

Markus Rehberg

BGB AT

Allgemeiner Teil des
Bürgerlichen Gesetzbuchs

Das gedruckte Lehrbuch zu
www.iuphoria.de

Markus Rehberg, geboren 1971; 1. juristisches Staatsexamen in Heidelberg; 2. juristisches Staatsexamen in Berlin; LL.M.-Abschluss an der University of Cambridge; Abschluss zum Diplom-Volkswirt an der FernUniversität Hagen; Promotion zum Dr. iur an der Humboldt-Universität zu Berlin; Habilitation an der Ludwig-Maximilians-Universität München; Professor für Bürgerliches Recht, Deutsches und Internationales Wirtschaftsrecht, Rechtstheorie und Rechtsökonomik an der Universität Rostock.

© 2025 Markus Rehberg

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Autors unzulässig und strafbar. Das gilt auch für die Verbreitung, Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Vorwort

Dieses Lehrbuch basiert auf meinen vertragstheoretischen Arbeiten und den Erfahrungen aus der Vorlesung zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs an der Universität Rostock. Es entspricht inhaltlich weithin den auf **www.iuphoria.de** frei verfügbaren Inhalten, die dort regelmäßig aktualisiert werden. Das erklärt auch die hier beibehaltene, für universitäre Lehrbücher ungewöhnliche Ansprache des Lesers per Du. Anregungen oder Kritik – am einfachsten über die zuvor genannte Webseite – sind willkommen.

Ich danke insbesondere den Angehörigen meines Lehrstuhls, allen voran meiner Sekretärin, Frau Stefanie Piehl, für die vielfältige Unterstützung.

Rostock, im April 2025

Markus Rehberg

Inhaltsübersicht

§ 1 Einführung.....	1
A. „Allgemeiner Teil des BGB“	1
B. Abstraktion im Recht – anhand des „Rechtsgeschäfts“	4
C. Literatur	9
D. Autor.....	15
§ 2 Private Rechtsetzung	17
A. Grundlagen.....	17
B. Willenserklärung.....	29
C. Rechtsgeschäft	55
D. Vertrag.....	79
§ 3 Fremde Rechtsetzung	83
A. Grundlagen.....	83
B. Staat.....	88
§ 4 Entscheidungsqualität	103
A. Grundlagen.....	103
B. Geschäftsfähigkeit.....	109
§ 5 Kommunikation	143
A. Vertragsschluss	143
B. Empfangsbedürftige Willenserklärungen	144
C. Form	168
D. Irrtum und Drohung.....	196

§ 6 Stellvertretung	275
A. Einführung und Grundlagen	275
B. Eigene Willenserklärung des Vertreters.....	281
C. Vertretungsmacht	289
D. Handeln in fremdem Namen	323

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einführung.....	1
A. „Allgemeiner Teil des BGB“	1
B. Abstraktion im Recht – anhand des „Rechtsgeschäfts“	4
I. Einführung.....	4
II. Vorteile.....	5
III. Fazit.....	8
C. Literatur	9
I. Überblick.....	9
II. Gesetzestexte.....	10
III. Lehrbücher.....	11
IV. Zeitschriften	11
V. Fallsammlungen	13
VI. Kommentare	14
D. Autor.....	15
§ 2 Private Rechtsetzung	17
A. Grundlagen.....	17
I. Privatautonomie	17
II. Vertragsfreiheit	17
III. „Rechtsgeschäft“, „Willenserklärung“ und „Vertrag“	18
IV. Ausgestaltung privater Rechtsetzung.....	21
V. Auslegung.....	23
1. Einführung und Überblick	23
2. Berücksichtigung sämtlicher Indizien	25
3. Fremde Rechtsetzung	27
B. Willenserklärung.....	29
I. Grundlagen	29
1. Begriff.....	29
2. Hintergrund	30
3. Klausur	32
II. Subjektive Merkmale	33
1. Hintergrund	33
2. Handlungswille	34
a) Begriff	34

b) Klausur	35
3. Rechtsbindungswille.....	36
a) Begriff, Hintergrund	36
b) Invitatio ad offerendum.....	37
c) Gefälligkeitsverhältnis	38
d) Mentalreservation.....	39
4. Geschäftswille	41
a) Begriff	41
b) Klausur	42
c) Hintergrund	42
5. Interesse	43
a) Begriff	43
b) Mutmaßlicher Wille	45
c) Rechtliche Verankerung	46
d) Vertragstheoretischer Hintergrund	47
6. Kenntnisse der Parteien	50
III. Inhalt.....	51
1. Subjektive Auslegung.....	51
2. Äußerer Erklärungsinhalt.....	52
3. Objektiver Empfängerhorizont	53
C. Rechtsgeschäft	55
I. Grundlagen, Klausur.....	55
II. Inhalt (Rechtsfolgen).....	57
III. Unterscheidungen.....	58
IV. Abstraktions- und Trennungsprinzip.....	60
1. Einführung	60
2. Verpflichtungsgeschäft	62
3. Verfügung.....	63
4. Trennung.....	65
5. Abstraktion.....	66
6. Klausur	67
a) Was beachten?	67
b) Fall	69
c) Erläuterungen	73
7. Sinn und Zweck.....	74
V. Zustimmung, Einwilligung und Genehmigung.....	77
D. Vertrag.....	79
I. Begriff.....	79
II. Versprechen versus Vertrag.....	81

§ 3 Fremde Rechtsetzung	83
A. Grundlagen.....	83
I. Vertragliche Kompetenzverteilung.....	83
II. Zwingendes Recht.....	85
III. Dispositives Recht.....	87
B. Staat.....	88
I. Verbotsgesetze (§ 134 BGB).....	88
II. Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB).....	91
1. Grundlagen.....	91
2. Ausbeutung	94
3. Bürgschaftsfall	96
§ 4 Entscheidungsqualität	103
A. Grundlagen.....	103
I. Einführung.....	103
II. Rechtliche Umsetzung.....	104
III. Grundlagen	107
B. Geschäftsfähigkeit.....	109
I. Geschäftsunfähigkeit	109
1. Grundlagen.....	109
2. Klausur	111
II. Beschränkte Geschäftsfähigkeit	113
1. Grundlagen.....	113
2. Klausur	114
3. Schwebende Unwirksamkeit (§ 108 BGB).....	116
4. Nicht lediglich rechtlich vorteilhaft	118
a) Grundlagen.....	118
b) Vertiefung.....	120
III. Partielle Geschäftsfähigkeit	121
1. Geschäfte des täglichen Lebens (§ 105a BGB).....	121
a) Grundlagen.....	121
b) Fall	122
2. Taschengeldparagraph (§ 110 BGB).....	125
a) Grundlagen.....	125
b) Fall.....	128
c) Hinweise.....	134
3. Berufstätigkeit des Minderjährigen (§§ 112 f. BGB).....	139

§ 5 Kommunikation	143
A. Vertragsschluss	143
B. Empfangsbedürftige Willenserklärungen	144
I. Empfangsbedürftigkeit	144
1. Begriff und Beispiele	144
2. Entbehrlichkeit nach § 151 S. 1 BGB	146
II. Abgabe.....	148
III. Zugang.....	149
1. Grundlagen.....	149
2. Fall.....	151
a) Fall: Zugang versus Kenntnis	151
b) Erläuterungen	155
3. Zugangsvereitelung.....	158
a) Problem	158
b) Fall	160
c) Einschreiben	163
IV. Widerruf.....	165
V. Mündliche Erklärungen (unter „Anwesenden“)	166
C. Form.....	168
I. Grundlagen	168
1. Tatbestand und Rechtsfolge	168
2. Sinn und Zweck (Funktionen).....	170
3. Abstraktion und Trennung (Form)	173
4. Arten der Form	174
II. Gesetzliche Formvorgaben	177
III. Schriftformklauseln und gewillkürte Form.....	177
1. Grundlagen.....	177
2. Fall.....	179
IV. Billigkeitsausnahmen	181
1. Grundlagen.....	181
2. Fallgruppen	184
3. Edelmannfall.....	186
4. Hinweise zur Falllösung	190
V. Einzelfragen	192
1. Andeutungstheorie	192
2. Heilung.....	193
VI. Klausur	195
D. Irrtum und Drohung	196
I. Einführung, Grundlagen.....	196
II. Rechtsfolgen.....	199

1.	Überblick.....	199
2.	Anfechtung gemäß § 142 Abs. 1 BGB	200
a)	Grundtatbestand.....	200
aa)	Überblick.....	200
bb)	Anfechtungserklärung	201
cc)	Rechtsfolgen.....	202
b)	Nichtigkeit versus Anfechtbarkeit.....	203
c)	Bestätigung.....	204
3.	Negatives und positives Interesse	205
a)	Negatives Interesse	205
b)	Positives Interesse	206
c)	Anspruchsgrundlage (§ 122 BGB).....	206
d)	Fall.....	208
III.	Aufrechterhaltung des Rechtsgeschäfts	210
1.	Übersicht.....	210
2.	Kausalität des Irrtums	211
3.	Scheingeschäft (§ 117 BGB)	213
a)	Grundlagen.....	213
b)	Tatbestand und Rechtsfolgen.....	215
c)	Schwarzkauf (Fall).....	216
4.	„Falsa demonstratio“	219
a)	Grundlagen.....	219
b)	Vertragstheorie	220
5.	Vereinbarte Bedeutung („Semilodei-Fall“).....	222
6.	Erkannter Irrtum	223
a)	Grundlagen.....	223
b)	Vertiefung.....	224
c)	Vertragstheorie	226
7.	Festhalten am Gewollten.....	227
a)	Grundlagen.....	227
b)	Vertiefung.....	228
c)	Vertragstheorie	229
8.	Akzeptanz des Erklärten.....	231
a)	Grundlagen.....	231
b)	Vertragstheorie	232
IV.	(Fehlendes) Erklärungsbewusstsein	235
1.	Begriff.....	235
2.	Erklärungsbewusstsein versus Rechtsbindungswille.....	235
3.	Scherz (§ 118 BGB).....	236
4.	Fallgruppen	238
5.	Rechtsfolge.....	239
V.	Rechtsfolgenirrtum.....	240
1.	Einführung und Übersicht.....	240

VIII

2.	Inhaltsirrtum (§ 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB)	242
3.	Erklärungsirrtum (§ 119 Abs. 1 Alt. 2 BGB)	243
4.	Falsche Übermittlung (§ 120 BGB)	244
5.	Gesetzliche Rechtsfolgen („Gesetzesirrtum“)	246
VI.	Motivirrtum	248
1.	Grundlagen.....	248
2.	Eigenschaftsirrtum (§ 119 Abs. 2 BGB).....	251
3.	Kalkulationsirrtum	253
4.	Täuschung (§ 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB)	256
a)	Tatbestand.....	256
b)	Vertiefung.....	259
c)	Täuschung durch Dritte.....	262
d)	Fall	264
5.	Umdeutung	266
VII.	Drohung	268
1.	Tatbestand.....	269
2.	Vertiefung: Rechtsfolgen, Dritte und Ausbeutung	271
§ 6 Stellvertretung		275
A.	Einführung und Grundlagen	275
I.	Tatbestand und Rechtsfolge	275
II.	Klausur	276
III.	Trennung und Abstraktion	279
B.	Eigene Willenserklärung des Vertreters.....	281
I.	Grundlagen	281
II.	Bote	283
1.	Grundlagen.....	283
2.	Erklärungsbote.....	285
3.	Empfangsbote	286
III.	Verhandlungsgehilfe.....	288
C.	Vertretungsmacht	289
I.	Grundlagen	289
1.	Begriff und Ausblick	289
2.	Gesetzliche Vertretungsmacht	291
3.	Vollmacht	291
4.	Anfechtung einer Innenvollmacht	293
a)	Fall	293
b)	Hinweise.....	297
II.	Vertretung ohne Vertretungsmacht	300
1.	Vertragsschluss (schwebende Unwirksamkeit).....	300
2.	Haftung des Vertreters	302

III. Insihgeschäfte (§ 181 BGB)	304
IV. Missbrauch der Vertretungsmacht.....	307
1. Tatbestand.....	307
2. Rechtsfolgen.....	310
3. Fall.....	311
V. Besondere Formen der Vertretungsmacht.....	315
1. Kundgebung einer Innenvollmacht (§§ 171 ff. BGB)	315
a) Grundlagen.....	315
b) Vertragstheoretischer Hintergrund	316
2. Duldungsvollmacht.....	318
3. Anscheinsvollmacht.....	320
D. Handeln in fremdem Namen	323

§ 1 Einführung

A. „Allgemeiner Teil des BGB“

Begriff

Der Allgemeine Teil des BGB findet sich in dessen – auch so genannten – **Buch 1** (§§ 1 - 240 BGB). Er umfasst vor allem Vorschriften, die sich auf das gesamte Zivilrecht anwenden lassen. Hierzu gehört insbesondere die allgemeine Rechtsgeschäftslehre.

Allgemeiner Teil des BGB als Lehrinhalt

Dieses Lehrbuch behandelt den Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs („**BGB AT**“), wie er typischerweise an deutschen Universitäten gelehrt und in den gängigen Lehrbüchern beschrieben wird.

Grob gesprochen geht es dabei um **Buch 1** des BGB mit den §§ 1 - 240 BGB, wobei einzelne Bereiche wie insbesondere das Vereins- und Stiftungsrecht (§§ 21 - 89 BGB) ausgeklammert werden.

Soweit für das Grundverständnis erforderlich, wird auch in die Grundlagen des **Sachenrechts** (§§ 854 ff. BGB) und des **Bereicherungsrechts** (§§ 812 ff. BGB) eingeführt.

Themen

Rechtsgeschäfte

Besonders wichtig sind die Vorschriften der §§ 104 - 185 BGB allgemein zu **Rechtsgeschäften**, darunter etwa:

- der Vertragsschluss (§§ 145 ff. BGB),
- Drohung und Irrtum (§§ 116 ff. BGB),
- Formvorgaben (§§ 125 ff. BGB),
- Minderjährigkeit und Geschäftsunfähigkeit (§§ 104 ff. BGB) oder

- die Stellvertretung (§§ 164 ff. BGB).

Weiteres

Zu den Vorschriften, die sich **besonders breit** auf alle möglichen zivilrechtlichen Rechtsfragen anwenden lassen, zählen etwa

- elementare Vorschriften zur Rechtsfähigkeit (§ 1 BGB), Volljährigkeit (§ 2 BGB) oder dazu, wer Verbraucher (§ 13 BGB) und Unternehmer (§ 14 BGB) ist,
- grundlegende Definitionen wie etwa zu Sachen (§§ 90 ff. BGB),
- die Berechnung von Fristen und Terminen (§§ 186 ff. BGB) oder
- Vorgaben zur Einrede der Verjährung (§§ 194 ff. BGB).

„Vor die Klammer ziehen“

Nicht nur das Zivilrecht, sondern jedes fortschrittliche Recht bemüht sich um möglichst **allgemeingültige, breit anwendbare Regelungen**. Erst das ermöglicht es überhaupt, Recht in einer modernen, arbeitsteiligen Gesellschaft zu verwirklichen.

Eingehend dazu im Abschnitt „**Abstraktion im Recht**“. Der Allgemeine Teil des BGB ist – neben dem Schuldrecht AT – nur ein besonders **mustergültiges Beispiel** für das, was sich im gesamten Recht fortwährend ausbildet und fortentwickelt.

BGB allgemein

Das **gesamte BGB** ist dazu geschaffen, auf dieses auch von anderen zivilrechtlichen Vorschriften aus zurückzugreifen. Das mag etwa das Handelsrecht, das Gesellschaftsrecht oder das Arbeitsrecht sein, um nur wenige Beispiele zu nennen.

Teils greift sogar das **öffentliche Recht** auf das BGB zurück – etwa für die Fristberechnung nach §§ 186 ff. BGB oder teils auch für eine Anfechtbarkeit öffentlicher Rechtsakte.

BGB AT

Der im ersten Buch des BGB geregelte „Allgemeine Teil“ enthält besonders viele Vorschriften, die sich auf das **gesamte Zivilrecht** anwenden lassen. Siehe dazu den obigen Überblick.

Schuldrecht AT

Schließlich enthält auch das **2. Buch des BGB** (Recht der Schuldverhältnisse, §§ 241 - 853 BGB) in den §§ 241 - 432 BGB seinerseits einen Allgemeinen Teil dieses Schuldrechts.

Pandektenwissenschaft

Römische Ursprünge

Die Aufteilung des BGB geht auf die sogenannte **Pandektenwissenschaft** (bzw. Pandektistik) des 19. Jahrhunderts zurück. So wurde das bis im Hochmittelalter – wenn auch leider nur in Bruchstücken – wiederentdeckte und bis heute sehr einflussreiche **römische Recht** seit Jahrhunderten wissenschaftlich bearbeitet. Man beschrieb Urteile und Einzelfallregelungen verallgemeinernd, löste Widersprüche auf und versuchte so, ein möglichst stimmiges System zu schaffen. Ausdruck dieser Bemühungen waren unter anderem Lehrbücher des Pandektenrechts und letztlich das BGB, das der großartigen Tradition des römischen Rechts so nahe steht wie kaum ein anderes Zivilrecht dieser Welt. Der Begriff der Pandekten geht auf die römischrechtlichen Pandekten (auch Digesten genannt) des Corpus Iuris Civilis zurück.

Die fünf Bücher des BGB

Getreu dieser pandektistischen Tradition ist das BGB in fünf Bücher aufgeteilt:

- Buch 1: Allgemeiner Teil (§§ 1 - 240 BGB)
- Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse (§§ 241 - 853 BGB)
- Buch 3: Sachenrecht (§§ 854 - 1296 BGB)
- Buch 4: Familienrecht (§§ 1297 - 1921 BGB)
- Buch 5: Erbrecht (§§ 1922 - 2385 BGB)

B. Abstraktion im Recht – anhand des „Rechtsgeschäfts“

I. Einführung

Befund

Mit „Willenserklärung“, „Rechtsgeschäft“ und „Vertrag“ (und weit darüber hinaus) verwendet das BGB stark **verallgemeinernde** und meistens sehr **technische Begriffe**. Zudem kennt es sogar einen ganzen „Allgemeinen Teil des BGB“ („**BGB AT**“, Buch 1, §§ 1 - 240 BGB) mit übergreifenden Regeln, anstatt alle denkbaren Probleme etwa für „Kauf“ (§§ 433 ff. BGB) oder „Miete“ (§§ 535 ff. BGB) jeweils gesondert zu regeln. Im Buch 2 des BGB zum Recht der Schuldverhältnisse (Schuldrecht) geht es damit gleich weiter. Hier enthalten Abschnitt 1 bis 7 (§§ 241 - 432 BGB) ihrerseits Verallgemeinerungen („**Schuldrecht AT**“), die dann für sämtliche in Abschnitt 8 (§§ 433 - 853 BGB) geregelten Schuldverhältnisse gelten.

Zweifel

Diese Abstraktion macht das Zivilrecht für juristische Neulinge bzw. für Laien schwerer verständlich, weil **weniger anschaulich**. So kommt zugegeben nur ein Jurist jemals auf den Gedanken, dass wer im Supermarkt eine Banane kauft, dadurch ausweislich des Trennungs- und Abstraktionprinzips gleich drei Verträge abschließt. Daher finden sich immer wieder Stimmen oder teils ganze Schulen und Traditionen, welche nicht nur das BGB, sondern etwa bereits das römische Recht für seine Abstraktheit, Lebensfremdheit, Lebensferne, Technikalität usw. kritisieren.

(Damals) moderne Gesetzbücher der Aufklärung etwa wie der französische **Code civil** von 1804 oder das **Preußische Allgemeine Landrecht** von 1794 verstanden sich als bewusste Absage an Richterrecht. Man befürchtete die Entfremdung von „**natürlichen**“, **allgemeinverständlichen Einsichten**. Richter wurden als reine Subsumtionsautomaten („bouche de la loi“) angesehen und sollten

entmachtet werden. Dieses Ansinnen scheiterte kläglich, näher dazu bei der richterlichen Rechtsetzung.

Ebenso sollte etwa das **Schweizerische Zivilgesetzbuch** von 1907 („ZGB“), wenngleich stark vom BGB (1900) beeinflusst, verständlicher und damit volksnaher werden. Und das wiederum führte zu seiner **Rezeption in der Türkei** durch Kemal Atatürk. Aber auch Anhänger des **Common Law** – besonders englischer Prägung – preisen gerne dessen vermeintlich größere Praxisnähe und kritisieren die vermeintlich unnötige oder übertriebene Abstraktheit kontinentalen Rechtsdenkens.

Ausblick

So gerne diese Kritik insbesondere am BGB (oder auch an der römisch-rechtlichen oder kontinental-europäischen Tradition) immer wieder auftaucht, vermag sie nicht zu überzeugen. Abstraktion ist nicht nur gleichermaßen für jene vorteilhaft, die **Recht erlernen und verstehen oder auch „kritisch“ hinterfragen** wollen. Genauso ermöglicht Abstraktion erst **steuerungsfähige Rechtsordnungen** in einer hochkomplexen, sich immer schneller verändernden Welt. Näher dazu bei den Vorteilen von Abstraktion sowie dem Fazit zur Abstraktion im BGB.

II. Vorteile

Einführung

Bisweilen wird besonders dem BGB vorgeworfen, lebensfremde, weil unnötig abstrahierende Begriffe wie etwa den des „Rechtsgeschäfts“ zu verwenden. Doch hat diese Abstraktion gute Gründe und hilft uns bei einer **schnellen, breiten und tiefen Erfassung** jedes Zivilrechts. Wir sollten uns dieser Herausforderung von Anfang an stellen, zumal das gleich noch einen weiteren Vorteil mit sich bringt: Solches juristisches Arbeiten und Lernen macht dann sogar noch deutlich mehr Spaß und ist wegen des damit verbundenen **Verstehens** viel spannender und persönlich befriedigender.

Mehr erfassen mit weniger Recht

Wie das? Zunächst bewahren uns die Abstraktionen des BGB davor, für verschiedenste Rechtsgeschäfte (z. B. Kauf, Miete, Werkvertrag, Dienstvertrag, Gesellschaftsvertrag, Verwahrung, Leihe, Geschäftsbesorgung) **immer wieder aufs Neue andere Regeln** zu erlernen und voneinander zu unterscheiden. Du musst also nur ein einziges Mal erlernen und verstehen, wann und warum sich ein „Rechtsgeschäft“ wegen arglistiger Täuschung (vgl. § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB) gemäß § 142 Abs. 1 BGB anfechten lässt. Das mag dann anfänglich etwas länger dauern (wenn überhaupt), doch weißt Du dann auf einen Schlag, wie diese Anfechtung etwa bei einem Kauf, einem Gesellschaftsvertrag oder einer Vollmachtserteilung funktioniert.

Nicht nur für den Irrtum gelingt solche Abstraktion, sondern für **zahlreiche Problemfelder** wie den Vertragsschluss, Täuschung und Drohung, Stellvertretung, Verjährung, Fristen, Leistungsstörungen (Unmöglichkeit, Verzug etc.) und vieles mehr. Wer als Jurastudent eine moderne, von Aufklärung und Liberalismus geprägte „zivilistische“ Rechtsordnung (darunter das deutsche BGB) lernen darf, anstatt sich mit Formalien und Einzelregeln etwa des common law zu beschäftigen, lebt ein sehr viel **glücklicheres Leben** und wird „**Recht**“ **auch als solches** besser verstehen.

Weniger Abgrenzungen

Abstraktion befreit uns zudem vor mancher Prüfung. Wenn etwa die zuvor erwähnte Täuschungsanfechtung (§ 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB) gleichermaßen für Werkvertrag wie Dienstvertrag gilt, sind wir **nicht mehr gezwungen**, beide Vertragstypen mühsam **voneinander abzugrenzen**. Denn der Vertragstyp spielt hier keine Rolle, taucht nämlich als Tatbestandsmerkmal des § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB nicht auf, wohingegen § 142 Abs. 1 BGB jegliches „Rechtsgeschäft“ genügen lässt.

Breitere Bewährung

Weiterhin profitiert dann etwa das Kaufrecht von den **praktischen Erfahrungen** (und rechtlichen Reaktionen hierauf), welche die Praxis auch z. B. im Werk-, Dienst- oder Mietvertragsrecht zu arglistigen Täuschungen ansammelt (und umgekehrt). Manche Verträge oder Kon-

stellationen kommen **nur selten vor**, so dass es hilft, etwa eine bereits zum Kaufvertrag gemachte Erfahrung oder ein dazu getätigtes Urteil auch auf eine Verwahrung (§§ 688 ff. BGB) anwenden zu können.

Vermeidung von Widersprüchen

Ebenso werden **widersprüchliche Regelungen** zwischen den einzelnen Vertragstypen **vermieden**. Würde etwa die Täuschung je nach Vertragstyp unterschiedlich erfasst und entwickelte sich die Rechtsprechung dazu unabhängig voneinander, wäre die Gefahr groß, am Ende dieser Entwicklung mit unterschiedlichen Regeln für sehr vergleichbare Interessenlagen dazustehen. Das wiederum provoziert dann **Umgehungen** (bzw. Erschleichungen) und andere Friktionen.

Offenheit für neue Entwicklungen

Ein weiterer, in unserer sich immer schneller verändernden Gesellschaft extrem wichtiger Vorteil von Abstraktion ist es, das Recht **weniger anfällig gegenüber neuen Entwicklungen** zu machen. Das gilt gleichermaßen für gesellschaftlichen wie technischen Wandel. Abstraktion macht Recht also **resistenter**, stabiler und ist damit für eine Gesellschaft auch leichter zu „warten“.

Um hier nur ein Beispiel zu nennen: Das BGB regelt nicht nur abstrakt das „Rechtsgeschäft“, sondern verlangt für das Wirksamwerden einer Willenserklärung gegenüber Abwesenden in § 130 BGB nicht etwa, dass – wie im Jahr 1900 üblich – ein Brief in einen Briefkasten des Adressaten geworfen wird. Vielmehr stellt es auf einen „Zugang“ und damit darauf ab, dass die Erklärung in den „Machtbereich des Empfängers“ gelangt. Damit musste das BGB mit Aufkommen des **Internets** (E-Mail, Messenger & Co) oder des **Faxgeräts** nicht neu geschrieben werden, sondern ließ sich problemlos weiter anwenden.

III. Fazit

Segen, nicht Fluch

Entgegen mancher Kritik an einer vermeintlichen Lebensferne des BGB sind die Vorteile von Abstraktion – etwa mittels des „Rechtsgeschäfts“ – groß: Abstraktion ist das **zentrale Instrument jeder Komplexitätsbewältigung**, eine zutiefst eindrucksvolle geistige Errungenschaft und für jedes leistungsfähige Rechtssystem unabdingbar.

Was für ein Segen Abstraktion bedeutet und wie hart und lange sie errungen wurde, wird deutlich, wenn man „**archaische**“ **Rechte** wie etwa das frühe römische Recht betrachtet: Dort gab es – vereinfacht formuliert – für jeden einzelnen Anspruch oft nicht nur z. B. verschiedenste Lösungsvoraussetzungen, sondern auch formal (das Prozessrecht war noch nicht wie heute klar vom materiellen Recht getrennt) jeweils eigene Voraussetzungen, um einen Anspruch jeweils geltend zu machen bzw. durchzusetzen. Auch zum Common Law ließe sich einiges sagen...

Stolze Tradition

Glücklicherweise können heutige Zivilgesetzbücher auf **langjährige**, spätestens mit dem römischen Recht beginnende **Anstrengungen** zurückgreifen. Seit vielen, vielen Jahrhunderten wurde allein in Europa in **verschiedensten Ländern** und Traditionen von diversen Personengruppen an der Abstraktion von Recht und damit daran gearbeitet, geeignete Unterscheidungen wie Verallgemeinerungen zu entwickeln.

Ob es nun römische Juristen, Gemeinrechtler (beginnend ab dem 12. Jahrhundert), die spanische Spätscholastik, Naturrechtler wie der Holländer Hugo Grotius oder die deutschsprachige Rechtswissenschaft des späten 19. Jahrhunderts waren – um hier nur einige Beispiele zu nennen: Wir profitieren alle von diesen **hart erkämpften, kulturellen Errungenschaften**.

Realitätsbezug

Dabei sei abschließend noch mit einem weiteren Missverständnis zur Abstraktion aufgeräumt: Das Anliegen von Abstraktion ändert nichts an

dem, was es mit dieser Abstraktion zu erfassen gilt: die Realität. Anders formuliert ist Abstraktion keine billige Ausrede etwa **juristischer Theorien**, die Rechtsrealität nicht zu erfassen. Diese **Erfassung der Realität**, des tatsächlich geltenden Rechts, ist vielmehr wie bei jeder Theorie – weit über Jura hinaus – der entscheidende Maßstab. Und es gibt eben auch richtig schlechte Theorien (Abstraktionsversuche).

C. Literatur

I. Überblick

Möchtest Du Jura lernen, so hilft es den meisten von uns, es nicht allein zu tun. Studierst Du etwa dieses Fach an einer Hochschule, solltest Du unbedingt den **Kontakt zu Deinen Mitsstudenten suchen**. Zudem ist es wichtig, richtig zu lernen. Dazu gehört es nicht nur, Dir möglichst gute Dozenten auszusuchen, sondern auch, **geeignete Literatur** zu finden. Zum BGB AT findest Du glücklicherweise zahlreiche qualitativ hochwertige und oft auch günstige Quellen:

- **Gesetzestext:** Nicht nur im Zivilrecht musst Du insbesondere lernen, das **Gesetz anzuwenden** und es damit genau zu lesen. Für den BGB AT benötigst Du vor allem einen Text zum Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB). Zwar kannst Du dessen Vorschriften direkt über Iuphoria aufschlagen. Doch solltest Du Dir jedenfalls als Jurastudent unbedingt aneignen, mit einem **gedruckten Text** zu arbeiten.
- **Lehrbücher:** Da Rechtswissenschaft an vielen deutschen Hochschulen gelehrt wird, findest Du entsprechend viele Lehrbücher zum BGB AT. Beim BGB AT darf dieses Lehrbuch ruhig auch etwas älter (und damit günstiger) sein. Beschaffe Dir trotz Iuphoria und anderer Online-Angebote ein **gedrucktes Exemplar** – zumal Du ältere Auflagen günstig erwerben kannst.
- **Zeitschriften:** Juristische Zeitschriften lassen sich grob nach Fachzeitschriften und nach Ausbildungszeitschriften unterteilen.

Manche davon sind – teils kostenlos – (auch) online verfügbar. Zwingend benötigen tust Du sie nicht.

- **Fallsammlungen:** Fallsammlungen zum BGB AT helfen Dir, die **praktische Anwendung** Deiner neu erworbenen Rechtskenntnisse und damit auch das einzuüben, was üblicherweise in juristischen **Klausuren** geprüft wird.
- **Kommentare:** Kommentare zum BGB benötigst Du nicht, um den BGB AT zu erlernen. Du musst sie auf keinen Fall erwerben. Kommentare liefern für die praktische Arbeit von Juristen **detaillierte Informationen** etwa zur Rechtsprechung und zu juristischen Einzelproblemen, auf die man dann auch als Wissenschaftler – oder als Jurastudent in einer Hausarbeit – zurückgreift.

II. Gesetzestexte

Spätestens in der Klausur wirst Du regelmäßig mit einem **gedruckten Gesetz** arbeiten müssen. Auch das, also einzelne Normen schnell aufzuschlagen oder sich kurz einen Überblick zu verschaffen, **will geübt sein**. Schaffe Dir daher von Anfang an ein gedrucktes Exemplar an, um damit regelmäßig zu arbeiten. Falls Du eine Lehrveranstaltung besuchst, frage dort, was Du Dir besorgen sollst und in einer Klausur überhaupt verwenden darfst. Auch für die juristischen Staatsexamina gibt es Vorgaben. Angebote sind:

- Bürgerliches Gesetzbuch, BGB (Beck-Texte im dtv) – günstig und verbreitet
- Dekima Kompakt, Textsammlung – günstig, aber noch wenig bekannt
- Zivilrecht Wirtschaftsrecht (NomosGesetze) – umfangreicher und teurer
- Habersack, Deutsche Gesetze (C. H. Beck) – umfangreicher und teurer

III. Lehrbücher

Die neben der Vorlesung und der Arbeitsgemeinschaft wichtigste Quelle für Studienanfänger sind für diese Zielgruppe geschriebene **Lehrbücher**. Hochschulen ermöglichen es ihren Studenten oft, sie aus der sogenannten **Lehrbuchsammlung** auszuleihen. Zudem kannst Du im BGB AT guten Gewissens auch **ältere Auflagen** verwenden und so Geld sparen, sofern Du Dich nur über die wenigen Änderungen der jüngeren Zeit schlau machst. Schau auch, ob Du – etwa über Deine Hochschule – kostenlos **eBooks** verwenden kannst. Allerdings empfehle ich selbst dann den Erwerb auch eines **gedruckten Exemplars**. Die folgende Liste ist nur eine kleine Auswahl, es gibt zum BGB AT unzählige gut geeignete Bücher, Skripte etc.:

- Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB
- Faust, BGB Allgemeiner Teil
- Köhler, BGB Allgemeiner Teil
- Leipold, BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil
- Medicus/Petersen, Allgemeiner Teil des BGB
- Stadler, Allgemeiner Teil des BGB
- Wertenbruch, BGB Allgemeiner Teil

IV. Zeitschriften

Fachzeitschriften

Nahezu jedes Fachgebiet kennt juristische **Fachzeitschriften**, in denen sich etwa **Urteile** (oft mit Besprechungen), wissenschaftliche **Aufsätze** oder Informationen zu **Gesetzgebungsverfahren** finden. Anschaffen musst Du sie Dir nicht, sie sind vor allem für wissenschaftliche Arbeiten oder die praktische Arbeit eines Juristen relevant und über Fachbibliotheken zugänglich. Gerade im **Zivilrecht** gibt es unzählige Angebote, siehe hier nur

- AcP (Archiv für civilistische Praxis)
- JZ (Juristenzeitung)

- NJW (Neue Juristische Wochenschrift)
- ZfPW (Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft)

Ausbildungszeitschriften

Daneben finden sich speziell auf Jurastudenten zugeschnittene **Ausbildungszeitschriften** mit nicht nur Aufsätzen, Urteilen und Urteilsbesprechungen, sondern auch Übungsfällen und Hausarbeiten sowie sonstigen Lehrinhalten. Für ein erfolgreiches Jurastudium notwendig sind sie **nicht**. Die drei „Klassiker“ sind JuS, JA und Jura, daneben gibt es aber noch weitere Angebote mit teils **unterschiedlicher Qualität**. Wenn Du studierst, mag Dir Deine Bibliothek auch den Zugang zu kostenpflichtigen Zeitschriften ermöglichen.

Klassiker

- JuS (Juristische Schulung)
- Jura (Juristische Ausbildung)
- JA (Juristische Ausbildung)

Für alle kostenlos

- ZJS (Zeitschrift für das Juristische Studium)
- BRZ (Berliner Rechtszeitschrift)
- Bucerius Law Journal
- Greifrecht
- Hanover Law Review
- Katzenkönig

Sonstige

- Ad Legendum
- BRJ (Bonner Rechtsjournal)
- Life&Law
- Rescriptum

V. Fallsammlungen

Recht als praktische Rechtsanwendung

Nicht nur, wenn Du eine **Klausur oder Hausarbeit** schreibst, löst Du dort typischerweise (erkundige Dich am besten frühzeitig) einen Fall. Vielmehr ist unser gesamtes Recht auf seine **Anwendung in Fällen** zugeschnitten und nur hieraus zu verstehen. Daher musst Du lernen, innerhalb der Dir verfügbaren Zeit den Sachverhalt zu erfassen, Anspruchsgrundlagen herauszusuchen, deren Tatbestand zu prüfen, passend den Gutachten- oder Urteilsstil zu verwenden, sauber zu gliedern, die einschlägigen Normen präzise zu zitieren und einzelne Probleme ansprechend zu diskutieren.

Falllösungstechnik

Diese **Falllösungstechnik** und deren konkrete Umsetzung verlangt **Übung**. Deshalb solltest Du von Anfang an nicht nur den materiellen Stoff der Vorlesung, sondern immer auch dessen Anwendung in einer Klausur erlernen. Doch auch für das vertiefte Verständnis des BGB ist dieses aktive Lernen anhand einzelner Fälle wichtig, da Recht (darunter Gesetze) auf seine Anwendung im konkreten Fall ausgerichtet und **nur hieraus zu begreifen** ist. Nicht ohne Grund geht auch Iuphoria eingehend auf „klausurtechnische“ Fragen ein und enthält zahlreiche Beispielfälle mit umfassenden Lösungshinweisen. Sofern Du an **Arbeitsgemeinschaften** teilnehmen kannst, in denen diese Falllösungstechnik eingeübt wird, solltest Du sie unbedingt besuchen.

Fallsammlungen

Daneben findest Du nicht nur auf Iuphoria, sondern auch in den Ausbildungszeitschriften zahlreiche Fälle mit Musterlösungen. Ebenso gibt es **Fallsammlungen** zu einzelnen Rechtsgebieten, von denen hier einige erwähnt seien:

- Fezer/Obergfell, Klausurenkurs zum BGB Allgemeiner Teil
- Fritzsche, Fälle zum BGB Allgemeiner Teil
- Hemmer/Wüst, Die 76 wichtigsten Fälle, BGB AT
- Klees/Keisenberg, Klausurtraining BGB AT und Schuldrecht

- Köhler, Prüfe Dein Wissen (PdW): BGB Allgemeiner Teil
- Lindacher/Hau, Fälle zum Allgemeinen Teil des BGB
- Schwab/Löhnig, Falltraining im Zivilrecht 1
- Strauch, Fälle BGB AT
- Werner/Werner/Schrader, Fälle für Anfänger im Bürgerlichen Recht

VI. Kommentare

In sogenannten Kommentaren werden Gesetze **geordnet nach den einzelnen Vorschriften** erläutert. Wer also in einem BGB-Kommentar eine Norm aufschlägt, erfährt dort typischerweise über deren **Tatbestandsmerkmale**, die hierzu ergangene **Rechtsprechung**, ihren **Sinn und Zweck** und über unklare bzw. umstrittene **Einzelfragen**. Bisweilen und je nach Größe des Kommentars finden sich auch Entstehungsgeschichte, historische Vorbilder oder rechtsvergleichende Ausführungen.

Anschaffen musst Du Dir solche Kommentare **nicht**, sie sind vor allem für wissenschaftliche Vertiefung oder die praktische Arbeit eines Juristen relevant und über Fachbibliotheken zugänglich. Als Student hast Du oft **online** Zugriff. Näheres erfährst Du bei Deiner Bibliothek. Für das BGB gibt es beispielsweise folgende Werke:

Großkommentare

- BeckOnline-Großkommentar zum Zivilrecht („BeckOGK“, nur online verfügbar)
- Erman, BGB („Erman“, 2 Bände)
- Historisch-kritischer Kommentar zum BGB („HKK“, 4. Bände)
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch („MüKo“, 13 Bände)
- Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (zahlreiche Einzelbände)

Kleine und mittelgroße Kommentare

- BeckOnline-Kommentar BGB („BeckOK“, nur online verfügbar)
- Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch: BGB (früher „Palandt“)
- Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch: BGB

D. Autor

Person

Autor dieses Lehrbuchs ist Prof. Dr. Markus Rehberg, Dipl.-Volksw., LL.M. (Cantab.). Ich bin Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Deutsches und Internationales Wirtschaftsrecht, Rechtstheorie und Rechtsökonomik an der Juristischen Fakultät der Universität Rostock.

Stationen

- Jurastudium an den Universitäten Mainz und Heidelberg
- Master of Laws (LL.M.) an der University of Cambridge
- Referendariat unter anderem am Landgericht Berlin (Kammer für Handelssachen), am Bundeskartellamt (Berlin), beim Juristischen Dienst der Europäischen Union (Brüssel) und bei den Rechtsanwältinnen Hengeler Müller (New York)
- Studium der Volkswirtschaftslehre an der Humboldt-Universität zu Berlin und an der FernUniversität-Hagen
- Promotion an der Humboldt-Universität zu Berlin
- Habilitation an der Ludwig-Maximilians-Universität München

Vertragsrecht

- Vertragstheoretische Habilitationsschrift („Das Rechtfertigungsprinzip – Eine Vertragstheorie“, Mohr Siebeck: Tübingen 2014)

- Kommentierung der §§ 116-124 BGB im BeckOnline-Großkommentar zum BGB
- Diverse andere Veröffentlichungen zu vertragstheoretischen Themen

§ 2 Private Rechtsetzung

A. Grundlagen

I. Privatautonomie

Begriff

Privatautonomie meint die **Kompetenz der Parteien selbst**, über Ob oder Inhalt eines sie rechtlich beeinträchtigenden Rechtsgeschäfts zu entscheiden. Auch Parteien setzen Recht. Daher wird oft von **privater Rechtsetzung** oder der Selbstgesetzgebung des Einzelnen gesprochen. Das wichtigste Instrument der Privatautonomie ist die Willenserklärung als notwendiger Bestandteil von Vertrag und Rechtsgeschäft.

Hintergrund

Der sachliche Grund für Privatautonomie liegt in der Einsicht, dass die Parteien oft selbst am besten wissen, welche eigene Belastung die eigenen Interessen in der eigenen Situation größtmöglich verwirklicht. Es greift hier also das **Subsidiaritätsprinzip**. Den Gegenbegriff zur Privatautonomie bildet die sogenannte Heteronomie. So enthält ein Rechtsgeschäft auch zahlreiche fremdgesetzte Inhalte.

II. Vertragsfreiheit

Begriff

Vertragsfreiheit meint die Kompetenz des Einzelnen, selbst über **Ob** (Abschlussfreiheit), **Inhalt** (Inhaltsfreiheit), **Parteien** (Partnerwahlfrei-

heit), **Zeitpunkt** und **Form** (Formfreiheit) eines Rechtsgeschäfts zu entscheiden. Sie verwirklicht also Privatautonomie. Grundnorm ist § 311 Abs. 1 BGB, wonach zur Begründung eines „Schuldverhältnisses“ (vgl. zu diesem neben § 311 BGB auch § 241 BGB) lediglich ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich ist.

(Gegen-) Beispiele

Diese Vertragsfreiheit führte in der Praxis zu zahlreichen **atypischen bzw. gemischten Vertragsformen** wie Leasing, Franchising oder Factoring. Bisweilen wird sie durch zwingendes Recht – darunter der sogenannte Typenzwang und der Kontrahierungszwang – eingeschränkt. Zudem lässt jedes Zivilrecht nur privatautonome Entscheidungen einer gewissen Entscheidungsqualität gelten.

III. „Rechtsgeschäft“, „Willenserklärung“ und „Vertrag“

Drei Begriffe – drei Bedeutungen

Studiert man das BGB, so fällt schnell auf, dass es tatbestandlich mal auf eine „Willenserklärung“ (Bsp.: § 164 Abs. 1 BGB), mal auf ein „Rechtsgeschäft“ (Bsp.: § 142 Abs. 1 BGB) und mal auf einen „Vertrag“ (Bsp.: § 157 BGB) abstellt. Das überrascht nicht einmal, haben alle drei Begriffe eine **eigene und recht klare Bedeutung**: Die Willenserklärung ist notwendiger Bestandteil jedes Rechtsgeschäfts, und von „Vertrag“ reden wir regelmäßig dort, wo das Rechtsgeschäft zwei oder mehr Willenserklärungen verlangt.

Dementsprechend erfasst **Abschnitt 3** des ersten Buchs des BGB (§ 104 BGB - § 185 BGB) allgemein Rechtsgeschäfte – gewissermaßen als Oberbegriff. **Innerhalb dessen** finden sich dann als Titel 2 in den (§ 116 BGB - § 144 BGB) Regelungen zur Willenserklärung und in Titel 3 (§ 145 BGB - § 157 BGB) solche zum Vertrag. Weitere Vertragsbestimmungen finden sich dann etwa noch im **zweiten Buch des BGB**, dort vor allem in den § 311 - § 361 BGB sowie in den §§ 433 ff. BGB für einzelne schuldrechtliche Vertragstypen.

Spezialbegriffe

Teils stellt das BGB einem Begriff – etwa dem des „Vertrags“ – eine **Ergänzung voran**, etwa wenn wir vom Kaufvertrag, Werkvertrag usw. sprechen. Das ist nicht nur stimmig, sondern eine willkommene Präzisierung, um verschiedenste Verträge auseinanderzuhalten. In anderen Fällen verwendet das BGB **Spezialbegriffe** – etwa „Auslobung“ (vgl. § 657 BGB), „Testament“ (vgl. §§ 2064 ff. BGB) oder auch „Kündigung“, „Mahnung“ und „Rücktritt“ für diverse **einseitige Rechtsgeschäfte**. Genauso bezeichnet „Auflassung“ (vgl. § 925 BGB) einen bestimmten **Vertrag**, nämlich speziell darüber, dass das Eigentum an einem Grundstück übergehen soll.

In diesen Fällen müssen wir zwar wissen, worum es sich bei solchen Spezialbegriffen letztlich handelt. Doch ist das meistens **praktisch leicht zu erkennen**. Das BGB unternimmt hier einen – meines Erachtens gelungenen – Spagat zwischen Abstraktion („einseitiges Rechtsgeschäft“ etc.) und Anschaulichkeit („Kündigung“). Nichts anderes gilt dort, wo das Gesetz etwa mit „Antrag“ und „Annahme“ (vgl. §§ 145 ff. BGB) spezielle Formen einer **Willenserklärung** beschreibt.

Gemeinsamkeiten

Für das Verständnis des Vertragsrechts allgemein schließlich ist es hilfreich sich klarzumachen, dass es bei Rechtsgeschäft, Willenserklärung und Vertrag gleichermaßen darum geht, **private Rechtsetzung (Privatautonomie) umfassend auszugestalten**. Näher siehe dazu bei den Anforderungen privater Rechtsetzung. Daher ist auch das, was zur Auslegung von Willenserklärungen gesagt wird, oft auf Rechtsgeschäft bzw. Vertrag übertragbar.

Wegen dieses einheitlichen Anliegens spielt es bisweilen eine nur noch eher **rechtstechnische Rolle**, an welchen dieser drei Begriffe das BGB dafür anknüpft. In den meisten Fällen – trotz der hier diskutierten Ausnahmen – trifft es dabei die richtige, nämlich **praktikabelste Entscheidung**.

Unstimmigkeiten

Doch so präzise unser Zivilrecht meistens ist, verwendet es die Begriffe Rechtsgeschäft, Willenserklärung und Vertrag nicht durchweg gelungen:

Wenn etwa § 145 BGB die Bindungswirkung thematisiert, so betrifft das keineswegs nur den Vertrag. Auch einseitige Rechtsgeschäfte wie die Auslobung (vgl. § 657 BGB) binden. Daher verlangen wir für sie einen Rechtsbindungswillen. Genauso sind nicht etwa nur „Verträge“ nach Treu und Glauben auszulegen (so aber der Wortlaut des § 157 BGB), sondern wiederum auch einseitige Rechtsgeschäfte.

Oft wäre es jedenfalls gut vertretbar, einen anderen Begriff zu verwenden. Wenn etwa § 164 BGB für die Wirkung der Stellvertretung auf die Willenserklärung abstellt, hätte das Gesetz auch an das Rechtsgeschäft anknüpfen können. Manchmal erscheint auch nur die Formulierung unnötig kompliziert, etwa wenn § 182 Abs. 1 BGB nicht schlicht vom Rechtsgeschäft spricht, sondern Vertrag und einseitiges Rechtsgeschäft erfasst.

Teils hat es das Gesetz aber auch einfach schwer! Wenn etwa § 108 Abs. 1 BGB bewusst Verträge und § 111 BGB einseitige Rechtsgeschäfte erfasst, beide jedoch auf § 107 BGB verweisen („ohne die erforderliche Willenserklärung“), dann ist nur verständlich, wenn diese Norm dann auf die Willenserklärung abstellt.

Schließlich finden sich wichtige Vorschriften in keiner der hier drei thematisierten Kategorien, etwa wenn nach § 242 BGB an sich nur ein „Schuldner“ bei Leistungen dazu verpflichtet wäre, **Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte** zu beachten. Tatsächlich erfasst dieser Grundsatz des Treu und Glauben sämtliches privatautonomes Handeln.

Klausur

Meistens muss uns diese Vielfalt nicht verwirren, sondern genügt es in einer Klausur, **schlicht das zu prüfen**, was die jeweilige Norm **in ihrem Tatbestand verlangt**, sei dies nun eine Willenserklärung, ein Vertrag oder ein Rechtsgeschäft. Manches macht man schon **intuitiv richtig** – weil von allen immer schon so gelehrt und praktiziert –, etwa wenn es um die Auslegung „nach §§ 133, 157 BGB“ oder den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) geht.

In einzelnen Fällen empfiehlt es sich allerdings, die vom Gesetz präferierte Anknüpfung recht „brüsk“ zu ignorieren. Das wichtigste Beispiel hierzu bildet der Aufbau einer Stellvertretung beim Vertrag: Wenngleich § 164 BGB eindeutig an die „Willenserklärung“ und nicht das

„Rechtsgeschäft“ anknüpft, ist es bei Verträgen nahezu immer sinnvoller, in einem ersten Schritt zu prüfen, ob sich Vertreter und Dritter geeinigt (einen Vertrag geschlossen) haben, um erst dann zweitens zu fragen, ob diese Einigung nach § 164 Abs. 1 und 3 BGB für und gegen den Vertretenen wirkt.

IV. Ausgestaltung privater Rechtsetzung

Herausforderung

Das Zivilrecht ermöglicht es Privaten, über Rechtsgeschäfte wie z. B. Verträge selbst („privat“) Recht zu setzen. Anders formuliert achtet und verwirklicht es Privatautonomie. Dabei steht es vor **zwei Herausforderungen**: Erstens handeln wir Menschen **nicht immer weise**: Unsere Entscheidungen (wie auch die etwa des Staats) können sich als vorwie nachteilhaft erweisen. Zweitens ist private Rechtsetzung **aufwändig**: Meistens haben wir Besseres zu tun, als beim feierabendlichen Einkauf über Vertragsdetails zu verhandeln. Ein Vertragsschluss etwa sollte uns möglichst leicht fallen.

Beide Anliegen – Qualität und Leichtigkeit privater Rechtsetzung – stehen dabei bisweilen in **Widerspruch zueinander**: Müssen wir etwa einen Grundstückskauf vor dem Notar beurkunden lassen (vgl. § 311b Abs. 1 S. 1 BGB), hilft uns die dafür angeordnete notarielle Beratung (vgl. dazu auch §§ 14 BNotO, 17 Abs. 1 BeurKG), den Kaufvertrag sinnvoll auszugestalten. Doch kostet uns diese Formvorgabe auch Zeit und Geld. Das Zivilrecht muss hier also je nach Entscheidungssituation, Art des Rechtsgeschäfts oder den beteiligten Personen einen **sachgerechten Kompromiss** finden. Maßstab dafür sind die **Parteiinteressen** – genauer: ein möglichst wertschöpfender Inhalt des Rechtsgeschäfts.

Anforderungen (Ausblick)

Was unser Zivilrecht alles für Anstrengungen unternimmt, uns den Abschluss von Rechtsgeschäften möglichst zu erleichtern, sei insbesondere beim Vertragsschluss sowie bei der verteilten und damit auch heteronomen Rechtsetzung erläutert. Hier seien nur einige gängige **Anforderungen des BGB an eine private Rechtsetzung** genannt, die der

Entscheidungsqualität dienen. Die einschlägigen Begriffe, Vorstellungen und Normen knüpfen dabei mal an die Willenserklärung, mal an den Vertrag und mal an das Rechtsgeschäft an, näher dazu bei den Begrifflichkeiten privater Rechtsetzung.

- **Subjektive Merkmale**

- „Willensbestandteile“

- **Gängige Beispiele:** Typischerweise wird hier nach Handlungswille, Rechtsbindungswille (Erklärungsbewusstsein) und Geschäftswille unterschieden. Diese subjektiven Erfordernisse sorgen dafür, dass die Partei tatsächlich selbst („psychologisch“) über Ob und Inhalt ihrer Bindung entscheidet.
- **Irrtümer:** Wichtig werden diese subjektiven Merkmale auch bei Irrtumsvorschriften, sei es zu Irrtümern über die Rechtsfolgen eines Rechtsgeschäfts (vgl. etwa §§ 118 ff. BGB zu Scherz, Inhalts- und Erklärungsirrtum, Übermittlungsfehler) oder zu rechtlich relevanten **Motivirrtümern**, darunter der Eigenschaftsirrtum nach § 119 Abs. 2 BGB oder die Täuschung nach § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB.

- **Weitere subjektive Merkmale**

- **Befund:** Doch gibt es daneben etwa noch die Interessen und die jeweiligen Kenntnisse einer Partei. Zur Geschäftsfähigkeit siehe gleich.
 - **Information:** So verlangt das BGB zur Sicherung einer gewissen Entscheidungsqualität oft **zusätzliche Kenntnisse**, etwa bei Verbraucherverträgen mittels Widerrufsrechten (vgl. z. B. §§ 351 ff. BGB) oder über ungeschriebene Aufklärungspflichten nach §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 249 ff. BGB.
- **Abgabe- und Zugangserfordernisse:** Indem das Gesetz für empfangsbedürftige Willenserklärungen eine Abgabe und einen Zugang verlangt, sorgt es dafür, dass die Kommunikation zwischen den Parteien kontrolliert abläuft, vgl. etwa §§ 130 ff. BGB. Daneben

unterstützt das Abgabepfordernis auch eine gewisse Entscheidungsqualität.

- **Formvorgaben** wie Schriftform oder notarielle Beurkundung, vgl. zur Form insbesondere die §§ 125 ff. BGB. Deren wichtigste, aber nicht einzige Funktion liegt in der Sicherung einer gewissen Entscheidungsqualität.
- **Geschäftsfähigkeit** wie ein Mindestalter, vgl. zu dieser Geschäftsfähigkeit etwa §§ 2, 104 ff. BGB. Auch hier geht es um die Entscheidungsqualität.

V. Auslegung

1. Einführung und Überblick

Begriff

„Auslegung“ einer Willenserklärung oder eines Rechtsgeschäfts ist ein **vielschichtiger Begriff**. Manchmal reformuliert er lediglich die anspruchsvolle Frage nach dem **Inhalt des Rechtsgeschäfts**, ohne selbst Kriterien oder Argumente beizusteuern. Teils meint „Auslegung“ die sorgfältige **Ermittlung der relevanten Tatbestandsmerkmale** (etwa des Rechtsbindungswillens oder des Geschäftswillens) anhand sämtlicher verfügbarer Umstände (Indizien). Teils wird so das von den Parteien **Gewollte ergänzt** oder gar missachtet. In **Irrtumskonstellationen** wird es wichtig, zwischen subjektiver Auslegung (§ 133 BGB) und objektivem Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB) zu unterscheiden.

Bedeutungen

Zu den vielfältigen Bedeutungen (praktischen Verwendungsformen) der Rede von der „Auslegung“ einer Willenserklärung bzw. eines Rechtsgeschäfts gehören insbesondere:

- Die **Frage** nach dem Inhalt einer Willenserklärung bzw. eines Rechtsgeschäfts. Dazu gleich.

- Die Ermittlung der für eine rechtsgeschäftliche Bindung relevanten Tatbestandsmerkmale (etwa des Geschäftswillens) anhand **sämtlicher Umstände (Indizien) des Falls**. Dazu bei der Berücksichtigung sämtlicher Indizien.
- **Ergänzung oder gar Missachtung des tatsächlich Gewollten** durch Anwendung fremdgesetzten Rechts. Dazu bei der Auslegung als fremde Rechtsetzung.
- Die **gegenständlich-mystische Vorstellung**, einer Erklärung oder einem Willen mehr an Inhalten entnehmen zu können, als tatsächlich erklärt oder gewollt wurde. Dazu gleich.

Rechtsgeschäft, Willenserklärung, Vertrag

Wenn bei privater Rechtsetzung von „Auslegung“ die Rede ist, kann sich das gleichermaßen auf Rechtsgeschäft, Willenserklärung oder Vertrag beziehen. Es ist sogar üblich, mit §§ 133, 157 BGB zwei Normen gemeinsam zu zitieren, die sich mal auf die Willenserklärung und mal auf den Vertrag beziehen. Auch in der Literatur wird nicht immer klar, was genau eigentlich ausgelegt wird, wenn es um private Rechtsetzung geht. Doch ist das weniger tragisch als es klingt, da die meisten der hier genannten Bedeutungen und Gesichtspunkte gleichermaßen Willenserklärungen wie Rechtsgeschäfte betreffen.

Auslegung als Hineinlegen?

Anders als eine Auslegware (etwa ein Teppich oder eine Tapete), die in der realen Welt tatsächlich mehr Inhalte offenbart, wenn sie **zunächst eingerollt war** und man sie dann „auslegt“, lassen sich Wille oder Erklärung selbst bei aufwändigster Argumentation nicht dergestalt behandeln, dass sie dann aus sich heraus zusätzliche Inhalte offenbaren. Insbesondere ist die **menschliche Aufmerksamkeit begrenzt**, kann also immer nur wenige Gesichtspunkte gleichzeitig erfassen. Alles, was an Inhalten darüber hinausgeht, muss sich also anders begründen lassen als durch einen Hinweis auf das von den Parteien Gewollte bzw. Erklärte.

Frage nach dem „Inhalt“ der Willenserklärung

Oft enthält die Rede von einer Auslegung der Willenserklärung kein klares Argument oder konkrete Gesichtspunkte, sondern **(re-) formuliert lediglich die Frage** nach dem Inhalt einer Willenserklärung bzw. eines Rechtsgeschäfts. So wird dann etwa darauf verwiesen, was dieser Inhalt sei, „ergebe sich eben durch Auslegung“. Oft verbirgt sich hier das **Versagen der jeweils vertretenen Vertragstheorie**, wenn diese den Inhalt eines Rechtsgeschäfts – etwa weil nicht gewollt oder nicht erklärt – nicht zu begründen vermag.

Ausblick

Gehaltvoller ist der Hinweis auf eine Auslegung von Willenserklärung bzw. Rechtsgeschäft dort, wo es darum geht, ein Tatbestandsmerkmal wie etwa den Geschäftswillen unter Berücksichtigung sämtlicher Indizien zu ermitteln, sowie bei der Auslegung als fremde Rechtsetzung.

2. Berücksichtigung sämtlicher Indizien

Grundidee und praktische Bedeutung

Oft meint „Auslegung“ einer Willenserklärung bzw. eines Rechtsgeschäfts die Ermittlung der dafür relevanten Tatbestandsmerkmale **anhand sämtlicher Umstände** (Indizien). Besonders wichtig wird dieses Verständnis von Auslegung dort, wo das **Recht auf subjektiv-individuelle Umstände abstellt**. Denn diese können oft nur indiziell anhand äußerer Tatsachen festgestellt werden. Das gilt etwa für das Vorliegen eines Rechtsbindungswillens (etwa in Abgrenzung zu bloßer invitatio ad offerendum oder einem Gefälligkeitsverhältnis) oder den genauen Inhalt des Geschäftswillens. Das schlüssige Handeln bildet hier eine wichtige Fallgruppe. Aber auch bei Irrtümern (§§ 118 ff. BGB, falsa demonstratio, erkannter Irrtum etc.) oder beim Scheingeschäft (§ 117 BGB) ist es bisweilen anspruchsvoll, das tatsächlich Gewollte festzustellen.

Ebenso kommt es oft auf die **genauen Sachkenntnisse**, die **Interessen einer Partei** oder deren **Geschäftsfähigkeit** (vgl. etwa § 104 Nr. 2 BGB) an und muss dafür wiederum auf äußere Umstände zurückgegriffen werden. Doch auch **objektive Tatbestandsmerkmale** lassen sich

bisweilen erst aufwändig anhand von Indizien ermitteln. Wird etwa nach § 434 Abs. 3 BGB die Eignung zur gewöhnlichen Verwendung bzw. eine übliche Beschaffenheit geschuldet, wird man sich hierzu oft erst einmal erkundigen müssen.

Erklärung

Zu diesen informativen Tatsachen gehört insbesondere das **nach außen hin Erklärte**: Wer bewusst und ausdrücklich kundtut, ein Fahrrad kaufen zu wollen, und weiß, dass ihn die Rechtsordnung zumindest abseits von Irrtümern hieran rechtlich festhalten wird, will (und steuert) diese Rechtsfolge dann auch.

Sonstige Umstände

Doch auch Umstände (Indizien), die **über das ausdrücklich Erklärte hinaus** reichen, sind zu berücksichtigen (einschränkend bei Formvorschriften die „Adeutungstheorie“). Schließlich hat das willenstheoretisch geprägte, an den Parteiinteressen ausgerichtete BGB keinen Grund, bei der Ermittlung des wahren Willens verfügbare Informationen zu ignorieren, seien sie auch nicht erklärt. Das erklärt die unstreitige Relevanz schlüssigen Handelns.

Objektiver Empfängerhorizont

Nichts anderes gilt in Irrtumsfällen für den **objektiven Empfängerhorizont**: Auch ein gemäß §§ 133, 157 BGB verständiger Empfänger hat sich ernsthaft darum zu bemühen, anhand sämtlicher Umstände den **Parteiwillen zu ermitteln**. Weiß also der Käufer im obigen Beispiel, was „Bibliothek“ meint, wird auch hier ein Kaufvertrag über Spirituosen, nicht Bücher, geschlossen. Siehe dazu auch den Fall einer ausdrücklich vereinbarten Bedeutung.

Klausur

Damit musst Du in einer Klausur den **Sachverhalt sorgfältig auswerten**. Verkauft etwa der Verkäufer seine „Bibliothek“ und ist allseits von früher bekannt, dass er damit seine Sammlung von Alkoholika

meint, sind diese Spirituosen und nicht etwa Bücher nach dem Kaufvertrag geschuldet.

3. Fremde Rechtsetzung

Oft geht es bei der Auslegung darum, den Parteiwillen nicht etwa anhand sämtlicher Indizien zu ermitteln, sondern ihn um **fremdgesetztes (heteronomes) Recht** zu ergänzen oder zu missachten.

Ergänzung

Die tatsächliche (subjektiv-psychologische) Parteivorstellung **um heteronomes Recht zu ergänzen**, ist aus Sicht eines individualistisch-liberalen Vertragsrechts wie dem BGB nicht zu beanstanden, selbst wenn es sich mit klassischen vertragstheoretischen Vorstellungen nur schwer begründen lässt.

Voraussetzung ist allerdings, dass es diese fremde Rechtsetzung anstrebt, die Interessen der Parteien selbst (und nicht etwa die des Staats) größtmöglich zu unterstützen. Das mag etwa die Bereitstellung dispositiven Rechts oder die sonstige Erleichterung des Vertragsschlusses sein.

Missachtung

Löbliches

Ähnliches gilt für die **Missachtung des von den Parteien tatsächlich Gewollten**. So kennt unser Zivilrecht von jeher zwingendes Recht, das auch nach klassisch-liberaler Vorstellung dann sinnvoll ist, wenn es sämtliche Parteiinteressen verwirklicht.

Denn nicht immer ist der Parteiwille schützenswert, wie etwa die Umdeutung (§ 140 BGB), der Minderjährigenschutz (§§ 104 ff. BGB), die AGB-Inhaltskontrolle (§§ 305 ff. BGB) oder Phänomene wie Drohung (§ 123 Abs. 1 Alt. 2) und Ausbeutung (§ 138 BGB) verraten, um hier nur wenige Beispiele zu nennen.

Fragwürdiges

Von deutlich anderer normativer Qualität ist hingegen das Anliegen eines Auslegenden, gegen die Parteiinteressen **eigene oder kollektivistische Anliegen** zu verwirklichen. Oft soll dann die Tatsache einer heteronomen (anstatt privatautonomen) Rechtsetzung verschleiert werden.

Teils geschieht dies unter Hinweis auf einen „normativen Willen“, ein – im Sinne von normativ – „objektives Verständnis“, die „Rechtsidee“ bzw. „Gerechtigkeitsgedanken“, die „Natur der Sache“ und vieles mehr.

Hier werden dann Vertragsinhalte unter dem bloßen Vorwand einer Auslegung ohne Offenlegung und ohne systematische Einordnung der tatsächlichen Motivation und Wertungskriterien lediglich **heteronom behauptet**.

Ausblick

Im Ergebnis ist es für ein wissenschaftlich fundiertes und redliches Begründen wichtig, die jeweilige **Kompetenzzuweisung** klar auszusprechen, sachlich zu begründen und dann die vom jeweiligen Rechtsetzer verwandten **Wertungsmaßstäbe** offenzulegen, zu begründen und in ein schlüssiges **Gesamtkonzept** einzuordnen. Die klassischen Vertragstheorien leisten dazu leider nur einen begrenzten Beitrag.

B. Willenserklärung

I. Grundlagen

1. Begriff

Begriff

Die Willenserklärung ist eine **auf die Erzielung von Rechtsfolgen gerichtete, private Willensäußerung** und damit das wichtigste zivilrechtliche Instrument privater Rechtssetzung (Privatautonomie). Sie ist Tatbestandsmerkmal jedes Rechtsgeschäfts – darunter des Vertrags – und verlangt typischerweise einen Rechtsbindungswillen (§ 145 BGB) sowie die wesentlichen Bestandteile (essentialia negotii) des angestrebten Rechtsgeschäfts.

Ausblick

Gesetzliche Verankerung

Die Willenserklärung wird insbesondere in den §§ 116 ff. BGB erfasst; daneben aber auch in zahlreichen weiteren Vorschriften des BGB und über dieses hinaus. Teils knüpft das Gesetz direkt an die Willenserklärung als Tatbestandsmerkmal an, **teils „nur“ indirekt** als Bestandteil von Rechtsgeschäft oder Vertrag. Näher dazu bei den Anforderungen privater Rechtsetzung.

Regelungsinhalte

Dementsprechend vielfältig sind die **Regelungsinhalte**, angefangen mit der Sicherung von Privatautonomie über die Gewährleistung von Entscheidungsqualität oder die Anforderungen an einen Vertragsschluss bis hin zur Ausgestaltung der vertraglichen Kompetenzverteilung.

Ob und Inhalt

Besonders wichtig ist die Frage, **wann genau und mit welchem Inhalt** eine Willenserklärung vorliegt, mehr dazu beim Inhalt des Rechtsgeschäfts. Dieser ist das Ergebnis einer ausgeklügelten Arbeitsteilung, bei der nicht nur die Parteien entscheiden (Privatautonomie), sondern auch etwa der Gesetzgeber, Gerichte, Verkehrskreise oder Stellvertreter (heteronome Rechtsetzung).

Störungen

Das Zivilrecht kennt zahlreiche Situationen, in denen es eine Willenserklärung (und damit privatautonomes Handeln) **nicht gelten lässt**. Insbesondere muss die Bindung nach den §§ 117 ff. BGB auch gewollt gewesen sein, ansonsten darf der Irrende zumindest anfechten. Näher dazu bei den sog. Willensmängeln.

Unterscheidungen und Abgrenzungen

Ähnlich wie bei den Unterscheidungen einzelner Rechtsgeschäfte lassen sich auch Willenserklärungen vielfältig **unterscheiden und abgrenzen**, etwa nach:

- der Empfangsbedürftigkeit einer Willenserklärung,
- ihrem Gegensatz zu Realakten und geschäftsähnlichen Handlungen oder
- nach der Handlungsform, sei es ein aktives Tun, ein schlüssiges Handeln oder das bloße Schweigen.

2. Hintergrund

Wichtigstes Instrument privater Rechtsetzung

Nicht nur Parlamente und Gerichte setzen Recht, sondern auch Privatpersonen. Diese Selbstgesetzgebung des Einzelnen nennt man Privatautonomie. Die Willenserklärung gestaltet diese Privatautonomie aus, ist sie nämlich das **wichtigste Tatbestandsmerkmal** jedes Rechtsgeschäfts – darunter des Vertrags.

Die Willenserklärung **verkörpert und verwirklicht** die Vorteile dessen, was wir an Privatautonomie schätzen. Insbesondere stellt sie

vorrangig auf den **tatsächlichen Willen** des Einzelnen (und damit ein subjektiv-psychologisches Element) ab. Dadurch lässt uns das BGB selbst entscheiden, was für eine rechtliche Bindung uns trifft. Näher dazu bei den subjektiven Merkmalen der Willenserklärung.

Es ist damit auch **politisch** eminent wichtig, wie unser Recht die Willenserklärung ausgestaltet, also was genau es in welcher Situation für eine private Rechtsetzung verlangt, dann aber auch als ausreichend erachtet. Das stark willentheoretisch geprägte und an den Interessen der Parteien (und nicht der Öffentlichkeit oder des Staats) ausgerichtete BGB ist – für Privatrecht typisch und trotz aller kollektivistischer Anfeindungen der letzten 120 Jahre – **individualistisch-liberal**.

Vertragstheoretischer Hintergrund

Je nach Vertragstheorie lassen sich einzelne Aspekte der vom BGB verwandten Willenserklärung verschieden gut begründen. Die einen Geschäftswillen verlangende **Willentheorie** macht z. B. viele Irrtumsregeln verständlich – etwa warum eine Willenserklärung bei mangelnder Ernstlichkeit nach § 118 BGB nichtig oder warum ein Rechtsgeschäft nach den §§ 119 f. BGB anfechtbar ist, wenn die subjektive Parteivorstellung vom objektiven Erklärungsinhalt abweicht.

Die ebenfalls verbreitete, auf das tatsächlich nach außen hin Geäußerte abstellende **Erklärungstheorie** hat andere Vor- und Nachteile: So erklärt sie etwa die Unbeachtlichkeit der vom Gegner nicht erkannten Mentalreservation (§ 116 S. 1 BGB) oder die Unbeachtlichkeit eines Irrtums nach § 164 Abs. 2 BGB über die Offenkundigkeit des Vertretungswillens.

Andere Ansätze wie die **Grundfolgentheorie** oder das von mir vertretene **Rechtfertigungsprinzip** stellen vorrangig auf das Parteiinteresse ab und erfassen so, warum sich das Zivilrecht so anstrengt, um eine gewisse Qualität privatautonomer Entscheidung zu sichern. Auch machen sie verständlich, weshalb zahlreiche Inhalte des Rechtsgeschäfts nicht von den Parteien selbst (privatautonom) festgelegt werden, sondern heteronom vom Staat (zwingendes und dispositives Recht), von Verkehrskreisen (Sitte, Übung und Brauch) oder von Dritten (etwa Stellvertretern). Weitere vertragstheoretische Vorstellungen basieren auf dem Gedanken der **Äquivalenz** oder auf **wohlfahrtsökonomischen** Anliegen.

3. Klausur

Prüfung als Tatbestandsmerkmal

Sofern nicht in einer Klausur – was selten ist – **direkt** etwa nach der Wirksamkeit gefragt wird (Bsp.: „Hat K ein wirksames Angebot abgegeben?“), ist die Willenserklärung regelmäßig als Bestandteil desjenigen Rechtsgeschäfts zu prüfen, das für die Beantwortung der **Fallfrage** relevant ist. Prüfst Du also z. B. einen Anspruch auf Kaufpreiszahlung aus § 433 Abs. 2 BGB, setzt dies einen (Kauf-) Vertrag und damit wiederum mit Angebot und Annahme zwei übereinstimmende Willenserklärungen voraus. Hier musst Du **jeweils gesondert** deren Anforderungen prüfen.

Falls unproblematisch...

Liegt eine wirksame Willenserklärung **unproblematisch vor** (Bsp.: „V bietet K an, den Liter Milch für 1 Euro zu kaufen.“), reicht es aus, im Urteilstil kurz auf die Existenz eines Rechtsbindungswillens (vgl. § 145 BGB) sowie darauf einzugehen, dass die wesentlichen Bestandteile (essentialia negotii) feststehen. **Beispiel:** „Ein wirksames Angebot des V liegt vor, da er sich rechtlich binden wollte (vgl. § 145 BGB) und mit Vertragsparteien, Kaufpreis und Kaufgegenstand alle wesentlichen Bestandteile geklärt waren.“

Diese Handhabung hat sich weithin so eingebürgert, allerdings solltest Du wie immer für die Klausur auf das achten, was Dir Dein **jeweiliger Übungsleiter** empfiehlt. Im Übrigen gelten die allgemeinen Grundsätze, hier also etwa zur Verwendung von Urteils- und Gutachtenstil sowie zur Schwerpunktsetzung in einer Fallbearbeitung.

II. Subjektive Merkmale

1. Hintergrund

Überblick

Zu den subjektiven Merkmalen einer Willenserklärung gehören insbesondere der sogenannte Handlungswille (Bewusstsein, überhaupt zu **handeln**), der Rechtsbindungswille (Bewusstsein, eine **rechtliche** Bindung einzugehen) und der Geschäftswille (Bewusstsein über den **konkreten rechtlichen Inhalt**).

Nicht minder wichtig, aber gerne vergessen, sind die Interessen (Ziele, Motive) der Parteien. Daneben spielen oft auch deren jeweiligen Sachkenntnisse (etwa bei relevanten Motivirrtümern oder Aufklärungspflichten) sowie die Geschäftsfähigkeit eine bedeutende Rolle. Derartige Begriffe erleichtern das Verständnis vertragsrechtlicher Vorschriften und Diskussionen darüber.

Verständnis

Indem das BGB auf das Wollen der rechtlich betroffenen Parteien und damit auf subjektive Merkmale abstellt, lässt es diese getreu seiner individualistisch-liberalen Grundausrichtung **selbst entscheiden**, ob und mit welchem Inhalt sie sich rechtlich binden. Das sichert zudem eine gewisse Entscheidungsqualität.

Dieser bisweilen und je nach Epoche unterschiedlich stark angefeindete „**Psychologismus**“ ist im Vertragsrecht des BGB fest verankert und zentraler Ausdruck von Privatautonomie. Er bewahrt die Parteien davor, getreu fremder, etwa staatlich-kollektivistischer Vorstellungen darüber, was richtig oder falsch sei, bevormundet zu werden, etwa, weil man sie „für ihr Handeln zur Verantwortung ziehen“ müsse.

Daher greifen gerade die Anhänger jener vertragstheoretischen Schulen das BGB in dieser subjektiv-„psychologistischen“ (und darin auch römisch-rechtlichen) Tradition an, die für eine kollektivistische Neuausrichtung unseres Vertragsrechts eintreten.

Ausblick: objektiver Erklärungsinhalt

Die subjektive Grundausrichtung unseres Vertragsrechts befreit allerdings selten davor, auch den objektiven Erklärungsinhalt einer Willenserklärung zu bestimmen: So mag derjenige, der subjektiv etwas anderes will als das, was er nach außen hin erkennbar erklärt, dann zumindest wegen **Irrtums** anfechten müssen (vgl. §§ 142 Abs. 1, 119 f. BGB).

Zudem ist **die menschliche Aufmerksamkeit** dermaßen begrenzt, dass das Zivilrecht – allerdings regelmäßig nur ergänzend und ausgerichtet an den Parteiinteressen – viele Inhalte heteronom festlegt, ohne dass sich die Parteien über diese auch nur irgendwelche Gedanken gemacht hätten. Schließlich ließe sich **rechtspolitisch** diskutieren, ob es nicht auch bei liberaler Grundhaltung im Parteiinteresse liegt, das Irrtumsrecht restriktiver auszugestalten.

2. Handlungswille

a) Begriff

Begriff

Der Handlungswille (bzw. das Handlungsbewusstsein) ist das **Bewusstsein, überhaupt ein äußeres menschliches Verhalten zu tätigen oder dieses zu unterlassen**. „Handeln“ meint hier „so ziemlich alles“, nämlich ein Tun wie Unterlassen. Es ist deshalb erst das subjektiv-psychologische Element des Bewusstseins, das diesem Begriff seine Konturen verleiht. Es geht um einen vom Willen beherrschbaren, körperlichen Vorgang.

Beispiele

Gängige **Beispiele** sind das Schreiben, ein Kopfnicken oder ein Handschlag. Demgegenüber **fehlt** der Handlungswille bei bloß reflexhaftem Tun, im Schlaf, bei Niesreizen, bei Krampfständen, unter Hypnose oder bei körperlicher Fremdeinwirkung (sog. vis absoluta).

b) Klausur

Praktische Bedeutung

In Klausuren (und noch mehr in der Praxis) spielt der Handlungswille, weil **selten fraglich**, keine große Rolle. Er fehlt etwa beim unbewussten Schweigen, nicht jedoch beim bewussten Schweigen. Die wichtigste gesetzliche Regelung des Handlungswillens findet sich zur **Geschäftsfähigkeit** in den §§ 104 f. BGB, wonach etwa Kinder unter 7 Jahren geschäftsunfähig sind.

Einstieg mit der Rechtsfolge

Achte hier wie immer auf den sauberen **Einstieg mit der Rechtsfolge**: Diese findet sich für eine Geschäftsunfähigkeit in § 105 Abs. 1 BGB, der erst für das Tatbestandsmerkmal eines „Geschäftsunfähigen“ dann auf § 104 BGB als „Hilfsnorm“ verweist. Eine nur **punktueller Geschäftsunfähigkeit** erfasst § 105 Abs. 2 BGB, der sowohl die Rechtsfolge als auch deren Tatbestandsvoraussetzungen in diesem einen Absatz vereint.

Fahrlässiges Vorverhalten

Bei **Fahrlässigkeitsvorwürfen** ist darauf zu achten, dass einem unbewussten und damit auch schuldlosen Tun ein fahrlässiges Verhalten (Tun oder Unterlassen) **vorausgehen kann**: Wenn etwa A im Schlaf die auf dem Nachttisch stehende Kerze umwirft, so dass das Haus abbrennt, fehlt es zwar in diesem Moment an einem bewussten Handeln. Wohl aber ist A vorzuwerfen, die Kerze **nicht vorsorglich gelöscht** zu haben, als er müde wurde (fahrlässiges Unterlassen).

3. Rechtsbindungswille

a) Begriff, Hintergrund

Begriff

Rechtsbindungswille ist das **Bewusstsein, überhaupt eine rechtliche Bindung – gleich welchen Inhalts – einzugehen**. Zu dieser Bindung siehe etwa § 145 BGB. Es geht also um die subjektive Vorstellung über das Ob eines Rechtsgeschäfts. In Irrtumskonstellationen spricht man vom Erklärungsbewusstsein (bzw. Erklärungswillen).

Fallgruppen

- Invitatio ad offerendum (Bsp.: Auslagen im Schaufenster) : Hier fehlt der Rechtsbindungswille, da nur über ein mögliches (dann verbindliches) Angebot informiert werden soll.
- Gefälligkeitsverhältnisse (Bsp.: Studentin A verspricht ihrer Kommilitonin, eine Serviette mitzubringen): Wir Menschen wollen nicht jedes Versprechen und nicht jeden Austausch dem Recht unterstellen.
- Irrtumskonstellationen
 - Nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung gem. § 118 BGB: Hier will der Erklärende nur scherzen, ohne dass er dies nach außen hinreichend deutlich macht.
 - Sonst fehlendes Erklärungsbewusstsein: In diesen gesetzlich nicht geregelten Fällen (Bsp.: A winkt B zu und übersieht dabei, dass dies als Gebot in einer gerade ablaufenden Versteigerung anzusehen ist) fragt sich, ob die Willenserklärung direkt nichtig oder noch anzufechten ist.

Klausur

In unproblematischen Fällen reicht es in einer **Klausur**, bei der Prüfung der Willenserklärung (etwa eines Angebots) kurz auf die Existenz des

Rechtsbindungswillens und darauf zu verweisen, dass die wesentlichen Vertragsbestandteile feststehen.

Hintergrund

Auch für das Ob eines Rechtsgeschäfts überlässt es das individualistisch-liberal geprägte BGB vorrangig den **Parteien selbst**, subjektiv-psychologisch über ihre rechtliche Bindung zu entscheiden. Es verwirklicht so Privatautonomie. Fehlt es an diesem Willen, fehlt es an einer wirksamen Willenserklärung oder kann die keine Bindung wollende Partei **jedenfalls anfechten**. Sie muss dann allenfalls nach § 122 Abs. 1 BGB das negative Interesse zahlen. Für Irrtumskonstellationen hat es sich eingebürgert, vom Erklärungsbewusstsein (bzw. Erklärungswillen) zu sprechen.

b) Invitatio ad offerendum

Begriff

Jedenfalls in einer Anfängerklausur kurz zu erwähnen ist das Fehlen eines (Rechts-) Bindungswillens gemäß § 145 BGB bei bloßen **Aufforderungen zu Vertragsverhandlungen (invitatio ad offerendum)**. Gängige Beispiele bilden Aushänge in Schaufenstern, Preislisten und sonstige Werbemaßnahmen.

