, wenn eine gesetzliche Formvorschrift nicht eingehalten wurde. § 311b Abs. 1 S. 1 BGB statuiert, dass Kaufverträge über ein Grundstück der notariellen Beurkundung bedürfen. Diese ist allerdings nicht erfolgt. Der Vertrag ist damit unwirksam.

3. Ergebnis

V hat keinen Anspruch aus § 433 Abs. 2 BGB auf Kaufpreiszahlung i.H.v. 1.000.000 Euro gegen K.

B. K könnte gegen V einen Anspruch auf Auflassung (vgl. § 925 BGB) und Eintragung als Eigentümer ins Grundbuch des Grundstücks Zug um Zug gegen Zahlung von 500.000 Euro aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB haben.

Dafür müsste ein wirksamer Kaufvertrag zustande gekommen sein. Ein solcher kommt durch zwei übereinstimmende und in Bezug aufeinander abgegebene auf Kauf bzw. Verkauf gerichtete Willenserklärungen, Antrag und Annahme (§§ 145 ff. BGB), zustande.

V und K haben entsprechende Willenserklärungen ausgetauscht, die auch die Formvorgabe aus § 311b Abs. 1 S. 1 BGB erfüllen, weshalb der Vertrag nicht nach

§ 125 S. 1 BGB nichtig ist. V und K waren sich jedoch darüber einig, dass die Erklärungen nicht verbindlich waren und nur zum Schein abgegeben werden sollten, um Notargebühren zu sparen. Solche Erklärungen sind gem. § 117 Abs. 1 BGB nichtig.

Somit liegt kein wirksamer Kaufvertrag vor.

K hat keinen Anspruch auf Auflassung und Eintragung als Eigentümer des Grundstücks ins Grundbuch.

III. Warum gibt es Formvorschriften?

Wenn es zweifelhaft ist, ob eine bestimmte Gestaltung den Voraussetzungen einer gesetzlichen Formvorschrift genügt, müssen Sie die Norm, welche die Form anordnet, nach Sinn und Zweck (teleologisch) auslegen. Dabei hilft es Ihnen, die **vier denkbaren Funktionen** von Formvorschriften zu kennen, die je nach Formvorschrift eine mehr oder minder große Bedeutung haben:



Der Kaufvertrag über ein Grundstück bedarf gem. § 311b Abs. 1 S. 1 BGB der notariellen Beurkundung (vgl. § 128 BGB). Will der Verkäufer dem Käufer zusätzlich zur Übereignung des Grundstücks auch zusichern, dass dieses frei von Altlasten ist, stellt sich die Frage, ob hinsichtlich dieser Abrede ebenfalls die notarielle Beurkundung erforderlich ist.



Sinn und Zweck der Beurkundungspflicht in § 311b Abs. 1 S. 1 BGB ist es, dass der Notar die Parteien berät (§ 17 BeurkG), dass alle Risiken dokumentiert sind und die Parteien durch den Aufwand vor Übereilung geschützt werden. Um diese Ziele zu erreichen, muss der gesamte Vertrag, inklusive aller Nebenabreden, beurkundet werden. Würde die Abrede nicht beurkundet, wäre der Vertrag insgesamt nach § 139 BGB i.V.m. § 125 S. 1 BGB nichtig, da es sich um einen zentralen Punkt handelt.

1. Was macht die Beweisfunktion aus?

Die Wahrung jedweder Form dokumentiert die entsprechende(n) Erklärung(en) zur Rechtssicherheit und -klarheit **auf Dauer**. Dies ist sogar bei der Textform (§ 126b BGB) gegeben, die gerade einen dauerhaften Datenträger voraussetzt.



- Bedeutsam ist dies bei **Wohnraummietverträgen** (§ 550 S. 1 BGB) und **Landpachtverträgen** (§ 585a BGB) auf bestimmte Zeit, da solche Verträge nach § 566 BGB (im Falle des Landpachtvertrags über § 593b BGB) zu Lasten des Erwerbers des Gebäudes bzw. des Grundstücks wirken und diese nur so erfahren, wie lange sie gebunden sind.
- Beim **Testament** soll die eigenhändige Erstellung (§ 2247 Abs. 1 BGB) sicherstellen, dass man durch Handschriftenvergleich prüfen kann, ob es wirklich vom Erblasser stammt.

Im Zivilprozess ergibt sich der Vorteil, dass das Bestehen eines Vertrages nicht mühsam durch Zeugen bewiesen werden muss (§§ 373 ff. ZPO), sondern es kann das **Vertragsdokument als Privaturkunde** (§ 416 ZPO) bzw. bei **notarieller Beurkundung sogar als öffentliche Urkunde** (§ 415 ZPO) eingebracht werden. Solche Dokumente haben meist einen höheren Beweiswert als mündliche Aussagen, die durch persönliche Beziehungen und Erinnerungslücken verzerrt werden.

2. Was macht die Warnfunktion aus?

Weil die Einhaltung von Formvorschriften immer mit **zusätzlichem Aufwand** im Vergleich zur mündlichen oder sogar konkludenten Vornahme eines Rechtsgeschäfts verbunden ist (Besuch eines Notars, Unterschreiben auf Papier), schützt die Anordnung einer Form vor Leichtsinn und Übereilung.



Das ist etwa bei der **Bürgschaft** (§ 766 BGB) oder dem **abstrakten Schuldanerkennnis** (§ 781 BGB) bzw. dem Schuldversprechen (§ 780 BGB) besonders wichtig.

Wegen der vom Gesetz unterstellten größeren Erfahrung von Kaufleuten und dem Bedürfnis nach schnellen Geschäften im Handelsverkehr sind diese Formvorschriften **im Handelsrecht allerdings unanwendbar** (§ 350 HGB).

Aufgrund der mit der Warnfunktion einhergehenden Hindernisse für die Erklärung ist ein fehlendes Erklärungsbewusstsein bei Erklärungen mit besonderer **nur ausnahmsweise vorstellbar**. Dies gilt in besonderem Maße für die notarielle Beurkundung (§ 128 BGB), da in diesem Fall nicht nur Gebühren anfallen, sondern auch der Notar als beratende Partei über die Verbindlichkeit aufklärt. Weitergehend wird sogar diskutiert, ob eine bewusste Scherzerklärung (§ 118 S. 1

BGB) bei einer solchen notariellen Beurkundung überhaupt vorstellbar ist - dies haben wir näher im Zusammenhang mit § 118 S. 1 BGB im Kapitel zu den Willensmängeln behandelt. Umgekehrt ist bei Erklärungen in Textform (§ 126b BGB), d.h. bei einfachen Emails, Whatsapp-Nachrichten, etc., dem Erklärenden die Verbindlichkeit nicht immer bewusst, so dass hier fehlendes Erklärungsbewusstsein eher denkbar ist.

[BGH, Urt. v. 26. Mai 2000 - V ZR 399/99](#)(zur Scherzerklärung bei notarieller Beurkundung, S. 6)



3. Was macht die Aufklärungs- und Belehrungsfunktion aus?

Die Wahrung einer Form kann auch dazu dienen, die Parteien über ihre Rechte und Pflichten zu informieren (sog. **Aufklärungsfunktion**).

Eine eher schwache Aufklärungsfunktion verfolgen besondere **Informationspflichten** in Textform (§ 126b BGB), welche gegenüber Verbrauchern einzuhalten sind. Diese finden sich etwa in § 356 Abs. 3 S. 1 BGB für die Belehrung über das Widerrufsrecht.



Weitergehend erfüllt die notarielle Beurkundung (§ 129 BGB) eine weitergehende Aufklärungsfunktion: In Deutschland muss dazu nämlich ein Notar als Amtsträger nach § 17 BeurkG die Parteien über die Konsequenzen des Geschäfts objektiv und neutral informieren (sog. **Belehrungsfunktion**). Da dies allerdings einen höheren Zeit- und Kostenaufwand bedeutet, wird diese notarielle Beurkundung nur bei wirtschaftlich bedeutsamen Geschäften angeordnet.

Die notarielle Beurkundung und damit die Belehrung ist bei **Kaufverträgen über Grundstücke** (§ 311b Abs. 1 S. 1 BGB) und über **GmbH-Geschäftsanteile** (§ 15 Abs. 3 GmbHG) angeordnet, da mit diesen Geschäften hohe wirtschaftliche Risiken verbunden sein können.



Bei der der bloßen **öffentlichen Beglaubigung** (§ 129 BGB) findet demgegenüber eine Belehrung nur in sehr geringem Umfang statt (§ 24 BNotO). Hier steht vielmehr (nur) der sichere Identitätsnachweis im Vordergrund.

Andere Formen, d.h. die Schriftform (§ 126 BGB) und erst Recht die Textform (§ 126b BGB) erfüllen keine Belehrungsfunktion für den Erklärenden, sondern allenfalls eine Aufklärungsfunktion für den Empfänger.

4. Was macht die Kontrollfunktion aus?

Schließlich dient die Form mittelbar auch der **staatlichen Kontrolle** der Erklärungen bzw. des Rechtsgeschäfts. Allerdings sollten Sie diese Funktion der Formvorschriften nicht überschätzen: Sie spielt im deutschen Recht (anders als im Ausland) kaum eine Rolle.

- Eine Kontrollfunktion hat etwa das **Erfordernis notarieller Beurkundung für die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen** (§ 15 Abs. 3 GmbHG). Diese Regelung verhindert, dass GmbH-Geschäftsanteile wie Aktien über Börsen vertrie-



ben werden. Nur so kann der Notar vor der Ausfallhaftung nach § 24 GmbHG bzw. § 31 Abs. 3 GmbHG warnen.

- Auch die **Eheschließung vor dem Standesbeamten** (§ 1310 Abs. 1 S. 1 BGB) soll eine staatliche Kontrolle, etwa des Mehreheverbots (§ 1306 BGB), sicherstellen.

Eine mittelbare Bedeutung erlangt die Kontrollfunktion im Zivilprozess, etwa wenn eine **Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen** (§§ 307-309 BGB) vorgenommen wird.

IV. Wann ist ein Rechtsgeschäft trotz Formverstoß wirksam?

Nicht in jedem Fall eines Formverstoßes greift § 125 S. 1 BGB. Vielmehr gibt es **zahlreiche Sonderregeln**, die Sie bei den Regelungen finden, welche die jeweilige Form anordnen.



- Wird ein **befristeter Mietvertrag** entgegen § 550 S. 1 BGB nicht schriftlich geschlossen, gilt er nach der ausdrücklichen Regelung als auf **unbestimmte Zeit** geschlossen und ist nicht etwa nichtig. Die Nichtigkeit würde nämlich hier zu Lasten des Mieters gehen und ggf. erheblichen Rückabwicklungsaufwand verursachen.
- Nach § 492 Abs. 1 BGB sind **Verbraucherdarlehensverträge** schriftlich abzuschließen. Die Rechtsfolgen richten sich aber nicht nach § 125 S. 1 BGB, sondern nach § 494 BGB: Dieser schränkt die Nichtigkeitsfolge zugunsten des Darlehensnehmers ein und **modifiziert stattdessen nur den Vertragsinhalt** zu seinen Gunsten, sobald er das Darlehen empfangen hat (§ 494 Abs. 2 BGB).

1. Was gilt für Nebenabreden und Abänderungen?

Ist eine **Nebenabrede** eines formbedürftigen Rechtsgeschäfts formlos, der Hauptteil des Geschäfts dagegen formgerecht abgeschlossen, so ist die Nebenabrede nach § 125 S. 1 BGB nichtig, während sich die Wirksamkeit des Hauptteils nach § 139 BGB richtet. Danach ist im Zweifel das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne die nichtige Nebenabrede vorgenommen worden wäre.



A und B schließen einen notariell beurkundeten Kaufvertrag über das Grundstück des A. Sie vereinbaren nebenbei mündlich, dass der B den Kaufpreis in Raten ableisten kann. A verlangt nun die Zahlung des vollständigen Kaufpreises.

Der Vertrag erfüllt zwar die Form des § 311b Abs. 1 S. 1 BGB, die Nebenabrede (Ratenzahlung) jedoch nicht, weshalb letztere nach § 125 S. 1 BGB nichtig ist. Es ist anzunehmen, dass B den Vertrag ohne den nichtigen Teil (Ratenzahlung) nicht abgeschlossen hätte. Der gesamte Vertrag ist somit nach § 139 BGB nichtig.

Abänderungen eines formbedürftigen Rechtsgeschäfts sind grundsätzlich ebenfalls formbedürftig und deshalb bei Formmangel nichtig, sofern es sich um rechtlich erhebliche Änderungen handelt. Das gilt nicht, wenn die Verpflichtung desjenigen, der durch die Form geschützt wird, nur eingeschränkt werden soll, weil er dann keines Schutzes bedarf.

2. Was bedeutet die Heilung eines Formmangels?

Ausnahmsweise sieht das Gesetz eine Heilung ohne Rückwirkung, d.h. nur mit Wirkung für die Zukunft (ex nunc) von Rechtsgeschäften vor, die eigentlich wegen **Formmangels** nach § 125 S. 1 BGB nichtig sind. Dadurch soll einerseits vermieden werden, dass sachenrechtlich abgeschlossene Verhältnisse bis zum Ablauf der Verjährung (§§ 194 ff. BGB) der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung (§§ 812 ff. BGB) unterliegen (**Rechtssicherheit**). Andererseits ist die **Warn- und Beweisfunktion** nach Erfüllung entbehrlich, sodass die Formwahrung bloße Förmerei wäre.

- Der Formmangel eines nicht notariell beurkundeten Kaufvertrags über ein Grundstück wird durch die Auflassung und Eintragung ins Grundbuch geheilt (§ 311b Abs. 1 S. 2 BGB).
- Ein nicht notariell beurkundetes Schenkungsversprechen wird durch Bewirkung der versprochenen Leistung geheilt (§ 518 Abs. 2 BGB).



Es gibt keinen **allgemeinen Grundsatz**, dass die Nichtigkeit nach § 125 S. 1 BGB durch Erfüllung geheilt wird. Vielmehr kommt eine Heilung nur in Betracht, wenn sie angeordnet ist. Sie müssen in der Klausur also eine Heilungsregelung suchen!



3. Wann wäre die Geltendmachung eines Formverstoßes treuwidrig (§ 242 BGB)?

Im Einzelfall kann es gegen **Treu und Glauben** (§ 242 BGB) verstoßen, wenn eine Partei die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts wegen Formmangels geltend macht. Die **Durchbrechung des Formzwangs aus Gründen der Einzelfallgerechtigkeit** darf aber nur bei "schlechthin unerträglichen Ergebnissen" erfolgen - andernfalls würden die Formvorschriften letztlich völlig bedeutungslos. Dass eine Partei von der Rechtsfolge hart getroffen wird, ist meist nicht ausreichend.

Praktisch sind nur zwei Fallgruppen anerkannt:

1. Zum einen handelt es sich um Fälle, in denen eine Partei die andere bezüglich der Formbedürftigkeit des Rechtsgeschäfts **arglistig getäuscht** hat.
2. Zum anderen handelt es sich um Extremfälle, in denen es darum geht, eine **Existenzvernichtung** abzuwenden.

Denken Sie bei formwidrigen Verträgen immer auch an eine **Schadensersatzhaftung aus culpa in contrahendo** (§ 280 Abs. 1 BGB iVm § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB iVm § 241 Abs. 2 BGB). Wer einen anderen vorsätzlich über eine diesem unbekannt Formvorschrift nicht aufklärt oder dessen Vertrauen ausnutzt, wird regelmäßig nicht die erforderliche Rücksicht auf dessen Interessen genommen haben und muss deshalb die entstandenen Schäden ersetzen, soweit nicht den anderen ein



überwiegendes Mitverschulden (§ 254 Abs. 1 BGB) trifft. Eine zu weitgehende Haftung würde die Formvorschriften letztlich bedeutungslos werden lassen, so dass bei der Prüfung besondere Sorgfalt geboten ist.

a. Was gilt bei einer arglistigen Täuschung über die Formbedürftigkeit?

Hat eine Partei die andere über die Formbedürftigkeit arglistig getäuscht, so kann der Täuschende die Erfüllung des Vertrages nicht mit der Begründung verweigern, dass die nötige Form nicht eingehalten worden sei. Verlangt der Getäuschte Erfüllung, so muss der Vertrag im Interesse des Getäuschten als wirksam behandelt werden.



Rechtsanwalt K erklärt dem naiven 19 jährigen Laien V, ein Grundstückskauf durch schriftlichen Vertrag sei wirksam. Beide schließen einen Vertrag über ein Grundstück des V. Als das Grundstück des V vor der Auflassung (§ 925 BGB) massiv an Wert verliert, erklärt K, dass der Kaufvertrag nichtig sei und verweigert die Kaufpreiszahlung.

Nach § 125 S. 1 BGB i.V.m. § 311b Abs. 1 S. 1 BGB hätte K recht. Allerdings missbilligt die Rechtsordnung den Missbrauch von Schutzvorschriften durch Arglist (vgl. § 226 BGB, § 826 BGB). Hier hat K als rechtskundiger Anwalt den schutzwürdigen Laien V arglistig getäuscht. Daher gibt die herrschende Meinung V (nicht K!) in diesem Fall ein Wahlrecht:

a. Er kann die Nichtigkeit des Vertrages annehmen (also § 125 S. 1 BGB gegen sich gelten lassen) und vom arglistig handelnden K Ersatz seines Vertrauensschadens aus culpa in contrahendo (§ 311 Abs.2 BGB, § 280 Abs. 1 BGB, § 241 Abs. 2 BGB) verlangen. Das wären etwa Anreisekosten oder der Verlust dadurch, dass V andere Anträge abgelehnt hat.

b. Er kann aber auch den Einwand der Formnichtigkeit als rechtsmissbräuchlich nach § 242 BGB zurückweisen. Dann muss sich K so behandeln lassen, als wäre der Vertrag formgerecht geschlossen worden. Er muss also den Kaufpreis bezahlen (§ 433 Abs. 2 BGB), erhält dafür aber das Grundstück übereignet und übergeben (§ 433 Abs. 1 S. 1 BGB).

b. Wann sind die Rechtsfolgen eines Formverstößes unzumutbar?

Soweit beide Parteien Kenntnis in Bezug auf das Formerfordernis hatten oder zumindest keine Partei zu ihren Gunsten arglistig gegenüber der anderen Partei das Erfordernis verschwiegen hat, greift § 125 S. 1 BGB grundsätzlich uneingeschränkt.

Nur in Extremfällen kann es geboten sein, eine **Existenzvernichtung** abzuwenden.

Solche Fälle sind aber **extrem selten** und dürften in Klausuren nie vorkommen. **Sollten Sie also auch nur die leisesten Zweifel haben, müssen Sie diese Fallgruppe ablehnen.**



V verpachtet einen maroden Bauernhof an P. Der Vertrag sieht vor, dass P nach 8 Jahren Übereignung des Hofes verlangen kann. P investiert sein gesamtes Vermögen und renoviert den Hof in den folgenden acht Jahren. Als er nun Übereignung verlangt, beruft sich V auf § 125 S. 1 BGB, weil die Pflicht zur Übereignung des Hofes im Pachtvertrag nach § 311b Abs. 1 S. 1 BGB hätte beurkundet werden müssen. Bei Vertragsschluss war dies weder V noch P bekannt.



Ohne den Hof wäre P aufgrund seiner Investitionen völlig vermögenslos. In diesem Fall wird es V trotz seiner Gutgläubigkeit nach § 242 BGB versagt, die Erfüllung zu verweigern, weil hierdurch P unzumutbar belastet würde.

[BGH V BLw 37/56](#)



c. In welchen Fällen kann nicht auf § 242 BGB zurückgegriffen werden?

Keinesfalls dürfen Sie in folgenden Konstellationen auf § 242 BGB zurückgreifen:

- Unstreitig scheidet eine auf § 242 BGB gestützte Überwindung des Formerfordernisses aus, wenn beide Parteien **wussten**, dass eine bestimmte gesetzliche Form eingehalten werden musste, sie sich aber bewusst (etwa aus Faulheit oder in Umgehungsabsicht) darüber hinweggesetzt haben. Hier genügt in der Klausur die Feststellung, dass zwingende Regelungen nicht zur Disposition der Parteien stehen.

Dies ist typischerweise der Fall bei einem **Scheingeschäft**, bei dem das Gewollte (§ 117 Abs. 2 BGB) nicht der gesetzlichen Form entspricht (§ 125 S. 1 BGB), aber das formgerecht Vereinbarte nicht gewollt ist (§ 117 Abs. 1 BGB).



- Hat keine der Parteien die Formbedürftigkeit des Vertrages gekannt, hätten sie diese aber **kennen müssen** (§ 122 Abs. 2 BGB), kommt ein Schutz nur in Betracht, wenn dadurch völlig untragbare Ergebnisse eintreten würden. Für das Kennenmüssen ist erforderlich, dass das Formerfordernis bei Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 Abs. 2 BGB) erkannt worden wäre.
- Bei **Verfügungen** kann der Formzwang nicht durch § 242 BGB durchbrochen werden. Denn die Verfügungen wirken absolut und berühren deshalb Interessen Dritter; hier geht das Interesse an der Verkehrssicherheit vor.

V. Was gilt für eine rechtsgeschäftlich angeordnete Form?

Die Nichtigkeitsregel des § 125 S. 1 BGB gilt nur, wenn gegen eine gesetzliche Formvorschrift verstoßen wurde. Für eine **rechtsgeschäftlich, in der Regel vertraglich vereinbarte Form** gilt hingegen § 125 S. 2 BGB. Von Formklauseln im Sinne von § 125 S. 2 BGB sind aber nur die Änderung oder Aufhebung des Rechtsgeschäfts betroffen.



Machen Sie sich daher zu Beginn der Prüfung immer klar, welcher der beiden Sätze von § 125 BGB im vorliegenden Fall Anwendung findet!

Ist hingegen problematisch, ob überhaupt ein Vertrag geschlossen wurde und war ursprünglich eine Form vereinbart, **greift vorrangig § 154 Abs. 2 BGB**. Danach ist der Vertrag *im Zweifel* nicht nur nichtig, sondern noch nicht einmal geschlossen, solange nicht die *Beurkundung* erfolgt ist. Dabei bezieht sich *Beurkundung* nicht etwa auf die notarielle Beurkundung im Sinne von § 129 BGB, sondern meint jede Fixierung, also auch eine vereinbarte Textform (§ 126b BGB), Schriftform (§ 126 BGB) oder elektronische Form (§ 126a BGB).



Es ist ein **grober Fehler**, in solchen Fällen auf § 125 S. 2 BGB abzustellen. Achten Sie also genau darauf, ob es um die Wirksamkeit eines Vertragsschlusses oder um die Wirksamkeit einer sonstigen Erklärung (Kündigung, Rücktritt, etc.) bzw. einer Vertragsänderung geht!

Im Folgenden werden wir uns zunächst ansehen, welche Formvereinbarungen möglich und üblich sind und sodann die Folgen bei deren Missachtung näher untersuchen.

1. Welche Formerfordernisse können die Parteien vereinbaren?

Grundsätzlich können die Parteien für ihre Rechtsbeziehungen **jede denkbare Form** wählen, allerdings keine mildere als die gesetzlich vorgegebene.



So ist es möglich, vorzuschreiben, dass ein Brötchenkaufvertrag der **notariellen Beurkundung** bedarf oder eine Kündigung **notariell zu beglaubigen** ist. Allerdings darf nicht umgekehrt ein Grundstückskaufvertrag aufgrund einer Vereinbarung entgegen § 311b Abs. 1 S. 1 BGB schriftlich abgeschlossen werden - die gesetzlichen Vorgaben bilden die Untergrenze für die Parteivereinbarung!

Die Formvereinbarung selbst bedarf dabei keiner Form. Die Parteien sind nicht durch die fünf Formen des BGB beschränkt, sondern können besondere Zugangswege (Kündigung per Einschreiben) oder sehr konkrete Gestaltungen (Rücktritt nur auf grünem Papierformular) festlegen. Praktisch üblich ist vor allem die Schriftform für ansonsten formlos mögliche Verträge ("Schriftformklausel").



Durch **Allgemeine Geschäftsbedingungen** (§ 305 Abs. 1 BGB, § 310 Abs. 3 BGB) können für Erklärungen gegenüber dem Verwender oder einem Dritten **weder eine strengere Form als die Schriftform bzw. Textform** (vgl. zu beiden § 127 BGB)

noch besondere Zugangswege (Einschreiben etc.) vorgeschrieben werden, § 309 Nr. 13 BGB!

§ 127 Abs. 2 BGB modifiziert die aufgrund einer Vereinbarung erforderliche **Schriftform** gegenüber derjenigen kraft gesetzlicher Anordnung in § 126 BGB: Es genügt im Zweifel ein Briefwechsel zum Austausch von Willenserklärungen sowie die telekommunikative Übermittlung. Allerdings besteht bei diesen vereinfachten Fällen ein Anspruch auf Fixierung entsprechend der Vorgaben des § 126 BGB, § 127 Abs. 2 S. 2 BGB.

Möglich sind also insbesondere ein Fax oder der Versand eines gescannten Dokuments.



Ebenso werden die Anforderungen für die **elektronische Form** durch § 127 Abs. 3 BGB gegenüber § 126a BGB herabgesetzt: Es ist keine qualifizierte Signatur mehr erforderlich, sondern es genügt auch eine einfache Signatur (Art. 3 Nr. 10 eIDAS-VO), die durch schlichte Namensnennung unter der Email erfolgen kann. Auch hier kann nach § 127 Abs. 3 S. 2 BGB letztlich eine den gesetzlichen Vorgaben entsprechende Fixierung verlangt werden.

Beachten Sie bei der vertraglich vereinbarten Form § 127 Abs. 1 BGB: Danach gelten die Vorschriften der Schriftform (§ 126 BGB), der elektronischen Form (§ 126a BGB) und der Textform (§ 126b BGB) nur **im Zweifel**. Trotz Namensgleichheit können Sie also in der Klausur im Rahmen der **Auslegung der Formklausel** (§ 133 BGB, § 157 BGB) feststellen, dass etwas ganz anderes gewollt war.



2. Wie weit reichen rechtsgeschäftlich geschaffene Formvorgaben?

Eine **Vereinbarung der Form** kann von den Parteien jederzeit wieder aufgehoben werden. Allerdings ist die Aufhebung einer Formvereinbarung nach allgemeiner Ansicht nicht automatisch ebenfalls formbedürftig. Dies hat eine überraschende Folge: Die Parteien eines Vertrages können eine Klausel konkludent aufheben, indem sie schlicht ein formloses Rechtsgeschäft abschließen. Denn in der formwidrigen Vereinbarung der Abweichung vom Vertrag kann ein Dritter (§ 157 BGB) ohne weiteres die Aufhebung der Formvereinbarung erkennen.

Eine sog. **einfache Schriftformklausel** in einem Vertrag ("*Änderungen bedürfen der Schriftform*") verhindert also nicht, dass der Vertrag formlos abgeändert wird. Bei AGB folgt dies schon unmittelbar aus dem Vorrang der Individualabrede (§ 305b BGB).



a. Was sind sog. "doppelte" Schriftformklauseln?

Damit die Formklausel sich in jedem Fall durchsetzt, lässt die Rechtsprechung sog. "doppelte" oder "qualifizierte" Schriftformklauseln zu:



"Änderungen bedürfen der Schriftform. Das gilt auch für eine Aufhebung dieses Schriftformerfordernisses."

An eine solche Vereinbarung **müssen** sich die Parteien halten, **selbst wenn sie dies später anders sehen sollten**. Wollen sie also abweichende, einklagbare Rechte oder Pflichten begründen, müssen sie diese entsprechend ihrer Formvorschrift fixieren oder die Formvorschrift gemäß der von ihnen gewählten Form aufheben.



Allerdings kann man auch dort in **Notfällen** an **widersprüchliches Verhalten (§ 242 BGB)** denken - etwa wenn ein unwirksam geänderter Vertrag über viele Jahre hinweg entsprechend der Änderungen durchgeführt wurde.

b. Was ist bei Abweichung von einer einfachen Schriftformklausel erforderlich?

Es ist umstritten, welche Anforderungen an die Vorstellungen bzw. den Willen der Parteien zu stellen sind, die durch eine abweichende inhaltliche Vereinbarung **konkudent von einer einfachen Schriftformklausel abweichen**:



- Einerseits kann man darauf abstellen, dass auch bei einem konkudenten Rechtsgeschäft jedenfalls **alle Merkmale einer Willenserklärung** erforderlich sind. Dies bedeutet, dass die Parteien zur Aufhebung der Schriftformklausel jedenfalls daran gedacht haben müssen (und sich **bewusst darüber hinweggesetzt** haben). Vor Gericht bräuchte man also konkrete Hinweise auf einen solchen Willen; im Zweifel würde das Formerfordernis fortgelten.
- Andererseits kann man nach dem Regel-/Ausnahmeprinzip auch darauf abstellen, dass die Formfreiheit der Regelfall ist und die Parteien **auch dann, wenn sie die frühere Einigung auf eine bestimmte Form schlicht vergessen haben**, eine wirksame Vereinbarung treffen wollten. Insbesondere wenn diese durchgeführt wird, scheint es rechtsmissbräuchlich, nachträglich das Formerfordernis anzuführen.



[BFH I R 115/95](#)
[OLG Düsseldorf I-24 U 197/10](#)
[BGH VIII ZR 76/65](#)
[BGH XII ZR 66/06](#)
[BGH XII ZR 312/02](#)

3. Was gilt bei Verstoß gegen eine rechtsgeschäftlich vereinbarte Form?

Nach § 125 S. 2 BGB hat ein Verstoß gegen eine rechtsgeschäftlich (in der Regel vertraglich) vereinbarte Form **im Zweifel** Nichtigkeit zur Folge. Eine ähnliche Einschränkung finden Sie in § 154

Abs. 2 BGB, wonach ein noch nicht formgerecht geschlossener Vertrag nur *im Zweifel* (noch) nicht als geschlossen anzusehen ist. Beide Vorschriften finden somit ("*im Zweifel*") nur Anwendung, wenn sich aus der Parteiabrede keine Rechtsfolgen für das Fehlen der vereinbarten Form schließen lassen. Das bedeutet für Sie:

1. Wenn die Schriftformklausel in einem Vertrag die Rechtsfolge **ausdrücklich anordnet** ("Erklärungen, die nicht schriftlich fixiert sind, entfalten keine Rechtswirkungen") kommt es auf die Zweifelsregelung des § 125 S. 2 BGB nicht an. Sie können dann einfach auf diese Klausel verweisen.
2. In allen anderen Fällen müssen Sie in der Klausur den **wahren Willen der Parteien** nach § 133 BGB, § 157 BGB feststellen. Erst wenn dieser (wie im Normfall) mangels Angaben nicht festgestellt werden kann, dürfen Sie auf § 125 S. 2 BGB zurückgreifen. Die Auslegung kann aber auch ergeben, dass die Parteien die vereinbarte Form ausschließlich zur späteren Dokumentation bzw. zum Beweis gewollt haben. Dann hat die Form nur deklaratorische Wirkung; ihre Nichtbeachtung beeinträchtigt die Wirksamkeit nicht.

Im Rahmen von Vertragsverhandlungen über mehrere Tonnen Stahl vereinbaren V und K, dass ein späterer Kaufvertrag nach § 127 BGB iVm § 126 BGB in Schriftform geschlossen werden soll. Letztlich einigen sich V und K bei einem Treffen im Restaurant; eine schriftliche Fixierung unterbleibt. Kann K von V Übergabe und Übereignung des Stahls verlangen?

Vorrangig ist stets der Parteiwille zu beachten. Das bedeutet hier: Sind beide der Auffassung, dass der Vertrag mit der Schriftform "stehen und fallen" sollte, hat die Formwahrung konstitutive Wirkung (und eine mündliche Einigung entfaltet keine Rechtsfolgen). Wollen hingegen beide den schriftlichen Vertrag nur zum späteren Nachweis (etwa für die Buchführung oder die Steuer), hat das Formerfordernis nur deklaratorische Wirkung und man kann bereits aufgrund einer mündlichen Einigung Lieferung des Stahls bzw. Kaufpreiszahlung verlangen. "Im Zweifel" gilt der Vertrag als nicht geschlossen (wichtig: dies ergibt sich aus § 154 Abs. 2 BGB, nicht aus § 125 S. 2 BGB!).



B. Was gilt bei Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB)?

Nach § 134 BGB ist ein *Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt*, nichtig. Allerdings kommt eine Anwendung von § 134 BGB überhaupt nur in Betracht, wenn nicht das Verbotsgesetz selbst die Nichtigkeit anordnet.

- Nach Art. 101 Abs. 2 AEUV sind Vereinbarungen, die den Wettbewerb beschränken, nichtig.
- Nach Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG sind Abreden, welche die Koalitionsfreiheit einschränken oder behindern, nichtig.



- Nach § 312k Abs. 1 BGB sind **Abweichungen von den Verbraucherschützenden Regelungen** der §§ 312 ff. BGB unwirksam.

Nun führt aber nicht jeder Verstoß gegen irgendein Gesetz zur Nichtigkeit. Vielmehr ist dies **eine Frage der Auslegung** des jeweiligen Gesetzes. Daher müssen Sie in der Klausur (jedenfalls gedanklich) stets in vier Schritten vorgehen:



1. Ist die fragliche Norm ein **Verbotsgesetz**?
2. Liegt ein **Verstoß** gegen das Verbotsgesetz vor?
3. **Ordnet** das Verbotsgesetz die **Nichtigkeit** des vorgenommenen Rechtsgeschäfts **nicht schon selbst an**?
4. Ergibt sich aus dem Verstoß gegen das Verbotsgesetz die **Nichtigkeit** des Rechtsgeschäfts?

1. Was ist ein Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB?



Verbotsgesetze sind Gesetze, die die Vornahme eines Rechtsgeschäftes wegen seines *Inhalts*, des mit ihm bezweckten *Erfolges* oder aufgrund besonderer *Umstände* untersagen.

Gesetz i.S.d. BGB meint gem. Art. 2 EGBGB jede Rechtsnorm, d.h. auch Europarecht, Verordnungen, Satzungen etc. Nicht erfasst sind hingegen Richterrecht (d.h. auch nicht Entscheidungen höchster Instanz) und Gewohnheitsrecht sowie Rechtsnormen ausländischer Staaten.

Dieses Gesetz kann entweder ausdrücklich ("Verboten ist...") oder auch implizit (etwa durch eine Strafandrohung) bestimmte **Rechtsgeschäfte untersagen**. Regelmäßig wird Ihnen in Klausuren ein Hinweis auf einschlägige Normen im Bearbeitervermerk oder im Sachverhalt gegeben.



- Verboten ist etwa **Schwarzarbeit** nach § 370 AO (Steuerhinterziehung) und § 1 Abs. 2 SchwarzArbG
- Die *selbständige Erbringung außgerichtlicher Rechtsdienstleistungen* ohne die erforderliche Erlaubnis ist nach § 3 RDG (Rechtsdienstleistungsgesetz) verboten.
- Verboten ist nach § 259 StGB die **Hehlerei**, d.h. der Erwerb oder Verkauf von Gegenständen, die durch *eine gegen fremdes Vermögen gerichtete rechtswidrige Tat* erlangt sind.

Regelt ein Gesetz nur bestimmte **Umstände des Zustandekommens**, handelt es sich um kein Verbotsgesetz.

Verstöße gegen §§ 4, 13 Ladenöffnungsgesetz NRW oder die Pflicht, bestimmte Medikamente nur in Apotheken zu verkaufen (§ 43 Arzneimittelgesetz), führen nicht zur Unwirksamkeit der betreffenden Kaufverträge nach § 134 BGB.



II. Wie prüfe ich den Verstoß gegen das Verbotsgesetz?

Um den Verstoß gegen das Verbotsgesetz zu ermitteln, müssen Sie dessen Voraussetzungen vollständig prüfen.

Bei **strafrechtlichen Normen** stellt sich dabei allerdings die Frage, ob auch der subjektive Tatbestand, d.h. nach § 15 StGB in der Regel Vorsatz, vollständig gegeben sein muss.

- Einerseits wird **allein auf einen objektiven Verstoß** abgestellt, da der Erfolg kenntnisunabhängig von der Rechtsordnung missbilligt werde. Dafür spricht, dass § 817 BGB, der bestimmt, ob Leistungen zurückzugewähren sind, ausdrücklich nicht auf Kenntnis, sondern gerade auf den objektiven Verstoß abstellt.
- Andererseits wird der **subjektive Tatbestand gerade für strafrechtliche Normen als prägend** angesehen. Dafür spricht, dass unstreitig im Strafrecht ein rein objektiver Verstoß als solcher noch kein verfolgbares Unrecht begründet, sondern nur das Zusammenspiel aus objektivem und subjektivem Tatbestand. Wenn sich die Beteiligten aber nicht strafbar machen, ist fraglich, ob man sie zivilrechtlich mit unerwünschten und im Zweifel nachteiligen Folgen belasten ("bestrafen") soll.
- Überwiegend wird vermittelnd nach dem **Verbotsgesetz** differenziert.
 - So ist für eine strafrechtliche Verfolgung wegen § 15 StGB grundsätzlich Vorsatz erforderlich, Fahrlässigkeit genügt, soweit dies ausdrücklich bestimmt ist - entsprechendes würde dann auch für § 134 BGB gelten: Nichtigkeit wegen Verstoß gegen den objektiven Tatbestand eines Strafgesetzes würde ausscheiden, erforderlich wäre auch insoweit Vorsatz.
 - Bei öffentlich-rechtlichen Verbotsnormen ist hingegen meist kein Vorsatz erforderlich, vielmehr kann der Staat (z.B. die Polizei) ohne jedes Verschulden eingreifen - für diese wäre also auch im Zivilrecht kein Verschulden erforderlich.
 - Allerdings macht diese Ansicht eine Ausnahme, wenn der **Zweck** des Verbots durch ein zivilrechtliches Verschuldenserfordernis vereitelt würde, sofern man (insb. im Strafrecht) für die Unwirksamkeit ein Verschulden voraussetzt.



