Julius-Maximilians-
UNIVERSITÄT
WÜRZBURG

Prof. Dr. Florian Bien, Maître en Droit (Aix-Marseille III)

Lehrstuhl für globales Wirtschaftsrecht, internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Bürgerliches Recht

EXAMENSKURS BGB AT

Kursbegleitendes Skript

Stand: 28.9.2021

donnerstags, 8.30h – 10.30h (120 min einschl. 15 min Pause)

Großer Hörsaal, Alte IHK (Josef-Stangl-Platz)

Diese Unterlagen sind für Teilnehmer des Examenskurses bestimmt.

Wintersemester 2021/2022 Prof. Dr. Florian Bien

Inhalt

A. RECHTSGESCHÄFTSLEHRE 5

I. Überblick: Rechtsgeschäft – Vertrag – Willenserklärung 5

II. Tatbestand der Willenserklärung 6

1. Äußerer Erklärungstatbestand der Willenserklärung 6
2. Innerer Erklärungstatbestand der Willenserklärung 8
3. Konkludente Willenserklärung 11
4. Die rechtliche Bedeutung des Schweigens 11
5. Insbesondere: Schweigen auf „kaufmännisches Bestätigungsschreiben“ 12
6. Abgabe und Zugang der Willenserklärung 13
7. Insbesondere: Vertragsschluss bei Online-Auktionen 20

III. Insbesondere: Gefälligkeitsvertrag – Gefälligkeitsverhältnis – reine Gefälligkeit 23

1. Überblick 23
2. Abgrenzungskriterien Rechtspflicht – Gefälligkeit (Bestehen von Leistungspflichten?) 23
3. Haftung im Gefälligkeitsverhältnis 24
4. Abgrenzungskriterien zur Bestimmung des rechtsgeschäftlichen Charakters des Gefälligkeitsverhältnisses 27
5. Haftungsprivilegierung des Gefälligen: 27
6. Weitere Fallgestaltungen (zur Vertiefung) 30

IV. Geschäftsfähigkeit 32

1. Terminologie 32
2. Geschäftsunfähigkeit 32
3. Beschränkte Geschäftsfähigkeit 33
4. Aufbau und Formulierung im Gutachten 48

V. Formbedürftigkeit von Rechtsgeschäften 49

1. Grundsatz der Formfreiheit 49
2. Zweck von Formerfordernissen 49
3. Arten von Formen 50
4. Rechtsfolgen der Nichtbeachtung (§ 125 BGB) 52

VI. Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen 54

1. Vorrang der natürlichen Auslegung 54
2. Normative Auslegung (Auslegung aus der Sicht eines objektiven Empfängers) 55

VII. Willensmängel I (§§ 116 – 118 BGB) 55

1. Geheimer Vorbehalt (§ 116 BGB) 55

2. Scheingeschäft und verdecktes Geschäft (§ 117 BGB) 56

3. Scherzerklärung (§ 118) 59

VIII. Willensmängel II (Anfechtung) 60

1. Zulässigkeit der Anfechtung 61

2. Insbesondere: Zulässigkeit der Anfechtung bei Nichtigkeit der Erklärung aus einem anderen Grund (sog. Doppelnichtigkeit) 61

3. Insbesondere: Anfechtbarkeit von gemäß §§ 116 – 118 BGB nichtigen Rechtsgeschäften 63

4. Anfechtungsgründe I: Anfechtung wegen Irrtums 63

5. Anfechtungsgründe II: Anfechtung wegen arglistiger Täuschung oder Drohung 77

6. Anfechtungserklärung und Anfechtungsgegner 83

7. Anfechtungsfristen 84

8. Keine Bestätigung, § 144 I BGB 84

9. Wirkung der Anfechtung: Rückwirkende Nichtigkeit, § 142 I BGB 85

10. Reurecht: Korrektur der Nichtigkeitsfolge des § 142 I BGB? 86

11. Pflicht des Anfechtenden zum Ersatz des Vertrauensschadens, § 122 BGB 88

IX. Stellvertretung 91

1. Zulässigkeit der Stellvertretung 91

2. Abgabe einer eigenen Willenserklärung durch den Stellvertreter 92

3. Erklärung im fremden Namen (sog. Offenkundigkeit) 94

4. Vertretungsmacht des Stellvertreters 98

5. Beschränkungen der Vertretungsmacht 108

6. Willensmängel, Kenntnis und Kennenmüssen (§ 166 BGB) 112

7. Der Vertreter ohne Vertretungsmacht (falsus procurator) 113

8. Untervertretung 116

X. Formbedürftigkeit von Rechtsgeschäften 120

1. Grundsatz der Formfreiheit 120

2. Zweck von Formerfordernissen 120

3. Arten von Formen 121

4. Rechtsfolgen der Nichtbeachtung (§ 125 BGB) 123

XI. Bedingung und Befristung 126

1. Zweck, Definitionen, Abgrenzung 126

2. Arten von Bedingungen und Befristungen 126

3. Bedingungs- und befristungsfeindliche Rechtsgeschäfte ... 127
4. Grundsätzlich keine Rückwirkung ... 127
5. Schutz des bedingt Berechtigten während der Schwebezeit gemäß §§ 160 – 162 BGB ... 129

XII. Verstoß gegen Verbotsgesetz, Sittenwidrigkeit/Wucher ... 130
1. Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz (§ 134 BGB) ... 130
2. Wucher (§ 138 Abs. 2 BGB) ... 132
3. Wucherähnliches Geschäft ... 135
4. Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit (§ 138 Abs. 1 BGB) ... 136
5. Exkurs: Anwendbarkeit der GoA auf nichtige Verträge ... 137

XIII. Verjährung ... 138
1. Überblick und Anwendungsbereich ... 138
2. Spezielle Verjährungsfristen ... 139
3. Die dreijährige Regelverjährung (§ 195 BGB) ... 140
4. Vertragliche Vereinbarung über Verjährungsfristen ... 142
5. „Quasi-Verjährung“ von Rücktritt und Minderung ... 143
6. Neubeginn, Hemmung und Ablaufhemmung ... 143

B. AGB-KONTROLLE ... 146
1. Vorteile von AGB ... 146
2. Nachteile von AGB/Gefahren für den Vertragspartner ... 146
3. Zweck der Vorschriften über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen ... 146
4. Schutzgrund der AGB-Vorschriften: Marktversagen ... 146
5. Prüfungsschema für Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) ... 147
6. Vorliegen von AGB, § 305 BGB? ... 147
7. Sonderregelung für Verbraucherverträge, § 310 III BGB ... 148
8. Die Einbeziehung von AGB in den Vertrag, § 305 II ... 149
9. Kollidierende AGB ... 150
10. Überraschende Klauseln, § 305c Abs. 1 BGB ... 150
11. Die Auslegung von AGB ... 151
12. Die Inhaltskontrolle von AGB und das Umgehungsverbot ... 152
13. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen §§ 307 ff. BGB ... 153

A. Rechtsgeschäftslehre

I. Überblick: Rechtsgeschäft – Vertrag – Willenserklärung

(*Boecken*, § 7; *Brox*, § 4; *Köhler*, § 5; *Leipold*, § 10)

Willenserklärung — Private Willensäußerung, die auf die Herbeiführung einer Rechtsfolge (Begründung, inhaltliche Änderung oder Beendigung eines privaten Rechtsverhältnisses) gerichtet ist.[1]

Rechtsgeschäft — Tatbestand, an den die Rechtsordnung den Eintritt einer gewollten Rechtsfolge knüpft. Mindestvoraussetzung jedes Rechtsgeschäfts ist das Vorliegen einer Willenserklärung. Beispiele:

- einseitige Rechtsgeschäfte (eine Willenserklärung genügt): Kündigung (§ 314), Rücktritt (§ 349), Anfechtung (§ 143), Auslobung (§ 657), Testament (§ 1937).
- zwei- und mehrseitige Rechtsgeschäfte: Kaufvertrag, Mietvertrag, Werkvertrag, auch: Schenkungsvertrag, Bürgschaftsvertrag; auch: (dingliche) Einigung i.S.d. § 929 S. 1; außerdem: die Gründung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§ 705).
- Eine Untergruppe der zweiseitigen Rechtsgeschäfte bilden die gegenseitigen (synonym: synallagmatischen) Verträge. Bei ihnen stehen Leistung und Gegenleistung in einem Verhältnis der Abhängigkeit. Gegenbeispiele: Schenkung, Bürgschaft.

Manche Rechtsgeschäfte erfordern neben dem Vorliegen mindestens einer Willenserklärung das Vorliegen weiterer Tatbestandsmerkmale. Meistens handelt es sich dabei um Realakte wie z. B.

- bei der Übergabe der zu übereignenden Sache vom Veräußerer an den Erwerber im Fall von § 929 S. 1 BGB,
- der Übergabe des Pfandgegenstandes, § 1205 I BGB oder
- der Eintragung der Rechtsänderung (Eigentumsübertragung, Bestellung einer Hypothek oder Grundschuld etc.) in das Grundbuch, § 873 BGB.

[1] BGH, Urt. v. 17.10.2000 - X ZR 97/99, BGHZ 145, 343 = NJW 2001, 289.

II. Tatbestand der Willenserklärung

(*Boecken*, § 8; *Brox*, §§ 7, 8, 9; *Faust*, § 2; *Köhler*, §§ 6, 7; *Leipold*, §§ 10, 12, 13)

Willenserklärung ist die nach außen erkennbar gemachte Äußerung (1) eines inneren Willens (2). Bei der fehlerfreien Willenserklärung ist der objektive Erklärungstatbestand ein Spiegelbild des inneren Erklärungstatbestandes. Mit anderen Worten: der Erklärende bringt mit seinem Verhalten aus Sicht eines objektiven Empfängers genau das zum Ausdruck, was er erklären will.

Tatbestand der Willenserklärung*	
(1) Äußerer Erklärungstatbestand („Erklärung") Erforderlich sind objektive Anhaltspunkte, die für das Vorliegen folgender Tatbestandselemente sprechen:	**(2) Innerer Erklärungstatbestand („Wille")**
a) Handlungswille	a) Handlungswille
b) Rechtsbindungswille	b) (potentielles) Erklärungsbewusstsein → „Trierer Weinversteigerung"
c) Geschäftswille (umfasst insbesondere die essentialia negotii)	c) Geschäftswille

*= die nach h.M. konstitutiven Voraussetzungen der Willenserklärung sind grau unterlegt.

1. Äußerer Erklärungstatbestand der Willenserklärung

Das Verhalten des Erklärenden muss bei objektiver Betrachtung den Schluss zulassen auf das Vorliegen von

- Handlungswillen (Bewusstsein, zu handeln.) → praktisch eine irrelevante Voraussetzung
- Rechtsbindungswillen (Bewusstsein, eine irgendwie rechtserhebliche Handlung vorzunehmen.)
- bestimmter Geschäftswille (Bewusstsein, eine bestimmte Rechtsfolge herbeizuführen.)

a. Rechtsbindungswille

Der Rechtsbindungswille fehlt aus Sicht eines objektiven Betrachters zum Beispiel in den Fällen alltäglicher Gefälligkeiten unter Familienangehörigen, Bekannten oder Nachbarn, die ohne Entgelt erwiesen werden**.** Dazu noch weiter unten (III. Insbesondere: Gefälligkeitsvertrag – Gefälligkeitsverhältnis – reine Gefälligkeit).

(1) Äußerer Erklärungstatbestand („Erklärung“)	(2) Innerer Erklärungstatbestand („Wille“)
Handlungswille (+)	Handlungswille (+)
Rechtsbindungswille (-)	Rechtsbindungswille/Erklärungsbewusstsein (-)
Geschäftswille (-)	Geschäftswille (-)

b. Insbesondere: Invitatio ad offerendum

Am Rechtsbindungswillen fehlt es insbesondere auch im Fall des Versands von Werbeprospekten oder einer Schaufensterauslage. Unproblematisch ist, dass sich Werbung an eine Vielzahl von Personen richtet. Prinzipiell ist es möglich, ein Angebot an einen unbestimmten Personenkreis zu richten („ad incertas personas“). Dennoch stellt solche Form von Werbung aus Sicht eines objektiven Betrachters (§§ 133, 157 BGB analog) noch kein rechtsverbindliches Angebot, sondern lediglich eine invitatio ad offerendum vor. Der Verkäufer will durch bloße „Annahme“ durch den Kunden regelmäßig noch nicht gebunden sein. Andernfalls bestünde etwa die Gefahr von Mehrfachverpflichtungen, etwa wenn mehrere Kaufinteressenten betreffend die ausgestellte Ware die „Annahme“ des „Angebots“ des Verkäufers erklärten. Der Verkäufer möchte sich im Normallfall daher selbst die Annahme eines vom Kunden ausgehenden Angebots vorbehalten. Dieser wird eingeladen, seinerseits ein Angebot abzugeben.

Fall 1: Lockvogelangebot

Der 19-jährige Student Sebastian (S) aus Lübeck hat zum Wintersemester 2019/20 sein Studium an der Universität Würzburg aufgenommen. Er sieht in einer Werbebeilage der Main-Post das „Angebot“ eines Supermarktes für einen Sommeracher Silvaner für nur 4 Euro pro Flasche. Als S allerdings im Supermarkt ankommt, weigert sich der Lebensmittelhändler Ludwig (L), dem S 18 Flaschen des Weins aus der Werbung zu verkaufen. Wenn jeder so viele Flachen kaufte, könne ja nur ein kleiner Teil seiner Kunden von dem „Knüller“ profitieren. S entgegnet dem L, gekauft sei gekauft, und verlangt Übereignung der Flaschen.

c. Geschäftswille und essentialia negotii

Ein Vertrag kommt nur zur Entstehung, wenn die Parteien sich auf ein bestimmtes Geschäft geeinigt haben. Sie müssen daher einen entsprechenden Geschäftswillen zum Ausdruck gebracht haben. Der Geschäftswille muss die wesentlichen Vertragsbestandteile (essentialia negotii) umfassen. Dieser Mindestinhalt der Einigung muss auch in den dem Vertragsschluss zugrundeliegenden Willenserklärungen enthalten sein. Regelmäßig zählen die sog. Hauptleistungspflichten der Parteien zu den essentialia negotii.

(1) Äußerer Erklärungstatbestand („Erklärung“)	(2) Innerer Erklärungstatbestand („Wille“)
Handlungswille (+)	Handlungswille (+)
Rechtsbindungswille (+)	Rechtsbindungswille/Erklärungsbewusstsein (+)
Geschäftswille (-)	Geschäftswille (-)

d. Insbesondere: Bestimmbarkeit der essentialia negotii

Es genügt, wenn die essentialia negotii (wesentliche Vertragselemente) im Zeitpunkt des Vertragsschlusses *bestimmbar* sind. Sie müssen im Zeitpunkt der Abgabe des Angebots noch nicht eindeutig *bestimmt* sein. Im Einzelnen:

(1) Unbeschränkte offerta ad incertas personas

Anerkannt ist die Möglichkeit, auch gegenüber unbestimmten Personen ein Angebot abzugeben (*offerta ad incertas personas*), solange die anbietende Partei objektiv den Willen zum Ausdruck bringt, mit jedem potenziellen Annehmenden einen Vertrag zu schließen. Davon ist bei dem Verkauf eines Einzelstückes jedoch nicht auszugehen. Es ist kaum denkbar, dass ein Verkäufer auch an mehrere Kaufverträge über die Sache mit verschiedenen ihm unbekannten Personen gebunden sein möchte, denen er (bis auf eine) **schadensersatzpflichtig** würde, weil er die Kaufsache bereits anderweitig veräußert hat.

(2) Bedingte offerta ad incertas personas

Allerdings kann die anbietende Partei eine *offerta ad incertas personas* mit **Bedingungen** versehen, die das Angebot auf einen gewissen Personenkreis beschränken, etwa Zapfsäulenbetreiber auf Kunden, die an einer funktionierenden, gefüllten Zapfsäule ordnungsgemäß aufgetankt haben.[2] Entsprechendes gilt für Warenautomaten.

Fall 2: Unverpackt

Enttäuscht zieht S weiter in den Bio-Laden „Unverpackt". Dort steht ein Weinfass mit Randersackerer Riesling zum Selberzapfen. Der Preis ist am Fass mit 9 € pro Liter ausgezeichnet. S füllt eine kurzerhand ausgeleerte Sprudelflasche aus seinem Rucksack mit dem Riesling ab. Noch bevor er bezahlt hat, entdeckt er ein interessantes Sonderangebot eines Veitshöchheimer Bacchus'. Er möchte den Riesling wieder in das Fass zurückschütten und bittet die Inhaberin U des Ladens um Hilfe. Diese verweigert das Umfüllen und besteht auf Bezahlung des Rieslings mit dem Hinweis „Gekauft ist gekauft.". Zurecht?

(3) Online-Auktionen insbesondere

Siehe noch unten 7 zur Anwendung dieser Grundsätze auf Online-Auktionen sowie *Fall 8 Ärger in der Bucht*

2. Innerer Erklärungstatbestand der Willenserklärung

a. Überblick

Die Erklärung muss dem Erklärenden auch zurechenbar sein. Hierfür bedarf es nach h. M. des sog. inneren Erklärungstatbestandes:

- Handlungswille
- (potenzielles) Erklärungsbewusstsein

[2] HK-BGB-*Dörner*, 10. Aufl. 2019, § 145 BGB Rn. 6.

[- nicht erforderlich: bestimmter Geschäftswille (Vertragsinhalt)]

Das erforderliche **Erklärungsbewusstsein** liegt schon immer dann vor, wenn sich der Erklärende darüber im Klaren ist, **irgendetwas Rechtserhebliches** zu erklären.

Beispielsfall: Waschmaschinenbestellung

Der zerstreute A unterschreibt und versendet ein Bestellformular in der Annahme, es beträfe ein Zeitungsabonnement. Tatsächlich handelt es sich bei dem Schriftstück aber um einen Vordruck zur Bestellung einer Waschmaschine.

Fallen Erklärung (äußerer Tatbestand der Willenserklärung) und Wille (innerer Tatbestand) hinsichtlich der angestrebten Rechtsfolge (Geschäftswille) wie im Beispiel auseinander (z. B. aufgrund Versprechens oder Verschreibens), so gilt Ersteres. Allerdings hat der Erklärende die Möglichkeit, seine irrtumsbehaftete Erklärung im Wege der Anfechtung (dazu später) aus der Welt zu schaffen.

(1) Äußerer Erklärungstatbestand („Erklärung“)	**(2) Innerer Erklärungstatbestand („Wille“)**
Handlungswille (+)	Handlungswille (+)
Rechtsbindungswille (+)	Rechtsbindungswille/Erklärungsbewusstsein (+)
Geschäftswille (+)	Geschäftswille (-)

b. Insbesondere: Fehlendes Erklärungsbewusstsein

Die rechtliche Behandlung von Fällen des fehlenden Erklärungsbewusstseins ist umstritten.

Fall 3: Sommerhausener Weinversteigerung[3]

Um sich endlich einen eigenen und authentischen Eindruck von der fränkischen Weinkultur zu verschaffen, besucht er schon in seiner zweiten Woche in Würzburg das Weingut des Sommerhausener Winzers Wolfram (W) und gerät dort zufällig in eine von W durchgeführte Versteigerung ausgewählter Weine. Einige Minuten nachdem er in den hinteren Reihen Platz genommen hat und schon einige Weine versteigert wurden, entdeckt er seinen Kommilitonen Friedrich (F), den er bei der Erstsemester-Woche kennengelernt hat. Erfreut über das Wiedersehen mit F winkt S ihm zu. S ist sich dabei nicht bewusst, dass das Handheben üblicherweise die Abgabe eines um 50 Euro höheren Kaufangebots bedeutet. W schlägt dem S 12 Bocksbeutel Iphöfer Kronsberg Ortega Auslese von 1986 zu und verlangt den Kaufpreis i.H.v. 470 Euro. S weigert sich mit Hinweis auf sein Versehen.

[3] Sachverhalt angelehnt an den fiktiven Fall der „Trierer Weinversteigerung“ (siehe nur *Brox*/*Walker*, BGB AT, 42. Aufl. 2018, § 4 Rn. 17) sowie an *Köhler*, PdW BGB AT, 28. Aufl. 2018, Fälle 44, 45, 46, 96.

(1) Meinungsstand

(1) Eine Ansicht („Subjektive Theorie“): Nichtigkeit

Nach einer in der Literatur vertretenen Ansicht gehört das Erklärungsbewusstsein zu den notwendigen Voraussetzungen einer Willenserklärung.

(2) Andere Ansicht („Objektive Theorie“): Anfechtbarkeit

Die Vertreter der „objektiven Theorie“ halten das Erklärungsbewusstsein für entbehrlich.

(3) Vermittelnde Ansicht: Potentielles Erklärungsbewusstsein

Eine vermittelnde und mittlerweile wohl überwiegend vertretene Ansicht folgt prinzipiell der Anfechtungslösung der objektiven Theorie, schränkt diese jedoch durch eine Differenzierung ein.

Danach gilt:

> Zuzurechnen ist die Erklärung dem Erklärenden nur dann, wenn dieser bei Anwendung der **im Verkehr erforderlichen Sorgfalt** hätte **erkennen und vermeiden** können, dass seine Erklärung oder sein Verhalten vom Empfänger nach **Treu und Glauben** und mit **Rücksicht auf die Verkehrssitte** als Willenserklärung aufgefasst werden durfte. Gleichzeitig muss jedoch auch der Empfänger **schutzbedürftig** sein und tatsächlich auf die Erklärung vertraut haben.

(2) Diskussion und Stellungnahme

Zur Begründung ihrer Ansicht verweisen die Anhänger der subjektiven Theorie auf den einzigen vom Gesetz geregelten Fall fehlenden Erklärungsbewusstseins. Es handelt sich um die Vorschrift **§ 118 BGB**. Wenn schon derjenige, der bewusst den äußeren Tatbestand einer Willenserklärung setzt, nur eine von vornherein unwirksame Erklärung abgibt, dann müsse die Erklärung desjenigen, der nur unbewusst den äußeren Erklärungstatbestand gesetzt hat, erst recht unwirksam sein (argumentum a maiore ad minus). Als weiteres Argument wird der Grundsatz der **Privatautonomie** genannt. Er werde verletzt, wollte man eine Erklärung ohne Erklärungsbewusstsein als Willenserklärung behandeln.

Der Verweis auf die Regelung der so genannten Scherzerklärung in § 118 BGB überzeugt jedoch nicht. Die angebliche Vergleichbarkeit der Fallgestaltungen ist nur eine scheinbare. Die Vorschrift § 118 BGB betrifft lediglich den Sonderfall, dass der Erklärende bewusst die Nichtgeltung seiner Erklärung will. Im Falle fehlenden Erklärungsbewusstseins macht sich der Erklärende aber gerade keinerlei Vorstellung hinsichtlich seines Verhaltens.

Für die Gegenauffassung spricht indessen der Gedanke des **Verkehrsschutzes**. Der Erklärungsempfänger kann sich darauf verlassen, dass ein Verhalten, das objektiv als Erklärung zu verstehen ist, grundsätzlich dem Erklärenden auch zugerechnet wird. Schließlich vermögen objektive Theorie und vermittelnde Ansicht auch dem Postulat der Privatautonomie Genüge zu tun, indem sie dem Erklärenden durch Einräumung eines Anfechtungsrechts die Wahl zwischen Wirksamkeit und Nichtigkeit einräumen. Der subjektiven Theorie ist damit nicht zu folgen.

Hinweis: Weil die subjektive Theorie heute durch die ständige Rechtsprechung und fast allgemein durch die Literatur abgelehnt wird, sollte die Darstellung des Meinungsstandes und der Streitentscheid nur noch in

dieser Tatsache angemessenem Umfang erfolgen. Es ist heute nicht mehr empfehlenswert, der subjektiven Theorie zu folgen.

<table>
<tr><th>(1) Äußerer Erklärungstatbestand („Erklärung“)</th><th colspan="2">(2) Innerer Erklärungstatbestand („Wille“)</th></tr>
<tr><td>Handlungswille (+)</td><td colspan="2">Handlungswille (+)</td></tr>
<tr><td>Rechtsbindungswille (+)</td><td>Potentielles Erklärungsbewusstsein (+)</td><td>Rechtsbindungswille/ Erklärungsbewusstsein (-)</td></tr>
<tr><td>Geschäftswille (+)</td><td colspan="2">Geschäftswille (-)</td></tr>
</table>

3. Konkludente Willenserklärung

Bei der konkludenten Willensäußerung wird eine Handlung vorgenommen, die den Rechtswillen– und den Geschäftswillen nicht unmittelbar ausdrücklich, insbesondere durch Worte äußert, sondern ihn durch andere Worte oder Zeichen mittelbar zum Ausdruck bringt.

Beispiele für konkludente Willensäußerungen sind:

- Einfahren in ein Parkhaus = Erklärung des Einverständnisses mit den vom Parkhausbetreiber aufstellten Parkbedingungen, insbesondere der verlangten Parkgebühr

- Herausverlangen der Wohnungsschlüssel durch Vermieter = Kündigung des Mietvertrages.

Die Abgrenzung zwischen expliziter und konkludenter Erklärung erfolgt im Rahmen des äußeren Tatbestandes der Willenserklärung. Sie ist nicht immer einfach, regelmäßig aber auch entbehrlich. Liegt keine ausdrückliche Erklärung vor, stellt sich häufig das Problem, ob der Handelnde aus Sicht eines objektiven Betrachters überhaupt Rechtsbindungswillen hatte.

4. Die rechtliche Bedeutung des Schweigens

Bloße Untätigkeit oder Schweigen können grundsätzlich weder als Annahme noch als Ablehnung eines Angebotes verstanden werden. Ausnahmen kommen nur in Frage, wo dies

(1) **gesetzlich ausdrücklich** angeordnet ist, etwa in:

- § 362 Abs. 1 HGB[4], § 516 Abs. 2 S. 2 BGB (Annahmeerklärung wird fingiert),
- § 416 Abs. 1 S. 2 BGB (Genehmigung wird fingiert),
- § 108 Abs. 2 S. 2, § 177 Abs. 2 S. 2, § 415 Abs. 2 S. 2 BGB (Ablehnung der Genehmigung wird fingiert).

[4] § 362 Abs. 1 HGB: „Geht einem Kaufmanne, dessen Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für andere mit sich bringt, ein Antrag über die Besorgung solcher Geschäfte von jemand zu, mit dem er in Geschäftsverbindung steht, so ist er verpflichtet, unverzüglich zu antworten; sein Schweigen gilt als Annahme des Antrags. Das gleiche gilt, wenn einem Kaufmann ein Antrag über die Besorgung von Geschäften von jemand zugeht, dem gegenüber er sich zur Besorgung solcher Geschäfte erboten hat.“

oder

(2) eine entsprechende **Parteivereinbarung**
oder

(3) entsprechende **Verkehrssitte** besteht
oder

(4) gemäß **§ 242 BGB**, wenn ausnahmsweise eine Rechtspflicht zur Gegenäußerung bestand.

Beispiel: Die Versicherungsgesellschaft kann sich trotz §§ 148 I, 150 I BGB nicht auf die Unwirksamkeit des Vertrages berufen, wenn sie das Angebot auf Abschluss des Versicherungsvertrages, das von der Überweisung der Versicherungsprämie begleitet war, um einen Tag verspätet annimmt.

5. Insbesondere: Schweigen auf „kaufmännisches Bestätigungsschreiben“

Das Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben (KBS) wirkt als Zustimmung des Empfängers zum Inhalt des Bestätigungsschreibens. Ist bereits zuvor ein mündlicher Vertrag geschlossen worden, dessen Inhalt das KBS nunmehr zusammenfasst, handelt es sich um ein ***deklaratorisches* Bestätigungsschreiben**. Wurde noch kein Vertrag geschlossen oder führt das Bestätigungsschreiben eine Vertragsänderung herbei, handelt es sich um ein ***konstitutives* Bestätigungsschreiben**. Letzteres gilt auch, wenn nicht geklärt werden kann, ob am Ende der mündlich geführten Vertragsverhandlungen der beiden Kaufleute ein Vertragsschluss stand oder nicht.

Schweigen auf kaufmännisches Bestätigungsschreiben

Voraussetzungen

1. Persönlicher Anwendungsbereich: Die Parteien sind Kaufleute oder nehmen wie Kaufleute in größerem Umfang am Wirtschaftsleben teil (Bsp.: Makler, Architekten mit größerem Büro).
2. Die Parteien haben **Vertragsverhandlungen geführt**.
3. Das Schreiben **bestätigt einen Vertragsschluss**, d. h. es gibt den wesentlichen Inhalt des (vermeintlichen) Vertrages wieder.
4. Abgabe und Zugang: Das Bestätigungsschreiben wurde in **zeitlich unmittelbarem Zusammenhang** mit den Vertragsverhandlungen abgesandt.
5. Der Empfänger des Schreibens widerspricht nicht unverzüglich (vgl. § 121 BGB).
6. Grenzen:
   a. Arglist des Bestätigenden.
   b. Erhebliche Abweichung der Bestätigung vom tatsächlich erzielten Verhandlungsergebnis.

Rechtsfolge
Der Inhalt des Schreibens gilt als Vertragsinhalt.

Das Verkennen der Wirkungen des Schweigens auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben ist kein tauglicher Anfechtungsgrund. Vielmehr liegt ein **bloßer Irrtum über eine Rechtsfolge** vor. Dass das Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben zum Vertragsschluss führt, ist eine **rechtliche Fiktion** zum Schutz des Rechtsverkehrs; auf den Willen des Schweigenden kommt es nicht an.[5] Die Fiktionswirkung tritt vielmehr auch gegen den Willen des Empfängers des KBS ein.[6]

Fall 4 - BMWs vom Bastler

Der Autobastler Rolf (R) bestreitet seinen Lebensunterhalt, indem er defekte Autos kauft, sie in Stand setzt und sie dann über das Online-Auktionsportal eBay verkauft. Auf der Suche nach einem defekten Fahrzeug wird er wieder einmal bei Gebrauchtwagenhändler Wiesel (W) vorstellig, der einen schwarzen 3er-BMW mit Sportfahrwerk und leichtem Überhitzungsschaden anbietet. Nachdem R das Fahrzeug ausgiebig besichtigt hat, schlägt ihm W vor, die Verkaufsverhandlung in die nächste Eckkneipe zu verlegen, wo bereits Ws Freunde warten. Nach mehreren Runden ortsüblicher Kaltgetränke kommt die Gruppe auf den BMW zu sprechen. W prahlt laut, dass das Fahrzeug 15.000 Euro wert sei und er es R nur zu diesem Preis verkaufen werde. R lacht und entgegnet, „glatte Zehn" könne er ihm für „die Schrottkarre" bieten. W, vor seinen Freunden blamiert, murmelt zerknirscht ein so undeutliches „OK" in seinen nichtvorhandenen Bart, dass weder R noch die übrigen Anwesenden es verstehen können.

Am nächsten Tag bekommt R eine E-Mail von W, in der dieser das Gespräch des letzten Abends zusammenfasst und seiner Freude darüber Ausdruck verleiht, mit R ins Geschäft gekommen zu sein. Er verspricht ihm Übereignung und Übergabe des BMW zum vereinbarten Preis von 10.000 Euro. R ist wenig begeistert, weil er den angeheiterten W sehr unangenehm fand und keine Geschäfte mehr mit ihm machen möchte. Er lässt die E-Mail unbeantwortet. Als er zwei Monate später ein Schreiben des Anwalts des W erhält, in dem dieser die Zahlung von 10.000 Euro verlangt, fällt R aus allen Wolken. In einem Telefongespräch mit W erklärt er, dass er das Fahrzeug nie erwerben wollte. Als W ihn fragt, warum er ihm dann auf seine E-Mail nicht geantwortet habe, antwortet R, dass er davon ausgegangen sei, sein Schweigen habe keine rechtliche Wirkung. Hilfsweise erkläre er die Anfechtung. In keinem Fall wolle er das Fahrzeug haben. W verlangt von R die Zahlung des Kaufpreises.

6. Abgabe und Zugang der Willenserklärung

Die Willenserklärung wird grundsätzlich erst **wirksam**, wenn der Erklärende sie **abgegeben** hat und sie dem Empfänger **zugegangen** ist (§ 130 Abs. 1 BGB).

Nur im seltenen Fall einer nicht empfangsbedürftigen Willenserklärung genügt die Abgabe zur Wirksamkeit der Willenserklärung.

Beispiele:
- Testament,
- Auslobung (§ 657 BGB),
- Dereliktion (§ 959 BGB)[7],

[5] BGH, Urt. v. 3.3.1956 - IV ZR 314/55, NJW 1956, 869.
[6] MüKoBGB/*Busche*, § 147 BGB Rn. 26.
[7] Dereliktion = Aufgabe des Eigentums.

- Annahme gemäß § 151 S. 1 BGB

a. Abgabe

Erst die Abgabe vollendet die Willenserklärung.

Eine Willenserklärung ist **abgegeben**,
wenn der Erklärende alles seinerseits Erforderliche getan hat, damit die Erklärung ohne sein weiteres Zutun dem Empfänger zugehen kann.

Mit der Abgabe einer empfangsbedürftigen Willenserklärung bringt der Urheber der Erklärung seinen **Rechtsbindungswillen objektiv** zum Ausdruck. Insofern kann man im Erfordernis der Abgabe eine besondere Ausprägung des Erfordernisses eines nach außen kundgetanen Rechtsbindungswillens sehen.

(1) Abhandengekommene Willenserklärungen

Zur Behandlung „**abhandengekommener**“ Willenserklärungen werden zwei Ansichten vertreten:

- Eine erste Ansicht behandelt das Problem gleich dem Fall fehlenden Erklärungsbewusstseins und nimmt entsprechend eine (analog § 119 I BGB anfechtbare) Willenserklärung an, wenn der vermeintlich Erklärende das Abhandenkommen zu **vertreten** hat.[8]
- Die wohl herrschende Meinung verortet das Problem bei der **Abgabe**[9]**.** Danach ist zu fragen, ob der Erklärende alles getan hat, was für das Wirksamwerden der Willenserklärung erforderlich ist[10].

Gegen die zweite Ansicht spricht, dass die nicht abgegebene Willenserklärung zu keinem Zeitpunkt existent wird und folglich keine Rechtsfolgen auslösen kann.[11] Möchte der Erklärende die Willenserklärung im Nachhinein doch gelten lassen, hat er keine Möglichkeit, von ihr profitieren;[12] er muss den Vertrag neu abschließen (was bei vielen Bestellungen möglich sein dürfte).

Fall 5: Übereifriger Müllmann

Einige Tage später erhält S von W als Service für besondere Kunden eine Bestellkarte zugesendet, auf der Kunden Namen und Stückzahl der zu bestellenden Weine eintragen. Durch Rück-

[8] MüKoBGB/*Einsele*, 8. Aufl. 2018, § 130 Rn. 14.
[9] MüKoBGB/*Armbrüster*, 8. Aufl. 2018, § 122 Rn. 6. Siehe auch die Streitdarstellung bei *Grigoleit/Herresthal*, Beck’sches Examinatorium Zivilrecht, BGB AT, 3. Aufl. 2015, Rn. 10.
[10] Vgl. MüKoBGB/*Einsele*, 8. Aufl.2018, § 130 Rn. 13. *Grigoleit/Herresthal*, Beck’sches Examinatorium Zivilrecht, BGB AT, 3. Aufl. 2015, Rn. 10. Siehe auch *Brox/Walker*, BGB AT, 42. Aufl. 2018, § 7 Rn. 142 ff. und insb. Rn. 147 zur Abgabe mit modernen Kommunikationsmitteln.
[11] *BeckOGK BGB/Gomille, § 130 Rn. 42.*

[12] *Hier wollen manche Vertreter der zweiten Ansicht mit der Möglichkeit der Genehmigung gemäß § 184 Abs. 1 BGB (wohl analog) helfen.*

sendung wird dann eine Bestellung aufgegeben. S überlegt, einige Flaschen für seine bald anstehende große Geburtstagsfeier zu kaufen. Daher trägt er den „Würzburger Silvaner trocken“ ein und entscheidet sich für 18 Flaschen zum Stückpreis von 10 Euro. Sogleich danach kommen ihm Zweifel. Ihm erscheint ein Stückpreis von 10 Euro doch zu hoch für seine Feier. Daher wirft er die gerade ausgefüllte Bestellkarte in seinen eigenen Papierkorb. Sein Mitbewohner findet die Karte, als er zum ersten Mal als Freundschaftsdienst den gefüllten Papierkorb des S leert. Er glaubt an ein Versehen des S und bringt die Karte ohne Rücksprache zur Post. Als W den Wein anliefert und Abnahme und Zahlung verlangt, verweigert S diese. W ist aber der Überzeugung, er habe darauf einen Anspruch, wenigstens müsse S aber die Fahrtkosten bezahlen.

(3) Zeitpunkt der Abgabe

Der **Zeitpunkt** der Abgabe einer Willenserklärung ist manchmal relevant. Er hat vor allem Bedeutung in den Fällen, in denen der Erklärende nach Entäußerung der Erklärung verstirbt oder geschäftsunfähig wird. Weder der eine noch der andere Fall behindern die Wirksamkeit der Willenserklärung, § 130 Abs. 2 BGB. Ggf. wirkt die Erklärung zugunsten und zulasten der Erben des Erklärenden. Auch im Hinblick auf **etwaige Willensmängel** des Erklärenden oder hinsichtlich der Frage nach der **Kenntnis** oder dem Kennenmüssen bestimmter Umstände ist auf den Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung abzustellen.

b. Zugang

Empfangsbedürftige Willenserklärungen müssen nach § 130 I BGB dem Empfänger **zugehen**, um wirksam zu werden (§ 130 I BGB)**.**

(1) Zeitpunkt des Zugangs

Der **Zeitpunkt** des Zugangs ist häufig noch wichtiger als derjenige der Abgabe, etwa

- für die Wahrung von Fristen, da die Erklärung erst mit Zugang wirksam wird, sowie
- für den Übergang der Verlust- oder Verfälschungsgefahr auf den Empfänger.

Bedeutung hat der Zugang außerdem hinsichtlich der Einhaltung etwaiger Formvorschriften. Den Formvorschriften muss die Erklärung im Zeitpunkt des Zugangs genügen.

(4) Zugang unter Abwesenden und Anwesenden

Es gilt zwischen dem **Zugang unter Abwesenden und Anwesenden** zu differenzieren. Für die Abgrenzung ist darauf abzustellen, ob Erklärender und Adressat **unmittelbar** miteinander kommunizieren können, eine Interaktion durch Nachfrage und Antwort beispielsweise möglich ist.

Bsp. 1: Vertragsschluss am Telefon: Zugang der Willenserklärungen unter Anwesenden.

Bsp. 2: Angebot wird auf den Anrufbeantworter des Adressaten gesprochen: Zugang unter Abwesenden.

Merke: Ein Zugang gegenüber einem Abwesenden nach § 130 BGB ist immer dann zu prüfen, wenn ein unmittelbarer zeitgleicher Verständigungskontakt fehlt.[13]

(5) Zugang unter Abwesenden (§ 130 Abs. 1 BGB)

Merke: Die Willenserklärung ist **spätestens zugegangen und damit wirksam geworden**, wenn sie

- derart in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist,
- dass bei Annahme gewöhnlicher Verhältnisse damit zu rechnen ist, dass von ihr Kenntnis genommen wird.

In der Sache geht es um eine angemessene Verteilung der Risiken zwischen Erklärendem und Erklärungsempfänger. Ersterer hat dafür zu sorgen, dass die Erklärung unverfälscht und rechtzeitig in den Machtbereich des Empfängers gelangt, welcher wiederum für die tatsächliche Kenntnisnahme verantwortlich ist. Ob diese auch tatsächlich erfolgt, ist für den Zugang nicht entscheidend, zumal der Zeitpunkt der tatsächlichen Wahrnehmung einer Erklärung für ihren Autor oft nicht feststellbar ist (wann genau liest der Empfänger den Brief?). Aus Gründen der Rechtssicherheit geht man daher zugunsten des Erklärenden von einem **normativen Zugangsbegriff** aus.

Bsp. 1: Eine Kündigung, die am Tag des Fristablaufs während der üblichen Geschäftszeiten in den Briefkasten des Empfängers eingeworfen wird, ist rechtzeitig zugegangen, auch wenn der Empfänger sie erst am folgenden Tag liest.

Bsp. 2: Landet der Brief hingegen erst um 22 Uhr im Briefkasten des Empfängers, ist die Kündigung verspätet, da unter gewöhnlichen Umständen mit einer Kenntnisnahme um diese Uhrzeit nicht mehr gerechnet werden kann.

Bsp. 3: Liest der Empfänger das Schreiben dennoch kurz vor Mitternacht, ist der Zugang rechtzeitig erfolgt.

Fall 6: Fristgerechte Kündigung? - Grundfall

Bereits im November hat S genug vom ständigen Streit mit seinem Mitbewohner und schaut sich daher nach anderen Wohnungen um. Die Kündigung seines derzeitigen WG-Zimmers ist (nur) für den Mieter immer zum Monatsende möglich, muss aber laut Mietvertrag schriftlich und zudem zum Dritten des jeweiligen Monats erklärt werden. Nachdem S eine schöne Ein-Zimmer-Wohnung in der Altstadt findet, wirft er die Kündigung bei Vermieter M am 1.12. in den Briefkasten. M kommt erst am 7.12. von einem Ausflug zurück und leert seinen Briefkasten. Nun meint er, S müsse jedenfalls noch die Miete für Januar zahlen.

(6) Zugang beim Übergabe-Einschreiben insbesondere

Streitig ist, wie der Zugang bei einem **Übergabe-Einschreiben** zu bewerten ist. Durch einen Benachrichtigungszettel wird der Empfänger bloß in die Lage versetzt, den Brief durch Abholung in

[13] *Grigoleit/Herresthal,* Beck'sches Examinatorium Zivilrecht, BGB AT, 3. Aufl. 2015, Rn. 12.

seinen Machtbereich zu **verbringen**,[14] sodass der Brief selbst noch nicht derart in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, dass bei Annahme gewöhnlicher Umstände mit der Kenntnisnahme durch ihn zu rechnen ist.

Nach einer Ansicht kann der Zugang zu dem Zeitpunkt **fingiert** werden, zu dem damit zu rechnen ist, dass der Empfänger den Brief in seinen Machtbereich verschafft,[15] was regelmäßig der nächste Werktag sein wird.

Eine andere Ansicht lehnt es ab, beim Einschreiben mit Rückschein auf die normale Zugangsfiktion abzustellen.[16] Stattdessen sei - obwohl keine allgemeine Obliegenheit dahin gehend bestehe, Willenserklärungen zu empfangen und deshalb auf Benachrichtigung hin Briefe von der jeweils zuständigen Poststelle abzuholen - danach zu fragen, ob der Empfänger sich im Einzelfall nach dem Gebot von Treu und Glauben (§ 242 BGB) so behandeln lassen muss, als sei am nächsten Werktag der Zugang erfolgt.[17] Ein solcher Fall liegt insbesondere dann vor, wenn der Erklärende die Willenserklärung angekündigt hat.

Fall 6: Fristgerechte Kündigung? – Abwandlung 1

M hat bereits am 1.12. durch den Mitbewohner des S von dessen Kündigung erfahren. Wie ist die Rechtslage, wenn S die Kündigung schon am 30.11. per Einschreiben mit Rückschein gesendet hat, der Postbote den M am 02.12. aber nicht antrifft und daher ein Benachrichtigungsschreiben in den Briefkasten wirft, wonach M ein Einschreiben bei der Post ab dem 03.12. um 10h00 am Paradeplatz abholen könne, M das Einschreiben aber erst am 07.12. abholt?

(7) Zugang unter Anwesenden

Mangels ausdrücklicher Regelung wird jedenfalls bei verkörperten Willenserklärungen unter Anwesenden § 130 I 1 BGB analog angewendet,[18] das heißt, dass auch hier maßgeblich darauf abzustellen ist, ob die Willenserklärung dergestalt in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, dass unter normalen Umständen mit seiner Kenntnisnahme gerechnet werden kann.

Bsp.: Aushändigung eines schriftlichen Vertragsangebots an den Adressaten.

Was für den Zugang nicht verkörperter Willenserklärungen, insbesondere mündlicher Angebote, gilt, ist strittig.

(1) Meinungsstand

---

[14] BGH, Urt. v. 26. 11. 1997 – VIII ZR 22/97, NJW 1998, 976 = BGHZ 137, 205, 208. Der BGH weist darüber hinaus darauf hin, dass der Benachrichtigungszettel „keinen Hinweis auf den Absender des Einschreibebriefs und […] den Empfänger im Ungewissen darüber [lässt], welche Angelegenheit die Einschreibesendung zum Gegenstand hat.“.

15 Auf diese Möglichkeit weist auch Köhler, PdW BGB AT, 28. Aufl. 2018, S. 38 unter Bezugnahme auf Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Aufl. 2016, § 33 Rn. 16 hin, lehnt die Ansicht im Ergebnis aber ab.

16 BGH, Urt. v. 26.11.1997 - VIII ZR 22/97, NJW 1998, 976 = BGHZ 137, 205.

[17] OLG Brandenburg, Beschl. v. 3.11.2004 - 9 UF 177/04, NJW 2005, 1585, 1586.

18 Köhler, PdW BGB AT, 28. Aufl. 2018, S. 39; Grigoleit/Herresthal, Beck’sches Examinatorium Zivilrecht, BGB AT, 3. Aufl. 2015, Rn. 16.

Nach der sog. **Vernehmungstheorie**, der auch die Rechtsprechung folgt, kann ein Zugang der Willenserklärung nur angenommen werden, wenn sie vom Empfänger akustisch vernommen und **richtig verstanden** wurde. Die herrschende Meinung in der Literatur allerdings will den Zugang bejahen, wenn der Erklärende unter Anwendung der **erforderlichen Sorgfalt** mangels gegenteiliger Anhaltspunkte davon ausgehen kann, dass beim Erklärungsempfänger keine Verständnisprobleme vorliegen und er die Willenserklärung daher auch vollständig und richtig verstanden hat (sog. **eingeschränkte Vernehmungstheorie**).

(2) Stellungnahme

Für die Vernehmungstheorie kann angeführt werden, dass sie dem Schutz von Personen mit **physischen oder sprachlichen Schwächen** dient (z.B. Schwerhörigkeit). Andererseits schützt diese strenge Ansicht nicht das **Vertrauen des Rechtsverkehrs** und nimmt auch eine zur **Risikoverteilung** bei Willenserklärungen unter Abwesenden („normativer Zugangsbegriff") unterschiedliche Wertung vor. Denn bei solchen Erklärungen wird ebenfalls nicht auf die tatsächliche Kenntnisnahme abgestellt, sondern darauf, ob damit unter gewöhnlichen Umständen gerechnet werden kann.

Allerdings verlangen auch die Vertreter der herrschenden abgeschwächten Vernehmungstheorie vom Erklärenden, der die **Schwerhörigkeit** seines Gegenübers **kennt**, dass er durch Rückfragen etwaige Zweifel ausräumt.

Fall 7: Schwerhöriger Hotelier

S möchte sich schnell an der Fakultät vernetzen und meldet sich daher für einen Ausflug der Juristen-Alumni zum Bayerischen Verfassungsgerichtshof am 5.12.2019 an. Weil er nicht mit der Gruppe am gleichen Abend zurückreisen, sondern am nächsten Tag noch die Stadt erkunden möchte, ruft S in einem Hostel an und bestellt „ein Zimmer zum Preis von 60 Euro mit Frühstück für den 5.12.". Hotelbetreiber (H) antwortet: „Das geht so in Ordnung, wir freuen uns auf Ihren Besuch". Als S am Abend des 5.12. müde im Hostel ankommt, stellt sich heraus, dass der schon ältere H sich verhört und eine Reservierung für den 15.12. eingetragen hatte. H meint, aus diesem Grund sei vielleicht gar kein Vertrag über eine Übernachtung am 5.12. abgeschlossen worden. S erwidert, der Vertrag sei wirksam zustande gekommen. Schließlich habe er am Telefon nicht erkennen können, dass H offensichtlich schwerhörig sei.

(8) Sprachrisiko insbesondere

Problematisch ist die Frage nach der Verteilung des **Sprachrisikos**.[19] Sie stellt sich, wenn der Erklärende eine Sprache verwendet, die der Empfänger nicht versteht. Sie wird entweder als Problem der Auslegung[20] oder – wohl überzeugender – des Zugangs[21] behandelt. So hängt die Verteilung des Sprachrisikos unter anderem davon ab, ob der Erklärende damit rechnen durfte, dass der Empfänger die in dieser Sprache abgefasste Erklärung verstehen werde. Verwenden darf er etwa diejenige Sprache, die die Parteien vertraglich festgelegt haben oder die beide Parteien

[19] Die Frage wird relevant u. a. bei der Verwendung von AGB gegenüber Fremdmuttersprachlern (dazu *Schäfer*, JZ 2003, 873) und im Arbeitsrecht (dazu etwa *Boemke/Schönfelder*, NZA 2104, 1222).
[20] MüKoBGB/*Einsele*, § 130 Rn. 32.
[21] BeckOGKBGB/*Gomille*, 1.9.2019, § 130 Rn. 86.

während der Vertragsverhandlungen benutzt haben. Im Übrigen ist abzustellen auf den vom Empfänger zurechenbar hervorgerufenen Anschein der Sprachkenntnis, z. B. Amtssprache bei gewöhnlichem Aufenthalt im Inland. Relevant kann auch die vom Erklärenden beobachtete Reaktion des Adressaten sein, die auf Verständnis oder Unverständnis schließen lässt.[22] Soweit es auf den **Zeitpunkt des Zugangs** ankommt, wird man u. U. eine angemessene Zeitspanne für die Übersetzung miteinberechnen müssen.[23]

(9) Zugangshindernisse

Die Wahrnehmung einer Willenserklärung kann an Hindernissen scheitern, die in der Sphäre des Empfängers liegen. Die Folgen dieser Hindernisse können nicht uneingeschränkt dem Absender aufgebürdet werden, weil er keine Möglichkeit hat, sie zu beeinflussen. Es ist zu unterscheiden:

(1) Bei grundloser Annahmeverweigerung oder arglistiger Zugangsverhinderung wird der Zugang beim Adressaten der Erklärung **fingiert**. Hierfür spricht der Rechtsgedanke der §§ 162I, 815 BGB und die Rechtsmissbräuchlichkeit (§ 242 BGB) einer Berufung auf die Zugangsvoraussetzungen.

Bsp. 1: Empfänger gibt bewusst eine falsche Adresse an.

Bsp. 2: Empfänger klebt seinen Briefkasten zu.

Bsp. 3: Adressat der Erklärung hält sich die Ohren zu.

(2) Bei sonstiger (fahrlässiger oder schuldloser) Zugangsvereitelung verbleibt das Übermittlungsrisiko grundsätzlich in der Sphäre des Erklärenden: Die WE wird daher nicht wirksam.

Bsp. 1: Adressat vergisst es, rechtzeitig einen Nachsendeauftrag einzurichten.

Bsp. 2: Adressat beschafft sich erst einige Tage nach dem Einzug in das neue Haus einen Briefkasten.

Nur in Sonderfällen (z. B. bestehende Geschäftsverbindung; Arbeitgeber droht dem Arbeitnehmer ein Kündigungsschreiben an) gehen Verzögerungen, die der Empfänger zu vertreten hat, nicht zu Lasten des Erklärenden. Der Empfänger kann sich gemäß § 242 BGB nicht auf die Verzögerung berufen.

Fall 6: Fristgerechte Kündigung? – Abwandlung 2

M rechnet mit der Kündigung und schraubt daher den Briefkasten ab, sodass das Einschreiben an S zurückgesendet wird, damit er für den Januar noch die Miete verlangen kann. S wendet sich an Rechtsanwalt R und fragt, ob er die Kündigung erneut senden müsse. Er habe nämlich in einer Vorlesung gehört, dass bei unbewusster Zugangsvereitelung ein neuer Zustellversuch

[22] Beispiel nach *Boecken*, BGB AT, 2011, Rn. 241: Der der deutschen Sprache nicht mächtige Arbeitnehmer bedankt sich für die Gelegenheit einmal mit seinem Chef in dessen Büro zu sprechen, nachdem dieser tatsächlich eine Abmahnung wegen häufigen Zuspätkommens mitgeteilt hat.

23 Z. B. LAG Hamm, Beschl. v. 4.1.1979 - 8 Ta 105/78, NJW 1979, 2488: „Wird dem ausländischen Gastarbeiter, der die deutsche Sprache kaum verstehen, in keinem Fall aber lesen kann, ein ausführlichst motiviertes Kündigungsschreiben übergeben, so ist der Zugang der Kündigungserklärung erst nach Ablauf einer angemessenen Zeitspanne vollzogen, die nach Treu und Glauben zur Erlangung einer Übersetzung erforderlich ist.“ (LS).

unternommen werden müsse, der auf den Zeitpunkt des ersten Versuchs zurückwirke. Was wird R antworten?

c. Widerruf von Willenserklärungen

Nach § 130 I 2 BGB wird eine Willenserklärung (trotz Zugangs) nicht wirksam, wenn dem Empfänger gleichzeitig oder vorher ein **Widerruf** zugegangen ist. Der Widerruf ist seinerseits eine empfangsbedürftige Willenserklärung (d. h. Abgabe und Zugang sind erforderlich, s. o.).

7. Insbesondere: Vertragsschluss bei Online-Auktionen

a. Rechtsbindungswille des Verkäufers

(1) Sonderregel § 156 BGB

Bei Auktionen kommt ein Kaufvertrag nach § 156 BGB durch den Zuschlag des Auktionators zustande, mit dem dieser das höchste abgegebene Gebot annimmt. Die Vorschrift § 156 BGB ist *lex specialis* gegenüber den allgemeinen Regeln zum Vertragsschluss. Das bedeutet insbesondere, dass in der bloßen Veranstaltung der Versteigerung noch kein bindendes Angebot an den Meistbietenden zu sehen ist, sie vielmehr als bloße invitatio ad offerendum zu qualifizieren ist.

(10)Keine Anwendbarkeit des § 156 BGB auf online-Auktionen

Die dispositive Vorschrift § 156 BGB ist nach h. M. auf die meisten Internet-Auktionen nicht anwendbar, weil sie sich vom gesetzlichen Leitbild der Versteigerung erheblich abheben. So fehlt es regelmäßig schon an einem Auktionator, der dem Höchstgebot eines Bieters den Zuschlag erteilen könnte. Auch kann ein **bloßer Zeitablauf**, mit dem die Internetauktion endet, nicht mit der Willenserklärung eines Auktionators durch Zuschlag gleichgesetzt werden, sodass auch eine analoge Anwendung ausscheidet.

Fall 8: Ärger in der Bucht

R hat einen gebrauchten BMW erworben, repariert und mit einem Sportfahrwerk, Heckspoiler und einer 500-Watt-Stereoanlage ausgerüstet, so dass sein Wert nunmehr 25.000 Euro beträgt.

R bietet es unter seinem Account „Schrottrolf 21“ auf eBay an. Er entscheidet sich für einen Auktionsmodus, bei dem das siegreiche Gebot dasjenige ist, das nach Ablauf der Auktionsdauer (eine Woche) das höchste Gebot ist, das zugleich über einem vom Verkäufer im nächsten Schritt zu definierenden „Mindestkaufpreis“ liegt. Das Eingabefeld „Mindestkaufpreis“ lässt R leer, um Auktionsgebühren zu sparen. Der BMW geht mit einem Startpreis von 1 Euro ohne definierten Mindestkaufpreis auf dem Portal online.

BMW-Enthusiast K stößt bei seiner Suche nach einem neuen fahrbaren Untersatz auf die Auktion und bietet mit seinem Account „Kuseng89“ mit. Am Ende des Aktionszeitraums ist er mit einem Gebot von 15.500 Euro Höchstbietender und erhält eine E-Mail von eBay, die ihm zu seinem erfolgreichen Gebot gratuliert. Als K daraufhin R schreibt, um die Modalitäten der Kaufabwicklung zu besprechen, ist R ungehalten. Das viel zu niedrige Angebot des K habe er

überhaupt nicht angenommen, der Wagen sei 25.000 Euro wert. K ist empört und fordert Übereignung und Übergabe des Fahrzeugs.

Vertiefungshinweis: Da es sich bei Online-Auktionen nicht um Versteigerungen i. S. v. § 156 BGB handelt, gilt auch die Ausnahmeregelung § 312g II 1 Nr. 10 BGB nicht, die auf Versteigerungen i. S. v. 156 BGB verweist. Daher ist das *Widerrufsrecht* des Verbrauchers gegenüber dem gewerblichen Verkäufer *nicht ausgeschlossen*.[24]

(11) Insbesondere: shill bidding

Fraglich ist, welche Auswirkungen *shill bidding*, d.h. das künstliche in die Höhe Treiben des Preises durch Mietbieten auf die eigene Auktion, im Rahmen des Vertragsschlusses hat. Einerseits ist hierbei ein mögliches Verbot von *shill bidding*, welches bspw. in den eBay-AGBs enthalten ist, zu berücksichtigen. Andererseits gehen bereits die §§ 145 ff. BGB (sowie § 6 eBay-AGB) von einer **Personenverschiedenheit** zwischen Käufer und Verkäufer aus.[25] Damit kann ein Verkäufer, der *shill bidding* betreibt, sein eigenes Angebot auf Eingehung eines Kaufvertrages nicht annehmen, weil er diesen sonst mit sich selbst schließen würde.[26] Seine darauf gerichteten Willenserklärungen sind damit als „Nichtgebote“[27] rechtlich wirkungslos.