Argumente

Für die Einordnung eines Handelns als „bloße invitatio“ (und nicht Willenserklärung) kann sprechen, dass sich der Werbende rechtlich noch nicht festlegen möchte (vgl. § 145 BGB), weil er **nicht steuern kann**, wie viele Interessenten letztlich sein Angebot annehmen. So mag er nur eine begrenzte Anzahl des angepriesenen Produkts vorrätig haben oder **noch darüber entscheiden wollen**, an welche Personen er es tatsächlich verkauft. Es geht also um ein **Auslegungsproblem** (vgl. §§ 133, 157 BGB), nämlich die Ermittlung eines Bindungswillens anhand sämtlicher verfügbarer Anhaltspunkte.

c) Gefälligkeitsverhältnis

Begriff

Bei der **Abgrenzung von Rechtsgeschäften zu Gefälligkeitsverhältnissen** geht es um ein typischerweise unter dem Stichwort des Rechtsbindungswillens diskutiertes Auslegungsproblem (vgl. §§ 133, 157 BGB): Nicht immer möchten Menschen ihr Handeln dem Recht unterstellen, sondern sich allenfalls moralisch binden.

Verspricht etwa Studentin A in der Mensa ihrer Kommilitonin, dieser eine Serviette mitzubringen, so dürfte ihr Bedürfnis begrenzt sein, daraus eine rechtliche Pflicht zu machen. Denn in solchen Situationen sind **soziale (nicht-rechtliche) Mechanismen** oft wirksamer, unkomplizierter und angenehmer als die „Keule des Rechts“.

Auslegung

Wie alle Tatbestandsmerkmale ist auch der Rechtsbindungswille grundsätzlich unter Berücksichtigung **sämtlicher verfügbarer Anhaltspunkte** zu ermitteln. Es geht um ein klassisches Auslegungsproblem (vgl. §§ 133, 157 BGB). Man spricht hier bisweilen auch von einem **Indizienbündel**, wobei das wohl wichtigste Indiz – wie generell bei den subjektiven Merkmalen einer Willenserklärung – der **objektive Erklärungsinhalt** bildet: Wer etwa erklärt, eine rechtliche Bindung anzustreben („Ich miete dieses Fahrrad“), will das dann oft auch, wenngleich sich Laien bisweilen unpräzise ausdrücken. Ansonsten ist etwa die **wirtschaftliche oder sonstige Bedeutung** des versprochenen Handelns hilfreich: Wer ein Auto kauft, will den Kaufpreis regelmäßig nur unter rechtlicher Absicherung zahlen.

Klausur

Denke in einer **Klausur** besonders dann an die Abgrenzung von Rechtsgeschäft und bloßem Gefälligkeitsverhältnis, wenn es um eine **unentgeltliche (kostenlose) Handlung** geht. Denn wer etwas verspricht, wozu er rechtlich nicht verpflichtet ist und wofür er nichts bekommt, möchte „für nichts“ oft auch keine rechtliche Bindung eingehen – wozu auch.

Wichtig ist es hier, den **Sachverhalt genau zu lesen** und ihn auf Indizien zu durchforsten, die für oder gegen einen Rechtsbindungswillen sprechen. Diese lassen sich dann bei der Auslegung (§§ 133, 157 BGB) anführen. Rein klausurtaktisch („roter Faden“) sollte man dabei auch bedenken, dass es ohne einen Rechtsbindungswillen kein Rechtsgeschäft mehr zu diskutieren gibt.

Ein Rechtsbindungswille mag etwa dort fehlen, wo die 19-jährige Schülerin S ihrer Freundin F zusagt, sie auf dem Rückweg in ihrem Auto **mit nach Hause** zu nehmen. Andererseits verdeutlichen im Gesetz ausdrücklich erfasste, unentgeltliche Rechtsgeschäfte wie die Schenkung (§§ 516 ff. BGB), die Leihe (§§ 598 ff. BGB), der Auftrag (§§ 662 ff. BGB) oder die Verwahrung (§§ 688 ff. BGB), dass eine fehlende Bezahlung keineswegs immer einen Rechtsbindungswillen ausschließt. Wenn etwa F zu einem **Bewerbungsgespräch** muss und S weiß, wie wichtig diese Fahrt für F ist, liegt bei verständiger Würdigung (Auslegung, §§ 133, 157 BGB) ein Auftrag (§§ 662 ff. BGB) nahe. S würde damit der F für eine Unzuverlässigkeit gemäß § 280 Abs. 1 BGB (mehr dazu im Schuldrecht AT) haften.

d) Mentalreservation

Begriff

Bei der Mentalreservation gibt die Partei äußerlich eine Willenserklärung ab, **will tatsächlich** aber rechtlich **nicht gebunden sein**. Nach § 116 BGB ist dieser geheime Vorbehalt unbeachtlich (S. 1), sofern ihn nicht die Gegenseite erkennt (S. 2).

Unbeachtlichkeit eines „Selbstbindungswillens“

Grundidee

§ 116 S. 1 BGB sagt klar und deutlich, dass Willenserklärungen keinen „Selbstbindungswillen“ verlangen. Ob jemand gerne gebunden ist oder nicht, ob man das will oder nicht, interessiert uns Juristen **noch nie**.

Zwar wäre es **denkbar**, unter Vorbehalt geschlossene Verträge als **unwirksam** anzusehen. So könnte man der nichts ahnenden Gegenseite als Ausgleich das negative Interesse zuzusprechen, wie das etwa bei der

Irrtumsanfechtung geschieht. Doch wurde das nahezu nie auch nur ernsthaft erwogen.

Der Grund dafür liegt auf der Hand, geht es hier um vorsätzliches Handeln. Warum sollten wir eine Partei schützen, welche die Gegenseite **wissentlich über ihren Bindungswillen täuscht**? Wer vertraglich nicht haften möchte, kann sich solches Verhalten leicht verkneifen.

„Widerlegung“ der Willenstheorie?

Ein Problem ist diese Unbeachtlichkeit einer Mentalreservation nur für die Willenstheorie, deren Anhänger zwar § 116 S. 1 BGB einstimmig befürworten, dessen Rechtsfolge aber **nicht begründen können**. Denn die Willenstheorie verlangt einen „Selbstbindungswillen“, nämlich den Willen, selbst gebunden zu sein. Und hieran fehlt es nun einmal bei der Mentalreservation.

Begründet liegt dieses Dilemma in einem unrealistischen Verständnis dessen, was die Parteien eines Rechtsgeschäfts **tatsächlich wollen**. Beim Kaufvertrag gem. § 433 BGB etwa „will“ der Käufer nicht zur Kaufpreiszahlung verpflichtet sein. Er **willigt nur wissentlich in diese ein**, um so Besitz und Eigentum an der gekauften Sache zu erhalten. Umgekehrt „will“ ein Verkäufer nicht dazu verpflichtet sein, dem Käufer Besitz und Eigentum an der Kaufsache zu verschaffen, sondern willigt hierin nur ein. Was er tatsächlich will, ist der Kaufpreis. Kurzum: Wir sollten nicht **Wille und Einwilligung** miteinander vermengen.

Beachtlichkeit eines Selbstbindungswillens?

§ 116 S. 2 BGB als Tribut an die Willenstheorie?

So sehr es praktisch einleuchtet, dass ein Selbstbindungswille vertragsrechtlich nicht interessiert, erklärt ihn § 116 S. 2 BGB dann sehr wohl für erheblich – nämlich zur Nichtigkeit führend –, sollte die Gegenseite den **geheimen Vorbehalt erkennen**.

Der historische Grund für diese Vorschrift liegt im begrüßenswert **starken Einfluss der Willenstheorie** auf das BGB. Wenngleich man sich einig darüber war, dass die Mentalreservation grundsätzlich unbeachtlich sein müsse, wollte man die Willenstheorie zumindest insoweit verwirklichen.

Zweifel

Tatsächlich interessiert ein Selbstbindungswille auch in den Fällen des § 116 S. 2 BGB nicht. Denn nicht nur will kaum ein Mensch auf Erden selbst gebunden sein, sondern willigt allenfalls in seine Bindung ein (siehe oben). Genauso **weiß auch jeder klar denkende Mensch**, dass niemand **selbst gebunden sein will**. Bei lebensnaher Sicht wäre also nahezu jeder Vertrag nach § 116 S. 2 BGB nichtig.

Keine praktische Bedeutung

Es verwundert daher nicht, wenn § 116 BGB in der Praxis wie in Klausuren **keine nennenswerte Rolle spielt**. In Urteilen wird diese Vorschrift bestenfalls ergänzend, bestätigend bemüht, ohne eine Entscheidung jemals durchgreifend zu beeinflussen.

Bestenfalls werden unter dieser Rubrik **andere rechtliche Probleme** angesprochen. Konkret mag dies ein Scheingeschäft oder ein fehlendes Erklärungsbewusstsein oder die rechtliche Behandlung eines Protestes („faktischer Vertrag“?), von Irrationalität, Täuschung, Drohung oder Vertretungsfragen sein.

4. Geschäftswille

a) Begriff

→ Siehe auch zum Geschäftswillen in der Klausur sowie den Hintergrund zum Geschäftswillen.

Begriff

Der Geschäftswille ist die **auf den konkreten Inhalt des Rechtsgeschäfts gerichtete, subjektive Parteivorstellung**. Man bezeichnet ihn daher oft auch als Rechtsfolgenwillen. Bsp.: Wer etwa ein Auto kauft, wird bei Vertragsschluss nicht nur das Bewusstsein darüber haben, irgendwie zu handeln (Handlungswille) oder irgendetwas rechtlich Verbindliches zu tun (Rechtsbindungswille), sondern auch, was für einen **konkreten Autotyp zu welchem Preis** er erwirbt (Geschäftswille).

Hintergrund

Die rechtliche Behandlung des Geschäftswillens folgt dem willenstheoretisch geprägten Grundanliegen des BGB: Weicht das objektiv Erklärte vom subjektiv Gewollten ab, so dass ein Irrtum vorliegt, wird der Erklärende nicht an seinem ungewollten Inhalt festgehalten. Allenfalls muss er noch anfechten (vgl. §§ 119 f. BGB) und zahlt dann gegebenenfalls nach § 122 BGB das negative Interesse.

b) Klausur

Der Geschäftswille ist insbesondere Tatbestandsmerkmal der Irrtumsvorschriften des § 119 Abs. 1 BGB (**Inhalts- und Erklärungsirrtum**) und sowie des **Übermittlungsfehlers** nach § 120 BGB. Daneben findet sich eine Abweichung von Gewolltem und Erklärtem etwa in § 117 BGB (**Scheingeschäft**) oder in den Fallgruppen der **falsa demonstratio**, des **erkannten Irrtums** oder des **Festhaltens am Gewollten**. Zur Prüfung in einer Klausur siehe daher jeweils dort. In unproblematischen Fällen (kein Irrtum) reicht es aus, kurz den Rechtsbindungswillen (§ 145 BGB) und die wesentlichen Bestandteile (essentialia negotii) zu erwähnen.

c) Hintergrund

Sinn und Zweck

Das subjektiv-psychologische Erfordernis eines Geschäftswillens ist zentrales Merkmal des **individualistisch-liberalen BGB**: Nicht der Staat entscheidet, sondern die Parteien selbst entscheiden privatautonom mit ihrem eigenen („psychologischen“) Willen über ihre Bindung – und zwar auch für den genauen **Inhalt** des Rechtsgeschäfts. Genau dieses Erfordernis auch eines Geschäftswillens kennzeichnet die Willenstheorie und unterscheidet sie insbesondere von der darauf verzichtenden Erklärungstheorie.

Wegen seiner stark willenstheoretischen Prägung erlaubt das BGB etwa in §§ 119 f. BGB selbst bei einem noch so grob fahrlässigen Verhalten die Anfechtung (§ 142 Abs. 1 BGB). Und wie das in § 117 BGB erfasste Scheingeschäft illustriert, werden wir nicht einmal bei **vorsätzlicher(!)**

Irreführung an einen ungewollten Inhalt gebunden. Die Gegenseite wird nur über das negative Interesse geschützt, vgl. § 122 BGB.

Handlungs- versus Geschäftswille

Die klare **Unterscheidung von Handlungs- und Geschäftswille** ist eine wichtige wissenschaftliche Errungenschaft des späten 19. Jahrhunderts. Wer etwa ein Dokument unterzeichnet, tätigt regelmäßig bewusst dieses **Unterschreiben** (Handlungswille) und ist sich meistens auch über deren **rechtliche Relevanz** im Klaren (Rechtsbindungswille). Vom **Inhalt** des getätigten Rechtsgeschäfts wird er sich zwar meistens über die wesentlichen Bestandteile bewusst sein, nicht hingegen über jedes Detail, das sich dann erst heteronom aus objektiver Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB ergibt.

Daher regelt § 118 BGB (Scherz) einen fehlenden Rechtsbindungswillen, wohingegen die §§ 119 ff. BGB (Inhalts- und Erklärungsirrtum, Übermittlungsfehler), aber auch Fallgruppe der *falsa demonstratio*, einen abweichenden Geschäftswillen betreffen. Beim in § 117 BGB geregelten Scheingeschäft mag überhaupt kein Rechtsgeschäft (fehlender Rechtsbindungswille) oder ein anderer Inhalt (abweichender Geschäftswille) gewollt sein. Ebenso können der erkannte Irrtum und das Festhalten am Gewollten sowohl den Rechtsbindungs- als auch den Geschäftswillen betreffen.

5. Interesse

a) Begriff

Begriff

Interesse als persönlicher Handlungsmaßstab

Das Interesse (synonym: Ziel, Zweck, Motiv) ist der **Maßstab, anhand dessen eine Partei Zustände bewertet** und priorisiert, um so etwa über Ob und Inhalt eines Rechtsgeschäfts zu entscheiden. Im Supermarkt entscheiden wir z. B. nach unseren persönlichen Zielen, ob wir Bananen für 2 Euro kaufen, Äpfel für 2 Euro kaufen oder das Geld lieber behalten. Dabei mag es uns um die Stillung von Hunger oder den bloßen Genuß gehen.

Das individualistisch-liberale BGB überlässt es den **Parteien selbst, was für Ziele sie anstreben**. Davon macht es nur bei besonders gewichtigen öffentlichen Interessen eine Ausnahme. Doch ordnet sich der Staat im Privatrecht nicht nur diesen privaten Interessen unter, sondern er **unterstützt die Parteien auch aufwändig** darin, ihre Ziele bestmöglich zu verwirklichen. Insbesondere stellt er das Rechtsgeschäft bereit – einschließlich der damit verbundenen, aufwändigen Organisation arbeitsteiliger Rechtsetzung.

Praktische Feststellung

Ziele lassen sich vielfältig feststellen. Manches ist offensichtlich: Wer etwa Dachziegel kauft, möchte damit meistens ein Dach decken und wünscht sich hierfür Ziegel, die unter anderem wasserdicht sind. Bisweilen kann man die Person schlicht **fragen**. Oft erlaubt das **Verhalten einer Person** oder der jeweilige **Vertragsinhalt** Rückschlüsse. Im professionellen Rechtsverkehr etwa halten Parteien ihre Ziele gerne **schriftlich fest** – etwa weil es die Auslegung von Rechtsgeschäften erleichtert. Zudem lässt sich auf die **Ziele anderer Menschen** mit ähnlichem sozialem Hintergrund (Alter, Familienstand, Bildung, Wohnort usw.) und in **ähnlichen Vertragssituationen** zurückgreifen.

Zielhierarchien

Was immer uns jeweils treibt, wird das seinerseits oft „nur“ als bloßes Zwischenziel **höheren Zwecken dienen** – je nachdem was wir letztlich mit unserem Leben anstreben: Auch wer den Weltfrieden herbeiführen möchte, muss dafür essen und trinken. Jedoch ist es für Rechtsfragen jedenfalls so lange hilfreich, **auf eher niederrangige Ziele abzustellen**, sofern uns diese bekannt bzw. ermittelbar sind und nicht – gemessen an den übergreifenden Zielen – fehlerhaft (etwa irrtümlich) gebildet wurden.

Jhering – Der Zweck im Recht

Besonders eingehend und instruktiv untersucht Jhering die Bedeutung menschlicher Zwecke im Recht (Der Zweck im Recht, Bd. 1 1877, Bd. 2 1883), was ihn zum Mitbegründer der Rechtssoziologie werden ließ. Denn sobald man sich mit den Zwecken einer Gesetzesnorm oder eines Rechtsgeschäfts beschäftigt, drängt sich die Frage auf, wie sich diese Zwecke wohl **real verwirklichen** lassen. Das wiederum macht deutlich,

warum Juristen die **Erkenntnisse anderer Disziplinen** auch insoweit berücksichtigen müssen, als es um Wirkungszusammenhänge geht. Das Anliegen, Parteizwecke bestmöglich zu verwirklichen, klärt zudem, warum es gerade die Vertreter der Grundfolgentheorie waren, die sich eingehend mit staatlich gesetztem Vertragsrecht beschäftigten.

Soweit Jhering allerdings von der „**Vorstellung eines Zukünftigen**“ spricht, überzeugt das nicht ganz. Menschen können auch **unbewusst Ziele verfolgen** (ein Wille demgegenüber verlangt Bewusstsein); und Bewertungen können sich auch auf **gegenwärtige Zustände** beziehen.

b) Mutmaßlicher Wille

Begriff und Verbreitung

Geht es im Vertragsrecht wie so oft sachlich um das Interesse, ist bisweilen vom „**mutmaßlichen Willen**“ die Rede. Das BGB verwendet diesen Gedanken etwa bei der Teilnichtigkeit (§ 139 BGB), der Umdeutung (§ 140 BGB) oder der Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB).

Parteiwille versus Interesse

Bei der Rede vom „mutmaßlichen Willen“ ist es oft begrüßenswert, dass so wenigstens faktisch das **Parteiinteresse** berücksichtigt wird. Doch wird dessen Bedeutung so **unnötig verschleiert**: Denn in den hier einschlägigen Konstellationen entscheiden **nicht die Parteien** privatautonom, sondern wird **fremdes Recht** gesetzt. Es sind dann also andere Rechtsetzer wie etwa der Staat, die sich lediglich fragen, was wohl die Parteien entschieden hätten, um so sachlich immerhin das zu berücksichtigen, worum es diesen Parteien letztlich geht – ihre Interessen.

Dann aber sollte man diesen Umstand **klar und deutlich aussprechen**, anstatt unter Hinweis auf den „mutmaßlichen Willen“ zu suggerieren, dass es hier ja doch um die Achtung des Parteiwillens und nicht etwa darum gehe, **heteronom deren Interessen** zu berücksichtigen.

Die Vermengung von Wille und Interesse beinhaltet also ein **Kategorienfehler**: Beim Wollen geht es um eine Entscheidung, beim Interesse um einen Bewertungsmaßstab. Wo der mutmaßliche „Wille“

bemüht wird, geht es um **Fremd-, nicht Selbstbestimmung**. Niemand anderes kann über das Wollen einer Person bestimmen als diese Person selbst. Zur unklaren Ausdrucksweise des „mutmaßlichen Willens“ dürfte beigetragen haben, dass das Parteiinteresse weder bei Willenstheorie noch bei der Erklärungstheorie vorkommt, näher dazu bei der vertragstheoretischen Verankerung des Interesses.

„Neusprech“

Noch problematischer als der lediglich verschämte Verweis auf das Parteiinteresse ist die Rede von einem mutmaßlichen Wollen dort, wo ein Autor begrifflich eine Liberalität assoziieren möchte, tatsächlich dann jedoch – etwa unter Hinweis auf eine „**normative**“ oder „**verständige**“ **Würdigung** – solche Wertungskriterien einfließen lässt, die sich entgegen der individualistisch-liberalen Grundausrichtung des BGB nicht am Parteiinteresse, sondern an **kollektivistisch-öffentlichen** Bedürfnissen orientieren.

c) Rechtliche Verankerung

Fremdgesetztes (heteronomes) Recht

Um es klar zu sagen: Ohne das Parteiinteresse lässt sich kaum eine vertragsrechtliche Vorschrift des BGB verstehen. Besonders offensichtlich ist das für die fremdgesetzten Inhalte des Rechtsgeschäfts. Staatlich gesetztes Vertragsrecht etwa – sei es dispositiv oder zwingend, gesetzlich oder richterrechtlich – unterstützt nach Kräften die von den Parteien verfolgten Ziele und ist nur hieraus zu verstehen, zu begründen und zu konkretisieren. Das gilt auch, wenn diese fremde Rechtsetzung unter dem Stichwort einer „Auslegung des Rechtsgeschäfts“ oder unter Hinweis auf den „mutmaßlichen Willen“ erfolgt.

Private Rechtsetzung

Doch auch private Rechtsetzung (Privatautonomie) lässt sich ohne Berücksichtigen der Parteimotive nicht nachvollziehen: Zum einen gewährleistet jedes Vertragsrecht eine gewisse **Entscheidungsqualität**. Diese Anstrengungen wägt es mit dem Anliegen eines möglichst **unkom-**

plizierten Vertragsschlusses ab. Beides – mitsamt der dabei vorzunehmende Abwägung – misst sich am Parteiinteresse. Will man dann auch noch verstehen, warum Menschen in welcher Situation **was für Rechtsgeschäfte mit was für Inhalten** abschließen, gelingt auch das wiederum nur, indem wir nach deren Zielen fragen. Dementsprechend lernt jeder Jurist dann spätestens in der **Praxis**, seine Kunden zunächst danach zu befragen, was sie eigentlich erreichen möchten, um genau das dann rechtlich zu unterstützen.

Ignorieren lässt sich das Parteiinteresse am ehesten noch dort, wo die Parteien tatsächlich **selbst über Ob oder Inhalt eines Rechtsgeschäfts entscheiden** und der Staat ihnen diese Entscheidung getreu dem Subsidiaritätsprinzip (Privatautonomie) belässt. Hierzu passen etwa die Vorschriften der §§ 117, 118, 119 Abs. 1, 120 BGB. Doch sobald es auch nur möglich erscheint, dass es an einer hinreichenden Entscheidungsqualität fehlt oder die Parteien einen wichtigen Aspekt nicht vorab bedacht haben und der Staat daher mit heteronomen Recht einspringen muss, geht es schon wieder um das Parteiinteresse.

d) Vertragstheoretischer Hintergrund

Rechtsgeschäft „nur“ ein Mittel zum Zweck

Rechtsgeschäfte sind uns Menschen ein schlichtes **Instrument zur Verwirklichung unserer Interessen**. Wer ein Brötchen kauft, möchte so seinen Hunger stillen. Demgegenüber ist es uns **kein Selbstzweck, einen Vertrag zu schließen** und hierin einen Willen zu betätigen oder etwas zu erklären. Vielmehr tätigen wir in unserer privaten Rechtsetzung schlicht diejenigen Schritte, die uns unseren Zielen – etwa der Verzehr eines Brötchens, um unseren Hunger zu stillen – näher bringen. Das mag dann einen Kaufvertrag erfordern.

Dementsprechend ordnet auch das Zivilrecht das, was wir Parteien **bei Vertragsschluss wollen und erklären, den dabei verfolgten Interessen unter**. Es erklärt von jeher solche Rechtsgeschäfte für unwirksam, anfechtbar oder korrigiert sie inhaltlich, wenn sie unsere Interessen zu verfehlen drohen.

Arbeitsteilige Verwirklichung des Parteiinteresses

Das Zivilrecht **unterstützt uns zudem nach Kräften** in der Verwirklichung unserer Ziele, und zwar weit über das hinaus, was die Parteien selbst bei Vertragsschluss wollen oder erklären. Das „Rechtsgeschäft“ ist nichts anderes als die sehr aufwändige und **arbeitsteilige Verwirklichung** des Parteiinteresses durch den Staat.

Willens- und Erklärungstheorie

Ignoranz des Parteiinteresses

Nicht immer wird die vorrangige Bedeutung des mit dem Rechtsgeschäft verfolgten Ziels gegenüber dem, was die Parteien bei Vertragsschluss wollen oder erklären, klar gesehen oder kommuniziert. Ein Grund dafür ist, dass mit der Willenstheorie und der Erklärungstheorie gleich zwei klassische Ansichten das **Parteiinteresse ausblenden**. Beispielhaft für diese – oft stolz vorgetragene – Ignoranz ist der gern zitierte Ausspruch des „Sic volo, sic jubeo, stat pro ratione voluntas“ (So will ich, so gefällt es mir, es gelte der Wille ungeachtet seiner Vernünftigkeit).

Was ist liberal?

Immerhin steht gerade die Willenstheorie für einen sympathisch **individualistisch-liberalen Ansatz**, als nämlich der Einzelne und nicht etwa ein Kollektiv darüber entscheidet, woran er selbst gebunden wird. Doch mag man auch hier fragen, wie liberal es wirklich ist, Parteien selbst dann an ihrem Vertragswillen festzuzuhalten, wenn sie getäuscht wurden (vgl. § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB), eine Umdeutung nahe liegt (vgl. § 140 BGB), sie minderjährig sind (vgl. § 106 ff. BGB) oder sie manches Vertragsdetail nicht festgelegt haben (vgl. dazu das dispositive Recht). Das geltende Recht liefert hier eine klare Antwort – zu Gunsten des Interesses. Bemerkenswert ist zudem das für die Tradition der Aufklärung typische Vertrauen in die **geistige Leistungsfähigkeit des Einzelnen**. Tatsächlich ist jedoch die menschliche Aufmerksamkeit begrenzt und Vertragsrecht daher von jeher stark arbeitsteilig ausgerichtet – und zwar anhand des Parteiinteresses.

Spezialfall funktionierender Privatautonomie

Letztlich erfassen Willens- wie Erklärungstheorie bestenfalls einen **Spezialfall privater Rechtsetzung** für den Fall, dass dieses Wollen bzw. Erklären der Parteien tatsächlich – erfolgreich – deren Ziele verwirklicht. Doch selbst dann bleiben sie eine Begründung schuldig, warum eigentlich Parteien in welcher Situation was für Verträge mit welchen Inhalten schließen.

Grundfolgentheorie, Rechtfertigungsprinzip

Angesichts der überwältigenden Bedeutung des Parteiinteresses im geltenden Recht können nur diejenigen vertragstheoretischen Ansätze unser Zivilrecht verstehen, begründen und konkretisieren, welche im **Wollen oder Erklären der Parteien bei Vertragsschluss „lediglich“ ein Mittel zum Zweck** sehen. Denn so kann das Rechtsgeschäft in all seinen detaillierten Voraussetzungen, wie sie sich nicht nur im BGB finden, anhand des Parteiinteresses verstanden, ausgestaltet und konkretisiert werden. Zudem können Willens- oder Erklärungstheorie als das integriert werden, was sie tatsächlich sind, nämlich lediglich einen **Spezialfall** erfassende Ansätze, sollten die Parteien tatsächlich selbst und mit hinreichender Entscheidungsqualität über einen Vertragsinhalt entscheiden.

Es überrascht wenig, dass die Zwecke und Ziele schon sehr lange – nicht erst beginnend mit der griechischen Philosophie – **geistesgeschichtlich thematisiert** und in ihrer Bedeutung erkannt werden. Vertragstheoretisch ist es besonders der Verdienst der Grundfolgentheorie, den Vorrang des Zwecks vor dem daran zu messenden Rechtsgeschäft herausgearbeitet und daraus die richtigen Konsequenzen gezogen zu haben. Auch das von mir vertretene Rechtfertigungsprinzip berücksichtigt diesen Vorrang.

Interessenjurisprudenz?

Nicht zu verwechseln ist die grundlegende Bedeutung von Interessen auf **sachrechtlicher Ebene**, wie dies etwa von Jhering oder der Grundfolgentheorie herausgearbeitet wurde, mit den fragwürdigen und auf sehr viel weniger liberalen Vorstellungen beruhenden **methodischen Ansätzen** einer „Interessenjurisprudenz“ (Philipp Heck u. a.) oder „Wertungsjurisprudenz“ (Karl Larenz u. a.). Nicht immer wird dieser Unterschied gesehen oder offenbart.

6. Kenntnisse der Parteien

Bedeutung für Entscheidungsqualität

Das BGB richtet private Rechtsetzung – etwa durch Rechtsgeschäfte – konsequent an den Parteiinteressen aus. Daher berücksichtigt es auch die jeweilige Entscheidungsqualität und damit wiederum oft die **jeweiligen Kenntnisse der Parteien**: Je umfangreicher und zutreffender das Wissen einer Partei, desto besser wird ihre Entscheidung ausfallen. Andererseits dürfen Rechtsgeschäfte nicht zu anspruchsvoll werden. Maßstab für den hier **vom Recht zu treffenden Kompromiss** ist wie immer das Parteiinteresse.

Rechtliche Verankerung

Besonders deutlich wird die rechtliche Bedeutung von Sachwissen bei der Täuschung: Wer – darin etwa gesteuert vom Vertragsgegner – von einem unzutreffenden Sachverhalt ausgeht, läuft große Gefahr, einen Vertrag zu wollen oder zu erklären, der die eigenen Interessen unterläuft. Daher lässt das BGB hier die Anfechtung zu, vgl. § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB.

Daneben berücksichtigt das Recht zahlreiche – aber keineswegs alle – Motivirrtümer, sei es etwa über § 119 Abs. 2 BGB (Eigenschaftsirrtum) oder die Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB). Auch die Umdeutung nach § 140 BGB gehört hierhin. Besonders wichtig sind die zahllosen geschriebenen (gesetzlichen) wie ungeschriebenen Aufklärungspflichten, die sogar „bloße“ Unkenntnis adressieren. Ergänzt werden diese zivilrechtlichen Anstrengungen über öffentliche Bemühungen wie die Verbraucherbildung, die Regulierung von Informationsintermediären oder Institutionen wie die Stiftung Warentest.

Vertragstheoretischer Hintergrund

Mit der Erfassung und Begründung dieser offensichtlichen Relevanz von Parteienkenntnissen tun sich all jene vertragstheoretischen Ansichten schwer, die wie etwa die **Willens- oder Erklärungstheorie** allein das Parteihandeln bei Vertragsschluss abstellen. Auch hier, also bei den Parteienkenntnissen – wie bei der Entscheidungsqualität generell – wird also deutlich, dass es unserem Vertragsrecht letztlich darum geht, die **Parteiinteressen** zu verwirklichen.

III. Inhalt

1. Subjektive Auslegung

→ Siehe auch allgemein zur Auslegung von Willenserklärungen und Rechtsgeschäften.

Begriff

Von einer **subjektiven Auslegung** spricht man, wenn es auf den äußeren Erklärungsinhalt rechtlich **nicht ankommt**. Der Wille ist anhand aller verfügbaren Umstände zu ermitteln, vgl. § 133 BGB. Wie ein verständiger Dritter die Erklärung verstehen durfte, interessiert demgegenüber nicht.

Weder muss der Wollende hier bei einer Abweichung anfechten oder seine Willenserklärung erneut tätigen, um seinen Willen zu verwirklichen, noch muss er nach § 122 BGB anderen Personen das negative Interesse erstatten. Diese rein subjektive Auslegung greift oft, aber nicht zwingend, bei **nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen**: Während das Testament (vgl. § 2247 BGB) rein subjektiv auszulegen ist, gilt das nicht für die Auslobung nach §§ 657 ff. BGB. Bei Formvorgaben ist die „Aedeutungstheorie“ zu berücksichtigen.

Beispiel: Testament

Die rein subjektive Auslegung greift typischerweise dort, wo **Dritte kein schutzwürdiges Interesse** daran haben, sich auf den äußeren Erklärungsinhalt verlassen zu können. Beim Testament (vgl. § 2247 BGB) etwa hat niemand einen Anspruch darauf, als Erbe eingesetzt zu werden, sondern wird allenfalls über den sogenannten Pflichtteil (vgl. §§ 2303 ff. BGB) geschützt. Das Recht kann sich also allein auf die **Interessen des Erblassers** konzentrieren und damit ausschließlich dessen tatsächlichen Willen berücksichtigen (sofern nicht die „Aedeutungstheorie“ greift).

Gegenbeispiel: Auslobung

Die **Auslobung** (§§ 657 ff. BGB) ist demgegenüber zwar eine nicht-empfangsbedürftige Willenserklärung, aber dennoch **objektiv auszu-**

legen. Das BGB gestaltet sie nur deshalb als ein einseitiges Rechtsgeschäft und nicht als Vertrag aus, damit auch derjenige die Belohnung erhält, der sogar hilft, ohne von der Auslobung etwas mitbekommen zu haben (Bsp.: Finder F bringt Oma O den entlaufenen Hund zurück, ohne dass er etwas von den ausgelobten 100 € weiß.).

Wer jedoch die Auslobung liest und aufgrund dessen die erwünschte Handlung vornimmt, sollte etwa das negative Interesse nach § 122 BGB verlangen können, wenn sich der Auslobende nach §§ 118 ff. BGB auf einen Irrtum beruft. Die Interessenlage ist hier nicht anders als bei gegenseitigen Verträgen.

2. Äußerer Erklärungsinhalt

→ Siehe auch allgemein zur Auslegung von Willenserklärungen und Rechtsgeschäften.

Begriff

In diversen Irrtumskonstellationen kann das tatsächlich Gewollte von dem abweichen, wie der Adressat die Erklärung tatsächlich versteht. Wenngleich der irrtümlich Erklärende hier nicht endgültig gebunden wird, mag er die Willenserklärung **neu abgeben** (weil nichtig, vgl. etwa § 118 BGB) oder **anfechten** (vgl. etwa §§ 119 f. BGB) müssen. Ebenso kann er nach § 122 BGB das **negative Interesse** schulden.

Dieser äußere Erklärungsinhalt ist getreu §§ 133, 157 BGB anhand des sogenannten **objektiven Empfängerhorizonts** zu bestimmen. Er wird wie jeder Inhalt einer Willenserklärung zusätzlich um heteronome Rechtsfolgen (z. B. dispositives Recht) ergänzt.

Vertiefung

Äußerer Erklärungsinhalt als Irrtumsgegenstand

Jeder Irrtum verlangt ein **objektives „etwas“**, **über das man subjektiv irrt**. Dieses „etwas“ ist bei den §§ 118 ff. BGB der äußere Erklärungsinhalt und etwa in § 119 Abs. 1 BGB mit „Inhalt“ gemeint. Zu dessen Bestimmung siehe näher beim sog. objektiven Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB).

Funktionen

Im deutschen Recht erfüllt der äußere Erklärungsinhalt (und damit die Erfassung von Irrtümern) vor allem **zwei Funktionen**: Einerseits kann dieser Irrtum zur Nichtigkeit (vgl. § 118 BGB) oder Anfechtbarkeit (vgl. §§ 119 f. BGB) der Willenserklärung führen. Zum anderen mag nach § 122 BGB das negative Interesse zu ersetzen sein.

Andere Rechtsordnungen, die meist weniger stark willens-theoretisch geprägt sind, binden den irrig Erklärenden teils auch endgültig an den äußeren Erklärungsinhalt, ohne ein Anfechtungsrecht zu gewähren. Das macht Rechtsgeschäfte **beständiger**, für den Irrenden aber auch **gefährlicher**.

Trotz Irrtums wirksame Rechtsgeschäfte

Auf einen vom Gewollten abweichenden äußeren Erklärungsinhalt kommt es nur an, wenn sich Erklärender und Adressat **überhaupt missverstehen**. Nicht jeder Irrtum wirkt sich also aus, es gibt trotz Irrtums wirksame Rechtsgeschäfte.

3. Objektiver Empfängerhorizont

→ Siehe auch allgemein zur Auslegung von Willenserklärungen und Rechtsgeschäften.

Begriff

In vielen Irrtumskonstellationen wird es wichtig, neben dem Gewollten auch den äußeren Erklärungsinhalt zu bestimmen. Das erfolgt nach §§ 133, 157 BGB anhand des sogenannten **objektiven Empfängerhorizonts**: Nach gängiger Formulierung ist hier zu fragen, wie ein verständiger Empfänger die Willenserklärung nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen durfte.

Der Adressat hat **den wirklichen Willen** des Adressaten anhand **sämtlicher ihm erkennbarer Umstände** zu erforschen, vgl. § 133 BGB. Zu diesen Indizien gehört nach § 157 BGB auch die **Verkehrssitte**. Dabei interessiert jedoch nicht, was der Empfänger tatsächlich versteht, sondern was ein **verständiger Empfänger** nach Treu und Glauben (§ 157 BGB) verstehen durfte.

Vertiefung

Erforschung des Willens

Selbst dort, wo das BGB – wenn auch nicht für die Frage einer endgültigen Verbindlichkeit der Willenserklärung (vgl. dazu beim äußeren Erklärungsinhalt) – auf einen äußeren Sachverhalt abstellt, steht weiterhin der **subjektive Parteiwille** ganz im Vordergrund: Wie § 133 BGB klarstellt, hat der Adressat einer empfangsbedürftigen Willenserklärung den „wirklichen Willen“ anhand sämtlicher ihm verfügbarer Umstände zu „erforschen“.

Es geht also weiterhin darum, die Parteien selbst privatautonom entscheiden zu lassen – und jeder Empfänger muss dies seinerseits bestmöglich unterstützen. Zu diesen zu berücksichtigenden Umständen gehört **nicht nur das Gesagte bzw. Geschriebene** („buchstäblichen Sinne des Ausdrucks“), sondern genauso jedes andere verfügbare Indiz. Näher dazu bei der Auslegung von Willenserklärungen.

Verständiger Empfänger

Bei der Erforschung des Willens des Erklärenden gilt ein recht strenger, wertender Maßstab: Entscheidend ist nicht, was für einen Willen des Erklärenden der Adressat tatsächlich unterstellt. Sein Vertrauen (worauf er selbst vertraute) ist auch hier irrelevant. Vielmehr interessiert allein, was ein „**verständiger Empfänger**“ als Wille des Erklärenden **auffassen würde**. Unterstrichen wird dies noch durch den Hinweis auf „Treu und Glauben“ sowie (dazu gleich) die Verkehrssitte.

Damit beeinflusst über den objektiven Empfängerhorizont nicht der Adressat den äußeren Erklärungsinhalt, sondern der **Erklärende über seine Erklärung**. Zwar ist er hier an das gängige Sprachverständnis oder die Verkehrssitte gebunden (und mag sich dabei irren). Doch insgesamt kann er den äußeren Erklärungsinhalt gut steuern. Auch beim objektiven Empfängerhorizont sichert das BGB also die hohe Bedeutung des Parteiwillens und damit die Privatautonomie.

Verkehrssitte

Beim objektiven Empfängerhorizont fungieren Sitte, Übung und Brauch als ein **Indiz für den wirklichen Willen** und damit – bei deren Kenntnis – als ein Instrument des Erklärenden zur Kommunikation seines Willens: Bestellt etwa ein **Kölner** in einem Lokal einen „**halven Hahn**“,

wird er angesichts der ihm bekannten, lokalen Sitte regelmäßig ein Käsebrod und kein halbes Hähnchen bestellen wollen.

Nach wie vor hat der Adressat allerdings anhand sämtlicher ihm verfügbarer Umstände den **Willen des Erklärenden zu erforschen**: Kann der Kellner klar erkennen, dass der einen „halven Hahn“ bestellende Gast ein **Tourist** ist und ein halbes Hähnchen möchte, bestimmt dies den objektiven Empfängerhorizont. Sitte, Übung und Brauch beeinflussen aber auch über den objektiven Empfängerhorizont hinaus, nämlich als fremdgesetztes Recht, den Inhalt einer Willenserklärung und damit des Rechtsgeschäfts.

C. Rechtsgeschäft

I. Grundlagen, Klausur

Begriff

Ein Rechtsgeschäft erfordert **mindestens eine** Willenserklärung (sog. einseitige Rechtsgeschäfte), kann aber auch mehrere davon (Bsp.: Verträge) oder sonstige Voraussetzungen (Bsp.: Übergabe bei § 929 S. 1 BGB) enthalten. Je nach Anforderungen und Funktion lassen sich Rechtsgeschäfte vielfältig unterscheiden.

Klausur

In Klausuren bildet das Rechtsgeschäft oft ein zu prüfendes Tatbestandsmerkmal, das Du **schulmäßig prüfen kannst**. Das gilt etwa für die Anfechtung nach § 142 Abs. 1 BGB wegen Irrtums oder die Unwirksamkeit eines einseitigen Rechtsgeschäfts gemäß § 111 BGB bei Minderjährigkeit. Bei der eigentlich auf eine Willenserklärung abstellenden Stellvertretung (vgl. § 164 BGB) empfiehlt es sich allerdings, abweichend davon auf das Rechtsgeschäft abstellend aufzubauen. Näheres dazu findest Du bei den einzelnen Themenkreisen.

Anforderungen und Beispiele

Mindestens eine Willenserklärung

Jedes Rechtsgeschäft erfordert als **notwendige Voraussetzung** mindestens eine Willenserklärung. **Beispiele** für solche einseitigen Rechtsgeschäfte sind etwa das Testament, die Auslobung, die Anfechtung, die Kündigung, der Rücktritt, der Widerruf, die Zustimmung u. v. m.

Mehrere Willenserklärungen

Viele Rechtsgeschäfte, darunter insbesondere der Vertrag, verlangen mehrere Willenserklärungen. So prüfst Du etwa bei einem **Kaufvertrag** (§ 433 BGB) mit Angebot und Annahme (vgl. §§ 145 ff. BGB), ob zwei übereinstimmende Willenserklärungen vorliegen. **Gesellschaftsverträge** (vgl. etwa §§ 705 ff. BGB für die „BGB-Gesellschaft“) werden oft sogar von etlichen Gesellschaftern und damit mit vielen übereinstimmenden Willenserklärungen geschlossen.

Zusätzliche Anforderungen

Manche Rechtsgeschäfte verlangen nicht nur eine oder mehrere Willenserklärungen, sondern stellen darüber hinaus **weitere Anforderungen** auf. § 929 S. 1 BGB etwa verlangt für die Übereignung einer Sache nicht nur einen Vertrag („... beide darüber einig sind, dass das Eigentum übergehen soll...“). Erforderlich ist zudem noch eine **Übergabe** („... der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt...“) und damit ein rein tatsächliches Handeln (vgl. § 854 BGB, sog. Realakt). Daneben stellt das Zivilrecht oft noch allgemein für sämtliche Rechtsgeschäfte weitere Anforderungen auf, indem es tatbestandlich auf ein Rechtsgeschäft (oder auch auf eine Willenserklärung) abstellt. Vgl. etwa § 125 S. 1 BGB für Formvorgaben.

Sinn und Zweck: Ausgestaltung privater Rechtsetzung

Weil jedes Rechtsgeschäft mindestens eine Willenserklärung verlangt, geht es bei Rechtsgeschäften wie bei der Willenserklärung immer darum, private Rechtsetzung näher auszugestalten. Dabei ist es nicht immer logisch zwingend, warum das Gesetz tatbestandlich an ein Rechtsgeschäft, an eine Willenserklärung oder an einen Vertrag anknüpft. Näher dazu unter der Rubrik „Rechtsgeschäft, Willenserklärung und Vertrag“. Das

wiederum bedeutet, dass das BGB mit all diesen Begriffen einheitlich das individualistisch-liberale, willentheoretisch geprägte Anliegen verfolgt, die Parteien möglichst selbst („psychologisch“) über ihre eigene Belastung entscheiden zu lassen und so die Parteiinteressen größtmöglich zu verwirklichen.

II. Inhalt (Rechtsfolgen)

Begriff

Der Inhalt einer Willenserklärung oder auch eines Rechtsgeschäfts beschreibt deren **Rechtsfolgen** und damit, was dieser Vorgang privater Rechtsetzung **rechtlich bewirkt**. Wer im Supermarkt eine Tafel Schokolade auf das Band legt, gibt etwa ein Angebot mit dem Inhalt ab, die Tafel zum ausgewiesenen Preis mitsamt der in §§ 433 ff. BGB beschriebenen Rechtsfolgen zu kaufen. Die Frage nach dem Inhalt einer Willenserklärung bzw. eines Rechtsgeschäfts ist eng mit der Auslegung von Willenserklärungen verknüpft.

Privatautonom versus heteronom

Der **Inhalt eines Rechtsgeschäfts** kann sich sowohl **privatautonom** aus subjektiven Merkmalen wie dem Geschäftswillen als auch **heteronom** etwa anhand dispositiven oder zwingenden Rechts (vgl. etwa §§ 434 ff. BGB) oder aus der Verkehrssitte (vgl. dazu etwa § 157 BGB) ergeben. Unser Vertragsrecht praktiziert hier eine ausgeklügelte Kompetenzverteilung.

In **Irrtumsfällen** wird es wichtig, zwischen dem subjektiv Gewollten und dem äußeren Erklärungsinhalt zu unterscheiden, der nach dem sogenannten objektiven Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB) zu ermitteln ist.

III. Unterscheidungen

Überblick

Rechtsgeschäfte werden vielfältig unterschieden, etwa nach **einseitigen versus mehrseitigen** Rechtsgeschäften, nach **Verpflichtungsgeschäft versus Verfügung** (Abstraktions- und Trennungsprinzip) oder nach **gesetzlich geregelt versus atypischen** Rechtsgeschäften (z. B. Factoring, Franchising, Leasing).

Einseitig oder mehrseitig

„Einseitig“ und „mehrseitig“ bezieht sich bei Rechtsgeschäften auf die **Anzahl der Parteien**, die am Rechtsgeschäft mit einer Willenserklärung beteiligt sind. Typischerweise werden all jene Parteien mit einbezogen, denen durch das Rechtsgeschäft eine **rechtliche Einbuße** droht.

Einseitige Rechtsgeschäfte

Klassische einseitige Rechtsgeschäfte sind im Schuldrecht die **Auslobung** (§ 657 BGB), im Erbrecht das **Testament** (§§ 1937, 2247 Abs. 1 BGB) sowie auf dinglicher Ebene etwa die **Aneignung** (§ 958 BGB) und die **Eigentumsaufgabe** (§ 950 BGB). Ebenso sind die zahlreichen **Gestaltungsrechte** (Anfechtung, Rücktritt, Kündigung, Widerruf, Zustimmung u. v. m.) einseitig ausgestaltet. Auf einen eigenständigen Typus des Versprechens (im Gegensatz zum Vertrag) verzichtet das BGB.

Mehrseitige Rechtsgeschäfte

Mehrseitige Rechtsgeschäfte sind die in den §§ 433 ff. BGB erfassten **schuldrechtlichen Verträge** wie etwa der Kaufvertrag (§§ 433 ff. BGB), im **Sachenrecht** die meisten Verfügungen (Ausnahme: z. B. § 959 BGB), im **Familienrecht** die Eheschließung (§§ 1353 f. BGB) oder im **Erbrecht** der Erbvertrag (§ 1941 BGB). Klassisches Beispiel eines Rechtsgeschäfts mit oft mehr als nur zwei Parteien ist der **Gesellschaftsvertrag**. Regelungen dazu finden sich im BGB in den §§ 21 ff. BGB (Verein) und §§ 705 ff. BGB (Gesellschaft bürgerlichen Rechts) sowie in zahlreichen Sondergesetzen wie dem HGB (vgl. §§ 105 ff. HGB), GmbHG, AktG oder GenG.

Doch nicht nur Verpflichtungsgeschäfte, sondern auch Verfügungen sind meistens mehrseitig ausgestaltet, verlangen nämlich einen Vertrag. Hierzu gehören etwa die dingliche Einigung gemäß § 929 BGB zur **Übertragung von Eigentum** an einer beweglichen Sache, die Einigung zur Rechtsänderung an einem **Grundstück** nach § 873 Abs. 1 BGB (Auflassung: § 925 BGB), die Abtretung einer Forderung nach § 398 BGB oder die **Verpfändung** einer beweglichen Sache (§ 1205 BGB), eines Grundstücks (§§ 1113 ff. BGB) oder eines Rechts (§§ 1273 f. BGB).

Empfangsbedürftigkeit

Manche einseitige Rechtsgeschäfte verlangen eine **nicht empfangsbedürftige Willenserklärung** und werden dann ihrerseits als nicht empfangsbedürftig bezeichnet. Näher dazu bei der Empfangsbedürftigkeit von Willenserklärungen.

Gesetzlich geregelt oder atypisch

Für **schuldrechtliche Verträge** gilt nach § 311 Abs. 1 BGB Vertragsfreiheit: Private können nicht nur die etwa in §§ 433 ff. BGB geregelten Vertragstypen wie etwa einen Kaufvertrag wählen, sondern diese **abweichend ausgestalten** oder ganz neue, **eigene Vertragstypen schaffen**. Letzteres bezeichnet man dann als atypische Verträge mit dem Factoring, Franchising oder Leasing als gängigen Beispielen. Je nach dem vom Gesetzgeber verfolgten Anliegen kann diese Vertragsfreiheit allerdings **eingeschränkt** sein, wie dies etwa in den §§ 474 ff. BGB für Verbrauchsgüterkauf halbzwingend geschieht, vgl. § 476 BGB.

Andere Materien sind deutlich restriktiver, etwa wenn sowohl das Sachenrecht als auch das Gesellschaftsrecht einen **Typenzwang** kennen. Ähnliches gilt für viele außerhalb des BGB geregelte oder konkretisierte Vertragstypen wie den Arbeitsvertrag oder den Versicherungsvertrag. Praktisch besonders wichtig ist bei alledem die Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen, vgl. §§ 305 ff. BGB. Näher dazu beim zwingenden Recht.

Verpflichtung versus Verfügung

Rechtsgeschäfte lassen sich danach unterscheiden, ob sie die Parteien lediglich dazu **verpflichten**, etwa Eigentum und/oder Besitz zu über-

tragen (Verpflichtungsgeschäft), oder ob sie tatsächlich **bewirken**, dass etwa Besitz oder Eigentum übergehen (Verfügung). Eingehend dazu beim Abstraktions- und Trennungsprinzip.

Entgeltlich/unentgeltlich

Mehrseitige Rechtsgeschäfte lassen sich weiter danach unterscheiden, ob die dort versprochene Leistung entgeltlich oder unentgeltlich erbracht wird. **Entgeltliche Rechtsgeschäfte** sind etwa der Kauf (§§ 433 ff. BGB), der Werkvertrag (§§ 631 ff. BGB), der Dienstvertrag (§§ 611 ff. BGB) u. v. m. **Unentgeltliche Rechtsgeschäfte** sind etwa die Schenkung (§§ 516 ff. BGB) oder der Auftrag (§§ 662 ff. BGB).

Sonstiges

Auf die Unterscheidung von Versprechen versus Vertrag hat der deutsche Gesetzgeber im BGB bewusst verzichtet. Auch ist es vereinzelt eher zufällig, ob das Zivilrecht tatbestandlich an eine Willenserklärung, einen Vertrag oder ein Rechtsgeschäft anknüpft.

IV. Abstraktions- und Trennungsprinzip

1. Einführung

Abstraktions- und Trennungsprinzip

Das im BGB verankerte „Abstraktions- und Trennungsprinzip“ meint erstens die **Trennung (Unterscheidung) von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft**, also etwa des Kaufvertrags nach § 433 BGB von den Übereignungen nach § 929 BGB. Beides sind jeweils Rechtsgeschäfte. Diese Rechtsgeschäfte sind zweitens **voneinander unabhängig (Abstraktion)**: Erweist sich etwa der Kaufvertrag als nichtig, muss das nicht auch für die Übereignungen gelten.

Ein Einkauf – drei Rechtsgeschäfte

Es gehört zu den bemerkenswerten Abstraktionen des BGB, dass wenn wir im Supermarkt z. B. Erdbeeren kaufen, wir dann nicht etwa einen Vertrag abschließen, sondern gleich **derer drei**: Erstens den **Kaufvertrag** (sog. Verpflichtungsgeschäft), durch den sich der Verkäufer verpflichtet, Besitz und Eigentum an den Erdbeeren zu übertragen, und im Gegenzug der Käufer dazu, den Kaufpreis zu zahlen, vgl. § 433 BGB. Zweitens liegt in der davon zu trennenden **Übereignung der Erdbeeren** ein weiteres Rechtsgeschäft, durch das Eigentum an den Erdbeeren nach § 929 S. 1 BGB vom Verkäufer auf den Käufer übergeht. Drittens liegt in der **Zahlung des Kaufpreises** eine weitere Übereignung nach § 929 S. 1 BGB – diesmal des Geldes vom Käufer an den Verkäufer.

Ausblick

- Um das Abstraktions- und Trennungsprinzip zu verstehen, solltest Du Verpflichtungsgeschäfte von Verfügungen unterscheiden können.
- Beide Arten eines Rechtsgeschäfts werden nicht nur voneinander getrennt (Trennungsprinzip), sie sind auch in ihrer Wirksamkeit voneinander unabhängig (Abstraktionsprinzip).
- In einer Klausur musst Du damit streng z. B. darauf achten,
 - was tatsächlich die Rechtsfolge einer Norm wie § 433 Abs. 1 BGB oder § 929 S. 1 BGB ist, also wozu sie sich überhaupt äußert,
 - worauf genau eine zu prüfende Norm tatbestandlich abstellt (also ob etwa auf Eigentum, wozu dann § 433 BGB nichts sagt) und
 - was i. S. d. § 812 Abs. 1 Alt. 1 BGB (sog. Leistungskondition) „erlangt“ wurde, also ob etwa nur Besitz oder auch Eigentum.
 - Schau dir dazu die Klausurhinweise sowie den Musterfall zu Abstraktion und Trennung an.
- Schließlich hilft es, Dich auch nach dem Sinn und Zweck des Abstraktions- und Trennungsprinzips zu fragen.

2. Verpflichtungsgeschäft

Begriff

Als Verpflichtungsgeschäft bezeichnet man die die **erstmalige, rechtsgeschäftliche Begründung** einer rechtlichen Pflicht. Den Gegenbegriff hierzu bildet die ein bestehendes Recht verändernde Verfügung. Das BGB trennt und abstrahiert diese Rechtsgeschäfte sorgfältig voneinander.

Illustration: Kaufvertrag

Schließt man einen Kaufvertrag, so erwirbt der Käufer dadurch nicht etwa das Eigentum an der verkauften Sache. Das ergibt sich schlicht aus der **Gesetzeslektüre**: So stellt § 433 Abs. 1 BGB klar, dass der Kaufvertrag den Verkäufer **lediglich „dazu verpflichtet**, dem Käufer ... das Eigentum an der Sache zu verschaffen.“ Doch ob und wie das Eigentum **tatsächlich übergeht**, verrät das gesamte Kaufrecht nicht. Die §§ 433 ff. BGB schweigen dazu, die dort angeordnete Rechtsfolgen erwähnen einen tatsächlichen Eigentums- oder auch Besitzübergang mit keinem Wort. Genauso **„verpflichtet“** § 433 Abs. 2 BGB zwar den Käufer dazu, den Kaufpreis zu zahlen, verrät jedoch wiederum nicht, wie genau der Verkäufer an sein Geld gelangt.

Warnung: Nur Chuck Norris kann nach § 433 BGB Eigentum übertragen.

Weitere Verpflichtungsgeschäfte

Wie Du leicht nachlesen kannst, **setzt sich dieses Schema bei den anderen Schuldverhältnissen fort**. Das gilt etwa für den Darlehensvertrag § 488 Abs. 1 BGB („verpflichtet“), das Schenkungsversprechen gemäß § 518 Abs. 1 BGB („versprochen“), den Mietvertrag nach § 535 BGB („verpflichtet“), die Leihe nach § 598 BGB („verpflichtet“), das Sachdarlehen nach § 607 BGB („verpflichtet“), den Dienstvertrag nach § 611 Abs. 1 BGB („verpflichtet“), den Werkvertrag nach § 631 Abs. 1 BGB („verpflichtet“), den Auftrag nach § 662 BGB („verpflichtet“), die Verwahrung nach § 688 BGB („verpflichtet“) oder den Gesellschaftsvertrag nach § 705 BGB („verpflichtet“). Was man durchweg vermisst, sind Formulierungen dergestalt, dass das Eigentum (oder auch nur der Besitz) „übergeht“ oder die Übereignung „bewirkt“ wird. Selbst wenn man das

gesamte zweite Buch des BGB („Recht der Schuldverhältnisse“, §§ 241 - 853 BGB) durchforstet, findet man dazu nichts.

Zweck und Rechtsgrund für Verfügungen

Eine wichtige Funktion des Verpflichtungsgeschäfts liegt darin, dass es den **Zweck und „Rechtsgrund“ für Verfügungen**, aber auch für rein tatsächliche Erfüllungshandlungen, bildet. Fehlt dieser Rechtsgrund, etwa weil ein Kaufvertrag nach § 142 Abs. 1 BGB durch Anfechtung nichtig ist, kann das dann rechtsgrundlos Erlangte nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB (sog. Leistungskondiktion) zurückgefordert werden. Ist er wirksam, bildet das Verpflichtungsgeschäft – hier der Kaufvertrag – den Grund für das „Behaltendürfen“. Die Ansprüche aus dem Verpflichtungsgeschäft erlöschen nach § 362 Abs. 1 BGB, wenn sie – etwa durch eine Verfügung – **erfüllt** werden.

3. Verfügung

Begriff

Verfügung (Verfügungsgeschäft) ist die **rechtsgeschäftliche Veränderung eines bestehenden Rechts** durch dessen Übertragung, Aufhebung, Belastung oder sonstige inhaltliche Änderung. Gängige Beispiele sind die Übereignung beweglicher oder unbeweglicher Sachen (§ 929 S. 1 BGB) sowie die Abtretung von Forderungen (§ 398 BGB).

Sachenrecht und darüber hinaus

Zwar verpflichtet der Kaufvertrag den Verkäufer nach § 433 Abs. 1 BGB dazu, dem Käufer Eigentum zu verschaffen. Dann jedoch **schweigt** das gesamte 2. Buch des BGB (§§ 241 - 853 BGB) darüber, wie denn eigentlich **Eigentum übergeht**. Wir müssen also andernorts nach einer Vorschrift suchen, die diesen Übergang anordnet. Die meisten Verfügungen – insbesondere über Eigentum – finden sich im „Sachenrecht“, also dem **Dritten Buch des BGB** (§§ 854 - 1296 BGB). Für die Übertragung von Eigentum an beweglichen Sachen regelt etwa § 929 S. 1 BGB, was dazu erforderlich ist. Im Schuldrecht wird lediglich die **Übertragung von Forderungen** und sonstigen Rechten erfasst, vgl. §§ 398 ff. BGB.

Verfügung als Rechtsgeschäft

Jede Verfügung verlangt ein Rechtsgeschäft. Oft spricht das BGB hier auch von einer **Einigung** (Bsp.: § 929 S. 1 BGB oder § 873 Abs. 1 BGB) oder von einem **Vertrag** (Bsp.: § 397 BGB, § 1205 Abs. 1 BGB oder § 398 BGB). Speziell bei der Verfügung über **Eigentum** hat es sich eingebürgert, von der „**dinglichen Einigung**“ zu sprechen. Du solltest Dich dem ruhig anschließen, da Du solche Verfügungen dann deutlich von Verpflichtungsgeschäften wie etwa einem Kaufvertrag abgrenzt.

Beispiele

Gängige Verfügungen sind die Übereignung beweglicher (§ 929 S. 1 BGB) oder unbeweglicher (§§ 873 Abs. 1, 925 Abs. 1 BGB) Sachen sowie die Abtretung von Forderungen nach § 398 BGB. Ebenfalls Verfügung sind die Eigentumsaufgabe (§ 959 BGB) oder die Verpfändung einer beweglichen Sache (§§ 1204 ff. BGB), eines Rechts (§§ 1273 ff. BGB) oder eines Grundstücks (§§ 1113 ff. BGB).

Zweck der Verfügung

Zwar sind Verfügungen von anderen Rechtsgeschäften strikt zu trennen (Trennungsprinzip) und in ihrer Wirksamkeit von diesen unabhängig (Abstraktionsprinzip). Doch liegt der **Zweck einer Verfügung** regelmäßig darin, eine Pflicht aus dem Verpflichtungsgeschäft zu erfüllen. Denn erst dann erlöschen diese Pflichten, vgl. § 362 Abs. 1 BGB, muss man also etwa als Käufer nicht ständig aufs Neue zahlen. Hatte sich etwa der Verkäufer nach § 433 Abs. 1 BGB durch Kaufvertrag verpflichtet, dem Käufer das Eigentum an der verkauften Sache zu verschaffen, sorgt die Übereignung nach § 929 S. 1 BGB dann dafür, dass er diese Pflicht **tatsächlich erfüllt**.

Erfüllung ohne Verfügung

Keine Verfügung, weil kein Rechtsgeschäft, sind **rein tatsächliche Vorgänge** wie etwa der Besitzerwerb durch Ergreifung (§ 854 Abs. 1 BGB), Besitzaufgabe (§ 856 Abs. 1 BGB) oder Übergabe. Auch der Eigentumserwerb durch **Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung** (§§ 946 ff. BGB) erfolgt nicht durch Rechtsgeschäft, sondern gesetzlich („automatisch“).

Nicht immer ist also eine Verfügung erforderlich, um ein Verpflichtungsgeschäft zu erfüllen. Bei der Verwahrung nach § 688 BGB z. B. schuldet der Verwahrer lediglich ein **rein tatsächliches Verhalten**. Auch beim Dienstvertrag schuldet der Dienstverpflichtete nach § 611 BGB lediglich, die versprochenen Dienste **faktisch zu erbringen**. Sogar der bei einem Kaufvertrag nach § 433 Abs. 1 S. 1 BGB versprochene Eigentumsübergang mag sich ohne Rechtsgeschäft, nämlich **gesetzlich**, vollziehen (vgl. etwa die §§ 946 ff. BGB). Näheres dazu lernst Du im Sachenrecht.

4. Trennung

Begriff

Trennungsprinzip meint, überhaupt zwischen Verpflichtungsgeschäft und Verfügung **zu unterscheiden**. So regelt das BGB etwa den lediglich versprechenden Kaufvertrag in § 433 BGB, wohingegen erst § 929 S. 1 BGB die Übereignung beweglicher Sachen erfasst.

Versprechen versus bewirken

Das deutsche Zivilrecht **unterscheidet präzise** Verpflichtungsgeschäfte von den darauf basierenden Verfügungen. So ordnet das BGB bei Verpflichtungsgeschäften wie dem Kaufvertrag (vgl. § 433 BGB) immer nur an, dass sich die Parteien dazu **„verpflichten“ bzw. „versprechen“**, etwa Eigentum zu übertragen. Umgekehrt machen Normen wie § 873 Abs. 1 oder § 929 S. 1 BGB klar, dass es dort nur um die **„Übertragung des Eigentums“** geht.

Mehrfache oder übergreifende Anordnung von Rechtsfolgen

Wann immer das Gesetz sowohl das Verpflichtungsgeschäft als auch Verfügungen erfassen möchte, ordnet es die jeweilige Rechtsfolge **mehrfach** an oder wählt einen **allgemeinen Begriff** wie „Rechtsgeschäft“, „Willenserklärung“ oder „Vertrag“.

Bsp.: Grundstücksgeschäfte, GmbH-Anteile

Bei **Grundstücksgeschäften** etwa verlangt das BGB eine notarielle Beurkundung in § 311b Abs. 1 BGB für Verpflichtungen und in § 925 Abs. 1

BGB für Verfügungen. Bei **GmbH-Geschäftsanteilen** schreibt § 15 Abs. 4 GmbHG die notarielle Beurkundung für Verpflichtungen und in § 15 Abs. 3 GmbHG für Verfügungen vor.

Bsp.: Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 2 BGB

Für ausbeuterische Rechtsgeschäfte stellt § 138 Abs. 2 BGB über die Formulierung „**versprechen oder gewähren lässt**“ klar, dass die dort angeordnete Nichtigkeit sowohl die Verpflichtung als auch die Verfügung erfasst.

Übergreifende Tatbestandsmerkmale

Schließlich erfasst das BGB sowohl Verpflichtungsgeschäfte als auch Verfügungen, wo es **allgemein** auf Rechtsgeschäft, Willenserklärung oder Vertrag abstellt. Die Vorschriften des BGB AT etwa zum Irrtum, zur Form, zum Vertragsschluss, zur Stellvertretung usw. gelten also **nicht nur für den Kaufvertrag** nach § 433 BGB, sondern **genauso für Verfügungen** nach § 929 S. 1 BGB, sind also jeweils gesondert zu prüfen. Die Ergebnisse dieser Prüfung können (müssen aber nicht: vgl. die sog. Fehleridentität) dann sehr unterschiedlich ausfallen. Näher dazu beim Klausurbeispiel.

5. Abstraktion

Begriff

Abstraktion meint, dass die zu trennenden Verpflichtungen und Verfügungen auch **in ihrer Wirksamkeit voneinander unabhängig** sind: Dass etwa der mit einem Minderjährigen abgeschlossene Kaufvertrag nach § 108 Abs. 1 BGB (schwebend) unwirksam ist, heißt noch lange nicht, dass dies auch für die Übereignung des Kaufgegenstand an ihn gemäß § 929 S. 1 BGB gilt.

Rückabwicklung

Die sorgfältige Trennung und Abstraktion sorgt dafür, dass bisweilen jemand Inhaber einer rechtlichen Position wie z. B. Eigentum wird, obwohl der Grund für diese Verfügung gar nicht wirksam ist. Ist zwar das Verpflichtungsgeschäft (z. B. ein Kaufvertrag nach § 433 BGB), nicht jedoch eine Verfügung (z. B. nach § 929 S. 1 BGB) unwirksam, erfolgt die

Rückabwicklung über das Bereicherungsrecht, namentlich die sog. Leistungskondition nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB. Näher dazu im Fallbeispiel.

Ist umgekehrt eine Verfügung unwirksam, bleibt das zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft grundsätzlich unberührt. Allerdings sind hier die Vorschriften zu Leistungsstörungen sorgsam zu prüfen.

„Fehleridentität“

Ebenso kann ein und derselbe Sachverhalt nach der gleichen, jeweils zu prüfenden Norm sowohl beim Verpflichtungs- als auch beim Verfügungsgeschäft zur Unwirksamkeit führen (sog. **Doppelnichtigkeit** oder **Fehleridentität**): Wer etwa beim Kauf über den Kaufgegenstand getäuscht wurde, kann regelmäßig sowohl den Kaufvertrag (§ 433 BGB) als auch die Übereignung des Geldes (§ 929 S. 1 BGB) gemäß § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB anfechten, da diese Täuschung dann **für beide Rechtsgeschäfte ursächlich** war. Ähnliches gilt oft für in § 123 Abs. 1 Alt. 2 erfasste Drohung.

Hinweis: „Fehleridentität“ ist **keine Ausnahme vom Abstraktionsprinzip** und daher auch nichts, was Du Dir für eine Klausur merken müsstest. Sofern Du jedes einzelne Rechtsgeschäft gesondert auf seine Wirksamkeit überprüfst, ergibt schlicht die **sorgfältige Subsumtion**, welches Rechtsgeschäft nach welcher Norm (auch) unwirksam ist.

6. Klausur

a) Was beachten?

Mühe, die lohnt

Zunächst die **schlechte Nachricht**: Das Abstraktions- und Trennungsprinzip muss Dir in Fleisch und Blut übergehen, da

- es im gesamten Zivilrecht fest verankert ist,
- es klar ein „richtig oder falsch“ gibt und deshalb
- erfahrungsgemäß in Klausuren streng darauf geachtet wird.

Die **gute Nachricht**: Das Abstraktions- und Trennungsprinzip ist logisch und wird in Gesetz wie Praxis konsequent umgesetzt, weshalb **man es gut lernen kann**. Klausurtechnisch geht es „schlicht“ um eine saubere Subsumtion. Dass man diesen Grundsatz nicht von heute auf morgen beherrscht, ist normal – das ging uns allen so. Aber je öfter Du es praktisch anhand konkreter Fälle einübst, desto souveräner wirst Du damit umgehen. Einen Fall zum Abstraktions- und Trennungsprinzip findest Du nachfolgend.

Worauf achten?

Um nicht in Missachtung des Abstraktions- und Trennungsprinzip wertvolle Punkte zu verschenken, solltest Du Dir vor allem zweierlei angewöhnen:

- Achte immer genau auf die **Rechtsfolge** der von Dir angewandten Norm. Bsp.: Wird hier wirklich Eigentum übertragen oder dessen Übertragung nur versprochen?
- Zudem musst Du **jedes einzelne Rechtsgeschäft** auf **sämtliche** Wirksamkeitsvoraussetzungen durchprüfen, darunter jene des BGB AT (also z. B. § 142 Abs. 1 BGB; § 125 S. 1 BGB; § 108 Abs. 1 BGB; § 134 BGB usw.).

Minimales Sachen- und Bereicherungsrecht

Die **schlechte Nachricht**: In Klausuren zum Abstraktions- und Trennungsprinzip musst Du oft nicht nur das BGB AT, sondern auch Sachenrecht und Bereicherungsrecht anwenden. Die **gute Nachricht**: Anfangs betrifft das nur drei gut verständliche Vorschriften, die Du für die Vorlesung zum Allgemeinen Teil des BGB dann aber auch kennen solltest:

- § 985 BGB: Anspruch des Eigentümers gegen den Besitzer auf Herausgabe (Näheres bei den dinglichen Herausgabeansprüchen)
- § 929 BGB: Übertragung von Eigentum an beweglichen Sachen
- § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB: Anspruch des Leistenden auf Herausgabe des rechtsgrundlos Erlangten (sog. Leistungskondiktion)

b) Fall

Sachverhalt

Der 10-jährige Konrad (K) kauft bei Fahrradhändler Veubel (V) ein Mountainbike für 500 €. V übergibt K das Fahrrad sofort, das Geld soll K am nächsten Tag bezahlen. Als dessen Eltern das Fahrrad sehen, sind sie damit nicht einverstanden, zumal K noch nicht einmal Taschengeld bekommt. Daher verlangt V von K das Fahrrad zurück. Zu Recht?

Musterlösung

A. V – K, Herausgabe des Fahrrads, §§ 985, 986 BGB

V könnte gegen K einen Anspruch auf Herausgabe des Fahrrads aus § 985 BGB haben. Dies setzt voraus, dass V Eigentümer des Fahrrads und dieses eine Sache ist, die K besitzt. Zudem darf K kein Besitzrecht haben, vgl. die Einwendung des § 986 BGB.

I. Sache

Das Fahrrad ist eine Sache, vgl. § 90 BGB.

II. Besitz des K

K ist Besitzer des Fahrrads, da er die tatsächliche Gewalt hierüber ausübt, vgl. § 854 Abs. 1 BGB.

III. Eigentum des V

V müsste Eigentümer sein. Ursprünglich war V das, vgl. § 1006 Abs. 1 BGB. Er könnte dieses Eigentum jedoch nach § 929 S. 1 BGB an K verloren haben. Das setzt voraus, dass das Fahrrad eine bewegliche Sache ist, V Eigentümer war, V das Fahrrad an K übergeben hat und sich beide darüber einig waren, dass das Eigentum übergehen soll.

1. Bewegliche Sache

Das Fahrrad ist nicht nur eine Sache (siehe oben), sondern auch beweglich.

2. Eigentum des V

Wie bereits dargelegt war V ursprünglich Eigentümer.

3. Übergabe

V hat K die tatsächliche Gewalt über das Fahrrad verschafft und es damit an ihn übergeben, vgl. § 854 Abs. 1 BGB.

4. Einigung über Eigentumsübergang

V und K müssten sich über den Eigentumsübergang geeinigt, also einen entsprechenden Vertrag geschlossen haben.

a) Einigung

V und K waren sich darüber einig (vgl. §§ 145 ff. BGB), dass das Eigentum am Fahrrad von V auf K übergehen soll.

b) (Schwebende) Unwirksamkeit nach § 108 Abs. 1 BGB

Dieser Vertrag könnte jedoch nach § 108 Abs. 1 BGB schwebend bzw. angesichts der Missbilligung durch die Eltern endgültig unwirksam sein. Das setzt voraus, dass es bei der dinglichen Einigung um einen Vertrag geht, K minderjährig ist, die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters erforderlich ist und es an dieser Einwilligung fehlt bzw. die Genehmigung verweigert wurde.

aa) Vertrag

Die dingliche Einigung nach § 929 S. 1 BGB ist ein Vertrag.

bb) Minderjährigkeit des K

Der 10-jährige K ist nach Maßgabe der §§ 107 - 113 BGB in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, also nach § 108 Abs. 1 BGB minderjährig.

cc) Erforderlichkeit einer Einwilligung des gesetzlichen Vertreters

Die Einigung von K und V über den Eigentumsübergang müsste die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters erfordern. Nach § 107 BGB bedürfen solche Willenserklärungen der Einwilligung, die für den Minderjährigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft sind. Rechtsfolge des in § 929 S. 1 BGB erfassten Rechtsgeschäfts ist allein der Eigentumsübergang.

Für K ist es lediglich rechtlich vorteilhaft, Eigentümer am Fahrrad zu werden. Daher war hier keine Einwilligung seiner Eltern erforderlich, so

dass die dingliche Einigung auch nicht nach § 108 Abs. 1 BGB schwebend bzw. endgültig unwirksam ist.

V hat also das Eigentum an dem Fahrrad an K verloren und ist damit nicht mehr dessen Eigentümer. Er kann daher nicht von K nach § 985 BGB dessen Herausgabe verlangen.

B. V – K, Herausgabe Besitz und Eigentum am Fahrrad, § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB

V könnte gegen K einen Anspruch auf Herausgabe des Besitzes und/oder des Eigentums am Fahrrad aus Leistungskondition gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB haben. Das setzt voraus, dass V dieses „etwas“ an K geleistet und K es dadurch rechtsgrundlos erlangt hat.

I. „etwas erlangt“

Wie bereits dargelegt hat K sowohl den Besitz als auch das Eigentum am Fahrrad erlangt.

II. „durch die Leistung“

K müsste Besitz und Eigentum am Fahrrad durch Leistung des V erlangt haben. Leistung gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB ist jede bewusste, zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens. V verschafft K wissentlich Besitz und Eigentum am Fahrrad. Zweck war die Erfüllung (vgl. § 362 Abs. 1 BGB) seiner Pflicht aus dem Kaufvertrag nach § 433 Abs. 1 BGB.

III. „ohne rechtlichen Grund“

K müsste den Besitz und das Eigentum am Fahrrad „ohne rechtlichen Grund“ erlangt haben. Einen solchen Rechtsgrund könnte ein zwischen K und V geschlossener Kaufvertrag über das Fahrrad bilden.

1. Kaufvertrag

K und V haben sich über den Kauf eines Fahrrads für 500 € geeinigt. Ein Rechtsbindungswille (vgl. § 145 BGB) ist bei verständiger Würdigung (§§ 133, 157 BGB) schon angesichts der Bedeutung des Geschäfts für Angebot wie Annahme anzunehmen. Auch die wesentlichen Vertragsbestandteile (essentialia negotii) stehen fest.

2. (Schwebende) Unwirksamkeit nach § 108 Abs. 1 BGB

Dieser Kaufvertrag könnte jedoch nach § 108 Abs. 1 BGB schwebend oder endgültig unwirksam sein. Dies setzt voraus, dass es um einen Vertrag geht, K minderjährig ist, die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters erforderlich ist und es an dieser Einwilligung fehlt bzw. die Genehmigung verweigert wurde.

a) Vertrag

Der Kaufvertrag ist ein Vertrag i. S. d. § 108 Abs. 1 BGB.

b) Minderjährigkeit des K

K ist minderjährig, siehe oben.

c) Erforderlichkeit einer Einwilligung

Die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters müsste erforderlich und damit nach § 107 BGB der Kaufvertrag für K lediglich rechtlich vorteilhaft sein. Nach § 433 Abs. 2 BGB verpflichtet der Kaufvertrag K zur Zahlung des Kaufpreises. Damit ist er nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, so dass eine Einwilligung erforderlich ist.

d) Gesetzlicher Vertreter des K

Nach §§ 1629 Abs. 1 BGB vertreten Ks Eltern diesen gemeinschaftlich. Der Fahrradkauf gehört zur nach § 1629 Abs. 1 BGB davon erfassten Vermögenssorge.

e) Fehlende Einwilligung bzw. Verweigerung der Genehmigung

Die Eltern des K haben dem Kaufvertrag weder vorab noch nachträglich zugestimmt. Ebenso wenig ist eine Genehmigung für den Fall einer Aufforderung durch V (vgl. § 108 Abs. 2 BGB) zu erwarten. Damit fehlt es an einem die Leistung des V an K tragenden Grund.

Im Ergebnis erlangte K Besitz und Eigentum am Fahrrad rechtsgrundlos i. S. d. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB, so dass V von K danach Herausgabe des Fahrrads und Verschaffung des Eigentums hieran verlangen kann.

c) Erläuterungen

Hier findest Du einige Erläuterungen speziell zum Musterfall zu Abstraktion und Trennung. Beachte aber auch die **allgemeinen Hinweise** zur Anfertigung einer Klausur.

Sachverhalt

Im Fall heißt der **Käufer** nicht zufällig **Konrad** und der **Verkäufer** nicht grundlos **Veubel**, sondern passen diese Namen zu den Parteien eines Kaufvertrags.

Anspruchsgrundlagen

In einem Gutachten – als auch in einer Klausur – sind **sämtliche in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen** zu prüfen, hier also sowohl § 985 BGB als auch § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB, da V von K sein Fahrrad zurückverlangt, ohne dass die zu prüfende Anspruchsgrundlage weiter eingegrenzt würde.

Hier geht es um die **Rückabwicklung** des Kaufvertrags angesichts einer Störung (die Minderjährigkeit des K), also das „Zurück“. Damit passt § 433 BGB von vornherein nicht als Anspruchsgrundlage, wohl aber § 985 BGB und § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB.

Der Kaufvertrag sagt nichts zur Eigentumslage!

Nach § 433 BGB wird der Verkäufer **nur „verpflichtet“**, Eigentum zu übertragen. Daher wird der Kaufvertrag weder bei der Prüfung des § 985 BGB noch bei der des § 929 S. 1 BGB auch nur mit einem Wort erwähnt.

Jedes Rechtsgeschäft ist gesondert zu prüfen

Für jedes einzelne Rechtsgeschäft (Kaufvertrag nach § 433 BGB, Übereignung des Fahrrads nach § 929 S. 1 BGB) sind die Wirksamkeitsvoraussetzungen **gesondert** zu prüfen

Daher führt etwa § 108 Abs. 1 BGB bei der Übereignung des Fahrrads nicht zur Unwirksamkeit, **wohl aber beim Kaufvertrag**. Hier darfst Du also nicht einfach nach oben verweisen, die Prüfung ist vielmehr eine andere.

Dingliche Einigung gem. § 929 S. 1 BGB

Sprich bei § 929 S. 1 BGB ruhig von der „**dinglichen Einigung**“, da es

- dort so geschrieben steht und
- Du dem Korrektur (und Dir selbst!) damit gleich klarmachst, dass es hier um die Verfügung und nicht etwa den Kaufvertrag geht.

Gleichzeitig sollte Deine Lösung erkennen lassen, dass diese dingliche Einigung schlicht ein **Vertrag** (und damit ein Rechtsgeschäft) ist.

„etwas“ bei der Leistungskondition:

Achte bei § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB beim Tatbestandsmerkmal „etwas“ darauf, **was genau erlangt** wurde: nur Besitz am Fahrrad oder auch Eigentum? Das wiederum hängt hier im Fall von § 929 S. 1 BGB ab.

Sei bereits in der **Oberfrage** präzise, also wirf einleitend die Frage auf, dass K Besitz wie auch Eigentum erlangt haben könnte.

§ 1006 BGB

Die Eigentumsvermutung des § 1006 Abs. 1 BGB kannst Du immer dann verwenden, wenn der Sachverhalt **nicht klar erkennen lässt**, wer ursprünglich Eigentümer war. Falsch wäre es, diese Norm zu bemühen, wenn die anfängliche Eigentumslage feststeht.