[BGH VIII ZR 296/90](#)
[BGH XI ZR 138/95](#)
[OLG Hamm 18 U 210/08](#)



III. Was ist die Rechtsfolge des Verstoßes gegen das Verbotsgesetz?

Rechtsfolge des Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz ist die **Nichtigkeit**, wenn sich aus dem Gesetz nichts anderes ergibt, § 134 a.E. BGB.



Teilweise wird § 134 BGB als Vermutung für die Nichtigkeit ausgelegt. Dies ist allerdings umstritten; **dagegen** spricht die Intention des Gesetzgebers und der Umstand, dass die Vielzahl der Verbote so letztlich die grundsätzliche Verbindlichkeit der Verträge (pacta sunt servanda) in Frage stellen würde.

Im Klausurfall dürfen Sie sich deshalb auf diese Vermutung nicht verlassen! Vielmehr ist immer durch Auslegung der jeweiligen Verbotsnorm zu ermitteln, ob ein verbotswidriges Geschäft auch nichtig ist.

Regelmäßig sind drei Aspekte zu untersuchen:



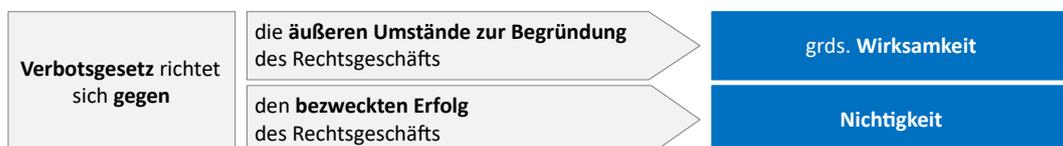
1. Richtet sich das Verbot gegen die Art und Weise des Zustandekommens des Rechtsgeschäfts oder den damit bewirkten Erfolg?
2. Richtet sich das Verbot nur gegen eine Partei oder beide Parteien? Ist eine der beiden Parteien **gutgläubig** und würde durch die Nichtigkeit besonders **hart getroffen**? Würde die Nichtigkeitsfolge möglicherweise den unerwünschten Erfolg sogar **verstärken**?
3. Ist **nur die Verpflichtung** zum unerwünschten Erfolg, **nur die Erfüllung** dieser Verpflichtung oder **beides** unwirksam?



[OLG München 3 U 1990/07](#)
[BGH VIII ZR 296/90](#)
[BGH X ZR 34/98](#)

1. Wogegen muss sich das Verbotsgesetz richten?

Nach der Zielrichtung des Verbotsgesetzes ist wie folgt zu differenzieren:



- Soweit sich das Verbot **nur gegen die äußeren Umstände** des zur Begründung des Rechtsgeschäfts erforderlichen Verhaltens richtet (Ort, Zeit, Personenkreis etc.), ist das Rechtsgeschäft grundsätzlich wirksam.



- So ist ein Kaufvertrag, der in einem Geschäft **nach Ladenschluss** (§ 3 LadSchlG, § 24 LadSchlG) geschlossen wird, wirksam. Auch die übereigneten Geldscheine

und Gegenstände dürfen behalten werden. Allerdings darf der Ladeninhaber die Erfüllung seiner Pflichten verweigern, bis der Laden wieder erlaubt geöffnet ist; denn ein Vertrag darf nicht zu einem gesetzwidrigen Verhalten zwingen.

- Zulässig ist auch der Kauf **rezeptpflichtiger Medikamente in einer Apotheke ohne Rezept** (soweit es sich nicht um Betäubungsmittel im Sinne des BtMG handelt).
- Soll hingegen **gerade der bezweckte Erfolg des Rechtsgeschäfts** verhindert werden, ist das entsprechende Rechtsgeschäft in aller Regel nichtig. Denn das Verbot des Erfolges soll im Zweifel gerade dem Abschluss solcher Geschäfte vorbeugen.

2. Was gilt bei einseitigen Verboten?

Wenn das Verbotsgesetz **nur das Verhalten einer der beiden Vertragsparteien** betrifft, belastet die Nichtigkeit den anderen, gutgläubigen Vertragspartner oft unzumutbar. Indizien hierfür sind, dass auch das Bußgeld bzw. die Strafbarkeit nur eine Partei betrifft. In diesen Fällen tritt keine Nichtigkeit ein.

Der gutgläubige K erwirbt beim Antiquitätenhändler V eine Vase. Er **weiß nicht, dass V diese Vase günstig vom Dieb D erworben hat**, der diese bei X gestohlen hatte und V von dem Diebstahl wusste. Als E davon erfährt, muss K ihm die Vase nach § 985 BGB herausgeben. Kann K nun von V Schadensersatz wegen Unmöglichkeit der Erfüllung der Übereignungspflicht aus § 311a Abs. 2 BGB verlangen?



Ein Anspruch aus § 311a Abs. 2 BGB setzt zunächst einen Vertrag voraus. V und K haben sich über den Kauf bzw. Verkauf der Vase geeinigt, sodass die Tatbestandsvoraussetzungen eines Kaufvertrags (§ 433 BGB) vorliegen. Allerdings könnte der Vertrag nach § 134 BGB nichtig sein. Hier hat V gegen das gesetzliche Verbot der Hehlerei (§ 259 StGB) verstoßen. Sinn und Zweck des Hehlereiverbots ist es, eine Vertiefung (Perpetuierung) des Eigentumsverlusts zu verhindern. Dieser Zweck ist hier betroffen. Allerdings würde die Verfügung den gutgläubigen K unzumutbar treffen: Er würde nicht nur die Vase verlieren, sondern hätte auch keine Ersatzansprüche. Daher ist der Kaufvertrag nicht nach § 134 BGB nichtig. Somit besteht ein Vertrag. Weiterhin muss die Leistungspflicht des V schon bei Vertragsschluss unmöglich gewesen sein. V ist nicht Eigentümer der Vase. Die nach § 433 BGB erforderliche Übereignung nach §§ 929 ff. BGB ist ihm daher unmöglich (§ 275 Abs. 1, 2. Alt. BGB). Dies war ihm auch bewusst. Er muss also den entstandenen Schaden ersetzen.

Etwas anderes gilt nur, wenn der **Verbotszweck vorrangig** ist und bei Nichteingreifen der Nichtigkeitsfolge gefährdet wäre oder der **Schutz der gutgläubigen Partei gerade durch die Nichtigkeit** bewirkt wird (etwa bei einer Kündigung, die gegen das AGG verstößt).

3. Ist das Verpflichtungs- oder das Verfügungsgeschäft unwirksam?

In den meisten Fällen betrifft die **Nichtigkeit** nur das **Verpflichtungsgeschäft**.



Nach § 5 Abs. 1 JArbSchG ist die Beschäftigung von Kindern unter 15 Jahren verboten. Dadurch ist der Arbeitsvertrag nichtig; wurde dem Kind allerdings das Arbeitsentgelt gezahlt, ist die **Übereignung der Geldscheine** (§ 929 S. 1 BGB) wirksam.

Manchmal betrifft das Verbotsgesetz aber auch nur das **Verfügungsgeschäft**.



Wenn ein Arzt seine Honoraransprüche zur Einziehung an einen Dritten abtritt, muss er nach § 402 BGB alle zur Durchsetzung erforderlichen Informationen mitteilen. Damit verstößt er aber gegen § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB, wenn der Patient nicht vorher eingewilligt hat. Die **reine Verpflichtung zur Abtretung eines Honoraranspruchs verletzt aber die Schweigepflicht noch nicht**.

- Einerseits wird vertreten, dass die Nichtigkeit des Verfügungsgeschäfts **stets auch die Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäfts** zur Folge hat. Denn schon die Verpflichtung stellt die Geltung des Verbots in Frage. Daher gibt es weder Erfüllung- noch Schadensersatzansprüche.
- Andererseits wird das Bedürfnis betont, wie bei der Hehlerei (§ 259 StGB) ein **gutgläubiges Inkassounternehmen, das von einer Einwilligung ausging, zu schützen**. Es soll zumindest Schadensersatzansprüche aus § 311a Abs. 2 BGB erhalten.



[BGH IX ZB 62/04](#)
[BGH VIII ZR 94/94](#)

a. Was ist "Fehleridentität"?

Schließlich gibt es Konstellationen, in denen sowohl das **Verpflichtungs-** als auch das **Verfügungsgeschäft unwirksam sind**. Dies ist der Fall, wenn beiden Geschäften der gleiche "Fehler" zugrundeliegt (sog. Fehleridentität), die Verbotsnorm also beide Geschäfte unterbinden will.



Dealer V verkauft (§ 433 BGB) 1 kg Cannabis aus Eigenproduktion an K und übereignet es (§ 929 BGB). Kurze Zeit später erhält V ein besseres Angebot und verlangt "seinen Stoff" zurück, da der Vertrag ja ohnehin nichtig sei.

Ein Herausgabeanspruch des V gegen K könnte sich aus § 985 BGB ergeben. Dann müsste V immer noch Eigentümer sein. Die nach § 929 BGB erforderliche Einigung mit K könnte nach § 134 BGB nichtig sein. Gem. § 3 Nr. 1 BtMG ist der Handel mit Betäubungsmitteln nur mit staatlicher Erlaubnis möglich. Eine solche hat V nicht. Daraus ergibt sich das Verbot, Verträge über Drogen zu schließen.

Das Verpflichtungsgeschäft ist somit gem. § 134 BGB nichtig. Ziel der Regelung ist aber vor allem, die Verbreitung von Drogen einzudämmen, was auch die Unwirksamkeit des dinglichen Geschäfts erfordert. Dem Verpflichtungs- und dem Verfügungsgeschäft liegt der gleiche Fehler zugrunde. Daher ist auch die dingliche Einigung unwirksam. K ist nicht Eigentümer geworden. V hat also einen Herausgabeanspruch aus § 985 BGB.

Dieses Ergebnis will ein Teil der Literatur durch eine analoge Anwendung des § 817 S. 2 BGB auf § 985 BGB korrigieren: Da V seinerseits rechtswidrig gehandelt hat, soll ihm die Rückforderung versagt werden.

[BGH 4 StR 592/82](#)



b. Selbstkontrollaufgabe: Schwarzarbeiterfall

Selbstkontrollaufgabe: H möchte renovieren. Elektriker E soll im Haus des H die Ausführung der Elektroarbeiten vornehmen. Die beiden vereinbaren einen angemessenen Lohn von 8.000 €. Dieser soll in bar gezahlt werden und eine Rechnung soll nicht erstellt werden. Nach Vornahme der abgesprochenen Arbeiten zahlt H nur 2.000 €. Hat E gegen H einen Anspruch auf Zahlung des restlichen "Werklohns" i.H.v. 6.000 € aus § 631 Abs. 1 BGB?



Bearbeitervermerk: Beachten Sie § 1 Abs. 2 SchwarzArbG, § 370 AO sowie § 14 UStG und § 14b UStG.

I. Dann müssten die Parteien einen **wirksamen Werkvertrag** geschlossen haben. Vereinbart wurde die Vornahme der Elektroarbeiten gegen Zahlung von 8.000 €. Die Tatbestandsvoraussetzungen eines Vertrags zur entgeltlichen Herstellung eines Erfolgs zwischen H und E liegen damit vor.

II. Der **Vertrag könnte** aber gem. § 134 BGB i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG **nichtig** sein.

1. Dann müsste § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG ein **Verbotsgesetz** sein. Verbotsgesetze sind Gesetze, die die Vornahme eines Rechtsgeschäftes wegen seines Inhalts, des mit ihm bezweckten Erfolges oder aufgrund besonderer Umstände untersagen. Ein ausdrückliches Verbot enthält § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG nicht. Ob die Norm ein Verbotsgesetz ist, ist daher im Wege der **Auslegung** zu ermitteln:

- **Sinn und Zweck:** Es soll nicht nur der tatsächliche Vorgang der Schwarzarbeit eingedämmt werden, sondern im Interesse der wirtschaftlichen Ordnung den zugrunde liegenden Rechtsgeschäften die rechtliche Wirkung entzogen werden, vgl. § 1 Abs. 1 SchwarzArbG.

- **Systematik:** Für die übrigen Nummern des § 1 Abs. 2 SchwarzArbG war vor Einfügung der Nr. 2 der Verbotsgesetzcharakter anerkannt. Es ist daher davon auszugehen, dass der Gesetzgeber Gleiches für Nr. 2 wollte.

2. Weiterhin müsste ein **Verstoß gegen das Verbotsgesetz** vorliegen. E hat Werkleistungen erbracht und keine Rechnung ausgestellt. Darüber hinaus hat er ohne die Beilegung der Rechnung eine unvollständige Steuererklärung abgegeben. Es liegen damit Verstöße nach § 370 AO und § 14 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UStG und somit eine Steuerhinterziehung vor. H hat, indem er keine Rechnung verlangt hat, gegen die Pflicht zur Aufbewahrung von Rechnungen nach § 14b Abs. 1 UStG und damit ebenfalls gegen steuerliche Pflichten und § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG verstoßen. Es liegt damit ein beiderseitiger Verstoß gegen das SchwarzArbG vor.

Hinweis: Das UStG und die AO sind im Schönfelder nicht abgedruckt, sodass die entsprechenden Normen im Bearbeitervermerk der Klausur angegeben werden müssten.

3. Der **Verstoß müsste auch zur Nichtigkeit** des Vertrages führen. Ob dies der Fall ist, ist nach Sinn und Zweck der jeweiligen Verbotsnorm zu beurteilen. Entscheidend ist, ob die Norm sich nicht nur gegen den Abschluss des Rechtsgeschäfts wendet, sondern auch gegen seine privatrechtliche Wirksamkeit. Ausweislich des § 1 Abs. 1 SchwarzArbG ist Zweck die Intensivierung der Bekämpfung von Schwarzarbeit. Dieses gesetzgeberische Ziel lässt sich dadurch erreichen, dass Rechtsgeschäfte, die gegen § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG verstoßen, nichtig sind. Der beiderseitige Verstoß führt somit zur Nichtigkeit des Werkvertrages.

III. Damit ist der zwischen H und E geschlossene **Werkvertrag** gem. § 134 BGB i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG **nichtig**. Der E hat gegen H keinen Anspruch aus § 631 Abs. 1 BGB.

Hinweis: Weiterhin kommen aber Ansprüche aus GoA oder Bereicherungsrecht in Betracht, die im Hinblick auf die hier bearbeiteten Rechtsfragen an dieser Stelle außer Acht bleiben sollen.

4. Wie ist § 134 BGB von der rechtlichen Unmöglichkeit abzugrenzen?



Wenn eine gesetzliche Regelung ein bestimmtes Verhalten verbietet, ist die Erfüllung eines auf dieses Verhalten gerichteten Vertrages unmöglich (§ 275 Abs. 1, 2. Alt. BGB). Allerdings bestimmt § 311a Abs. 1 BGB, dass ein solcher Vertrag wirksam ist. Damit stellt sich für das Verpflichtungsgeschäft ein Konkurrenzproblem zu § 134 BGB: Dieser erklärt Verträge, die auf eine verbotene Leistung gerichtet sind, für nichtig.

Selbstkontrollaufgabe: Student S gibt sich als Anwalt aus und schließt mit Unternehmer U einen Vertrag, aufgrund dessen S den U über alle Rechtsfragen beraten soll. Wie ist die Rechtslage? Auf § 3 RDG wird hingewiesen.

Der Vertrag zwischen S und U könnte nach § 134 BGB nichtig sein. Nach § 3 RDG ist die Beratung in Rechtsfragen nur mit staatlicher Erlaubnis möglich. Dies ist ein Verbotsgesetz und der Vertrag wäre nach § 134 BGB nichtig. Dadurch würde U allerdings völlig schutzlos gestellt; Schadensersatzansprüche kämen nur bei vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung (§ 826 BGB) in Betracht. Nimmt man an, dass sich S zu einer rechtlich unmöglichen Leistung verpflichtet hat, würde er hingegen aus § 311a Abs. 2 BGB auf Schadensersatz haften. **Die Lösung dieses Konflikts ist umstritten:**

?

Einerseits wird § 134 BGB als vorrangige Regelung erachtet.

Argument: Nur so wird der Zweck des Verbotsgesetzes (Nichtdurchführung unerwünschter Rechtsgeschäfte) umfassend gewährleistet. § 134 BGB ist für die rechtliche Unmöglichkeit wegen eines Verbotsgesetzes *lex specialis* zu § 311a Abs. 1 BGB.

Die **Gegenansicht** will den Adressaten des Rechtsgeschäfts schützen und nimmt ein wirksames Verpflichtungsgeschäft an, das aber nach § 311a Abs. 2 BGB nur Schadens- und Aufwendungsersatzansprüche nach sich zieht.

Argumente:

- § 311a Abs. 1 BGB stellt ausdrücklich klar, dass auch anfänglich objektiv unmögliche Rechtsgeschäfte, d.h. auch Geschäfte, deren Durchführung an einem gesetzlichen Verbot scheitern, wirksam sein sollen. Dies würde durch extensive Anwendung von § 134 BGB unterlaufen.
- § 311a Abs. 1 BGB wurde erst 2002 eingeführt und weicht von der Fassung des BGB zur Zeit der Schaffung des § 134 BGB ab (nach § 306 BGB a.F. waren solche Verträge ebenfalls nichtig). Als neuere Norm verdrängt § 311a Abs. 1 BGB in seinem Anwendungsbereich § 134 BGB als ältere Norm.
- Schließlich gibt es keinen Grund einer gutgläubigen Partei, die ihre Pflicht erfüllen kann, Ansprüche auf Schadensersatz oder Aufwendungsersatz nach § 311a Abs. 2 BGB zu versagen. Diese ist vielmehr schutzwürdig.

IV. Kann man Verbotsgesetze erfolgreich umgehen?

Grundsätzlich lässt sich ein gesetzliches Verbot schon begrifflich nicht umgehen: Wenn ein Verhalten unter die Norm fällt, ist es verboten. **Sind hingegen einzelne Tatbestandsmerkmale der Verbotsnorm nicht erfüllt, führt selbst Umgehungsabsicht nicht zur Anwendung des Verbots und damit auch nicht zur Nichtigkeit.** Denn der Verstoß gegen das Verbotsgesetz wird außerhalb des Strafrechts allein objektiv bestimmt. Es handelt sich auch nicht um ein Scheingeschäft i. S. v. § 117 BGB, da der Erfolg wirklich gewollt ist. Will sich eine Partei treuwidrig einen Vorteil verschaffen, greift der Rechtsgedanke des § 162 BGB.

Wenn die **Verbotsnorm zu eng gefasst ist und ein unerwünschtes Verhalten nicht ausdrücklich erfasst**, ist die Verbotsnorm auszulegen oder ggf. analog anzuwenden. Auch insoweit ist keine Umgehungsabsicht erforderlich; entscheidend ist allein der objektive Verstoß.

Verbietet das Gesetz **nur einen bestimmten Weg zur Erreichung eines grundsätzlich erlaubten Erfolges** (in der Klausur eine absolute Ausnahme!), kann selbstverständlich ein erlaubter Weg

zur Erreichung dieses Ziels gewählt werden. Dann handelt es sich nicht um eine "Umgehung", denn der Erfolg als solcher ist gerade nicht verboten.



Dennoch verbietet das Gesetz teilweise **ausdrücklich** die Umgehung besonderer Schutzvorschriften (etwa in § 306a BGB, § 476 Abs. 1 S. 2 BGB, § 487 S. 2 BGB, § 512 S. 2 BGB, § 312k Abs. 1 S. 2 BGB). Solche Regelungen sind eigentlich überflüssig - denn selbstverständlich kann man zwingende Normen nicht abbedingen. In der Klausur sind sie in Zweifelsfällen aber trotzdem zu zitieren und zu prüfen.

C. Wie werden sittenwidrige Rechtsgeschäfte (§ 138 BGB) behandelt?

Während Verbote, die sich aus gesetzlichen Normen herleiten lassen, unter § 134 BGB fallen, soll § 138 Abs. 1 BGB Raum für moralische und sozialetische Grundlagen schaffen, die gerade nicht ausdrücklich geregelt wurden. Insoweit lassen sich Parallelen zu der öffentlichen Ordnung in der polizeirechtlichen Generalklausel ziehen.



1. **Objektiv** muss das Geschäft gegen die guten Sitten verstoßen.
2. **Subjektiv** muss der Handelnde die **Umstände kennen**, aus denen sich die Sittenwidrigkeit ergibt. **Nicht erforderlich** ist dagegen, dass er sein Handeln für sittenwidrig hält.

I. Was ist Wucher (§ 138 Abs. 2 BGB)?

Der Wucher (§ 138 Abs. 2 BGB) ist ein **besonders geregelter Fall des sittenwidrigen Rechtsgeschäfts** (§ 138 Abs. 1 BGB). Der Wucher ist nach § 291 StGB strafbar; da § 291 StGB zudem ein Verbotsgesetz darstellt, ist er stets auch nach § 134 BGB nichtig. In der Praxis und in Klausuren hat der Wucher allerdings nur eine geringe Bedeutung, da er an **strenge Anforderungen** (insbesondere in subjektiver Hinsicht) geknüpft ist, die kaum je erfüllt sind:



- I. **Objektiver Tatbestand**
 1. Auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung
 2. Zwangslage, Unerfahrenheit, Mangel an Urteilsvermögen oder erhebliche Willensschwäche
- II. **Subjektiver Tatbestand**

Kenntnis aller Umstände (nicht: Kenntnis der Beurteilung als sittenwidrig!)

Nach dem Wortlaut des § 138 Abs. 2 BGB (*versprechen* bezieht sich auf das Verpflichtungsgeschäft; *gewähren lässt* meint die entsprechende Verfügung) sind **sowohl das Verpflichtungsgeschäft als auch das Verfügungsgeschäft nichtig**.

Denken Sie in der Klausur also daran, im Anschluss sowohl Ansprüche aus § 985 BGB als auch aus § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Var. BGB zu prüfen!



1. Verdrängt § 138 Abs. 2 BGB § 134 BGB iVm § 291 StGB?

Neben dem zivilrechtlichen Nichtigkeitsgrund des § 138 Abs. 2 StGB stellt Wucher nach dem (gemäß § 18 Abs. 2 Nr. 4 JAPO nicht zu den Pflichtfächern gehörenden) § 291 StGB auch eine **Straftat** dar, die Voraussetzungen der beiden Regelungen unterscheiden sich jedoch im Detail.

Voraussetzungen von § 291 StGB

1. Leistungsbeziehung (Erbringung einer Leistung oder deren Vermittlung)
2. Zwangslage, Unerfahrenheit, Mangel an Urteilsvermögen oder erhebliche Willensschwäche
3. Ausbeutung der Schwäche
4. Gewährung oder Versprechen von Vermögensvorteilen, die einem auffälligen Mißverhältnis zu der Leistung oder deren Vermittlung stehen.

Subjektiv ist die Absicht (dolus directus I) der Erzielung eines übermäßigen Vermögensvorteils erforderlich, im Übrigen genügt dolus eventualis



Dieser Straftatbestand stellt ein Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB dar, das dem Tatbestand des § 138 Abs. 2 BGB sehr ähnlich ist. Daher ist fraglich, wie sich diese beiden Nichtigkeitsgründe zueinander verhalten. Diesen Streit müssen Sie **nicht im Detail beherrschen**, da § 291 StGB wie gesagt nicht zum Pflichtfachstoff gehört.

Einerseits kann man § 138 Abs. 2 BGB umfassend Vorrang vor § 134 BGB iVm. § 291 StGB zusprechen und so die Anwendbarkeit von § 134 BGB ausschließen. Ansonsten wäre § 138 Abs. 2 BGB wegen des weitgehend deckungsgleichen Anwendungsbereichs praktisch bedeutungslos.

Man kann freilich auch § 138 Abs. 2 BGB als besondere Ausprägung der Sittenwidrigkeit als wertende Regelung ansehen. Soweit daher ein spezielles gesetzliches Verbot, wie z.B. § 134 BGB iVm § 291 StGB eingreift, könnte man daher die wertende Norm zurücktreten lassen. Dies entspricht etwa dem Verhältnis der öffentlichen Sicherheit zur öffentlichen Ordnung im Polizeirecht.

Andererseits begründen die beiden Regelungen keinen Wertungswiderspruch. Daher kann man § 138 Abs. 2 BGB und § 134 BGB iVm. § 291 StGB nebeneinander anwenden; die Einheit der Rechtsordnung wird dadurch nicht in Frage gestellt. Ein Spezialitätsverhältnis ist insoweit nicht ersichtlich.



2. Wann ist der Bewucherten wirtschaftlich unterlegen?

Obwohl § 138 Abs. 2 BGB nur von der (subjektiven) Ausbeutung bestimmter Situationen spricht, müssen diese selbstverständlich auch tatsächlich vorliegen - der bloße Versuch des Wuchers hat keine Nichtigkeit zur Folge. Es handelt sich um vier verschiedene Tatbestandsvarianten - Sie müssen also in der Klausur genau bestimmen, welche davon Ihrer Ansicht nach vorliegt:



- Eine **Zwangslage** liegt vor, wenn wegen eines augenblicklich dringenden, meist wirtschaftlichen Bedrängnisses ein zwingendes Bedürfnis nach Sach- oder Geldleistungen besteht. § 138 Abs. 2 BGB gilt sogar, wenn die Zwangslage selbst verschuldet ist.
- **Unerfahrenheit** bedeutet einen Mangel an Lebens- oder Geschäftserfahrung.
- Ein **Mangel an Urteilsvermögen** besteht, wenn jemandem im konkreten Fall in erheblichem Maße die Fähigkeit fehlt, sich bei seinem rechtsgeschäftlichen Handeln von vernünftigen Beweggründen leiten zu lassen oder die beiderseitigen Leistungen und die wirtschaftlichen Folgen des Geschäfts richtig zu bewerten. Untechnisch gesagt: "Der Bewucherte ist zu dumm".
- Unter einer **erheblichen Willensschwäche** ist eine verminderte Widerstandsfähigkeit zu verstehen. Das bedeutet: Der Bewucherte durchschaut zwar Inhalt und Folgen, kann sich aber wegen Spielsucht, etc. nicht entsprechend seiner Einsicht verhalten.
- Ein **auffälliges Missverhältnis** muss unter Berücksichtigung des Einzelfalls ermittelt werden. In der Regel liegt ein auffälliges Missverhältnis vor, wenn die Vergütung den Wert der Gegenleistung um 100% oder mehr übersteigt bzw. nur 50% der üblichen Vergütung erbracht werden. Allerdings sind insbesondere die übernommenen Risiken zu berücksichtigen.

3. Was bedeutet "Ausbeuten" in § 138 Abs. 2 BGB?

Subjektiv erfordert § 138 Abs. 2 BGB, dass der Wucherer *die Zwangslage, die Unerfahrenheit, den Mangel an Urteilsvermögen oder die erhebliche Willensschwäche eines anderen ausbeutet*.



Ausbeuten ist das bewusste Ausnutzen der schlechten Situation des Geschäftsgenegers, um einen übermäßigen Gewinn zu erzielen. Dabei ist ohne Belang, ob das Geschäft durch den Wucherer oder den Bewucherten initiiert wurde.

Erforderlich ist also

- Kenntnis von dem Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung und
- Kenntnis der Zwangslage

Es ist nicht etwa "Absicht" im Sinne von *dolus directus* I erforderlich. Ebenso wenig ist erforderlich, dass der erhoffte Gewinn tatsächlich erzielt wird. Hat sich der Wucherer verkalkuliert, wird er nicht geschützt. Die Kenntnis von Vertretern kann nach § 166 Abs. 1 BGB zugerechnet werden.

Grobe Fahrlässigkeit des Wucherers im Hinblick auf die Zwangslage bzw. das Missverhältnis reicht hingegen nicht aus.

II. Was setzt § 138 Abs. 1 BGB voraus?

Die Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB ist **sprachlich sehr weit gefasst**. Die Rechtsprechung hat ihn dementsprechend für vielfältige Gestaltungen gebraucht, mitunter aber auch (etwa im Nationalsozialismus) missbraucht.

Dennoch müssen Sie in der Klausur vorsichtig sein: **Im Zweifel dürfen Sie einen Vertrag nicht als sittenwidrig einstufen, wenn nicht eine der Fallgruppen vorliegt, die wir uns auf den folgenden Seiten näher ansehen werden.**



Entscheidendes Abgrenzungskriterium ist immer die Frage der Sittenwidrigkeit. Maßgeblich ist der **Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses**. Wandelt sich allerdings die Moralauffassung vor Eintritt des ursprünglich missbilligten Erfolges, so ist der letztere Zeitpunkt maßgebend, da § 138 BGB **nicht eine verwerfliche Gesinnung bestrafen, sondern einen zu missbilligenden Rechtserfolg verhindern will**.

In § 138 Abs. 1 BGB ist die subjektive Seite nur sehr schwach ausgeprägt - es genügt die Kenntnis der relevanten Umstände, ohne dass die Wertung als sittenwidrig nachvollzogen werden muss.

Nach § 138 BGB sittenwidrig ist stets nur ein bestimmter **Erfolg des Rechtsgeschäfts**. Das Verhalten der Parteien, insbesondere die Umstände des Vertragschlusses, sind dabei grundsätzlich ohne Belang.



1. Wie wird der Begriff der "guten Sitten" definiert?

Was *gute Sitten* sind, ist ein **ausfüllungsbedürftiger Begriff**. In der Klausur sollten Sie in jedem Fall die folgende, **gängige Definition** erwähnen:

Ein Verhalten ist sittenwidrig, wenn es gegen das **Anstandsgefühl aller (!) billig und gerecht Denkenden** verstößt.



Das bedeutet, dass jeder Mensch, der ein gegen § 138 BGB verstoßendes Verhalten als akzeptabel ansieht, **nicht gerecht, zumindest aber nicht billig denkt**. Ein Verhalten, das auch nur von einem einzigen billig und gerecht Denkenden akzeptiert wird, ist nicht sittenwidrig. Es handelt sich also um einen sehr strengen Maßstab. Auf den folgenden Seiten werden wir uns näher mit diesem Tatbestand befassen.

Der Begriff der Sittenwidrigkeit wird auch durch die in den Art. 1-19 GG geregelten Grundrechte präzisiert. Insoweit wirkt die Verfassung als **objektive Wertordnung** in das Zivilrecht ein (**mittelbare Drittwirkung der Grundrechte**).



Im so genannten "Lüth-Urteil" des Bundesverfassungsgerichts ([BVerfGE 7, 198](#)) hatte Lüth über die Presse dazu aufgerufen, den unter der Regie von Veit Harlan entstandenen Film "Unsterbliche Geliebte" zu boykottieren. Die Produktionsfirma erwirkte beim zuständigen LG eine einstweilige Verfügung gegen Lüth auf Grundlage von § 826 BGB, § 1004 BGB, durch die ihm untersagt wurde „*die deutschen Theaterbesitzer und Filmverleiher aufzufordern, den Film nicht in ihr Programm aufzunehmen und das deutsche Publikum aufzufordern, diesen Film nicht zu besuchen*“. Auf Verfassungsbeschwerde von Lüth hob das BVerfG die Entscheidung auf - im Rahmen der Sittenwidrigkeit hätte die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) berücksichtigt werden müssen. Dies sei nicht hinreichend gewürdigt worden, so dass die einstweilige Verfügung aufzuheben sei.



[BVerfGE 7, 198](#) (Lüth-Urteil)

Für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit ist entscheidend, ob das Rechtsgeschäft nach seinem aus

- Inhalt,
- Beweggrund und/oder
- Zweck

zu entnehmenden **Gesamtcharakter** mit den grundlegenden Wertungen der Rechts- und Sittenordnung unvereinbar ist.



Ein **Leihmuttervertrag** ist sittenwidrig, wenn das Kind zum Gegenstand eines Rechtsgeschäfts gemacht und damit zur Handelsware degradiert wird.

Zur Abgrenzung: Ein "**Ablösevertrag**" bei einem Wechsel eines Fußballers ist nicht sittenwidrig, weil der eine Verein den Spieler nur aus seinem bestehenden Vertrag "herauskauft" und keinen Kaufvertrag über den Spieler abschließt.

Grundsätzlich müssen bei einem Vertrag **beide Parteien** sittenwidrig handeln. Wenn nur einer Vertragspartei ein Sittenverstoß zur Last gelegt werden kann, ist der Vorwurf des sittenwidrigen Handelns gegenüber der redlichen Partei **nicht gerechtfertigt**. Diese kann ein berechtigtes Interesse haben, dass das Rechtsgeschäft trotz des sittenwidrigen Verhaltens der anderen Partei wirksam ist.

2. Welche subjektiven Voraussetzungen hat § 138 Abs. 1 BGB?

Grundsätzlich ist die Sittenwidrigkeit ähnlich wie der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot **rein objektiv zu bestimmen**. Ansonsten würde der gewissenlose Geschäftsmann, der jegliches Verhalten für angemessen hält, für seine Einstellung dadurch belohnt, dass alle Geschäfte wirksam wären. Erforderlich ist allerdings, dass zumindest die **Umstände bekannt sind, aus denen**

sich die Sittenwidrigkeit ergibt. Ansonsten könnte eine der Parteien durch die Nichtigkeit völlig überrumpelt und dadurch unangemessen benachteiligt werden.

Der aus Katar stammende und in Berlin wohnende A verkauft seine Schwester für 12 Kamele an ihren zukünftigen Ehemann, der ebenfalls in Berlin wohnt. Ist der Vertrag wirksam?



Objektiv liegt ein Sittenverstoß vor (man könnte auch über eine Nichtigkeit des Vertrages gem. § 134 BGB iVm § 237 StGB nachdenken). Auch wenn A sein Verhalten nicht für sittenwidrig, sondern für kulturell angemessen hält, kennt er die Umstände, aus denen sich die Sittenwidrigkeit ergibt (subj. Element). Der Vertrag ist also sittenwidrig.

Außer in § 138 BGB taucht die Sittenwidrigkeit in der Schadensersatznorm des § 826 BGB auf. Dort ist allerdings Vorsatz gerade bezüglich des Verstoßes gegen die guten Sitten erforderlich. Dies führt aber praktisch dazu, dass § 826 BGB nur einen sehr engen Anwendungsbereich hat.

3. Wem gegenüber entfaltet § 138 Abs. 1 BGB Schutzwirkung?

Da es im engen zeitlichen Rahmen einer Klausur kaum möglich ist, spontan eine hinreichende Erörterung des § 138 Abs. 1 BGB abzuliefern, bietet es sich an, sich an den in der Rechtsprechung anerkannten Fallgruppen zu orientieren.

Diese fallen im Wesentlichen in drei Hauptkategorien:

1. Zunächst schützt § 138 Abs. 1 BGB in einigen wenigen Konstellationen **Interessen der Allgemeinheit**, die nicht gesetzlich reguliert sind und damit bereits von § 134 BGB erfasst werden.
2. Die meisten Fälle betreffen hingegen den **Schutz einer der beiden Vertragsparteien** vor einer unverhältnismäßigen Benachteiligung.
3. Schließlich schützen bestimmte Fallgruppen auch **Dritte, d.h. Personen, die selbst nicht unmittelbar an dem Rechtsgeschäft beteiligt sind**.

Eine umfassende Darstellung aller denkbaren Konstellationen muss selbstverständlich einem Kommentar vorbehalten bleiben. Wir werden uns im Folgenden auf diejenigen Gestaltungen konzentrieren, die **typischerweise Klausurgegenstand** sind und deren Kenntnis daher von Ihnen erwartet wird.

a. Welche Fallgruppen schützen Interessen der Allgemeinheit?

Grundsätzlich werden die Interessen der Allgemeinheit **primär durch Verbotsgesetze** (und damit durch § 134 BGB) gewahrt. Ein Rückgriff auf § 138 BGB kommt daher nur ausnahmsweise in Betracht. Dies ist etwa der Fall, wenn der Vertrag zwar nicht gegen deutsche Gesetze, aber gegen **ausländische Gesetze verstößt und im Ausland zu erfüllen ist**. Zudem kommt ein Vorfeldschutz in Betracht, wenn zwar nicht der Handel mit Gegenständen, wohl aber deren **einzige denkbare Nutzung gesetzeswidrig** ist.



Ein **Kaufvertrag über ein Radarwarngerät** verstößt gegen kein Verbotsgesetz. Verboten ist jedoch nach § 23 Abs. 1c StVO die Verwendung (die nach § 49 Abs. 1 Nr. 22 StVO zudem eine Ordnungswidrigkeit darstellt). Da es keine andere denkbare Verwendung gibt, ist bereits der Kauf sittenwidrig und damit nach § 138 BGB nichtig.

Auch im früher für die Anwendung des § 138 BGB zentralen Bereich der **Sexualmoral** haben sich die gesellschaftlichen Wertvorstellungen stark gewandelt.



Noch im Jahr 1975 wurde die **Vermietung eines Hoteldoppelzimmers an unverheiratete Paare** oder der Verkauf von Kondomen als sittenwidrig angesehen. Seit Inkrafttreten des **Prostitutionsgesetzes** sind hingegen sogar Verträge über Geschlechtsverkehr nicht mehr sittenwidrig (§ 1 S. 1 ProstG). Umstritten sind hingegen etwa Verträge über die Verhütung oder die öffentliche Darbietung sexueller Aktivitäten.

b. Welche Fallgruppen schützen die Interessen Dritter?