Die Gebote eines Mitbieters, welche nach den Nichtgeboten des Verkäufers abgegeben werden, gehen wegen der Unwirksamkeit der Eigengebote ins Leere und haben keine Gültigkeit, wenn für einen objektiven Empfänger in der Position des Verkäufers zum Ausdruck kommt, dass der Mitbieter bloß das Notwendige getan hat, um sich wieder in die Position des Meistbietenden zu bringen und nicht, um einen bestimmten Preis zu erzielen. Sein Wille zielte dann auf das Verdrängen eines gültigen Gebots einer anderen Person ab, welches wegen der Unwirksamkeit der Eigengebote jedoch nicht mehr vorhanden ist. Der Mitbieter ist hier schutzwürdig.

Fall 8: Ärger in der Bucht - Fortsetzung

Nicht abgeschreckt von all dem Ärger stellt R wenige Monate später erneut einen reparierten 3er-BMW (Wert: 30.000 Euro) „in die Bucht“, bietet ihn also auf eBay an. Diesmal gibt er zur Sicherheit einen Mindestkaufpreis von 15.000 Euro an. Wegen der etwas ausgefallenen pinkfarbenen Lackierung mit aufgemalten weißen Häschen finden sich jedoch nur wenige interessierte Bieter, so dass die Auktion eher schleppend verläuft. Zwei Tage vor Auktionsende ist Berthold (B) mit einem Gebot von 22.000 Euro Höchstbieter. Aus Sorge, den BMW mit Verlust verkaufen zu müssen, meldet sich R mit dem Account seiner Freundin J („Jennyschatz9“) auf eBay an und bietet selbst für den BMW, wodurch er B veranlasst, immer höhere Angebote abzugeben. Schließlich ersteigert B den BMW für 33.000 Euro. Als B den R in einem Messenger kontaktiert, um den Kauf abzuwickeln, sieht er auf Rs Profilfoto dessen tätowierten Oberarm, auf dem der Name „Jenny“ prangt. B wird misstrauisch, recherchiert kurz auf Facebook und deckt den Schwindel des R auf. Weil er mit seinem Gebot von 22.000 Euro ohne das Mitbieten von „Jennyschatz9“ Höchstbietender gewesen wäre, fordert er von R die Übereignung und

[24] MüKoBGB/*Busche*, 8. Aufl. 2018, BGB § 156 Rn. 3.
[25] BGH, Urt. v. 24.8.2016 – VIII ZR 100/15, NJW 2017, 468, 469, 471 f.
[26] Beauftragt der Verkäufer eine andere Person, Angebote ausschließlich zum Zweck des Hochtreibens des Preises abzugeben, wären diese gemäß § 117 Abs. 1 BGB als Scheinerklärungen nichtig.
[27] Schinkels, Maximal- statt Höchstgebot als Annahmeerklärung bei Internetauktionen, MMR 2018, 351, 356.

Übergabe des Wagens gegen Zahlung in dieser Höhe. Als R sich nachdrücklich weigert, verlangt B Schadensersatz.

Erfolgt zwischen dem letzten Eigengebot des Verkäufers und dem Letztgebot des Käufers noch das Gebot eines Dritten, so ist das Letztgebot hingegen wirksam. Allerdings besteht die Möglichkeit zur Anfechtung nach § 123 I Alt. 1 BGB.

Fall 8: Ärger in der Bucht - Abwandlung der Fortsetzung

Neben B mischt auch C bei der Online-Versteigerung von Rs BMW mit. Obwohl R keine Angst haben muss, den Wagen unter Wert hergeben zu müssen, entscheidet er sich mitzubieten, um der Preisentwicklung noch größere Dynamik zu verleihen. Sein letztes Eigengebot gibt er in Höhe von 33.000 Euro ab, das von C um weitere 1.000 Euro übertroffen wird. Den „Zuschlag" erhält schließlich B für sein darauffolgendes Gebot in Höhe von 35.000 Euro.

b. Geschäftswille des Verkäufers

Das Erfordernis der ausreichenden Bestimmtheit (das erforderliche Vorliegen der essentialia negotii) ist insbesondere bei Online-Auktionen (z. B. Ebay) begründungsbedürftig (und sollte auch in der Klausur angesprochen werden): Weder kennt der Anbieter vorab die Identität des (zukünftigen) Vertragspartners (Käufers), noch kann er vorab den endgültigen Kaufpreis kennen. Allein der Gegenstand der Versteigerung kann vom Verkäufer bereits vollständig bestimmbar beschrieben werden.

Hier gilt: Ausreichend ist es, wenn anhand der AGB des Plattformbetreibers diejenige Person *bestimmbar* ist, mit der der Anbietende einen Vertrag abschließen möchte. Bei der Bestimmung des objektiven Empfängerhorizonts ist auf die AGB der Plattform abzustellen. Danach ist (einziger) künftiger Vertragspartner des Anbietenden diejenige Person, die bei Ablauf der Angebotsdauer das höchste Angebot abgegeben hat. Damit ist der Vertragspartner des Anbietenden bereits soweit bestimmbar, dass die Unkenntnis von der genauen Identität der Person den Rechtsbindungswillen des Verkäufers nicht entfallen lässt. Entsprechendes gilt für den endgültigen Kaufpreis, der aufgrund der AGB der Plattform lediglich *bestimmbar* sein muss.

Vertiefung: Neben dem Ansatz, das Verhalten des Verkäufers auf der online-Plattform (Ebay) als Angebot iSd § 145 BGB und das Gebot des Meistbietenden als Annahmeerklärung zu qualifizieren, ist es ebenso gut vertretbar, in der Freischaltung der Auktionsseite durch den Nutzer (Verkäufer) eine *antizipierte Annahmeerklärung* betreffend das durch den letzten Bieter wirksam abgegebene Angebot zu sehen.[28] Eine Festlegung kann dahinstehen.

[28] BGH, Urt. v. 7.11.2001 - VIII ZR 13/01, NJW 2002, 363, 364.

III. Insbesondere: Gefälligkeitsvertrag – Gefälligkeitsverhältnis – reine Gefälligkeit

1. Überblick

Unterscheide fünf Fragen, die sich im Zusammenhang mit Gefälligkeitsverhältnissen stellen können:

(1) Besteht ein Vertrag, aus dem eine etwaige Primärleistungspflicht abzuleiten ist?

→ *Fall Lottospielgemeinschaft*

(1a) Außerdem: Bestehen leistungsbezogenen Nebenpflichten wie insbes. Pflicht zur Rechenschaftslegung?

→ *Zusatzfall: Bankvollmacht*

(2) Besteht Anspruch des Gefälligen auf Aufwendungsersatz oder gar Vergütung (BerR? GoA?)

→ *Zusatzfall Verkehrsunfall der Fahrgemeinschaft*

(3) Besteht auch ohne Vertrag eine Pflicht des Gefälligen, die tatsächlich erbrachte Gefälligkeit sorgfältig, d. h. unter Beachtung der Pflichten von § 241 II BGB zu erfüllen?

→ *Fall Verunglückter Lastzug*

(4) Greifen zugunsten des Gefälligen etwaige Haftungserleichterungen?

→ *Fall Gartenschlauch*

(5) Besteht zugunsten des Gefälligen ein Anspruch auf Ersatz risikotypischer Begleitschäden?

→ *Zusatzfall Verkehrsunfall der Fahrgemeinschaft*

2. Abgrenzungskriterien Rechtspflicht – Gefälligkeit (Bestehen von Leistungspflichten?)

Die Frage, ob eine rechtlich bindende Willenserklärung (Gefälligkeitsvertrag) oder lediglich eine Gefälligkeitszusage ohne Begründung einer Leistungspflicht (Gefälligkeitsverhältnis oder bloße Gefälligkeit) vorliegt, ist für den jeweiligen Einzelfall durch **Auslegung** der Erklärungen zu ermitteln. Insoweit kommt es weniger auf den inneren Willen des Erklärenden an, sondern vielmehr auf die Frage, ob ein **objektiver Erklärungsempfänger** auf einen Rechtsbindungswillen schließen durfte (§§ 133, 157 BGB analog).

Bei der Auslegung gilt es zu berücksichtigen, dass die **Unentgeltlichkeit** der Tätigkeitsübernahme der Annahme eines Rechtsbindungswillens nicht entgegensteht.[29] Der unentgeltliche Auftrag i.S.d. § 662 BGB ist ein Rechtsgeschäft.

Entscheidend ist eine Abwägung der Interessen der betroffenen Parteien. Rechtsbindungswille kann insbesondere in folgenden Fällen angenommen werden:

[29] BGH, Urt. v. 22.6.1956 - I ZR 198/54, NJW 1956, 1313; siehe auch Fritzsche, Fälle zum BGB AT, 7. Aufl. 2019, Fall 2 Rn. 3.

- Wesentliche Interessen **wirtschaftlicher** Art des Leistungsempfängers werden betroffen und dieser **verlässt** sich auf die Leistungszusage.
- Der Leistende hat ein **eigenes rechtliches oder wirtschaftliches** Interesse an der Tätigkeitsübernahme (↔ Handeln ausschließlich aufgrund persönlicher Verbundenheit).
- Die überlassene Sache hat einen **hohen Wert.**
- Es besteht ein **(Haftungs-)Risiko** für die betroffenen Personen.

Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, kann ein Rechtsbindungswille nur unter besonderen Umständen angenommen werden.

Fall 9 – Lottospielgemeinschaft[30]

Die zwei Freunde O und B haben sich zu einer Lottospielgemeinschaft zusammengeschlossen, die jede Woche mit einem Einsatz von insgesamt 30 EUR bestimmte festliegende Zahlenreihen „tippt". Die Beiträge - pro Teilnehmer wöchentlich 15 EUR - werden bei B eingezahlt. Er hat die Aufgabe, die Lottozettel im eigenen Namen für sich und für O auszufüllen und sie bei der Annahmestelle abzugeben.

In der ersten Novemberwoche erreicht B wegen eines unerwarteten Termins im Büro die Lottoannahmestelle erst kurz nach Ladenschluss und kann die Lottoscheine somit nicht mehr abgeben. Dadurch entgehen O und B Gewinne von insgesamt 100.380 EUR. O verlangt von B anteiligen Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ihm obliegenden Pflichten.

Hat O einen Schadensersatzanspruch gegen B wegen der Nichtabgabe der Lottozettel?

3. Haftung im Gefälligkeitsverhältnis

Liegt ein Gefälligkeitsverhältnis vor, so kann nach einer in der Literatur vertretenen Ansicht[31] unter bestimmten Umständen die Vorschrift § 311 II Nr. 3 BGB („ähnliche geschäftliche Kontakte") Anwendung auf das Gefälligkeitsverhältnis[32] finden. Folge ist eine vertragsähnliche Haftung des Gefälligen wegen Verletzung einer Pflicht nach § 241 II BGB, außerdem die Anwendbarkeit von § 278 BGB.

a. Meinungsstand

Während ein Teil der Literatur die Subsumtion von Gefälligkeitsverhältnissen unter § 311 II Nr. 3 BGB ablehnt (die Rspr. hat sich noch nicht eindeutig positioniert[33]), sprechen sich viele Literaturvertreter für die Anwendbarkeit der Vorschrift aus, sofern die Gefälligkeitsverhältnisse einen **rechtsgeschäftlichen** oder zumindest **rechtsgeschäftsähnlichen** Charakter aufweisen.

---

[30] Sachverhalt angelehnt an BGH, Urt. v. 16.5.1974 - II ZR 12/73, NJW 1974, 1705.
[31] Nachweise bei MüKoBGB/*Bachmann*, 8. Aufl. 2019, BGB § 241 Rn. 177 u. a. auf *Bork* BGB AT Rn. 682; *Brox/Walker* SchuldR AT § 2 Rn. 30; *Medicus/Petersen* BürgerlR Rn. 368; *Schwerdtner* NJW 1971, 1673, 1675.
[32] Die Terminologie ist uneinheitlich. *Canaris,* JZ 2001, 499, 520, spricht von „Gefälligkeitsverhältnissen mit rechtsgeschäftsähnlichem Charakter ohne primäre Leistungspflicht".
[33] *Siehe BGH, Urt. v. 4. 8. 2010 - XII ZR 118/08, NJW 2010, 3087, Rn. 15.*

b. Diskussion

Vertreter der erstgenannten Ansicht stellen insbesondere auf den Wortlaut der Vorschrift § 311 II Nr. 3 BGB ab. Diese sei nur auf **geschäftliche** Kontakte anwendbar. Gefälligkeiten ergäben sich demgegenüber aus **sozialen bzw. gesellschaftlichen** Verbindungen.[34]

Befürworter der Gegenansicht betonen hingegen, dass bestimmte Gefälligkeitsverhältnisse ein **rechtsgeschäftliches Element** aufweisen können, da der Gefällige trotz fehlender Leistungspflicht die **rechtliche Relevanz** seines Handelns erkennen könne und ihn bei Vornahme der Tätigkeit deshalb Sorgfaltspflichten träfen.[35] Darüber hinaus wird die Anwendung des § 311 II Nr. 3 BGB damit begründet, dass zwischen dem Gefälligen und dem Begünstigten eine auf **besonderem Vertrauen** basierende **Sonderbeziehung** bestehe.[36] Der Begünstigte lasse den Gefälligen bisweilen auf seine Rechtsgüter **einwirken** und vertraue darauf, dass dieser sein Integritätsinteresse nicht verletze. Bereits aus diesem Grund träfen den Gefälligen besondere Schutz- und Sorgfaltspflichten.[37]

c. Stellungnahme

Die Annahme einer vertragsähnlichen Haftung innerhalb bestimmter Gefälligkeitsverhältnisse überzeugt. Aufgrund der mitunter **schwierigen Abgrenzung** zwischen Gefälligkeiten und Rechtspflichten ist die Einführung einer Zwischenkategorie, bei der eine Haftung nach vertraglichen Maßstäben erfolgen kann, sinnvoll. Damit wird zugleich der Tatsache Rechnung getragen, dass bei manchen Gefälligkeitsverhältnissen im Fall des Tätigwerdens trotz der fehlenden Verpflichtung hierzu (Primärleistungspflicht) eine **besondere Nähebeziehung** zwischen dem Gefälligen und dem Begünstigten entsteht und insoweit bestimmte Rücksichtnahme- und Sorgfaltspflichten zu beachten sind. Schließlich können auch einem Gefälligen beispielsweise Gegenstände von erheblichem **Wert** anvertraut werden, die eine besonders sorgfältige Behandlung erfordern. Ein angemessener Schutz des **Integritätsinteresses** der Beteiligten kann in einer solchen Konstellation über einen vertragsähnlichen Haftungsanspruch mit den entsprechenden Vorteilen für den Anspruchsteller (siehe oben) sichergestellt werden. Weiterhin gilt zu beachten, dass § 311 II Nr. 3 BGB generell einen **Auffangtatbestand** der vertragsähnlichen Haftung bildet.[38] Dann sollte der Begriff des „ähnlichen geschäftlichen Kontakts“ konsequenterweise auch weit ausgelegt werden können.

---

[34] Palandt/*Grüneberg*, 78. Aufl. 2019, Einl. v. § 241 Rn. 8; *Daßbach*, JA 2018, 575.
[35] *Fritzsche*, Fälle zum BGB AT, 7. Aufl. 2019, Fall 2 Rn. 11 ff.
[36] AG Lingen, Urt. v. 17.2.2010 – 4 C 1222/09, NJW-RR 2010, 757; vgl. auch *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 26. Aufl. 2017, Rn. 371.
[37] AG Lingen, Urt. v. 17.2.2010 – 4 C 1222/09, NJW-RR 2010, 757, 758.
[38] BeckOKBGB/*Sutschet*; 51. Edition, Stand: 1.8.2019, § 311 BGB Rn. 51.

Im Ergebnis sind drei verschiedene Kategorien von „Rechtsbeziehungen“ zu unterscheiden:

1. Unentgeltliche Verträge („Gefälligkeitsverträge“[39])

… sind echte Rechtsgeschäfte wie Auftrag (§ 662 BGB) oder Schenkung (§ 516 BGB).

→ Verpflichtung zur Erbringung einer Primärleistung (insbesondere Erfüllung eines Auftrags)

→ Haftung sowohl aus Vertrag (§§ 280 ff. BGB) als auch aus Delikt (§§ 823 ff. BGB)

2. Gefälligkeitsverhältnisse mit rechtsgeschäftlichem/rechtsgeschäftsähnlichem Charakter

→ Keine Verpflichtung zur Erbringung einer Primärleistung

→ Haftung aus §§ 280 I, 311 II Nr. 3, 241 II (vertragsähnliche Haftung), Einstehen für Verschulden des Erfüllungsgehilfen gemäß § 280 I BGB

und aus Delikt (§§ 823 ff. BGB).

3. Reine Gefälligkeitsverhältnisse

→ Keine Verpflichtung zur Erbringung einer Primärleistung

→ Haftung nur aus Delikt (§§ 823 ff. BGB)

Fall 10 – Verunglückter Ehemann und Lastzug[40]

Die Eheleute E und F betreiben gemeinsam eine kleine Spedition. Als ihr Lastzug an einem Montag Ende Oktober bereits beladen ist, verunglückt E tödlich beim Zusammenkuppeln von Motorwagen und Anhänger. F wendet sich an den befreundeten S, ebenfalls Inhaber einer Spedition, und bittet ihn um Hilfe, da er ihr noch einen Gefallen schulde. Der ausstehende Transport sei dringend. S erklärt, er habe selbst viel zu tun, werde aber sehen, was er machen könne. Schließlich willigt er wegen seiner persönlichen Verbundenheit zu F und wegen des noch ausstehenden Gefallens ein, ihr in dieser Situation zu helfen. Er schickt den angestellten, bislang immer äußerst vorsichtig arbeitenden Kraftfahrer K, der den Transport unentgeltlich mit dem Lastzug der F ausführt. Auf der Rückfahrt verursacht K grob fahrlässig einen Unfall. F verlangt von S Ersatz der Reparaturkosten und Ersatz des entgangenen Gewinns während der sechswöchigen Stilllegung des Lastzuges zu Reparaturzwecken.

Welche Ansprüche hat F gegen S? Ansprüche aus § 823 II BGB sowie dem StVG sind nicht zu prüfen. Es ist zu unterstellen, dass F nun alleinige Inhaberin der Spedition ist.

Merke: Die Vorschriften §§ 241 II, 280 I, 278 BGB sind, trotz einer fehlender Primärleistungspflicht, auf Gefälligkeitsverhältnisse mit rechtsgeschäftsähnlichem Charakter entsprechend anzuwenden (str.).[41]

[39] Beachte: Trotz des mehrdeutigen Wortlauts handelt es sich dabei um einen Vertrag, d.h. es liegt gerade kein Gefälligkeitsverhältnis vor.
[40] Sachverhalt angelehnt an BGH, Urt. v. 22.6.1956 - I ZR 198/54, BGHZ 21, 102 = NJW 1956, 1313.
[41] BeckOKBGB/*Lorenz*, 51. Edition, Stand: 1.8.2019, § 278 Rn. 3; ähnlich MüKoBGB/*Grundmann*, 8. Aufl. 2019, § 278 Rn. 16.

4. Abgrenzungskriterien zur Bestimmung des rechtsgeschäftlichen Charakters des Gefälligkeitsverhältnisses

Bei der Abgrenzung zwischen reinen Gefälligkeitsverhältnisses und solchen mit rechtsgeschäftlichem Charakter ist abzustellen auf das für den Gefälligen erkennbare besondere Interesse des anderen an der Wahrung von dessen Integritätsinteressen bei Ausübung der Gefälligkeit:

- **Wert** der anvertrauten Sache
- erkennbares **Interesse des Begünstigten** an der sorgfältigen Ausführung einer Gefälligkeit
- die dem Leistenden erkennbare **Gefahr**, in die der Begünstigte durch eine fehlerhafte „Leistung" geraten kann

Ein für beide Seiten erkennbares und unverhältnismäßig hohes Haftungsrisiko des Gefälligen kann einer rechtsgeschäftlichen Haftung hingegen entgegenstehen.[42]

Klausur: Bemühen Sie sich um unterschiedliche, dem Sachverhalt entnommene Argumente für oder gegen das Vorliegen eines unentgeltlichen Vertrags mit entsprechender Primärleistungspflicht einerseits und das Vorliegen eines Gefälligkeitsverhältnisses mit entsprechender Pflicht zur Rücksichtnahme gemäß § 241 II BGB!

5. Haftungsprivilegierung des Gefälligen:

a. Analoge Anwendung der §§ 521, 599, 690 BGB?

Streitig ist, ob für den Gefälligen eine Haftungsprivilegierung eingreift, sodass er lediglich für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit einzustehen hat, d.h. §§ 521, 599, 690 BGB analog Anwendung findet.

(1) Meinungsstand

Aufgrund der **fehlenden gesetzlichen Normierung** des Gefälligkeitsverhältnisses wird teilweise gefordert, dass die oben genannten Vorschriften analog auf diese Beziehungen anzuwenden seien.[43]

Die wohl herrschende Ansicht lehnt jedoch eine analoge Anwendung dieser Vorschriften zumindest für den Fall ab, dass der Gefällige in Haftung genommen wird.[44]

(12)Diskussion und Streitentscheidung

Für die erstgenannte Ansicht spricht, dass die Gefälligkeit ebenfalls unentgeltlich erbracht wurde. Daraus könnte gefolgert werden, das Interesse des Begünstigten, dass der Gefällige bei Durch-

[42] *Fritzsche*, Fälle zum BGB AT, 7. Aufl. 2019, Fall 2 Rn. 12 f.
[43] So beispielsweise *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 26. Aufl. 2017, Rn. 369.
[44] So etwa BGH, Urt. v. 26.4.2016 – VI ZR 467/15, NJW-RR 2017, 272, 273 Tz. 8; OLG Koblenz, Urt. v. 7.7.2015 – 3 U 1468/14, Tz. 19 (zitiert nach juris); *Daßbach*, JA 2018, 575, 580; *Fritzsche*, Fälle zum BGB AT, 7. Aufl. 2019, Fall 2 Rn. 20.

führung der Tätigkeiten die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beachtet, sei hier weniger schutzwürdig. Wenn schon im Rahmen von bestimmten unentgeltlichen Verträgen die Haftung des Schuldners beschränkt wird (siehe oben), dann könnte dies erst recht bei Gefälligkeitsverhältnissen zu erwarten sein, bei denen nicht einmal Primärleistungspflichten bestehen.45 Schließlich würde der Gefällige ohne eine entsprechende Haftungsprivilegierung bisweilen strenger haften als ein vertraglich Verpflichteter.46

Gegen eine Analogie spricht jedoch, dass hier keine einer Schenkung, Leihe oder Verwahrung unmittelbar vergleichbare Situation vorlag. Hätte der Gefällige sich mit Rechtsbindungswillen zur Vornahme der Tätigkeiten bereit erklärt, läge ein Auftrag (§ 662 BGB) vor. Den genannten Vorschriften kann kein allgemeiner Rechtsgedanke entnommen werden, dass bei unentgeltlichen Verträgen stets eine solche Haftungsprivilegierung vorzunehmen sei. Schließlich fehlt eine entsprechende Vorschrift gerade für den ebenfalls unentgeltlichen Auftrag.47 Deshalb kann in Bezug auf das Gefälligkeitsverhältnis weder von einer vergleichbaren Interessenlage noch von einer planwidrigen Regelungslücke, die Voraussetzung jedes Analogieschlusses sind, ausgegangen werden.

Die Lösung der wohl herrschenden Ansicht überzeugt insoweit, als sie auf die Parallele zum unentgeltlichen Auftrag abstellt. Die §§ 521, 599, 690 BGB sind damit nicht analog auf den vorliegenden Sachverhalt anwendbar.

b. Konkludent vereinbarte Haftungsbeschränkung oder: Haftungsbeschränkung infolge ergänzender Vertragsauslegung (§ 242 BGB)

(1) Meinungsstand

Nach einer Ansicht fehlt bei Gefälligkeitsverhältnissen regelmäßig der Wille, eine Haftungsmilderung zu vereinbaren.[48] Zudem sei eine ergänzende Vertragsauslegung bei Gefälligkeitsverhältnissen überhaupt nicht möglich, da gerade kein Vertrag vorliegt.[49]

Nach einer anderen Auffassung, die insbesondere der BGH vertritt, kann eine Haftungsbeschränkung im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung ausnahmsweise und bei Vorliegen besonderer Umstände angenommen werden. Ein solcher Ausnahmefall soll dann einschlägig sein, wenn davon auszugehen ist, dass der Schädiger eine Haftungsbeschränkung **gefordert hätte**, falls dies vor der Übernahme der Gefälligkeit zur Sprache gekommen wäre, und dass der Geschädigte dem Schädiger diesen Wunsch **billigerweise** nicht hätte versagen dürfen.[50] Maßgebliche Bedeutung für die Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens komme dabei dem Versicherungsschutz des

---

[45] *Daßbach*, JA 2018, 575.
[46] *Fritzsche*, Fälle zum BGB AT, 7. Aufl. 2019, Fall 2 Rn. 19.
[47] OLG Koblenz, Urt. v. 7.7.2015 – 3 U 1468/14, Tz. 19 (zitiert nach juris); *Fritzsche*, Fälle zum BGB AT, 7. Aufl. 2019, Fall 2 Rn. 20; *Daßbach*, JA 2018, 575.
[48] *Medicus/Petersen*, BGB AT, 11 Aufl. 2016, Rn. 187, 194.
[49] MüKoBGB/*Wagner*, 7. Aufl. 2017, Vorbemerkung (Vor § 823) Rn. 89.
[50] BGH, Urt. v. 10.2.2009 – VI ZR 28/08, NJW 2009, 1482; Urt. v. 26.4.2016 – VI ZR 467/15, NJW-RR 2017, 272, 273 Tz. 10; *Daßbach*, JA 2018, 575, 580.

Gefälligen zu.[51] Eine Haftungsbeschränkung entspreche regelmäßig dann nicht dem hypothetischen Willen der Beteiligten, wenn der Schädiger über eine Haftpflichtversicherung verfügt.[52]

Eine dritte Auffassung vertritt das OLG Koblenz. Nach Ansicht des OLG schließt allein die Tatsache, dass der Gefällige privat haftpflichtversichert ist, die Annahme einer stillschweigend abgeschlossenen Haftungsbeschränkung zwischen den Beteiligten nicht aus. Eine solche konkludent vereinbarte Haftungsbeschränkung sei vielmehr trotz einer bestehenden Haftpflichtversicherung bei **besonderen Umständen** anzunehmen.[53] Insoweit führte das OLG aus:

„Solche besonderen Umstände liegen dann vor, wenn es sich um eine typisch alltägliche und unentgeltliche Gefälligkeit unter Freunden, Nachbarn oder Kollegen handelt und ein Schaden im Zusammenhang mit den bei der Ausübung der Gefälligkeit eigentümlichen Gefahren entsteht, der durch eine Versicherung des Geschädigten abgedeckt ist. In diesem Fall kann sich der Geschädigte dem Ansinnen des Schädigers nach einer Haftungsbeschränkung nicht verschließen. Da bei der Inanspruchnahme einer Haftpflichtversicherung üblicherweise eine Selbstbeteiligung, eine Prämienerhöhung oder die Kündigung des Vertrages drohen, kann nicht angenommen werden, dass sich der Gefällige unter diesen Umständen nicht auf eine Haftungsbeschränkung berufen kann. Andernfalls ist zu erwarten, dass sich kaum noch jemand zu einer solchen oder ähnlichen Hilfeleistung bereit erklären würde.“[54]

(13)Diskussion und Streitentscheidung

Der erstgenannten Ansicht kann entgegengesetzt werden, dass es auch bei Gefälligkeitsverhältnissen möglich sein soll, die Grundsätze der ergänzenden Vertragsauslegung anzuwenden, auch wenn tatsächlich kein Vertrag vorliegt. Dies gilt umso mehr, wenn dem Gefälligkeitsverhältnis sogar ein rechtsgeschäftsähnlicher Charakter zukommen soll. Schließlich erscheint es gerechtfertigt, ein unangemessen hohes Haftungsrisiko des Gefälligen in bestimmten Ausnahmesituationen abzumildern.

Für die zweite Ansicht spricht, dass eine Haftungsbeschränkung bei einer bestehenden Haftpflichtversicherung nicht den Schädiger, sondern den Haftpflichtversicherer entlasten würde.

Zwar hat das OLG Koblenz recht, wenn es darlegt, dass eine Kostentragung seitens des Haftpflichtversicherers dennoch zu mittelbaren Nachteilen für A führen könnte (Selbstbeteiligung, Prämienerhöhung, drohende Kündigung des Vertrages etc.). Diese Nachteile sind aber nicht zwangsläufig gegeben. Auch gilt zu berücksichtigen, dass die Annahme einer Haftungsbeschränkung im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung nur in **Ausnahmefällen** zu bejahen ist, da es sich hierbei um eine „künstliche Rechtskonstruktion aufgrund einer Willensfiktion“[55] handelt. Ein unverhältnismäßiges Haftungsrisiko liegt zudem dann nicht vor, wenn die versprochenen Tätigkeiten im Grunde nicht besonders gefahrgeneigt waren.

[51] *Daßbach*, JA 2018, 575, 580.
[52] BGH, Urt. v. 18.12.1979 – VI ZR 52/78, NJW 1980, 1681, 1683; Urt. v. 13.7.1993 – VI ZR 278/92, NJW 1993, 3067, 3068; Urt. v. 10.2.2009 – VI ZR 28/08, NJW 2009, 1482, 1483; Urt. v. 26.4.2016 – VI ZR 467/15, NJW-RR 2017, 272, 273 f. Tz. 10.
[53] OLG Koblenz, Urt. v. 7.7.2015 – 3 U 1468/14, Tz. 30 (zitiert nach juris).
[54] OLG Koblenz, Urt. v. 7.7.2015 – 3 U 1468/14, Tz. 31 (zitiert nach juris).
[55] BGH, Urt. v. 26.4.2016 – VI ZR 467/15, NJW-RR 2017, 272, 273 Tz. 10.

Fall 11 – Wasserschaden[56]

A pflegt ein freundschaftliches und vertrauensvolles Verhältnis zu seinem alleinlebenden Nachbarn N. Als N infolge eines Kuraufenthalts sein Haus für längere Zeit unbewohnt zurücklassen muss, erklärt sich A dazu bereit, das Haus des N unentgeltlich zu versorgen und dessen Garten zu bewässern.

Am 29.6.2011 bewässert A den Nachbargarten mit einem an eine Außenzapfstelle des Hauses montierten Wasserschlauch. Anschließend dreht er die am Schlauch befindliche Spritze zu, stellte aber – leicht fahrlässig – nicht auch die Wasserzufuhr zum Schlauch ab. In der folgenden Nacht löst sich der weiter unter Wasserdruck stehende Schlauch aus der Spritze, so dass eine erhebliche Menge Leitungswasser aus- und in das Gebäude des Nachbarn läuft, wo es zu Beschädigungen im Untergeschoss kommt. A ist für Schäden bei Nachbarschaftshilfe und Gefälligkeitshandlungen privat haftpflichtversichert. N verfügt über eine Wohngebäudeversicherung, die für den entstandenen Schaden aufkommen wird.

Ansprüche des N gegen A? Dabei ist zu unterstellen, dass der Wohngebäudeversicherer des N noch nicht für den Schaden aufgekommen ist und mögliche Ansprüche deshalb noch nicht auf ihn übergegangen sind.

6. Weitere Fallgestaltungen (zur Vertiefung)

Diskussionswürdig kann auch die Frage sein, ob den Gefälligen dieselben Nebenpflichten wie einen Beauftragten (insbesondere § 666 BGB) treffen:

Zusatzfall: Kontovollmacht[57]

Nach Schlaganfall des Erblassers und Vaters der Klägerin sowie angesichts eingeschränkter Gehfähigkeit seiner Ehefrau Einräumung einer Kontovollmacht zugunsten der Tochter und Klägerin gegenüber Enkelin (Beklagte) über einen längeren Zeitraum und Verfügung über erhebliche und wesentliche Vermögenswerte (insgesamt Barabhebungen in Höhe von 175.800 € in fünfeinhalb Jahren, was die vollständigen laufenden Einnahmen des Vollmachtgebers ausmachte).

„Von einer - Auskunfts- und Rechenschaftspflichten auslösenden - Erteilung eines Auftrags kann bei Erteilung einer Kontovollmacht an eine Enkelin durch ihre betagten Großeltern nicht ausgegangen werden, wenn ihr Sinn lediglich in einer Bargeldversorgung durch Botengänge bestand und die Vollmachtgeber ihre Angelegenheiten im Wesentlichen noch selbst erledigen konnten."

Schließlich mag man fragen, ob dem Gefälligen ein Anspruch auf Aufwendungsersatz einschließlich des Anspruchs auf Ersatz risikotypischer Begleitschäden (vgl. § 110 HGB) zusteht:

[56] Sachverhalt angelehnt an BGH, Urt. v. 26.4.2016 – VI ZR 467/15, NJW-RR 2017, 272 ff.
[57] OLG Saarbrücken, Urt. v. 17.10.2014 - 5 U 7/14, BeckRS 2015, 7788.

Zusatzfall: Verkehrsunfall der Fahrgemeinschaft[58]

„Wenn minderjährige Mitglieder eines Amateursportvereins von ihren Familienangehörigen oder Angehörigen anderer Vereinsmitglieder zu Sportveranstaltungen gefahren werden, handelt es sich grundsätzlich – auch im Verhältnis zum Sportverein – um eine reine Gefälligkeit, die sich im außerrechtlichen Bereich abspielt, so dass Aufwendungsersatzansprüche gegen den Verein (hier: Ersatz eines Verkehrsunfallschadens) ausscheiden."

[58] BGH, Urt. v. 23.7.2015 – III ZR 346/14, BGHZ 206, 254 = NJW 2005, 2880.

IV. Geschäftsfähigkeit

(*Boecken*, § 10 I; *Brox/Walker*, § 12; *Faust*, § 18; *Köhler*, § 10; *Leipold*, § 11)

1. Terminologie

Geschäftsfähigkeit: Fähigkeit, selbständig wirksam Rechtsgeschäfte vornehmen zu können.

Abzugrenzen ist die Geschäftsfähigkeit von folgenden verwandten Begriffen:

Rechtsfähigkeit: Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein.

Sie beginnt beim Menschen (natürliche Person) mit der Vollendung der Geburt (§ 1 BGB) und endet mit dem Tod. Auch juristische Personen (z. B. Aktiengesellschaft, GmbH) sowie einige Personengesellschaften (z. B. OHG und sogar die BGB-Außengesellschaft) besitzen die Rechtsfähigkeit.

Deliktsfähigkeit bzw. Verschuldensfähigkeit: Fähigkeit, eine zum Schadensersatz verpflichtende unerlaubte Handlung zu begehen.

Sie ist in den §§ 827, 828 BGB geregelt. Volle Deliktsfähigkeit tritt mit Vollendung des 18. Lebensjahrs ein. Kinder unter sieben Jahren sind deliktsunfähig. Bei Kindern und Jugendlichen, die das siebte, aber noch nicht das 18. Lebensjahr vollendet haben, kommt es darauf an, ob sie im Einzelfall „die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht“ hatten.

Zu beachten ist auch die Sonderregelung bei Unfällen mit Beteiligung eines Kfz oder einer Bahn in § 828 Abs. 2 BGB.

2. Geschäftsunfähigkeit

Gem. § 104 BGB sind geschäftsunfähig

- Kinder bis zu ihrem 7. Geburtstag und
- dauerhaft Geisteskranke.

Die Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen ist gemäß **§ 105 I BGB** grundsätzlich nichtig. Das gilt auch dann, wenn sie nur rechtlich vorteilhaft ist. Für ihn hat stets ein gesetzlicher Vertreter (i.d.R. die Eltern, §§ 1626 I, 1629 I BGB, oder ein Betreuer, § 1902 BGB) zu handeln.

Unter den Voraussetzungen des **§ 105a BGB** können allerdings **Geschäfte des täglichen Lebens**, die ein volljähriger Geschäftsunfähiger tätigt, trotz der Geschäftsunfähigkeit als wirksam gelten (Bsp.: Kauf von Lebensmitteln, einer Zeitung, einer Busfahrkarte).

Vorübergehend Geistesgestörte sind nicht geschäftsunfähig. Sie können aber keine wirksamen Rechtsgeschäfte vornehmen (§ 105 II BGB), solange die Störung der Geistestätigkeit andauert (z. B. Alkoholrausch).

3. Beschränkte Geschäftsfähigkeit

Das BGB kennt ein Zwischenstadium zwischen der Geschäftsunfähigkeit und der vollen Geschäftsfähigkeit: Beschränkt geschäftsfähig sind Minderjährige ab der Vollendung des siebten bis zur Vollendung des 18. Lebensjahrs.

Beschränkt geschäftsfähige Minderjährige können im Einverständnis mit den gesetzlichen Vertretern selbständig rechtsgeschäftlich handeln. In bestimmten Fällen (siehe sogleich unten) ist sogar ein Handeln ohne Zustimmung möglich. Anwendbar sind die §§ 106 - 113 BGB (vgl. § 106 BGB).

a. Wirksamkeit des rechtsgeschäftlichen Handels beschränkt Geschäftsfähiger im Überblick

Das rechtsgeschäftliche Handeln von in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Minderjährigen (7 - 17 Jahre) ist in folgenden Fällen wirksam:

-	§§ 112 f. BGB	Selten: Der Mdj. gilt für betreff. Geschäft ausnahmsw. als voll geschäftsfähig.
-	§ 107 BGB	**Rechtliche Vorteilhaftigkeit** oder Neutralität des Geschäfts.
-	§ 107 BGB	**Einwilligung**: Die gesetzlichen Vertreter erklären vorher ihre Zustimmung.
-	§ 110 BGB	**Taschengeldparagraph** als Sonderfall der Einwilligung.
-	§ 108 BGB:	**Genehmigung**: Die gesetzlichen Vertreter erklären nachher die Zustimmung.

b. Partielle Geschäftsfähigkeit

Gemäß §§ 112, 113 BGB sind beschränkt Geschäftsfähige für einen bestimmten Kreis von Geschäften **als voll geschäftsfähig zu behandeln**. Es bedarf einer besonderen Ermächtigung (gesetzliche Vertreter, Familiengericht):

- § 112 BGB Selbständiger Betrieb eines **Erwerbsgeschäfts** (Bsp.: Ausübung eines künstlerischen Berufs).
- § 113 BGB Dienst- oder Arbeitsverhältnis (h. M.: nicht erfasst sind Berufsausbildungsverträge, da hier der **Ausbildungszweck** im Vordergrund steht).

Die praktische Bedeutung der beiden Normen ist gering. Entsprechendes dürfte für Examensklausuren gelten.

c. Lediglich rechtlich vorteilhafte Geschäfte

Die Struktur der Norm § 107 BGB ist nicht sonderlich klar. Festzuhalten ist aber: Bringt das Rechtsgeschäft dem beschränkt geschäftsfähigen Minderjährigen lediglich einen **rechtlichen Vorteil** (Tatbestand), ist es ohne weitere Voraussetzungen wirksam (Rechtsfolge). Unter den Tatbestand der rechtlichen Vorteilhaftigkeit fallen nur solche Rechtsgeschäfte, die für den Minderjährigen unmittelbar **keinerlei Pflichten** begründen. Wirtschaftliche Vorteilhaftigkeit genügt nicht (vgl. Wortlaut des § 107 BGB).

Unterscheide:

(1) Verpflichtungsgeschäfte

- **Gegenseitige (synallagmatische) Verträge** wie Kauf, Tausch, Miete, verzinsliches Darlehen sind **nie** rechtlich vorteilhaft, da sie stets zu einer Gegenleistung verpflichten.
- Für die meisten nicht synallagmatischen Schuldverhältnisse gilt im Ergebnis dasselbe: Auch bloße **Nebenpflichten**[59] wie z. B. die Rückgabe bei der Leihe (§§ 598, 604 I BGB) oder die Pflicht des Hinterlegers zum Ersatz von Aufwendungen bei der unentgeltlichen Verwahrung (§§ 688, 690, 693 BGB) begründen eine (rechtlich nachteilige) Verpflichtung.
- Im Schuldrecht bleiben die **Schenkung (§ 516 BGB)**[60] an den Minderjährigen sowie der Bürgschaftsvertrag zugunsten des minderjährigen Gläubigers als rechtlich vorteilhaft.

(2) Verfügungsgeschäfte

Der dingliche **Erwerb von unbelastetem Eigentum** und von unbelasteten **Rechten** ist grundsätzlich rechtlich vorteilhaft, so dass der Minderjährige die entsprechenden Verfügungen wirksam vornehmen kann, auch wenn das zugrundeliegende Verpflichtungsgeschäft (z. B. der Kaufvertrag) wegen seiner rechtlichen Nachteilhaftigkeit unwirksam ist (Trennungs- und Abstraktionsprinzip).

d. Im Fokus: Abgrenzung zwischen beachtlichen und unbeachtlichen rechtlichen Nachteilen

Beinahe jedes Rechtsgeschäft begründet irgendwelche Pflichten,[61] insbesondere **Rücksichtnahmepflichten** gemäß § 241 Abs. 2 BGB, und kann – **zumindest mittelbar** – rechtliche Nachteile hervorrufen. Zu denken ist nur an die Möglichkeit, dass sich das vom Minderjährigen geschlossene Geschäft später als **unwirksam** herausstellt und es zu einer **bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung** kommt.

Daher besteht im Ergebnis Einigkeit dahingehend, dass **nicht jeder rechtliche Nachteil ein Geschäft zustimmungsbedürftig** machen kann, es vielmehr einer Einschränkung bedarf.[62] Umstritten ist lediglich, wo die Trennlinie zwischen **zumutbaren, unbeachtlichen Nachteilen** auf der einen und im Rahmen von **§ 107 BGB beachtlichen Nachteilen** auf der anderen Seite zu ziehen ist.

- Nach einer Ansicht sind relevant im Sinne von § 107 BGB nur solche rechtlichen Nachteile, die Gegenstand der zwischen den Parteien getroffenen **rechtsgeschäftlichen Vereinbarung** sind, dagegen nicht solche, die auf Gesetz oder Satzung beruhen, also vom Parteiwillen unabhängig sind – wie etwa öffentliche Grundstückslasten.[63] Dieser Ansatz vermag indes nicht zu überzeugen. Aus der Perspektive des **Minderjährigenschutzes** ist es nämlich unerheblich, ob sich eine Belastung aus dem Privatrecht oder dem öffentlichen Recht ergibt.[64]

---

[59] Nebenpflichten stehen nicht im Synallagma, § 320 BGB findet hier etwa keine Anwendung.
[60] Beachte aber: § 11c TierschG: „Ohne Einwilligung der Erziehungsberechtigten dürfen Wirbeltiere an Kinder oder Jugendliche bis zum vollendeten 16. Lebensjahr nicht abgegeben werden."
[61] Zum Folgenden BeckOGK/*Duden*, 1.7.2019, BGB § 107 Rn. 40.
[62] BeckOGK/*Duden*, 1.7.2019, BGB § 107 Rn. 42.
[63] So u. a. noch *Harry Westermann*, JZ 1955, 244, 245; weitere Nachweise bei BeckOGK/*Duden*, 1.7.2019, BGB § 107 Rn. 43 Fn. 83 und in BGH, Beschl. v. 25.11.2004 - V ZB 13/04, NJW 2005, 415, 418).
[64] BeckOGK/*Duden*, 1.7.2019, BGB § 107 Rn. 42 m. w. N.

- In eine vergleichbare Richtung geht eine andere Auffassung, die vorschlägt, zwischen i.S.v. § 107 BGB relevanten unmittelbaren Nachteilen einerseits und (unschädlichen) mittelbaren Nachteilen andererseits zu differenzieren.[65] Letztere seien dadurch gekennzeichnet, dass sie erst aufgrund eines **weiteren Zwischenschritts** hinzutreten.[66] Hiergegen ist einzuwenden, dass die Unterscheidung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Rechtsnachteilen **vage** ist. Zudem gilt wiederum: Auch mittelbare Nachteile könnten **erhebliche Gefahren** für das Vermögen des Minderjährigen begründen.[67]

- Speziell für Immobilien erscheint ein dritter Ansatz überzeugend, der danach fragt, ob die Grundstückslasten im **Vergleich** zu der durch die Übereignung des Grundstücks **hinzugewonnenen Rechts- und Vermögensposition** so unerheblich sind, dass eine Verweigerung der Genehmigung durch die gesetzlichen Vertreter ohnehin **nie gerechtfertigt** wäre.[68] Richtigerweise ist § 107 BGB in einem solchen Fall eines - allerdings **typischerweise** wirtschaftlich unerheblichen - rechtlichen Nachteils **teleologisch zu reduzieren** und das Geschäft folglich nicht genehmigungsbedürftig. Dazu sogleich im Einzelnen:

e. Insbesondere: Erwerb von Immobilien durch einen beschränkt geschäftsfähigen Minderjährigen

Problematisch ist der Erwerb von Grundstücken oder Eigentumswohnungen durch beschränkt geschäftsfähige Minderjährige. Im Hinblick auf die Frage nach dem Vorliegen eines rechtlichen Vorteils i. S. v. § 107 BGB ist zu differenzieren:

(1) Öffentliche Lasten (Grundsteuer etc.)

Die aus der Eigentumsübertragung folgende Haftung des Erwerbers für die gewöhnlichen öffentlichen Lasten des Grundstücks wie z. B. die Verpflichtung, die Grundsteuer zu bezahlen, begründet keinen Rechtsnachteil i.S. des § 107 BGB. [69] Siehe oben dritter Ansatz.

(14)Belastung des Grundstücks mit Grundpfandrechten (Grundschuld, Hypothek)

Die Übereignung eines mit **dinglichen Rechten, insbesondere Grundpfandrechten** (Hypothek, § 1113, und Grundschuld, § 1191 BGB) belasteten Grundstücks ist rechtlich **vorteilhaft**, da der Minderjährige **nur** mit seinem Grundstück, nicht aber mit seinem sonstigen Vermögen haftet.

(15)Belastung des Grundstücks mit einer Reallast

Der Erwerb eines mit einer **Reallast** i. S. d. § 1105 BGB (z. B. monatliche Geldrente) belasteten Grundstücks ist für den Minderjährigen rechtlich **nachteilig**, da er gemäß § 1108 BGB nicht nur

[65] OLG Celle, MDR 2001, 931, 932; Staudinger/*Klumpp*, 2017, Rn. 20; jurisPK-BGB/*Lange* Rn. 6; HK-BGB/Dörner, § 107 Rn. 3.
[66] Staudinger/*Klumpp*, 2017, Rn. 14; jurisPK-BGB/*Lange*, § 107 Rn. 6.
[67] Zur Kritik etwa *Preuß*, NJW 2006, 305, 306.
[68] Diese Betrachtungsweise geht zurück auf: *Stürner*, AcP 1973, 402 ff.; von der Rechtsprechung aufgenommen durch: BGH, Beschluss v. 25.11.2004 - V ZB 13/04, NJW 2005, 415, 418.
[69] BGH, Beschluss v. 24.11.2004 – V ZB 13/04, BGHZ 161, 170, 177.

aus dem Grundstück haftet, sondern auch **persönlich**, das heißt mit seinem gesamten Vermögen zur Leistung verpflichtet ist.

(16)Vermietete Immobilien

Der Erwerb eines **vermieteten Grundstücks** ist wegen der Regelung in § 566 BGB ebenfalls rechtlich nachteilig: Der (dingliche!) Erwerber tritt unmittelbar in die Vermieterstellung ein, d.h. ihn treffen alle Pflichten des Vermieters, für die er gegebenenfalls mit seinem gesamten Vermögen einstehen muss. Zu denken ist insbes. an die Instandhaltungspflicht gemäß § 535 Abs. 1 S. 2 BGB, die Schadens- und Aufwendungsersatzpflicht gemäß § 536a BGB[70] sowie die Pflicht zur Rückgewähr einer von dem Mieter geleisteten Sicherheit gemäß § 566a BGB.

(17)Eigentumswohnungen

(a) Meinungsstand

Einer Ansicht nach kommt es auf die Ausgestaltung der Eigentumsübertragung im Detail an. Grundsätzlich sei die Übertragung einer Eigentumswohnung rechtlich **vorteilhaft**. Dies sei nur dann anders, wenn besondere Umstände hinzutreten. Solche können beispielsweise darin liegen, dass eine **Teilungserklärung**[71] erfolgt (etwaige Verschärfungen der Gemeinschaftsordnung), der Minderjährige in einen bei Vollzug des Erwerbs bestehenden **Verwaltervertrag** eintritt oder ihn als Folge der Vermietung der Eigentumswohnung gemäß § 566 BGB **Vermieterpflichten** treffen.

Dagegen wird vertreten, bei dem Erwerb einer Eigentumswohnung durch einen Minderjährigen käme es nicht auf eine einzelfallbezogene Betrachtung an. Der Erwerb sei vielmehr **stets nicht** lediglich rechtlich vorteilhaft.[72]

(b) Diskussion und Streitentscheid

Für letztere Auffassung spricht, dass der Minderjährige durch den Erwerb der Eigentumswohnung nicht nur einen **Vermögensgegenstand** erwirbt, sondern daneben auch Mitglied der **Wohnungseigentümergemeinschaft** (WEG) wird. Aus dieser Stellung ergeben sich für ihn erhebliche rechtliche Pflichten. Zu nennen ist insbesondere die Pflicht nach § 16 Abs. 2 WEG, sich entsprechend seinem Anteil an den Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums (z. B. Grundsteuer oder Erschließungs- bzw. Anliegerbeiträge) zu beteiligen, sowie die Kosten der Instandhaltung, Instandsetzung, sonstigen Verwaltung und eines gemeinschaftlichen Gebrauchs des gemeinschaftlichen Eigentums zu tragen. Diese Kosten können im Einzelfall – besonders bei

---

[70] *Zu beachten ist insbesondere die (verschuldensunabhängige) Garantiehaftung des Vermieters für anfängliche Mängel der Mietsache.*

[71] In einer Teilungserklärung könnte beispielsweise festgehalten werden, dass (über die gesetzliche Lastenverteilung nach dem WEG) auch verbrauchsabhängige Betriebskosten pauschal nach den Miteigentumsanteilen zu teilen wären. Daneben könnte die Verwaltung der Immobilie einer anderen Person vertraglich übertragen worden sein, der aus diesem Vertrag bspw. Entgelt- oder Schadensersatzansprüche zustehen könnten. Siehe dazu auch die Ausführungen in BGH, 30.9.2010 – V ZB 206/10, NJW 2010, 3643 (Rn. 8).

[72] BGH, Beschluss v. 30.9.2010 – V ZB 206/10, NJW 2010, 3643 (Rn. 9, 11)

einem alten Haus im schlechten Zustand – ein ganz erhebliches Ausmaß annehmen. Der Umstand, dass der Minderjährige mit Erwerb der Eigentumswohnung Mitglied der Wohnungseigentümergemeinschaft wird, begründet also Pflichten, für die er mit dem **eigenen Vermögen haftet**. Diese können in ihrem Umfang auch so erheblich sein, dass auch bei typisierender Betrachtungsweise nicht angenommen werden kann, dass eine Verweigerung der Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter grundsätzlich ausgeschlossen wäre. Der Erwerb einer Eigentumswohnung ist daher – unabhängig von den Umständen im Einzelfall – **stets als rechtlich nachteilhaft** anzusehen.

Vertiefung: Weitere Rechtsnachteile, die aus dem Erwerb einer Eigentumswohnung resultieren, bestehen darin, dass der minderjährige Wohnungseigentümer zur Zahlung von **Sonderumlagen** (für den Fall, dass Beiträge der anderen Wohnungseigentümer ausfallen) nach § 16 Abs. 2 WEG verpflichtet sein kann. Schließlich kann sich eine erhebliche Haftung auch aus § 10 Abs. 8 S. 1 HS 1 WEG ergeben, wonach jeder Wohnungseigentümer für **Verbindlichkeiten** der Wohnungseigentümergemeinschaft einzustehen hat. Diese Pflichten bestehen jeweils zwar nur anteilig (§ 10 Abs. 8 S.1 WEG bzw. § 16 II WEG), erstrecken sich jedoch nicht nur auf die ihm geschenkte Eigentumswohnung, sondern auch auf sein **übriges Vermögen**.

(18)Belastung mit Nießbrauchsrecht

Grundsätzlich gilt: Der Eigentümer steht durch die Ausübung eines Nießbrauchrechts, d.h. der Erlaubnis, die Nutzungen der Sache zu ziehen, § 1030 BGB (z. B. die Wohnung zu bewohnen, Mietzins einzunehmen), nicht schlechter als er ohne den Erwerb des Eigentums an der Wohnung stünde.[73]

Problematisch ist allenfalls das Bestehen des (allerdings abdingbaren) Anspruchs des Nießbrauchers auf Aufwendungs- oder Verwendungsersatz für Verwendungen, zu denen der Nießbraucher nicht verpflichtet ist, gemäß §§ 1049, 677 ff. BGB. Nach der Rechtsprechung des BGH macht die Belastung mit einem Nießbrauch den Grundstückserwerb „jedenfalls dann“ **nicht** rechtlich nachteilig, wenn der Nießbraucher auch die Kosten **außergewöhnlicher Ausbesserungen und Erneuerungen** sowie die **außergewöhnlichen Grundstückslaste**n zu tragen hat.[74]

(19)Durch Vormerkung gesichertes Rücktrittsrecht des Veräußerers

Im Hinblick auf das Risiko der Ausübung eines durch Vormerkung gesicherten Rücktrittsrechts gilt: Der Erwerber fiele allein auf den **Status quo ante zurück**, wäre darüber hinaus aber nicht belastet.

Vertiefung: Dass den Erwerber im Falle der Ausübung des vertraglichen Rücktrittsrechts Pflichten zum Wert- oder Schadensersatz aus § 346 II bis IV BGB treffen könnten, betrifft allein die **schuldrechtliche Ebene** des Geschäfts. Davon bleibt die Wirksamkeit des Verfügungsgeschäfts unberührt (**Trennungsprinzip**).

[73] So ist der Berechtigte des Nießbrauchs gemäß § 1047 BGB sogar verpflichtet, während der Nutzung des Nießbrauchsrechts die gewöhnlichen öffentlichen Lasten zu tragen.
[74] BGH, Beschluss v. 24.11.2004 – V ZB 13/04, BGHZ 161, 170, 177.

Weniger formaljuristisch lässt sich das gleiche Ergebnis damit begründen, dass etwaige **Wertersatzansprüche** lediglich das **Spiegelbild zu den gezogenen Nutzungen** darstellen und es sich insoweit nicht um einen erheblichen rechtlichen Nachteil handelt.[75]

Klausur: Niemand erwartet, dass Sie als Examenskandidat (m/w/d) sämtliche o. g. Konstellationen auswendig beherrschen. Entscheidend ist, dass Sie das Problem benennen, auf die rechtliche Besonderheit des jeweiligen Instituts (z. B. Haftung nur aus dem Grundstück, Pflicht zum Aufwendungsersatz) hinweisen und dann anhand eines der oben (d) genannten Kriterien sich – vertretbar – für oder gegen die Beachtlichkeit der Belastung i. R. v. § 107 BGB entscheiden.

f. Rechtlich neutrale Geschäfte

Entgegen dem zu eng geratenen Wortlaut des § 107 BGB kann der Minderjährige nach h. M. auch rechtlich neutrale Geschäfte allein vornehmen. Hauptanwendungsfälle:

- Minderjähriger nimmt Rechtsgeschäfte als Vertreter vor. Deren Wirksamkeit folgt schon aus § 165 BGB.
- Minderjähriger verfügt wirksam über fremde Rechte, etwa, weil er mit Einwilligung des Berechtigten (§ 185 Abs. 1 BGB) handelt oder einem gutgläubigen Erwerber gegenüber (z. B. § 932 BGB) verfügt.
- Minderjähriger nimmt gemäß § 317 BGB Bestimmung der Leistung vor (selten).

Der Grund für die Behandlung neutraler Rechtsgeschäfte als wirksam ist die fehlende Schutzbedürftigkeit des Minderjährigen. Er wird durch die von ihm herbeigeführten Rechtsfolgen nicht berührt.

Vertiefung: Bei Spielen und Wetten i.S.d. § 762 I 1 BGB handelt es sich um rechtlich neutrale Geschäfte i.S.d. § 107 BGB. Ist § 762 I 1 BGB anwendbar, ergeben sich aus dem Vertrag keine Verbindlichkeiten, sodass bei streng formaler Betrachtung das schuldrechtliche Geschäft keinen rechtlichen Nachteil bringt, sondern neutral ist. Demzufolge kann ein beschränkt Geschäftsfähiger einen solchen Vertrag gemäß § 107 BGB wirksam schließen.

Näher dazu Fall 14: Weiße Maus.

g. Rechtsgeschäfte mit Einwilligung

Die Rechtsfolge der Wirksamkeit des vom beschränkt geschäftsfähigen Minderjährigen vorgenommenen Rechtsgeschäfts tritt gemäß § 107 BGB außerdem in den Fällen ein, in denen der Minderjährige mit Einwilligung handelt. **Einwilligungsberechtigt** sind die gesetzlichen Vertreter, im Regelfall also die

[75] Dies gilt umso mehr, als der dingliche Rechtserwerb als solcher nicht zu einer Haftung aus § 346 II bis IV BGB führen kann, wenn der unter Rücktrittsvorbehalt stehende Schenkungsvertrag schwebend unwirksam ist (§§ 107, 108 I BGB, siehe BGH, 24.11.2004 – V ZB 13/04, BGHZ 161, 170, NJW 2005, 415, 416.