7. Sinn und Zweck

Ausgangsfrage

Wer das erste Mal in seinem Leben davon hört, dass wir beim Einkauf im Supermarkt nicht etwa nur einen Vertrag abschließen, sondern **gleich drei Verträge**, reagiert überrascht. Was soll diese Trennung und Abstraktion von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft, wie sie das BGB so minutiös praktiziert? Konkret mag man sich etwa fragen:

- Warum diesen einheitlichen Lebenssachverhalt eines Einkaufs dermaßen künstlich auseinanderreißen?
- Sollte ein Eigentumsübergang nicht sehr wohl davon abhängen, ob der Kaufvertrag wirksam ist?

- Entfremden wir so das ohnehin schon sehr technische, verallgemeinernde und für Laien schwer verständliche Zivilrecht nicht noch weiter von der „Lebensrealität“? Müssen wir das als Studenten wirklich auch noch lernen?

Tatsächlich ist jedoch die Trennung und Abstraktion von Rechtsgeschäften, wie sie im BGB „lediglich“ **besonders klar und konsequent durchgeführt** wird, nicht nur wohlbegründet, sondern folgt einer bereits sehr lange andauernden, rechtspraktischen und -wissenschaftlichen Entwicklung.

Gestaltungsmöglichkeiten

Trennung und Abstraktion erleichtert **individuell zugeschnittene Rechtsgestaltungen** wie beispielsweise den Eigentumsvorbehalt (vgl. § 449 BGB) und die Sicherungsübereignung: Oft haben die Parteien etwa ein Interesse daran, zwar einen sofort einklagbaren Kaufvertrag abzuschließen, jedoch den Eigentumsübergang – etwa für Sicherungszwecke – hinauszuzögern.

Verringerung von Komplexität

Kleinere Tatbestände durch Entkoppelung

Trennung und Abstraktion **verringert die Komplexität** rechtlicher Prüfungen, etwa wenn für Ansprüche nur die Wirksamkeit eines Kaufvertrags oder nur die Wirksamkeit einer Übereignung und nicht der „gesamte Lebenssachverhalt“ zu prüfen ist. Der Tatbestand des § 433 BGB (Kaufvertrag) interessiert sich nicht dafür, was mit dem Eigentum passiert. Wir müssen also etwa nicht fragen, ob der Verkäufer überhaupt Eigentümer war. Genauso wenig müssen wir, wann immer uns nur die Eigentumslage interessiert, uns neben den Voraussetzungen des § 929 S. 1 BGB auch noch mit denen eines Kaufvertrags (und dem dazugehörigen Sachverhalt) beschäftigen.

Anders formuliert gestaltet das Bürgerliche Gesetzbuch die **Reichweite einzelner Rechtsgeschäfte geringer** aus, als es dem „natürlichen“ Verständnis eines Rechtsunkundigen entspricht. Es werden einzelne Regelungsbereiche voneinander **entkoppelt und gekapselt**, damit man nicht – zugespitzt formuliert – bei einer kleinen Rechtsfrage immer gleich das gesamte BGB durchprüfen muss, nur weil ja letztlich alles miteinander

zusammenhängt. Diese Technik zur **Verringerung von Komplexität** findet sich nicht nur im Recht, sondern in all jenen Lebensbereichen und Fachbereichen, die vor dieser Herausforderungen stehen.

Praktikabler Schnitt

Ausgerechnet **Verpflichtungsgeschäfte von Verfügungen** zu trennen und zu abstrahieren, wie es das BGB tut, ist schlicht **praktikabel**: Sollte etwa beim Kauf (§§ 433 ff. BGB) auch noch geregelt werden, wie im Einzelnen Eigentum übergehen kann – sei es nach § 929 S. 1 BGB, nach §§ 873 Abs. 1, 925 Abs. 1 BGB, nach §§ 946 ff. BGB (Vermischung etc.), durch Aneignung (§ 958 BGB) usw.? Und soll Ähnliches dann erneut beim Werkvertrag (§§ 631 ff. BGB) erfasst werden oder im Gesellschaftsrecht (vgl. etwa §§ 705 ff. BGB) für den Fall, dass ein Gesellschafter als seine Einlage Eigentum einbringt? Gerade weil es im Leben verschiedenste Gründe für die Übertragung oder Belastung von Rechten gibt, drängt es sich auf, etwa Verfügungen über Eigentum auszugliedern. Anders formuliert ist es kein Zufall, dass sich über viele Jahrhunderte hinweg nicht nur in Deutschland, sondern weltweit, das „Sachenrecht“ als eigenständige Kategorie herausbilden konnte.

Verallgemeinerung und Spezialisierung

Indem das BGB die Eigentumsübertragung für sämtliche Lebenssachverhalte, also gleichermaßen für Kauf, Werkvertrag, Gesellschaftsvertrag, Leasingvertrag mit Vorkaufsrecht usw. im Sachenrecht regelt, profitiert es von den generellen **Vorteilen einer Verallgemeinerung** im Recht, wie dies bereits zuvor anhand des Rechtsgeschäfts als Abstraktion beschrieben wurde: Praktiker oder Wissenschaftler mögen sich beruflich etwa allein auf Verfügungen wie die Eigentumsübertragung **spezialisieren**. Und wenn sich Recht nicht mit verschiedensten Untervarianten eines Eigentumsübergangs beschäftigen muss, kann es **schneller und umfangreicher praktische Erfahrung** (etwa anhand bereits entschiedener Fälle) sammeln.

Höhere Verkehrsfähigkeit von Gütern

Wer etwa Eigentum an einer beweglichen Sache übertragen bekommt, muss sich für das Eigentum keine Gedanken darüber machen, ob auch der zugrunde liegende Kaufvertrag wirksam ist. Das steigert die sogenannte **Verkehrsfähigkeit** und damit den Wert einzelner Güter, da der

Eigentumserwerb sicherer wird. Funktional überschneidet sich das Abstraktions- und Trennungsprinzip hier mit **Gutgläubensvorschriften**, wie sie das BGB vor allem für Verfügungen über Sachen (vgl. etwa §§ 932 ff., 892 f. BGB), weniger jedoch für Forderungen (vgl. §§ 398 ff. BGB), kennt.

V. Zustimmung, Einwilligung und Genehmigung

Zustimmung

Bisweilen ist ein Rechtsgeschäft **nur dann wirksam**, wenn noch eine weitere Person gem. § 182 BGB zustimmt. Diese **Zustimmung** ist ein einseitiges Rechtsgeschäft. Sie wird, falls vorherig, als **Einwilligung** (vgl. § 183 BGB) und ansonsten als **Genehmigung** bezeichnet (vgl. § 184 BGB).

Aha: Du musst Dir hier – von den grundlegenden Begrifflichkeiten abgesehen – wenig merken. Wohl aber solltest Du diese drei Begriffe (Zustimmung, Einwilligung und Genehmigung) **korrekt verwenden**. Gute Juristen sind präzise. Zudem solltest Du wissen, dass es die §§ 182 ff. BGB gibt.

Einwilligung (§ 183 BGB)

Die vorherige Zustimmung heißt **Einwilligung**, vgl. § 183 S. 1 BGB. Nach dieser Vorschrift ist sie bis zur Vornahme des Rechtsgeschäfts **widerruflich**. Dieser Widerruf ist seinerseits ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. Zum **Adressaten** siehe § 183 S. 2 BGB.

Aha: § 183 BGB verlängert also die bereits nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB bestehende Widerrufsspanne.

Genehmigung (§ 184)

Die nachträgliche Zustimmung heißt **Genehmigung**, vgl. § 184 Abs. 1 BGB. Nach dieser Vorschrift wirkt sie auf die Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück (also „**ex tunc**“). Doch gilt das gem. § 184 Abs. 2 BGB

nicht für vorherige Verfügungen über den **Gegenstand des genehmigten Rechtsgeschäfts**.

Vertiefung

Wirksamkeitsvoraussetzung für ein anderes Rechtsgeschäft

Die Zustimmung ist **Wirksamkeitsvoraussetzung** für ein empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, vgl. § 182 Abs. 1 BGB.

Einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft

Die Zustimmung gemäß §§ 182 ff. BGB ist **ihrerseits** ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. Sie bedarf **nicht** der für das zustimmungsbedürftige Rechtsgeschäft bestimmten Form, § 182 Abs. 2 BGB.

Aha: Eine ähnliche Bestimmung wie § 182 Abs. 2 BGB enthält § 167 Abs. 2 BGB für die Vollmacht. Das passt auch, bildet diese den **Spezialfall einer Einwilligung**.

Adressat

Die Zustimmung kann **wahlweise beiden** „Seiten“ des Rechtsgeschäfts gegenüber erklärt werden, vgl. § 182 Abs. 1 BGB. Bei einem Vertrag sind das die Vertragsparteien, bei einem einseitigen Rechtsgeschäft der Erklärende sowie der Adressat.

D. Vertrag

I. Begriff

Begriff

Der insbesondere in den §§ 145 ff. BGB erfasste „Vertrag“ ist jedes mehrseitige Rechtsgeschäft. Er verlangt daher mindestens zwei Willenserklärungen, kann ansonsten jedoch vielfältige Formen einnehmen.

→ Siehe auch zum Verhältnis von Rechtsgeschäft, Willenserklärung und Vertrag sowie zu dem von Versprechen und Vertrag.

Varianten

„Normalfall“

Klassisches Beispiel eines Vertrags ist der in den §§ 433 ff. BGB geregelte Kaufvertrag. Ihm begebenst Du daher in Lehrbüchern besonders oft.

Verpflichtungen und Verfügungen

Doch findest Du Verträge nicht nur bei solchen Verpflichtungsgeschäften, sondern auch bei **Verfügungen**. So ist etwa die dingliche Einigung nach § 929 S. 1 BGB ein Vertrag – und zwar mit dem Inhalt, dass Eigentum übergehen soll. Auch der Erlass ist Vertrag, vgl. § 397 BGB.

Anzahl der Willenserklärungen

Die meisten Verträge setzen sich aus **zwei** Willenserklärungen, dann Angebot (bzw. Antrag) und Annahme genannt, zusammen. Hierzu gehören etwa Kauf (§§ 433 ff. BGB), Werkvertrag (§§ 631 ff. BGB), Dienstvertrag (§§ 611 ff. BGB), Übereignung (§§ 929 S. 1 BGB, 873 Abs. 1 BGB), Abtretung (§§ 397 ff. BGB) u. v. m.

Ein **einseitiges Versprechen** erfasst das BGB nicht übergreifend, kennt aber einseitige Rechtsgeschäfte wie z. B. die Auslobung (§ 657 BGB).

Manche Verträge gehen darüber jedoch hinaus. Gesellschaften wie die BGB-Gesellschaft (§§ 705 ff. BGB), die OHG (§§ 105 ff. HGB) oder eine

GmbH (vgl. nur § 1 GmbHG) werden oft von **mehr als nur zwei Personen** gegründet.

Gegenseitigkeit

Bei gegenseitigen Verträgen sind Leistung und Gegenleistung getreu den §§ 320 ff. BGB (Buch 2 Abschnitt 3 Titel 2) stark **miteinander verknüpft**. Gegenbeispiele bilden die Schenkung (§§ 516 ff. BGB), der Auftrag (§§ 662 ff.), die Verwahrung (§§ 688 ff.) oder der Erlassvertrag (§ 397 BGB).

Erfüllung versus Vertrag

Die Erfüllung gem. §§ 362 ff. BGB ist nach überwiegender Ansicht **kein Vertrag** oder auch nur Rechtsgeschäft, sondern eine gesetzlich eintretende Rechtsfolge. Diese Erfüllung kann allerdings durch Verträge wie etwa eine Übereignung gem. § 929 S. 1 BGB eintreten, wenn gerade diese die geschuldete Leistung durch den Eigentumsübergang „bewirkt“.

Vertragsschluss

Der Vertragsschluss unterliegt zahlreichen Voraussetzungen, darunter:

- **Zustandekommen:** §§ 145 ff. BGB
- **Irrtümer:** §§ 118 ff. BGB
- **Formvorgaben:** §§ 105 ff. BGB
- **Geschäftsfähigkeit:** §§ 104 ff. BGB
- **Stellvertretung:** §§ 164 ff. BGB

Vertrag als Schuldverhältnis

Zur **Begründung** eines „Schuldverhältnisses“ gem. § 241 BGB ist nach § 311 Abs. 1 BGB regelmäßig ein Vertrag erforderlich.

II. Versprechen versus Vertrag

Grundsatz

Im BGB **verzichtete der Gesetzgeber** bewusst (und gegen einigen Widerstand) darauf, dem Vertrag noch ein **einseitiges Versprechen** gegenüberzustellen. Unser Zivilrecht gestaltet sogar die Schenkung (§§ 516 ff. BGB), den Erlass (§ 397 BGB), die Schuldübernahme (§§ 414 ff. BGB) oder die Bürgschaft (§§ 765 ff. BGB) – obwohl nur einseitig belastend – als Vertrag aus, verlangt also mindestens zwei übereinstimmende Willenserklärungen.

Ausnahmen und Zweifel

Zwingend ist diese Beschränkung auf den Vertrag allerdings nicht, wie allein die Existenz der Auslobung (§§ 657 ff. BGB), des Testaments (§§ 2064 ff. BGB) oder die Ausstellung einer Urkunde beweisen. In diesen Fällen war es dem BGB-Gesetzgeber praktisch schlicht nicht möglich, am Vertragserfordernis festzuhalten. Zudem kannte nicht nur bereits das **germanische Recht** ein einseitiges Versprechen, sondern es findet sich bis heute auch in diversen **anderen Rechtsordnungen** oder auch von jeher in **philosophischen Diskussionen**.

§ 3 Fremde Rechtsetzung

A. Grundlagen

I. Vertragliche Kompetenzverteilung

Fremde (heteronome) Rechtsetzung

Als **fremde bzw. heteronome Rechtsetzung** bezeichnet man solche Vertragsinhalte, die nicht von den Parteien selbst (Privatautonomie), sondern von anderen Personen oder Institutionen beeinflusst werden. Das mögen insbesondere staatliche Stellen wie der Gesetzgeber oder ein Gericht, aber auch Stellvertreter oder ganze Verkehrskreise sein.

Vertragliche Kompetenzverteilung

Zwar lässt das individualistisch-liberale Vertragsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs den Einzelnen selbst über seine rechtsgeschäftliche Bindung entscheiden. Doch gehört diese Privatautonomie zu einer **ausgeklügelten Kompetenzverteilung**: Tatsächlich entscheiden noch zahlreiche andere Personen, Gruppen oder Institutionen über das Ob und den Inhalt eines Rechtsgeschäfts. Die meisten Vertragsinhalte werden von Fremden, also „**heteronom**“, gesetzt. Dabei lässt sich wiederum zwischen zwingenden und dispositiven Inhalten unterscheiden.

Akteure

Insbesondere der Staat – etwa der Gesetzgeber oder ein Gericht – spricht bei Rechtsgeschäften ein gewichtiges Wörtchen mit. Siehe dazu näher beim zwingenden sowie dispositiven Recht. Diese **massive staatliche Einflussnahme** auf sämtliche Rechtsgeschäfte ist nicht etwa ein Fremdkörper oder eine merkwürdige Anomalie im Vertragsrecht,

sondern gehört zumindest so lange zur geltenden, individualistisch-liberalen Vertragsordnung des BGB, wie sie sich an den Parteiinteressen ausrichtet.

Aber auch ganze **Verkehrskreise** beeinflussen insbesondere über Sitte, Übung und Brauch, wozu die Parteien letztlich verpflichtet sind: Das gilt etwa für die „Vertragsauslegung“ gem. § 157 BGB („Verkehrssitte“) oder das, was wir nach § 434 Abs. 3 S. 1 BGB als die „übliche“ oder „gewöhnliche“ Beschaffenheit einer Sache ansehen.

Genauso berücksichtigen wir nach dieser Vorschrift die Werbung eines **Herstellers** („anderen Glied der Vertragskette“) und damit nochmals einer anderen Person. Schließlich erlaubt es die **Stellvertretung** gem. §§ 164 ff. BGB, dass nicht der Vertretene über seine eigene, sondern sein Stellvertreter über eine fremde Bindung bestimmt.

Vertragstheoretische Erfassung

Klassische vertragstheoretische Ansätze scheitern daran, diese Realität einer ausgeklügelten vertraglichen Kompetenzverteilung zu erfassen. Denn nach gängiger, wenngleich illusorischer Vorstellung sind es **allein die Parteien**, die im kurzen Augenblick des Vertragsschlusses über sämtliche Vertragsinhalte entscheiden – sei es über ihren Willen (Willenstheorie) oder ihre Erklärung (Erklärungstheorie). Demgegenüber gelten nicht nur zwingende, sondern auch dispositive Vorschriften unabhängig davon, ob die Parteien hieran dachten oder sich dazu erklärten. Diese Unabhängigkeit ist geradezu Sinn und Zweck.

Stellt man hingegen mit der Grundfolgentheorie oder mit dem von mir vertretenen Rechtfertigungsprinzip auf die **Parteiinteressen** ab, lässt sich die vielschichtige rechtsgeschäftliche Kompetenzverteilung (wie auch die vom Recht verlangte Entscheidungsqualität) daran ausrichten. So erklärt sich dann, wann und warum das BGB mal die Parteien und mal andere Personen entscheiden lässt. Eingehend dazu bei den jeweiligen Vertragstheorien.

Essentialia, naturalia und accidentalia negotii

Eine **Kategorisierung verschiedener Inhalte eines Rechtsgeschäfts** liefert die traditionsreiche (römischrechtlich-aristotelisch-thomistische geprägte), allerdings nicht ins BGB aufgenommene Unter-

scheidung von **essentialia** (notwendiger Bestandteil einer rechtsgeschäftlichen Regelung), **naturalia** (ergänzende Regelungen der Rechtsordnung) und **accidentalia** (die gesetzliche Regelung abändernd) **negotii**.

Ihr Vorteil liegt vor allem darin, die Existenz zahlreicher nicht privatautonom gesetzter Vertragsinhalte **offen auszusprechen** und so überhaupt das Problem zu formulieren und zu einer Lösung aufzufordern. Demgegenüber liefern diese Begriffe **keine Kriterien** für das Ob bzw. den Inhalt einzelner Eigenschaften des Rechtsgeschäfts.

Dabei lässt sich nicht einmal für die **essentialia** behaupten, dass diese durchweg erklärt oder gewollt sein müssten. Beim Preis ist das besonders deutlich (vgl. §§ 612, 632, 653 BGB), doch auch die geschuldete Leistung wird maßgeblich heteronom bestimmt

II. Zwingendes Recht

Begriff

Zwingendes Recht wird nicht von den Parteien selbst (autonom), sondern von **fremden Personen** (heteronom) gesetzt. Anders als dispositives Recht können es die Parteien nicht für unwirksam erklären, es ist also **unabdingbar**. Als **halbzwingend** bezeichnet man Normen, von denen nur zu Gunsten einer Seite (etwa des Arbeitnehmers oder Verbrauchers) abgewichen werden kann. Ob eine Vorschrift dispositiv oder zwingend sein soll, wird teils **ausdrücklich angeordnet** und ist ansonsten durch **Auslegung** zu ermitteln.

Rechtsetzer

Bei zwingendem Recht ist es meistens der **Staat**, der so die Rechtsgeschäfte – insbesondere über Gesetze und Gerichte – beeinflusst. Doch kennt die ausgeklügelte Kompetenzverteilung des Vertragsrechts **auch andere** ein Rechtsgeschäft beeinflussende Personen bzw. Institutionen: So entscheiden etwa ganze Verkehrskreise darüber, was als „gewöhnliche“ oder „übliche“ Beschaffenheit gem. § 434 Abs. 3 S. 1 BGB gilt und beim Verbrauchsgüterkauf nach § 476 Abs. 1 S. 1 BGB halbzwingend ist.

Sinn und Zweck

Parteiinteressen

Meistens dient zwingendes Vertragsrecht dazu, die **Parteiinteressen** zu verwirklichen, nämlich dafür zu sorgen, dass sich die Parteien nicht durch das Rechtsgeschäft verschlechtern. Hier versagt also die Privatautonomie, sei es, dass keine hinreichende **Entscheidungsqualität** gesichert ist, oder es wie bei der Drohung oder der Ausbeutung eine bestimmte **Situation** ist, die keine interessengerechte Willenserklärung erwarten lässt. Auch die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen gem. §§ 305 ff. BGB gehört hierhin.

Kollektive Anliegen

Daneben verfolgt der Staat **kollektive Anliegen**, die er zwingend, nämlich gegebenenfalls gegen diese Parteiinteressen durchsetzt. Hierzu zählen oft die Sittenwidrigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB sowie die „mittelbare Drittwirkung“ von Grundrechten.

Beispiele und Ausblick

Die Rechtsrealität kennt zahllose unabdingbare Vorgaben für Rechtsgeschäfte. Das reicht von umfassenden, (halb-)zwingend ausgestalteten **Spezialmaterien** wie dem Arbeits-, Versicherungs-, Bank- oder Gesundheitsrecht über diverse verbraucherschützende Vorschriften, vgl. etwa §§ 312 ff., 474 ff. BGB.

Daneben unterziehen die §§ 305 ff. BGB die in Praxis weithin dominierenden **Allgemeinen Geschäftsbedingungen**, einer umfassenden Inhaltskontrolle, genauso wie das Zivilrecht die Parteien im Sachen-, Gesellschafts-, Familien- oder Erbrecht einem starren **Typenzwang** unterwirft. Insbesondere für das Arbeitsrecht gelten **Diskriminierungsverbote**, vgl. §§ 1 ff., 31 AGG.

Das BGB AT ordnet die Nichtigkeit **sittenwidriger** (§ 138 BGB) bzw. gegen „**Verbotsgesetze**“ verstoßender Rechtsgeschäfte (§ 134 BGB) an. Aber auch die **Drohungsanfechtung** gem. § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB adressiert missbilligte Inhalte eines Rechtsgeschäfts.

Insbesondere bei öffentlichen Angeboten findet sich oft gar ein **Kontrahierungszwang**. Siehe daneben zur „**mittelbaren**

Drittwirkung“ von Grundrechten sowie zu **Missbrauch und Umgehung** zwingender Vorschriften.

III. Dispositives Recht

Begriff

Dispositives Recht wird nicht von den Parteien selbst (autonom), sondern von **fremden Personen** (heteronom) gesetzt. Anders als bei zwingendem Recht können die Parteien davon abweichen, wenn sie das möchten. Dispositives Recht ist **abdingbar**. Ob eine Vorschrift dispositiv oder zwingend sein soll, wird teils **ausdrücklich angeordnet** und ist ansonsten durch **Auslegung** zu ermitteln.

Sinn und Zweck

Dispositives Recht soll uns Parteien das **Leben erleichtern**: Wer beim Einkauf im Supermarkt „mal eben schnell“ eine Banane kauft, möchte nicht die nächste halbe Stunde damit verbringen, um mit der Kassiererin sämtliche Details möglicher Leistungsstörungen auszuhandeln. Der Staat nimmt ihm diese Mühe ab, indem er in den §§ 434 ff. BGB solche Regeln bereitstellt, die sich typischerweise als interessengerecht erwiesen haben. Wenn den Parteien das nicht gefällt, können sie **gerne davon abweichen**.

Daneben liefert das dispositive Recht eine gewisse **Orientierung** dafür, was der Staat typischerweise als interessengerecht ansieht. Das kann dann etwa bei der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB hilfreich sein.

Rechtsetzer

Dispositives Recht wird **oft vom Staat** – insbesondere über Gesetze und Gerichte – gesetzt. Hierzu gehören nicht nur die meisten Regeln des BGB zu den einzelnen Schuldverhältnissen, sondern auch zahllose andere Vorschriften aus allen möglichen Bereichen des Zivilrechts. So bestimmen z. B. die §§ 434 ff. BGB für den Kaufvertrag, wie mit diversen Leistungsstörungen umzugehen ist.

Doch kennt die ausgeklügelte Kompetenzverteilung des Vertragsrechts **auch andere** ein Rechtsgeschäft beeinflussende **Personen bzw. Institutionen**. Bei der Auslegung von Willenserklärungen gem. §§ 133, 157 BGB etwa stellen wir auf das übliche Sprachverständnis ab, näher dazu bei der Auslegung als fremde Rechtsetzung. Im bereits erwähnten Gewährleistungsrecht entscheiden ganze Verkehrskreise darüber, was als „gewöhnliche“ oder „übliche“ Beschaffenheit gemäß § 434 Abs. 3 S. 1 BGB gilt.

B. Staat

I. Verbotsgesetze (§ 134 BGB)

Begriff

Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB ist jede Rechtsnorm (vgl. Art. 2 EGBGB), die bei ihrer Missachtung zur Nichtigkeit des hiergegen verstoßenden Rechtsgeschäfts führt. Das wiederum ist nach den **allgemeinen Grundsätzen der Gesetzesauslegung** (Wortlaut, Systematik, Sinn und Zweck etc.) zu ermitteln.

„Verbotsgesetz“

„Gesetz“

Das Einfache vorab: „Gesetz“ i. S. d. § 134 BGB ist **jede „Rechtsnorm“**. Das verrät uns Art. 2 EGBGB. Aus welchem Rechtsgebiet (Privatrecht, Strafrecht, öffentliches Recht) sie stammt, ist gleichgültig.

Aha: Für ein leicht verdientes Häkchen solltest Du diese Vorschrift (genauso wie etwa bei § 823 Abs. 2 BGB) in einer Klausur **erwähnen**.

„Verbots-“

- Nichtigkeit nur bei „Verbotsgesetzen“

§ 134 BGB lässt nicht jeglichen Gesetzesverstoß für eine Nichtigkeit genügen, sondern verlangt ein „**Verbotsgesetz**“. Was genau das ist, verrät das BGB allerdings nicht, Du musst Du diese Nichtigkeitswirkung in einer Klausur erörtern.

- Auslegungsfrage

Es ist gar nicht so leicht, tragfähige, überzeugende oder gar eindeutige Argumente dafür zu finden, ob ein Verbotsgesetz vorliegt.

Nach richtiger Ansicht ist das nicht allein einer Auslegung des § 134 BGB oder eigenständigen privatrechtlichen Wertungen zu entnehmen. Vielmehr musst Du das von den Parteien missachtete **Gesetz auslegen** und Dich damit etwa an dessen Wortlaut, Systematik, Historie oder (am häufigsten hilfreich) Sinn und Zweck orientieren.

Aha: Frage Dich insbesondere, ob es für die Verwirklichung des missachteten Gesetzes und der damit verfolgten Anliegen **hilfreich oder gar notwendig** ist, auch die Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte anzuordnen.

Einen gewissen Anhaltspunkt kann die **Schwere des verbotenen Verhaltens** liefern. Denn umso eher mag dem Gesetzgeber daran gelegen sein, dieses auch durch die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts zu „torpedieren“.

Beispiele

- Ladenschlussgesetz

Das Ladenschlussgesetz des Bundeslands X verbietet es, nach 20:00 Uhr Waren an Verbraucher zu verkaufen. Da Stammkunde M jedoch einen guten Draht zu Ladeninhaber L hat, verkauft ihm dieser noch um 20:15 Uhr eine Flasche Rotwein.

Der Verstoß gegen das Ladenschlussgesetz dient in Lehrbüchern als klassisches Beispiel eines **Nicht-Verbotsgesetzes**. Der Weinkauf soll also wirksam sein.

Sachlich lässt sich hier argumentieren, dass das Ladenschlussgesetz vor allem den **Verkäufer ansprechen** will. Deshalb sollte auch nur dieser – etwa durch dort vorgesehene Bußgelder – betroffen sein. Die Privatleute spüren nach dieser Sicht lediglich die Auswirkungen. Gegen den Verkauf von Rotwein „an sich“ hat der Gesetzgeber jedenfalls nichts.

- Schwarzarbeit

Unternehmer U und Maurer M haben es nicht so mit der Steuer. Daher „verzichtet U auf eine Rechnung“.

Dass U auf eine Rechnung „verzichtet“, ist bei lebensnaher Sachverhaltsinterpretation so zu verstehen, dass er für dieses Geschäft keine Steuern zahlen will. Das wiederum verstößt gegen das **Schwarzarbeitsgesetz** (SchwarzArbG).

Gegen eine Einordnung als Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB spricht, dass der Staat **nicht die geschuldete Tätigkeit** (Werkleistung gem. § 631 Abs. 1 Alt. 1 BGB), sondern allein eine damit verbundene Steuerhinterziehung missbilligt.

Dass die Rechtsprechung hier dennoch § 134 BGB anwendet, lässt sich damit begründen, dass die mit der Nichtigkeitsfolge verbundene **Unsicherheit** bei der Durchführung wie Rückabwicklung solcher Schwarzarbeit **abschreckend wirkt**.

- Auftragsmord

Der eifersüchtige E beauftragt Mörder M mit dem Mord seines Nebenbuhlers X.

Auftragsmorde verstoßen gegen §§ 211, 26 StGB. Zwar dürfte eine Nichtigkeit solcher „Aufträge“ (Werkvertrag gem. § 631 BGB) anders als etwa bei der Schwarzarbeit **kein vordringliches gesetzgeberisches Anliegen** sein. Denn angesichts der Strafbarkeit klagen Auftragsmörder nur selten ihren Werklohn oder deren Auftragsmörder eine vertragsgemäße Leistung ein.

Doch mag der Mörder etwa sterben und mögen nunmehr Vergütungsansprüche eines **Erben** (vgl. § 1922 Abs. 1 BGB) als nichtig auszuschließen sein.

Aha: Allerdings würden diese Erben nach § 1922 Abs. 1 BGB auch in die Pflichten des Mörders, und damit etwa dessen Schadensersatzverpflichtungen, eintreten.

Angesichts der **Schwere des Vergehens** liegt es zudem nahe, dessen Missbilligkeit auch mittels der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts auszusprechen.

Zudem vereitelt eine Nichtigkeit hier auch nicht gesellschaftlich erwünschte Aktivitäten. Denn Auftragsmorden lässt sich – anders als etwa der Schwarzarbeit oder dem Warenverkauf nach Ladenschluss – **kein sozialer Nutzen** entnehmen.

Aha: Neben § 134 BGB ist ein Auftragsmord ersichtlich auch sittenwidrig gem. § 138 BGB.

Klausur

- Abstraktions- und Trennungsprinzip

Beachte einmal mehr das Abstraktions- und Trennungsprinzip. Ob das Gesetz auch oder nur das Erfüllungsgeschäft erfassen will, ist wiederum durch Auslegung dieses Gesetzes zu ermitteln.

- Roter Faden

Praktisch fällt es nicht immer leicht zu beantworten, ob eine gesetzliche Vorschrift Verbotsgesetz gem. § 134 BGB ist. Orientiere Dich hier am „roten Faden“ der Klausur.

- Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht

Bei einer Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts fehlt es am rechtlichen Grund gem. § 812 Abs. 1 Alt. 1 BGB. Allerdings kann zusätzlich die weitere Anspruchsgrundlage des § 817 S. 1 Alt. 1 BGB greifen. § 817 S. 2 BGB ist grundsätzlich auf beide Anspruchsgrundlagen anwendbar, mag hier allerdings nach § 242 BGB auszuschließen sein. Näher dazu im Bereicherungsrecht.

Aha: Der „Schwarzarbeiterfall“ und vergleichbare Konstellationen sind in fortgeschrittenen Klausuren **beliebt**, da sich nicht nur das Problem des § 134 BGB, sondern auch das des § 817 BGB, stellt.

II. Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB)

1. Grundlagen

Begriff

§ 138 Abs. 1 BGB erklärt Rechtsgeschäfte, die gegen die **guten Sitten** verstoßen, für nichtig. Hierunter fällt es nach § 138 Abs. 2 BGB insbesondere, wenn die situativ-persönlichen Umstände eine Fehlentscheidung nahelegen (sog. **Umstandsmoment**) sowie Leistung und

Gegenleistung auffällig voneinander abweichen (sog. **Inhaltsmoment**). § 138 BGB ist zwingendes Recht.

Grundidee

Grundsätzlich überlässt es das BGB den **Parteien selbst**, über Ob und Inhalt ihrer Bindung zu entscheiden (Privatautonomie). Bisweilen steht es allerdings zu befürchten, dass zumindest **eine Partei darin scheitert**, ihre eigenen Interessen erfolgreich zu verwirklichen. So mag etwa ihre Entscheidungsqualität beeinträchtigt sein oder eine Zwangslage vorliegen. Die zwingende Generalklausel des § 138 BGB dient zudem als „Einbruchstelle“ für verfassungsrechtliche Wertungen (sog. **mittelbare Drittwirkung**).

Tatbestand

Gute Sitten (§ 138 Abs. 1 BGB)

§ 138 Abs. 1 BGB verweist auf die „guten Sitten“. Diese Generalklausel versucht man mit dem wiederum unbestimmten Rechtsbegriff des **Anstandsgefühls aller billig und gerecht Denkenden** zu konkretisieren.

Wichtig ist § 138 Abs. 1 BGB vor allem dort, wo es weniger um die Interessen der Parteien selbst als vielmehr **kollektive Anliegen** der Rechtsordnung geht. Das mag den Organhandel oder Verhütungsverträge (BGHZ 97, 372 = NJW 1986, 2034: „Pillenfall“) betreffen. **Prostitution** ist mittlerweile im ProstG spezialgesetzlich geregelt. Generell werden, wenn uns ein Vertragsinhalt problematisch erscheint, oft Verbotsgesetze gem. § 134 BGB einschlägig sein.

Inhalts- und Umstandsmoment (§ 138 Abs. 2 BGB)

§ 138 Abs. 2 BGB konkretisiert Abs. 1 dahingehend, dass ein Rechtsgeschäft **insbesondere** (aber nicht nur!) dann sittenwidrig ist, wenn zwei Voraussetzungen zusammenkommen:

- Umstandsmoment

Einerseits verlangt Abs. 2 mit der „Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche“ ein sogenanntes **Umstandsmoment**. Überwiegend ist damit die Entscheidungsqualität angesprochen.

- Inhaltsmoment

Zusätzlich müssen Leistung und Gegenleistung in einem **auffälligen Missverhältnis** stehen, weshalb die amtliche Überschrift auch vom Wucher spricht. Zudem erfordert bereits das zuvor erwähnte Merkmal der Ausbeutung einer Zwangslage die inhaltliche Bewertung des Rechtsgeschäfts. Wann genau ein solches Missverhältnis vorliegt, lässt sich vertragstheoretisch nur schwer beantworten, näher dazu bei der **„Ausbeutung“**.

Rechtsfolge

Mit der Formulierung **„versprechen oder gewähren lässt“** erfasst § 138 Abs. 2 BGB ausdrücklich sowohl das Verpflichtungsgeschäft als auch die Verfügung. Insofern wird das Abstraktions- und Trennungsprinzip hier also „durchbrochen“.

Klausur

§ 138 BGB ist eine **Einwendung** gegen die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts. Da Abs. 2 einen **Spezialfall** sittenwidriger Rechtsgeschäfte beschreibt, ist er vorrangig zu prüfen. Achte in der Klausur darauf, nach Umstandsmoment und Inhaltsmoment zu **untergliedern**. Oft mag zudem ein **Verbotsgesetz** gem. § 134 BGB vorliegen, diese weitere Einwendung musst Du dann in Deinem Gutachten zusätzlich prüfen.

Hintergrund

Eigentlich wollte der BGB-Gesetzgeber jegliche Prüfung einer inhaltlichen Angemessenheit von Rechtsgeschäften vermeiden und insbesondere auf das römisch-rechtliche Institut der **laesio enormis** verzichten. Solche Inhaltskontrolle widersprach der das BGB prägenden **Privatautonomie**, wonach allein die Parteien darüber entscheiden, welcher Inhalt richtig oder falsch ist. Das Äquivalenzprinzip lehnte man ab. Dass das Vertragsrecht nicht nur von jeher auf die Entscheidungsqualität achtet und eine ausgeklügelte vertragliche Kompetenzverteilung kennt, sah man noch nicht klar.

Wie so oft entwickelten die Gerichte angesichts praktischer Erfahrungen doch wieder ihren eigenen Willen: So griff etwa der Bundesgerichtshof im Jahr 1951 (BGH NJW 1951, 397) die Rechtsprechung des Reichsgerichts

auf, wonach § 138 Abs. 1 BGB auch dann greifen kann, wenn ein **auffälliges Missverhältnis** von Leistung und Gegenleistung vorliegt und sich der Begünstigte **grob-fahrlässig der Erkenntnis verschließt**, dass sich der andere aus einer misslichen Lage heraus auf die schweren Bedingungen einlässt. Damit war die *laesio enormis* faktisch wieder eingeführt.

2. Ausbeutung

Begriff

Zu geringe Verbesserung

§ 138 Abs. 2 BGB erklärt eine „**Ausbeutung**“ für sittenwidrig und stellt dabei auf das auffällige Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung und damit den Inhalt ab. Dabei verbessert sich der Betroffene zwar noch durch das Rechtsgeschäft (sonst: Drohung), das aber zu wenig. Anders formuliert beansprucht der Ausbeutende von der gemeinsamen Wertschöpfung **zu viel für sich**.

Abgrenzung: Drohung

Schwierig erscheint die **Abgrenzung** der Ausbeutung von der Drohung (§ 123 Abs. 1 Alt. 2 BGB). Wichtig ist das wegen der verschiedenen Rechtsfolgen. Die **Rechtsprechung** verweist hier wenig handfest darauf, dass bei § 138 BGB „besondere Umstände“ hinzutreten müssten, die das Geschäft „seinem Gesamtcharakter nach“ sittenwidrig erscheinen lassen.

Leichter zu handhaben und sachlich überzeugender ist es hier zu fragen, ob sich das Opfer durch das Rechtsgeschäft verschlechtert (dann Drohung) oder **zwar noch verbessert**, das jedoch **zu wenig** (dann Ausbeutung). Siehe dazu auch bei der Vertiefung zur Drohung.

Illustration

Grundfall

Bsp.: Retter R macht einen kleinen Waldspaziergang, als er bemerkt, wie Millionär M gerade im Morast versinkt. Großzügig bietet R an, M für eine Million Euro die rettende Hand hinzuhalten. M willigt notgedrungen ein.

Hier **verbessert sich M**, und das vielleicht sogar stärker als R. Schließlich kann M weiterleben, während R „nur“ eine Million Euro verdient. Dennoch **missbilligen** wir diesen Austausch und erklären das Rechtsgeschäft gem. § 138 Abs. 2 BGB für nichtig. Eine unterlassene Hilfeleistung ist gar nach § 323c StGB strafbar. Dabei handelt M **rational wie informiert**, es geht also nicht um ein Problem der Entscheidungsqualität.

Tipp: Achte in einer Klausur wie immer darauf, ob der **Sachverhalt konkrete Hinweise** enthält, die Du für Deine Argumentation ausschlichten kannst. Ein gutes Beispiel liefert der Bürgschaftsfall. Auch § 138 Abs. 2 BGB nennt verdächtige Situationen.

Tipp: Daneben kannst Du bei der inhaltlichen Bewertung möglicher Ausbeutungsfälle auf Dein **Bauchgefühl** achten. Interessanterweise erspüren wir Menschen es recht gut, wann wir einen Austausch als unfair empfinden, selbst wenn es Wissenschaftlern bis heute schwer fällt, dieses Ergebnis vertragstheoretisch sauber zu begründen.

Nothilfe

Weder eine Ausbeutung noch eine Drohung liegen vor, wenn zwar situativ eine **Notlage** vorliegt, der daran schuldlose Vertragspartner diese jedoch **inhaltlich nicht ausnutzt**:

Bsp.: Bank B gewährt ihrem Kunden K ein Darlehen in voller Kenntnis dessen, dass K damit eine Lösegeldforderung des Entführers E begleichen will.

Von solcher nicht zu beanstandender Nothilfe sind jene Fälle zu unterscheiden, in denen der Dritte die Notlage des Bedrohten ausnutzt, **um sich zu bereichern**. Hier liegt zwar keine Drohung vor, da sich der Bedrohte durch das Rechtsgeschäft zumindest marginal verbessert, wohl aber eine Ausbeutung gemäß § 138 Abs. 2 BGB.

Bsp.: Bank B gewährt ihrem Kunden K ein Darlehen in voller Kenntnis dessen, dass K damit eine Lösegeldforderung von Entführer E begleichen will. Angesichts dessen Notlage (K muss sofort handeln) verlangt sie allerdings das Doppelte der marktüblichen Zinsen.

Rechtliche Ausgangslage

Wie bereits bei der Vertiefung zur Drohung illustriert, bildet die **jeweils vorgefundene rechtliche Ausgangslage** die notwendige Basis um zu

beurteilen, inwieweit sich die Parteien jeweils verbessern oder verschlechtern.

3. Bürgschaftsfall

Sachverhalt

S steckt in Geldnöten wegen seiner Firma. Bank B will ihm das Darlehen von 200.000 € jedoch nur gewähren, wenn er einen Bürgen stellt. Dies sei ja nur eine Formalität und könne durch seine Ehefrau E erfolgen. Diese ist Hausfrau und verfügt über kein eigenes Einkommen oder Vermögen. Aus Liebe zu ihrem Mann unterschreibt sie. Später scheitert nicht nur die Firma des S, sondern auch die Ehe.

Kann B von E 200.000 € verlangen?

Gliederung

B gegen E, 200.000 €, § 765 Abs. 1 BGB

B könnte gegen E einen Anspruch auf Zahlung von 200.000 € aus § 765 Abs. 1 BGB haben. Dies setzt voraus, dass B und E einen Bürgschaftsvertrag geschlossen haben und dieser weder nach § 125 S. 1 BGB noch nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist noch E angesichts eines Schadensersatzanspruchs aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 249 ff. BGB eine dolo agit-Einrede aus § 242 BGB zusteht.

A. Bürgschaftsvertrag gem. § 765 Abs. 1 BGB

B und E haben sich auf eine Bürgschaft zu Gunsten des S über 200.000 € geeinigt. Die wesentlichen Vertragsbestandteile stehen fest, ein Rechtsbindungswille (vgl. § 145 BGB) ist schon angesichts der Bedeutung dieses Rechtsgeschäfts anzunehmen.

B. Nichtigkeit gem. § 125 S. 1 BGB

Die nach § 766 S. 1 BGB vorgeschriebene Schriftform wurde eingehalten, weshalb der Vertrag nicht nach § 125 S. 1 BGB nichtig ist.

C. Nichtigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB

I. Abs. 1 versus Abs. 2?

Die Bürgschaft könnte jedoch nach § 138 BGB nichtig sein. Hierzu müsste sie sittenwidrig sein, also dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widersprechen. Das ist nach § 138 Abs. 2 BGB insbesondere dann zu bejahen, wenn neben ein **auffälliges Missverhältnis** von Leistung und Gegenleistung (Inhaltsmoment) ein in Abs. 2 näher beschriebenes, **situatives Element** (Umstandsmoment) hinzutritt.

Da die Bürgschaft selbst **keine Gegenleistung** erfordert (vgl. § 765 Abs. 1 BGB) und E unentgeltlich, nämlich aus Liebe zu ihrem Mann handelt, lässt sich ein auffälliges Missverhältnis nur schwer feststellen. Doch bleibt dann der allgemeinere Tatbestand des § 138 Abs. 1 BGB zu prüfen.

II. Vertragsfreiheit

Gegen die Sittenwidrigkeit der Bürgschaft spricht, dass es ausweislich der im BGB verankerten Vertragsfreiheit und Privatautonomie die **Parteien selbst** sein sollen, die über Ob und Inhalt ihrer vertraglichen Bindung entscheiden. Das gilt auch für riskante Rechtsgeschäfte. E ist volljährig und weiß, was sie unterschreibt.

III. Strukturelles Ungleichgewicht

Keine belastbaren Argumente oder sonst hilfreichen Einsichten liefert der vom Bundesverfassungsgericht beigezeichnete Begriff des **strukturellen Ungleichgewichts**. Zwar ist § 138 BGB eine klassische Einbruchsstelle für verfassungsrechtliche Wertungen über die sogenannte mittelbare Drittwirkung. Doch ist weder klar, was mit „strukturell“ gemeint und warum es relevant sein soll, noch eignet sich der unpräzise Hinweis auf ein Ungleichgewicht dazu, die nach § 138 BGB einschlägigen Fälle zu identifizieren.

IV. Vorhandener Schutz

1. § 766 BGB

Zudem wird E bereits durch die Formvorschrift des § 766 BGB geschützt. Das verdeutlicht, dass sich der Gesetzgeber zwar der Gefahren einer Bürgschaft bewusst war, zum Schutz des Bürgen aber die **Schriftform** als ausreichend ansah.

2. Jenseits des BGB

So bedauerlich es ist, wenn sich Menschen durch unüberlegte Rechtsgeschäfte verschulden, lässt unser Zivilrecht das geschehen. Das in Deutschland sogar verfassungsrechtlich (vgl. Art. 1, 2 Abs. 1 GG) abgesicherte **Existenzminimum** gewährleistet unsere Rechtsordnung durch andere Instrumente.

Dem dienen insbesondere das **Sozialrecht** (Sozialhilfe etc.), **öffentliche Güter** (Schule, Infrastruktur, Polizei, Landesverteidigung etc.), **Pfändungsfreigrenzen** (vgl. etwa §§ 850 ff. ZPO) und die Möglichkeit einer **Restschuldbefreiung** in der Insolvenz (§§ 286 ff. ZPO).

V. Parteiinteressen

1. Legitime Gläubigerinteressen

Schließlich hat B ein legitimes Interesse am **Schutz vor Vermögensverschiebungen**: So steht es zu befürchten, dass S sein Vermögen bei drohender Verschlechterung auf E überträgt, um es so vor den Gläubigern zu retten. Zwar sieht § 133 InsO dafür eine sog. Insolvenzanfechtung vor, doch müssen dessen auch subjektiven Voraussetzungen in der Praxis erst einmal bewiesen werden.

2. Krasse Überforderung

Für eine Sittenwidrigkeit der Bürgschaft mag sprechen, dass sollte es zur Insolvenz des S kommen, E dann als Hausfrau **ohne eigenes Einkommen oder Vermögen** die Bürgschaftsschuld ihr Leben lang nicht begleichen könnte und von Sozialhilfe leben müsste. Der Bank ließe sich möglicherweise vorwerfen, eine solche krasse Überforderung sehenden Auges hinzunehmen.

Allerdings fragt sich, ob eine Bank für solche Fragen **verantwortlich** sein sollte (etwa in Anlehnung an den Gedanken eines „responsible lending“). Zudem greift der zuvor beschriebene **Schutz jenseits des BGB** (etwa einer Verbraucherinsolvenz) und trägt weiterhin die Gefahr einer **Vermögensverschiebung**.

VI. Persönliche Umstände

1. Geschäftliche Unerfahrenheit der E

Für einen über die §§ 104 ff., 766 BGB hinausgehenden Schutz der E könnte deren **fehlende geschäftliche Erfahrung** gehen. Tatsächlich werden die Gefahren einer Bürgschaft oft unterschätzt. Das führte bereits vor langer Zeit zu Sprichwörtern wie „Bürgen soll man würgen“ oder „Wer bürgt, wird erwürgt“.

Inwieweit es allerdings de lege lata sinnvoll ist, die zuvor genannten Materien der Geschäftsfähigkeit und Formbedürftigkeit **über § 138 BGB auszubauen**, ist skeptisch zu beurteilen. Vorzugswürdiger erscheint eine gesetzliche Verschärfung des § 766 BGB etwa im Sinne einer notariellen Beurkundung.

2. Persönliche Verbundenheit mit Hauptschuldner ohne unmittelbares Eigeninteresse

Ähnlich zu beurteilen ist der Umstand, dass E aus **„Liebe zu ihrem Mann“ unterschreibt**. Sie handelte insofern also nicht nur rational, sondern auch emotional. Wiederum fragt sich, ob das BGB solche Fragen der Entscheidungsqualität nicht bereits abschließend und hinreichend mit den dafür vorgesehenen Vorschriften erfasst.

Wiederum skeptisch zu beurteilen ist es, ob sich eine Sittenwidrigkeit damit begründen lässt, dass E am Darlehen der Bank kein **„unmittelbares Eigeninteresse“** hatte. Schließlich geht es bei einer Bürgschaft immer „unmittelbar“ darum, die eigene Personalsicherheit zu Gunsten einer anderen Person bereitzustellen. Das Begriffspaar mittelbar/unmittelbar liefert im Recht selten belastbare Argumente.

Zudem ließe sich bezweifeln, dass E aus purem Fremdnutz handelte, schließlich war es ihr Ehemann, den sie unterstützte, und von dessen Einkommen sie im Zweifel **handfest und vielfach profitierte**.

VII. Verharmlosung durch die Bank

Wohl aber widersprach es einem interessengerechten, wertschöpfenden Verhandeln, wenn die B die Gefahren der Bürgschaft E gegenüber **aktiv verharmloste**, indem sie ausführte, die Bürgschaft „sei ja nur eine Formalität“. Das war schlicht gelogen. Bürgschaften sind nie nur eine Formalität, sonst würden sie von Banken erst gar nicht eingefordert oder gar bei Insolvenz genutzt.

Angesichts dieser vorsätzlichen Fehlinformation trotz der ersichtlichen geschäftlichen Unerfahrenheit der E ist die Bürgschaft daher als sittenwidrig und daher gem. § 138 Abs. 1 BGB **nichtig** anzusehen.

D. Dolo agit-Einrede gem. §§ 242, 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2, 249 ff. BGB

Möglicherweise hat E angesichts der Fehlinformation der B („nur eine Formalie“) einen Gegenanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2, 249 ff. BGB. Diesen könnte sie einem Anspruch der B aus § 765 Abs. 1 BGB gemäß § 242 BGB entgegenhalten.

I. Dolo agit-Einrede

Es wäre treuwidrig, weil nur eine unnötige Schikane, würde B die 200.000 € verlangen, obwohl sie diesen Betrag E dann **sofort wieder** nach § 280 Abs. 1 BGB **zurückzuerstatten müsste**. Dolo agit qui petit quod statim redditurus est.

II. Anspruch gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2, 249 ff. BGB

1. Schuldverhältnis

Indem E mit B über eine Bürgschaft verhandelte, bestand jedenfalls ein **vorvertragliches Schuldverhältnis** gem. § 311 Abs. 2 BGB (und möglicherweise auch ein Vertrag zwischen S und B mit Schutzwirkung zu Gunsten der E).

2. Pflichtverletzung

Indem B aktiv die Gefahren einer Bürgschaft **verharmloste** („nur eine Formalität“), verletzte sie ihre Pflicht gem. § 241 Abs. 2 BGB, die Rechte, Rechtsgüter und Interessen der E zu berücksichtigen.

3. Vertretenmüssen

B handelte **vorsätzlich** und hat damit die Pflichtverletzung zu vertreten, vgl. §§ 280 Abs. 1 S. 2, 276 Abs. 1 S. 1 BGB.

4. Schaden, §§ 249 ff. BGB

Ist die Bürgschaft wie hier vertreten nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig, **entfällt ein Schaden**, da E erst gar nicht aus § 765 Abs. 1 BGB zur

Zahlung der 200.000 € verpflichtet ist. Hielte man die Bürgschaft hingegen nicht für sittenwidrig, griffe die Einrede des § 242 BGB.

Im Ergebnis ist E nicht zur Zahlung der 200.000 € am B verpflichtet.

Hinweise

- Ähnlich wie etwa beim „Pillenfall“ liegt der Schwerpunkt in einem einzigen, unbestimmten Tatbestandsmerkmal, hier der Sittenwidrigkeit. Daher solltest Du Folgendes beachten:
 - Lass Dich **nicht entmutigen**, weil Du hier nicht gängige Anspruchsgrundlagen und deren jeweilige Tatbestandsmerkmale wie gelernt durchprüfen kannst. Ja, Du musst Dir hier **Argumente einfallen lassen**, kreativ sein. Doch kann das auch Spaß bereiten. Zudem sitzen Deine Mitstreiter im gleichen Boot.
 - Versuche, Deine **Gedanken möglichst klar zu untergliedern**. Das fällt hier zwar schwerer als in klassischen Fällen. Doch kannst Du dadurch auch besonders punkten.
 - Achte in solchen Fällen besonders darauf, den **Sachverhalt gründlich auszuschlachten**. Meistens möchte Dir der Klausurensteller nichts Böses, sondern subtil helfen, indem er im Sachverhalt diverse Hinweise aufnimmt, die Du argumentativ aufgreifen kannst. Im obigen Fall betrifft das etwa „nur eine Formalität“, „ist Hausfrau und verfügt über kein eigenes Einkommen“ oder „Aus Liebe zu ihrem Mann“.
- Ja, es gibt zur Ehegattenbürgschaft eine **umfassende Rechtsprechung**, an der sich unter anderem zwei BGH-Senate und das Bundesverfassungsgericht beteiligt haben. Doch zählen in der Wissenschaft wie in einer Klausur **Argumente, nicht Autoritäten**. Auf keinen Fall ersetzen Autoritäten die von Dir verlangten Argumente, sondern sind meist sogar verzichtbar. Allenfalls verschreckt es einen Praktiker, wenn die Rechtsprechung unisono eine Ansicht vertritt, auf die Du in Deiner Klausur sachlich nicht einmal eingehst.

- Gibt es **zahlreiche denkbare Argumente für und wider** ein Tatbestandsmerkmal (hier einer Sittenwidrigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB), würde ich mit jenen Argumenten aufhören, die für mich letztlich ausschlaggebend sind. Das leitet flüssiger zum Ergebnis Deiner Argumentation über.
- Dogmatisch mag es vorzugswürdig sein, die Fehlinformation der Bank („nur eine Formalie“) nicht über § 138 BGB, sondern eine **Erklärungshaftung** (und § 242 BGB) zu erfassen. Da jedoch die Ehegattenbürgschaft in Rechtsprechung und Literatur **weithin als Frage der Sittenwidrigkeit diskutiert** wird, solltest Du in einer Klausur davon nicht abweichen, sondern den Schwerpunkt klar auf die Sittenwidrigkeit legen. Auch hier gilt: In Klausuren darfst und sollst Du „opportunistisch“ sein.
- Andererseits würde ich die Frage einer Haftung wegen Fehlinformation auch **nicht unter den Tisch fallen lassen**. Abwegig ist diese Erörterung definitiv nicht, sondern kannst Du hierdurch zusätzliche Punkte sammeln. Insofern stimmt der – wenngleich nicht ungefährliche – Repetitorspruch: „Probleme schaffen, nicht wegschaffen“.

§ 4 Entscheidungsqualität

A. Grundlagen

I. Einführung

Grundidee

Ganz gleich, ob die Parteien (privatautonom) oder fremde Personen (heteronom) über ein Rechtsgeschäft bestimmen, sichert das Recht eine gewisse Entscheidungsqualität. Wie fest dieses Anliegen rechtlich verankert ist, zeigt sich unter anderem bei Irrtumsregeln, Anforderungen an die Geschäftsfähigkeit, Formvorgaben oder Aufklärungspflichten.

→ Siehe auch die rechtliche Umsetzung von Entscheidungsqualität.

Stat pro ratione voluntas?

Bis heute hält sich in manchen Lehrbüchern wie einigen Teilen der Wissenschaft die „schöne“ Illusion, dass das Parteihandeln bei Vertragsschluss **intrinsisch richtig sei**, also nicht hinterfragt werden dürfe. Beispielhaft ist der vielzitierte Ausspruch Flumes: „Sic volo, sic jubeo, stat pro ratione voluntas: So will ich, so gefällt es mir, es gelte der Wille ungeachtet seiner Vernünftigkeit.“

„The good...“

Schön und beachtenswert an dieser Sichtweise ist das **individualistisch-liberale Grundanliegen**: Nicht die „Gemeinschaft“ (Staat, Mitbürger etc.), sondern die **Parteien selbst** sollen über ihre eigene Bindung entscheiden. Daher soll diese Entscheidung auch nicht mit dem Hinweis ignoriert oder korrigiert werden, dass sie „minderwertig“, „falsch“ o. Ä. sei.

In vielen Situationen überzeugt dieser Gedanke: Entscheidet sich etwa ein Volljähriger, für einen Euro Bananen zu kaufen, weil sie ihm schmecken und er sie sich leisten kann, ist die Rechtsordnung gut beraten, sich insoweit herauszuhalten. Denn hier **weiß die Partei selbst am besten**, was ihren eigenen Interessen entspricht.

„The ugly...“

Leider treffen wir Menschen nicht immer Entscheidungen, die in unserem Interesse liegen. Unser Handeln (allerdings auch das etwa des Staats) kann sich als **vor- wie nachteilhaft** erweisen. Auch was noch so sehr gewollt oder noch so klar nach außen erklärt wurde, mag von so geringer Entscheidungsqualität sein, dass das BGB im Parteinteresse darauf verzichtet, es als rechtlich relevant anzusehen.

Ob es der **Betrogene** ist oder ein **Minderjähriger**, ob der frische Erbe, der reichlich spontan mündlich zusagt, das ihm überlassene **Grundstück** zu verkaufen, ob die 80jährige Seniorin, dem ein „smarter Berater“ eine völlig **ungeeignete Versicherung** aufschwätzt oder ob der nächtliche Spaziergänger, der sich an einer dunklen Ecke notgedrungen auf den Deal **„Geld oder Leben“** einlässt:

In diesen und zahllosen anderen Fällen **müsste sich unser Vertragsrecht zu Tode schämen**, könnte es nicht begründen und konkretisieren, warum und wann genau wir sehr wohl die Qualität privatautonomer Entscheidungen hinterfragen.

Tatsächlich tut das geltende Recht genau das und zwar **massiv** und seit seinen **frühesten Anfängen**. Wenn die gängigen Vertragstheorien diese Rechtsrealität nicht abzubilden wissen, ist das ein Problem dieser Theorien – und nicht der Realität...

II. Rechtliche Umsetzung

Befund

Betrachtet man die **Rechtsrealität** – geschrieben wie richterrechtlich – , so ist das Ergebnis eindeutig: Das BGB kennt **zahlreiche Mechanismen**, um die vermeintlich nicht hinterfragbaren

Parteientscheidungen sehr wohl zu hinterfragen und so eine gewisse Entscheidungsqualität zu verwirklichen. Nachfolgend seien nur die offensichtlichsten Beispiele genannt.

Inhalt und Ausmaß dieses Schutzes richten sich etwa nach der **Entscheidungssituation**, der **Komplexität** oder der **finanziellen Bedeutung** des jeweiligen Rechtsgeschäfts.

Schon deshalb gibt es übrigens – anders als noch in manchem Lehrbuch vermittelt – **keinen allgemeingültigen „Tatbestand“** der Willenserklärung, des Vertrags oder eines Rechtsgeschäfts. Vielmehr variieren die Anforderungen stark.

Motivirrtümer

Wenn oft zu lesen ist, dass Motivirrtümer nur „ausnahmsweise“ relevant seien, so ist bereits das mit Vorsicht zu genießen.

Täuschung

Wer etwa darüber **getäuscht wurde**, dass das ihm verkaufte Essbesteck nicht nur versilbert, sondern vermeintlich aus purem Silber ist, wird den Kaufvertrag um so mehr wollen bzw. nicht weniger vorsätzlich nach außen hin erklären, es zu wollen. Dennoch berechtigt die Täuschung zur Anfechtung, vgl. § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB.

Eigenschaftsirrtum

Wenn nach § 119 Abs. 2 BGB ein Eigenschaftsirrtum zur Anfechtung berechtigt, liefert auch das ein Instrument zur Korrektur einer **nicht interessengerechten Entscheidung**. Aber auch die Vorschriften zu Irrtümern über Ob und Inhalt eines Rechtsgeschäfts (§§ 118, 119 Abs. 1, 120 BGB) sichern die Entscheidungsqualität.

Aufklärungspflichten

In den letzten Jahrzehnten **massiv ausgeweitet** wurden vorvertragliche Aufklärungspflichten. Diese sollen nach dem sogenannten Informationsmodell dazu beitragen, dass die Parteien eine qualitativ möglichst hochwertige (sprich: interessengerechte) Entscheidung treffen.

Hier ist **noch nicht einmal ein Irrtum (oder gar Vorsatz) erforderlich**. Rechtsgrundlage sind etwa die §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 249 ff. BGB (culpa in contrahendo), bei Verbraucherverträgen

verknüpft das Recht die Information oft mit Widerrufsrechten, vgl. §§ 312 ff. BGB.

Geschäftsfähigkeit

Wenn die §§ 104 ff. BGB die Geschäftsfähigkeit umfassend regeln und Minderjährige für Rechtsgeschäfte – soweit nicht lediglich rechtlich vorteilhaft – die Zustimmung ihrer Eltern benötigen, so ist der Sinn dieser Vorschriften klar:

Wer erst 10 Jahre alt ist (§§ 108, 111 BGB), stark betrunken (§ 105 Abs. 2 BGB) oder dauerhaft geistig krank (§ 104 Nr. 2 BGB), trifft nicht durchweg Entscheidungen, die in seinem Interesse liegen und daher die vom Recht erwartete Qualität aufweisen.

Form

Besonders bei für die Partei und deren Interessen gefährlichen Rechtsgeschäften – etwa weil sehr **kompliziert**, **riskant** oder **wirtschaftlich bedeutend** – finden sich Formvorgaben: Wer etwa ein Grundstück verkauft, muss sich aufwändig vom Notar beraten lassen (§ 311b Abs. 1 BGB). Und wer sich für andere verbürgt, kann das nur schriftlich tun (§ 766 BGB). Eingehend dazu bei den Formfunktionen.

Drohung

Dass ein Wille bzw. eine Erklärung „**wenig wert**“ ist, falls durch eine Drohung erzwungen, ist von jeher anerkannt. In Deutschland kann man nach § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB anfechten. Grund hierfür ist, dass ein erdrohtes Rechtsgeschäft den Betroffenen typischerweise schlechter stellt als zuvor.

Leistungsstörungen

Nicht nur im Allgemeinen Teil des BGB, sondern auch in vielen anderen Bereichen des Zivilrechts, geht es (auch) um die Entscheidungsqualität. Besonders deutlich wird das bei **Leistungsstörungen** mitsamt solcher Institute wie etwa der Gewährleistungshaftung (bei Kaufverträgen geregelt in den §§ 434 ff. BGB), dem Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) oder dem Ausschluss der Leistungspflicht nach § 275 BGB:

Hier gilt **kein** „**caveat emptor**“, sondern kann selbst ein Käufer, der völlig sorglos entschied, mindern oder Nacherfüllung verlangen, wenn der ihm verkaufte Gegenstand nicht von üblicher Qualität ist und daher einen Sachmangel aufweist.

Ausblick: Fremde Rechtsetzung

Mittelbar betreibt das Recht auch dadurch Qualitätssicherung, dass es auf heteronome Rechtsetzung zurückgreift: Sind die Parteien etwa zu „faul“, sich selbst über alle möglichen Details zu einigen, stellt der **Staat** dispositives Recht bereit. Das gilt etwa für das zuvor erwähnte Leistungsstörungenrecht.

Oder es greift auf das zurück, was ganze **Verkehrskreise** als Sitte, Übung und Brauch etablieren. Zudem kennt das Zivilrecht eine ausgeprägte **Inhaltskontrolle**, und zwar nicht nur etwa im Arbeits-, Banken-, Versicherungs- oder „Verbraucherrecht“, sondern vor allem über die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen.

III. Grundlagen

Begriff

Geschäftsfähig ist, wer nach Ansicht der Rechtsordnung dazu fähig ist, selbst interessengerechte Rechtsgeschäfte zu tätigen, also Privatautonomie auszuüben. Die §§ 104 ff. BGB stellen hierfür insbesondere auf den **Geisteszustand** und das **Alter** ab.

Sinn und Zweck

Die **Geschäftsfähigkeit** gehört zu den zahlreichen Maßnahmen, mit denen das BGB bei privatautonomer Rechtsetzung eine hinreichende Entscheidungsqualität sichert.

Bsp.: Ein 6jähriges Kind etwa (vgl. dazu §§ 105 Abs. 1, 104 Nr. 2 BGB) hat zwar bereits einen Willen und kann Erklärungen abgeben, ist jedoch typischerweise nur begrenzt fähig, rational seine eigenen Interessen zu verfolgen.

Abgrenzung

Spezialformen

Mit der Geschäftsfähigkeit eng verwandt sind die **Ehemündigkeit** (§ 1303 Abs. 1 BGB), die **Testierfähigkeit** vgl. (§ 2229 Abs. 1 BGB) sowie die **Deliktsfähigkeit** (§§ 827 f. BGB).

Privatautonomie

Während Privatautonomie allgemein das Phänomen privater Rechtsetzung beschreibt, geht es der Geschäftsfähigkeit um die **tatsächliche Fähigkeit** – teils je nach Situation, vgl. §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 2 BGB –, die eigenen Interessen zu verfolgen.

Rechtsfähigkeit

Die in § 1 BGB erfasste **Rechtsfähigkeit** ist demgegenüber unabhängig von geistigen Fähigkeiten und Zuständen, sondern beschreibt allgemein, wer **Träger von Rechten oder Pflichten** sein kann. Damit kann etwa auch ein Neugeborener erben und stehen ihm Ansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB zu, wenn er verletzt wird.

Arten der Geschäfts(un-)fähigkeit

Das BGB unterscheidet verschiedene Arten einer Geschäfts(un-)fähigkeit:

- Geschäftsunfähigkeit gem. §§ 105 Abs. 1, 104 BGB,
- beschränkte Geschäftsfähigkeit nach den §§ 106 ff. BGB.
- Zur sogenannten **partiellen Geschäftsfähigkeit** siehe etwa
 - den Taschengeldparagraphen des § 110 BGB sowie
 - die Regeln der §§ 112 f. BGB zur Berufstätigkeit eines Minderjährigen.

Vertragstheoretischer Hintergrund

Willens- und Erklärungstheorie

Mit **klassischen vertragstheoretischen Ansichten** wie der Willenstheorie oder der Erklärungstheorie lässt sich die Geschäftsfähigkeit

nicht erfassen. Denn sie erachten jegliches Wollen bzw. jegliches zurechenbare Erklären als für eine rechtsgeschäftliche Bindung hinreichend.

Das im geltenden Recht so wichtige Phänomen der Entscheidungsqualität bleibt so unerklärt, weshalb dann oft auf Leerformeln bzw. unbestimmte Rechtsbegriffe wie etwa die einer Entscheidungsfreiheit zurückgegriffen wird.

Parteiinteresse

Das Erfordernis einer Geschäftsfähigkeit lässt sich erst dann verstehen, wenn man mit Ansätzen wie der Grundfolgentheorie oder nach dem von mir vertretenen Rechtfertigungsprinzip auch die **Parteiinteressen** berücksichtigt.

Indem das Zivilrecht nicht nur in den §§ 104 ff. BGB, sondern auch durch zahlreiche weitere rechtliche Instrumente, eine gewisse **Entscheidungsqualität** sichert, sorgt es dafür, dass privatautonomes Handeln tatsächlich dazu führt, dass sich die Parteien getreu ihren eigenen Interessen verbessern.

B. Geschäftsfähigkeit

I. Geschäftsunfähigkeit

1. Grundlagen

→ Siehe auch zur Geschäftsunfähigkeit in der Klausur, zur beschränkten Geschäftsfähigkeit sowie zur partiellen Geschäftsfähigkeit (Taschengeldparagraph, Geschäfte des täglichen Lebens, Berufstätigkeit des Minderjährigen).

Begriff

Geschäftsunfähig ist nach § 104 BGB, wer entweder noch keine 7 Jahre alt ist (Nr. 1) oder sich in einem nicht nur vorübergehenden, in Nr. 2 aufgezählten, Geisteszustand befindet.

Die Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen ist nach § 105 Abs. 1 BGB **nichtig**. Für Geschäfte des täglichen Lebens beachte § 105a BGB, für den Zugang siehe § 131 Abs. 1 BGB.

Sinn und Zweck

Entscheidungsqualität

Das BGB versagt (mit der Rechtsfolge des § 105 Abs. 1 BGB) in § 104 BGB solchen Personen die Geschäftsfähigkeit, die **mangels „klaren Verstandes“** nicht in der Lage sind, ihre eigenen Interessen zu verfolgen. Es sichert so eine minimale Entscheidungsqualität bei privatautonomem Handeln.

Rechtssicherheit

Indem das Gesetz für die Fälle des § 104 Nr. 2 BGB (und auch die des § 105 Abs. 2 BGB) eine **Nichtigkeit** (vgl. § 105 Abs. 1 BGB) und nicht etwa wie bei der Minderjährigkeit eine schwebende Unwirksamkeit anordnet, schafft es Rechtssicherheit.

Aha: Ob ein Geschäftspartner **von der Geschäftsunfähigkeit weiß** oder darüber arglistig getäuscht wurde, spielt nach dem klaren Wortlaut der §§ 104 f. BGB keine Rolle. Allerdings können **deliktische Ansprüche** greifen, wenn sich der Geschäftsunfähige selbst in diesen Zustand versetzt hat, vgl. § 827 S. 2 BGB.

Vertretung als Ausweg

Da es auch Geschäftsunfähigen möglich sein sollte, von Rechtsgeschäften zu profitieren, greift hier dann heteronome Rechtsetzung – insbesondere über eine Vertretung.

So vertreten die **Eltern** als gesetzliche Vertreter ihre Kinder (vgl. §§ 1629 Abs. 1, 1626 Abs. 2 BGB), daneben kennt das Familienrecht eine **Betreuung** (vgl. §§ 1814 ff. BGB).

§ 104 BGB versus § 105 Abs. 2 BGB

Bei der Gesetzeslektüre drängt sich eine Frage auf: Warum sondert das BGB die in § 105 Abs. 2 BGB erfassten Fälle vorübergehender Störung aus, anstatt sie in § 104 BGB mit aufzunehmen? Schließlich ordnen § 105 Abs. 1 BGB wie § 105 Abs. 2 BGB **gleichermaßen die Nichtigkeit** der Willenserklärung an, und der Gesetzestext würde so vereinfacht.

Doch gibt es noch **andere Vorschriften**, die tatbestandlich gezielt an eine „Geschäftsunfähigkeit“ anknüpfen – was dann doch zu unterschiedlichen Rechtsfolgen führt.

Ein Beispiel bildet § 131 Abs. 1 BGB für den Zugang, was auch einleuchtet: Wer nur temporär „außer Gefecht“ ist, kann eine ihm zugegangene Willenserklärung später doch noch wahrnehmen.

2. Klausur

Einstieg mit der Rechtsfolge

Die **Rechtsfolge** einer Geschäftsunfähigkeit findet sich in § 105 Abs. 1 BGB. Daher musst Du in einer Klausur auch **damit einsteigen**. Denn erst diese Rechtsfolge ist der Grund dafür, dass Du Dich überhaupt – nämlich als Tatbestandsvoraussetzung – für die „Geschäftsunfähigkeit“ gem. § 104 BGB interessierst.

Demgegenüber enthält § 105 Abs. 2 BGB sowohl den Tatbestand als auch die Rechtsfolge.

Willenserklärung

§ 105 BGB richtet sich gegen die Wirksamkeit einer Willenserklärung. Damit kannst Du diese Norm bereits **bei der jeweiligen Willenserklärung** (etwa einem Angebot) prüfen, anstatt erst später das gesamte Rechtsgeschäft zu hinterfragen (was ich persönlich als Korrektor allerdings nicht groß ankreiden würde).

Einwendung

§ 105 BGB enthält **Einwendungen** und nicht etwa Anspruchsgrundlagen. Diese Vorschrift macht also nur „etwas kaputt“, nämlich die Wirksamkeit einer Willenserklärung.

Daher prüfst Du typischerweise zuerst, ob „an sich“ eine Willenserklärung vorliegt, um dann in einem **neuen Schritt** zu fragen, ob sie nach § 105 Abs. 1 oder 2 BGB nichtig ist.

Aha: § 105a S. 1 BGB ist dann wiederum eine Einwendung gegen die Einwendung der Nichtigkeit des § 105 Abs. 1 BGB. Und ja, § 105a S. 2 BGB ist dann seinerseits eine Einwendung wiederum dagegen. Und ja, es ist gerade in einer Klausur großartig, wenn Deine Gliederung das so widerspiegelt...

Rückabwicklung

Herausgabeansprüche

Wollte ein Geschäftsunfähiger nach § 929 S. 1 BGB eine Sache **übereignen**, so scheidet auch das an § 105 BGB. Demgegenüber mag die andere Seite Besitzer geworden sein, da die **Übergabe** kein Rechtsgeschäft, sondern ein rein tatsächliches Handeln ist, vgl. § 854 Abs. 1 BGB.

Hier stehen dem Geschäftsunfähigen dann, da er weiterhin Eigentümer ist, oft dingliche Herausgabeansprüche insbesondere aus § 985 BGB zu.

Bereicherungsrecht

Ist ein Rechtsgeschäft nach § 105 BGB nichtig, sind bereits gewährte Leistungen über Bereicherungsrecht nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB (Leistungskondiktion) zurückzugewähren. Angesichts der Nichtigkeit ist das Tatbestandsmerkmal „**ohne rechtlichen Grund**“ erfüllt.

Die dort ebenfalls verlangte „Leistung“ verlangt keine Geschäftsfähigkeit (ist keine Willenserklärung), sondern lediglich ein **bewusstes, zweckgerichtetes Handeln**. Das kann auch in Fällen der §§ 104 f. BGB vorliegen, sollte von Dir aber angesprochen (und geprüft) werden.

„Fehleridentität“

Typischerweise erfasst die Geschäftsunfähigkeit sowohl das Verpflichtungsgeschäft als auch die Verfügung. Man mag dann von „Fehleridentität“ sprechen, doch ist das nicht etwa eine Ausnahme vom Abstraktions- und Trennungsprinzip. Vielmehr kann ein Unwirksamkeitsgrund eben je nach Sachverhalt **sämtliche Rechtsgeschäfte erfassen**.

II. Beschränkte Geschäftsfähigkeit

1. Grundlagen

→ Siehe auch zur beschränkten Geschäftsfähigkeit in der Klausur, zur schwebenden Unwirksamkeit nach § 108 BGB sowie zum Merkmal des „nicht lediglich rechtlich vorteilhaft“ gemäß § 107 BGB.

Begriff

Minderjährig ist, wer noch nicht gemäß § 2 BGB volljährig, also noch keine 18 Jahre alt ist. **Beschränkt geschäftsfähig** ist, wer zwar noch minderjährig, aber schon 7 Jahre alt ist.

Für diese Personengruppe gelten insbesondere die §§ 107 ff. BGB, siehe daneben für den Zugang § 131 Abs. 2 BGB.

Aha: Ob ein Geschäftspartner **von der Minderjährigkeit weiß** oder gar darüber arglistig getäuscht wurde, spielt nach dem klaren Wortlaut der §§ 106 ff. BGB keine Rolle. Allerdings mögen etwa **deliktische Ansprüche** greifen, da die in §§ 827 f. BGB geregelte Deliktsfähigkeit in § 828 Abs. 3 BGB nicht auf das Alter, sondern die Einsichtsfähigkeit abstellt.

Sinn und Zweck

Auch die §§ 106 ff. BGB verwirklichen Entscheidungsqualität. Dabei will das Recht dem Minderjährigen einerseits erste **Handlungsspielräume** eröffnen, ihn andererseits jedoch vor interessenwidrigen Entscheidungen **schützen**. All das soll zudem nicht zu sehr die **Rechtssicherheit** beeinträchtigen. Keine leichte Aufgabe!

Gesetzliche Vertreter

Gesetzlicher Vertreter des Minderjährigen sind nach §§ 1629 Abs. 1, 1626 Abs. 1 BGB regelmäßig dessen **Eltern**. Wie dort klar formuliert ist, vertreten diese ihr Kind **gemeinschaftlich**. Beide Teile müssen zustimmen.

Für den Zugang genügt die Abgabe gegenüber einem Elternteil. Wichtig ist diese Vorschrift nicht nur für Zustimmungen nach den §§ 107 ff. BGB, sondern auch für die Vertretung des Kindes gemäß §§ 164 ff. BGB.

Ausblick

- Beschränkte Geschäftsfähigkeit in der Klausur
- Schwebende Unwirksamkeit von Verträgen (§ 108 BGB)
- „lediglich rechtlich vorteilhaft“ (§ 107 BGB)
- Partielle Geschäftsfähigkeit
 - Geschäfte des täglichen Lebens (§ 105a BGB)
 - „Taschengeldparagraph“ (§ 110 BGB)
 - Berufstätigkeit des Minderjährigen (§§ 112 f. BGB)

2. Klausur

Einstieg mit der Rechtsfolge

Die **Rechtsfolge** einer beschränkten Geschäftsunfähigkeit findet sich für Verträge in § 108 Abs. 1 BGB und für einseitige Rechtsgeschäfte in § 111 BGB. Daher musst Du in einer Klausur auch **damit einsteigen**.

Denn erst diese Rechtsfolge ist der Grund dafür, dass Du Dich für die dortigen Tatbestandsvoraussetzungen, aber auch Normen wie die §§ 106, 107 oder 110 BGB, **überhaupt interessiert**.

Einwendung

§ 108 BGB wie § 111 BGB enthalten **Einwendungen** und nicht etwa Anspruchsgrundlagen. Diese Vorschriften „machen also nur etwas kaputt“, nämlich die Wirksamkeit des Vertrags bzw. einseitigen Rechtsgeschäfts.

Daher fragst Du typischerweise zuerst, ob „an sich“ das Rechtsgeschäft vorliegt, um dann in einem neuen Schritt die Einwendung zu prüfen.

Rückabwicklung

Herausgabeansprüche

Übereignet ein Minderjähriger nach § 929 S. 1 BGB eine Sache, so wird das oft an § 108 BGB oder § 111 BGB scheitern. Demgegenüber mag die andere Seite Besitzer geworden sein, da die **Übergabe** kein Rechtsgeschäft, sondern ein tatsächliches Handeln ist, vgl. § 854 Abs. 1 BGB. Hier stehen dem Minderjährigen dann oft dingliche Herausgabeansprüche, insbesondere aus § 985 BGB, zu.

Bereicherungsrecht

Wurde die Genehmigung des Vertrags verweigert (vgl. § 108 BGB) oder ist das einseitige Rechtsgeschäft nach § 111 BGB unwirksam, sind bereits gewährte Leistungen über das Bereicherungsrecht nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB (Leistungskondiktion) zurückzugewähren. Angesichts der Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts ist das Tatbestandsmerkmal „**ohne rechtlichen Grund**“ erfüllt.

Die dort ebenfalls verlangte „Leistung“ verlangt keine Volljährigkeit (ist keine Willenserklärung), sondern lediglich ein **bewusstes, zweckgerichtetes Handeln**. Das kann auch in Fällen der §§ 106 ff. BGB vorliegen, sollte aber von Dir geprüft werden.

„Fehleridentität“

Typischerweise erfasst die beschränkte Geschäftsfähigkeit sowohl das Verpflichtungs- als auch das Verfügungsgeschäft. Man mag dann von „Fehleridentität“ sprechen. Doch ist das nicht etwa eine Ausnahme vom Abstraktions- und Trennungsprinzip. Vielmehr kann ein Unwirksamkeitsgrund eben je nach Sachverhalt **mehrere Rechtsgeschäfte erfassen**.

3. Schwebende Unwirksamkeit (§ 108 BGB)

Tatbestand

„Vertrag“

§ 108 Abs. 1 BGB verlangt einen Vertrag. Hierfür kannst Du in Deiner Prüfung regelmäßig **„nach oben“ verweisen**.

Achtung: § 108 BGB gilt **nicht** für **einseitige Rechtsgeschäfte**. Bei diesen prüfst Du stattdessen die Einwendung des § 111 BGB.

„Minderjähriger“

Nach den §§ 2, 106 BGB ist „Minderjähriger“ im Sinne der §§ 107 ff. BGB, wer **zwischen 7 und 18 Jahren** alt ist.

„erforderliche Einwilligung“

§ 108 Abs. 1 BGB erfasst nur Verträge ohne „erforderliche“ Einwilligung. Nach § 107 BGB ist eine Einwilligung dann erforderlich, wenn die Willenserklärung (und damit auch das Rechtsgeschäft) **nicht lediglich rechtlich vorteilhaft** ist.

„gesetzlichen Vertreters“

Ist danach eine Einwilligung erforderlich, hat darüber der sog. gesetzliche Vertreter zu entscheiden. Bei Minderjährigen sind das regelmäßig die **Eltern**, vgl. §§ 1629 Abs. 1, 1626 Abs. 1 BGB.