Interessen Dritter werden in **vier Konstellationen** von § 138 Abs. 1 BGB berücksichtigt:

1. Wenn sich ein Gläubiger **Sicherheiten geben lässt, die den Umfang seiner Forderung erheblich übersteigen**, benachteiligt dies die anderen Gläubiger: Wenn diesen keine Sicherheit gewährt wurde, sind die betroffenen Gegenstände in der Zwangsvollstreckung nur teilweise zu verwerten (vgl. § 850 ZPO). Zudem können auch keine weitere Sicherheiten an den Gegenständen bestellt werden. Allerdings genügt es nicht, wenn der Wert der als Sicherheit verwendeten Gegenstände (Grundstücke, bewegliche Sachen etc.) zufällig den Wert der Forderung übersteigt. Die Rechtsprechung verlangt vielmehr, dass der Sicherungsnehmer **aus eigensüchtigen Gründen eine Rücksichtslosigkeit gegenüber den berechtigten Belangen des Sicherungsgebers an den Tag legt**, die nach sittlichen Maßstäben unerträglich ist.
2. Verwandt ist die **gezielte Benachteiligung des Sozialhilfeträgers**, etwa bei einem Unterhaltsverzicht.
3. Praktisch relevant ist auch die **Verleitung zum Vertragsbruch** (etwa Schmiergeldzahlungen an Angestellte eines Unternehmens).
4. Schließlich sind Gläubiger auch vor gezielten **Vermögensverschiebungen zu ihrem Nachteil** durch § 138 BGB geschützt, etwa durch Schenkung wesentlicher Wertgegenstände an Verwandte. Freilich sind insoweit die Sonderregelungen des **Anfechtungsgesetzes (AnfG)** zu berücksichtigen, nach dem bestimmte Leistungen im Zwangsvollstreckungsverfahren rückabzuwickeln sind.

Voraussetzung der genannten Fallgruppen ist stets, dass **allen Beteiligten die Drittbenachteiligung bzw. -gefährdung bewusst** ist.

c. Welche Fallgruppen schützen die Interessen eines Beteiligten?

Die an einem Vertrag beteiligten Personen werden durch drei zentrale Unterfallgruppen geschützt, die Sie unbedingt kennen sollten:

1. Das Verbot der **Knebelung** soll die grundgesetzlich garantierte freie Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 GG) gewährleisten. Eine ewige Bindung ist damit nicht vereinbar.
2. Bei den **wucherähnlichen Rechtsgeschäften** steht das Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung im Vordergrund; im Gegensatz zu § 138 Abs. 2 BGB sind die Voraussetzungen an die Person des Benachteiligten allerdings herabgesetzt, während an die subjektive Vorstellung des Begünstigten höhere Anforderungen gestellt werden.
3. Schließlich gibt es den Fall der **Ausnutzung einer emotionalen Zwangslage**, namentlich im Fall der Angehörigenbürgschaft. Verwandt sind hier sittenwidrig gestaltete Eheverträge, durch die sämtliche Ansprüche bei Scheidung (Zugewinnausgleich, Versorgungsausgleich, Unterhalt) ausgeschlossen werden.

aa. Was ist eine Knebelung?

- Grundsätzlich kann jeder Mensch Verträge schließen, durch die er **langfristige Bindungen** eingeht. Für Mietverträge (§ 550 BGB) und Arbeitsverträge (§ 620 BGB) geht das Gesetz sogar vom Regelfall des unbefristeten Vertrages aus. Einschränkungen gibt es aber für AGB, die nicht gegenüber Unternehmern verwendet werden (§ 309 Nr. 9 BGB): Dort gilt eine Höchstlaufzeit von zwei Jahren. Für Unternehmer fehlt hingegen eine entsprechende Regelung. Das kann im Einzelfall zu **erheblichen Einschränkungen der möglichen unternehmerischen Tätigkeit** führen. Dies wird durch § 138 Abs. 1 BGB in Extremfällen korrigiert.

Wirt W schließt mit der Brauerei B einen Bierlieferungsvertrag. Aufgrund dieses Vertrages verpflichtet sich die Brauerei das Mobiliar für die **Gastwirtschaft** bereitzustellen. W verpflichtet sich im Gegenzug, für eine Laufzeit von 30 Jahren ausschließlich Bier von B zu beziehen und keine Konkurrenzprodukte auszuschenken.

Ein solcher Vertrag ist aber wegen Knebelung sittenwidrig, da die unternehmerische Gestaltungsfreiheit in nicht mehr zumutbarem Ausmaß beeinträchtigt wird. Zulässig sein sollen maximal 15-20 Jahre.



- Eine vergleichbare Wirkung hat die Pflicht, **überhöhte Sicherheiten** zu erbringen. Denn dadurch riskiert der Schuldner, keine neuen Kreditgeber mehr zu finden bzw. eine überhöhte Gegenleistung für Kredite erbringen zu müssen. Er kann also sein Unternehmen nicht mehr führen, wie er es für richtig hält.
- Schließlich gehören in diesen Zusammenhang auch **Wettbewerbsverbote** (vgl. insb. § 90a HGB).

bb. Was sind wucherähnliche Geschäfte?

Die Sittenwidrigkeit kann oft auf ein grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung gestützt werden. Allerdings ist dann eine Abgrenzung zum ausdrücklichen **Wuchertatbestand** (§ 138 Abs. 2 BGB) erforderlich. Dessen Voraussetzungen dürfen nicht unterlaufen werden. Soweit also auf Seiten des Benachteiligten geringere Anforderungen gestellt werden, müssen als Ausgleich strengere Anforderungen an den Begünstigten gestellt werden: Dieser muss eine **verwerfliche Gesinnung** aufweisen, d.h. Kenntnis oder zumindest leichtfertige (grob fahrlässige) Unkenntnis des Missverhältnisses haben.



Es gibt im BGB **keinen "Standardpreis"** - grundsätzlich gilt Vertragsfreiheit, so dass auch sehr hohe Preise für geringwertige Güter vereinbart werden können. § 138 BGB greift nur ausnahmsweise!

(1) Wann liegt ein "grobes Missverhältnis" vor?

Ein **grobes Missverhältnis** liegt in der Regel vor, wenn der Wert der erhaltenen Leistung rund doppelt so hoch wie der Wert der Gegenleistung ist.

In einem solchen Fall **wird die verwerfliche Gesinnung vermutet**. Dieser Schluss auf die verwerfliche Gesinnung ist selbst dann berechtigt, **wenn die benachteiligte Partei das Missverhältnis kannte**. Denn aus dieser Kenntnis folgt nicht, dass die Vertragspartei in ihrer Entscheidung zum Abschluss des ungünstigen Vertrages wirklich frei ist.



K kauft von V ein Schloss, das einen Wert von 50.000 Euro hat, für 1,5 Mio. Euro. V hat den K auch arglistig über den baufälligen Zustand des Schlosses getäuscht. Muss K die Anfechtung erklären?

Liegt die Sittenwidrigkeit lediglich in der bloßen Täuschung, berechtigt dies nur zur Anfechtung nach § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB mit der Rechtsfolge der Nichtigkeit, § 142 Abs. 1 BGB; § 138 BGB wird als *lex generalis* verdrängt. Besteht die Sittenwidrigkeit darüber hinaus - wie vorliegend - jedoch (auch) in dem auffälligen Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, ist der Vertrag bereits nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig; einer zusätzlichen Anfechtung nach § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB bedarf es insoweit nicht.

(2) Gibt es auch wucherähnliche Geschäfte bei eBay?

Bei einer **Internetauktion** rechtfertigt ein grobes **Missverhältnis zwischen dem Maximalgebot eines Bieters und dem (angenommenen) Wert des Versteigerungsobjektes** nicht ohne Weiteres den Schluss auf eine verwerfliche Gesinnung. Es macht gerade die Natur einer solchen Auktion aus, mit der Abgabe eines niedrigen Gebots ein "**Schnäppchen**" machen zu können bzw. - auf Seiten des Anbieters - durch den spielerischen "Reiz" der Auktionen einen höheren Preis zu erzielen.



V bietet einen Computer bei eBay an, dessen tatsächlicher Wert bei 1.000 € liegt. Er bestimmt ein Mindestgebot von 100 €. Nach Ablauf der Gebotsfrist ist K der

Höchstbietende. Er hat 400 € geboten. Kann K Übergabe und Übereignung des Computers verlangen?

Ein Anspruch des K gegen V könnte sich aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB ergeben. Dann müsste ein wirksamer Kaufvertrag zwischen K und V bestehen. Dem könnte Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit (§ 138 Abs. 1 BGB) entgegenstehen. Eine anerkannte Fallgruppe ist diejenige des wucherähnlichen Geschäfts. Diese setzt ein krasses Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung voraus. Hier soll K nach dem Kaufvertrag weniger als die Hälfte des tatsächlichen Wertes zahlen. Dies wird ihm im Zweifel auch bewusst gewesen sein. Jedoch gehören solche Wertunterschiede zur Natur der Versteigerung. Würde ein Verkauf zu einem sehr günstigen Preis stets sittenwidrig sein, wäre eine Onlineversteigerung nicht möglich. Der Verkäufer kann sich durch Angabe eines angemessenen Mindestpreises selbst schützen. Daher ist der Vertrag nicht sittenwidrig. K kann von V Übergabe und Übereignung des Computers aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB verlangen.

cc. Was gilt für die Ausnutzung einer emotionalen Zwangslage?

Während der **Missbrauch einer rein wirtschaftlichen Zwangslage** aufgrund der §§ 18-21 GWB und Art. 102 AEUV heute nicht mehr über § 138 BGB korrigiert werden muss, kommt eine **strukturelle Unterlegenheit vor allem aufgrund emotionaler Bindungen** in Betracht.

Paradigmatisch hierfür sind **Bürgschaften bzw. Schuldbeitrittserklärungen naher Angehörige** (Kinder, Eltern, Ehegatten). Dabei wird die Haftung ohne rationale Abwägung der tatsächlichen Verhältnisse allein aus emotionaler Verbundenheit übernommen.

Soweit der Angehörige durch die übernommene Haftung extrem überfordert ist, vermutet die Rechtsprechung, dass die emotionale Beziehung zwischen ihm und dem Hauptschuldner in sittlich anstößiger Weise ausgenutzt wurde. Die Vermutung muss dann **im Einzelfall durch die Bank widerlegt** werden.

Die sittenwidrige Verwandtenbürgschaft ist ein **Standardfall im Examen!** Sie sollten sie also in jedem Fall beherrschen.



[BVerfGE 89, 214](#)
[BGH IX ZR 93/93](#)



III. Was sind die Rechtsfolgen der Sittenwidrigkeit?

Ein Verstoß gegen die guten Sitten führt zur **Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts**. Anders als bei § 134 BGB gibt es hiervon keine Ausnahmen. Vertragliche Ansprüche, z.B. auf Erfüllung oder Mangelbeseitigung, sind daher ausgeschlossen.

Nichtig ist grundsätzlich **nur das Verpflichtungsgeschäft, nicht auch das Verfügungsgeschäft**. Dieses ist nämlich in aller Regel **wertneutral**, weil es lediglich auf eine Änderung der Güterzu-

ordnung abzielt. Liegt allerdings der Sittenverstoß gerade in der Veränderung der Güterzuordnung, ist auch das Verfügungsgeschäft nichtig.

Eine wichtige Regelung in diesem Zusammenhang ist § 817 S. 2 BGB, nach dem eine **Rückgewähr ausscheidet, wenn gerade dem Leistenden Sittenwidrigkeit vorzuwerfen ist.**



Jurastudent J zahlt dem Titelhändler T 1.000 € in bar, damit dieser ihm einen Dokortitel der Harvard University verschafft. Als T ihm den Titel nicht verschafft, verlangt J sein Geld zurück.

Für einen Herausgabeanspruch aus § 985 BGB müsste J noch Eigentümer des Geldes sein, das Verfügungsgeschäft also nichtig sein. Hier ist die Zahlung des Geldes jedoch wertneutral und damit nicht sittenwidrig. Ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 1. Var. BGB scheidet an § 817 S. 2 BGB.

Der durch das sittenwidrige Rechtsgeschäft Geschädigte, dem selbst kein Verstoß gegen die guten Sitten vorgeworfen werden kann, hat einen **Schadensersatzanspruch gegen den Schädiger** nach § 826 BGB.

Die Nichtigkeit wird in vielen Fällen als zu streng empfunden. Daher wird mitunter versucht, das Geschäft so weit wie möglich doch noch zu retten.

- Unproblematisch möglich ist dies nur bei **teilbaren Rechtsgeschäften** - hier kann im Einzelfall die Vermutung des § 139 BGB widerlegt sein und das Geschäft ohne den sittenwidrigen Teil fortbestehen. Die einzige Hürde ist hierbei die Prüfung der Teilbarkeit. Hierbei sollten Sie einen sehr weiten Maßstab anlegen.



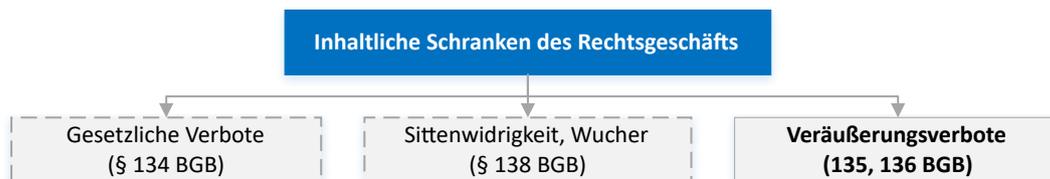
So hat der BGH angenommen, dass ein wegen Knebelungswirkung sittenwidriger und deshalb unwirksamer 30-jähriger Bierlieferungsvertrag noch mit der zulässigen Höchstlaufzeit wirksam bleibt.

- Eine **geltungserhaltende Reduktion**, durch die das Geschäft mit dem maximal noch mit dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden zu vereinbarenden Inhalt aufrechterhalten wird, kommt nur ausnahmsweise in Betracht. Denn die Nichtigkeitsfolge soll gerade vom unerwünschten Verhalten abhalten. Bestünde die einzige Sanktion darin, dass ein Gericht den Vertrag anpasst, würde der sittenwidrig Handelnde nicht abgeschreckt. Er könnte vielmehr hoffen, dass das Geschäft nicht gerichtlich angegriffen wird - und selbst im Fall des Angriffs würde er das für sich bestmögliche Ergebnis erreichen.
- Auch eine **Umdeutung** (§ 140 BGB) scheidet im Regelfall aus. Der Richter wäre schlicht überfordert, eine Gestaltung zu suchen, die den Interessen der Parteien gerecht wird und nicht sittenwidrig ist.
- Ausnahmsweise kommt eine **Korrektur** nach § 242 BGB in Betracht, wenn derjenige, der sich auf die Sittenwidrigkeit beruft, bereits Vorteile aus dem Vertrag gezogen hat und nunmehr nur noch den anderen Teil durch Nichtleistung benachteiligen will.

[BGH III ZR 153/85](#)



D. Was sind Verfügungsverbote (§§ 135 -137 BGB)?



Unter bestimmten Umständen verbietet das Gesetz **Verfügungen**, d.h. die Übertragung, Belastung, Aufgabe oder Inhaltsänderung eines Rechts (in Abgrenzung zur bloßen Verpflichtung, z.B. durch einen Kaufvertrag nach § 433 BGB).

Nach § 473 BGB ist das **Vorkaufsrecht** nicht übertragbar. Davon unberührt ist aber die Verpflichtung, jemandem ein Vorkaufsrecht zu verschaffen (Abstraktionsprinzip).



Der Wortlaut von § 135 BGB ist insoweit irreführend, als einerseits von *Verfügung*, andererseits aber von einem *Veräußerungsverbot* die Rede ist. Zutreffender wäre in der Klausur der Ausdruck **Verfügungsverbot**.

Soweit ein Verfügungsverbot gegenüber jedermann gilt (sog. **absolutes Verfügungsverbot**), kommt es auf § 135 BGB oder § 136 BGB nicht an: Vielmehr sind solche Gesetze Verbotsgesetze i.S.v. § 134 BGB.

Nach § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BtMG ist es strafbar, unerlaubt Betäubungsmittel zu veräußern oder mit ihnen Handel zu treiben. Dies ist ein Verbotsgesetz i.S.v. § 134 BGB.



In § 135 BGB, § 136 BGB und § 137 BGB geht es daher nur um **relative Verfügungsverbote**, die ausschließlich bestimmte Personen schützen. **Nur diese können sich darauf berufen!**

1. Welche Folge haben § 135 BGB und § 136 BGB?



Relative Verfügungsverbote bewirken, dass Verfügungen, die eine bestimmte (geschützte) Person in ihrer Rechtsstellung beeinträchtigen würden, (nur) gegenüber dieser Person unwirksam sind.

§ 135 BGB regelt **gesetzliche relative Verfügungsverbote**. Solche Verfügungsverbote gibt es im BGB nicht; auch sonst gehören keine relativen gesetzlichen Verfügungsverbote zum Examenstoff.

Bedeutung erlangt § 135 BGB aber durch § 136 BGB, wonach die Regelung entsprechend auf **gerichtliche** und **behördliche Verfügungsverbote** Anwendung findet.



1. **Gerichtliche Verfügungsverbote** finden sich im Zwangsvollstreckungsrecht zugunsten des die Vollstreckung betreibenden Gläubigers, nämlich in § 829 Abs. 1 S. 2 ZPO für Verfügungen über gepfändete Forderungen und in § 23 Abs. 1 ZVG für Verfügungen über beschlagnahmte Grundstücke.
2. Bedeutung hat § 136 BGB auch im **Strafprozessrecht**: Nach § 75 Abs. 3 StGB steht die Anordnung der Einziehung bis zur Rechtskraft einem gerichtlichen Verfügungsverbot gleich.

Die Verfügung ist **gegenüber jedermann bis auf den Begünstigten wirksam**. Gegenüber diesem gilt die Verfügung als nicht erfolgt, insbesondere gilt also Eigentum nicht als übergegangen.

1. Was gilt bei Gutgläubigkeit des Erwerbers?

§ 135 Abs. 2 BGB sieht eine **klausurrelevante Ausnahme** von dem Grundsatz relativer Unwirksamkeit vor: Ist ein **gutgläubiger Erwerb** möglich (also u.a. bei beweglichen Sachen nach §§ 932 ff. BGB und bei Grundstücken nach § 892 BGB, § 893 BGB; hingegen nicht bei der Abtretung einer Forderung), kann das relative Verfügungsverbot überwunden werden.



Der gute Glaube muss sich insoweit auf das **Fehlen des relativen Veräußerungsverbots** beziehen (**nicht auf das Eigentum!**).

Die Details dieser Regelung werden im Sachenrecht behandelt. Zur Einführung in die Problematik hilft aber ein kurzer Fall.



V verkauft K mit notariellem Kaufvertrag (§ 311b Abs. 1 S. 1 BGB) sein Grundstück für 250.000 €. Als K davon hört, dass V heimlich mit X über das Grundstück verhandelt, schaltet er den Anwalt A ein. Dieser erwirkt ein gerichtliches Verfügungsverbot im Sinne von § 136 BGB iVm § 135 Abs. 1 BGB. Dennoch schließt V mit X, der vom Verfügungsverbot nichts weiß, einen zweiten, notariellen Kaufvertrag über das Grundstück für 300.000 € und lässt ihm das Grundstück auf (§ 925 BGB

iVm § 873 BGB). Nach Einreichung der Unterlagen beim Amtsgericht wird X im Grundbuch eingetragen. Welche Rechte hat K?

Zwar ist die Verschaffung des Eigentums durch V an X grundsätzlich nach § 136 BGB iVm § 135 Abs. 1 BGB **relativ gegenüber K unwirksam**; K hätte zur Durchsetzung gegen X einen **Anspruch auf Zustimmung zu seiner Eintragung in das Grundbuch** (§ 888 Abs. 2, Abs. 1 BGB).

Nach § 135 Abs. 2 BGB finden jedoch die **Vorschriften über den gutgläubigen Eigentumserwerb** entsprechende Anwendung. Hier war das Verfügungsverbot nicht im Grundbuch eingetragen. Es ist auch nicht ersichtlich, dass X vom Verfügungsverbot wusste. Somit ist nach § 892 Abs. 1 S. 1 BGB ein gutgläubiger Erwerb möglich.

V wäre auch vor gutgläubigem Erwerb geschützt gewesen, wenn er **statt des Verfügungsverbots eine Vormerkung** im Wege einer einstweiligen Verfügung in das Grundbuch hätte eintragen lassen (§ 885 Abs. 1 BGB iVm § 883 Abs. 1 BGB).

Nunmehr ist er (durch die fehlerhafte Beratung des A) auf **Schadensersatzansprüche wegen Unmöglichkeit** (§ 280 Abs. 1, Abs. 3 BGB iVm § 283 BGB) gegen V beschränkt.

2. Wie sieht ein Fall zu § 136 BGB aus?

Selbstkontrollaufgabe:

V verkauft einen Oldtimer an K (§ 433 BGB), übereignet (§ 929 S. 1 BGB) ihm diesen aber noch nicht. Als G dem V einen höheren Preis für das Auto anbietet, schließt V auch mit diesem einen Kaufvertrag (das darf er nach dem BGB!). Was kann K tun, um zu verhindern, dass G Eigentum am Auto erlangt?

K kann eine einstweilige Verfügung gegen V erwirken (§ 935 ZPO iVm § 938 Abs. 2 ZPO).

Selbst wenn G davon erfährt, wird er aber nach § 929 S. 1 BGB wirksam Eigentümer des Autos. Daher ginge der Anspruch des K auf Übereignung (§ 433 Abs. 1 S. 1 BGB) gegen V ins Leere. Dieses Ergebnis korrigiert § 136 BGB iVm § 135 Abs. 1 BGB: Zwar ist V für alle anderen nicht mehr Eigentümer (seine Gläubiger können also nicht mehr das Auto verwerten, um ihre Geldforderungen zu befriedigen), zugunsten von K gilt aber die Übereignung als unwirksam, sodass V weiter Eigentümer ist.

Wenn G allerdings nicht von der einstweiligen Verfügung weiß (er wird nicht von Amts wegen informiert, weil er am einstweiligen Verfügungsverfahren nicht beteiligt ist!), kann er nach § 135 Abs. 2 BGB iVm § 929 S. 1 BGB iVm § 932 Abs. 1 S.



1 BGB gutgläubig das Verfügungsverbot überwinden; K kann dann nur noch von V Schadensersatz nach § 280 Abs. 1, Abs. 3 BGB iVm § 283 BGB verlangen.

Wichtig: § 135 Abs. 2 BGB ist kein Fall des gutgläubigen Erwerbs - denn der Verfügende ist Eigentümer und verfügungsbefugt, also Berechtigter im Sinne der §§ 929 ff. BGB. Es wird nur das relative Verfügungsverbot überwunden. Achten Sie also auf eine präzise Ausdrucksweise!

II. Was sind rechtsgeschäftliche Verfügungsverbote (§ 137 BGB)?

Nach § 137 S. 1 BGB ist es nicht möglich, Verfügungen durch Rechtsgeschäft mit Wirkung gegenüber Dritten zu verhindern.



Die Regelung **betrifft nur die Verfügung**, nicht hingegen die Verpflichtung dazu (**Trennungsprinzip**). Schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäfte sind (sogar mit Vertragsstrafen nach § 339 BGB) ausdrücklich erlaubt (§ 137 S. 2 BGB).

Es handelt sich also bei einem Verfügungsverbot i.S.v. § 137 BGB nicht um ein Verbotsgesetz i.S.v. § 134 BGB - die schuldrechtliche Vereinbarung als solche ist zunächst wirksam (**Abstraktionsprinzip**).



Der Eigentümer **kann trotz vertraglicher Verpflichtung einem Dritten wirksam als Berechtigter Eigentum an seiner Sache verschaffen** (etwa nach § 929 S. 1 BGB oder nach § 873 BGB, § 925 BGB). Er kann sich **allerdings wirksam dazu verpflichten**, dies nicht zu tun.

Eine wichtige **Ausnahme** gilt aber für Forderungen und sonstige Rechte: Nach § 399, 2. Var. BGB kann ein **Abtretungsverbot mit Wirkung für und gegen jedermann vereinbart** werden. Dies gilt nach § 413 BGB entsprechend für andere übertragbare Rechte.



Kaufmann K vereinbart mit Großhändler V ein Abtretungsverbot für alle zwischen ihnen bestehende Forderungen. V tritt eine Kaufpreisforderung gegen K an Inkassounternehmen I ab. Kann nun I Zahlung von K verlangen?

Ein Anspruch von I gegen K könnte sich aus § 433 Abs. 2 BGB iVm § 398 S. 2 BGB ergeben. Dann müsste I Inhaber der (bestehenden) Forderung sein. Ursprünglich war V Inhaber der Forderung. Allerdings könnte er die Forderung nach § 398 S. 1 BGB an I übertragen haben. Das rechtsgeschäftlich vereinbarte Verfügungsverbot (§ 137 S. 1 BGB) steht der Übertragung ausnahmsweise entgegen: Nach § 399, 2. Var. BGB ist ein Ausschluss der Abtretung mit Wirkung gegenüber Dritten möglich. Ein gutgläubiger Erwerb ist nicht möglich. Daher ist I nicht Inhaber der Forderung. I hat keinen Anspruch gegen K auf Zahlung des Kaufpreises aus § 433 Abs. 2 BGB iVm § 398 S. 2 BGB.

Nach § 137 S. 1 BGB entfaltet die Vereinbarung, über ein Recht nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu verfügen, **keine dingliche Wirkung**. Das bedeutet: Man kann trotz des Verfügungsverbots wirksam Eigentum oder ein sonstiges beschränktes dingliches Recht erwerben.

Auf Gutgläubigkeit oder Bösgläubigkeit kommt es nicht an.



Die **rechtsgeschäftliche Verpflichtung** ist nach § 137 S. 2 BGB aber **nicht folgenlos**: Das rechtliche Können und das rechtliche Dürfen fallen auseinander. Diese Konstellation wird uns auch im Rahmen der Stellvertretung begegnen (namentlich bei einer Vollmachtsurkunde, § 172 BGB, oder bei einer handelsrechtlichen Prokura, § 50 Abs. 1 HGB).

Wird der drohende Verstoß rechtzeitig erkannt, können daher **Unterlassungsansprüche** geltend gemacht werden; wird er später entdeckt, gibt es zumindest einen Anspruch auf **Schadensersatz**. Dies kann sogar durch eine Vertragsstrafe (§ 339 BGB) untermauert werden.

Fan F verkauft und übereignet trotz eines auf dem Ticket ausdrücklich aufgedruckten Verbots seine Karte für das nächste Heimspiel des FC Bayern München an K. Darf K das Spiel besuchen?



Das Verfügungsgeschäft über die Karte (§ 929 S. 1 BGB) ist wegen § 137 S. 1 BGB wirksam, K ist also der Eigentümer der Karte geworden. Der FC Bayern München kann jedoch Ersatz aller entstandenen Schäden aus § 280 Abs. 1, Abs. 3 BGB, § 281 BGB verlangen. Ob das Recht auf Zugang zum Stadion wirksam übertragen wurde, ist wegen § 399 BGB, § 413 BGB fraglich. Ein gutgläubiger Erwerb von Rechten ist im BGB nicht vorgesehen, zudem war die fehlende Übertragungsbefugnis aus dem Aufdruck klar erkennbar.

III. Was sind Verfügungsbeschränkungen?

Das Gesetz ordnet an manchen Stellen an, dass Personen **über bestimmte Gegenstände nicht verfügen dürfen**.

- Nach § 1365 Abs. 1 S. 2 BGB ist eine **Verfügung über das Vermögen eines Ehegatten im Ganzen** nur mit Zustimmung des anderen Ehegatten wirksam (§ 6 S. 2 LPartG für eingetragene Lebenspartner).
- Nach § 1643 BGB iVm § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB dürfen Eltern nur mit Zustimmung des Familiengerichts **Verfügungen über Grundstücke der Kinder** (neben der Übertragung insbesondere auch die Belastung, etwa mit einer Hypothek) vornehmen.
- Nach § 2211 BGB dürfen Erben über die geerbten Gegenstände nicht verfügen, soweit **Testamentsvollstreckung** angeordnet wurde.
- Nach § 399, 2. Var. BGB darf über eine **Forderung mit Abtretungsverbot** nicht verfügt werden.



Diese Regelungen betreffen anders als § 137 BGB nicht nur das "Dürfen", sondern **verhindern mit absoluter Wirkung den Eintritt der Rechtsfolge**.

Zudem wirken sie anders als § 135 BGB, § 136 BGB nicht nur relativ, sondern **gegenüber jedermann**.

Schließlich lassen sie sich auch - anders als nach § 135 Abs. 2 BGB - **nicht durch Gutgläubigkeit überwinden**.

E. Welche Folgen hat das Vorliegen eines Unwirksamkeitsgrundes?

Grundsätzlich bedeutet "Nichtigkeit", dass das gesamte Rechtsgeschäft **unheilbar nicht zustande gekommen** ist. Auch wenn ein Verbotsgesetz (§ 134 BGB) aufgehoben wird oder ein Formerfordernis (§ 125 BGB) nachträglich wegfällt, bleiben die vor der Aufhebung vorgenommenen Rechtsgeschäfte nichtig.

Bei einem nichtigen Vertragsschluss **scheiden in der Klausur also alle vertraglichen Ansprüche aus**; in Betracht kommen nur **Ansprüche auf Herausgabe des Erlangten** aus § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Var. BGB und gegebenenfalls **Schadensersatzansprüche** aus § 823 BGB oder § 826 BGB. Ist eine Verfügung über eine Sache unwirksam, ist zudem an § 985 BGB zu denken.

Spezifische Regelungen zur Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts finden sich in § 141 BGB, § 140 BGB und § 139 BGB:

- In § 141 BGB ist die Möglichkeit zur **Bestätigung** vorgesehen, d.h. zur wirksamen Neuvernahme mit ex nunc Wirkung (d.h. nur für die Zukunft). Allerdings darf diese Bestätigung dann gerade nicht mehr an dem Mangel des ursprünglichen Geschäfts leiden.
- In der Klausur eher selten, in der Praxis aber sehr relevant ist zudem die **Umdeutung** (§ 140 BGB). Dabei wird ähnlich wie in § 117 Abs. 2 BGB das Gewollte soweit zulässig umgesetzt. Es handelt sich um einen besonders weitgehenden Fall der Vertragsauslegung.
- Schließlich regelt § 139 BGB den Fall, dass ein Rechtsgeschäft **teilbar** ist und nur ein Teil des Geschäfts unmittelbar vom Nichtigkeitsgrund betroffen ist. Dann müssen Sie sich fragen, ob der nicht vom Nichtigkeitsgrund berührte Teil aufrechterhalten werden soll. Das BGB stellt insoweit primär auf den Parteiwillen ab. Nur wenn dieser nicht zu ermitteln ist, dürfen Sie auf die Vermutung zurückgreifen, dass im Zweifel alles unwirksam sein soll.

I. Welche Ausnahmen gibt es zum Grundsatz des § 139 BGB?

Nach § 139 BGB führt die teilweise Nichtigkeit **grundsätzlich zur Nichtigkeit des gesamten Rechtsgeschäfts**. Davon gibt es **drei wichtige Ausnahmen**, die Sie kennen sollten:

- Die wichtigste gesetzliche Ausnahme zu § 139 BGB ist § 306 Abs. 1 BGB, der für "**Allgemeine Geschäftsbedingungen**" bei Unwirksamkeit einer einzelnen Klausel das Fortbestehen des Vertrags im Übrigen anordnet. Damit befassen wir uns näher im folgenden Kapitel.



Schreibt eine AGB-Klausel vor, dass jede Vertragsänderung der notariellen Beurkundung bedarf, so verstößt sie gegen § 309 Nr. 13 BGB und ist somit unwirksam. Der Rest der AGB bleibt jedoch gem. § 306 Abs. 1 BGB wirksam.

- Die Vermutung ist zudem regelmäßig nicht bei **teilbaren Geschäften über verschiedene Gegenstände** anwendbar (etwa Kauf mehrerer Möbel, mehrerer Flaschen Wein etc.). Insoweit

gilt vielmehr der Grundsatz des § 323 Abs. 5 S. 1 BGB bzw. § 281 Abs. 1 S. 2 BGB entsprechend: Der Vertrag ist nur insgesamt nichtig, wenn an dem verbleibenden wirksamen Teil kein Interesse besteht.

- In Verträgen findet man zudem oft sogenannte "**salvatorische Klauseln**", nach denen die Unwirksamkeit eines Teils keine Auswirkungen auf den Gesamtvertrag haben soll. Solche Regelungen können regelmäßig gegen die Vermutung des § 139 BGB angeführt werden.

"Sollte eine Regelung dieses Vertrages aus rechtlichen Gründen nichtig sein, so bleibt der Vertrag im Übrigen wirksam."



II. Was ist eine Umdeutung (§ 140 BGB)?

Die Umdeutung nach § 140 BGB weist eine gewisse Verwandtschaft zur ergänzenden Vertragsauslegung und zur Geltung des durch ein Scheingeschäft verborgenen Geschäfts (§ 117 Abs. 2 BGB) auf:

1. Ein Rechtsgeschäft muss (etwa wegen Formmangels nach § 125 BGB oder wegen Gesetzesverstoß nach § 134 BGB) **nichtig** sein.
2. Ein anderes Geschäft muss **objektiv** dem nichtigen Geschäft "entsprechen", d.h. gewissermaßen in ihm als "Minus" enthalten sein.
3. Die Parteien des Rechtsgeschäfts müssen hypothetisch die alternative rechtliche Konstruktion bei Vertragsschluss gewollt haben, wenn sie von der Nichtigkeit gewusst hätten.

Die Umdeutung tritt kraft Gesetzes ein; es bedarf keiner gerichtlichen Entscheidung und keines neuen Vertrages (anders als bei der Neuvornahme nach § 141 BGB). Dennoch muss sie dem hypothetischen Willen bei Vertragsschluss (ex ante) entsprechen - das ist Tatbestandsvoraussetzung.

Es darf nicht der **Schutzzweck der Verbotsnorm** umgangen werden - ein sittenwidriges Geschäft kann also nicht gerettet werden, indem eine möglichst weitgehende Annäherung gesucht wird. Es stellen sich ähnliche Probleme wie bei der geltungserhaltenden Reduktion im Rahmen der AGB-Kontrolle (§ 306 BGB): Würde man ein sittenwidriges Geschäft so weit wie möglich aufrechterhalten, könnte man so demjenigen, der sich auf die Nichtigkeit beruft, letztlich Steine statt Brot geben. Die vom Gesetz intendierte "Ächtung" des unerwünschten Erfolgs entfele.

Deshalb: Wenden Sie § 140 BGB sehr **restriktiv** an!



III. Was ist eine Bestätigung (§ 141 BGB)?

Für die Bestätigung eines **anfechtbaren** Geschäfts (§ 144 BGB) genügt grundsätzlich eine Willenserklärung des Anfechtungsberechtigten. Zur Bestätigung eines **nichtigen** Geschäfts ist nach § 141 BGB das Rechtsgeschäft hingegen neu vorzunehmen. Die Bestätigung hat drei Voraussetzungen:



1. Ein Rechtsgeschäft (einseitig oder mehrseitig) ist endgültig nichtig (nicht nur anfechtbar oder schwebend unwirksam).
2. Die Parteien vereinbaren, dass dieses Rechtsgeschäft trotzdem gelten soll.
3. Der Grund für die Unwirksamkeit ist entfallen (das Verbotsgesetz wurde aufgehoben, die Bestätigung wahrt die Form etc).

Der entscheidende **Unterschied der Bestätigung zur Neuornahme** des Geschäfts ist, dass das neue Rechtsgeschäft nicht noch einmal alle Vertragsbestimmungen enthalten muss, sondern auf das alte Geschäft verwiesen werden darf. Im Übrigen müssen aber die für das Geschäft geltenden Formalia auch für die Bestätigung eingehalten werden (etwa eine gesetzlich vorgeschriebene Form, § 125 S. 1 BGB).

Eine echte Rückwirkung (auch zu Lasten bzw. zu Gunsten Dritter) ist bei der bloßen Bestätigung durch Neuornahme nicht möglich. Allerdings schafft § 141 Abs. 2 BGB für Verträge (und nur für diese) eine Vermutung der relativen Rückbeziehung. Das bedeutet, dass die Parteien sich untereinander so stellen, als sei der Vertrag von Anfang an wirksam. Eine ähnliche Regelung gibt es in § 159 BGB für die sog. "Rückbeziehung" bei bedingten Geschäften.



K und V schließen schriftlich einen Kaufvertrag über ein Grundstück, der gem. § 125 S. 1 BGB i.V.m. § 311b Abs. 1 S. 1 BGB wegen Nichtbeachtung der Formvorschrift nichtig ist. Was gilt, wenn das BGB nach Vertragsschluss geändert wird und das Erfordernis einer notariellen Beurkundung durch die bloße Schriftform ersetzt werden sollte?

Der Vertrag zwischen K und V bleibt nichtig. Anstatt das gesamte Geschäft noch einmal vorzunehmen, könnten K und V jedoch schriftlich (neues Formerfordernis) vereinbaren, dass der Vertrag dennoch gelten soll. Im Zweifel gilt die Vermutung der relativen Rückbeziehung (§ 141 Abs. 2 BGB), sodass eventuelle Einnahmen durch das Grundstück (z. B. Pacht) bzw. eventuelle Ausgaben (z. B. Steuern) an K zu zahlen bzw. von ihm zu begleichen sind.

IV. Was bedeutet das Abstraktionsprinzip?

Nach dem **Trennungsprinzip** sind die Verpflichtung zu einem Verhalten (z.B. zur Übereignung einer Sache, § 433 Abs. 1 S. 1 BGB) und deren Erfüllung (z.B. durch Einigung und Übergabe, § 929 S. 1 BGB) zwei verschiedene Rechtsgeschäfte. Das wirkt auf den ersten Blick verwirrend, denn oft fallen diese Geschäfte zeitlich zusammen (etwa beim Kauf einer Tageszeitung).