Eltern gemeinschaftlich, §§ 1626 I, 1629 I BGB, wobei sich die Eltern auch gegenseitig vertreten können.[76] Die **Einwilligung** ist nicht an eine bestimmte Form gebunden (§ 182 II BGB). Als empfangsbedürftige Willenserklärung ist sie entweder gegenüber dem Minderjährigen oder gegenüber seinem Vertragspartner zu erklären (§ 182 I BGB).

Möglich ist auch eine **Generaleinwilligung** zu einem Kreis bestimmter Geschäfte, die noch nicht individualisiert sind.

> *Bsp.: Einwilligung in den Abschluss aller im Zusammenhang mit einer Urlaubsreise erforderlichen Rechtsgeschäfte.*

Aus Gründen des Minderjährigenschutzes ist die Generaleinwilligung aber im Zweifel **eng** auszulegen und darf nicht zu einer partiellen Geschäftsfähigkeit führen, insbesondere auch nicht über die **Grenzen** der §§ 112, 113 hinausgehen. Dies stünde ansonsten im Widerspruch zur gesetzlichen Regelung.

> *Dazu Fall 14: Weiße Maus - Grundfall.*

h. Insbesondere: Erwerb belasteter Immobilien durch beschränkt geschäftsfähige Minderjährige im Wege der Schenkung

(1) Drohende Interessenkonflikte: Verbot des Selbstkontrahierens, § 181 BGB

Bei der **Schenkung von Grundstücken durch die Eltern oder sonstige Dritte** bereitet die Anwendung von § 181 BGB (Verbot des Selbstkontrahierens) besondere Probleme. Hier treten die Eltern zum Teil in einer Doppelrolle auf: Sie handeln sowohl für sich selbst als Schenker bzw. Veräußerer des vermieteten oder anderweitig belasteten Grundstücks als auch als gesetzliche Vertreter ihres Kindes (§§ 1626 I, 1629 I BGB), des minderjährigen Beschenkten bzw. Erwerbers, auf.

Diese Doppelfunktion birgt die Gefahr von Interessenskonflikten: Es besteht die Möglichkeit, dass sich der Vertreter von eigenen Interessen leiten lässt, seine Vertretungsmacht mithin missbraucht und den Vertretenen benachteiligt.

Zur Vorbeugung eines solchen Interessenskonflikts bestimmt die Regelung des **§ 181 Alt. 1 BGB** als Ausnahme vom Grundsatz der unbeschränkten Vertretungsmacht, dass der Vertreter mit sich in eigenem Namen ein Rechtsgeschäft grundsätzlich nicht vornehmen kann. Eine **Rückausnahme** vom Vertretungsverbot nach § 181 BGB besteht allerdings dann, wenn das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht, § 181 BGB a. E.

(20)Grundkonstellation: Schenkung durch die gesetzlichen Vertreter

Die schenkweise Übertragung des Eigentums an einem Grundstück von den gesetzlichen Vertretern (Eltern) auf einen beschränkt Geschäftsfähigen kann sich in vier Varianten vollziehen:

---

[76] *Bsp.: Ein Elternteil sucht mit dem Kind einen Arzt auf und vereinbart eine OP, BGH, Urt. v. 28.6.1988 - VI ZR 288/87, NJW 1988, 2946: „Bevollmächtigung aufgrund allgemeiner Funktionsaufteilung oder konkreter Absprache zwischen den Eltern“ möglich.*

- Variante 1: Der Minderjährige schließt Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft selbst mit den Eltern, geht also bei beiden Geschäften selbst zum Notar, wo er seinen Eltern als Vertragspartnern begegnet.
- Variante 2: Der Minderjährige schließt nur das Verpflichtungsgeschäft selbst mit den Eltern vor einem Notar ab, wird aber beim Verfügungsgeschäft von seinen Eltern vor dem Notar vertreten.
- Variante 3: Der Minderjährige wird beim Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts vor dem Notar von seinen Eltern vertreten, schließt aber das Verfügungsgeschäft selbst vor dem Notar mit seinen Eltern ab.
- Variante 4: Der Minderjährige wird sowohl beim Verpflichtungsgeschäft als auch beim Verfügungsgeschäft von seinen Eltern vertreten.

(21)Im Fokus: Schenkungsvertrag (Verpflichtungsgeschäft) zwischen Minderjährigem und Eltern

Tritt der Minderjährige beim Abschluss des Schenkungsvertrages selbst auf (oben Varianten 1 und 2) tritt kein Interessenskonflikt auf, § 181 BGB ist gar nicht einschlägig.

Anders ist das in den Varianten 3 und 4, in denen sich der Minderjährige bereits beim Abschluss des Schenkungsvertrages von seinen Eltern vertreten lässt. Hier liegt ein Insichgeschäft in Form des Selbstkontrahierens i. S. d. § 181 Alt. 1 BGB vor: Die Eltern treten sowohl für sich selbst im eigenen Namen (auf Veräußererseite) als auch als gesetzliche Vertreter ihres minderjährigen Kindes (auf Erwerberseite) auf. Die Rückausnahme des § 181 BGB a. E. ist nicht erfüllt: Beim Abschluss eines Schenkungsvertrags wird keine Verbindlichkeit erfüllt, vielmehr *begründet* der Schenkungsvertrag erst die Verbindlichkeit. Bei wortlautgetreuer Anwendung des § 181 Alt. 1 BGB dürften die Eltern ihr minderjähriges Kind daher beim Abschluss eines Schenkungsvertrages insoweit daher nicht vertreten.

Dies widerspricht jedoch dem Schutzzweck des § 181 BGB, der Interessenskonflikte und daraus resultierende Schädigungen des Vertretenen verhindern soll. Soweit die Vertretung aber wie hier lediglich einen rechtlichen Vorteil bringen kann (hier: Anspruch auf Übereignung eines Grundstücks), besteht diese Gefahr nicht. Im Hinblick auf den Rechtsgedanken des § 107 BGB ist § 181 BGB aus diesem Grund **teleologisch zu reduzieren**: Das Vertretungsverbot des § 181 BGB ist nicht anwendbar, soweit das Insichgeschäft dem Vertretenen keinen rechtlichen Nachteil bringt. Die Eltern können daher im Ergebnis trotz Vorliegens eines Insichgeschäfts ihr Kind beim Abschluss des Schenkungsvertrages vertreten.

(22)Im Fokus: Einigung in Form der Auflassung (Verfügungsgeschäft)

(a) Vertretung des Minderjährigen vor dem Notar durch die Eltern

Treten die Eltern bei der Auflassung (§ 925 I BGB) für den Minderjährigen vor dem Notar als dessen gesetzliche Vertreter auf (oben Varianten 2 und 4), liegt ein Insichgeschäft in Form des Selbstkontrahierens vor (s. o.), das grundsätzlich nach § 181 Alt. 1 BGB verboten ist. Stellt man auf den Wortlaut des § 181 BGB ab, greift hier jedoch die Rückausnahme des § 181 BGB a. E.: Der Abschluss des Verfügungsgeschäfts erfolgt in Erfüllung der Verbindlichkeit aus dem Schenkungsversprechen (§§ 516, 518 BGB). Danach wäre das Vertretungsverbot nach § 181 BGB

nicht einschlägig. Eine solche Lösung würde aber dem Schutzzweck des **§ 107 BGB** widersprechen. Die Vorschrift § 107 BGB soll den Minderjährigen vor rechtlich nachteiligen Geschäften schützen. Dieser Rechtsgedanke setzt sich in der Regelung des § 181 BGB insoweit fort, als dass dieser die Vertretung bei Insichgeschäften ausschließt, um der Möglichkeit vorzubeugen, dass der Vertreter aufgrund seines **Interessenkonflikts** ein rechtlich nachteilhaftes Geschäft für den Minderjährigen abschließt. Wenn nun aber der Ausschluss der Vertretung durch die konfliktbehafteten Vertreter keine Anwendung fände, weil das Rechtsgeschäft nur in der Erfüllung einer gegenüber dem Minderjährigen bestehenden Verbindlichkeit besteht, droht jedoch weiterhin die Gefahr, dass sie ein rechtlich nachteiliges Erfüllungsgeschäft genehmigen. Es besteht Einigkeit, dass dieser Gefahr dogmatisch Rechnung zu tragen ist:

i. Früher vertretene Gesamtbetrachtungslehre

Nach der früher vom BGH vertretenen Gesamtbetrachtungslehre[77] sollte dem Schutzzweck des § 107 BGB dadurch Genüge getan werden, dass bereits bei der Bewertung der Wirksamkeit des **Verpflichtungsgeschäfts** die rechtlichen Folgen des **Verfügungsgeschäfts** berücksichtigt werden sollen. Hiernach wäre vorliegend bereits der Schenkungsvertrag im Rahmen des § 107 BGB aufgrund der aus der Auflassung – also dem Verfügungsgeschäft – stammenden rechtlichen Nachteile als genehmigungspflichtig einzustufen. Gegen diese Auffassung spricht jedoch entscheidend, dass sie mit dem der deutschen Zivilrechtsordnung grundlegenden **Trennungs- und Abstraktionsprinzip** unvereinbar ist. Dieser Kritik hat sich der BGH mittlerweile angeschlossen und die Gesamtbetrachtungslehre ausdrücklich aufgegeben.[78]

ii. Heute h. M.: teleologische Reduktion von § 181 a. E BGB

Aus diesem Grund nimmt die h. M. mittlerweile eine **teleologische Reduktion** des letzten Halbsatzes von § 181 BGB vor. Danach bleibt das Selbstkontrahieren auch bei Erfüllung einer Verbindlichkeit unzulässig, soweit das Verfügungsgeschäft dem Minderjährigen nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt. Der Erwerb eines vermieteten (oder anderweitig belasteten) Grundstücks ist für den Minderjährigen rechtlich nachteilig (siehe die verschiedenen Konstellationen oben e.). Im Ergebnis können die Eltern ihr minderjähriges Kind daher beim Schluss des Verfügungsgeschäftes auf Grund der – teleologisch reduzierten – Regelung des § 181 BGB nicht vertreten. Es muss gemäß § 1909 I BGB ein Ergänzungspfleger hinzugezogen werden.

Fall 12: Geschenkte Belastung (Wiederholung aus dem GK BGB I)

V will seinem zwölfjährigen Sohn S ein vermietetes Haus schenken. Er geht am 26.10. mit S zum Notar N, der das Schenkungsangebot des V und die Annahmeerklärung des S beurkundet. Am 4.12. gibt V im eigenen Namen sowie in Vertretung seines Sohnes S vor N die Auflassungserklärungen ab. S wird am 7.1. des folgenden Jahres als Eigentümer ins Grundbuch eingetragen.

Ist S Eigentümer des Hauses geworden?

[77] BGH, Beschluss v. 9.7.1980 - V ZB 16/7, NJW 1981, 109.
[78] BGH, Beschluss v. 30.9.2010 - V ZB 206/10, NJW 2010, 3643.

Abwandlung: V vertritt S auch schon bei der Annahme seines Schenkungsangebots.

(b) Minderjähriger erklärt selbst die Auflassung

Schließt der Minderjährige dagegen **selbst** den dinglichen Einigungsvertrag in Form der Auflassung mit seinen Eltern vor dem Notar (oben Varianten 1 und 3), liegt keine Vertretung durch die Eltern vor, sodass § 181 BGB grundsätzlich nicht zur Anwendung kommt. Jedoch benötigt der Minderjährige zur Abgabe seiner Auflassungserklärung die **Einwilligung** seiner gesetzlichen Vertreter (s. o.). Fraglich ist, ob § 181 BGB auch auf die Einwilligung i. S. d. § 107 BGB anzuwenden ist. Zwar ist die Erteilung der Einwilligung nicht gleichbedeutend mit der Vertretung im Sinne des § 181 BGB. Jedoch ist die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nur insoweit möglich, als es seine gesetzliche Vertretungsmacht erlaubt. Entscheidend ist daher, ob die Eltern das Rechtsgeschäft als Vertreter des Minderjährigen hätten vornehmen können. Im Ergebnis ist § 181 BGB daher auch im Hinblick auf die Einwilligung der Eltern zu prüfen, wenn der Minderjährige ein rechtlich nachteiliges Geschäft selbst vornimmt. Auch in diesem Fall muss daher ein Ergänzungspfleger (§ 1909 BGB) hinzugezogen werden.[79]

Zusammenfassung im Hinblick auf die vier Varianten der Grundkonstellation:

(1) Der Minderjährige schließt Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft selbst mit den Eltern, geht also bei beiden Geschäften mit seinen Eltern zum Notar.

- Verpflichtungsgeschäft
  - Der Schenkungsvertrag ist lediglich rechtlich vorteilhaft, § 107 BGB, eine Einwilligung der Eltern ist nicht erforderlich.
- Verfügungsgeschäft
  - Für das rechtlich nachteilige Verfügungsgeschäft benötigt der Minderjährige die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, § 107 BGB.
  - Auf die Einwilligung findet § 181 BGB ebenfalls Anwendung.
  - Es liegt ein Insichgeschäft in Form des Selbstkontrahierens gemäß § 181 Alt. 1 BGB vor.
  - Grundsätzlich greift die Rückausnahme des § 181 BGB a. E., da mit dem Verfügungsgeschäft lediglich eine Verpflichtung aus dem Schenkungsversprechen erfüllt werden soll.
  - § 181 BGB a. E. ist jedoch nach h. M. im Hinblick auf § 107 BGB teleologisch zu reduzieren, da das Verfügungsgeschäft für den Minderjährigen rechtlich nachteilhaft ist (vgl. § 566 BGB).
  - Die Eltern können ihr Kind daher nicht vertreten, es muss ein Ergänzungspfleger erstellt werden, § 1909 BGB.

[79] Ebenso: BayObLG, Beschluss v. 14.6.1967, BReg. 2 Z 26/67, NJW 1967, 1912; Haslach, JA 2017, 490, 493; a. A.: Keller, JA 2009, 561, 562 ff.

(2) Der Minderjährige schließt nur das Verpflichtungsgeschäft selbst mit den Eltern vor einem Notar ab, wird aber beim Verfügungsgeschäft von seinen Eltern vor dem Notar vertreten.

- Verpflichtungsgeschäft
  - Der Schenkungsvertrag ist lediglich rechtlich vorteilhaft, § 107 BGB, eine Einwilligung der Eltern ist nicht erforderlich.
- Verfügungsgeschäft
  - Die Vertretung bei der Auflassung stellt ein Insichgeschäft in Form des Selbstkontrahierens i. S. d. § 181 Alt. 1 BGB dar.
  - Grundsätzlich greift die Rückausnahme des § 181 BGB a. E., da mit dem Verfügungsgeschäft lediglich eine Verpflichtung aus dem Schenkungsversprechen erfüllt werden soll.
  - § 181 BGB a. E. ist jedoch nach h. M. im Hinblick auf § 107 BGB teleologisch zu reduzieren, da das Verfügungsgeschäft für den Minderjährigen rechtlich nachteilhaft ist (vgl. § 566 BGB).
  - Die Eltern können ihr Kind daher nicht vertreten, es muss ein Ergänzungspfleger erstellt werden, § 1909 BGB.

(3) Der Minderjährige wird beim Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts vor dem Notar von seinen Eltern vertreten und schließt aber das Verfügungsgeschäft selbst vor dem Notar mit seinen Eltern ab.

- Verpflichtungsgeschäft
  - Es liegt ein Insichgeschäft in Form des Selbstkontrahierens vor, § 181 Alt. 1 BGB.
  - Die Rückausnahme des § 181 BGB a. E. greift nicht, da der Schenkungsvertrag keine Verbindlichkeit erfüllt, sondern eine solche erst begründet.
  - Entsprechend dem Rechtsgedanken des § 107 BGB ist § 181 BGB insoweit **teleologisch zu reduzieren**, als das Vertretungsverbot nicht zur Anwendung kommt, wenn die Vertretung dem Vertretenen keinen rechtlichen Nachteil bringt.
  - Die Eltern können ihr Kind daher beim Abschluss des Schenkungsvertrages vertreten.
- Verfügungsgeschäft
  - Für das rechtlich nachteilige Verfügungsgeschäft benötigt der Minderjährige die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, § 107 BGB.
  - Auf die Einwilligung findet § 181 BGB ebenfalls Anwendung.
  - Es liegt ein Insichgeschäft in Form des Selbstkontrahierens gemäß § 181 Alt. 1 BGB vor.
  - Grundsätzlich greift die Rückausnahme des § 181 BGB a. E., da mit dem Verfügungsgeschäft lediglich eine Verpflichtung aus dem Schenkungsversprechen erfüllt werden soll.

- § 181 BGB a. E. ist jedoch nach h. M. im Hinblick auf § 107 BGB teleologisch zu reduzieren, da das Verfügungsgeschäft für den Minderjährigen rechtlich nachteilhaft ist (vgl. § 566 BGB).
- Die Eltern können ihr Kind daher nicht vertreten, es muss ein Ergänzungspfleger erstellt werden, § 1909 BGB.

(4) Der Minderjährige wird <u>sowohl beim Verpflichtungsgeschäft als auch beim Verfügungsgeschäft</u> von seinen Eltern vertreten.

- <u>Verpflichtungsgeschäft</u>
  - Es liegt ein Insichgeschäft in Form des Selbstkontrahierens vor, § 181 Alt. 1 BGB.
  - Die Rückausnahme des § 181 BGB a. E. greift nicht, da der Schenkungsvertrag keine Verbindlichkeit erfüllt, sondern eine solche erst begründet.
  - Entsprechend dem Rechtsgedanken des § 107 BGB ist § 181 BGB insoweit **teleologisch zu reduzieren**, als das Vertretungsverbot nicht zur Anwendung kommt, wenn die Vertretung dem Vertretenen keinen rechtlichen Nachteil bringt.
  - Die Eltern können ihr Kind daher beim Abschluss des Schenkungsvertrages vertreten.
- <u>Verfügungsgeschäft</u>
  - Die Vertretung bei der Auflassung stellt ein Insichgeschäft in Form des Selbstkontrahierens i. S. d. § 181 Alt. 1 BGB dar.
  - Grundsätzlich greift die Rückausnahme des § 181 BGB a. E., da mit dem Verfügungsgeschäft lediglich eine Verpflichtung aus dem Schenkungsversprechen erfüllt werden soll.
  - § 181 BGB a. E. ist jedoch nach h. M. im Hinblick auf § 107 BGB teleologisch zu reduzieren, da das Verfügungsgeschäft für den Minderjährigen rechtlich nachteilhaft ist (vgl. § 566 BGB).
  - Die Eltern können ihr Kind daher nicht vertreten, es muss ein Ergänzungspfleger erstellt werden, § 1909 BGB.

(c) Abwandlung: Ausschluss der Vertretungsmacht der Eltern gem. §§ 1629 II 1, 1795 I Nr. 1 BGB

Außer gemäß § 181 BGB kann die Vertretungsmacht der Eltern auch nach §§ 1629 II 1, 1795 I Nr. 1 BGB - Ausschluss der Vertretung bei Geschäften zwischen Mündel bzw. Minderjährigem und einem Verwandten in gerader Linie – ausgeschlossen sein.

Bsp. Der Schenker eines Grundstücks ist mit dem Empfänger des Geschenks, einem beschränkt Geschäftsfähigen, in gerader Linie verwandt, z. B. als Großvater (§ 1589 I 1 BGB).

Hier gelten *mutatis mutandis* dieselben Grundsätze wie oben dargestellt:

Nach § 1795 I Nr. 1 a.E. BGB findet der Ausschluss wegen Verwandtschaft in gerader Linie dann keine Anwendung, wenn das zu genehmigende Rechtsgeschäft in der bloßen Erfüllung einer

Verbindlichkeit liegt (vgl. § 181 a.E. BGB). Auch hier droht bei wortlautgetreuer Anwendung des § 1795 I Nr. 1 BGB, dass der Schutzzweck des § 107 BGB unterlaufen werden könnte.

Um den Schutz des Minderjährigen vor rechtlich nachteilhaften Geschäften aufrechtzuerhalten, findet deshalb die Ausnahmeklausel des § 1795 I Nr. 1 Hs. 2 BGB – insoweit übereinstimmend mit der Praxis zu § 181 Hs. 2 BGB – keine Anwendung, sofern das in Frage stehende Verfügungsgeschäft bei isolierter Betrachtung rechtlich nachteilig ist (teleologische Reduktion).

Auch in diesem Fall muss daher gemäß § 1909 I BGB ein Ergänzungspfleger hinzugezogen werden.

Fall 13: Großzügige Oma[80]

Die wohlhabende 80-jährige O möchte ihrer Enkelin E zu deren 16ten Geburtstag eine im Münchener Stadtteil Schwabing gelegene Eigentumswohnung im Wege der vorweggenommenen Erbfolge und unter Anrechnung auf ihren künftigen Pflichtteil schenken und ihr auflassen. In dem Schenkungsvertrag will sie sich ein lebenslanges Nießbrauchrecht an der Eigentumswohnung und den Rücktritt unter anderem für den Fall einer Veräußerung der Wohnung ohne ihre schriftliche Zustimmung und für den Fall einer Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse der E vorbehalten. Den sich hieraus ergebenden Rückauflassungsanspruch will sie sich durch eine Vormerkung sichern lassen.

O möchte von ihrer Rechtsanwältin Dr. R wissen, ob die Eltern der E bei der Eigentumsübertragung zu beteiligen sind und ob „zusätzlich zu dem obligatorischen Besuch beim Notar noch irgendwelcher sonstiger Papier- oder Behördenkram" zu erledigen ist?

Abwandlung 1:

Schenkungsgegenstand ist ein Baugrundstück, auf dem allerdings eine Grundschuld lastet.

Abwandlung 2:

Schenkungsgegenstand ist ein Baugrundstück, auf dem eine Reallast eingetragen ist.

i. Rechtsgeschäfte, die der Minderjährige mit seinem Taschengeld erfüllt (§ 110 BGB)

Der sog. **Taschengeldparagraph** (§ 110) greift nur in den Fällen, in denen es an einer **ausdrücklichen** Einwilligung zur Vornahme eines rechtlich nachteiligen Rechtsgeschäfts fehlt.[81]

Nach h. M. enthält die Vorschrift eine Auslegungsregel zu § 107 BGB: Überlässt der gesetzliche Vertreter dem Minderjährigen Mittel (bzw. gibt er seine Zustimmung zur Überlassung durch Dritte), so erteilt er dadurch **konkludent die Einwilligung** zur Vornahme des Rechtsgeschäfts.

[80] Angelehnt an BGH, Urt. v. 30.9.2010 – V ZB 206/10, NJW 2010, 3643. Besprechungen von *Stephan Lorenz*, LMK 2010, 311636; *Dieter Medicus*, JZ 2011, 159-160. Allgemein zum Thema: *Nicola Preuß*, Das für den Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhafte Geschäft, JuS 2006, 305 – 309

[81] Die Formulierung „ohne Zustimmung" ist daher als „ohne ausdrückliche Zustimmung" zu lesen, *Dörner*, in Hk-BGB (hrsg. v. Schulze), § 110 Rn. 1.

Taschengeldparagraph, § 110 BGB

1. Vertragsschluss durch den Minderjährigen

2. Fehlen einer ausdrücklichen Einwilligung (= vorherige Zustimmung, § 183 I BGB)

3. Überlassung von Mitteln

4. (**vollständige**) Bewirkung der Verpflichtung des Minderjährigen mit diesen Mitteln

Rechtsfolge: Rückwirkende Wirksamkeit des Vertragsschlusses

Das Erfordernis der vollständigen Bewirkung (Wortlaut § 110 BGB: „bewirkt“) der vertragsgemäßen Leistung durch den Minderjährigen bedeutet: Solange der Minderjährige z. B. den Kaufpreis nicht gezahlt hat, ist der Vertrag **schwebend unwirksam** (siehe sogleich unten). Seine Wirksamkeit hängt von der Zustimmung seiner gesetzlichen Vertreter ab. Möglich ist auch, dass die gesetzlichen Vertreter dem Vertragsschluss die Genehmigung verweigern, bevor der Minderjährige seine Leistung vollständig erbringt. Die Rechtsfolge des § 110 BGB kann dann **nicht** mehr eintreten.

Fall 14: Weiße Maus - Grundfall

Aus Anlass eines Jahrmarktbesuchs erhält der achtjährige Sohn S von seinen Eltern eine 1-Euro-Münze, um sich „eine Freude zu machen“. S, der mit seiner zwölfjährigen Schwester eine Viertelstunde alleine über den Markt gehen darf, bleibt am Stand des Gauklers G stehen. G verspricht dem S, gegen Zahlung von 1 € ein „besonderes Spektakel“: Er, G, werde eine weiße Maus in einer Trommel umherlaufen zu lassen, an deren Rand sich kleine Häuschen befinden. S möchte die Maus gerne laufen sehen und überreicht dem G die 1-Euro-Münze. Nachdem die Maus einige Runden gedreht hat, eröffnet G dem S, er dürfe nun auf eines der Häuschen „wetten“. S kommt dieser Aufforderung des G gerne nach. Nachdem die Maus das von S vorhergesagte Haus aufgesucht hat, greift G mit geheimnisvoller Miene in einen unter der Trommel versteckten Sack und nimmt eine kleine weiße Maus heraus, die er dem überraschten S als „Hauptgewinn“ überreicht.

Nun treten die Eltern des S hinzu. Sie sind entsetzt und wollen wissen, ob sie im Namen ihres Kindes das von S bezahlte 1-Euro-Stück zurückverlangen und die Maus an G zurückgeben dürfen.

Fall 14: Weiße Maus - Abwandlung

Nachdem die Maus in das „richtige“ Haus gelaufen ist, erhält S zu seiner Überraschung von G als „Gewinn“ eine 2-Euro-Münze als „Preis“. In der Hoffnung, den „Gewinn“ noch einmal erhöhen zu können, setzt er das 2-Euro-Stück erneut auf ein Haus und liegt wiederum richtig. Die Maus verschwindet in dem von S vorhergesagten Eingang. Kann S von G die Rückgabe des 2-Euro-Stücks verlangen?

j. Nachträgliche Zustimmung (§ 108 BGB)

(1) Schwebende Unwirksamkeit

Schließt der Minderjährige einen (zwei- oder mehrseitigen) Vertrag ohne die erforderliche Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters ab, so ist dieser **schwebend unwirksam**.

(2) Beendigung des Schwebezustands

Die gesetzlichen Vertreter können genehmigen oder die Genehmigung verweigern.

(a) Durch die Verweigerung der Genehmigung wird das Geschäft (Verpflichtungs-, ggf. auch Verfügungsgeschäft zulasten des Minderjährigen) nachträglich unwirksam.

(b) Durch die Genehmigung wird das Rechtsgeschäft **rückwirkend voll wirksam** (§ 184 I).

(3) Sonderkonstellationen gemäß § 108 II und III (lesen!) und Wiederaufleben des Schwebezustands

- **Aufforderung** des Vertragspartners an die gesetzlichen Vertreter, sich über die Genehmigung zu erklären (Rechtsfolge ist ggf. ein Wiederaufleben des Schwebezustandes) und
- Eintritt der **Volljährigkeit**

k. Einseitige Rechtsgeschäfte (§ 111 BGB)

Einseitige Rechtsgeschäfte (z. B. Kündigung, Anfechtung, Widerruf, Annahme bzw. Ausschlagung einer Erbschaft) sind gemäß § 111 BGB nur wirksam, wenn der gesetzliche Vertreter vorher **eingewilligt** hat. (Siehe sogleich unten zur Ausnahme gemäß § 2229 Abs. 2 BGB betreffend Testamente von Minderjährigen. Grund ist, dass das Testament den Minderjährigen zu seinen Lebzeiten normalerweise rechtlich nicht zu belasten vermag.) Auch eine nachträgliche Genehmigung macht sie nicht wirksam (§ 111 S. 1 BGB). Damit ist der (bei Verträgen gemäß § 108 I BGB mögliche) Zustand der schwebenden Unwirksamkeit bei einseitigen Rechtsgeschäften **ausgeschlossen**. Dahinter steht folgender Gedanke: Wer mit einem Minderjährungen einen Vertrag schließt, geht freiwillig das **Risiko** der schwebenden Unwirksamkeit ein. Gegen den Empfang einer einseitigen Erklärung kann sich der Empfänger hingegen **nicht wehren**. Der Gesetzgeber will ihm die aus dem etwaigen Schwebezustand resultierende Unsicherheit nicht zumuten.

l. Testierfähigkeit

Auch das Testament ist ein (einseitiges) Rechtsgeschäft. Der Gesetzgeber hat die für die Errichtung von Testamenten erforderliche Geschäftsfähigkeit als Testierfähigkeit jedoch speziell geregelt. Minderjährige sind erst mit Vollendung des 16. Lebensjahres testierfähig, § 2229 Abs. 1 BGB, dann aber – entgegen der allgemeinen Regel in § 111 BGB (oben) – unabhängig von einer Zustimmung durch die gesetzlichen Vertreter, § 2229 Abs. 2 BGB.

Der Gesetzgeber geht davon aus, dass vor Vollendung des 16. Lebensjahres nicht die erforderliche **sittliche und geistige Reife** besteht, die den Erblasser frei von der **Beeinflussung** durch Dritte macht.

Vertiefung: Selbst für 16 – 17jährige Minderjährige gilt noch eine gewisse Einschränkung hinsichtlich der **Form** der Testamentserrichtung: Den Jugendlichen ist allein die wirksame Errichtung eines Testaments zur Niederschrift eines Notars möglich, § 2231 Nr. 1 BGB. Damit wird u. a. dem Bedürfnis nach **Eindeutigkeit und Beratung** des Minderjährigen entsprochen. Erst ab Vollendung des 18. Lebensjahres ist eigenhändiges Testieren möglich, § 2247 IV BGB.

Das Zwischenstadium der beschränkten Testierfähigkeit gibt es nicht. Wegen des **höchstpersönlichen** Charakters des Testaments ist eine Vertretung des Testierunfähigen (etwa durch die Eltern des Erblassers) gesetzlich ausgeschlossen, § 2064 BGB. Bei Kindern zwischen 0 und 15 Jahren greift daher stets die gesetzliche Erbfolge.

m. Zugang von Willenserklärungen

Bei beschränkt Geschäftsfähigen richtet sich der Zugang der Willenserklärung nach § 131 Abs. 2 BGB. Danach wird die Willenserklärung nicht schon wirksam, wenn sie dem beschränkt Geschäftsfähigen gegenüber abgegeben wird, sondern erst dann, wenn sie dem gesetzlichen Vertreter zugeht.

Eine praktisch besonders wichtige Ausnahme enthält jedoch § 131 Abs. 2 S. 2 BGB: Bringt die Erklärung dem Minderjährigen lediglich einen rechtlichen Vorteil, genügt Zugang an den Minderjährigen selbst. Das ist insbesondere bei **Angeboten** auf Abschluss eines schuldrechtlichen oder dinglichen Vertrages der Fall. Der Minderjährige hat die Möglichkeit, den Vertrag anzunehmen, muss das aber nicht tun.

Streitig ist, ob eine Willenserklärung nur dann wirksam werden kann, wenn sie an den gesetzlichen Vertreter **gerichtet** ist,[82] oder ob eine zufällige Kenntniserlangung, bspw. durch zufällige Weitergabe der Erklärung an den gesetzlichen Vertreter durch den Minderjährigen, ausreichen soll.[83]

Für letztere Ansicht lässt sich anführen, dass es für den Zugang maßgeblich darauf ankommen soll, dass die Erklärung in den **Machtbereich** des Empfängers gelangt. Dies ist auch dann der Fall, wenn der Minderjährige von der Erklärung berichtet, die gegenüber ihm abgegeben wurde. Gerade der Wortlaut des § 131 II 1 BGB („wenn die Willenserklärung einer in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person gegenüber abgegeben wird“) spricht für dieses Ergebnis.[84] Zudem bestehen bei dieser Auslegung auch keine Bedenken im Hinblick auf den Minderjährigenschutz.

Dazu Zusatzfall: Kunstinteressierter Minderjähriger

4. Aufbau und Formulierung im Gutachten

a. Rechtsgeschäft: Nachdem das **Vorliegen** der entsprechenden Willenserklärung (äußerer und innerer Tatbestand, Abgabe und Zugang) bejaht wurde, problematisiert man die **Wirksamkeit** dieser Willenserklärung im Hinblick auf die möglicherweise fehlende Geschäftsfähigkeit.

b. Anspruchsaufbau: Häufig gilt es, Herausgabeansprüche des Geschäftspartners des beschränkt Geschäftsfähigen zu prüfen. Man beginnt mit dem starken Eigentümerherausgabeanspruch aus § 985 BGB. In diesem Rahmen ist meistens auf die Frage nach der Wirksamkeit des Verfügungsgeschäfts (insbes. § 929 S. 1 oder §§ 873, 925 BGB) zugunsten des Minderjährigen einzugehen. Erst im Anschluss wendet man sich dem Anspruch auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 812 I 1 Alt. 1 BGB) zu. Erst an dieser Stelle thematisiert man unter dem Prüfungspunkt „Vorliegen eines Rechtsgrundes“ die Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts (z. B. Kaufvertrag, Schenkungsvertrag).

[82] So etwa Palandt/*Ellenberger*, § 131 Rn. 2; MüKoBGB/*Einsele*, 8. Aufl. 2018, § 131 Rn. 3.
[83] So etwa Staudinger/*Singer/Benedict*, 2017, § 131 Rn. 3; *Köhler*, BGB AT, 35. Aufl. 2011, § 6 Rn. 25.
[84] *Köhler*, BGB AT, 35. Aufl. 2011, § 6 Rn. 25.

V. Formbedürftigkeit von Rechtsgeschäften

(*Boecken*, § 10 II; *Brox/Walker*, § 13; *Faust*, § 8; *Köhler*, § 12; *Leipold*, § 16)

1. Grundsatz der Formfreiheit

Rechtsgeschäfte sind **grundsätzlich formlos gültig**. Der Erklärende kann sein Erklärungsmittel frei wählen (mündlich, schriftlich, per Handzeichen etc.). Nur für einige besondere Rechtsgeschäfte ist die Einhaltung einer bestimmten **Form gesetzlich** vorgeschrieben (z. B. Schriftformerfordernis für das Bürgschaftsversprechen, § 766 BGB). Aus § 127 BGB folgt, dass die Parteien außerdem durch **vertragliche Vereinbarung** einen Formzwang für bestimmte Erklärungen schaffen können (z. B. kann vereinbart werden, dass eine Vertragskündigung wirksam nur per Einschreiben mit Rückschein erfolgen kann).

2. Zweck von Formerfordernissen

Gesetzliche Formvorschriften erfüllen regelmäßig zwei Funktionen: **Beweis- (a)** und **Warnfunktion (b)**.

Speziell im Fall der notariellen Beurkundung tritt noch die **Beratungsfunktion (c)** hinzu.

Schließlich können sie auch noch eine **Informationsfunktion** (Dritte) oder **Kontrollfunktion** (Staat, Fiskus) übernehmen.

a. Beweis- bzw. Informations- und Kontrollfunktion

Wahrung der **Rechtssicherheit** durch Erstellung einer Urkunde o. ä.

Am Beweis des Vorliegens und genauen Inhalts eines Rechtsgeschäfts haben zum einen die Parteien selbst, zum anderen aber auch öffentliche Stellen (Erleichterung der Aktenführung, Erhebung von Steuern) als auch Dritte (Erwerber eines vermieteten Grundstücks) ein Interesse. Eine Heilung kommt hier nur ausnahmsweise in Betracht.

> *Bsp. 1: § 311b I BGB – Verpflichtungsgeschäft über Grundstücke (not. Beurkundung).*
>
> *Bsp. 2: § 550 BGB – langfristige Wohnungsmietverträge: Hier soll wegen § 566 BGB („Kauf bricht nicht Miete“ → automatischer Eintritt in das Mietverhältnis) auch der Erwerber des Grundstücks Klarheit über die auf ihn kraft Gesetzes übergehenden mietvertraglichen Pflichten gewinnen können.*

Beachte: Bei Verstoß tritt gemäß § 550 BGB keine Nichtigkeitsfolge ein.

b. Warnfunktion

Es geht um den Schutz des Erklärenden vor übereilten Bindungen. Diese Funktion steht insbesondere bei solchen Erklärungen im Vordergrund, bei denen mit der Erklärung **nicht unmittelbar** ein Vermögensopfer zusammenfällt, die also möglicherweise eher leichtfertig abgegeben werden.

> *1. Bsp.: § 766 S. 1 BGB – Bürgschaftserklärung (schriftlich).*
>
> *2. Bsp.: § 518 Abs. 1 Satz 1 BGB – Schenkungsversprechen (notarielle Beurkundung).*

Beachte: Obwohl es sich bei Bürgschaft und Schenkung um zweiseitige Rechtsgeschäfte (Verträge) handelt, bedarf jeweils nur eine Willenserklärung der Beurkundung. Es ist die Erklärung desjenigen Vertragspartners, der eine Leistung verspricht (Bürge bzw. Schenker).

Verstöße gegen Formvorschriften, die in erster Linie der Warnung dienen, werden in der Regel durch spätere Leistungserbringung **geheilt** (z. B. §§ 766 S. 3, 518 Abs. 2 BGB).

c. Beratungsfunktion

Ziel ist Sicherstellung einer sachkundigen Beratung und Belehrung der Parteien im Fall der notariellen Beurkundung, da hier eine Beratung durch den Notar vorauszugehen hat (vgl. § 17 BeurkG[85]).

> *1. Bsp.: § 311b I 1 BGB – Verpflichtungsverträge betreffend Grundstücke (notarielle Beurkundung)*
>
> *2. Bsp.: § 925 BGB – Auflassung (Erklärung vor der zuständigen Stelle genügt, keine Beurkundung erforderlich)*

d. Klarstellungsfunktion

Die Vornahme des Rechtsgeschäfts in der vorgeschriebenen Form **grenzt** die Vorverhandlungen vom endgültigen Vertragsschluss ab. Es handelt sich um eine besondere Ausprägung des **Rechtsbindungswillens**.

3. Arten von Formen

Systematik: Unterscheide zwischen Vorschriften, die wie § 311b I 1 BGB die Beachtung einer besonderen Form vorschreiben, Vorschriften, die die Rechtsfolge des Verstoßes gegen diese Bestimmungen regeln (insbesondere § 125 BGB, außerdem Heilungsvorschriften wie § 311b I 2 BGB und die besondere Rechtsfolge des § 550 BGB) sowie schließlich den Vorschriften, welche die jeweils einzuhaltende Form als solche regeln (§§ 126 ff. BGB).

a. Schriftform, § 126 BGB

> *1. Bsp.: § 550 BGB – Grundstücksmietvertrag*
>
> *2. Bsp.: § 568 Abs. 1 BGB – Kündigung eines Mietverhältnisses*

(1) **Urkunde** erstellen = schriftliche verkörperte Erklärung (von Hand, PC, gedruckt), nicht unbedingt vom Erklärenden selbst geschrieben. Im Unterschied dazu muss das Testament handschriftlich (= eigenhändig) geschrieben und unterschrieben werden, § 2247 Abs. 1 BGB.

(2) **Durch Namensunterschrift** muss die Unterzeichnung erfolgen, da der Aussteller eindeutig feststellbar sein muss.

[85] Siehe § 17 Abs. 1 BeurkG: „Der Notar soll den Willen der Beteiligten erforschen, den Sachverhalt klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und ihre Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiedergeben. Dabei soll er darauf achten, daß Irrtümer und Zweifel vermieden sowie unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden."

(3) **Eigenhändig** muss die Unterzeichnung erfolgen, die Verwendung eines Faksimile-Stempels genügt also nicht.

(4) Beim **Vertrag** müssen die Parteien grundsätzlich auf demselben Dokument unterzeichnen. Es genügt aber, wenn jede Partei die für die andere Partei bestimmte Urkunde unterzeichnet (§ 126 Abs. 2 Satz 1 BGB).

(5) **Vertretung** ist bei der Unterschrift möglich. Der Vertreter muss die Vertretung durch entsprechenden Zusatz (z. B. „i. V.“) kenntlich machen.

b. Textform, § 126b BGB:

1. Bsp.: § 356a Abs. 1 – Ausübung des dem Verbraucher in § 485 BGB eingeräumten Widerrufsrechts für Teilzeit-Wohnrechteverträge und ähnliche Vertragstypen

2. Bsp.: § 558a Abs. 1 – Mieterhöhungsverlangen.

(1) **Auf Urkunde** oder **sonstigem Datenträger** wie z. B. USB-Stick, CD-ROM, Computer-Festplatte, E-Mail (in diesen Fällen ist nämlich eine dauerhafte Speicherung möglich) muss die Erklärung wiedergegeben sein.

(2) **Die Person** des Erklärenden muss genannt werden.

(3) **Der Abschluss des Vertrages** kann sowohl durch Nachbildung der Namensunterschrift (z. B. Unterschriften-Scan) als auch auf andere Weise, z. B. durch Angabe des Orts und Datums des Vertrags erkennbar gemacht werden.

c. Elektronische Form, § 126a BGB

Die Verwendung der elektronischen Form ist mit erheblichem technischem Aufwand verbunden. Erforderlich ist eine qualifizierte elektronische Signatur nach dem Signaturgesetz. Einzelheiten z. B. bei *Jauernig*, BGB, § 126a Rz. 1.

d. Notarielle Beurkundung, § 128 BGB, §§ 8 ff. BeurkundungsG

Es handelt sich um die **strengste** Formvorschrift. Die Erklärung erfolgt in einem besonderen Verfahren vor dem Notar. Dazu gehört die Beratung durch den Notar (§ 17 BeurkG), die Abgabe der Erklärung gegenüber dem Notar, die Niederschrift der Erklärung und das Vorlesen der Erklärung durch den Notar.

1. Bsp.: § 518 Abs. 1 – Schenkungsversprechen

2. Bsp.: § 311b Abs. 1 – Verpflichtungsverträge über Grundstücke

Die **sukzessive** Beurkundung (erst Angebot, dann Annahme) ist möglich, § 128 BGB.

Keiner notariellen Beurkundung bedürfen die gemäß § 925 für die Übertragung von Eigentum an einem Grundstück erforderlichen dinglichen Einigungserklärungen. Ausreichend ist die Erklärung bei gleichzeitiger Anwesenheit vor der zuständigen Stelle, insbesondere dem Notar. Sie erfolgt in der Praxis entweder im Voraus (gleichzeitig mit dem Abschluss des Kaufvertrags) oder durch Vertreter (z. B. Büroangestellte des Notars).

e. Öffentliche Beglaubigung (§ 129 BGB)

- Relevant z. B. für § 29 I GBO (Nachweis der Eintragungsbewilligung gegenüber Grundbuchamt).
- Zuständig sind Notare (§ 56 IV BeurkG).
- Die Beglaubigung bezeugt die Echtheit der Unterschrift, sie bezieht sich nicht auf den Text der unterzeichneten Erklärung.

4. Rechtsfolgen der Nichtbeachtung (§ 125 BGB)

a. Grundsatz der Nichtigkeit

Bei Nichtbeachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Form gilt § 125 BGB (Nichtigkeit). Es handelt sich um eine vom Richter von Amts wegen zu beachtende Einwendung.[86]

b. Formbedürftigkeit von Nebenabreden

Ob auch Nebenabreden zum Vertrag vom Formzwang erfasst sind oder nicht, ist nach dem jeweiligen Zweck der Formvorschrift zu bestimmen.

> *Bsp.: Zweck des § 311b Abs. 1 ist es, Veräußerer und Erwerber vor Übereilung zu schützen, den Beweis über den Vertragsinhalt zu sichern, eine fachmännische Beratung zu garantieren und eine fehlerhafte Vertragsabfassung zu verhindern. Daher sind in der Regel auch Nebenabreden zum Kaufvertrag über Grundstücke wie Zusicherung der Bebaubarkeit oder eine Ratenzahlungsvereinbarung vom Formzwang erfasst.*

Ist nur ein Teil des Rechtsgeschäfts wegen Formmangels nichtig (z. B. wurde die Ratenzahlungsvereinbarung zum Grundstückskaufvertrag nicht notariell beurkundet), so gilt Folgendes:

- Die Nebenabrede ist nach § 125 BGB nichtig und
- die Wirksamkeit des Hauptvertrags richtet sich nach § 139 BGB.

> *Hätten also Käufer und Verkäufer den Vertrag bei Kenntnis der Nichtigkeit der Ratenvereinbarung nicht geschlossen, da es ihnen wesentlich auf die Ratenzahlungsvereinbarung ankam, so ist auch der beurkundete Hauptteil des Vertrags nichtig.*

c. Heilung des Formmangels

Heilung des Formmangels bedeutet, dass die Nichtigkeitsfolge nicht greift, das Geschäft also wirksam wird. Heilung ist auf zwei Arten denkbar:

(1) Im Normalfall müssen die Parteien das Geschäft **erneut vornehmen** (§ 141 BGB).

(2) In seltenen Fällen (gesetzlich geregelt, s. o.) erfolgt Heilung bereits durch Erfüllung des eigentlich nichtigen Rechtsgeschäfts. Beispiele finden sich in § 518 Abs. 2 BGB (Schenkung) und

[86] MüKoBGB/*Einsele*, 8. Aufl. 2018, § 125 Rn. 42.

§ 766 S. 3 (Bürgschaft) sowie in § 311b Abs. 2 S. 2 BGB (Verpflichtungsgeschäfte über Grundstücke).

d. Ausnahmen vom Grundsatz der Nichtigkeit

Eine Ausnahme vom Grundsatz der Nichtigkeit wegen Formmangels (§ 125) macht die Rechtsprechung nur in absoluten Ausnahmekonstellationen. Sie zieht dann § 242 BGB (Treu und Glauben) heran (**teleologische Reduktion** der Rechtsfolge § 125 BGB). Voraussetzung ist, dass trotz der bei Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts aus §§ 812, 826 und c.i.c. (§§ 280 I, 241 II, 311 Abs. 2) gegebenen Ansprüche auf Schadensersatz ein „schlechthin untragbares Ergebnis“ droht (BGH NJW 2004, 3330).

Fallgruppen:

- **Existenzgefährdung** des einen Teils
- **besonders schwerwiegende Treuepflichtverletzung** des anderen Teils (BGHZ 85, 315), insbes.,
    - wenn die Partei, die längere Zeit aus dem nichtigen Vertrag **Vorteile gezogen** hat, sich unter Berufung auf den Formmangel ihrer Verpflichtung entziehen will (BGHZ 121, 224, 233 f.) oder
    - wenn die eine Partei von der anderen über die Formbedürftigkeit des Geschäfts **arglistig getäuscht** wurde.

e. Vertraglich vereinbarte Formen

Bei Fehlen der vertraglich vereinbarten Form gilt **im Zweifel Nichtigkeit** des Rechtsgeschäfts (§ 125 S. 2 BGB).

f. Insbesondere: Formbedürftigkeit der Genehmigung, die sich auf eine formbedürftige Willenserklärung bezieht

Fraglich ist, ob die Genehmigung formbedürftig ist, wenn sie sich auf eine formbedürftige Willenserklärung bezieht.

> *Bsp.: Der Vertretene möchte den vom vollmachtlosen Vertreter geschlossenen Kaufvertrag über ein Grundstück (§ 311b I BGB) genehmigen.*

Eine in der Literatur vertretene Ansicht fordert die Einhaltung der für das genehmigte Geschäft erforderlichen Form. Die h.M. dagegen verzichtet auf die Einhaltung zusätzlicher Formvorschriften.[87]

Zugunsten der in der Literatur vertretenen Minderheitenansicht spricht, dass bei **§ 167 II BGB**, der eine ähnliche Situation regelt, nach einhelliger Ansicht (wenn auch in verschiedener Ausprägung) die Vollmachterteilung zu formbedürftigen Geschäften entgegen dem Wortlaut ebenfalls formbedürftig ist. Diese teleologische Reduktion wird mit der von der Formvorschrift ausgehenden **Schutz-, Warn- und Beratungsfunktion** begründet.

[87] Zum Streitstand vgl. MüKoBGB/*Schubert*, 8. Aufl. 2018, § 177 Rn. 42 ff. m.w.N.

Doch besteht nach dem **Wortlaut** des § 182 II BGB Formfreiheit. Eine Genehmigung wäre, da sie stets **sofort bindet**, bei Anwendung des § 311b I 1 BGB ausnahmslos beurkundungsbedürftig und damit der Anwendungsbereich des § 182 II BGB für die Genehmigung auf null reduziert. Eine Unterscheidung zwischen formbedürftigen und nicht formbedürftigen Genehmigungen wäre nicht mehr vorstellbar.[88] Die Warn- und Beratungsfunktion von § 311b I 1 BGB kann durch notarielle Beurkundung einer Genehmigung nicht mehr in der **bezweckten Art und Weise** erreicht werden, da der Notar nur über die Rechtsfolgen der Genehmigung als solcher, nicht aber über die rechtlichen Konsequenzen des Grundstückskaufvertrages selbst belehren muss.[89]

Vorzugswürdig ist es folglich, die Formbedürftigkeit der Genehmigung zu verneinen.

VI. Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen

1. Vorrang der natürlichen Auslegung

Die natürliche Auslegung geht vor: Wenn der Empfänger der Erklärung den wirklichen Willen des Erklärenden erkennt, gilt dieser (§ 133 BGB).

a. Unproblematische Fälle

Häufig stimmen die Verwendung bestimmter Wörter durch den Erklärenden, das Verständnis dieser Wörter durch den Empfänger und der allgemeine Sprachgebrauch überein. Dann gibt es keine Probleme mit der Auslegung.

b. Erkannt irrtümlich verwendete Erklärungszeichen

Verwendet der Erklärende unbewusst das falsche Erklärungszeichen (er schreibt z. B. „300 EUR“ anstelle eigentlich gemeinter 3.000 EUR) und erkennt der Empfänger den wirklichen Willen (hier: 3.000 EUR), so ist dieser maßgeblich.

c. Falsa demonstratio

Beruht die Verwendung eines Begriffs auf einem gemeinsamen Missverständnis bzw. einer einvernehmlichen Verwendung eines allgemein anders verwendeten Begriffs, ist ebenfalls das übereinstimmende Verständnis der Parteien maßgeblich (falsa demonstratio non nocet – die Falschbezeichnung [des von den Parteien übereinstimmend Gewollten] schadet nicht).

[88] BGH, Urteil v. 25.2.1994 – Az. V ZR 63/93, NJW 1994, 1344 (1346); MükoBGB/*Schubert*, 8. Aufl. 2018, § 177 Rn. 42 ff. mit zahlreichen Nachweisen, u. a. auf Staudinger/*Gursky*, BGB, 2004, § 182 Rn. 27.
[89] *Larenz/Wolf*, AT, 9. Aufl. 2004, § 49 Rn. 8.

2. Normative Auslegung (Auslegung aus der Sicht eines objektiven Empfängers)

Der normativen Auslegung einer Erklärung (aus der Sicht eines objektiven Empfängers, § 157 BGB) bedarf es nur, wenn der Wille des Erklärenden und dasjenige, was der Empfänger tatsächlich versteht, auseinanderfallen. Hier kann es im Ergebnis zu einem Auseinanderfallen von tatsächlichem Willen und objektiver Erklärung kommen. Folge ist eventuell die Anfechtbarkeit.

a. Spezifisches Kontextwissen der konkreten Beteiligten

In erster Linie sind Umstände zu berücksichtigen, die den konkreten Parteien (Erklärender und Erklärungsempfänger) bekannt sind bzw. den Kontext und die „Vorgeschichte" der Erklärung bilden. Diese Auslegungsmethode **schützt häufig den Erklärenden** vor Missverständnissen seiner Erklärung.

b. Auslegung unter Berücksichtigung der Verkehrssitten

Erst in zweiter Linie sind etwaige Bräuche und Verkehrssitten zum Zweck der Auslegung heranzuziehen. Diese Auslegungsmethode **schützt häufig das Vertrauen des Empfängers** der Erklärung.

> *Lehrbuchbeispiel (z. B. Boecken, Rdnr. 501): Der Franke K bestellt in der Kölner Imbissbude des V einen „Halven Hahn" und bekommt statt des erwarteten halben Hähnchens nach Kölscher Sitte ein Käsebrötchen serviert. Hier ist eine Anfechtung gemäß § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB (Inhaltsirrtum) möglich.*

VII. Willensmängel I (§§ 116 – 118 BGB)

(*Boecken*, § 11 I 2 a; *Brox/Walker*, § 16 und 17; *Faust*, §§ 19 und 20; *Köhler*, § 7 III; *Leipold*, § 17)

Die Vorschriften §§ 116, 117 I und 118 regeln Fälle des **bewussten** Auseinanderfallens von Wille (innerer Erklärungstatbestand) und Erklärung (äußerer Erklärungstatbestand). Jeweils fehlt es im Rahmen des subjektiven Erklärungstatbestandes am erforderlichen **Rechtsbindungswillen**.

Demgegenüber kommt es im Fall des § 119 I BGB zu einem **irrtümlichen** Auseinanderfallen von Wille und Erklärung.

1. Geheimer Vorbehalt (§ 116 BGB)

Nach § 116 S. 1 ist der geheime Vorbehalt, das Erklärte nicht zu wollen, **unbeachtlich**.

<table>
<tr><th>(1) Äußerer Erklärungstatbestand („Erklärung")</th><th colspan="2">(2) Innerer Erklärungstatbestand („Wille")</th></tr>
<tr><td>Handlungswille (+)</td><td colspan="2">Handlungswille (+)</td></tr>
<tr><td>Rechtsbindungswille (+)</td><td>Bewusstsein, dass das Verhalten den Anschein bestehenden Rechtsbindungswillens setzt.</td><td>Rechtsbindungswille (-)</td></tr>
<tr><td>Geschäftswille (+)</td><td colspan="2">Geschäftswille (-)</td></tr>
</table>

Vertiefung: Daraus ergibt sich im Gegenschluss, dass grundsätzlich für die fehlerfreie WE entscheidend ist, dass der Erklärende aus Sicht eines objektiven Empfängers das zum Ausdruck bringt, was er tatsächlich wollte (anders noch die historische Willenstheorie, die allein auf den Willen des Erklärenden abstellt).

In § 116 S. 2 BGB hat der Gesetzgeber die Nichtigkeit der Willenserklärung für den Fall des „**durchschauten**“ geheimen Vorbehalts angeordnet.

Vertiefung: Die Vorschrift hat praktisch (fast) keine Bedeutung, jedenfalls ist keine Gerichtsentscheidung ersichtlich, deren Sachverhalt man als Beispiel anführen könnte. Darüber hinaus wird die Bestimmung rechtspolitisch in Frage gestellt, da sie im Ergebnis den Erklärenden schützt, der den Erklärungsempfänger absichtlich in die Irre führen will. ME steht die Bestimmung schon auf zweifelhaftem dogmatischem Fundament: Der Gesetzgeber hat offenbar eine besondere Spielart des Auseinanderfallens von objektivem und tatsächlichem Empfängerhorizont im Auge: der Empfänger weiß mehr als ein objektivierter Empfänger wissen würde (im Regelfall ist es umgekehrt). Richtigerweise wird man in solchen Fällen aber die (woher auch immer rührende) spezielle Kenntnis des Empfängers vom geheimen Vorbehalt des Erklärenden in den objektivierten Empfängerhorizont integrieren. Damit ergibt mE schon die schlichte Auslegung aus dem Empfängerhorizont das Fehlen des Rechtsbindungswillens. MaW: Den vom Gesetzgeber ins Auge gefassten Fall kann es gar nicht geben.

2. Scheingeschäft und verdecktes Geschäft (§ 117 BGB)

a. Scheingeschäft (§ 117 I)

Die Regelung ist überflüssig: Es fehlt aus Sicht eines objektiven Empfängers – dieser ist mit der Nichtgeltung ja einverstanden! – am Rechtsbindungswillen hinsichtlich des lediglich zum Schein abgeschlossenen Geschäfts.

(1) Äußerer Erklärungstatbestand („Erklärung“)	**(2) Innerer Erklärungstatbestand („Wille“)**
Handlungswille (+)	Handlungswille (+)
Rechtsbindungswille (-)	Rechtsbindungswille (-)
Geschäftswille (-)	Geschäftswille (-)

Beispiele finden sich (neben dem im Examenskurs sogleich behandelten *Grundfall 15 Schwarzkauf beim Notar*) bei *Boecken*, Rn. 427:

- Darlehensvertrag mit einer Bank, in der aus bankinternen Gründen ein bestimmter Darlehensnehmer pro forma eingetragen ist, tatsächlich aber eine GmbH verpflichtet werden soll.
- Pro forma-Arbeitsvertrag mit dem Ziel, der die Kinder betreuenden Mutter anstelle einer Unterhaltsleistung ein monatliches Einkommen samt Absicherung durch die Sozialversicherung zu verschaffen.

Zum Begriff des „Einverständnisses“ i.S.d. § 117 I BGB

Nach einer Minderheitenmeinung liegt bereits bei **bloßem Wissen** des Erklärungsempfängers von der Scheinhaftigkeit der abgegebenen Erklärung ein Einverständnis i.S.d. § 117 I BGB vor.[90]

Nach h.M.[91] setzt ein Einverständnis nach § 117 I BGB aber neben dem **kognitiven** Element auch ein **voluntatives** Element voraus.

Für die h.M. wird überzeugenderweise angeführt, dass der **Wortlaut** des § 117 I BGB von §§ 116, 118 BGB abweicht: Letztere sprechen nicht von „Einverständnis“, sondern „Kenntnis“ des Erklärungsempfängers. Einverständnis ist daher nicht mit Kenntnis gleichzusetzen. Ein zusätzliches voluntatives Element ist als Voraussetzung angezeigt.