Einwilligung

Einwilligung ist nach § 183 BGB die vorherige Zustimmung. Sie ist ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft und unterliegt damit ihrerseits sämtlichen Anforderungen etwa der §§ 106 ff., 116 ff. BGB.

Aha: Eine solche Zustimmung kann also auch ggf. angefochten werden (§ 142 Abs. 1 BGB), in Vertretung erfolgen (§§ 164 ff. BGB) usw.

Rechtsfolge: schwebende Unwirksamkeit

Schließt ein beschränkt Geschäftsfähiger einen Vertrag, so hängt dieser nach § 108 Abs. 1 BGB von der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters ab, sofern der Minderjährige nicht zwischenzeitlich volljährig wurde (vgl.

§ 108 Abs. 3 BGB). Man sagt dann auch, er ist „**schwebend unwirksam**“.

§ 108 Abs. 2 BGB konkretisiert, wie dieser Schwebezustand beendet werden kann. Bis zur Genehmigung kann der andere Teil wie in § 109 BGB näher geregelt **widerrufen**.

Genehmigung ist die **nachträgliche** Zustimmung (vgl. § 184 BGB). Sie ist ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, das wie die Einwilligung sämtlichen Anforderungen etwa der §§ 106 ff., 116 ff. BGB unterliegt.

Klausur

- § 108 Abs. 1 BGB ist **schön klar formuliert**, so dass Du ihm durch die bloße Gesetzeslektüre die Rechtsfolge und alle Tatbestandsmerkmale entnehmen kannst. Versuche also auch hier erst gar nicht, etwas auswändig zu lernen, sondern lies das Gesetz. **Gliedere** wie immer detailliert mitsamt von Überschriften und Nummerierung.
- **Einstieg mit der Rechtsfolge:** Wie immer steht am Anfang einer Subsumtion die Frage, warum es auf den jeweiligen Tatbestand (hier des § 108 Abs. 1 BGB) überhaupt ankommt. Das beantwortet Dir die Rechtsfolge, hier der möglicherweise (schwebenden) Unwirksamkeit. Mit dieser leitest Du Deine Prüfung ein. „Der Kaufvertrag könnte jedoch nach § 108 Abs. 1 BGB schwebend unwirksam sein. Das setzt voraus, dass...“
- § 108 Abs. 1 BGB ist eine **Einwendung** gegen die Wirksamkeit eines Vertrags. Du prüfst diese Norm also nur und erst dann, wenn es für den von Dir zu prüfenden Anspruch **darauf ankommt**.
- Achte darauf, alle zum jeweiligen Tatbestandsmerkmal **passenden Vorschriften** zu zitieren. Das bringt Dir viele „**leicht verdiente Häkchen**“. Konkret sind das bei „Minderjähriger“ die §§ 2, 106 BGB, bei „gesetzlichen Vertreters“ die §§ 1629 Abs. 1, 1626 Abs. 1 BGB, bei „Einwilligung“ § 183 BGB, bei „erforderliche“ § 107 BGB usw.
- Was ist mit § 131 Abs. 2 BGB? **An sich** müsste man schon bei Vertragsschluss diese Vorschrift prüfen, nämlich beim Zugang an

den Minderjährigen. Doch wenn Du später ohnehin die Einwendung des § 108 Abs. 1 BGB prüfst, **darfst Du Dir das ersparen**.

4. Nicht lediglich rechtlich vorteilhaft

a) Grundlagen

→ Siehe auch die nachfolgende Vertiefung zur Übertragung belasteter Grundstücke und zu „neutralen Geschäften“.

Begriff

„lediglich rechtlich vorteilhaft“ ist ein Rechtsgeschäft, das den Minderjährigen **nicht rechtlich belastet**. Auf eine wirtschaftliche Betrachtung wie etwa das Preis-/Leistungsverhältnis kommt es nicht an.

Achtung: Beachte einmal mehr das Abstraktions- und Trennungsprinzip: Ein Kaufvertrag ist zwar nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, weil nach § 433 BGB beide Seiten mit einer Erfüllungspflicht belastend. Wohl aber fällt es unter § 107 BGB, etwa nach § 929 S. 1 BGB (Verfügung) Eigentum am Kaufgegenstand oder am Geld zu erlangen.

Sinn und Zweck

Die §§ 106 ff. BGB bezwecken den **Schutz Minderjähriger**. Daher müssen die Eltern (als regelmäßig gesetzliche Vertreter) nicht zustimmen, wenn das Rechtsgeschäft ihn getreu seinen eigenen Interessen besser stellt. Solche Fälle erfasst die Formel einer rechtlichen Vorteilhaftigkeit.

Zwar können auch andere Rechtsgeschäfte – etwa ein besonderes „Schnäppchen“ – dem Minderjährigen günstig sein. Doch lässt sich das nur schwer **rechtssicher** erfassen. Vielmehr müsste ein Gericht aufwändig prüfen, ob ein Rechtsgeschäft tatsächlich interessengerecht war. Das erklärt die zwar enge, aber **klar subsumierbare Formulierung** des § 107 BGB.

Beispiele

Lediglich rechtlich vorteilhaft

- **Übertragung von Rechten:** Werden dem Minderjährigen durch Verfügungen etwa nach § 929 S. 1 BGB (bewegliche Sachen), §§ 873 Abs. 1, 925 BGB (Grundstücke, siehe dazu aber die Vertiefung) oder § 398 BGB (Forderungen) Rechte übertragen, ist das für ihn lediglich rechtlich vorteilhaft.
- **Schenkung zu seinem Gunsten:** Ein Schenkungsvertrag (vgl. §§ 516 ff. BGB) zu Gunsten des Minderjährigen verschafft ihm einen rechtlichen Anspruch auf den Schenkungsgegenstand, ohne dass er seinerseits zu etwas rechtlich verpflichtet würde.
- **Erhalt eines Angebots:** Ein Antrag gemäß §§ 145 ff. BGB eröffnet dem Minderjährigen die Möglichkeit, ihn anzunehmen und so einen Vertrag herbeizuführen, ohne dass er bis dahin schon zu etwas verpflichtet wäre.
- **Mahnung:** Mahnt der Minderjährige einen Schuldner nach § 286 Abs. 1 BGB, so löst das ihm günstige Rechtsfolgen aus. Insbesondere mag er dann nach §§ 280 Abs. 1 und 2 BGB Schadensersatz verlangen können.

Nicht lediglich rechtlich vorteilhaft

- **Jedes Eingehen einer rechtlichen Verpflichtung:** Wann immer der Minderjährige durch das Rechtsgeschäft zu etwas rechtlich verpflichtet wird, ist es zustimmungspflichtig.
- **Bsp.: Noch so günstige, gegenseitige Verträge:** Daher ist § 107 BGB nicht einschlägig, wann immer ein Rechtsgeschäft beide Seiten rechtlich belastet – etwa ein Kaufvertrag mit den Pflichten aus § 433 Abs. 1 oder 2 BGB sowohl den Käufer als auch den Verkäufer. Dabei ist es gleichgültig, ob der Kaufpreis noch so vorteilhaft war.
- **Jeder Verlust und jede nachteilige Veränderung eines Rechts:** Wann immer der Minderjährige ein Recht an andere überträgt oder sich ein ihm zustehendes Recht inhaltlich verschlechtert (Bsp.: Verpfändung), ist es zustimmungspflichtig.

b) Vertiefung

Übertragung eines belasteten Rechts

- **Klassische Sicht:** Wird ein belastetes Recht übertragen, ist dieses Rechtsgeschäft solange lediglich rechtlich vorteilhaft, wie die Belastung lediglich dieses Recht betrifft und der Minderjährige nicht darüber hinaus **persönlich belastet** wird.
- **Beispiele:** Übertragung eines mit einer Grundschuld (§§ 1191 ff. BGB) oder mit einer Hypothek (§§ 1113 ff. BGB) belasteten Grundstücks: Denn hier erfolgt die „Befriedigung“ (vgl. § 1147 BGB) nur aus dem Grundstück heraus. Schlimmstenfalls gilt dann „wie gewonnen, so zerronnen“.
- **Grenzen:** Zu fragen ist allerdings, ob nicht auch Steuern, Gebühren (z. B. Erschließungsbeiträge) und andere „mittelbare“ Belastungen zu berücksichtigen sind. Hier ist manches umstritten, doch lässt sich wohl wie folgt unterscheiden:
 - **Grundsteuern** sollten vernachlässigt werden, da sie typischerweise mit den laufenden Erträgen des Grundstücks abzudecken sind.
 - **Erschließungsbeiträge** zum Anschluss an Strom, Gas, Wasser und Kanalisation sind hingegen zu signifikant, als dass man sie bei der Prüfung des § 107 BGB ignorieren könnte.
 - **Eigentumswohnungen** zu erwerben, ist nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, da der Minderjährige als Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft unbegrenzt persönlich haftet (str., eingehend BGH, Beschl. v. 30.9.2010, V ZB 206/10 Rn. 5 ff.).
 - **Vermietung oder Verpachtung** sind angesichts etwa der §§ 566, 581 Abs. 2 BGB ebenfalls zu gewichtig, um sie bei § 107 BGB zu ignorieren (zut. BGH, Beschl. v. 28.4.2022, V ZB 4/21 Rn. 8).

„Neutrale Geschäfte“

Vertretung

Manche Rechtsgeschäfte sind dem Minderjährigen **weder vorteilhaft noch nachteilig**. Vertritt er etwa eine andere Person, treffen die Rechtsfolgen seiner Willenserklärung nach § 164 BGB nicht ihn, sondern den Vertretenen. Ihm „kann es also egal sein“, ob das Rechtsgeschäft wirksam ist (vgl. auch § 179 Abs. 3 S. 2 BGB). Das erklärt § 165 BGB.

Übertragung fremden Eigentums

Übereignet der Minderjährige eine bewegliche Sache nach § 929 S. 1 BGB, mag das aufgrund der Vorschriften zum **gutgläubigen Erwerb** (§§ 932 ff. BGB) selbst dann wirksam sein, wenn er gar nicht Eigentümer ist. Er verliert durch diese Verfügung nichts, für ihn ist sie rechtlich neutral. Wie das rechtlich behandelt werden sollte, ist umstritten, passt aber besser ins Sachenrecht.

III. Partielle Geschäftsfähigkeit

1. Geschäfte des täglichen Lebens (§ 105a BGB)

a) Grundlagen

Tatbestand

Nach der **gut subsumierbaren Vorschrift** des § 105a S. 1 BGB kann ein von Geschäftsunfähigen getätigter Vertrag als wirksam zu behandeln sein. Allerdings sind die **Voraussetzungen** recht eng:

- Eine Seite muss geschäftsunfähig sein,
- der Geschäftsunfähige muss volljährig sein,
- es muss um ein Geschäft des täglichen Lebens gehen,
- dieses muss mit geringwertigen Mitteln bewirkbar sein und

- Leistung wie Gegenleistung müssen „bewirkt“ sein (vgl. dazu auch den „Taschengeldparagrafen“ des § 110 BGB).

Zudem darf das Rechtsgeschäft nach der Einwendung des § 105a S. 2 BGB nicht den Geschäftsunfähigen oder dessen Vermögen erheblich gefährden.

Rechtsfolge

Problem

Klar ist, dass nach § 105a BGB der vom Geschäftsunfähigen geschlossene „**Vertrag**“ „**als wirksam**“ „**gilt**“. Oft wird hier diskutiert, ob danach der schuldrechtliche Vertrag „voll wirksam“ oder aber „nur“ eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung der ausgetauschten Leistungen „ausgeschlossen“ sei. Doch lässt sich gerade aus wissenschaftlicher Sicht daran zweifeln, ob diese reichlich abstrakt formulierten Fragen das Problem treffen.

Klausur

Wichtiger – gerade in einer Klausur – ist es hier für Dich, den **Sinn und Zweck** des § 105a BGB zu verstehen und in Deiner Lösung **nicht zu unterlaufen**: Der Geschäftsunfähige soll unter den dort genannten Voraussetzungen an Geschäften des täglichen Lebens teilhaben können. Dann aber liegt es konstruktiv wie systematisch nahe, nicht nur den schuldrechtlichen Vertrag (also etwa einen Kauf gem. § 433 BGB) als wirksam anzusehen, sondern auch – beidseitig – die Erfüllungshandlungen.

Verweis: Siehe dazu den nachfolgenden Fall zu Geschäften des täglichen Lebens.

b) Fall

Sachverhalt

Der 23jährige, geisteskranke G büchst aus der Psychiatrie aus, um die Umgebung zu erkunden. Dabei erwirbt er von Straßenhändler H einen Beutel leckeren Obsts, für den er 15 € mit drei 5-Euro-Scheinen bezahlt. Sein Verhalten H gegenüber wirkt völlig normal. Als G sich wenig später

überlegt, dass er eigentlich lieber Erdbeeren mag, verlangt er das Geld von H zurück. Allerdings hat H die 5 €-Scheine nicht mehr. Zu Recht?

Musterlösung

G → H, 15 €, §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 Alt. 2 BGB

G könnte gegen H einen Anspruch auf Rückzahlung der 15 € aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 Alt. 2 BGB haben. Dies setzt voraus, dass H etwas, nämlich Besitz und/oder Eigentum an den 15 €, durch Leistung des G ohne rechtlichen Grund erlangte.

A. Etwas erlangt

I. Besitz

H könnte Besitz und Eigentum an den 15 € erlangt haben. Für den **Besitz** am Geld könnte dies zu bejahen sein, da der Besitz und damit auch dessen Übergabe nur einen sog. natürlichen Besitzwillen verlangt, vgl. § 854 Abs. 1 BGB. Ein solcher natürliche Wille ist bei G trotz seiner Geschäftsunfähigkeit anzunehmen. H erlangte daher Besitz an den 15 €.

II. Eigentum

Eigentum an den 15 € konnte G durch Verfügung an H nach § 929 S. 1 BGB übertragen haben. Eine **Übergabe** lag jedenfalls vor, weil nur einen Besitzübergang verlangend. Geldscheine sind zudem eine **bewegliche Sache**. Genauso ist mangels abweichender Hinweise davon auszugehen, dass G ursprünglich **Eigentümer** der 15 € war, vgl. § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB.

Die weiterhin erforderliche **dingliche Einigung** müsste trotz Gs Geschäftsunfähigkeit, nämlich aufgrund von § 105a BGB, wirksam sein. Nach **Sinn und Zweck** dieser Vorschrift soll ein Geschäftsunfähiger unter den dort genannten Voraussetzungen am Geschäftsverkehr teilnehmen können. Obwohl das deutsche Zivilrecht streng zwischen Verpflichtungsgeschäft und Verfügungen trennt (Abstraktions- und Trennungsprinzip), spricht dieses klare gesetzgeberische Anliegen dafür, **auch die Übereignung** der 15 € an H als im Ergebnis von § 105a BGB erfasst anzusehen.

Zu den genauen **tatbestandlichen Anforderungen** dieser Vorschrift sei auf die späteren Ausführungen zum Kaufvertrag als Rechtsgrund i. S. d. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB verwiesen. Hier bleibt festzuhalten, dass sollte

der Kaufvertrag wirksam sein, H dann auch das Eigentum an den 15 € wirksam erlangt hätte.

B. Durch Leistung des G

Leistung i. S. d. §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB ist jede **bewusste, zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens**. Zweck der Zuwendung war die Erfüllung des Kaufvertrags. Bewusst handelte G ebenfalls, da er die für eine Leistung notwendige, natürliche Vorstellung besaß. Wie beim Besitz ist auch hier keine Willenserklärung verlangt.

C. Ohne rechtlichen Grund

G müsste ohne rechtlichen Grund an H geleistet haben. Einen solchen Grund könnte jedoch ein Kaufvertrag gem. § 433 BGB bilden. Er müsste **wirksam geschlossen** worden sein und dürfte nicht wegen **Geschäftsunfähigkeit** nach § 105 Abs. 1 BGB nichtig sein. Dabei ist die **Gegeneinwendung** des § 105a S. 1 BGB und wiederum deren Einwendung nach S. 2 zu berücksichtigen.

I. Kaufvertrag

G und H haben sich auf den Kauf eines Beutels Obst für 15 € geeinigt, nämlich mit Angebot und Annahme zwei übereinstimmende Willenserklärungen abgegeben. Die **essentialia negotii** waren jeweils klar bestimmt, von einem **Rechtsbindungswillen** gem. § 145 BGB ist auszugehen, da beide hier in einen geschäftlichen Austausch eintreten wollten.

II. Nichtigkeit wegen Geschäftsunfähigkeit

Die Willenserklärung des G könnte jedoch nach § 105 Abs. 1 BGB nichtig sein. Dies setzt voraus, dass G geschäftsunfähig ist. G ist **geisteskrank** und daher nach § 104 Nr. 2 BGB geschäftsunfähig, seine Willenserklärung ist nichtig.

III. Wirksamkeit gem. § 105a S. 1 BGB

Der Kaufvertrag könnte jedoch nach § 105a S. 1 BGB als wirksam anzusehen sein. Dies setzt voraus, dass G volljährig und geschäftsunfähig war, ein Geschäft des täglichen Lebens abschloss, dieses mit geringwertigen Mitteln bewirkt werden konnte und Leistung wie Gegenleistung bereits erbracht wurden.

1. Volljährigkeit

G ist **volljährig**, nämlich 23 Jahre alt, vgl. § 2 BGB.

2. Geschäftsunfähigkeit

G ist **geschäftsunfähig**, siehe oben.

3. Geschäft des täglichen Lebens

Da es zu den **alltäglichen, gewöhnlichen Tätigkeiten** gehört, Nahrung zu kaufen, und ein Obstbeutel für 15 € nicht den üblichen Umfang solcher Käufe sprengt, liegt hier ein Geschäft des täglichen Lebens vor.

4. Bewirkbarkeit mit geringwertigen Mitteln

Angesichts des **Kaufpreises von nur 15 €** läßt sich der von G und H geschlossene Vertrag mit geringwertigen Mitteln erbringen.

5. Bewirkung von Leistung und Gegenleistung

Leistung und Gegenleistung wurden hier bereits bewirkt, G hat den Kaufpreis beglichen und H den Obstbeutel **übergeben und übereignet**. Zur Wirksamkeit der Übereignung der 15 € an H nach § 929 S. 1 BGB angesichts des § 105a BGB siehe oben.

D. Ausschluss des § 105a S. 1 BGB gem. S. 2

Gem. § 105a S. 2 BGB gilt S. 1 nicht bei einer **erheblichen Gefahr** für die Person oder das Vermögen des Geschäftsunfähigen. Doch weder gefährdet eine Schuld von 15 € das Vermögen des G noch Obst etwa dessen Gesundheit erheblich.

Im Ergebnis ist der von G und H geschlossene Vertrag wirksam und G kann daher keinen Wertersatz für die von ihm an H gezahlten 15 € gem. §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 Alt. 2 BGB verlangen.

2. Taschengeldparagraph (§ 110 BGB)

a) Grundlagen

→ Siehe auch nachfolgend den Fall zum Taschengeldparagraphen.

Sinn und Zweck

§ 110 BGB versucht, zwei wichtige Anliegen zu verwirklichen: Zum einen wäre es für die Eltern (typischerweise nach §§ 1629 Abs. 1, 1626 Abs. 1 BGB der gesetzliche Vertreter) **reichlich aufwändig**, bei nahezu jedem Rechtsgeschäft des Minderjährigen ihre Zustimmung erteilen zu müssen.

Zum anderen sollen Minderjährige **lernen, wie man mit Geld umgeht**. Dazu gehört es, in begrenzter Höhe zu merken, dass und was für Konsequenzen es haben kann, wenn man Rechtsgeschäfte tätigt. Dazu gehören irrationale (interessenwidrige) Entscheidungen und vieles mehr.

Aus diesen und anderen Gründen hat es sich kulturell etabliert, Kindern ein sog. „**Taschengeld**“ zu geben, über das sie dann frei verfügen können. § 110 BGB erfasst dieses Anliegen und schließt solche Ausgaben **bewusst vom Minderjährigenschutz aus**.

Tatbestand

„Vertrag“

§ 110 BGB gilt – genauso wie § 108 BGB – nur für **Verträge**, nicht für einseitige Rechtsgeschäfte (zu diesen § 111 BGB).

„Minderjähriger“

Siehe zur Person des **Minderjährigen** i. S. d. §§ 107 ff. BGB insbesondere die §§ 2, 106 BGB.

„ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters“

Hat der gesetzliche Vertreter (meistens die Eltern) so **zugestimmt**, dass der Vertrag nicht mehr getreu § 108 BGB schwebend unwirksam ist, kommt es auf § 110 BGB nicht an.

Achtung: Prüfe in einer Klausur dennoch § 110 BGB selbst dann, wenn Deiner Ansicht nach eine solche Zustimmung vorliegt. Denn in einer Klausur sind nicht nur alle in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen, sondern auch alle in Betracht kommenden Einwendungen, zu prüfen.

Überlassung („Taschengeld“ und mehr)

§ 110 BGB gilt für Mittel, die dem Minderjährigen „**zu diesem Zweck** (vertragsgemäße Leistung) oder zu **freier Verfügung** von dem Vertreter oder mit dessen Zustimmung von einem Dritten überlassen worden sind.“

Das umfasst insbesondere das „**Taschengeld**“, weshalb Juristen § 110 BGB auch gerne danach benennen. Hier musst Du Dir nichts merken, sondern einfach den **Wortlaut lesen**, die einschlägige Passage nennen und dann subsumieren.

Aha: Prüfe also in der Klausur nicht „Taschengeld“, sondern den **einschlägigen Wortlaut** des § 110 BGB.

„bewirkt“

„Bewirkt“ im Sinne des § 110 BGB meint die **vollständige, rechtlich wirksame Übertragung** der geschuldeten Leistung, also etwa die Zahlung (z. B. Übereignung nach § 929 S. 1 BGB) eines Kaufpreises.

Aha: Achte auf das **vollständige Bewirken**. Wer vereinbart, mit seinem Taschengeld in mehreren Raten zu bezahlen, „bewirkt“ i. S. d. § 110 BGB erst mit Zahlung der letzten Rate.

Aha: Beim beliebten Klausurproblem eines **Ratenkaufs** durch Minderjährige musst Du streng genommen auch die Einwendung einer Nichtigkeit nach §§ 494 Abs. 1, 506 Abs. 1 BGB prüfen. Liegt der **Kaufpreis unter 200 €**, kannst Du dann immerhin schnell auf § 491 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BGB verweisen. In einer Anfängerklausur würde ich diese Prüfung allerdings nicht erwarten und darauf bereits in der Fallfrage hinweisen. Dennoch verdeutlicht dieses Beispiel, wie hilfreich es ist, „**am konkreten Fall zu lernen**“: Denn von allein wirst Du selten an diese sehr speziellen Vorschriften denken.

Rechtsfolge

§ 110 BGB führt dazu, dass das dem Bewirken **zugrunde liegende Rechtsgeschäft** – etwa ein Kaufvertrag – als **von Anfang an wirksam** gilt.

Wie § 110 BGB einbauen?

Bei der Frage, **an welcher Stelle einer Falllösung** Du diese Vorschrift prüfst, ist so manches vertretbar. Oft gibt es mehrere zweckmäßige Möglichkeiten aufzubauen. § 110 BGB ist dafür ein Beispiel:

- **Einwendung gegen § 108 BGB:** Wortlaut und Systematik des § 110 BGB legen es nahe, ihn als Einwendung gegen die aus § 108 BGB an sich folgende schwebende Unwirksamkeit anzusehen. Damit lässt

sich diese Vorschrift direkt danach auf gleicher Ebene prüfen. So auch der nachfolgende Musterfall.

- **Weiteres Tatbestandmerkmal von 108 BGB:** Gut vertretbar ist es auch, § 110 BGB innerhalb des § 108 BGB, und zwar nach der (fehlenden) Genehmigung, zu prüfen.
- **Sonderfall einer Einwilligung:** Ebenso mag man § 110 BGB als den Sonderfall einer Einwilligung ansehen und diese Norm daher innerhalb des § 108 BGB bei diesem Merkmal ansprechen.
- **Weitere Regelung zur Erforderlichkeit einer Einwilligung:** Schließlich hielte ich es noch für vertretbar, in § 110 BGB neben dem § 106 BGB eine weitere Regelung zur Erforderlichkeit einer Einwilligung zu sehen und diese Vorschrift daher dort zu prüfen.

Aha: Solche Aufbaufragen musst Du Dir für eine Klausur zwar **genau überlegen** – gerade darin liegt oft bereits eine wichtige und anspruchsvolle Leistung. Allerdings solltest Du Deine Entscheidung dann **nicht ansprechen oder begründen**, sondern lediglich danach handeln. Wohl aber kann es sich empfehlen, an der ersten Stelle Deiner Lösung, an der ein Korrektor § 110 BGB erwarten mag, kurz darauf hinzuweisen, dass diese Prüfung noch folgt (Bsp.: „Zu § 110 BGB siehe gleich unter ...“).

b) Fall

→ Siehe zu diesem Fall auch die folgenden Hinweise.

Sachverhalt

Der 13-jährige Karl, der im Monat 40 € Taschengeld bekommt, kauft bei Händler Viktor für 160 € ein Fahrrad. Der Kaufpreis soll in vier Monatsraten von 40 € bezahlt werden. Nachdem K die erste Rate bezahlt hat, wird ihm das Rad gestohlen. Als er seinen Eltern zerknirscht von alldem erstmals erzählt, sind sie mit seinem Kauf nicht einverstanden. Die weiteren Raten zahlt K daraufhin nicht mehr. Welche Ansprüche hat V gegen K?

Musterlösung

A. V → K, 3 mal 40 €, § 433 Abs. 2 BGB

I. Kaufvertrag

K und V haben einen Kaufvertrag gem. § 433 BGB über das Fahrrad zu 4 * 40 (160) € geschlossen.

II. Nichtigkeit gem. §§ 494 Abs. 1, 491, 506 Abs. 1 BGB

Hinweis: In einer Anfängerklausur würde ich keine Prüfung dieser Einwendung erwarten und hierauf bereits bei der Fallfrage hinweisen.

Der von K und V geschlossene Vertrag könnte nach § 494 Abs. 1 BGB nichtig sein. Das setzt voraus, dass ein Verbraucherdarlehensvertrag vorliegt und sowohl die Schriftform als auch die Vorgaben zur Verbraucherinformation nach Art. 247 6 ff. EGBGB eingehalten wurden.

Was ein Verbraucherdarlehensvertrag ist, definiert § 491 BGB. Nach § 506 BGB gelten diese Vorgaben auch für einen Ratenkauf. Zudem muss nach § 491 Abs. 2 S. 1 BGB V Unternehmer (definiert in § 14 BGB) und K Verbraucher (definiert in § 13 BGB) sein, was hier unproblematisch der Fall ist (V ist Händler).

Allerdings liegt nach § 491 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BGB nur dann ein Allgemein-Verbraucherdarlehensvertrag vor, wenn der Nettodarlehensbetrag weniger als 200 € beträgt. Genau das ist hier der Fall: Der gesamte Kaufpreis beträgt nur 160 €, so dass die Vorgaben des § 494 Abs. 1 BGB nicht greifen. Damit ist der von K und V geschlossene Vertrag nicht nach dieser Vorschrift nichtig.

III. Schwebende Unwirksamkeit gem. § 108 Abs. 1 BGB

Der von K und V geschlossene Vertrag könnte nach § 108 Abs. 1 BGB (schwebend) unwirksam sein. Das setzt voraus, dass tatsächlich ein Vertrag vorliegt, K minderjährig ist, eine Einwilligung erforderlich ist und die gesetzlichen Vertreter eine solche nicht erteilt oder gar bereits verweigert haben.

1. „Vertrag“

K und V haben einen Vertrag geschlossen, siehe oben.

2. „Minderjährige“

K ist minderjährig, vgl. §§ 2, 106 BGB.

3. „erforderliche Einwilligung“

Nach § 107 BGB ist eine Einwilligung erforderlich, sofern der Minderjährige nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt. Der Kaufvertrag verpflichtet K auch zur Zahlung des Kaufpreises (vgl. § 433 Abs. 2 BGB), bringt ihm also nicht nur lediglich einen rechtlichen Vorteil.

4. „gesetzlichen Vertreters“

Die für die Einwilligung zuständigen, gesetzlichen Vertreter sind nach §§ 1629 Abs. 1, 1626 Abs. 1 BGB die Eltern des K.

5. „ohne Einwilligung“

Eine vorherige Zustimmung (Einwilligung, vgl. § 183 BGB) haben die Eltern des K nicht erteilt. Die Wirksamkeit des Kaufvertrags hing also von der Genehmigung der Eltern des K ab.

6. Keine Genehmigung

Eine nachträgliche Genehmigung (vgl. § 184 BGB) erfolgte ebenso wenig, vielmehr haben die Eltern ihre Zustimmung verweigert. Nach § 182 Abs. 1 BGB können sich die Eltern sowohl M als auch F gegenüber erklären (vgl. aber auch § 108 Abs. 2 BGB). Damit ist der von V und K geschlossene Vertrag endgültig unwirksam.

IV. Wirksamkeit von Anfang an gem. § 110 Var. 2 BGB

Der von K und V geschlossene Kaufvertrag könnte nach § 110 Var. 2 BGB als von Anfang an wirksam gelten. Das setzt voraus, dass dieser Vertrag ohne die Zustimmung der Eltern geschlossen wurde und K die vertragsgemäße Leistung mit Mitteln bewirkt, die ihm von seinen Eltern zur freien Verfügung überlassen wurden.

1. „Vertrag“; „Minderjährigen

K und V haben einen Vertrag geschlossen und K ist minderjährig, siehe oben.

2. „ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters“

K und V schlossen ihren Vertrag ohne Zustimmung der Eltern des K.

3. „vertragsgemäße Leistung“

Die Ratenzahlungen des K dienen der Erfüllung des Kaufvertrages, sind also dessen vertragsgemäße Leistung.

4. Verwendung von zur freien Verfügung überlassenen Mitteln

K bekam pro Monat 40 € als Taschengeld, also zur freien Verfügung, und wollte den Kaufpreis hiermit begleichen.

5. „bewirkt“

K müsste die vertragsgemäße Leistung (hier insgesamt 160 €) bereits „bewirkt“ haben. Das jedoch wäre erst mit Zahlung der letzten Rate der Fall. Zum jetzigen Zeitpunkt hat K lediglich 40 € gezahlt, weshalb § 110 BGB nicht greift und damit der von V und K geschlossene Vertrag weiterhin unwirksam ist.

B. V → K, Wertersatz für das Fahrrad, §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB

V könnte gegen K nach §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB einen Anspruch auf Wertersatz für den verlorenen Besitz oder verlorenes Eigentum am Fahrrad haben. Das setzt voraus, dass K Besitz oder Eigentum am Fahrrad erlangt hat, dies durch Leistung des V geschah und es hierfür an einem rechtlichen Grund fehlt.

I. „etwas erlangt“

K müsste Besitz oder Eigentum am Fahrrad erlangt haben.

1. Besitz

K hat Besitz am Fahrrad erlangt, vgl. § 854 Abs. 1 BGB.

2. Eigentum

Fraglich ist, ob K auch das Eigentum am Fahrrad erlangt hat. Ursprünglich war V Eigentümer (vgl. auch § 1006 Abs. 1 BGB), könnte dies jedoch nach § 929 S. 1 BGB an K verloren haben. Das verlangt, dass das Fahrrad eine bewegliche Sache und V (ursprünglich) Eigentümer ist, sowie eine Übergabe und die (dingliche) Einigung darüber, dass das Eigentum übergehen soll.

a) Bewegliche Sache

Das Fahrrad ist eine bewegliche Sache, vgl. § 90 BGB.

b) Übergabe

V hat K Besitz am Fahrrad verschafft (vgl. § 854 Abs. 1 BGB) und damit das Fahrrad übergeben.

c) Eigentum des V

V war ursprünglich Eigentümer.

d) Dingliche Einigung

K und V müssten sich wirksam auf den Eigentumsübergang geeinigt haben.

aa) Einigung

K und V waren sich darüber einig, dass das Eigentum am Fahrrad übergehen soll, haben also einen entsprechenden (dinglichen) Vertrag abgeschlossen.

bb) Schwebende Unwirksamkeit gem. § 108 Abs. 1 BGB

Dieses dingliche Rechtsgeschäft könnte jedoch nach § 108 Abs. 1 BGB schwebend unwirksam sein.

(1) Vertrag

Die dingliche Einigung nach § 929 S. 1 BGB ist ein Vertrag.

(2) Minderjähriger

K ist minderjährig, vgl. dazu bereits oben.

(3) „erforderliche Einwilligung“

Die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters (hier der Eltern, vgl. oben) müsste erforderlich sein. Nach § 107 BGB ist dies immer dann der Fall, ist die Willenserklärung des Minderjährigen für diesen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft. Hier ist Gegenstand des zu prüfenden dinglichen Vertrags, dass K Eigentümer des Fahrrads werden soll. K erhält also ein Recht, selbst erleidet er keine rechtlichen Nachteile. Damit ist § 107 BGB einschlägig und die dingliche Einigung nicht nach § 108 Abs. 1 BGB

schwebend unwirksam und das Eigentum am Fahrrad nach § 929 S. 1 BGB von V auf K übergegangen.

II. „durch Leistung des F“

M müsste Besitz und Eigentum am Fahrrad durch Leistung des V erhalten haben. Leistung gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB ist die bewusste, zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens. Hier hat V dem K bewusst beides verschafft, Zweck seines Handelns war die Erfüllung (vgl. § 362 Abs. 1 BGB) des Kaufvertrags.

III. „ohne rechtlichen Grund“

Diese Leistung müsste ohne rechtlichen Grund erfolgt sein. Diesen sollte zwar eigentlich der von K und V geschlossene Kaufvertrag bilden, doch ist dieser Kaufvertrag nach § 108 Abs. 1 BGB unwirksam, siehe oben. Damit fehlt es am rechtlichen Grund.

IV. Rechtsfolge

1. Herausgabe des Erlangten

Nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB hat M dem V das Erlangte – hier Besitz und Eigentum am Fahrrad – herauszugeben. Da jedoch das Fahrrad gestohlen wurde, ist ihm das nicht mehr möglich.

2. Wertersatz, § 818 Abs. 2 BGB

Für diesen Fall sieht § 818 Abs. 2 BGB vor, dass der Wert zu ersetzen ist.

3. Entreicherung, § 818 Abs. 3 BGB

K ist jedoch nach § 818 Abs. 3 BGB „entreichert“ (nicht mehr bereichert), da er das Fahrrad nicht mehr besitzt und mangels Besitz auch mit seinem Eigentum praktisch nichts mehr anfangen kann. Die sog. Saldotheorie gilt für Minderjährige nicht.

4. Haftung nach §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292, 989, 990 Abs. 1 BGB

Hinweis: In einer Anfängerklausur würde ich keine Prüfung dieser Einwendung erwarten. Denn dieser Stoff gehört in die Vorlesung „Bereicherungsrecht“, „gesetzliche Schuldverhältnisse“ o. Ä.

Selbst wenn K von seiner Minderjährigkeit wusste, haftet er nicht nach §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292, 989, 990 Abs. 1 BGB nach den allgemeinen

Vorschriften. Nach dem klaren Sinn und Zweck der §§ 106 ff. BGB soll der Minderjährige bis zu seinem 18. Lebensjahr vor den nachteiligen Folgen von Rechtsgeschäften geschützt werden. Diese klare, spezielle Wertung sollte nicht durch die sehr allgemeinen und bewusst „schwach“ ausgestalteten bereicherungsrechtlichen Vorschriften der §§ 812 ff. BGB unterlaufen werden. Damit ist für solche Kenntnisse auf die der gesetzlichen Vertreter (hier der Eltern, vgl. oben) abzustellen (a. A.: deliktischer Maßstab analog § 828 Abs. 3 BGB).

Im Ergebnis kann V von K keinen Wertersatz aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB verlangen.

c) Hinweise

→ Hinweise zum obigen Musterfall.

Thematik

- **Grundlagen Sachen- und Bereicherungsrecht:** Wie für Anfängerklausuren typisch, werden hier bereits einige Kenntnisse des Sachenrechts und des Bereicherungsrechts vorausgesetzt. Konkret sind das die §§ 90, 854 Abs. 1, 985 f., 929 und 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB.
- **Hintergrund:** Weil es nur ein „Allgemeiner Teil“ ist, kann man manche Themen nur verstehen bzw. in einer Klausur abfragen, wenn man begrenzte Kenntnisse außerhalb dessen voraussetzt. Doch will der Klausurensteller hier selten Böses und versucht man gemeinhin, solche zusätzlichen Anforderungen begrenzt zu halten.

Sachverhalt

- **Spontane Einfälle:** Schon bei der erstmaligen Lektüre des Sachverhalts werden Dir mit zunehmender Erfahrung spontane Einfälle zu möglicherweise einschlägigen Normen, Rechtsproblemen oder Argumenten kommen. Hier solltest Du am Rand kurz ein Stichwort notieren, um dann aber gleich weiterzulesen.
- **„Reizworte“:** Achte dabei auf typische „Reizworte“, hier etwa:
 - **„13-jährige“** – Minderjährigkeit, §§ 106 ff. BGB?

- **„Taschengeld“** – § 110 BGB?
- **„Rate“** – Ist Ratenzahlung noch „Taschengeld“? Darlehen? Ratenkauf?

Abschluss Kaufvertrag

- **Gutachten- versus Urteilsstil:** Beim hier unproblematischen Kaufvertrag solltest Du Urteilsstil verwenden. Die Probleme liegen ersichtlich woanders. Im Zweifel benötigst Du Deine Zeit dann dort. Der Sachverhalt gibt ohnehin nichts her, womit man subsumieren könnte.
- **Allenfalls** solltest Du kurz erwähnen, dass auf beiden Seiten ein Rechtsbindungswille gemäß § 145 BGB (es geht immerhin um ein Geschäft über 200 € mit Fremden) und die wesentlichen Vertragsbestandteile (Kaufgegenstand, Kaufpreis, Parteien) gegeben sind.
- **Was ist mit § 131 Abs. 2 BGB?**
 - **Entbehrlich:** Wann immer Du ohnehin noch § 108 BGB prüfst, musst Du nicht schon beim Vertragsschluss auf § 131 Abs. 2 BGB eingehen.
 - **Am Rande:** Sofern V das Angebot abgab, ist dessen Zugang für K lediglich rechtlich vorteilhaft, da K hierdurch die Möglichkeit einer Annahme des Angebots erhält.

§ 494 Abs. 1 BGB

- **Von Anfängern nicht zu erwarten:** Leider sind die §§ 494 Abs. 1, 491, 506 Abs. 1 BGB in Fällen zu § 110 BGB meist einschlägig. Doch ist es in Anfängerklausuren nicht zu erwarten, dass Du sie findest und korrekt anwendest. Das wird entweder der Korrektor berücksichtigen oder es steht bereits im Fall, dass diese Normen nicht zu prüfen sind.
- **Einstieg mit der Rechtsfolge:** Wie immer erfolgt die Prüfung dieser Einwendung über die Rechtsfolge (§ 494 Abs. 1 BGB: „sind nichtig, wenn...“). Erst dann wird der zugehörige Tatbestand geprüft.

- **Weiterprüfen:** Selbst wenn Du – warum auch immer – zum Ergebnis kommst, dass der Vertrag bereits nach § 494 Abs. 1 BGB nichtig ist, prüfe unbedingt noch die schwebende Unwirksamkeit nach § 108 Abs. 1 BGB.
 - **Immer an den Leser denken:** Zum einen möchte der Klausursteller in einer Anfängerklausur ersichtlich etwas zur Minderjährigkeit hören. Versuche generell zu erspüren, was der Klausursteller von Dir erwartet.
 - **Gutachten:** Davon unabhängig gehören in ein Gutachten nicht nur sämtliche in Betracht kommende Anspruchsgrundlagen (Du hörst also nicht nach der ersten auf zu prüfen), sondern genauso sämtliche in Betracht kommende Einwendungen.

§ 108 BGB

- **Mit dem Gesetz arbeiten:** Du kannst bei § 108 Abs. 1 BGB schulmäßig Tatbestandsmerkmal für Tatbestandsmerkmal durchprüfen, ohne groß etwas auswändig zu wissen.
- **Einstieg mit der Rechtsfolge:** Steige auch hier wieder mit der Rechtsfolge („gilt als von Anfang an unwirksam“) ein. Mache es Dir dabei wie immer leicht und verwende schlicht die Formulierung des Gesetzes.
- **Einschlägige Normen zitieren:** Zitiere dabei (wie generell) jede einschlägige Norm, damit Dein Korrektor viele Häkchen setzt. Konkret sind das bei „Minderjähriger“ die §§ 2, 106 BGB, bei „gesetzlicher Vertreter“ die §§ 1629 Abs. 1, 1626 Abs. 1 BGB, bei der Einwilligung der § 183 BGB, bei deren Erforderlichkeit § 107 BGB usw.
- **Gliedern:** Gliedere auch bei § 108 BGB immer möglichst weit durch. So gewinnt der Leser schnell den Eindruck, dass Du zu den besseren Kandidaten gehörst, und freut sich darüber, dass er Deinen Ausführungen gut folgen kann.

§ 110 BGB

- **An welcher Stelle einbauen?** Bei § 110 BGB gibt es mehrere vertretbare Möglichkeiten, aufzubauen. Siehe dazu allgemein beim „Taschengeldparagraphen“.
- **„bewirkt“**
 - **Klassiker:** Das Merkmal „bewirkt“ ist zumindest in Anfängerklausuren das klassische Problem des § 110 BGB. Und ja, es hilft dabei, in einer Klausur „von ganz allein“ auf dieses Problem zu kommen, wenn man vorher schon einmal davon gehört hat 😊. Zwar muss man sich bei Jura sehr viel weniger merken, als viele glauben. Aber es wäre gelogen, dass Kenntnis nicht hilft.
 - **Lernen anhand von Fällen:** Je mehr Du dabei anhand von Fällen lernst, desto eher wirst Du jene Probleme kennenlernen, die sich in Klausuren gut einbauen lassen und damit oft in diesen vorkommen.

§ 985 BGB

- **„Hin“ versus „zurück“:** Mache Dir in einer Klausur immer klar, um welche „Richtung“ es geht:
 - **Hin:** den erstmaligen Austausch in Erfüllung von Primäransprüchen wie § 433 Abs. 1 und 2 BGB (Käufer bekommt Kaufsache, Verkäufer bekommt das Geld) oder ...
 - **Zurück:** die Rückabwicklung bereits ausgetauschter (übergebener, übertragener etc.) Gegenstände anhand von Anspruchsgrundlagen wie insbesondere §§ 346 ff. BGB (wird bei Leistungsstörungen relevant), § 985 BGB und § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB (Leistungskondiktion).
- **BGB AT-Klausuren:** Da es im BGB AT oft um die Unwirksamkeit bzw. Nichtigkeit von Rechtsgeschäften geht, thematisieren Klausuren oft die Rückabwicklung bereits ausgetauschter Leistungen. Daher wird es meistens auch von einem Anfänger erwartet, bereits einige Grundlagen des Sachenrechts und des Bereicherungsrechts zu kennen, zumal Du nur so das Abstraktions- und Trennungsprinzip verstehst.

§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB

- **Kenntnis regelmäßig verlangt:** Wenngleich Du das Bereicherungsrecht (§§ 812 ff. BGB) typischerweise erst später in einer gesonderten Vorlesung erlernst, wird von Dir meistens bereits in einer Anfängerklausur erwartet, die Vorschrift des § 812 Abs. 1 S. 1. Alt. 1 BGB (wichtigster Fall einer „Leistungskondiktion“) prüfen zu können.
- **Unbedingt präzise zitieren:** Achte dabei darauf, präzise auch noch die jeweilige Alternative zu zitieren. Denn § 812 Abs. 1 BGB enthält insgesamt vier zu unterscheidende Anspruchsgrundlagen. Also: § 812 Abs. 1 S. 1. Alt. 1 BGB.
- **„etwas erlangt“:** Prüfe bei diesem Tatbestandsmerkmal genau, was erlangt wurde. Man erlangt nicht „das Fahrrad“, sondern Besitz und/oder Eigentum daran.
 - **Besitzerlangung als Realakt:** Die Erlangung des Besitzes ist getreu § 854 Abs. 1 BGB kein Rechtsgeschäft und wird daher anders, nämlich als „Realakt“, bezeichnet. Subjektiv verlangt der Besitz lediglich einen sogenannten natürlichen Besitzwillen, den auch schon Kinder haben. Hier kannst Du den Besitz, da unproblematisch, im Urteilsstil abhandeln.
 - **Eigentum historisch prüfen:** Bei der Prüfung, ob K auch Eigentum am Fahrrad erlangt hat, solltest Du wie immer beim Eigentum historisch prüfen. Das ist am einfachsten. Also: Ursprünglich waren Adam und Eva Eigentümer des Apfels. Sie könnten das Eigentum am Apfel jedoch an Abraham verloren haben ...
 - **Vermutung des § 1006 Abs. 1 BGB:** Bei dieser historischen Prüfung des Eigentums kannst du mit der Vermutung des § 1006 Abs. 1 BGB anfangen, sofern der Sachverhalt zur Ausgangslage nichts sagt.
 - **Dingliche Einigung:** Wenn Du § 929 S. 1 BGB prüfst, verlangt diese Norm mit der dinglichen Einigung einen Vertrag. Dieses Rechtsgeschäft darfst Du nicht mit dem streng davon zu trennenden, schuldrechtlichen Kaufvertrag verwechseln. Es gilt das Abstraktions- und Trennungsprinzip. Auch die Prüfung des § 108 Abs. 1 BGB (wie auch aller anderen Voraussetzungen an ein Rechtsgeschäft) betrifft also diese

dingliche Einigung und nicht den zugrunde liegenden Kaufvertrag.

- **„durch die Leistung“**: Wenngleich Du § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB recht gut anhand seines Wortlauts einfach „durchprüfen“ kannst, empfiehlt es sich, Dir die Definition einer Leistung als „bewusste, zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens“ einzuprägen.
- **„ohne rechtlichen Grund“**: Bei diesem Merkmal geht es um den schuldrechtlichen Kaufvertrag (das Verpflichtungsgeschäft), da dieser Kaufvertrag den Grund für die Übereignung des Fahrrads (dingliches Rechtsgeschäft) bildet.
- **§ 818 BGB**: Zu § 818 BGB würde ich von Anfängern keine näheren Kenntnisse erwarten, sondern das der späteren Vorlesung speziell zum Bereicherungsrecht vorbehalten. Das betrifft Fragen einer Entreicherung, der sogenannten „Saldotheorie“ oder die zunächst jeden einschüchternde Paragrafenreihe der §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292, 989, 990 Abs. 1 BGB.

3. Berufstätigkeit des Minderjährigen (§§ 112 f. BGB)

Sinn und Zweck

Oft möchte bzw. soll ein Mensch bereits dann einer beruflichen Tätigkeit nachgehen, wenn er noch gar nicht volljährig ist. Ist er dieser Aufgabe gewachsen, liegt es dann in seinem Interesse, nicht für jedes einzelne damit verbundene Rechtsgeschäft seine Eltern fragen zu müssen.

Der damit verbundene **Aufwand** wäre reichlich groß, er würde von seinen Geschäftspartnern bzw. seinem Arbeitgeber nicht **ernst genommen**, auch wird er sich oft **selbst behaupten** wollen.

Andererseits ist eine **berufliche Tätigkeit riskant**. „Da draußen“, jenseits der behüteten Sphäre eines Elternhauses, weht ein rauher Wind.

Das Zivilrecht versucht hier, die Interessen des Minderjährigen bestmöglich zu verwirklichen und damit auch die Unterschiede zwischen selbständiger Tätigkeit (dazu § 112 BGB) und abhängiger Beschäftigung (dazu § 113 BGB) zu berücksichtigen.

§ 112 BGB (selbständige Tätigkeit)

Größere Gefährdung

Eine selbständige Tätigkeit ist regelmäßig **deutlich riskanter** als eine abhängige Beschäftigung: Denn hier erhält man kein gesichertes, stetiges Gehalt unabhängig von der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens, sondern wirtschaftet auf **eigene Rechnung**.

Das Arbeitsrecht schützt einen nicht – weil nicht „Arbeitnehmer“ –, und auch das Sozialversicherungsrecht ist weithin nicht anwendbar. Die **Haftung** richtet sich ohne Besonderheiten nach den allgemeinen Grundsätzen. Dafür sind oft – aber keineswegs immer – die **Freiheiten und Ertragschancen** größer.

Zustimmung auch des Familiengerichts

Daher verlangt § 112 Abs. 1 S. 1 BGB für die **Aufnahme** einer selbständigen Tätigkeit nicht nur die „Ermächtigung“ (Einwilligung) des gesetzlichen Vertreters, sondern zusätzlich die des **Familiengerichts** (vgl. zu diesem § 23b GVG). Nach S. 2 kann der Minderjährige dann zwar allein handeln, nicht jedoch für Rechtsgeschäfte i. S. d. §§ 1643 ff. BGB.

§ 113 BGB (abhängige Beschäftigung)

Geringere Gefahren

Arbeitnehmer sind anders als selbständig Tätige zwar weniger frei in ihrem Handeln und unterliegen insbesondere dem Weisungsrecht ihres Arbeitgebers (vgl. § 611a BGB und § 106 GewO).

Dafür erhalten sie unabhängig vom Unternehmensertrag einen **festen Lohn** und **haften nur sehr eingeschränkt**, wenn ihnen ein Missgeschick unterläuft (sog. Betriebsrisikolehre). Zudem sind sie sozialrechtlich etwa durch Arbeitslosengeld oder Krankengeld abgesichert.

Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters reicht

Daher verzichtet § 113 BGB – anders als § 112 BGB – auf die Zustimmung des Familiengerichts. Darüber hinaus schützt es den Minderjährigen davor, dass andere gesetzliche Vertreter als seine Eltern ihm eine einmal erteilte Ermächtigung (Einwilligung) verweigern oder wieder entziehen,

wenn das nicht in seinem Interesse liegt. Darüber wacht dann das Familiengericht.

Aha: Dass es auch bei der Geschäftsfähigkeit – genauso wie im gesamten Vertragsrecht und weit darüber hinaus – letztlich um die von manchen Vertragstheorien so gerne ignorierten Parteiinteressen geht, verdeutlicht § 113 Abs. 3 S. 2 BGB besonders klar, weil ausdrücklich auf eben jene Interessen hinweisend.

Klausur

In einer Klausur genügt es meistens, die §§ 112 f. BGB **sauber anzuwenden**, ohne dass dabei detaillierte Spezialkenntnisse verlangt würden. Lies und subsumiere aufmerksam, überlege Dir einen zweckmäßigen Aufbau, und verwende Deinen „gesunden Menschenverstand“.

Allerdings mag es – zumindest für „Bonushäkchen“ – hilfreich sein, wenn Du ggf. die §§ 1643 ff. BGB oder § 23b GVG zitieren kannst.

§ 5 Kommunikation

A. Vertragsschluss

Begriff

Verträge werden mittels übereinstimmender (korrespondierender) und empfangsbedürftiger Willenserklärungen, meist **Angebot** (Antrag) und **Annahme** genannt, geschlossen. Wie diese **Verständigung** zwischen den Parteien erfolgt, regeln insbesondere die §§ 130 ff., 146 ff. BGB.

Voraussetzungen

Übereinstimmung

Da ein Vertrag mindestens zwei Willenserklärungen verlangt, nämlich zwischen mindestens zwei Parteien geschlossen wird, müssen diese Willenserklärungen **inhaltlich übereinstimmen**. Nur dann kann die Rechtsordnung davon ausgehen, dass der so einheitlich vereinbarte Vertragsinhalt die Interessen beider Parteien wahrt. Eine vom Angebot **abweichende Annahme** gilt hingegen nach § 150 Abs. 2 BGB als Ablehnung, verbunden mit einem neuen Angebot.

Hinweis: Einige Autoren bestehen darauf, von „**korrespondierenden**“ statt von „übereinstimmenden“ Willenserklärungen zu sprechen. Schließlich erkläre die eine Seite z. B., kaufen zu wollen, während die andere Seite verkaufen will. Doch stimmen beide Seiten darüber ein, wer Käufer und wer Verkäufer sein soll, sie erklären also nichts Verschiedenes.

Angebot und Annahme

Bei **zweiseitigen Verträgen**, etwa einem Kaufvertrag, nennt man diese übereinstimmenden Willenserklärungen Angebot (bzw. Antrag, vgl. §§ 145 ff. BGB) und Annahme. Bei Verträgen mit **drei oder mehr Parteien** – etwa manchem Gesellschaftsvertrag gem. §§ 705 ff. BGB – ist

es nicht immer klar, aber meistens auch gar nicht so wichtig, wer in welcher Reihenfolge seine Willenserklärung abgegeben hat. Die Voraussetzungen der §§ 130 ff., 145 ff. BGB lassen sich hier dennoch prüfen.

Kommunikation

Weil die vertraglichen Willenserklärungen übereinstimmen müssen, bedarf es meist einer gewissen **Koordination** der jeweiligen Entscheidungsfindung. Die Parteien müssen sich untereinander **verständigen**, miteinander kommunizieren. Daher erfordern **empfangsbedürftige Willenserklärungen** wie das Angebot und die Annahme eine Abgabe und einen Zugang.

Vertrag

Vertrag meint auch hier nicht etwa nur schuldrechtliche **Verpflichtungsgeschäfte**, sondern genauso auch **Verfügungen**. Sein **Inhalt** bestimmt sich nach den üblichen Auslegungsregeln. Er ist Rechtsgeschäft und unterfällt daher allen für Rechtsgeschäfte, Verträge oder Willenserklärungen geltenden Regeln des BGB AT. Näher dazu allgemein beim Vertrag.

Einseitige Rechtsgeschäfte sind demgegenüber kein Vertrag, wohl aber oft empfangsbedürftig und dann an den §§ 130 ff. BGB zu messen.

B. Empfangsbedürftige Willenserklärungen

I. Empfangsbedürftigkeit

1. Begriff und Beispiele

Empfangsbedürftigkeit

Empfangsbedürftige Willenserklärungen sind **an eine andere Person adressiert** und erfordern damit Kommunikation. Daher verlangt § 130

Abs. 1 S. 1 BGB für die „Wirksamkeit“ einer Willenserklärung gegenüber Abwesenden ausdrücklich Abgabe und Zugang. Gegenüber Anwesenden gilt – wenngleich gesetzlich nicht geregelt – Ähnliches.

Tipp: Die meisten Willenserklärungen sind empfangsbedürftig, so dass es leichter fällt, sich mit den **überschaubaren Ausnahmen** (darunter insbesondere das Testament und die Auslobung) zu beschäftigen.

Beispiele

Klassische Beispiele für empfangsbedürftige Willenserklärungen sind Angebot und Annahme bei Verträgen, aber auch die meisten einseitigen Rechtsgeschäfte.

Hierunter fallen etwa Anfechtung (vgl. § 143 Abs. 1 BGB), Kündigung, Rücktritt (vgl. § 349 BGB), Vollmacht (vgl. § 167 Abs. 1 BGB), Widerruf (vgl. § 130 Abs. 1 S. 1 BGB oder § 355 Abs. 1 S. 1 BGB), Mahnung oder Zustimmung (§§ 182 Abs. 1 BGB).

In all diesen Fällen gibt es ersichtlich einen Adressaten, der von dem Inhalt der Willenserklärung **erfahren sollte**. In den hier zitierten Normen wird die Empfangsbedürftigkeit sogar ausdrücklich klargestellt („Erklärung gegenüber...“ o. Ä.).

Gegenbeispiele

§ 151 S. 1 BGB

Nach § 151 S. 1 BGB kann die Abgabe und der Zugang einer Willenserklärung entbehrlich sein, nicht jedoch die Willenserklärung selbst. Näher dazu gleich.

Testament

Einseitige Rechtsgeschäfte sind vereinzelt nicht empfangsbedürftig. Hierzu gehört insbesondere das Testament (vgl. §§ 2247 ff. BGB). Denn hier hat es **allein den Erblasser** zu interessieren, wem er sein eigenes Vermögen vermacht.

Die Erben haben allein ein Anrecht auf den **Pflichtteil** nach §§ 2303 ff. BGB. Damit müssen die Erben (oder andere) nicht von dem Testament erfahren. Vielmehr mag der Erblasser geheim halten wollen, wer tatsächlich erbt.

Auslobung

Ein weiteres Beispiel für eine fehlende Empfangsbedürftigkeit ist die Auslobung gem. §§ 657 ff. BGB. Zwar hat der getreu der Auslobung Handelnde ein **berechtigtes Interesse** daran, vom Inhalt der Auslobung zu erfahren.

Doch gestaltet sie das BGB dennoch als einseitiges Rechtsgeschäft (und nicht als Vertrag) aus, damit auch derjenige die Belohnung erhält, der von der Auslobung **nichts mitbekommen hatte**. Bsp.: Finder F bringt Oma O den entlaufenen Hund zurück, ohne dass er von den ausgelobten 100 € weiß.

Auslegung

Während empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte grundsätzlich objektiv auszulegen (§§ 133, 157 BGB) sind, lässt sich für nicht-empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte **keine allgemeine Aussage** treffen:

Das **Testament** etwa ist subjektiv allein nach dem Willen des Erblassers auszulegen (§ 133 BGB), eine **Auslobung** demgegenüber objektiv. Näher dazu bei der subjektiven Auslegung von Willenserklärungen. Wie immer kann der irrtümlich Erklärende nach §§ 118 ff. BGB anfechten, sollte das objektiv Erklärte vom tatsächlich Gewollten abweichen.

Klausur

In einer Klausur musst Du nur dann auf Abgabe und Zugang (und damit etwa die Wirksamkeit nach § 130 Abs. 1 S. 1 BGB) eingehen, wenn hier etwas **problematisch sein könnte**.

Sofern der Sachverhalt z. B. nur davon berichtet, dass K dem V etwas „schreibt“, reicht es aus, für die Willenserklärung Rechtsbindungswille (§ 145 BGB) und wesentliche Vertragsbestandteile zu erwähnen.

2. Entbehrlichkeit nach § 151 S. 1 BGB

Grundsatz

Eine Willenserklärung ist nach § 151 S. 1 BGB **nicht empfangsbedürftig** („ohne dass die Annahme dem Antragenden gegen-

über erklärt zu werden braucht“), wenn dies nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende darauf verzichtet hat. Abgabe und Zugang sind dann also **entbehrlich**, nicht jedoch der Annahmewille.

Aha: § 151 S. 1 BGB verzichtet **nicht auf den Annahmewillen**, sondern nur auf dessen **Erklärung** gegenüber dem Antragenden. Der Adressat muss also nach wie vor die Annahme **wollen**, dieser Wille ist wie immer durch Auslegung den Umständen zu entnehmen.

Beispiel: Pfeifensammler K bekommt wie so oft vom Pfeifenhändler seines Vertrauens eine schöne Pfeife zugesandt. Er wirft die Verpackung weg und stellt sie in sein Regal mit der Aufschrift „Meine schönsten Pfeifen“.

Sinn und Zweck

§ 151 BGB dient der **Leichtigkeit des Vertragsschlusses**: Das Zivilrecht erleichtert es den Parteien größtmöglich, ihre Interessen durch Rechtsgeschäfte zu verwirklichen. So erlaubt es etwa auch mündliches oder schlüssiges Handeln und stellt umfangreiches dispositives Recht bereit.

Besondere Anforderungen – etwa Formerfordernisse oder wie hier Abgabe und Zugang – stellt es nur dann auf, wenn deren Vorteile für die Parteien (etwa eine bessere Entscheidungsqualität) die damit verbundenen **Mühen überwiegen**.

Beispiele

- Vereinbarung

Vereinbaren die Parteien, dass die Annahme nicht dem Antragenden erklärt zu werden braucht, so greift die Grunderwägung für **Privatautonomie**: Die Parteien wissen im Zweifel am besten, ob dieses Erklären in ihrer konkreten Situation wirklich die damit verbundene Mühe lohnt. Der Verzicht kann auch schlüssig erfolgen.

- Verkehrssitte

Wird in der Praxis typischerweise auf Erklärung der Annahme gegenüber dem Annehmenden verzichtet, mag man dann auch von einer Verkehrssitte sprechen. Hierzu wird etwa die Situation gezählt, dass die Annahme **dem Adressaten lediglich vorteilhaft** ist (Bsp.: Bürgschaft

für diesen). Ebenso ist im **Versandhandel** die Kommunikation der Annahme oft unüblich.

II. Abgabe

Begriff

Die für empfangsbedürftige Willenserklärungen erforderliche **Abgabe** verlangt, dass die Willenserklärung so geäußert bzw. in den Verkehr gebracht wird, dass mit ihrem Zugang gerechnet werden kann („**willentliches Inverkehrbringen**“). Hierzu gehört etwa der Einwurf des korrekt adressierten und frankierten Briefs in einen Postbriefkasten.

Gesetzliche Verankerung

Ausdrücklich erwähnt wird die Abgabe in § 130 Abs. 1 S. 1 BGB („die einem anderen abzugeben ist“) für Erklärungen gegenüber Abwesenden. Für gesetzlich nicht geregelte Abgabe mündlicher Erklärungen sind einige Besonderheiten zu beachten.

Gegenbeispiel

Klassisches Gegenbeispiel einer Abgabe ist der Fall, dass der schon fertig entworfene Brief unautorisiert von der Sekretärin zur Post gegeben wird, obwohl der Verfasser noch darüber schlafen wollte (**abhandengekommene Willenserklärung**).

Hier fehlt es an einer nach § 130 Abs. 1 S. 1 BGB „wirksamen“ Willenserklärung, da der „Erklärende“ das Schreiben noch **nicht selbst willentlich** in den Verkehr gebracht hat. Jedoch sollte der Adressat analog § 122 BGB das negative Interesse verlangen können, da er ähnlich schützenswert ist wie in den dort ausdrücklich erfassten Fällen.

Rechtsbindungswille?

Tip: Fehlt es an einer Abgabe, fehlt es oft auch an einem Rechtsbindungswillen (vgl. § 145 BGB), was Du dann ergänzend erwähnen kannst.

III. Zugang

1. Grundlagen

→ Siehe auch den Fall zu Zugang und Kenntnis sowie das Problem der Zugangsvereitelung.

Begriff

Der für empfangsbedürftige Willenserklärungen erforderliche Zugang verlangt, dass die Erklärung so **in den Machtbereich des Empfängers gelangt**, dass mit einer Kenntnisnahme gerechnet werden kann.

Klassisches Beispiel ist der Einwurf eines Briefs in den **Hausbriefkasten** des Empfängers. Bis zu diesem Zugang kann der Erklärende nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB widerrufen. Für Geschäftsunfähigkeit und Minderjährige gilt § 131 BGB.

Keine tatsächliche Kenntnis erforderlich

Gegenüber Abwesenden verlangt § 130 Abs. 1 S. 1 BGB einen **Zugang** („zugeht“), ohne diesen Begriff allerdings näher zu konkretisieren.

Interessengerecht ist es hier, auf die **Möglichkeit** einer Kenntnisnahme abzustellen, nicht jedoch darauf, ob sie tatsächlich erfolgt: Wenn der Adressat seinen Briefkasten nicht leert oder Briefe nicht liest, sollte dies nicht das Wirksamwerden der Willenserklärung verhindern oder verzögern.

Verständnis: Das BGB erstrebt hier einen beiderseits sachgerechten **Interessenausgleich**: Der Absender soll steuern und damit abschätzen können, ob und wann seine Erklärung zugeht. Er will nicht fremder Willkür ausgeliefert sein. Der Adressat wiederum will seinerseits steuern können, ob und wann er tatsächlich vom Inhalt erfährt.

Zeitpunkt

Auch für den **Zeitpunkt des Wirksamwerdens** stellt § 130 Abs. 1 S. 1 BGB auf den Zugang ab („in dem Zeitpunkt wirksam“). Ähnlich dem „Ob“ eines Zugangs ist zu fragen, wann mit einer Kenntnisnahme durch den Empfänger **gerechnet werden kann**:

Wird ein Brief erst am Abend in den Hausbriefkasten des Empfängers geworfen, geht dieser regelmäßig erst am **darauffolgenden Tag** zu. Denn für gewöhnlich schauen wir nicht nachts nach Post, sondern erst dann, wenn der Postbote schon vorbeigekommen war.

Nicht voll Geschäftsfähige (§ 131 BGB)

Geschäftsunfähige

Empfangsbedürftige Willenserklärungen, die gegenüber einem **Geschäftsunfähigen** (dazu § 104 BGB) abgegeben werden, werden nach § 131 Abs. 1 BGB erst mit Zugang an den gesetzlichen Vertreter wirksam.

Das werden etwa bei einem Kleinkind meistens nach §§ 1629 Abs. 1, 1626 Abs. 2 BGB die Eltern sein, daneben kennt das Familienrecht etwa nach §§ 1814 ff. BGB eine **Betreuung**.

Aha: § 131 Abs. 1 BGB gilt nur für die **Geschäftsunfähigkeit** nach § 104 BGB, nicht hingegen für die Fälle des § 105 Abs. 2 BGB. Hintergrund dürfte sein, dass die dort erfassten Personen die Willenserklärung zur Kenntnis nehmen können, sobald ihr vorübergehender Zustand (etwa eine starke Trunkenheit oder eine Bewusstlosigkeit) wieder entfallen ist.

Minderjährige

Für **Minderjährige** trifft § 131 Abs. 2 BGB eine differenziertere Regelung, die sich aber gut subsumieren lässt, sofern Du Dich nur etwas mit der Minderjährigkeit auskennst. Siehe dort etwa zum „lediglich rechtlichen Vorteil“ gem. § 107 BGB.

Klausur: Prüfst Du in einer Klausur ohnehin noch mittels § 108 Abs. 1 BGB oder § 111 BGB die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts, musst Du nicht vorher schon § 131 Abs. 2 BGB thematisieren.

Sonstiges

- **Stellvertreter und Boten:** Für einen Zugang reicht auch die Aushändigung an einen Empfangsboten oder Stellvertreter (vgl. § 164 Abs. 3 BGB) des Adressaten. Diese stehen auf Seiten des Adressaten.
- **Mündliche Erklärungen:** Für den Zugang mündlicher Erklärungen muss der Erklärende davon ausgehen können, der

Empfänger werde ihn richtig verstehen. Eine andere Ansicht verlangt sogar tatsächliche Kenntnis.

- Siehe gleich zur **Zugangsvereitelung**.
- Nachfolgend ein **Musterfall zu Zugang und Kenntnis**.

2. Fall

a) Fall: Zugang versus Kenntnis

Sachverhalt

Kuno (K) will sich anlässlich seines beginnenden Studiums ein Fahrrad kaufen. Diese Absicht verkündet er am 5.10. (Montag) Fahrradhändler Valentin (V), der ihm daraufhin ein blaues Rad zum Preis von 400 € zeigt. Da V nur noch ein Exemplar hat, K sich aber noch woanders weitere Räder anschauen möchte, bittet K den V, ihm das Rad bis zum 6.10. zurückzustellen. V macht das gerne.

Da K zwischenzeitlich nichts Besseres findet, steht er am 6.10. früh auf und wirft V um 8 Uhr eine Mitteilung in den Geschäftsbriefkasten, wonach er das Fahrrad wie besprochen kaufen wolle (das Geschäft selbst ist um diese Zeit noch geschlossen).

Zwar schaut V auch am 6.10. (wie jeden Werktag) gegen 11:00 Uhr in seinen Briefkasten. Doch findet er die Mitteilung des V leider erst am 7.10., da sie zwischen die Blätter einer Gratiszeitung gerutscht war, die V erst an diesem Tag durchblättert.

Als K am 7.10. nachmittags bei V mit dem Geld vorbeischaute, um das Rad abzuholen, weigert sich V, das Rad auszuhändigen. Ein wirksamer Kaufvertrag sei niemals abgeschlossen worden, da sich K nicht rechtzeitig bei ihm gemeldet habe. Jetzt wolle er auch nicht mehr verkaufen, da ein anderer Interessent sogar bereit sei, ihm für das Rad 450 € zu zahlen.

Kann K die Übereignung des Rads von V verlangen?

Zeitlicher Ablauf

- **5.10.:** K fragt bei V an; bekommt das Rad gezeigt; V stellt das Rad für K bis zum 6.10. zurück
- **6.10. (8:00 Uhr):** K wirft seine schriftliche Mitteilung in den Briefkasten des V.
- **6.10. (11:00 Uhr):** V leert den Briefkasten, die Mitteilung des K entgeht ihm zunächst.
- **7.10.:** V findet die Mitteilung in der Zeitung.
- **7.10.:** K kommt vorbei und will das Rad von V haben.

Musterlösung

K könnte gegen V einen Anspruch auf Übereignung des Fahrrads aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB (Zug um Zug gegen Zahlung der 400 €, §§ 320 Abs. 1 S. 1, 322 Abs. 1 BGB) haben. Hierzu müssten beide einen entsprechenden Kaufvertrag geschlossen haben. Wie jeder Vertrag setzt sich dieser aus Angebot (Antrag) und Annahme zusammen, vgl. §§ 145 ff. BGB.

A. Angebot

Das Angebot ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung. Es verlangt daher insbesondere einen Rechtsbindungswillen (vgl. § 145 BGB), zudem muss es hinreichend bestimmt sein, müssen nämlich die wesentlichen Vertragsbestandteile – hier Kaufpreis, Kaufgegenstand und Parteien – feststehen.

I. Ausstellen des Fahrrads durch V

In der Ausstellung des Fahrrads im Laden liegt noch kein Angebot, da es sich ein Verkäufer typischerweise vorbehalten möchte, an wen er die ausgestellten bzw. angepriesenen Gegenstände verkauft. Damit fehlt es am Rechtsbindungswillen, es handelt sich um eine bloße „*invitatio ad offerendum*“, also eine bloße Aufforderung zur Aufnahme von Vertragsverhandlungen.

II. Frage des K vom 5.10. nach einem günstigen Fahrrad

Die bloße Frage nach einem günstigen Fahrrad ist mangels Bestimmtheit und Rechtsbindungswille keine Willenserklärung.

III. Zeigen und Zurückstellen des Fahrrads durch V am 5.10.

Ein wirksames Angebot könnte jedoch in dem Zeigen und Zurückstellen des Fahrrads durch V liegen. Bei verständiger Würdigung (§§ 133, 157 BGB) handelt V nunmehr mit Rechtsbindungswillen i. S. d. § 145 BGB. So will er es K rechtlich verbindlich ermöglichen, durch seine Annahme den Kaufvertrag zu „besiegeln“. Würde K diese Annahme sofort erklären, bestünde an einem Kaufvertrag wenig Zweifel.

Nur so (verbindliches Angebot des V) ergibt es auch Sinn, dass beide Seiten darüber sprechen, bis wann (nämlich bis zum 6.10.) V das Fahrrad zurückstellen und damit an sein Angebot gebunden sein soll. Ebenso stehen zu diesem Zeitpunkt die wesentlichen Vertragsbestandteile fest.

B. Annahme

K müsste den Antrag des V rechtzeitig angenommen haben, damit dieser nicht gemäß § 146 BGB erlischt. Diese Annahme ist wiederum eine Willenserklärung, muss also die wesentlichen Vertragsbestandteile erkennen lassen und von einem Rechtsbindungswillen getragen sein.

I. Bitte des K, das Fahrrad zurückstellen

Zunächst behält sich K seine Kaufentscheidung noch vor, akzeptiert das Angebot also nicht. Er will sich noch nicht rechtlich binden. Damit liegt in der Bitte, das Fahrrad zurückzustellen, auch keine Annahme.

II. Einwurf der Mitteilung in den Briefkasten des V am 6.10.

Möglicherweise hat K das Angebot des V jedoch dadurch angenommen, dass er den Brief in den Briefkasten des V warf.

1. Willenserklärung

In seinem Brief bejaht K das Angebot vorbehaltlos und bringt dadurch auch seinen Rechtsbindungswillen zum Ausdruck. Ebenso ist klar, was für ein Fahrrad er zu welchem Preis erwerben möchte (*essentialia negotii*).

2. Wirksamwerden

Nach § 130 Abs. 1 S. 1 BGB wird eine empfangsbedürftige Willenserklärung gegenüber Abwesenden – und eine solche liegt hier vor – wirksam, wenn sie abgegeben wurde und dem Adressaten zugegangen ist. Eine Abgabe liegt hier vor, da K die Mitteilung in den Briefkasten des

V geworfen und damit so in den Verkehr gebracht hat, dass er mit dem Zugang bei V rechnen durfte.

a) Eintritt in den Machtbereich des Empfängers

Die Annahme müsste V auch zugegangen sein. Eine Willenserklärung geht zu, wenn sie so in den Bereich des Empfängers gelangt ist, dass dieser unter normalen Umständen die Möglichkeit hat, vom Inhalt der Erklärung Kenntnis zu nehmen. Genau das ist dadurch geschehen, dass K seine Mitteilung in den Briefkasten des V geworfen hat.

b) Zeitpunkt des Zugangs

Nach § 130 Abs. 1 S. 1 BGB wird die Annahme des K zu dem Zeitpunkt wirksam, in welchem sie V zugeht. Hierfür ist zu fragen, wann unter normalen Umständen mit einer Leerung des Briefkastens durch V zu rechnen war. Angesichts des frühen Zeitpunkts seines Einwurfs (8:00 Uhr) durfte K damit rechnen, dass V noch im Laufe des gleichen Tags (6.10.) seine Mitteilung lesen würde. Auf die tatsächliche Kenntnisnahme am 7.10. und die Gründe, warum die Kenntnisnahme erst am 7.10. erfolgte, kommt es für das Wirksamwerden gemäß § 130 Abs. 1 S. 1 BGB, der bewusst auf den „Zugang“ abstellt, nicht an. Damit ist V die Annahme des K im Laufe des 6.10. zugegangen und damit wirksam geworden.

3. Rechtzeitigkeit der Annahme

Die Annahme müsste rechtzeitig i. S. d. §§ 147 ff. BGB erfolgt sein.

a) Sofortige Annahme, § 147 Abs. 1 S. 1 BGB

Grundsätzlich kann ein Antrag unter Anwesenden nur sofort angenommen werden, vgl. § 147 Abs. 1 S. 1 BGB. Das war hier nicht geschehen.

b) Annahmefrist, § 148 BGB

V könnte K aber eine Annahmefrist bestimmt haben, vgl. § 148 BGB. Hierfür spricht, dass sich V ausdrücklich damit einverstanden erklärte, das Fahrrad für K bis zum 6.10. zurückzustellen.

Das Angebot war daher am 6.10. noch nicht nach § 146 BGB erloschen, eine wirksame Annahmeerklärung liegt vor – und damit auch ein gültiger Kaufvertrag. K hat gegen V einen Anspruch auf Übereignung des Rades aus

§ 433 Abs. 1 S. 1 BGB (Zug um Zug gegen Zahlung der 400 €, §§ 320 Abs. 1 S. 1, 322 Abs. 1 BGB).

b) Erläuterungen

Sachverhalt

- **Ausschmückungen**
 - Warum genau K (hier: anlässlich seines beginnenden Studiums) ein Fahrrad kaufen will, ist lediglich Ausschmückung, wie sie sich gerade in Anfängerklausuren noch bisweilen findet.
 - Später wird das seltener, da der Sachverhalt dann meistens schon kompliziert genug ist. Dann gilt eher das „Echoprinzip“, solltest Du nämlich für jeden Satz fragen, wofür er wohl im Sachverhalt enthalten ist.
- **Zeitlicher Ablauf:** In dieser Klausur ist es empfehlenswert, sich wie vorgeführt den Zeitablauf aufzuschreiben. Wie Du siehst, kannst Du den Sachverhalt so leichter erfassen und damit dann rechtlich arbeiten.

Ausformulierung

- **Anspruchsgrundlage**
 - Hier gibt es mit § 433 Abs. 1 S. 1 BGB genau eine Anspruchsgrundlage, die auf die gestellte Frage passt.
 - Damit brauchst Du für Anspruchsgrundlagen auch noch keine Gliederungsebene, sondern kannst erstmalig nach Angebot und Annahme untergliedern.
 - Da der Fall nur nach dem Eigentum und nicht auch nach dem Besitz fragt, solltest Du in Deinem Obersatz (der Ausgangsfrage) genauso wie im Ergebnis auch nur das Eigentum erwähnen.
- **Schwerpunkte**
 - Diese Falllösung ist mit ihren Schwerpunkten ersichtlich auf eine Anfängerklausur ausgerichtet und sehr ausführlich.

- Zu dieser Schwerpunktsetzung gehört insbesondere, ob Du Gutachten- oder Urteilsstil verwendest.
 - Lerne frühzeitig, ggf. an der richtigen Stelle zu kürzen, falls Du merkst, dass die Zeit sonst knapp wird. Je mehr („echte“) Probleme hinzukommen, desto wichtiger wird es, Schwerpunkte zu setzen.
 - Bsp. aus der obigen Lösung: „Fraglich erscheint jedoch der Zugang.“ → So wirklich fraglich ist das nur in einer Anfängerklausur, später wirst Du anderswo Deine Schwerpunkte setzen.
- **Fallbezogene Gliederung**
 - Jede Gliederung gibt die Schwerpunkte gerade des Falls wieder, der konkret zu lösen ist.
 - „Schemata“ auswändig zu lernen, ist schlicht unsinnig – wirklich! Du machst Dir das Leben so schwerer, nicht leichter.
 - Bsp.: Warum wird in dieser Musterlösung auf den Zeitpunkt des Zugangs gesondert eingegangen, in anderen Fällen jedoch nicht? Weil es in diesem Fall für die Rechtzeitigkeit der Annahme entscheidend darauf ankommt.
 - **Einmal zitieren reicht oft:** Wenn Du beim Rechtsbindungswillen das erste Mal – löblich! – § 145 BGB mitzitierst, muss Du das später nicht jedes Mal neu tun, wann immer dieser Begriff wieder vorkommt. Das bringt dann nicht mehr so viel an neuer „street cred“ beim Korrektor.
 - **Erst der Grundsatz, dann die Ausnahme**
 - Nenne erst zumindest kurz den Grundsatz, bevor Du auf eine Ausnahme eingehst. So erntest Du oft ein weiteres „Häkchen“.
 - Bsp.: Bevor Du § 148 BGB prüfst, erwähne kurz, dass nach § 147 Abs. 1 S. 1 BGB ein Antrag unter Anwesenden grundsätzlich nur sofort angenommen werden kann.
 - **Ausstellen ist noch keine Willenserklärung:** Dass das Ausstellen des Fahrrads im Laden durch V noch kein Angebot ist, ließe sich neben einem fehlenden Bindungswillen auch damit begründen, dass noch nicht die wesentlichen Vertragsbestandteile feststehen, nämlich hier noch offenbleibt, wer Käufer ist.
 - **Was bedeutet das Zurückstellen des Fahrrads?**

- Vielleicht am schwersten an diesem Fall ist es einzuordnen, was das Zurückstellen des Fahrrads um einen Tag rechtlich bedeutet.
- Ein verbindliches Angebot des V liegt hier nahe, da es K ersichtlich (§§ 133, 157 BGB) möglich sein soll, mit seiner Annahme einen Kaufvertrag herbeizuführen.
- Zwar könnte man angesichts des Zurückstellens auf die Idee kommen, an die Einräumung einer Kaufoption o. Ä. zu denken. Doch erfassen die §§ 147 f. BGB exakt die Interessenlage von K und V in diesem Fall mit einer praktikablen Ausgestaltung. Es besteht angesichts dessen keine Notwendigkeit, irgendetwas „rechtlich ausgefallenes“ zu konstruieren.
- **„Angebot“ und „Antrag“** sind synonym, bedeuten das Gleiche.
- **Erlöschen des Antrags:** Streng genommen (vgl. den Wortlaut § 146 BGB: „Der Antrag erlischt, wenn...“) wäre die Rechtzeitigkeit der Annahme schon beim Antrag zu prüfen. Das macht aber keiner, vielmehr ist es üblich, nach Angebot und Annahme zu unterteilen.
- **Zug um Zug:** Dass der Käufer die Ware nur Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises verlangen kann (vgl. §§ 320 Abs. 1 S. 1, 322 Abs. 1 BGB), solltest Du zwar ansprechen, das aber nur in aller Kürze.
- **Ergebnisse**
 - Verschwende keine eigenen Gliederungspunkte für „Ergebnis“, „Zwischenergebnis“, „Endergebnis“, „Fazit“, „Zwischenfazit“ usw.
 - Du kannst Ergebnisse ruhig an das Ende der letzten Prüfung schieben und ggf. durch einen Absatz trennen, wie das am Ende dieses Musterfalls geschieht.
 - Oft ersparst Du Dir so ganze Gliederungsebenen, wirkt Deine Lösung also weniger verschachtelt und verständlicher.