Praktisch hat dies vor allem dann Bedeutung, wenn die beiden Geschäfte zeitlich auseinanderfallen (etwa bei Bestellung per Internet - dann erfolgt die Lieferung

erst viel später). Vor allem ermöglicht erst das Trennungsprinzip eine Erklärung, wie ein Eigentumsvorbehalt (§ 449 BGB) funktioniert: Der Kaufvertrag ist erst dann erfüllt, wenn die Ware übereignet ist. Dies ist aber erst dann der Fall, wenn die letzte Kaufpreisrate gezahlt wurde. Dies ist durch eine aufschiebende Bedingung (§ 158 Abs. 1 BGB) der dinglichen Einigung (§ 929 S. 1 BGB) möglich; der Kaufvertrag bleibt hingegen davon unberührt.

Das **Abstraktionsprinzip** baut auf dem Trennungsprinzip auf. In den meisten Fällen werden die Prinzipien vermischt (auch von Korrekturassistenten in Klausuren und mitunter selbst von Professoren). Es besagt nur, dass die dingliche Verfügung selbst dann wirksam ist, wenn die schuldrechtliche Verpflichtung unwirksam war. Sinn dahinter ist es, den Rechtsverkehr zu schützen: Wer einen Gegenstand erhält, darf darüber weiterverfügen, selbst wenn sich die zugrundeliegende Verpflichtung als unwirksam herausstellt.

Man kann nicht durch Kaufvertrag (§ 433 BGB) Eigentum erwerben, sondern nur durch Übereignung (§ 929 BGB). Das ist aber die Aussage des **Trennungsprinzips** und **nicht etwa eine Folge des Abstraktionsprinzips!** Dieses bezieht sich nur auf die **Wirksamkeit** der beiden Geschäfte.



6. Kapitel: Wie wirkt Stellvertretung?

Liebe Leserin, lieber Leser,

Dreipersonenverhältnisse, in denen eine Person gegenüber einem Dritten als Stellvertreter für eine andere handelt, gehören zu den **wichtigsten Klausurkonstellationen** aus dem BGB AT: Die Regelungen in §§ 164 ff. BGB ermöglichen eine strukturierte Prüfung, weisen aber genug Lücken auf, um Ihre Diskussionsfähigkeiten zu beweisen. Typische Fälle betreffen die Anfechtung der ausgeübten Innenvollmacht, den Missbrauch der Vertretungsmacht und die Folgen der Vertretung ohne Vertretungsmacht. Bearbeiten Sie dieses Kapitel daher **besonders** aufmerksam!

A. Was ist bei Stellvertretung zu prüfen?

Sie können **bei jeder Willenserklärung** (nicht aber bei reinen Realakten) eine Stellvertretung prüfen. Nur ganz ausnahmsweise sollten Sie als Vorprüfung vor der Stellvertretung ansprechen, ob diese überhaupt zulässig ist.



Stellvertretung ist möglich bei einem Antrag (§ 145 BGB), der Annahme eines Antrags auf Vertragsschluss (§ 150 BGB), einer Kündigung oder einer Anfechtungserklärung (§ 143 BGB).

Sie sollten immer mindestens **drei Voraussetzungen** in der Klausur ansprechen und sauber unterscheiden:



1. **Eigene Willenserklärung** - Hat der Erklärende irgendeinen Entscheidungsspielraum oder übermittelt er nur einen fremden Willen (dann wäre er "Bote")?
2. **In fremdem Namen** - Wird deutlich, dass der Erklärende sich nicht selbst, sondern (irgend)jemand anderen berechtigen und verpflichten will (sog. Offenkundigkeitsprinzip)?
3. **Mit Vertretungsmacht** - Ist der Erklärende befugt, für einen anderen Rechte oder Pflichten zu begründen?

In manchen Fällen sollten Sie als weiteren separaten Punkt die ggf. in Betracht kommenden **Schranken der Stellvertretung**, nämlich § 181 BGB und die ungeschriebenen Grundsätze des Missbrauchs der Vertretungsmacht ansprechen. Soweit der Sachverhalt aber keine Hinweis hierauf gibt, können Sie diese auch weglassen.

Analog anwendbar sind die Regelungen der §§ 164 ff. BGB auf **geschäftsähnliche Handlungen**.



Bei der Mahnung (§ 286 Abs. 1 S. 1 BGB) oder der Fristsetzung (§ 281 Abs. 1 S. 1 BGB) dürfen Sie daher nicht unmittelbar § 164 Abs. 1 S. 1 BGB heranziehen, sondern sollten explizit von einer analogen Anwendung sprechen.

I. Kann man sich immer vertreten lassen?

Die Stellvertretung ist ausgeschlossen bei sog. **höchstpersönlichen Geschäften**. Dazu gehören insbesondere:

- Die **Eheschließung** (§ 1311 S. 1 BGB) - diese muss *persönlich* erfolgen. Das ist keineswegs selbstverständlich - in anderen Staaten ist es durchaus zulässig, dass die Eheschließung durch einen Vertreter erfolgt. Die Regelung rechtfertigt sich vor allem daraus, dass man sicherstellen will, dass es den Eheleuten ernst ist und kein Zwang o.ä. ausgeübt wird.
- Die Errichtung eines **Testaments** (§ 2064 BGB) - auch hier verlangt das Gesetz, dass der Erblasser es *persönlich* errichtet. Ziel ist es hier, Manipulationen zu verhindern und die Selbstverantwortung für das eigene Vermögen zu stärken.
- Entsprechend kann auch ein **Erbvertrag** nur *persönlich* geschlossen werden - denn dieser tritt an die Stelle des Testaments (und weist sogar eine verstärkte Bindung auf).

Selbstverständlich steht es den Parteien eines Vertrages frei, die **Stellvertretung durch einen Vertrag auszuschließen**. Auch dann löst ein Handeln eines Vertreters keine Rechtsfolgen aus. Etwas anderes kann sich ausnahmsweise aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) ergeben, insbesondere wenn die Parteien sich einvernehmlich an die durch das Vertreterhandeln ausgelösten Folgen halten.

II. Was ist bei "eigener Willenserklärung" zu erörtern?

Die erste Voraussetzung der Stellvertretung verlangt, dass der Vertreter eine **eigene Willenserklärung** abgibt. Sie **grenzt die Stellvertretung von der Botenschaft ab**: Der Bote gibt nämlich nur die (fremde) Erklärung seines Auftraggebers weiter.

K gibt seiner Sekretärin ein vollständig ausgefülltes und unterschriebenes Dokument mit der Annahme eines Antrags auf Vertragsschluss. Dieses faxt die Sekretärin an V. Sie handelt als Botin.

K sagt seiner Sekretärin, sie solle einen möglichst günstigen Kaufvertrag über Kugelschreiber mit V abschließen. Die Sekretärin verhandelt mit V und kauft 100 Kugelschreiber für 10 Cent das Stück. Sie handelt als Vertreterin des K.



1. Welche Unterschiede bestehen zwischen Stellvertretung und Botenschaft?

Die Frage, ob Stellvertretung oder Botenschaft vorliegt, hat entscheidende Bedeutung für Ihre Klausurlösung:

- Ein Bote muss nicht **geschäftsfähig** sein. Er handelt wie eine Maschine und gibt nur eine fremde Erklärung weiter. Daher gilt: "Ist das Kindchen noch so klein, kann es doch schon Bote sein". Ein Stellvertreter gibt eine eigene Willenserklärung ab und muss daher grundsätzlich geschäftsfähig sein (§ 105 Abs. 1 BGB). Eine Erweiterung nimmt aber § 165 BGB vor: Danach können auch beschränkt Geschäftsfähige uneingeschränkt als Vertreter auftreten - das ist konsequent, denn die Vertretung ist für den Minderjährigen rechtlich neutral - ihm droht wegen § 179 Abs. 3 S. 2 BGB keine Haftung, die Folgen treffen nach § 164 Abs. 1 BGB ausschließlich den Vertretenen.

- Weil der Bote eine fremde Erklärung übermittelt, muss diese Erklärung auch etwaige **Formfordernisse** erfüllen, sonst ist sie nach § 125 S. 1 BGB nichtig. Die zur Begründung der Vertretungsmacht erforderliche Vollmacht bedarf hingegen nach dem Gesetz ausdrücklich keiner Form (§ 167 Abs. 2 BGB), selbst wenn sie ganz konkrete Weisungen enthält. Erst die Erklärung des Stellvertreters muss die richtige Form aufweisen.
- Der Vertretene kann das für ihn vorgenommene Rechtsgeschäft wegen **Fehlvorstellungen des Vertreters** anfechten (§ 166 Abs. 1 BGB). Die Vorstellungen des Boten sind hingegen rechtlich ohne jede Bedeutung: Er soll ja ohnehin nicht selbst nachdenken und entscheiden, sondern gibt nur eine fremde, bereits vom Auftraggeber vollständig ausgestaltete, Willenserklärung weiter.
- **Übermittelt der Bote etwas anderes** als die ihm auftragene Willenserklärung, wird der Auftraggeber trotzdem so behandelt als sei die Willenserklärung so von ihm abgegeben worden. Er kann nur nach § 120 BGB, § 142 BGB die Anfechtung erklären (sog. Übermittlungsfehler - ein Irrtum liegt dabei nicht vor). Nur bei bewusstem Überschreiten der Botenstellung wird eine Wirkung zu Lasten des Auftraggebers nach h.M. abgelehnt und stattdessen eine Genehmigung (analog § 177 Abs. 1 BGB) ermöglicht; bei deren Fehlen haftet der "Bote ohne Botenmacht" analog § 179 BGB (dazu noch später).

2. Wie groß muss der Entscheidungsspielraum sein?

Für die "eigene" Willenserklärung ist grundsätzlich erforderlich, dass der Vertreter irgendeinen **Entscheidungsspielraum** hat - dieser kann sich auf das "Ob" (Kauf oder Nichtkauf eines bestimmten Autos - aber keine Alternative) oder das "Wie" (Eines von zwei Autos) beziehen. Das BGB sieht in § 166 Abs. 2 BGB allerdings ausdrücklich vor, dass *der Vertreter nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers* handeln muss; im Umkehrschluss ergibt sich das Erfordernis des Entscheidungsspielraums. Dieser darf dann aber auch eingeschränkt werden (vgl. § 166 Abs. 2 BGB).



K erlaubt seinem Vertreter A, ein Auto mit einem Baujahr ab 2000 zu einem Preis von 1.000 € - 2.000 € bei V für ihn zu erwerben. Dann ist die Willenserklärung des A bezüglich des Vertragspartners (V) bereits vorgegeben, bezüglich des Gegenstandes (Baujahr) und des Preises (1.000 € - 2.000 €) eingeschränkt.

Die Beschränkungen können so weit gehen, dass letztlich keine eigene Gestaltungsfreiheit mehr verbleibt. Man spricht dann von einem **"Vertreter mit gebundener Marschroute"**. Das praktische Bedürfnis für diese Möglichkeit beruht darauf, dass in bestimmten Fällen Botenschaft nicht möglich oder zumindest praktisch erschwert wäre. Rechtlich wird dies darauf gestützt, dass nach dem BGB allein das Auftreten nach außen maßgeblich ist, der Wille der Beteiligten als solcher aber unbeachtlich sein soll (§ 164 Abs. 2 BGB).



V verkauft durch notariell beurkundeten Vertrag beim Notar N ein Grundstück an K (§ 433 BGB, § 311b Abs. 1 S. 1 BGB). Zur Erfüllung dieses Vertrages muss V die **Auflassung des Grundstücks** an K in notarieller Form erklären (§ 925 BGB) und zwar bei *"gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor einer zuständigen Stelle"*. In der Praxis wird dazu ein Angestellter des N unter Befreiung von § 181 BGB bevollmächtigt, die Auflassungserklärung für beide Parteien abzugeben, sobald der Kaufpreis gezahlt ist. Dieser Angestellte hat keinen Entscheidungsspielraum über "ob" oder "wie". Ein Auftreten als Bote würde aber die Voraussetzung gleichzeiti-

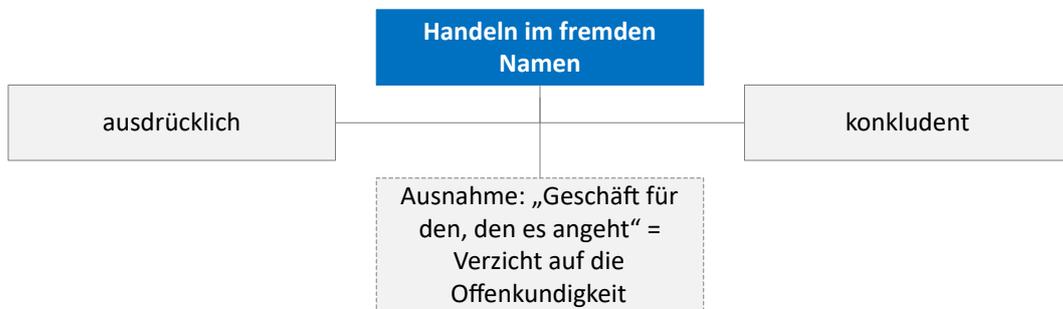
ger Anwesenheit in § 925 BGB nicht erfüllen - daher tritt der Angestellte als Vertreter auf.

Ausgeschlossen sein soll zudem bei Fehlen einer Satzungsregelung die **Übermittlung von Stimmen auf der Mitgliederversammlung eines Vereins (§ 32 BGB) durch Boten**. Ein Mitglied, das nicht zur Versammlung kommen kann, darf aber einen Dritten bevollmächtigen (Stimmrechtsvollmacht) und diesen durch ganz konkrete Weisungen zu jedem einzelnen Beschluss binden.

III. Was ist unter dem Punkt "in fremdem Namen" zu diskutieren?

Als zweite Voraussetzung neben einer eigenen Willenserklärung verlangt das Gesetz, dass der Erklärende *im Namen des Vertretenen* handelt (§ 164 Abs. 1 S. 1 BGB). Allerdings stellt § 164 Abs. 1 S. 2 BGB klar, dass dies **nicht ausdrücklich erfolgen muss**, sondern sich auch aus den **Umständen** ergeben kann. Dies ist für Sie nichts Neues - denn konkludente Willenserklärungen haben wir bereits erörtert.

Praktisch wichtigster Fall ist das "**unternehmensbezogene Geschäft**": K bestellt 100 Zentner Holz beim Großhändler V. Selbst wenn er nicht angibt, dass er als Geschäftsführer oder Prokurist der X GmbH handelt, ist unschwer erkennbar, dass dieses Unternehmen und nicht K als Privatperson berechtigt und verpflichtet werden soll. Wichtig: Dies gilt nur, wenn es sich eindeutig um ein Geschäft aus dem Bereich des Unternehmens handelt - kauft K etwa einen PKW, wird er selbst Vertragspartei, auch wenn es sich um einen Firmenwagen handeln sollte.



Im Idealfall erklärt der Vertreter, dass er eine bestimmte, von ihm verschiedene Person berechtigen und verpflichten will. Leider ist dies **nicht in jedem Fall so deutlich**. Vielmehr gibt es Konstellationen, in denen der Vertretene nicht genannt wird. Zudem kommt es vor, dass der Vertreter nicht von Vertretung spricht, aber für sich selbst den Namen eines Auftraggebers angibt (Handeln "unter" statt "in" fremdem Namen). Diese Fragen werden wir uns auf den folgenden Seiten näher ansehen.

Zudem werfen wir einen kurzen Blick auf die so genannte "**verdeckte**" oder "**mittelbare**" Stellvertretung, bei der die Offenkundigkeit völlig fehlt - also §§ 164 ff. BGB keine Anwendung finden.

[BGH XI ZR 19/05](#)



1. Was ist ein offenes Geschäft für den, den es angeht?

Zwar ist nach dem Wortlaut des § 164 Abs. 1 BGB die **Offenkundigkeit nicht verzichtbar**. Der Wortlaut verlangt sogar, dass der Vertretene genau bezeichnet wird (*im Namen des Vertretenen*). Eine solche Auslegung ist jedoch mit den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs nicht in Einklang zu bringen. Daher ist allgemein anerkannt, dass § 164 Abs. 1 S. 1 BGB nicht zu eng verstanden werden darf.

So gibt es Fälle, in denen **der Name des Vertretenen nicht genannt** wird (oder es soll erst später eine Person als Vertretener bestimmt werden). Solange **gegenüber dem Geschäftspartner offengelegt wird**, dass eine andere Person als der konkrete Verhandlungspartner berechtigt und verpflichtet werden soll, ist dieser nicht schutzwürdig: Wenn sich der Geschäftspartner darauf einlässt, wirkt die Erklärung des Vertreters für diese (unbekannte) Person. Will er wissen, mit wem er verhandelt, ist es ihm zumutbar nachzufragen oder einen Vertragsschluss abzulehnen.

Man spricht vom "**offenen Geschäft für den, den es angeht**", weil immerhin klar wurde, dass ein Dritter eigentliches Zurechnungssubjekt sein sollte. Der nach dem Gesetz zu nennende "*Name*" des Vertreters wird in diesem Fall durch die Angabe, dass ein Dritter berechtigt und verpflichtet werden soll, ersetzt.



Gebrauchtwagenhändler G übereignet einen PKW des V an K. Er ist selbst nicht Eigentümer des Autos, handelt aber als Vertreter für V bei der dinglichen Einigung (§ 929 S. 1 BGB). Den Namen des V muss er K nicht nennen, es genügt, dass er ihm erklärt, für einen Dritteigentümer zu handeln.



[BGH, VIII ZR 289/09](#)

2. Was ist ein verdecktes Geschäft für den, den es angeht?

Manchmal hat der Geschäftspartner aber überhaupt kein Interesse daran, mit wem er einen Vertrag schließt. In diesem Fall wäre es unnötige Förmerei, auf einer ausdrücklichen Erklärung der Vertretungsverhältnisse zu beharren. Weil durch das Geschäft ein anderer berechtigt und verpflichtet wird, dies aber gerade nicht offengelegt wird, spricht man von einem "**verdeckten Geschäft für den, den es angeht**".



Wer im Supermarkt eine Dose Ravioli kauft, muss der Verkäuferin weder erklären, dass er diese für seinen Vater kauft noch muss er eine Vollmachtsurkunde vorlegen.

Bei der Anwendung dieser Grundsätze sollten Sie aber vorsichtig sein: Grundsätzlich enden die Pflichten aus einem Schuldverhältnis nicht damit, dass eine Leistung erbracht wird. Vielmehr können die Beteiligten auch **Gewährleistungs- und Schadensersatzansprüche** (§ 437 BGB, § 280 BGB) nach Abschluss eines Vertrages treffen.



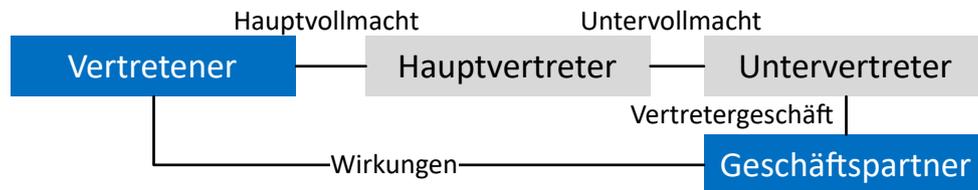
Kauft Computerspieler P einen Computer, ist das Schadensersatzrisiko bei Defekten überschaubar. Stellt sich aber heraus, dass er den Computer als Vertreter für den Architekten A gekauft hat, der damit aufwendige statische Berechnungen

herstellt und das Gerät für Präsentationen benötigt, können schnell gewaltige Schadenssummen entstehen - für welche der Verkäufer geradestehen müsste.

In der Praxis beschränken sich daher verdeckte Geschäfte für den, den es angeht, auf **Bargeschäfte des täglichen Lebens, die sofort beiderseits erfüllt werden** und in der Regel keine Gewährleistung nach sich ziehen. In diesen Fällen ist sowohl das Verpflichtungsgeschäft (etwa der Kaufvertrag nach § 433 BGB) als auch das Verfügungsgeschäft (etwa die Übereignung nach § 929 S. 1 BGB) ohne Nennung des Vertretenen möglich.

3. Was gilt bei Ausübung einer Untervollmacht?

Bei der Untervertretung sind vier Personen beteiligt. Der Untervertreter muss dabei gegenüber dem Geschäftspartner gem. § 164 Abs. 1 BGB *im Namen des Vertretenen* agieren; der Hauptvertreter ist am Rechtsgeschäft nicht beteiligt.



Mitunter kommt es aber vor, dass der Untervertreter nicht im Namen des Vertretenen, sondern ausdrücklich nur **im Namen des Hauptvertreters** ("Ich schließe einen Vertrag für X ab, der seinerseits jemanden vertritt") auftritt. Es ist umstritten, was dann gilt:

Nach der Rechtsprechung wirkt das vom Untervertreter abgeschlossene Rechtsgeschäft selbst dann "durch den Hauptbevollmächtigten hindurch" zugunsten und zu Lasten des Vertretenen, wenn dieser gegenüber dem Geschäftspartner ausdrücklich nur als "**Vertreter des Hauptvertreters**" auftritt. Der Hauptvertreter wird durch die Erklärung des Untervertreters hingegen durch diese Erklärung (obwohl er konkret benannt wird) weder berechtigt noch verpflichtet.

Argument: Der Untervertreter gibt zwar dem Wortlaut nach nur eine Willenserklärung für den Hauptvertreter ab, die Wirkungen sollen jedoch nach dem übereinstimmenden wirklichen Willen aller Beteiligten (§ 133 BGB, § 157 BGB) ausschließlich den Vertretenen treffen. Zum Schutz des Geschäftspartners genügt es, wenn dieser weiß, dass das Geschäft mit (irgend)einem Dritten abgeschlossen werden soll. Im Zweifelsfall muss er sich näher erkundigen, ob dieser Dritte der (benannte) Hauptvertreter oder eine von diesem vertretene Person sein soll. Die Lage ist insoweit ähnlich wie beim offenen Geschäft für den, den es angeht.

Die Gegenansicht verlangt, dass der Unterbevollmächtigte ausdrücklich **im Namen des Vertretenen**, nicht aber im Namen des Hauptbevollmächtigten auftritt, wenn er ausschließlich den Vertretenen berechtigen und verpflichten will. Nennt der Untervertreter nur den Hauptvertreter, wird zwingend auch nur dieser berechtigt und verpflichtet. Etwas anderes gilt nur, wenn man ausnahmsweise aus



den Umständen erkennen kann, dass der Vertretene (und nicht der Hauptvertreter) verpflichtet werden soll (§ 164 Abs. 1 S. 2 BGB).

Argument: Ein Handeln namens des Untervertreeters im Namen des Hauptvertreeters kann nach § 164 Abs. 1 S. 1 BGB keine Rechtswirkungen für den Vertretenen begründen, sondern nur den ausdrücklich benannten Hauptvertreter berechtigen und verpflichten.



BGHZ 32, 250
BGHZ 68, 391
Flume § 49, 5
Medicus AT Rn. 951

4. Was gilt bei Handeln "unter" fremdem Namen?

In manchen Fällen **gibt der Vertreter nicht zu erkennen**, dass er selbst eine andere Person als der Verpflichtete ist, indem er seinen eigenen Namen nicht nennt, sondern nur einen fremden. Sie müssen unterscheiden:

Wenn es dem Geschäftsgegner darauf ankommt, wer durch das mit ihm abgeschlossene Rechtsgeschäft berechtigt oder verpflichtet wird, finden §§ 164 ff. BGB auch bei direkter Nennung des Vertretenen (ohne Vertreterzusatz) entsprechende Anwendung. Das **Handeln unter fremden Namen (Identitätstäuschung)** wird wie ein Handeln in fremdem Namen im Sinne von § 164 BGB behandelt, weil in beiden Fällen der eigentlich Verpflichtete zutreffend angegeben wird. Hat der Namensträger den Handelnden nicht vorher ermächtigt (etwa bei Betrug, § 263 StGB oder Urkundenfälschung, § 267 StGB), findet § 177 BGB (Genehmigungsmöglichkeit) und § 179 BGB (Haftung des mutmaßlichen Vertreters) sowie § 180 BGB (Nichtigkeit einseitiger Rechtsgeschäfte) Anwendung. Das bedeutet: Der wahre Namensinhaber kann genehmigen. Davon unberührt bleiben Schadensersatzansprüche gegen den vermeintlichen Namensträger.



A bietet bei einer Internet-Auktion unter der Kennung ("Mitgliedsname") des B. Der Vertrag kommt mit B zustande (weil dieser auch für die anderen Beteiligten als Bieter, d.h. als potentielle Vertragspartei auftritt). Ähnlich ist es, wenn die Sekretärin mit einem Faksimile-Stempel für ihren Chef einen Vertrag unterzeichnet oder ein Angestellter sich auf dessen Wunsch als sein Chef ausgibt und für diesen ein Hotelzimmer bucht.

B möchte in einem renommierten, fast ausgebuchten Hotel einchecken. Er gibt sich daher als der prominente D aus, für den der Hotelier freilich noch ein Zimmer zur Verfügung stellen will. Der Vertrag kommt nicht mit B, sondern nur mit D zustande (der gar nichts davon weiß!) - will dieser das Zimmer nicht, kann der Hotelier frei darüber verfügen (und B nach § 179 Abs. 1 BGB auf Schadensersatz in Anspruch nehmen).

Vom Handeln unter fremdem Namen ist die **bloße Namenstäuschung** abzugrenzen: Will der Geschäftspartner mit einer beliebigen Person, die vor ihm steht, einen Vertrag schließen und ist für ihn die Identität des Handelnden irrelevant ("*Namen sind Schall und Rauch*"), so wird der Handelnde selbst Vertragspartei, d.h. es liegt ein Eigengeschäft vor. Auf die §§ 164 ff. BGB kommt es nicht an.

Der verheiratete B checkt mit seiner Geliebten unter dem Namen "C" in einem Hotel ein und zahlt sofort. Der Vertrag kommt mit B, nicht etwa mit "C" zustande (der noch nicht einmal existieren muss!).



5. Was besagt die Auslegungsregel des § 164 Abs. 2 BGB?

Gem. § 164 Abs. 2 BGB *kommt der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht*, wenn der Wille bzw. die Absicht, *im fremden Namen zu handeln*, nicht hinreichend deutlich erklärt wird. Daraus ergibt sich, dass ein Rechtsgeschäft nicht deswegen angefochten werden kann, weil dem Erklärenden nicht bewusst war, dass er - statt wie beabsichtigt im fremden Namen - im eigenen Namen gehandelt hat.

Fraglich ist jedoch, ob § 164 Abs. 2 BGB auch für den umgekehrten Fall gilt, in dem der Erklärende äußerlich im fremden Namen auftritt, innerlich aber im eigenen Namen handeln möchte. **Ob in diesem Fall dem Erklärenden das Recht zur Anfechtung gem. §§ 119 ff. BGB zusteht, wird unterschiedlich beurteilt:**

Teilweise wird vertreten, dass es sich in dieser Konstellation um eine irrtumsbedingte Willenserklärung handle und eine **Anfechtung** gem. § 119 Abs. 1 BGB daher **möglich** sei.

- § 164 Abs. 2 BGB behandle eine Ausnahmekonstellation und sei daher nicht analogiefähig.
- Der Vertreter wäre andernfalls der Gefahr ausgesetzt, nach § 179 BGB zu haften.

Die **Gegenauffassung** bejaht eine analoge Anwendung des § 164 Abs. 2 BGB, sodass ein **Anfechtungsrecht ausgeschlossen** ist.

- Aus dem Umkehrschluss des § 164 Abs. 2 BGB ergebe sich, dass der Wille, im eigenen Namen zu handeln, ebenso unbeachtlich ist wie der nicht erkennbare Wille, im fremden Namen zu handeln.
- Es liegt eine vergleichbare Interessenlage vor. Wie auch sonst gelte nicht das subjektiv Gewollte, sondern das objektiv Erklärte.
- § 164 Abs. 2 BGB gibt der Rechtssicherheit und dem Schutz des Geschäftsgegners Vorrang vor der Schutzbedürftigkeit des Vertreters.



6. Was ist "verdeckte"/"mittelbare" Stellvertretung?

In manchen Fällen kann es zweckmäßig sein, dass für den Geschäftspartner **nicht erkennbar ist**, dass der Vertreter nicht im eigenen, sondern im fremden Interesse handelt.



- **Kunstsammler A** möchte gerne ein Bild erwerben, dessen Wert nur er kennt. Er weiß jedoch, dass seine Anwesenheit auf der Kunstauktion den Preis in die Höhe treiben würde. Er schickt deshalb seinen Schwager S, der in der Kunstszene unbekannt ist, um das Bild in eigenem Namen (ohne Nennung des A) zu ersteigern.
- Autoeigentümer E möchte seinen Gebrauchtwagen verkaufen. Der **Gebrauchtwagenhändler H** verweigert jedoch einen Ankauf, um das Risiko des schwachen Marktes zu vermeiden. Er bietet E an, das Auto in seinem (des H) Namen zu verkaufen, so dass E nicht gegenüber den Käufern in Erscheinung tritt. Aus deren Sicht erscheint der Wagen als Fahrzeug des H.

Für diese Fälle finden die §§ 164 ff. BGB keine Anwendung. Statt in fremdem Namen auf fremde Rechnung handelt der mittelbare Vertreter in eigenem Namen. Allerdings handelt er **im Innenverhältnis** (von dem der Geschäftspartner nichts erfährt) auf fremde Rechnung. In Betracht kommt etwa ein Auftrag (§ 663 BGB):

- Der "mittelbare Vertreter" muss die erworbenen bzw. veräußerten Gegenstände an den Hintermann **herausgeben** (§ 667 BGB).
- Der Hintermann muss dem mittelbaren Vertreter die **entstandenen Aufwendungen ersetzen** (§ 670 BGB).
- Wird der Vertrag nicht oder schlecht erfüllt, kann der mittelbare Vertreter den **Schaden des Hintermannes geltend machen** (Drittschadensliquidation), da der Hintermann selbst keinen Vertrag abschließt (dieser berechtigt und verpflichtet nur den mittelbaren Vertreter) und der Vertreter keinen eigenen Schaden hat (im Innenverhältnis muss der Hintermann die Aufwendungen tragen). Der Geschäftspartner soll hiervon aber nicht profitieren.

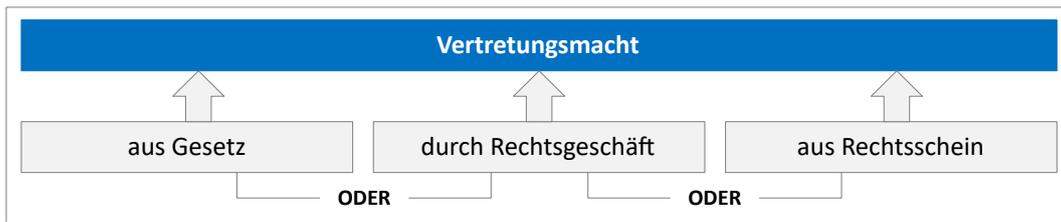
Gesetzlich besonders geregelt ist das **Kommissionsgeschäft** (§ 383 HGB), bei dem jemand Waren oder Wertpapiere in eigenem Namen auf fremde Rechnung erwirbt.

IV. Was ist "Vertretungsmacht"?

Die letzte Voraussetzung wirksamer Stellvertretung ist das Bestehen von **Vertretungsmacht**.



Unter "**Vertretungsmacht**" versteht man die Befugnis, einen anderen wirksam zu berechtigen und zu verpflichten.



- Sie kann sich im Einzelfall unmittelbar aus dem Gesetz ergeben.

- So bestimmt § 1629 Abs. 1 S. 1 BGB, dass die "elterliche Sorge" auch die Vertretung des Kindes umfasst,
- § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG stellt klar, dass eine GmbH durch ihren Geschäftsführer vertreten wird.



- In den meisten Fällen wird die Vertretungsmacht durch ein **einseitiges Rechtsgeschäft** eingeräumt. Nach der Legaldefinition des § 166 Abs. 2 BGB bezeichnet man einseitiges Rechtsgeschäft als "**Vollmacht**". Für die Vollmachtserteilung und ihre Wirkungen finden sich besondere Regelungen in § 167 BGB, § 168 BGB, § 169 BGB und § 170 BGB (die deshalb auch nicht für die gesetzliche Vertretungsmacht anzuwenden sind).
- Schließlich kann sich Vertretungsmacht auch **aus Rechtschein** ergeben. Dieser kann etwa auf einer Vollmachtsurkunde (§ 172 BGB), auf einer Kundgabe (§ 171 BGB) oder einer nicht gegenüber dem Geschäftspartner widerrufenen Außenvollmacht (§ 170 BGB) beruhen. Diese Fälle erfassen aber nicht alle denkbaren Konstellationen, so dass man die entstandenen Lücken durch die Regeln der Anscheinsvollmacht und Duldungsvollmacht schließt.

1. Was ist eine Vollmacht?

Unter einer "Vollmacht" versteht man die **durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht** (§ 166 Abs. 2 BGB).



Anders als bei gesetzlicher Vertretungsmacht (etwa Eltern für ihre Kinder, § 1629 BGB) kann der Umfang einer Vollmacht frei gestaltet werden.

1. Eine Vollmacht zum Kauf beliebiger Gegenstände oder eine Vollmacht zum Kauf eines gebrauchten BMW aus dem Jahr 2010 zum Preis von 5.000 € bezeichnet man als "**Spezialvollmacht**".
2. Eine Vollmacht, alle Geschäfte, die innerhalb eines Unternehmens anfallen, vorzunehmen, bezeichnet man als "**Generalvollmacht**". Weitester Fall ist die im HGB geregelte "Prokura" (vgl. § 49 HGB)



- Denkbar ist auch eine auf bestimmte Geschäftstypen (Einkauf von Waren) beschränkte Vertretungsmacht (vgl. etwa § 54 Abs. 1, 2. Var. HGB), sog. "Gattungsvollmacht".

Wird die Vollmacht allerdings zu konkret, kann es passieren, dass der Vertreter nur die Willenserklärung des Vertretenen weitergibt - dann wäre er bloßer Bote, denn er gibt keine eigene Willenserklärung ab. Hat er keine **Entscheidungsmöglichkeit**, scheidet Stellvertretung bereits deshalb aus.

Eine **Überschreitung der Vollmacht** bewirkt, dass der Vertreter ohne Vertretungsmacht gehandelt hat - es greifen die §§ 177-180 BGB (dazu später mehr). Weil dies im Geschäftsverkehr unpraktisch wäre, sind im Handelsrecht (nicht im BGB) Regelungen vorgesehen, die Beschränkungen ganz oder zumindest teilweise ausschließen (z.B. § 50 Abs. 1 HGB für Prokuristen, § 37 Abs. 2 GmbHG für GmbH-Geschäftsführer). Auch dieses Ergebnis ist aber nicht unproblematisch, so dass man für diese Fälle (und nur dort) eine Korrektur über einen "Missbrauch der Vertretungsmacht" prüft (dazu unten mehr).

a. Darf ein Vertreter seine Befugnis weitergeben?

Ein Vertreter kann selbstverständlich einen **Boten** einsetzen, soweit dieser keine eigene Willenserklärung abgibt, sondern die Entscheidung weiterhin bei ihm verbleibt. Da die Vollmacht ein einseitiges Rechtsgeschäft ist, **kann** ein Vertreter auch das Recht haben, **einen anderen zu bevollmächtigen**, für den Vertretenen zu handeln (sog. "Untervollmacht") - zwingend ist dies aber nicht. So darf nach § 664 Abs. 1 S. 1 BGB ein Beauftragter *im Zweifel die Ausführung des Auftrags nicht einem Dritten übertragen* (ebenso § 613 S. 1 BGB für den Dienstvertrag). Inwieweit die Befugnis zur Delegation eingeräumt ist, müssen Sie durch Auslegung nach § 133 BGB und § 157 BGB ermitteln:

- Ausdrücklich **nicht übertragbar** ist die Prokura (§ 52 Abs. 2 HGB), die Handlungsvollmacht kann nur mit Zustimmung des Inhabers des Handelsgeschäftes übertragen werden (§ 58 HGB). "Übertragung" meint dabei die Einräumung einer Untervollmacht (ggf. unter Ausschluss der eigenen Handlungsbefugnis).
- Einem als **Prozessvertreter** bestellten Anwalt wird in § 81 ZPO die Befugnis zur *Bevollmächtigten für die höheren Instanzen* eingeräumt.
- Im Übrigen ist eine Abwägung vorzunehmen: Untervertretung scheidet aus, wenn es dem Vertretenen **gerade auf die persönliche Ausübung der Vertretungsmacht ankommt**. Generell gilt, dass bei weitem Umfang (etwa einer Generalvollmacht) Untervertretung eher zulässig sein dürfte, während bei konkreten Einzelgeschäften und persönlichen Vertrauensbeziehungen eine Untervollmacht eher ausscheidet.



Wer einen Informatiker mit dem Kauf eines PC beauftragt, will nicht, dass dieser einen Germanistikstudenten als Untervertreter mit der Geräteauswahl beauftragt.

b. Wie wird eine Vollmacht erteilt?

Eine Vollmacht wird gem. § 167 BGB durch einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung (**nicht etwa durch Vertrag!**) nach Wahl des Vertretenen gegenüber zwei möglichen Adressaten erteilt:

- Bei der **Innenvollmacht** als Regelfall (interne Vollmacht) erklärt der Vollmachtgeber dem Bevollmächtigten, dass dieser ihn gegenüber einem oder mehreren Geschäftspartnern vertreten darf (§ 167 Abs. 1, 1. Fall BGB).