Dazu Fall 16: Selbständiger Immobilienspezialist

b. Verdecktes Geschäft (§ 117 II)

Wenn statt des getätigten Rechtsgeschäfts (**Scheingeschäft**, Abs. 1) erkennbar eine andere Bindung gewollt ist (**verdecktes Geschäft**, Abs. 2), dann gilt das Gewollte, soweit die dafür erforderlichen **Wirksamkeitsvoraussetzungen** vorliegen. Letztere Einschränkung hat insbesondere bei formbedürftigen Geschäften große praktische Bedeutung.

Fall 15: Scheingeschäft beim Notar (Wiederholung aus dem GK BGB I)

Grundfall

V und K sind sich über den Verkauf eines dem V gehörenden Baugrundstücks am Bodensee zum Preis von 300.000 EUR einig. Um Steuern und Notarkosten zu sparen, geben beide im notariellen Kaufvertrag einen Kaufpreis von nur 200.000 EUR an. Bevor dem K das Eigentum an dem Grundstück übertragen wird, kommt es zu Streit zwischen den Parteien. Kann K von V die Übertragung des Eigentums am Grundstück verlangen?

Abwandlung

V erklärt die Auflassung, K wird als Eigentümer im Grundbuch eingetragen. K überweist 200.000 EUR. Hat V einen Anspruch auf die Differenz von 100.000 EUR?

(1) Äußerer Erklärungstatbestand („Erklärung“)	**(2) Innerer Erklärungstatbestand („Wille“)**
Handlungswille (+)	Handlungswille (+)
Rechtsbindungswille (+)	Rechtsbindungswille (+)
Geschäftswille (+)	Geschäftswille (+)

[90] Vgl. *Schöpflin*, JA 2001, 1. Besprechung zu BGH, Urteil v. 26.5.2000 – Az. V ZR399/99, BGHZ 144, 331; für die Ansicht von *Schöpflin* spricht die konsistente Behandlung bzgl. der Anwendung von § 166 I BGB auf Verhandlungsgehilfenschaft und Vertretung.
[91] BGH, Urt. v. 26.5.2000 – V ZR399/99, BGHZ 144, 331.

c. Spezialfall: Irrtumbehaftetes verdecktes Geschäft

Nicht immer verdeckt das Scheingeschäft – wie im Grundfall Scheingeschäft beim Notar – eine fehlerfreie, wenngleich formunwirksame Willenserklärung. Denkbar ist vielmehr auch der Fall, dass dem Erklärenden zusätzlich im Hinblick auf das verdeckte Geschäft ein Fehler in Form eines Irrtums unterläuft. So mag er etwa davon ausgehen, der Erklärungsempfänger verstehe den vom Erklärenden wirklich gewollten Preis (350 TEUR), in Wirklichkeit versteht ein objektiver Empfänger der Erklärung aber 300.000 EUR. Hier weichen objektiver (300 TEUR) und subjektiver Geschäftswille (350 TEUR) voneinander ab. Der (hinsichtlich des verdeckten Rechtsgeschäfts) Irrende kann aber ggf. anfechten:

Fall 16: Selbständiger Immobilienspezialist (Scheingeschäft)

E hat zwei unbebaute Grundstücke geerbt, die mit einem Doppelhaus bebaubar sind. Eines der beiden Grundstücke will E selbst mit einer Doppelhaushälfte bebauen und beziehen. Das zweite Grundstück will E verkaufen.

K ist an dem Grundstück des E interessiert. Er beauftragt seinen im Immobiliengeschäft erfahrenen Schwiegersohn S, erste Verhandlungen mit E zu führen und erklärt diesem, dass er nicht mehr als 250.000 € für das Grundstück zahlen möchte. Den Vertrag werde er, K, später selbst vor dem Notar mit E schließen.

Daraufhin nimmt S Verkaufsverhandlungen mit E auf. E macht deutlich, dass er dass Grundstück nicht unter 300.000 € veräußern werde, erklärt sich jedoch bereit, vor dem Notar nur einen Verkaufspreis in Höhe von 250.000 € beurkunden zu lassen. Auf diese Weise könne K immerhin einen Teil der Steuern und Notargebühren „einsparen". Daraufhin halten S und E Folgendes schriftlich fest: „Hiermit wird zwischen E und K, vertreten durch seinen Schwiegersohn S, ein Kaufvertrag über das Grundstück [nähere Bezeichnung] zum Preis von 300.000 € geschlossen, gez. E und S (in Vertretung des K)

S berichtet seinem Schwiegervater K lediglich, mit E sei vereinbart, vor dem Notar einen Kaufvertrag über das Grundstück zum Preis von 250.000 € abzuschließen. Dass in Wirklichkeit ein Kaufpreis von 300.000 € gelten soll, erzählt S dem K zunächst nicht, weil er befürchtet, sein Schweigervater werde die Sache vor dem Notar sonst nicht durchziehen. E und K schließen beim Notar einen notariell beurkundeten Kaufvertrag über das Grundstück zum Preis von 250.000 €. K zahlt außerdem die Notargebühren in Höhe von 3.700 € an den Notar.

Noch bevor K den Kaufpreis zahlt, klärt S ihn auf. K ist verärgert und meint, mehr als 250.000 € werde er auf keinen Fall zahlen. Lieber verzichte er auf das Grundstück, wolle in diesem Fall aber von E die Notargebühren erstattet bekommen.

Welche Ansprüche stehen E zu? Welche Ansprüche hat K gegen E?

Fall 16: Selbständiger Immobilienspezialist (Scheingeschäft) - Fortsetzung

Nachdem S dem E sein eigenmächtiges Handeln gestanden hat, bittet E den K brieflich, sich zu erklären, wie dieser zu der Sache stehe. Inzwischen hat K seine Meinung geändert. Er schreibt E umgehend zurück, er sei mit dem von S getätigten Geschäft einverstanden. Daraufhin erklären K und E vor dem Notar die Auflassung des Grundstücks. K bezahlt 250.000 € an E und wird als Eigentümer im Grundbuch eingetragen.

Welche Ansprüche hat E?

3. Scherzerklärung (§ 118)

Die Vorschrift regelt eine (praktisch seltene) Sonderkonstellation des fehlenden Erklärungsbewusstseins.

> *Beispiel: Dozent D erläutert in der Vorlesung das Zustandekommen eines Kaufvertrags, indem er - aus pädagogischen Gründen, zugleich aber glaubhaft gespielt - dem Studenten S den Verkauf seines Laptops zum Preis von 1.500 € anbietet. S glaubt an eine günstige Gelegenheit und nimmt das „Angebot" des D an.*

a. Hinführung

Wie im *Fall 3 Sommerhausener Weinversteigerung* ausgeführt geht die herrschende Meinung (mittlerweile) davon aus, dass der Handelnde, der die rechtliche Bedeutung seiner Erklärung hätte erkennen können, an seine Erklärung gebunden ist, diese allenfalls anfechten kann, § 119 Abs. 1 analog. Der Rechtsverkehr wird durch die Schadensersatzvorschrift § 122 BGB geschützt.

b. Gesetzliche Regelung

Die Vorschrift § 118 räumt dem (**inneren**) Willen des Erklärenden hingegen **absoluten Vorrang** ein vor dem Schutzbedürfnis des Rechtsverkehrs: Die WE ist automatisch nichtig, eine Anfechtung ist nicht nötig. Sie muss daher als (rechtspolitisch verfehlte) **lex specialis** für den Sonderfall des bewussten Fehlens des Rechtsbindungswillens interpretiert werden.

(1) Äußerer Erklärungstatbestand („Erklärung")	(2) Innerer Erklärungstatbestand („Wille")
Handlungswille (+)	Handlungswille (+)
Rechtsbindungswille (+)	Rechtsbindungswille (-), in der Variante des bewussten Fehlens
Geschäftswille (+)	Geschäftswille (-)

c. Anwendbarkeit des § 118 BGB bei notariell beurkundeten Verträgen

(1) Umstritten ist die Anwendbarkeit des § 118 BGB bei notariell beurkundeten Verträgen.

(23) Eine Minderheitenmeinung[92] verneint diese Frage. Überwiegend[93] wird jedoch vertreten, dass auch eine vor dem Notar beurkundete Willenserklärung nicht ernstlich gemeint sein muss.

(24) Diskussion und Stellungnahme: Gegen die Anwendbarkeit des § 118 BGB bei notariell beurkundeten Verträgen führt die Minderansicht an, sie widerspreche dem Grundsatz von

[92] RG, Urteil v. 24.11.1941 – Az. II 97/41, RGZ 168, 204 (205).
[93] BGH, Urteil v. 26.5.2000 – Az. V ZR399/99, BGHZ 144, 331 mit Besprechung von *Thiessen*, NJW 2001, 3025.

Treu und Glauben (Gedanke des Verkehrsschutzes) und der Funktion des § 311b I BGB. Dagegen ist jedoch zum einen einzuwenden, dass nichts gegen die Anwendbarkeit des Gedankens der *falsa demonstratio* bei formbedürftigen Geschäften spricht. Weiterhin ist zu bedenken, dass das Vertrauen in die Gültigkeit einer Willenserklärung durch § 122 geschützt wird. Vorzugswürdig ist es daher, § 118 BGB auch im Fall der notariellen Beurkundung anzuwenden.

VIII. Willensmängel II (Anfechtung)

(*Boecken*, § 11 IV; *Brox/Walker*, §§ 16 und 18 - 20; *Faust*, § 19 und 21 - 23; *Köhler*, § 7 IV- VI; *Leipold*, § 18 und 19)

Vorbemerkung

Von der (automatischen) Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts z. B. wegen Formmangels (§ 125) oder wegen Sittenwidrigkeit (§ 138 I) ist die bloße Anfechtbarkeit z. B. wegen eines Irrtums zu unterscheiden. Der Anfechtungsberechtigte kann frei darüber entscheiden, oder der das anfechtbare Rechtsgeschäft (z. B. einen Kaufvertrag oder eine Eigentumsübertragung) **rückwirkend vernichtet** oder ob er es bestehen lässt. Die Anfechtungserklärung ist eine schlichte empfangsbedürftige Willenserklärung (§ 143 BGB). Es bedarf keiner gerichtlichen Intervention (anders Rechtsordnungen, die eine Anfechtungs*klage* vorsehen).

Überblick

1. Zulässigkeit der Anfechtung
2. Anfechtungsgrund
   - a. § 119 I 2. Alt. BGB – Erklärungsirrtum
   - b. § 119 I 1. Alt. BGB – Inhaltsirrtum
   - c. § 119 II BGB – Eigenschaftsirrtum
     - (1) Anwendbarkeit des § 119 II BGB
     - (2) Irrtum über eine Eigenschaft der Sache oder der Person
     - (3) Verkehrswesentlichkeit der Eigenschaft
     - (4) Kein Ausschluss der Anfechtung
   - d. § 120 BGB – Übermittlungsirrtum
   - e. § 123 1. Alt. BGB – Arglistige Täuschung
     - (1) Täuschung
     - (2) Irrtum des Anfechtungsberechtigten
     - (3) Kausalität zwischen Täuschungshandlung und Irrtum
     - (4) Kausalität zwischen Irrtum und der abgegebenen Erklärung
     - (5) Arglist des Täuschenden
     - (6) Kein Ausschluss gemäß § 123 II (Täuschung durch Dritten)
   - f. § 123 2. Alt. BGB – Widerrechtliche Drohung
     - (1) Drohung
     - (2) Widerrechtlichkeit (Mittel, Zweck, Mittel-Zweck-Beziehung)

3. Anfechtungserklärung und Anfechtungsgegner (§ 143 BGB)
4. Anfechtungsfristen (§§ 121 oder 124 BGB)
5. Keine Bestätigung (§ 144 I BGB)

Rechtsfolge (Wirkung) der Anfechtung (§ 142 I BGB): *ex **tunc***-Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts

1. Zulässigkeit der Anfechtung

Grundsätzlich ist die Anfechtung bei **allen Rechtsgeschäften** möglich:

- einseitige Rechtsgeschäfte wie Kündigung, Rücktritt und sogar die Anfechtung selbst;
- zwei- bzw. mehrseitige Rechtsgeschäfte, insb. Verträge; Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte.

Ausgeschlossen ist die Anfechtung nach den §§ 119 – 124 BGB insbesondere in folgenden Fällen:

- **Gesellschaftsverträge**, die in Vollzug gesetzt wurden, können nur aus wichtigem Grund (für die Zukunft, das heißt also mit *ex **nunc***-Wirkung) gekündigt werden.
- **Arbeitsverträge**, die in Vollzug gesetzt wurden, können zwar angefochten werden, jedoch ebenfalls nur mit Wirkung für die Zukunft (*ex **nunc**,* im Gegensatz zur Regel des § 142 I BGB).
- Sonderregeln bestehen auch im **Familien- und Erbrecht**, z. B.
  - Eheaufhebung, §§ 1313 ff. BGB und
  - Vaterschaftsanerkenntnis, §§ 1600 ff. BGB.
- **Rechtsscheintatbestände** wie z. B. die §§ 170 – 172 BGB und die Duldungs- und Anscheinsvollmacht sind unanfechtbar.

2. Insbesondere: Zulässigkeit der Anfechtung bei Nichtigkeit der Erklärung aus einem anderen Grund (sog. Doppelnichtigkeit)[94]

Es stellt sich die Frage, ob eine Erklärung, die bereits aus einem anderen Grund nichtig ist, dennoch angefochten werden kann. Früher war die **Anfechtung nichtiger Rechtsgeschäfte** umstritten.

a. Früher vertretene Minderheitenansicht:

Die Vorschrift § 142 I BGB setzt das Vorhandensein eines Rechtsgeschäfts voraus. Ein nichtiges Rechtsgeschäft ist begrifflich betrachtet jedoch nicht existent. Man könnte deshalb die Anfechtbarkeit von Rechtsgeschäften, die schon aus einem anderen Grund nichtig sind, ablehnen.

[94] Instruktiv *Würdinger*, Doppelwirkungen im Zivilrecht, JuS 2011, 769.

b. Heute ganz herrschende Meinung:

Die Anfechtbarkeit nichtiger Rechtsgeschäfte ist heute ganz allgemein anerkannt.[95] Den Weg hierzu ebnete die von ***Friedrich Kipp*** vor gut 100 Jahren begründete Lehre von den **Doppelwirkungen im Recht**,[96] nach der sich „zwei gleichwirkende juristische Tatsachen in ihrer Wirksamkeit" vertragen.[97] Im Ergebnis ist diese Lehre weithin anerkannt.[98]

Vertiefung: Wollte man die Lehre von den Doppelwirkungen nicht anerkennen, droht möglicherweise im Rahmen des § 142 II BGB ein sachlich nicht gerechtfertigter Wertungswiderspruch: Im Fall des § 932 BGB würde der potentiell gutgläubig Erwerbende bessergestellt, wenn der Vorerwerb von einem beschränkt, statt voll Geschäftsfähigen erfolgt. Die Willenserklärung des beschränkt Geschäftsfähigen wäre ohne Einwilligung der Eltern nichtig und eine Anfechtung ausgeschlossen, sodass die Zurechnung der Bösgläubigkeit gem. § 142 II BGB ausscheidet (vgl. die Tatbestandsvoraussetzungen des § 142 II BGB).

Die Wertung des § 142 II BGB, dass derjenige bösgläubig ist, der die Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäfts kennt, würde ausgehebelt.

Außerdem sollte der Anfechtende nicht durch mögliche andere Nichtigkeitsgründe von der Anfechtung abgehalten werden, wenn die Anfechtungsvoraussetzungen leichter **nachweisbar** sind als die (möglicherweise schwerwiegenderen) Nichtigkeitsgründe.[99]

Im Ergebnis ist eine **wertende** Betrachtung des § 142 BGB einer **rein begriffsorientierten** Auslegung vorzuziehen. Auch ein nichtiges Rechtsgeschäft ist anfechtbar.

Vertiefung: Teilweise wird aber vertreten, in Fällen betreffend § 932 BGB sei es nicht notwendig, die Anfechtbarkeit nichtiger Rechtsgeschäfte anzunehmen, um den Wertungswiderspruch aufzulösen: Der Erwerber sei schon dann als bösgläubig im Sinne der §§ 932, 142 II BGB anzusehen, wenn er einen möglichen Grund für die Nichtberechtigung des Veräußerers kennt.[100] Diese Ansicht reduziert also § 142 II BGB **teleologisch** um das Erfordernis der **erfolgten** Anfechtung.

Fall 17: Yesterday

R weiß von der großen Verehrung seines Bekannten B für die Musik der Beatles. B sammelt jedes nur denkbare Andenken an die legendäre englische Popgruppe. Als ihm sein neuer Nachbar N, ein Jurastudent im ersten Semester, die von einem Onkel geerbte Schallplattensammlung zeigt, bemerkt R die darin befindliche Platte „Beatles - Yesterday and Today" aus dem Jahr 1966 und erkennt das äußerst seltene und in Auktionen hoch gehandelte, da nach nur einem Verkaufstag wieder zurückgezogene ursprüngliche „Butcher"-Cover. Es zeigt die vier Bandmusiker in Fleischerkittel gekleidet und mit Fleischstücken und kaputten Spielzeugpuppen drapiert. In der Folge überlegen R und B daher gemeinsam, wie sie N die Platte günstig „abluchsen" können. B weiß nicht, dass N erst 17 Jahre alt ist und hat daher keine Skrupel. R lässt sich von B eine Platte mit dem üblichen Cover – es zeigt die vier Musiker zusammen mit einem offenen Koffer – aushändigen und begibt sich damit zu N. Mit dem Hinweis auf das „echte Cover" behauptet R, Ns Plattencover sei offensichtlich eine „dreiste Fälschung". Dennoch sei er, da ausnahmsweise einmal „in Spendierlaune", bereit, 50 EUR für diese Kuriosität

[95] MüKo-BGB/*Busche*, § 142 Rn. 12 m.w.N.
[96] *Kipp*, Über Doppelwirkungen im Recht, FS von Martitz 1911, 211.
[97] *Kipp*, Über Doppelwirkungen im Recht, FS von Martitz 1911, 211.
[98] BGH, Urt. v. 2.10.2009 - V ZR 235/08, NJW 2009, 3655, 3658, Rn. 23; MüKo-BGB/*Busche*, § 142 Rn. 12 m.w.N.
[99] Vgl. MüKo-BGB/*Busche*, § 142 Rn. 12; *Medicus/Petersen*, BGB AT Rn. 730.
[100] So etwa *Medicus/Petersen*, BGB AT Rn. 729 m.w.N.

zu bezahlen, mit der er einen Freund und selbsternannten Beatles-Experten „reinlegen" wolle. N gefällt zwar der berühmte Titelsong des Albums, „Yesterday", besonders gut und hat mittlerweile auch das charakteristische Knistern der Schallplatte liebgewonnen, lässt sich aber dennoch auf das Geschäft ein. Nach den Ausführungen des R hält er die gebotenen 50 EUR nämlich für ein großzügiges Angebot. Noch am Nachmittag desselben Tages übergibt R die Platte dem B im Austausch gegen 1.000 EUR und eine Flasche eines „Großen Gewächses" vom Würzburger Stein.

Am Abend berichtet N seinen Eltern am Telefon von dem vermeintlich guten Geschäft. Seine Eltern, die sich nun daran erinnern, dass der Onkel verschiedentlich von einer wertvollen Rarität in seiner Plattensammlung erzählt hatte, durchschauen die List des R, den sie sogleich aufsuchen und die Rückgabe der Platte fordern. Sie machen nicht nur geltend, dass ihr Sohn erst 17 Jahre alt und deshalb zu solcherlei Geschäften ohnehin nicht befugt sei, sondern beklagen sich besonders über den „frechen Betrug", mit dem R sich der Platte bemächtigt habe.

Frage 1: Kann N die wertvolle Schallplatte von B herausverlangen?

Frage 2: Was wäre N zu raten, wenn B mit der Schallplatte über alle Berge wäre?

3. Insbesondere: Anfechtbarkeit von gemäß §§ 116 – 118 BGB nichtigen Rechtsgeschäften

Im Fall der Nichtigkeit nach §§ 116-118 BGB lehnt eine Ansicht[101] die Anwendbarkeit des § 119 BGB mit der Begründung ab, dass die §§ 116-118 BGB **leges speciales** für gescheiterte Scheingeschäfte sind. Die überzeugendere Gegenansicht[102] bejaht die Möglichkeit der Anfechtung jedoch auch hier. Ein Zurücktreten der Irrtumsanfechtung würde dem Grundsatz der **Privatautonomie** nicht hinreichend Rechnung tragen.

4. Anfechtungsgründe I: Anfechtung wegen Irrtums

Beachte: Ob überhaupt ein Irrtum (= Abweichung zwischen Willen und Erklärung) vorliegt, muss zunächst durch **Auslegung** der Erklärung gemäß §§ 133, 157 BGB ermittelt werden (siehe oben III. Auslegung).

a. Anfechtungsgründe im Überblick:

Das BGB unterscheidet verschiedene Arten von Irrtümern:

- Irrtum in der Erklärung, §§ 119 I, 120 BGB
- Eigenschaftsirrtum, § 119 II BGB

Folgende Sonderfälle von Irrtümern sind im Gesetz nicht besonders geregelt:

- Kalkulationsirrtum

[101] OLG München, Urt. v. 14.1.1992 – Az. 25 U 6622/90, NJW-RR 93, 1168 (1170).
[102] OLG Sachsen-Anhalt (Naumburg), Urt. v. 26.10.1999 – Az. 11 U 112/99 (siehe juris), Vorinstanz zu BGH, Urteil v. 26.5.2000 – Az. V ZR399/99, BGHZ 144, 331.

- Rechtsfolgenirrtum

Den Anfechtungsgründen §§ 119 I und II gemeinsam ist das Erfordernis der Kausalität des Irrtums für die Willenserklärung.

b. Inhalts- und Erklärungsirrtum (§ 119 I 1. und 2. Alt. BGB)

Voraussetzung ist in beiden Fällen eine **unbewusste** Nichtübereinstimmung von Willen und tatsächlich Erklärtem. Genauer: Der aus Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers nach außen kundgetane **Geschäftswille** weicht von dem inneren Geschäftswillen des Erklärenden ab. Die Abgrenzung zwischen Inhalts- und Erklärungsirrtum ist fließend, wegen der identischen Rechtsfolgen (nämlich Anfechtbarkeit) letztlich entbehrlich.

(1) Äußerer Erklärungstatbestand („Erklärung“)	(2) Innerer Erklärungstatbestand („Wille“)
Handlungswille (+)	Handlungswille (+)
Rechtsbindungswille (+)	Rechtsbindungswille (+)
Geschäftswille (+)	Geschäftswille (-)

(1) Typische Fälle des Erklärungsirrtums (§ 119 I Alt. 2 BGB) sind das Versprechen, Vertippen, Verschreiben und Vergreifen.

Bsp.: A möchte beim Versandhaus V die Stereoanlage „ST 2050“ bestellen, verschreibt sich aber und bestellt die Anlage „ST 2005“.

Bsp. 2: Der zerstreute K möchte einen Bildband „Ostseeküste“ im Buchgeschäft des B erwerben. Er greift versehentlich zu dem Bildband „Osterinseln“, legt ihn wortlos auf den Tresen, bezahlt und verlässt mit dem falschen Buch den Laden.

Gegenbeispiel (Vorrang der Auslegung!): Zur Vorbereitung auf eine Expedition auf die Osterinseln möchte K einschlägige Literatur studieren. Im Buchgeschäft des V erklärt die K, sie wolle „Alles über die Osterinseln“ kaufen. V greift in sein Regal und legt sechs Bücher auf den Tresen. Unter den sechs Büchern befindet sich versehentlich auch eines über die Ostseeküste. Weder K noch V fällt das auf. K bezahlt alle sechs Bücher und steckt sie in ihren Rucksack. Aus Sicht eines objektiven Empfängers der Willenserklärung der K hat diese eine Willenserklärung gerichtet auf Abschluss eines Kaufvertrags über Osterinselbücher, nicht über das Ostseeküstenbuch abgegeben. Einer Anfechtung bedarf es daher gar nicht. Die Rückabwicklung erfolgt gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB.

(2) Typische Fälle für den Inhaltsirrtum (§ 119 I Alt. 1 BGB) sind:

- Der Erklärende wollte den Vertrag mit einer ***anderen Person*** abschließen.

  Bsp.: A täuscht sich über den Inhaber einer Firma, bei der er Waren bestellt.

- Der Erklärende wollte mit seiner abgegebenen Erklärung ein ***anderes Geschäft*** abschließen.

  Bsp.: A glaubt, ein Verkaufsangebot abzugeben, das aber objektiv als Schenkungsangebot zu verstehen ist.

- Der Erklärende wollte einen Vertrag über einen ***anderen Gegenstand*** abschließen.

  Bsp.: A kauft am Telefon „das Auto" des V. Dabei geht er irrtümlich davon aus, V sei immer noch Eigentümer eines Mercedes' der E-Klasse. Er hat vergessen, dass V zwischenzeitlich einen 5er-BMW fährt.

Im Unterschied zu den Fällen des Erklärungsirrtums (§ 119 I Alt. 2 BGB) verwendet der Anfechtende beim Inhaltsirrtum (§ 119 I Alt. 1 BGB) zwar die Worte, Zeichen etc., die er verwenden wollte, täuscht sich aber über die **Bedeutung** seiner Erklärung.

Fall 18: Zahlendreher im Internet

Der musikbegeisterte Rentner K möchte „digital aufrüsten". Attraktiv erscheint ihm eines dieser modernen, klanglich so gelobten Digitalradios. Der Empfehlung eines Bekannten folgend sucht K nach dem Modell DRB 5000. Beim Online-Händler V wird er fündig. Das Digitalradio wird auf der Internetseite des V zu einem Preis von 480 € angeboten. K sendet am 2.11. das elektronische Bestellformular an V. Er erhält kurze Zeit darauf von V eine E-Mail, die den Eingang der Bestellung bestätigt, K eine Kundennummer zuweist und die Lieferung ankündigt. Drei Tage später sendet V dem K eine zweite E-Mail. Darin erklärt V, dass bei der Eingabe des Preises in das EDV-gesteuerte Warenwirtschaftssystem ein Zahlendreher unterlaufen sei. Richtigerweise hätte es 840 € lauten müssen. Dieser Preis entspricht auch dem Marktpreis. V fordert K daher auf, er möge sich bei fortbestehendem Interesse nochmals melden. K ist doppelt ärgerlich, weil er das Digitalradio anlässlich der Eröffnungsaktion des Elektronikgeschäfts G in seiner Heimatstadt am 3.11. und 4.11. für 400 € hätte erwerben können und von einem Kauf nur abgesehen hatte, weil er sich gegenüber V in der Pflicht sah. Er wendet sich daher an Rechtsanwalt R, der V im Namen seines Mandanten K sowohl zur Lieferung des Radios als auch zur Erstattung seines eigenen Honorars in Höhe von 120 € auffordert. V verweigert beides. Er verweist nicht nur erneut auf das „ärgerliche und bedauerliche Missgeschick", sondern erklärt, er halte die Beauftragung eines Anwalts in einer so „klaren Angelegenheit für übertrieben".

(3) Potentielles Erklärungsbewusstsein (Trierer Weinversteigerung):

Wenn man in Übereinstimmung mit der h. M. im Fall der Trierer Weinversteigerung davon ausgeht, zwischen dem Touristen T und dem Auktionshaus sei ein wirksamer Kaufvertrag zustande gekommen (Begr.: potentielles Erklärungsbewusstsein genügt), kann T den Vertrag aber analog § 119 I 1. Alt. BGB anfechten. Begründung: Wenn schon bei fehlendem Geschäftswillen angefochten werden kann, muss dies erst möglich sein, wenn nicht einmal Erklärungsbewusstsein vorhanden ist.

Exkurs: Voraussetzungen für die analoge Anwendung einer Norm im Zivilrecht:

1. Lücke im Gesetz
2. Vom Gesetzgeber unbeabsichtigte Lücke (sog. Planwidrigkeit)
3. Vergleichbare Interessenlage

c. Übermittlungsirrtum (§ 120 BGB)

Der Übermittlungsirrtum ist ein Unterfall des **Erklärungsirrtums**, § 119 I Alt. 2 BGB: Hier äußert zwar der Erklärende noch die Zeichen, die er äußern möchte; allerdings übermittelt der vom Erklärenden eingesetzte Erklärungsbote diese Zeichen falsch. Es gilt das vom Boten **irrtümlich Erklärte**, allerdings ist eine Anfechtung nach § 120 BGB möglich ist.

Voraussetzungen des § 120 BGB:

1. Ein **Erklärungsbote** muss zur Übermittlung einer Willenserklärung eingesetzt worden sein. (Beachte den Unterschied zwischen Boten und Stellvertreter!)
2. Der Bote **verfälscht** die Erklärung **unbewusst**. (Verfälscht er sie absichtlich, wird die vom Pseudoboten übermittelte Erklärung dem Erklärenden nach h. M. nicht zugerechnet, eine Anfechtung ist somit gar nicht erforderlich. Siehe sogleich unten zum Streitstand).

Bsp.: Fehlerhafte Übersetzung durch Dolmetscher.

Bsp.: Der Fehler im Programm des Internet-Providers führt zu einer veränderten Übertragung von Emails.

d. Analoge Anwendung von § 120 BGB auf den Pseudoboten

Streitig ist, ob § 120 BGB auch dann gilt, wenn der Bote die Willenserklärung bewusst unrichtig übermittelt (sog. „**Pseudobote**“).

(1) Meinungsstand

Die h. M. in Rechtsprechung und Literatur will § 120 BGB **nicht** anwenden.[103] Die verfälschte Willenserklärung sei dem Geschäftsherrn schon **nicht zuzurechnen**, so dass es einer Anfechtungsmöglichkeit nach § 120 BGB nicht bedürfe.[104] Vielmehr seien die Vorschriften über den **Vertreter ohne Vertretungsmacht** (§§ 177 ff. BGB) analog anzuwenden.[105] Der Geschäftsherr könne das Rechtsgeschäft auch mit dem verfälschten Inhalt gegen sich gelten lassen, wenn er es genehmige. Tue er dies nicht, hafte der Pseudobote dem Vertragspartner wie ein Vertreter ohne Vertretungsmacht auf Erfüllung oder Schadensersatz.

Nach der Gegenansicht ist die Vorschrift des § 120 BGB nicht nur auf den Fall der **versehentlichen**, sondern auch der **bewusst falschen** Übermittlung einer Willenserklärung des Geschäftsherrn anwendbar, solange der Bote tatsächlich vom Geschäftsherrn **ausgesucht und losgeschickt** wurde.[106]

---

[103] BGH, Urt. v. 21.5.2008 - IV ZR 238/06, NJW 2008, 2702, 2704; Jauernig/*Mansel*, 17. Aufl. 2018, § 120 BGB Rn. 4; HKBGB-*Dörner*, 10. Aufl. 2019, § 164 BGB Rn. 4.
[104] BeckOK/*Wendtland*, 1.6.2019, § 120 BGB Rn. 5.
[105] OLG Celle, Urteil vom 16.08.2001 – 13 U 299/00, BeckRS 2001, 30199559; HKBGB-*Dörner*, 10. Aufl. 2019, § 120 BGB Rn. 4.
[106] *Bork*, AT, 3. Aufl. 2011, Rn. 1360; BeckOGK/*Rehberg,* 1.6.2019, § 120 BGB Rn. 23 m. w. N.

(25)Diskussion und Stellungnahme

Die Vertreter der Gegenansicht machen geltend, es sei für den Geschäftspartner **nicht zu erkennen**, ob der Erklärungsbote die Willenserklärung **unbewusst oder bewusst** falsch übermittelt. Das Risiko der (auch bewussten) Fehlübermittlung seines Boten falle in die **Sphäre** des Geschäftsherrn, nicht in die des Geschäftspartners. Jener habe sich den Boten selbst ausgesucht, weswegen er sich sein Verhalten auch zurechnen lassen müsse.

Für das Verständnis der h.M. spricht aber schon der **Wortlaut** des § 120 BGB. Die Formulierung „Übermitteln" impliziert, dass die Mittelsperson keine Änderungen an der Erklärung vornimmt, sondern sich darauf beschränkt sie, wenn auch unrichtig, wiederzugeben. Der Fall der bewussten Verfälschung der Erklärung durch die Mittelsperson ist davon nicht erfasst.

Auch eine **systematische Auslegung**, nämlich die in § 120 BGB enthaltene Bezugnahme auf den Fall der irrtümlich abgegebenen Willenserklärung gemäß § 119 BGB, spricht für eine Beschränkung des Anwendungsbereichs auf Fälle der **fahrlässigen** Falschübermittlung.

In den Fällen der bewussten Falschübermittlung verhält sich der Pseudobote ähnlich einem **falsus procurator**, weshalb es auch naheliegt, ihn nach diesen Vorschriften haften zu lassen. Dafür spricht auch, dass die Rechtsfolge des § 179 BGB aus Sicht des Geschäftspartners **interessengerecht** ist.[107] Würde man die Willenserklärung dem Geschäftsherrn nämlich zurechnen und ihm eine Anfechtung nach § 120 BGB gestatten, würde dieser nur aus § 122 BGB in Höhe des (auf das Erfüllungsinteresse gedeckelten) Vertrauensschadens haften. Nach § 179 BGB (analog) haftet der Pseudobote hingegen nach Wahl des Geschäftspartners auch auf Erfüllung, was im Hinblick auf den Umfang der Haftung (nicht unbedingt im Hinblick auf die Person des Verpflichteten) angemessen erscheint.

Fall 19: Billige Boliden I (Ford Sierra Cosworth)[108]

Autobastler Rodolfo (R) möchte wieder einmal ein defektes Fahrzeug erwerben, um es zu reparieren und anschließend zu verkaufen. Bei der Suche auf der Website des ihm bekannten Händlers H findet er zwei Fahrzeuge, die ihn interessieren. Einerseits einen VW Golf I GTI, der zwar schon einige Rostschäden hat, aber dank seiner Beliebtheit unter Autofans einen hohen Weiterverkaufswert verspricht, andererseits einen Ford Sierra Cosworth, für den Ähnliches gilt. Da R sich auch nach vielen Jahren in Deutschland immer noch nicht sonderlich sattelfest im Deutschen fühlt, schickt er seinen 18-jährigen, sprachbegabten, wenngleich an Autos wenig interessierten Sohn Marco (M) zu H und bittet ihn, den Golf und den Sierra für jeweils 8.000 Euro in bar zu erwerben, auf einen Anhänger zu laden und in seine Werkstatt zu bringen.

Bei H angekommen erklärt M, dass ihn sein italienischer Vater R schicke, um zwei auf der Webseite des H angebotene Wagen zu erwerben. Zuerst fragt er nach dem Ford Sierra, verzichtet aber leider darauf, das Modell durch den schwer aussprechbaren Zusatz „Cosworth"

[107] OLG Oldenburg, Urteil vom 19.1.1978 - 1 U 88/77, NJW 1978, 951, 952.
[108] *Die Fortsetzung findet sich unten in Fall 23: Billige Boliden – Teil II.*

näher zu präzisieren. M denkt nämlich, die Bezeichnung mache keinen Unterschied. Die ungenaue Modellbezeichnung durch M hat zur Folge, dass er statt des Sportmodells mit 204 PS ein (allerdings gut gepflegtes) Basismodell mit 72 PS für die 8.000 Euro erwirbt.

Beim Gang durch den Laden des H sieht M, dass H neben dem Golf I GTI auch einen Golf III GTI verkauft, der wesentlich weniger beliebt ist und für den H dementsprechend auch nur 3.000 Euro verlangt. M wittert eine Gelegenheit, seinem Vater zu zeigen, dass er einen Riecher für gute Geschäfte hat. Kurzerhand erwirbt er den Golf III GTI für 3.000 Euro. Er offenbart nicht, dass R ihn eigentlich wegen eines Golf I GTI losgeschickt hatte.

Als M mit den Fahrzeugen bei R ankommt, ist dieser entsetzt. Statt zweier gut verkäuflicher Sportwagen hat M zwei „Wanderdünen" mitgebracht, die R kaum wird weiterverkaufen können. R fragt, ob er sein Geld von H wieder zurückbekommen kann und ob sich H an M halten kann.

Zusammenfassung: Anfechtbarkeit gem. § 120 BGB bei Übermittlungsfehlern des Boten

Gesetzlicher Normalfall: Unbewusste (versehentliche) Falschübermittlung: § 120 (+)

Bewusste Falschübermittlung:

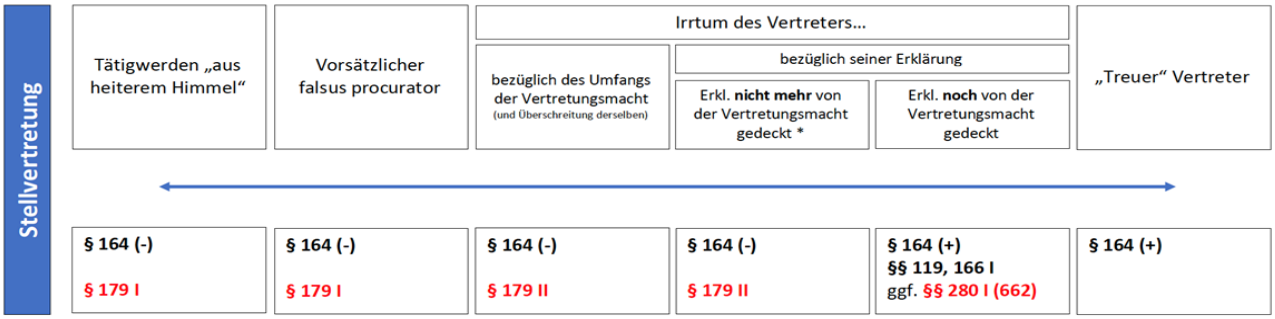
Unstrittig: Vermeintlicher Absender hat mit dem Verhalten des vermeintlichen Boten nichts zu tun (Tätigwerden des Pseudoboten „aus heiterem Himmel"): Es bedarf keiner Anfechtung, da schon gar keine Willenserklärung des vermeintlichen Absenders vorliegt (unstr.). Allerdings sind §§ 177 ff. BGB analog anwendbar (unstr.).

Strittig: Tatsächlich beauftragter Bote übermittelt Willenserklärung des Absenders absichtlich falsch:

- h.M.: Keine Zurechnung, § 120 BGB nicht erforderlich; allerdings Haftung des Pseudoboten gemäß § 179 BGB analog.

- M.M.: Anfechtung gemäß § 120 BGB erforderlich, Haftung des Veranlassers gemäß § 122 BGB.

e. Übersicht: Auftragsabweichungen bei Stellvertretung und Botenschaft



* Beispiel: A beauftragt den V mit dem Kauf eines Blumengemäldes für maximal 800 €. Für ein ihm geeignet erscheinendes Bild möchte V ein Angebot i.H.v. 500 € abgeben. Er verschreibt sich jedoch und bietet irrtümlich 5.000 €. A wird hierdurch mangels Vertretungsmacht des V von vornherein nicht gebunden. V haftet gemäß § 179 II BGB.

Grundfall (Treuer Stellvertreter): A beauftragt V mit dem Kauf eines Blumengemäldes für maximal 800 €. V erwirbt bei D im Namen des A ein Rosenbild zum Preis von 560 €.

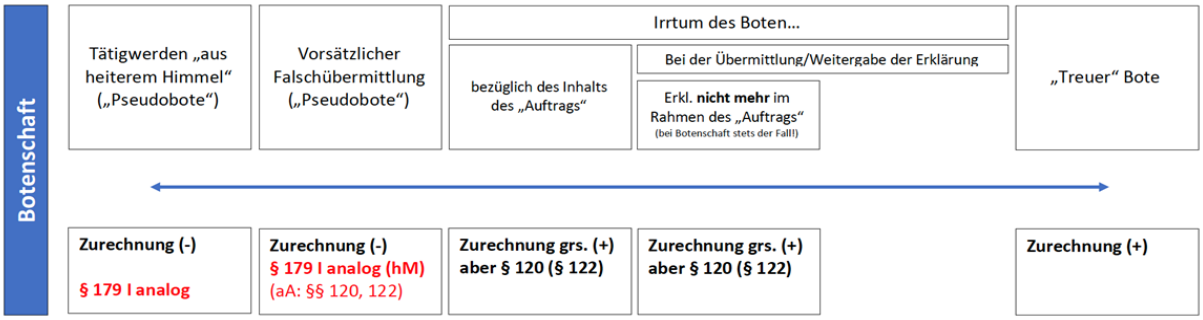
Abw. 1 (Irrtum bei der Vornahme des Vertretergeschäfts I): Wie Grundfall, allerdings verspricht sich V und erklärt versehentlich 650 €.

Abs. 2 (Irrtum bei der Vornahme des Vertretergeschäfts II): Wie Abw. 1, allerdings erklärt V versehentlich 5.600 €.

Abw. 3 (Irrtum bezüglich des Umfangs der Vollmacht): Wie Grundfall, allerdings geht V versehentlich davon aus, er sei von A beauftragt und bevollmächtigt, ein Gemälde bis zum Preis von 8.000 € zu erwerben. Er kauft eines für 5.600 €.

Abw. 4 (Vorsätzlicher falsus procurator): Wie Abw. 3, allerdings weiß V, dass seine Vollmacht nur bis 800 € reicht, und schließt den Kaufvertrag im Namen des A dennoch zum Preis von 5.600 €.

Abw. 5 (Vertreter „aus heiterem Himmel“): V erwirbt bei D das Rosenbild zum Preis von 5.600 € „im Namen des A“, der mit V allerdings nie über den Kauf eines Gemäldes gesprochen hat.



Grundfall (Treuer Bote): A entdeckt im Schaufenster des D ein zum Preis von 650 € ausgezeichnetes Gemälde, das eine Rose zeigt und das ihm gut gefällt. Er instruiert B entsprechend und schickt ihn zu D. B übermittelt dem D den Wunsch des A, der sich sogleich einverstanden erklärt.

Abw. 1 (Irrtümliche Überschreitung des Auftrags): Wie Grundfall, allerdings zeigt B, als er im Laden des D steht, versehentlich auf den Rücken des falschen Bildes, weshalb D eine in Öl gemalte Lilie mit dem Hinweis „verkauft“ markiert.

Abw. 2 (Irrtum bezüglich Inhalts des Auftrags): Wie Grundfall, allerdings geht B versehentlich davon aus, A wünsche die in Öl gemalte Lilie zu erwerben, und zeigt daher mit Absicht auf das entsprechende Gemälde, das D sogleich mit dem Hinweis „verkauft“ markiert.

Abw. 3 (Vorsätzliche Falschübermittlung): Wie in Abw. 2 deutet B ganz bewusst auf die Lilie; er weiß allerdings, dass ihn A eigentlich wegen des Rosenbildes losgeschickt hat.

Abw. 4 (Bote „aus heiterem Himmel“): B begibt sich zu D und erklärt dort, A wolle das Lilienbild für den ausgezeichneten Preis von 650 € kaufen und habe ihn, den B, geschickt, diesen

Wunsch an D zu übermitteln. D erklärt sich sogleich einverstanden. Tatsächlich haben A und B niemals über den Kauf eines Bildes gesprochen.

f. Eigenschaftsirrtum (§ 119 II)

Beim Eigenschaftsirrtum liegt nach h.M. kein Auseinanderfallen von Wille und Erklärung vor.

Vielmehr handelt es sich um einen ausnahmsweise beachtlichen Motivirrtum.

Überblick: Voraussetzungen des Eigenschaftsirrtums

(1) Anwendbarkeit des § 119 II BGB

(2) Irrtum über eine Eigenschaft der Person oder Sache

(3) Verkehrswesentlichkeit der Eigenschaft

(4) Kausalität des Irrtums für Abgabe der Willenserklärung

(1) Anwendbarkeit von § 119 II BGB

Das Anfechtungsrecht aus § 119 Abs. 2 wird durch verschiedene Sonderregeln, insb. die besonderen Gewährleistungsvorschriften des Kauf-, Miet- und Werkvertragsrechts verdrängt.

(a) Verhältnis zur kaufrechtlichen Mängelgewährleistung (§§ 434 ff. BGB)[109]

(aa) Käufer: Ausschluss der Irrtumsanfechtung

Nach ganz hM ist § 119 II BGB nicht anzuwenden, wenn ein Sachmangel gem. § 434 BGB gegeben ist.

Für dieses Ergebnis spricht:

- Der in den §§ 434 ff. BGB zentrale Gedanke des **Rechts zur zweiten Andienung** soll nicht durch Anfechtung umgangen werden.

- Ansprüche des Käufers aus §§ 434 ff. BGB **verjähren** grundsätzlich in zwei Jahren (§ 438 I Nr. 3 BGB), eine Anfechtung kann bei maximal später Kenntniserlangung vom Anfechtungsgrund bis zu 10 Jahre später erfolgen (§121 II BGB).

- Bleibt dem Käufer der Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt greift zugunsten des Verkäufers der **Haftungsausschluss des § 442 I 2 BGB**. Auch diese Wertung würde bei (verschuldensunabhängiger) Anfechtung unterlaufen.

[109] Zum Ganzen: MüKoBGB/*Armbrüster*, § 119, Rn. 29 ff.

(bb) Zeitpunkt des Ausschlusses

Umstritten ist, ob der Vorrang der § 434 ff. BGB erst ab **Gefahrübergang** (so der Wortlaut) oder bereits **davor** verdrängende Wirkung entfalten. Für letzteres wird (überzeugend) angeführt, dass nicht ersichtlich sei, warum der Käufer vor dem oft **zufälligen** Zeitpunkt des Gefahrübergangs bessergestellt sein soll als danach.[110]

(cc) Verkäufer: Kein Ausschluss der Irrtumsanfechtung

Dem Verkäufer stehen keine Gewährleistungsrechte zu. Er kann in jedem Fall nach § 119 anfechten.[111]

(b) Doppelirrtum: Verhältnis zu § 313 II BGB (beiderseitiger Irrtum)?

Im Fall des Doppelirrtums (beiderseitigen Irrtums) ist umstritten, ob ein Anfechtungsrecht im Hinblick auf eine möglicherweise vorrangig anwendbare Spezialvorschrift des § 313 II BGB ausgeschlossen ist.

(aa) Meinungsstand

- Nach h.M. wird § 313 II BGB als **Spezialvorschrift** im Falle eines gemeinschaftlichen Irrtums angesehen, die die Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtums gemäß § 119 II BGB verdrängt.[112]
- Nach einer anderen Ansicht gebührt § 119 II BGB der **Vorrang** vor § 313 II BGB.[113]
- Nach einer dritten Ansicht stehen § 119 II und § 313 II BGB in **freier Konkurrenz** miteinander.[114]

(bb) Diskussion und Stellungnahme

Die Vertreter der h. M. begründen die von ihnen postulierte Vorrangigkeit des § 313 II BGB vor § 119 II BGB damit, dass die **Schadensersatzpflicht** des Anfechtenden gemäß § 122 BGB zu **ungerechten** Ergebnissen führen würde. Im Falle des beiderseitigen Irrtums, so die Argumentation, hätten grundsätzlich beide Parteien die Möglichkeit, das Rechtsgeschäft anzufechten. Es hinge daher vom Zufall ab, wer zuerst die Anfechtung erklärt und damit schadensersatzpflichtig wird.[115]

---

[110] Z. B. MüKoBGB/*Armbrüster*, 8. Aufl. 2018, BGB § 119 Rn. 32 mit vielen weiteren Nachweisen.
[111] Siehe sogleich *Fall 20: Italienische Meistergeige*.
[112] OLG Hamm, Urt. v. 21.2.2005 - 13 U 25/04, NJW-RR 2006, 65, 66 (zum beiderseitigen Kalkulationsirrtum); *Wolf/Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Aufl. 2016, § 42 Rn. 14; *Looschelders,* Schuldrecht AT, 16. Aufl. 2018, § 37 Rn. 8; *Ellenberger*, in: Palandt, BGB, 78. Aufl. 2019, § 119 Rn. 30.; weitere Nachweise auf die h. M. bei *Finkenauer*, in: MüKo, BGB, 8. Aufl. 2019, § 313 Rn. 147 Fn. 528 und *Martens,* in: BeckOGK, BGB, 2019, § 313 Rn. 177 Fn. 694.
[113] Nachweise bei *Martens*, in BeckOGK, BGB, 2019, § 313 Rn. 177 Fn. 695.
[114] *Martens,* in: BeckOGK, BGB, 2019, § 313 Rn. 178; *Finkenauer*, in: MüKo, BGB, 8. Aufl. 2019, § 313 Rn. 147 m.w.N. Siehe auch *Kanzleiter,* MittBayNot 2004, 401.
[115] Siehe *Lindacher/Hau,* Fälle zum BGB AT, 5. Aufl. 2010, Fall 5, Fn. 16 m.w.N.; *Medicus/Petersen,* Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl. 2016, § 48 Rn. 778; *Wolf/Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Aufl. 2016, § 42 Rn. 13 f.

Diese Überlegungen können nicht überzeugen. Tatsächlich hängt es nicht vom Zufall ab, welche Vertragspartei die Anfechtung erklärt. Vielmehr wird allein diejenige Partei die Anfechtung erklären, die sich einen **Vorteil** davon verspricht, weil sich der Vertragsschluss im Nachhinein als für sie ungünstig herausstellt. In diesem Fall, in dem sich die anfechtende Partei von dem für sie ungünstigen Vertragsschluss befreien kann, erscheint es auch nicht ungerecht, sondern vielmehr **angemessen**, dass sie die andere Partei durch Ersatz des Vertrauensschadens entschädigt.

Insbesondere ist auch nicht einzusehen, weshalb der Anfechtungswillige nur deshalb schlechter stehen soll, weil er sich **nicht allein**, sondern weil sich außerdem sein Vertragspartner getäuscht hat. In Betracht kommen auch Fälle, in welchen es schwierig ist, das **Ergebnis** einer etwaigen Vertragsanpassung anzugeben. Möglicherweise scheidet sie wegen **Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit** für eine der Parteien auch ganz aus, mit der Folge, dass dem Betroffenen schließlich ein Rücktrittsrecht zusteht. Ist für ihn jedoch wichtig, schnell Klarheit zu haben, so kann diese am **sichersten und schnellsten** durch eine Anfechtung herbeigeführt werden. Dass diese Sicherheit durch eine Pflicht zum Schadensersatz erkauft werden muss, erscheint angemessen und kann nicht als Zufallsfolge abgetan werden.

Fall 20: Italienische Meistergeige[116]

R hat von einer Tante eine wertvolle italienische Geige aus dem 18. Jahrhundert geerbt. Der wohlhabende M, ein musikalischer Amateur, sucht eine Geldanlage, die ihm zugleich auch „ein wenig Freude machen" soll. M erklärt dem R, er könne bis zu 100.000 € in ein schönes Instrument investieren. Die Geige des R erscheint ihm ein geeignetes Anlageobjekt. R und M lassen die Geige daher bei dem bekannten Stuttgarter Spezialisten S schätzen. Durch ein Versehen in der Werkstatt des S wird die Geige als Werk des römischen Geigenbauers Michele Platner und entsprechend mit lediglich 60.000 € angegeben. R und M einigen sich sogleich auf diesen Kaufpreis und M holt die Geige nach Überweisung des Kaufpreises bei R ab. Zudem versichert er die Geige gegen einen jährlichen Betrag in Höhe von 100 €.

Kurze Zeit später meldet sich die talentierte Nachwuchsgeigerin N bei R und erkundigt sich nach der Geige. Sie war ihr von Rs Tante während ihres Musikstudiums an der Würzburger Musikhochschule leihweise zur Verfügung gestellt worden. Nachdem N (noch auf Rs Geige) den renommierten Joseph-Joachim-Violinwettbewerb gewonnen hat und ihr zudem die Stelle der 2. Konzertmeisterin in einem Berliner A-Orchester angeboten wurde, kann sie sich endlich eine eigene ordentliche Violine leisten. Sie erklärt, sie sei kurz davor, sich eine schöne französische Geige aus dem späten 19. Jahrhundert zu kaufen, für die es allerdings noch einen weiteren Interessenten gebe, sodass Eile geboten sei. Allerdings habe sie nie mehr in ihrem Leben auf einer so guten Geige wie derjenigen des R gespielt. Sie wolle sie unbedingt erwerben. Mehrere Geigenbauer hätten ihr den Wert des Instruments mit mindestens 150.000 EUR angegeben. Sie sei bereit, bis zu 200.000 EUR dafür zu bezahlen.

Auf erneute Nachfrage des R muss S die Verwechslung einräumen und bestätigt, dass die Geige tatsächlich von Platners berühmten Lehrer David Tecchler stammt und ihr Marktwert entsprechend auf 160.000 – 170.000 EUR zu taxieren sei.

[116] Sachverhalt und Lösung lehnen sich teilweise an den Duveneck-Fall (BGH, Urt. v. 8.6.1988 - VIII ZR 135/87, NJW 1988, 2597 ff.) an.

Mit Hinweis auf die neuen Erkenntnisse verlangt R die Geige von M zurück. M wendet ein, dass sie sich auf den vereinbarten Preis geeinigt hätten und dass er jedenfalls die 60.000 € und die 100 € für die Versicherung zurückwolle.

Welche Ansprüche haben die Beteiligten gegeneinander?

(2) Gegenstand des Irrtums (Person oder Sache)

Der Irrtum muss sich auf eine **„Sache“** oder **„Person“** beziehen.

- **„Sache“** ist dabei weiter als der Begriff in § 90 aufzufassen, nämlich als **Geschäftsgegenstand**. Darunter fallen auch unkörperliche Gegenstände wie Grundschulden oder sonstige Rechte wie z. B. Patente.
- **„Person“** ist regelmäßig der Geschäftspartner (z.B. der Arbeitnehmer bei Abschluss eines Arbeitsvertrages), möglicherweise aber auch Dritte, wenn deren Eigenschaften für den Vertragszweck von Bedeutung sind, z.B. bei Arbeitsvermittlungsverträgen die vermittelten Arbeitnehmer.
- **Eigenschaften einer Sache:** Alle tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse, die infolge ihrer Beschaffenheit auf Dauer für die Brauchbarkeit und den Wert der Sache von Einfluss sind.

  Bsp.: Urheberschaft eines Kunstwerkes, Goldgehalt eines Schmuckstückes, Lage und Bebaubarkeit eines Grundstücks, Umsatz eines Erwerbsbetriebs, Kilometerstand eines Autos.

- **Eigenschaften einer Person:** Merkmale, die der Person für eine gewisse Dauer anhaften oder sie charakterisieren.

  Bsp.: Beruf, Alter, Gesundheitszustand, Vorstrafen, Zahlungsfähigkeit, Mitgliedschaft bei Scientology.

(3) Verkehrswesentlichkeit der Eigenschaft

Nur solche Eigenschaftsirrtümer berechtigen zur Anfechtung, die verkehrswesentlich seien. Die Bedeutung dieses Kriteriums ist umstritten.

- **Verkehrswesentliche Eigenschaft:** Wann eine Eigenschaft als verkehrswesentlich anzusehen ist, wird unterschiedlich beurteilt. Nach einer engen Ansicht muss die Eigenschaft **Vertragsbestandteil** geworden sein.[117]

  Der BGH erachtet eine Eigenschaft dann als verkehrswesentlich, wenn sie vom Erklärenden dem Vertrag **erkennbar zugrunde** gelegt wurde.[118]

  Ein Teil der Literatur sieht demgegenüber eine Eigenschaft als verkehrswesentlich an, wenn sie nach der Verkehrsanschauung für das **konkrete Rechtsgeschäft wesentlich** ist.[119] Für diese objektivierende Ansicht spricht, dass ausweislich des Wortlauts des § 119 II BGB der Eigenschaftsirrtum als Inhaltsirrtum gilt. Dort ist die „verständige Würdigung“ als objektives Moment angelegt. Somit sollte im Rahmen des § 119 II BGB nicht nur auf den Vertrag als solchen,

[117] *Singer*, in: Staudinger BGB, Neubearbeitung 2017, § 119, Rn. 95.
[118] BGH, Urt. v. 22.09.1983 – VII ZR 43/83 = BGHZ 88, 240 (245).
[119] *Gergen*, in: jurisPK-BGB, Band 1, 8. Auflage 2017, § 119, Rn. 75.

sondern auch auf die Verkehrsanschauung abgestellt werden. Diese Ansicht ist daher vorzugswürdig.

Beispiele:

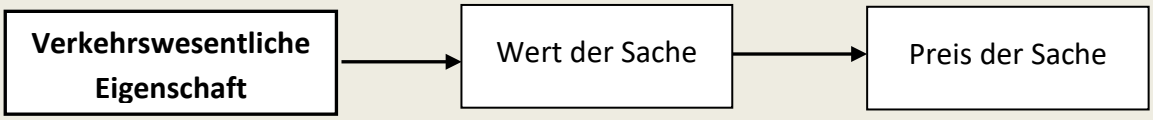
- Zahlungsfähigkeit ist verkehrswesentlich bei Kreditgeschäft, nicht beim Barkauf.

- Farbblindheit ist verkehrswesentlich für Kraftfahrer, nicht für Klavierlehrer.

- Vorstrafe ist verkehrswesentlich für Buchhalter, nicht für Müllmann.

- Schwangerschaft ist verkehrswesentlich für Urlaubsaushilfe, nicht bei auf Dauer angelegtem Arbeitsverhältnis.

Wichtig: Keine Eigenschaft ist der **Wert oder Preis** eines Gegenstands. Dieser ist selbst **kein wertbildender** Faktor, sondern von den Gegebenheiten des Marktes abhängig. Der Preis eines Gegenstandes enthält ein Werturteil, das lediglich auf seinen Eigenschaften beruht.



Unterscheide zwischen der Frage der Verkehrswesentlichkeit einer Eigenschaft und der Frage der Kausalität des Irrtums für die Abgabe der Willenserklärung. Praktisch kommt es hier allerdings häufig zu Überschneidungen: Eigenschaften einer Person oder Sache, die für den Verkehr nicht wesentlich sind, sind es zumeist auch für den individuellen Erklärenden nicht. Ist das nicht der Fall, würde die Anfechtbarkeit spätestens an der fehlenden Kausalität zwischen Irrtum und Willenserklärung scheitern.