3. Zugangsvereitelung

a) Problem

Problem

Bei einer „Zugangsvereitelung“ **verhindert** der Adressat einer empfangsbedürftigen Willenserklärung deren Zugang, sei es fahrlässig oder vorsätzlich. Je nach vertretener Ansicht und Konstellation lässt sich hier entweder der gesamte Zugang oder nur deren Rechtzeitigkeit **fingieren**.

Achtung: Eine Zugangsvereitelung musst Du erst dann diskutieren, wenn der (rechtzeitige) Zugang tatsächlich gescheitert ist, also überhaupt erfolgreich vereitelt wurde. Dabei erlaubt für dessen Rechtzeitigkeit etwa § 147 Abs. 2 BGB („... unter regelmäßigen Umständen erwarten darf.“) eine gewisse Flexibilität.

Beispiele

• **Vorsätzlich**

- Der Adressat klebt seinen Briefkasten zu, so dass der Postbote keine Briefe einwerfen kann.
- Der Adressat holt das an ihn gerichtete Einschreiben nicht bei der Poststelle ab, so dass es nach einiger Zeit wieder zurückgeht.
- Der Adressat nennt seinem Vertragspartner bewusst eine falsche Adresse.

• **Fahrlässig**

- Der Adressat verreist länger in den Urlaub, so dass sein Briefkasten immer voller wird. Irgendwann passen keine Briefe mehr hinein.
- Der Adressat nennt seinem Vertragspartner aus Versehen eine falsche Adresse.

Rechtsfolge: Was fingieren?

Vereitelt der Adressat den Zugang an ihn gerichteter, empfangsbedürftiger Willenserklärungen, fehlt es an diesem Zugang. Damit ist diese Erklärung **an sich unwirksam** (vgl. insbesondere § 130 Abs. 1 S. 1 BGB) und ein nochmaliger Zustellungsversuch mag nach den §§ 147 ff. BGB **verpätet** sein.

Jedoch wäre ein solches Ergebnis **nicht sachgerecht**. Ein Absender sollte steuern können, ob und wann seine Willenserklärung der Gegenseite zugeht.

Ein schützenswertes **Interesse des Adressaten** daran, den Zugang von Willenserklärungen verhindern zu können, besteht regelmäßig nicht. Diesen berücksichtigt das Zivilrecht insbesondere dadurch, dass ein Schweigen auf unerwünschte Zusendungen grundsätzlich ohne Konsequenzen bleibt.

Fiktion des Zugangs selbst

Die naheliegendste (und eine gut vertretbare) rechtliche Reaktion auf eine Zugangsvereitelung liegt darin, hier den **Zugang zu fingieren**.

Diese Lösung hat allerdings den Nachteil, dass der Adressat **nie vom Inhalt der Erklärung erfährt**, obwohl er an sie gebunden wird. Er weiß z. B. nicht, was in dem Brief stand, dessen Zugang nie erfolgte. Zumindest bei einer nur fahrlässigen Zugangsvereitelung erscheint diese Rechtsfolge etwas „hart“.

Aha: „Fingieren“ meint, etwas – hier den Zugang oder dessen Rechtzeitigkeit – als gegeben zu unterstellen. Damit wird auf dieses Tatbestandsmerkmal schlicht verzichtet, soll die Rechtsfolge also auch ohne dieses Erfordernis eintreten. Eine Begründung für diesen Verzicht liefert der Hinweis auf eine Fiktion allerdings nicht!

Fiktion der Rechtzeitigkeit des Zugangs

Alternativ lässt sich bei einer Zugangsvereitelung lediglich die **Rechtzeitigkeit des Zugangs fingieren**. Zwar muss sich der Absender hier bemühen, dass seine Willenserklärung doch noch möglichst bald zugeht. Er kann also nicht einfach untätig bleiben.

Gelingt dieser Zugang dann, kann sich der Adressat **nicht auf eine Verspätung** nach den §§ 147 ff. BGB **berufen**, selbst wenn mittlerweile schon einige Zeit vergangen ist.

Die bloße Fiktion der Rechtzeitigkeit erscheint insbesondere für eine **fahrlässige Zugangsvereitelung** sachgerecht. Denn der Adressat erfährt so vom Inhalt der Willenserklärung, ohne dass er deren Wirksamkeit letztlich verhindern könnte. Zudem kennt das Gesetz auch andernorts, nämlich etwa in § 149 S. 2 BGB, eine solche Rechtzeitigkeitsfiktion.

Sollte dem Absender durch die Verzögerung ein **Schaden** entstehen, kann der Adressat aus culpa in contrahendo haften; auch an § 122 BGB ließe sich denken.

b) Fall

Sachverhalt

V bietet K sein altes Fahrrad für 50 € zum Kauf an und gibt ihm zwei Tage Bedenkzeit. Allerdings versäumt er es, seinen von Werbung und Gratiszeitungen überquellenden Briefkasten regelmäßig zu leeren. Als am übernächsten Tag der Postbote vorbeikommt, um die schriftliche Annahme des K einzuwerfen, geht dieser Brief daher als unzustellbar an K zurück.

Als K das einige Tage darauf bemerkt, fragt er V – etwas irritiert – telefonisch nach der weiteren Abwicklung. V hat jedoch mittlerweile kein Interesse mehr am Geschäft, was K jedoch nicht gelten lässt und das auch so klarstellt. Er will das Fahrrad. Zu Recht?

Musterlösung

K könnte gegen V einen Anspruch auf Übergabe und Übereignung des Fahrrads gemäß § 433 Abs. 1 S. 1 BGB (Zug um Zug gegen Zahlung der 50 €, §§ 320 Abs. 1 S. 1, 322 Abs. 1 BGB) haben. Dies setzt einen entsprechenden Kaufvertrag mit Angebot und Annahme als zwei übereinstimmenden, empfangsbedürftigen Willenserklärungen voraus.

Aha: Wenn im Fall nur eine einzige Anspruchsgrundlage (hier: § 433 Abs. 1 BGB) ernsthaft in Betracht kommt, benötigst Du dafür noch keine eigene Gliederungsebene.

A. Angebot des V

V hat K sein Fahrrad zum Kauf für 50 € angeboten. Ein Rechtsbindungswille (vgl. § 145 BGB) liegt angesichts des entgeltlichen Charakters dieses Geschäfts unter Fremden nahe. Auch die wesentlichen Vertragsbestandteile (hier Kaufgegenstand, Kaufpreis und die Parteien) sind bestimmt.

B. Annahme des K

K müsste das Angebot des V angenommen haben. Die Annahme ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die mit dem Angebot inhaltlich übereinstimmen muss.

I. Schreiben an V

Eine solche Annahme könnte im Schreiben des K an V liegen. Als empfangsbedürftige Willenserklärung gegenüber Abwesenden wird diese nach § 130 Abs. 1 S. 1 BGB erst dann wirksam, wenn sie V gegenüber abgegeben wurde und V zugeht.

1. Willenserklärung

Da sich K in seinem Schreiben auf das Angebot des V bezieht und dessen Annahme erklärt, liegen die wesentlichen Vertragsbestandteile fest. Auch ein Rechtsbindungswille ist aus den gleichen Gründen wie beim Angebot zu bejahen.

2. Abgabe

K müsste seine Annahmeerklärung abgegeben haben. Hierzu müsste er sie so in den Verkehr gebracht haben, dass mit ihrem Zugang an V zu rechnen war. Genau das ist hier der Fall, wollte ihn der Postbote bei V einwerfen.

3. Zugang

a) Fehlen

Diese Annahmeerklärung müsste V zugegangen sein. Zugang verlangt, dass die Willenserklärung so in den Machtbereich des Empfängers gelangt, dass mit einer Kenntnisnahme gerechnet werden kann.

Das ist im Fall grundsätzlich zu verneinen. Der Brief gelangte nie in den Briefkasten des V, denn der Briefkasten war voll. Vielmehr brachte die Post

den Brief wieder zu K zurück. Eine Kenntnisnahme des Briefs war V daher nicht möglich.

b) Zugangsfiktion?

Möglicherweise ist hier jedoch in teleologischer Reduktion des § 130 Abs. 1 S. 1 BGB eine Ausnahme zu machen. Schließlich war es Vs Schuld, nämlich seine fahrlässige Nichtleerung des überquellenden Briefkastens, die den Zugang verhinderte.

In solchen Situationen könnte der Zugang daher zu unterstellen (fingieren) sein. Immerhin hat es der Adressat selbst in der Hand, sich sorgfältig zu verhalten.

Andererseits würde bei einer Zugangsfiktion der Vertrag wirksam, ohne dass V auch nur wüsste, was tatsächlich ihm gegenüber erklärt wurde – also was genau in dem Brief stand. Zudem handelt er hier zwar fahrlässig, aber immerhin nicht böswillig.

Vor diesem Hintergrund scheint es vorzugswürdig (a. A. gut vertretbar), nicht den Zugang der Annahme, sondern lediglich deren Rechtzeitigkeit zu fingieren. Damit fehlte es bei der gescheiterten Zustellung des Briefs noch an einem Zugang, hat K den Vertrag hierdurch also noch nicht wirksam angenommen.

II. Telefonische Nachfrage

1. Willenserklärung, Abgabe und Zugang

Eine solche Annahme könnte jedoch beim Telefonat zwischen K und V erfolgt sein. So stellte K nochmals klar, dass er das Fahrrad wie versprochen kaufen wolle.

Selbst wenn K davon ausging, die Annahme bereits mit seinem Schreiben wirksam erklärt zu haben, ist dieses Beharren bei verständiger Würdigung aus Sicht des Empfängers nach Treu und Glauben (§§ 133, 157 BGB) als erneute Annahme des ursprünglichen Kaufangebots anzusehen – diesmal unter „Anwesenden“, worunter auch ein telefonischer Austausch gehört.

Dass sich K unklar ausdrückte, ist nicht ersichtlich und damit von Abgabe und Zugang auszugehen.

2. Rechtzeitigkeit der Annahme

Der Antrag des V könnte jedoch nach § 146 BGB erloschen sein, hätte K ihn nicht rechtzeitig angenommen. Immerhin hatte V nur zwei Tage Zeit

gegeben, also eine Annahmefrist gemäß § 148 BGB bestimmt. K und V telefonierten erst einige Tage nach Ablauf dieser Frist.

Aha: Streng genommen wäre die Rechtzeitigkeit der Annahme bereits beim Angebot zu prüfen. Denn Rechtsfolge des § 146 BGB ist das Erlöschen des Antrags („Der Antrag erlischt...“). Allerdings beherzigt das kaum jemand beim Aufbau, weshalb ich für eine Klausur davon abrate.

Möglicherweise kann sich jedoch V in teleologischer Reduktion des § 148 BGB nicht auf die Verspätung der telefonischen Annahmeerklärung des K berufen. Denn er hat den Zugang der ursprünglichen, an sich rechtzeitigen Annahmeerklärung zwar nicht vorsätzlich, wohl aber fahrlässig (vgl. zum Maßstab § 276 Abs. 2 BGB) vereitelt.

Bei der Suche nach einer sachgerechten Lösung des hier zu entscheidenden Spezialfalls einer Zugangsvereitelung liegt es im beidseitigen Parteiinteresse, die Risiken eines verspäteten Zugangs derjenigen Person zuzuweisen, die dieses Risiko leichter vermeiden kann:

So muss zwar K nochmals V gegenüber die Annahme erklären (wie er das telefonisch getan hat), so dass V von deren Inhalt erfährt. Doch ist K dann nicht Leidtragender der allein V zuzuschreibenden Verzögerung.

Im Ergebnis hat also K beim Telefonat wirksam die Annahme des Angebots des V erklärt. Ein Kaufvertrag ist wirksam zustande gekommen. K kann von V nach § 433 Abs. 1 S. 1 BGB Zug um Zug gegen Kaufpreiszahlung (§§ 320 Abs. 1 S. 1, 322 Abs. 1 BGB) die Übergabe und Übereignung des Fahrrads verlangen.

Aha: Dass der Käufer die Ware nur Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises verlangen kann (vgl. §§ 320 Abs. 1 S. 1, 322 Abs. 1 BGB), solltest Du zwar ansprechen, das aber nur in aller Kürze.

c) Einschreiben

Varianten

Während ein **Einwurfeinschreiben** wie normale Briefe im Hausbriefkasten landet und dadurch zugeht, muss der Adressat – falls abwesend – ein **klassisches Einschreiben** erst noch bei der Post abholen, damit der Zugang erfolgt. Tut er das nicht, liegt darin regelmäßig eine Zugangsvereitelung.

Einschreiben und Zugang

Wenn in einer Klausur von einem Einschreiben die Rede ist, geht es oft um den Zugang: Achte darauf, um was für ein Einschreiben es geht:

- **Einwurfeinschreiben:** Hier landet der Brief selbst im Briefkasten des Empfängers, so dass er dadurch zugeht. Der Postbote dokumentiert lediglich den Einwurf.
- **Klassisches Einschreiben**
 - Ist der Adressat anwesend, wird ihm der Brief gegen Unterschrift ausgehändigt, wodurch der Zugang erfolgt.
 - Ist der Adressat abwesend, wirft der Postbote lediglich eine Benachrichtigung über das Einschreiben in den Briefkasten.
 - Der Adressat kann den Brief dann bei der Post abholen.
 - Die bloße Benachrichtigung über den Brief ist nach gängiger Ansicht noch kein Zugang, da die Post – dort wartet der Brief – nicht zum „Machtbereich des Empfängers“ zählt.
 - Holt der Adressat das Einschreiben nicht ab, geht es nach einiger Zeit wieder zurück an den Absender. Darin liegt dann regelmäßig eine zumindest fahrlässige Zugangsvereitelung.
 - Rückschein: Ggf. kann der Absender eines klassischen Einschreibens die Option wählen, über die erfolgreiche Zustellung mit einem „Rückschein“ benachrichtigt zu werden. Für den Zugang ändert sich hierdurch allerdings nichts.

☹️: Das Schöne an Jura ist: Du lernst gleich so einiges über das Leben – hier über Einschreiben.

Weiterführendes

- Bundesgerichtshof, Urt. v. 6. 11. 1997, BGHZ 137, 205 = NJW 1977, 194: Zur Frage, wann eine per Einschreiben abgesandte empfangsbedürftige Willenserklärung wirksam wird, wenn die beim Postamt niedergelegte Sendung vom Adressaten trotz schriftlicher Mitteilung über die Niederlegung nicht abgeholt wird.

- Post
- Verbraucherzentrale

IV. Widerruf

Grundregel

Nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB wird eine empfangsbedürftige Willenserklärung unter Abwesenden nicht wirksam, wenn dem anderen „**vorher oder gleichzeitig ein Widerruf zugeht**“. Umstritten ist der Spezialfall eines danach zwar verspäteten, aber vom Empfänger zeitgleich wahrgenommenen Widerrufs.

Sinn und Zweck

Interessen des Empfängers

Hintergrund des § 130 Abs. 1 S. 2 BGB ist, dass der **Empfänger nicht schutzwürdig** ist, wenn ihm der Widerruf zeitlich zugeht. Denn dann stellt er sich erst gar nicht auf eine wirksame Willenserklärung ein. Er hat noch keinerlei Dispositionen getroffen. „Wie gewonnen, so zerronnen“.

Interessen des Absenders

Der **Absender** hingegen erhält so – über die §§ 118 ff. BGB und sonstige Vorschriften des BGB hinaus – die Chance, seine **Entscheidung nochmals zu überdenken**.

„Ausnahmsweise“ beachtlicher Motivirrtum

§ 130 Abs. 1 S. 2 BGB steht nur beispielhaft dafür, wie sich das Zivilrecht um eine möglichst ausgewogene Ausgestaltung vertraglicher Rechte und Pflichten bemüht. Dabei geht das BGB einmal mehr **unideologisch** vor und schaut vor allem auf die Parteiinteressen.

Es berücksichtigt nämlich die typischerweise höhere **Entscheidungsqualität** des Widerrufs im Vergleich zur ursprünglichen Willenserklärung. Dass sich § 130 Abs. 1 S. 2 BGB darin weder mit der

Willenstheorie noch mit der Erklärungstheorie erklären lässt, war dem Gesetzgeber mal wieder egal.

Sonderfall: Widerruf vor Kenntnisnahme

Wenngleich § 130 Abs. 1 BGB auf den Zugang und nicht die tatsächliche Kenntnisnahme des Adressaten abstellt, lässt sich S. 2 gut vertretbar **teleologisch reduzieren**:

Nimmt der Adressat den Widerruf zeitgleich wahr, greift der zuvor beschriebene **Sinn und Zweck** genauso. Denn auch hier hatte sich der Empfänger noch nicht auf die nunmehr widerrufene Erklärung eingestellt.

Für die Gegenansicht lässt sich auf den **Wortlaut** der Norm (auf Zugang, nicht Kenntnis abstellend) sowie das Anliegen von **Rechtssicherheit** verweisen.

Beispiel: Der Postbote wirft am Dienstag die Annahme des K und am Mittwoch dessen Widerruf in den Briefkasten des V. Dieser hatte am Dienstag gar nicht in seinen Briefkasten geschaut, sondern liest beide Schreiben erst gleichzeitig am Mittwoch.

Hier lässt sich also argumentieren, dass der Widerruf des K noch als gleichzeitig gemäß § 130 Abs. 1 S. 2 BGB behandelt werden könne, da V Annahme und Widerruf zeitgleich wahrnimmt und damit **von vornherein wusste**, dass K doch nicht annehmen will.

V. Mündliche Erklärungen (unter „Anwesenden“)

Grundsatz

Abgabe und Zugang mündlicher Willenserklärungen (unter „Anwesenden“) sind gesetzlich nicht geregelt (für verkörperte Erklärungen siehe § 130 BGB). Da hier Missverständnisse leichter drohen, ist jedenfalls zu verlangen, dass **mit der korrekten Wahrnehmung zu rechnen war**.

§ 130 BGB: in „Abwesenheit“

§ 130 BGB erfasst nur solche empfangsbedürftigen Willenserklärungen, die in „**Abwesenheit**“ des Adressaten abgegeben werden.

Dabei ist allerdings weniger die räumliche Distanz entscheidend als vielmehr der Umstand, dass man den Inhalt eines Briefs, einer E-Mail, eines Telegramms, einer Nachricht mit dem Messenger usw. – weil **auf einem „Medium“ verkörpert** – dauerhaft sieht und in Ruhe nachlesen kann. Hierauf passt diese Norm.

Gesetzlich nicht erfasst: mündlicher Austausch

Die **mündliche Kommunikation** empfangsbedürftiger Willenserklärungen – etwa über das direkte Gespräch, Telefonat, eine Videokonferenz usw. – ist hingegen **nicht im BGB geregelt**.

Wiederum ist es nicht etwa wichtig, wo sich die Parteien dabei aufhalten, sondern geht es in der Sache um mündliche Willenserklärungen. Es werden also **auch fermündliche Gespräche** erfasst, sei es klassisch per Telefon oder über das Internet.

Aha: Dass das BGB dieses Problem nicht regelt, ist kein Versehen, sondern Absicht. Da es hier schwerfällt, interessengerechte Anforderungen an Abgabe und Zugang zu formulieren, wurde diese Frage **zur weiteren Klärung den Gerichten** (unterstützt durch die Wissenschaft) überlassen. Solche Zurückhaltung hat sich praktisch oft bewährt und betrifft die viel diskutierte Frage nach dem richtigen Verhältnis von Gesetzes- versus Richterrecht.

Größere Gefahr eines Missverständnisses

Wichtig ist es hier zu verstehen, dass **in einem Gespräch leichter Missverständnisse auftreten**: Nicht jeder ist in einem langen Gespräch jede einzelne Sekunde voll konzentriert. Und nicht jeder drückt sich durchweg verständlich aus.

Zudem wird Gesprochenes nicht vorab „Korrektur gelesen“ und kann vom Adressaten nicht nochmals nachgelesen werden. Der Erklärende hat also **nur eine Chance**, korrekt zu erklären, und der Adressat hat nur eine Chance, die mündliche Erklärung richtig zu verstehen.

Konsequenzen für Abgabe und Zugang

Die Anforderungen an Abgabe und Zugang sollten **diese Besonderheiten berücksichtigen**. Dabei ergibt es bei einem direkten Gespräch wenig Sinn, an Abgabe und Zugang unterschiedliche Anforderungen zu stellen.

Konkret ist zu verlangen, dass der Erklärende so spricht, dass **mit der korrekten Wahrnehmung durch den Adressaten zu rechnen** ist. Daran kann es z. B. fehlen, wenn der Erklärende sehr leise oder nuschelig spricht. Manche verlangen sogar, dass der Adressat die Willenserklärung tatsächlich erfolgreich versteht.

Tipp: Bist Du Dir in einer Klausur unsicher, ob Du Abgabe und Zugang bejahen sollst, suche erstens nach Hinweisen im Sachverhalt dazu und überlege Dir zweitens, mit welcher Entscheidung es in der Falllösung schön weitergeht („roter Faden“).

C. Form

I. Grundlagen

1. Tatbestand und Rechtsfolge

Grundlagen

Rechtsgeschäfte sind grundsätzlich formfrei, also etwa auch mündlich oder schlüssig möglich. Schreibt das **Gesetz** eine Form vor und missachten die Parteien sie, ist das Rechtsgeschäft nach § 125 S. 1 BGB nichtig. Gleiches gilt – allerdings nur „im Zweifel“ – nach § 125 S. 2 BGB für eine von den Parteien **vereinbarte Form**.

Tatbestand/Rechtsfolge (§ 125 BGB)

Rechtsfolge

Rechtsfolge des § 125 BGB ist (bei S. 2 „im Zweifel“) die **Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts**, für das die Form vorgeschrieben ist. § 125 BGB ist also eine Einwendung gegen dessen Wirksamkeit.

„Rechtsgeschäft“

§ 125 BGB gilt für Rechtsgeschäfte, seien diese einseitig (Bsp.: Kündigung) oder mehrseitig (Bsp.: Kaufvertrag). Dementsprechend wirst Du auch nur solche gesetzliche Formvorgaben finden, die sich auf ein Rechtsgeschäft beziehen.

Achtung: Beachte hier wie immer das Abstraktions- und Trennungsprinzip. Die Nichtigkeit nach § 125 BGB ist **für jedes einzelne Rechtsgeschäft gesondert** zu prüfen und erfasst meistens nur das Verpflichtungsgeschäft oder nur die Verfügung. Näher dazu bei der Übersicht zu den gesetzlichen Formvorgaben.

Formvorgabe

- „durch Gesetz vorgeschriebenen Form“

Grundsätzlich sind Rechtsgeschäfte formfrei. Etwas anderes kann sich aus **Gesetz** ergeben, vgl. § 125 S. 1 BGB. So verlangt etwa § 766 BGB für einen Bürgschaftsvertrag die schriftliche Erteilung (näher § 126 BGB) oder § 311b Abs. 1 S. 1 BGB für einen Grundstückskauf eine notarielle Beurkundung (näher § 128 BGB). Weitere Beispiele findest Du bei der **Übersicht** zu gesetzlichen Formvorgaben.

- „durch Rechtsgeschäft bestimmten Form“

Die Parteien können selbst (durch Rechtsgeschäft) eine **Form vereinbaren** (sog. gewillkürte Form). Hierfür ordnet § 125 S. 2 BGB nur „im Zweifel“ die Nichtigkeit an.

Nichteinhaltung („Mangel der ... Form“)

Die Rechtsfolge des § 125 S. 1 oder 2 BGB tritt ein, wenn die vom Gesetz oder durch Vereinbarung vorgeschriebene Form **nicht beachtet** wird, also das Rechtsgeschäft dieser Form ermangelt.

Stellvertretung: § 167 Abs. 2 BGB

Bei der Stellvertretung gilt § 167 Abs. 2 BGB, kann eine Vollmacht also **regelmäßig formfrei** erfolgen. Näher dazu beim Thema „Stellvertretung und Form“.

Ausblick

- Formfunktionen (Sinn und Zweck)
- Arten der Form
- Abstraktion und Trennung bei Formvorgaben
- Gesetzliche Formvorgaben
- Schriftformklauseln
- Billigkeitsausnahmen bei der Form
- Andeutungstheorie
- Heilung von Formmängeln

2. Sinn und Zweck (Funktionen)

Einführung

Schon, um gegebenenfalls über die **genaue Reichweite** einer Formvorgabe oder deren **Durchbrechungen** (vgl. etwa den „Edelmannfall“) entscheiden zu können, solltest Du deren Sinn und Zweck verstehen. So kann es **verschiedene Gründe** haben, dass das Gesetz (oder die Parteien selbst) eine Form anordnet.

Anders formuliert erfüllen Formvorschriften verschiedene **„Funktionen“** (haben erwünschte Auswirkungen). Diese werden je nach Autor unterschiedlich benannt und aufgeteilt.

Vorab: Mühelosigkeit privater Rechtsetzung

Um zu verstehen, warum das Gesetz (oder auch die Parteien) bisweilen – aber keineswegs immer – eine Form anordnet, musst Du wissen, was eigentlich **dagegen spricht**: Das BGB unterstützt die Parteien nach Kräften bei der Verwirklichung ihrer eigenen Ziele.

Hierzu gehört es nicht nur, umfangreiches dispositives Recht bereitzustellen, sondern auch, ihnen ein **Rechtsgeschäft so unkompliziert wie möglich** zu machen (Mühelosigkeit privater Rechtsetzung).

Das bedeutet, dass wenn es keine guten (getreu den Parteiinteressen) Gründe für den **mit einer Form verbundenen Mehraufwand** gibt, diese auch nicht verlangt werden sollten. Anders formuliert müssen die Vorteile einer Formvorgabe die Nachteile der dadurch geforderten, zusätzlichen Anstrengungen überwiegen.

Je **wirtschaftlich bedeutender** das Rechtsgeschäft (etwa weil ein Grundstück betroffen ist) ausfällt, desto eher lohnt ein solcher Mehraufwand.

Formfunktionen

Entscheidungsqualität

Oft unterstützt das Formerfordernis die Entscheidungsqualität. Man liest dann von der „**Warnfunktion**“, der „**Belehrungsfunktion**“ oder einem „**Übereilungsschutz**“.

Wer etwa ein Schriftstück unterschreiben muss (Bsp.: § 766 BGB für die Bürgschaft) oder zum Notar gehen muss (Bsp.: § 311b Abs. 1 S. 1 BGB), tätigt das Rechtsgeschäft typischerweise überlegter als bei einem rein mündlichen oder schlüssigen Vertragsschluss.

Angesichts dieser Funktion wirst Du umso eher einer Formvorgabe begegnen, **je gefährlicher, komplizierter oder ungewöhnlicher** das Rechtsgeschäft ausfällt.

Manchmal ist mit der Form eine **Aufklärung verbunden**: So hat ein Notar die Parteien unabhängig und unparteiisch (§§ 14 ff. BNotO) zu belehren (§ 17 BeurkG).

Rechtssicherheit

Neben der Entscheidungsqualität dienen Formvorgaben vor allem einer besseren **Rechtssicherheit**: Eine Schriftform etwa erlaubt es beiden Parteien wie auch Dritten (z. B. dem Staat), auch später noch den Inhalt des Rechtsgeschäfts zu bestimmen. Das vermeidet nicht nur manchen Streit angesichts eines nachlassenden Gedächtnisses (**Dokumentationsfunktion**).

Ebenso erleichtert Schriftlichkeit einen späteren Beweis etwa vor Gericht (**Beweisfunktion**) oder **erschwert Fälschungen**. Schließlich wird oft deutlich, wann genau die Entscheidung getätigt bzw. die Willenserklärung abgegeben wurde (**Abschlussfunktion**). Das alles gilt auch für Rückschlüsse auf subjektive Elemente wie den Geschäftswillen (**Indizfunktion**).

Vertiefung

Mehrfache Zwecke

Oft erfüllt eine Formvorgabe gleich mehrere Funktionen, etwa wenn der Erblasser ein Testament nach § 2247 BGB „**eigenhändig**“ verfassen muss (es also von Hand auszuformulieren ist).

So wird gesichert, dass er sich des Inhalts bewusst wird (**Warnfunktion**) und einige Zeit für seine Entscheidung aufwendet (**Übereilungsschutz**). Ebenso werden die **Dokumentations-** und die **Beweisfunktion** verwirklicht sowie **Fälschungen** erschwert.

Widerstreitende Auswirkungen

Bisweilen muss das Recht einen **Kompromiss** anhand einander widerstreitender Formfunktionen treffen: So verbessert es zwar nachvertraglich die Rechtssicherheit, auf das **Bestimmtheitsgebot** (dazu gleich) zu pochen. Doch erschwert zu viel Text es, einen Vertragstext bei oder vor Vertragsschluss zu verstehen (**Entscheidungsqualität**).

Bestimmtheitsgebot

Ein gutes Beispiel für die Vielschichtigkeit mancher Formvorgabe ist das für vorformulierte Geschäftsbedingungen (AGB) geltende **Bestimmtheitsgebot**: Komplizierte Einzelfragen detailliert beschreiben zu müssen, zwingt den Verwender, sich vorab – durch Gerichte dann leichter überprüfbar – **festzulegen**.

Auch kann der Adressat konkret nach der einschlägigen Regelung suchen, sobald sich ein konkretes Problem zeigt (**nachvertragliche Transparenz**). Zudem mögen die Parteien gezwungen werden, sich über ihr Rechtsgeschäft **mehr Gedanken zu machen**.

Andererseits erschwert es solche Bestimmtheit oft, bei Vertragsschluss ein Angebot überhaupt zu verstehen (**vorvertragliche Transparenz**). Näher dazu beim AGB-rechtlichen Transparenzgebot.

Außerhalb des AGB-Rechts (§§ 305 ff. BGB) ist die Rechtsordnung daher **überwiegend großzügig** darin, was und wie detailliert die Parteien etwas festlegen müssen. Oft müssen sie sich nicht einmal über den Preis einigen, also nicht einmal alle wesentlichen Vertragsbestandteile festlegen, vgl. §§ 612, 632 BGB. Das liegt nicht nur am Anliegen einer für die Parteien möglichst **mühelosen Rechtsetzung** (dazu bereits oben).

Hinzu kommt, dass es dann vor allem der **Staat** ist, der das, was die Parteien selbst privatautonom geregelt haben, dispositiv oder zwingend ergänzt. Es droht damit **kein Interessenkonflikt**, allenfalls „trifft“ der Staat die Parteiinteressen weniger gut als von ihm erhofft.

Formvorgaben als zwingendes Recht

Oft erfordern es Sinn und Zweck einer Formvorschrift, sie **zwingend auszugestalten**. Wenn etwa § 2247 BGB vorsieht, dass ein Testament eigenhändig zu verfassen ist, würden die damit angestrebten Funktionen (dazu oben) verfehlt, könnte der Erblasser dieses Erfordernis mündlich abbedingen.

Andererseits ist das Recht **bei gewillkürten Formerfordernissen weniger strikt**: Nach §§ 125 S. 2, 127 Abs. 1 BGB ist das Rechtsgeschäft bei einer Missachtung einer vereinbarten Form nur „im Zweifel“ nichtig. Zudem steht die Rechtsprechung einer Abbedingung vereinbarter Formvorgaben aufgeschlossen gegenüber, näher dazu bei den Schriftformklauseln.

3. Abstraktion und Trennung (Form)

Jedes Rechtsgeschäft gesondert

Auch für die Rechtsfolge des § 125 BGB gilt, dass sie für **jedes Rechtsgeschäft gesondert** zu prüfen ist. Es gilt wie immer das Abstraktions- und Trennungsprinzip. Dass etwa das Verpflichtungsgeschäft nichtig ist, bedeutet nicht zwingend, dass auch darauf basierende Verfügungen formwidrig sein müssen.

Gesetzliche Formvorgaben

Das **Gesetz** formuliert hier meistens sehr exakt. § 311b Abs. 1 BGB etwa erfasst **Verpflichtungen** (z. B. einen Kaufvertrag) zur Übertragung von Grundstücksvermögen, § 925 Abs. 1 BGB hingegen die **Verfügung** selbst und damit die tatsächliche Übertragung von Grundstückseigentum.

Ähnlich erfasst § 15 Abs. 4 GmbHG nur die **Verpflichtung** zur Übertragung von Geschäftsanteilen, § 15 Abs. 3 GmbHG hingegen nur die **Verfügung** über Geschäftsanteile.

Möchte das Gesetz wirklich einmal sowohl die Verpflichtung als auch die Verfügung erfassen, weist es darauf **deutlich hin**. Nach § 138 Abs. 2 BGB etwa ist ein (jedes) Rechtsgeschäft sittenwidrig und damit nichtig, „... durch dass sich jemand ... Vermögensvorteile **versprechen oder gewähren** lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen.“

Vereinbarte Form

Bei **vereinbarter („gewillkürter“)** Form (vgl. § 126 S. 2 BGB) ergibt sich aus der Auslegung des Rechtsgeschäfts (§§ 133, 157 BGB), ob sie das Verpflichtungsgeschäft und/oder die Verfügung erfasst.

4. Arten der Form

Übersicht

Das BGB konkretisiert in den §§ 126 ff. BGB **einzelne Formarten**, auf die dann im gesamten Zivilrecht – und darüber hinaus – Bezug genommen wird. Hierzu gehören die Schriftform (§ 126 BGB), elektronische Form (§ 126a BGB), Textform (§ 126b BGB), notarielle Beurkundung (§ 128 BGB) sowie die gewillkürte Form.

Tipp: Das meiste dessen, was hier beschrieben wird, ergibt sich aus der **bloßen Lektüre** der §§ 126 ff. BGB. Du musst hier wenig lernen. Merke Dir allenfalls das, was ungewöhnlich ist, und übe stattdessen lieber, einen Dir noch unbekanntem Gesetzestext zu lesen und spontan anzuwenden.

Schriftform

Unterschrift

Nach § 126 Abs. 1 BGB reicht für die Schriftform grundsätzlich die **Unterschrift**, also eine **unter** (nicht über oder neben) das Dokument gesetzte Namensunterschrift. Ein **Faksimile-Stempel** genügt nicht, wohl aber eine sog. Blankounterschrift.

Eigenhändiges Verfassen

Ein **eigenhändiges Verfassen** des gesamten Schriftstücks („qualifizierte Schriftform“) ist nur dort erforderlich, wo es das Gesetz wie etwa beim Testament (vgl. § 2247 Abs. 1 BGB) ausdrücklich anordnet. Dieses „Selbstschreiben“ darf **allenfalls unterstützt**, nicht ersetzt werden.

Fall: Oma O ist so schwach, dass sie ihr Testament zugunsten des E nicht allein schreiben kann. E hilft ihr daher dabei, indem er ihre Hand stützt, so dass O ihren Willen niederlegen kann.

Hier ist es noch die Oma, die den Text verfasst, also Wort für Wort entscheidet, was sie erklären will. Insofern werden **Sinn und Zweck** des §§ 2247 Abs. 1 BGB **gewahrt**, Oma über die Bedeutung ihres Tuns und den Folgen ihres Handelns zu warnen und ihren letzten Willen zu dokumentieren.

Mehrere gleichlautende Urkunden

Nach § 126 Abs. 2 S. 2 BGB reicht es aus, wenn **jede Seite ein Exemplar** einer gleichlautenden Urkunde unterzeichnet und der Gegenseite aushändigt.

Elektronische Form, Textform

Nach § 126 Abs. 3 und 4 BGB kann die Schriftform durch elektronische Form (§ 126a BGB), Textform (§ 126b BGB) und notarielle Beurkundung (§ 128 BGB) **ersetzt** werden.

Wie die „elektronische Signatur“ möglichst unkompliziert und rechtssicher verwirklicht werden kann, ist ein **technisches wie rechtspolitisches Dauerthema**.

Notarielle Beurkundung

Grundsätzlich individuelles Erscheinen möglich

Nach § 128 BGB müssen Vertragsparteien nicht gemeinsam vor einem Notar erscheinen, sondern können das **auch einzeln tun**. Davon abweichende Vorgaben müssen sich ausdrücklich aus dem Gesetz ergeben.

Ausnahme: soweit ausdrücklich angeordnet

So verlangt etwa § 925 S. 1 BGB für die Auflassung oder § 1410 BGB für den Ehevertrag die „**gleichzeitige Anwesenheit beider Teile**“. Bei der Auflassung ist eine Stellvertretung aber weiterhin möglich (solange dann Stellvertreter und Dritter gleichzeitig anwesend sind), für den Eheschluss hingegen nicht.

Stellung und Tätigkeit des Notars

Stellung und Tätigkeit des Notars sind vor allem in **Beurkundungsgesetz** (BeurkG) und **Bundesnotarordnung** (BNotO) geregelt. Dazu gehören insbesondere seine strenge Unabhängigkeit (§§ 14 ff. BNotO), persönliche und fachliche Eignung (§§ 5 ff. BNotO) und recht weitgehende Beratungspflichten (§§ 17 ff. BeurkG).

Öffentliche Beglaubigung und gerichtlicher Vergleich

Nach § 129 Abs. 2 BGB ersetzt die notarielle Beurkundung einer Erklärung deren **öffentliche Beglaubigung**. Ein **gerichtlicher Vergleich** ersetzt seinerseits nach § 127a BGB eine notarielle Beurkundung.

Vereinbarte („gewillkürte“) Form

Die Nichtigkeitsfolge des § 125 BGB erfasst nach S. 2 „**im Zweifel**“ auch die Missachtung einer vereinbarten Form. Nach der Auslegungsregel des § 127 Abs. 1 BGB genügen auch elektronische (§ 126a BGB) und Textform (§ 126b BGB) einer vereinbarten Schriftform. Zur „Schriftformklausel“ siehe andernorts.

II. Gesetzliche Formvorgaben

Begriff

Gesetzliche Formvorgaben sind über das gesamte Recht verstreut. Du findest sie etwa bei einzelnen **schuldrechtlichen Vertragstypen** (siehe zur Schenkung § 518 BGB, für die Bürgschaft § 766 BGB usw.), im **Familien- und Erbrecht** (vgl. etwa § 1410 BGB für die Ehe oder § 2247 BGB für das Testament), für manche **Verpflichtungsinhalte** (etwa § 311 b Abs. 1 BGB für Verträge zur Übertragung von Grundstückseigentum) oder für einzelne **Verfügungen** (siehe z. B. zur Übertragung eines Grundstücks § 925 Abs. 1 BGB).

Aha: Du musst also im Dich **jeweils interessierenden Rechtsbereich** schauen, ob es dafür Formvorschriften gibt, während sich allgemeine Formvorschriften vor allem in den §§ 125 BGB finden. Das erleichtert die Suche. Vergiss aber nicht § 311b BGB.

III. Schriftformklauseln und gewillkürte Form

1. Grundlagen

Begriff

Parteien können vereinbaren, dass ein Rechtsgeschäft einer Form unterliegen soll („gewillkürte Form“). Eine „**Schriftformklausel**“ besagt, dass Änderungen eines Vertrags der Schriftform bedürfen. Bei einer „qualifizierten“ bzw. „**doppelten Schriftformklausel**“ ist diese Klausel ihrerseits nur schriftlich abdingbar.

Vereinbarte Form

§ 125 S. 2 BGB verdeutlicht, dass nicht nur der Gesetzgeber, sondern auch die **Parteien** durch Rechtsgeschäft, eine Form anordnen können. Dabei entscheiden die Parteien über die Rechtsfolge und damit insbe-

sondere darüber, ob **Nichtigkeit** eintreten soll oder die Form nur etwa Beweis Zwecken dienen soll.

Siehe dazu auch die Formfunktionen. Für die Auslegung der Parteienvereinbarung (§§ 133, 157 BGB) stellt § 125 S. 2 BGB die Vermutung auf, dass „im Zweifel“ Nichtigkeit eintreten soll.

Schriftformklausel

Einfach

Eine „Schriftformklausel“ besagt, dass Änderungen eines Vertrags der Schriftform bedürfen. Allerdings ist das **nach der Rechtsprechung nicht sehr beständig**:

Wann immer die Parteien einen solchen Vertrag später mündlich ändern, soll darin (nicht aber unter Kaufleuten) bei verständiger Würdigung (§§ 133, 157 BGB) auch eine konkludente, *formfreie Außerkraftsetzung* der Schriftformklausel zu sehen sein.

Das gelte selbst dann, wenn die Parteien gar nicht mehr an das Formerfordernis dachten. Praktischer Hintergrund sind wohl **leidvolle Erfahrungen** der Gerichte gerade mit solchen vergesslichen Parteien.

Doppelt (qualifiziert)

Die Gestaltungspraxis hat auf diese – angreifbare (näher dazu der Fall unten) – Rechtsprechung reagiert und verwendet statt der einfachen nunmehr eine sog. „doppelte“ bzw. „qualifizierte“ Schriftformklausel. Nach dieser **bedürfen Abbedingungen der Schriftformklausel ihrerseits der Schriftform**. Diese Formulierung lässt dann auch die Rechtsprechung unberührt, mündliche Änderungen werden so also wirksam verhindert.

AGB

Gehört die Schriftformklausel zu allgemeinen Geschäftsbedingungen (vgl. §§ 305 ff. BGB), gehen nach §§ 307 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 Nr. 1, 305b BGB **mündliche Individualabreden** auch dann vor, wenn die Parteien die Schriftformklausel nicht aufgehoben und auch nicht an diese gedacht haben (vgl. BGH NJW 2017, 1017, 1018 Rn. 16 ff.).

2. Fall

Sachverhalt

V vermietet M in einem schriftlichen Vertrag das Obergeschoss seines Hauses. Später sichert er M sogar noch mündlich die Mitbenutzung des Gartens zu. Dabei enthält der Mietvertrag eine Klausel, wonach mündliche Nebenabreden ungültig sind. Hat M einen Anspruch auf Mitnutzung des Gartens?

Abwandlung 1: Die Klausel besagt jetzt zusätzlich, dass auf die so vereinbarte Schriftform nur schriftlich verzichtet werden kann.

Abwandlung 2: Die in Abwandlung 1 genannte Klausel ist in AGB enthalten.

Musterlösung

A. Anspruch M → V, Mitnutzung des Gartens, § 535 Abs. 1 S. 1 BGB

M könnte gegen V einen Anspruch auf Mitnutzung des Gartens aus § 535 Abs. 1 S. 1 BGB haben. Das setzt voraus, dass beide einen entsprechenden Mietvertrag geschlossen haben und dieser nicht formnichtig ist.

I. Vertragsschluss

M und V haben sich auf die Mitnutzung des Gartens geeinigt, nämlich mit Angebot und Annahme zwei übereinstimmende Willenserklärungen abgegeben. Dabei wurde der bereits früher geschlossene Mietvertrag insofern geändert.

Die wesentlichen Vertragsbestandteile stehen fest, von einem jeweiligen Rechtsbindungswillen (vgl. § 145 BGB) ist angesichts der Bedeutung des Geschäfts auszugehen.

II. Nichtigkeit nach § 125 S. 2 BGB

Diese Vertragsänderung könnte jedoch nach § 125 S. 2 BGB nichtig sein. Hierzu müssten die Parteien eine Form wirksam vereinbart haben und dürften dieses Formerfordernis nicht später wieder aufgehoben haben.

Wurde diese Form dann missachtet, greift die Nichtigkeit bei gewillkürter Form zumindest „im Zweifel“.

1. Vereinbarung einer Schriftform

M und V hatten in ihrem ursprünglichen Mietvertrag vereinbart, dass mündliche Nebenabreden ungültig sind. Dieses Schriftformerfordernis haben beide Parteien missachtet, als sie über die Mitbenutzung des Gartens sprachen.

2. Abbedingung der Schriftform

Allerdings könnten M und V mit ihrer Übereinkunft zur Gartennutzung konkludent mitvereinbart haben, dass die ursprüngliche Schriftformklausel nicht mehr gelten soll. Diese Abbedingung dürfte dann ihrerseits nicht von der ursprünglichen Schriftformklausel erfasst sein.

Hiergegen spricht, dass eine Auslegung anhand von Wille oder Erklärung der Parteien selbst bei noch so „verständiger Würdigung“ gemäß §§ 133, 157 BGB regelmäßig fiktiv ist. M und V hatten die Schriftformklausel schlicht vergessen, also gar nicht mehr daran gedacht, als sie über den Garten sprachen.

Aus einem solchen Nicht-Bewusstsein einen Vertrag zu konstruieren, erscheint genauso gewagt wie die These, dass die Abbedingung nicht vom Schriftformerfordernis erfasst sei. Schließlich führt diese Ansicht letztlich nur dazu, dass die Kautelarjurisprudenz mit der sog. doppelten Schriftformklausel (dazu unten) reagiert.

Andererseits würde es oft den so wichtigen Parteiinteressen schaden, auf einem Formerfordernis zu beharren, an das die Parteien bei Vertragsänderung **gar nicht mehr denken**. Gerade die Rechtsprechung scheint hier einige Erfahrungen gesammelt zu haben. Vor diesem Hintergrund mag deren „großzügige“ Auslegungspraxis noch vertretbar sein.

3. „im Zweifel“

Dogmatisch überzeugender erscheint es dann allerdings, die Schriftformklausel zwar als gültig anzusehen und deren Missachtung zu konstatieren, um dennoch auf die Rechtsfolge der Nichtigkeit zu verzichten.

Denn § 125 S. 2 BGB verlangt diese für eine gewillkürte Form nur „im Zweifel“. Sachlich ist hierzu anzumerken, dass wenn die Parteien gar nicht mehr an diese Formvorgabe dachten, es dann bisweilen in deren Interesse liegt, sie zu ignorieren und stattdessen die Vertragsänderung als wirksam anzusehen.

Hinweis: Hier sind ersichtlich alle möglichen Ansichten vertretbar, einschließlich der Unwirksamkeit der Vertragsänderung. Sofern die Schriftformklausel zu allgemeinen Geschäftsbedingungen gehörte, denke aber an §§ 307 Abs. 2 Nr. 1, 305b BGB.

Im Ergebnis kann damit M von V aus § 535 Abs. 1 S. 1 BGB die Mitbenutzung des Gartens verlangen.

B. Abwandlungen

Abwandlung 1: Angesichts der sog. doppelten Schriftformklausel ist die Abänderung des Mietvertrags nunmehr tatsächlich nach § 125 S. 2 BGB nichtig, die Abbedingung scheitert.

Abwandlung 2: Nach überwiegender Ansicht ist die Schriftformklausel hier nach §§ 307 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 Nr. 1, 305b BGB unwirksam, siehe dazu allgemein bei Schriftformklauseln.

In einer Klausur kannst Du z. B. unter B. II. weiterhin die Abbedingung der Schriftformklausel diskutieren (scheitert, da qualifiziert), um dann etwa als III. die Unwirksamkeit der Schriftformklausel so nach den §§ 305 ff. BGB zu prüfen, wie Du bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen generell aufbaust.

IV. Billigkeitsausnahmen

1. Grundlagen

→ Siehe auch die Fallgruppen zu Formausnahmen sowie die Musterlösung zum Edelmannfall.

Rechtssicherheit versus Einzelfallgerechtigkeit

Grundsatz: Klare, ausnahmslose Regel

§ 125 S. 1 BGB trifft für gesetzliche Formvorgaben die **klare, ausnahmslose Anordnung**, dass dies missachtende Rechtsgeschäfte nichtig sind. Anders („im Zweifel“) ist dies nach S. 2 nur bei einer von den Parteien selbst vereinbarten, also gewillkürten Form.

Vorteil: Rechtssicherheit

Wie immer liegt der Vorteil einer klaren, ausnahmslosen Regel darin, dass die Parteien genau wissen, woran sie sind, also wann ein Rechtsgeschäft (nicht) nichtig ist. Angesichts dieser Vorteile rechtsklarer Vorgaben ist die **Rechtsprechung sehr zurückhaltend** darin, die gesetzlichen Formvorgaben abzuändern.

Ausblick: Fallgruppen

Völlig vermeiden lassen sich Ausnahmen jedoch nicht. Das „Leben da draußen“ ist zu **vielschichtig**, als dass die gesetzlichen Voraussetzungen durchweg zu – gemessen an den Parteiinteressen – akzeptablen Ergebnissen führen würden. Immerhin lassen sich hier einige Fallgruppen unterscheiden.

Durchbrechung nur in besonderen Fällen

Treu und Glauben

Eine einfach subsumierbare Formel dafür, wenn eine gesetzliche Formvorgabe im Einzelfall ignoriert werden kann, gibt es leider nicht. Die Rechtsprechung bemüht etwa Treu und Glauben (§ 242 BGB), auch der Hinweis auf eine teleologische Reduktion liegt nahe. Immer wird der **Ausnahmecharakter** betont.

Schlechthin untragbare Ergebnisse

So müsse die Formvorgabe etwa zu „nicht nur harten, sondern **schlechthin untragbaren Ergebnissen**“ führen. Oft wird auf eine (drohende) „Existenzgefährdung“, eine „besonders schwere Treuepflichtverletzung“, einen „unerträglichen Widerspruch zum eigenen Verhalten“ oder eine „besondere Fürsorgepflicht“ verwiesen, um hier nur einige Formulierungen aufzugreifen.

Rechtsfolgen

Nichtanwendung der Formvorschrift

Hält man es nach § 242 BGB für treuwidrig, sich auf die an sich geltende Formvorgabe zu berufen, oder reduziert man diese teleologisch, entfällt die

Nichtigkeitsfolge des § 125 BGB – die Formvorschrift wird nicht angewandt.

Das wiederum führt meistens zu einem **Erfüllungsanspruch**, für den Du dann aber nochmals fragen solltest („Ergebniskontrolle“), ob es nicht angemessener ist, nur das positive Interesse oder nur das negative Interesse zuzubilligen (dazu gleich).

Schadensersatzanspruch aus culpa in contrahendo oder Delikt

- Culpa in contrahendo?

Sofern die Gegenseite **schuldhaft dazu beitrug**, dass die Formvorschrift missachtet wurde oder unbekannt bleibt, besteht regelmäßig ein Anspruch aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen auf Schadensersatz gem. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 3, 241 Abs. 2, 249 ff. BGB. Dabei lässt sich oft eine **Aufklärungspflicht** begründen.

- Delikt?

Vereinzelt können sich etwa auch aus **Delikt** Schadensersatzansprüche ergeben. So erfasst § 826 BGB ein vorsätzliches, sittenwidriges Verhalten, während § 823 Abs. 1 BGB meistens mangels Verletzung eines dort genannten, objektiv geschützten Rechtsguts scheitert. Für § 823 Abs. 2 BGB brauchst Du ein passendes Verbotsgesetz.

- Rechtsfolge: getreu §§ 249 ff. BGB genau ermitteln

In diesen Fällen solltest Du allerdings zweierlei unbedingt ansprechen: Prüfe erstens genau die aus §§ 249 ff. BGB folgende **Rechtsfolge**: Hätten die Parteien die Form bei korrektem Verhalten eingehalten?

Dann wäre an sich oft sogar ein Erfüllungsanspruch (z. B. auf Übereignung) konsequent. Wäre der Vertragsschluss hingegen gescheitert, führt der Schadensersatzanspruch von vornherein nur zum negativen Interesse.

- Ggf. Korrektur nach Sinn und Zweck der Formvorschrift

Als Nächstes solltest Du fragen, ob es nicht **die jeweilige Formvorschrift unterläuft**, einen solchen Schadensersatzanspruch zuzusprechen.

Ergebniskontrolle

Kommst Du zum Ergebnis, dass eine Formvorgabe im Einzelfall nicht zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts führen sollte oder dem Betroffenen ein

Anspruch auf Schadensersatz zusteht, solltest Du die sich **ergebende Rechtsfolge nochmals hinterfragen:**

- Erfüllung

Ignorierst Du die gesetzliche Formvorschrift nach § 242 BGB, führt das meistens angesichts des nunmehr doch wirksamen Rechtsgeschäfts zu einem Erfüllungsanspruch.

Ebenso könnte ein nach §§ 249 ff. BGB zu leistender Schadensersatz auf Erfüllung hinauslaufen. Hier solltest Du jeweils fragen, ob nicht auch das negative Interesse oder zumindest das positive Interesse („nur Geld“) angemessen ist.

- Positives Interesse

Oft wirst Du die gesetzliche Formvorgabe wenigstens insofern „respektieren“ wollen, als die von der Ausnahme profitierende Partei **lediglich** einen Anspruch auf das **positive Interesse** erhält.

- Negatives Interesse

Oder diese Partei erhält gar nur das **negative Interesse**, weil sie dann zwar nicht das aus dem Rechtsgeschäft Erhoffte erhält, wohl aber (weithin) ohne Schaden bleibt.

2. Fallgruppen

Im Laufe der Zeit haben sich einige **Fallgruppen** herausgebildet, um mögliche Durchbrechungen gesetzlicher Formerfordernisse zu diskutieren.

Arglistige Täuschung über Formbedürftigkeit

Beispielsfall

Sachverhalt

Das frisch in Deutschland eingereiste, der hiesigen Sprache aber noch unkundige Pärchen P möchte sich auf dem Land ein kleines Haus kaufen. Auf die Frage, ob man in Deutschland so einen Vertrag nicht staatlich bestätigen lassen müsse, erwidert Verkäufer V wider besseren Wissens, das sei nicht erforderlich, Schriftform sei völlig ausreichend. Später beruft er sich doch auf §§ 125 S. 1, 311b Abs. 1 S. 1 BGB.

Nichtanwendung der Formvorgabe

Täuscht eine Partei die Gegenseite **vorsätzlich** darüber, dass vermeintlich keine Form einzuhalten sei, verstößt es dann gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB), sich auf eine Formnichtigkeit nach § 125 S. 1 BGB zu berufen.

Man mag dann etwa den Grundsatz des „venire contra factum proprium“ (widersprüchliches Verhalten) bemühen oder darauf verweisen, dass das Recht **Täuschungen missbilligt**. Vgl. für das Zivilrecht etwa § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB; für das Strafrecht nur § 263 StGB.

Letztlich wusste der **Täuschende**, was er tat, und konnte sich darauf einstellen, dass er mit seinem Hinweis auf § 125 S. 1 BGB vor Gericht nicht durchkommen wird.

Anspruch auf Schadensersatz

Bei vorsätzlichem Verhalten fällt es regelmäßig leicht, **Schadensersatzansprüche** zu begründen. So liegt hier sowohl ein Anspruch aus culpa in contrahendo (§§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 3, 241 Abs. 2, 249 ff. BGB) wegen Nichtaufklärung als auch ein solcher wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung aus § 826 BGB nahe.

Nicht ganz klar ist es allerdings bei der **tatsächlichen Würdigung** der Voraussetzungen der §§ 249 ff. BGB, ob es wirklich zur notariellen Beurkundung gekommen wäre.

Einseitig verschuldete Nichtbeachtung

Rspr.: Haftung aus culpa in contrahendo

Bei zwar nicht vorsätzlichem, wohl aber **fahrlässigem Verschulden** der Nichteinhaltung der Form neigt die Rechtsprechung dazu, wenigstens einen Schadensersatzanspruch aus culpa in contrahendo (§§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 3, 241 Abs. 2, 249 ff. BGB) zuzubilligen.

Beispiel

In BGH NJW 1965, 812 etwa musste der einen Formfehler verschuldende Verkäufer den Käufer so **in Geld entschädigen**, dass er ein gleichwertiges anderes Grundstück beschaffen konnte (positive Interesse).

Einen Erfüllungsanspruch (Übereignung des formnichtig versprochenen Grundstücks) verneinte das Gericht hingegen. Näher zu dieser Frage der **angemessenen Rechtsfolge** allgemein bei den Billigkeitsausnahmen.

Beidseitig vorsätzliche Nichtbeachtung

Wissen beide Seiten, dass ein Rechtsgeschäft „an sich“ formbedürftig ist, und ignorieren sie dennoch diese klare rechtliche Vorgabe, sollte nur in besonderen Ausnahmefällen von der Nichtigkeitsfolge des § 125 S. 1 BGB unter Berufung auf § 242 BGB abgewichen werden.

Das berühmteste Beispiel für eine solche mögliche Ausnahme ist der sog. **Edelmannfall** (RGZ 117, 121). Hier sah das Reichsgericht das Rechtsgeschäft als nichtig an. Der BGH ließ hingegen einige Jahre später in einem ähnlichen Fall die Berufung auf Treu und Glauben zu. Näher dazu die Musterlösung zum Edelmannfall.

3. Edelmannfall

→ Siehe zu dieser Musterlösung auch die nachfolgenden Erläuterungen.

Sachverhalt

Generaldirektor Z verspricht dem als Betriebsleiter angestellten A ein diesem als Dienstwohnung überlassenes Haus. Mangels notarieller Beurkundung fragt A nach der Ernsthaftigkeit dieser Übereignungsabsicht, worauf Z entrüstet entgegnet, bei ihm herrschten keine „jüdischen Gepflogenheiten“. A könne vollkommen beruhigt sein, schließlich sei er von Adel; die Angelegenheit eile nicht, es handle sich ja nur um eine reine Formsache, er habe noch nie ein Versprechen gebrochen. Später tut Z genau das – er bricht sein Versprechen. A verlangt von Z das Haus (leicht vereinfachte Variante des „**Edelmann-Falls**“, RGZ 117, 121).

Musterlösung

A könnte gegen Z einen Anspruch auf Übereignung und Übergabe des Grundstücks (das Haus ist davon wesentlicher Bestandteil gem. § 93 BGB) aus Schenkungsvertrag gem. § 518 Abs. 1 BGB haben.

Das setzt voraus, dass A und Z einen entsprechenden Vertrag geschlossen haben und dieser nicht nach § 125 S. 1 BGB wegen Formmangels nichtig ist.

A. Einigung über Schenkung der Dienstwohnung

A und Z haben sich auf die Überlassung des Grundstücks mit der Dienstwohnung an Z geeinigt. Dieser Vertrag müsste ein Schenkungsvertrag gem. § 518 Abs. 1 BGB sein. Ein Kaufpreis wurde nicht vereinbart.

Zwar ist es denkbar, dass Z das Haus bei verständiger Würdigung (§§ 133, 157 BGB) als Entgelt gem. § 611 Abs. 1 Alt. 2 BGB für vergangene („Belohnung“) oder zukünftige („Anreiz“) Dienste gewährte.

Besonders für vergangene Dienste erscheint es jedoch konstruiert anzunehmen, dass Z nachträglich ohne ersichtliche Notwendigkeit anerkannt habe, dem A noch Ausgleich im Wert des Hauses zu schulden. Im Sachverhalt finden sich nicht genügende Hinweise für eine solche Änderung des Dienstvertrags, so dass von einer Schenkung auszugehen ist.

Hinweis: Relevant ist die Frage des Vertragstyps insofern, als ein Dienstvertrag anders als ein Schenkungsvertrag formfrei möglich ist. Allerdings greift dann immer noch § 311b Abs. 1 BGB. Das hier zu diskutierende Problem einer Billigkeitsausnahme vom Formerfordernis stellt sich also ohnehin.

B. Nichtigkeit gem. § 125 S. 1 BGB

Der Schenkungsvertrag wäre gem. § 125 S. 1 BGB nichtig, handelte es sich um ein Rechtsgeschäft, wäre dafür eine gesetzliche Form vorgeschrieben und hätten A und Z diese Form missachtet. Zudem darf die Berufung des Z auf diese Form nicht treuwidrig gemäß § 242 BGB sein.

I. Rechtsgeschäft

Der Schenkungsvertrag ist ein Rechtsgeschäft.

II. Formvorgabe

1. § 518 Abs. 1 S. 1 BGB

Nach § 518 Abs. 1 S. 1 BGB bedürfen Schenkungen, die wie hier nicht sofort bewirkt werden (sonst sog. „Handschenkung“ gem. § 516 Abs. 1 BGB), der notariellen Beurkundung, vgl. dazu § 128 BGB.

2. § 311b Abs. 1 BGB

Da Z dem A verspricht, ihm ein Haus (als unwesentlicher Bestandteil eines Grundstücks, vgl. § 93 BGB) zu überlassen, bedarf es zudem auch nach § 311b Abs. 1 BGB der notariellen Beurkundung.

III. Nichteinhaltung

Z und A haben diese Form missachtet. Zu einer notariellen Beurkundung der Schenkung kam es nie. Damit ist die Schenkung des Z an sich nach § 125 S. 1 BGB nichtig.

IV. Treuwidrigkeit gem. § 242 BGB

Möglicherweise verstößt es jedoch gem. § 242 BGB gegen Treu und Glauben, sich als Z auf die Nichtigkeit der Schenkung nach § 125 S. 1 BGB zu berufen.

1. Vorwerfbares Verhalten des Z

Hierfür könnte sprechen, dass Z trotz der klaren Nachfrage des A – und das mit unangenehm-antisemitischem Beigeschmack – ausdrücklich betonte, auf sein Wort sei Verlass.

Zudem verharmloste Z das Formerfordernis, indem er von einer reinen Formsache sprach. Auch wog er A durch den Hinweis in Sicherheit, noch nie ein Versprechen gebrochen zu haben.

Schließlich befand sich Z gegenüber A in einer wirtschaftlich stärkeren Position (A stand ihm gegenüber in gewisser Abhängigkeit) und unterlag Z einer arbeitsrechtlichen Fürsorgepflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB.

2. Rechtssicherheit

Andererseits sprechen auch gute Gründe dafür, die Formvorschrift des § 311b Abs. 1 S. 1 BGB schlicht ernstzunehmen. Das naheliegendste Argument dafür ist **Rechtssicherheit**.

3. Schutzwürdigkeit des Z

Zudem ist angesichts der hier maßgeblichen Formfunktionen – insbesondere des Schutzes vor übereilten und nachteiligen Entscheidungen – zu fragen, ob Z nicht sehr wohl schutzwürdig ist, mag er auch noch so unsympathisch sein.

Bei Schenkungsversprechen und Grundstücksübertragungen sollen sich Parteien nicht grundlos von einem Notar beraten lassen. Dabei fragt sich,

ob es wirklich zu einer Beurkundung gekommen wäre, hätte A darauf bestanden.

Es erscheint zudem nicht erstrebenswert, als Rechtsordnung nur noch edle Charaktere zu schützen (und damit in Gerichtsprozessen Persönlichkeiten zu bewerten). In gewisser Hinsicht illustriert Z mustergültig Sinn und Zweck der § 518 Abs. 1 BGB und § 311b Abs. 1 BGB.

4. Wissentliches Handeln des A

Zudem weiß A genau, dass das Versprechen des Z ohne notarielle Beurkundung ungültig ist, die Rechtsordnung also das bloß mündliche Versprechen nicht gelten lassen will.

Dann aber kann man hier nach Flume entgegenen: Wer sein Geschäft nicht dem Recht, sondern dem Wort eines Edelmanns überlässt, dem hilft das Recht auch nicht. Bloßes Vertrauen schützt unser Zivilrecht nicht, sondern es entscheidet erst anhand anderer Gesichtspunkte darüber, worauf man sich von Rechts wegen verlassen darf.

5. Ggf. Anspruch des A nach § 611 Abs. 1 Alt. 2 BGB

Sollte das Versprechen des Z lediglich verdeutlichen, dass er A bisher weniger als von ihm aus Dienstvertrag geschuldet gezahlt hatte, bleibt es A zudem unbenommen, einen solchen Anspruch auf Vergütung (nicht Überlassung eines Grundstücks) geltend zu machen.

Dann könnte A zwar nicht das Grundstück verlangen, wohl aber nach § 611 Abs. 1 Alt. 2 BGB eine Vergütung von vergleichbarem Wert.

6. Ergebnis

Letztlich sprechen die besseren Gründe dafür, dem Z die Berufung auf § 125 S. 1 BGB zu gestatten (also nicht nach § 242 BGB zu verwehren), so dass der Schenkungsvertrag nichtig ist. A kann nicht von Z Übergabe und Übereignung des Grundstücks verlangen.

Hinweis: Eine andere Ansicht ist hier gut vertretbar. So verwehrte zwar das Reichsgericht in diesem Fall eine Berufung auf Treu und Glauben. Der BGH hingegen gestattete das in einem ähnlichen Fall (BGH NJW 1968, 39).

Ein Anspruch des A auf Schadensersatz gem. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 3, 241 Abs. 2, 249 ff. BGB aus culpa in contrahendo scheidet daran, dass A vom Formerfordernis wusste und sich selbst entschied, auf dessen

Einhaltung nicht zu bestehen. Und ein direkter Anspruch auf das Haus (bzw. auf eine notarielle Beurkundung) stand ihm nicht zu.

4. Hinweise zur Falllösung

Hier ein paar **Erläuterungen** zur vorherigen Musterlösung zum Edelmannfall.

- **„Edelmannfall“**
 - Der Sachverhalt ist an RGZ 117, 121 (sogenannter Edelmannfall) angelehnt, in dem das Reichsgericht den Vertrag – gut vertretbar – für nach § 125 S. 1 BGB nichtig hielt.
 - Einige Jahre später hatte dann der BGH einen ähnlichen Fall (BGH NJW 1968, 39) zu entscheiden, in dem sich der Schenker auf seine kaufmännische Ehre berief. Hier entschied das Gericht, dass die Berufung auf die Formvorgabe treuwidrig sei (§ 242 BGB).
- **Sachverhalt „ausschlachten“**
 - Achte gerade bei Streitfragen oder Grenzfällen darauf, ob Dir der Sachverhalt nicht wertvolle Argumente liefert. Klausurensteller tun dies oft bewusst, wollen Dir also helfen – etwa indem sie das Problem eingehend schildern oder den Akteuren Argumente in den Mund legen.
 - Hier spricht Z etwa davon, dass es sich ja um eine reine Formsache handle und betont sogar mehrfach, dass auf sein Wort Verlass sei. Greife solche Aspekte auf („Echoprinzip“).
- **Anspruchsgegenstand:** Laut Sachverhalt verlangt A von Z „das Haus“. Das ist in zweierlei Hinsicht unpräzise (ein Sachverhalt darf das, die Lösung nicht!):
 - Das Haus ist wesentlicher Bestandteil des Grundstücks gem. § 93 BGB, so dass ein Herausgabeanspruch das Grundstück, nicht das Haus, erfasst.
 - Rechtlich präzise will A zudem nicht „das Haus“, sondern Eigentum und Besitz am Haus.
- **Dienstvertrag?**

- Oft – gerade für sogenannte Primäransprüche – kannst Du in einer Klausur offenlassen, was für ein Vertragstyp vorliegt. So magst Du dann etwa eine schwierige Abgrenzung von Dienstvertrag (§§ 611 ff. BGB) und Werkvertrag (§§ 631 ff. BGB) vermeiden. Sofern jedoch je nach Vertragstyp keine bzw. eine andere Form einzuhalten ist, muss man diese Frage nach der „Rechtsnatur“ des Vertrags klären.
- Auf die Idee, hier einen Dienstvertrag zu erwägen, kommt man wohl vor allem dann, wenn man die Diskussion zum Edelmannfall kennt. Doch liegt die Annahme nicht völlig fern, dass Z auch eigennützige Motive dafür hat, A die Dienstwohnung zu versprechen.
- Heutzutage (mit Einführung des § 311b Abs. 1 BGB) ist dieser Aspekt weniger brisant, da auch bei einem Dienstvertrag die notarielle Beurkundung erforderlich bleibt.
- **Normen zitieren**
 - Wie immer solltest Du passende Normen auch nennen und so möglichst viele Häkchen des Korrektors sammeln. Präsentiere Dein Wissen, sofern es einschlägig ist.
 - Im Fall wurden daher etwa auch die §§ 93, 128 und 516 BGB erwähnt.
- **Erst der Grundsatz, dann die Ausnahme:** Wann immer Du erwägst, von einer klaren rechtlichen Vorgabe (hier die Formvorschriften der §§ 311b Abs. 1, 518 Abs. 1 S. 1 BGB) abzuweichen, solltest Du zunächst den Grundsatz anwenden und betonen, bevor Du Dich dann einer möglichen Abweichung widmest.
- **Schadensersatzanspruch des A?**
 - Ein Anspruch des A gegen Z aus culpa in contrahendo ist nicht abwegig, wird in diesem Fall aber eher selten vertieft. Das mag insbesondere daran liegen, dass A hier vom Formerfordernis weiß (Mitverschulden). Verneint man zudem wie im Fall vertreten § 242 BGB, liegt es auch nahe, bereits eine Pflichtverletzung abzulehnen.

- Getreu „allgemeinen klausurtaktischen Erwägungen“ habe ich diesen Anspruch am Ende dennoch kurz erwähnt: Wenn man sich nicht sicher ist, ob etwas angesprochen werden sollte oder eher abwegig ist, dann kann man diesen Aspekt sehr kurz ansprechen.
- Eine Rolle mag auch spielen, wie viel Zeit Du insgesamt für die Lösung hast.
- **Ergebnis als Überschrift?**
 - Generell rate ich dazu, für das bloße Ergebnis keine eigene Überschrift zu verwenden, sondern dieses einfach als weiteren Absatz an den letzten Prüfungspunkt anzuhängen.
 - In diesem Fall sind allerdings noch die Argumente sachlich-inhaltlich mit Überschriften unterteilt, so dass es sich anbietet, eine solche Überschrift auch für das Ergebnis zu verwenden.

V. Einzelfragen

1. Andeutungstheorie

Grundidee

Ist der für den Inhalt einer Willenserklärung maßgebliche Parteiwille anhand sämtlicher verfügbarer, äußerer Indizien zu ermitteln, kann das mit Formvorschriften kollidieren, wenn diese Indizien die Form nicht beachten. Hier lässt sich vertreten, dass solche Umstände zumindest eine **formgemäße Andeutung** finden müssen („Andeutungstheorie“).

Vertiefung

Schreibt das Gesetz etwa in § 2247 BGB für das Testament vor, dass es „**eigenhändig**“ zu schreiben ist, und vermacht der Erblasser dort seine „Bibliothek“, mit der er aber seine Alkoholikasammlung meint, so mag sich sein tatsächlicher Wille nicht aus dem Testament selbst, sondern nur anhand **sonstiger Umstände** (etwa der Berichte von Bekannten)

ergeben. Diese Indizien sind aber nicht im Sinne von § 2247 BGB eigenhändig verfasst.

Daher lässt es sich hier vertreten, für die Auslegung der Formulierung „Bibliothek“ nur solche Umstände zu berücksichtigen, die im schriftlich verfassten Testament **zumindest eine gewisse Andeutung finden** (sog. „Andeutungstheorie“). Ähnliche Probleme können sich etwa bei der *falsa demonstratio*, dem erkannten Irrtum, dem Festhalten am Gewollten oder dem Scheingeschäft ergeben.

Bsp.: Unwirksames „testamentum mysticum“

Ein gutes Beispiel für die hier geschilderte Problematik bildet ein Beschluss des BGH (10. Nov. 2021 – Az. IV ZB 30/20 – Rn. 11 ff.) zum „**testamentum mysticum**“: Dort hatte der Erblasser sein Testament zwar wie von § 2247 BGB verlangt eigenhändig verfasst. Die Erben für die Zeit nach dem Tod beider Partner, 5 befreundete Familien, waren jedoch lediglich in einem vom Erblasser unterschriebenen und beigefügten **PC-Ausdruck** benannt.

Hier gingen die befreundeten Familien leer aus. Denn der Wortlaut des eigenhändig verfassten Testaments selbst ließ nun einmal **nicht erkennen, wer diese waren**. Die Identitäten waren dort auch nicht „angedeutet“, vielmehr ergaben sich diese erst aus dem PC-Ausdruck. Die bloße Bezugnahme auf diesen Ausdruck reichte dem BGH nicht.

Eine Analogie zu § 9 Abs. 1 S. 2 BeurkG oder zu § 160 Abs. 5 ZPO lehnte der BGH ab. Vielmehr schloss er aus dem **Fehlen einer vergleichbaren Anordnung** bei §§ 2247 BGB, dass der historische Gesetzgeber – wie auch aus den Motiven (Bd. V., S. 293 f.) ersichtlich – , solche Bezugnahmen nicht genügen lassen wollte.

2. Heilung

Begriff

Bisweilen sieht die Formvorgabe eine sogenannte **Heilungsmöglichkeit** vor, bei der sich die Missachtung einer Formvorschrift als letztlich unschädlich erweist. Der Formmangel einer

nur mündlich vereinbarten Bürgschaft etwa wird nach § 766 S. 3 BGB „geheilt“, sobald der Bürge die Hauptverbindlichkeit erfüllt.

Beispiele

Eine Heilungsmöglichkeit findest Du regelmäßig sehr nah bei der jeweiligen Formvorgabe:

- § 311b Abs. 1 S. 2 BGB: Heilung z. B. eines Grundstückskaufs bei späterem **Eigentumsübergang** (durch Auflassung nach § 925 BGB und Eintragung gem. § 873 Abs. 1 BGB) → notarielle Beratung anlässlich der Auflassung
- § 518 Abs. 2 BGB: Heilung eines Schenkungsversprechens durch **Bewirken** der versprochenen Leistung → hier **spürt** der Schenkende dann typischerweise, was er tatsächlich verliert.
- § 766 S. 3 BGB: Heilung eines Bürgschaftsvertrags durch **Erfüllung** → auch hier **spürt** der Bürge bei tatsächlicher Erfüllung, was er wirklich verliert.
- § 15 Abs. 4 S. 2 GmbHG: Heilung der Verpflichtung zur Abtretung von Geschäftsanteilen durch **Abtretung** → notarielle Beratung anlässlich der tatsächlichen Abtretung, vgl. § 15 Abs. 3 BGB

Wie Du siehst, ist Hintergrund der Heilung oft, dass der mit der Formvorgabe bezweckte **Schutz anders erzielt** wurde. Das wiederum ist oft dann der Fall, wenn die Leistung tatsächlich erbracht wird.

Klausur

In einer Klausur prüfst Du die Heilung als **Einwendung** gegen die Formnichtigkeit nach § 125 BGB, also etwa bei einem Grundstückskauf wie folgt:

- Kaufvertrag (§ 433 BGB)
- Formnichtigkeit
 - Nichtigkeit gem. §§ 125 S. 1, 311b Abs. 1 S. 1 BGB
 - Heilung gem. § 311b Abs. 1 S. 2 BGB

Denkbar wäre es hier auch, die Nichtigkeit gemäß §§ 125 S. 1, 311b Abs. 1 S. 1 BGB und die Heilung gem. § 311b Abs. 1 S. 2 BGB auf gleicher Ebene wie den Kaufvertrag zu prüfen.

VI. Klausur

§ 125 BGB ist Einwendung

Da § 125 BGB die Nichtigkeit anordnet, ist diese Vorschrift als **Einwendung** gegen das Rechtsgeschäft zu prüfen, für das die Form vorgeschrieben ist. Wenn Du also z. B. einen Anspruch aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB auf Übergabe und Übereignung eines Grundstücks prüfst, sieht der Aufbau ungefähr so aus:

- Kaufvertrag (§ 433 BGB)
 - Angebot
 - Annahme
- Nichtigkeit gem. § 125 S. 1 BGB
 - Rechtsgeschäft
 - Durch Gesetz vorgeschriebene Form (hier § 311b Abs. 1 S. 1 BGB)
 - Nichteinhaltung („ermangelt“)

Du prüfst also § 125 BGB genau so als Einwendung, wie Du das etwa bei einer Anfechtung für die des § 142 Abs. 1 BGB oder bei einer Minderjährigkeit für die des § 108 Abs. 1 BGB tust. Diese und andere Einwendungen mögen zusätzlich, neben der Formnichtigkeit, zu prüfen sein (also etwa auf wiederum oberster Ebene als „Nichtigkeit gem. § 142 Abs. 1 BGB“ usw.).

Hinweise

- **Einstieg mit der Rechtsfolge:** Auch bei der Form erfolgt der Prüfungseinstieg über die Rechtsfolge, also mit § 125 S. 1 oder 2 BGB: Denn regelmäßig interessiert uns die (Nicht-) Einhaltung einer Form nur wegen einer möglichen Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts.
- **Formfreiheit als Grundsatz:** Ein Rechtsgeschäft ist nach § 125 BGB nur (bei S. 2 „im Zweifel“) nichtig, wenn eine Form überhaupt angeordnet bzw. vereinbart wurde.
- **Konkrete Formvorgaben** findest Du nicht in den §§ 125 ff. BGB, sondern meistens (Gegenbsp.: § 311b Abs. 1 BGB) bei den **jeweiligen Vertragstypen** (etwa in § 766 BGB für die Bürgschaft)

- **Abstraktion und Trennung** ist wie immer zu beachten: Auch die Einwendung des § 125 BGB ist für jedes Rechtsgeschäft gesondert zu prüfen (Trennungsprinzip) und beeinflusst nicht die Wirksamkeit anderer Rechtsgeschäfte (Abstraktionsprinzip). Näher dazu hier.
- **§§ 126 BGB ggf. ergänzend zitieren:** Ist etwa in § 766 BGB von „schriftlicher Erteilung“ die Rede, zitiere dazu § 126 BGB; spricht § 311b Abs. 1 BGB von „notarieller Beurkundung“, zitiere dazu § 128 BGB usw. → Häkchen sammeln!
- **Gesetzliche versus vereinbarte Form:** Zitiere § 125 BGB präzise mit S. 1 oder S. 2 je nachdem, ob die Formvorgabe auf Gesetz oder auf Vereinbarung beruht. Unterscheide also gesetzliche von vereinbarter („gewillkürter“) Form.
- Bei **vereinbarter Form** führt deren Missachtung nur „im Zweifel“ zur Nichtigkeit → Auslegungsfrage (§§ 133, 157 BGB).
- **Heilung nicht vergessen:** Manche Formvorgaben kennen eine Heilung, was dann allerdings ausdrücklich geregelt ist.
- **Stellvertretung:** Bei der Stellvertretung ist es nur der Vertreter, nicht der Vertretene, in dessen Person die Formvorschrift zu wahren ist. Schließlich handelt nach den §§ 164 ff. BGB der Vertreter für den Vertretenen. Eine Vollmacht bedarf nach § 167 Abs. 2 BGB grundsätzlich nicht der Form, welche für das Rechtsgeschäft gilt, auf die sich die Vollmacht bezieht. Näher dazu beim Thema „Stellvertretung und Form“.

D. Irrtum und Drohung

I. Einführung, Grundlagen

„Willensmängel“

Der Begriff des „Willensmangels“ dient dazu, die etwa in den §§ 118 ff. BGB erfassten Konstellationen des **Irrtums** und der **Drohung** zu erfassen.

sen. Jedenfalls bei der Drohung führt das allerdings eher in die Irre, da der Bedrohte regelmäßig rational entscheidet.

Herausforderung

Entscheidungsqualität

Das Zivilrecht verleiht den Parteien Privatautonomie, weil diese oft selbst am besten wissen, was für Rechtsgeschäfte die eigenen Interessen bestmöglich verwirklichen. Allerdings können diese Entscheidungen auch schlecht, nämlich **interessenwidrig ausfallen**. Daher berücksichtigt und unterstützt das BGB aufwändig die jeweilige Entscheidungsqualität. Zudem entscheiden auch andere Stellen heteronom über den Inhalt oder gar das Ob eines Rechtsgeschäfts.

Vorteile eines Weiterbestands

Bei der Ausgestaltung des Irrtumsrechts muss das Zivilrecht berücksichtigen, dass bei einer Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts auch die damit verbundenen **Vorteile verloren gehen**. Ebenso sollten die Nichtigkeitsgründe bzw. Lösungsrechte möglichst **rechtssicher** ausgestaltet werden: Es läge nicht im Parteiinteresse, genüge jedwede Kleinigkeit bzw. jedweder Vorwand, um sich einem Rechtsgeschäft nachträglich zu entziehen.

Schadenszuweisung

Wann immer die Anbahnung eines Rechtsgeschäfts dazu führt, dass nicht etwa Werte geschaffen werden, sondern ein Schaden entsteht, muss dieser **irgendjemandem zugewiesen** werden. Typischerweise trägt diesen Schaden eine der beiden Parteien und findet sich dazu etwa in § 122 BGB eine ausdrückliche Regelung, die das sogenannte negative Interesse zuweist.