Der Chef erlaubt seiner Sekretärin, für ihn eine Reise zu buchen.



Eine gegenüber dem Bevollmächtigten erteilte Innenvollmacht kann dem Dritten **kundgegeben** werden (§ 171 BGB) - dies ist keine Willenserklärung, weil die Rechtsfolge bereits vorher eingetreten ist. Ein Sonderfall einer solchen Kundgabe ist eine Vollmachtsurkunde (§ 172 BGB). In beiden Fällen kann der Dritte im Zweifel genauso auf die ihm gegenüber erfolgte Erklärung vertrauen (§ 173 BGB) wie bei einer Außenvollmacht (§ 170 BGB). Näheres dazu aber später.

- Im Falle der **Außenvollmacht** (externe Vollmacht) erklärt der Vollmachtgeber gegenüber einem potenziellen Geschäftspartner, dass eine bestimmte Person (der Bevollmächtigte) mit Wirkung für und gegen den Vollmachtgeber handeln darf (§ 167 Abs. 1 2. Fall BGB).
- Möglich ist schließlich auch eine Vollmacht, die nicht gegenüber einer bestimmten Person erklärt wird, sondern **öffentlich bekanntgemacht** wird. Dann gibt es keinen spezifischen Empfänger, also handelt es sich auch ausnahmsweise **nicht um eine empfangsbedürftige Willenserklärung**. Anders als bei § 171 BGB ist die Vollmacht zudem nicht zuvor im Innenverhältnis erteilt, sondern wird erst durch die Bekanntmachung wirksam.

aa. Welche Form ist für die Vollmacht erforderlich?

Grundsätzlich kann eine Vollmacht selbst dann **formlos** erteilt werden, wenn das Geschäft des Vertreters einer Form bedarf (§ 167 Abs. 2 BGB). Eine vergleichbare Regelung findet sich in § 182 Abs. 2 BGB für die Zustimmung (d.h. Einwilligung und Genehmigung).

Von diesem Grundsatz macht das Gesetz aber teilweise **ausdrückliche Ausnahmen**.

Nach § 492 Abs. 4 BGB bedarf die Vollmacht zum Abschluss eines **Verbraucherdarlehensvertrags** ihrerseits der Schriftform (§ 492 Abs. 1 S. 1 BGB) und der Mindestangaben nach § 492 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 247 §§ 6-13 EGBGB.



Auch darüber hinaus wird die Regelung aber oft als unangemessen erachtet. Die Anordnung einer Form dient nämlich oft dem **Schutz einer Partei**, welcher durch § 167 Abs. 2 BGB unterlaufen werden kann. Daher werden zwei wichtige Ausnahmen gemacht:

- Bei **Erteilung einer unwiderruflichen Vollmacht** wird der Erfolg des Rechtsgeschäfts vorweggenommen. Daher bedarf eine solche Vollmacht stets der Form des späteren Rechtsgeschäfts. Dies gilt auch, wenn dem Widerruf der Vollmacht faktische Hindernisse entgegenstehen (etwa wenn der Vertreter ein eigenes Interesse am Rechtsgeschäft hat).



Die notarielle Beurkundung nach § 311b Abs. 1 S. 1 BGB gewährleistet, dass der Notar über die Risiken eines Kaufvertrages über ein Grundstück aufklärt. Bei einer unwiderruflichen Vollmacht wäre er aber bereits vor Abschluss des Vertrages verpflichtet; die Aufklärung ginge ins Leere.

- Generell bedarf eine **Vollmacht zur Übernahme einer Bürgschaft** der Schriftform nach § 766 S. 1 BGB. Das bedeutet, dass der Bürge nicht nur eine Generalvollmacht einräumen darf (etwa durch Unterschrift eines Blankettformulars), sondern auch Angaben zur Forderung machen muss.



BGH NJW 1979, 2306
BGHZ 132, 119

Nach § 174 S. 1 BGB kann der Empfänger ein einseitiges Rechtsgeschäft zurückweisen, wenn ihm keine **Vollmachtsurkunde vorgelegt wird**. Sinn der Regelung ist es, Rechtssicherheit vor allem bei Gestaltungserklärungen zu gewährleisten. Die Regelung wird daher **analog auf geschäftsähnliche Handlungen angewandt**, welche die Rechte und Pflichten aus einem Rechtsgeschäft verändern, etwa die Mahnung (§ 286 Abs. 1 S. 1 BGB) oder die Fristsetzung (§ 281 Abs. 1 S. 1 BGB, § 323 Abs. 1 BGB).



V will sein Mietverhältnis mit M beenden. Er beauftragt Anwalt A. Dieser schickt M ein schriftliches Kündigungsschreiben. Dieses ist unwirksam, soweit M das Fehlen einer gleichzeitig mitversandten Vollmachtsurkunde rügt. Wurden dadurch Fristen versäumt, haftet der Anwalt seinem Mandanten V auf Schadensersatz (§ 280 Abs. 1 BGB).

Die **Vorlage** muss im Original oder in einer von mehreren Ausfertigungen (nicht etwa eine bloße Kopie oder eine notariell beglaubigte Abschrift!) geschehen. Erforderlich ist nur die Vorlage, nicht die Übergabe im Sinne einer dauerhaften Überlassung

Die Rüge der fehlenden Vollmachtsurkunde ist allerdings unbeachtlich, wenn sie nicht **unverzüglich**, d.h. *ohne schuldhaftes Zögern* (§ 121 Abs. 1 S. 1 BGB) erfolgt. Diese Ausschlussfrist soll einen Missbrauch verhindern, etwa wenn noch nach Monaten die entsprechende Rüge erhoben wird.

Eine gewisse Ähnlichkeit weisen die Anforderungen zum **Nachweis der Vollmachtserteilung in gerichtlichen Verfahren** auf, etwa § 80 ZPO für die Prozessvollmacht.

bb. Was ist eine Duldungsvollmacht?

Eine Vollmacht kann auch **konkludent erteilt werden**. So setzt vor allem eine Tätigkeit im Rahmen bestimmter Dienst- bzw. Arbeitsverhältnisse (§ 611 BGB) voraus, dass Rechtsgeschäfte für den Dienstherrn abgeschlossen werden können.

Ein Verkäufer in einem Großhandel muss Kaufverträge abschließen dürfen; eine Sekretärin muss Schreibmaterialien bestellen können.



Weitergehend wird eine sog. **Duldungsvollmacht** angenommen, wenn der Vertretene weiß, dass jemand (der "Vertreter") für ihn rechtsgeschäftlich tätig wird, er aber nichts dagegen unternimmt, obgleich ihm das möglich und zumutbar wäre. In diesen Fällen besteht eine Obliegenheit des Vertretenen aus Treu und Glauben (§ 242 BGB), dem Verhalten zu widersprechen. Erfolgt dies nicht, **handelt es sich beim Schweigen ausnahmsweise um eine konkludente Willenserklärung**.

A ist bei K als Buchhalter im Innenbereich angestellt und hat keine Vertretungsmacht. Dennoch hat er wiederholt bei V auf Rechnung des K Büromaterialien bestellt. K hat die entsprechenden Rechnungen anstandslos bezahlt, obwohl Bestellungen eigentlich nur über den Prokuristen P erfolgen sollten und er sicher weiß, dass die Bestellung durch A erfolgte. Erklärt sich K gegenüber V nicht, darf K das Verhalten des V als Erteilung einer Vollmacht an A interpretieren. Die von K später geschlossenen Verträge (aber nicht der erste!) erfolgen daher mit Vertretungsmacht.

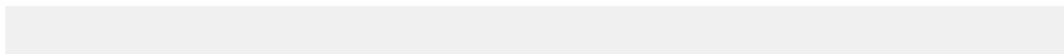


Die Duldungsvollmacht ähnelt der "**Kundgabe**" nach § 171 BGB: In beiden Fällen will der Vertretene keine Außenvollmacht begründen, sondern bestätigt durch sein Verhalten nur das Bestehen einer (wie auch immer) vorher eingeräumten Handlungsbefugnis. Fehlt es an einer solchen Bevollmächtigung ist die Rechtsfolge die selbe wie bei § 171 BGB, § 173 BGB: Der gutgläubige Geschäftspartner wird geschützt.

- BGH XI ZR 88/04 vom 21. Juni 2005
 - BGH XI ZR 227/02 vom 25. März 2003
- Flume § 49, 2
Merkel AcP 204 (2004), 638 ff.
Schreiber Jura 1998, 606



In der Klausur müssen Sie die **Duldungsvollmacht** in vier Schritten prüfen:



1. Keine gesetzliche oder bereits vor Vornahme des ersten Geschäfts ausdrücklich oder konkludent eingeräumte vertragliche Vertretungsmacht
2. **Wiederholtes Auftreten des Vertreters in Kenntnis** des Vertretenen und das er hätte verhindern können => aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) folgt Pflicht des Vertretenen zur Erklärung
3. **Unterlassen eines Einschreitens** oder Billigung des Auftretens durch den Vertretenen => konkludente Vollmachtserteilung durch Unterlassen
4. Dritter **weiß nicht**, dass Vertreter gar nicht für den Vertretenen auftreten darf und hätte dies auch bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 Abs. 2 BGB) nicht erkannt (arg. ex § 173 BGB)

Dieses Schema verdeutlicht auch den **Unterschied zur Anscheinsvollmacht**, bei der es an einer konkludenten Erklärung fehlt und die Vertretungsmacht auf reinem Rechtsschein beruht.



Die Duldungsvollmacht ist **keine Vertretungsmacht durch Rechtsschein**, sondern eine besonders intensive Form der konkludenten Vollmacht, bei welcher eine Obliegenheit zum Einschreiten durch den Vertretenen nicht wahrgenommen wurde und deshalb sein Unterlassen als Willenserklärung gilt.

c. Wodurch erlischt die Vollmacht?

Das BGB unterscheidet **vier verschiedene Erlöschensgründe**, von denen die beiden wichtigsten in § 168 BGB geregelt sind:

Erlidigung d. Grundgeschäfts, § 168 S.1 BGB	Erlöschen der Vollmacht durch	Bedingungseintritt bei bedingter Vollmacht
Widerruf der Vollmacht, § 168 S. 2 BGB		Zeitablauf bei befristeter Vollmacht

- Zunächst wird eine Vollmacht im Regelfall aufgrund eines Verpflichtungsgeschäfts erteilt, etwa wegen eines Auftrags (§ 663 BGB). Nach § 168 S. 1 BGB erlischt auch die Vollmacht **mit Erlöschen dieses Grundverhältnisses**, im Fall des Auftrags also etwa durch Widerruf durch den Auftraggeber (§ 671 Abs. 1 BGB).
- Darüber hinaus ermöglicht § 168 S. 2 BGB, die Vollmacht trotz Fortbestehen des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses **abstrakt zu widerrufen**. Wie die Erteilung der Vollmacht ist auch dieser Widerruf eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die gegenüber dem Bevollmächtigten oder dem Geschäftspartner erteilt werden darf.
- Möglich ist es, die Vollmacht **unter einer auflösenden Bedingung** (§ 158 Abs. 2 BGB) zu erteilen. Was das bedeutet, haben wir bereits im zweiten Kapitel behandelt.
- Schließlich kann entsprechend auch eine **auflösende Befristung** (§ 163 BGB i.V.m. § 158 Abs. 2 BGB) erfolgen, soweit es sich um einen sicheren Umstand handelt.

aa. Was bedeutet der abstrakte Widerruf der Vollmacht (§ 168 S. 2 BGB)?

Das abstrakte Widerrufsrecht des § 168 S. 2 BGB spielt in zwei Gestaltungen eine Rolle:

- Einerseits kann es im Einzelfall vorkommen, dass eine Vollmacht **nicht aufgrund eines Grundverhältnisses** (neben dem Auftrag, § 663 BGB etwa ein Dienstvertrag, § 611 BGB) erteilt wird. Dann muss ein abstrakter Widerruf möglich bleiben.
- Andererseits kann der Vollmachtgeber ein Interesse daran haben, das **Grundverhältnis fortbestehen zu lassen, aber die Vertretungsmacht entziehen wollen**.

Ein Prokurist (§ 49 HGB) soll weiterhin im Unternehmen arbeiten, aber keine Geschäfte mehr zu Lasten des Inhabers abschließen dürfen.



§ 168 S. 2 BGB steht einem **vertraglichen Ausschluss auch des abstrakten Widerrufs** nicht entgegen. Es ist daher möglich, dass die Vollmacht in bestimmten Konstellationen **unwiderruflich** ist. Dann ist nur noch ein Widerruf "aus wichtigem Grund" (analog § 314 BGB / § 626 BGB / § 543 BGB, die zwar ausdrücklich nur die "Kündigung" regeln, aber ein unentziehbares Recht zur Beendigung von dauerhaften Rechtsbeziehungen enthält)

Auch eine **Außenvollmacht kann wirksam im Innenverhältnis**, also gegenüber dem Vertreter widerrufen werden. Dann hat der Vertreter keine Vertretungsmacht mehr. Allerdings ist dieser Fall ausdrücklich in § 170 BGB und § 173 BGB geregelt - diese Form der Rechtsscheinsvollmacht werden wir uns gleich noch näher ansehen.

bb. Wie wird der Geschäftspartner geschützt?

Ob eine Vollmacht wirksam erteilt wurde oder bereits erloschen ist, ist für den Geschäftspartner **oft nicht erkennbar**, nicht zuletzt wegen der Verknüpfung des Fortbestands der Vollmacht mit der Beendigung des Grundgeschäfts, § 168 S. 1 BGB.

Einzelhändler K lässt sich seit Jahrzehnten vom Großhändler V beliefern. Die Verträge werden immer vom Angestellten A des K vorgenommen; V hat zu K selbst keinen Kontakt. Als K den A kündigt (§ 626 BGB), ist dieser schwer beleidigt. Als Rache nimmt er trotz der Kündigung noch eine letzte Bestellung zu Lasten des K vor. Diese **Bestellung erfolgte ohne Vertretungsmacht**: Die aufgrund der Anstellung (§ 611 BGB) bestehende Vertretungsmacht ist nach § 168 S. 1 BGB erloschen.



Wurde aber vom Vollmachtgeber durch bestimmte, nach außen gerichtete Handlungen die Vollmacht kundgetan, so wird das Vertrauen eines anderen auf dieses Verhalten durch § 170 BGB (Außenvollmacht), § 171 BGB (vom Vollmachtgeber nach außen kundgemachte Innenvollmacht) und § 172 BGB (durch Vollmacht offengelegte Innenvollmacht) geschützt. Allerdings sieht § 173 BGB vor, dass dieses Vertrauen nur geschützt wird, solange nicht Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des Geschäftspartners vorliegt.

Merken Sie sich als allgemeinen Grundsatz: Soweit der Vollmachtgeber den **Rechtsschein einer Vollmacht** hervorgerufen hat, gilt diese Vollmacht gegenüber



einem gutgläubigen Geschäftspartner als (fort)bestehend, selbst wenn sie in Wirklichkeit nicht erteilt oder bereits erloschen ist.

(1) Welche drei Konstellationen des (Fort-)Bestehensschutzes regelt das Gesetz?

Bei nicht wirksamer Vollmacht müssen Sie unter "Vertretungsmacht" folgendes prüfen:



1. Vollmacht besteht **tatsächlich nicht oder nicht mehr** (sonst: § 164 BGB, § 167 BGB)
2. **Rechtsscheinsträger** gegenüber dem Geschäftspartner (in zurechenbarer Weise) gesetzt durch
 - a. **Außenvollmacht** (§ 170 BGB): Willenserklärung gegenüber Geschäftspartner, durch welche vermeintlicher Vertreter (ursprünglich) Vertretungsmacht erhalten hat.
 - b. **Kundgabe** (§ 171 BGB): Schlichte Erklärung des vermeintlich Vertretenen (keine Willenserklärung), dass der vermeintliche Vertreter bevollmächtigt wurde.
 - c. **Vollmachtsurkunde** (§ 172 Abs. 1 BGB): Vom Vollmachtgeber eigenhändig unterschriebenes Schriftstück, aus dem sich die Vollmacht ergibt, wird vom Vertreter dem Dritten vorgelegt.
3. **Gutgläubigkeit** des Geschäftspartners (§ 173 BGB): Der Geschäftspartner darf das Erlöschen bzw. Nichtbestehen der Vertretungsmacht nicht kennen und seine Unkenntnis darf nicht auf einfacher Fahrlässigkeit (vgl. "Kennenmüssen", § 122 Abs. 2 BGB) beruhen. Zwar wird in § 173 BGB nur das *Erlöschen der Vertretungsmacht* angesprochen, doch muss dasselbe gelten, wenn die Entstehung der Vollmacht scheitert. Das bedeutet: Wenn der Geschäftspartner bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte merken müssen, dass keine Vollmacht (mehr) besteht, kann er sich nicht an den Vertretenen halten.
4. **Folge**: Derjenige, der den Rechtsschein gesetzt hat, muss sich so behandeln lassen, als ob die Vollmacht (noch) besteht, auch wenn die Willenserklärung des Vollmachtgebers nichtig war oder etwa durch Anfechtung nachträglich vernichtet wurde.

Möglicherweise kann man § 172 Abs. 1 BGB analog für den Fall heranziehen, dass der Rechtsschein einer Vollmacht dadurch erzeugt wird, dass **ein vermeintlicher Vertreter sich selbst eine nicht sorgfältig verwahrte Vollmachtsurkunde (bzw. einen entsprechenden Entwurf) eigenmächtig aneignet**.



- **Dafür** spricht, dass aus Sicht des Geschäftspartners nicht erkennbar ist, ob eine Vollmachtsurkunde nur nicht zurückgegeben wurde oder aber diese von vornherein nicht in den Verkehr gelangen sollte. Der Rechtsschein der Kundgebung nach § 171 BGB wird unstreitig auch auf eine nichtige Bevollmächtigung, also einen Mangel bei Entstehung der Vollmacht erstreckt. Schließlich wird auf die

vergleichbare Behandlung der abhandengekommenen Willenserklärung verwiesen.

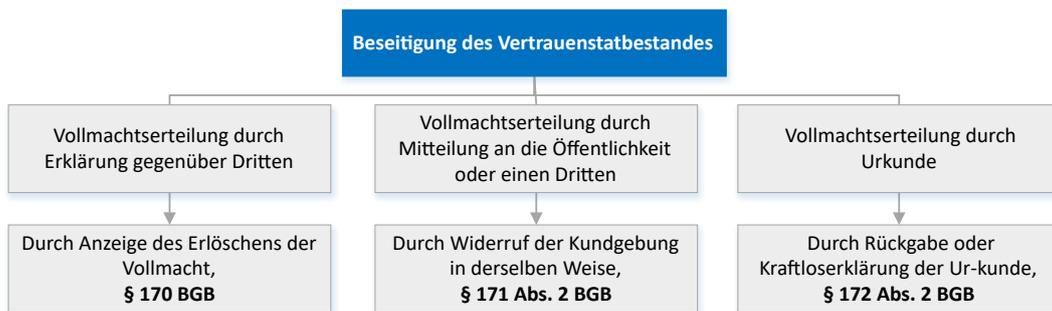
- **Andererseits** schließt ein Abhandenkommen nach § 935 BGB grundsätzlich jegliche Zurechenbarkeit aus. Allein der Umstand, dass der Geschäftsherr die Urkunde nicht sorgfältig verwahrt, genügt nicht, um ihm diesen Rechtsschein zuzurechnen. Ansonsten wäre das Risiko der Anfertigung solcher Urkunden kaum noch kalkulierbar.

(2) Wie beseitigt man den Rechtsschein einer Vollmacht?

Die Vertretungsmacht bleibt bestehen, bis der Vertretene den von ihm geschaffenen **Vertrauenstatbestand wieder beseitigt**.

Generell ist es möglich, den Geschäftspartner (auch formlos) über das Erlöschen der Vollmacht zu informieren oder ihm zumindest das Erlöschen offensichtlich zu machen. Dann ist er nicht mehr **gutgläubig** und kann sich deshalb nicht auf die vermeintliche Vollmacht berufen, § 173 BGB.

Es kann aber auch weitergehend der Rechtsschein insgesamt vernichtet werden:



- Das **Erlöschen einer Außenvollmacht** muss dem Geschäftspartner **formlos angezeigt** werden (§ 170 a.E. BGB).
- Der **Widerruf einer nach außen kundgegebene Willenserklärung** muss in derselben Weise erfolgen, wie die Kundgabe (§ 171 Abs. 2 BGB), also etwa durch Mitteilung in der Tagespresse.
- Eine **Vollmachtsurkunde** muss zurückgegeben oder für kraftlos erklärt werden (§ 172 Abs. 2 BGB, vgl. dazu § 175 BGB, § 176 BGB).

cc. Was gilt bei Anfechtung der Vollmacht?

Eine Vollmacht ist ein **einseitiges Rechtsgeschäft**, so dass die zugrundeliegende Willenserklärung **grundsätzlich anfechtbar**, d.h. mit Rückwirkung zu beseitigen, ist (§ 142 Abs. 1 BGB). Die Anfechtung haben wir im 4. Kapitel näher betrachtet, so dass eine Wiederholung hier nicht erforderlich ist.

Problematisch ist die Anfechtung jedoch, wenn der **Vertretene bereits ein Rechtsgeschäft abgeschlossen hat**. Durch die Rückwirkung der Anfechtung (§ 142 Abs. 1 BGB) gilt die Vollmacht dann nie als erteilt - **der ursprünglich Bevollmächtigte hatte also nie Vertretungsmacht**.

- In vielen Fällen stellen sich dabei keine Probleme, da ein **Rechtsschein** im Sinne von § 170 BGB (**Außenvollmacht allein im Innenverhältnis**), § 171 BGB (**Kundgabe der Vollmacht gegenüber Geschäftspartner**) oder § 172 BGB (**Vollmachtsurkunde**) vorlag. Dann ist das Geschäft im Verhältnis zum Geschäftspartner wirksam, soweit dieser gutgläubig ist (§ 173 BGB), der Vertretene kann allenfalls vom im Innenverhältnis nicht mehr berechtigten Vertreter Schadensersatz verlangen.
- Liegt kein Rechtsscheinstatbestand vor, wäre das vom Vertreter ohne Vertretungsmacht vorgenommene Geschäft grundsätzlich nach § 177 Abs. 1 BGB (ggf. in Verbindung mit § 180 S. 2 oder S. 3 BGB) **genehmigungsfähig**. Jedoch wäre eine Genehmigung nach § 242 BGB widersprüchlich und daher unwirksam - immerhin hat der Vertretene ja die Vollmacht angefochten.
- Verweigert der Vertretene daher konsequent die Genehmigung, würde der **Vertreter als Vertreter ohne Vertretungsmacht dem Geschäftspartner auf Ersatz seines Vertrauensschadens haften** (§ 179 Abs. 2 BGB). Andererseits kann der Vertretene dem Vertreter nach § 122 BGB seinerseits auf den Vertrauensschaden haften. Es gibt also nach dem BGB eine Haftungskette.

(1) Kann eine bereits ausgeübte Vollmacht angefochten werden?

Eine Problemkonstellation kann sich ergeben, wenn der Vollmachtgeber eine Vollmachtserteilung anfechtet, nachdem der Vertreter bereits ein Geschäft im Namen des Vertretenen abgeschlossen hat. Durch die ex-tunc-Wirkung der Anfechtung (§ 142 Abs. 1 BGB) würden dann sowohl die Interessen des Vertreters als auch des Geschäftsgegners berührt. Der Vertreter unterfällt ggf. einer Haftung nach § 179 BGB. Dem Geschäftsgegner wird das abgeschlossene Geschäft genommen und nur Ausgleichsmöglichkeit gegenüber dem möglicherweise illiquiden Vertreter gewährt. Daher ist es streitig, ob eine bereits ausgeübte Vollmacht angefochten werden kann:



Teilweise wird die Anfechtung einer ausgeübten Vollmacht **insgesamt ausgeschlossen**.

- Der Geschäftspartner habe nach Abschluss des Geschäfts ein schutzwürdiges Vertrauen darauf, dass der Vertreter Vertretungsmacht gehabt habe.
- Dem Schutz des Vollmachtgebers kann durch die Anwendung der Regeln über den Missbrauch der Vertretungsmacht Rechnung getragen werden. Ebenso ist ein Schutz über eine analoge Anwendung des § 166 Abs. 2 BGB möglich.
- Zudem führe dies zu einer Ungleichbehandlung mit der Anscheinsvollmacht, die unstreitig nicht angefochten werden könne.

Nach der **Gegenauffassung** ist die Vollmacht auch nach Abschluss des Vertretergeschäfts grundsätzlich **anfechtbar**.

- Der Geschäftspartner sei auch nicht schutzbedürftig, denn dieser habe ja bewusst mit einem Dritten verhandelt und daher Probleme im Innenverhältnis riskiert.
- Außerdem wird das Vertrauen des Geschäftsgegners durch einen Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens nach § 122 BGB geschützt.
- Die Erteilung der Vollmacht ist ein vom Vertretergeschäft getrenntes Rechtsgeschäft, weshalb sie auch selbstständig angefochten werden kann.

(2) Wem gegenüber ist die Anfechtung der Vollmacht zu erklären?

Wenn Sie der Ansicht folgen, die die Möglichkeit der Anfechtung einer ausgeübten Vollmacht anerkennt, stellt sich weiterhin die Frage, **wem gegenüber die Anfechtung zu erklären ist.**

Nach **einer Auffassung** bleibt es mit dem Wortlaut des § 143 Abs. 3 S. 1 BGB dabei, dass der Vollmachtgeber die Anfechtung gegenüber demjenigen erklären muss, gegenüber dem er auch die Vollmacht erteilt hat: Bei der Außenvollmacht der Dritte, bei der Innenvollmacht der Vertreter.

Argument: Mittelbar Betroffene gibt es auch in anderen Fällen, in denen auch die Anfechtung gegenüber dem Erklärungsempfänger genügen soll.

Andere verlangen teilweise analog § 143 Abs. 4 S. 1 BGB, dass auch bei der Innenvollmacht dem Geschäftspartner gegenüber die Anfechtung erklärt wird, da er das eigentliche Opfer der Vollmachtsanfechtung sei.

Argumente:

- Dem Geschäftspartner würde sonst - ohne Kenntnis darüber - rückwirkend ein begründeter Anspruch entzogen werden.
- Für den Fall, dass der Vertreter zahlungsunfähig ist, kann das Insolvenzrisiko wegen § 179 Abs. 2 BGB auf den Geschäftspartner fallen.

Anhänger einer **dritten Ansicht** legen den Wortlaut des § 143 Abs. 3 S. 1 BGB unter Berücksichtigung der in § 167 Abs. 1 BGB normierten Wahlmöglichkeit so aus, dass der Vollmachtgeber die Wahl habe, wem gegenüber er die Anfechtung erklärt.



(3) Wie haftet der Vertreter bei einer Anfechtung der Vollmacht?

Der Vertreter haftet gegenüber dem Geschäftspartner je nach Kenntnis von der Anfechtung oder auch nur der Anfechtbarkeit (§ 142 Abs. 2 BGB) in verschiedenem Umfang:

- Konnte er (im Regelfall) **nicht wissen**, dass seine Vertretungsmacht mit Rückwirkung entfällt, haftet er "nur" nach § 179 Abs. 2 BGB auf das negative Interesse, begrenzt durch das positive Interesse. Er muss also den **Schaden ersetzen, der durch das Vertrauen des Geschäftspartners auf seine Vertretungsmacht entstand** bis zur Höhe der erwarteten Gegenleistung.
- **Wusste** er allerdings, dass die Vollmacht anfechtbar ist, greift § 142 Abs. 2 BGB ein: Er ist dann so zu behandeln, als hätte er von Anfang an vom Fehlen der Vertretungsmacht gewusst und haftet unmittelbar nach § 179 Abs. 1 BGB auf das volle positive Interesse, muss **den Geschäftspartner also so stellen, als sei der Vertrag wirksam mit dem Vertretenen zustande gekommen**. In Betracht kommt dies nicht nur bei arglistiger Täuschung oder Drohung (§ 123 BGB), sondern auch bei erkanntem Irrtum im Sinne von § 119 BGB.

V bevollmächtigt A. A erkennt, dass V ihn mit B verwechselt hat, schließt aber trotzdem mit K einen Vertrag zu Lasten des V. Als V seinen Irrtum erkennt, ficht er nach § 142 Abs. 1 BGB iVm § 119 Abs. 2 BGB an. Hier haftet A auf das positive



Interesse nach § 179 Abs. 1 BGB, da er die Anfechtbarkeit kannte (§ 142 Abs. 2 BGB).

(4) Wie haftet der Vollmachtgeber bei einer Anfechtung der Vollmacht?

Der Vertretene, der die Anfechtung erklärt hat, haftet demjenigen, **demgegenüber er sie erklärt hat**, nach § 122 Abs. 1 BGB auf das negative Interesse begrenzt durch das positive Interesse.

- Bei der Außenvollmacht haftet er also dem **Geschäftspartner** und muss ihn so stellen, als habe dieser nie von dem Rechtsgeschäft gehört.
- Bei der Innenvollmacht haftet er hingegen grundsätzlich nur **gegenüber dem Bevollmächtigten**. Das führt zu einer unschönen **Regresskette**: Der Vertreter haftet dem Geschäftspartner, der Vertretene dem Vertreter. **Im Innenverhältnis** haftet hingegen grundsätzlich allein der Vertretene, der die Anfechtung erklärt hat.



Nach einer Ansicht soll deshalb die Anfechtung auch bei der Innenvollmacht **stets gegenüber dem Bevollmächtigten und dem Geschäftspartner** erfolgen. Dann kann auch der Geschäftspartner unmittelbar nach § 122 Abs. 1 BGB gegen den Vertretenen vorgehen (da diesem gegenüber analog § 143 Abs. 3 S. 1 BGB angefochten wurde) - Innen- und Außenvollmacht werden gleich behandelt.

Argument: Die Wirkung der Vertretungsmacht trifft primär den Geschäftspartner. Der Bevollmächtigte ist insoweit nur Durchlaufstelle.

Eine weitere Ansicht will § 122 Abs. 1 BGB analog heranziehen. Der Geschäftspartner soll sich unmittelbar an den Vertretenen halten können.

Argument: Der Vertrag sollte mit dem Geschäftspartner zustandekommen. Der Vertreter soll nicht mit dem Insolvenzrisiko belastet werden.

Eine dritte Ansicht nimmt schließlich den **Regresskreis** hin.

Argument: Der Geschäftspartner ist das Risiko bewusst eingegangen, indem er mit dem Vertreter verhandelt hat.

2. Was ist "gesetzliche Vertretungsmacht"?



Gesetzliche Vertretungsmacht ist Vertretungsmacht, die auf einer **gesetzlichen Vorschrift** und nicht auf dem Willen von Vertreter und Vertretenem beruht.

Das Gesetz räumt Vertretungsmacht immer dann ein, wenn eine Person nicht selbstständig rechtsgeschäftlich handeln kann.



- Vertretungsmacht der **Eltern für ihr Kind** (§ 1629 Abs. 1 BGB)
- Vertretungsmacht des **Vormunds für sein Mündel** (§ 1793 Abs. 1 S. 1 BGB)

- Vertretungsmacht des **Betreuers für den Betreuten** (§ 1902 BGB)

Nur "*die Stellung eines gesetzlichen Vertreters*" hat der **Vorstand eines Vereins** (§ 26 Abs. 1 S. 2 BGB). Er ist nicht Vertreter im strengen Sinne, sondern "**Organ**" des Vereins. Dennoch sind die Regeln über die Stellvertretung anwendbar.

Das bedeutet insbesondere: Auch der Vereinsvorstand muss nach dem **Offenkundigkeitsprinzip** (§ 164 Abs. 1 BGB) deutlich machen, dass er nicht sich selbst, sondern den Verein berechtigen und verpflichten will.



3. Inwieweit genügt bloßer Rechtsschein für die Annahme von Vertretungsmacht?

Neben der von uns bereits untersuchten "**Duldungsvollmacht**" als Form der konkludent erteilten Vollmacht, lässt die herrschende Meinung zur Begründung von Vertretungsmacht auch eine sog. "**Anscheinsvollmacht**" genügen.

Dabei besteht keine Pflicht des Vertretenen zum Einschreiten, weil dieser gar nicht weiß, dass der vermeintliche Vertreter für ihn auftritt. Damit kann auch das Unterlassen einer Aussage zur Vertretungsmacht mangels Erklärungsobliegenheit nicht als Willenserklärung ausgelegt werden könnte. Stattdessen verlässt sich der Geschäftspartner ausschließlich auf den "**Anschein einer Vollmacht**", der vom vermeintlich Vertretenen **allein durch Fahrlässigkeit** gesetzt wurde.

Teilweise wird die **Anscheinsvollmacht** als Rechtsgrund für Vertretungsmacht **abgelehnt**.



Argument: Der Rechtsschein einer Vollmacht ist abschließend in den §§ 170-172 BGB geregelt. Die Hoffnung des Geschäftspartners, dass der Vertretene **einen Vertrag erfüllt**, ist vom Gesetz nicht als schutzwürdig anerkannt. Er hat hinreichende Ansprüche aus § 179 BGB. Wenn überhaupt kommt nur eine Haftung des scheinbar Vertretenen auf den Vertrauensschaden aus § 280 Abs. 1 BGB iVm § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB in Betracht, d.h. er muss den Geschäftspartner so stellen, als sei der Vertreter nie für den Vertretenen aufgetreten.

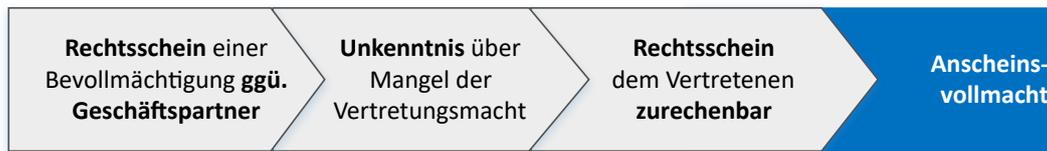
BGHZ 65, 13
BGHZ 86, 273
BGHHZ 97, 224
Medicus, BGB AT Rn. 969 ff.
Flume AT II § 49, 4



a. Wie prüft man, ob eine **Anscheinsvollmacht** vorliegt?

Die **Anscheinsvollmacht** basiert wie jede Form des Rechtsscheins auf drei Säulen: Einem **objektiven Element** (einem Tatbestand, auf den der Rechtsschein gestützt werden kann), einem **subjektiven Element** (also Vertrauen desjenigen, der sich auf den Rechtsschein beruft) und einem **Zurechungselement** (also einem Umstand, welcher den objektiven Anknüpfungspunkt des Ver-

trauens in die Verantwortungssphäre desjenigen verlagert, zu dessen Lasten der Rechtsschein wirken soll):



1. Es gibt **weder gesetzliche noch vertragliche Vertretungsmacht** (diese, insbesondere auch die Duldungsvollmacht, sind also vorrangig!).
2. Aus Sicht eines normativen Dritten in der Position des Geschäftspartners (§ 133 BGB, § 157 BGB) ergibt sich der **Rechtsschein**, dass der Vertreter vom Vertretenen bevollmächtigt wurde.
3. Der Geschäftspartner **wusste** nichts vom Fehlen der Vertretungsmacht und **konnte** dies auch durch Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 Abs. 2 BGB) **nicht erkennen**.
4. Der Rechtsschein muss dem Vertretenen **zurechenbar** verursacht sein. Das bedeutet, dass er ihn einerseits verhindern **konnte** und andererseits dies auch bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 Abs. 2 BGB) **tun musste**.

b. Welche Grundlagen kommen für den Rechtsschein in Betracht?

Als **Anknüpfungspunkt für den Rechtsschein** im Rahmen der Anscheinsvollmacht kommen etwa in Betracht:

1. Der klassische Fall ist, dass eine Person schon **wiederholt** gegenüber dem konkreten Geschäftspartner als Vertreter aufgetreten ist (wie bei der Duldungsvollmacht) und der Vertretene dies bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 Abs. 2 BGB) bemerken musste.
2. Denkbar ist auch, dass eine **Vollmachtsurkunde** erstellt, aber nicht dem Vertreter ausgehändigt, sondern von diesem eigenmächtig entwendet wurde. Dies ähnelt dem Fall der abhandlungsbekommenen Willenserklärung, den wir im 3. Kapitel behandelt haben.
3. Schließlich kann der Rechtsschein auch durch **Vergabe von Titeln** ("Generalvertreter") oder **sonstigen Gestaltungen** (Benennung als Ansprechpartner für Verhandlungen) geschaffen werden.

v. Welche besonderen Konstellationen sind zu beachten?

Der Normalfall der Stellvertretung setzt voraus, dass **eine Person** eine eigene Willenserklärung **abgibt**, deren Wirkungen für und gegen den Vertretenen wirkt. Das Gesetz kennt aber Abweichungen von diesem Normalfall:

- Einerseits gibt es neben der in § 164 Abs. 1 BGB geregelten "Aktivvertretung" auch die sog. "**Passivvertretung**" (§ 164 Abs. 3 BGB; Empfangsvertreter). Zwar wird hier ausdrücklich nur auf die entsprechende Anwendung der Regelungen der Aktivvertretung verwiesen - in der Klausur müssen Sie aber doch einige Besonderheiten beachten.

- Andererseits kann es auch vorkommen, dass mehr als eine Person bevollmächtigt ist. Dies ist namentlich der Fall bei der "**Gesamtvertretung**" (z.B. § 35 Abs. 2 S. 1 GmbHG für mehrere Geschäftsführer einer GmbH) oder der "**Mehrheitsvertretung**" (z.B. § 26 Abs. 2 S. 1 BGB für mehrere Vorstandsmitglieder eines Vereins).