(4) Ausschluss des Anfechtungsrechts

In manchen Fällen ist eine **Anfechtung ausgeschlossen**, obwohl die Voraussetzungen von § 119 II erfüllt sind.

Bsp. 1: K kauft von V ein Bild, das er für ein Original hält. Trägt der Preis des Bildes den Bedenken gegen die Echtheit Rechnung, so kann K nicht wegen Eigenschaftsirrtums anfechten, wenn sich später herausstellt, dass das Bild doch nicht echt ist.[120]

Bsp. 2: Wer eine Bürgschaft übernimmt, kann nicht später wegen Irrtums über die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners anfechten. Der Sinn der Bürgschaft besteht gerade darin, dass der Bürge dieses Risiko übernimmt.

[120] Siehe bereits oben: Anfechtung gemäß § 119 Abs. 2 BGB ist nach Übergabe der Kaufsache ohnehin ausgeschlossen. Ab diesem Zeitpunkt kommt nur noch Sachmangelgewährleistung in Betracht.

g. Insbesondere: Kalkulationsirrtum

(Leipold, BGB AT § 18 Rz. 24f.; *Brox/Walker*, BGB AT Rz. 424)

Ein Kalkulationsirrtum liegt vor, wenn dem Erklärenden bei Berechnung seines Angebots ein Fehler unterlaufen ist, sei es ein **Rechenfehler** oder ein Fehler beim Zusammenstellen der einzelnen **Rechnungsposten**.

(1) Verdeckter Kalkulationsirrtum

Einzelposten der Berechnung werden nicht ausgewiesen. Dem Empfänger wird nur die falsch berechnete Endsumme genannt
→ **bloßer (unbeachtlicher) Motivirrtum**, keine Anfechtung möglich.

(2) Offener Kalkulationsirrtum

Einzelposten der Berechnung werden aufgeführt. Korrekte Summe und (wegen fehlerhafter Addition) fälschlicherweise angegebene Summe stimmen nicht überein.

(aa) e.A. (RG): da fehlerhafte Berechnung **Teil der Willenserklärung** geworden, Anfechtung (+)

(bb) h.M.: Es ist zu differenzieren:

- Wenn für den Vertragspartner allein die Höhe bestimmter Einzelpreise von Bedeutung ist, gelten diese, nicht die Gesamtsumme als vereinbart.

- Bei offensichtlichen Rechenfehlern ergibt bereits die **Auslegung** (§§ 133, 157 BGB) das richtige Rechenergebnis.

- Bei unauffindbaren Rechenfehlern gilt:

  - Ist wenigstens die **Widersprüchlichkeit erkennbar**, gilt die Rechtsfolge der **Nichtigkeit** wegen **Perplexität**.

  - Im Übrigen besteht kein Anfechtungsrecht, da **bloßer Motivirrtum**. Allerdings wird der Erklärende gemäß § 242 BGB (Fallgruppe der **unzulässigen Rechtsausübung**) geschützt, „wenn der Empfänger ein Vertragsangebot annimmt und auf der Durchführung des Vertrages besteht, obwohl er wusste (oder sich treuwidrig der Kenntnisnahme entzog), dass das Angebot auf einem Kalkulationsfehler beruht“[121]. Möglicherweise haftet der Erklärungsempfänger auch aus **§§ 280 I, 311 II BGB** mit der Folge, dass er zur **Vertragsanpassung** verpflichtet ist (Naturalrestitution iSd § 249 I BGB).

  Der Qualifikation des offenen Kalkulationsirrtums als unbeachtlicher Motivirrtum ist zuzustimmen. Wille und Erklärung stimmen hier überein, dem Erklärenden ist lediglich bei der **Bildung** des Willens ein Fehler unterlaufen.

[121] BGH, Urt. v. 7.7.1998 - X ZR 17–97, BGHZ 139, 177 (184) = NJW 1998, 3192, 3194 m. w. N.

Ausnahmsweise beachtliche Motivirrtümer:
§ 119 II BGB, dabei aber Verkehrswesentlichkeit als objektives Element
§ 123 I Alt. 1 BGB
§ 2078 II BGB, Testamentsanfechtung

h. Insbesondere: Irrtum über die Rechtsfolgen

Beim Rechtsfolgenirrtum irrt der Erklärende über die **rechtlichen Folgen seiner Erklärung**. Eine Anfechtung ist regelmäßig **ausgeschlossen.**

(1) Der Irrtum über eine vom Gesetz (mittelbar) an eine Willenserklärung geknüpfte Rechtsfolge ist grundsätzlich unbeachtlich und berechtigt nicht zur Anfechtung. Grund: Hoher **Gerechtigkeitsgehalt** der gesetzlich angeordneten Rechtsfolgen, die irrtümliche Bindung an sie ist daher nicht unbillig; schwierige **Beweissituation**. Auch würden die gesetzlichen Regeln sonst weitgehend **ausgehebelt**.

> *Bsp.: Wer einem anderen gegen Entgelt einen von Pferden gezogenen Planwagen samt Kutscher zur Durchführung eines Betriebsausflugs überlässt, kann seine Willenserklärung nicht nach § 119 Abs. 1 BGB mit Hinweis darauf anfechten, er habe nicht gewusst, dass es sich dabei um einen Mietvertrag handelt und die Garantiehaftung nach § 536a Abs. 1 Alt. 1 BGB greift.*[122]
>
> *Weitere Bsp. (keine Anfechtbarkeit!):*
>
> - *Unkenntnis der Gewährleistungspflicht beim Abschluss eines Kaufvertrages.*
> - *Unkenntnis der Folgen des Schweigens auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben.*

(2) Ebenfalls ausgeschlossen ist die Anfechtung, wenn ein irrtumsfrei erklärtes und gewolltes Geschäft außer der erstrebten Rechtsfolge auch noch eine **andere**, nicht erkannte und nicht gewollte Rechtswirkung entfaltet, die zu der gewollten und eingetretenen Rechtsfolge **hinzutritt**.[123]

> *Bsp.: Die schwangere Arbeitnehmerin verkennt beim Abschluss eines Aufhebungsvertrages, dass sie damit mittelbar auch mutterschutzrechtliche Ansprüche verliert.*[124]

(3) Davon zu unterscheiden ist die irrtümlich fehlerhafte **Verwendung eines Rechtsbegriffs**. Es geht um Fälle, in denen die **Rechtsfolge unmittelbar Bestandteil** der Erklärung ist (den Inhalt der Erklärung bildet). Hier liegt ein Inhaltsirrtum i. S. d. § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB vor, der zur Anfechtung berechtigt.

> *Bsp.: Der Verkäufer vereinbart mit dem Käufer einen Ausschluss der Haftung für Rechtsmängel" in der irrigen Annahme, hiermit sei auch die Haftung für Sachmängel ausgeschlossen.*[125]

---

[122] OLG Karlsruhe, Urteil vom 6.5.1988 - 14 U 269/85, NJW 1998, 907, 908
[123] BeckOK-BGB/*Wendtland*, 51. Ed. 1.8.2019, BGB § 119 Rn. 32.
[124] BAG, Urteil vom 16.02.1983 - 7 AZR 134/81, NJW 1993, 2958.
[125] Beispiel nach *Brox/Walker*, BGB AT, 39. Aufl. 2015, § 18 Rn. 42.

i. Kausalität des Irrtums für die Abgabe der Willenserklärung

Voraussetzung für die Anfechtbarkeit ist, dass der Erklärende die Erklärung „bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falls nicht abgegeben haben würde." (§ 119 I a. E.). Dieses Erfordernis gilt für die Anfechtung sowohl gemäß § 119 I als auch gemäß § 119 II BGB.

Unterscheide zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft: In vielen Fällen war der Irrtum kausal nur für die Abgabe der auf das Zustandekommen des Verpflichtungsgeschäfts (z. B. Kaufvertrag) gerichteten Willenserklärung, nicht auch für die Abgabe der auf das Zustandekommen des Verfügungsgeschäfts (z. B. Übereignung) gerichteten Willenserklärung.

Abzulehnen ist die Minderheitenansicht, Verfügungen könnten überhaupt nicht auf Grund eines Eigenschaftsirrtums angefochten werden. Für diese Beschränkung bietet der Wortlaut des § 119 II BGB keinen Anhaltspunkt. Auch sachlich ist kein Grund für diese Einengung des Anfechtungsrechts zu erkennen.

5. Anfechtungsgründe II: Anfechtung wegen arglistiger Täuschung oder Drohung

a. Anfechtung wegen arglistiger Täuschung (Überblick)

Voraussetzungen der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung (§ 123 I 1. Alt.)

(1) Täuschung
- (a) Durch *positives Tun* oder *Unterlassen,* falls Aufklärungspflicht besteht
- (b) Behauptung oder Verschweigen von *Tatsachen* (nicht bloße Werturteile, übertriebene Anpreisung)
- (c) *Widerrechtlichkeit* der Täuschung (in der Regel gegeben, außer bei Falschbeantwortung von unzulässigen Fragen eines Arbeitgebers im Zusammenhang mit Einstellungsgespräch)

(2) Irrtum des Anfechtungsberechtigten
(3) Kausalität zwischen Täuschungshandlung und Irrtum
(4) Kausalität zwischen Irrtum und abgegebener Willenserklärung
(5) Arglist des Täuschenden (*dolus eventualis* genügt)
(6) Kein Ausschluss gemäß § 123 II (Täuschung durch Dritten)

(0) Kein Ausschluss der Anfechtbarkeit gemäß § 123 BGB neben Gewährleistungsrechten

Die oben zu § 119 II BGB genannten Argumente gegen die Anfechtbarkeit neben den vertraglichen Gewährleistungsrechten greifen im Rahmen des § 123 BGB gerade nicht:

- Das Recht zur zweiten Andienung wird durch das grundsätzlich bestehende Fristsetzungserfordernis umgesetzt (vgl. §§ 281 I 1, 323 I BGB). Diese ist aber (in beiden Fällen) bei arglistiger Täuschung durch den Verkäufer entbehrlich (§§ 281 II, 323 II Nr. 3 BGB).
- Bei arglistigem Verschweigen des Mangels verjähren die Ansprüche des Käufers regelmäßig (§ 438 III BGB) – im Vergleich zur kurzen Zweijahresfrist (s.o.) zumindest etwas später. Der Verkäufer wird ohnehin als nicht schützenswert angesehen.

- Der Haftungsausschluss **§ 442 I 2 BGB greift gerade nicht** bei Arglist des Verkäufers.

(1) Täuschung

(a) Täuschungshandlung
Diese Täuschung kann auch konkludent begangen werden.

Bsp.: Wer auf Kredit kauft, erklärt konkludent, dass er den Kaufpreis bei Fälligkeit bezahlen könne.

Sogar eine **Täuschung durch Unterlassen,** das heißt durch Verschweigen von Tatsachen ist möglich. Sie setzt aber das Bestehen einer entsprechenden Verhaltenspflicht, genauer: einer **Aufklärungspflicht** des Erklärenden voraus (vgl. § 13 StGB: Unterlassungsdelikte). Es besteht keine allgemeine Pflicht, den Geschäftspartner über sämtliche Umstände aufzuklären, die für seinen Geschäftsentschluss relevant sein könnten. Ausnahmsweise besteht jedoch eine Aufklärungspflicht nach Treu und Glauben hinsichtlich solcher Umstände, die für die Willensentscheidung des anderen Teils **erkennbar von wesentlicher Bedeutung** sind, und über die nach der Verkehrsanschauung Aufklärung auch ohne besondere Frage erwartet wird. Das gilt insbesondere für wesentliche Mängel der Kaufsache.

Bsp.: Aufklärung erforderlich bei Altlasten auf einem verkauften Grundstück, die bei einer Besichtigung nicht erkennbar sind.

Bsp.: Wenn bei einem Gebrauchtwagen die Kilometeranzeige stehen geblieben ist, muss Verkäufer darüber aufklären, und – soweit ihm bekannt – die richtige Fahrleistung nennen.

Fragen des anderen Teils müssen vollständig und richtig beantwortet werden.

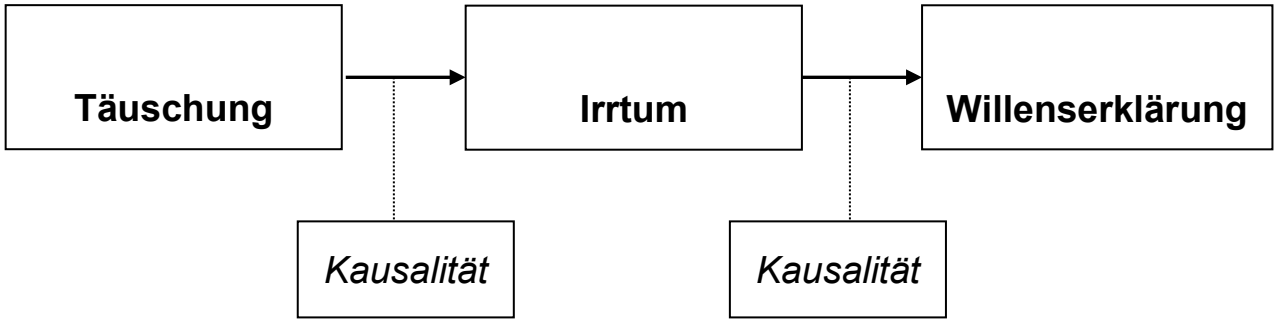
(b) Die Täuschung muss sich auf **Tatsachen** beziehen, d.h. auf **objektiv nachprüfbare** Umstände. Bloße Werturteile oder Werbeanpreisungen sind also keine Täuschungen i. S. d. § 123 I 1. Alt. BGB.

(c) Die **Rechtswidrigkeit** der Täuschung wird durch ihr Vorliegen **indiziert** (vgl. Prüfungsschema § 823 Abs. 1 BGB)**.** In der Klausur muss dieser Punkt also regelmäßig nicht problematisiert werden. Ausnahmsweise nicht rechtswidrig ist die Täuschung allerdings, wenn die **Frage,** auf die hin bewusst falsche Auskunft erteilt wurde, **unzulässig** war. In diesem Fall ist die Lüge durch **Notwehr** nach § 227 BGB gerechtfertigt. Beispiele finden sich vor allem bei Einstellungsgesprächen. Unzulässig sind insbesondere Fragen, die sich auf im konkreten Fall **nicht verkehrswesentliche** Eigenschaften der Person beziehen (Parteizugehörigkeit, Vorstrafen je nach Stelle, s. o.) oder die **diskriminierend** sind.

Bsp.: Frage nach einer bestehenden Schwangerschaft ist nur dann nicht diskriminierend, wenn die Stelle ohnehin nur befristet ist und eine Schwangere die Tätigkeit während der Vertragslaufzeit nie ausüben dürfte. In allen anderen Fällen ist eine bewusst falsche Antwort der Schwangeren nicht widerrechtlich.

(2), (3), (4):

Die Täuschung muss **kausal** für einen **Irrtum** des Anfechtenden gewesen sein, der wiederum **kausal** für die **Erklärung** war, somit besteht ein doppeltes Kausalitätserfordernis.



Soweit passend, wenn auch nicht zwingend, kann an entsprechender stelle die **Fehleridentität** festgestellt werden, um ein Verständnis des **Trennungs- und Abstraktionsprinzips** erkennen zu lassen.

Im Fall der **Täuschung oder Drohung** (§ 123 BGB) wird grundsätzlich davon ausgegangen, dass sich der Irrtum nicht nur auf den Abschluss des Verpflichtungs-, sondern auch des Verfügungsgeschäfts bezieht (Fehleridentität).[126] Sind keine besondere Umstände zu erkennen, aus denen sich die ausnahmsweise Beschränkung der Anfechtbarkeit auf das Verpflichtungsgeschäft ergeben würde (Bsp.: V möchte einen „alten Ölschinken" auf jeden Fall loswerden.), wird die Verfügung rückwirkend nichtig, § 142 I BGB.

Anders argumentiert die h. M. bei der **Irrtumsanfechtung gemäß § 119 II BGB**, wo sie die bloß „mittelbare Kausalität" der fehlerhaften Eigenschaftsvorstellung für den Abschluss des Verfügungsgeschäftes regelmäßig nicht für ausreichend hält[127] und nur in Ausnahmefällen eine Fehleridentität annimmt (Bsp: Bei dem verkaufte Ölschinken handelt es sich um das Porträt des vom Veräußerer verehrten Großvaters).

So wenig die differenzierte Behandlung unter dem Stichwort „Kausalität" dogmatisch überzeugt - in beiden Fällen liegt ein Irrtum vor (einmal täuschungsbedingt, einmal nicht), der kausal für die Abgabe einer oder mehrerer Willenserklärungen ist -, so sehr überzeugt sie im Ergebnis: Der Täuschende ist – anders als der Vertragspartner des bloß Irrenden – **nicht schutzwürdig**.

(5) **Arglistig** ist die Täuschung, wenn der Täuschende in dem Bewusstsein handelt, dass der Getäuschte durch die Täuschung zur Abgabe einer Willenserklärung bestimmt wird (Vorsatz).

[126] BeckOGK/*Beurskens*, 1.6.2019, BGB § 142 Rn. 37; MüKo-BGB/*Armbrüster*, 2018, § 123 Rn. 25.
[127] Zu Recht kritisch: MüKo-BGB/*Armbrüster*, 2018, § 119 Rn. 155.

Nach der Rspr. genügt Eventualvorsatz („dolus eventualis“). Danach liegt selbst bei Angaben „**ins Blaue hinein“** Arglist vor, wenn der Erklärende mit der möglichen Unrichtigkeit seiner Angaben rechnet.

Schädigungswillen ist nicht erforderlich: Auch wer bei der Täuschung der Meinung ist, er „wolle nur das Beste“ des Erklärenden, greift in dessen Entschließungsfreiheit ein und handelt daher arglistig.

(6) Täuschung durch einen Dritten

Nach § 123 II ist die Anfechtung ausgeschlossen, wenn die **Täuschung durch einen Dritten** verübt wurde und der Gegner die Täuschung weder kannte noch kennen musste. Schwierig zu beantworten ist die Frage, wer **Dritter** i.S.v. § 123 II 1 ist. Eine positive Definition des Begriffs des Dritten scheint nicht möglich zu sein. Die Praxis behilft sich daher mit der Bestimmung desjenigen Personenkreises, der nicht unter den Begriff des Dritten fällt.[128] Nach einer Ansicht sind nur diejenigen Personen Nicht-Dritte, die im Verhältnis zum Anfechtungsgegner die Voraussetzungen des § **278** BGB erfüllen.[129] Nach einer anderen Ansicht ist schon derjenige Nicht-Dritter, der bei wertender Betrachtung auf Seiten des Erklärungsempfängers steht (sog. **Lagertheorie**). Der BGH fordert eine **besonders enge Beziehung** zum Erklärungsempfänger oder **besondere** Umstände, die eine Zurechnung billigerweise rechtfertigen.[130] Auch er stellt zusätzlich auf die Kriterien des § **278** BGB ab.[131]

Nicht-Dritte sind folglich insbesondere **Vertreter** oder **Verhandlungsgehilfen**. Als Dritte i.S.d. 123 II 1 kommen hingegen unabhängige Sachverständige oder Makler in Betracht.

Täuscht ein Nicht-Dritter, so kommt es neben der Anfechtung zu einer **Haftung** nach den Grundsätzen der **c.i.c.** (so die hM: der Getäuschte ist in seiner **Vertragsschließungsfreiheit** beeinträchtigt[132]). Sowohl die **Pflichtverletzung** als auch das **schuldhafte Verhalten** des Dritten werden über § 278 analog bzw. direkt zugerechnet. Rechtsfolge des Schadensersatzanspruchs ist ein Anspruch auf **Einverständnis** zu der Rückgängigmachung des Kaufvertrags als Form der **Naturalrestitution** i.S.d. § 249 I.

(7) Weitere Rechte des Getäuschten

In den Fällen des § 123 I stehen dem Getäuschten in der Regel neben der Anfechtungsmöglichkeit noch weitere Rechte zu:

- Neben § 123 I 1. Alt. kann auch ein Anfechtungsrecht nach § 119 bestehen. Dem Anfechtungsberechtigten steht insoweit ein Wahlrecht zu. Auslegung dürfte in vielen Fällen für § 123 BGB sprechen: Keine Haftung des Anfechtenden auf Schadensersatz gemäß § 121 BGB; längere Anfechtungsfrist, § 124 BGB.

[128] Siehe die Übersichten bei: *Singer*/*von Finckenstein*, in: Staudinger BGB, Neubearbeitung 2017, § 123, Rn. 52 ff; Erman BGB/*Arnold*, 15. Auflage 2017, § 123 Rn. 33 ff.
[129] BGH, Urt. v. 30.3.2011 - VIII ZR 94/10 = BGH NJW 2011, 2874 (2875).
[130] BGH, Urt. v 06.07.1978 - III ZR 63/76 = BGH NJW 1978, 2144 (2145).
[131] BGH, Urt. v. 26.09.1962 - VIII ZR 113/62 = BGH NJW 1962, 2195 (2196).
[132] BeckOGK/*Herresthal*, § 311 Rn. 231.

- Schadensersatzanspruch aus culpa in contrahendo („Verschulden bei Vertragsverhandlungen“, Anspruchsgrundlage: §§ 280 I, 241 II, 311 II), der ebenfalls zur Vertragsaufhebung als Naturalrestitution führen kann (nach h.M. sogar bei fahrlässiger Täuschung).
- Anspruch auf Schadensersatz nach § 823 II i.V.m. § 263 StGB (Betrug) sowie nach § 826 (vorsätzliche sittenwidrige Schädigung). Diese Ansprüche können nach ganz h. M. im Wege der Naturalrestitution nach § 249 I sogar zur Vertragsaufhebung führen.

Fall 21: Plattensammlung gegen Digitalradio

Auch R will endlich den Sprung in die digitale Musikwelt schaffen und seinen in die Jahre gekommenen Schallplattenspieler nebst dazugehöriger Sammlung klassischer Schallplatten verkaufen. Er notiert sich eine Preisliste, in der er den Plattenspieler und eine Vielzahl seltener oder signierter und daher teuer gehandelter Platten aufführt. Sodann inseriert er einen Besichtigungstermin, an dem B erscheint. Als R dem B die Preisliste vorlegt, ist B überfordert und bittet um Zusendung per Mail, um sich die Sache in Ruhe überlegen zu können.

R schickt dem B die gewünschte Mail. Er führt die einzelnen Posten jeweils mit Preis auf, überschätzt aber seine Fähigkeiten im Kopfrechnen und gibt daher einen falschen, zu niedrigen Gesamtpreis an. B erkennt den Rechenfehler nicht, ist aber vom Gesamtpreis angetan und erklärt R gegenüber sogleich am Telefon, dass er „bei diesem Preis zuschlage“.

Einige Tage vor der geplanten Abholung der Platten und des Spielers durch B begibt sich R in einen Elektrofachmarkt der Pluto GmbH, um sich endlich ein Digitalradio zu kaufen. R ist von der Auswahl überwältigt, beratendes Fachpersonal lässt sich allerdings nicht ausfindig machen. So fragt R den neben ihm stehenden Kunden K, ob „das rote Radio da“ ein aktuelles Modell sei. K, der aus farblichen Gründen ebenfalls ein Auge auf dieses Gerät geworfen hatte, stellt auf einen Blick fest, dass von diesem Gerät nur noch das Ausstellungsstück vorhanden ist. Damit R ihm beim Kauf nicht zuvorkommt, behauptet er ins Blaue hinein, dieses Modell sei veraltet. Das danebenstehende grünliche Modell – tatsächlich handelt es sich um ein Auslaufmodell mit veralteter Technik – sei aber „state of the art“. R, von so viel Fachkenntnis beeindruckt, ersteht daraufhin das von K angepriesene Modell.

Als er das Radio zu Hause in Betrieb nimmt, muss er zu seiner Ernüchterung feststellen, dass das erwartete Klangerlebnis ausbleibt. Als dann auch noch „Klassik-Radio“ Stücke nur ausschnittweise sendet und mittendrin abbricht, zudem selbst das Programm von „BR-Klassik“ in Rs Augen auch nicht mehr ist, was es mal war, beginnt er, an seiner Errungenschaft zu zweifeln.

Indes holt B am nächsten Samstag Platten und Plattenspieler bei R ab und zahlt vereinbarungsgemäß per Überweisung. Als R seine Kontoeingänge überprüft, bemerkt R seinen Rechenfehler. R verlangt von B Rückgabe der Sachen. Zur Begründung verweist er zum einen auf seinen Rechenfehler, zum anderen auf die schlechte Klangqualität des Digitalradios und das enttäuschende Radioprogramm, die seine alte Sammlung nicht ersetzen könnten.

1. Welche Ansprüche hat R gegen B?

2. Kann R den Kaufvertrag mit der Pluto GmbH anfechten?

Abwandlung:

Ändert sich etwas, wenn nicht K dem R zum Kauf des grünen Radios rät, sondern der angestellte Verkäufer X, der von der Fragerei des R so genervt ist, dass er wider besseres Wissen einfach behauptet, das grüne Radio sei „topaktuell".

Klausur: Ob die Kondiktion nach Anfechtung gem. § 812 I 1 Alt. 1 BGB (condictio indebiti) oder gem. § 812 I 2 Alt. 1 BGB (condictio ob causam finitam) erfolgt, ist strittig, ist praktisch aber wohl irrelevant. Für ersteres spricht die ex **tunc**-Wirkung des § 142 I BGB. Für Letzteres die **tatsächlichen Verhältnisse** (ein Vertrag hat faktisch bestanden).

b. Anfechtung wegen widerrechtlicher Drohung

Voraussetzungen der Anfechtung wegen widerrechtlicher Drohung

(1) Drohung

(2) Widerrechtlichkeit

(1) Drohung

= Inaussichtstellen eines künftigen Übels, auf das der Drohende **Einfluss** zu haben vorgibt. Eine bloße Warnung vor einer vom Handelnden unabhängig bestehenden Gefahr ist hingegen unbeachtlich.

Die Drohung muss den Erklärenden in eine psychische **Zwangslage** versetzen. Es genügt, dass die Bedrohung aus Sicht des Bedrohten glaubwürdig klingt, auf die Frage, ob der Drohende die Bedrohung realisieren kann, kommt es nicht an.

Beachte:

§ 123 II findet auf die Drohung keine Anwendung, d. h. auch die **von einem Dritten verübte Drohung** ist stets beachtlich.

Die Drohung allein führt noch nicht zur automatischen Anwendbarkeit von § 138 BGB (arg.: § 123).

(2) Widerrechtlichkeit

Die **Widerrechtlichkeit der Drohung** kann sich aus dem angedrohten Mittel, dem erstrebten Zweck oder aus dem Verhältnis zwischen Mittel und Zweck ergeben:

- Ein **widerrechtliches Mittel** liegt vor, wenn mit etwas Verbotenem gedroht wird.

  Beispiele: Drohung mit Gewaltanwendung; Drohung mit jedem anderen strafbaren oder sittenwidrigen Verhalten; Drohung mit einer Strafanzeige, obwohl keine Strafe begangen wurde; Drohung mit Vertragsbruch; etc.

Die Drohungsanfechtung hat in diesen Fällen regelmäßig Vorrang vor § 138 BGB: Keine automatische Nichtigkeit.

- Ein **widerrechtlicher Zweck** liegt vor, wenn die erlangte Willenserklärung **rechts- oder sittenwidrig** ist.

  Beispiel: Drohung mit dem Ziel, den Anfechtungsberechtigten zur Unterschrift unter ein Kreditgeschäft mit Wucherzinsen zu bewegen.

Da in diesem Fällen bereits Nichtigkeit wegen §§ **134, 138** BGB gegeben ist, bedarf es praktisch keiner Anfechtung mehr.

- Häufiger Klausurfall: **Widerrechtlichkeit der Mittel-Zweck-Beziehung:**

Obwohl das eingesetzte Mittel oder der erstrebte Erfolg für sich genommen nicht rechtswidrig sind, kann die Rechtswidrigkeit aus **Inadäquanz** zwischen dem (an sich erlaubten) Mittel und dem (an sich erlaubten) Zweck folgen.

6. Anfechtungserklärung und Anfechtungsgegner

a. Anfechtungserklärung, § 143 I

Die Anfechtungserklärung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Sie ist grundsätzlich nicht formgebunden, selbst wenn die angefochtene Erklärung formbedürftig war.

Die Anfechtungserklärung ist eine **Gestaltungserklärung** und als solche grundsätzlich **bedingungsfeindlich**. Der Anfechtungsgegner soll **Klarheit** haben (vgl. auch oben § 111 S. 1 BGB; näher zum Rechtsinstitut der Bedingung, § 158 BGB, unten).

Eine **Begründung** der Anfechtungserklärung ist nach h. M. für ihre Wirksamkeit nur insoweit nötig, als die die Anfechtung **begründenden Tatsachen** mitgeteilt werden. Damit kann der Anfechtungsgegner beurteilen, ob die Anfechtung Erfolg haben konnte oder nicht.

b. Anfechtungsgegner, § 143

Die Anfechtungserklärung muss an den richtigen Anfechtungsgegner gerichtet sein. Wer das ist, ergibt sich ebenfalls aus § 143:

- Bei **zweiseitigen Rechtsgeschäften** (Verträgen) ist die Anfechtungserklärung gegenüber dem Vertragspartner zu erklären, § 143 II.
- Bei einseitigen empfangsbedürftigen Rechtsgeschäften (z.B. Kündigung) muss gegenüber dem Erklärungsgegner angefochten werden (§ 143 III 1).
- Umstritten ist, wer Anfechtungsgegner bei der ausgeübten Innenvollmacht ist. Am sichersten ist die Anfechtung sowohl gegenüber dem Vertreter als auch gegenüber dem Vertragspartner.
- Beim Vertrag zugunsten Dritter, z. B. beim Lebensversicherungsvertrag, ist der begünstigte Dritte Anfechtungsgegner (§ 143 II 2): Nur er hat Interesse am Vertrag.

7. Anfechtungsfristen

a. Die **Anfechtung wegen Irrtums** (§§ 119, 120 BGB) muss **ohne schuldhaftes Zögern** (unverzüglich) erfolgen, nachdem der Anfechtungsberechtigte Kenntnis vom Anfechtungsgrund erlangt hat.

b. Bei der Anfechtung gemäß § 123 beträgt die Anfechtungsfrist **ein Jahr**, beginnend mit dem Ende der **Täuschungs-** bzw. **Zwangslage** (§ 124 BGB).

Absolute Ausschlussfrist: Nach Ablauf von **zehn Jahren** nach Abgabe der Willenserklärung ist eine Anfechtung wegen Täuschung oder Drohung allerdings ausgeschlossen (§ 124 III).

c. Neben der Anfechtung kommt unter Umständen auch noch ein **Schadensersatzanspruch** (gerichtet auf Befreiung von der Vertragspflicht als Form der Naturalrestitution, § 249 I BGB) in Betracht. Denkbare AGLen sind die c.i.c. (§§ 280 I, 241 II, 311 II BGB), außerdem § 823 II BGB iVm § 263 oder 249 StGB sowie § 826 BGB. Die Fristen der §§ 121, 124 haben für ihn keine Bedeutung, die Verjährung kann vielmehr auch erst später eintreten (str.).

In der vergleichsweise kurzen Anfechtungsfrist des § 119 BGB besteht ein Nachteil im Vergleich zu einer Anfechtung nach § 123 BGB. Ein weiterer Nachteil ist die mögliche **Schadensersatzpflicht** nach § 122 BGB. Diese Unterschiede rechtfertigen, dass die gutachtliche Prüfung mit § 123 BGB beginnt und ist der Grund, weshalb Auslegung einer Anfechtungserklärung häufig ergibt, dass der Getäuschte gemäß § 123 und nicht gemäß § 119 II BGB anfechten möchte (§§ 133, 157 BGB).

8. Keine Bestätigung, § 144 I BGB

Die das Anfechtungsrecht ausschließende Bestätigung i.S.v. § 144 BGB ist eine **nicht empfangsbedürftige**, formfreie Willenserklärung. Erforderlich ist eine unmissverständliche „Erklärung des Anfechtungsberechtigten, in der sein Wille zum Ausdruck kommt, ein ihm bekanntes Anfechtungsrecht nicht auszuüben“[133]. Sie kann auch in einem schlüssigen Verhalten liegen (Rspr. legt hier strenge Maßstäbe an):

Bsp. 1: Weiterbenutzung einer Kaufsache[134]

Bsp. 2: Erfüllung von Vertragspflichten.

Die Bestätigung wird im Gutachten am Ende der Anfechtungsvoraussetzungen geprüft.

Beachte den Unterschied zur **Bestätigung** gemäß § 141 BGB, die im Fall der Nichtigkeit (nicht bloßer Anfechtbarkeit) der Willenserklärung in Betracht kommt.

[133] BGH, Urt. v. 28.4.1971 - VIII ZR 258/69, NJW 1971, 1795, 1800.
[134] BGH, Urt. v. 28.4.1971 - VIII ZR 258/69, NJW 1971, 1795, 1800.

9. Wirkung der Anfechtung: Rückwirkende Nichtigkeit, § 142 I BGB

Die Anfechtung vernichtet das angefochtene Rechtsgeschäft **rückwirkend**, d.h. das gesamte Rechtsgeschäft ist *ex tunc* **nichtig** (§ 142 I):

- Damit entfallen auch sämtliche **Sekundär- und Zinsansprüche** wie z. B. ein vertraglicher Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 280 Abs. 1 BGB.
- Bereits Geleistetes wird regelmäßig über den Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB) rückabgewickelt.

Vertiefung: Besonderheiten gelten für in Vollzug gesetzte Arbeits- und Gesellschaftsverträge: *ex-nunc*-Wirkung der Anfechtung (siehe schon oben zur Anwendbarkeit).

Relevant ist zudem **§ 142 II BGB**. Hiernach wird derjenige, der die Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäfts kannte oder kennen musste, wenn die Anfechtung erfolgt, so behandelt, wie wenn er die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts gekannt hätte oder hätte kennen müssen. Dies betrifft alle Fälle, in denen die Nichtigkeit des angefochtenen Rechtsgeschäfts von Bedeutung sein kann, insbesondere § 932 II (gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten) sowie §§ 687 II, 819 I, 892, 989 f. BGB.

Voraussetzungen des § 142 II BGB

1. Anfechtungsrecht (§§ 119, 120, 123, 2078 f. BGB)

2. Wirksame Ausübung des Anfechtungsrechts, insbes.

   a. Anfechtungserklärung (z. B. § 143 BGB)

   b. … innerhalb der Anfechtungsfrist (§§ 121, 124, 318 II 2, 2082, 2283 BGB)

   c. … durch den Anfechtungsberechtigten (Irrender, Getäuschter, Bedrohter etc.)

3. Bösgläubigkeit (im Fall des § 892 BGB: nur positive Kenntnis von der Anfechtbarkeit; im Fall des § 932 BGB auch grobe Fahrlässigkeit)[135]

Beachte: Hält man mit der Minderheitenansicht eine Einschränkung des § 142 II BGB um das Erfordernis der erfolgten Anfechtung für geboten[136], so entfällt der 2. Prüfungspunkt.

[135] Die Voraussetzungen der Bösgläubigkeit (wann liegt Bösgläubigkeit vor, nur bei Kenntnis oder auch schon bei grob fahrlässiger Unkenntnis?) ergeben sich aus den jeweils einschlägigen Vorschriften über den Erwerb vom Nichtberechtigten: §§ 892, 1138, 1155, 1207 f., 1244 BGB; § 366 HGB (MüKoBGB/*Busche*, 8. Aufl. 2018, BGB § 142 Rn. 21; vgl. BGH, NJW-RR 1987, 1457).

[136] So etwa *Medicus/Petersen*, BGB AT Rn. 729 m.w.N.; siehe bereits oben bei der Zulässigkeit der Anfechtung.

10. Reurecht: Korrektur der Nichtigkeitsfolge des § 142 I BGB?

Fraglich ist, wie es sich auswirkt, wenn der Anfechtende nicht nur einem Irrtum unterlag, sondern die ursprüngliche Erklärung noch aus anderen Gründen bereut. Folgende Lösungsansätze sind insoweit denkbar:

a. Uneingeschränktes Reurecht

Der Umstand, dass den Anfechtenden die Willenserklärung aus anderen Gründen als dem Tippfehler reut, bleibt **unberücksichtigt**. Die Anfechtung vernichtet die Willenserklärung gemäß §§ 142 I, 119 I BGB insgesamt.[137]

b. Ausschluss des Anfechtungsrechts

Nach einer anderen Ansicht wird ein Anfechtungsrecht insgesamt versagt. Es bleibt bei der zunächst entstandenen Verpflichtung.[138]

c. Umdeutung gemäß § 140 BGB (bzw. § 139 BGB)

Nach einer dritten[139] Ansicht kann die Willenserklärung in die Erklärung umgedeutet werden, wie sie ohne den Irrtum lauten würde.

d. Ausschluss des Reurechts

In eine ähnliche Richtung geht die von der ganz herrschenden Lehre vertretene Position. Danach ist dem Anfechtenden ein Reurecht verwehrt. Der Erklärende muss sich vielmehr an dem von ihm ursprünglich Gewollten festhalten lassen.[140] Er muss also die Erklärung akzeptieren, die er zunächst erklären wollte, falls sich der andere Teil auch mit diesen Konditionen unverzüglich einverstanden erklärt.

e. Diskussion und Stellungnahme

Für die unter (a) vorgestellte Ansicht scheint der **Wortlaut** des Gesetzes zu sprechen, das die Irrtumsanfechtung ohne Einschränkungen zulässt, wenn ein anerkannter Irrtumstatbestand vorliegt. Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass auch in anderen Fällen angenommen wird, dass die Ausübung **formaler Rechtspositionen** durch den allgemeinen Grundsatz des **§ 242 BGB** beschränkt sein kann.

---

[137] So die früher herrschende Lehre, Nachweise bei Brox, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, 1960, S. 174 Anm. 5; neuestens wieder Spieß, JZ 1985, 593, 602.

138 Krampe/Berg, Jura 1986, 206, 208; vgl. auch schon Krampe, Die Konversion des Rechtsgeschäfts, 1980, S. 250.

139 Volkmann, Irrtum und Reurecht, S. 33; vgl. auch die entsprechenden Überlegungen auf der Grundlage von § 139 bei v. Thur, § 67 V, S. 591 ff und Enneccerus, Lb., 1. Bd., 1. Abt., § 157 II 3 e.

140 Jauernig, § 142 Rn. 4; Lobinger AcP 195 (1995), 274 ff.; Wolf/Neuner BGB AT § 41 Rn. 149; Erman/Arnold Rn. 2; NK-BGB/Feuerborn Rn. 11; Staudinger/Roth, 2015, Rn. 38.

Auch die Ansicht (b) ist abzulehnen. Es ist nicht einzusehen, weshalb dem S ein Anfechtungsrecht insgesamt versagt sein sollte, nur, weil er neben der falschen Preisangabe mittlerweile noch weitere Gründe hat, von dem Verkauf abzusehen.

Gegen die unter (c) dargestellte Lösung spricht, dass der **erforderliche hypothetische Wille** nur schwer zu konstruieren ist. § 140 BGB verlangt nämlich, dass das nichtige Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts entspricht und dass dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit (hypothetisch) gewollt sein würde. Damit ist der **maßgebliche Bezugspunkt** der Zeitpunkt des Vertragsschlusses.

Der herrschenden Meinung ist zu folgen: Der Irrende verhielte sich **treuwidrig** (§ 242 BGB in der Ausprägung des venire contra factum proprium), wenn er den Vertrag nicht in dem von ihm ursprünglich gebilligten Sinn gelten lassen wollte. Für dieses Ergebnis spricht auch der in § 122 BGB zum Ausdruck kommende Gedanke, wonach der Anfechtende den anderen Teil im Fall der Anfechtung so zu stellen hat, wie dieser **ohne den Irrtum stünde**. Dann wäre aber die fehlerfreie Willenserklärung noch vorhanden, die hätte angenommen werde können.[141]

Ausschluss des Reurechts (Begründungswege):

Von den Vertretern der herrschenden Meinung werden unterschiedliche Wege genannt, die den Ausschluss des Reurechts begründen können:[142]

1. Zum Teil wird auf die Parallele zur falsa demonstratio[143] verwiesen. Danach könne der andere Teil nachträglich darauf verzichten, dass die ihn schützende objektivierende Auslegung zur Anwendung kommt.[144] An ihre Stelle tritt dann die subjektive Auslegung (bezogen auf den Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung durch den Anfechtungsberechtigten).

2. Andere wiederum sprechen von einer **partiellen Anfechtung**: Die Anfechtungsfolge beschränkt sich danach auf den **irrtumsbehafteten Teil** des Rechtsgeschäftes.

Vertiefungshinweise:

Der BGH (Urt. v. 8.6.1988 - VIII ZR 135/87 – Duveneck, NJW 1988, 2597, 2599) hat die Frage bislang offengelassen. Einen Überblick bietet *Schumann* JuS 1999, 977 (978 f.).

Eine explizite Regelung des Problems (im Sinne der h. M. in der deutschen Literatur) findet sich u. a. in Art. 25 schweizerisches OR[145] und II.-7:203 DCFR[146] schließen die Irrtumsanfechtung aus, wenn der Anfechtungsgegner bereit ist, den Vertrag so gelten zu lassen, wie der Erklärende ihn ursprünglich verstanden hat.

[141] So *Neubecker*, Festgabe Otto Gierke, 1910, Bd. 3, S. 234 ff. – wohl abwegig, weil § 122 dem anderen nur das Interesse ersetzt, das dieser an der Gültigkeit hatte, also nicht Naturalrestitution.
[142] Ausführlich *Lobinger*, AcP 195, 274 ff.
[143] *Flume*, AT II § 21, 6.
[144] So *Brox,* Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, 1960, S. 177 f.
[145] Art. 25 OR lautet: „(1) Die Berufung auf Irrtum ist unstatthaft, wenn sie Treu und Glauben widerspricht. (2) Insbesondere muss der Irrende den Vertrag gelten lassen, wie er ihn verstanden hat, sobald der andere sich hierzu bereit erklärt.“.
[146] Art. II 703-1 DCFR lautet: “(1) If a party is entitled to avoid the contract for mistake but the other party performs, or indicates a willingness to perform, the obligations under the contract as it was understood by the party entitled to avoid it, the contract is treated as having been concluded as that party understood it.[…]”.

Dazu unten Fall 24: Tannenbaumentsorgung

11. Pflicht des Anfechtenden zum Ersatz des Vertrauensschadens, § 122 BGB

In § 122 Abs. 1 BGB ordnet der Gesetzgeber eine (**verschuldensunabhängige**) Schadensersatzpflicht des Anfechtenden an.

a. Voraussetzung:

Anfechtung in den Fällen der §§ 119, 120 (nicht § 123) BGB (außerdem – selten – : Nichtigkeit gemäß § 118 BGB).

b. Ausschlussgrund:

§ 122 Abs. 2: Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des Anfechtungsgrundes durch Anfechtungsgegner.

c. Umfang des Schadensersatzes

Negatives Interesse („Vertrauensschaden"): Der Anfechtende hat den Anfechtungsgegner so zu stellen wie er stünde, wenn er von dem Vertrag nie etwas gehört hätte.

> *Beispiel: Kosten für Anfahrt zum Vertragsschluss, für Transport der Ware, Abschluss einer Versicherung für den Kaufgegenstand, Kosten einer Expertise.*

Deckelung des Schadensersatzes: Anspruch ist das durch das **positive Interesse** („Erfüllungsschaden") begrenzt: Der Anfechtungsgegner soll durch den Schadensersatz gemäß § 122 nicht besser stehen als er stünde, wenn der Vertrag ordnungsgemäß erfüllt worden wäre.

d. Hinweis zum Vorgehen in der Klausur

Vorbemerkung: Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, § 249 I BGB. Damit kommt die sog. **Differenzmethode** zum Einsatz: Soweit das schädigende Ereignis Auswirkungen auf das Vermögen des Ersatzberechtigten hat, ist die Höhe des zu ersetzenden Schadens dadurch zu ermitteln, dass die tatsächliche Vermögenslage des Geschädigten mit dem (hypothetischen) Zustand verglichen wird, in dem sich seine Vermögenslage befände, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre.

Dies vorausgeschickt sind für die Anwendung von § 122 BGB drei Schritte zu unterscheiden (Wortlaut!):

(1) Bestimmung des **Vertrauensschadens** (synonym: negatives Interesse): Wie stünde der Anfechtungsgegner, wenn er nicht auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut hätte?

(2) Bestimmung des **Erfüllungsschadens** (synonym: Erfüllungsinteresse, positives Interesse): Wie stünde der Anfechtungsgegner, wenn der Anfechtende den Vertrag ordnungsgemäß erfüllt hätte?

(3) Vergleich der beiden Beträge: Übersteigt der Vertrauensschaden den Erfüllungsschaden, ist er wegen § 122 I BGB auf den Betrag des Erfüllungsschadens **gedeckelt**.

Hierzu schon oben Fall 18 - Zahlendreher im Internet

Falls der Gegner des Anfechtenden aufgrund des mittlerweile nichtig gewordenen Vertrages schon an den Anfechtenden geleistet hat, steht dem Leistenden ein Rückforderungsanspruch aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB zu. Doch führt dieser Anspruch nicht zum Ziele, wenn der Empfänger der Leistung nicht mehr bereichert ist (§ 818 III BGB). In diesem Fall hilft ihm der Anspruch auf den Ersatz seines Vertrauensschadens, der nicht dem **Eintreicherungseinwand** (§ 818 III BGB) ausgesetzt ist. Der Anfechtende trägt das Risiko des zufälligen Untergangs oder der zufälligen Verschlechterung des ihm geleisteten Gegenstandes.[147]

e. Anwendbarkeit der c.i.c. neben § 122 BGB

(1) Meinungsstand

Die h.M. sieht die c.i.c. als neben § 122 anwendbar an, während die Gegenansicht § 122 BGB als abschließende Sonderregelung erachtet.

(26)Diskussion

Die Vertreter der h.M. verweisen auf wichtige **Unterschiede** zwischen den beiden Rechtsbehelfen. Sie betreffen zunächst die unterschiedlichen **Anspruchsvoraussetzungen**: Die Schadensersatzpflicht gemäß § 122 greift **verschuldensunabhängig**, während eine Haftung aus c.i.c. Vertretenmüssen, zumeist in der Form des Verschuldens voraussetzt. Zum anderen differieren auch die **Rechtsfolgen**: Eine **Deckelung** auf das positive Interesse, wie sie in § 122 I erfolgt, kennt die c.i.c. nicht.

Die Vertreter der Gegenansicht machen geltend, § 122 verlöre an **eigenständiger Bedeutung**, würde man parallel dazu die c.i.c. zur Anwendung bringen, da in der Abgabe einer anfechtbaren Willenserklärung fast immer ein **fahrlässiges** Verhalten liege und der Anwendungsbereich der c.i.c. damit immer eröffnet wäre, womit die **Deckelung** auf das positive Interesse entfiele.

(27)Streitentscheidung

Dem Hinweis der Vertreter der Minderheitenansicht auf die fehlende praktische Bedeutung von § 122 ist zu entgegnen, dass es gerade bei der Anwendung von § **119 II** nicht zwingend zu einer parallelen Anwendbarkeit der beiden Anspruchsgrundlagen kommt, ein Irrtum durchaus auch **unverschuldet** und ohne dass ein Vertretenmüssen zu bejahen wäre, auftreten kann. Die Deckelung des Schadensersatzanspruchs auf das positive Interesse rechtfertigt sich gerade in der vom Gesetzgeber mit § 122 speziell in den Blick genommenen Konstellation, dass der Anfechtende verschuldensunabhängig

[147] *Wolf/Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Aufl. 2016, § 41 Rn. 154.

haftet. Ist hingegen Vertretenmüssen etwa in Form des schuldhaften Verhaltens zu bejahen, erscheint die **Deckelung nicht als angezeigt**. Ein Anlass, die Vorschriften §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB in solchem Fall als von § 122 BGB verdrängt anzusehen, ist nicht zu erkennen.

Vertiefung: Liegt neben der Abgabe einer anfechtbaren Willenserklärung eine **weitere Pflichtverletzung** (z. B. Biss des Käufers durch den unbeaufsichtigten Hund des Verkäufers) vor, die eine Haftung aus c.i.c begründet, entfaltet § 122 BGB auch nach Ansicht der Vertreter der Minderheitenmeinung selbstverständlich keine Sperrwirkung.

IX. Stellvertretung

(*Boecken*, § 13; *Brox/Walker*, §§ 23 - 27; *Faust*, §§ 24 - 29; *Köhler*, § 11; *Leipold*, §§ 22 - 27)

Voraussetzungen der wirksamen Stellvertretung (§ 164 I BGB) im Überblick:

I. Vorliegen von Stellvertretung

1. Zulässigkeit der Stellvertretung
2. Abgabe einer eigenen Willenserklärung durch Stellvertreter
3. Abgabe der Erklärung im fremden Namen („Offenkundigkeit")

II. Vertretungsmacht des Stellvertreters (Wirksamkeit der Stellvertretung)

Rechtsfolge: Die Rechtsfolgen des rechtgeschäftlichen Handelns des Vertreters treten in der Person des Vertretenen ein, das heißt dieser wird berechtigt und verpflichtet.

1. Zulässigkeit der Stellvertretung

Die Zulässigkeit der Stellvertretung ist grundsätzlich gegeben, es sei denn, es greift eine der folgenden Ausnahmen ein:

- Stellvertretung ist unzulässig bei **höchstpersönlichen** Geschäften aufgrund gesetzlicher Regelung (z. B. § 38 BGB – Ausübung von Mitgliedschaftsrechten im Verein; § 1311 BGB – Eheschließung; § 2064 BGB – Testament; § 1600a BGB - Anfechtung der Vaterschaft) oder vertraglicher Vereinbarung.

- Stellvertretung ist außerdem nur bei rechtsgeschäftlichem Handeln möglich.

    - Nicht möglich ist Stellvertretung bei **Realakten** wie etwa der zur Eigentumsübertragung gemäß § 929 S. 1 BGB erforderlichen **Übergabe** des Verfügungsgegenstandes.

        *Beispiel: Die angestellte Kassiererin vertritt den Ladeninhaber gemäß § 164 I BGB gegenüber dem Kunden sowohl beim Abschluss des Kaufvertrags (Verpflichtungsgeschäft) als auch im Hinblick auf die für die Übertragung des Eigentums an der verkauften Sache (Verfügungsgeschäft) erforderliche dingliche Einigung. Hinsichtlich der gemäß § 929 S. 1 BGB für die Übertragung des Eigentums an den Kunden ebenfalls erforderliche Übergabe ist sie **Besitzdienerin** (§ 855 BGB) des Ladeninhabers. Übergibt sie die Kaufsache auf Weisung des Ladeninhabers, ist dem Übergabeerfordernis genüge getan.*

    - Ebenso wenig kommt Vertretung bei **rechtswidrigen** Handlungen (z. B. § 823 BGB) in Betracht. Als Zurechnungsnorm ist hier § 831 BGB in Betracht zu ziehen.

2. Abgabe einer eigenen Willenserklärung durch den Stellvertreter

a. Abgrenzung zum Handeln des Boten

(1) Der Erklärungsbote überbringt eine **fremde** Willenserklärung („Brief auf Beinen"), der Vertreter gibt eine **eigene** Willenserklärung ab (vgl. Wortlaut des § 164 I BGB). Abzustellen ist auf den **Empfängerhorizont** des Dritten (Empfängers der Erklärung), d.h. wie dieser das Auftreten des Mittelmanns nach Treu und Glauben verstehen durfte (§§ 133, 157 BGB)[148]. Regelmäßig deutet eine gewisse **Entscheidungsmacht** des Handelnden darauf hin, dass jemand als Vertreter und nicht als Bote auftritt. Zu beachten ist allerdings, dass es auch den „Vertreter mit gebundener Marschroute" gibt (z. B angestellter Verkäufer, der kein Recht hat, eigenmächtig Rabatte zu gewähren).

(2) Für die Abgrenzung der Empfangsvertretung zur Empfangsbotenschaft kommt es maßgeblich auf den Inhalt der **Erklärung des Dritten** gegenüber der Mittelsperson an. Ist die Erklärung aus Sicht der Mittelsperson so zu verstehen, dass sie an diese gerichtet ist, aber Rechtsfolgen nur gegenüber dem Geschäftsherrn entfalten soll, ist von Empfangsvertretung auszugehen. Ergibt die Auslegung hingegen, dass die Mittelsperson die Erklärung lediglich an den Geschäftsherrn übermitteln soll, so liegt ein Fall der Botenschaft vor. In Zweifelsfällen ist anzunehmen, dass der Dritte die Erklärung an denjenigen richten wollte, bei dem sie (am schnellsten) **wirksam** wird.

(3) Die Voraussetzungen und Rechtsfolgen der **Botenschaft** sind im BGB nicht besonders geregelt, lediglich der Spezialfall des Übermittlungsirrtums in § 120 BGB. Die §§ 164 ff. sind **nicht** analog auf die Botenschaft anwendbar.

Klausur: In den meisten Fällen kommt es für die Falllösung nicht darauf an, ob Stellvertretung oder Botenschaft vorliegt. Dennoch ist es üblich, im Rahmen der Klausurlösung in ein oder zwei Sätzen („S hat eine eigene Willenserklärung abgegeben. Er ist damit Stellvertreter und nicht Bote des V.") den entsprechenden Prüfungspunkt angemessen knapp abzuhandeln.

(4) **Passive Stellvertretung**: Meines Erachtens kann in unproblematischen Fällen (das ist ganz überwiegend der Fall) hinsichtlich der Willenserklärung des dritten Geschäftspartners ganz darauf verzichtet werden, auch noch abzugrenzen, ob der Mittelsmann Empfangsvertreter (§ 164 III BGB) oder Empfangsbote des Hintermanns bzw. vielleicht sogar (aktiver) Vertreter oder Bote des dritten Geschäftspartners ist.

b. Fälle, in denen es auf die Abgrenzung ankommt

Die Abgrenzung hat Konsequenzen für folgende Fragenkomplexe:

(1) Aktive Stellvertretung

(a) Formbedürftigkeit

[148] HKBGB-*Dörner*, 10. Aufl. 2019, § 164 BGB Rn. 4.

Die Willenserklärung selbst muss notariell beurkundet werden.

Beispiel: Trotz genauer Vorgaben des Vertretenen betreffend Preis und Grundstück kommt vor dem Notar (§ 311b I 1 BGB) nur Vertretung, nicht Botenschaft in Betracht. Andernfalls wäre ein wirksamer Vertragsschluss nicht möglich (§ 125 BGB).

Ähnlich liegt der Fall bei § 925 BGB (gleichzeitige Anwesenheit der – möglicherweise vertretenen – Vertragspartner vor dem Notar).

(b) Geschäftsfähigkeit des Handelnden

Beispiel: Der 6-jährige Fritz kann seine Eltern im Schreibwarengeschäft nicht vertreten, da er keine wirksame Willenserklärung abgeben kann (§§ 104 Nr. 1, 105 I BGB), allerdings deren Bote im Hinblick auf die Abgabe einer vorformulierten Willenserklärung gerichtet auf Abschluss eines Kaufvertrags mit dem Inhaber des Ladens sein. Merksatz: „Und ist das Kind auch noch so klein, so kann es doch schon Bote sein."

Beschränkt geschäftsfähige Minderjährige können das Vertretergeschäft demgegenüber wirksam schließen, § 165 BGB (Grund: Etwaige Rechtspflichten treffen gemäß § 164 Abs. 1 BGB nur den Vertretenen, nicht den minderjährigen Vertreter. Für diesen ist die Vornahme des Vertretergeschäfts rechtlich neutral.).

Hinweis: Unterscheide im Fall der beschränkten Geschäftsfähigkeit des Vertreters sorgfältig zwischen der Frage der Wirksamkeit

- des Vertretergeschäfts (z. B. Abschluss des Kaufvertrags im Namen des Vertretenen mit dem dritten Vertragspartner) – nur hier gilt § **165** BGB,

- der Bevollmächtigung (§ 167 Abs. 1 BGB, dazu sogleich unten) des beschränkt geschäftsfähigen Vertreters – hier gilt § **107** BGB: Die Bevollmächtigung erweitert die Rechtsmacht des beschränkt Geschäftsfähigen, sie ist keinesfalls rechtlich nachteilig,

- dem der Bevollmächtigung regelmäßig zugrundeliegenden Rechtsgeschäft zwischen dem Vertretenen und dem minderjährigen Vertreter (z. B. Auftrag, § 662 BGB) – hier gilt ebenfalls § 107 BGB: Regelmäßig bedarf der Minderjährige der Zustimmung seiner gesetzlichen Vertreter.

(c) Zurechnung von Willensmängeln des Handelnden

Wird ein Stellvertreter eingeschaltet, ist grundsätzlich auf dessen Irrtum abzustellen (§ 166 I BGB). Beim Boten kommt es hingegen auf den Irrtum des Geschäftsherrn an.

(28)Passive Stellvertretung

Die Abgrenzung zwischen der Empfangsvertretung i.S.d. § 164 III BGB und der Empfangsbotenschaft spielt noch seltener eine Rolle. Sie erscheint daher regelmäßig entbehrlich. Von Bedeutung ist sie namentlich, wenn es (a) auf den Zeitpunkt des Zugangs der Erklärung des dritten Geschäftspartners ankommt, (b) die Auslegung dieser Erklärung zweifelhaft ist oder (c) es zu Fehlern bei der Weiterleitung der Erklärung durch den Mittelsmann an den Hintermann kommt.