Irrtümer

Grundidee

Interessenwidrige Entscheidungen drohen den Parteien besonders dort, wo sie einem Irrtum unterliegen, nämlich ihre subjektive Vorstellung von der Realität abweicht. Daher liegt es nahe, solche Entscheidungen

zumindest dann nicht gelten zu lassen, wenn ein Irrtum **klar zu beschreiben** ist und die Parteiinteressen typischerweise **stark gefährdet**.

Kategorien

Das BGB unterscheidet hierzu verschiedene Irrtumskategorien:

- Irrtümer über das **Ob eines Rechtsgeschäfts** (Bsp.: „Scherz“ gemäß § 118 BGB)
- Irrtümer über den **Inhalt eines Rechtsgeschäfts** (Rechtsfolgenirrtum, siehe etwa §§ 119 Abs. 1, 120 BGB)
- Irrtümer über **sonstige Umstände** (Motivirrtümer, siehe etwa §§ 119 Abs. 2, 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB)

Abgrenzung: Unkenntnis

Von einem Irrtum zu unterscheiden, für die Parteiinteressen aber oft nicht weniger relevant und damit auch rechtlich erfasst, ist die **bloße Unwissenheit**. Hier hat die Partei nicht falsche, sondern keine Vorstellungen. Das Recht erfasst solche Gefährdungen etwa über Gewährleistungsrechte, Aufklärungspflichten, den Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit und vieles mehr. Weitere Beispiele findest Du allgemein bei der Entscheidungsqualität.

Drohung

Bei der in § 123 Abs. 1 Alt. 2 BGB erfassten Drohung wird die betroffene Partei mit Alternativen konfrontiert, die nicht in diese Entscheidung einfließen sollten, da sie auf Basis der jeweiligen rechtlichen Ausgangelage zur **Verschlechterung** des Bedrohten – gemessen an dessen Interessen – führt.

II. Rechtsfolgen

1. Überblick

→ Siehe auch die Frage einer Nichtigkeit versus Anfechtbarkeit sowie die Rechtsfolgen einer Anfechtung.

Überblick

Das Recht reagiert vielfältig auf Irrtümer. In den §§ 116 ff. BGB wählt es zwischen den Optionen einer **Wirksamkeit** des Rechtsgeschäfts (Unbeachtlichkeit des Irrtums), dessen **Nichtigkeit**, seiner **Anfechtbarkeit** sowie eines Anspruchs auf das **negative Interesse**.

Wirksamkeit (Unbeachtlichkeit des Irrtums)

Manche Irrtümer werden **schlicht nicht erfasst**, sind also rechtlich unbeachtlich. Das führt dazu, dass das Rechtsgeschäft wirksam bleibt.

Spezialfälle eines unbeachtlichen Irrtums bilden die falsa demonstratio, der erkannte Irrtum, die nachträgliche Akzeptanz des Gewollten oder die nachträgliche Akzeptanz des Erklärten.

Nichtigkeit

Erklärt das Recht wie etwa in § 116 S. 2 BGB oder § 118 BGB das Rechtsgeschäft für **nichtig**, entfallen alle damit erhofften Ansprüche und wirtschaftlichen Vorteile.

Anfechtbarkeit

Insbesondere in den Fällen der §§ 119 f., 123 BGB ordnet das Recht die **Anfechtbarkeit** des Rechtsgeschäfts an: Der Irrende kann also nochmals – nunmehr hoffentlich irrtumsfrei und damit mit üblicher Entscheidungsqualität – darüber entscheiden, ob er dieses will oder nicht.

Schadensersatz

Irrtümer führen oft dazu, dass zumindest einer Partei ein Schaden entsteht. Das Recht muss diesen Schaden zuweisen. Hält es das **Rechtsgeschäft für wirksam**, trägt der **Irrende selbst** den durch einen Irrtum entstandenen Schaden. Je nach Irrtum mag sich dieser Schaden „nur“ auf das negative Interesse belaufen, etwa wenn der Irrende mit seinem Vertragspartner über eine Rückabwicklung verhandeln oder einen gekauften Gegenstand weiterveräußern kann.

Im Übrigen regelt insbesondere § 122 BGB, wer dieses negative Interesse trägt: In den Fällen der §§ 118 bis 120 BGB ist das der Irrende – und zwar verschuldensunabhängig. Wer hingegen betrügt oder bedroht (§ 123 BGB), erhält nichts.

2. Anfechtung gemäß § 142 Abs. 1 BGB

a) Grundtatbestand

aa) Überblick

Grundnorm (§ 142 Abs. 1 BGB)

Die Einwendung des § 142 BGB enthält die Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen einer Anfechtung, darunter in Abs. 1 die **Nichtigkeit** des angefochtenen Rechtsgeschäfts. In einer Klausur steigst Du hiermit ein, um anhand dessen die dazugehörigen **Voraussetzungen** zu prüfen: Rechtsgeschäft, Anfechtungsgrund und Anfechtungserklärung.

Tatbestand § 142 Abs. 1 BGB

Du kannst in einer Klausur § 142 Abs. 1 BGB schulmäßig durchprüfen, er nennt sämtliche zu prüfende Tatbestandsmerkmale:

„*Rechtsgeschäft*“

§ 142 BGB erfasst **jedes Rechtsgeschäft** – ganz gleich, ob einseitig oder mehrseitig, empfangsbedürftig oder nicht. Du kannst also auch eine

Vollmacht, eine Anfechtungserklärung und vieles mehr anfechten. Es gilt wie immer das Abstraktions- und Trennungsprinzip.

„anfechtbares“

Die Anfechtung verlangt einen sogenannten **Anfechtungsgrund**, wie er sich insbesondere aus den §§ 119 ff. BGB ergibt. Dieser muss zudem kausal für das Rechtsgeschäft sein.

„angefochten“

Die Rechtsfolgen des § 142 BGB treten nur dann ein, wenn sich der Irrrende für eine Anfechtung entscheidet, nämlich seine Anfechtung erklärt. Die Anfechtung ist ein sogenanntes Gestaltungsrecht.

Rechtsfolgen

Die Rechtsfolgen einer Anfechtung finden sich insbesondere in § 142 BGB, daneben mag ein Anspruch auf das negative Interesse gem. § 122 BGB bestehen.

bb) Anfechtungserklärung

Begriff

Die Anfechtungserklärung ist gem. § 143 BGB ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, das bei verständiger Würdigung (§§ 133, 157 BGB) darauf gerichtet ist, das irrtümlich getätigte Rechtsgeschäft **nicht gelten zu lassen**.

Vertiefung

Einseitiges Rechtsgeschäft

Die Anfechtung ist ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. Sie gehört zu den sogenannten Gestaltungsrechten. Für Minderjährige und Geschäftsunfähige beachte § 131 BGB.

Aha: Als Rechtsgeschäft mag die Anfechtungserklärung **ihrerseits anfechtbar** sein.

Anfechtungsgegner

Nach § 143 BGB erfolgt diese Anfechtung durch Erklärung gegenüber dem dort näher beschriebenen Anfechtungsgegner.

Aha: Im speziellen Fall der Anfechtung einer Innenvollmacht sollte diese Erklärung allerdings, sofern sie nach außen hin kundgetan wurde, dem Dritten gegenüber getätigt werden müssen. Denn diesen treffen dann die entscheidenden Rechtsfolgen.

Inhalt

Als Rechtsgeschäft unterliegt die Anfechtung der Auslegung (§§ 133, 157 BGB). Das wird wichtig, wenn nicht ganz klar ist, ob der Irrende wirklich anfechten will. Schlüssiges Handeln reicht. Zu verlangen ist jedenfalls, dass er **nicht mehr gebunden sein möchte**. Ob er sich zumindest grob auf den Grund seiner Anfechtung berufen muss, ist umstritten.

Achtung: Sofern die Nichtigkeit nach § 142 Abs. 1 BGB dem Irrenden vorteilhafte Ansprüche (z. B. aus Leistungsstörung auf Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 BGB) **zunichte machen** würde, spricht das gegen eine Anfechtung.

Nichtigkeit versus Anfechtbarkeit

Das Gesetz regelt **regelmäßig ausdrücklich**, ob ein Rechtsgeschäft direkt nichtig sein oder ob der Betroffene ein Anfechtungsrecht (als ein Gestaltungsrecht) erhalten und so selbst über diese Rechtsfolge entscheiden soll. So ordnet etwa § 118 BGB für den Scherz die Nichtigkeit an, während die §§ 119 f., 123 BGB jeweils Anfechtungsgründe liefern. Nicht gesetzlich geregelt und umstritten ist hingegen die Rechtsfolge fehlenden Erklärungsbewusstseins.

→ Siehe auch die **rechtspolitische Frage**, ob und warum sich das Recht zwischen den Rechtsfolgen einer Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit entscheidet.

cc) Rechtsfolgen

→ Siehe auch die Frage einer Nichtigkeit versus Anfechtbarkeit sowie die Rechtsfolgen eines Irrtums.

Überblick

Zu den Rechtsfolgen einer Anfechtung gehören insbesondere die **Nichtigkeit ex tunc** gemäß § 142 Abs. 1 BGB sowie eventuell ein Anspruch aus § 122 BGB auf das negative Interesse. Daneben wird in § 142 Abs. 2 BGB einer Kenntnis der Anfechtbarkeit die **Kenntnis der Nichtigkeit** gleichgesetzt.

Nichtigkeit von Anfang an (§ 142 Abs. 1 BGB)

Als Folge der Anfechtung ist das Rechtsgeschäft als **von Anfang an** (ex tunc) **nichtig** anzusehen. Damit mag dann auch der rechtliche Grund gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB (Leistungskondiktion) fehlen und dieser Anspruch damit greifen.

Fiktion der Kenntnis der Nichtigkeit (§ 142 Abs. 2 BGB)

Nach § 142 Abs. 2 BGB wird man bei einer Anfechtung so behandelt, als hätte man die **Nichtigkeit** gekannt oder kennen müssen, sofern man von der **Anfechtbarkeit** wusste oder hätte wissen müssen. Das kann für diverse Tatbestände wichtig sein, etwa § 990 Abs. 1 BGB.

Schadensersatz

Als weitere Rechtsfolge einer Anfechtung gewährt § 122 BGB in den Fällen der §§ 119 f. BGB das negative Interesse.

b) Nichtigkeit versus Anfechtbarkeit

→ Siehe auch die Rechtsfolgen einer Anfechtung sowie die Rechtsfolgen eines Irrtums.

Grundidee

Je nach Art des Irrtums ordnet das Gesetz mal eine Anfechtbarkeit (so etwa in den §§ 119 f., 123 BGB) oder direkt die **Nichtigkeit** (so z. B. in §§ 116 S. 2, 118 BGB) des Rechtsgeschäfts an. Dabei geht es dem BGB um eine möglichst interessengerechte Ausgestaltung.

Das Irrtumsrecht berücksichtigt insbesondere, inwieweit a) bereits eine **irrtumsfreie Willensbildung** erfolgte, b) die durch ein Anfechtungsrecht verminderte **Rechtssicherheit** sowie c) die tatsächlichen **Aussichten** einer Nichtanfechtung des Rechtsgeschäfts durch den Irrenden.

Bereits erfolgte Willensbildung

Hat sich der Irrende **bereits irrtumsfrei darüber Gedanken gemacht**, was er (nicht) will, besteht kein Grund, ihn nochmals entscheiden zu lassen. Vielmehr kann dann direkt Nichtigkeit angeordnet werden. Ein Beispiel dafür bildet der in § 118 BGB erfasste „Scherz“.

Rechtssicherheit

Für eine solche direkte Nichtigkeit spricht auch eine höhere Rechtssicherheit, da ein Anfechtungsrecht die Gegenseite solange **mit Unsicherheit belastet**, wie es noch ausgeübt werden kann.

„Rettungsschance“

Andererseits liegt es oft im beiderseitigen Parteiinteresse, kann ein Rechtsgeschäft (mitsamt der damit verbundenen Vorteile) dadurch „gerettet“ werden, dass der Irrende auf eine Anfechtung verzichtet. Darüber können die Parteien sogar verhandeln – es gilt schließlich Vertragsfreiheit.

c) Bestätigung

Tatbestand

§ 144 BGB regelt die spätere Bestätigung des anfechtbaren Rechtsgeschäfts. Sie ist ihrerseits ein Rechtsgeschäft mit dem Inhalt, dass das irrtümlich geschlossene Rechtsgeschäft doch wirksam sein soll. Es gelten die allgemeinen Grundsätze (Auslegung etc.).

Bsp: K verspricht sich (§ 119 Abs. 1 Alt. 2 BGB) und bestellt Orangen anstatt wie gewollt Äpfel. Als ihm der Fehler auffällt, nimmt er die Orangen dennoch entgegen und sagt: „Was soll's.“

Rechtsfolge

Bestätigt der Anfechtungsberechtigte das Rechtsgeschäft, ist nach § 144 Abs. 1 BGB die **Anfechtung ausgeschlossen**.

Aha: § 144 BGB ist also eine Einwendung, wobei man darüber streiten mag, ob gegen § 142 Abs. 1 BGB (finde ich persönlich überzeugender) oder dessen Tatbestandsmerkmal „anfechtbares“.

3. Negatives und positives Interesse

a) Negatives Interesse

→ Siehe auch die Anspruchsgrundlage des § 122 BGB sowie den Fall zum negativen und positiven Interesse.

Begriff

Das negative Interesse, auch Vertrauensschaden genannt, ist der Schaden, den jemand dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts vertraut. Der Geschädigte ist so zu stellen, als hätte er **von Anfang an von der Nichtigkeit gewusst**. Wichtige Anspruchsgrundlagen sind § 122 BGB (Anfechtung) und 179 Abs. 2 BGB (Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht).

Der Schaden liegt hier also darin, nicht von der Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts gewusst zu haben. Nach den §§ 249 ff. BGB ist der Geschädigte so zu stellen, als hätte er von Anfang an die Unwirksamkeit gekannt. Oft spricht man auch vom **Vertrauensschaden**. Vom negativen Interesse zu unterscheiden ist das sogenannte positive Interesse.

Typische Schadensposten

Typische Schadensposten sind nutzlos gewordene Aufwendungen für Vertragsschluss und -durchführung wie **Verpackung und Porto**. Wurde in Unkenntnis der Unwirksamkeit ein **anderes Vertragsangebot ausgeschlagen**, kann der dadurch entgangene Gewinn verlangt werden, vgl. § 252 BGB.

b) Positives Interesse

Begriff

Positives Interesse, auch Erfüllungsinteresse genannt, ist der Schaden, den jemand dadurch erleidet, dass die Gegenseite ihre an sich geschuldete Leistung nicht erbringt. Der Geschädigte ist nach den §§ 249 ff. BGB so zu stellen, als wäre das Rechtsgeschäft nicht unwirksam, sondern **ordnungsgemäß erfüllt worden**. Schädigendes Ereignis ist also die Nichterfüllung.

Bedeutung

Auf das positive Interesse verweisen etwa Normen wie § 179 Abs. 1 Alt. 2 BGB (Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht) oder die §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 ff. BGB (Schadensersatz wegen Nichterfüllung).

Begrenzung des negativen Interesses

Zudem begrenzt das positive Interesse einige das negative Interesse gewährende Ansprüche, darunter insbesondere § 122 BGB (Irrtumsanfechtung) sowie § 179 Abs. 2 BGB (Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht). Siehe dazu auch den Musterfall.

c) Anspruchsgrundlage (§ 122 BGB)

→ Siehe auch den Fall zum negativen und positiven Interesse.

Überblick

Der das negative Interesse gewährende Anspruch aus § 122 BGB setzt voraus, dass das Rechtsgeschäft aufgrund der §§ 118 ff. BGB – ggf. mittels Anfechtung – nichtig ist. Er wird durch das positive Interesse begrenzt und verschuldensunabhängig gewährt.

Tatbestand § 122 BGB

Aha: Vorab: § 122 BGB gewährt das negative Interesse **verschuldens-unabhängig**. Auf ein Verschulden des Irrrenden kommt es also nicht an, es fehlt bewusst als Tatbestandsmerkmal.

Nichtigkeit aufgrund von §§ 118 ff. BGB

§ 122 BGB setzt voraus, dass ein Rechtsgeschäft **nach den §§ 118 ff. BGB nichtig** ist, sei es direkt aufgrund von § 118 BGB oder durch Anfechtung gem. § 142 Abs. 1 BGB i. V. m. §§ 119 f. BGB.

Anspruchsinhaber

- Bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen steht der Anspruch dem **Erklärungsempfänger** zu.
- Bei nicht-empfangsbedürftigen Willenserklärungen steht er **jedem Dritten** zu, der sich auf die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts verließ.

Anspruchsgegner

Schuldner dieses Anspruchs (Anspruchsgegner) ist der nach den §§ 118 ff. BGB **Irrrende**.

Rechtsfolge

Ersatz des negativen Interesses

§ 122 BGB gewährt das negative Interesse: Der Anspruchsinhaber ist so zu stellen, als hätte er von Anfang an von der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts gewusst.

Begrenzt durch das positive Interesse

Allerdings **begrenzt** § 122 Abs. 1 BGB dieses negative Interesse (genau wie § 179 Abs. 2 BGB für die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht) durch das positive Interesse. Fällt das negative Interesse höher aus, gibt es nur das positive Interesse.

Aha: Man hätte es auch einfacher formulieren können: Der Geschädigte enthält den **kleineren Betrag dieser beiden Schadensposten**. Du prüfst also beide und sprichst das zu, was geringer ausfällt.

Der **Sinn und Zweck** dieser Begrenzung liegt darin, dass der Erklärungsgegner bzw. ein Dritter in den Fällen der §§ 118 ff. BGB ohnehin **nie mehr erhoffen sollte**, als dass das Rechtsgeschäft wirksam ist und damit ordnungsgemäß erfüllt wird. Dafür, den Irrenden darüber hinaus haften zu lassen, besteht kein Grund.

„Mitverschulden“ (§ 122 Abs. 2 BGB)

Nach § 122 Abs. 2 BGB haftet der Irrende nicht, wenn er von der Nichtigkeit bzw. Anfechtbarkeit **wusste oder sie kennen musste**. Dabei enthält dieser Absatz zugleich eine sog. **Legaldefinition**: „kennen musste“ heißt „infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte“.

Aha: Da § 122 Abs. 1 BGB kein Verschulden verlangt, wäre es rechtsdogmatisch etwas schief, bei § 122 Abs. 2 BGB von einem Mitverschulden (etwa im Sinne einer Sonderregelung zu § 254 BGB) zu sprechen, zumal hier das Prinzip „Alles oder Nichts“ („tritt nicht ein“) gilt. Doch sollte man diese Unterschiede auch nicht überbewerten.

d) Fall

Sachverhalt

M will von V dessen Wohnung im März für 400 € mieten, schreibt aber aus Versehen „Februar“. Nachdem er den Irrtum bemerkt, ficht er den Vertrag an. V verlangt 500 €, da Interessent I bereit gewesen wäre, ihm für den Februar sogar diesen Betrag zu zahlen, V ihn aber mit Rücksicht auf M abgewiesen hatte und I mittlerweile abgesprungen ist. Ansprüche des V?

Musterlösung

V könnte gegen M einen Anspruch auf 500 € aus § 122 Abs. 1 BGB haben. Das setzt voraus, dass V Anspruchsinhaber und M Anspruchsgegner nach dieser Vorschrift ist, ein Unwirksamkeitsgrund nach den §§ 118 ff. BGB vorliegt, sich das negative Interesse auf 500 € beläuft und dieser Betrag nicht durch ein niedrigeres, positives Interesse zu deckeln ist.

A. Nichtigkeit nach § 118 BGB bzw. Anfechtung nach §§ 119, 120 BGB

M könnte nach § 119 Abs. 1 Alt. 2 BGB angefochten haben. V und M schlossen einen Mietvertrag gemäß § 535 BGB ab, wobei sich jedoch M verschrieb und damit einem Erklärungsirrtum nach § 119 Abs. 1 Alt. 2 BGB unterlag. Durch die von ihm erklärte Anfechtung gemäß § 143 Abs. 1 BGB ist der Mietvertrag gemäß § 142 Abs. 1 BGB nichtig.

B. M als Anspruchsgegner

Der Anspruch des § 122 Abs. 1 BGB richtet sich bei § 119 BGB gegen den Anfechtenden. Hier hat M die Anfechtung erklärt, ist also möglicher Anspruchsgegner.

C. V als Anspruchsinhaber

V müsste Anspruchsinhaber sein. Beim sich aus empfangsbedürftigen Willenserklärungen zusammensetzenden Mietvertrag ist das nach § 122 Abs. 1 Alt. 1 BGB V als Empfänger der ihm gegenüber von M irrtümlich getätigten Willenserklärung.

D. Negatives Interesse

§ 122 Abs. 1 BGB spricht dem Geschädigten jenen Schaden zu, den er dadurch erlitt, dass er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraute (sogenanntes negatives Interesse, auch Vertrauensschaden genannt). Hätte V von Anfang an gewusst, dass der Mietvertrag durch die Anfechtung des M gemäß §§ 142 Abs. 1, 119 Abs. 1 Alt. 2 BGB nichtig ist, hätte er das Angebot des I für 500 € angenommen. Sein negatives Interesse beläuft sich also auf diesen Betrag.

E. Begrenzung durch positives Interesse

Nach § 122 Abs. 1 BGB ist dieses negative Interesse zu ersetzen, das jedoch nicht über den Betrag desjenigen Interesses hinaus, das V an der Gültigkeit der Erklärung hat. Das meint das positive Interesse. Zu fragen ist also, wie V stünde, wäre der geschlossene Mietvertrag von Anfang an wirksam (und nicht nach § 142 Abs. 1 BGB nichtig) gewesen. In diesem Fall hätte V nach § 535 Abs. 2 BGB den mit M vereinbarten Mietzins in Höhe 400 € erhalten. Diese 400 € bilden also die obere Grenze des Schadensersatzanspruchs aus § 122 Abs. 1 BGB, mehr kann V nicht

verlangen. V hat damit gegen M einen Anspruch auf Zahlung von 400 € aus § 122 BGB.

III. Aufrechterhaltung des Rechtsgeschäfts

1. Übersicht

Praktischer Befund

Wenngleich das BGB in den §§ 118 ff. BGB – weil stark willentheoretisch geprägt – sehr großzügig darin ist, Irrtümer zu berücksichtigen, können sie sich dennoch **als irrelevant erweisen**. So vielfältig die hier einschlägigen Fallgruppen sind, lassen sie sich zwei übergeordneten Gesichtspunkten zuordnen.

Übereinstimmender Wille

Wollen sämtliche Parteien das Gleiche und erklären lediglich nach außen – sei es fahrlässig oder vorsätzlich – etwas anderes, kann das Recht auf dieses Gewollte abstellen. Denn eine Erklärung dient im Zivilrecht vor allem dazu, den Willen **zu kommunizieren**. Gelingt diese Kommunikation trotz einer vom Gewollten abweichenden Erklärung, bedarf es keiner Irrtumslösung.

Von Anfang an

Bisweilen liegt trotz eines Irrtums **von Anfang an** ein übereinstimmender Wille vor. Beispiele dessen sind

- das Scheingeschäft gem. § 117 BGB (mit einer sogar vorsätzlichen Abweichung von Gewolltem und Erklärtem),
- die sogenannte falsa demonstratio (fahrlässige oder schuldlose Abweichung von Gewolltem und Erklärtem),
- die vereinbarte Bedeutung (z. B. im „Semilodei-Fall“)
- sowie die Situation eines erkannten Irrtums.

Zeitlich versetzt

Daneben finden sich Konstellationen, in denen es **erst mit einiger Verzögerung**, nämlich erst nach dem irrtumsbehafteten Vertragsschluss, noch gelingt, einen „übereinstimmenden“ Willen festzustellen. Hierzu gehören

- das sogenannte Festhalten am Gewollten
- sowie die Akzeptanz des Erklärten, darunter die schlichte Nichtanfechtung sowie die Bestätigung nach § 144 BGB.

Das Recht verzichtet auch hier nicht darauf, für eine endgültige Bindung ein beiderseitiges Wollen zu verlangen. Wohl aber weicht es in den **Anforderungen an einen Vertragsschluss** von den §§ 145 ff. BGB ab.

Fehlende „Kausalität“

Nach § 119 Abs. 1 BGB a. E. kann der Irrende nur anfechten, wenn anzunehmen ist, dass er seine Willenserklärung „bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde.“ Darauf verweisen auch die §§ 119 Abs. 2, 120 BGB, während § 123 BGB für die Täuschung wie die Drohung ein eigenes **Kausalitätserfordernis** („durch“) kennt. Näher dazu bei der Kausalität des Irrtums.

Sinn und Zweck

Eingehend zu Sinn und Zweck dieser jeweiligen Aufrechterhaltung eines Rechtsgeschäfts trotz Irrtums bei den **jeweiligen Fallgruppen**. Grob gesprochen will das Recht den Parteien dabei helfen, ihre Interessen zu verwirklichen. Das Rechtsgeschäft ist ein schlichtes Instrument hierzu, ein bloßes „Mittel zum Zweck“. Und wann immer sich ein Rechtsgeschäft so aufrechterhalten („retten“) lässt, dass sich die Parteien getreu ihren eigenen Zielen verbessern, tut unser Zivilrecht genau das.

2. Kausalität des Irrtums

Übersicht

Ein Irrtum wird nur dann berücksichtigt, wenn er für das Rechtsgeschäft **ursächlich war**. Während das bei § 118 BGB selbstverständlich ist und in

§ 123 BGB mit „durch“ erfasst wird, regelt § 119 Abs. 1 BGB diese Frage detaillierter, worauf dann auch § 119 Abs. 2 BGB und § 120 BGB verweisen.

Von dieser Kausalität **zu unterscheiden** sind der nachträgliche Interessenfortfall sowie das für den Eigenschaftsirrtum nach § 119 Abs. 2 BGB relevante Merkmal der Verkehrswesentlichkeit. Wie immer bei Rechtsgeschäften ist das Abstraktions- und Trennungsprinzip zu beachten.

§ 119 Abs. 1 BGB

Nach § 119 Abs. 1 BGB darf nur anfechten, wer die Willenserklärung „bei **Kenntnis der Sachlage** und bei **verständiger Würdigung** des Falles nicht abgegeben haben würde.“ Gleiches gilt für § 119 Abs. 2 BGB („gilt auch“) und § 120 BGB („unter den gleichen Voraussetzungen“).

„bei Kenntnis der Sachlage“

- Grundidee

Nach § 119 Abs. 1 BGB kann nur anfechten, wer die Willenserklärung „bei Kenntnis der Sachlage ... nicht abgegeben haben würde.“ Zu fragen ist, ob der Erfolg (die Willenserklärung) in ihrer konkreten Gestalt **auch ohne Irrtum eingetreten** wäre.

- Individuelle Entscheidungssituation

Dabei wird auf die **konkrete Partei in ihrer individuellen Entscheidungssituation** abgestellt und deshalb diese Kausalitätsprüfung als „subjektiv“ bezeichnet. Relevant ist also auch, ob der Irrende ohne Irrtum ein für ihn noch vorteilhafteres Rechtsgeschäft hätte erzielen können.

Aha: Das ist hier nichts anderes als die Dir vielleicht aus dem Strafrecht bekannte *conditio sine qua non*-Formel.

- Beispiele

Beispiele für eine fehlende subjektive Kausalität bilden dem Irrenden **vergleichsweise unwichtige Regelungen** eines Rechtsgeschäfts (gemessen an seinen Interessen) oder oft die **rechtliche Pflicht**, ein Rechtsgeschäft ohnehin zu tätigen.

„bei verständiger Würdigung“

- Grundidee

Nach § 119 Abs. 1 BGB kann nur anfechten, wer die Willenserklärung „bei verständiger Würdigung nicht abgegeben haben würde.“ Hier wird die Kausalitätsprüfung um einen „wertenden Einschlag“ ergänzt, den es allerdings erst einmal zu konkretisieren gilt.

Mich überzeugt es, hier vor allem **irrrationales Verhalten** auszuschneiden. So sprechen Gesetzgeber (Prot Bd. 1, 1897, 110) und Rspr. (stellv. RGZ 62, 201, 206) etwa von „Eigensinn, subjektiven Launen und törichten Anschauungen“.

- Kein Ventil kollektivistischer Bevormundung

Zweischneidig wird solche Bevormundung allerdings dort, wo die „Irrationalität“ in **eigenen, persönlichen Wertvorstellungen einer Partei** wurzelt (Bsp.: Die zutiefst abergläubische M bucht aus Versehen „Zimmer 13“ anstatt wie gewollt „Zimmer 31“).

Generell ist das Merkmal „verständiger Würdigung“ **kein Einfallstor**, um entgegen dem individualistisch-liberalen Charakter des BGB ungewöhnliche oder sozial unangepasste Individualinteressen anhand fremder – etwa kollektiver – Gerechtigkeitsvorstellungen zu unterlaufen.

- Kontrahierungszwänge

Ebenso lassen sich wiederum **Kontrahierungszwänge** berücksichtigen, nämlich selbst dann, wenn der Irrende sie ignoriert: War er rechtlich ohnehin zur Willenserklärung verpflichtet, erscheint es vertretbar, dass ihn die Rechtsordnung erst gar nicht anfechten lässt.

3. Scheingeschäft (§ 117 BGB)

a) Grundlagen

Begriff

Wird eine empfangsbedürftige Willenserklärung mit Einverständnis des Adressaten **nur zum Schein abgegeben**, ist sie nach § 117 Abs. 1 BGB nichtig. Wohl aber ist nach § 117 Abs. 2 BGB ein mit Einverständnis der Gegenseite tatsächlich gewolltes, vom äußeren Erklärungsinhalt abweichendes (verdecktes) Rechtsgeschäft grundsätzlich wirksam.

→ Siehe auch den Grundtatbestand eines Scheingeschäfts sowie den Fall eines sog. Schwarzkaufs.

Beispiel

Der selbsternannte Weinexperte W begleitet seinen Bekannten K zum örtlichen Weingut. Dabei schwärmt er immerzu von der doch so tollen Sorte „Obergurgle Mäusehöhle“, die K unbedingt erwerben müsse. K will W nicht enttäuschen und bestellt daher in Anwesenheit von W 4 Kisten davon – wohlwissend, dass Verkäufer V genau erkennt, dass sich K in Wahrheit eine ganz bestimmte andere Sorte liefern lassen möchte.

Hier kommt nach § 117 Abs. 2 BGB ein Kaufvertrag gem. § 433 BGB über den anderen, von K **tatsächlich gewollten Wein** zustande. Zur Abnahme der „Mäusehöhle“ ist K demgegenüber nach § 117 Abs. 1 BGB nicht verpflichtet.

Hintergrund

Sinn und Zweck

Genauso wie die §§ 118, 119 Abs. 1, 120 BGB verwirklicht auch § 117 BGB das **willentheoretische Grundanliegen** des Gesetzgebers: Sogar noch bei vorsätzlicher Täuschung(!) eines Dritten soll der Parteiwille gelten und nicht etwa ein noch so verantwortlich, zurechenbar o. Ä. erzeugter, äußerer Erklärungsinhalt (auf den die Erklärungstheorie so viel Wert legt).

Aha: Gerade darin ist § 117 BGB äußerst lehrreich, nämlich was die tatsächlichen **Prioritäten des Vertragsrechts** anbelangt. Dabei ist bemerkenswert, dass sich bereits das – ursprünglich sehr formale – römische Recht zur Unwirksamkeit der sog. „simulatio“ durchrang.

Fehlende subjektive Merkmale

Spiegeln die Parteien mit dem Scheingeschäft vor, vermeintlich ein Rechtsgeschäft zu tätigen, so dass es nach § 117 Abs. 1 BGB nichtig ist, fehlt den Parteien der Rechtsbindungswille. Ist darüberhinaus ein anderes Rechtsgeschäft gewollt, handeln sie demgegenüber zwar mit Rechtsbindungswillen, dafür aber mit abweichendem Geschäftswillen.

b) Tatbestand und Rechtsfolgen

→ Siehe auch die Grundlagen des Scheingeschäfts sowie den nachfolgenden Fall eines sog. Schwarzkaufs.

Tatbestand

Willenserklärung

§ 117 BGB erfasst eine **Willenserklärung**. Es gilt wie immer das Abstraktions- und Trennungsprinzip.

Nur zum Schein

- Vom objektiven Erklärungsinhalt abweichender Wille

Beim Scheingeschäft nach § 117 BGB erklären die Parteien **objektiv bewusst etwas, was sie subjektiv nicht wollen**. Sie wollen nur den äußeren Schein einer Willenserklärung hervorrufen, nicht jedoch die damit verbundene Rechtswirkung eintreten lassen.

- Täuschungsabsicht typisch, aber keine Voraussetzung

Meistens soll das Scheingeschäft andere Personen **täuschen**. Doch ist das kein Tatbestandsmerkmal des § 117 BGB. Ebenso wenig interessiert, ob die Täuschung gesetzeskonform ist.

Einverständnis

Beim Scheingeschäft wird die Willenserklärung mit „Einverständnis“ des Adressaten zum Schein abgegeben. Das verlangt lediglich die **Kenntnis (Bewusstsein)** des vom Erklärenden angestrebten Scheincharakters. Scheitert diese Verständigung, kann § 118 BGB („Scherz“) einschlägig sein.

Rechtsfolgen

Nichtigkeit des simulierten Rechtsgeschäfts (Abs. 1)

Nach § 117 Abs. 1 BGB ist eine nur zum Schein abgegebene Willenserklärung (und damit auch das darauf beruhende Rechtsgeschäft) **nichtig**.

Wirksamkeit des verdeckten Rechtsgeschäfts (Abs. 2)

Nach § 117 Abs. 2 BGB ist ein verdecktes (tatsächlich gewolltes) Rechtsgeschäft **grundsätzlich wirksam**. Allerdings gelten die **generellen Anforderungen** an ein Rechtsgeschäft (sonst ließen sich diese leicht umgehen).

→ Das wird etwa beim sogenannten Schwarzkauf wichtig: Dort ist der höhere Kaufpreis **zwar gewollt**, nicht aber wie vorgeschrieben notariell beurkundet, weshalb es dann auf eine spätere Heilung ankommt, vgl. § 311b Abs. 1 BGB.

c) Schwarzkauf (Fall)

Begriff

Als Schwarzkauf bezeichnet man Kaufverträge, bei denen die Parteien nach außen hin – zum Schein – einen niedrigeren Kaufpreis als untereinander gewollt angeben, um so Steuern o. Ä. zu hinterziehen.

Obwohl Steuerhinterziehung strafbar ist, ist bei diesem Scheingeschäft nach § 117 BGB das tatsächlich gewollte Rechtsgeschäft wirksam, muss allerdings sämtlichen sonstigen Anforderungen – darunter auch die §§ 134, 138 oder 311b Abs. 1 BGB – genügen.

Hintergrund

Schwarzkäufe sind – wen wundert's – riskant! Abgesehen von der **Strafbarkeit** der damit bezweckten Steuerhinterziehung muss ein Notar die Vollziehung eines beurkundeten Grundstückkaufvertrags nach §§ 15 Abs. 1 S. 1, 14 Abs. 2 BNotO **verweigern**, wenn ein Schwarzkauf sehr wahrscheinlich ist. Seine **Belehrungspflichten** gem. § 17 BeurkG erfassen nicht das verdeckte Geschäft, weil er das nicht beurkundet.

Fall

Sachverhalt

Hinz und Kunz haben die vielen Steuern und Gebühren satt. In einem „genialen Befreiungsschlag“ widersetzen sie sich dieser „staatlichen Willkür“ dadurch, dass Kunz zwar von Hinz ein Grundstück für 200.000 €

kaufen soll, sie im Kaufvertrag jedoch nur einen Kaufpreis von 100.000 € niederschreiben. Dieser geringere Betrag soll den Behörden gemeldet werden. Kaufvertrag und Auflassung werden durch den nichts ahnenden Notar beurkundet, die Eintragung des Eigentumübergangs ins Grundstück steht noch aus. Welche Ansprüche hat Hinz gegen Kunz?

Musterlösung

Hinz gegen Kunz, 200.000 €, § 433 Abs. 2 BGB

Hinz könnte gegen Kunz einen Anspruch auf Zahlung von 200.000 € aus § 433 Abs. 2 BGB haben. Das setzt voraus, dass beide Parteien einen Kaufvertrag über diese Summe geschlossen haben und dieser nicht nach §§ 134, 138 BGB oder § 125 S. 1 BGB nichtig ist.

→ Bist Du Dir unsicher, ob Du einen Anspruch über 200.000 € oder über 100.000 € prüfen sollst, beginne mit dem höheren Betrag. Denn eingangs formulierst Du ja nur die Frage und kannst dann im weiteren Verlauf klären, was Hinz tatsächlich bekommt.

A. Kaufvertrag

Hinz und Kunz haben sich über den Grundstückskauf (zum Kauf vgl. allgemein § 433 BGB) geeinigt und zwei übereinstimmende Willenserklärungen abgegeben. Ein Rechtsbindungswille (vgl. § 145 BGB) ist allein angesichts der wirtschaftlichen Bedeutung anzunehmen, auch liegen die wesentlichen Vertragsbestandteile fest.

Fraglich erscheint allerdings, ob der Kaufpreis 200.000 € (wie gewollt) oder 100.000 € (wie erklärt) beträgt. Das könnte nach § 117 BGB zu beantworten sein, wenn hier ein sogenanntes Scheingeschäft vorliegt.

Hinz und Kunz gaben ihre äußere Willenserklärung über 100.000 € in gegenseitigem Einverständnis nur zum Schein ab, tatsächlich gewollt war ein Kaufpreis von 200.000 €. Damit ist das ungewollte Rechtsgeschäft nach § 117 Abs. 1 BGB nichtig, wohingegen das tatsächlich gewollte Rechtsgeschäft über 200.000 € nach § 117 Abs. 2 BGB grundsätzlich gilt.

B. Nichtigkeit gem. §§ 134, 138 BGB

Allerdings greifen gemäß § 117 Abs. 2 BGB nach wie vor die allgemeinen Anforderungen an ein Rechtsgeschäft. Dieses darf daher weder wegen eines Formmangels gem. § 125 S. 1 BGB (dazu anschließend) noch nach §§ 134, 138 BGB nichtig sein.

Dass Hinz und Kunz Steuern hinterziehen wollen, könnte als sittenwidrig gem. § 138 BGB sowie ein Verstoß gegen § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO und diese Vorschrift wiederum als Verbotsgesetz gem. § 134 BGB zu beurteilen sein. Für eine Nichtigkeit spricht, dass die strafbewährte Steuerhinterziehung noch nie ein „Kavaliersdelikt“ bildete und die Nichtigkeitsfolge eine wirksame Abschreckung bilden könnte.

Andererseits haben die Parteien hier noch nicht einmal das Versuchsstadium erreicht. Sie können dem Finanzamt gegenüber noch den tatsächlichen Kaufpreis angeben. Zudem bildet die Steuerhinterziehung im Fall nur ein Begleitmotiv, das den Kaufvertrag – anders als etwa eine Schwarzgeldabrede beim Werkvertrag – nicht entscheidend prägt. Im Ergebnis ist daher eine Nichtigkeit gem. §§ 134, 138 BGB zu verneinen (a. A. gut vertretbar, eingehend zur Problematik BGH, Urt. v. 15.3.2024 – V ZR 115/22 = NJW 2024, 2310 Rn. 9 ff.).

Hinweis: Selbst wenn Du hier eine Nichtigkeit bejahst, musst Du jetzt unbedingt noch die weitere Einrede des § 125 S. 1 BGB prüfen (Gutachtenstil!).

C. Nichtigkeit gem. §§ 125 S. 1, 311b Abs. 1 BGB

Der Kaufvertrag darf nicht nach § 125 S. 1 BGB wegen Formmangels nichtig sein. Das wäre jedoch der Fall, läge ein Rechtsgeschäft vor, wäre für dieses eine gesetzliche Form vorgeschrieben und hätten die Parteien diese Form missachtet.

I. Rechtsgeschäft

Der Kaufvertrag ist ein Rechtsgeschäft.

II. „durch Gesetz vorgeschriebenen Form“

Dieser Kaufvertrag könnte nach § 311b Abs. 1 S. 1 BGB der notariellen Form (dazu § 128 BGB) bedürfen. So verpflichtet sich Hinz darin, Kunz Eigentum an einem Grundstück zu übertragen, so dass diese Vorgabe einzuhalten ist.

III. „ermangelt“

1. Nichteinhaltung der Form

An dieser notariellen Beurkundung müsste es fehlen. Zwar erscheinen Hinz und Kunz vor dem Notar und legen diesem ihren Kaufvertrag vor.

Doch enthält dieser äußerlich nicht etwa die gewollten (und nach § 117 Abs. 2 BGB „wirksamen“) 200.000 €, sondern nur den ungewollten (und nach § 117 Abs. 1 BGB „nichtigen“) Kaufpreis von 100.000 €.

Der nichts ahnende Notar beurkundete also den „falschen“, nämlich den nichtigen und nicht den wirksamen, verdeckten Kaufvertrag. Für diesen fehlt es damit an der nach § 311b Abs. 1 S. 1 BGB vorgeschriebenen Form, so dass er grundsätzlich nach § 125 S. 1 BGB nichtig ist.

2. Heilung

Zwar könnte der Kaufvertrag (über 200.000 €) nach § 311b Abs. 1 S. 2 BGB seinem ganzen Inhalt nach gültig geworden sein, wenn bereits Auflassung (vgl. § 925 BGB) und die Eintragung ins Grundbuch (vgl. § 873 Abs. 1 BGB) erfolgten. Doch steht dies nach dem Sachverhalt noch aus.

Damit bleibt es bei der Nichtigkeit nach § 125 S. 1 BGB. Kunz hat gegen Hinz keinen Anspruch auf Zahlung von 200.000 € (oder auch nur 100.000 €).

4. „Falsa demonstratio“

a) Grundlagen

→ Siehe auch den vertragstheoretischen Hintergrund zur falsa demonstratio sowie die Fallgruppe des erkannten Irrtums.

Begriff

Bei der sogenannten falsa demonstratio **wollen die Parteien das Gleiche**, erklären jedoch irrtümlich einen davon abweichenden, objektiven Erklärungsinhalt. Hier gilt das übereinstimmend Gewollte und nicht das nach außen hin Erklärte.

Es setzt sich also der **Wille** durch und nicht das Erklärte. Auch die §§ 118 ff. BGB greifen nicht. Bei **Formvorgaben** beachte allerdings die sogenannte Andeutungstheorie.

Beispiele

„Haakjöringsköd“

Sachverhalt

K kauft von V ca. 214 Fass norwegischen „Haakjöringsköd“. Doch glauben beide, dass dieses Wort „Walfischfleisch“ bedeutet, während „Haakjöringsköd“ tatsächlich für weniger wertvolles Haifischfleisch steht (nach RGZ 99, 147, 148).

Falsche Niederschrift mündlicher Verhandlungen

Sachverhalt

Nach aufwändigen, monatelangen Verhandlungen sind K und V endlich „durch“, der Vertrag kann unterzeichnet werden! Daher übersendet K dem V das von ihm bereits unterschriebene Vertragsdokument mit dem letzten Stand – glauben beide. Tatsächlich hat sich K versehentlich zweimal verschrieben, nämlich einmal ein „nicht“ sowie andernorts eine Null zu viel eingefügt. K und V unterschreiben.

Geltung des Gewollten

In solchen Fällen gilt das von den Parteien Gewollte, nicht nach außen hin Erklärte. Im **ersten Fall** schuldet der Verkäufer also Walfischfleisch und nicht Haifischfleisch, ihre gemeinsame Unkenntnis der norwegischen Sprache interessiert letztlich nicht.

Im **zweiten Fall** gilt wiederum das, was K und V ausverhandelt hatten und gemeinsam vereinbaren wollten, und nicht das, was K als in vermeintlicher Wiedergabe des so Gewollten niederschreibt.

Hätte K im zweiten Fall nicht nur fahrlässig, sondern **bösgläubig** gehandelt, so wäre zwar nicht mehr die Fallgruppe der falsa demonstratio einschlägig. Schließlich will K dann ersichtlich etwas anderes als V. Wohl aber haben wir dann einen sogenannten erkannten Irrtum, bei dem dennoch das von V gewollte (und von K als gewollt Erkannte) gilt.

b) Vertragstheorie

Die Fallgruppe der „falsa demonstratio“ ist ein schönes Beispiel dafür, wie konkrete Fälle – an die man gar nicht gedacht haben mag, die aber

dann tatsächlich geschehen – dazu beitragen, die **Vor- und Nachteile einzelner Theorien** zu verstehen. Schließlich muss eine Theorie vorrangig Eines leisten, nämlich die Rechtsrealität beschreiben.

Willenstheorie

Da die Willenstheorie allein auf den – wie immer subjektiv-psychologisch zu verstehenden – **übereinstimmenden Parteiwillen** abstellt, ist es für sie selbstverständlich, dass das beiderseits Gewollte auch dann gilt, wenn die objektive Erklärung davon abweicht.

Erklärungstheorie

Scheitern

Die Erklärungstheorien **scheitern** daran, die falsa demonstratio zu erklären. Schließlich soll es nach ihnen nicht auf das Gewollte, sondern auf das nach außen hin Erklärte ankommen. Viele ihrer Vertreter nehmen diese Niederlage „sportlich“ und verweisen dafür auf manche Schwäche der Willenstheorie.

Ausflüchte

Sehr viel weniger überzeugend sind demgegenüber zahlreiche hier angebotene ad hoc-Argumente und sonstige **Ausflüchte**. Sie sind jedoch sehr lehrreich dafür, wie unsauber oder schlicht unseriös in der Wissenschaft oft argumentiert wird, sobald sich die eigene Ansicht nicht mit der Rechtsrealität verträgt.

Beispiele

Ob nun der spontane Verweis auf einen „tatsächlichen“, „wirklichen“, „natürlichen“ oder „inneren“ Konsens bzw. Willen oder eine auf spezielle „Bedeutung“, ein gesondertes „Verständnis“, die „Umstände des Falls“ oder die Notwendigkeit einer Auslegung (um wirklich nur einige wenige Beispiele aus der Diskussion zu nennen...): „Haakjöringsköd“ bedeutet nun einmal Haifisch- und nicht Walfischfleisch. Damt ist im Fall **zwar Walfischfleisch gewollt, aber Haifischfleisch erklärt**.

Parteiinteresse

Stellt man etwa mit der Grundfolgentheorie oder dem von mir vertretenen Rechtfertigungsprinzip auf die **Parteiinteressen** ab, erklärt auch das den Vorrang des Parteiwillens: Haben sich die Parteien wie hier **übereinstimmend** und mit Blick auf das Wollen **irrtumsfrei** einen Vertragsinhalt überlegt, trifft dieses Wollen regelmäßig am besten, was deren Ziele größtmöglich verwirklicht. Es greift das Subsidiaritätsprinzip (Privatautonomie).

5. Vereinbarte Bedeutung („Semilodei-Fall“)

Grundidee

Vereinbaren zwei Parteien eine **vom üblichen Sprachgebrauch abweichende** Bedeutung oder kreieren sie gar ein **Kunstwort** (Bsp.: „Semilodei“), so richtet sich die Auslegung (der Inhalt des Rechtsgeschäfts) nach dieser so **gewollten Bedeutung**.

Beispiel

Käufer K und Verkäufer V haben einen Vertrag entworfen, den beide noch abschließend überprüfen wollen. Um Kabelkosten zu sparen, vereinbaren sie, dass „Semilodei“ als Zustimmung in einem bestimmten, vorher gemeinsam festgelegten Sinn gelten soll. Beide senden später einander genau dieses Wort zu.

Vertiefung

Haben sich die Parteien genau überlegt, was für Rechtsfolgen sie wollen, besteht getreu dem Grundgedanken der **Privatautonomie** kein Grund, auf etwas anderes als diesen Willen abzustellen. Beachte allerdings bei Formvorgaben die sog. Andeutungstheorie.

Generell ist bei einer Auslegung, wie § 133 BGB klarstellt, der **wirkliche Wille zu erforschen** und nicht am buchstäblichen Ausdruck zu haften. Sie erfolgt anhand sämtlicher Indizien. Das gilt auch für einen den Vertrag getreu § 157 BGB auslegenden, verständigen Empfänger.

Vertragstheorien

Willenstheorie, Parteiinteresse

Dass wir auch hier den **Parteiwillen verwirklichen**, entspricht ersichtlich der Willenstheorie. Ebenso lässt sich dieses Ergebnis begründen, wenn man etwa mit der Grundfolgentheorie oder dem von mir vertretenen Rechtfertigungsprinzip auf die Parteiinteressen schaut. Denn oft wissen die Parteien selbst am besten, was für ein Vertragsinhalt diese am besten verwirklicht.

Erklärungstheorie

Demgegenüber steht die Erklärungstheorie einmal mehr vor einem Problem, soll es nach ihr auf die **objektive Bedeutung** – darunter der übliche Sprachgebrauch – und nicht auf einen davon abweichenden Willen ankommen. Der Adressat soll sich nur auf diesen äußeren Erklärungsinhalt verlassen dürfen. Die Erklärung soll nicht nur ein Indiz für den Parteiwillen, sondern von eigenständiger Bedeutung sein.

6. Erkannter Irrtum

a) Grundlagen

→ Siehe auch die Vertiefung zum erkannten Irrtum (dort auch zur begrenzten Bedeutung des § 122 Abs. 2 BGB) sowie den vertragstheoretischen Hintergrund zum erkannten Irrtum.

Grundidee

Unterliegt der Erklärende einem Rechtsfolgenirrtum oder einem Rechtsbindungsirrtum und erkennt der Adressat den wahren Willen, **gilt das Gewollte**.

Illustration

Fälle

Fall 1: Buchfreund B möchte von Antiquar A eine schöne Ausgabe von Goethes Faust für 20 € erwerben. Aus Versehen schreibt er jedoch in

seinem Brief an A „mieten“ statt „kaufen“. A freut sich über diesen von ihm sofort erkannten Irrtum des B und antwortet mit „Einverstanden“. Tatsächlich vermietet A auch Bücher, und zwar immer für 1 Jahr.

Fall 2: Nach aufwändigen, monatelangen Verhandlungen sind K und V endlich „durch“, der Vertrag kann unterzeichnet werden! Daher übersendet K dem V das von ihm bereits unterschriebene Vertragsdokument mit dem letzten Stand – glaubt V. Tatsächlich hat K heimlich noch ein „nicht“ sowie andernorts eine Null eingefügt, was ihm den Vertrag deutlich vorteilhafter macht. V ahnt von dieser spontanen Änderung nichts und unterschreibt den Vertrag.

Würdigung

In diesen Fällen gilt das vom Irrenden Gewollte und nicht das von ihm Erklärte. Eine Anfechtung o. Ä. ist nicht erforderlich. Im **ersten Fall** kommt also zwischen A und B ein Kaufvertrag zustande, obwohl im Brief von „mieten“ die Rede ist.

Ebenso gilt im **zweiten Fall** das, was zwischen K und V als letzter Stand ausverhandelt wurde und nach – von K erkannter – Vorstellung des V im Vertragsdokument dazu festgehalten wurde. Dass das Vertragsdokument von diesem Willen des V abweicht, interessiert wiederum nicht.

§ 122 BGB

Ein **Schadensersatzanspruch** aus § 122 BGB steht hier K schon deshalb nicht zu, weil V nicht nach § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB anfechten muss. Das von ihm Gewollte gilt auch so. Dass sich V zudem auf § 122 Abs. 2 BGB berufen könnte, spielt keine Rolle mehr, näher dazu bei der Vertiefung zum erkannten Irrtum.

b) Vertiefung

→ Siehe auch allgemein zum erkannten Irrtum sowie den vertragstheoretischen Hintergrund zum erkannten Irrtum.

Geltung des Willens bei gelungener Verständigung

Sofern die Parteien **selbst am besten wissen**, ob und mit welchem Inhalt ein Rechtsgeschäft ihre Interessen verwirklicht, sollten diese selbst darüber entscheiden – es greift die Privatautonomie.

Gelingt diese Verständigung, ignoriert das Recht dann sogar einen davon abweichenden äußeren Erklärungsinhalt. Beispiele bilden etwa das Scheingeschäft gem. § 117 BGB oder die falsa demonstratio.

Erfolgreiche Verständigung auch hier

Nicht viel anders verhält es sich beim hier interessierenden, erkannten Irrtum. Zwar **will der den Irrtum Erkennende etwas anderes als der Irrende** – und er kann sogar auf den ihn unterstützenden äußeren Erklärungsinhalt verweisen. Doch weiß er sowohl, dass die Gegenseite irrt, als auch, was diese tatsächlich möchte.

Hier kann das Recht guten Gewissens die Geltung des vom Irrenden Gewollten anordnen: Der Erkennende kann dann **immer noch darüber entscheiden**, ob er das für sich akzeptiert oder aber den Irrtum aufklärt und seine Annahme verweigert.

Aha: Auch hier wird also – getreu dem willentheoretischen Grundanliegen des BGB – keiner Seite gegen ihren Willen ein Rechtsgeschäft aufgezwungen.

Exkurs: fahrlässiges Nichterkennen eines Irrtums

Selbst bei einem **bloß fahrlässigen Nichterkennen** des Irrtums gilt nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen (§§ 133, 157 BGB) das vom Irrenden Gewollte: Denn auch ein verständiger Empfänger hat den tatsächlichen Willen des Erklärenden anhand aller ihm verfügbarer Anhaltspunkte zu erforschen.

Aber was ist mit § 122 Abs. 2 BGB?

Wenn aber sowohl beim erkannten Irrtum als auch sogar beim fahrlässig nicht erkannten Irrtum weithin Einigkeit darüber besteht, dass das irrtümlich Gewollte gilt – und nicht das nach außen hin Erklärte –, stellt sich eine **unangenehme Frage**: Wozu ist dann eigentlich noch § 122 Abs. 2 BGB gut? Was soll diese Vorschrift noch?

So richtig kann das niemand beantworten 😊. Die wohl ehrlichste Antwort ist, dass es dem Gesetzgeber **nicht klar war**, dass es auf diesen Absatz fast nie ankommen wird.

Immerhin mag man auf die Situationen verweisen, dass die Kenntnis (bzw. fahrlässige Unkenntnis) erst **nach** Wirksamwerden der Willenserklärung eintritt oder der Irrtum eine **Eigenschaft** nach § 119 Abs. 2 BGB betrifft.

c) Vertragstheorie

→ Siehe auch allgemein zum erkannten Irrtum sowie die Vertiefung zum erkannten Irrtum.

Willenstheorie

Jedenfalls bei präziser Prüfung fällt es der Willenstheorie schwer, die das für einen erkannten Irrtum nahezu unstreitig anerkannte Ergebnis (es gilt das vom Irrenden Gewollte) zu begründen: Denn sie lässt **nicht bloße Kenntnis** einer fremden Vorstellung genügen, sondern verlangt einen **(übereinstimmenden) Willen**. Das leuchtet auch ein, schließlich können andere Menschen alles Mögliche wollen, und mag man selbst davon wissen, ohne dass hieraus gleich die eigene Bindung folgen sollte.

Beim erkannten Irrtum **wollten die Parteien jedoch nicht das Gleiche**: Im ersten Beispiel etwa will die eine Seite einen Kaufvertrag (erklärt aber aus Versehen „mieten“) und wollte und will die andere Seite den Mietvertrag.

Erklärungstheorie

Indem die Erklärungstheorie allein auf das objektiv Erklärte abstellt, kann sie nicht erklären, wieso das Recht denjenigen Vertragsinhalt gelten lässt, der vom Irrenden **gewollt war** und vom Vertragsgegner als gewollt erkannt wurde.

Umgekehrt bleibt ebenso unbegründet, warum **nicht das Erklärte gelten soll**, obwohl eine objektiv übereinstimmende Erklärung vorliegt.

Parteiinteresse

Nach der Grundfolgentheorie oder dem von mir vertretenen Rechtfertigungsprinzip bildet das Rechtsgeschäft ein „bloßes“ Instrument zur Verwirklichung der Parteiinteressen: **Wille wie Erklärung der**

Parteien sind nicht Selbstzweck, sondern dienen dazu, vorrangig die Parteien selbst über Ob und Inhalt ihrer Bindung entscheiden zu lassen (Privatautonomie).

Wie bereits bei der Vertiefung zum erkannten Irrtum illustriert, **gelingt diese Verständigung** bei einem erkannten Irrtum und kann das Recht damit guten Gewissens deren Wirksamkeit anordnen: Denn dann kann der den Irrtum Erkennende **immer noch darüber entscheiden**, ob er schweigt (Geltung des Gewollten) oder den Irrenden aufklärt.

7. Festhalten am Gewollten

a) Grundlagen

→ Siehe auch die Vertiefung zum Festhalten am Gewollten sowie den vertragstheoretischen Hintergrund zum Festhalten am Gewollten.

Grundidee

Irrt der Erklärende und möchte deshalb anfechten, so kann sich der Adressat dazu entscheiden, den Irrenden **am tatsächlich Gewollten festzuhalten**. Das Rechtsgeschäft gilt dann mit diesem Inhalt. Er verliert allerdings auch seinen Anspruch aus § 122 BGB.

Illustration

Fälle

Fall 1: Käufer K bestellt bei Verkäufer V einen „blauen Regenschirm“. Dabei hat er sich allerdings nur versprochen und will tatsächlich einen grünen Regenschirm. Als er deshalb am nächsten Tag V gegenüber die Anfechtung erklärt, entgegnet V, das mit dem Irrtum sei nicht schlimm, er gebe K gerne auch ein grünes Exemplar. K ist damit nicht einverstanden, denn mittlerweile kann er gar keinen Regenschirm mehr gebrauchen.

Fall 2: Bäcker B bestellt bei Müller M „100 kg Mehl“. Obwohl B sehr deutlich spricht, verhört sich M und versteht „200 kg“. Er sagt „Einverstanden“. Als sich der Irrtum aufklärt und M die Anfechtung erklärt, meint B, er nehme gerne auch 200 kg. M gefällt das gar nicht, da ihm gerade selbst Mehl fehlt.

Würdigung

In diesen Fällen gilt das vom Irrenden Gewollte und nicht das von ihm Erklärte. Im **ersten Fall** muss also K den vereinbarten Kaufpreis bezahlen, wenn er von V – wie bei Vertragsschluss gewollt – einen grünen Regenschirm bekommt. Ein Anspruch aus § 122 BGB steht V dann allerdings nicht mehr zu.

Im **zweiten Fall** muss M 200 kg Mehl an B liefern, ob es ihm nunmehr gefällt oder nicht. Denn er wird nur an dem festgehalten, was er bei Vertragsschluss wollte.

Aha: Daher sollte es sich M überlegen, ob er nicht besser auf die Anfechtung **verzichtet**. Das ist schließlich sein gutes (Gestaltungs-) Recht nach § 142 BGB, und so muss er nur 100 kg Mehl liefern. Siehe dazu auch die Vertiefung zum Festhalten am Gewollten.

Parallelen

Nichts anderes beherzigt das Recht übrigens auch in **anderen Situationen** – etwa bei einem für einige Zeit bindend abgegebenen Angebot gemäß § 148 BGB: Dieses kann innerhalb der Annahmefrist selbst dann wirksam angenommen werden, wenn der Antragende zwischenzeitlich seine Meinung ändert.

b) Vertiefung

→ Siehe auch allgemein zum Festhalten am Gewollten sowie den vertragstheoretischen Hintergrund zum Festhalten am Gewollten.

Geltung des Willens bei gelungener Verständigung

Sofern die Parteien **selbst am besten wissen**, ob und mit welchem Inhalt ein Rechtsgeschäft ihre Interessen verwirklicht, sollten auch sie entscheiden – es greift die Privatautonomie.

Gelingt diese Verständigung, ignoriert das Recht dann sogar einen abweichenden äußeren Erklärungsinhalt. Beispiele dafür bilden etwa das Scheingeschäft gem. § 117 BGB sowie die falsa demonstratio.

Erfolgreiche Verständigung auch hier

Nicht viel anders verhält es sich beim hier interessierenden Festhalten am Gewollten. Ist der Adressat nachträglich damit einverstanden, das gelten zu lassen, was der Irrende wollte, bekommen letztlich **beide das, was sie jeweils wollten**.

Die **Komplikation** liegt hier allerdings in dem etwas umständlicheren Vertragsschluss, nämlich „**in zwei Akten**“: Zunächst die vermeintliche Einigung und später dann der Entschluss, den Irrenden am Gewollten festzuhalten.

Das wiederum bedeutet, dass es **nie zu einem „übereinstimmenden Willen“ kommen mag**, das Recht also auf dieses – vermeintliche – Erfordernis verzichtet: Weder gab es diese Willensübereinstimmung beim ursprünglichen Vertragsschluss noch muss diese noch gegeben sein, wenn sich der Adressat dazu entschließt, den Irrenden am Gewollten festzuhalten. Denn bis dahin mag es sich der Irrende schon wieder anders überlegt haben.

Vorrang des Anfechtungsrechts des Irrenden

Wichtig (aber selten diskutiert) ist in dieser Fallgruppe, dass erst einmal der **Irrende selbst entscheiden darf**, ob er tatsächlich anfechten möchte oder aber darauf verzichtet, dieses ihm nach § 142 Abs. 1 BGB zustehende Gestaltungsrecht auszuüben.

Die Fallgruppe des Festhalten am Gewollten liefert also der Gegenseite nur eine **weitere Möglichkeit**, das Rechtsgeschäfts trotz Irrtums noch zu „**retten**“, und zwar für den Fall, dass es der Irrende nicht selbst durch seinen Anfechtungsverzicht (oder auch eine Bestätigung nach § 144 BGB) tut.

c) Vertragstheorie

→ Siehe auch allgemein zum Festhalten am Gewollten sowie die Vertiefung zum Festhalten am Gewollten.

Willenstheorie

Es verwirklicht das Grundanliegen der Willenstheorie, wenn letztlich derjenige Inhalt gilt, den **beide Seiten wollten** – das allerdings zu verschiedenen Zeitpunkten.

Demgegenüber verlangt die Willenstheorie einen **übereinstimmenden Willen** bei Vertragsschluss. Das wird ihr hier zum Problem: Denn sie kann nicht begründen, warum der Adressat beim Festhalten am Gewollten außerhalb der in §§ 146 ff. BGB erfassten Zeitspanne erstmalig und dann **einseitig** über die nachträgliche Annahme des tatsächlich Gewollten soll entscheiden dürfen.

Erklärungstheorie

Die Erklärungstheorie lässt bereits offen, wie sie von der vermeintlichen Relevanz allein des objektiv Erklärten auf tatsächliche Geltung allein des **subjektiv-psychologisch Gewollten** kommt.

Umgekehrt fragt sich, warum das **objektive Erklärte nicht** gelten soll, obwohl der Irrende gar größter Fahrlässigkeit schuldig sein mag.

Parteiinteresse

Nach der Grundfolgentheorie oder dem von mir vertretenen Rechtfertigungsprinzip bildet das Rechtsgeschäft ein „bloßes“ Instrument zur Verwirklichung der Parteiinteressen: **Wille wie Erklärung der Parteien sind nicht Selbstzweck**, sondern dienen dazu, vorrangig die Parteien selbst über das Ob und den Inhalt ihrer Bindung entscheiden zu lassen (Privatautonomie).

Damit bedarf es auch nicht zwingend eines zeitgleich übereinstimmenden Willens bzw. einer zeitgleich übereinstimmenden Erklärung. Vielmehr können wir uns der **Entscheidungen beider Parteien zu unterschiedlichen Zeitpunkten** bedienen.

Diese Entscheidungen bilden jeweils ein gutes, getreu dem Grundgedanken der Privatautonomie auch sonst für ausreichend erachtetes Indiz dafür, dass das Rechtsgeschäft den eigenen **Interessen entspricht**: Der Irrende wird nur an seinem Willen (und nicht an der irrtümlichen Erklärung) festgehalten, während sich die Gegenseite **irrtumsfrei neu entschieden** hat, das Gewollte zu akzeptieren.

8. Akzeptanz des Erklärten

a) Grundlagen

→ Siehe auch den vertragstheoretischen Hintergrund der Akzeptanz des Erklärten.

Grundidee

Unterliegt der Erklärende einem Irrtum nach den §§ 118 ff. BGB, ist die Willenserklärung nur im Fall des § 118 BGB (sog. „Scherz“) direkt nichtig. Im Übrigen kann er **vor wie nach** seinem Irrtum **darauf verzichten**, das ihm gesetzlich eingeräumte Gestaltungsrecht einer Anfechtung ausüben. Siehe auch die Bestätigung nach § 144 BGB.

Aha: Praktisch gesehen kann der Irrende selbst bei § 118 BGB oft darauf „verzichten“, den Irrtum „geltend zu machen“, indem er seinen Irrtum **einfach nicht verrät**.

Beispiel

Käufer K bestellt bei Verkäufer V einen blauen Regenschirm. Dabei hat er sich nur versprochen und will tatsächlich einen grünen Regenschirm. Als K am nächsten Tag den Schirm abholen will, bemerkt er seinen Irrtum. Er äußert daraufhin gegenüber V, da habe er sich aber geirrt, nämlich einen grünen Regenschirm bestellen wollen. Doch sei blau auch eine schöne Farbe, weshalb er den blauen gerne nehme. Demgegenüber wäre V jetzt lieber doch nicht gebunden.

Würdigung

Geltung des irrtümlich Erklärten durch Nichtanfechtung

Zwischen K und V ist ein wirksamer Kaufvertrag gem. § 433 BGB zustande gekommen, nach dem V einen **blauen Regenschirm** liefern und K diesen bezahlen muss. Es gilt das irrtümlich nach außen hin Erklärte, das allerdings nur deshalb, weil es nunmehr auch Ks Willen entspricht. Näher dazu beim vertragstheoretischen Hintergrund der Akzeptanz des Erklärten.

V wäre zwar lieber nicht gebunden, doch kann er es nach der klaren Regelung des § 142 Abs. 1 BGB **schlicht nicht verhindern**, dass K sein Gestaltungsrecht leerlaufen lässt und das Rechtsgeschäft damit wirksam bleibt.

Bestätigung

In der Äußerung des K, gerne auch den blauen Regenschirm zu nehmen, liegt zudem eine Bestätigung gemäß § 144 BGB. Das führt dazu, dass das Anfechtungsrecht des K **ganz entfällt**, er sich also nicht doch noch zu dessen Ausübung entscheiden kann.

Varianten

Der Irrrende hat also mehrere Möglichkeiten, das von ihm irrtümlich Erklärte gelten zu lassen:

- Im **Nachhinein** kann er darauf verzichten, die Anfechtung zu erklären, sei es durch
 - die rein tatsächliche Nichtausübung seines Gestaltungsrechts aus § 142 Abs. 1 BGB oder
 - durch ein entsprechendes Rechtsgeschäft.
 - Ebenso kann er das irrtümlich getätigte Rechtsgeschäft nach § 144 BGB **bestätigen**.
 - Auch beim sogenannten **Interessenfortfall** bleibt es bei der Geltung des Erklärten, sofern die Anfechtung gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstößt.
- Ebenso können die Parteien das Irrtumsrecht **vorab abbedingen**. Die §§ 116 ff. BGB sind grundsätzlich dispositiv. Wie immer mag dieses Rechtsgeschäft allerdings etwa einer AGB-Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff. BGB unterliegen.

b) Vertragstheorie

→ Siehe auch allgemein zur Akzeptanz des Erklärten.

Herausforderung

Wie allgemein zur Akzeptanz des Erklärten beschrieben, kann sich der Irrende vielfältig – etwa durch einen **Anfechtungsverzicht** oder eine **Bestätigung** gem. § 144 BGB – dazu entscheiden, es bei der Geltung des Erklärten zu belassen.

Die **Komplikation** liegt hier allerdings in dem etwas umständlicheren Vertragsschluss „**in zwei Akten**“: zunächst die vermeintliche Einigung und später dann noch der Entschluss des Irrenden, nicht das von ihm Gewollte, sondern das von ihm Erklärte, gelten zu lassen.

Willenstheorie

Wille auf beiden Seiten vorhanden

Immerhin verwirklicht es ein **Grundanliegen der Willenstheorie**, wenn letztlich derjenige Inhalt gilt, den beide Seiten – wenngleich zu verschiedenen Zeitpunkten – wollten: In der späteren Entscheidung des Irrenden, nicht anzufechten, liegt dann sein Wille, das ursprünglich Erklärte (jetzt) doch als Inhalt des Rechtsgeschäfts zu akzeptieren.

Aber zu getrennten Zeitpunkten

Allerdings verlangt die Willenstheorie einen übereinstimmenden Willen **bei Vertragsschluss**. Und dazu wird es nicht immer kommen: Während ursprünglich eine Seite irrte, also etwas anderes als die Gegenseite wollte, mag diese Gegenseite nunmehr (bei Anfechtungsverzicht) ihrerseits nicht mehr an einem Vertragsschluss interessiert sein.

Die Willenstheorie kann also nicht begründen, warum der Irrende außerhalb der in § 146 ff. BGB erfassten Zeitspanne **einseitig** über die nachträgliche „Annahme“ des irrtümlich Erklärten soll entscheiden dürfen. Das Recht verzichtet bisweilen auf dieses vermeintliche Erfordernis eines übereinstimmenden Willens.

Erklärungstheorie

Immerhin: Das Erklärte gilt.

Die Erklärungstheorie kann darauf verweisen, dass in diesen Fällen wie von ihr verlangt das **nach außen hin Erklärte** gilt.

Aber warum nicht sofort?

Nicht begründen kann sie allerdings, warum es sich unser Recht hier **so kompliziert macht**, nämlich einen Anfechtungsverzicht bzw. eine Bestätigung verlangt, damit das irrtümlich Erklärte auch tatsächlich gilt. Denn dahinter steckt wie dargelegt das willentheoretische Grundanliegen, wonach der Irrrende erst dann an das von ihm irrtümlich Erklärte zu binden ist, wenn er sich willentlich dafür entscheidet.

Fahrlässig versäumte Anfechtung

Zur „Ehrenrettung“ der Erklärungstheorie können deren Anhänger immerhin auf den Spezialfall verweisen, dass der Irrrende die Anfechtungsfrist etwa des § 121 BGB **fahrlässig versäumt**. Denn dann gilt tatsächlich das nach außen hin Erklärte, ohne dass dies vom Irrenden jemals gewollt war.

Parteiinteresse

Nach der Grundfolgentheorie oder dem von mir vertretenen Rechtfertigungsprinzip bildet das Rechtsgeschäft ein „bloßes“ Instrument zur Verwirklichung der Parteiinteressen: **Wille wie Erklärung der Parteien sind nicht Selbstzweck**, sondern dienen dazu, vorrangig die Parteien selbst über das Ob und den Inhalt ihrer Bindung entscheiden zu lassen (Privatautonomie).

Damit bedarf es auch nicht zwingend eines zeitgleich übereinstimmenden Willens bzw. einer zeitgleich übereinstimmenden Erklärung. Vielmehr können wir uns der **Entscheidungen beider Parteien zu unterschiedlichen Zeitpunkten** bedienen.

Akzeptiert der Irrrende die Geltung des objektiv Erklärten, hat er sich **nunmehr irrtumsfrei entschieden**, so dass wir hier wie immer getreu dem Grundgedanken der Privatautonomie davon ausgehen können, dass dies seinen eigenen Interessen entspricht. Genauso können wir das bei der Gegenseite annehmen, hat sie sich ja **von vornherein irrtumsfrei** entscheiden können.

IV. (Fehlendes) Erklärungsbewusstsein

1. Begriff

Begriff

Vom (fehlenden) Erklärungsbewusstsein (oder auch Erklärungswillen) spricht man typischerweise bei **Irrtumskonstellationen**, in denen der Rechtsbindungswille fehlt. Wie beim Geschäftswillen können auch hier subjektiv Gewolltes und objektiv Erklärtes auseinanderfallen. Die wichtigsten Beispiele bilden der in § 118 BGB erfasste, unerkannt gebliebene Scherz sowie der gesetzlich nicht geregelte Fall eines sonst fehlenden Erklärungsbewusstseins.

Ausblick

Wollte der Irrende rechtlich nicht gebunden sein, kann er seine Willenserklärung **jedenfalls anfechten**: Für den in § 118 BGB ausdrücklich geregelten Scherz ordnet das BGB direkt **Nichtigkeit** an und spricht dem nichts ahnenden Gegner nach § 122 BGB das negative Interesse zu. Für den **generellen Fall** siehe die Beispiele eines fehlenden Erklärungsbewusstseins.

2. Erklärungsbewusstsein versus Rechtsbindungswille

Rechtsbindungswille: Auslegungsproblem

Der Rechtsbindungswille wird je nach Zusammenhang mit **unterschiedlichen Begrifflichkeiten** diskutiert. Dabei lässt sich zweierlei unterscheiden, nämlich einerseits die Frage einer Auslegung und andererseits eines Irrtums.

Um ein **Auslegungsproblem** gemäß §§ 133, 157 BGB geht es sowohl bei der Frage einer invitatio ad offerendum als auch bei der Abgrenzung von Rechtsgeschäften zu Gefälligkeitsverhältnissen. Hier wird meistens „normal“ vom Rechtsbindungswillen gesprochen.

Erklärungsbewusstsein: Irrtumskonstellationen

Als **Irrtumskonstellation** kommt der Rechtsbindungswille ebenfalls vor, nämlich etwa bei der „Scherzerklärung“ nach § 118 BGB oder in den gesetzlich nicht geregelten Fällen eines sonst fehlenden Erklärungsbewusstseins.

Begrifflich hat es sich bei solchen Irrtumsfällen eingebürgert, vom **Erklärungswillen** oder vom **Erklärungsbewusstsein** zu sprechen

3. Scherz (§ 118 BGB)

Begriff

Beim in § 118 BGB geregelten Scherz erklärt der Erklärende nach außen hin, sich rechtlich binden zu wollen, glaubt jedoch selbst, der Adressat werde seine **mangelnde Ernstlichkeit erkennen**.

Es handelt sich also um eine **Irrtumskonstellation**, bei der das Erklärungsbewusstsein fehlt. Nach § 118 BGB ist eine solche Erklärung von vornherein **nichtig**, allerdings muss der Irrende gemäß § 122 Abs. 1 BGB einen etwaigen **Vertrauensschaden** ersetzen.

Beispiele

Wenngleich es sich eingebürgert hat, bei § 118 BGB etwas verkürzt vom „**Scherz**“ anstatt von der „nicht ernstlich gemeinten Willenserklärung“ zu sprechen, kann diese Vorschrift verschiedene, praktisch relevante Fallgruppen erfassen:

- **Lediglich zur Unterhaltung bezweckte Äußerungen** (Schauspiel, Scherz, Ironie, Hohn)
- **Erheischung von Aufmerksamkeit** (Prahlerie, reißerische Reklame)
- **Bloße Höflichkeit** (Bsp.: „Ja, Ihr selbstgemaltes Portrait muss ich zu diesem Preis zweifellos hier und jetzt erwerben wollen.“)
- **Äußerungen zu Test- und Ausbildungszwecken** (Bsp.: Professor X bietet in der Vorlesung zu § 118 BGB Klausurfragen vorab zum Kauf für 10 € an.)

- Lediglich angestrebte **Gefälligkeitsvereinbarung** oder lediglich angestrebtes **Scheingeschäft** (§ 117 BGB)

Normzweck

§ 118 BGB verwirklicht wie etwa auch die §§ 117, 119 Abs. 1 oder § 120 BGB das individualistisch-liberale, **willentheoretische Grundanliegen** des BGB: Der Erklärende soll nicht an von ihm (subjektiv-psychologisch) ungewollte Rechtsinhalte gebunden sein.

Beim Scherz ist diese Bindung **ausdrücklich nicht gewollt** – das allein reicht für die Nichtigkeit. Daher ordnet das BGB selbst dann diese Nichtigkeit an, wenn die mangelnde Ernstlichkeit aus der Erklärung bzw. aus den Umständen nicht erkennbar war oder wenn der Irrende noch so grob fahrlässig handelte.

In den Fällen des § 118 BGB ist es angesichts der bereits bewusst getroffenen Entscheidung, sich nicht binden, sondern nur scherzen zu wollen, **wenig wahrscheinlich**, dass sich der Irrende später noch **anders entscheidet**.

Daher ordnet das Gesetz hier als Rechtsfolge gleich die **Nichtigkeit** der Willenserklärung an, anstatt wie bei §§ 119 f. BGB zunächst ein Anfechtungsrecht vorzuschalten. Das fördert die Rechtssicherheit. Der den Scherz nicht erkennende Adressat wird über § 122 Abs. 1 BGB geschützt, kann also gegebenenfalls das negative Interesse einfordern.

Erkannter bzw. erkennbarer Scherz

Erkennt der Adressat den fehlenden Rechtsbindungswillen oder war ihm dieses Fehlen nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen (§§ 133, 157 BGB) **erkennbar**, führt auch das nach § 118 BGB zur Nichtigkeit.

Allerdings wird hier ein Anspruch des Adressaten auf Ersatz des Vertrauensschadens nach § 122 BGB **regelmäßig scheitern**, wie sich aus dessen Abs. 2 ergibt.

Aha: Im Ergebnis musst (und solltest!) Du Dir also für diese Konstellation nichts merken, sondern kannst wie so oft einfach sauber subsumieren.

4. Fallgruppen

Übersicht

In der Praxis finden sich verschiedene Konstellationen fehlenden Erklärungsbewusstseins, darunter insbesondere:

- **Scherz:** Im ausdrücklich durch § 118 BGB geregelten **Spezialfall** eines Scherzes glaubt der Erklärende, der **Adressat erkenne** seinen fehlenden Rechtsbindungswillen.
- **Vermeintlicher Formmangel:** Hier tätigt jemand eine Willenserklärung in der falschen Vorstellung, diese sei nach § 125 S. 1 BGB wegen Formmangels nichtig (Bsp.: A glaubt, sein bloß mündliches Kaufangebot sei so lange unwirksam, wie er nichts unterschreibe.).
- **Vermeintlich bloße Bestätigung eines bereits getätigten Rechtsgeschäfts:** Siehe dazu gleich den in BGHZ 91, 324 entschiedenen „Sparkassenfall“.
- **Doppeldeutige Handlungen**
 - Viele Handlungen können sowohl **rechtliche** als auch **rein soziale Bedeutung** haben.
 - Im Schulbeispiel der **Trierer Weinversteigerung** etwa betritt A – ohne es zu bemerken – einen Auktionssaal und winkt dort seinem Freund B zu. Der Auktionator wertet dieses Winken als ein Gebot des A und erteilt ihm den Zuschlag.
 - Ebenso mag jemand einen Vertrag in der Annahme unterschreiben, dieses Papier sei nur ein **Glückwunschs schreiben** oder er solle ein **Autogramm** geben. Hier ist allerdings auch zu prüfen, ob nicht ein erkannter Irrtum vorliegt oder sich schon durch Auslegung (§§ 133, 157 BGB) ein fehlender Bindungswille ergibt.

Sparkassenfall

Im berühmten, vom Bundesgerichtshof in BGHZ 91, 324 entschiedenen „**Sparkassenfall**“ glaubte die Bank, **lediglich zu bestätigen**, dass eine Bürgschaft (§§ 765 ff. BGB) bereits – wie sie irrtümlich annahm – bestand.

Nach außen hin war ihr Schreiben jedoch gemäß §§ 133, 157 BGB als die **Übernahme** einer Bürgschaft zu verstehen. Im weiteren Verlauf versäumte es die Sparkasse dann noch, sofort zumindest vorsichtshalber eine Anfechtung zu erklären, als sie ihren Irrtum bemerkte.

Der **BGH** hielt hier § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB für anwendbar, sofern der Erklärende seinen Irrtum bei der Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt **hätte erkennen und vermeiden können**, was für den vorliegenden Fall bejahte. Ansonsten wäre die Willenserklärung der Bank nichtig gewesen. Natürlich sind hier auch andere Ansichten gut vertretbar, siehe dazu die Diskussion um die passende Rechtsfolge fehlenden Erklärungsbewusstseins.

5. Rechtsfolge

Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit?