Diese beiden Sonderfälle wollen wir uns im Folgenden etwas näher ansehen.

1. Was ist ein Empfangsvertreter?

Nach § 164 Abs. 3 BGB gelten die Regelungen der Stellvertretung nicht nur für die Abgabe einer Willenserklärung, sondern auch für deren Zugang. Man spricht insoweit von "**Empfangsvertretung**" oder "**Passivvertretung**".

1. Erforderlich ist zunächst, dass die **Willenserklärung eines Geschäftspartners gegenüber dem Vertretenen abgegeben werden soll**. Hierfür genügt es, wenn sie in Richtung auf den Vertreter auf den Weg gebracht wird. Möglich ist aber auch, dass der Vertreter sie vor dem Vertretenen in Empfang nimmt.

Der Prokurist bearbeitet die Geschäftsbriefe, bevor er sie dem Geschäftsführer der GmbH vorlegt.



Es muss aus der Erklärung des Geschäftspartners **deutlich werden, dass hierdurch der Vertretene (und nicht der Vertreter) berechtigt und verpflichtet werden soll**.

Der Empfangsvertreter darf die Entgegennahme der Willenserklärung **nicht ausdrücklich ablehnen** - ihm steht eine eigene Entscheidungsbefugnis zu. Bei unberechtigter Ablehnung können freilich die Grundsätze der Zugangsvereitelung (§ 162 BGB) eingreifen.

2. Der **Empfangsvertreter muss das Offenkundigkeitsprinzip wahren**. Das bedeutet, er muss erklären oder es muss sich zumindest aus den Umständen (§ 164 Abs. 1 S. 2 BGB) ergeben, dass die ihm gegenüber erfolgenden Erklärungen unmittelbar gegenüber dem Vertretenen wirken.
3. Schließlich muss **Vertretungsmacht** vorliegen. Im Zweifel umfasst die aktive Vertretungsmacht auch die Befugnis zur Passivvertretung im entsprechenden Bereich. Es kann aber auch ausschließlich Passivvertretungsmacht eingeräumt werden (vgl. § 55 Abs. 4 1. HS HGB).

Wer einen Antrag auf Abschluss eines Kaufvertrages machen darf, wird im Regelfall auch die Annahme entgegennehmen dürfen.



2. Was sind Gesamt- und Mehrheitsvertretung?

Eine Person kann nicht nur einen, sondern auch **mehrere Vertreter** benennen. Dabei sind verschiedene Gestaltungen zulässig:

- Bei der **Einzelvertretung** (auch Alleinvertretung oder Solidarvertretung) kann jeder Vertreter **unabhängig von den anderen** den Vertretenen berechtigen und verpflichten. Dies ist für die **Prozessvollmacht** (§ 84 ZPO) und die **Passivvertretung** (§ 28 Abs. 2 BGB, § 1629 Abs. 1 S. 2 BGB, § 125 Abs. 2 S. 3 HGB, § 35 Abs. 2 S. 3 GmbHG) zwingend. Für die Vertretung einer Of-

fenen Handelsgesellschaft (§ 125 Abs. 1 HGB) und einer Kommanditgesellschaft (§ 161 HGB) ist Einzelvertretung der Regelfall.

- Bei der **Gesamtvertretung** (auch Kollektivvertretung) müssen **alle oder mehrere Vertreter zusammen** für den Vertretenen auftreten, um ihn zu verpflichten. Dies ist der Regelfall in AG (§ 78 Abs. 2 S. 1 AktG), GmbH (§ 35 Abs. 2 S. 2 GmbHG) und GbR (§ 709 BGB iVm § 714 BGB). Auch die Eltern müssen ihr Kind grundsätzlich gemeinsam vertreten (§ 1629 Abs. 1 S. 2 BGB).
- Im Verein gibt es die gesetzliche, jedoch abdingbare "**Mehrheitsvertretung**" durch die Vorstandsmitglieder (§ 26 Abs. 2 S. 1 BGB). Es handelt sich um eine besondere Form der Gesamtvertretung, bei der die Zahl der notwendigen Vertreter sich aus der Gesamtgröße des Vorstands berechnet.
- Erst im Handels- und Gesellschaftsrecht behandeln wir die sog. "**gemischte Gesamtvertretung**" bzw. "**unechte Gesamtvertretung**". Dabei handelt es sich um ein gesetzlicher Vertreter bzw. ein Organ zusammen mit einem Bevollmächtigten (z.B. ein Geschäftsführer mit einem Prokuristen).
- Bevollmächtigt eine Person mehrere Vertreter, müssen Sie **durch Auslegung** nach § 133 BGB, § 157 BGB entscheiden ob Gesamt- oder Einzelvertretungsmacht im obigen Sinne eingeräumt wurde. Das BGB hilft Ihnen hier leider nicht.

3. Welche Folgen hat die Gesamtvertretung?

Die Gesamtvertretung weist in der Praxis gewisse Schwierigkeiten auf, weil theoretisch für jedes Geschäft alle Gesamtvertreter mitwirken müssen. Daher werden gewisse **Modifikationen zugelassen, um den Geschäftsverkehr zu erleichtern**:

- Gesamtvertreter und Mehrheitsvertreter können ihre Erklärungen **auch nacheinander abgeben**. Der Vertretene wird dann erst mit Abgabe der letzten Erklärung berechtigt und verpflichtet.
- Hinreichend ist aber auch die bloße (notfalls konkludente) **Einwilligung oder Genehmigung** des Handelns eines Einzelnen oder eine Teilmenge der Vertreter **im Innenverhältnis** (nur für bestimmte Geschäfte (sog. "**Ermächtigung**"). Unzulässig ist hingegen eine generelle Delegation, weil diese den Sinn der Gesamtvertretung vereiteln würde.



Die Geschäftsführer A, B und C können trotz gesetzlicher Gesamtvertretung (§ 35 Abs. 2 S. 1 GmbHG) A dazu ermächtigen, die Gehaltsverhandlungen mit dem Angestellten X allein zu führen und mit ihm einen Anstellungsvertrag zu schließen. Sie können ihm jedoch nicht die Führung aller laufenden Geschäfte übertragen.

Die Eltern V und M können sich trotz § 1629 Abs. 1 S. 2 BGB einigen, dass der Vater V für das Kind Kleidung in der Stadt kauft.

Wirkt ein Gesamtvertreter nicht mit, handeln die übrigen als **Vertreter ohne Vertretungsmacht** (§ 177 BGB, § 180 BGB, § 179 BGB). Im Hinblick auf **Irrtümer** müssen die Willenserklärungen aller Gesamtvertreter mangelfrei sein, § 166 Abs. 1 BGB gilt also in Bezug auf jeden einzelnen von ihnen. Es handelt sich nicht etwa um ein teilbares Geschäft im Sinne von § 139 BGB, da die Folgen insgesamt den Vertretenen treffen sollen. Umgekehrt macht aber auch **Kenntnis oder Kennenmüssen** auch nur eines Vertreters den Vertretenen bösgläubig.

B. Welchen Schranken unterliegt die Stellvertretung?

Unbegrenzte Macht neigt dazu, die Berechtigten zu korrumpieren. Auch die Stellvertretung lädt zum **Missbrauch** ein. Jedoch sind die Regelungen des BGB insoweit lückenhaft:

- Das Gesetz regelt nur zwei Konfliktfälle ausdrücklich: Das **Selbstkontrahieren** und die **Mehrfachvertretung** (§ 181 BGB) sollen nur mit vorheriger Zustimmung des Vertretenen oder im Rahmen der Erfüllung einer Verbindlichkeit zulässig sein.
- **Andere Fälle** eines Missbrauchs können hingegen nur nach allgemeinen Generalklauseln wie § 138 BGB oder § 242 BGB gelöst werden.
 - Eindeutig ist dabei vor allem der Fall, dass der Vertreter und der Geschäftspartner bewusst zusammenwirken, um den Vertretenen zu schädigen (sog. "**Kollusion**") - dann ist das Rechtsgeschäft insgesamt nach § 138 BGB nichtig.
 - Wenn der Vertretene aufgrund einer zu weit gefassten Vertretungsmacht (etwa weil das Gesetz keine Beschränkung erlaubt, siehe z.B. § 37 Abs. 1 GmbHG für den Geschäftsführer einer GmbH) Geschäfte abschließt, die er aufgrund einer Vereinbarung mit dem Vertretenen nicht vornehmen durfte, muss dies einen gutgläubigen Geschäftspartner hingegen grundsätzlich nicht stören. Er kann sich auf die unbeschränkte Vertretungsmacht verlassen. Nur wenn sich ihm ganz ausnahmsweise die Überschreitung aufdrängen musste, soll die Durchsetzung seiner Ansprüche gegen den Vertretenen nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) ausgeschlossen sein - man nennt dies "**Missbrauch der Vertretungsmacht**".

θ

In der Klausur sollten Sie einen Missbrauch der Vertretungsmacht nur ansprechen, wenn es konkrete Anhaltspunkte dafür gibt (etwa wenn Weisungen überschritten wurden).

I. Was sind "Insichgeschäfte"?

Nach § 181 BGB umfasst eine gesetzliche oder rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht im Regelfall **nicht** zwei besonders schwere Fälle der Interessenkollision (sog. "**Insichgeschäfte**"):

1. Beim **Selbstkontrahieren** (§ 181 1. Var. BGB) nimmt der Vertreter im Namen des Vertretenen **mit sich selbst im eigenen Namen** ein Rechtsgeschäft vor. Das Gesetz vermutet, dass er dabei seine eigenen Interessen höher ansetzt als die des Vertretenen.

Der Vertreter verkauft eine Sache des Vertretenen an sich selbst zu einem günstigen Preis oder kündigt seine eigene Anstellung, um eine Abfindung zu erhalten.



2. Bei der **Mehrfachvertretung** (§ 181 2. Var. BGB) handelt der Vertreter gleichzeitig für zwei Personen. Hierbei ist es wahrscheinlich, dass er die Interessen eines der beiden Vertretenen bevorzugt.

Der Vertreter verkauft eine Sache des Vertretenen A an den ebenfalls von ihm Vertretenen B.



1. Wann sind Insihgeschäfte ausnahmsweise wirksam?

Das Gesetz sieht für das Selbstkontrahieren und die Mehrfachvertretung nur **zwei Ausnahmen** vor:

- Unter der "**Gestattung**" (§ 181 1. Var BGB) ist die vorherige Zustimmung im Sinne einer Einwilligung (§ 183 BGB) des Vertretenen zu verstehen; diese ist etwa im Familienrecht an besondere Voraussetzungen geknüpft (§ 1909 Abs. 1 S. 1 BGB)
- Bei einem Rechtsgeschäft in **Erfüllung einer Verbindlichkeit** (§ 181 a.E. BGB) lag die das Vermögen gefährdende Handlung bereits in der Eingehung der Verbindlichkeit, die Erfüllung verschlimmert diese Lage nicht mehr.

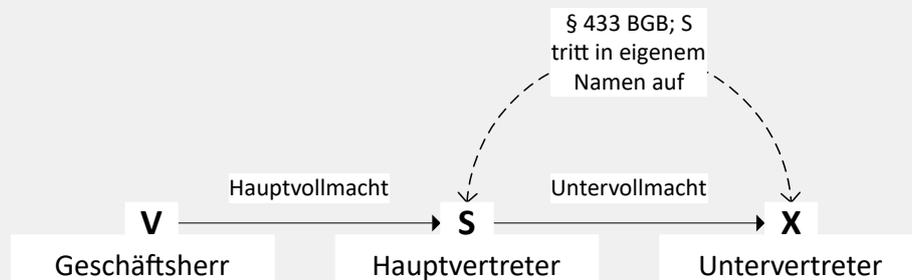
Allerdings sind diese beiden Ausnahmen einerseits zu weit, andererseits zu eng. Dies werden wir uns im Folgenden anhand von zwei Beispielfällen näher ansehen.

2. Selbstkontrollaufgabe: Ist § 181 BGB weit genug?



Selbstkontrollaufgabe: V hat S beauftragt, sein Auto zu verkaufen. S will es eigentlich selbst erwerben, sieht sich aber durch § 181 BGB daran gehindert; V fragen will er aber auch nicht.

In der Vorlesung kommt S auf die rettende Idee, wie er § 181 BGB umgehen kann: Er erteilt einfach seinem Freund X eine Untervollmacht für V, woraufhin S dann im eigenen Namen mit X als Untervertreter des V einen Vertrag mit Wirkung für V abschließt. Mit Erfolg?



Die gesetzliche Regelung des § 181 BGB ist zu eng. Sie umfasst nicht alle denkbaren Interessenkollisionen. Denn hier nimmt S nicht ein Rechtsgeschäft mit sich selbst vor, sondern er schaltet den Dritten X ein, der dann (als Unterbevollmächtigter des V) mit S (dieser im eigenen Namen für sich selbst) den Vertrag schließt.

Nach Sinn und Zweck des § 181 BGB findet dieser immer dann Anwendung, wenn auf beiden Seiten des Vertrages identische Personen auftreten. Indem S dem X Untervollmacht erteilt, umgeht er das Verbot des § 181 BGB, es gibt gerade keine ununterbrochene Zurechnungskette zwischen X und V. Demnach ist § 181 BGB im Falle der Untervollmacht analog anzuwenden.

Da hier weder eine "Gestattung" noch die "Erfüllung einer Verbindlichkeit" in Rede stehen, ist der Kaufvertrag daher schwebend unwirksam. Er müsste von V genehmigt werden, um Wirksamkeit zu erlangen (§ 177 BGB).

3. Selbstkontrollaufgabe: Findet § 181 BGB wirklich immer Anwendung?

Stellen Sie sich folgenden kurzen Fall vor: Die Eltern M und F schenken ihrem fünfjährigen Sohn S ein neues Fahrrad. Ist der Schenkungsvertrag nach § 516 BGB wirksam?



Vielleicht haben Sie auch zuerst das **Formerfordernis** des § 518 Abs. 1 BGB gesehen und an eine Formnichtigkeit nach § 125 S. 1 BGB gedacht - dieser Irrtum hat sich aber schnell zerschlagen, nachdem sie § 518 Abs. 2 BGB gelesen haben, wonach eine Handschenkung letztlich durch Erfüllung geheilt wird.

Das Problem liegt vielmehr im **Minderjährigenrecht**: S ist erst fünf Jahre und damit nach § 104 Nr. 1 BGB geschäftsunfähig. Vielleicht dachten Sie dann, dass es darauf ja hier gar nicht ankam, weil er durch die Schenkung nur einen rechtlichen Vorteil erlangt. Aber: Gegenüber einem Geschäftsunfähigen kann man noch nicht einmal lediglich rechtlich vorteilhafte Rechtsgeschäfte vornehmen, § 107 BGB findet nur auf beschränkt Geschäftsfähige Anwendung, nicht aber auf Geschäftsunfähige.

Weil die Schenkung ein Vertrag ist, benötigt sie aber zwei übereinstimmende Willenserklärungen. Damit konnte S nur durch seine **gesetzlichen Vertreter** Willenserklärungen abgeben (§ 105 Abs. 1 BGB) und empfangen (§ 131 Abs. 1 BGB). Das sind nach § 1629 Abs. 1 S. 1 BGB seine Eltern. Dummerweise wollen aber gerade diese auf der anderen Seite des Vertrages als Schenker auftreten. Ein Insichgeschäft des Vertreters mit sich selbst ist aber nach § 181 BGB verboten. Da vor der Schenkung auch kein Anspruch auf ein Fahrrad besteht (es gehört nicht zum Unterhalt), greift dessen Ausnahme hier nicht ein. Es wäre den Eltern also unmöglich, ihrem Kind etwas zu schenken.

Dieses Ergebnis kann so aber nicht stimmen. Zur **Korrektur** wird der Gedanke des § 107 BGB analog in § 181 BGB hineingelesen: Für den Vertretenen lediglich rechtlich vorteilhafte Geschäfte darf der Vertreter auch mit sich selbst ausführen.

4. Welche Rechtsfolgen hat ein Insichgeschäft?

Der Vertreter hat für ein Insichgeschäft bzw. für eine Mehrfachvertretung **keine Vertretungsmacht**, soweit nicht eine der beiden geschriebenen Ausnahmen bzw. die ungeschriebene Ausnahme des rechtlich vorteilhaften Geschäfts greift.

Damit ist er "**Vertreter ohne Vertretungsmacht**" im Sinne des Gesetzes, es gelten die §§ 177-180 BGB.

1. Nach § 177 BGB ist ein **Vertrag** bis zur Genehmigung durch den Vertretenen schwebend unwirksam. Wird die Genehmigung verweigert, kommt bei Mehrfachvertretung eine Inanspruch-

nahme aus § 179 BGB in Betracht; bei Selbstkontrahieren nicht, da dort der Vertreter selbst Geschäftspartner war und daher nach § 179 Abs. 3 BGB nicht schutzwürdig ist.

2. Bei **einseitigen Rechtsgeschäften** ist nach § 180 BGB das Geschäft grundsätzlich endgültig unwirksam, sofern nicht der Geschäftspartner mit der Mehrfachvertretung einverstanden war (bei Inschlaggeschäften ist dies wieder kein Problem!) und der Vertretene genehmigt.

II. Was ist "Kollusion" und was sind ihre Folgen?

Obwohl es keine Sonderregelung im Vertretungsrecht gibt, können Sie den Fall, dass der Vertreter den Vertretenen bewusst schädigen will und der Geschäftspartner mit ihm zusammenwirkt ("Kollusion", vom lat. collusio = geheimes Einverständnis) bereits mit den Ihnen bekannten Regelungen des Allgemeinen Teils lösen:

Ein solches Verhalten verstößt nämlich gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden - jeder würde sagen, dass es keinen Grund gibt, einen anderen bewusst zu schädigen. Aus diesem Grund findet **§ 138 Abs. 1 BGB** unmittelbare Anwendung - das von Vertreter und Geschäftspartner vorgenommene Geschäft ist daher **nichtig** und entfaltet keine Wirkung für und gegen den Vertretenen.

Der Vertretene kann etwaige **Schäden** vom Vertreter nach den Regelungen des Innenverhältnisses (insb. § 280 BGB), aber notfalls auch aus § 826 BGB ersetzt verlangen.



Voraussetzungen der Nichtigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB wegen Kollusion

1. Rechtsgeschäft des Vertreters im Namen des Vertretenen im Rahmen seiner Vertretungsmacht (§ 164 Abs. 1 BGB)
2. Schädigung des Vertretenen (gezielte Zufügung eines Vermögensschadens oder zumindest eines immateriellen Verlustes, z.B. Rufschaden)
3. Vorsatz des Vertreters (mindestens dolus eventualis = Billigendes Inkaufnehmen)
4. Kenntnis des Geschäftspartners von Schädigungsabsicht

III. Was ist ein "Missbrauch der Vertretungsmacht"?

Der Vertreter muss sich im Rahmen der Vertretungsmacht halten - ansonsten greifen die § 177 BGB, § 179 BGB, § 180 BGB. Allerdings muss die Vertretungsmacht nicht immer genau umgrenzt sein. Oft darf der Vertreter daher den Vertretenen in weit größerem Umfang verpflichten, als dieser eigentlich will.

- Offensichtlich ist dies bei **gesetzlicher Vertretungsmacht**: Das Kind kann die Vertretungsmacht seiner Eltern (§ 1629 BGB) nicht begrenzen. Nur für wenige Fälle ordnet das Gesetz zum Schutz des Kindes die Einschaltung des Familiengerichts oder sogar die Bestellung eines Ergänzungspflegers an.
- Ähnlich sind einige Regelungen **im Handelsrecht** gestaltet - so hat der Prokurist nach § 50 Abs. 1 HGB stets Vertretungsmacht im (weiten) Umfang des § 49 HGB. Der Geschäftsführer einer GmbH (§ 37 Abs. 2 GmbHG) oder der Vorstand einer AG (§ 82 Abs. 1 AktG) können im Verhältnis zu Dritten die jeweilige Gesellschaft grundsätzlich unbegrenzt verpflichten.

- Schließlich können das Dürfen im Innen- und Außenverhältnis auseinanderfallen, wenn es sich um **zwei separate Erklärungen** handelt. Dies kommt namentlich bei der **Außenvollmacht** (§ 170 BGB) oder der Erteilung einer unbeschränkten **Vollmachtsurkunde** (§ 172 BGB) in Betracht, wenn gleichzeitig im Innenverhältnis einschränkende Weisungen erteilt werden. Bei der Innenvollmacht hingegen ist **kaum vorstellbar**, dass das "Können" (die Vertretungsmacht) und das "Dürfen" (die Vertragspflicht) auseinanderfallen. Im Zweifel wird eine das Dürfen beschränkende Erklärung so auszulegen sein, dass sie auch die Vertretungsmacht im Außenverhältnis (also das Können) beschränkt. Eine Beschränkung im Außenverhältnis erlaubt das BGB ausdrücklich und bei der Auslegung der Erklärung des Vertretenen (§ 133 BGB, § 157 BGB) ist ein anderes Ergebnis kaum zu begründen.

1. Welche Voraussetzungen bestehen für den Vertreter?

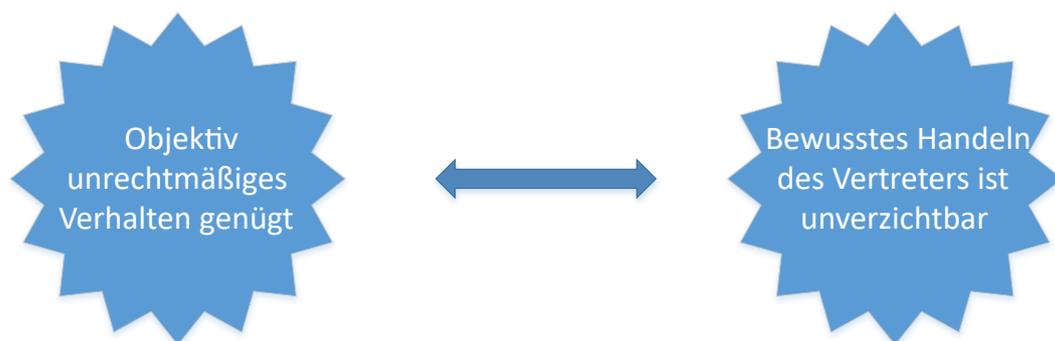
Außerhalb der Kollusion sind die Anforderungen, unter denen ein Rechtsgeschäft keine Wirkungen für und gegen den Vertretenen entfaltet umstritten. Zum einen sind die subjektiven Voraussetzungen auf Seiten des **Vertreter**s umstritten:

Nach einer Auffassung genügt grundsätzlich ein objektiv unrechtmäßiges Verhalten. Auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit kommt es nicht an.

Argument: Sonst hinge das Schutzbedürfnis des Vertretenen von schwer nachweisbaren subjektiven Momenten in der Person des Vertreters ab.

Nach der Gegenauffassung des BGH sei, soweit die Vertretungsmacht umfassend durch Gesetz gewährt wird (z.B. § 50 Abs. 1 HGB, § 126 Abs. 2 HBG), bewusstes Handeln des Vertreters unverzichtbar, um den Schutzzweck der jeweiligen gesetzlichen Vorschrift nicht zu unterlaufen.

Argument: Sinn und Zweck der gesetzlichen Vorschriften sei es, den Schutz des Rechtsverkehrs dadurch zu erhöhen, den Umfang der Vertretungsmacht gesetzlich zu regeln. Dieser Schutz kann nur dann durch die Regeln über den Missbrauch der Vertretungsmacht beschränkt werden, wenn der Vertreter vorsätzlich handelt.



[BGH VII ZR 132/97](#)



2. Welche Voraussetzungen bestehen für den Geschäftspartner?

Auch auf Seiten des Geschäftspartners werden die subjektiven Voraussetzungen nicht einheitlich definiert:



- Nach Auffassung der **Rechtsprechung** kommt es darauf an, ob der Geschäftspartner den Missbrauch erkennt oder sich bei ihm zumindest begründete Zweifel hätten aufdrängen müssen. Hiernach ist somit grob fahrlässige Unkenntnis erforderlich.
- Demgegenüber ist nach der **h.M.** eine objektive Evidenz des Missbrauchs erforderlich. Hinreichend sein soll es, dass die Pflichtverletzung des Vertreters für ihn "evident" ist. Ob der Missbrauch tatsächlich erkennbar war, muss nicht nachgewiesen werden.



[BGH XI ZR 277/98](#)

3. Welche Rechtsfolge hat ein Missbrauch der Vertretungsmacht?

In jedem Fall unterscheidet sich die **Rechtsfolge** dieses "Missbrauchs" von derjenigen einer Kollusion. Unstreitig ist der bloße Missbrauch nicht "sittenwidrig" im Sinne von § 138 Abs. 1 BGB. Allerdings ist die weitere Einordnung umstritten:



Eine Ansicht will §§ 177, 179 BGB analog heranziehen und so den "Missbrauch der Vertretungsmacht" dem Handeln ohne Vertretungsmacht gleichstellen.

Argument: Der Geschäftsherr hat durch eine Genehmigung nach § 177 BGB die Möglichkeit, das Geschäft gelten zu lassen.

Als Gegenauffassung will die Rechtsprechung dem Vertretenen ein Leistungsverweigerungsrecht aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) einräumen. Im Ergebnis kommt es in beiden Fällen auf die Entscheidung des Vertretenen an.

Argumente:

- Für die Anwendung des § 242 BGB spräche, dass die Vertretungsmacht ja grundsätzlich besteht.
- Die §§ 177 ff. BGB würden nicht passen, da sie grundsätzlich auf Schutzbedürftigkeit des Dritten abstellen. Im Falle des Missbrauchs der Vertretungsmacht ist jedoch auch dem Dritten ein Fehlverhalten vorzuwerfen.



[BGH VII ZR 132/97](#)

C. Was gilt, wenn die Vertretungsmacht fehlt?

I. Was gilt bei Verträgen und einseitigen Rechtsgeschäften?

Für die Rechtsfolgen fehlender Vertretungsmacht kommt es darauf an, ob es sich um einen Vertrag oder ein einseitiges Rechtsgeschäft handelt:

- Ein **Vertrag** ist nach § 177 Abs. 1 BGB zunächst **schwebend unwirksam**. Das kennen Sie bereits aus dem Minderjährigenrecht: Auch dort besteht nach § 108 Abs. 1 BGB schwebende Unwirksamkeit. Die entsprechenden Regelungen sehen wir uns auf der nächsten Seite an.
- Demgegenüber ist ein **einseitiges Rechtsgeschäft** (Kündigung, Anfechtung etc.) grundsätzlich nach § 180 S. 1 BGB dauerhaft nichtig (also nicht schwebend unwirksam). Auch dies kennen Sie bereits aus dem Recht der beschränkt Geschäftsfähigen (§ 111 BGB). Allerdings sieht § 180 BGB anders als § 111 BGB drei Ausnahmen vor:
- Für die **Passivvertretung** finden die Regeln über Verträge, also die Genehmigungsmöglichkeit (§ 177 BGB) und die Schadensersatzhaftung (§ 179 BGB) entsprechende Anwendung (§ 180 S. 3 BGB).
- Nach § 180 S. 2, 2. Var. BGB finden die Regeln über Verträge (§ 177 BGB und § 179 BGB) zudem Anwendung, wenn der Geschäftspartner **mit dem Handeln des Vertreters ohne Vertretungsmacht einverstanden war**. Dies setzt voraus, dass er wusste, dass die Vertretungsmacht fehlt.
- Schließlich finden die Regeln über Verträge (§ 177 BGB und § 179 BGB) auch Anwendung, wenn der Geschäftspartner *die von dem Vertreter behauptete Vertretungsmacht bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts nicht beanstandet*, § 180 S. 2, 1. Var. BGB. Dies setzt gerade keine Kenntnis vom Fehlen der Vertretungsmacht voraus.

1. Was haben § 108 BGB und § 177 BGB gemeinsam?

Bei Abschluss eines Vertrages durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht gelten ähnliche Regelungen, wie diejenigen, die Sie bei Rechtsgeschäften von beschränkt Geschäftsfähigen kennengelernt haben:

- Grundsätzlich kann die Genehmigung **gegenüber dem Geschäftspartner oder dem Vertreter ohne Vertretungsmacht bzw. dem Minderjährigen** erklärt werden (§ 182 BGB). Die Genehmigung bedarf selbst dann keiner Form, wenn das zugrundeliegende Geschäft formbedürftig ist (§ 182 Abs. 2 BGB). Auch hier sollte man aber wie bei der Vollmachtserteilung (§ 167 BGB) eine teleologische Reduktion vornehmen, wenn der Schutzzweck der Formvorschrift unterlaufen würde. Möglich ist damit auch eine konkludente Genehmigung.
- Nach § 178 S. 1 BGB (entspricht § 109 S. 1 BGB) kann der Geschäftspartner bis zur Genehmigung den **Widerruf seiner auf Vertragsschluss gerichteten Willenserklärung** erklären (nicht zu verwechseln mit dem Widerruf nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB!). Spiegelbildlich zur Genehmigung kann dies sowohl gegenüber dem Vertreter als auch gegenüber dem Vertretenen erfolgen (§ 178 S. 2 BGB, entspricht § 109 S. 2 BGB). Auch der Widerruf bedarf keiner Form - die Geltendmachung von Ansprüchen aus § 179 BGB stellt einen konkludenten Widerruf dar.
- Der Geschäftspartner kann zudem den Vertretenen **zur Erklärung über die Genehmigung auffordern** (§ 177 Abs. 2 S. 1 BGB entspricht § 108 Abs. 2 S. 1 BGB). Dadurch wird eine Erklärung gegenüber dem Vertreter unwirksam. Nach der Aufforderung läuft eine Frist von zwei

Wochen - mit Ablauf der Frist gilt die Genehmigung als verweigert (§ 177 Abs. 2 S. 2 BGB entspricht § 108 Abs. 2 S. 2 BGB).

- Eine einmal erteilte Genehmigung hat in beiden Fällen **Rückwirkung** (§ 182 BGB).

2. Was gilt bei Überschreitung der Vertretungsmacht?

Grundsätzlich kann ein Vertretener bei einer Vollmacht die Befugnis des Vertreters frei bestimmen.



K beauftragt X für ihn einen Gebrauchtwagen zu einem Preis von bis zu 5.000 € bei V zu erwerben. X schließt im Namen des K einen Kaufvertrag über einen Mercedes für 5.001 € mit V. Muss K die 5.001 € oder zumindest 5.000 € an V zahlen?

Nein, denn X hatte keine Vertretungsmacht für den Kaufvertrag. Damit ist kein Vertrag zwischen V und K zustande gekommen - weder über 5.000 € noch über 5.001 €. K muss gar nichts zahlen.

Es liegt dann **kein (!)** Fall des "Missbrauchs der Vertretungsmacht" vor, wenn der Vertreter seine Befugnis überschreitet.



Von einem "**Missbrauch der Vertretungsmacht**" dürfen Sie nur sprechen, wenn die Vertretungsmacht im Außenverhältnis weiter ist als im Innenverhältnis - das ist der Fall, wenn der Umfang gesetzlich vorgegeben ist (z.B. § 49 HGB iVm § 50 Abs. 1 HGB) oder wenn eine Außenvollmacht (§ 167 Abs. 1, 2. Var. BGB) erteilt wurde, die aber insgeheim ggü. dem Vertreter beschränkt wurde. Der "Normalfall" im BGB ist hingegen, dass Innen- und Außenverhältnis gleich laufen. Schreiben Sie also von "Missbrauch der Vertretungsmacht", ist dies falsch!

Vielmehr handelt er **ohne Vertretungsmacht**. Das bedeutet, dass im Rahmen von Verträgen § 177 BGB, § 178 BGB und § 179 BGB auf ihn Anwendung finden. Allerdings findet auch § 139 BGB Anwendung, soweit es sich um ein **teilbares Rechtsgeschäft** handelte.



K beauftragt X, 100 Kisten Klopapier bei V zu erwerben. X schließt im Namen des K einen Kaufvertrag über 200 Kisten Klopapier mit V. Muss K das Klopapier bezahlen und abnehmen?

Der Vertrag ist teilbar. Ein besonderes Interesse des V, ausschließlich 200 Kisten zu liefern, ist im Sachverhalt nicht ersichtlich. Daher ist der Vertrag über 100 Kisten zwischen V und K zustande gekommen. Im Hinblick auf die übrigen 100 Kisten haftet X als Vertreter ohne Vertretungsmacht nach § 179 Abs. 1 BGB, soweit K den Vertrag nicht genehmigt. K kann den Vertrag über 100 Kisten auch nicht

nach § 178 S. 1 BGB widerrufen - da insoweit die Vertretung wirksam war.

II. Welche Ansprüche bestehen gegen den vermeintlichen Vertreter?

Bei Verträgen, die ein Vertreter ohne Vertretungsmacht abschließt sowie bei einseitigen Rechtsgeschäften, die ausnahmsweise unter § 180 S. 2, S. 3 BGB fallen, gewährt das Gesetz in § 179 Abs. 1 BGB und § 179 Abs. 2 BGB **zwei verschiedene Schadensersatzansprüche**, die Sie **sauber unterscheiden müssen**:

- Nach § 179 Abs. 1 BGB haftet der Vertreter ohne Vertretungsmacht, der **wusste**, dass er den Vertretenen nicht berechtigen und verpflichten konnte, **nach Wahl des Geschäftspartners auf Erfüllung oder Schadensersatz**.

Selbst wenn der Geschäftspartner Erfüllung wählt, kommt kein Vertrag mit dem Vertreter zustande. Die Rechtsbeziehung aus § 179 Abs. 1, 1. Var. BGB ist vielmehr ein **gesetzliches Schuldverhältnis**, auf das aber §§ 280 ff. BGB unmittelbar und die Regelungen des Gewährleistungsrechts sowie der Anfechtung analoge Anwendung finden.



- Nach § 179 Abs. 2 BGB haftet der Vertreter ohne Vertretungsmacht, der **nicht wusste**, dass er den Vertretenen nicht berechtigen und verpflichten konnte (selbst wenn er es wissen konnte), **ausschließlich auf Ersatz des Vertrauensschadens**, der durch den **Erfüllungsschaden** gedeckelt ist.

K kauft von X als vermeintlichem Vertreter des V 1.000 Kilo Zuckermais für 500 €, den K für 700 € weiterverkaufen kann. Hätte K den Vertrag nicht mit X abgeschlossen, hätte er den Zuckermais bei Z für 600 € gekauft. Nunmehr will Z den Zuckermais jedoch nur noch für 650 € an K verkaufen.

- Das nach § 179 Abs. 1 BGB zu ersetzende **positive Interesse** beträgt $700 € - 500 € = 200 €$ (objektiver Wert des Zuckermais abzüglich mit X vereinbarter Kaufpreis).
- Das nach § 179 Abs. 2 BGB zu ersetzende **negative Interesse** beträgt $650 € - 600 € = 50 €$; denn hätte K sofort bei Z gekauft (weil er nie mit X gesprochen hätte), hätte er bei diesem 50 € weniger gezahlt als er jetzt zahlen muss.



1. Was setzt die Haftung nach § 179 Abs. 1 BGB voraus?

Der Anspruch aus § 179 Abs. 1 BGB hat **hohe Klausurrelevanz**. Sie sollten sich daher die Voraussetzungen **besonders gut einprägen**:



Voraussetzungen von § 179 Abs. 1 BGB - Rechtsfolge: Erfüllung oder Erfüllungsschaden

1. **Eigene Willenserklärung** des vermeintlichen Vertreters.
2. Handeln des vermeintlichen Vertreters **in fremdem Namen** (Offenkundigkeit).
3. **Keine Vertretungsmacht** des vermeintlichen Vertreters.
4. Willenserklärung führt zu einem **Vertragsschluss** oder es liegt ein **einseitiges Rechtsgeschäft** unter den Voraussetzungen von § 180 S. 2 BGB oder § 180 S. 3 BGB vor.
5. **Keine Genehmigung** des Rechtsgeschäfts durch den Vertretenen, (§ 177 BGB iVm § 184 Abs. 1 BGB). Beachte: Genehmigung wirkt zurück, bei Verweigerung oder Fristablauf (§ 177 Abs. 2 BGB) sowie bei Widerruf durch Geschäftspartner (§ 178 BGB) wird schwebende Unwirksamkeit endgültig - in allen Fällen greift § 179 BGB.
6. **Positive Kenntnis** des Vertreters vom Mangel der Vertretungsmacht (§ 179 Abs. 2 BGB) - Kennenmüssen oder grob fahrlässige Unkenntnis genügen nicht!
7. **Keine Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des Geschäftspartners** (§ 179 Abs. 3 S. 1 BGB), **keine beschränkte Geschäftsfähigkeit des Vertreters** (ohne Zustimmung dessen gesetzlichen Vertreters, § 179 Abs. 3 S. 2 BGB).

a. Welche Rechtsfolgen hat § 179 Abs. 1 BGB?

In der Klausur ist es ausgesprochen wichtig, dass Sie sauber unterscheiden zwischen

- **Erfüllung** (der Vertreter ohne Vertretungsmacht muss sich so behandeln lassen, als sei er selbst Vertragspartner geworden - dazu auf der nächsten Seite) und
- **Schadensersatz** (es wird nur eine Geldzahlung geleistet, durch welche die eingetretenen Vermögenseinbußen ersetzt werden, § 249 BGB, § 251 BGB). Umstritten ist dabei, welcher Schaden damit eigentlich gemeint ist.