(a) Zeitpunkt des Zugangs

Die Erklärung des dritten Geschäftspartners geht dem Geschäftsherrn bei Einschaltung eines Empfangsvertreters in dem Augenblick zu, in dem sie so in den Machtbereich des Empfangsvertreters gelangt, dass mit der Wahrnehmung (durch den **Empfangsvertreter**!) unter normalen Umständen zu rechnen ist. Handelt es sich hingegen um einen Empfangsboten, so bedarf es noch der **Übermittlung** der Erklärung zum Geschäftsherrn. Hier ist wiederum der **gewöhnliche Geschehensablauf** zu unterstellen. Der Zugang erfolgt also regelmäßig später als bei Einschaltung eines Empfangsvertreters.

(b) Auslegung der Willenserklärung des dritten Geschäftspartners

Abzustellen ist darauf, wie der (Empfangs-)**Vertreter** die Willenserklärung des Dritten verstehen durfte. Handelt es sich hingegen um einen Empfangsboten, so ist der Empfängerhorizont des **Geschäftsherrn** maßgeblich für die Auslegung.

(c) Übermittlungsfehler im Verhältnis zwischen Mittelsmann und Geschäftsherrn

Lediglich in der dogmatischen Begründung, nicht aber im Ergebnis unterscheidet sich die Behandlung von Übermittlungsfehlern im Verhältnis zwischen dem empfangenden Mittelsmann und dem Geschäftsherrn. Sie gehen in beiden Fällen **zulasten des Geschäftsherrn**:

- Empfangsbotenschaft:

Zwar ist für die Auslegung wie ausgeführt auf den Empfängerhorizont des Geschäftsherrn abzustellen, dabei wird allerdings derjenige Wortlaut der Erklärung zugrunde gelegt, den die Erklärung hatte, als sie den Empfangsboten (zulässigerweise!) erreichte. § 120 BGB findet daher gerade keine Anwendung. Begründung: Der dritte Erklärende darf mit der richtigen Übermittlung und entsprechenden Kenntnisnahme durch den Hintermann rechnen. Es obliegt diesem, seinen **Machtbereich** zu organisieren.

- Empfangsvertreter:

Handelt es sich beim Mittelsmann um einen (hierzu bevollmächtigten!) Empfangsvertreter, bedarf es streng genommen gar keiner Übermittlung mehr, da die Willenserklärung bereits mit Zugang bei diesem **wirksam** geworden ist.

3. Erklärung im fremden Namen (sog. Offenkundigkeit[149])

a. Grundsatz

Grundsätzlich gilt: Der Vertreter muss gegenüber dem Dritten offenlegen, dass er nicht für sich selbst, sondern für einen anderen handelt. Gesetzliches Ziel („**Telos**“) dieses Erfordernisses: **Schutz** des Dritten, der wissen soll, wer sein **Vertragspartner** ist. Im Zweifel greift die Auslegungsregel § 164 II BGB:

[149] Üblicherweise wird vom „Offenkundigkeitsprinzip“ gesprochen. Passender ist wohl „Offenheitsprinzip“ (so auch die Terminologie bei *Schäfer*, in BeckOK, § 164 BGB).

Bei nicht offengelegter Vertretung gilt das Geschäft als Eigengeschäft des Handelnden. Anfechtung ist ausgeschlossen.

b. Ausnahmen (Verzicht auf den Schutz der Offenkundigkeit, dogmatisch handelt es sich um eine teleologische Reduktion des § 164 I BGB)

(1) Handeln für noch zu benennenden Vertretenen ist möglich.

Bsp.: Kauf eines Gemäldes für einen anonymen Sammler.

(29)Unternehmensbezogenes Geschäft.

Hier wird grundsätzlich der Betriebsinhaber verpflichtet.[150] Zweifel über die Unternehmensbezogenheit gehen zu Lasten des Vertreters.[151]

(30)Geschäft für den, den es angeht

Hier verzichtet der Vertragspartner (idR Verkäufer/Veräußerer) häufig ganz darauf zu erfahren, ob sein Gegenüber Vertreter ist oder nicht und wenn ja, für wen (Vertretener) er handelt. Anwendungsbereich: **Bargeschäfte** des täglichen Lebens.

Das Geschäft für den, den es angeht hat Bedeutung v. a. für die dingliche Rechtslage. Es findet nämlich kein Durchgangserwerb beim Vertreter statt. Dessen etwaige Insolvenz schadet dem Vertretenen also nicht.

(31)Handeln unter fremdem Namen

Auftreten des „Vertreters“ unter dem Namen eines anderen. Nach h. M. ist hier durch Auslegung aus der **verobjektivierten** Sicht des **Dritten** (Geschäftspartner) zu unterscheiden, welche Fallgruppe vorliegt und welche Rechtsfolge entsprechend eintritt:

(a) Erste Fallgruppe: Handeln mit falscher Namensangabe

Der Handelnde benutzt einen falschen Allerwelts- oder Phantasienamen, der dem Vertragspartner jedoch **gleichgültig** ist (Bsp. Gast X, der inkognito bleiben will, nennt sich im Hotel Schneider). Genauso zu beurteilen ist der Fall, in welchem dem Geschäftspartner die Person seines Vertragspartners ohnehin gleichgültig ist (Bsp.: Mutter füllt Lottoschein mit dem Namen ihrer Tochter aus).

Als Rechtsfolge eines Handelns mit falscher Namensangabe ergibt sich Folgendes: Es liegt ein **reines Eigengeschäft** des Erklärenden vor, da hier keine dritte Person als potenziell Vertretener in Betracht kommt. Das Geschäft wirkt somit allein zwischen dem Handelnden und dem Geschäftspartner, weshalb die §§ 164 ff. BGB auch keine analoge Anwendung finden.

---

[150] Vgl. dazu § 56 HGB: „Wer in einem **Laden** oder in einem offenen Warenlager angestellt ist, **gilt als ermächtigt** zu Verkäufen und Empfangnahmen, die in einem derartigen Laden oder Warenlager gewöhnlich geschehen.“

[151] BGH, Urt. v. 4.4.2000 - XI ZR 152/99, NJW 2000, 2984, 2985.

(b) Zweite Fallgruppe: Identitätstäuschung

Der Handelnde benutzt bewusst den Namen einer bestimmten existierenden Person, um den Eindruck zu erwecken, er sei diese Person. Dem Vertragspartner kommt es gerade darauf an, mit **dieser bestimmten** Person zu kontrahieren.

Rechtsfolge: Es kommt nicht zu einem Vertragsschluss zwischen dem Handelnden und dem Geschäftspartner. Vielmehr muss sich der Handelnde so behandeln lassen, als habe er für den Träger des Namens das Geschäft abgeschlossen. Ist der über seine Identität Täuschende dem Träger des Namens gegenüber vertretungsberechtigt, so kann letzterem die Willenserklärung des Handelnden über eine **analoge** Anwendung des § 164 I BGB zugerechnet werden. Besteht keine Vertretungsmacht, steht dem Namensträger zumindest das Recht zu, den Vertrag durch Genehmigung **analog § 177 BGB** an sich zu ziehen.

Vertiefungsfall 22: Kunstinteressierter Abiturient (für das Selbststudium)

Der aus begütertem Elternhaus stammende 17jährige M interessiert sich seit einiger Zeit für zeitgenössische Kunst. Er hat zu Weihnachten einen größeren Geldbetrag geschenkt bekommen, den er in ein Kunstwerk investieren möchte. Nach den Weihnachtstagen hat er sich zwei Mal die Ausstellung in der renommierten, auf Werke der Gruppe ZERO spezialisierten Kunstgalerie Geißler angesehen. Der Einkauf in einer seriösen Galerie ist M sehr wichtig. Der Kauf bei einem Privatmann scheint ihm zu riskant. Da G, der Inhaber der Galerie, häufig auf Reisen ist, hat er den smarten S probeweise als Verkäufer angestellt. Mit dem Ende der Probezeit am 31.1. endet auch das Arbeitsverhältnis zwischen G und S.

Am Vormittag des 1.2., einem Sonntag, begegnen M und S sich zufällig vor dem Schaufenster der Galerie. Die beiden kommen ins Gespräch. Als M von seinen Absichten, ein Kunstwerk zu erwerben, erzählt und seiner Begeisterung für den von G ausgestellten Druck „Optische Partitur I (2014)“ von Günther Uecker zum Ausdruck verleiht, wittert S seine Chance für einen schnellen Deal. Um selbst mit M ins Geschäft zu kommen, gibt S sich als Inhaber der Galerie aus. Er weist jedoch mit Bedauern auf die „strengen Ladenschlussbestimmungen“ hin, die es ihm verböten, M heute in „seiner Galerie“ zu empfangen. Er lädt M daher in ein nahegelegenes Café ein. S kennt den von G verlangten Kaufpreis für den Druck, nämlich 6.000 €, und ist sich sicher, einen der in hundertfacher Auflage hergestellten Drucke von einem befreundeten Kunsthändler, K, günstig erwerben zu können. S erklärt M daher, er sei zum Verkauf des Drucks zu einem „Freundschaftspreis“ bereit. M zeigt sich interessiert und gibt S seine Mobilfunknummer. Gleich im Anschluss an das Gespräch mit M setzt S sich mit K in Verbindung. Wie von S erhofft, hat K ein Exemplar des Drucks vorrätig und verspricht, es dem S zum Preis von 3.000 € für einige Tage zu reservieren. Daraufhin nennt S dem M in einer SMS den Kaufpreis für den Druck. Dabei unterläuft ihm ein Missgeschick: S, der das Kunstwerk für 4.500 € verkaufen möchte, tippt versehentlich nur 450 € in sein Gerät ein. M antwortet sogleich und ebenfalls per SMS, er sei mit dem Angebot einverstanden.

Am folgenden Montag, den 2.2., begibt M sich auf der Suche nach weiteren interessanten Werken wieder in die Galerie des G. Diesmal trifft M auf den Inhaber G persönlich. G zeigt sich zwar verärgert über die Tatsache, dass S sich für ihn, G, ausgegeben hat, und klärt M über seine und des S wirkliche Identität auf. Dennoch lehnt G das Geschäft nicht ab, da er – unzutreffend – davon ausgeht, S habe von M den üblichen Galeriepreis in Höhe von 6.000 € für den Druck „Optische Partitur I (2014)“ verlangt. Angesichts der erfreulichen Gewinnaussicht (G

hat den Druck wesentlich günstiger erstanden) erklärt er M vielmehr, er könne den Druck am kommenden Samstagnachmittag, dem letzten Tag der aktuellen Ausstellung, liefern.

M unterrichtet seine Eltern anschließend ausführlich von seinen Gesprächen mit S und G. Die Eltern des M sind begeistert. Nachdem G den Druck am Samstag wider Erwarten nicht liefert, rufen ihn die Eltern des M an und verlangen Lieferung des Drucks gegen Zahlung des „vereinbarten Kaufpreises in Höhe von 450 €". G ist entsetzt über diesen niedrigen Preis und verweigert die Lieferung mit Hinweis auf seinen Irrtum betreffend den von S und M vereinbarten Preis.

Frage 1: Kann M von G Übergabe und Übereignung des Drucks „Optische Partitur I (2014)" zum Preis von 450 € verlangen?

Abwandlung und Fortsetzung:

Bei seinem Besuch in der Galerie des G am Morgen des 2.2. berichtet M dem G auch von dem mit S vereinbarten (günstigen) Preis für den Druck. G erklärt dem M daraufhin, dass er 6.000 € verlange. Für weniger gebe er das Kunstwerk keinesfalls her. M solle sich an S halten.

Im Gespräch mit seinen Eltern am Nachmittag desselben Tages, bei dem M ausführlich von seinen Gesprächen mit S und G und von dessen Reaktion auf den mit S vereinbarten Preis berichtet, meint M, er habe sich zwar über die Identität des S getäuscht, möchte an dem Geschäft aber dennoch festhalten. Die Eltern sind anderer Ansicht und erklären M, sie hätten das Geschäft auch dann nicht gebilligt, wenn S tatsächlich Galerist gewesen wäre. M solle sein Geld lieber für die anstehende Führerscheinprüfung und einen eigenen SUV sparen.

Zwischenzeitlich bereut es S, dass er von M – wie er glaubt – „nur 4.500 €" für den Druck verlangt hat. Als er M aus diesem Grunde noch einmal eine SMS schreiben möchte, bemerkt er den Irrtum mit dem Kaufpreis. Sofort wählt er die Telefonnummer des M. Dieser sitzt gerade mit seinen Eltern beim Abendessen. M erkennt sogleich die Nummer des S auf dem Display seines Mobiltelefons und erklärt seinen Eltern, wer ihn da anruft. Die Eltern bitten M um das Handy. Sie wollen selbst drangehen und „mit dem Kerl Klartext" reden. Nachdem die Eltern das Gespräch angenommen haben, erklären sie S zunächst, dass ihr Sohn als Minderjähriger solche Geschäfte alleine gar nicht abschließen könne, sie, die Eltern, bei solchen Dingen vielmehr ein gehöriges Wörtchen mitzureden hätten. S fragt daraufhin, ob er das Geschäft damit als „null und nichtig" ansehen dürfe. Er erläutert zudem, welcher Fehler ihm beim Verfassen seiner per SMS versandten Nachricht unterlaufen ist, und meint, er betrachte die Sache aus diesem Grund ohnehin als „ungültig". In der Zwischenzeit hat M seinen Eltern aufgeregt ein Zeichen gemacht. Diese bitten S um einige Minuten Geduld; sie würden sich sogleich wieder melden. Nun zeigt M seinen Eltern im Internet Abbildungen der Serie „Optische Partituren I – III (2014)" von Günther Uecker sowie eine Statistik, wonach der durchschnittlich erzielte Verkaufspreis der Drucke bei jeweils 5.500 € liegt. Die Eltern sind begeistert. Sogleich rufen sie S zurück und erklären ihm, dass sie den Kauf ihres Sohnes gutheißen. Notfalls seien sie sogar bereit, 4.500 € für den Druck zu bezahlen.

Frage 2: Welche Ansprüche hat M gegen G und S in Bezug auf den Druck „Optische Partitur I (2014)"?

4. Vertretungsmacht des Stellvertreters

Unterscheide zwischen **gesetzlicher** und **gewillkürter** Vertretung. Letztere setzt grundsätzlich eine **Bevollmächtigung** (§ 167 BGB) voraus.

a. Erteilung

Unterscheide zwischen Erteilung im Innenverhältnis (gegenüber dem Vertreter) und im Außenverhältnis (gegenüber dem Dritten). Beides ist gleichermaßen möglich, § 167 Abs. 1 BGB.

Erteilung erfolgt durch einseitiges Rechtsgeschäft.

Formbedürftigkeit der Vollmachterteilung?

Die Erteilung der Vollmacht ist grundsätzlich formfrei möglich, § 167 Abs. 2 BGB.

Die Rechtsprechung macht (wenig konsistent) zwei Ausnahmen:

- Erteilung einer unwiderruflichen Vollmacht zum Grundstückskauf (vgl. § 311 I 1 BGB)

- Erteilung einer Vollmacht zur Abgabe einer Bürgschaftserklärung (vgl. § 766 BGB)

b. Umfang der Vollmacht

(1) Grundsätzlich gilt: Der Umfang der rechtsgeschäftlich erteilten Vollmacht kann (mit Wirkung auch im Außenverhältnis!) beschränkt werden.

Fall 23: Autoentsorgung - Grundfall

Nach langen Diskussionen mit S (der bei „Fridays-for-future" sehr aktiv ist) über die Emissionswerte seines Mercedes-Benz C 63 AMG, entschließt sich V, den Wagen zu verkaufen. Er beauftragt daher seinen Bekannten Bert (B), der sich mit Wagen dieser Preisklasse gut auskennt, den Wagen zu veräußern, und händigt im Schlüssel und Papiere aus. Als Mindestpreis, den V erzielen möchte, nennt er B gegenüber 55.000 EUR. Bei B melden sich X und Y und geben Angebote über 50.000 Euro bzw. über 55.000 (X) Euro ab. Weil B den Y schon lange kennt, verkauft er ihm im Namen des V den Wagen für 50.000 Euro.

(2) Demgegenüber ist der Umfang der Prokura (§§ 48 ff. HGB) gesetzlich bestimmt und kann nur mit Wirkung im Innenverhältnis (Schadensersatz des Prokuristen gegenüber dem Vollmachtgeber!) beschränkt werden.

Fall 23: Autoentsorgung - Abwandlung 1 („Prokurist"):

V ist Kaufmann, B sein Prokurist i. S. d. § 49 I HGB.

(3) Weitere handelsrechtliche Besonderheiten, nämlich ein ebenfalls gesetzlich normierter Umfang der Vertretungsmacht im Außenverhältnis (→ Examinatorium Handels- und Gesellschaftsrecht) gelten für

- den Handlungsbevollmächtigten (§ 54 HGB) und

- den Angestellten in einem Laden oder offenen Warenlager (§ 56 BGB).

Beachte den Unterschied: Während grundsätzlich (1) die **Beschränkung der Innenvollmacht** auch auf das Außenverhältnis (Vertretungsmacht) durchschlägt, können im Fall der **Prokura** (2) oder im Fall der §§ 54 ff. HGB (3) mit dem gesetzlich vorgegebenen Umfang der Vertretungsmacht (§§ 49, 54, 56 HGB) das rechtliche Können (Außenverhältnis) einerseits und das rechtliche Dürfen (Innenverhältnis) auseinanderfallen.

c. Erlöschen

(1) Abhängigkeit der Vollmacht vom Grundgeschäft

Die Vollmacht erlischt grundsätzlich in Abhängigkeit vom zugrundeliegenden Rechtsgeschäft (häufig: Auftrag, Arbeitsvertrag, Dienstvertrag, Geschäftsbesorgung), § 168 BGB.

Bsp.: Mit der wirksamen Kündigung des Arbeitsvertrages endet auch die Vertretungsmacht des angestellten Kassierers zum Abschluss von Kaufverträgen im Namen der Ladeninhaberin.

Zu beachten ist jedoch der **Grundsatz der Abstraktheit** der Vollmacht vom Grundgeschäft. Demnach berührt die Unwirksamkeit des Grundgeschäfts nicht die Wirksamkeit der Vollmacht,[152] wenn nicht ausnahmsweise Grundgeschäft und Vollmacht gem. § 139 BGB zu einem einheitlichen Geschäft verbunden sind oder der Grund für die Nichtigkeit des Grundgeschäfts anderweitig auf die Wirksamkeit der Vollmachterteilung durchschlägt.

(2) Widerruf der Vollmacht

Auch durch Widerruf kann die Vollmacht jederzeit vom Vertretenen beseitigt werden, § 168 S. 2 BGB. Eine Ausnahme gilt nur für den Fall einer **befristeten** oder einer **unwiderruflich** erteilten Vollmacht.[153]

Der Widerruf ist grundlos möglich. Der Widerruf kann sowohl dem Vertreter als auch dem Dritten gegenüber erklärt werden, §§ 168 S. 3, 167 S. 1 BGB. Der Widerruf wirkt **ex nunc**.

d. Insbesondere: Anfechtung der Vollmacht

Möglich ist auch die Anfechtung der Vollmacht. Streitig ist, ob dies auch dann gilt, wenn es sich um eine Innenvollmacht handelt, von der der Vertreter bereits Gebrauch gemacht hat (sog. ausgeübte Innenvollmacht).

Bei der Prüfung der Anfechtung einer ausgeübten Vollmacht sind insbesondere folgende Punkte zu problematisieren:
→ Ist die Anfechtung überhaupt zulässig?
→ Wer ist richtiger Anfechtungsgegner?

[152] *Brox/Walker,* BGB AT, 42. Aufl. 2018, § 25 Rn. 551, der jedoch auf die in § 168 S. 1 zum Ausdruck kommende Verbindung zwischen Grundverhältnis und Vollmacht hinweist.
[153] Ausnahme: befristete bzw. unwiderrufliche Vollmachterteilung (vgl. § 168 S. 2 a. E.: „soweit sich nicht aus diesem [erg.: Rechtsverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem] etwas anderes ergibt.“).

→ Kann an die Stelle der durch Anfechtung vernichteten Vollmacht ein Rechtsscheintatbestand treten (der allerdings ggf. ebenfalls Gegenstand einer Anfechtung ist)?
→ Von wem kann der gutgläubige Vertragspartner Schadensersatz verlangen?

(1) Zulässigkeit der Anfechtung

Grundsätzlich sind alle Willenserklärungen anfechtbar, auch einseitige wie die Vollmachterteilung.

Umstritten sind allerdings die grundsätzliche Möglichkeit und die etwaigen Voraussetzungen der Anfechtung einer bereits ausgeübten Innenvollmacht.

(a) Meinungsstand

- Eine Minderheit hält die Anfechtung im Hinblick auf die **Konsequenzen für den dritten** Geschäftspartners des Vertretenen insgesamt für ausgeschlossen.[154]
- Die ganz herrschende Meinung will die Anfechtung der Vollmacht hingegen auch in den Fällen zulassen, in denen der Vertreter von der Vollmacht bereits Gebrauch gemacht hat, indem er das Rechtsgeschäft mit dem Dritten bereits abgeschlossen hat.[155] Dabei wird teilweise allerdings verlangt, dass der zur Anfechtung berechtigende Willensmangel auf das vom Vertreter geschlossene Geschäft „**durchschlägt**“.[156]

(b) Diskussion und Stellungnahme

Die Ansicht, wonach ein Anfechtungsrecht bei bereits ausgeübter Innenvollmacht ausgeschlossen ist, verdient keine Zustimmung. Vielmehr ist zwischen der Vollmachterteilung einerseits und dem Vertretergeschäft andererseits **rechtlich zu trennen** und die Frage der Anfechtbarkeit ist **unabhängig** voneinander zu beantworten. Dem von den Vertretern der Minderheitenansicht in den Vordergrund gerückten berechtigten Interesse des dritten Vertragspartners ist insbesondere durch einen Schadensersatzanspruch gemäß **§ 122 BGB** zu entsprechen (sogleich c).

(2) Wer ist richtiger Anfechtungsgegner?

Fraglich ist, wer richtiger Anfechtungsgegner der Anfechtung bei einer ausgeübten Vollmacht ist. Gem. § 143 II Hs. 1 BGB ist der Anfechtungsgegner bei einem Vertrag der andere Teil, mithin der Vertragspartner. Die Vorschrift § 143 III 1 BGB bestimmt zudem, dass bei einem einseitigen Rechtsgeschäft, das einem anderen gegenüber vorzunehmen war, der andere der Anfechtungsgegner ist. Danach könnte auch der Bevollmächtigte in Betracht kommen.

[154] So *Prölss*, JuS 1985, 577, 582; *Eujen/Frank*, JZ 1973, 232 ff.
[155] Z. B. BeckOK BGB/*Schäfer*, § 167 Rn. 57; MüKoBGB/*Schubert*, 8. Aufl. 2018, § 167 Rn. 48.
[156] Z. B. *Brox/Walker,* BGB AT, 42. Aufl. 2018, § 25 Rn. 574.

(a) Meinungsstand

- Nach einer ersten Ansicht ist entscheidend, ob eine Außen- oder eine Innenvollmacht erteilt wurde. Die Anfechtung müsse nämlich der Person gegenüber erklärt werden, der gegenüber die Vollmacht **erteilt** wurde.[157]
- Vertreter einer zweiten Ansicht wollen dem Anfechtenden ein Wahlrecht einräumen.[158]
- Nach einer dritten Ansicht[159] ist eine Anfechtung sowohl gegenüber dem Vertreter als auch gegenüber dem Geschäftspartner zu verlangen.
- Nach einer vierten in der Literatur vertretenen Ansicht muss die Anfechtung der ausgeübten Vollmacht grundsätzlich dem dritten Vertragspartner gegenüber erklärt werden.[160]

(b) Diskussion und Stellungnahme

Die Anhänger der zweiten Ansicht halten den Vertretern der zuerst genannten Ansicht zu Recht entgegen, dass gemäß § 143 III 1 BGB die Anfechtung gegenüber demjenigen zu erklären ist, gegenüber dem das Rechtsgeschäft „**vorzunehmen war**". Das ist bei der Bevollmächtigung wegen § 167 S. 1 BGB sowohl der Vertreter als auch der Vertragspartner. Das spricht eher für eine Alternativität zwischen den beiden Möglichkeiten auch im Hinblick auf die Anfechtung, und zwar unabhängig davon, ob die Bevollmächtigung tatsächlich im Innen- oder im Außenverhältnis erfolgt ist.[161] Gegen die Meinung, wonach sowohl dem Vertreter als auch dem dritten Geschäftspartner gegenüber angefochten werden muss, wird zutreffend eingewandt, dass den Vertretenen damit ein **zu großes Erklärungsrisiko** träfe.[162]

Überzeugend erscheint die vierte Ansicht. **Wirtschaftlich** geht es dem Anfechtungsberechtigten nämlich auch in den Fällen der Anfechtung der Innenvollmacht um die **Vernichtung** des mit dem dritten Vertragspartner getätigten Vertretergeschäfts.[163] Der Dritte **muss wissen**, dass durch Anfechtung der Vollmacht rückwirkend sein bereits begründeter Anspruch entfällt. Verneint man darüber hinaus in Fällen wie diesem eine Schadensersatzpflicht des (vollmachtlosen) Vertreters (s. u.), so ist auch kein Interesse des Vertreters zu erkennen, über die Anfechtung der bereits ausgeübten Vollmacht informiert zu werden.

(3) Von wem kann der gutgläubige Vertragspartner Schadensersatz verlangen?

Rechtfolge der Anfechtung ist letztlich die Unwirksamkeit des Geschäfts zwischen Vertretenem und Dritten geschlossenen Geschäfts. Grund ist das rückwirkende Entfallen der Vertretungsmacht. Es greift § 122 BGB: Der Anfechtende haftet auf Schadensersatz.

---

[157] So z. B. Palandt/*Ellenberger*, 78. Aufl. 2019, § 143 Rn. 6 und § 167 Rn. 3.
[158] Jauernig/*Mansel*, 17. Aufl. 2018, § 167 Rn. 11.
[159] *Petersen*, AcP 201 (2001), 375 ff.
[160] *Flume*, AT 2 (Das Rechtsgeschäft), 1979, § 31 5 b, S. 563 und § 52 5 c, S. 580.
[161] Jauernig/*Mansel*, 17. Aufl. 2018, § 167 Rn. 11.
[162] *Larenz/Wolf*, BGB AT, 9. Aufl. 2004, § 47 Rn. 36.
[163] *Larenz/Wolf*, BGB AT, 2004, § 47 Rn. 36.

Nach dem Wortlaut des § 122 ist derjenige ersatzberechtigt, demgegenüber die angefochtene Willenserklärung „abzugeben war“. Gemäß § 167 I kommt der Dritte genauso gut als Empfänger der angefochtenen Erklärung, nämlich der Bevollmächtigung, in Betracht, wie der Bevollmächtigte. Das genügt selbst dann für die Anwendbarkeit des § 122 I, wenn eine Vollmacht im Innenverhältnis erteilt wurde. Der dritte Geschäftspartner kann daher von dem Vertretenen, der die Innenvollmacht angefochten hat, gemäß § 122 I BGB Schadensersatz verlangen.

Der Vertreter haftet demgegenüber nicht nach § 179 BGB (str.).

Es ist nicht einzusehen, weshalb der Dritte das Recht haben sollte, zusätzlich[164] gegen den Vertreter vorzugehen.[165] Würde man anders entscheiden, käme man zwar in den meisten Fällen über einen **Regressanspruch** des Vertreters gegen den Vertretenen[166] letztlich zu einem ähnlichen Ergebnis. Es erscheint aber **unbillig**, auf diese Weise dem Vertreter das **Risiko** einer Insolvenz des Vertretenen aufzubürden. Demgegenüber erscheint es durchaus sachgerecht, den dritten Vertragspartner das Risiko einer etwaigen Insolvenz des Vertretenen tragen zu lassen. Dieses Risiko hätte er nämlich auch dann getragen, wenn die erteilte Vollmacht nicht durch Anfechtung vernichtet worden wäre.

Fall 24: Tannenbaumentsorgung

V bittet seinen 12-jährigen Sohn (S), für die Weihnachtsfeiertage eine Nordmanntanne zu erwerben. Auf einen Zettel, den V dem S mit auf den Weg gibt, notiert er: Deckenhöhe des Wohnzimmers = 3,2 m“. Damit alles glatt geht, ruft V den Weihnachtsbaumverkäufer (W) an und informiert ihn darüber, dass er seinen Sohn beauftragt habe, einen Baum für die Familie zu erwerben. Als S am Stand des W mit dem Zettel in der Hand erscheint, zeigt dieser ihm mehrere Bäume, unter denen S einen 3,10 m großen Baum aussucht. W ist bereit, den Baum in die Wohnung des V zu liefern. Als er dort ankommt, bemerkt V, dass er sich hinsichtlich der Größenangabe des Baumes verschrieben hat. Die Deckenhöhe in der Wohnung beträgt nämlich lediglich 2,30 und nicht 3,20 m. V erklärt gegenüber W, unter diesen Umständen fühle er sich nicht an den Kaufvertrag gebunden und auch die Vollmacht könne wegen dieses Fehlers „nicht gelten“. Er bittet daher um Lieferung eines kleineren Baumes. W weigert sich. Er möchte Zahlung des Kaufpreises, mindestens aber Ersatz der Transportkosten.

e. Rechtsschein

Das Bedürfnis nach Vertrauensschutz im Geschäftsverkehr erfordert, dass sich der dritte Geschäftspartner auf die ihm **erkennbaren Umstände** der Vollmachterteilung verlassen können muss.

Der Gesetzgeber hat verschiedene Konstellationen des Rechtsscheins des Fortwirkens gesetzlich geregelt in den §§ 170 - 173 BGB.

Liegen die Voraussetzungen vor, wirkt die Vollmacht zugunsten des gutgläubigen Dritten weiter:

---

[164] Selbstverständlich scheidet ein doppelter Schadensersatz in jedem Falle aus. Vielmehr haften der Anfechtende und der Vertreter ohne Vertretungsmacht allenfalls als Gesamtschuldner unter den Voraussetzungen des § 421.

[165] Vgl. Brox/*Walker*, BGB AT, 42. Aufl. 2018, § 25 Rn. 573.

[166] Als Anspruchsgrundlagen kommen sowohl § 122 I als auch §§ 280 I, 311 II. 241 II (c.i.c.) in Betracht.

(1) Außenvollmacht (§ 170 BGB):

Vollmacht wird im Außenverhältnis erteilt, im Innenverhältnis widerrufen.

(4) (Öffentliche) Kundgabe (§ 171 BGB):

Information des Dritten (bzw. der Allgemeinheit) über eine bereits erteilte Innenvollmacht, die später im Innenverhältnis widerrufen wird.

(5) Insbesondere: Vernichtung der Rechtscheinshaftung durch Anfechtung

Nach ganz herrschender Meinung finden die Vorschriften über *Willensmängel §§ 116 ff. BGB* auf die Kundgabe der Innenvollmacht (entsprechende) Anwendung.[167] Diese Ansicht überzeugt, weil die Rechtsscheinvollmacht nur zu einer Gleichstellung mit dem Fall der erteilten Vollmacht führen, nicht aber zu einer darüber hinausgehenden Besserstellung des dritten Geschäftsgegners führen soll.[168] Vor diesem Hintergrund wäre es unverständlich, wenn nur die Vollmachterteilung, nicht aber auch das den Rechtsschein begründende quasi-rechtsgeschäftliche Handeln, nämlich die Kundgabe der Vollmachterteilung,[169] angefochten werden könnte.

Beachte: Der Irrtum über die *Wirkung* des Rechtsscheins als auch die irrtümliche Annahme, eine wirksam erteilte Vollmacht *sei erloschen*, sind unerhebliche Rechtsfolgenirrtümer. Sie berechtigen daher nicht zur Anfechtung.

(6) Vollmachtsurkunde (§ 172 BGB)

Voraussetzungen der Rechtscheinsvollmacht i. S. d. § 172 BGB

1. Vollmachtsurkunde[170]: Person des Bevollmächtigten, Inhalt der Vollmacht
2. **Willentliches**[171] Aushändigen[172] durch den Vertretenen an den Stellvertreter
3. Vorlage[173] der Vollmachtsurkunde durch den Stellvertreter gegenüber dem Dritten
4. Vertrauen des Dritten auf den Rechtsschein
5. Kausalität des Vertrauens für Abgabe der Willenserklärung
6. Gutgläubigkeit des Dritten

[167] Siehe die zahlreichen Literaturnachweise bei MüKoBGB/*Schubert*, 8. Aufl. 2018, BGB § 171 Rn. 11 (Fn. 21) sowie auf Mot. I 238; Prot. I 146 (*Mugdan* I 484 ff., 741).
[168] MüKoBGB/*Schubert*, 8. Aufl. 2018, BGB § 171 Rn. 11.
[169] MüKoBGB/*Schubert*, 8. Aufl. 2018, BGB § 171 Rn. 7: Kundgabe ist rechtsgeschäftsähnliche Handlung.
[170] Zu den Anforderungen an eine Vollmachtsurkunde siehe RG, Urt. v. 14.6.1929 - VII 561/28, RG 124, 386.
[171] Ist die Urkunde abhandengekommen, so gilt § 172 nicht, BGH, Urt. v. 30.05.1975 - V ZR 206/73, BGHZ 65, 13 = NJW 1975, 2101.
[172] Das Aushändigen stellt eine geschäftsähnliche Handlung dar, so *Schäfer* in *Bamberger/Roth/Hau/Poseck*, § 172 Rn. 5.
[173] Nach h.M. genügt dabei die Ermöglichung der Wahrnehmung, ein tatsächliches Wahrnehmen des Inhalts muss nicht erfolgen, vgl. BGH, Urt. v. 20.12.1979 - VII ZR 77/78, BGHZ 76, 76, 78 f. = NJW 1980, 698, 699; eine andere Ansicht hält dem entgegen, dass auf einen Rechtsschein nur vertrauen könne, wer von dem Urkundeninhalt Kenntnis genommen hat, so *Frotz*, Verkehrsschutz im Vertretungsrecht, 1972, 301.

Rechtsfolge: Vertreter gilt als bevollmächtigt.

Fall 23 Autoentsorgung - Abwandlung 2 („Urkunde"):

V hatte dem B ein eigenhändig unterzeichnetes Papier ausgehändigt, das B dem Y auch vorgelegt hatte: „Hiermit ermächtige ich B, meinen Wagen Mercedes-Benz C 63 AMG zu verkaufen."

Fall 23 Autoentsorgung - Abwandlung 3 („Freundschaftsdienst"):

Wie Abwandlung 2, allerdings wusste Y, dass B ihm nur als Freundschaftsdienst den Wagen trotz des zu geringen Kaufpreises veräußert hat.

Wer die Mängel einer Vollmacht kennt oder kennen muss, kann sich nicht auf ihren Rechtsschein berufen, § 173 BGB[174].

Weitere, von Rechtsprechung und Literatur entwickelte Fälle der Rechtscheinsvollmacht sind:

(7) Duldungsvollmacht

Voraussetzungen:

- Der Vertreter ist nicht bevollmächtigt.
- Rechtsschein: Der Geschäftspartner kann aus dem äußeren Geschehen auf eine Bevollmächtigung schließen.
- Der Vertretene **kennt und duldet** das Auftreten des vollmachtlosen Vertreters
- Gutgläubigkeit des Dritten bezüglich der Vertretungsmacht, § 173 BGB analog.

Rechtsfolge: Vertretener kann sich gegenüber Drittem auf den Mangel der Vertretungsmacht **nicht berufen**.

Die Tatsache, dass ein Geschäftsherr angesichts eines eigenmächtigen rechtsgeschäftlichen Handelns eines anderen in der Vergangenheit nicht eingeschritten ist, abgeschlossene Verträge vielmehr sogar erfüllt hat, kann nicht nur als Genehmigung der jeweiligen Geschäfte gemäß § 177 Abs. 1 BGB im Einzelfall interpretiert werden, sondern auch als konkludente Vollmachterteilung für die Zukunft (im Innen- und im Außenverhältnis). Die Frage kann aber letztlich dahinstehen, wenn sich die Vertretungsmacht aus anderen Gründen wie der Duldungsvollmacht ergibt.

[174] Zwar spricht § 173 BGB vom Erlöschen der Vollmacht, er lässt sich jedoch ebenfalls auf den Fall der gänzlich fehlenden oder unwirksamen Erteilung einer Vollmacht anwenden, BGH, Urt. v. 8.11.1984 - III ZR 132/83, NJW 1985, 730.

Fall 25: Billige Boliden II (Opel Corsa GSi)[175]:

Auch Händler H hat einen volljährigen geschäftstüchtigen Sohn (S), der im elterlichen Betrieb mitarbeitet und gelegentlich Kaufverträge über Autos mit Kunden selbst abschließt, was seinen Vater nicht stört. H verzichtet nicht nur darauf, gegen das eigenmächtige Handeln seines Sohnes einzuschreiten. Vielmehr hat H bislang auch alle von S abgeschlossenen Verträge anstandslos erfüllt. Als sein Vater einen gut erhaltenen Opel Corsa GSi erwirbt, beschließt S diesen R anzubieten. Er sendet von der Firmen-E-Mailadresse des H, zu der sein Vater ihm die Zugangsdaten gegeben hat, eine E-Mail mit zahlreichen Fotos und einem Verkaufspreis von 9.000 Euro an die private E-Mailadresse des R, wobei er unter die E-Mail seinen eigenen Namen schreibt. Die E-Mail wird von Rs Sohn M geöffnet wird, den der wenig technikaffine R gebeten hatte, den Rechner „an seiner Stelle" zu bedienen und insbesondere eingehende Emails für ihn auszudrucken und ihm sogleich vorzulegen. Ausdrücklich verboten hat R dem M hingegen, auf „geschäftliche Emails" ohne vorherige Rücksprache mit ihm, R, zu antworten.

Die beiden Söhne kennen sich, da M schon häufig mit seinem Vater R im Autohaus des H war und beobachten konnte, mit welchem Geschick S Verkaufsgespräche führt. Um ihm zu imponieren und um das Wohlwollen seines Vaters wiederzugewinnen schreibt er S sogleich zurück, dass er den Wagen gerne für 9.000 Euro kaufe. Er versieht die E-Mail mit der Grußformel „Peace out, dein Marco"; das E-Mail-Programm fügt automatisch die Signatur des R hinzu. Als M seinem Vater kurze Zeit später von seinem „Coup" berichtet, ärgert der sich zwar über die Eigenmächtigkeit seines Sohnes, freut sich aber doch über das Schnäppchen und bittet H telefonisch um Lieferung des Wagens.

Abwandlung 1:

H entgegnet – insoweit zutreffend –, dass R doch wisse, dass er, H, seinen Sohn S nie zu Autoverkäufen bevollmächtigt habe. Er betrachte den Kaufvertrag daher als „null und nichtig".

Abwandlung 2:

Wäre das E-Mail-Angebot H zuzurechnen, wenn nicht sein Sohn S, sondern der ehemalige Prokurist P die E-Mail an R versendet hätte? H hatte P die Prokura erteilt, sie ihm jedoch wenige Wochen später wieder entzogen. Keine der beiden Tatsachen wurde ins Handelsregister eingetragen.

(8) Anscheinsvollmacht

Voraussetzungen der Anscheinsvollmacht:

- Auftreten des vollmachtlosen Vertreters als Vertreter (**wiederholt und von gewisser Dauer**)
- Rechtsschein: Der Geschäftspartner kann aus dem äußeren Geschehen auf eine Bevollmächtigung schließen.
- **Fahrlässige Unkenntnis** des Vertretenen (hätte kennen können)
- Gutgläubigkeit des Dritten bezüglich der Vertretungsmacht, § 173 BGB analog

[175] *Fortsetzung von Fall 17: Billige Boliden – Teil I (Ford Sierra Cosworth).*

Rechtsfolge: Vertretener kann sich gegenüber Drittem auf den Mangel der Vertretungsmacht **nicht berufen**.

Vertiefung: Eine auf *Flume* (AT, § 49, 4) zurückgehende, im Vordringen befindliche Minderheitenmeinung (MM) in der Lit. stellt die Berechtigung der Figur der Anscheinsvollmacht in Frage. Sie weist darauf hin, dass bei der sog. Anscheinsvollmacht ein einer **Vollmachterteilung gleichzusetzendes Verhalten** des Vertretenen fehlt. Dem Vertretenen sei allenfalls der Vorwurf der Nachlässigkeit, also eines **Verschuldens** zu machen. Verschulden sei aber noch **keine Willenserklärung**, auch keine konkludente. Daher seien Fälle, die von der Rechtsprechung und h. L. unter dem Stichwort „Anscheinsvollmacht" behandelt werden, richtigerweise nicht im Rückgriff auf die Regeln der §§ 164 ff. BGB, sondern der *culpa in contrahendo* zu lösen. Anspruchsgrundlage für einen Schadensersatzanspruch ist dann § 280 I i.V.m. §§ 241 II, 311 II BGB. In der Praxis liegt der Unterschied zwischen den beiden Ansichten darin, dass der Vertretene aufgrund der Figur der Anscheinsvollmacht zur Erfüllung verpflichtet ist. Demgegenüber umfasst der im Rahmen der culpa in contrahendo geschuldete Schadensersatz allein das negative Interesse (Vertrauensschaden). Konkret: Im ersten Fall muss der Vertretene die vom Vertreter vereinbarte Leistung erbringen, im zweiten Fall den Dritten so stellen wie dieser stünde, wenn er von Anfang an nicht auf die Gültigkeit des Vertrages vertraut hätte.

Fall 26: Anspruchsvoller Praktikant (zur Wiederholung aus dem GK BGB I)

Jurastudent S absolviert in der vorlesungsfreien Zeit nach seinem ersten Semester ein Praktikum in der Anwaltskanzlei des A. S ist der Meinung, er bedürfe eines eigenen PC, um sinnvoll arbeiten zu können. Den Vorschlag des A, den Sekretariatscomputer mitzubenutzen, weist S empört von sich. A erklärt, er werde sehen, ob er noch einen PC auftreiben könne. Da S vier Tage später immer noch nicht über einen eigenen Computer verfügt, entschließt er sich, auf eigene Faust tätig zu werden. Auf dem Briefpapier des A setzt er folgendes Schreiben auf und versendet es mit der Post:

§§ Rechtsanwaltskanzlei A §§

Hofstraße 7, 97070 Würzburg

An die Fa.

PC-Vertrieb P

Balthasar-Neumann-Promenade 13

97070 Würzburg

Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit bestelle ich im Namen von Rechtsanwalt A einen Computer CCX 7000 der Marke M. Bitte liefern sie gegen Rechnung an unsere Kanzleiadresse. gez. stud. iur. S (Praktikant)

P liefert am folgenden Tag. Als er von A Bezahlung des Computers verlangt, erfährt P, dass S die Bestellung ohne Wissen des A abgegeben hat. P fordert den A schriftlich dazu auf, zu erklären, ob er den Computer für die Kanzlei behalten wolle oder nicht. Als P drei Wochen später immer noch keine Antwort erhalten hat, fragt er nach seinen Ansprüchen.

f. Gesetzliche und organschaftliche Vertretung

1) Geschäftsunfähige und in ihrer Geschäftsfähigkeit beschränkte Personen werden durch ihre gesetzlichen Vertreter, insbes. ihre Eltern vertreten (vgl. §§ 1626 I, 1629 I BGB).

2) Juristische Personen werden durch ihre Organe vertreten[176]:

- § 26 II 1 BGB: Vereinsvorstand
- § 35 I GmbHG: Geschäftsführer
- § 78 I AktG: Vorstand.

Auf die *gesetzliche und die organschaftliche Stellvertretung* finden die Regelungen über den Rechtsschein (§§ 170 ff. BGB, siehe oben) keine, auch keine entsprechende Anwendung.

Arg.: Der gesetzlich Vertretene setzt schon keinen zurechenbaren Rechtsschein. In Bezug auf die organschaftlich vertretenen Personen gilt: Der Rechtsgeschäftsverkehr wird durch die Eintragung der Personenhandelsgesellschaften und Kapitalgesellschaften ins Handelsregister ausreichend geschützt, auf dessen Publizität sich die Teilnehmer im Rechtsverkehr verlassen können (§ 15 HGB), eine Ergänzung bedarf dieser Schutz nicht.[177] Allerdings ist es möglich, dass die juristische Person zurechenbar den Rechtsschein für das Bestehen einer Handlungsvollmacht iSd § 54 HGB setzt.

[176] Nach wohl h. M. handelt es sich bei der Vertretung von juristischen Personen nicht um einen Fall gesetzlicher Vertretung, sondern um eine besondere organschaftliche Vertretung.
[177] MüKoBGB/*Schubert*, 8. Aufl. 2018, BGB § 170 Rn. 5.

5. Beschränkungen der Vertretungsmacht

a. Insichgeschäft

Eine Vertretung ist ausgeschlossen bei sog. Insichgeschäften.

(1) Gesetzlich geregelte Fälle

- Verbot des **Selbstkontrahierens**, § 181 1. Alt. BGB

  Bsp.: Geschäftsführer G der X-GmbH verkauft an sich selbst im Namen der GmbH einen Firmenwagen.

- Verbot der **Mehrvertretung**, § 181 2. Alt. BGB

  Bsp.: V vertritt sowohl den Käufer als auch den Verkäufer beim Vertragsschluss.

(9) Schutzzweck des § 181 BGB

Vermeidung von **Interessenkollisionen** („Diener zweier Herren"). Daher sind auch Umgehungen, z. B. durch Einschalten eines Untervertreters unwirksam. Hier kommt eine **analoge** Anwendung von § 181 BGB in Betracht.

(10) Ausnahmen

- **Privatautonomie**: Ausdrückliche Befreiung vom Verbot des Insichgeschäfts, § 181 BGB durch Gestattung (einseitiges Rechtsgeschäft des Vertretenen).
- Erfüllung einer Verbindlichkeit, § 181 a. E. BGB

  Bsp.: Geschäftsführer G entnimmt der Kasse der GmbH einen Betrag, den diese ihm aus Darlehen schuldet.

- **Teleologische Reduktion** im Fall des Selbstkontrahierens: Das Insichgeschäft ist für den Vertretenen lediglich **rechtlich vorteilhaft** (vgl. § 107 I BGB).

  Bsp.: Geschäftsführer G schenkt seiner GmbH einen Wagen.

Besonderheiten sind bei Grundstücksschenkungen von gesetzlichen Vertretern an ihre minderjährigen Kinder zu beachten.

Dazu Fall 13: Großzügige Oma.

(11) Missbrauch der Vertretungsmacht

Es geht um Fälle, in denen das **rechtliche Können** (Vertretungsmacht im Außenverhältnis) weiter ist als das **rechtliche Dürfen** (Beschränkungen im Innenverhältnis).

(a) Kollusion von Vertreter und Drittem (= bewusstes Zusammenwirken mit Schädigungsabsicht)

Rechtsfolge ist regelmäßig die **Unwirksamkeit** des Vertretergeschäfts gemäß **§ 138 I BGB**. Hinzu treten häufig Schadensersatzansprüche sowohl gegen den Vertreter als auch gegen den

dritten Vertragspartner, z. B. aus §§ 826, 840 BGB oder aus culpa in contrahendo (§§ 280 I, 241 II, 311 II BGB).

(b) Fahrlässige Unkenntnis des Dritten

Wenn der dritte Vertragspartner zwar keine positive Kenntnis davon hat, dass der Vertreter seine Befugnisse überschreitet, sich Zweifel aber aufdrängen, bleibt das Rechtsgeschäft **wirksam**, der Vertretene kann dem Geschäftspartner jedoch die Einrede der **unzulässigen Rechtsausübung gemäß § 242 BGB** entgegenhalten und damit die Erfüllung verweigern. Die Einzelheiten sind umstritten.

Fall 23 Autoentsorgung - Abwandlung 4 („Vertreterprovision“)

Ganz ohne ein Auto hat das Leben für V seinen Glanz verloren. Um jedoch nicht erneut Diskussionen mit S ausgesetzt zu sein, hat er sich entschieden, einen Hyundai Kona EV anzuschaffen, der auf einer Liste der umweltfreundlichsten Autos ganz vorne mit dabei ist.

Die jahrelange Freundschaft mit B würdigend gibt er diesem eine weitere Chance, seine Geschäfte doch noch zufriedenstellend abzuwickeln und beauftragt ihn, einen solchen Wagen zu besorgen.

B wendet sich zu diesem Zweck an den Autohändler D, der B den für V bestimmten Wagen mit einem Rabatt von 5 % auf den Listenpreis von 30.000 EUR anbietet. B meint, er verdiene als „Vermittler des Kaufvertrags zwischen D und V“ eine kleine „Provision“. D macht daraufhin den Vorschlag, den Kaufpreis gegenüber V statt mit 28.500 EUR mit 30.000 EUR anzugeben und die Differenz in Höhe von 1.500 EUR nach Zahlung durch V an B weiterzureichen.

Als V von der „Nebenabrede“ zwischen B und D Wind bekommt, fragt er, ob er zur Zahlung von 30.000 EUR an D verpflichtet ist.

Missbrauch der Vertretungsmacht und Kollusion

I. Rechtsfolgen des stellvertretungsrechtlichen Abstraktionsprinzips:

1. Vertretungsmacht bleibt unberührt von aus dem Grundverhältnis (insbesondere Auftrag, Geschäftsbesorgung, Arbeitsvertrag) folgenden Zweckbestimmungen.

2. Wirksamkeit des Vertretergeschäfts ist auch ohne wirksames Grundverhältnisses denkbar.

3. Interne Beschränkungen des Grundverhältnisses schlagen nicht auf die Vertretungsmacht nach außen durch.

Bsp.: Siehe Fall 23 Autoentsorgung - Grundfall und Abwandlung 1 („Prokurist“).

II. Rechtspolitische Begründung des stellvertretungsrechtlichen Abstraktionsprinzips[178]:

1. Schutz des Vertragspartners

Er braucht sich keine Gedanken (Informationskosten!) über Wirksamkeit und Grenzen des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses zu machen.

2. Schutz des Vertreters

Er haftet bei unbewussten Überschreitungen der Vertretungsmacht nicht gemäß § 179 BGB gegenüber dem dritten Vertragspartner.

III. Grenzen des Schutzes des Vertragspartners

Der durch das Abstraktionsprinzip vermittelte Schutz des Geschäftspartners ist nur solange berechtigt, wie er, weil redlich, schutzwürdig und schutzbedürftig erscheint. Relevant sind zwei Konstellationen, in denen das Abstraktionsprinzip durchbrochen wird:

1. Missbrauch der Vertretungsmacht

Der Vertragspartner kennt die Beschränkungen im Innenverhältnis.

Bsp.: Fall 23 Autoentsorgung - Abwandlung 3: („Freundschaftsdienst“)

Vertiefung: Anders als die h. Literatur verlangt die Rechtsprechung im Fall der gesetzlichen (nicht der rechtsgeschäftlich eingeräumten) Vertretungsmacht zusätzlich, dass der Vertreter vorsätzlich seine Pflicht im Innenverhältnis verletzt.[179] Die praktische Bedeutung der Frage ist gering, weil dem Vertreter eine objektiv evidente Pflichtverletzung nur selten nicht bewusst sein dürfte.[180]

2. Fahrlässige Unkenntnis des Missbrauchs?

Unstreitig ist ein Missbrauch der Vertretungsmacht (mit der Folge der Durchbrechung des Abstraktionsprinzips) anzunehmen, wenn der Vertragspartner positive Kenntnis vom Pflichtverstoß des Vertreters hat. Die heute herrschende Meinung bejaht darüber hinaus nicht schon bei bloß leicht fahrlässiger Unkenntnis, sondern nur bei für den Dritten „objektiv evidenter Überschreitung der Vertretungsmacht“ eine Durchbrechung.

3. Kollusion

Vertreter und Vertragspartner wirken bewusst zum Nachteil des Vertretenen zusammen

Bsp.: Fall 23 Autoentsorgung - Abwandlung 4 („Vertreterprovision“)

[178] *Lieder*, Missbrauch der Vertretungsmacht und Kollusion, JuS 2014, 681 m. w. N. (lesenswert!).
[179] BGH, Urt. v. 25.3.1968 - II ZR 208/64, NJW 1968, 1379, 1380 (Vertreter hat „bewusst zum Nachteil“ des Vertretenen gehandelt).
[180] *Lieder*, JuS 2014, 681, 684.

IV. Dogmatische Behandlung von Missbrauch und Kollusion[181]

Es konkurrieren vier verschiedene Lösungsansätze miteinander:

1. Stellvertretungsrechtliche Lösung:

Der Grundsatz der Abstraktheit der Vertretungsmacht ist aus teleologischen, d. h. aus Wertungsgründen (siehe oben II) zu durchbrechen: Die Beschränkungen des Innenverhältnisses schlagen in diesem Fall ausnahmsweise auf die Vertretungsmacht im Außenverhältnis durch.[182]

2. Arglisteinrede

Dem Vertretenen steht die Arglisteinrede oder der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB) gegenüber den Ansprüchen des Vertragspartners zu.[183]

3. Sittenverstoß

Nichtigkeit des Vertretergeschäfts wegen Sittenverstoßes (§ 138 I BGB).[184]

Nach allen drei Lösungen (1 bis 3) ist Genehmigung gemäß § 177 ff. BGB analog möglich.[185]

4. Anspruch auf Vertragsauflösung

Wirksamkeit des Vertrags. Allerdings steht dem Vertretenen gegenüber dem Vertragspartner ein Schadensersatzanspruch aus c.i.c. (§§ 280 I, 311 II, 241 II BGB) zu, gerichtet auf Vertragsaufhebung als Form der Naturalrestitution, § 249 I BGB.[186]

V. Weitere Rechtsfolgen

Hinzu treten häufig Schadensersatzansprüche sowohl gegen den Vertreter als auch gegen den Vertragspartner, z. B. aus §§ 826, 840 BGB[187] oder aus culpa in contrahendo (§§ 280 I, 241 II, 311 II BGB).[188]

Ein Ersatzanspruch des Vertragspartners gegen den Vertreter scheitert regelmäßig an seiner Bösgläubigkeit nach § 179 III 1 BGB.

[181] *Lieder*, JuS 2014, 681, 684.
[182] Z. B. *Lieder*, JuS 2014, 681, 684.
[183] MüKoBGB/*Schubert*, 8. Aufl. 2018, § 164 Rn. 215.
[184] BGH, Urt. v. 17.05.1988 - VI ZR 233/87, NJW 1989, 26.
[185] Im Hinblick auf den Fall der Kollusion ist dies umstritten, siehe die Nachweise bei *Lieder*, JuS 2014, 681, 685.
[186] *Heckelmann*, Mitverschulden des Vertretenen bei Mißbrauch der Vertretungsmacht, JZ 1970, 62, 65.
[187] BGH, Urt. v. 14.6.2000 - VIII ZR 218/99, NJW 200, 2896, 2897.
[188] MüKoBGB/*Schubert*, 8. Aufl. 2018, § 164 Rn. 215.

6. Willensmängel, Kenntnis und Kennenmüssen (§ 166 BGB)

a. § 166 Abs. 1 BGB

- Anfechtung der Willenserklärung des Vertreters gemäß §§ 119 ff. ist grundsätzlich möglich. Dabei ist folgendes zu beachten:
  - Abzustellen ist auf Willensmängel des Vertreters, nicht des Vertretenen,
  - die Anfechtungserklärung muss jedoch grundsätzlich vom Vertretenen erklärt werden.
- Die Kenntnis von bestimmten Umständen spielt insbesondere in folgenden Konstellationen eine Rolle:
  - Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis eines Sachmangels durch den Stellvertreter insbesondere bei Abschluss eines Kaufvertrages oder Übergabe der Sache (§ 442, vgl. aber auch § 536b BGB) schließt die **Gewährleistungsrechte** des Vertretenen aus.
  - **Gutgläubiger Erwerb** eines dinglichen Rechts gemäß §§ 932 ff. bzw. § 892 BGB.
  - **Verschärfte Haftung** des rechtsgrundlosen und des bösgläubigen Besitzers gemäß §§ 819 und 987 ff. BGB. § 166 I BGB gilt analog (str.).
- Auch bei der Auslegung von Willenserklärungen kommt es auf die Person des Stellvertreters an, und zwar sowohl im Hinblick auf die vom Vertreter abgegebene Erklärung als auch im Hinblick auf das Verständnis der vom Passivvertreter empfangenen Erklärung.

b. § 166 Abs. 2 BGB

Die Vorschrift regelt den Fall, dass **Vollmacht** erteilt wurde und der Vertreter nach **bestimmten Weisungen** (**weit** zu verstehen) des Vertreters gehandelt hat. In diesem Fall kommt es hinsichtlich der Kenntnis bestimmter Umstände ausschließlich auf die Person des Vertretenen an.

Die Regelung verhindert zum Beispiel, dass der Vertretene sich dadurch Eigentum an einer dem Veräußerer nicht gehörenden Sache verschafft, dass er einen unwissenden Vertreter die für §§ 929 S. 1, 932 BGB erforderliche Einigungserklärung in seinem (des Vertretenen) Namen abgeben lässt.

Umstritten ist, ob die Vorschrift analog auch auf Willensmängel des Vertretenen anwendbar ist. Der BGH bejaht das jedenfalls für den Fall der arglistigen Täuschung des Vertretenen (§ 123 BGB).

c. Analoge Anwendung auf Verhandlungsgehilfen

(1) Zurechnung gem. § 166 I BGB direkt

Handelt es sich um die Zurechnung von Willensmängeln oder Kenntnissen eines Verhandlungsgehilfen statt eines Stellvertreters, ist der persönliche Anwendungsbereich von § 166 I BGB nicht eröffnet.