Jedenfalls Lösungsrecht und Schadensersatz

Während das Gesetz in § 118 BGB für den Scherz eindeutig die Nichtigkeit der Willenserklärung anordnet, sind sonstige Konstellationen eines fehlenden Erklärungsbewusstseins nicht gesetzlich geregelt.

Einigkeit besteht darüber, dass der Irrende das Rechtsgeschäft **jedenfalls anfechten** kann und gegebenenfalls das **negative Interesse** trägt. Auch hier setzt sich also das willentheoretisch geprägte, individualistisch-liberale Grundanliegen des BGB durch, niemanden gegen seinen (psychologisch-realen) Willen vertraglich zu binden.

Anfechtungsoption oder Nichtigkeit?

Umstritten ist allerdings, ob hier analog oder gar direkt der den Inhaltsirrtum erfassende § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB anzuwenden ist (**Anfechtungsoption**) oder aber die Willenserklärung wie bei § 118 BGB von vornherein **nichtig** sein sollte.

Nach der **Rechtsprechung** („Sparkassenfall“) soll dem Irrenden bei fehlendem Erklärungsbewusstsein **nur bei Fahrlässigkeit eine Anfechtungsoption** zustehen (also § 119 Abs. 1 BGB entsprechend anwendbar sein), die Willenserklärung hingegen sonst nichtig sein.

Aha: Auch die Anhänger einer Nichtigkeit sprechen dem Erklärungsgegner das **negative Interesse** zu, sei es in Analogie zu § 122 BGB oder aus culpa in contrahendo gemäß den §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 249 ff. BGB.

Würdigung

Da hier verschiedene Einordnungen vertretbar sind, kannst Du Dich frei entscheiden. Allerdings solltest Du Deine Meinung wie immer **sachlich** (mit Argumenten) begründen können und nicht etwa nur „Autoritäten“, „Ansichten“ o. Ä. bemühen.

Mich persönlich überzeugt es hier, durchweg **§ 119 Abs. 1 BGB analog** anzuwenden. Denn anders als bei § 118 BGB hat sich der Irrende noch keine Gedanken darüber gemacht, ob er vielleicht – etwa angesichts der von ihm angerichteten Konfusion beim Adressaten – doch die rechtliche Wirksamkeit will. Das lässt es sinnvoll erscheinen, ihm eine **Anfechtungsoption** zu gewähren. Beim eine Nichtigkeit anordnenden § 118 BGB hingegen will der Erklärende bewusst keine Bindung, er hat sich irrtumsfrei entschieden zu scherzen.

Klausur

In der **Klausur** hat die analoge (oder gar direkte) Anwendung des § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB den Charme, dass die Prüfung in vom Inhaltsirrtum her **bekanntesten Bahnen** (§§ 142 Abs. 1, 119 Abs. 1, 122, 121 BGB etc.) verläuft. Du musst lediglich anstatt eines abweichenden Geschäftswillens einen abweichenden Rechtsbindungswillen prüfen.

V. Rechtsfolgenirrtum

1. Einführung und Übersicht

Begriff

Das BGB erfasst Irrtümer über den **Inhalt eines Rechtsgeschäfts** (nämlich über dessen Rechtsfolgen) insbesondere in § 119 Abs. 1 BGB

(Inhaltsirrtum und Erklärungsirrtum) sowie § 120 BGB (Übermittlungsfehler).

Das gilt unabhängig davon, ob sich der vom Gewollten abweichende Inhalt aus der **Auslegung** des Erklärten gem. §§ 133, 157 BGB oder aus sonst **heteronomem Recht** – etwa als Gesetzesirrtum – ergibt.

Vertiefung

Der Inhalt eines Rechtsgeschäfts ist nichts anderes als die sich **aus ihm ergebenden Rechtsfolgen**. Rechtsgeschäfte erzeugen genauso „Recht“ wie der Erlass etwa des BGB selbst.

Dabei erklärt Privatautonomie **nur einen Teil** dieses Inhalts eines Rechtsgeschäfts. Dieser ergibt sich erst aus einer sehr aufwändigen und ausgeklügelten vertraglichen Kompetenzverteilung.

Konkret setzen auch Gesetzgeber wie die Rechtsprechung, aber selbst ganze Verkehrskreise (über Sitte, Übung und Brauch), solche Inhalte oft **heteronom**.

Fallgruppen

§§ 119 Abs. 1, 120 BGB

Die **wichtigsten Fallgruppen** dieses Irrtums bilden – jeweils in § 119 Abs. 1 BGB erfasst – der Inhaltsirrtum und der Erklärungsirrtum sowie der von § 120 BGB geregelte Übermittlungsfehler.

Lediglich einen **Spezialfall** des Inhaltsirrtums bildet der Irrtum über gesetzlich angeordnete Inhalte eines Rechtsgeschäfts.

Aufrechterhaltung trotz Irrtums

Bisweilen lässt sich das **Rechtsgeschäft aufrechterhalten**, obwohl mindestens eine Seite einem Rechtsfolgenirrtum unterliegt. Hierzu gehören insbesondere die falsa demonstratio, der erkannte Irrtum sowie das Festhalten am Gewollten.

Abgrenzung: fehlendes Erklärungsbewusstsein einschließlich § 118 BGB

Demgegenüber irrt der Erklärende bei einem fehlenden Erklärungsbewusstsein, darunter im Spezialfall des § 118 BGB („Scherz“), nicht über den

genauen Inhalt, sondern bereits über das **Ob einer rechtlichen Bindung**.

2. Inhaltsirrtum (§ 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB)

→ Siehe auch die Übersicht zum Rechtsfolgenirrtum sowie die Rechtsfolgen einer Anfechtung.

Begriff

Bei einem Inhaltsirrtum gemäß § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB misst der Erklärende seiner Handlung subjektiv-psychologisch **eine andere Bedeutung bei**, als es ihrem objektiven Erklärungsinhalt (§§ 133, 157 BGB) entspricht.

Ursache ist eine **Fehlinterpretation** des eigenen Verhaltens, etwa bei der laienhaften Verwendung juristischer, kaufmännischer oder technischer Fachausdrücke bzw. einer Fremdsprache.

Tatbestand

„Willenserklärung“

§ 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB erfasst eine irrtümliche Willenserklärung. Es gilt wie immer das Abstraktions- und Trennungsprinzip.

„über deren Inhalt im Irrtum“

- Grundidee

Einem Inhaltsirrtum unterliegt, wer über den **objektiven Erklärungsinhalt** der Willenserklärung irrt. Auf ein noch so grobes Verschulden, eine Vorwerfbarkeit, eine Selbstverantwortung o. Ä. kommt es nicht an.

- Beispiele

Wer in Köln ein „**Halve Hahn**“ in dem Glauben bestellt, ein halbes Hähnchen zu erhalten, irrt nach § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB. Denn in Köln meint diese Formulierung angesichts der dortigen Verkehrssitte ein Käsebrötchen.

Wer „**Haakjöringsköd**“ kauft oder verkauft, weil er glaubt, dieses norwegische Wort bezeichne Walfischfleisch (und nicht Haifischfleisch),

irrt wiederum nach § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB. Siehe dazu auch den Fall eines beidseitigen Rechtsfolgenirrtums (*falsa demonstratio*).

Wer „**25 Gros Rollen**“ **Toilettenpapier** bestellt, ohne zu wissen, dass dies 3.600 und nicht nur 25 große Rollen umfasst, unterliegt einem Inhaltsirrtum.

„bei der Abgabe“

Wie § 118 BGB („Scherz“) und § 123 BGB (Täuschung und Drohung) berücksichtigt auch § 119 BGB (mitsamt dem darauf verweisenden § 120 BGB) nur Irrtümer **zum Zeitpunkt der Abgabe** der Willenserklärung. Spätere Fehlvorstellungen sind damit irrelevant.

Wohl zu berücksichtigen sind „frühere“ Irrtümer, wenn sie nach wie vor für das Ob oder den Inhalt des Rechtsgeschäfts kausal waren, also **fortwirken**.

Kausalität

Nach § 119 Abs. 1 BGB darf nur anfechten, wer die Willenserklärung „bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles **nicht abgegeben haben würde**.“ Gleiches gilt für Abs. 2 („gilt auch“) und § 120 BGB („unter den gleichen Voraussetzungen“).

Eingehend dazu bei der Kausalität des Irrtums.

3. Erklärungsirrtum (§ 119 Abs. 1 Alt. 2 BGB)

→ Siehe auch die Übersicht zum Rechtsfolgenirrtum sowie die Rechtsfolgen einer Anfechtung.

Begriff

Bei einem Erklärungsirrtum gemäß § 119 Abs. 1 Alt. 2 BGB **verschreibt, verspricht, vertippt oder vergreift** sich der Irrende, so dass der objektive Erklärungsinhalt (§§ 133, 157 BGB) vom subjektiv Gewollten abweicht. Schon das äußere Verhalten ist also so nicht gewollt und führt zu einem ungewollten, objektiven Erklärungsinhalt.

Tatbestand

„Willenserklärung“

§ 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB erfasst eine irrtümliche **Willenserklärung**. Es gilt wie immer das Abstraktions- und Trennungsprinzip.

„Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte“

- Irrtum

Einem Erklärungsirrtum unterliegt, wer **äußerlich anders als gewollt handelt** und hierdurch einen solchen objektiven Erklärungsinhalt erzeugt, den er subjektiv nicht wollte. Auf ein noch so grobes Verschulden, eine Vorwerfbarkeit, eine Selbstverantwortung o. Ä. kommt es nicht an.

- Beispiele

Beim Erklärungsirrtum nach § 119 Abs. 1 Alt. 2 BGB **verschreibt, vertippt, vergreift oder verspricht** sich der Irrende. So mag er versehentlich ein Komma verschieben, Zahlen verdrehen, eine Null zu viel schreiben, „kaufen“ statt „verkaufen“ sagen oder einen falschen Geldschein herausgeben.

- Verhältnis zu anderen Irrtümern

Einen **Spezialfall** des Erklärungsirrtums bildet der Übermittlungsfehler gemäß § 120 BGB. Der Erklärungsirrtum bildet seinerseits einen Spezialfall des Inhaltsirrtums gem. § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB.

„bei der Abgabe“

Siehe dazu beim Inhaltsirrtum.

Kausalität

Siehe dazu allgemein zur Kausalität des Irrtums.

4. Falsche Übermittlung (§ 120 BGB)

➔ Siehe auch die Übersicht zum Rechtsfolgenirrtum sowie die Rechtsfolgen einer Anfechtung.

Begriff

Nach § 120 BGB berechtigt es zur Anfechtung gem. § 142 Abs. 1 BGB, wenn die Erklärung durch eine fremde Person oder Einrichtung **falsch übermittelt** wurde. Denn hier weicht das objektiv Erklärte (§§ 133, 157 BGB) von dem subjektiv Gewollten ab und soll der Irrende daher nicht endgültig gebunden sein.

Tatbestand

„Willenserklärung“

§ 120 BGB erfasst Willenserklärungen. Es gilt wie immer das Abstraktions- und Trennungsprinzip.

„übermittelt“

- Übermittlung

§ 120 BGB erfasst die unrichtige **Übermittlung** von Willenserklärungen: So mag ein Bote seine Nachricht trotz unmissverständlicher Instruktion verfälscht wiedergeben oder ein technischer Fehler dazu führen, dass ein Komma oder eine Null verloren geht.

Missverständnisse – etwa aufgrund einer technisch bedingten Kürze der Nachricht (Beispiel: „Ankomme Sonntag 9 Hauptbahnhof“) – sind **keine Übermittlungsfehler**, sondern typischerweise Inhaltsirrtum gem. § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB.

- „Person“ (Erklärungsboten)

Die von § 120 BGB erfassten Personen sind **Erklärungsboten**. Denn ein Stellvertreter übermittelt keine fremde Willenserklärung, sondern gibt eine eigene Willenserklärung ab, vgl. § 164 BGB. Und ein Empfangsbote leitet nur noch die bereits zugegangene und damit in ihrem Inhalt bereits feststehende Willenserklärung an den Adressaten weiter

„Person“ meint sowohl **natürliche Personen** wie den Erklärungsboten oder auch einen Dolmetscher als auch die Einschaltung **juristischer Personen**. Praktisch bedeutsam sind hier vor allem Telekommunikations- sowie Post- bzw. Logistikunternehmen.

- „Einrichtung“

Eine geringe praktische Bedeutung entfaltet der Begriff der Einrichtung, werden diese meistens **von Menschen („Personen“) betrieben**, auf deren Verhalten sich dann abstellen lässt.

Vor allem geht es hier daher um vom Absender nicht erkennbare Fehlfunktionen eines **selbst verwendeten technischen Geräts**. Denn ein Verkäufer oder Vermieter dieses Geräts gehört regelmäßig nicht zum durch § 278 BGB erfassten Personenkreis.

„unrichtig“ (Irrtum)

§ 120 BGB verlangt eine „unrichtig(e)“ Übermittlung. Verlangt ist ein Rechtsfolgenirrtum. Durch die fehlerhafte Übermittlung erklärt der Irrende objektiv (objektiver Empfängerhorizont) etwas anderes, als er subjektiv erklären will. Auf ein noch so grobes Verschulden, eine Vorwerfbarkeit, eine Selbstverantwortung o. Ä. kommt es wie immer nicht an.

§ 120 BGB bildet einen **Spezialfall** des in § 119 Abs. 1 Alt. 2 BGB geregelten Erklärungsirrtums mit der Besonderheit, dass der Fehler nicht beim menschlichen Sprechen oder Schreiben, sondern bei dessen weiterer Übermittlung auftritt.

Kausalität

Siehe dazu allgemein zur Kausalität des Irrtums.

5. Gesetzliche Rechtsfolgen („Gesetzesirrtum“)

→ Siehe auch die Übersicht zum Rechtsfolgenirrtum sowie die Rechtsfolgen einer Anfechtung.

Begriff

Gesetzesirrtum (oder auch „Rechtsirrtum“) ist im Vertragsrecht der Irrtum über solche Inhalte eines Rechtsgeschäfts, die sich **aus dem Gesetz ergeben**. Er ist Inhaltsirrtums gemäß § 119 Abs. 1 BGB und damit getreu dieser Vorschrift zu prüfen.

Nicht immer wird allerdings das dort verankerte Kausalitätserfordernis erfüllt sein. Auch fehlt es oft an einer subjektiven Vorstellung über solche Inhalte.

Vertiefung

Der „Gesetzesirrtum“ ist schlicht **Inhaltsirrtum**. Weder nach Sinn und Zweck des Irrtumsrechts noch aus „praktischen Bedürfnissen“ heraus ist eine Sonderbehandlung sinnvoll. Er ist genauso zu prüfen wie Irrtümer über solche Inhalte eines Rechtsgeschäfts, die sich etwa aus Rechtsprechungsgrundsätzen, aus Sitte, Übung und Brauch oder generell einer „objektiven Auslegung“ ergeben.

Wohl aber ist der den Inhaltsirrtum erfassende § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB – wie immer – **sorgfältig und realitätsnah** anzuwenden. Das bedeutet vor allem dreierlei:

Subjektive Vorstellung

„Irrtum“ verlangt, dass der Irrende überhaupt eine **vom Irrtumsgegenstand abweichende Vorstellung** hat. Wenn sich also die Partei bei Abgabe ihrer Willenserklärung gar **keine Gedanken darüber gemacht** hatte, ob und was das Gesetz ergänzend oder zwingend anordnet, kann sie auch nicht anfechten.

Bei zwingenden staatlichen Vorschriften etwa haben es die Parteien ohnehin nur in der Hand, auf das Rechtsgeschäft gänzlich zu verzichten. Und bei dispositiven Vorschriften werden sie sich **oft blind darauf verlassen**, dass sie einen interessengerechten Inhalt anordnen.

Kausalität

Zudem verlangt § 119 Abs. 1 BGB die Kausalität des Irrtums. Sofern die gesetzlich festgelegten Inhalte eines Rechtsgeschäfts – wie praktisch oft – nur Nebenaspekte wie etwa Leistungsstörungen betreffen, kann es sein, dass das Rechtsgeschäft **auch bei zutreffender Vorstellung** so abgeschlossen worden wäre.

Auswirkungen Dritten gegenüber

Schließlich erfasst § 119 Abs. 1 BGB keine Irrtümer über solche Rechtsfolgen, welche nicht die Pflichten der Parteien untereinander, sondern **gegenüber Dritten wie dem Staat** regeln. Derartiges überschreitet, was ein Rechtsgeschäft zu leisten vermag, führte nämlich etwa zu einem unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter.

Konkret betrifft das etwa die **steuerlichen Auswirkungen** eines Rechtsgeschäfts oder **prozessuale Rechtsfolgen** wie Prozesskostenhilfe und verfügbare Rechtsbehelfe.

VI. Motivirrtum

1. Grundlagen

Begriff

Parteien irren nicht nur über das **Ob** (dazu beim Erklärungsbewusstsein) oder über den **Inhalt** (Rechtsfolgenirrtum) eines Rechtsgeschäfts, sondern auch über **sonstige Umstände**. Das Vertragsrecht berücksichtigt solche „Motivirrtümer“ zwar nicht durchweg, wohl aber in sehr vielen, praktisch sehr bedeutsamen Fallgruppen.

Aha: Der in manchen Lehrbüchern immer noch zu findende Hinweis auf eine „grundsätzliche Irrelevanz“ von Motivirrtümern hat **nichts mit der Rechtsrealität zu tun**. Manche können dieses Phänomen nur nicht vertragstheoretisch erfassen.

Fallgruppen

Hier findest Du einige für Studenten **besonders wichtige Fallgruppen**, mit denen das geltende Recht auf Motivirrtümer reagiert:

- Arglistige Täuschung gem. § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB,
- Eigenschaftsirrtum gem. § 119 Abs. 2 BGB,
- Aufklärungspflichten aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 249 ff. BGB (culpa in contrahendo),
- Störung der Geschäftsgrundlage gem. §§ 313 f. BGB,
- Gewährleistungsvorschriften z. B. nach den §§ 434 ff., 536 ff., 633 ff. BGB,
- Leistungerschwerungen gem. § 275 Abs. 2 und 3 BGB,
- die Umdeutung nach § 140 BGB,

- erbrechtliche Lösungsrechte, vgl. etwa §§ 2078, 2079, 2308 BGB
- oder Widerrufsrechte bei Verbraucherverträgen gem. § 355 BGB.

Vertragstheoretischer Hintergrund

Herausforderung

Dass viele Motivirrtümer bis heute – obwohl rechtlich oft ersichtlich relevant – gerne als „Störfall“, „Ausnahme“, „Besonderheit“ o. Ä. dargestellt werden, dürfte **mehrere Gründe** haben:

- Begründungsschwierigkeiten

Zum einen gelingt es den klassischen Ansichten nicht, dieses rechtliche Phänomen **überzeugend zu begründen**. Deshalb wird dann auf diverse Leerformeln wie etwa die einer „Entscheidungsfreiheit“ zurückgegriffen. Dazu siehe gleich.

- Gefahr einer Ausuferung

Zum anderen **drohte das Irrtumsrecht auszuufern**, berechnete jeder Motivirrtum zur Anfechtung. Es dürfte kaum einen Vertragsschluss geben, bei dem wir nicht von teils falschen Voraussetzungen ausgehen oder von noch besserer Information profitieren würden.

- Herausforderung: konkrete Maßstäbe

Daher ist eine gewisse Skepsis bzw. Zurückhaltung berechtigt. Die große vertragstheoretische Herausforderung besteht darin, **konkrete und überprüfbare Kriterien** dafür zu liefern, wann wir einen Motivirrtum berücksichtigen – und wann nicht.

Klassische Ansichten

Indem die klassischen Rechtsgeschäftslehren die Parteiinteressen ignorieren, tun sie das zwangsläufig auch beim Motivirrtum. Diese Tradition prägt bis heute auch die Unterscheidung von Rechtsfolgenirrtum und Motivirrtum.

- Willenstheorie

Die Willenstheorie stellt allein auf den Rechtsfolgenwillen als intrinsisch richtig ab („pro ratione stat voluntas“) und blendet damit bewusst andere Aspekte wie die Interessen aus. Nach ihr müssten Motivirrtümer **durchweg irrelevant** sein.

- Erklärungstheorie

Aber auch die Erklärungstheorie berücksichtigt nicht diese Parteiinteressen, sondern thematisiert allein das – wiederum als intrinsisch richtig –, was als Erklärungsinhalt objektiv und zurechenbar erklärt wird. Was die Parteien außerhalb dieses Erklärungsaktes an privaten Motiven verfolgen, müsste wiederum **durchweg irrelevant** sein.

Parteiinteresse

Berücksichtigt man hingegen mit der Grundfolgentheorie oder dem von mir vertretenen Rechtfertigungsprinzip die Parteiinteressen, sind Motivirrtümer ersichtlich bedeutsam:

- Einerseits: Privatautonomie droht zu versagen

Wer uninformiert entscheidet oder etwa gar getäuscht wird, droht eine **interessenwidrige Entscheidung** zu treffen. Privatautonomie kann also versagen, denn Fehlinformationen gefährden die Entscheidungsqualität. Für diese ist auch der jeweilige **Kenntnisstand** eines Menschen wichtig.

- Andererseits Interesse an verlässlichen Willenserklärungen

Andererseits vereitelte es die für Parteien mit bindenden Rechtsgeschäften verbundenen Vorteile, wäre jeder Motivirrtum rechtlich relevant. Denn dann könnte sich niemand mehr auf die **Beständigkeit (Verlässlichkeit)** eines Rechtsgeschäfts verlassen und kämen damit viele Rechtsgeschäfte erst gar nicht zustande.

Anders formuliert macht es vertragliche Ansprüche erst **wertvoll und verkehrsfähig**, wenn sie nur begrenzt anfechtbar sind. Davon profitiert dann auch der Versprechende.

Aha: Jeder rechtsgeschäftliche Schutz, darunter auch ein Anfechtungsrecht, wird von der Gegenseite meist **von vornherein berücksichtigt**, etwa eingepreist. Er ist damit letztlich vom so „Geschützten“ selbst zu bezahlen, muss sich also für diesen überhaupt lohnen.

„Entscheidungsfreiheit“ etc.

- Varianten

Weil die klassischen Ansichten daran scheitern, die Relevanz von Motivirrtümern – etwa nach § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB – zu begründen, weicht

man hier auf unbestimmte Rechtsbegriffe aus. Beliebt ist etwa der Hinweis auf eine (rechtsgeschäftliche) **Entscheidungsfreiheit** des Getäuschten. Aber auch eine **Entschliebungsfreiheit, Freiwilligkeit, Selbstbestimmung, Willensfreiheit** oder **Selbstverantwortung** werden genannt.

- Leerformel

Leider lassen sich derartige Begrifflichkeiten weder überprüfen noch liefern sie die in der Praxis benötigten, **konkreten Entscheidungskriterien** – sei es für die einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB oder übergreifend über **Inhalt und Ausmaß der Kenntnisse**, welche die Rechtsordnung an zahlreichen Stellen für erforderlich hält.

- Punktueller Denken

Wohl aber halten diese Leerformeln sprachlich die Illusion aufrecht, als ließen sich Rechtsgeschäfte **allein anhand des Parteiverhaltens bei Erklärungsabgabe** (unter Ignoranz ihrer Interessen und der rechtlichen Ausgangslage) beurteilen. Mit der Realität hat das nichts zu tun.

2. Eigenschaftsirrtum (§ 119 Abs. 2 BGB)

→ Siehe auch die Übersicht zu Motivirrtümern sowie die Rechtsfolgen einer Anfechtung.

Begriff

Der Eigenschaftsirrtum gemäß § 119 Abs. 2 BGB erfasst subjektive Fehlvorstellungen über tatsächliche oder rechtliche Verhältnisse einer Person oder Sache, deren Beschaffenheit und Dauer die **Brauchbarkeit und den Wert beeinflussen**. Der Preis bzw. Wert selbst wird hingegen nicht erfasst.

Tatbestand

„Willenserklärung“

§ 119 Abs. 2 BGB erfasst eine irrtümliche Willenserklärung. Es gilt wie immer das Abstraktions- und Trennungsprinzip.

„Person oder Sache“

„Sache“ ist bei § 119 Abs. 2 BGB weiter als der übliche Begriff einer Sache gemäß § 90 BGB zu verstehen. Erfasst werden **auch Rechte** wie etwa Forderungen. Person kann auch ein **Dritter** sein.

Verkehrswesentliche Eigenschaft

Zumindest nach üblicher Formulierung sind Eigenschaften im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB nicht nur natürliche Merkmale einer Person oder Sache, sondern solche tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse, deren Beschaffenheit und Dauer die **Brauchbarkeit und den Wert beeinflussen** („wertbildende Faktoren“).

Damit sollen zum einen Irrtümer über den **Preis**, den **Wert** oder die **Eigentumsverhältnisse** eines Gegenstands ignoriert werden. Diese berechtigen nicht zur Anfechtung. Das Kriterium der „gewissen Dauerhaftigkeit“ dient etwa dazu, den Irrtum des Arbeitgebers über eine **Schwangerschaft** zu ignorieren.

„Irrtum“

§ 119 Abs. 2 BGB verlangt einen „Irrtum“ und damit eine **subjektiv-psychologische, einseitige Fehlvorstellung**. Bloße Unkenntnis reicht also nicht, eine gemeinsame Vereinbarung ist hingegen genauso wenig verlangt wie eine Offenlegung dessen, was sich der Erklärende vorstellt.

Gegenstand des Irrtums ist eine **Eigenschaft der Person oder Sache** (siehe oben) – und nicht wie bei §§ 118, 119 Abs. 1, 120 BGB das Ob bzw. der Inhalt des Rechtsgeschäfts.

Kausalität

Siehe dazu beim Inhaltsirrtum.

*Systematische Stellung**Motivirrtum*

Nach m. E. zutreffender, allerdings umstrittener Ansicht, ist § 119 Abs. 2 BGB ein **Motivirrtum**. Die Einordnung und vor allem Konkretisierung dieser sehr weit formulierten Vorschrift bereitet der Wissenschaft einige Probleme.

Spezialvorschriften

Da § 119 Abs. 2 BGB sehr weit gefasst ist, passiert es oft, dass er sich mit spezielleren Vorschriften des BGB und darüber hinaus „beißt“. Hier tritt dann diese **allgemeinere Vorschrift zurück** (lex specialis derogat legi generali).

Bei Irrtümern über **Sacheigenschaften** gehen insbesondere schuldrechtliche **Gewährleistungsvorschriften** wie die §§ 434 ff. BGB (Kaufvertrag), §§ 536 ff. BGB (Mietvertrag) oder §§ 633 ff. BGB (Werkvertrag) vor.

Genauso wenig kann ein Bürge nach § 119 Abs. 2 BGB anfechten, wenn er sich – obwohl ersichtlich verkehrswesentliche Eigenschaft – über die **Zahlungsfähigkeit des Schuldners** irrt. Denn dieses Risiko soll er nach Sinn und Zweck der §§ 765 ff. BGB selbst tragen.

3. Kalkulationsirrtum

→ Siehe auch die Übersicht zu Motivirrtümern sowie die Rechtsfolgen einer Anfechtung.

Begriff

Beim Kalkulationsirrtum irrt eine Partei über den **Aufwand** der vertraglich vereinbarten Leistung. So mag sie einen zu hohen bzw. zu niedrigen Preis akzeptieren und damit ein ihr ungünstiges, weil etwa verlustreiches Rechtsgeschäft vornehmen. Es handelt sich hier regelmäßig um einen Motivirrtum.

Bsp.: Typische Fälle eines Kalkulationsirrtums sind jene, in denen sich der Irrende bei seiner Preiskalkulation verrechnet, zu niedrige Einkaufspreise unterstellt, wichtige Kosten ignoriert oder zukünftige Kostensteigerungen unterschätzt.

Regelmäßig: Motivirrtum

Befund

Typischerweise ergibt die Auslegung des Rechtsgeschäfts gem. §§ 133, 157 BGB, dass die **Kalkulation selbst nicht Vertragsinhalt** wird. Vielmehr bildet sie lediglich eine Vorstufe für den tatsächlich Vertragsinhalt

werdenden Endpreis. Wille wie Erklärung bei Vertragsschluss sind fehlerfrei.

Damit haben wir hier einen **Motivirrtum**, den das geltende Recht von Rechtsfolgenirrtümern deutlich unterscheidet. Motivirrtümer sind zwar keineswegs „prinzipiell unbeachtlich“, wohl aber in konkreten Fallgruppen und Tatbeständen erfasst, die es **sorgfältig zu prüfen** gilt.

Denkbare Ansprüche und Einwendungen

Konkret lässt sich bei einem Kalkulationsirrtum an **Ansprüche** und **Einwendungen** denken, darunter insbesondere:

- Leistungerschwerung gem. § 275 Abs. 2 und 3 BGB,
- Verletzung von Aufklärungspflichten (vgl. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 249 ff. BGB),
- Störung der Geschäftsgrundlage gem. §§ 313 f. BGB,
- Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) bzw. Verbotswidrigkeit (§ 134 BGB) oder
- Verstoß gegen die AGB-Inhaltskontrolle gem. §§ 305 ff. BGB.

Übergelagerte Zielgrößen

Ergibt die Auslegung des Rechtsgeschäfts gem. §§ 133, 157 BGB, dass kein konkreter Endpreis, sondern eine dem **übergelagerte Zielgröße** geschuldet ist, und verfehlt die Kalkulation des Irrenden diese Zielgröße, ist der Irrtum unbeachtlich, da er sich nicht auswirkt: Es gilt dann die Zielgröße und nicht die dem widersprechende Kalkulation.

Bsp.: In der **Rspr.** wurden etwa Fälle anerkannt, in denen die tatsächlich angefallenen Aufwendungen zu erstatten waren, das Elffache der Jahresmiete zu berechnen war, das Entgelt nach Großhändlerpreis bestimmt werden sollte, das Honorar den „üblichen Regeln“ folgen sollte oder ein Bestand realitätsnah schätzen war.

Einzelkriterien

Wie generell im Vertragsrecht geht es auch in Irrtumsfragen um eine möglichst interessengerechte (wertschöpfende) **Arbeitsteilung** zwischen den beteiligten Parteien: Regelmäßig sollte es nur eine Person sein, die sich

mit einer bestimmten Frage – etwa dem tatsächlichen Aufwand – beschäftigen sollte.

Erkennbarkeit, Offenkundigkeit und Evidenz

Daher ist ein Kalkulationsirrtum regelmäßig selbst dann ausgeschlossen, wenn der Adressat diesen **Irrtum hätte erkennen können**. So macht das Irrtumsrecht auch sonst (etwa in §§ 118 ff., 123 BGB) eine Anfechtbarkeit bzw. Nichtigkeit nicht von einer mangelnden Erkennbarkeit abhängig. Und auch ein erkannter Motivirrtum bleibt Motivirrtum.

Selbst bei „Evidenz“, „Offenkundigkeit“ o. Ä. entspricht es einer interessengerechten Arbeitsteilung, wenn sich **jede Seite nur um ihre eigene Kalkulation kümmert**, also auch nicht einmal nach offenkundigen Fehlern Anderer sucht.

Veranlassung bzw. Verursachung

Nichts anderes gilt für die Frage nach einer „**Veranlassung**“ oder „**Verursachung**“ des Irrtums durch die Gegenseite: Auch ein von der Gegenseite veranlasster Motivirrtum bleibt Motivirrtum und wird daher etwa von §§ 118, 119 Abs. 1, 120, 123 BGB nicht erfasst.

Wohl aber kann die Veranlassung einen Anspruch aus culpa in contrahendo auf Rückabwicklung gem. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 249 ff. BGB auslösen, wenn eine entsprechende **Aufklärungspflicht** bestand. So mögen etwa der Verkäufer oder dessen Vertreter falsche Angaben tätigen, die den Käufer zum Vertragsschluss bewegen.

Beidseitiger Irrtum

Ob beim Kalkulationsirrtum neben dem Erklärenden auch der Erklärungsgegner über die Kalkulation irrte (sog. beidseitiger Irrtum), ist **regelmäßig unbeachtlich**. Denn wiederum soll die Gegenseite keine Vermeidungsanstrengungen treffen müssen, sondern sich sorglos verhalten können. Eine Doppelbelastung gleich beider Seiten würde einmal mehr die Vorteile einer Arbeitsteilung vereiteln.

Offenlegung der Kalkulation

Dass die irrende Seite ihre Kalkulation im Zuge von Vertragsverhandlungen offenlegte (sog. „**externer Kalkulationsirrtum**“), macht einen Kalkulationsirrtum nicht nach den

§§ 118 ff. BGB beachtlich. Der Erklärende unterliegt weiterhin einem Motivirrtum.

Allerdings ist hier gem. §§ 133, 157 BGB genau auszulegen, was **tatsächlich geschuldet** ist (siehe daher oben zu „übergelagerten Zielgrößen“). Diese Klärung geht der Irrtumsproblematik vor, da erst nach dieser Auslegung beantwortet werden kann, ob überhaupt ein Irrtum vorliegt.

Dass die Kalkulation vor Vertragsschluss **ausdrücklich diskutiert** wurde, mag im Einzelfall dafür sprechen, dass dasjenige als Vertragsinhalt vereinbart wurde, woran sich die Kalkulation orientiert, bildet jedoch nur ein schwaches Indiz. Wird sie hingegen gar **in das Vertragsdokument aufgenommen**, wiegt das schon schwerer.

Positive Kenntnis

Beachtlich ist ein Kalkulationsirrtum, wenn die Gegenseite den Irrtum bei Abgabe der Willenserklärung **positiv kennt**. Das Rechtsgeschäft gilt dann mit diesem Betrag; ggf. kommt es zur Rückabwicklung.

Bsp.: Ein Beispiel bildet das **bewusste Ausnutzen** einer offensichtlich irrtümlichen Preisangabe in einem Online-Buchungssystem.

Wie in den Fällen des erkannten Rechtsfolgenirrtums ist der Irrtumsgegner hier schlicht nicht schutzwürdig. Er kann den von ihm erkannten Irrtum **ohne weiteres aufklären**.

4. Täuschung (§ 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB)

a) Tatbestand

→ Siehe auch die Übersicht zu Motivirrtümern, die Rechtsfolgen einer Anfechtung, die Vertiefung zur Täuschung sowie die Täuschung durch Dritte.

Grundtatbestand

Nach § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB kann – mit der Rechtsfolge einer Anfechtung gemäß § 142 Abs. 1 BGB – anfechten, wer seine **Willenserklärung** nur aufgrund einer Täuschung und damit eines **Irrtums** abgab. Dieser muss

kausal auf einer **vorsätzlichen** („Arglist“) **Täuschungshandlung** beruhen. Zu „**Dritten**“ siehe § 123 Abs. 2 BGB.

Tatbestandsmerkmale

Willenserklärung

Nach § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB muss die Täuschung eine Willenserklärung beeinflussen.

Aha: Auch für die Täuschungsanfechtung gilt das Abstraktions- und Trennungsprinzip. Die Nichtigkeit nach § 142 Abs. 1 BGB ist also für jedes Rechtsgeschäft (Verpflichtung wie Verfügung) **gesondert zu prüfen**. Allerdings wird sich eine Täuschung praktisch oft auf sämtliche Rechtsgeschäfte auswirken; insofern mag man dann von „**Fehleridentität**“ sprechen.

Täuschungshandlung

- Aktives Tun

Täuschen kann man in vielfältiger Form – etwa durch ein **aktives Tun** wie falsche Behauptungen oder sonstige Aktionen.

- Unterlassen

Aber auch durch **bloßes Unterlassen** lässt sich täuschen – nämlich indem man den Irrtum einer anderen Person nicht beseitigt.

In diesem Fall ist aber sorgfältig zu prüfen, ob die Gegenseite wirklich „verpflichtet“ sein sollte, den **Irrenden aufzuklären**. Anders formuliert wird ein Motivirrtum selbst in Arglistfällen nach § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB nur begrenzt berücksichtigt.

Aha: Sachlich gleichen sich die Kriterien für die Relevanz einer Nichtaufklärung bei § 123 BGB mit den Anforderungen an eine **Aufklärungspflicht**.

Arglist

Arglist meint vorsätzliches Handeln. **Bedingter Vorsatz genügt**. Der Täuschende muss es also zumindest für möglich halten, dass der Erklärende einem Irrtum erliegt, und diese Möglichkeit billigend in Kauf nehmen. Fahrlässigkeit – egal welcher Form – reicht demgegenüber nicht.

Aha: Fehlt Vorsatz, kannst Du ggf. noch die Verletzung einer **Aufklärungspflicht** prüfen. Grundlage dafür ist ein Anspruch aus culpa in contrahendo gemäß §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 249 ff. BGB.

Irrtum

Irrtum ist jede **subjektive Fehlvorstellung über Tatsachen** – ganz gleich ob objektiv wesentlich oder nicht oder nach verständiger Würdigung „vernünftig“. Wenngleich das reine Werturteile oder gänzlich unbestimmte Aussagen ausschließt, enthalten diese oft einen irrtumsfähigen **Tatsachenkern**.

Auch **subjektive Merkmale** wie individuelle Kenntnisse, Absichten oder Überzeugungen sowie **Wahrscheinlichkeiten** können damit – zumal oft wichtiges und rationales Motiv für ein Rechtsgeschäft – Gegenstand einer Täuschung sein.

Aha: **Erklärungen „ins Blaue hinein“** können vorsätzlich sein: Tätigt jemand Aussagen, von denen er nicht genau weiß, ob sie zutreffen oder nicht, so liegt die Täuschung darin, dass er zumindest konkludent vorgibt, hierzu etwas Substanzielles sagen zu können.

Kausalität

Nach § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB muss der Anfechtende zu seiner Willenserklärung „**bestimmt worden**“ sein. Diese Kausalität verlangt (nach der aus dem Strafrecht bekannten *conditio sine qua non*-Formel), dass die Täuschung nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass auch die Willenserklärung in ihrer konkreten Gestalt (Inhalt, Zeitpunkt) entfele.

Auf ein Verschulden kommt es ausdrücklich nicht an, selbst eine noch so große Offensichtlichkeit der Täuschung hindert die Anfechtung nicht.

Aha: Da der arglistig Täuschende selten schützwürdig ist, gibt es keinen Grund, vom Getäuschten auch nur irgendeine Wachsamkeit, Verständigkeit, Eigenanstrengung o. Ä. zu verlangen. Gerade **noch so leichtsinnige**, sorglose Personen werden durch § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB geschützt (und profitieren besonders von diesem Schutz).

Demgegenüber **fehlt** es an einer Kausalität, wenn die Täuschung **erst nach Erklärungsabgabe** erfolgte, wenn der Erklärende die Täuschung **durchschaut**, zwischenzeitlich **aufgeklärt wurde** oder sich die Täuschung auf einen für den Irrenden dermaßen unwichtigen Umstand

bezog, dass er bei Kenntnis der wahren Sachlage **gleichermaßen entschieden** hätte.

Widerrechtlichkeit

Wenngleich § 123 Abs. 1 BGB die Widerrechtlichkeit nur für die Drohung erwähnt, prüft man sie gemeinhin **auch bei der Täuschungsanfechtung**. Praktisch relevant wird das vor allem im Arbeitsrecht.

Bsp.: Fragt der Arbeitgeber in einem Bewerbungsgespräch nach einer **Schwangerschaft**, obwohl er das nicht darf (das Recht missbilligt das als Einstellungskriterium), darf die Bewerberin lügen, ohne dass der Arbeitgeber später den Arbeitsvertrag nach § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB anfechten könnte.

b) Vertiefung

Art des Irrtums

Regelmäßig: Motivirrtum

Meistens geht es bei der Täuschungsanfechtung gem. § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB um einen Motivirrtum. Der Irrrende erklärt zwar genau das (als Willenserklärung), was er auch erklären will. Nur tut er dies aufgrund einer durch die Täuschung **falschen Sacheinschätzung**.

Denkbar: Inhalts- oder Erklärungsirrtum

Genauso mag eine Täuschung allerdings auch das **Ob oder den Inhalt des Rechtsgeschäfts** selbst betreffen. Wir haben dann den Spezialfall eines Inhaltsirrtums bzw. eines Erklärungsirrtums.

Dabei bietet allerdings § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB gegenüber § 119 Abs. 1 BGB den Vorteil einer sehr viel längeren, nämlich **einjährigen** Anfechtungsfrist, vgl. § 124 BGB.

Schutz noch so leichtsinniger Personen

Es wäre bei § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB verfehlt, etwa unter Hinweis auf ein **Menschen(leit)bild** des BGB zu prüfen, ob eine „mündige“, „verständige“, „besonnene“, „gewissenhafte“ usw. Partei auf die Täuschung hereingefallen wäre oder aber diese hätte durchschauen können.

Das Recht schützt auch und gerade die Rechte „einfältiger“ Menschen. Diese sind Täuschungsgefahren besonders stark ausgesetzt. Es widerpräche jeder interessengerechten Arbeitsteilung, solche Anstrengungen zu verlangen, zumal völlig offenbliebe, warum ausgerechnet der Täuschende davon profitieren sollte.

Anfechtungsoption

Dass das Gesetz in § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB eine Anfechtbarkeit (vgl. auch § 142 Abs. 1 BGB für die Rechtsfolge) und nicht direkt Nichtigkeit anordnet, eröffnet dem Getäuschten die **zusätzliche Option**, das Rechtsgeschäft wirksam zu belassen.

Der Täuschende ist in seinem Interesse an Rechtssicherheit **wenig schutzwürdig** (er kann es leicht vermeiden, zu täuschen), weshalb § 124 Abs. 1 BGB in Abweichung zu § 121 Abs. 1 BGB eine **Jahresfrist** anordnet.

→ Siehe auch allgemein zur Frage einer Nichtigkeit versus Anfechtbarkeit.

Konkurrenzen

Eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung verlangt **Vorsatz** („arglistig“) und führt insbesondere nach § 142 Abs. 1 BGB zur **Nichtigkeit** des Rechtsgeschäfts und damit etwa zu einem Herausgabeanspruch aus Leistungskondiktion gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB.

Aufklärungspflichten

Denke in einer Klausur auch an Schadensersatzansprüche. Das mag zum einen die Verletzung einer **Aufklärungspflicht** als einer Fallgruppe der culpa in contrahendo sein (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2, 249 ff. BGB). Vorsatz ist hier nicht verlangt, vielmehr gilt der Maßstab des § 276 BGB.

Deliktische Ansprüche

Außerdem werden oft **deliktische Tatbestände** einschlägig sein, etwa nach §§ 823 Abs. 1, 823 Abs. 2 oder 826 BGB.

Normzweck

→ Siehe **eingehend** zum Normzweck der Täuschungsanfechtung und zu verschiedenen Begründungsversuchen (etwa zum Hinweis auf eine „Entscheidungsfreiheit“) bei Motivirrtümern allgemein.

Entscheidungsqualität

§ 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB schützt den Erklärenden vor ihm **nachteiligen Entscheidungen**, also die Entscheidungsqualität. Wer beispielsweise darüber getäuscht wird, der ihm angebotene Füller sei schon von Bismarck höchstpersönlich verwendet worden, droht sehr viel mehr Geld als dessen tatsächlichen Marktwert zu bezahlen – und sich so getreu seinen eigenen Interessen zu verschlechtern.

Klassische Ansichten

Wie generell bei Motivirrtümern bzw. bei der Entscheidungsqualität (siehe daher näher dort) können klassische Ansichten wie die Willenstheorie oder die Erklärungstheorie auch nicht die Täuschungsanfechtung nach § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB erklären. Schließlich will der Getäuschte **genau das, was er bekommt**, und er erklärt genau das, was er **erklären will**.

Parteiinteressen

Vielmehr muss man einmal mehr auf die Parteiinteressen schauen, wie dies etwa die Grundfolgentheorie oder das von mir vertretene Rechtfertigungsprinzip tun: Wer getäuscht wird, droht eine **interessenwidrige Entscheidung** zu treffen.

Der Grundgedanke der Privatautonomie versagt hier also. Fehlinformationen gefährden eine interessengerechte Entscheidung besonders dann, wenn sie vom – oft stark gegenläufige Interessen verfolgenden – **Erklärungsadressaten** bzw. diesem nahestehenden Personen stammt.

Angesichts des **vorsätzlichen und damit leicht vermeidbaren Handelns** kann das Recht hier das Anfechtungsrecht anordnen, ohne wie bei §§ 118 ff. BGB zum Ausgleich gem. § 122 BGB das negative Interesse zuzusprechen.

c) Täuschung durch Dritte

→ Siehe auch zur Drohung Dritter sowie den Fall zur Täuschung durch Dritte.

Einführung

Täuschungen Dritter berechtigen nach § 123 Abs. 2 S. 1 BGB nur dann zur Anfechtung, wenn der Anfechtungsgegner die Täuschung kannte oder kennen musste. Allerdings ist hier sorgfältig zu prüfen, ob die täuschende Person wirklich „**Dritter**“ im Sinne dieser Vorschrift ist.

„kannte oder kennen musste“

Wusste der Anfechtungsgegner von der Täuschung, oder hätte er davon **wissen müssen** (fahrlässige Nichtkenntnis, vgl. zum Maßstab § 276 Abs. 2 BGB), so berechtigt auch das nach § 123 Abs. 2 S. 1 BGB zur Anfechtung.

Die Interessen des Getäuschten sind hier oft **nicht weniger gefährdet**. Und der Anfechtungsgegner **kann erkennen**, dass die Entscheidungsqualität des Irrenden hier leidet.

Aha: Beachte bei einer Stellvertretung die Vorschrift des § 166 Abs. 1 BGB: Sie rechnet dem Vertretenen regelmäßig **das Wissen des Vertreters zu**. Ähnliches gilt für Organe nach § 31 BGB, was im Gesellschaftsrecht wichtig wird.

„Dritter“

Die größere Herausforderung des § 123 Abs. 2 S. 1 BGB besteht darin, die **Person des Dritten** zu bestimmen. Je weiter das Verständnis, desto begrenzter das Anfechtungsrecht.

Gängige Formulierungen

Oft wird hier auf eine **Nähebeziehung** des Täuschenden zum Erklärungsempfänger abgestellt oder danach geschaut, wer auf Seiten des Erklärungsgegners (in wessen „**Lager**“) steht und maßgeblich am Zustandekommen des Vertrags mitgewirkt hat.

Sinn und Zweck

Sachlich steht hinter solchen Formulierungen vor allem die Erwägung, dass wenn eine Seite das Verhalten einer anderen Person gut **beeinflussen kann**, sie auch das Risiko deren Fehlverhaltens (hier eine Täuschung) tragen sollte.

Bisweilen kann zudem eine Seite die **Folgen** einer arglistigen Täuschung **besser abfedern** – etwa angesichts einer großen Anzahl von getätigten Rechtsgeschäften.

Beispiele für „kein Dritter“

Kein Dritter gemäß § 123 Abs. 2 S. 1 BGB sind der jeweilige **Vertragspartner** bzw. **Erklärungsempfänger**. Ebenso wenig sind **Stellvertreter** sowie zu Verhandlung autorisierte Personen (etwa **Verhandlungshelfen**) Dritter im Sinne dieser Vorschrift.

Beispiele für „Dritter“

Demgegenüber ist ein **Lieferant** genauso Dritter i. S. d. § 123 Abs. 2 S. 1 BGB wie ein **Hersteller**, wenn ein von ihm unabhängiger Händler dessen Produkte verkauft.

Aha: Das wurde in jüngerer Zeit beim sogenannten „**Abgasskandal**“ wichtig: Käufer eines Volkswagens konnten nicht nach § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB anfechten, da sie ihren Kaufvertrag mit dem Händler und nicht mit dem täuschenden VW-Konzern geschlossen hatten.

Ebenso wenig müssen es sich Gesellschafter zurechnen lassen (sie sind also Dritte), wenn einer ihrer **Mitgesellschafter** einen anderen Mitgesellschafter arglistig täuscht.

Wer sich als **Makler oder sonstiger Vermittler** darauf beschränkt, ihm rechtlich und wirtschaftlich fernstehende Parteien zum Vertragsschluss zu führen, ist Dritter gem. § 123 Abs. 2 S. 1 BGB. Etwas anderes gilt dort, wo eine Seite den Makler oder Vermittler in ihrem Interesse beeinflussen kann.

d) Fall

Sachverhalt

Gläubiger G und sein Verhandlungsgehilfe V verhandeln mit Bürge B über eine Bürgschaft für eine Forderung gegen den Schuldner S. V täuscht, ohne dass G davon weiß oder hätte wissen können, B über die ihm bekannte, prekäre Vermögenssituation des S. Daraufhin unterschreibt B den Bürgschaftsvertrag. Als S pleite geht und seine Schuld nicht begleichen kann, verlangt G von B Ausgleich für den Forderungsausfall.

Musterlösung

Aha: Schon ab 3 Leuten ist es für eine Falllösung unabdingbar, ein Diagramm zu zeichnen, um nicht **durcheinanderzukommen**. Mache Dir das zur Gewohnheit. Hier sind sogar 4 Akteure beteiligt.

G könnte gegen B einen Anspruch aus § 765 Abs. 1 BGB darauf haben, dass ihm B für die Schuld des S einsteht. Das setzt voraus, dass ein Bürgschaftsvertrag geschlossen wurde und dieser nicht wegen Formmangels nach § 125 S. 1 BGB oder aufgrund einer Anfechtung nach § 142 Abs. 1 BGB nichtig ist.

A. Bürgschaftsvertrag

G und B haben sich darauf geeinigt, dass sich B gegenüber G für die Schuld des S verbürgt, und damit einen Bürgschaftsvertrag nach § 765 Abs. 1 BGB geschlossen.

Aha: Mit der Prüfung eines Bürgschaftsvertrags nach §§ 765 ff. BGB geht der Sachverhalt ein wenig über das hinaus, was typischerweise in einer Anfängervorlesung zum BGB AT verlangt wird. Da es hier allerdings nur um den Primäranspruch geht, kann man das noch als fair/zumutbar erachten.

B. Nichtigkeit gemäß §§ 125 S. 1, 766 S. 1 BGB

G und B haben den Bürgschaftsvertrag schriftlich geschlossen (B unterschrieb, vgl. § 126 BGB), so dass dieser nicht nach §§ 125 S. 1, 766 S. 1 BGB nichtig ist.

Aha: Indem hier die Gliederung unter A. die bloße Einigung und dann unter B. und C. die jeweiligen Einwendungen gegen deren Wirksamkeit aus § 125 S. 1 BGB (Formmangel) und § 142 Abs. 1 BGB (Anfechtung) prüft, bleibt sie schön „flach“.

C. Nichtigkeit gemäß §§ 142 Abs. 1, 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB

Der Bürgschaftsvertrag könnte jedoch nach § 142 Abs. 1 BGB nichtig sein, wenn B nach § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB arglistig getäuscht worden wäre und die Anfechtung erklärt hätte.

I. Rechtsgeschäft

Der Bürgschaftsvertrag ist ein Rechtsgeschäft.

II. Anfechtungsgrund („anfechtbares“) – § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB

Es müsste ein Anfechtungsgrund vorliegen, wofür hier eine arglistige Täuschung gemäß § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB in Betracht kommt. Das setzt voraus, dass V den B widerrechtlich getäuscht hat, dabei arglistig handelte, hierdurch bei B einen Irrtum hervorrief, der zu dessen Unterschrift unter dem Bürgschaftsvertrag führte, und dass V nicht „Dritter“ im Sinne des § 123 Abs. 2 BGB ist.

1. Täuschungshandlung

V hat B getäuscht.

2. Arglist

V handelte vorsätzlich.

3. Irrtum

Hierdurch irrte sich B über die wahre Vermögenssituation des S.

4. Kausalität

Wegen dieses Irrtums unterschrieb B den Bürgschaftsvertrag, dieser war also kausal für das Rechtsgeschäft.

5. Widerrechtlichkeit

Es ist nicht ersichtlich, warum V zur Täuschung des B berechtigt gewesen sein sollte. V hatte kein „Recht zur Lüge“.

6. V kein „Dritter“ gemäß § 123 Abs. 2 BGB

Hier hat jedoch nicht der Vertragspartner G, sondern dessen Verhandlungshelfer V, den B getäuscht. Wäre V „Dritter“ im Sinne des § 123 Abs. 2 BGB, könnte B nicht G gegenüber anfechten, da G nichts von Täuschung des V wusste oder wissen konnte.

„Dritter“ ist allerdings nicht, wer auf Seiten des Erklärungsgegners steht und maßgeblich am Zustandekommen des Vertrags mitgewirkt hat. Genau das ist jedoch bei V der Fall, der als Verhandlungshelfer klar auf Seiten des G steht, von diesem gesteuert wird und dessen Interessen unterstützt. Damit steht B ein Anfechtungsrecht nach § 123 Abs. 1 BGB zu, die Einwendung des § 123 Abs. 2 BGB greift nicht.

III. Anfechtungserklärung („angefochten“) – § 143 BGB

B müsste das Rechtsgeschäft auch angefochten haben, was gemäß § 143 Abs. 1 BGB durch Erklärung gegenüber G erfolgt. Laut Sachverhalt ist das noch nicht geschehen. Doch hat B nach § 124 BGB insgesamt ein Jahr Zeit, um diese Anfechtung fristgerecht zu tätigen.

Tut er das, ist der Bürgschaftsvertrag nach § 142 Abs. 1 BGB als von Anfang an nichtig anzusehen, sodass G nicht nach § 765 Abs. 1 BGB verlangen kann, dass ihm B für die Schuld des S einsteht.

Aha: Der Sachverhalt sagt nichts zu einer Anfechtungserklärung des B. Da B jedoch nach § 124 Abs. 1 BGB dafür ein Jahr Zeit hat, wäre es praxisfremd, die Nichtigkeit nach § 142 Abs. 1 BGB einfach unter Hinweis auf deren Fehlen abzuschmettern. Vielmehr lässt sich darauf hinweisen, dass B noch anfechten kann. Sofern Du dann etwa eine Leistungskondition aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB und dort den „rechtlichen Grund“ prüfst, kannst Du z. B. formulieren, dass sollte B noch anfechten, es dann am rechtlichen Grund fehlt. Auch hier gilt: Suche den „roten Faden“ und frage Dich, welche Falllösung dem Klausurensteller vorschwebt. Oft liefert auch die Fallfrage Hinweise.

5. Umdeutung

→ Siehe auch die Übersicht zu Motivirrtümern.

Begriff

Eine Umdeutung gem. § 140 BGB „**rettet**“ ein an sich nichtiges Rechtsgeschäft durch die heteronome Anordnung eines von Wille und Erklärung der Parteien abweichenden Inhalts, sofern sich deren Interessen so doch noch verwirklichen lassen.

Beispiele

Kündigung

Sachverhalt

Unternehmer U ist wegen einer mangelhaften Lieferung über Lieferant L erbost. Er erklärt deshalb die langfristige Lieferbeziehung mit L für außerordentlich gekündigt. Vertraglich ist eine ordentliche Kündigungsfrist von 4 Wochen vorgesehen. Als ihn jemand darüber aufklärt, dass eine außerordentliche Kündigung möglicherweise nicht gerechtfertigt ist, meint U, dass sein Verhalten dann doch wenigstens als ordentliche Kündigung gelten müsse.

Hier lässt sich nach § 140 BGB die unwirksame, außerordentliche Kündigung des U in eine wirksame, ordentliche Kündigung **umdeuten**.

Vollmacht

Sachverhalt

A ist der wichtigste Angestellte in der sehr großen Kanzlei des Rechtsanwalts R. Er erteilt Mitarbeiter M Prokura, damit dieser von den Geschäftspartnern, darunter G, ernst genommen wird. M gelingt es, mit G einen wichtigen Beratungsvertrag abzuschließen. Als R merkt, dass M zu großzügig verhandelt hat, beruft er sich auf § 48 HGB, wonach Prokura nur vom Inhaber des Handelsgeschäfts und nur von Kaufleuten erteilt werden kann. G meint, dann müsse das Verhalten des A doch zumindest als gewöhnliche Vollmacht zählen.

Hier lässt sich nach § 140 BGB die gem. § 48 HGB unwirksame Erteilung von Prokura in die wirksame Erteilung einer „gewöhnlichen“ Vollmacht **umdeuten**.

Sinn und Zweck

§ 140 BGB bezweckt die **Unterstützung der Parteien** darin, ihre Interessen doch noch zu verwirklichen. Einmal mehr geht es um die arbeitsteilige Setzung der Inhalte eines Rechtsgeschäfts.

Bei der Umdeutung versagt die Privatautonomie, waren nämlich die **Parteien selbst nicht fähig**, ihre Interessen mittels eines gültigen Rechtsgeschäfts zu verwirklichen.

Sofern jedoch diese Interessen **erkennbar** sind und sich durch einen anderen Inhalt des Rechtsgeschäfts **verwirklichen lassen**, ordnet der Staat diesen Inhalt heteronom an. Der Staat unterstützt die Parteien damit ähnlich, wie er dies etwa auch durch dispositive Vorschriften tut.

Vertragstheoretischer Hintergrund

Die in § 140 BGB geregelte Umdeutung ist vertragstheoretisch sehr **aufschlussreich**:

- Sie bildet ein Beispiel dafür, wann Privatautonomie alles **scheitern kann**,
- sie illustriert, dass das Recht oft – entgegen den klassischen Ansichten – **Wille wie Erklärung** der Parteien bei Vertragsschluss **ignoriert**,
- um stattdessen über den Hinweis auf den „mutmaßlichen Willen“ auf die vorrangig maßgeblichen **Parteiinteressen** abzustellen,
- und diese durch **heteronome Rechtsetzung** zu verwirklichen.

Aha: Das individualistisch-liberale BGB bemüht sich in **dienender Unterordnung** unter die Parteiinteressen, diese sogar dann zu verwirklichen, wenn die Parteien selbst zu „blöd“ waren, das (privatautonom) zu tun.

VII. Drohung

1. Tatbestand

→ Siehe auch die Vertiefung zur Drohung.

Begriff

Bei einer Drohung gem. § 123 Abs. 1 Alt. 2 BGB konfrontiert der Drohende den Erklärenden mit **solchen Alternativen**, dass dieser eine Willenserklärung abgibt, bei deren Gültigkeit er sich sogar **verschlechtern würde**.

Aha: Das Verständnis der zivilrechtlichen Drohung nach § 123 Abs. 1 Alt. 2 BGB unterscheidet sich gar nicht sooo sehr von dem der im **Strafrecht** geregelten **Erpressung** nach § 253 StGB.

Tatbestand

Willenserklärung

Wie die §§ 116 ff. BGB generell erfasst auch § 123 BGB nur Willenserklärungen und damit Rechtsgeschäfte.

Aha: Auch für die Drohungsanfechtung gilt das Abstraktions- und Trennungsprinzip. Die Nichtigkeit nach § 142 Abs. 1 BGB ist also für jedes Rechtsgeschäft (Verpflichtung wie Verfügung) **gesondert zu prüfen**. Allerdings wird sich eine Drohung praktisch oft auf sämtliche Rechtsgeschäfte auswirken, insofern mag man dann von „**Fehleridentität**“ sprechen.

Drohung

Der Drohnende beeinflusst die privatautonome Entscheidung des Erklärenden so, dass dieser eine Willenserklärung abgibt, bei der wir nicht mehr davon ausgehen können, dass sie in dessen Interesse liegt. Oft spricht man hier daher von dem **Inaussichtstellen eines empfindlichen Übels**.

- Person des Drohenden

Bei der Drohung ist es – zumindest nach dem Wortlaut des § 123 BGB – **egal, wer genau droht**. Abs. 2 spricht nur von der Täuschung. Siehe dazu aber auch die Vertiefung zu Drohung.

- Drohung versus Warnung

Keine Drohung, sondern eine **bloße Warnung** ist es, wenn es auch aus Sicht des Bedrohten gar nicht in der Hand des Drohenden liegt, ob ein Übel eintritt oder nicht. Bsp.: Freund F weist darauf hin, dass wenn Schuldner S nie seine Schulden begleicht, ihm über kurz oder lang niemand mehr Geld leihen wird.

Kausalität („bestimmt worden ist“)

Der Erklärende muss zu seiner Willenserklärung durch die Drohung „bestimmt“ worden sein. Die Ankündigung des Nachteils muss also dazu führen, dass sich der Bedrohte für eine Willenserklärung entscheidet, die er ansonsten – zumindest in dieser Form und zu dieser Zeit – **nicht abgegeben hätte**.

Eine über diese bloße Kausalität hinausgehende **Mindestschwelle** (besondere Stärke, Spürbarkeit, Erheblichkeit etc) ist demgegenüber **nicht erforderlich**.

„widerrechtlich“

- **Herausforderung**

Die Drohung bereitet nicht nur Juristen von jeher **einiges Kopfzerbrechen**. Warum etwa können wir nicht nach § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB anfechten, wenn uns der Verkäufer mit dem empfindlichen Übel „bedroht“, uns die ersehnte Playstation nur dann zu geben, wenn wir ihm Geld aushändigen? Frechheit! Näher dazu bei der Vertiefung zur Drohung.

Für Klausurzwecke reicht es hier allerdings, drei **Fallgruppen einer Widerrechtlichkeit** zu unterscheiden, mit denen man sich dem Problem immerhin annähern kann:

- **Rechtswidriges Mittel**

Eine widerrechtliche Drohung liegt vor, wenn die für den Fall der Nichtabgabe der Willenserklärung **angekündigte Handlung rechtswidrig**, also von der Rechtsordnung verboten ist. Dieses Verbot kann sich nicht nur aus dem Zivilrecht, sondern auch dem Strafrecht oder generell dem öffentlichen Recht ergeben.

Bsp.: Spaziergänger S wird an einer dunklen Straßenecke von Räuber R – unterstützt von einer vorgehaltenen Pistole – mit dem großzügigen Angebot konfrontiert, diesem seine Brieftasche auszuhändigen und dafür sein Leben geschenkt zu bekommen.

- **Rechtswidriger Zweck**

Ebenfalls nach § 123 Abs. 1 Alt. 2 BGB widerrechtliche Drohung ist die **Verfolgung eines rechtlich verbotenen Zwecks**, also wenn die Rechtsordnung das vom Drohenden verfolgte Ziel missbilligt.

Bsp.: Student S ist sein Studium zu langwierig, er möchte schnell vorankommen und daher in den Drogenhandel einsteigen. Leider weigert sich sein Mieter M, den Stoff für ihn auf der Straße zu verticken. Daher kündigt S an, dann eben den Mietvertrag wegen Eigenbedarfs zu kündigen, wozu er auch berechtigt wäre.

- **Unzulässige „Mittel/Zweck-Relation“**

Selbst bei der Verfolgung rechtmäßiger Ziele mit rechtmäßigen Mitteln kann eine Drohung widerrechtlich sein. Man spricht dann von fehlender „**Mittel/Zweck-Relation**“ bzw. fehlender „**Konnexität**“.

Sachlich geht es hier vor allem um **Inhalt und Reichweite des staatlichen Gewaltmonopols**. Selbst berechtigte Ansprüche sollen nicht „irgendwie“, sondern nur auf den vom Staat dafür bereitgehaltenen Wegen durchgesetzt werden.

Bsp.: Omi O beobachtet gerne aus dem Fenster heraus, was alles so auf der Straße vor sich geht. Als sie Nachbar N dabei erwischt, wie er bei Rot über die Ampel fährt, reagiert sie geistesgegenwärtig: Erkläre sich N nicht dazu bereit, dem Tierschutzbund 100 € zu spenden, werde sie sein Rauditum strafrechtlich anzeigen.

2. Vertiefung: Rechtsfolgen, Dritte und Ausbeutung

→ Siehe auch allgemein zum Grundtatbestand einer Drohung.

Rechtsfolgen

Anfechtbarkeit gem. § 142 BGB

Die Drohung gem. § 123 Abs. 1 Alt. 2 BGB ist Anfechtungsgrund gem. § 142 Abs. 1 BGB („anfechtbares“). Damit ist das Rechtsgeschäft **von Anfang an nichtig**, sofern der Bedrohte die Anfechtung erklärt. Zudem tritt die Rechtsfolge des § 142 Abs. 2 BGB ein.

Anfechtungsfrist: § 124 BGB

Der Bedrohte hat nach § 124 BGB **ein Jahr Zeit** (vgl. Abs. 1), beginnend mit dem Ende der Zwangslage (vgl. Abs. 2 S. 1 Alt. 2), maximal jedoch 10 Jahre seit Abgabe (vgl. Abs. 3), um über seine Anfechtung zu entscheiden.

Dritte

Grundsatz: Drohung auch bei Drohung Dritter

Anders als bei der Täuschung durch Dritte, die in § 123 Abs. 2 BGB einschränkend geregelt ist, darf der Bedrohte zumindest nach dem Wortlaut des § 123 BGB auch dann anfechten, wenn ihn ein **völlig außenstehender Dritter** bedroht.

Bsp.: Die erziehungswütige Mutter M konfrontiert ihren 18jährigen Sohn S mit dem Messer, damit er im benachbarten Supermarkt 1 Kilogramm gesundes Gemüse und nicht nur Schokolade kauft.

Nothilfe

Leider führt diese klare Regelung des § 123 Abs. 1 Alt. 2 BGB nicht immer zu überzeugenden Ergebnissen. Das gilt besonders für die sogenannte **Nothilfe**:

Bsp.: Bank B gewährt ihrem Kunden K ein Darlehen in voller Kenntnis dessen, dass K damit eine Lösegeldforderung von Entführer E begleichen will.

In diesem Fall wäre es unsinnig, derartige Hilfsangebote durch eine Anfechtbarkeit zu sabotieren. Der **Bedrohte würde nur geschädigt**, nämlich in solchen Fällen keine Darlehen mehr bekommen. Während man sich über dieses Ergebnis weithin einig ist, fällt vielen die **Begründung schwer**.

Kohler, der diese Thematik früh diskutierte, führte ein **Finalitäts-erfordernis** auf Seiten des Drohenden ein. Doch mag der Erpresser im Fall von vornherein bezweckt haben, dass die Bank dem Bedrohten hilft, ohne dass dies etwas am Ergebnis ändern sollte.

Tatsächlich fehlt es hier deshalb an einer Drohung, weil der **Bedrohte ein Rechtsgeschäft tätigt, an dem inhaltlich nichts auszusetzen ist**. Bei der Drohung geht es letztlich um genau solche inhaltlichen Aspekte, auch wenn das nicht immer gesehen oder gerne zugegeben wird.

Drohung versus Ausbeutung

Abgrenzung

Schon angesichts der unterschiedlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen von § 123 Abs. 1 Alt. 2 BGB (Drohung) einerseits und § 138 BGB (Ausbeutung) andererseits gilt es, beide Vorschriften **voneinander abzugrenzen**.

Nach der Rechtsprechung etwa müssen zur Nichtigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB besondere Umstände hinzutreten, die das Geschäft nach seinem **Gesamtcharakter** sittenwidrig erscheinen lassen.

Mir erscheint es hier überzeugend und praktisch handhabbar zu fragen, ob sich die betroffene Person durch Abgabe ihrer Willenserklärung **verschlechtert** (dann Drohung) oder zwar noch verbessert, das jedoch **zu wenig** (dann Ausbeutung).

Bsp.: Ausnutzung einer Notlage

Von einer nicht zu beanstandenden Nothilfe (dazu oben) sind damit jene Fälle zu unterscheiden, in denen der Dritte die **Notlage des Bedrohten ausnutzt**, um sich zu bereichern. Hier liegt zwar keine Drohung vor, da sich der Bedrohte durch das Rechtsgeschäft zumindest marginal verbessert, wohl aber eine Ausbeutung gemäß § 138 BGB.

Bsp.: Bank B gewährt ihren Kunden K ein Darlehen in voller Kenntnis dessen, dass K damit eine Lösegeldforderung von Entführer E begleichen will. Angesichts dessen Notlage (K muss sofort handeln) verlangt sie allerdings das doppelte der marktüblichen Zinsen.

Bsp.: Retter R macht einen kleinen Waldspaziergang, als er bemerkt, wie Millionär M gerade im Morast versinkt. Großzügig bietet R an, M für eine Million die rettende Hand hinzustrecken. M willigt notgedrungen ein. Hier verbessert sich M zweifellos, vielleicht sogar stärker als R. Daher haben wir hier zwar keine Drohung gemäß § 123 Abs. 1 Alt. 2 BGB, wohl aber eine Ausbeutung nach § 138 BGB.

Typische Ansprüche bei einer Drohung

Umstritten ist, ob dem Bedrohten auch Ansprüche aus **culpa in contrahendo** gemäß §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 249 ff. BGB zustehen, und ob diese etwa auch bei einer unbeabsichtigten, fahrlässigen „Drohung“ greifen.

Die Rechtsprechung etwa bejaht dies, verlangt jedoch zusätzlich einen „Vermögensschaden“, während andere wenigstens § 124 BGB analog anwenden wollen.

Regelmäßig verwirklicht der Drohende auch **deliktische Tatbestände** gem. §§ 823 ff. BGB. So ist nach § 253 StGB eine Erpressung strafbar und damit **Schutzgesetz** (vgl. dazu Art. 2 EGBGB) gemäß § 823 Abs. 2 BGB. Regelmäßig wird auch eine **sittenwidrige, vorsätzliche Schädigung** nach § 826 BGB vorliegen.

Aha: Bei sogar strafbaren Handlungen hilft es bisweilen, **Strafanzeige** zu erstatten und so die Staatsanwaltschaft den **Sachverhalt ermitteln zu lassen**. Die so gewonnenen Erkenntnisse kann man dann auch in einem Zivilprozess verwenden.

§ 6 Stellvertretung

A. Einführung und Grundlagen

I. Tatbestand und Rechtsfolge

→ Siehe auch zum Aufbau einer Stellvertretung in der Klausur.

Grundtatbestand (§ 164 Abs. 1 S. 1 BGB)

Nach § 164 Abs. 1 S. 1 BGB wirkt eine **Willenserklärung**, die jemand (der Vertreter) innerhalb seiner **Vertretungsmacht** in **fremdem Namen** abgibt, unmittelbar für und gegen den Vertretenen.

Tatbestand

Die Vertretungswirkung des § 164 Abs. 1 S. 1 BGB verlangt dreierlei:

- eine **eigene Willenserklärung** des Vertreters,
- ein Handeln **in fremdem Namen** (sog. Offenkundigkeit) und
- eine die Vertretung deckende **Vertretungsmacht**.

Rechtsfolge

Rechtsfolge der Stellvertretung ist nach § 164 Abs. 1 S. 1 BGB, dass die Willenserklärung **unmittelbar für und gegen den Vertretenen wirkt**. Ihm wird also eine fremde Willenserklärung „zugerechnet“. Bei der Stellvertretung geht es um eine heteronome, nicht privatautonome Rechtsetzung.

II. Klausur

→ Siehe zunächst zum Grundtatbestand einer Stellvertretung.

Aufbau

Die §§ 164 ff. BGB sind **klar und subsumierbar formuliert**. Du musst Dir also relativ wenig merken.

Soweit allerdings § 164 BGB an die Willenserklärung anknüpft und in Abs. 1 und Abs. 3 nach Abgabe und Zugang unterscheidet, empfiehlt sich bei Verträgen ein **von diesem Wortlaut abweichender Aufbau**:

Zwei Schritte: Einigung und Vertretungswirkung

Für die Stellvertretung solltest Du a) zunächst „ganz normal“ den **Vertragsschluss** zwischen Vertreter und Drittem prüfen, um dann b) in einem zweiten Schritt zu fragen, ob dieser Vertrag nach § 164 Abs. 1 und 3 BGB **für und gegen den Vertretenen** wirkt.

Zweiter Schritt: Tatbestand des § 164 BGB

Zu diesem zweiten Schritt gehören dann die **üblichen Tatbestandsmerkmale** einer Stellvertretung gem. § 164 BGB: die eigene Willenserklärung des Vertreters, Vertretungsmacht und Offenkundigkeit. Nach Abgabe und Zugang musst Du hier dann nicht mehr unterscheiden.

Achtung: Wie immer gilt: In Klausuren darfst und sollst Du opportunistisch sein. Erkundige Dich also, welchen Aufbau Dein **Übungsleiter bzw. Korrektor bevorzugt**.

Musterlösung

Sachverhalt

Der im Supermarkt S angestellte L verkauft Kunde K zwei Bananen für 1 Euro. K bezahlt den Kaufpreis. Kann er von S Übergabe und Übereignung verlangen?

Musterlösung

K könnte gegen S einen Anspruch auf Übergabe und Übereignung der Bananen nach § 433 Abs. 1 S. 1 BGB haben. Das setzt voraus, dass **erstens**

L und K einen solchen Kaufvertrag geschlossen haben und **zweitens** dieser Kaufvertrag gemäß § 164 Abs. 1 und 3 BGB für und gegen S wirkt.

Kaufvertrag (Einigung zwischen L und K)

L und K haben sich über den Kauf von zwei Bananen zum Preis von einem Euro geeinigt und damit einen Kaufvertrag gem. § 433 BGB geschlossen.

Wirkung des Kaufvertrags für und gegen S

Dieser Kaufvertrag müsste gemäß § 164 Abs. 1 und 3 BGB für und gegen S wirken. Das setzt voraus, dass L eine eigene Willenserklärung abgab, er über Vertretungsmacht verfügte und in fremdem Namen handelte.

Eigene Willenserklärung des L

Ein Ladenangestellter wie L nimmt Spielräume wahr, die deutlich über die bloße Übermittlung fremder Willenserklärungen hinausgehen, wie dies bei einer Botenschaft der Fall wäre.

Damit handelte er hier als eine eigene Willenserklärung abgebender Stellvertreter. Diese Einschätzung findet auch in § 56 HGB eine gewisse Bestätigung.

„innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht“

L müsste mit Vertretungsmacht gehandelt haben, sei diese gesetzlich angeordnet oder rechtsgeschäftlich erteilt (Vollmacht). Im Fall ergibt sie sich aus § 56 HGB.

Aha: Bist Du Dir nicht sicher, ob § 56 HGB eine Vollmacht (weil an einen Arbeitsvertrag anknüpfend) oder eine gesetzliche Vertretungsmacht (weil im HGB angeordnet) ist, kannst Du das hier offenlassen. § 164 BGB genügt beides.

„in Namen des Vertretenen“

L müsste in fremdem Namen gehandelt haben. Ausdrücklich äußerte er zwar nicht, den Supermarkt zu vertreten. Entsprechend §§ 133, 157 BGB (Auslegung) ergibt sich hier allerdings aus den Umständen, dass er nicht für sich privat, sondern als Angestellter des Supermarkts, verkaufen wollte. Siehe dazu auch § 164 Abs. 1 S. 2 BGB.

Aha: Bist Du Dir nicht sicher, ob die §§ 133, 157 BGB bei der Offenkundigkeit nur analog oder direkt anwendbar sind, kannst Du ausnahmsweise zweideutig formulieren: „Entsprechend §§ 133, 157 BGB ergibt sich hier ...“ Allerdings solltest Du unbedingt § 164 Abs. 1 S. 2 BGB nennen.

Damit wirkt der zwischen L und K geschlossene Kaufvertrag für und gegen den Supermarkt. K kann von S nach § 433 Abs. 1 S. 1 BGB Übergabe und Übereignung der Bananen verlangen.

Exkurs: Alternativer Aufbau

Wie eingangs dargelegt ebenfalls vertretbar und näher am Wortlauf des § 164 BGB ist es, die Stellvertretung **jeweils** für die Abgabe des Angebots und den Zugang der Annahme zu prüfen. Also (grob):

A. Angebot des K

I. Willenserklärung (Rechtsbindungswille, essentialia)

II. Wirksamwerden

1. Abgabe

2. Zugang (§ 164 Abs. 3 BGB)

a) Eigene Willenserklärung des L

b) Vertretungsmacht (§ 56 HGB)

c) Handeln in fr. Namen (§§ 133, 157 BGB, § 164 Abs. 1 S. 2 BGB)

B. Annahme des S (§ 164 Abs. 1 BGB)

I. Eigene Willenserklärung des L

II. Vertretungsmacht (§ 56 HGB)

III. Offenkundigkeit (§§ 133, 157 BGB, § 164 Abs. 1 S. 2 BGB)

III. Trennung und Abstraktion

In Vertretung vorgenommenes Rechtsgeschäft

Allgemeine Grundsätze

§ 164 BGB erfasst Willenserklärungen und damit Rechtsgeschäfte. Wie immer ist dabei das **Abstraktions- und Trennungsprinzip** zu beachten:

Das Verpflichtungsgeschäft (z. B. ein Kaufvertrag gem. § 433 BGB) sowie sämtliche Verfügungen sind damit sorgfältig zu trennen und rechtlich voneinander unabhängig.

Du musst also die **Tatbestandsvoraussetzungen** des § 164 BGB **gesondert prüfen**, je nachdem welches dieser Rechtsgeschäfte für Dich tatbestandlich relevant ist.

Bsp.: Verkauft der Ladenangestellte dem Kunden ein Fahrrad, prüfst Du für jedes Rechtsgeschäft (also den **Kaufvertrag**, die **Übereignung** des Fahrrads sowie die **Zahlung** des Kaufpreises) getrennt und rechtlich unabhängig voneinander, ob die Voraussetzungen des § 164 BGB, darunter Vertretungsmacht etwa aus § 56 HGB, vorliegen.

Inhalt der Vertretungsmacht

Insbesondere mag die Vertretungsmacht mal nur das Verpflichtungsgeschäft und mal nur eine oder mehrere Verfügungen erfassen.

- Bei der **Vollmacht** hängt das vom Inhalt dieses empfangsbedürftigen Rechtsgeschäfts ab, das Du ggf. gemäß §§ 133, 157 BGB näher **auslegen** kannst.
- Bei einer **gesetzlichen Vertretungsmacht** solltest Du die Vorschrift genau lesen und wiederum ggf. auslegen:

Bsp.: Die §§ 49 Abs. 2, 54 Abs. 2 HGB nehmen die „**Veräußerung**“ von **Grundstücken** von der Vertretungsmacht eines Prokuristen bzw. Handlungsbevollmächtigten grundsätzlich aus. Hierunter ist nach überwiegender Ansicht auch das Verpflichtungsgeschäft zu fassen. Denn ansonsten würde der klar gewollte Ausschluss für das Verfügungsgeschäft nicht effektiv durchgesetzt.

Innenverhältnis versus Vollmacht

Trennung und Abstraktion auch hier

Zusätzlich trennt und abstrahiert das Vertretungsrecht zwischen der **Vollmacht** und dem ihr zugrunde liegenden Rechtsverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem, das man typischerweise als „**Innenverhältnis**“ bezeichnet.

Beides, nämlich rechtliches „**Können**“ im Außenverhältnis (die Vertretungsmacht) und rechtliches „**Dürfen**“ im Innenverhältnis (z. B. ein Auftrag nach §§ 662 ff. BGB) sind bei einer Stellvertretung also streng zu trennen.

Aha: Dazu musst Du Dir nichts merken, da sich das schlicht aus dem **Wortlaut** der §§ 164 ff. BGB ergibt: Vom Innenverhältnis o. Ä. ist im Tatbestand des § 164 BGB keine Rede. Diese Norm stellt allein auf die Vertretungsmacht ab.

Innenverhältnis

Regelmäßig handelt der Vertreter nicht „einfach so“, sondern gibt es dafür einen **rechtlichen Grund**. Das mag etwa ein Auftrag (§§ 662 ff. BGB), eine Geschäftsbesorgung (§ 675 BGB), eine Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB), ein Arbeitsvertrag (§§ 611 ff. BGB) oder ein Gesellschaftsvertrag (z. B. nach §§ 705 ff. BGB) sein.

Auch dieses jeweilige Innenverhältnis kann **rechtlich wichtig** werden, nämlich

- bei einer vom Dritten erkannten Überschreitung dieses rechtlichen Dürfens (sog. Missbrauch der Vertretungsmacht) oder
- für **Regressansprüche**: Überschreitet der Vertreter sein rechtliches Dürfen aus dem Innenverhältnis, ohne dass der Dritte davon wusste, greift zwar die Rechtsfolge des § 164 BGB. Doch kann sich der Vertreter aus dem Innenverhältnis, weil Schuldverhältnis gem. § 311 Abs. 1 BGB, nach § 280 Abs. 1 BGB, am Vertreter schadlos halten.
- Schließlich greifen oft Ansprüche auf **Herausgabe** (§ 667 BGB) oder **Aufwendungsersatz** (§ 670 BGB). Zu diesen gelangt man oft erst über Normen wie § 675 Abs. 1 BGB oder § 713 BGB, aber auch auftragsähnliche Nebenpflichten.