- Einerseits kann man aus dem Nebeneinander von "Erfüllung" und "Schadensersatz" in § 179 Abs. 1 BGB folgern, dass ausschließlich der Vermögensverlust durch den Nichterhalt der Gegenleistung ausgeglichen werden soll (**positives Interesse**). Man spricht insoweit auch von Schadensersatz statt der Leistung bzw. Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Das negative Interesse, also ein möglicherweise höherer Schaden, der durch das Vertrauen auf die Wirksamkeit entstanden ist (z.B. abgelehnte Alternativangebote) ist demnach nicht nach § 179 Abs. 1 BGB ersatzfähig.
- Die Gegenansicht weist auf § 179 Abs. 2 BGB hin. Dieser sieht ausdrücklich einen Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens (**negatives Interesse**) vor.

In Absatz 2 wird er aber zum Schutz des gutgläubigen Vertreters ohne Vertretungsmacht auf das positive Interesse begrenzt. Im Umkehrschluss aus dieser Regelung wird angenommen, dass nach Absatz 1 erst recht das negative Interesse und zwar ohne Begrenzung auf das positive Interesse ersetzt wird. Dies wird damit begründet, dass § 179 Abs. 1 BGB auch einen Strafcharakter hat und der Geschäftspartner umfassenden Schutz verdient hat.

b. Was bedeutet die Wahl der "Erfüllung"?

Wenn der Geschäftspartner vom Vertreter ohne Vertretungsmacht "Erfüllung" verlangt, muss dieser grundsätzlich alle Pflichten so erfüllen wie es der Vertretene getan hätte.

Hat der Vertreter ohne Vertretungsmacht dem Geschäftspartner eine Sache verkauft (§ 433 Abs. 1 S. 1 BGB), so muss nun er die versprochene Sache dem Geschäftspartner übergeben und übereignen (und diese ggf. vorher beschaffen).



Das bedeutet aber nicht, dass zwischen dem Vertreter ohne Vertretungsmacht und dem Geschäftspartner ein Vertrag zustande gekommen ist. Vielmehr handelt es sich um ein gesetzliches Schuldverhältnis. Dennoch stehen dem Vertreter ohne Vertretungsmacht bei dieser Gestaltung auch alle Rechte zu, die eigentlich der Vertretene gehabt hätte.

Der Vertreter ohne Vertretungsmacht kann Erfüllung (etwa Kaufpreiszahlung) vom Geschäftspartner verlangen und solange seine Leistung verweigern (§ 320 Abs. 1 BGB). Er kann aufrechnen (§ 389 BGB). Bei Schlechtleistung stehen ihm die Rechte aus §§ 280 ff. BGB und die speziellen Gewährleistungsansprüche aus § 437 BGB zu. Er kann, wenn er Verbraucher und der Geschäftspartner Unternehmer ist, einen Widerruf nach § 355 BGB erklären. Die Verjährung (§ 214 BGB) ist genauso lang wie diejenige des Anspruchs gegen den Vertretenen.



Ärgerlich ist die Situation allerdings bei einer Anfechtung nach § 119 BGB:

Wegen § 122 BGB muss die Anfechtung "unverzüglich" erklärt werden. Grundsätzlich ist anfechtungsbefugt aber der Vertretene (nicht der Vertreter!). Erst mit endgültiger Verweigerung der Genehmigung steht dieses Recht dem Vertreter ohne Vertretungsmacht zu.



Bei § 123 BGB stellt sich dieses Problem nicht, denn hier greift die komfortable Jahresfrist - ein Geschäftspartner, der durch Drohung oder Täuschung auf den Vertretenen eingewirkt hat ist nicht schutzwürdig.

2. Was setzt die Haftung nach § 179 Abs. 2 BGB voraus?

Neben dem Anspruch aus § 179 Abs. 1 BGB hat derjenige aus § 179 Abs. 2, 1 BGB zwar größere praktische Bedeutung, wird in Klausuren aber seltener vorliegen. Die Voraussetzungen sind identisch bis auf Punkt 6 - dort wird gerade **fehlende Kenntnis** vorausgesetzt.



Voraussetzungen von § 179 Abs. 2, 1 BGB - Rechtsfolge: Ausschließlich Vertrauensschaden (Erfüllung oder Erfüllungsschaden ausgeschlossen)

1. **Eigene Willenserklärung** des vermeintlichen Vertreters.
2. Handeln des vermeintlichen Vertreters **in fremdem Namen** (Offenkundigkeit).
3. **Keine Vertretungsmacht** des vermeintlichen Vertreters.
4. Willenserklärung führt zu einem **Vertragsschluss** oder es liegt ein **einseitiges Rechtsgeschäft** unter den Voraussetzungen von § 180 S. 2 BGB oder § 180 S. 2 BGB vor.
5. **Keine Genehmigung** des Rechtsgeschäfts durch den Vertretenen, (§ 177 BGB iVm § 184 Abs. 1 BGB). Beachte: Genehmigung wirkt zurück, bei Verweigerung oder Fristablauf (§ 177 Abs. 2 BGB) sowie bei Widerruf durch Geschäftspartner wird schwebende Unwirksamkeit endgültig - in allen Fällen greift § 179 BGB.
6. **Keine Kenntnis** des Vertreters vom Mangel der Vertretungsmacht - **Kennenmüssen ist nicht erforderlich**; bei Kenntnis greift Absatz 1.
7. **Keine Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des Geschäftspartners** (§ 179 Abs. 3 S. 1 BGB), **keine beschränkte Geschäftsfähigkeit des Vertreters** (ohne Zustimmung dessen gesetzlichen Vertreters, § 179 Abs. 3 S. 2 BGB).

Die Begrenzung des zu ersetzenden Vertrauensschadens durch das Erfüllungsinteresse kann zu Schwierigkeiten bei der **Abgrenzung zu einem Anspruch aus § 280 Abs. 1 BGB iVm § 311 Abs. 3 S. 1 BGB (culpa in contrahendo)** führen.



X tritt gegenüber K als Vertreter des V auf und verkauft diesem 100 Kisten Altbier für 100 €, die K weiter an X für 150 € verkauft. Alternativ hätte X das Altbier auch bei U erwerben können, wo es ihn nur 80 € gekostet hätte. Nun muss er selbst 150 € ausgeben, macht also keinen Gewinn.

Das **negative Interesse beträgt hier 150 € - 80 € = 70 €**. Allerdings würde das **positive Interesse nur 150 € - 100 € = 50 €** betragen. Nach § 179 Abs. 2 BGB kann K von X nur den **niedrigeren Betrag**, also 50 € ersetzt verlangen.

Anders als § 179 Abs. 2 BGB findet sich in der allgemeinen culpa in contrahendo (§ 280 Abs. 1 BGB, § 311 Abs. 3 S. 1 BGB) **keine Begrenzung auf das positive Interesse**. Es wären also die vollen 70 € zu ersetzen. Für die parallele Anwendung von culpa in contrahendo und § 179 BGB wird vor allem auf das zusätzliche Erfordernis des Vertretenmüssens in § 280 Abs. 1 S. 2 BGB verwiesen - die Haftung kann strenger sein, weil § 179 Abs. 2 BGB verschuldensunabhängig ist.

3. Wann scheidet eine Haftung des vermeintlichen Vertreters aus?

§ 179 Abs. 3 BGB nennt **zwei gesetzliche Ausschlussgründe**: Die Haftung ist einerseits ausgeschlossen, wenn der Geschäftspartner wusste, dass der vermeintliche Vertreter gar keine Vertretungsmacht hatte bzw. seine Vertretungsmacht überschritt (§ 179 Abs. 3 S. 1 BGB). Andererseits werden beschränkt geschäftsfähige (§ 107 BGB) Vertreter nach § 179 Abs. 3 S. 2 BGB privilegiert. Diese schauen wir uns auf den nächsten Seiten näher an. Daneben gibt es einige **ungeschriebene Ausschlussgründe**, die Sie schon einmal gehört haben sollten.

- Die Haftung des Vertreters ist ausgeschlossen, wenn der Geschäftspartner selbst die Wirksamkeit des Vertretergeschäfts **durch einen Widerruf (§ 178 BGB) verhindert hat**. Will sich also der Geschäftspartner alle Optionen offen halten, muss er den Vertretenen zur Genehmigung auffordern (§ 177 Abs. 2 BGB) und den Ablauf der Frist abwarten.
- Die Haftung des Vertreters ist auch ausgeschlossen, wenn eine **Kollusion oder ein darüber hinausgehender Missbrauch der Vertretungsmacht** vorliegt. Denn in diesen Fällen ist der Geschäftspartner nicht schutzwürdig - er wusste bzw. hätte wissen müssen, dass der Vertretene nicht verpflichtet wird. Für diesen Schaden kann er den Vertreter nicht zur Verantwortung ziehen.
- Ein Anspruch aus § 179 BGB scheidet auch aus, wenn ein **Anspruch gegen den Vertretenen aus anderen Gründen nicht wirksam zustande gekommen wäre**. Dies ist etwa der Fall bei Formverstoß (§ 125 BGB), Gesetzeswidrigkeit (§ 134 BGB) oder Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB). Denn in diesem Fall soll der Geschäftspartner nicht besser stehen, als wenn Vertretungsmacht vorgelegen hätte - auch dann hätte er aber keinen Anspruch erworben. Geschäftsunfähigkeit bzw. beschränkte Geschäftsfähigkeit des Vertretenen steht der Haftung des Vertreters aus § 179 BGB nicht entgegen - denn auch Geschäftsunfähige und beschränkt Geschäftsfähige können sich (notfalls gesetzlich) vertreten lassen.
- Schließlich soll die Haftung aus § 179 BGB ausgeschlossen sein, wenn die Forderung gegen den Vertretenen **an dessen fehlenden Vermögen gescheitert wäre** (namentlich wenn dieser Insolvenz angemeldet hat). Dann soll der Geschäftspartner durch das Fehlen der Vertretungsmacht nicht besser stehen als bei deren Vorhandensein.

a. Was gilt im Falle einer Rechtsscheinsvollmacht?

Eine Haftung des Vertreters gegenüber dem Geschäftspartner kommt nicht in Betracht, soweit bereits **der Vertretene auf Erfüllung des Vertrages haftet**. Bedeutung erlangt dies namentlich in den Fällen der Rechtsscheinsvollmacht.

In diesen Fällen hat also der Geschäftspartner nicht etwa das Wahlrecht, ob er den Vertretenen oder den Vertreter in Anspruch nimmt - **er kann sich ausschließlich an den Vertretenen halten**. Das Rechtsgeschäft gilt als mit Vertretungsmacht abgeschlossen.



Sie erinnern sich sicherlich noch an die von uns behandelten Fälle der Rechtsscheinsvollmacht:

- Nach § 170 BGB kann eine **Außenvollmacht** zwar gegenüber dem Vertreter im Innenverhältnis widerrufen werden - aber der Geschäftspartner kann auf den Fortbestand vertrauen, bis er davon erfährt.

- Nach § 171 BGB ist es ebenso zulässig, auf eine Innenvollmacht zu vertrauen, die der Vertreter **gegenüber dem Geschäftspartner kundgegeben** hat, bis diese Kundgabe in gleicher Weise widerrufen wird.
- Schließlich regelt § 172 BGB das **Vertrauen auf eine Vollmachtsurkunde** bis zu deren Rückgabe oder Kraftloserklärung.
- Darüber hinaus wird überwiegend eine im Gesetz nicht geregelte **Anscheinsvollmacht** anerkannt, die an einen beliebigen, zumindest fahrlässig (§ 276 Abs. 2 BGB) verursachten Rechtschein anknüpft.
- Keine Rechtsscheinsvollmacht ist die **Duldungsvollmacht** - bei dieser handelt es sich vielmehr um eine konkludent durch Rechtsgeschäft erteilte Vollmacht.

b. Wann ist die Haftung nach § 179 Abs. 3 S. 1 BGB ausgeschlossen?

Nach § 179 Abs. 3 S. 1 BGB sind Ansprüche ausgeschlossen, *wenn der andere Teil den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen musste*. Den Ausdruck "Kennenmüssen" haben Sie bereits in § 122 Abs. 2 BGB kennengelernt, wo er legaldefiniert ist: Es kommt auf die fahrlässige Unkenntnis an.

Das bedeutet wiederum, dass Sie sich in der Klausur fragen müssen, ob der Geschäftspartner bei Anwendung der *im Verkehr erforderlichen Sorgfalt* (§ 276 Abs. 2 BGB) gewusst hätte, dass die Vertretungsmacht fehlt. Nun kann sich der Geschäftspartner eigentlich immer informieren, indem er den Vertretenen fragt. Hierzu hat er aber **grundsätzlich keinen Anlass**; eine entsprechende Obliegenheit besteht erst, wenn es konkrete Umstände gibt, aufgrund derer er zweifeln muss.



Bösgläubigkeit besteht unproblematisch, wenn der Vertreter erklärt, seine Vertretungsmacht hänge von einer Genehmigung durch den Vertretenen ab (§ 177 Abs. 1 BGB), die aber sicher erteilt werde.

Im Übrigen gilt: Auf die Behauptung des Vertreters, dass er Vertretungsmacht habe, darf sich der Geschäftspartner verlassen. Hat der Vertreter bewusst Zweifel zerstreut und so eine Nachfrage verhindert, darf er sich nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht auf den Ausschluss nach § 179 Abs. 3 S. 1 BGB berufen.



Der Anspruch wird durch § 179 Abs. 3 S. 1 BGB **auch bei leichtester Fahrlässigkeit insgesamt ausgeschlossen**. Das ist ein wichtiger Unterschied zu anderen Schadensersatzansprüchen, wo ein Mitverschulden im Zweifel nur zu einer anteiligen Minderung führt (§ 254 BGB).

c. Selbstkontrollaufgabe: Was regelt § 179 Abs. 3 S. 2 BGB?



Selbstkontrollaufgabe: Lesen Sie einmal § 179 Abs. 3 S. 2 BGB. Kommt es Ihnen nicht merkwürdig vor, dass die Haftung von beschränkt Geschäftsfähigen (also Kinder von 7 bis 18 Jahren) dort ausgeschlossen ist - aber für Geschäftsunfähige

(also Kinder unter 7 Jahren) keine Privilegierung vorgesehen ist? Muss man die Regelung analog anwenden?

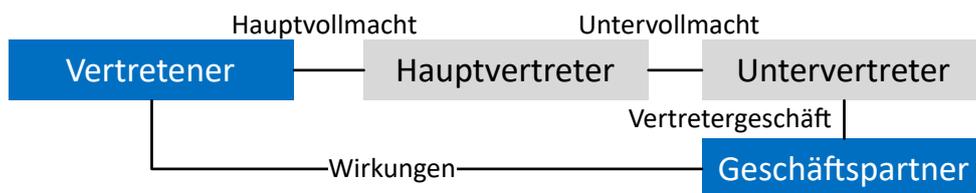
Hintergrund der Regelung ist natürlich § 165 BGB: Danach kann ein beschränkt Geschäftsfähiger Vertreter sein, weil er durch seine Erklärung nur einen Dritten berechtigt oder verpflichtet. Das durch seine Willenserklärung ausgelöste Geschäft ist also für ihn rechtlich neutral und damit nach § 107 BGB nicht einwilligungsbedürftig. Dies würde aber nicht gelten, wenn ihm die Gefahr einer Haftung auf Erfüllung oder Schadensersatz aus § 179 Abs. 1 BGB oder § 179 Abs. 2 BGB drohen würde. Daher schließt das Gesetz diese Haftung grundsätzlich aus.

Die gesetzliche Ausnahme erklärt sich wiederum aus § 107 BGB: Danach darf der Minderjährige mit Einwilligung seiner Eltern rechtlich nachteilhafte Geschäfte treffen. Dann bedarf es aber auch nicht der Privilegierung nach § 179 Abs. 3 S. 2 BGB.

Geschäftsunfähige können nach § 105 BGB keine eigene Willenserklärung abgeben. Damit können sie nicht Aktivvertreter sein. Nach § 131 BGB wird eine ihnen gegenüber abgegebene Willenserklärung nicht wirksam, so dass sie auch nicht als Passivvertreter auftreten können. Damit kann es keinen Fall geben, in dem sie als Vertreter mit oder ohne Vertretungsmacht auftreten können. § 179 BGB kann also auch nie auf sie Anwendung finden.

4. Wann haftet wer bei Unterbevollmächtigung?

Bei der Unterbevollmächtigung sind zwei Rechtsverhältnisse zu unterscheiden:



- Der Vertretene bevollmächtigt den Hauptvertreter (**Hauptvollmacht**).
- Der Hauptvertreter bevollmächtigt den Untervertreter (**Untervollmacht**).

Wurde **keine Untervollmacht erteilt oder war die Erteilung der Untervollmacht unwirksam**, so haftet ausschließlich der Untervertreter dem Geschäftspartner aus § 179 Abs. 1 BGB (bzw. mit der Einschränkung nach § 179 Abs. 2 BGB). Denn in diesem Fall liegen die Tatbestandsvoraussetzungen offensichtlich in seiner Person vor.

K bevollmächtigt A, für ihn bei V einen PKW zu erwerben. A schickt in hoch alkoholisiertem Zustand (§ 105 Abs. 2 BGB) eine SMS an B, dass dieser für K einen



PKW bei V kaufen soll. B schließt daraufhin im Namen des K (§ 164 Abs. 1 BGB) mit V einen Kaufvertrag (§ 433 BGB). Jedoch hatte er mangels wirksamer Vollmacht gar keine Befugnis, K zu berechtigen oder zu verpflichten. Er haftet daher (aufgrund seiner Gutgläubigkeit) gegenüber V nach § 179 Abs. 2 BGB.

Das gleiche Ergebnis soll für den Fall gelten, dass sowohl die Hauptvollmacht als auch die Untervollmacht an einem Fehler leiden (**Doppelmangel**).

Schwieriger ist demgegenüber der Fall, dass zwar eine wirksame Untervollmacht durch den Hauptvertreter erteilt wurde, es aber an einer **Hauptvollmacht des Vertretenen fehlt oder diese unwirksam ist**. Diesen werden wir uns nun näher ansehen.



BGHZ 68, 391
Flume, § 49, 5

Wenn der Untervertreter zwar eine **wirksame Vollmacht durch den Hauptvertreter** erhalten hat, jedoch dieser wegen **fehlender wirksamer Vollmacht des Vertretenen** gar keine Rechtsgeschäfte für den Vertretenen abschließen durfte, wirft dies Gerechtigkeitsbedenken auf: Ihn trifft auf einmal ein doppeltes **Haftungsrisiko** - gegenüber dem Geschäftspartner muss er sowohl für das Fehlen seiner Vollmacht als auch für das Fehlen der Vollmacht des Hauptvertreters nach § 179 BGB eintreten.



Im hoch alkoholisierten Zustand (§ 105 Abs. 2 BGB) bevollmächtigt K den A, für ihn bei V einen PKW zu kaufen. Der viel beschäftigte A schickt seinerseits B um den Vertrag für K abzuschließen. A erwirbt im Namen des K bei V einen VW Golf, wobei er deutlich macht, seinerseits von A bevollmächtigt zu sein. Nun verweigert K die Genehmigung des Vertrages (§ 177 BGB); V will Zahlung des Kaufpreises von K.

Solange der Geschäftspartner von der Untervertretung nichts weiß, wird dieser Fall unstrittig wie der Fall der fehlerhaften Untervollmacht gelöst. Umstritten ist jedoch, inwieweit der Geschäftspartner Ansprüche aus § 179 Abs. 1 BGB (bzw. nach Einschränkung durch § 179 Abs. 2 BGB) gegen den Untervertreter geltend machen kann, **wenn ihm gegenüber offengelegt wurde**, dass dieser nur Unterbevollmächtigter ist und ausschließlich die Hauptvollmacht an einem Fehler leidet.



Einerseits wird vertreten, dass auch in diesem Fall der Untervertreter neben dem Hauptvertreter **gesamtschuldnerisch (§ 421 BGB) dem Geschäftspartner aus § 179 Abs. 1 BGB (bzw. § 179 Abs. 2 BGB) auf Schadensersatz haftet**. Er kann Ausgleich nur im Innenverhältnis vom Hauptvertreter verlangen (§ 426 BGB), muss jedoch dem Geschäftspartner seinen Schaden voll ersetzen.

Argumente: Trotz Offenlegung ist kein wirksamer Vertrag zwischen Geschäftspartner und Vertretenen zustande gekommen. § 179 BGB nimmt insoweit keine Differenzierung vor. Der Untervertreter ist das Risiko der Unwirksamkeit bewusst eingegangen.

Die **Gegenauffassung** schließt für diesen Fall hingegen die Haftung des Untervertreeters aus. Gegenüber dem Geschäftspartner soll dann **nur der Hauptvertreter aus § 179 Abs. 1 BGB (bzw. § 179 Abs. 2 BGB) haften**.

Argumente: Der Untervertreter hatte die von ihm behauptete Vertretungsmacht für den Hauptvertreter. Das Rechtsverhältnis zwischen Hauptvertreter und Vertretenen ist für ihn hingegen ebensowenig wie für den Geschäftspartner ersichtlich. Sein Vertrauen ist daher gleichfalls schutzwürdig. Demgegenüber ist der Geschäftspartner nicht schutzbedürftig: Ihm war bekannt, dass es auf zwei Rechtsbeziehungen ankommt und er kann sich beim Hauptvertreter schadlos halten.

5. Wie verhält sich § 179 BGB zu anderen Ansprüchen?

Es ist umstritten, ob neben der Haftung aus § 179 Abs. 1 BGB oder § 179 Abs. 2 BGB auch **Ansprüche aus culpa in contrahendo** (§ 280 Abs. 1 BGB iVm § 311 Abs. 3 S. 1 BGB) in Betracht kommen. Auf den ersten Blick scheint diese Regelung zu passen: Sicherlich treffen auch den Vertreter ohne Vertretungsmacht Rücksichtnahmepflichten (§ 241 Abs. 2 BGB), obwohl er nicht selbst Vertragspartei werden sollte, und auch den Geschäftspartner treffen ihm gegenüber solche Pflichten. Umstritten ist allerdings, ob auch das Fehlen der Vertretungsmacht zu Ansprüchen aus § 280 Abs. 1 BGB führen kann.

Gegen eine Anwendung von § 280 Abs. 1 BGB neben § 179 BGB spricht, dass § 179 Abs. 3 BGB jegliche Haftung schon bei Kennenmüssen, d.h. fahrlässiger Unkenntnis ausschließt, während für Ansprüche aus § 280 Abs. 1 BGB nur eine anteilige Herabsetzung wegen Mitverschulden aus § 254 Abs. 1 BGB erfolgt. Zudem ist jedenfalls dem Wortlaut von § 280 BGB keine Begrenzung des Ersatzanspruchs durch das positive Interesse zu entnehmen. Die Haftung wäre also erheblich strenger.

Für eine Anwendung von § 280 Abs. 1 BGB neben § 179 BGB spricht jedoch, dass die culpa in contrahendo Vertretenmüssen (§ 276 Abs. 1 BGB, § 278 BGB) voraussetzt, während § 179 Abs. 2 BGB eine verschuldensunabhängige Haftung darstellt. Diese strengere Voraussetzung kann die Berücksichtigung des Mitverschuldens als reine Minderung statt vollständigen Ausschlusses kompensieren.

Unstreitig neben § 179 BGB anwendbar ist **§ 826 BGB (vorsätzliche sittenwidrige Schädigung)** - das dortige Vorsatzerfordernis gleicht die verschärften Folgen aus.

BGH NJW 1990, 389
Prölss JuS 1986, 169
Peters, FS Reinhardt, 1972, S 127



7. Kapitel: Was sind AGB?

Liebe Leserin, lieber Leser,

dieses Kapitel befasst sich mit der Natur Allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) und wie diese wirksam Bestandteil eines Vertrages werden. Dies ist wichtig für die Frage, mit welchem Inhalt ein Vertrag zustande kommt. Aufgrund unterschiedlicher wirtschaftlicher Verhältnisse kann das **Gleichgewicht zwischen den Vertragsparteien gefährdet sein**. Hauptzweck der §§ 305 ff. BGB ist es daher, die Parteien vor Vertragsklauseln zu schützen, die ihre rechtliche Position unzumutbar schwächen.

A. Wie erfolgt eine AGB-Kontrolle?



I. Vorliegen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB): § 305 Abs. 1 BGB

1. *Vielzahl von Verträgen*: Mindestens drei Mal beabsichtigt; Erweiterung: § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB
2. *Vorformuliert*: Mindestens im Kopf des Verwenders gespeichert
3. *Gestellt*: Nicht ausgehandelt, nur einseitig eingebracht; Erweiterung: § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB
4. Abgrenzung: § 305 Abs. 1 S. 3 BGB (individuell ausgehandelt)
5. U.U. Umgehungsverbot nach § 306a BGB

II. Ausschluss der Kontrolle nach § 310 Abs. 4 BGB (nur wenn naheliegend, sonst nicht erwähnen)

III. Einbeziehungskontrolle

1. Erforderlich nur wenn Kunde nicht Unternehmer ist (§ 310 Abs. 1 S. 1 BGB)
2. Hinweis oder Aushang (§ 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB)
3. Kenntnisnahme möglich und zumutbar (§ 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB)
4. Einverständnis des Adressaten (§ 305 Abs. 2 a.E. BGB)
5. Keine vorrangige Individualabrede ggü. einzelner Klausel (§ 305b BGB)
6. Keine überraschende Klausel (§ 305c Abs. 1 BGB)

IV. Inhaltskontrolle (Auslegung nach § 305c Abs. 2 BGB)

1. Abweichung vom Gesetz (§ 307 Abs. 3 S. 1 BGB)
2. Klauselverbote nach § 309 BGB (nicht anwendbar bei Unternehmern als Kunde § 310 Abs. 1 S. 1 BGB)
3. Klauselverbote nach § 308 BGB (nicht anwendbar bei Unternehmern als Kunde § 310 Abs. 1 S. 1 BGB)
4. Generalklausel des § 307 BGB

- a. Fälle von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB (Widerspruch zu gesetzlichem Grundgedanken) oder Nr. 2 (Einschränkung wesentlicher Rechte und Pflichten) - bei Unternehmern als Kunde: Berücksichtigung von § 308 BGB und § 309 BGB (§ 310 Abs. 1 S. 2 BGB), jeweils iVm Abs. 1 S. 1
- b. Transparenzgebot § 307 Abs. 1 S. 2 BGB
- c. Generalklausel § 307 Abs. 1 S. 1 BGB

V. Rechtsfolge

- 1. (Vgl.) § 306 Abs. 1 BGB: Nur Klausel unwirksam; Ausnahme § 306 Abs. 3 BGB (ganzer Vertrag unwirksam)
- 2. § 306 Abs. 2 BGB: Lückenschließung durch Gesetz; hilfsweise ergänzende Vertragsauslegung

1. Wann ist die AGB-Kontrolle erforderlich (§ 305 Abs. 1 BGB, § 310 BGB)?

Bevor Sie eine Einbeziehung nach § 305 Abs. 2 BGB oder eine Inhaltskontrolle nach § 307 ff. BGB in Betracht ziehen, müssen Sie zunächst einmal prüfen, ob überhaupt AGB vorliegen. Erst im Anschluss an die Prüfung dieser Definition sollten Sie einen Blick auf die Ausnahmen nach § 310 Abs. 4 BGB werfen; im Normalfall müssen Sie zu diesen Ausnahmen jedoch nichts schreiben.

1. Die AGB müssen für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sein.	§ 305 Abs. 1 S. 1 BGB
2. Die AGB müssen gestellt sein.	§ 305 Abs. 1 S. 1 iVm. S. 3 BGB
3. Die AGB-Kontrolle darf nicht ausnahmsweise ausgeschlossen sein.	§ 310 BGB

In der Klausur sollten Sie näher prüfen, ob es sich um AGB handelt, wenn es Zweifel gibt. Spricht schon der Sachverhalt von AGB (und nicht nur einer der Beteiligten), kann dieser Punkt in einem Satz abgehandelt oder ganz weggelassen werden. Umgekehrt brauchen Sie die §§ 305 ff. BGB gar nicht erst zu erwähnen, wenn es offensichtlich um einen für den Einzelfall individuell ausgehandelten Vertrag geht.



1. Was kann Gegenstand von AGB sein?

AGB sind nicht nur "das Kleingedruckte" in langen Formularen. Schon eine einzelne, sehr kurze Regelung kann für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sein. Der Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB ist also denkbar weit. Es ist daher sehr wichtig, dass Sie die Definition beherrschen und sauber prüfen!



Wichtige Beispiele sind Pflichten, die auf **Aushängen in Supermärkten** begründet werden ("Wenn Sie Ihre Tasche nicht am Eingang abgeben, erklären Sie sich mit einer Taschenkontrolle einverstanden") oder **Schilder auf Parkplätzen** ("Für im Fahrzeug liegen gelassene Gegenstände übernehmen wir keine Haftung", "Parken nur für Kunden der X-GmbH während der Einkaufszeit").

Per AGB kann man allerdings nur **Vertragsbeziehungen** regeln. So muss man etwa in den oben genannten Beispielen des Supermarkts oder Parkplatzes einen konkludenten Vertragsschluss durch Betreten des Ladens bejahen.

Will man ein **vorvertragliches Verhalten** (Antrag, Annahme etc.) regulieren, muss man einen "Vorvertrag" abschließen, für den die AGB gelten.



Soll also etwa eine formularmäßige Annahmefrist für einen Antrag (§ 147 BGB) vereinbart werden, handelt es sich bei der Regelung um einen Vorvertrag.

2. Wann sind Klauseln für eine "Vielzahl von Verträgen vorformuliert"?

- Eine *Vielzahl* ist mehr als ein Vertrag, aber wohl auch **mehr als zwei**. Eine gesetzliche Untergrenze gibt es nicht. In der Klausur bedeutet das: Wenn von vornherein feststeht, dass die Klausel maximal ein- oder zweimal verwendet werden soll, handelt es sich nicht um AGB. In Klausuren liegt regelmäßig eine *Vielzahl von Verträgen* im Sinne von § 305 Abs. 1 BGB vor
- *Vorformuliert* sind die AGB nicht nur, wenn der Verwender sie schriftlich fixiert, sondern es genügt bereits eine gedankliche Speicherung. Es ist außerdem unerheblich, ob der Verwender sie selbst vorformuliert hat oder ein Dritter. Entscheidend ist nur die zumindest gedankliche Fixierung vor Stellen der AGB.



1. Wichtig: Die AGB müssen **nicht vom Verwender selbst** mehrmals verwendet werden. Das bedeutet, dass auch Vertragsformulare/-muster aus dem Internet, die ein Verbraucher zum Verkauf seines Gebrauchtwagen verwendet, AGB sind - auch wenn er nur ein Auto zum Verkauf hat. Praktisch relevant ist dies vor allem für Formularymietverträge für Wohnungen.
2. Es genügt, dass die **Verwendung für die Zukunft** geplant ist. Bereits bei der ersten Verwendung liegen dann AGB vor, schließlich geht es gerade um die Verwendungsabsicht.

- Stammen die AGB von einem Unternehmer (§ 14 BGB) und ist der Kunde Verbraucher (§ 13 BGB), können Sie trotz Verneinung der *Vielzahl von Verträgen* zur AGB-Kontrolle gelangen (§ 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB): Danach sind die Regeln zur Inhaltskontrolle (§ 307 BGB, § 308 BGB, § 309 BGB) sowie die Auslegungsregel (§ 305c Abs. 2 BGB) auch anwendbar, wenn die konkrete Klausel nur einmal verwendet werden soll, sofern nicht der Verbraucher auf ihre Gestaltung Einfluss nehmen konnte. Nicht anwendbar sind hingegen die Regeln zur Einbeziehung (§ 305 Abs. 2 BGB) und für überraschende Klauseln (§ 305c Abs. 1 BGB), stattdessen gelten die allgemeinen Regeln (insb. § 130 BGB, §§ 145 ff. BGB). Aufgrund dieses einge-

schränkten Anwendungsbereichs müssen Sie auch bei Verbraucherverträgen zuerst die *Vielzahl von Verträgen* prüfen, erst bei Verneinung dieses Merkmals dürfen Sie auf § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB eingehen.

Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 41. Auflage, München 2017, Rn. 222 a.



3. Was ist bezüglich des "Stellens" der Vertragsbedingungen zu beachten?

- Der Verwender *stellt* Vertragsbedingungen immer dann, wenn keine **Individualvereinbarung** nach § 305 Abs. 1 S. 3 BGB vorliegt: Das Merkmal entfällt also, wenn ernsthafte Verhandlungen geführt wurden. Die Klausel muss einseitig durch den Verwender vorgegeben worden sein. Verhandlungen sind zudem erst möglich, wenn beide Parteien die in der Klausel getroffene Regelung verstehen; im Zweifel besteht eine Aufklärungspflicht der erfahrenen Partei. Eine Diskussion ohne die Absicht, auch Änderungswünsche anzunehmen, genügt also nicht.

Wichtig: *Stellt* der Verwender eine Klausel, schließt dies eine Individualvereinbarung im Sinne von § 305 Abs. 1 S. 3 BGB aus. Sie müssen diese Frage also nicht noch einmal separat prüfen.



- Für Verträge, in denen ein Unternehmer (§ 14 BGB) einem Verbraucher (§ 13 BGB) gegenüber AGB *stellt*, greift nach § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB insoweit eine **Vermutung**: Ist eine Klausel vorformuliert, wird vermutet, dass der Verwender sie *stellt*, sofern sie nicht der Verbraucher in den Vertrag eingebracht hat. Solche von Dritten vorformulierte Klauseln können etwa von Maklern oder Notaren in den Vertrag eingebracht worden sein. Anders als § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB sollten Sie diese Vermutung stets in der Klausur heranziehen, sie ist nicht nachrangig gegenüber dem Normalfall.

Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 41. Auflage, München 2017, Rn. 222b.



4. In welchen Fällen werden AGB nicht überprüft?

Eine AGB-Kontrolle erfolgt nicht bei **Verträgen im Erbrecht**, im **Familienrecht** und im **Gesellschaftsrecht**, sowie im **Kollektivarbeitsrecht** (Tarifverträge, Betriebs- oder Dienstvereinbarungen), vgl. § 310 Abs. 4 S. 1 BGB. Hier greift stattdessen nur eine allgemeine Inhaltskontrolle anhand von § 242 BGB bzw. § 138 BGB.

Im Arbeitsrecht ist die Einbeziehungskontrolle entbehrlich, zudem ist auf die dortigen Besonderheiten Rücksicht zu nehmen (eine Selbstverständlichkeit, die § 310 Abs. 4 S. 2 BGB nur deshalb betont, weil früher auch insoweit das AGB-Recht unanwendbar war).

Sehr klausurrelevant ist § 310 Abs. 1 S. 1 BGB, nach dem AGB, die gegenüber einem Unternehmer (§ 14 BGB), einer juristischen Person des öffentlichen Rechts (Bund, Länder, Gemeinden, Universitäten etc.) oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen verwendet werden die Einbeziehungskontrolle nach § 305 Abs. 2 BGB und die spezifischen Klauselverbote nach § 308 BGB, § 309 BGB keine Anwendung finden. **Achtung:** Gemäß § 310 Abs. 1 S. 2 HS. 1 BGB werden die Wertungen der § 308 BGB, § 309 BGB dann jedoch auf § 307 Abs. 1 und 2 BGB über-



tragen, sodass die Klauselverbote über die Generalklausel dennoch Beachtung finden können. Die Generalklausel des § 307 BGB ist immer zur Überprüfung der Klausel heranzuziehen. Darauf müssen Sie in Falllösungen stets achten!

Wenig klausurrelevant sind zwei Ausnahmen: Die besonderen Klauselverbote der §§ 308, 309 BGB sind nicht auf Versorgungsunternehmen anwendbar (§ 310 Abs. 2 BGB). Für Personenbeförderungsunternehmen und Telekommunikationsdienstleister befindet sich eine Ausnahme zur Einbeziehung in § 305a BGB, die aber an öffentlich-rechtliche Vorgaben anknüpft, die sie in der Klausur nicht prüfen können. Das normale Taxi bzw. die lokalen Bahnen fallen in der Regel nicht unter diese Ausnahme.

II. Wann sind AGB wirksam einbezogen (§ 305 Abs. 2 BGB)?

Die "Einbeziehung" nach § 305 Abs. 2 BGB verdrängt die allgemeinen Zugangsregeln nach § 130 BGB. Sie hat drei Voraussetzungen:



1. Es muss einen **ausdrücklichen Hinweis** bei Vertragsschluss geben (§ 305 Abs. 2 Nr. 1, 1. Var. BGB). Stattdessen ist ausnahmsweise ein deutlich sichtbarer Aushang am Ort des Vertragsschlusses zulässig, wenn ein Hinweis im konkreten Einzelfall nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich wäre (§ 305 Abs. 2 Nr. 1, 2. Var. BGB). Es gibt also kein Wahlrecht, sondern der Aushang ist eine besonders begründungsbedürftige Ausnahme - in der Klausur also nachrangig zu prüfen.
2. Der Vertragspartner des Verwenders muss die **Möglichkeit** haben, in zumutbarer Weise vom Inhalt der AGB **Kenntnis** zu nehmen (§ 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB).
3. Schließlich muss der Vertragspartner des Verwenders mit der Geltung der AGB **einverstanden** sein (§ 305 Abs. 2 a.E. BGB - nicht etwa Nr. 3!)

Beachten Sie: Nach § 310 Abs. 1 S. 1 BGB gelten für die **Einbeziehung gegenüber einem Unternehmer** (§ 14 BGB), einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen die allgemeinen Regeln. Daher muss die Geltung der AGB nur von der vertraglichen Einigung (Antrag/Annahme) umfasst sein. Dies kann im Einzelfall sogar konkludent erfolgen, wenn die AGB branchenüblich sind.



Natürlich hat der Vertragspartner des Verwenders auch insoweit ein Recht auf Einsicht in die AGB - sie sind ihm auf Anforderung zuzusenden.