(12)Zurechnung gem. § 166 I BGB analog

Eine analoge Anwendung von § 166 I BGB erfordert das Vorliegen der Voraussetzungen einer Analogie.

(a) Planwidrige Regelungslücke

Eine gesetzliche Regelung über die Zurechnung von Kenntnis oder Willensmängeln des Verhandlungsgehilfen besteht nicht.

(b) Vergleichbare Interessenlage

Die Interessenlage müsste aber auch vergleichbar sein. Hier ist zu differenzieren, ob es um die Zurechnung von Kenntnis/Kennenmüssen oder von Willensmängeln geht (vgl. § 166 I BGB).

(aa) Vergleichbarkeit bezüglich Rechtsfolgen der Wissenszurechnung

Wie der Vertreter auch, ist ein Verhandlungsgehilfe vom Geschäftsherrn dazu berufen, im Rechtsverkehr als sein **Repräsentant** bestimmte Aufgaben in **eigener Verantwortung** zu erledigen und die dabei anfallenden Informationen zur Kenntnis zu nehmen und gegebenenfalls weiterzugeben. Insofern besteht Vergleichbarkeit.

bb) Vergleichbarkeit bezüglich Rechtsfolgen der Willenszurechnung

Anders als im Fall der Vertreterbestellung bevollmächtigt der Geschäftsherr den Verhandlungsgehilfen hingegen gerade **nicht** zur Abgabe einer eigenen Willenserklärung, da **sein eigener** und nicht dessen Wille letztlich ausschlaggebend für das Geschäft sein soll.

(c) Ergebnis

Eine analoge Anwendung des § 166 I BGB auf den Verhandlungsgehilfen ist somit nur angezeigt, soweit es um die Zurechnung von dessen Kenntnis/Kennenmüssen geht.

Dazu Fall 15: Selbständiger Immobilienspezialist (Scheingeschäft)

7. Der Vertreter ohne Vertretungsmacht (falsus procurator)

a. Vertretergeschäft ohne Vollmacht

Das Fehlen der Vertretungsmacht bei Abschluss des Vertretergeschäfts kann verschiedene Gründe haben. In Betracht kommen insbesondere die folgenden Konstellationen:

- es wurde nie eine Vollmacht erteilt,
- das Vertretergeschäft ist von der – erteilten – Vollmacht nicht gedeckt

  Bsp.: Vollmacht zum Kauf eines Autos „bis 10.000 EUR“, Abschluss eines Kaufvertrags über ein Auto zum Preis von 12.000 EUR.

- Vollmachterteilung war unwirksam

  Bsp.: mangelnde Geschäftsfähigkeit des Vollmachtgebers, Formverstoß.

- die Vollmacht wurde rechtzeitig (= vor Gebrauch) widerrufen (§ 168 S. 2 BGB)
- die Vollmacht erlischt gemeinsam mit dem zugrundeliegenden Rechtsgeschäft (§ 168 S. 1 BGB)

Bsp.: Arbeitgeber A kündigt dem angestellten Verkäufer V am Ende der Probezeit.

- die ausgeübte Vollmacht wurde wirksam angefochten (str., siehe oben)

b. Verhältnis zwischen Vertretenem und Drittem

1) Im Verhältnis zwischen Drittem und Vertretenen sind der schuldrechtliche Vertrag oder die Einigung zur Rechtsänderung schwebend unwirksam (§ 177 I BGB).

2) Der Vertretene oder der Vertragspartner können den Schwebezustand durch Genehmigung bzw. Widerruf beseitigen (§ 177, 178 BGB).

Systematik: Die Regelungstechnik entspricht weitgehend derjenigen in §§ 108, 109 BGB über die Genehmigung bzw. Nichtgenehmigung rechtlich nachteiliger Rechtsgeschäfte, die durch einen beschränkt Geschäftsfähigen ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters vorgenommen wurden. Auch diese Geschäfte sind zunächst „schwebend unwirksam".

- Der **andere Teil** kann den Vertrag bis zur Erteilung der Genehmigung **widerrufen**, es sei denn, ihm war der Mangel der Vertretungsmacht beim Abschluss des Vertrags bekannt (§ 178 BGB). Widerruf ist sowohl gegenüber dem Vertreter als auch gegenüber dem Vertretenen möglich (§ 178 S. 2 BGB).
- Der **Vertretene** kann das Geschäft gemäß § 177 I BGB entweder genehmigen („an sich ziehen") oder die Genehmigung verweigern. Die Erklärung kann grundsätzlich sowohl gegenüber dem Vertreter als auch gegenüber dem anderen Teil abgegeben werden, § 182 I BGB.

  Die Genehmigung führt grundsätzlich zur rückwirkenden Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts (**ex-tunc**-Wirksamkeit, § 184 I BGB).

  Die Verweigerung der Genehmigung führt grundsätzlich zur endgültigen Unwirksamkeit des Geschäfts.
- Fordert der **andere Teil** den Vertretenen auf, sich über die Genehmigung zu erklären, so kann die Erklärung – abweichend von § 182 BGB – nur ihm gegenüber und nicht dem Vertreter gegenüber abgegeben werden, § 177 II 1 1. HS BGB. Eine dem Vertreter gegenüber vorher erklärte Genehmigung oder Verweigerung der Genehmigung wird wieder unwirksam, § 177 II Satz 1 2. HS. Das bedeutet, dass der Zustand der schwebenden Unwirksamkeit wieder aufleben kann.

c. Verhältnis zwischen Drittem und Vertreter ohne Vertretungsmacht

Verweigert der Vertretene die Genehmigung, so haftet der Vertreter grundsätzlich an Stelle des Vertretenen (§ 179 BGB).

Beachte: § 179 BGB findet nach h. M. **keine Anwendung**, wenn der tatsächlich vollmachtlose Vertreter nach den Grundsätzen der **Rechtsscheinvollmacht** (§§ 170 – 173 BGB, Duldungs- und Anscheinsvollmacht, s. o.) als bevollmächtigt gilt.

1) Keine Haftung des falsus procurator, wenn

- der Vertretene das Rechtsgeschäft genehmigt (s. o., § 177 I BGB)
- der Vertragspartner nach § 178 BGB widerruft.
- der Geschäftspartner das Fehlen der Vertretungsmacht kannte oder hätte kennen müssen (§ 179 III 1 BGB)
- wenn Vertreter nicht voll geschäftsfähig war (§ 179 III 2 1. Halbsatz BGB), außer der beschränkt geschäftsfähige Vertreter handelte mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters (§ 179 III 2 2. HS BGB).

§ 179 I BGB schützt zudem nur das **Vertrauen in die Vertretungsmacht**. Eine Haftung des Vertreters ist daher ausgeschlossen, wenn **andere Nichtigkeitsgründe** eingreifen.[189]

2) Haftung gemäß § 179 Abs. 1 BGB

<u>Voraussetzungen der Haftung des vollmachtlosen Stellvertreters (§ 179 I BGB):</u>

I. Auftreten als Stellvertreter

II. Fehlen der Vertretungsmacht

Das Fehlen der Vertretungsmacht wird gesetzlich vermutet („sofern nicht…"). Das heißt, der Vertreter muss sich gegebenenfalls auf das Vorliegen der Vertretungsmacht berufen und sie auch beweisen.

III. Verweigerte Genehmigung des Vertretenen

<u>Rechtsfolge</u>: Der falsus procurator ist – nach Wahl des Dritten – zur Erfüllung *oder* zum Schadensersatz in Höhe des positiven Interesses verpflichtet.

Grundsätzlich steht dem Vertragspartner ein Wahlrecht zu. Er kann den vollmachtlosen Vertreter entweder auf **Erfüllung** oder auf **Schadensersatz** (in Höhe des positiven Interesses[190]) Anspruch nehmen. Wählt er Erfüllung, so erlangt der falsus procurator die Stellung eines **Quasi-Vertragspartners**, das heißt, er kann auch alle **Gegenrechte** eines solchen geltend machen, insbesondere Gewährleistungsansprüche oder ein Anfechtungsrecht.

[189] Jauernig-*Jauernig*, § 179 Rn. 4 m.w.N.
[190] Der Vertragspartner ist vermögensmäßig so zu stellen wie er stünde, wenn der Vertrag erfüllt worden wäre.

3) Haftungsbeschränkung gemäß § 179 Abs. 2 BGB

Kannte der Vertreter den Mangel der Vertretungsmacht nicht, so hat er dem anderen Teil nur den Vertrauensschaden (**negatives Interesse**[191]) zu ersetzen. Dieser ist zudem durch das sog. **positive Interesse** (Erfüllungsinteresse) beschränkt. Vgl. die entsprechende Regelung in § 122 BGB (Schadensersatzpflicht des Anfechtenden).

4) Die umstrittene Anwendbarkeit der c.i.c. neben § 179 BGB
   - Die Vertreter der h. M.[192] sprechen sich **gegen** die Anwendbarkeit der c.i.c. neben § 179 BGB aus. Sie halten diese Vorschrift für eine **abschließende** Regelung des Problems des Vertreters ohne Vertretungsmacht und verweisen insbesondere auf die Wertung des **§ 179 III BGB**, die andernfalls umgangen würde.
   - Die Minderheitenmeinung[193] hingegen, die sich für eine **parallele** Anwendbarkeit der beiden Anspruchsgrundlagen ausspricht, verweist auf die **engeren Voraussetzungen** der c.i.c., die im Gegensatz zu § 179 BGB ein **Verschulden** voraussetzt.

d. Einseitige Rechtsgeschäfte

Einseitige Rechtsgeschäfte, die ein Vertreter ohne Vertretungsmacht vornimmt, sind grundsätzlich **nichtig** (§ 180 Satz 1 BGB). Vgl. die entsprechende Regelung in § 111 (einseitige Rechtsgeschäfte des beschränkt Geschäftsfähigen).

8. Untervertretung

a. Grundsatz

Der Unterbevollmächtigte leitet seine Vertretungsmacht nicht unmittelbar vom Geschäftsherrn, sondern vom Vertreter ab. Er kann den Geschäftsherrn gegenüber dem dritten Vertragspartner unmittelbar berechtigen und verpflichten.

Voraussetzungen wirksamer Verpflichtung des Geschäftsherrn aufgrund Untervertretung

I. Stellvertretung

1. Eigene WE des Untervertreters

2. Handeln im Namen des Geschäftsherrn (Offenkundigkeit)

II. Wirksamkeit der Stellvertretung

1. Wirksame Untervollmacht (Erteilung durch den Hauptbevollmächtigten)

[191] Der Vertragspartner ist vermögensmäßig so zu stellen wie er stünde, wenn er nicht auf die Möglichkeit, mit dem Vertretenen einen Vertrag zu schließen, vertraut hätte.
[192] *Faust*, BGB AT, § 27 Rn. 11.
[193] *Bork*, BGB AT, § 34 Rn. 1636.

2. Berechtigung des Hauptbevollmächtigten, eine Untervollmacht zu erteilen.

Fall 27: Sehr selbständiger Immobilienspezialist (Untervertretung)

E hat eine Hälfte seines Doppelhausgrundstücks an K verkauft und ihm das Eigentum daran übertragen. K hatte seinen in Immobiliensachen erfahrenen Schwiegersohn S beauftragt, die Verhandlungen mit E zu führen. E wiederum hatte dem S erklärt, dass ihm sehr an einem möglichst einheitlichen Erscheinungsbild der beiden Haushälften gelegen sei und er daher gerne einen gemeinsamen Architekten für beide Doppelhaushälften auswählen würde. S, der Angst hatte, E könnte das Grundstück an einen dritten Interessenten verkaufen, hatte daraufhin wahrheitswidrig gegenüber E behauptet, er sei von K auch zur Beauftragung des Architekten bevollmächtigt. Er (S) könne deshalb auch jeder anderen Person entsprechende Untervollmacht erteilen. Daraufhin hatten S und E folgende schriftliche Zusatzvereinbarung getroffen: „S erteilt dem E Untervollmacht dazu, im Namen des K einen Architekten mit der Planung des Doppelhauses des K zu beauftragen."

Zwischenzeitlich hat E den Architekten A aufgesucht und mit der Planung auch der zweiten Doppelhaushälfte im Namen des K beauftragt. Dabei hat E gegenüber A deutlich gemacht, dass er lediglich aufgrund einer ihm von S eingeräumten Untervollmacht handle.

A verlangt nun für bereits getätigte Planungsleistungen von K die Begleichung einer Rechnung in Höhe von 1.500 €. K verweigert die Bezahlung. Er habe A weder selbst beauftragt noch habe er S dazu bevollmächtigt, einen Architekten zu engagieren, geschweige denn einen Architekten durch E oder einen sonstigen Dritten engagieren zu lassen. A beharrt auf Zahlung seines Honorars in Höhe von 1.500 €. Mindestens will er die Erstattung von 250 €, die er für die Beauftragung eines freien Mitarbeiters aufwenden musste. Den freien Mitarbeiter hatte A aufgrund des für die zweite Doppelhaushälfte anfallenden zusätzlichen Planungsaufwands engagieren müssen.

Von wem kann A Zahlung des Architektenhonorars oder Ersatz der Kosten für den zusätzlichen Mitarbeiter verlangen?

b. Fehlende Vertretungsmacht des Untervertreters

Rechtlich interessant sind Fälle, in denen der Vollmacht des Untervertreters entweder

- am Fehlen einer wirksamen Unterbevollmächtigung (Fall 1)
- oder am Fehlen einer wirksamen Hauptvollmacht (Fall 2)

leidet.

Fall 1: Im Fall des Fehlens der wirksamen Unterbevollmächtigung haftet unproblematisch allein der Unterbevollmächtigte dem dritten Vertragspartner gegenüber nach § 179 BGB.

Fall 2: Hier stellt sich die Frage, wen der dritte Vertragspartner in Anspruch nehmen kann gemäß § 179 BGB. In Betracht kommen

- der Unterbevollmächtigte (c) und
- der Hauptbevollmächtigte (d).

c. Haftung des Untervertreters bei fehlender Hauptvollmacht?

Umstritten ist, ob der Untervertreter dem Dritten gegenüber haftet, wenn die Untervollmacht lediglich wegen eines Mangels der Hauptvollmacht unwirksam ist und der Untervertreter die Vertretungskette offengelegt hat.

(1) Meinungsstand

(a) Herrschende Meinung: Offenlegung der Vertretungskette schließt Haftung aus

Die h.M. differenziert danach, ob die **Untervertretung offengelegt** wurde.[194] Ist dies erfolgt, so haftet der Untervertreter nur für Mängel der Untervollmacht, nicht aber der Hauptvollmacht. Dogmatisch erreicht die h. M. dieses Ergebnis durch eine teleologische Reduktion von § 179 BGB. Wurde die Untervertretung dem Geschäftspartner jedoch nicht offengelegt, haftet der Untervertreter für Mängel sowohl der Untervollmacht als auch der Hauptvollmacht.

(b) Minderheitenmeinung: Kein Haftungsausschluss

Die Gegenansicht[195] sieht die Haftung nach § 179 BGB **niemals** als ausgeschlossen an.

(13)Diskussion und Stellungnahme

Die Vertreter der Minderheitenmeinung machen geltend, dass § 179 BGB eine **Garantiehaftung** des vollmachtlosen Vertreters statuiert. Er hafte dafür, dass die von ihm **behauptete Rechtsmacht**, den Vertretenen zu verpflichten, tatsächlich nicht besteht.

Die Differenzierung der h. M. überzeugt demgegenüber. Wem wirksam Untervollmacht erteilt wurde und gegenüber dem dritten Geschäftspartner klarstellt, dass er lediglich als Untervertreter handelt, der behauptet lediglich und zutreffend, Vertretungsmacht im Verhältnis zum Hauptvertreter zu haben. Ein darüberhinausgehendes Vertrauen, das eine Garantiehaftung gegenüber dem dritten Geschäftspartner begründen könnte, nimmt der Untervertreter nicht in Anspruch. Schließlich ist zu bedenken, dass dem Unterbevollmächtigten die **Überprüfung** der Hauptvollmacht regelmäßig nicht leichter möglich ist als dem Geschäftsgegner.

Im Ergebnis gilt daher: Bei **Offenlegung der Untervertretung** und einem Mangel allein der Hauptvollmacht erscheint daher eine Haftung allein des Hauptvertreters angemessener als eine (gesamtschuldnerische) Garantiehaftung (auch) des Untervertreters.

Zusammenfassung: Zur Haftung des *Untervertreters* gemäß § 179 BGB:

Fall 1: Mangelhafte Untervollmacht: Haftung (+)

Fall 2: Mangelhafte Hauptvollmacht:

- Untervertretung wurde nicht offengelegt: Haftung (+)

[194] *Bitter*, BGB AT, § 10 Rn. 197; MüKoBGB/*Schramm*, § 167, Rn. 99, Palandt/*Ellenberger*, § 167 Rn. 12; Staudinger/*Schilken*, § 167 Rn. 73; siehe auch BGHZ 32, 250 für die mittelbare Untervertretung.
[195] *Brox/Walker*, BGB AT, Rn. 548; *Faust*, BGB AT, § 28 Rn. 4; *Kötz*, Vertragsrecht, Rn. 473 o. Begr.; *Leipold*, BGB AT, § 26 Rn. 25ff.

- Untervertretung wurde offengelegt: str. (s. o.)

d. Haftung des Hauptbevollmächtigten gem. § 179 I BGB (analog) bei einem Mangel der Untervollmacht wegen unwirksamer Hauptvollmacht

Zu erwägen ist eine Haftung des Hauptbevollmächtigten gegenüber dem Dritten nach den Regeln über den Vertreter ohne Vertretungsmacht, § 179 BGB (analog).

(1) Direkte Anwendung

Problematisch ist, dass der Hauptbevollmächtigte nicht selbst gegenüber dem Anspruchssteller aufgetreten ist. Damit scheidet eine direkte Anwendung von § 179 BGB in diesem Verhältnis aus.

(14)Analoge Anwendung

Die Voraussetzungen einer Analogie, nämlich des Bestehens einer (1) planwidrigen Regelungslücke sowie einer (2) vergleichbaren Interessenlage, sind gegeben.

(a) Planwidrige Regelungslücke

Es ist nicht erkennbar, dass der Gesetzgeber den Fall, dass der Vertragsschluss mit dem dritten Vertragspartner nicht durch den falsus procurator selbst, sondern durch einen (letztlich vollmachtlosen) Untervertreter erfolgt, **bewusst** anders behandeln wollte als den falsus procurator im Grundfall der **einstufigen Vertretung**. Eine planwidrige Regelungslücke liegt vor.

(b) Vergleichbare Interessenlage

Auch die Interessenlage ist vergleichbar, da der Hauptvertreter den Vertragsschluss zumindest **veranlasst** hat und der Mangel der Vertretungsmacht aus seinem **Einflussbereich** resultiert.[196] Schon deshalb erscheint es **interessengerecht**, dass er das Risiko der fehlgeschlagenen Vertretungsmacht in diesem Verhältnis zu tragen hat. Insbesondere im Fall der Offenlegung der Untervertretung wird das **Vertrauen** in die Wirksamkeit der Bevollmächtigung auf Veranlassung des Hauptvertreters beansprucht. Dies rechtfertigt es, den Hauptvertreter als denjenigen anzusehen, der beim Geschäftspartner Vertrauen erweckt und ihm deshalb nach § 179 I BGB (analog) einzustehen hat.

Zusammenfassung: Zur Haftung des *Hauptvertreters* gemäß § 179 BGB analog:

Fall 1: Mangelhafte Untervollmacht: Haftung (-)

Fall 2: Mangelhafte Hauptvollmacht:

- Untervertretung wurde nicht offengelegt: Haftung (-)
- Untervertretung wurde offengelegt: (+, § 179 I analog BGB)

[196] *Gerlach*, Die Untervollmacht, S. 82, *Petersen*, Jura 1999, 401, 404.

X. Formbedürftigkeit von Rechtsgeschäften

(*Boecken*, § 10 II; *Brox/Walker*, § 13; *Faust*, § 8; *Köhler*, § 12; *Leipold*, § 16)

1. Grundsatz der Formfreiheit

Rechtsgeschäfte sind **grundsätzlich formlos gültig**. Der Erklärende kann sein Erklärungsmittel frei wählen (mündlich, schriftlich, per Handzeichen etc.). Nur für einige besondere Rechtsgeschäfte ist die Einhaltung einer bestimmten **Form gesetzlich** vorgeschrieben (z. B. Schriftformerfordernis für das Bürgschaftsversprechen, § 766 BGB). Aus § 127 BGB folgt, dass die Parteien außerdem durch **vertragliche Vereinbarung** einen Formzwang für bestimmte Erklärungen schaffen können (z. B. kann vereinbart werden, dass eine Vertragskündigung wirksam nur per Einschreiben mit Rückschein erfolgen kann).

2. Zweck von Formerfordernissen

Gesetzliche Formvorschriften erfüllen regelmäßig zwei Funktionen: **Beweis**- und **Warnfunktion**.

Speziell im Fall der notariellen Beurkundung tritt noch die **Beratungsfunktion** hinzu.

Schließlich können sie auch noch eine **Informationsfunktion** (Dritte) oder **Kontrollfunktion** (Staat, Fiskus) übernehmen.

a. Beweis- bzw. Informations- und Kontrollfunktion

Wahrung der **Rechtssicherheit** durch Erstellung einer Urkunde o. ä.

Am Beweis des Vorliegens und genauen Inhalts eines Rechtsgeschäfts haben zum einen die Parteien selbst, zum anderen aber auch öffentliche Stellen (Erleichterung der Aktenführung, Erhebung von Steuern) als auch Dritte (Erwerber eines vermieteten Grundstücks) ein Interesse. Eine Heilung kommt hier nur ausnahmsweise in Betracht.

> *Bsp. 1: § 311b I BGB – Verpflichtungsgeschäft über Grundstücke (not. Beurkundung).*
>
> *Bsp. 2: § 550 BGB – langfristige Wohnungsmietverträge: Hier soll wegen § 566 BGB („Kauf bricht nicht Miete“ → automatischer Eintritt in das Mietverhältnis) auch der Erwerber des Grundstücks Klarheit über die auf ihn kraft Gesetzes übergehenden mietvertraglichen Pflichten gewinnen können.*

Beachte: Bei Verstoß tritt gemäß § 550 BGB keine Nichtigkeitsfolge ein.

b. Warnfunktion

Es geht um den Schutz des Erklärenden vor übereilten Bindungen. Diese Funktion steht insbesondere bei solchen Erklärungen im Vordergrund, bei denen mit der Erklärung **nicht unmittelbar** ein Vermögensopfer zusammenfällt, die also möglicherweise eher leichtfertig abgegeben werden.

> *1. Bsp.: § 766 S. 1 BGB – Bürgschaftserklärung (schriftlich).*
>
> *2. Bsp.: § 518 Abs. 1 Satz 1 BGB – Schenkungsversprechen (notarielle Beurkundung).*

Beachte: Obwohl es sich bei Bürgschaft und Schenkung um zweiseitige Rechtsgeschäfte (Verträge) handelt, bedarf jeweils nur eine Willenserklärung der Beurkundung. Es ist die Erklärung desjenigen Vertragspartners, der eine Leistung verspricht (Bürge bzw. Schenker).

Verstöße gegen Formvorschriften, die in erster Linie der Warnung dienen, werden in der Regel durch spätere Leistungserbringung **geheilt** (z. B. §§ 766 S. 3, 518 Abs. 2 BGB).

c. Beratungsfunktion

Ziel ist Sicherstellung einer sachkundigen Beratung und Belehrung der Parteien im Fall der notariellen Beurkundung, da hier eine Beratung durch den Notar vorauszugehen hat (vgl. § 17 BeurkG[197]).

> *1. Bsp.: § 311b I 1 BGB – Verpflichtungsverträge betreffend Grundstücke (notarielle Beurkundung)*
>
> *2. Bsp.: § 925 BGB – Auflassung (Erklärung vor der zuständigen Stelle genügt, keine Beurkundung erforderlich)*

d. Klarstellungsfunktion

Die Vornahme des Rechtsgeschäfts in der vorgeschriebenen Form **grenzt** die Vorverhandlungen vom endgültigen Vertragsschluss ab. Es handelt sich um eine besondere Ausprägung des **Rechtsbindungswillens**.

3. Arten von Formen

Systematik: Unterscheide zwischen Vorschriften, die wie § 311b I 1 BGB die Beachtung einer besonderen Form vorschreiben, Vorschriften, die die Rechtsfolge des Verstoßes gegen diese Bestimmungen regeln (insbesondere § 125 BGB, außerdem Heilungsvorschriften wie § 311b I 2 BGB und die besondere Rechtsfolge des § 550 BGB) sowie schließlich den Vorschriften, welche die jeweils einzuhaltende Form als solche regeln (§§ 126 ff. BGB).

a. Schriftform, § 126 BGB

> *1. Bsp.: § 550 BGB – Grundstücksmietvertrag*
>
> *2. Bsp.: § 568 Abs. 1 BGB – Kündigung eines Mietverhältnisses*

(1) **Urkunde** erstellen = schriftliche verkörperte Erklärung (von Hand, PC, gedruckt), nicht unbedingt vom Erklärenden selbst geschrieben. Im Unterschied dazu muss das Testament handschriftlich (= eigenhändig) geschrieben und unterschrieben werden, § 2247 Abs. 1 BGB.

[197] Siehe § 17 Abs. 1 BeurkG: „Der Notar soll den Willen der Beteiligten erforschen, den Sachverhalt klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und ihre Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiedergeben. Dabei soll er darauf achten, daß Irrtümer und Zweifel vermieden sowie unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden."

(2) **Durch Namensunterschrift** muss die Unterzeichnung erfolgen, da der Aussteller eindeutig feststellbar sein muss.

(3) **Eigenhändig** muss die Unterzeichnung erfolgen, die Verwendung eines Faksimile-Stempels genügt also nicht.

(4) Beim **Vertrag** müssen die Parteien grundsätzlich auf demselben Dokument unterzeichnen. Es genügt aber, wenn jede Partei die für die andere Partei bestimmte Urkunde unterzeichnet (§ 126 Abs. 2 Satz 1 BGB).

(5) **Vertretung** ist bei der Unterschrift möglich. Der Vertreter muss die Vertretung durch entsprechenden Zusatz (z. B. „i. V.“) kenntlich machen.

b. Textform, § 126b BGB:

1. Bsp.: § 356a Abs. 1 – Ausübung des dem Verbraucher in § 485 BGB eingeräumten Widerrufsrechts für Teilzeit-Wohnrechteverträge und ähnliche Vertragstypen

2. Bsp.: § 558a Abs. 1 – Mieterhöhungsverlangen.

(1) **Auf Urkunde** oder **sonstigem Datenträger** wie z. B. USB-Stick, CD-ROM, Computer-Festplatte, E-Mail (in diesen Fällen ist nämlich eine dauerhafte Speicherung möglich) muss die Erklärung wiedergegeben sein.

(2) **Die Person** des Erklärenden muss genannt werden.

(3) **Der Abschluss des Vertrages** kann sowohl durch Nachbildung der Namensunterschrift (z. B. Unterschriften-Scan) als auch auf andere Weise, z. B. durch Angabe des Orts und Datums des Vertrags erkennbar gemacht werden.

c. Elektronische Form, § 126a BGB

Die Verwendung der elektronischen Form ist mit erheblichem technischem Aufwand verbunden. Erforderlich ist eine qualifizierte elektronische Signatur nach dem Signaturgesetz. Einzelheiten z. B. bei *Jauernig*, BGB, § 126a Rz. 1.

d. Notarielle Beurkundung, § 128 BGB, §§ 8 ff. BeurkundungsG

Es handelt sich um die **strengste** Formvorschrift. Die Erklärung erfolgt in einem besonderen Verfahren vor dem Notar. Dazu gehört die Beratung durch den Notar (§ 17 BeurkG), die Abgabe der Erklärung gegenüber dem Notar, die Niederschrift der Erklärung und das Vorlesen der Erklärung durch den Notar.

1. Bsp.: § 518 Abs. 1 – Schenkungsversprechen

2. Bsp.: § 311b Abs. 1 – Verpflichtungsverträge über Grundstücke

Die **sukzessive** Beurkundung (erst Angebot, dann Annahme) ist möglich, § 128 BGB.

Keiner notariellen Beurkundung bedürfen die gemäß § 925 für die Übertragung von Eigentum an einem Grundstück erforderlichen dinglichen Einigungserklärungen. Ausreichend ist die Erklärung bei gleich-

zeitiger Anwesenheit vor der zuständigen Stelle, insbesondere dem Notar. Sie erfolgt in der Praxis entweder im Voraus (gleichzeitig mit dem Abschluss des Kaufvertrags) oder durch Vertreter (z. B. Büroangestellte des Notars).

e. Öffentliche Beglaubigung (§ 129 BGB)

- Relevant z. B. für § 29 I GBO (Nachweis der Eintragungsbewilligung gegenüber Grundbuchamt).
- Zuständig sind Notare (§ 56 IV BeurkG).
- Die Beglaubigung bezeugt die Echtheit der Unterschrift, sie bezieht sich nicht auf den Text der unterzeichneten Erklärung.

4. Rechtsfolgen der Nichtbeachtung (§ 125 BGB)

a. Grundsatz der Nichtigkeit

Bei Nichtbeachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Form gilt § 125 BGB (Nichtigkeit). Es handelt sich um eine vom Richter von Amts wegen zu beachtende Einwendung.[198]

b. Formbedürftigkeit von Nebenabreden

Ob auch Nebenabreden zum Vertrag vom Formzwang erfasst sind oder nicht, ist nach dem jeweiligen Zweck der Formvorschrift zu bestimmen.

> *Bsp.: Zweck des § 311b Abs. 1 ist es, Veräußerer und Erwerber vor Übereilung zu schützen, den Beweis über den Vertragsinhalt zu sichern, eine fachmännische Beratung zu garantieren und eine fehlerhafte Vertragsabfassung zu verhindern. Daher sind in der Regel auch Nebenabreden zum Kaufvertrag über Grundstücke wie Zusicherung der Bebaubarkeit oder eine Ratenzahlungsvereinbarung vom Formzwang erfasst.*

Ist nur ein Teil des Rechtsgeschäfts wegen Formmangels nichtig (z. B. wurde im die Ratenzahlungsvereinbarung zum Grundstückskaufvertrag nicht notariell beurkundet), so gilt Folgendes:

- Die Nebenabrede ist nach § 125 BGB nichtig und
- die Wirksamkeit des Hauptvertrags richtet sich nach § 139 BGB.

> *Hätten also Käufer und Verkäufer den Vertrag bei Kenntnis der Nichtigkeit der Ratenvereinbarung nicht geschlossen, da es ihnen wesentlich auf die Ratenzahlungsvereinbarung ankam, so ist auch der beurkundete Hauptteil des Vertrags nichtig.*

[198] MüKoBGB/*Einsele*, 8. Aufl. 2018, § 125 Rn. 42.

c. Heilung des Formmangels

Heilung des Formmangels bedeutet, dass die Nichtigkeitsfolge nicht greift, das Geschäft also wirksam wird. Heilung ist auf zwei Arten denkbar:

1) Im Normalfall müssen die Parteien das Geschäft **erneut vornehmen** (§ 141 BGB).

2) In seltenen Fällen (gesetzlich geregelt, s. o.) erfolgt Heilung bereits durch Erfüllung des eigentlich nichtigen Rechtsgeschäfts. Beispiele finden sich in § 518 Abs. 2 BGB (Schenkung) und § 766 S. 3 (Bürgschaft) sowie in § 311b Abs. 2 S. 2 BGB (Verpflichtungsgeschäfte über Grundstücke).

d. Ausnahmen vom Grundsatz der Nichtigkeit

Eine Ausnahme vom Grundsatz der Nichtigkeit wegen Formmangels (§ 125) macht die Rechtsprechung nur in absoluten Ausnahmekonstellationen. Sie zieht dann § 242 BGB (Treu und Glauben) heran (**teleologische Reduktion** der Rechtsfolge § 125 BGB). Voraussetzung ist, dass trotz der bei Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts aus §§ 812, 826 und c.i.c. (§§ 280 I, 241 II, 311 Abs. 2) gegebenen Ansprüche auf Schadensersatz ein „schlechthin untragbares Ergebnis“ droht (BGH NJW 2004, 3330).

Fallgruppen:

- **Existenzgefährdung** des einen Teils
- **besonders schwerwiegende Treuepflichtverletzung** des anderen Teils (BGHZ 85, 315), insbes.,
    - wenn die Partei, die längere Zeit aus dem nichtigen Vertrag **Vorteile gezogen** hat, sich unter Berufung auf den Formmangel ihrer Verpflichtung entziehen will (BGHZ 121, 224, 233 f.) oder
    - wenn die eine Partei von der anderen über die Formbedürftigkeit des Geschäfts **arglistig getäuscht** wurde.

e. Vertraglich vereinbarte Formen

Bei Fehlen der vertraglich vereinbarten Form gilt **im Zweifel Nichtigkeit** des Rechtsgeschäfts (§ 125 S. 2 BGB).

f. Insbesondere: Formbedürftigkeit der Genehmigung, die sich auf eine formbedürftige Willenserklärung bezieht

Fraglich ist, ob die Genehmigung formbedürftig ist, wenn sie sich auf eine formbedürftige Willenserklärung bezieht.

> *Bsp.: Der Vertretene möchte den vom vollmachtlosen Vertreter geschlossenen Kaufvertrag über ein Grundstück (§ 311b I BGB) genehmigen.*

Eine in der Literatur vertretene Ansicht fordert die Einhaltung der für das genehmigte Geschäft erforderlichen Form. Die h.M. dagegen verzichtet auf die Einhaltung zusätzlicher Formvorschriften.[199]

Zugunsten der in der Literatur vertretenen Minderheitenansicht spricht, dass bei **§ 167 II BGB**, der eine ähnliche Situation regelt, nach einhelliger Ansicht (wenn auch in verschiedener Ausprägung) die Vollmachterteilung zu formbedürftigen Geschäften entgegen dem Wortlaut ebenfalls formbedürftig ist. Diese teleologische Reduktion wird mit der von der Formvorschrift ausgehenden **Schutz-, Warn- und Beratungsfunktion** begründet.

Doch besteht nach dem **Wortlaut** des § 182 II BGB Formfreiheit. Eine Genehmigung wäre, da sie stets **sofort bindet**, bei Anwendung des § 311b I 1 BGB ausnahmslos beurkundungsbedürftig und damit der Anwendungsbereich des § 182 II BGB für die Genehmigung auf null reduziert. Eine Unterscheidung zwischen formbedürftigen und nicht formbedürftigen Genehmigungen wäre nicht mehr vorstellbar.[200] Die Warn- und Beratungsfunktion von § 311b I 1 BGB kann durch notarielle Beurkundung einer Genehmigung nicht mehr in der **bezweckten Art und Weise** erreicht werden, da der Notar nur über die Rechtsfolgen der Genehmigung als solcher, nicht aber über die rechtlichen Konsequenzen des Grundstückskaufvertrages selbst belehren muss.[201]

Vorzugswürdig ist es folglich, die Formbedürftigkeit der Genehmigung zu verneinen.

Bsp.: Siehe oben Fall 16: Selbständiger Immobilienspezialist (Scheingeschäft) - Fortsetzung

[199] Zum Streitstand vgl. MüKoBGB/*Schubert*, 8. Aufl. 2018, § 177 Rn. 42 ff. m.w.N.
[200] BGH, Urteil v. 25.2.1994 – Az. V ZR 63/93, NJW 1994, 1344 (1346); MükoBGB/*Schubert*, 8. Aufl. 2018, § 177 Rn. 42 ff. mit zahlreichen Nachweisen, u. a. auf Staudinger/*Gursky*, BGB, 2004, § 182 Rn. 27.
[201] *Larenz/Wolf*, AT, 9. Aufl. 2004, § 49 Rn. 8.

XI. Bedingung und Befristung

(*Boecken*, § 12; *Brox/Walker*, § 21; *Köhler*, § 14; *Leipold*, § 29)

1. Zweck, Definitionen, Abgrenzung

Bedingung und Befristung erlauben die Berücksichtigung **(möglicher) zukünftiger Ereignisse** schon bei Geschäftsabschluss. Rechtstechnisch wird das dadurch erreicht, dass die Parteien sich darauf verständigen, dass die mit dem Rechtsgeschäft erstrebten **Rechtsfolgen noch nicht oder nicht endgültig** mit der Abgabe der Willenserklärung eintreten sollen.

Bedingung: Die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts hängt vom Eintritt eines zukünftigen **ungewissen** Ereignisses ab. Es gelten die §§ 158 – 162 BGB.

Befristung: Die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts hängt vom Eintritt eines zukünftigen **gewissen** Ereignisses ab, dessen genauer Termin aber nicht unbedingt schon feststehen muss (z. B. Tod).

Die Abgrenzung ist teilweise fließend, letztlich eine Frage der Auslegung (für **wie wahrscheinlich** hielten die Parteien den Eintritt des zukünftigen Ereignisses?), praktisch aber auch kaum relevant, da die Vorschriften §§ 158, 160, 161 BGB über die Bedingung gemäß § 163 BGB auf die Befristung ohnehin entsprechend anwendbar sind. Wegen des Primats der Privatautonomie kann auch bei Befristungen eine obligatorische Rückwirkung gemäß § 159 BGB vereinbart werden. Selbst die Anwendung der – in § 163 BGB ebenfalls nicht ausdrücklich genannten – Vorschrift § 162 BGB ist in Befristungsfällen denkbar.

Bsp.: Tötung des Vorerben durch den Nacherben.[202]

2. Arten von Bedingungen und Befristungen

Es sind verschiedene Arten von Bedingungen und Befristungen möglich. Welche dieser Formen die Parteien gewählt haben, ist durch Auslegung zu ermitteln.

a. Aufschiebende Bedingung oder Befristung

Eine **aufschiebende Bedingung oder Befristung** (§ 158 I BGB) liegt vor, wenn die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes erst eintreten soll, wenn die Bedingung eingetreten bzw. die Frist abgelaufen ist. Bis dahin ist das Rechtsgeschäft **schwebend unwirksam**.

Beispiel 1: Änderungskündigung: Der Arbeitgeber kündigt den Arbeitsvertrag mit dem Arbeitnehmer N unter der Bedingung, dass N nicht bereit ist, einen anderen Platz im Betrieb einzunehmen.

---

[202] MükoBGB/H. P. Westermann, § 162 Rn. 76.

Grundsätzlich sind **Gestaltungsrechte** wie Anfechtung, Rücktritt, Kündigung bedingungsfeindlich, weil dem Empfänger der Erklärung die **Unsicherheit** betreffend die Rechtsfolgen des Gestaltungsrechts nicht zugemutet werden soll. Vorliegend hat es der Empfänger der Erklärung, der Arbeitnehmer, aber **selbst in der Hand**, ob die Bedingung eintritt oder nicht.

b. Auflösende Bedingung oder Befristung

Bei einer **auflösenden Bedingung/Befristung** (§ 158 II BGB) ist das Rechtsgeschäft zunächst **schwebend wirksam** und wird unwirksam, wenn die Bedingung eingetreten bzw. die Frist abgelaufen ist.

Beispiel: Befristung eines Miet- oder Arbeitsvertrages bis zum 31.12.2019.

3. Bedingungs- und befristungsfeindliche Rechtsgeschäfte

Grundsätzlich kann jedes Rechtsgeschäft von dem Eintritt eines zukünftigen ungewissen Ereignisses abhängig gemacht werden. Nur wenige Rechtsgeschäfte sind **bedingungs- und befristungsfeindlich**:

a. Gesetzlich bestimmte Fälle

- § 925 Abs. 2 BGB (Auflassung),
- § 1311 S. 2 BGB (Eheschließung)

Beispiele: Eine befristete Eheschließung oder die Auflassung eines Grundstücks unter Eigentumsvorbehalt ist unzulässig.

b. Einseitige Rechtsgeschäfte, die in fremde Vermögensverhältnisse eingreifen

Darunter fallen insbesondere **Gestaltungsrechte**[203] wie die Anfechtung, Genehmigung, Rücktritt und Kündigung. Ausdrücklich gesetzlich geregelt ist das in § 388 Satz 2 BGB nur für die Aufrechnung. Eine Ausnahme gilt für die Fälle, in denen für den Geschäftspartner keine Ungewissheit herrscht, da der Eintritt der Bedingung allein von **seinem Willen** abhängt (Beispiel Änderungskündigung).

4. Grundsätzlich keine Rückwirkung

Grundsätzlich wirkt der Eintritt der Bedingung bzw. der Ablauf der Befristung **ex nunc,** d.h. der Eintritt der Bedingung **wirkt nicht zurück**. Vielmehr tritt die vereinbarte Rechtsfolge erst in dem Moment ein, in dem die Bedingung eintritt. Die Parteien können daher die bis dahin erhaltenen Leistungen behalten (z. B. bei Ablauf eines befristeten Arbeitsverhältnisses).

[203] Gestaltungsrechte geben dem Inhaber die Macht, allein – ohne Mitwirkung eines anderen – auf eine bestehende Rechtslage (z. B. wirksamer Mietvertrag) einzuwirken. Dies geschieht in aller Regel durch Abgabe einer Willenserklärung. Übt der Berechtigte sein Recht aus, kann dadurch ein neues Recht begründet, ein bestehendes Rechtsverhältnis geändert oder beendet werden. Beispiele sind Anfechtung, Kündigung, Rücktritt, Minderung, Ausübung eines Vorkaufsrechts.

Möglich ist aber nach § 159 BGB die **schuldrechtliche Vereinbarung einer Rückwirkung.** Damit sind die Parteien **verpflichtet**, die Leistungen so zurück zu gewähren wie wenn der Vertrag nie bestanden hätte.

Die Rückgewähransprüche ergeben sich in diesem Fall nicht aus Bereicherungsrecht (§ 812 I 1 Alt. 1), sondern unmittelbar aus dem Vertrag. Insbesondere § 818 III (Wegfall der Bereicherung) ist nicht anwendbar.

Fall 28: Kuhhandel

Am 8.11. einigt sich V mit K über den Verkauf einer Kuh für 2000 EUR unter Eigentumsvorbehalt. Die Zahlung soll in 10 monatlichen Raten jeweils am ersten eines Monats erfolgen. K stellt die Kuh bei sich in den Stall.

1. Variante

Am 1. März des folgenden Jahres teilt K dem V mit, er habe kein Geld mehr und werde die Ratenzahlungen einstellen. V verlangt die Kuh von K heraus. Zu Recht?

2. Variante

Am Karfreitag des folgenden Jahres bringt die Kuh ein Kalb auf die Welt. Am 1. September zahlt K die letzte Rate. V verlangt von K Herausgabe des Kalbs. Zu Recht?

3. Variante

Wie 2., aber V und K haben zusätzlich die Rückwirkung der Bedingung auf den Vertragsschluss vereinbart.

Fall 29: Rasenmäher - Grundfall

K kauft von V einen Rasenmäher zum Preis von 600 EUR. Der Rasenmäher hat einen Marktwert von 800 EUR. Vereinbart wird Zahlung in sechs monatlichen Raten à 100 EUR. Damit V bei einem möglichen Zahlungsausfall gesichert ist, vereinbaren die Parteien außerdem, dass das Eigentum am Rasenmäher erst dann auf K übergehen soll, wenn dieser die letzte Kaufpreisrate bezahlt hat. Weiter vereinbaren sie, dass K den Rasenmäher sofort nutzen darf. V übergibt den Rasenmäher an K.

Nach drei Monaten, in denen K vereinbarungsgemäß die Kaufpreisraten gezahlt hat, zündet der cholerische Nachbar des K, N, den Rasenmäher an, weil dieser vor seiner Garageneinfahrt geparkt ist. Der Rasenmäher wird vollständig zerstört. Kann K von N Schadensersatz wegen Eigentumsverletzung verlangen?

Fall 29: Rasenmäher - Abwandlung 1

K bezahlt die restlichen Kaufpreisraten an V. Welchen Einfluss hat das auf den Schadensersatzanspruch des K wegen Eigentumsverletzung?

5. Schutz des bedingt Berechtigten während der Schwebezeit gemäß §§ 160 – 162 BGB

a. Schadensersatz, § 160 BGB

Fall 29: Rasenmäher - Abwandlung 2

Bevor N den Rasenmäher zerstören kann, bringt K den Rasenmäher zu Reparaturzwecken zu V zurück. Auch dieser zerstört den Rasenmäher mit voller Absicht.

b. Schutz vor Verfügungen, § 161 BGB

Die Vorschrift § 161 BGB schützt vor Verfügungen in der Schwebezeit.

Gemäß § 161 BGB werden alle Verfügungen, die vom noch Berechtigten über die Sache **während der Schwebezeit** vorgenommen werden, **unwirksam**, sobald die Bedingung eintritt. So wird ein Verfügungsempfänger zwar zunächst Eigentümer. Nach Eintritt der Bedingung wird die Übereignung an ihn aber unwirksam, so dass das Eigentum dem bedingt Berechtigten zufällt.

Der Zweitkäufer muss die Sache in diesem Fall grundsätzlich nach § 985 BGB an den Vorbehaltskäufer herausgeben, soweit er nicht ausnahmsweise gemäß §§ 161 III, 932 BGB gutgläubig das Eigentum erworben hatte. Der Zweitkäufer kann sich gegebenenfalls an seinen Verkäufer gemäß §§ 435 BGB wenden.

Fall 29: Rasenmäher - Abwandlung 3

Wie Abwandlung 2, allerdings veräußert V den Rasenmäher an D (anstatt ihn zu zerstören).

c. Treuwidriges Vereiteln bzw. Herbeiführen des Bedingungseintritts

Vereitelt eine Partei den Eintritt der Bedingung treuwidrig, so hat sie sich nach § 162 I BGB so behandeln zu lassen, als wäre die Bedingung eingetreten. Umgekehrt gilt die Bedingung als nicht eingetreten, wenn eine Partei den Eintritt treuwidrig herbeiführt (§ 162 II BGB). In beiden Fällen handelt es sich um eine gesetzliche Fiktion.

XII. Verstoß gegen Verbotsgesetz, Sittenwidrigkeit/Wucher

(*Boecken*, § 11 I 2 b; *Brox/Walker*, § 14; *Faust*, §§ 9, 10; *Köhler*, § 13; *Leipold*, § 20)

1. Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz (§ 134 BGB)

Voraussetzungen von § 134 BGB

1. Vorliegen eines Rechtsgeschäfts
2. Vorliegen eines Verbotsgesetzes i.S.v. § 134 BGB
3. Verstoß gegen das Verbotsgesetz

Rechtsfolge: Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts

a. Verbotsgesetz i. S. d. § 134

Die betreffende Verbotsnorm muss sich gerade gegen den **Inhalt** des betreffenden Rechtsgeschäfts richten. Es bedarf der Auslegung der Rechtsnorm. Bloße **Ordnungsvorschriften** wie z. B. das Ladenschlussgesetz richten sich nicht gegen den Inhalt des Rechtsgeschäftes, sondern nur gegen äußere Umstände des Vertragsschlusses. Sie fallen nicht unter § 134 BGB.

§ 134 BGB ist jedoch subsidiär zu Verbotsgesetzen, die ihrerseits bereits die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts regeln. Deshalb fallen unter § 134 BGB nur solche Rechtsnormen, die ein bestimmtes Verhalten verbieten, ohne bereits selbst eine Aussage über die rechtsgeschäftliche Wirksamkeit eines dem Verbot widersprechenden Rechtsgeschäftes zu treffen

Beispiele für bloße Ordnungsnormen, die sich nicht gegen den Inhalt des Vertrags selbst richten:[204]
- Sperrzeiten und Polizeistunden
- Ladenschlussgesetz[205]
- Verschreibungspflicht nach dem ArzneimittelG (§ 48)
- Marktverhaltensregelungen gemäß §§ 3 ff. UWG

Beispiele für echte Verbotsgesetze i.S.d. § 134 BGB:
- Abgabe alkoholischer Getränke an Jugendliche (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 JuSchG)[206]
- BetäubungsmittelG (§ 29 I BtMG)
- Kündigung einer Schwangeren (§ 9 I MutterSchG)
- Kartellverbot (§ 1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB; Art. 101 I AEUV[207])
- Ankauf gestohlener Sachen (§ 259 StGB - Hehlerei)

[204] BGH, Urt. v. 05.05.1992 – X ZR 134/90, NJW 1992, 2557, 2558; *Faust*, BGB AT, 6. Auflage 2018, § 9 Rn. 2.
[205] Zu diesen Beispielen: MüKoBGB/*Armbrüster*, 8. Auflage 2018, § 134 BGB, Rn. 62.
[206] Siehe Examensklausur 2015/2 – Klausur 1.
[207] Hier erfüllt jedoch Art. 101 II AEUV, der die Nichtigkeit einer unter Verstoß gegen Art. 101 I AEUV geschlossenen Vereinbarung unmittelbar anordnet, die Funktion des § 134 BGB und geht diesem als lex specialis vor.

Unterscheide schließlich Verbotsgesetze i.S.d. § 134 BGB, die das **rechtliche Dürfen** betreffen, von solchen gesetzlichen Schranken der Privatautonomie, die bereits das **rechtliche Können** ausschließen.[208] Hierzu gehört etwa der numerus clausus der Sachenrechte, wonach nur solche dinglichen Rechte bestellt werden können, die vom Gesetzgeber mit bestimmtem Inhalt vorgesehen sind.

Exkurs: Formelle und materielle Gesetze (auch für das mündliche Examen!)

Formelle Gesetze: Gesetze, die nach den Vorschriften der Art. 70 ff. GG zustande gekommen sind. Dazu gehören auch Haushaltsgesetze (Art. 110 II GG), die allerdings keine materiellen Gesetze sind.

Materielle Gesetze: jede generell-abstrakte Regelung mit Außenwirkung (Rechtsnorm), insb. Gesetze, Rechtsverordnungen, Satzungen. Nicht: Verwaltungsakte oder Verwaltungsvorschriften.

Die meisten „Gesetze" sind sowohl formelle als auch materielle Gesetze.

b. Verstoß gegen das Verbotsgesetz

Im Normalfall müssen **beide Parteien** (des zweiseitigen Rechtsgeschäfts) gegen das Verbotsgesetz verstoßen haben, bei einem lediglich einseitigen Rechtsverstoß bleibt das Rechtsgeschäft grundsätzlich wirksam. Eine Ausnahme gilt indes, wenn der **Schutzzweck** des Verbotsgesetzes nur durch die Nichtigkeitsfolge erreicht werden kann.

Beispiel für einen **lediglich einseitigen Rechtsverstoß**, der keine Vertragsnichtigkeit zur Folge hat: Verkauft der **Hehler** Diebesgut an einen gutgläubigen Dritten, verstößt nur der Hehler, nicht aber der Dritte gegen das gesetzliche Verbot aus § 259 StGB. Gegen die Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB spricht hier, dass der gesetzestreue Dritte andernfalls seine **vertraglichen Rechte** gegen den Hehler verlieren würde.[209]

Eine Spezialregelung enthält das BGB im Fall des **Betrugs**: Der durch arglistige Täuschung des Käufers durch den Verkäufer zustande gekommene Kaufvertrag erfüllt zwar den Tatbestand des § 263 StGB (Betrug). Der Vertrag ist hier zwar ebenfalls nicht nach § 134 BGB nichtig; der Grund hierfür ist jedoch darin zu sehen, dass **§ 123 I Alt. 1 BGB** eine **lex specialis** bereithält, die ihre **privatrechtlichen Rechtsfolgen** selbst regelt, weshalb § 134 BGB schon konkurrenzrechtlich nicht zur Anwendung kommt.[210] Weil der betrogene Käufer ein Interesse an der Erfüllung des Kaufvertrages haben kann, ermöglicht ihm das Anfechtungsrecht, zu entscheiden, ob er das Rechtsgeschäft dennoch gelten lassen möchte. Dieses Wahlrecht darf ihm durch die Anwendung des § 134 BGB nicht wieder genommen werden.

Auch ein Umgehungsgeschäft ist nichtig (str.).

[208] Siehe hierzu: *Wolf/Neuner*, BGB AT, 11. Auflage 2016, § 45 Rn. 4 f.
[209] *Faust*, BGB AT, 6. Aufl. 2018, § 9 Rn. 3.
[210] MüKoBGB/*Armbrüster*, 8. Aufl. 2018, § 134 BGB, Rn. 3 m. w. N.; ähnlich auch: BGH, Urt. v. 17.10.2003 – V ZR 429/02, NJW 2003, 3692.

c. Rechtsfolge: Nichtigkeit

Die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts ist nur dann Rechtsfolge, wenn sich aus dem Gesetz nichts anderes ergibt. Es ist also stets nach **Sinn und Zweck der Norm** zu entscheiden, ob der Verstoß zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts führen soll. In diesem Zusammenhang ist zu bedenken, dass die zivilrechtliche Nichtigkeitsfolge als **erheblicher Eingriff in die Privatautonomie** nur in engen Grenzen anzunehmen ist.[211]

Grundsätzlich gilt dann Gesamtnichtigkeit. In Ausnahmefällen gebietet es der **Schutzzweck** der verletzten Verbotsnorm, dass lediglich **Teilnichtigkeit** in Bezug auf den verletzten Teil des Geschäfts eintritt, das Rechtsgeschäft im Übrigen wirksam bleibt.

> *Beispiel: Kommt ein Mietvertrag unter Verstoß gegen § 291 I Nr. 1 StGB (Mietwucher) zustande, so nimmt die h. M. eine **geltungserhaltende Reduktion** vor: Es gilt der gerade noch zulässige Mietzins, der Mietvertrag ist nicht im Ganzen nichtig (Schutz des Mieters).*

> ***Fall 30: Der Rechtsdienstleister[212]***
>
> *Kurz nach Abschluss der Ersten Juristischen Prüfung nimmt Justus (J) das Angebot an, gegen eine monatliche Vergütung von 1.000 Euro eigenverantwortlich die außergerichtliche Rechtsberatung für den Einzelkaufmann Ulrich (U) zu übernehmen. Dazu prüft er u. a. Verträge und berät U anderweitig zu täglichen rechtlichen Fragestellungen aus dem operativen Geschäft. Als U (anders als J) der Absprache für zwei Monate nicht mehr nachkommt, besteht J auf die Vergütung für die bereits erbrachten Beratungsleistungen in Höhe von 2.000 Euro, die er notfalls gerichtlich durchsetzen möchte.*
>
> *Zu Recht?*

2. Wucher (§ 138 Abs. 2 BGB)

Voraussetzungen von § 138 Abs. 2 BGB:

1. Auffälliges Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung und
2. Vornahme des Rechtsgeschäfts unter Ausbeutung
   - der Zwangslage,
   - der Unerfahrenheit,
   - des mangelnden Urteilsvermögens oder
   - erheblicher Willensschwäche
3. **Kenntnis** von (1.) und (2.)

[211] BGH, Urt. v. 16.01.1996 – XI ZR 116/95, NJW 1996, 926, 928.
[212] Angelehnt an *Köhler*, BGB Allgemeiner Teil, 28. Auflage 2018, S. 69 ff.

Rechtsfolge: Nichtigkeit. Sie erfasst auch eine **dingliche** Leistung des Bewucherten, z. B. die Bestellung einer Sicherheit.

a. Verhältnis zu Abs. 1

Es handelt sich um einen **Spezialfall** der Sittenwidrigkeit.

b. Auffälliges Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung

Eine Prüfung in jedem Einzelfall unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände erforderlich.[213] Ein Missverhältnis wird in der Rechtsprechung angenommen, wenn der Kaufpreis weniger als die Hälfte des Wertes der Kaufsache beträgt.[214] Diese Richtlinie gilt nur eingeschränkt für Internetauktionen, bei denen die Möglichkeit sich schnell ändernder Preise im Interesse beider Parteien liegt.[215] So befand der BGH einen aus einer eBay-Auktion folgenden Kaufvertrag über einen VW Golf mit dem Wert von über 16.500 Euro zum Kaufpreis von 1,50 Euro nicht als sittenwidrig.[216]
Bei Darlehenszinsen liegt die Wuchergrenze etwa beim **doppelten** des üblichen Marktzinses.
Weitere praktisch wichtige Fallgruppen: Verkauf von Eigentumswohnungen und Grundstücken, Time-Sharing-Verträge.

c. Schwäche des Vertragspartners

Es muss ein Faktor vorliegen, der eine vernünftige wirtschaftliche Entscheidungsfindung behindert.[217] Im Einzelnen:

- Eine Zwangslage kann nicht nur bei **wirtschaftlicher** Existenzgefährdung, sondern auch bei **psychischen** Lagen vorliegen, wenn sich der Bewucherte in **ernsthafter** Bedrängnis befindet und der Abschluss des Rechtsgeschäfts als kleineres Übel erscheint.[218]
- Eine Unerfahrenheit als Mangel an **Lebenserfahrung** kann nicht nur bei jungen, sondern auch bei älteren Menschen festzustellen sein.[219]
- Mangelhaftes Urteilsvermögen meint insbesondere die „Unfähigkeit, die für und gegen ein konkretes Rechtsgeschäft sprechenden Gründe zu **erkennen** und die beiderseitigen Leistungen vor diesem Hintergrund **sachgerecht** zu bewerten“.[220] Nicht ausreichend ist, diese Fähigkeit (mangels

[213] *Köhler*, BGB AT, 28. Aufl. 2018, S. 76.
[214] MüKoBGB/*Armbrüster*, § 138 Rn. 114.
[215] „Es macht jedoch gerade den Reiz einer (Internet-)Auktion aus, mit der Abgabe eines zunächst niedrigen Gebots die Chance wahrzunehmen, den Auktionsgegenstand zum ‚Schnäppchenpreis‘ zu erwerben, während umgekehrt der Anbieter die Chance wahrnimmt, durch den Mechanismus des Überbietens am Ende einen für ihn vorteilhaften Kaufpreis zu erzielen,“ BGH, Urt. v. 28.3.2012 – VIII ZR 244/10, NJW 2012, 2723 f.
[216] BGH, Urteil vom 24.8.2016 – VIII ZR 100/15, NJW 2017, 468. Der Fall ist jedoch insofern speziell, als dass der Verkäufer in besonderem Maße nicht schutzwürdig war: Das Zustandekommen des Vertrages mit einem Kaufpreis von 1,50 Euro beruhte hier allein auf dem erfolglos gebliebenen Versuch des Verkäufers, den Auktionsverlauf durch sog. *shill bidding* (siehe hierzu Fall 7 2. Fortsetzung) in unlauterer Weise zu seinen Gunsten zu manipulieren.
[217] MüKoBGB/*Armbrüster*, 8. Aufl. 2018, § 138 Rn. 143.
[218] MüKoBGB/*Armbrüster*, 8. Aufl. 2018, § 138 Rn. 149; *Wolf/Neuner*, BGB AT, 11. Aufl. 2016, § 46 Rn. 54.
[219] *Köhler*, BGB AT, 28. Aufl. 2018, S. 76.
[220] BGH, Urt. v. 23.06.2006 – V ZR 147/05, NJW 2006, 3054, 3056.

entgegenstehender Anhaltspunkte) zwar zu haben, sie nur im konkreten Fall nicht genügend **einzusetzen**.[221]

- Eine erhebliche Willensschwäche liegt vor, wenn die Nachteile des Rechtsgeschäfts zwar erkannt werden, auf den Vertragsschluss infolge verringerter **psychischer Widerstandsfähigkeit** aber nicht verzichtet werden kann.[222] Dabei ist eine ähnliche Willensschwäche wie bei Alkohol- oder Drogenabhängigen zu fordern, die über die **bloße Beeinflussung** durch Werbemaßnahmen hinausgeht, da anderenfalls die Wertungen aus § 123 BGB und § 312g BGB unterlaufen werden würden.[223]

d. Rechtsfolge

Eine geltungserhaltende Reduktion erfolgt grundsätzlich nicht (anders beim Mietwucher, s. o.).

Häufig verstößt das wucherische Geschäft auch gegen ein Verbotsgesetz i.S.v. § 134 BGB (insb. gegen § 291 StGB - Wucher) und ist auch deshalb nichtig.

Haben die Parteien den wucherischen Vertrag bereits erfüllt, so können sie das Geleistete grundsätzlich nach § 812 I 1 Alt. 1 BGB zurückfordern. Der Kondiktion des Wucherers steht aber § 817 S. 2 BGB entgegen.

Fall 31: Die Kaffeefahrt[224]

Der umtriebige Unternehmer Uwe (U) hat sich darauf spezialisiert, Seniorenheimbewohner gegen einen symbolischen Unkostenbeitrag auf Tagesausflüge einzuladen und ihnen in diesem Rahmen Waren zum Kauf anzubieten. Dazu präsentiert er seniorentypische Verkaufsschlager wie Kaffee- und Kuchenzubehör, Gesellschaftsspiele, Handmassagegeräte und Heizdecken. Der durchaus charismatische U betont bei den Präsentationen stets, dass der Unkostenbeitrag natürlich nicht ausreiche, um die Kosten zu decken. Um die „jungen Damen und Herren" auch künftig auf Ausflüge einladen zu können, sei er daher auf einen „kleinen Einkauf" angewiesen. Anders als bei der letzten Gruppe habe er heute aber ein sehr gutes Gefühl. Er gehe davon aus, dass die anwesenden Herrschaften anständig sind und sich nicht nur gratis verpflegen und unterhalten lassen, dann aber nichts kaufen. In der Folge entschließen sich mehrere Senioren, darunter auch die 70-jährige Victoria (V), zum Kauf einer Heizdecke, welche die geforderten 110 Euro nach ordnungsgemäßer Belehrung über ihr Widerrufsrecht in bar bezahlt. Als V ein halbes Jahr später feststellt, dass die identische Heizdecke im Handel gewöhnlich für 50 Euro angeboten wird, kontaktiert sie U und verlangt den gezahlten Kaufpreis in Höhe von 110 Euro zurück. Zu Recht?

---

[221] Siehe hierzu: BGH, Urt. v. 23.06.2006 – V ZR 147/05, NJW 2006, 3054, 3056.
[222] MüKoBGB/*Armbrüster*, 8. Aufl. 2018, § 138 Rn. 152.
[223] *Köhler*, BGB AT, 28. Aufl. 2018, S. 77; insoweit differenzierend: *Wolf/Neuner*, BGB AT, 11. Aufl. 2016, § 46 Rn. 59.
[224] Angelehnt an *Köhler*, BGB AT, 28. Aufl. 2018, S. 75 ff.

3. Wucherähnliches Geschäft

Das Vorliegen der Voraussetzungen des Wuchers (§ 138 Abs. 2 BGB) sind in der Praxis schwer zu **beweisen**. Die Rechtsprechung subsumiert allerdings Fälle eines auffälligen Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung nicht selten unter die Generalklausel in § 138 Abs. 1 BGB. Es handelt sich dann um die Fallgruppe des „wucherähnlichen Geschäfts". An die Stelle der in Abs. 2 der Vorschrift aufgeführten besonderen Voraussetzungen („Ausbeutung einer Zwangslage" etc.) tritt dann als zusätzliche Voraussetzung ein besonderes subjektives Moment, insbesondere eine verwerfliche Gesinnung.

Voraussetzungen des wucherähnlichen Geschäfts (Fallgruppe von § 138 Abs. 1 BGB):

1. Auffälliges Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung und
2. Besondere **subjektive** Voraussetzungen, insb. eine **verwerfliche Gesinnung** des Begünstigten

Rechtsfolge: Nichtigkeit.

Die Gerichte **vermuten** bei Vorliegen eines besonders auffälligen („groben", „krassen") Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung das Vorliegen einer verwerflichen Gesinnung des Begünstigten (*tatsächliche, widerlegliche Vermutung*[225]). Entsprechend groß ist die praktische Bedeutung.

> *Bsp. (BGH, Urt. v. 10. 2. 2012 – V ZR 51/11, NJW 2012, 1570, Rn. 9): „Wert der verkauften Wohnung [betrug] im Zeitpunkt des Verkaufs lediglich 25.000 Euro, also weniger als die Hälfte des Kaufpreises von 54 000 Euro." „darauf begründete Vermutung" des Vorliegens einer „verwerflichen Gesinnung".*

Fall 32: Stell Dir vor, es ist Auktion und nur einer nimmt teil[226]

> *V möchte seinen alten VW Golf bei eBay versteigern, wozu er ein Angebot erstellt, das eine Auktion vorsieht, die nach fünf Tagen enden sein soll und mit einem Startgebot von 1 Euro beginnt. Kurz nach Auktionsbeginn nimmt K das Angebot mit dem Mindestgebot von 1 Euro an. Als die Auktion fünf Tage später ohne ein weiteres Angebot endet, teilt V dem K mit, dass er den VW Golf „unter keinen Umständen" liefern werde, sondern den Kaufvertrag anfechte, weil er das Fahrzeug in Kenntnis der Sachlage „nie und nimmer" mit einem Startgebot von 1 Euro eingestellt hätte. K ist bereit, den Kaufpreis in Höhe von 1 Euro zu zahlen, macht dann aber – da sich V weiterhin weigert – einen Schadensersatz statt der Leistung in Höhe von 4.999 Euro geltend, weil der Vertrag mit einem Kaufpreis in Höhe von einem Euro wirksam zustande gekommen und der VW Golf – was zutrifft – 5.000 Euro wert gewesen sei. V verweist K auf die Anfechtung und betont überdies, dass der Vertrag ohnehin wegen Sittenwidrigkeit nichtig und das Verlangen des K unabhängig davon als Rechtsmissbrauch zu werten sei, da K klar sei, dass er, V, den Wagen nie für 1 Euro verkauft hätte. K hält an seiner Forderung fest. Zu Recht?*

[225] Vermutung muss von benachteiligter Partei vorgetragen werden.
[226] Angelehnt an *Köhler*, BGB AT, 28. Aufl. 2018, S. 74 f.

4. Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit (§ 138 Abs. 1 BGB)

a. Begriff der Sittenwidrigkeit

Die Rechtsprechung definiert den Begriff der Sittenwidrigkeit als „**Verstoß gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden**“. Sie verweist damit auf allgemein akzeptierte außerrechtliche moralisch-ethische Minimalstandards sowie die Grundwertung der positiven Rechtsordnung, insbesondere des Grundgesetzes.

Ein solcher Verstoß ist anzunehmen, wenn das Rechtsgeschäft „nach seinem aus der Zusammenfassung von **Inhalt, Beweggrund und Zweck** zu entnehmenden Gesamtcharakter mit den grundlegenden Wertungen der Rechts- und Sittenordnung nicht zu vereinbaren ist“.[227] Ein derartiger Sittenverstoß kann insbesondere darin liegen, dass das Rechtsgeschäft die Allgemeinheit[228] **gefährdet**, indem es strafbare oder ordnungswidrige Handlungen vorbereitet oder anderweitig **fördert**.[229]

b. Wichtige Fallgruppen

- Schuldnerknebelung (Sicherungsübereignung beinahe des gesamten Vermögens)
- Gläubigergefährdung (Sonderregelungen in der Insolvenzordnung und dem Anfechtungsgesetz)
- Missbrauch einer Macht- und/oder Monopolstellung
- Nachvertragliche Wettbewerbsverbote, die räumlich, zeitlich und sachlich über das **notwendige Maß** hinausgehen (z. B. für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters aus einer Gesellschaft).
- Verleitung zum Vertragsbruch
- Titel- und Ämterkauf
- Verträge zur Regelung von Gegenständen aus dem Bereich von **Ehe und Familie** sowie der **Sexualität** (Einnahme von Verhütungsmitteln, hohe Abfindungszahlung zur Verhinderung einer Ehescheidung, Leihmutterschaft, Prostitution)

c. Rechtsfolge

Nichtig ist in der Regel nur die **schuldrechtliche** Seite, nicht das Verfügungsgeschäft.

Fall 33: Das Radarwarngerät[230]

Der notorische Raser Reinhold (R) entschließt sich, den regelmäßigen Blitzerkosten durch die Anschaffung eines Radarwarngeräts entgegenzuwirken. Dazu erwirbt er von einem entfernten Bekannten Bastian (B) ein entsprechendes Gerät zum Preis von 1.000 Euro in bar. Als R, der sich nun unbesiegbar fühlt, mit 180 km/h auf der Bundestraße dennoch geblitzt wird,

[227] BGH, Urt. v. 03.04.2008 – III ZR 190/07, NJW 2008, 2026, 2027.
[228] Zur Fallgruppe der sittenwidrigen Schädigung zulasten der Allgemeinheit: BGH, Urt. v. 23.02.2005 – VIII ZR 129/04, NJW 2005, 1490, 1491; *Wolf/Neuner*, BGB AT, 11. Aufl. 2016, § 46 Rn. 47 ff.
[229] *Faust*, BGB AT, 6. Aufl. 2018, § 10 Rn. 2.
[230] Angelehnt an BGH, Urt. v. 23.02.2005 – VIII ZR 129/04, NJW 2005, 1490.

muss er schmerzhaft feststellen, dass das gelieferte Gerät mangelhaft ist. Erbost schickt R dem B das mangelhafte Radarwarngerät zurück und verlangt Rückzahlung des gezahlten Kaufpreises.

Zu Recht?

5. Exkurs: Anwendbarkeit der GoA auf nichtige Verträge

Es stellt sich die Frage, ob die Geschäftsführung ohne Auftrag auf nichtige Verträge Anwendung finden kann. Während die Rspr. insoweit großzügig ist und dies befürwortet,[231] verneint es die herrschende Literatur[232] unter überzeugendem Verweis auf die **vorrangigen Wertungen des Bereicherungsrechts**.[233] Eine Anwendung der GoA-Vorschriften würde nämlich die **speziellen Kondiktionssperren** aus §§ 814, 815, 817 S. 2 BGB und den **Entreicherungseinwand** gem. § 818 III BGB unterlaufen.

Selbst bei Anwendbarkeit der §§ 683 S. 1, 670 BGB sind jedoch nur solche Aufwendungen gem. § 670 BGB ersatzfähig, die der Geschäftsführer nach den Umständen für **erforderlich** halten durfte. Hierunter fallen jedoch auch nach Ansicht der Rspr. grundsätzlich keine Aufwendungen, die einer **gesetzeswidrigen Tätigkeit** dienen oder in ihr bestehen.

[231] Für die Anwendbarkeit der GoA auf nichtige Verträge in st. Rspr. z. B. BGH, Urt. v. 10.10.1996 – III ZR 205/95, NJW 1997, 47, 48; BGH, Urt. v. 03.07.2008 – III ZR 260/07, NJW 2008, 3069, 3071; BGH, Urt. v. 21. 6. 2012 – III ZR 291/11, NJW 2012, 3366, 3368.
[232] Gegen die Anwendbarkeit der GoA auf nichtige Verträge: MüKoBGB/*Schäfer*, 7. Aufl. 2017, § 677 Rn. 87 f.; Jauernig/*Mansel*, 17. Aufl. 2018, § 677 Rn. 6.
[233] Zum Streitstand: *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 9. Aufl. 2019, § 3 Rn. 7.

XIII. Verjährung

(*Boecken*, § 15; *Brox/Walker*, § 31 III; *Faust*, §§ 30, 31; *Köhler*, § 18; *Leipold*, § 35)

1. Überblick und Anwendungsbereich

„Nach Eintritt der Verjährung ist der Schuldner berechtigt, die Leistung zu verweigern." (§ 214 I BGB). Ihm steht eine Einrede zu. Er muss sich nicht darauf berufen, er kann auch nach Ablauf der Frist leisten. Der Richter beachtet die **Einrede der Verjährung** daher nur, wenn sich der Schuldner auf sie beruft. Entsprechend findet sich in der Klausur ein darauf abzielender Sachverhaltshinweis à la „G meint, nach so langer Zeit sei er ja wohl nicht mehr zur Leistung verpflichtet."

Funktion der Verjährung von Ansprüchen: Herstellung von **Rechtssicherheit** und Wahrung des **Rechtsfriedens**; **Klarheit** für Schuldner, der irgendwann über sein Geld, seine Arbeitskraft, seine Ware o. ä. wieder frei verfügen können möchte; Entlastung der Gerichte, die vor **Beweisproblemen**, die mit lange zurückliegenden Sachverhalten verbunden sein können, geschützt werden.

Exkurs: Beachte den Unterschied zwischen Einwendung und Einrede (*Bitter*, AT, § 3 Rz. 18ff.)

Einwendung

Rechtsfolge: **Beseitigung** des Rechts als solchem, nicht nur Verhinderung der Durchsetzung.

Unterscheide:

- rechtshindernde Einwendung, z. B. Gesetzesverstoß (§ 134 BGB), Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB); Geschäftsunfähigkeit (§ 104 BGB); Formmangel (§ 125 BGB)
  → Der Anspruch kommt gar nicht zur Entstehung.
- rechtsvernichtende Einwendungen, z. B. Unmöglichkeit (§ 275 I BGB), Erfüllung (§ 362 BGB)
  → Der zunächst wirksam entstandene Anspruch geht unter.

Prozess: Die Einwendung wird vom Richter **ex officio** (von Amts wegen) beachtet.

Klausur: Bsp.: Prüfung eines vertraglichen Erfüllungsanspruchs (z. B. Anspruch aus § 433 II BGB): Nachdem in einem ersten Schritt eine Einigung der Parteien festgestellt wurde, folgt als zweiter Schritt die Frage nach der etwaigen Nichtigkeit. Möglicher Aufbau: I. Anspruch entstanden? II. Rechtshindernde Einwendungen? III. Rechtsvernichtende Einwendungen?

Einrede

Rechtsfolge: **Hindert Durchsetzung** eines subjektiven Rechts (**Leistungsverweigerungsrecht**), lässt Recht (Anspruch) als solches aber bestehen.

Unterscheide:

- dauernde Einreden, z. B. Verjährung (§ 194 BGB)
- aufschiebende Einreden, z. B. Zurückbehaltungsrecht (§ 273 I BGB)

Prozess: Richter darf die Einrede nur beachten, wenn sie **geltend gemacht** wird.

Klausur: Als weiterer Prüfungsschritt folgt, soweit der Sachverhalt Anlass dazu gibt, die Frage nach der Durchsetzbarkeit des (bestehenden) Anspruchs. Aufbau: IV: Anspruch einredebehaftet?

Terminologie im Zivilprozessrecht

Begriff der „Einrede“ bezeichnet im Prozess *jede* Art von Verteidigungsmittel mit Ausnahme des bloßen Bestreitens, u. a.

- prozessuale Einreden (z. B. mangelnde Zuständigkeit des Gerichts, Schiedsklausel)
- materiellrechtliche Einreden und Einwendungen.

Der Verjährung unterliegen nur **Ansprüche** (§ 194 I BGB), nicht dagegen absolute Rechte (Eigentum, Persönlichkeitsrecht etc.) und Gestaltungsrechte (Kündigung, Rücktritt, Anfechtung etc.).

> *Beispiel: Stiehlt D dem A eine Uhr, so bleibt A auf unbegrenzte Zeit Eigentümer (Eigentum als absolutes Recht). Als Eigentümer steht dem A der Eigentümerherausgabeanspruch aus § 985 BGB zu. D kann aber nach Ablauf von 30 Jahren (§ 197 I Nr. 1 BGB) die Herausgabe wegen Verjährung verweigern (§ 214 I BGB). (Hinweis: Ein Eigentumserwerb des A kraft Ersitzung gemäß § 937 BGB scheidet mangels Gutgläubigkeit des Diebs aus.)*

Zur Abgrenzung: **Gestaltungsrechte** wie Anfechtung, Rücktritt, Widerruf, Verweigerung der Genehmigung etc. unterliegen allerdings ggf. bestimmten **Ausschlussfristen**, nach deren Ablauf sie **nicht mehr ausgeübt** werden können (z. B. Anfechtungsfristen in §§ 121 und 124; Genehmigung des vom beschränkt geschäftsfähigen Minderjährigen oder vom vollmachtlosen Vertreter abgeschlossenen Vertrags nach Aufforderung durch den dritten Vertragspartner gemäß § 108 II bzw. § 177 II BGB).

Zu unterscheiden ist zwischen der regelmäßigen dreijährigen Verjährungsfrist und speziellen Verjährungsfristen:

2. Spezielle Verjährungsfristen

a. Schuldrechtliche Ansprüche aus Grundstücksgeschäften

… verjähren in zehn Jahren (§ 196 BGB). Das gilt sowohl für den Anspruch auf Eigentumsübertragung als auch für den Anspruch auf die Gegenleistung (z. B. Grundstückskaufpreis, § 433 II BGB).

b. Der Anspruch auf Eigentumsherausgabe

… gemäß § 985 BGB verjährt in 30 Jahren (§ 197 I Nr. 2 BGB).

c. Für Ansprüche wegen Mängelgewährleistung

… gelten besondere Fristen. Wichtige Vorschriften sind

1) § 438 BGB über die kaufrechtliche Gewährleistung: 2, 5 oder 30 Jahre *(Lesen!)*
2) § 634a BGB über die Gewährleistung des Werkunternehmers: 2, 3 oder 5 Jahre.

d. Ersatzansprüche des Vermieters

… wegen Verschlechterung der Mietsache verjähren in sechs Monaten nach der Rückgabe (§ 548 I BGB).

Praxistipp: Auch nach Ablauf der kurzen mietrechtlichen Verjährungsfrist kann der Vermieter unter Umständen noch aufrechnen, § 215 BGB. Hier kommt insbesondere die noch nicht zurückgezahlte Kaution in Betracht. Voraussetzung für die Aufrechnung ist allerdings die Gleichartigkeit der Ansprüche (§ 387 BGB). Daran fehlt es, wenn sich der Zahlungsanspruch des Mieters gegen den Vermieter (gerichtet auf Rückzahlung der Kaution) und ein Nachbesserungsanspruch des Vermieters gegen den Mieter (bezüglich der mangelhaften Mietsache) gegenüberstehen. Gleichartigkeit kann aber zu bejahen sein, wenn sich der Anspruch des Vermieters innerhalb (!) der kurzen Verjährungsfrist in einen Schadensersatzanspruch (§§ 280 ff., 823 Abs. 1 BGB) und damit einen Zahlungsanspruch umgewandelt hat. Dafür bedarf es bei Schönheitsreparaturen einer Fristsetzung, nicht hingegen bei echten Beschädigungen der Mietsache. So handelt es sich bei der Durchführung der vertraglich auf den Mieter abgewälzten Schönheitsreparaturen um Leistungspflichten, bei deren Verletzung die Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 BGB (Fristsetzungserfordernis!) erfüllt sein müssen, während echte Beschädigungen einen Anspruch auf einfachen Schadensersatz gemäß §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB (kein Fristsetzungserfordernis) zur Folge haben.[234]

3. Die dreijährige Regelverjährung (§ 195 BGB)

Bei der Berechnung der regelmäßigen dreijährigen Verjährungsfrist sind zwei Besonderheiten zu beachten: **Fristbeginn** erst am Ende eines Jahres und bestimmte absolute zeitliche **Obergrenzen**, nach denen ein Anspruch nicht mehr geltend gemacht werden kann.

a. Anwendungsbereich der Regelverjährung

Der Regelverjährung unterliegen

(1) die meisten vertraglichen Ansprüche, und zwar sowohl der Anspruch

- auf die Leistung (z. B. Lieferung der gekauften beweglichen Sache, § 433 Abs. 1 BGB) als auch
- auf Schadensersatz (§§ 280 ff. BGB),

(2) Ansprüche aus gesetzlichen Schuldverhältnissen, insbesondere

[234] *Beispiel: BGH, Urt. v. 28.2.2018 – VIII ZR 157/17, NJW 2018, 1746: Berechtigung des Vermieters zur sofortigen Geltendmachung der Kosten für die Beseitigung eines auf fehlerhaftem Heiz- und Lüftungsverhalten des beklagten Mieters beruhenden Schimmelbefalls mehrerer Räume und weiterer Beschädigungen der Mietsache aus § 280 Abs. 1 BGB. Kein vorheriges Fristsetzungserfordernis.*

- Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB),
- der Anspruch aus unerlaubter Handlung (§§ 823 ff. BGB) und
- aus ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 812 ff. BGB).

b. Fristbeginn der regelmäßigen Verjährung

Die Frist beginnt mit dem Schluss des Jahres (sog. **Ultimoverjährung**), in dem zwei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind (§ 199 BGB):

Kumulative („und") Voraussetzungen für Beginn der Verjährungsfrist (§ 199 BGB)

(1) Der Anspruch ist entstanden.

(2) Der Gläubiger hat von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder hätte ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müssen.

Der Anspruch ist i.S.d. § 199 I Nr. 1 BGB entstanden, sobald er eingeklagt werden kann.[235] Dazu muss er fällig sein, § 271 I BGB.[236]

c. Fristende: Obergrenzen

In § 199 Abs. 2 bis 4 sind absolute Verjährungsfristen vorgesehen, die neben der normalen dreijährigen Verjährungsfrist (mit „beweglichem" Beginn in Abhängigkeit von der subjektiven Kenntnis des Anspruchsinhabers) herlaufen. Diese absoluten Verjährungsobergrenzen können ausnahmsweise zur Folge haben, dass ein Anspruch verjährt, bevor der Berechtigte von seiner Existenz Kenntnis erhalten hat, ja sogar bevor der Anspruch überhaupt nur entstanden ist.

Bezüglich der Obergrenzen ist nach der Art des Anspruchs zu unterscheiden:

(1) § 199 II BGB: Schadensersatzansprüche bei Verletzung besonders wertvoller Rechtsgüter

… Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit (vgl. die Aufzählung in § 823 I BGB) verjähren unabhängig von ihrer Entstehung und der Kenntnis oder grob fahrlässigen Unkenntnis **spätestens** nach 30 Jahren.

Beispiel: Ein Verkehrsunfall verursacht erst 31 Jahre später einen Körperschaden. Auch hier liegen in dem Zeitpunkt, in dem der Anspruch verjährt, weder Kenntnis noch Fälligkeit vor. Dennoch ist er verjährt (§ 199 II BGB: 30 Jahre).

(2) § 199 III: Sonstige Schadensersatzansprüche

… wie z. B. auf Ersatz des Vermögensschadens oder wegen Eigentumsverletzung verjähren

(a) ohne Rücksicht auf Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis zehn Jahre nach ihrer Entstehung (Nr. 1) und

[235] BGH, Urt. v. 17.02.1971 - VIII ZR 4/70, BGHZ 55, 340 = NJW 1971, 979. Dies gilt auch für Zahlungsansprüche aus Kaufverträgen, die Verjährung ist hier nicht abhängig von der erfolgten Lieferung, so RG, Urt. v. 15.12.1905 - VII 120/05, RGZ 62, 178.
[236] BGH, Urt. v. 08.07.1968 - VII ZR 65/66, BGHZ 50, 271 = NJW 1968, 1962.

(b) spätestens, d. h. auch wenn der Anspruch noch nicht entstanden ist, nach 30 Jahren (Nr. 2).

Beispiel: Notar begeht Fehler bei Testamentsgestaltung, Erblasser stirbt erst 31 Jahre danach. Es handelt sich um einen Vermögensschaden. Hier ist der Schadensersatzanspruch der Erben (§§ 280 I, III, 281 I 1 BGB[237]) gegen den Notar verjährt (§ 199 III Nr. 2: 30 Jahre), bevor der Anspruch (durch den Todesfall) entstanden ist.

(3) Maßgebliche Zeitpunkte für die Berechnung der Obergrenzen bei Schadensersatzansprüchen sind

(a) Begehung der Handlung oder

(b) Verwirklichung der Gefahr oder

(c) Pflichtverletzung.

Es gilt die früher endende Frist.

Wegen der unterschiedlichen Obergrenzen für die Verjährung verschiedener Schadensersatzansprüche betreffend verschiedene Rechtsgüter kann es passieren, dass verschiedene Ansprüche, die aus derselben unerlaubten Handlung herrühren, zu unterschiedlichen Zeitpunkten verjähren.

*Beispiel: Unerlaubte Handlung in Form der schuldhaften Verursachung eines Verkehrsunfalls: Der Schadensersatzanspruch wegen des zerstörten Pkw (**Eigentumsverletzung**) verjährt gemäß § 199 III BGB (Obergrenzen von zehn Jahren nach Entstehung, maximal 30 Jahre). Der Anspruch auf Schmerzensgeld wegen **Körperverletzung** verjährt nach Maßgabe des § 199 II BGB (Obergrenze von 30 Jahren).*

(4) Andere Ansprüche als Schadensersatzansprüche

… wie z. B. der Anspruch auf Wertersatz aus § 346 II BGB und der Herausgabeanspruch aus § 819 BGB (im Gesetz notieren!) verjähren spätestens, d. h. ohne Rücksicht auf die Kenntnis und die grob fahrlässige Unkenntnis zehn Jahre nach ihrer Entstehung, § 199 IV BGB.

4. Vertragliche Vereinbarung über Verjährungsfristen

Vertragliche Vereinbarungen sind **grundsätzlich möglich** (vgl. § 202 BGB).

In dem wichtigen Fall der **kaufrechtlichen Gewährleistung für Verbrauchsgüter** ist die Möglichkeit der **Verjährungserleichterung** (= Verkürzung der Verjährungsfrist) aber begrenzt, § 476 II BGB.[238] Außerdem ist § 309 Nr. 8 b ff. BGB über Verjährungserleichterungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu beachten.

[237] Der Vertrag zwischen Erblasser und Notar entfaltet Schutzwirkung zugunsten der Vertragsdritten (hier: designierte Erben) → Examenskurs Allgemeines Schuldrecht.
[238] Beachte auch die Möglichkeit der Verkürzung der Verjährung von Ansprüchen auf Schadensersatz in § 476 Abs. 3 BGB.

Nicht erlaubt sind außerdem Erleichterungen der Verjährung für den Fall der Haftung wegen **Vorsatzes**, § 202 I BGB.

5. „Quasi-Verjährung“ von Rücktritt und Minderung

Beim Rücktritt handelt es sich um ein Gestaltungsrecht. Gestaltungsrechte unterliegen der Verjährung eigentlich nicht. Daher ist das Problem der „Verjährung des Rücktrittsrechts“ rechtstechnisch so gelöst, dass der Rücktritt unwirksam ist, wenn der Erfüllungsanspruch bzw. der Nacherfüllungsanspruch verjährt ist und der Schuldner sich hierauf beruft, §§ 218, 438 und 634a V BGB. Im Ergebnis bedeutet das aber, dass das Recht, zurückzutreten, nach einer gewissen Zeit „verjährt“ ist. Man spricht daher auch von Quasi-Verjährung.

6. Neubeginn, Hemmung und Ablaufhemmung

a. Neubeginn

Die Verjährungsfrist beginnt von Neuem an zu laufen.

Zum Neubeginn kommt es in drei Fällen (§ 212 I Nr. 1 und 2 BGB):

(1) Anerkenntnis des Schuldners, insbesondere durch Abschlagszahlung, Zinszahlung oder Sicherheitsleistung (es genügt ein **tatsächliches Verhalten** des Schuldners, das erkennen lässt, dass er sich des Bestehens seiner **Verpflichtung bewusst** ist.)

(2) Vollstreckungshandlung wird vorgenommen (Ausnahmen: § 212 II 1. und 2. Alt. BGB) oder beantragt (Ausnahmen: § 212 III BGB).

b. Hemmung

„Der Zeitraum, während dessen die Verjährung gehemmt ist, wird in die Verjährungsfrist nicht eingerechnet.“ (§ 209 BGB)

Hemmungstatbestände finden sich in den §§ 203 – 211 BGB. Besonders wichtig sind:

(1) Schwebende Verhandlungen über den Anspruch, § 203 BGB

Die Parteien müssen Verhandlungen über den Anspruch oder die diesen begründenden Umstände geführt haben. Der Begriff der Verhandlung ist im Rahmen des § 203 BGB weit zu verstehen,[239] sodass eine Unterredung über den Anspruch bereits genügt, solange der Schuldner Verhandlungen nicht konsequent und erkennbar ablehnt.

Die Verjährung ist gehemmt, bis eine Partei die Fortsetzung der Verhandlungen verweigert. Die Verjährung tritt frühestens drei Monate nach dem Ende der Hemmung ein.

[239] BGH, Urt. v. 10.05.1983 - VI ZR 173/81, NJW 1983, 2075, 2076.

Im Fall der Untätigkeit des Gläubigers liegt ein Ende der Verhandlungen zu dem Zeitpunkt vor, an welchem nach Treu und Glauben spätestens eine Antwort zu erwarten gewesen wäre.[240]

(2) Rechtsverfolgung, § 204 BGB wie z. B.

- Klageerhebung
- Zustellung des Mahnbescheids im Mahnverfahren
- Anmeldung des Anspruchs im Insolvenzverfahren
- Beginn des schiedsgerichtlichen Verfahrens

In diesen Fällen endet die Hemmung gemäß § 204 II BGB einheitlich sechs Monate nach der rechtskräftigen Entscheidung oder anderweitigen Beendigung des eingeleiteten Verfahrens. Kommt es zum Stillstand des Verfahrens, ist die letzte Verfahrenshandlung maßgeblich. Die Verjährung ist also während des gesamten Verfahrens und darüber hinaus noch sechs Monate gehemmt.

c. Hemmung und Neubeginn von Nebenansprüchen und Surrogaten

Die Vorschrift § 213 BGB bestimmt, dass Hemmung und Neubeginn auch für solche Ansprüche eintritt, die aus demselben Grund wahlweise neben dem Anspruch oder an seiner Stelle gegeben sind.

Beispiel: Erhebt der enttäuschte Gläubiger Erfüllungsklage z. B. auf Erbringung der vereinbarten Werkleistung, nachdem er dem Schuldner erfolglos eine Nachfrist gesetzt hat, so ist damit nicht nur die Verjährung des Erfüllungsanspruchs, sondern auch des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder auf Rückzahlung des Werklohns gehemmt.

Fall 34: Zauberstab

Ron (R) ist, begleitet von seinen Freunden Harry und Hermine, am Nachmittag des 24.3.2016 auf der Suche nach einem neuen Zauberstab, weil sein bisheriger wegen eines missglückten Zauberspruchs nur noch unter hohem Risiko nutzbar ist. Bei Ollivanders wird er fündig. Da Ron zum Ende des Monats wie immer knapp bei Kasse ist, willigt Ollivander (O) ein, dass Ron den Kaufpreis in Höhe von 150 € erst zwei Wochen später, am 7.4.2016, zahlt.

Am 6.4.2016 gerät Harry mal wieder in Schwierigkeiten und Ron muss ihm zur Hilfe eilen, sodass der Zahlungstermin am nächsten Tag und durch den Trubel auch in den nächsten Wochen in Vergessenheit gerät.

Ollivander vergisst die Angelegenheit ebenfalls. Erst Jahre später, am 10.12.2019, fällt ihm die offene Rechnung in die Hände, er wendet sich an Ron und verlangt Zahlung. Ron hingegen ist unsicher, ob er den Betrag nicht längst beglichen hat und erwidert, dies zunächst prüfen zu müssen. Ollivander wartet bis zum 13.2.2020, ohne dass ein weiterer Wortwechsel der beiden erfolgt. Hat er einen Anspruch auf Kaufpreiszahlung?

[240] Bamberger/Roth/*Spindler*, 4. Aufl. 2019, § 203 Rn. 9.

Zusammenfassende Übersicht: Regelmäßige Verjährungsfrist, § 199 BGB

<table>
<tr><th></th><th>(1) Ansprüche auf Schadensersatz wegen Verletzung besonders wertvoller Rechtsgüter</th><th>(2) Sonstige Ansprüche auf Schadensersatz</th><th>(3) Übrige Ansprüche
(nicht auf Schadensersatz gerichtet)</th></tr>
<tr><td>Beispiele</td><td>Anspruch auf Schmerzensgeld wegen Körperverletzung</td><td>Schadensersatzanspruch wegen Beschädigung eines Autos</td><td>Anspruch auf Wertersatz gemäß § 346 II BGB</td></tr>
<tr><td>I.
Verjährungsfrist</td><td colspan="3">drei Jahre</td></tr>
<tr><td>II. Fristbeginn</td><td colspan="3">Ende des Jahres nach
Entstehung und Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis</td></tr>
<tr><td rowspan="2">III.
Höchstgrenzen</td><td></td><td>• zehn Jahren nach Fälligkeit,
unabhängig von Kenntnis
oder</td><td>• zehn Jahre nach Fälligkeit,
unabhängig von Kenntnis</td></tr>
<tr><td>• spätestens 30 Jahre nach Begehung der Handlung,
unabhängig von Kenntnis und Fälligkeit</td><td>• spätestens 30 Jahre nach Begehung der Handlung,
unabhängig von Kenntnis und Fälligkeit</td><td></td></tr>
<tr><td>(absolute
Obergrenze)</td><td colspan="3"></td></tr>
</table>

B. AGB-Kontrolle

(*Boecken*, § 9 III; *Brox/Walker*, § 10; *Faust*, § 15; *Köhler*, § 16; *Leipold*, § 14 VII)

Allgemeine Geschäftsbedingungen spielen im Wirtschaftsleben eine große Rolle.

1. Vorteile von AGB

- Rationalisierungseffekt bei Massenverträgen (kein einzelnes Aushandeln erforderlich)
- Risikobegrenzung des Verwenders (z. B. Haftungsbeschränkungen)
- Beide Punkte erlauben günstigere Preisgestaltung (Reduktion der Transaktionskosten – Verhandlungskosten – und Verringerung des erforderlichen Risikoaufschlags)
- umfassende Regelung eines gesetzlich nicht (vollständig) geregelten Rechtsverhältnisses (z. B. Leasing)

2. Nachteile von AGB/Gefahren für den Vertragspartner

- Inhaltsfreiheit (nicht Abschlussfreiheit) wird faktisch eingeschränkt
- Verwender kann AGB einseitig zu seinem Vorteil ausgestalten, Risiken in unverhältnismäßiger Weise abwälzen.

3. Zweck der Vorschriften über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen

- Herbeiführung von Transparenz durch Einbeziehungskontrolle (§§ 305 – 305c BGB)
- Verringerung des Missbrauchsrisikos durch
    - besondere Auslegungsregeln (§ 305c Abs. 2 BGB)
    - Inhaltskontrolle (§§ 307 – 309 BGB). Rechtsfolge: Nichtigkeit der betreff. Klausel.
- Die Vorschriften über die Inhaltskontrolle von AGB ergänzen die §§ 134, 138 BGB.

4. Schutzgrund der AGB-Vorschriften: Marktversagen

Das Missbrauchsrisiko hat seine Ursache weniger in der wirtschaftlichen oder intellektuellen Übermacht des Verwenders als vielmehr in einem „partiellem Marktversagen, genauer einem **Informations- und Motivationsgefälle** zwischen Verwender und Kunde“ (*Basedow*, in MükoBGB, Vorb. §§ 305 – 310, Rn. 3 ff.). Der Kunde müsste einen **enormen (Verhandlungs-)Aufwand** betreiben, um bestimmte Vertragsrisiken auf den Unternehmer zurückzuwälzen. Die damit verbundenen **Transaktionskosten** stehen, auch angesichts geringer Schadenserwartungswerte, in keinem Verhältnis zu dem möglichen Vorteil. Ein echter Wettbewerb um günstige Vertragsbedingungen entsteht nicht.

Besonders im Verhältnis Unternehmer zu Unternehmer (B2B) kann aber auch eine **wirtschaftliche Abhängigkeit** der Grund für unangemessene AGB sein. Zu denken ist an Abhängigkeitsverhältnisse von Zuliefe-

rern gegenüber marktstarken Abnehmern etwa aus der Automobilindustrie oder Herstellern von Lebensmitteln gegenüber großen Einzelhandelsketten. Die AGB-Kontrolle erfolgt hier allerdings weniger streng, § 310 Abs. 1 BGB.

5. Prüfungsschema für Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)

1. Vorliegen von AGB, § 305 Abs. 1 BGB?

a. Vertragsbedingungen

b. für eine Vielzahl von Verträgen

c. vorformuliert

d. vom Verwender gestellt

2. Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB, § 310 BGB - Sachlicher Anwendungsbereich

a. Unanwendbarkeit gem. § 310 IV (u. a. Familien-, Erb-, Gesellschaftsrecht)?

b. Teilweise Unanwendbarkeit gem. § 310 I, II (B2B, Energieversorgung)?

c. Modifizierte Anwendbarkeit gem. § 310 III (Verbraucherverträge)?

3. Einbeziehungskontrolle: AGB Bestandteil des Vertrags geworden?

a. § 305 II

b. Überraschende und mehrdeutige Klauseln, § 305c

4. Inhaltskontrolle

a. Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit, § 309

b. Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit, § 308

c. Generalklausel, § 307 I, II

6. Vorliegen von AGB, § 305 BGB?

a. Vertragsbedingungen

- Regelung, die sich auf den **Abschluss oder Inhalt** eines Vertrages bezieht.
- Art und Rechtsnatur des Vertrages spielen grundsätzlich keine Rolle (vgl. aber § 310 IV).
- Auf das äußere Erscheinungsbild der Vertragsbedingungen kommt es nicht an, § 305 I 2

b. Vorformulierung

- AGB müssen bereits **vor** Vertragsschluss vollständig **formuliert und abrufbar** sein.
- Die Art der Speicherung (Schriftstück, digitale Speicherung, Gedächtnis) ist unerheblich. So können insbesondere auch handschriftlich in einen Vertragstext eingefügte Klauseln AGB sein, wenn sie öfters verwendet werden und vom Verwender "im Kopf gespeichert" sind.

c. Vielzahl von Verträgen

- Ausnahme in § 310 III Nr. 2: Verbraucher (§ 13 BGB) konnte auf Grund der Vorformulierung auf ihren Inhalt keinen Einfluss nehmen.
- Sie müssen nicht mehrfach verwendet worden sein. Ausreichend ist vielmehr die erstmalige Verwendung, sofern nur vom Verwender (oder vom **Aufsteller**, z. B. Verband) eine mehrfache Verwendung **beabsichtigt** ist. Minimum: **drei** Verwendungen.

d. Stellen der Vertragsbedingungen

- Eine Partei bietet der anderen den Abschluss eines Vertrages zu diesen Bedingungen an.
- Kein Stellen i. S. d. § 305 I 1 liegt vor,
    - wenn beide Parteien unabhängig voneinander die Einbeziehung bestimmter Vertragsbedingungen (z. B. der VOB/B) fordern sowie
    - wenn die Einbeziehung vorformulierter Vertragsbedingungen in einen Vertrag auf einer freien Entscheidung desjenigen beruht, der vom anderen Vertragsteil mit dem Verwendungsvorschlag konfrontiert wird. Davon ist insbesondere auszugehen, wenn die andere Partei die Gelegenheit erhält, alternativ **eigene** Textvorschläge mit der **effektiven Möglichkeit** ihrer Durchsetzung in die Verhandlungen einzubringen (BGH, NJW 2010, 1131 Tz. 18).

e. Abgrenzung zur Individualabrede

- Keine AGB, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind, § 305 I 3 BGB. ,,Aushandeln" setzt eine **erkennbare, ernsthafte Abänderungsbereitschaft** des Verwenders voraus.

7. Sonderregelung für Verbraucherverträge, § 310 III BGB

§ 310 III enthält eine Sonderregelung für "Verbraucherverträge", die den Anwendungsbereich des Rechts der AGB zum Schutze des Verbrauchers erweitert.

a. Begriff des Verbrauchervertrags

Legaldefinition in § 310 III: Vertrag "zwischen einem Unternehmer [§ 14 BGB] und einem Verbraucher [§ 13 BGB]".

b. Kontrolle von Drittbedingungen, § 310 III Nr. 1

AGB gelten als vom Unternehmen gestellt (**gesetzliche Fiktion**), außer wenn sie durch den Verbraucher in den Vertrag eingeführt wurden.

Rechtsfolge: Auch solche Bedingungen, die auf Vorschlag eines **Dritten** (z. B. Notar, Makler, Verband) in den Vertrag einbezogen werden, unterliegen der AGB-Kontrolle.

c. Erweiterte Inhaltskontrolle, § 310 III Nr. 3

Bei der Inhaltskontrolle ist grundsätzlich ein **generell-objektiver** Maßstab anzulegen. Gemäß § 310 III Nr. 3 sind bei der Beurteilung der unangemessenen Benachteiligung gemäß § 307 I, II ergänzend „auch die den Vertragsabschluss begleitenden Umstände zu berücksichtigen“, wie z. B. Besonderheiten der Situation des Vertragsschlusses, Ausnutzung des Zeitdrucks oder umgekehrt lange Prüfungsmöglichkeit des Verbrauchers, die Besonderheiten in der Person des Verbrauchers, z.B. seine Geschäftserfahrenheit oder -unerfahrenheit. Die jeweiligen Umstände können sich daher sowohl **zugunsten** als auch **zulasten** des Verbrauchers auswirken.

8. Die Einbeziehung von AGB in den Vertrag, § 305 II

Drei kumulative Voraussetzungen für die Einbeziehung von AGB:

a. Ausdrücklicher Hinweis auf die AGB bei Vertragsschluss, § 305 II Nr. 1

> *Bsp. 1: Die auf der Rückseite eines Vertragsformulars abgedruckten AGB-Klauseln werden nur dann Vertragsinhalt, wenn auf der Vorderseite ein entsprechender, deutlich erkennbarer Hinweis aufgedruckt ist.*
>
> *Bsp. 2: In einer Autowaschanlage (Vertragsschluss durch Einwurf einer Geldmünze) genügt deutlich sichtbarer Aushang der AGB.*

b. Verschaffung der Möglichkeit der Kenntnisnahme

- Der Text muss leserlich sein. Daran fehlt es, wenn er so klein gedruckt oder so unübersichtlich ist, dass ihn der Durchschnittskunde nicht mehr ohne weiteres lesen kann.
- Der Text muss verständlich sein (**Transparenzgebot**). Das ist er nicht, wenn er so abgefasst ist, dass ihn nur noch ein Jurist versteht.

c. Einverständnis des Gegners

Die andere Vertragspartei muss mit der Geltung der AGB einverstanden sein. Dieses Einverständnis ist dann zu bejahen, wenn die beiden ersten Voraussetzungen **erfüllt** sind und der Gegner sich auf den Vertragsschluss **einlässt**.

d. Rechtsfolge bei fehlender Einbeziehung

Kommt eine Einbeziehung der AGB nicht zustande, weil die Anforderungen des § 305 II nicht erfüllt sind, so kommt der Vertrag **ohne** die AGB zustande. Eine nachträgliche Einbeziehung ist dann nur im Wege der **Vertragsänderung** möglich.

9. Kollidierende AGB

Im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen kann es zu einer Kollision von AGB kommen. Das ist der Fall, wenn jede Partei ihre eigenen AGB durchzusetzen versucht.

> *Beispiel: Unternehmer X verweist bei einer Warenbestellung auf seine „Allgemeinen Einkaufsbedingungen", sein Vertragspartner Y nimmt auf die eigenen, der Auftragsbestätigung beigefügten, „Allgemeinen Verkaufsbedingungen" Bezug.*

Lösung:

- Frühere Rechtsprechung: „Theorie des letzten Wortes", jeder erneute Verweis auf die eigenen AGB ist neuer Antrag i. S. d. § 150 II BGB, der von der anderen Partei konkludent durch Vertragsdurchführung angenommen wird.
- Heute h. M.: Zwar liegt im Hinblick auf die sich widersprechenden AGB-Klauseln ein **offener Dissens** vor. Dieser führt aber nicht zur Nichtigkeit des Gesamtvertrages (vgl. § 154 I 1 BGB: „im Zweifel"). Vielmehr gilt (in Anlehnung an den in **§ 306** zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken):
  - Der Vertrag kommt im Umfang der tatsächlichen Einigung zustande:
    - vereinbarten Bedingungen z. B. hinsichtlich Kaufgegenstand und -preis
    - AGB der Parteien, soweit sie inhaltlich übereinstimmen oder von dem stillschweigenden Einverständnis der anderen Partei auszugehen ist, z. B. weil sie diese Partei lediglich begünstigen.
  - Verbleibende Lücken des Vertrages sind durch **dispositives Recht** und **ergänzende Vertragsauslegung** zu schließen (allgemeine Grundsätze).

  Arg. der h. M.: Durch die **Vertragsdurchführung** trotz widersprechender AGB bringen die Parteien zum Ausdruck, dass ihnen die Geltung der AGB **nicht so wichtig** war, dass der Vertrag mit ihnen stehen und fallen soll.

10. Überraschende Klauseln, § 305c Abs. 1 BGB

Schutz des Vertragspartners vor Überrumpelung. Erforderlich ist Vergleich zwischen den **Erwartungen** des Kunden und dem tatsächlichen Inhalt der Klausel:

- Erhebliche Abweichung vom **Vertragszweck**

  > *Bsp. 1: Der Käufer einer Kaffeemaschine muss nicht ohne weiteres mit einer Klausel rechnen, die eine Kaffeeabnahmepflicht bei einem bestimmten Händler, oder dem Verwender selbst, enthält (**Erweiterung oder Begründung zusätzlicher Hauptpflichten**). Rechtsfolge (§ 305c I BGB): Die (überraschende) Abnahmepflicht ist nicht Vertragsbestandteil geworden.*

Bsp. 2: Formularmäßige Erstreckung der Haftung aus einer Bürgschaft auf alle Forderungen des Hauptgläubigers, obwohl der Bürge bei der Unterzeichnung erklärt hat, er wolle nur für eine bestimmte, konkrete Verbindlichkeit einstehen

- **Verstecken** der Klausel

Bsp. 1: Klausel über Haftungsausschluss im Abschnitt der Regelungen über den Gerichtsstand.

Bsp. 2: Klausel zur automatischen Vertragsverlängerung auf der Rückseite, wenn vorne eine einjährige Vertragsdauer bestimmt ist.

Beachte: Ausdrückliche Vertragsabreden gehen gemäß § 305b BGB (Vorrang der **Individualabrede**) ohnehin vor. Einer Anwendung von § 305c I BGB bedarf es in diesen Fällen gar nicht mehr.

11. Die Auslegung von AGB

Für die Auslegung der AGB gelten zunächst die allgemeinen Grundsätze über die Auslegung von Rechtsgeschäften, einschließlich derer über die ergänzende Vertragsauslegung. Um den besonderen Aufgaben und Gefahren von AGB im Wirtschaftsleben Rechnung zu tragen, sind allerdings zusätzliche Auslegungsgrundsätze erforderlich:

a. Der Grundsatz der objektiven Auslegung

AGB sind objektiv auszulegen (s. aber oben zur erweiterten Inhaltskontrolle bei Verbraucherverträgen gemäß § 310 III Nr. 3), da ihr **Rationalisierungseffekt** nur bei **einheitlicher** Auslegung erreicht werden kann. Maßgebend ist somit der objektive Sinn und typische Inhalt der AGB. Die besonderen Umstände des Einzelfalls bleiben außer Acht.

Ausgangspunkt der Auslegung ist der Vertragswortlaut. Dabei ist auf das Verständnis von **verständigen und redlichen Vertragspartnern** abzustellen, zudem sind die Interessen der normalerweise beteiligten **Verkehrskreise** zu berücksichtigen.

b. Der Vorrang der Individualabrede (§ 305b)

Eine individuelle Vertragsabrede geht nach § 305b den AGB vor. Denn die Individualabrede ist gegenüber den auf generelle Geltung angelegten AGB die **speziellere** Regelung, zudem sollen die AGB Individualabreden nur ergänzen und nicht aushöhlen.

Beispiel: Sagt der Verkäufer dem Kunden vertraglich einen Liefertermin zu, ist er an diesen Termin auch dann gebunden, wenn sich in seinen AGB der Passus "Liefertermine sind unverbindlich" findet.

Der Grundsatz des Vorrangs der Individualabrede gilt auch, wenn die Individualabrede nur mündlich getroffen wurde, die AGB aber eine sog. Schriftformklausel enthalten (z. B. "Nebenabreden sind nur wirksam, wenn sie schriftlich erfolgt sind."). Grund: Die Schriftformklausel kann von den Parteien auch **formlos außer Kraft** gesetzt werden.

c. Die Unklarheitenregel (§ 305c II BGB)

Sind AGB-Klauseln objektiv mehrdeutig oder sonst unklar so gehen Auslegungszweifel zu Lasten des Verwenders, § 305c II. Es gilt die dem Vertragspartner günstigere Auslegung. Von mehreren möglichen Auslegungsmöglichkeiten ist diejenige zu Grunde zu legen, die zur **Unwirksamkeit** der Klausel führt.

12. Die Inhaltskontrolle von AGB und das Umgehungsverbot

Sind AGB wirksam in den Vertrag einbezogen worden, so unterliegen sie einer Inhaltskontrolle mit dem Ziel einer Überprüfung ihrer **inhaltlichen Angemessenheit**.

a. Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle

Gemäß § 307 III 1 unterliegen der Kontrolle nur "Bestimmungen in AGB, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden". Ausgeschlossen ist damit eine Kontrolle der **essentialia negotii** (z. B. die Leistungsbeschreibung und Preisregelung in einem Vertrag). Derartige Regelungen unterliegen jedoch dem Transparenzgebot des § 307 I 2 und können aus diesem Grund unwirksam sein.

b. Kontrollmaßstab

Generalklausel in § 307 I: Unwirksamkeit von AGB-Klauseln, die „den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen". Konkretisierungen finden sich in den §§ 309, 308 und 307 II. Sie sind als leges speciales vorrangig zu prüfen (in dieser Reihenfolge!).

c. Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit, § 309, insbesondere

- Pauschalisierung von Schadensersatzansprüchen, § 309 Nr. 5
- Haftungsausschlüsse, § 309 Nr. 7
  - Ausschluss von Ansprüchen bei Körperschäden
  - Ausschluss von Ansprüchen bei grober Fahrlässigkeit und Vorsatz
- Ausschluss der Mängelgewährleistung, § 309 Nr. 8b
  - betreffend Verträge über die Lieferung neu hergestellter Sachen und über Werkleistungen.
  - Beachte außerdem § 476 BGB (Verbrauchsgüterkaufverträge).

d. Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit, § 308

Hier gilt es im Einzelfall anhand der widerstreitenden Interessen festzustellen, ob die betreffende Klausel **tatsächlich** zu einer **unangemessenen Benachteiligung** führt → Richterlicher Beurteilungsspielraum.

e. Regelbeispiele gemäß § 307 II

- Unvereinbarkeit mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung (§ 307 II Nr. 1). „Leitbildfunktion“ des dispositiven Gesetzesrechts.

  Bsp. 1: Ausschluss der Irrtumsanfechtung nach §§ 119 ff. in AGB verstößt gegen § 307 II Nr. 1.

  Bsp. 2: Verpflichtung zur Bezahlung eines Kostenvoranschlags in AGB verstößt wegen § 632 III gegen § 307 II Nr. 1.

- Gefährdung des Vertragszweckes durch Gestaltung, die die vertraglichen „**Kardinalpflichten**“ einschränkt (sog. **Aushöhlungsverbot**). Dazu gehören neben den **Hauptpflichten** aus dem Vertrag auch **sonstige** Pflichten, die für den Vertragszweck von **wesentlicher Bedeutung** sind. Hier kann es zu Überschneidungen mit dem Verbot überraschender bzw. intransparenter Klauseln kommen (§§ 305c I bzw. 307 I 2).

Fall 35: Scheibenkleister - Grundfall

E möchte seinen Pkw in der automatischen Autowaschanlage des W reinigen lassen. Er wirft die verlangten Münzen in den vorgesehenen Automaten und fährt den Wagen wie vorgeschrieben in die Anlage. Während des Waschvorgangs erfasst eine Waschbürste einen Scheibenwischer am Wagen des E und reißt ihn ab. Grund war eine unzureichende Wartung der Waschanlage durch den Angestellten A des W. A hatte leicht fahrlässig gehandelt. Ansprüche des E gegen W?

Abwandlung

An der Einfahrt zur Waschanlage hängt ein gut lesbares Schild, auf dem es heißt: „Haftung für Lackschäden sowie für eine Beschädigung der außen an der Karosserie angebrachten Teile (z. B. Antennen, Spiegel und Scheibenwischer) nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit“. E hatte auf das Schild nicht geachtet.

13. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen §§ 307 ff. BGB

a. Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit von AGB-Klauseln

- Verstößt eine AGB-Klausel gegen die §§ 307-309, so ist sie grundsätzlich in **vollem Umfang** unwirksam, dies ergibt sich aus Sinn und Zweck der Vorschriften.
- An die Stelle der AGB-Bestimmungen, die nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam sind, treten gem. § 306 II die gesetzlichen Vorschriften, d. h. das **zwingende** und **dispositive** Gesetzesrecht und die von der **Rspr**. entwickelten Grundsätze.
- Fehlt es an gesetzlichen Regelungen oder werden sie der besonderen Sachlage nicht gerecht, ist die Vertragslücke nach **allgemeinen Auslegungsgrundsätzen** zu schließen.
- Die kann allerdings bei der Aufrechterhaltung des Vertrages zu Härtefällen führen: Hier greift nach § 306 III eine Ausnahmeregelung ein, wonach der Vertrag unter den dort genannten Voraussetzungen **unwirksam** ist.

b. Keine geltungserhaltende Reduktion

- Obwohl der Wortlaut des § 306 II BGB („soweit“) die Möglichkeit einer teilweisen Nichtigkeit einer Klausel nahelegt, kommt eine Zerlegung der Klausel in einen wirksamen und einen unwirksamen Teil grundsätzlich nicht in Betracht, selbst wenn die Klausel sprachlich und inhaltlich ohne weiteres teilbar ist.
- Dasselbe gilt für den Versuch, die Klausel durch ergänzende Vertragsauslegung oder Umdeutung auf den AGB-rechtlich gerade noch zulässigen Inhalt zu reduzieren.
  Grund: Andernfalls könnte der Verwender **risikolos** überzogene AGB in den Vertrag einführen.

Fall 36: Französischer Neuwagen

K entschließt sich zum Kauf eines neuen Renaults im Autohaus des V. Da V die eigenen Vertragsformulare ausgegangen sind, verwendet er ausnahmsweise ein vorgedrucktes Formular des Verbandes Deutscher Automobilhändler, das er eigens für den Vertrag mit K in einem Schreibwarengeschäft besorgt hat. Auf dem Formular sind auch umfangreiche Geschäftsbedingungen abgedruckt, deren § 4 lautet: "Der Verkäufer haftet für Mängel der Kaufsache nur unter der Bedingung, dass der Käufer vergeblich eine gerichtliche Geltendmachung seiner Ansprüche aus der Herstellergarantie versucht hat.“

Als K drei Tage nach dem Kauf feststellt, dass der Bordcomputer seines Wagens nicht richtig funktioniert, verlangt er von V Reparatur. Dieser weigert sich mit Hinweis auf die AGB. K erklärt, er habe keine Lust, den Produzenten R vor einem französischen Gericht zu verklagen. Daraufhin erklärt V, K müsse zumindest außergerichtlich versuchen, direkt von R Hilfe zu erlangen. Erst wenn dieser Versuch gescheitert sei, werde er, V, den Wagen reparieren. K, der des Französischen nicht mächtig ist, lehnt auch das ab. Er verlangt sofort Reparatur durch V. Zu Recht?