1. Was ist beim "ausdrücklichen Hinweis" oder "Aushang" zu beachten?

- Ein Hinweis ist **nicht erforderlich**, wenn die AGB ohnehin Bestandteil des Vertragstextes sind: Der Hinweis "Es gelten die Bedingungen dieses Vertrages" ist also überflüssig. Prüfen Sie also

den ausdrücklichen Hinweis nur, wenn es um Klauseln geht, die nicht ohnehin Teil des Vertragstextes sind.

Ein eigener Hinweis ist aber dann erforderlich, wenn die AGB als *Anlage* beigelegt werden oder auf der *Rückseite* des Vertrages abgedruckt sind.



- Bei **schriftlichen Verträgen** ist grundsätzlich ein Hinweis im Vertragstext erforderlich, um Bedingungen einzubeziehen, die nicht im Vertragstext selbst enthalten sind. Dieser muss optisch so deutlich sein, dass er von einem Durchschnittskunden auch bei flüchtiger Betrachtung nicht übersehen werden kann. Das bedeutet: Die Schriftgröße darf nicht so klein sein, dass man sie nicht lesen kann; keinesfalls genügt es, die AGB ohne Hinweis auf der Rückseite des Vertrages abzudrucken.
- Bei **mündlich geschlossenen Verträgen** genügt ein schlichter mündlicher Hinweis.
- Der Hinweis muss "**bei Vertragsschluss**" erfolgen - ein Hinweis *vor* dem Vertragsschluss (auch bei einem früheren Vertragsschluss) genügt nicht (Ausnahme: Rahmenverträge nach § 305 Abs. 3 BGB). Ebenso wenig genügt ein Hinweis *nach* Vertragsschluss (etwa auf dem Lieferschein, der Eintrittskarte etc.). Ohne Bedeutung ist hingegen, ob der Vertrag anfechtbar oder nach § 355 BGB widerrufen ist.
- Die ausnahmsweise Zulässigkeit des **Aushangs** betrifft nach dem ursprünglichen Willen des Gesetzgebers Konstellationen, in denen der Vertragspartner des Verwenders gar keinen Kontakt mit einem anderen Menschen hat (Einfahrt in ein Parkhaus, Benutzung von Selbstbedienungsautomaten etc.). In der Praxis hat es sich aber etabliert, einen Aushang auch bei Massengeschäften genügen zu lassen, in denen der Aufwand für den Hinweis außerhalb jeglichen Nutzens liegen würde.

2. Was ist bezüglich der "Möglichkeit zur Kenntnisnahme" zu beachten?



Die Möglichkeit zur Kenntnisnahme richtet sich nach den konkreten Umständen des Vertragsschlusses:

- Auf die Kenntnisnahmemöglichkeit kann durch Individualvereinbarung (§ 305 Abs. 1 S. 3 BGB) **verzichtet** werden. Da sie nur dem Kundenschutz dient, kann der Vertragspartner des Verwenders sich auf die Ungewissheit bewusst einlassen. Ausgeschlossen ist freilich, dass der Verzicht auf die Kenntnisnahmemöglichkeit ihrerseits als AGB geregelt wird.
- Bei einem Vertragsschluss zwischen zwei **gleichzeitig räumlich anwesenden Personen** genügt es, wenn die AGB ausgehängt sind oder auf Wunsch vorgelegt werden können.
- Bei einem **Vertragsschluss per Post** müssen die AGB vollständig übersandt werden; es genügt nicht der bloße Hinweis, diese auf Anforderung zu übermitteln oder gar, diese im Buchhandel zu erwerben.
- Bei einem **Vertragsschluss am Computer** (Annahme von Lizenzbedingungen, Kauf im Internet etc.) müssen die AGB lesbar am Bildschirm angezeigt und jedenfalls bei größerem Umfang ausgedruckt werden können.

- Bei einem **Vertragsschluss per Telefon** ist ein Vorlesen der AGB nur möglich, wenn es sich um einzelne, kurze und leicht verständliche Regelungen handelt. Ansonsten ist ein Vertragsschluss unter Einbeziehung von AGB per Telefon ausgeschlossen, wenn nicht ein individueller Verzicht vorliegt.

3. Was ist bezüglich des "Einverständnisses" zu beachten?

Das BGB verlangt, dass der Vertragspartner des Verwenders mit der Geltung der AGB einverstanden ist, § 305 Abs. 2 a.E. BGB. Dieses Einverständnis ist eine nach § 151 S. 1 BGB nicht empfangsbedürftige Willenserklärung, die konkludent erfolgen kann und nach § 157 BGB maßgeblich nach dem Empfängerhorizont auszulegen ist. In der Klausur sollten Sie die Bedeutung dieser Voraussetzung nicht überschätzen; sie liegt fast immer vor:

- Das Einverständnis muss weder ausdrücklich erfolgen noch muss es sich konkret auf die Geltung der AGB beziehen. Vielmehr liegt in der **Annahme eines Vertrages**, bei dessen Abschluss entsprechend § 305 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2 BGB die Anwendbarkeit der AGB hinreichend deutlich gemacht wurde, auch das Einverständnis in die Geltung der AGB.
- Die **Fehlvorstellung**, dass die AGB nicht gelten, ist rechtlich irrelevant und steht einem Einverständnis nicht entgegen. Genau diesen Fall wollte der Gesetzgeber durch den ausdrücklichen Hinweis (§ 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB) und die zumutbare Kenntnisnahmemöglichkeit (§ 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB) ausschließen; ein entsprechender Irrtum kann daher nach § 157 BGB vom Empfänger nicht vorhergesehen werden, wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind.
- Ebensowenig ist es relevant, dass sich der Kunde, d.h. der Vertragspartner des Verwenders der AGB, zwar **vorstellt, die AGB abzulehnen**, dies aber nirgends kenntlich macht. In diesen Fällen liegt nur ein nach § 116 S. 1 BGB unbeachtlicher geheimer Vorbehalt vor. Dies gilt selbst dann, wenn es (z.B. bei einem Internetformular) gar keine Möglichkeit gibt, einen Widerspruch gegen die AGB vor der Annahme zu erklären.
- Das "Einverständnis" bedeutet nicht, dass der Vertragspartner mit jeder **einzelnen Klausel** einverstanden sein muss. Ist er mit einer Regelung nicht einverstanden, hat dies nicht zur Folge, dass diese nicht Vertragsbestandteil wird. Vielmehr muss der Vertragspartner des Verwenders dann mit dem Verwender über diese Klausel verhandeln (§ 305 Abs. 1 S. 3 BGB); gelingt es ihm nicht, den Verwender zu überzeugen, hat er nur die Wahl, den gesamten Vertrag (einschließlich der AGB) abzulehnen oder den Vertrag (einschließlich der AGB) anzunehmen.

Ob das Einverständnis in die Einbeziehung fremder AGB angefochten werden kann oder nicht, ist umstritten.



- **Überwiegend** wird eine Anfechtung des Einverständnisses abgelehnt. Die Vorschriften über die Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle gewähren dem Geschäftspartner des Verwenders einen hinreichenden Schutz.
- Die **Gegensicht** erlaubt hingegen die Anfechtung des Einverständnisses nach allgemeinen Regeln (§ 142 Abs. 1 BGB iVm § 119 Abs. 1 BGB). Sie betont, dass die Inhaltskontrolle nur vor einer objektiv unangemessenen Benachteiligung schützt. Demgegenüber stellt die Anfechtung sicher, dass sich der wahre Wille des Erklärenden durchsetzt, dient also der Privatautonomie als solcher.

- Unstreitig kann der **Verwender selbst** nicht wegen Irrtums anfechten - dies würde die Regelung des § 306 BGB unterlaufen (ähnlich argumentiert man auch gegen ein Anfechtungsrecht des Verkäufers bei sachmangelhafter Lieferung).

III. Warum sind überraschende Klauseln (§ 305c Abs. 1 BGB) besonders geregelt?

Die Regelung des § 305c Abs. 1 BGB steht zwischen der Inhaltskontrolle (§ 307 BGB, § 308 BGB, § 309 BGB) und der Einbeziehung (§ 305 Abs. 2 BGB). Sie schützt denjenigen, dem gegenüber die AGB zwar durch Hinweis und Möglichkeit zur Kenntnisnahme nach § 305 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2 BGB wirksam einbezogen wurden, der diese aber nie tatsächlich zur Kenntnis genommen hat.

Wichtig: § 305c BGB hat zwei Absätze - nur der erste Absatz regelt (faktisch) eine Unwirksamkeit, indem die Klausel nicht Vertragsbestandteil wird; der zweite Absatz regelt die Auslegung. "Mehrdeutige" Klauseln im Sinne von § 305c Abs. 2 BGB (so die amtliche Überschrift) sind damit **nicht unwirksam!** Zitieren Sie also das Gesetz genau.



In der Klausur wird nur selten ein Fall von § 305c Abs. 1 BGB vorliegen. Im Normalfall wird von Ihnen eine Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB erwartet. Der Anknüpfungspunkt ist dabei unterschiedlich: Im Rahmen der §§ 307 ff. BGB wird die inhaltliche Angemessenheit der Klausel überprüft, während in § 305c Abs. 1 BGB die Erkennbarkeit der Regelung für die Adressaten genügt. Dass diese Abgrenzung nicht ganz trennscharf ist, zeigt insbesondere das Transparenzgebot in § 307 Abs. 1 S. 2 BGB, das unstreitig zur Inhaltskontrolle gehört.

Eine Klausel ist "**überraschend**", wenn sie nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrages so ungewöhnlich ist, dass der Vertragspartner des Verwenders nicht mit ihr zu rechnen braucht.



Diese Definition enthält zwei selbstständige Voraussetzungen:

1. Einerseits muss die Regelung **inhaltlich ungewöhnlich** sein - sie muss von den Erwartungen der durchschnittlichen Verkehrskreise erheblich abweichen (also: *Eine Klausel, mit der niemand rechnen musste*). Zwischen den Erwartungen des Vertragspartners und dem Klauselinhalt muss eine Diskrepanz bestehen, sodass sich hieraus ein **Überraschungsmoment** und **Überrumpelungseffekt** ergibt. Handelt es sich um eine bei derartigen Geschäften gebräuchliche Regelung (insb. bei Branchenüblichkeit), kann § 305c Abs. 1 BGB nicht zur Unwirksamkeit führen; demgegenüber sind Klauseln, die völlig neuartig oder nur vom konkreten Verwender eingesetzt werden, im Zweifel überraschend.
2. Die Abweichung vom normalen Vertragsinhalt als solche genügt aber nicht: Vielmehr ist (anders als bei der Inhaltskontrolle nach § 309 BGB, § 308 BGB und § 307 BGB) auf **das äußere Erscheinungsbild der Klausel im Gesamtvertrag** abzustellen. Wurde auf die Klausel deutlich hingewiesen oder diese sogar optisch hervorgehoben, ist auch eine ungewöhnliche Regelung nicht mehr überraschend - da man ja vorgewarnt wurde. Maßgeblich hierfür sind etwa Fettdruck, Schriftgröße, die Position der Regelung in den Gesamt-AGB (die erste Klausel von 4 wird gesehen, Klausel 55 von 223 hingegen nicht), die Verwendung verständlicher Überschriften (bei

"Haftungsausschluss" sollte der Kunde näher hinsehen), aber auch die sprachliche Formulierung (je kürzer, desto deutlicher) etc.

Die beiden Aspekte stehen in einer Wechselwirkung zueinander: Je ungewöhnlicher die Regelung ist, desto mehr Aufwand muss betrieben werden, um den Vertragspartner darauf hinzuweisen.

IV. Was sind "Individualabreden" (§ 305b BGB)?

Im Einzelfall können neben den AGB auch individuelle Abreden zwischen den Vertragsparteien getroffen worden sein. Der Begriff der Individualabrede richtet sich nach § 305 Abs. 1 S. 3 BGB, es geht also um "im Einzelnen ausgehandelte Vertragsbedingungen". Problematisch ist dabei ein Widerspruch zwischen Inhalt der AGB und der Individualvereinbarung.

- Der Widerspruch kann **offensichtlich** sein (die AGB sagen "Eigentumsvorbehalt", der Individualvertrag sagt "unbedingte Eigentumsverschaffung").
- Der Widerspruch kann aber auch nur **mittelbar** sein (etwa wenn nach der Individualvereinbarung ein "Pauschalpreis" vereinbart wurde, nach den AGB aber noch weitere Abgaben zu zahlen sind).
- § 305b BGB bedeutet auch, dass eine **Schriftformklausel** in AGB, die eigentlich nach § 127 BGB iVm § 125 BGB zur Nichtigkeit ergänzender (Individual-)Vereinbarungen führen würde, keine Anwendung findet. Vielmehr sind auch mündliche Nebenabreden vorrangig gegenüber AGB, die eine Schriftformklausel enthalten. Durch diese Abrede wird zumindest für den konkreten Fall die Schriftformklausel (konkludent) abbedungen, was seinerseits eine vorrangige Individualabrede im Sinne von § 305b BGB darstellt.

Wichtig: § 305b BGB setzt voraus, dass überhaupt eine Konkurrenz von AGB mit daneben bestehenden Individualabreden zwischen Verwender und Kunden (!) in Frage steht. Liegen schon keine AGB vor oder wurden diese nicht wirksam einbezogen, kommt es auf § 305b BGB nicht an.

V. Wie erfolgt eine Inhaltskontrolle (§ 309 BGB, § 308 BGB, § 307 BGB)?

Für AGB ist in den §§ 307 ff. BGB eine strengere gerichtliche Überprüfung angeordnet als für sonstige Verträge, für die neben zwingenden Vorschriften (vgl. etwa § 476 Abs. 1 BGB und § 276 Abs. 3 BGB) und ausdrücklichen gesetzlichen Verboten (§ 134 BGB) nur "Sittenwidrigkeit" (§ 138 BGB) und "Treu und Glauben" (§ 242 BGB) als Maßstab heranzuziehen sind.

- **§ 309 BGB** enthält die weitestgehenden Verbote, die nach Ansicht des Gesetzgebers ausnahmslos (vgl. "ohne Wertungsmöglichkeit") unwirksam sind. Diese sind zuerst zu prüfen.
- Die Verbote in **§ 308 BGB** enthalten demgegenüber jeweils ein Merkmal, das eine Wertung durch den Richter erfordert (etwa "unangemessen", "zumutbar" etc.). Diese sind vor § 307 BGB zu prüfen, da sie konkrete Tatbestandsmerkmale enthalten, aber nach § 309 BGB, der keine Wertung voraussetzt.
- Schließlich enthält **§ 307 Abs. 1 S. 1 BGB** eine Generalklausel, deren entscheidendes Merkmal "unangemessene Benachteiligung" durch § 307 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 BGB sowie § 307 Abs. 1 S. 2 BGB konkretisiert wird.

Bei AGB, die gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen verwendet werden, findet nur § 307 BGB Anwendung, § 310 Abs. 1 S. 1 BGB. Die Wertungen des § 308 BGB und des § 309 BGB können dort aber im Rahmen des § 307 Abs. 1 und 2 BGB berücksichtigt werden, § 310 Abs. 1 S. 2 BGB.

§ 308 BGB und § 309 BGB gelten also nur für AGB, die gegenüber Verbrauchern verwendet werden. Irrelevant ist hingegen, wer die AGB stellt (also Verwender ist) - einer Inhaltskontrolle sind auch Regelungen bei Privatauktionen bei eBay unterworfen.

Vereinfacht können Sie sich also merken, die Inhaltskontrolle von AGB erfolgt rückwärts, § 309 BGB > § 308 BGB > § 307 BGB.



1. Welche Klauseln unterliegen keiner Inhaltskontrolle?

Nach § 307 Abs. 3 BGB unterliegen AGB-Regelungen, die nur das Gesetz wiedergeben, keiner AGB-Kontrolle. Das bedeutet, dass lediglich deklaratorische Klauseln, die den Gesetzesinhalt bloß wiedergeben, nicht an den §§ 307 ff. BGB gemessen werden.

Solche Konstellationen sind in Klausuren sehr selten - denn insoweit kommt es auch auf eine Einbeziehung nicht an (da selbst bei fehlender Einbeziehung die gesetzliche Regelung gilt). Suchen Sie also gründlich den Unterschied zum Gesetz!



Ebenfalls von der AGB-Kontrolle ausgenommen sind die im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Hauptleistungspflichten. Denn diese sind gerade der individualisierende Teil des Vertrags und können nicht abstrakt-generell überprüft werden.

Sie können also nicht anhand von § 307 Abs. 1 S. 1 BGB prüfen, ob die verkaufte Ware wirklich den versprochenen Wert hat.



Sie sollten zu § 307 Abs. 3 BGB in der Klausur nur dann etwas schreiben, wenn hier ein Problem ersichtlich ist. Dies ist im Normalfall gerade nicht der Fall. Fassen Sie sich insoweit also besser kurz!

2. Wann verstößt eine Klausel gegen § 309 BGB?

Bei der Inhaltskontrolle beginnen Sie mit den **Klauselverboten ohne Wertungsmöglichkeit** in § 309 BGB. Deren Prüfung ist sehr einfach: Enthält eine AGB-Klausel den dort genannten Inhalt, ist sie ohne weiteres unwirksam. Dabei ist eine Interessenabwägung ausgeschlossen, Wertungsaspekte finden keine Berücksichtigung.



Wenn (wie im Regelfall) keiner der Fälle von § 309 BGB ernsthaft in Betracht kommt, sollten Sie hierauf auch keinen Satz verschwenden. Schreiben Sie also nicht: "*Ein Fall des § 309 BGB ist nicht ersichtlich.*" o.ä.!

Ist eine Klausel mehrdeutig, dürfen Sie nicht nach § 305c Abs. 2 BGB die engste (also kundenfreundlichste) Auslegung wählen. Sie müssen vielmehr prüfen, ob es irgendeine denkbare Auslegung gibt, in welcher die Klausel gegen § 309 BGB verstoßen könnte ("**kundenfeindlichste Auslegung**").



Eine Reinigung erklärt auf einem Aushang "Wir haften nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit". Das Hemd des Kunden A läuft bei der Reinigung aufgrund leichter Fahrlässigkeit ein. Hat K einen Anspruch auf Schadensersatz aus § 634 Nr. 4 BGB iVm § 280 Abs. 1 BGB?

A hat nur dann einen Anspruch, wenn die Haftung der Reinigung nicht wirksam beschränkt worden ist. Es handelt sich bei dem Aushang um eine AGB im Sinne von § 305 Abs. 1 S. 1 BGB, die auch wirksam nach § 305 Abs. 2 BGB einbezogen wurde. Allerdings könnte die Klausel einer Inhaltskontrolle nach § 309 Nr. 7 lit. a BGB nicht standhalten. Danach ist eine Begrenzung der Haftung für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit, die auf einer fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders beruht, in AGB unwirksam. Im konkreten Fall sind weder Körperschäden noch eine Lebensgefährdung ersichtlich. Es ist auch offensichtlich, dass die Reinigung hier nur die Haftung für die Erfüllung ihrer Leistungspflichten begrenzen will. Dennoch ist die weitestmögliche Auslegung zugrunde zu legen, § 305c Abs. 2 BGB. Danach wären auch Lebens- und Körperschäden ausgeschlossen. Dies wäre mit § 309 Nr. 7 lit. a BGB unvereinbar. Daher ist die Klausel insgesamt (also auch für den Fall des A) unwirksam, was die Wirksamkeit des Werkvertrags i.Ü. aber unberührt lässt (§ 306 Abs. 1 BGB). Daher hat A einen Anspruch auf Schadensersatz gegen die Reinigung.

3. Wann verstößt eine Klausel gegen § 308 BGB?

Wegen der Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen bezeichnet das Gesetz den Katalog des § 308 BGB als "**Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit**". Anders als in § 309 BGB enthält dabei jede einzelne der dort aufgezählten Varianten ein Tatbestandsmerkmal, in dessen Rahmen die **Interessen der Parteien gewürdigt** werden müssen:

In § 308 Nr. 1, 1a, 1b BGB geht es um "unangemessen lange" Zeiträume - hier müssen Sie also die "Angemessenheit" bestimmen. In § 308 Nr. 3 BGB darf ein Rücktrittsrecht nur durch einen "sachlich gerechtfertigten" Grund erklärbar sein - wann es an dieser "Sachlichkeit" fehlt, müssen Sie entscheiden. In § 309 Nr. 6 BGB muss eine Erklärung "von besonderer Bedeutung" sein - was aber hier die gewöhnliche oder besondere Bedeutung ist, müssen Sie klären.



Wie § 309 BGB und anders als § 307 BGB ermöglicht aber auch § 308 BGB **keine umfassende Interessenabwägung**. Die Diskussion beschränkt sich ausschließlich auf das jeweilige unbestimmte, ausfüllungsbedürftige Tatbestandsmerkmal.

Zudem dürfen Sie auch hier nicht die konkreten Umstände des Einzelfalls prüfen - es geht also nicht um den konkreten Kunden, sondern um einen **fiktiven Fall** unter Geltung der AGB (*objektiver* Maßstab). Sie müssen also auch hier die Klausel möglichst **kundenfeindlich auslegen** und dann überlegen, ob es irgendeinen Fall gibt, in dem diese kundenfeindliche Auslegung den Tatbestand eines der Klauselverbote in § 308 BGB erfüllt.

Beachten Sie, dass § 308 Nr. 1a und Nr. 1b BGB ausschließlich gegenüber **Unternehmern als Kunden** gelten, während alle anderen Regelungen in § 308 BGB und § 309 BGB ausschließlich gegenüber **Nichtunternehmern** geprüft werden dürfen!



4. Wann verstößt eine Klausel gegen § 307 BGB?

Wenn eine Klausel weder gegen § 309 BGB noch gegen § 308 BGB verstößt (oder diese Regelungen wegen § 310 Abs. 1 S. 1 BGB keine Anwendung finden) müssen Sie § 307 BGB prüfen. **§ 307 Abs. 1 S. 1 BGB** enthält insoweit eine Generalklausel, welche § 307 Abs. 2 BGB durch zwei Zweifelsregelungen konkretisiert:

- Im Rahmen von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist zu prüfen, ob die Klausel vom **gesetzlichen Leitbild** abweicht.

Nach § 652 BGB erhält ein Makler seine Provision nur, wenn er erfolgreich einen Vertrag vermittelt. Sehen die AGB eines Maklers vor, dass er sein Honorar (etwa als Aufwendersatz) auch ohne Vermittlung eines Vertrages (pauschal) erhält, verstößt diese Vereinbarung gegen das Leitbild des § 652 BGB - sie kann also nur individualvertraglich getroffen werden.



- Bei § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB wird überprüft, ob die Klausel den Verwender von den "**Kardinalpflichten**" eines Vertrages befreit. Bedeutung hat dies vor allem dann, wenn es für das konkrete Geschäft kein gesetzliches Leitbild gibt.



Danach kann man etwa den Ausschluss einer Auslandsreise-Krankenversicherung für den Staat, dessen Angehöriger der Reisende ist, oder ein zeitlich unbegrenztes Kündigungsrecht bei einer Krankenhaustagegeldversicherung nicht per AGB vereinbaren.

Prüft man die Klausel anhand der Generalklausel in § 307 Abs. 1 S. 1 BGB, wird überprüft, ob die Klausel eine Vertragspartei **entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligt**. Dies ist der Fall, wenn der Verwender keine Rücksicht auf schützenswerte Interessen des Vertragspartners nimmt. Insoweit ist die Regelung ähnlich wie § 242 BGB zu prüfen. Wie immer bei der AGB-Kontrolle kommt es auch hier nicht auf die konkrete Situation der Beteiligten an, sondern auf die hypothetische Situation eines Kunden bei kundenfeindlichster Auslegung der Klausel (*objektiver Maßstab*).

§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB statuiert ein **Transparenzgebot**. Danach kann sich eine unangemessene Benachteiligung auch daraus ergeben, dass eine AGB-Klausel nicht klar und verständlich ist.



Soweit eine Klausel gegenüber einem Unternehmer verwendet wird, haben § 308 BGB und § 309 BGB Indizwirkung für die unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 Abs. 1 S. 1 BGB

B. Welche Folgen hat die Unwirksamkeit einer Klausel (§ 306 BGB)?

Die Regelung des § 306 BGB verdrängt insbesondere § 139 BGB, nach dem eine Teilnichtigkeit grundsätzlich zur Gesamtnichtigkeit führen würde. Stattdessen **bleibt der Vertrag wirksam** (§ 306 Abs. 1 BGB), nur an die Stelle der unwirksamen Klausel tritt das ansonsten geltende, dispositive Gesetzesrecht (§ 306 Abs. 2 BGB); in Betracht kommt zudem eine ergänzende Vertragsauslegung. Nur ganz ausnahmsweise (und kaum in der Klausur relevant) kann es in Betracht kommen, dass die dadurch bewirkte Änderung so schwerwiegend ist, dass ein Festhalten am Vertrag unzumutbar wird - in diesem Sonderfall bestimmt § 306 Abs. 3 BGB, dass der Vertrag insgesamt unwirksam ist.



Das bedeutet auch, dass Sie in Ihrer Klausur nicht etwa die Wirksamkeit jeder einzelnen Klausel prüfen müssen, sondern nur diejenigen, die für den jeweiligen geltend gemachten Anspruch relevant sind. **Nur in Extremfällen (die so gut wie nie vorkommen) dürfen Sie an § 306 Abs. 3 BGB denken!**

Auf einen Blick:



Eine AGB-Regelung, die anordnet, dass eine unwirksame Klausel durch eine andere ersetzt wird (**salvatorische Klausel**), widerspricht dem wesentlichen Grund-

gedanken des § 306 Abs. 2 BGB und ist daher nach § 307 Abs. 1 S. 1 iVm Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam.

I. Ist eine geltungserhaltende Reduktion möglich?

Nach den allgemeinen Regeln der Vertragsauslegung (§ 133 BGB, § 157 BGB) ist ein Vertrag grundsätzlich so auszulegen, dass er wirksam bleibt und die Interessen aller Beteiligten optimal widerspiegelt. Soweit allerdings eine Partei allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, findet dieser Auslegungsgrundsatz keine Anwendung. Dies zeigt zum einen § 305c Abs. 2 BGB, wonach Unklarheiten stets zu Lasten des Verwenders gehen und kein Kompromiss gesucht wird. Zudem bestimmt § 306 Abs. 2 BGB, dass durch unwirksame Klauseln entstandene Lücken nicht vorrangig durch den hypothetischen Parteiwillen, sondern unmittelbar durch das dispositive Gesetzesrecht geschlossen werden.

Weit überwiegend wird vor diesem Hintergrund angenommen, dass man Klauseln nicht durch Auslegung auf den gerade noch zulässigen Umfang beschränken kann ("**Verbot der geltungserhaltenden Reduktion**"). Da nur wenige Kunden überhaupt gegen AGB vorgehen, könnte der Verwender ansonsten doppelt profitieren: Gegenüber denjenigen, die sich nicht wehren, wendet er die unwirksame Klausel an; wenn doch einmal jemand die Ungültigkeit der Klausel vor Gericht erörtern würde, könnte er immer noch so nah wie möglich an den gewünschten Inhalt gelangen - der Richter wäre also sein Erfüllungsgehilfe bei der Durchsetzung seiner einseitigen Wünsche. Daher soll eine Klausel insgesamt unwirksam sein, selbst wenn sie nur in einer einzigen hypothetischen Konstellation gegen §§ 307 ff. BGB verstoßen würde. Ein Vertrauensschutz findet insoweit nicht statt, stattdessen soll eine klare und eindeutige Linie gefunden werden.

Die **Gegenansicht** hält eine geltungserhaltende Reduktion für zulässig. Dazu verweist sie zum einen auf den Wortlaut von § 306 Abs. 2 BGB ("soweit"). Die Gefahr eines Missbrauchs werde durch die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit einer Unterlassungsklage im Verbandsprozess unterbunden. Die Totalunwirksamkeit sei eine unverhältnismäßige Sanktion insbesondere dann, wenn der Verwender bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt von der Wirksamkeit seiner Klausel ausgehen durfte.

II. Was ist "eine Klausel" im Sinne von § 306 BGB?

Ein häufiges Problem in Klausuren ist, dass als "Klausel" jeweils ein gesamter Paragraph in der vom Verwender bestimmten Nummerierung angesehen wird. Dies ist aber nicht zutreffend. Vielmehr kann ein solcher Paragraph zahlreiche einzelne Klauseln im Sinne von § 306 BGB enthalten: Nicht nur jeder Absatz und jeder Satz, sondern sogar mehrere Aussagen innerhalb eines Satzes können separat anhand der §§ 307 ff. BGB zu prüfen sein (und nach § 306 BGB unabhängig voneinander wirksam oder unwirksam sein). Maßgeblich ist, ob es sich um "**inhaltlich voneinander trennbare, einzeln aus sich heraus verständliche Regelungen**" handelt.



Eine Klausel ist inhaltlich trennbar, wenn der unwirksame Teil der Klausel gestrichen werden kann, ohne dass der Sinn des anderen Teils darunter leidet (sog. **blue-pencil-test**)

Das bedeutet für Sie in der Klausur, dass Sie nicht an der Nummerierung des Vertragsauszuges hängen bleiben dürfen, sondern **jeden Teil separat beurteilen müssen**.



Regelt ein Paragraph des Vertrages Fristbeginn und Fristdauer, handelt es sich um zwei separate Klauseln. Ebenso bei Form und Frist einer Kündigung, Vertretungsmacht für Abgabe und Empfang von Willenserklärungen, Vertragsstrafen für verschiedene Leistungen etc.



Führen Sie sich unbedingt den **Unterschied zur geltungserhaltenden Reduktion** vor Augen: Bei der Trennung der Klauseln geht es (ähnlich wie bei § 139 BGB) um **mehrere trennbare Regelungen** - die geltungserhaltende Reduktion betrifft hingegen eine einzelne Regelung.

C. Inwieweit wird die AGB-Kontrolle für Unternehmer und Verbraucher modifiziert?

Da Verbraucher (§ 13 BGB) in unserer Rechtsordnung einen besonderen Schutz genießen, erweitert § 310 Abs. 3 BGB den Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle für Verbraucherverträge:

- So vermutet § 310 Abs. 3 **Nr. 1** BGB die Einführung der AGB durch den Unternehmer (§ 14 BGB), wenn es sich um vorformulierte Vertragsbedingungen handelt und diese nicht nachweislich durch den Verbraucher eingeführt wurden. Dadurch erweitert sich der Anwendungsbereich des für den Verbraucher günstigen Schutzmechanismus der AGB-Kontrolle.
- Durch § 310 Abs. 3 **Nr. 2** BGB wird der Verbraucher hinsichtlich einer weiteren Anwendbarkeitsvoraussetzung des § 305 Abs. 1 S. 1 BGB begünstigt: Grundsätzlich muss die fragliche Klausel *für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert* sein. Nach Abs. 3 Nr. 2 genügt im Verhältnis Unternehmer zu Verbraucher ausnahmsweise bereits die Nutzung einer *zur einmaligen Verwendung bestimmten* Vertragsbedingung, soweit der Verbraucher auf Grund der Vorformulierung auf ihren Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte.
- Gemäß § 310 Abs. 3 **Nr. 3** BGB müssen bei der Beurteilung, ob eine unangemessene Benachteiligung nach § 307 BGB vorliegt, auch die den Vertragsabschluss konkreten Begleitumstände berücksichtigt werden.

D. Was gilt bei Kollision von Allgemeinen Geschäftsbedingungen?

Schließen zwei Unternehmer einen Vertrag, kann es vorkommen, dass beide die Geltung ihrer AGB erwarten. Da ein Vertrag aber zwei übereinstimmende Willenserklärungen voraussetzt, scheidet dann ein Vertragsschluss: Die vermeintliche Annahme unter Hinweis auf die eigenen AGB ist ein neuer Antrag (§ 150 Abs. 2 BGB). In dieser Konfliktsituation gibt es drei Lösungsmöglichkeiten:

- **Einerseits** kann man in der Erfüllung des Vertrages durch denjenigen, der den ursprüngliche Antrag gemacht hat, bei Auslegung nach der Verkehrssitte (§ 157 BGB) eine konkludente Annahme der durch AGB ergänzten Annahme (§ 150 Abs. 2 BGB) sehen. Damit würden die AGB desjenigen gelten, der als Letzter darauf verweist (sog. "Theorie des letzten Wortes").
- **Andererseits** wird die Auslegung der Erfüllung (d.h. z.B. der Lieferung oder Zahlung) als Annahme der Nichtgeltung der eigenen AGB oft problematisch sein: Viele Unternehmer haben ausdrückliche "Abwehrklauseln", welche die Geltung fremder AGB ausschließen; auch im Übrigen wird man in der Erfüllung vielfach gar keine Willenserklärung sehen können, weil der Handelnde davon ausging, eine bereits bestehende Pflicht zu erfüllen (und nicht erst durch sein Verhalten eine Pflicht zu begründen). Dann wäre man aber bei der **Auslegungsregel zum versteckten Dissens** (§ 154 Abs. 1 BGB): Danach wäre der Vertrag bis zur Einigung über die noch offenen Punkte nicht wirksam geschlossen.
- Auch dieses Ergebnis ist aber nicht überzeugend, da ein Vertragsschluss, insbesondere der Austausch der Leistungen, gerade gewollt war. Daher soll nicht § 154 Abs. 1 BGB, sondern **§ 306 Abs. 1 und 2 BGB entsprechend** herangezogen werden. Danach ist der Vertrag grundsätzlich wirksam. In den Vertrag einbezogen werden alle Regelungen, die in beiden AGB identisch sind. Falls sich die AGB jedoch widersprechen, greift stattdessen das dispositives Gesetzesrecht bzw., wenn es solches nicht gibt, eine ergänzende Vertragsauslegung.



[BGH II ZR 210/54](#)
[BGH VIII ZR 106/72](#)
[BGH VIII ZR 327/83](#)



E. Wie werden AGB ausgelegt (§ 305c Abs. 2 BGB) und angewandt?

Grundsätzlich sind AGB Teil des Vertrages und werden nach den allgemeinen Regeln der § 133 BGB, § 157 BGB ausgelegt. Es gelten dabei aber zwei wichtige Modifikationen:

- Einerseits sind AGB (ähnlich wie Gesetze) gerade nicht nur für einen Einzelfall gestaltet, sondern sollen eine Vielzahl von Verträgen (§ 305 Abs. 1 S. 1 BGB) gleich ausgestalten. Dann kann es aber nicht sein, dass für ihre Auslegung auf den konkreten, besonders schlaun oder besonders dummen Vertragspartner abgestellt werden muss. Vielmehr sind sie **objektiv aus Sicht eines (allerdings nicht juristisch geschulten) Durchschnittskunden** und nicht aus der Sicht des konkreten Vertragspartners auszulegen.
- Andererseits ist der Verwender als einseitiger Gestalter der Vertragsbedingungen nicht schutzbedürftig. Daher statuiert § 305c Abs. 2 BGB eine besondere "**Unklarheitenregel**": Kann eine Klausel auf verschiedene Arten verstanden werden, ist diejenige zu wählen, die den Verwender am wenigsten begünstigt bzw. am stärksten benachteiligt - es ist also stets

die kundenfreundlichste Auslegung maßgeblich. Etwas anderes gilt aber im Rahmen der Inhaltskontrolle nach § 309 BGB, § 308 BGB, § 307 BGB: Dort wird geprüft, ob auch die weitestgehende Auslegung noch mit den dortigen Grundsätzen vereinbar wäre. Es ist also die "kundenfeindlichste" Auslegung zu wählen.



Merken Sie sich: Der Maßstab ist also zwischen Wirksamkeitskontrolle und Anwendung unterschiedlich! Dies erklärt sich mit dem Zweck der AGB-Kontrolle, den Kunden besonders zu schützen. Für diesen ist es am besten, wenn die Klausel unwirksam ist, denn dann greifen die allgemeinen, dispositiven Gesetzesregelungen, vgl. § 306 Abs. 2 BGB. Daher gilt im Rahmen der Inhaltskontrolle die "kundenfeindlichste" Auslegung. Ist sodann festgestellt, dass die Klausel (trotzdem) wirksam ist, so wird sie nun besonders kundenfreundlich ausgelegt, um die Interessen des Kunden angemessen zu schützen.

F. Welchen Sinn hat das Umgehungsverbot (§ 306a BGB)?

Das Umgehungsverbot in § 306a BGB hat anders als dasjenige für die Vorschriften zu Verbraucherverträgen (§ 312k Abs. 1 S. 2 BGB) sowie im Verbrauchsgüterkaufrecht (§ 476 Abs. 1 S. 2 BGB) **keine große Bedeutung** erlangt.

Der Grund hierfür ist, dass auch § 306a BGB nicht dazu führen darf, dass die AGB-Kontrolle auf Individualvereinbarungen angewandt wird. Denn dazu sind die Regelungen der §§ 307 ff. BGB nicht konzipiert. Eine Umgehung einzelner Verbote nach § 308 BGB oder § 309 BGB fällt nicht unter § 306a BGB, sondern kann durch die **Generalklausel des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB** aufgefangen werden.

Möglich erscheint eine Umgehung daher allenfalls, wenn man **gesellschaftsrechtliche Gestaltungsformen** wählt, auf die nach § 310 Abs. 4 BGB die §§ 305 ff. BGB keine Anwendung finden.

Die Umgehung wird **objektiv bestimmt**, d.h. es kommt darauf an, ob die Anwendung der §§ 305 ff. BGB tatsächlich ausgeschlossen wird. Eine besondere "Umgehungsabsicht" wird hingegen nicht vorausgesetzt. **Rechtsfolge** der Umgehung ist nicht etwa die Nichtigkeit des Vertrages oder der Klausel, sondern schlicht die Anwendung der §§ 305 ff. BGB.