Ausnahmsweise doch Verknüpfung

Vereinzelte wird die Abstraktion zwischen Vertretungsmacht und Innenverhältnis eingeschränkt, nämlich

- in den Fällen der §§ 168 f. BGB,
- bei einem sog. Missbrauch der Vertretungsmacht
- oder in besonderen **Einzelfällen** möglicherweise über § 242 BGB, § 138 BGB oder § 139 BGB, wobei ich hier sehr zurückhaltend wäre.

B. Eigene Willenserklärung des Vertreters

I. Grundlagen

Befund

Der Stellvertreter gibt eine **eigene Willenserklärung** ab – genau darin vertritt er den Vertretenen, diese Willenserklärung wird dem Vertretenen zugerechnet. Vgl. § 164 Abs. 1 S. 1 BGB: „Eine Willenserklärung, die jemand...“

Abgrenzung

Neben der Stellvertretung gibt es **andere Varianten menschlicher Arbeitsteilung**, bei denen jedoch die unterstützte Partei selbst ihre Willenserklärung abgibt, also das Rechtsgeschäft eigens tätigt. Beispiele:

- Bote: Übermittlung einer fremden Willenserklärung
- Verhandlungsgehilfe: Unterstützung zwar bei der Verhandlungsführung, nicht jedoch der Vornahme des Rechtsgeschäfts selbst
- Makler: Vermittlung eines Vertrags, den die Parteien dann selbst schließen

- Mediation: Unterstützung der Parteien bei professionellem Verhandeln und dann ggf. bei einem eigenen Vertragsschluss

Konsequenzen

Weil es der Vertreter und nicht der Vertretene ist, der die Willenserklärung abgibt, sind auch **in seiner Person** sämtliche Anforderungen an eine Willenserklärung bzw. an ein Rechtsgeschäft zu prüfen:

§§ 116 ff. BGB („Willensmängel“ etc.)

- Für die §§ 116 ff. BGB, also etwa Irrtum, Scheingeschäft oder Drohung, ist auf den Vertreter abzustellen.
- Zu Fragen der Kenntnis bzw. des Kennenmüssens vgl. dazu den Grundsatz des § 166 Abs. 1 BGB.

Geschäftsfähigkeit (§§ 104 ff. BGB)

- Wiederum ist es der das Rechtsgeschäft tätige Vertreter, auf dessen Geschäftsfähigkeit (vgl. §§ 104 ff. BGB) es ankommt.
- Beachte aber § 165 BGB, wonach ein beschränkt Geschäftsfähiger vertreten kann. Grund ist, dass dem Minderjährigen hier nicht viel passieren kann:
 - Angesichts der Vertretungswirkung (§ 164 Abs. 1 S. 1 BGB „wirkt unmittelbar für und gegen den Vertretenen“) ist der Minderjährige vom eigenen Handeln **nicht selbst betroffen**.
 - Zudem beschränkt § 179 Abs. 3 S. 2 BGB die Gefahr seiner Haftung.

Formvorgaben

Da der Vertreter und nicht der Vertretene das Rechtsgeschäft tätigt, also die Willenserklärung abgibt, sind etwaige Formerfordernisse (vgl. § 125 BGB) wiederum **in seiner Person zu beachten**: Soll der Vertreter etwa ein Grundstück kaufen, muss er nach § 311b Abs. 1 BGB zum Notar. Das ergibt auch Sinn, da der Vertreter entscheidet und daher er es ist, der beraten und geschützt werden sollte.

§ 167 Abs. 2 BGB stellt zudem klar, dass **Formerfordernisse nur für den Vertreter** und nicht auch noch zusätzlich für den Vertretenen gelten.

Das vermeidet eine aufwändige Doppelung der mit einer Form verbundenen Anstrengungen. Eine **Ausnahme** (teleologische Reduktion) ist jedoch dort zu befürworten, wo die Bevollmächtigung den Vertretenen so bindet, als sei das formbedürftige Vertretergeschäft bereits zustande gekommen. Hierzu zählt etwa die **nicht oder nur unter Strafe wider-rufbare Vollmacht**.

II. Bote

1. Grundlagen

Begriff

Anders als ein Stellvertreter gibt der Bote keine eigene Willenserklärung ab, sondern **übermittelt eine fremde Willenserklärung**. Er ist also nur ein „menschliches Kommunikationsinstrument“. Man unterscheidet den „Erklärungsboten“ vom „Empfangsboten“.

Merkmale und Abgrenzung

Auslegungsproblem

Nach gängiger Ansicht ist die Abgrenzung von Bote und Stellvertreter aus „verständiger Sicht des Erklärungsempfängers“ (§§ 133, 157 BGB analog) vorzunehmen, also quasi eine „Auslegung“ vorzunehmen.

Bloße Übermittlung einer Willenserklärung

Abzugrenzen sind Bote und Stellvertreter anhand des Merkmals der „**Willenserklärung**“ in § 164 Abs. 1 oder 3 BGB: Während der Stellvertreter eine **eigene Willenserklärung** abgibt, übermittelt der Bote eine **fremde Willenserklärung**.

Fehlender Verhandlungsspielraum

Bildlich gesprochen ist der Bote ein „laufender Brief“, eine „menschliche Schallwelle“, „ein zweibeiniges Photon“ usw. Der Bote entscheidet damit allenfalls **über den Transport**, nicht jedoch den Inhalt der Erklärung.

Ein Stellvertreter verfügt hingegen oft über einen **eigenen Verhandlungsspielraum**.

Fehlende Möglichkeit einer Stellvertretung als Indiz

Für die Abgrenzung von Bote und Stellvertreter hilft oft die Frage, ob eine **Stellvertretung überhaupt möglich wäre**: Schickt etwa die Mutter ihr 6jähriges Kind mitsamt 5 Euro zum Bäcker, um Brötchen zu holen, scheitert eine Stellvertretung, da das Kind (trotz § 165 BGB, weil unter 7 Jahren) keine wirksame eigene Willenserklärung abgeben kann. Das und der fehlende Verhandlungsspielraum sprechen hier dafür, dass das Kind lediglich Bote sein soll. Denn auch ein nach § 104 Nr. 1 BGB Geschäftsunfähiger kann Bote sein, da die Übermittlung einer Willenserklärung ein rein tatsächliches Handeln ist.

Ebenso mag eine **fehlende Vertretungsmacht** für Botenschaft sprechen, während vorhandene Vertretungsmacht umgekehrt nicht Botenschaft ausschließt.

Sonstige Indizien

Ein Handeln in **fremdem Namen** spricht ebenso für eine Stellvertretung wie das Erteilen einer „**Vollmacht**“ oder wenn die Parteien von einer „**Vertretung**“ bzw. einem „**Stellvertreter**“ sprechen. Beachte dabei aber, dass aus Sicht des Erklärungsempfängers zu entscheiden ist.

Keine Wissenszurechnung nach § 166 BGB

Da der Bote kein Stellvertreter ist, greift auch **nicht** die Zurechnungsnorm des § 166 BGB. Vielmehr kommt es für Kenntnisse, Kennenmüssen, Willensmängel etc. auf diejenige Person an, die den Boten einsetzt und alle wichtigen **Entscheidungen selbst trifft**, nämlich den Boten lediglich als Kommunikationsinstrument einsetzt.

2. Erklärungsbote

Begriff

Erklärungsbote ist, wen **der Erklärende** zur Übermittlung seiner Willenserklärung und damit als Bote (nicht Stellvertreter) einsetzt. **Übermittlungsfehler** berechtigen nach § 120 BGB zur Anfechtung.

Beispiele

Erklärungsbote ist, wen **der Erklärende** zur Übermittlung seiner Willenserklärung und damit als Bote (nicht Stellvertreter) einsetzt. **Übermittlungsfehler** berechtigen nach § 120 BGB zur Anfechtung.

Erklärungsbote mag eine zur Übermittlung eingesetzte **Privatperson** (Freund, Familienmitglied etc.) oder auch ein **Transport-** (z. B. Post, Paketdienst) oder **Telekommunikationsunternehmen** (z. B. Mobilfunkanbieter) sein.

Rechtliche Konsequenzen

§ 120 BGB bei falscher Übermittlung

Übermittelt der Erklärungsbote die Willenserklärung **unrichtig** (Bsp.: der Bote verhört sich und übermittelt „kaufen“ statt „verkaufen“), kann der Erklärende das Rechtsgeschäft nach § 120 BGB wegen Übermittlungsfehlers anfechten, so dass es nach § 142 Abs. 1 BGB nichtig ist.

Aushändigung als Abgabe, nicht Zugang

In der Aushändigung z. B. eines Briefs an den **Erklärungsboten** – zum Empfangsboten siehe gleich – liegt zwar regelmäßig eine Abgabe der Willenserklärung, nicht jedoch bereits deren Zugang. Dafür kann der Erklärende, solange der Erklärungsbote noch unterwegs ist, seine Willenserklärung nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB widerrufen.

3. Empfangsbote

Begriff

Empfangsbote ist, wer **auf Seiten des Empfängers** eine Willenserklärung als dafür **zuständige Person** entgegennimmt und damit als Bote (nicht als Stellvertreter, dazu § 164 Abs. 3 BGB) agiert. Gängige (Schul-) Beispiele sind Diener, Sekretärinnen oder Ehepartner, die einen Brief oder eine mündliche Erklärung entgegennehmen.

Rechtliche Konsequenzen

Übermittlung als Zugang

Wird eine empfangsbedürftige Willenserklärung an einen Empfangsboten übergeben, geht sie bereits **mit Übermittlung an den Empfangsboten** dem Adressaten zu, ohne dass es – mangels Stellvertretung gemäß § 164 Abs. 3 BGB – einer Vertretungsmacht oder Offenkundigkeit bedürfte. Der Empfangsbote erweitert gewissermaßen den für den Zugang maßgeblichen „Machtbereich des Empfängers“. Der **Zeitpunkt des Zugangs** richtet sich wie sonst auch danach, wann zu erwarten ist, dass der Adressat die Willenserklärung zur Kenntnis nimmt.

Verlust geht zu Lasten des Empfängers

Verliert der Empfangsbote einen ihm ausgehändigten Brief, geht dies **zu Lasten des Empfängers**, da der Zugang bereits erfolgte.

Kein Widerruf nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB

Angesichts dieses Zugangs ist dann auch kein Widerruf nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB mehr möglich, da der Widerruf dann **nicht mehr „vorher oder gleichzeitig“** erfolgt.

Keine Anfechtung nach § 120 BGB, ...

Übermittelt ein Empfangsbote dem Adressaten die Willenserklärung falsch (Bsp.: Der Empfangsbote verhört sich und berichtet dem Adressaten „kaufen“ statt „verkaufen“.), ist dies **kein Übermittlungsfehler** i. S. d. § 120 BGB. Denn „unrichtig ermittelt“ bezieht sich auf das Wirksamwerden und damit den Zugang der Willenserklärung. In den Machtbereich des Empfängers gelangt die Willenserklärung jedoch bereits durch die

Aushändigung an den Empfangsboten, und dort stimmen objektiver Erklärungsinhalt und subjektiv Gewolltes überein. Der Erklärende benötigt keinen Schutz, da seine Willenserklärung wie von ihm gewollt wirksam wurde. Der Übermittlungsfehler passierte erst danach.

... ggf. aber Inhaltsirrtum bei darauffolgender Annahme

Sofern der Adressat dann allerdings auf ein dermaßen falsch übermitteltes Angebot mit „Ja“, „einverstanden“ o. Ä. antwortet, unterliegt er einem Inhaltsirrtum nach § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB, da sein Erklärungsgegner dieses „Ja“ aus objektiver Sicht (§§ 133, 157 BGB) anders als von ihm gewollt verstehen wird und darf.

Abgrenzung

Stellvertreter

Als Bote nimmt der Empfangsbote keine Willenserklärung **in Stellvertretung** nach § 164 Abs. 3 BGB entgegen, sondern übermittelt (transportiert) diese lediglich an den Adressaten.

Erklärungsbote

Während der Erklärende frei darin ist, welcher Person er als Erklärungsbote die Übermittlung seiner Willenserklärung anvertraut, kann Empfangsbote nur sein, wer **für solche Empfangnahmen zuständig** ist. Wird eine **ungeeignete Person** ausgewählt, für deren richtige Übermittlung der Adressat nicht eintreten sollte, ist sie stattdessen als Erklärungsbote anzusehen. Sachlich geht es hier um einen Kompromiss zwischen der **Zuverlässigkeit und Steuerbarkeit** der Kommunikation durch den Adressaten und andererseits deren **Unkompliziertheit**.

Bsp.: Überreicht der Vermieter ein Kündigungsschreiben dem **3-jährigen Kind** seines Mieters, sollte es nicht bereits dadurch dem Mieter zugegangen sein, sondern der Vermieter das Risiko des Verlusts oder einer Verzögerung tragen. Denn Kleinkinder sind für eine solche Übermittlung ungeeignet. Auch eine Putzfrau ist **nur Erklärungs-, nicht Empfangsbotin**, wenn ihr ein Brief übergeben wird. Demgegenüber profitiert auch der Adressat, wenn Briefe nicht nur ihm persönlich, sondern etwa auch einem Sekretär, überbracht werden können.

III. Verhandlungsgehilfe

Begriff

Ein Verhandlungsgehilfe **unterstützt eine Partei bei Vertragsverhandlungen** und mag dabei zunächst sogar alleine auftreten. Doch überlässt sie den **Vertragsschluss der Vertragspartei selbst**, so dass hier keine Stellvertretung nach § 164 BGB vorliegt.

Ähnliche Interessenlage, abweichende rechtliche Einordnung

Von der **faktischen Tätigkeit** (Umfang der Unterstützung) und **Interessenlage** her sind die Unterschiede zwischen Verhandlungsgehilfe und Stellvertreter oft gering. Dennoch gelten die §§ 164 ff. BGB nur für die Stellvertretung, weshalb sich **allenfalls funktional ähnliche Rechtsfolgen** erzielen lassen.

Zurechnungen

Wegen der oft vergleichbaren Interessenlage sollte man sich bei der Anwendung einzelner Normen fragen, ob das **Verhalten des Verhandlungsgehilfen** nicht doch – auf anderem Weg als über die §§ 164 ff. BGB – dem **Hintermann zurechenbar** ist. Teils stellt schon das geltende Recht hierfür Instrumente bereit.

Kein „Dritter“ i. S. d. § 123 Abs. 2 BGB bei Täuschung

Täuscht der Verhandlungsgehilfe, kann die Gegenseite nach § 123 Abs. 1 BGB wegen arglistiger Täuschung anfechten, der Verhandlungsgehilfe ist **nicht „Dritter“** i. S. d. § 123 Abs. 2 BGB.

Erfüllungsgehilfe

Der Verhandlungsgehilfe ist Erfüllungsgehilfe gemäß § 278 BGB. Handelt er dabei schuldhaft, hat der Dritte gegen den Hintermann einen **Schadensersatzanspruch** aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen nach §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 249 ff. BGB.

Eigenhaftung nach § 311 Abs. 3 BGB?

Eine Eigenhaftung des Verhandlungsgehilfen aus § 311 Abs. 3 BGB kommt demgegenüber selten in Betracht, da er **selbst kein Rechtsgeschäft anstrebt**, sondern nur unterstützend tätig wird.

Wissenszurechnung?

Auch eine Wissenszurechnung ist meistens schwer zu begründen, da etwa § 166 BGB (wie generell die §§ 164 ff. BGB) nur für die Stellvertretung gilt und diese Vorschriften nicht analog auf den Verhandlungsgehilfen angewandt werden.

C. Vertretungsmacht

I. Grundlagen

1. Begriff und Ausblick

Begriff

Eine Stellvertretung nach § 164 BGB verlangt Vertretungsmacht als die **Kompetenz (das rechtliche Können)**, eine fremde Partei zu berechtigen oder zu verpflichten.

Sie kann **gesetzlich** angeordnet sein (gesetzliche Vertretungsmacht) oder durch **einseitiges Rechtsgeschäft** (sog. Vollmacht, vgl. §§ 167 ff. BGB) erteilt werden.

Sinn und Zweck

Das Erfordernis einer Vertretungsmacht sichert die **Interessen des Vertretenen**: Bei einer Vollmacht kann er selbst, nämlich durch dieses einseitige Rechtsgeschäft, steuern, ob und inwieweit ihn jemand vertreten kann.

Bei einer gesetzlichen Vertretungsmacht bemüht sich die Rechtsordnung um eine möglichst interessengerechte Ausgestaltung – etwa wenn ein Kind nach §§ 1629 Abs. 1, 1626 Abs. 1 BGB durch seine Eltern vertreten wird.

Ausblick

- **Tatbestandsmerkmal der Stellvertretung:** Die Vertretungsmacht ist neben „eigene Willenserklärung“ und „in fremdem Namen“ ein Tatbestandsmerkmal der Stellvertretung gem. § 164 BGB.
- **Einschränkungen**
 - **Insichgeschäft:** Ausdrücklich begrenzt das Recht die Vertretungsmacht nach § 181 BGB für den Fall eines Insichgeschäfts.
 - **Missbrauch:** Überschreitet der Vertreter mit seinem Können ein rechtliches Dürfen und weiß der Dritte davon, greifen die Grundsätze des Missbrauchs der Vertretungsmacht.
- **Erweiterungen:** Daneben kennt das Recht besondere, geschriebene (§§ 171 ff. BGB) wie ungeschriebene (sog. Duldungs- und Anscheinsvollmacht) Formen der Vertretungsmacht.
- **Trennung und Abstraktion:** Wie bei allen Rechtsfragen achte auch bei der Stellvertretung auf das Abstraktions- und Trennungsprinzip.
- **Fehlende Vertretungsmacht:** Handelt der Vertreter ohne Vertretungsmacht, kann der Vertretene das dann schwebende Rechtsgeschäft nachträglich genehmigen, vgl. §§ 177 f. BGB. Tut er das nicht, greift die Haftung nach § 179 BGB.
- **Anfechtung einer Innenvollmacht:** Siehe dazu die Musterlösung und deren Erläuterungen.

2. Gesetzliche Vertretungsmacht

Beispiele

Vertretungsmacht im Sinne der §§ 164 ff. BGB kann sich aus Gesetz ergeben. Wichtige **Beispiele** sind:

- §§ 1629 Abs. 1, 1626 Abs. 1 BGB: Vertretung der Kinder durch die Eltern
- § 56 HGB: Vertretungsmacht des Angestellten in einem Laden oder offenen Warenlager zu gewöhnlichen Verkäufen und Empfangnahmen
- § 125 HGB: Vertretung der OGH durch die Gesellschafter
- §§ 161 Abs. 2, 125, 164 HGB: Vertretung der KG durch die Gesellschafter (nicht Kommanditisten)
- § 35 GmbHG: Vertretung der GmbH durch die Geschäftsführer
- § 78 AktG: Vertretung der Aktiengesellschaft durch den Vorstand

Gesetzlich ausgestaltete Vollmachten

Bisweilen wird eine rechtsgeschäftlich erteilte Vertretungsmacht „lediglich“ gesetzlich näher ausgestaltet, näher dazu gleich bei der Vollmacht.

3. Vollmacht

Begriff

Vollmacht heißt die durch einseitiges **Rechtsgeschäft** erteilte Vertretungsmacht, vgl. die Legaldefinition des § 166 Abs. 2 S. 1 BGB. Sie ist grundsätzlich formfrei und kann nach § 167 Abs. 1 BGB sowohl dem Vertreter als auch dem Dritten gegenüber erklärt werden.

Vollmacht als Rechtsgeschäft

Legaldefinition

Nach der Legaldefinition des § 166 Abs. 2 S. 1 BGB ist „Vollmacht“ begrifflich allein für die rechtsgeschäftlich erteilte Vertretungsmacht reserviert. Sie ist ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft.

Achtung: Achte in einer Klausur darauf, den Begriff einer Vollmacht **nicht zu verwenden**, wenn es um eine gesetzliche Vertretungsmacht geht.

Anwendbarkeit der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre

Damit unterliegt die Vollmacht **sämtlichen Vorgaben** der §§ 104 ff. BGB. Sie ist insbesondere auch anfechtbar. Beachte aber die Besonderheiten der Anfechtung einer Innenvollmacht.

Abstraktions- und Trennungsprinzip

Auch für die Vollmacht gilt das Abstraktions- und Trennungsprinzip: Sie kann etwa wirksam sein, selbst wenn das ihr zugrunde liegende Rechtsgeschäft (z. B. ein Auftrag gem. §§ 662 ff. BGB oder ein Arbeitsverhältnis gem. §§ 611 ff. BGB) unwirksam ist.

Innen- versus Außenvollmacht, Widerruf

Die Vollmacht kann nach § 167 Abs. 1 BGB sowohl dem Vertreter (sog. **Innenvollmacht**) als auch dem Dritten (sog. **Außenvollmacht**) gegenüber erteilt werden. Danach richtet sich gemäß § 168 BGB dann auch deren Widerruf und nach § 170 BGB deren Wirksamkeit dem Dritten gegenüber. Zur nach außen hin kundgemachten Innenvollmacht siehe die §§ 171 ff. BGB.

Formfreiheit

Wie Rechtsgeschäfte generell (vgl. § 125 BGB) ist auch die Vollmacht **grundsätzlich formfrei**. Nach § 167 Abs. 2 BGB gilt das grundsätzlich **selbst dann**, wenn das mit ihr getätigte Rechtsgeschäft **seinerseits formbedürftig** ist. Das ist auch interessengerecht, da der Vertreter eine eigene Willenserklärung (dort auch zu engen Ausnahmen) abgibt.

Gesetzliche Ausgestaltung

Bisweilen wird eine Vollmacht gesetzlich näher ausgestaltet. Wichtige Beispiele bilden die

- Prokura (§§ 48 ff. HGB) und die
- Handlungsvollmacht (§§ 54 f. HGB).

Achtung: Zwar sind die hier genannten Vollmachten im HGB geregelt. Sie könnten Dir aber u. U. schon in einer Anfängerklausur begegnen.

4. Anfechtung einer Innenvollmacht

a) Fall

Sachverhalt

Klaus (K) kennt sich mit Autos nicht so gut aus, möchte aber gerne einen Gebrauchtwagen erwerben. Er bittet daher seinen Freund und Bastler Marco (M) per E-Mail, ihm „etwas Gescheites für maximal 4.000 €“ zu kaufen. Denkt er! Tatsächlich vertippt sich K und schreibt „14.000 €“. Als sich Händler H an ihn wendet, um für einen schicken Golf, den M von H für K gekauft hatte, 13.400 € zu erhalten, bemerkt K entsetzt sein Missgeschick und erläutert H, warum er den Wagen nicht bezahlen könne. Zu Recht? Und erhält H dann wenigstens irgendeinen Ausgleich?

Musterlösung

A. Anspruch H gegen K, 13.400 €, § 433 Abs. 2 BGB

H könnte gegen K einen Anspruch auf Zahlung von 13.400 € aus § 433 Abs. 2 BGB haben (Zug um Zug gegen Herausgabe des Wagens, vgl. §§ 320, 322 BGB). Da hier nicht K selbst, sondern für ihn M auftrat, setzt das voraus, dass sich M und H auf einen entsprechenden Kaufvertrag geeinigt haben und dieser nach § 164 BGB für und gegen K wirkt.

I. Einigung zwischen M und H

M und H haben sich auf den Kauf des VW-Golfs für 13.400 € geeinigt, also einen entsprechenden Kaufvertrag (§ 433 BGB) geschlossen.

II. Wirkung für und gegen K nach § 164 Abs. 1 und 3 BGB

Diese Einigung von M und H müsste gemäß § 164 Abs. 1 und 3 BGB für und gegen K wirken. Das setzt voraus, dass M eine eigene Willenserklärung abgab, in fremdem Namen auftrat und mit Vertretungsmacht handelte.

1. Eigene Willenserklärung des M

M müsste eine eigene Willenserklärung abgegeben haben. Dafür, dass er dies tat und nicht nur lediglich als Bote eine fremde Willenserklärung des K übermittelt, sprechen insbesondere sein großer Spielraum (Preis, Kaufgegenstand und Vertragspartner wählt M aus) und die geringe Fachkenntnis des K.

2. In fremden Namen

M hat den Wagen von H „für K“ gekauft, also in fremdem Namen gehandelt.

3. Vertretungsmacht

a) Erteilung von Vollmacht

M müsste mit Vertretungsmacht gehandelt haben. Hier bat K den M, für ihn „etwas Gescheites für maximal 14.000 €“ zu besorgen. Dieses Verhalten ist aus verständiger Sicht des Empfängers nach §§ 133, 157 BGB so auszulegen, dass K dem M Vollmacht gemäß § 167 BGB zum Kauf eines Gebrauchtwagens bis maximal 14.000 € erteilte. Ein solches einseitiges Rechtsgeschäft (mit empfangsbedürftiger Willenserklärung) ist zumindest der objektive Erklärungsinhalt.

b) Nichtigkeit gemäß § 142 Abs. 1 BGB

Diese Vollmachtserteilung könnte jedoch nach § 142 Abs. 1 BGB nichtig sein, wenn es sich hierbei um ein Rechtsgeschäft handelt, ein Anfechtungsgrund vorliegt und K die Anfechtung erklärt hätte.

aa) Rechtsgeschäft

Die Vollmacht ist ein Rechtsgeschäft, vgl. § 167 BGB.

bb) Anfechtungsgrund („anfechtbares“)

Möglicherweise kann K nach § 119 Abs. 1 Alt. 2 BGB anfechten. Das setzt voraus, dass er „eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte“, also einem Erklärungsirrtum unterlag. Hier verschrieb sich K,

wollte nämlich „4.000 €“ und nicht „14.000 €“ als Grenze festlegen. Damit kann er grundsätzlich anfechten. Auf die Frage, inwieweit die hier vorliegende Anfechtung einer Innenvollmacht Ausnahmen von §§ 119, 142 ff. BGB erfordern, wird noch einzugehen sein.

cc) Anfechtungserklärung („angefochten“)

Nach § 142 Abs. 1 BGB muss die Anfechtung erklärt werden („angefochten“). Diese Anfechtung ist ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. Da K dem H sein Missgeschick erläutert, ergibt die Auslegung getreu §§ 133, 157 BGB, dass K nicht an seiner Vollmacht festhalten möchte. Für eine wirksame Anfechtungserklärung ist es nicht erforderlich, etwa das Wort „Anfechtung“ zu bemühen oder gar rechtliche Vorschriften zu zitieren.

Allerdings hat die Anfechtung gemäß § 143 Abs. 1 BGB gegenüber dem Anfechtungsgegner zu erfolgen. Nach § 143 Abs. 3 BGB wiederum ist hier M der Anfechtungsgegner, da K ihm gegenüber das hier zur Rede stehende Rechtsgeschäft, nämlich die Vollmachtserteilung, getätigt hat. Nach diesem Wortlaut hat K also mit H die falsche Person über sein Missverständnis informiert, so dass er die Anfechtung gegenüber M zumindest – sofern dann noch unverzüglich, vgl. § 121 Abs. 1 BGB – nachholen müsste.

dd) Besonderheiten einer Anfechtung der Innenvollmacht

Möglicherweise ist jedoch für die hier zu beurteilende Situation der Anfechtung einer Innenvollmacht eine Ausnahme von den §§ 142 f. BGB zu machen. Denn wenngleich es um die Vollmachtserteilung an M geht, ist es wegen der Vertretungswirkung des § 164 BGB tatsächlich H, den die rechtlichen wie wirtschaftlichen Konsequenzen der Anfechtung treffen. Auf diese spezielle Konstellation sind die §§ 142 f. BGB nicht zugeschnitten. Das rechtfertigt es, hier angesichts der vom Normalfall abweichenden Interessenlage Anpassungen vorzunehmen.

Zum einen ließe sich erwägen, in solchen Fällen eine Anfechtung vollends zu versagen. Dafür mag der damit verbundene Schutz des Dritten (hier H) sowie die so gewonnene Rechtssicherheit sprechen. Andererseits drücken die §§ 118 ff. BGB erkennbar das Anliegen aus, dass wer etwa wie hier einem Erklärungsirrtum unterliegt, nicht endgültig an von ihm ungewollte Vertragsinhalte gebunden werden soll. Die vom Irrtum nichts

ahnende Gegenseite soll lediglich nach § 122 BGB das negative Interesse erhalten. Das legt es nahe, eine Anfechtung zuzulassen.

Wohl aber lässt sich fragen, ob § 143 Abs. 3 BGB bei der Anfechtung einer Innenvollmacht sachgerecht ist oder nicht für die Person des Anfechtungsgegners eine Sonderregelung zu treffen ist. Da hier wegen des § 164 BGB gar nicht der Vertreter, sondern der Dritte (hier H) rechtlich betroffen ist, sollte auch dieser (in Form der Anfechtungserklärung) vom Missgeschick des Irrenden und damit auch von der Nichtigkeit der Vollmacht erfahren. Deshalb hat K die Anfechtung der M erteilten Vollmacht gegenüber der richtigen Person (H) erklärt, so dass M gemäß § 142 Abs. 1 BGB von Anfang an ohne wirksame Vollmacht handelte, seine Einigung mit H nicht nach § 164 BGB für und gegen K wirkte und damit H nicht von K Zahlung von 14.000 € (Zug um Zug gegen Übergabe des Autos) verlangen kann.

B. Anspruch H gegen K, negatives Interesse, § 122 Abs. 1 BGB

H könnte gegen K einen Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses nach § 122 Abs. 1 BGB haben.

I. Fall der §§ 118 ff. BGB

Das setzt zunächst voraus, dass eine Willenserklärung nach § 118 BGB nichtig oder nach §§ 119 f. BGB angefochten ist. Hier hat K die von ihm erteilte Vollmacht nach § 119 Abs. 1 Alt. 2 BGB wegen Erklärungsirrtums angefochten.

II. H als Anspruchsinhaber

Weiterhin müsste es H sein, der von K Schadensersatz verlangen kann, also Anspruchsinhaber ist (sog. Aktivlegitimation). Da die hier angefochtene Vollmacht ein empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft ist, kann nach § 122 Abs. 1 BGB der Erklärungsgegner (der Vollmacht) Schadensersatz verlangen. Damit wäre es aber M und nicht H, der einen Anspruch geltend machen kann.

Wiederum ist jedoch zu beachten, dass die gesetzliche Regelung – hier jetzt des § 122 BGB – nicht auf die spezielle Konstellation der Anfechtung einer Innenvollmacht zugeschnitten ist. Dort ist es wegen der Vertretungswirkung nach § 164 BGB eine andere Person als der Anfechtungsgegner, den die rechtlichen wie wirtschaftlichen Folgen der Anfechtung treffen. Daher ist es hier sachgerecht, den Anspruch aus § 122

BGB dem Dritten – im Fall also H – zuzusprechen. Denn es ist H, der im Glauben an die Wirksamkeit des Kaufvertrags solche Aufwendungen tätigt, die § 122 BGB seiner Rechtsfolge nach typischerweise erfassen will.

Zwar ließe sich daran denken, hier nach den Grundsätzen der Drittschadensliquidation vorzugehen, so dass M mit dem ihm wortlautgetreu zustehenden Anspruch aus § 122 BGB einen fremden Schaden (nämlich den des H) „liquidiert“, um diesen Anspruch dann an H abzutreten. Doch scheint das unnötig kompliziert.

III. Negatives Interesse

§ 122 Abs. 1 BGB spricht das sogenannte negative Interesse (begrenzt durch das positive Interesse) zu. Danach ist H so zu stellen, wie er stünde, hätte er von Anfang an von der Unwirksamkeit der Vollmacht (und damit des Kaufvertrags) gewusst.

b) Hinweise

Nachfolgend einige Erläuterungen der Musterlösung zur Anfechtung einer Innenvollmacht. Siehe auch die allgemeinen Hinweise zur Anfertigung einer Klausur.

Stellvertretung statt Botenschaft

Sachverhalt „ausschlachten“

Verwerfe **alle relevanten Informationen** (Tatsächliches wie Argumente), die der Sachverhalt liefert. Hier sind das etwa die geringen Fachkenntnisse des K sowie der große Spielraum des M, was klar für eine Stellvertretung und gegen eine Botenschaft spricht.

Klausurtaktisch denken

Sofern Du erkennst, dass der Sachverhalt mit der sog. Anfechtung einer Innenvollmacht ein viel diskutiertes Problem schildert, bestärkt Dich das dann natürlich darin, hier eine **Stellvertretung anzunehmen**.

Aufbau einer Stellvertretung

Zum hier empfehlenswerten Aufbau siehe die Stellvertretung in der Klausur: Bei einem Vertrag ist es nahezu immer empfehlenswert,

zunächst die Einigung zwischen Vertreter und Drittem zu prüfen, um dann zu fragen, ob diese gem. § 164 Abs. 1 und 3 BGB **für und gegen den Vertretenen wirkt**.

Anfechtung Innenvollmacht

Wo das Problem einer Anfechtbarkeit erörtern?

Oft stellt sich die Frage, **wo genau** in seiner Falllösung man ein rechtliches Problem diskutiert. Das Problem der Anfechtung einer Innenvollmacht stellt sich je nach vertretener Ansicht schon beim Ob einer Anfechtbarkeit oder erst bei der Frage des Anfechtungsgegners.

Hier empfiehlt es sich, das Problem einheitlich dort zu diskutieren, wo es **am besten zur selbst vertretenen Ansicht passt**. Gleichzeitig solltest Du jedoch den Leser schon an der ersten Stelle, bei der sich das Problem stellen mag, kurz auf die noch folgende Erörterung hinweisen.

Wurde bereits angefochten?

In Irrtumsfällen stellt sich oft das Problem, dass die Anfechtungserklärung noch nicht oder nicht korrekt oder nicht gegenüber der richtigen Person erfolgte. Sofern das **noch nachholbar ist** (nämlich noch unverzüglich gemäß § 121 BGB wäre oder die Jahresfrist des § 124 BGB noch nicht abgelaufen ist), solltest Du auf diese Möglichkeit **hinweisen** und dann ggf. unter der Annahme einer erfolgten Anfechtung weiterprüfen. Frage Dich auch hier nach dem „roten Faden“ der Klausur.

Gutachten- versus Urteilsstil

Nichtigkeit der Vollmacht nach § 142 Abs. 1 BGB

§ 142 Abs. 1 BGB wird in diesem Musterfall „arg schulmäßig“ im Gutachtenstil geprüft. In der Klausur darf das ggf. auch etwas knapper ausfallen.

„Ermüdungserscheinungen“

Bei der Prüfung des § 122 Abs. 1 BGB verzichtet die Lösung auf einen schulmäßigen Gutachtenstil mit „Dies setzt voraus, dass...“ Derartige **Ermüdungserscheinungen** werden Dir erfahrungsgemäß im späteren Verlauf Deiner Lösung eher verziehen, wenn Du anfangs demonstriert hast, dass Du den Gutachtenstil beherrschst und je nach Bedarf zwischen

Urteils- und Gutachtenstil zu wechseln weißt. Idealerweise schaffst Du es natürlich, das einheitlich zu handhaben.

§ 122 BGB

Problemen nicht ausweichen

Zwar nennt der Sachverhalt keine konkreten Schadensposten, doch soll hier ersichtlich § 122 BGB geprüft werden. Versuche nicht, Problemen aus dem Weg zu gehen, zu denen der Klausurensteller mit seiner Fallfrage **ersichtlich etwas hören will**. Schreibe also nicht einfach, dass es sich „mangels eines ersichtlichen Schadens erübrigt, Schadensersatzansprüche zu prüfen“. Denke daran, dass am Ende immer der Korrektor „gewinnt“.

§ 122 BGB oder § 122 Abs. 1 BGB?

Ob Du hier als Anspruchsgrundlage § 122 BGB oder § 122 Abs. 1 zitierst, erscheint gleichermaßen vertretbar. Rechtstechnisch ist § 122 Abs. 2 BGB eine Einwendung gegen § 122 Abs. 1 BGB. Daher mag man diese zusammen mit Abs. 1 oder eben nur § 122 Abs. 1 BGB zitieren wollen.

Sonstiges

Zug um Zug

Beim Kaufvertrag sind Kaufgegenstand und Kaufpreis „**Zug um Zug**“ auszutauschen, vgl. §§ 320, 322 BGB. Sofern eine Seite bereits vorgeleistet hat oder vorleisten muss (vgl. etwa beim Werkvertrag § 641 BGB), verhält es sich anders. Darauf solltest Du idealerweise zwar eingehen, das aber kurz.

Drittschadensliquidation?

Die Erwähnung einer Drittschadensliquidation ist erst etwas für Fortgeschrittene. Und selbst dann gilt, dass solche „Kür“ beim Korrektor immer erst dann „gut rüberkommt“, wenn die „Pflicht“ sitzt, also bei der standardmäßigen Prüfung **keine groben Schnitzer erfolgen**. Selbst mit einer „lediglich“ schulmäßigen Lösung kannst Du bis ins Examen hinein sehr schöne Noten erzielen.

„Ergebnis“ als Gliederungspunkt?

Wie generell bei Klausuren entschlackt es eine Gliederung oft merklich, wenn bloße Ergebnisse am Ende der letzten echten Erörterungen angeführt werden, anstatt die Gliederungspunkte „ee) Ergebnis“, „c) Ergebnis“, „4. Ergebnis“, „III. Ergebnis“ einzufügen. Falsch wäre das allerdings nicht.

II. Vertretung ohne Vertretungsmacht

1. Vertragsschluss (schwebende Unwirksamkeit)

Schwebende Unwirksamkeit

Schließt jemand als Vertreter ohne Vertretungsmacht einen Vertrag ab, so hängt dessen Wirksamkeit nach § 177 Abs. 1 BGB von der Genehmigung des Vertretenen ab („**schwebend unwirksam**“). Scheitert diese, haftet der Vertreter nach § 179 BGB.

Normzweck

Spontane Vertretung; Irrtumskonstellationen

Die §§ 177 ff. BGB erlauben unter anderem eine **spontane Vertretung** ohne bereits zustehende Vertretungsmacht. Damit eröffnet das BGB den Parteien zusätzliche Möglichkeiten, da sich nicht jede Vertretung vorab planen lässt.

Bsp.: Susi findet beim Trödeln auf dem Flohmarkt eine antike Keksdose, die ihre Freundin Claudia sicher gerne hätte. Obwohl sie Claudia gerade nicht erreichen kann, kauft sie die Dose „für meine Freundin Claudia“.

Daneben mag die Vertretungsmacht **irrtümlich fehlen** und es im Interesse des Vertretenen liegen, die Vertretung nachträglich zu genehmigen. So kann er nicht nur eine ihm vorteilhafte Vertretung „retten“, sondern auch den Vertreter vor einer Haftung nach § 179 BGB bewahren.

Herausforderung

Das BGB steht hier einmal mehr vor der Herausforderung, sämtliche Interessen – einschließlich der des Dritten – zu unterstützen. Die §§ 177 ff. BGB versuchen daher einerseits, ein nachträgliches „Retten“ der Stellvertretung **zu ermöglichen**. Andererseits sollen sie die damit drohende **Rechtsunsicherheit minimieren** und drittens das **Risiko eines Scheiterns** der Stellvertretung interessengerecht zwischen Vertreter, Vertretenem und Dritten aufteilen.

Rechtliche Umsetzung

Das BGB trifft in den §§ 177 ff. BGB folgenden Kompromiss zwischen Flexibilität und Rechtsunsicherheit: Einerseits ist das ohne Vertretungsmacht geschlossene Rechtsgeschäft nur **schwebend unwirksam**, kann also genehmigt werden. Andererseits kann der Dritte nach § 177 Abs. 2 BGB die **Unsicherheit beseitigen** und nach § 178 BGB bis zur Genehmigung den Vertragsschluss widerrufen. Einseitige Rechtsgeschäfte unterliegen nach § 180 BGB nochmals strengeren Regeln.

Achtung: Für einseitige Rechtsgeschäfte gilt nicht § 177 BGB, sondern § 180 BGB!

Aha: Die §§ 177 f., 180 BGB sollten Dir bekannt vorkommen, nämlich von den §§ 108 f., 111 BGB zur Minderjährigkeit her. Der Konflikt zwischen Rechtssicherheit und Spontanität tritt also oft auf. → Je mehr Du solche Parallelen siehst und verstehst, desto leichter fällt Dir Recht.

Klausur

Rechtstechnisch bildet § 177 Abs. 1 BGB (wie § 108 BGB bei der Minderjährigkeit) eine Einwendung gegen die Wirksamkeit des Vertrags. Praktisch wirst Du in einer Klausur allerdings oft schon bei Prüfung des § 164 BGB im Rahmen der Vertretungsmacht feststellen, dass diese fehlt und der Vertrag daher schwebend unwirksam ist. Dann fragt sich, **wie hier aufzubauen ist**.

Entweder prüfst Du hier beim Tatbestandsmerkmal der Vertretungsmacht (innerhalb des § 164 BGB) gleich weiter und erörterst etwa eine Genehmigung. **Oder** Du stellst zunächst lediglich fest, dass die Vertretungsmacht derzeit fehlt. Das sieht dann wie folgt (vgl. auch allgemein zum Aufbau bei der Stellvertretung) aus: I. Einigung zwischen

Vertreter und Drittem II. Wirkung dieser Einigung für und gegen den Vertretenen gem. § 164 BGB III. (Schwebende) Unwirksamkeit gem. § 177 Abs. 1 BGB.

Aha: Vorab: Die Details einer schwebenden Unwirksamkeit sind in den §§ 177 f., 180 BGB klar geregelt – Du musst sie in einer Klausur also **nur finden**, jedoch nichts dazu lernen! Wichtiger ist es, Dir zu überlegen, wie Du hier sinnvoll **aufbauen** kannst.

2. Haftung des Vertreters

Varianten

Weist der Vertreter nicht seine Vertretungsmacht nach, unterscheidet § 179 BGB für die Konsequenzen: Grundsätzlich haftet er dem Dritten nach dessen Wahl auf Erfüllung oder das positive Interesse (Abs. 1). Wusste der Vertreter nichts vom Fehlen, schuldet er lediglich das negative Interesse (Abs. 2). Hätte der Dritte das Fehlen zumindest kennen müssen, oder ist der Vertreter minderjährig, entfällt die Haftung (Abs. 3).

Normzweck

Das Recht erstrebt auch in § 179 BGB eine interessengerechte Lösung, die einerseits den **Dritten schützt**, wenn der Vertreter seine Vertretungsmacht behauptet, andererseits jedoch **spontane Vertretungen** nicht torpediert.

§ 179 Abs. 1 BGB

Weiß der Vertreter genau, dass er ohne Vertretungsmacht handelt, und verzichtet er darauf, seinen unwissenden Verhandlungspartner (den Dritten) darüber zu informieren, dann kann auch er es sein, der dafür einsteht. Dementsprechend haftet er dann nach Wahl des Dritten auf Erfüllung oder das positive Interesse.

§ 179 Abs. 2 BGB

Die Regelung des § 179 Abs. 2 BGB spricht das negative Interesse (begrenzt durch das positive Interesse) zu, sofern der Vertreter nicht vom Fehlen seiner Vertretungsmacht weiß. Diese Parallele § 122 BGB ist

sinnvoll, da der Vertreter auch hier – ebenfalls im vorvertraglichen Bereich – lediglich irrt, andererseits aber auch der Dritte unwissend ist. Da der Vertreter solche Irrtümer typischerweise **leichter als ein Dritter vermeiden kann**, sollte er es sein, der den nun einmal anfallenden Schaden trägt.

§ 179 Abs. 3 S. 1 BGB

Verdeutlicht der Vertreter dem Dritten, dass er zwar nicht für sich, sondern den Vertretenen handelt, dafür aber noch keine Vertretungsmacht hat, **kann der Dritte entscheiden**, ob er sich hierauf einlässt oder nicht. Für eine Haftung des Vertreters besteht kein Grund (§ 179 Abs. 3 S. 1 BGB).

§ 179 Abs. 3 S. 2 BGB

Minderjährige sollen nach der klaren Wertung der §§ 104 ff. BGB im (vor-) vertraglichen Bereich solange nicht haften, solange die gesetzlichen Vertreter (meistens die Eltern: §§ 1629 Abs. 1, 1626 Abs. 1 BGB) nicht zustimmen. Und da nach § 165 BGB auch beschränkt Geschäftsfähige vertreten können, **bedarf es dieser zusätzlichen Absicherung**.

Klausur (Aufbau und Beweislast)

§ 179 Abs. 1 BGB ist eine Anspruchsgrundlage, die bei fehlender Vertretungsmacht wahlweise Erfüllung oder Schadensersatz zuspricht. Diese Vorschrift beschreibt auch den **gesetzlichen Regelfall**, was für die **Beweislast** wichtig ist: Der Vertreter muss seine Vertretungsmacht darlegen und ggf. beweisen, um einer Haftung zu entgehen.

§ 179 Abs. 2 und 3 BGB sind rechtstechnisch als Einwendungen gegen diese Haftung (bzw. deren Höhe) ausgestaltet: Kann der Vertreter seine **Unkenntnis** darlegen und ggf. beweisen, verringert sich seine Haftung auf das negative Interesse (Abs. 2). Kann er dann noch darlegen und ggf. beweisen, dass der Dritte das Fehlen der Vertretungsmacht **jedenfalls hätte kennen müssen**, haftet er gar nicht.

Die Einwendung des § 179 Abs. 3 S. 2 BGB unterscheidet dabei nochmals für die Darlegungs- und Beweislast: Seine **Minderjährigkeit** muss der Vertreter schon selbst nachweisen, eine mögliche **Zustimmung** des gesetzlichen Vertreters hingegen der Dritte („..., es sei denn, dass...“).

Aha: Die Beweislast wird für Dich in einer Klausur spätestens dann wichtig, **wenn der Sachverhalt** zu einem Tatbestandsmerkmal der Dich

interessierenden Norm **schweigt**. Denn dann solltest Du Dich an dieser Beweislast orientieren.

Aha: Oft wird § 179 Abs. 2 als Anspruchsgrundlage geprüft. Ich persönlich würde diese „Abkürzung“ in einer Klausur nicht beanstanden. Frage aber auch hier am besten Deinen Übungsleiter nach dem von ihm bevorzugten Aufbau.

III. Insihgeschäfte (§ 181 BGB)

Begriff

Insihgeschäfte: § 181 BGB erfasst mit dem **Selbstkontrahieren** (Alt. 1) und der **Mehrfachvertretung** (Alt. 2) typische Interessenkonflikte bei der Stellvertretung und versagt dafür die Vertretungsmacht.

Normzweck

Schutz vor klaren Interessenkonflikten

§ 181 BGB schützt die **Interessen des Vertretenen** davor, dass der Vertreter seine Vertretungsmacht zu dessen Nachteil missbraucht. Dazu identifiziert das Recht mit dem Selbstkontrahieren (Alt. 1) und der Mehrfachvertretung (Alt. 2) zwei **rechtssicher beschreibbare Konstellationen**.

„Formale Ordnungsvorschrift“

Demgegenüber verzichtet das BGB darauf, allgemein „Interessenkonflikte“ zu erfassen, sondern nimmt für mehr Rechtssicherheit **bewusst Lücken in Kauf**. Denn leider sind Interessenkonflikte und wirtschaftliche Verflechtungen viel zu verbreitet und zu vielschichtig, als dass man all das rechtlich klar erfassen könnte. Daher bezeichnet man § 181 BGB auch als „formale Ordnungsvorschrift“.

Bsp.: Trotz des eklatanten Interessenkonflikts greift § 181 BGB etwa nicht, wenn der Hauptschuldner bei §§ 765 ff. BGB den Bürgen vertritt.

Klar typisierte Einschränkungen

Genauso wird § 181 BGB auch nur in klar typisierbaren und sofort einleuchtenden Konstellationen **eingeschränkt**, nämlich bei dessen Abbedingung, der Erfüllung bereits bestehender Verbindlichkeiten und bei für den Vertretenen lediglich vorteilhaften Geschäften. Dazu gleich.

Grundkonstellationen

Selbstkontrahieren (§ 181 Alt. 1 BGB)

§ 181 Alt. 1 BGB verbietet das sogenannte Selbstkontrahieren („im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen“): Denn hier gereichen viele **Vorteile des Vertreters direkt dem Vertretenen zum Nachteil** und ist damit der Interessenkonflikt evident.

Bsp.: Prokurist P des Unternehmens U vereinbart mit sich selbst als Vertreter von U eine üppige Gehaltserhöhung.

Mehrfachvertretung (§ 181 Alt. 2 BGB)

Bei der in § 181 Alt. 2 BGB erfassten Mehrfachvertretung vertritt der Vertreter **beide Seiten zugleich**. Hier kommt es wiederum zu eklatant gegenläufigen Interessen, da man „als Diener schlecht zwei Herren dienen kann.“

Bsp.: Autohändler H hat Vollmacht, das Auto des A zu verkaufen, aber auch Vollmacht des B, für diesen ein Auto zu kaufen. H verkauft das Auto des A an B zu einem von ihm festgelegten Preis.

Unterbevollmächtigte

Erweitert werden diese Fallgruppen – weil noch gut typisierbar – um die **Einschaltung eines Unterbevollmächtigten**.

Bsp.: Prokurist P des Unternehmens U erteilt seinem Neffen V Vollmacht, damit dieser für U mit ihm eine üppige Gehaltserhöhung vereinbaren kann.

Einschränkungen

Abbedingung

Nach seinem klaren Wortlaut („soweit nicht ein anderes ihm gestattet ist,“) kann § 181 BGB **vertraglich abbedungen** werden. Die Praxis

macht davon erstaunlich oft Gebrauch. Wie nahezu immer bei dispositivem Recht, liegt der Grund darin, dass die Parteien hier selbst am besten beurteilen können, ob die Vorschrift in ihrem Interesse liegt (Privatautonomie).

Erfüllung einer Verbindlichkeit

Ebenfalls ausdrücklich geregelt (in § 181 BGB a. E.: „es sei denn, dass das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht“) ist eine weitere klar erfassbare Ausnahme: Geht es nur darum, eine **bereits bestehende Verbindlichkeit** zu erfüllen, verliert der Vertretene nur, was er **rechtlich ohnehin schon schuldet**. Eine solche Erfüllung liegt typischerweise in seinem Interesse, da sie ihn nach § 362 BGB von seiner Schuld befreit.

Rechtlich lediglich vorteilhaftes Rechtsgeschäft

Eine trotz des formalen Ordnungscharakters des § 181 BGB anerkannte, **ungeschriebene Einschränkung** (teleologische Reduktion) bilden **lediglich rechtlich vorteilhafte Rechtsgeschäfte** in Anlehnung an § 107 BGB bei der Minderjährigkeit. Denn hier besteht **typisierbar** kein Interessenkonflikt; es geschieht dem zu Schützenden (dem Vertretenen) nur Gutes.

Bsp.: Angestellter P wurde vom Unternehmen U frisch zum Prokuristen ernannt. Aus Dankbarkeit ob dieses großen Vertrauensbeweises vereinbart er in Vertretung des U mit sich selbst eine 10-prozentige Gehaltskürzung.

Klausur

§ 181 BGB schränkt die Vertretungsmacht ein („kann ... nicht vornehmen“), ist also auch bei diesem Tatbestandsmerkmal als Einwendung zu prüfen. Regelmäßig solltest Du daher zunächst den **Grundsatz** (ob und warum an sich Vertretungsmacht besteht) diskutieren, bevor Du auf die **Einschränkung** eingehst.

Aha: Auch wenn § 181 BGB als „formale Ordnungsvorschrift“ nicht jegliche **Interessenkonflikte** erfasst, solltest Du Dich in einem solchen Fall fragen, ob nicht **andere rechtliche Instrumente** greifen. Das mag bei Verletzung des Innenverhältnisses (z. B. eines Auftrags oder eines Dienstvertrags) eine Haftung wegen Pflichtverletzung nach § 280 BGB

oder – bei Kenntnis des Dritten – ein Missbrauch der Vertretungsmacht sein.

IV. Missbrauch der Vertretungsmacht

1. Tatbestand

→ Siehe auch die Rechtsfolgen des Missbrauchs der Vertretungsmacht sowie den Fall zum Missbrauch der Vertretungsmacht.

Begriff

Überschreitet der Vertreter mit seinem **rechtlichen Können** (Vertretungsmacht) sein **schuldrechtliches Dürfen** aus dem Innenverhältnis und weiß der Dritte davon, entfällt die Vertretungsmacht.

Ausgangsproblem

Jemand anderem zu ermöglichen, die eigenen Angelegenheiten zu erledigen, schafft **Missbrauchsgefahren**. Zwar kann der Vertretene zumindest bei einer Vollmacht selbst steuern, wie weit das „Vertretenkönnen“ seines Vertreters reicht. Doch soll der Vertreter **eigenständig handeln**, darf die Vertretungsmacht auch nicht zu eng und detailliert ausfallen. Das Recht reagiert auf dieses Problem wie folgt:

Insichgeschäfte

Zum einen erklärt das Zivilrecht Insichgeschäfte für unwirksam, vgl. § 181 BGB. Denn hier ist der **Interessenkonflikt besonders ausgeprägt** und damit die Gefahr für den Vertretenen zu groß.

Pflichten und Haftung im Innenverhältnis

Daneben bestehen zwischen Vertretenem und Vertreter regelmäßig **schuldrechtliche Pflichten im Innenverhältnis**. Das mag etwa ein Auftrag (§§ 662 ff. BGB), eine Geschäftsbesorgung (§ 675 Abs. 1 BGB) oder ein Dienstvertrag (§§ 611 ff. BGB) sein. Dieses Innenverhältnis verpflichtet den Vertreter nicht nur, seine Vertretungsmacht zu beachten, sondern

nach § 241 Abs. 2 BGB auch dazu, innerhalb dessen die **Interessen des Vertretenen** zu verfolgen.

Tut der Vertreter das nicht, verletzt er also diese schuldrechtliche Pflicht aus dem Innenverhältnis, bleibt zwar die Vertretungsmacht und damit die **Vertretung wirksam**. Denn § 164 BGB interessiert ausweislich seines klaren Tatbestands nicht für dieses Innenverhältnis. Doch **haftet** der Vertreter dem Vertretenen aus § 280 Abs. 1 BGB auf **Schadensersatz** wegen Pflichtverletzung. Bei einem vorsätzlichen Handeln greift dann regelmäßig auch § 823 Abs. 2 BGB, § 826 BGB u. v. m.

Beispiel: V beauftragt seinen Bekannten B mit dem Verkauf seines Wagens und händigt ihm folgendes Schreiben aus: „Ich bevollmächtige B, meinen Wagen zu verkaufen.“ Auf eine Annonce hin bietet X 3.500 €, Y hingegen nur 3.000 €. Da jedoch B mit Y befreundet ist, überlässt er den Wagen Y für 3.000 €. → Hier ist zwar die **Vertretung** nach § 164 BGB wirksam, doch **haftet** B dem V aus § 280 Abs. 1 BGB auf 500 €.

Missbrauch der Vertretungsmacht

Diesen zuvor beschriebenen Schutz des Vertretenen (Insichgeschäfte, Haftung des Vertreters wegen Pflichtverletzung aus § 280 Abs. 1 BGB) erweitert die Rechtsprechung um die Grundsätze des **Missbrauchs der Vertretungsmacht** mit den folgenden Voraussetzungen:

Überschriften des „Dürfen“ mit dem „Können“

Der Vertreter missbraucht seine Vertretungsmacht, sofern er mit seinem rechtlichen Können (Vertretungsmacht) sein rechtliches Dürfen (Innenverhältnis) überschreitet.

- **„Rechtliches Können“ (Vertretungsmacht):** Seinem klaren Wortlaut nach stellt § 164 BGB auf die Vertretungsmacht („rechtliches Können“) ab, die entweder gesetzlich oder durch Rechtsgeschäft (sog. Vollmacht) bestimmt wird.
- **„Dürfen“ (Innenverhältnis)**
 - **Einschränkung des „Können“:** Was der Vertreter dem Vertretenen gegenüber tatsächlich mit seiner Vertretungsmacht anfangen darf, bestimmt sich nach dem jeweiligen Innenverhältnis. Beides („Können“ und „Dürfen“) weicht gerade bei gesetzlicher oder gesetzlich

konkretisierter Vertretungsmacht oft deutlich voneinander ab.

- **Beispiele:** Ein solches Innenverhältnis liegt nahezu immer der Vertretung zugrunde. Es mag sich etwa aus einem Auftrag (§§ 662 ff. BGB), einer Geschäftsbesorgung (§ 675 Abs. 1 BGB) oder einem Dienstvertrag (§§ 611 ff. BGB) ergeben.

Beispiel: Erteilt ein großer Konzern einem leitenden Angestellten Prokura (vgl. §§ 48 ff. HGB), so reicht diese zwar nach § 49 HGB sehr weit und ist nach § 50 Abs. 1 HGB Dritten gegenüber unbeschränkt. Nichtsdestotrotz ist dieser Angestellte nach seinem Dienstvertrag (§§ 611 ff. BGB), also schuldrechtlich im „Innenverhältnis“, dazu verpflichtet, diese Prokura nur in seinem Tätigkeitsbereich und im Unternehmensinteresse einzusetzen.

Kenntnis des Dritten bzw. Evidenz

Weiß der Dritte davon, dass der Vertreter mit seinem rechtlichen Können (seiner Vertretungsmacht) im Innenverhältnis sein rechtliches Dürfen (§ 241 Abs. 2 BGB) **überschreitet**, so ist er **nicht schutzwürdig**. Hier versagen wir ihm die Vertretungsmacht, so dass die Vertretung nach § 164 BGB scheitert.

Grund für diese ungeschriebene Ausnahme ist, dass der Dritte hier genau weiß, was der Vertreter hier tut und daher **leicht eine Schädigung des Vertretenen vermeiden**, nämlich auf das Rechtsgeschäft verzichten kann. Wir müssen es also dem Vertretenen nicht mehr zumuten, den Vertreter erst mühsam in Regress zu nehmen, nämlich ihn ggf. zu verklagen und das Risiko seiner Insolvenz zu tragen.

Wohl um **Beweisproblemen** zu entgehen, werden dieser positiven Kenntnis oft – gut vertretbar – „**Evidenzfälle**“ **gleichgestellt**, in denen sich der Dritte dieser Einsicht grob fahrlässig verschließt.

Achtung: Grundsätzlich trägt der Vertretene und nicht der Dritte das Risiko eines Überschreitens der Vertretungsmacht! Denn § 164 BGB stellt lediglich auf die Vertretungsmacht (das „Können“), nicht jedoch auch auf das Innenverhältnis des Vertreters mit dem Vertretenen (das „Dürfen“) ab. Nur bei Kenntnis des Dritten (bzw. „Evidenz“) macht man davon eine Ausnahme.

2. Rechtsfolgen

→ Siehe auch allgemein zum Missbrauch der Vertretungsmacht sowie den Fall zum Missbrauch der Vertretungsmacht.

Wenngleich man sich über das **Ergebnis** eines Missbrauchs der Vertretungsmacht weithin einig ist (**keine Vertretungswirkung**), streitet man über die genaue rechtliche Einordnung und Rechtsfolge dieses ungeschriebenen „Rechtsinstituts“.

Einschränkung der Vertretungsmacht

Am naheliegendsten erscheint es hier, die Vertretungsmacht schlicht **entfallen zu lassen**. Der „Missbrauch der Vertretungsmacht“ ist dann ähnlich wie das Insichgeschäft nach § 181 BGB eine – wenn auch ungeschriebene – Einschränkung der Vertretungsmacht.

Damit greift nicht mehr § 164 BGB und sind stattdessen die Regeln der Vertretung ohne Vertretungsmacht anzuwenden: Der Vertetene kann genehmigen (§ 177 BGB). Tut er das nicht, haftet der Vertreter nach § 179 BGB. Das passt nicht nur von der **Interessenlage** her, sondern lässt sich auch rechtssicher umsetzen.

Aha: In einer **Klausur** bietet dieser Weg zudem den Charme, dass Du so mit konkreten und Dir **bekanntem Anspruchsgrundlagen und Tatbestandsmerkmalen** weiterprüfen kannst. Ein Anspruch des Dritten gegen den Vertreter aus § 179 Abs. 1 BGB scheitert dabei allerdings regelmäßig nach § 179 Abs. 3 S. 1 BGB.

Treu und Glauben (§ 242 BGB)

Nach anderer Ansicht verstößt es hier gegen **Treu und Glauben** (§ 242 BGB), sich als Dritter auf die Vertretungsmacht bzw. die Wirkung des § 164 BGB zu berufen. Hier musst Du Dir aber noch überlegen, was die **weiteren Konsequenzen** dieser Treuwidrigkeit sind. § 242 BGB verrät Dir dazu wenig.

Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB)

Die Rechtsprechung betont teils die Sittenwidrigkeit der **kollusiven Absprache**, die auch das Hauptgeschäft nach § 138 BGB erfasse, vgl. etwa RGZ 136, 359 (360); BGH NJW 1989, 26 (26 f.).

Wiederum bleiben dann allerdings noch die **weiteren Konsequenzen** zu klären. Zudem ist § 138 Abs. 2 BGB nicht immer einschlägig, während der bloße Hinweis auf „die guten Sitten“ (Abs. 1) noch zu konkretisieren ist.

3. Fall

Sachverhalt

V beauftragt seinen Bekannten B mit dem Verkauf seines Wagens und händigt ihm folgendes Schreiben aus: „Ich bevollmächtige B, meinen Wagen zu verkaufen.“ Auf eine Annonce hin bietet X 3.500 €, Y hingegen nur 3.000 €. Da jedoch B mit Y befreundet ist, überlässt er den Wagen Y für 3.000 €. Hat Y einen Anspruch auf das Fahrzeug, wenn er um diesen Freundschaftsdienst des B wusste?

Lösung

Y → A, Übereignung und Übergabe, § 433 Abs. 1 S. 1 BGB

Y könnte einen Anspruch gegen A auf Übergabe des Fahrzeugs aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB haben. Da sich A durch B vertreten ließ, müssten sich B und Y wirksam geeinigt haben und müsste diese Einigung nach § 164 BGB für und gegen Y wirken.

Aha: Nur eine einzige Anspruchsgrundlage? In diesem Fall benötigst Du dafür noch keine eigene Gliederungsebene.

Aha: Grundaufbau: Die Gliederung folgt dem hier empfohlenen Aufbau einer Stellvertretung nach § 164 BGB in einer Klausur.

A. Einigung zwischen Y und B

Y und B haben sich über den Kauf des Wagens des A für 3000 € gemäß § 433 BGB geeinigt.

B. Wirkung für und gegen A

Die Einigung zwischen Y und B würde nach § 164 BGB für und gegen A wirken, wenn B eine eigene Willenserklärung in fremdem Namen mit Vertretungsmacht abgab.

I. Eigene Willenserklärung des B

B müsste eine eigene Willenserklärung abgegeben haben, dürfte also nicht lediglich als Bote agiert haben.

Dafür spricht, dass A dem B nur allgemein vorgab, für ihn den Wagen zu verkaufen. Im Übrigen entschied aber B über den Vertragspartner und den Vertragsinhalt einschließlich des Kaufpreises.

II. In fremdem Namen

B annoncierte den Wagen im Namen des A in der Zeitung, handelte also in fremdem Namen.

III. Vertretungsmacht

1. Vollmacht

B müsste mit Vertretungsmacht gehandelt haben. Hier bevollmächtigte ihn A, „... meinen Wagen zu verkaufen.“ Das deckt das von B mit Y getätigte Rechtsgeschäft. Vorgaben zu Preis oder zum Vertragspartner machte A nicht.

Zwar sind empfangsbedürftige, einseitige Rechtsgeschäfte wie die in § 167 BGB erfasste Vollmacht nach §§ 133, 157 BGB auszulegen und ließe sich fragen, ob die Vollmacht nach verständiger Würdigung wirklich die Bevorzugung Dritter zu Lasten des A umfasst.

Doch gibt zumindest der Wortlaut der Vollmacht eine solche Einschränkung nicht her und trennt das BGB zwischen Vollmacht und zugrunde liegendem Schuldverhältnis, was auch der Rechtssicherheit zuträglich ist. Damit war das Handeln des B grundsätzlich von der Vollmacht gedeckt.

Aha: Unterscheidung von Können und Dürfen: Das Recht trennt „Können“ (Vertretungsmacht“) und „Dürfen“ (Innenverhältnis), was Du auch so klar formulieren solltest. Besonders deutlich wird dieser Unterschied, wenn die Vertretungsmacht **gesetzlich** angeordnet oder ausgestaltet ist. Denn das Gesetz wird selten völlig passgenau auf die Parteiinteressen des jeweiligen Einzelfalls zugeschnitten sein.

2. Missbrauch der Vertretungsmacht

Möglicherweise entfällt diese Vertretungsmacht jedoch ausnahmsweise nach den Grundsätzen des Missbrauchs der Vertretungsmacht, wenn B im

Innenverhältnis mit A sein rechtliches Dürfen überschritt und Y hiervon wusste.

Denn in diesem Fall wäre Y nicht schutzwürdig und daher nur noch zu klären, mit welcher Rechtsfolge hierauf am besten zu reagieren ist.

a) Überschriften des rechtlichen Dürfens

Indem sich B unentgeltlich bereiterklärte, für A dessen Auto zu verkaufen, begründeten beide vertraglich einen Auftrag gemäß §§ 662 ff. BGB. „Geschäft“ ist bei § 662 BGB sehr zu verstehen und umfasst alle möglichen Tätigkeiten, zu denen auch der Verkauf eines Autos gehört.

Ausdrücklich haben A und B nicht vereinbart, dass B an denjenigen Interessenten verkaufen soll, der das für A (und nicht B) attraktivste Angebot unterbreitet. Nach Sinn und Zweck der §§ 662 ff. BGB (vgl. auch § 241 Abs. 2 BGB) war jedoch B genau dazu verpflichtet, geht es beim Auftrag um ein fremdnütziges Rechtsgeschäft („für diesen“).

Hier verfolgte B jedoch (auch) seine eigenen Interessen zu Lasten des A, indem er den Wagen seinem Freund Y verkaufte und dafür einen niedrigen Ertrag des A hinnahm. Er verletzte also seine schuldrechtlichen Pflichten gegenüber A und überschritt damit sein „rechtliches Dürfen“.

b) Kenntnis des Y

Nach der klaren, auf Vertretungsmacht und nicht zugrunde liegende Schuldverhältnisse abstellenden Regelung des § 164 BGB geht diese Pflichtverletzung im Innenverhältnis zwischen A und B nicht zu Lasten des Dritten, sondern ist die Vertretung wirksam.

Aha: Zuerst der Grundsatz, dann die Ausnahme: Erläutere (und verstehe) immer zuerst den Grundsatz, bevor Du Dich mit einer Ausnahme beschäftigst: Ein „normaler“ Missbrauch (ohne Kenntnis des Dritten) belässt die Vertretung wirksam, da § 164 BGB nun einmal auf die Vertretungsmacht abstellt.

Hiervon ist jedoch wenigstens dann eine Ausnahme zu machen, wenn der Dritte – im Fall also Y – wie hier vom Überschreiten des rechtlichen Dürfens wusste (ob auch eine „Evidenz“ reichen würde, kann hier dahingestellt bleiben).

Denn jedenfalls dann ist der Dritte nicht schutzwürdig, sondern kann sich denken und darauf einstellen, dass der Vertretene mit der Vertretung nicht einverstanden sein wird.

Aha: „Wissensposing“: Sofern es die Lektüre (und damit den Korrektor) nicht irritiert, kannst Du in einer Klausur kurz verdeutlichen, dass Evidenzfälle dem positiven Wissen möglicherweise gleichgestellt werden können.

c) Rechtsfolge

Fraglich erscheint, welche Rechtsfolge an einen solchen Missbrauch der Vertretungsmacht zu knüpfen ist. Zum einen ließe sich hier etwa an § 242 BGB oder § 138 BGB (die Sittenwidrigkeit der Vollmacht müsste dann auch das in Vertretung getätigte Rechtsgeschäft miterfassen) anknüpfen.

Doch erscheint es vorzugswürdig, schlicht die Vertretungsmacht entfallen zu lassen. Damit entfällt nicht nur die Rechtsfolge des § 164 BGB, sondern greifen stattdessen die §§ 177 ff. BGB.

Diese Normen regeln genau jene Interessenlage sachlich angemessen und rechtssicher, die es bei einem Missbrauch der Vertretungsmacht zu erfassen gilt.

Aha: „Richtige Ansicht“ zuletzt: Bei einem Problem mit mehreren denkbaren Ansichten erläutert man typischerweise die von einem abgelehnten Ansichten zuerst, um dann mit der „richtigen Ansicht“ weiterzumachen.

Im Ergebnis handelte damit B ohne Vertretungsmacht, weshalb die Einigung zwischen ihm und Y nicht für und gegen A wirkte. Damit kann Y nicht von A nach § 433 Abs. 1 S. 1 BGB Übergabe und Übereignung des Autos verlangen.

Aha: Ergebnisse ohne extra Gliederungspunkt: Regelmäßig ist es unnötig, für bloße Ergebnisse eigene Gliederungspunkte zu verwenden.

V. Besondere Formen der Vertretungsmacht

1. Kundgebung einer Innenvollmacht (§§ 171 ff. BGB)

a) Grundlagen

→ Siehe auch zum vertragstheoretischen Hintergrund der Kundgebung einer Innenvollmacht.

Überblick

Erteilt der Vertretene gem. § 167 Abs. 1 Alt. 1 BGB zwar Innenvollmacht, informiert jedoch zusätzlich den Dritten hierüber („Kundgebung“), provoziert das vermeidbare Schäden, wenn er diese Vollmacht zwar später wieder gem. § 168 BGB widerruft, den Dritten darüber aber **nicht informiert**. Daher gewähren die §§ 171 ff. BGB hier Vertretungsmacht.

Normalfall einer Innenvollmacht

Die §§ 167 f. BGB sind – getreu dem Grundanliegen einer Privatautonomie – großzügig darin, wie der Vertretene Vollmacht erteilen und widerrufen kann. Insbesondere darf dieses Rechtsgeschäft rein intern gegenüber dem Vertreter erfolgen.

Bei einer Vertretung ohne Vertretungsmacht kann sich der Dritte dann lediglich nach § 179 BGB **an den „falsus procurator“ halten**. Denn der vermeintlich Vertretene hat ihm gegenüber ja gar nichts erklärt und sollte daher auch nicht seinerseits haften.

Vermeidbare Nichtaufklärung

Diese Regelung (§§ 177 ff. BGB) überzeugt jedoch nicht mehr, wenn der Vertretene zusätzlich zur Erteilung der Innenvollmacht noch **den Dritten informiert** hatte. Denn dann ist es ihm ohne weiteres zuzumuten, den Dritten auch dann aufzuklären, wenn er seine Innenvollmacht nach § 168 BGB widerruft.

Gesetzliche Lösung

Die gut subsumierbaren – Du musst Dir hier nichts merken – §§ 171 ff. BGB treffen eine **interessengerechte Lösung**: Solange der Dritte vom Widerruf nichts weiß (und auch nicht davon wissen musste, vgl. § 173 BGB), handelt der Vertreter dem Dritten gegenüber **weiterhin mit Vertretungsmacht**. § 172 BGB regelt den Spezialfall einer Vollmachtsurkunde.

Sinn und Zweck

Bei unbefangener Sicht leuchtet das **Grundanliegen** der §§ 171 ff. BGB sofort ein: Schließlich informiert hier der Vertretene den Dritten erst über eine Vollmacht des Vertreters, widerruft diese dann „heimlich“, um den **nichts ahnenden Dritten** so „in die Falle laufen“ zu lassen.

Natürlich sollte der Vertretene hier weiterhin nach § 164 BGB eintreten müssen, eine Vertretung also wirksam sein! Leider vermag die das BGB stark prägende Willenstheorie dieses naheliegende Ergebnis nicht zu begründen, daher die ausdrückliche gesetzliche Erfassung. Näher dazu beim vertragstheoretischen Hintergrund der Kundgebung einer Innenvollmacht.

b) Vertragstheoretischer Hintergrund

→ Siehe auch allgemein zur Kundgebung einer Innenvollmacht.

Wille statt bloßer Kenntnis erforderlich?

Die §§ 171 ff. BGB reagieren auf ein Problem, das sich speziell aus der das BGB stark beeinflussenden Willenstheorie **ergibt**:

So verlangt diese für Rechtsgeschäfte einen Selbstbindungswillen und lässt keine bloße Information genügen. Nach diesem Verständnis **will** der Vertreter in den hier interessierenden Fällen jedoch nur die Innenvollmacht, während er den Dritten „lediglich“ über dieses Rechtsgeschäft (und das dortige Wollen) **informiert**.

Diese konsequente Anwendung der Willenstheorie führte jedoch zu **interessenwidrigen Ergebnissen** (dazu gleich mehr). Deshalb tut das BGB hier pragmatisch das einzig Richtige, ordnet nämlich mit den §§ 171 ff. BGB dennoch eine Vertretungsmacht an.

Fragwürdigkeit eines Selbstbindungswillens

Auf derartige Verrenkungen ließe sich verzichten, ließe man es für eine Vollmacht (und damit die Wirkung des § 164 BGB) **genügen**, dass der Vertretene dem Dritten gegenüber **wissentlich behauptet**, dass der Vertreter für ihn handeln dürfe, ohne zusätzlich einen Selbstbindungswillen zu verlangen.

Denn dieses Erfordernis eines Selbstbindungswillens ist nicht nur bei den §§ 167 ff. BGB **problematisch**, sondern ganz generell bei der Ausübung von Privatautonomie durch Willenserklärungen bzw. Rechtsgeschäft. Doch würde das zu vertiefen an dieser Stelle etwas weit führen.

Aha: Aus dieser Perspektive verwundert es dann auch nicht, wenn „selbst“ die „bloße“ Kundgabe nach überwiegender Ansicht „entsprechend“ §§ 142 Abs. 1, 119 f., 123 BGB anfechtbar und etwa auch die §§ 104 ff. BGB anwendbar sein sollen.

Parteinteressen

Betrachtet man z. B. mit der Grundfolgentheorie oder dem von mir vertretenen Rechtfertigungsprinzip die Parteiinteressen, sind die §§ 171 ff. BGB **leicht zu erklären:**

Dem Vertretenen ist es ohne weiteres zumutbar, auch den Dritten zu informieren, wenn er die Innenvollmacht nach § 168 BGB widerruft. Er weiß schließlich, dass die Fehlinformation in der Welt ist, er hat sie **selbst in die Welt gesetzt**. Er kann also am einfachsten den dem Dritten drohenden Schaden vermeiden.

Übergreifend betrachtet **profitiert der Vertretene selbst von dieser Haftung**. Denn mit ihm kommunizierende Dritte werden so eher und für ihn günstiger bereit sein, mit ihm überhaupt ein Rechtsgeschäft anzubahnen. Dieser Vorteil wiegt regelmäßig größer als der geringe Aufwand einer Aufklärung bei Widerruf.

2. Duldungsvollmacht

Begriff

Weiß der Vertretene, dass jemand anderes als sein Vertreter auftritt, und **schreitet nicht dagegen ein**, behandelt das Recht diese Person als bevollmächtigt (sog. **Duldungsvollmacht**). Zu unterscheiden ist diese Duldungsvollmacht von der sog. Anscheinsvollmacht, bei welcher der Vertretene nicht bewusst, sondern nur fahrlässig agiert.

Beispiel: Die 18jährige Tochter T von Vater V ist es leid, täglich dessen Pfeifensammlung betrachten zu müssen. Um diese Sammlung zu leeren fängt sie an, Besuchern der Familie bisweilen im Namen des V eine Pfeife zu schenken. V beobachtet das jeweils und lässt es geschehen.

Bei **Angestellten in Läden oder Warenlagern** denke an § 56 HGB. Diese gesetzliche Vertretungsmacht berechtigt zu Verkäufen und Empfangnahmen, nicht aber zu Einkäufen (einfach genau lesen). Auf eine Duldungsvollmacht **kommt es dann nicht an**.

Begründung

Aha: Sofern die Duldungsvollmacht nicht gerade eines der Hauptprobleme in einer Anfängerklausur bildet, kannst und solltest Du Dich **in einer Klausur sehr knapp halten** und nur kurz die Dich überzeugende Begründung nennen. Regelmäßig **liegen die echten Probleme andernorts**. Daher schulen die folgenden Argumente vor allem Dein Grundverständnis.

Unproblematisch: schlüssiges Handeln

Lässt der Vertretene **nicht nur passiv** geschehen, dass ihn jemand vertritt, sondern billigt dieses Verhalten **aktiv**, ergibt sich schon aus allgemeinen Auslegungsgrundsätzen (§§ 133, 157 BGB), dass er hier konkludent eine Vollmacht erteilt.

Beispiel: Die 18jährige Tochter T von Vater V ist es leid, täglich dessen Pfeifensammlung betrachten zu müssen. Um diese Sammlung zu leeren fängt sie an, Besuchern der Familie bisweilen im Namen des V eine Pfeife zu schenken. V beobachtet das jeweils, **blickt T seufzend zu** und lässt es geschehen.

Gleichsetzung von Unterlassen?

Schweigt jedoch wie im Ausgangsfall der Vertretene, ohne das Verhalten des Vertreters wenigstens konkludent zu billigen, haben wir ein **bloßes Unterlassen**. Solches ist Schweigen regelmäßig keine Willenserklärung. Daher bedarf es einer näheren Begründung, warum wir hier dennoch (als „Duldungsvollmacht“) eine Vertretungsmacht annehmen.

- Zu begründendes Ergebnis: §§ 104 ff., 116 ff. BGB

Zumindest **im Ergebnis** sehen die meisten Autoren in der Duldungsvollmacht eine relativ normale Willenserklärung (Vollmacht). Denn dann lässt sich – wie weithin anerkannt – die **allgemeine Rechtsgeschäftslehre anwenden**, darunter etwa die §§ 104 ff. BGB und die §§ 116 ff. BGB. Diese Vorschriften „passen“ schlicht, treffen nämlich eine interessengerechte Lösung.

- Aktiv schlüssiges Handeln auch hier?

Da der Vertretene in den Konstellationen der Duldungsvollmacht vom Handeln des Vertreters weiß und nicht dagegen einschreitet, lässt sich vertreten, dass hier **keineswegs nur Unterlassen**, sondern nach wie vor ein auch aktives Handeln (und Billigen) vorliegt, was dann wiederum zur konkludenten Vollmachtserteilung gemäß § 167 Abs. 1 Alt. 1 BGB führt.

- Fallgruppe des Schweigens als Willenserklärung?

Alternativ lässt sich darauf verweisen, dass das Zivilrecht auch andere Konstellationen des Schweigens als Willenserklärung kennt. Natürlich ist dann allerdings **noch zu begründen**, warum auch hier eine solche Ausnahme greifen sollte.

Doch ist es in der Tat wichtig festzustellen, dass der Willensbildungsprozess (und die Entscheidungsqualität) hier **nicht defizitärer ist als bei sonstigen Rechtsgeschäften**. Vielmehr wird dem Vertretenen hier lediglich aufgebürdet, aktiv tätig werden zu müssen, um die Vertretungswirkung zu verhindern, muss also nur diese Besonderheit begründet werden.

- Kenntnis (statt Selbstbindungswille) ausreichend?

Wenngleich die das BGB stark prägende Willentheorie einen „Selbstbindungswillen“ verlangt, ließe sich dieses Erfordernis vertragstheoretisch durchaus hinterfragen, um auf Seiten des Verpflichteten statt einer speziellen Billigung (voluntatives Element) auch die **bloße Kenntnis** genügen zu lassen.

- Abgabe und Zugang?

Bekommt der Vertreter von der Duldung nichts mit, kann es hier zwar an Abgabe und Zugang fehlen. Doch liegt es nahe, entsprechend § 151 S. 1 BGB auf diese Kommunikation zu verzichten.

„*Rechtsscheinhaftung*“?

Bisweilen wird bereits zur Begründung der Duldungsvollmacht auf die Grundsätze eines vermeintlichen Instituts einer „allgemeinen Rechtsscheinhaftung“ verwiesen. Doch verwundert es bereits, warum dennoch die **rechtsgeschäftlichen Vorschriften** etwa der §§ 104 ff. BGB und §§ 116 ff. BGB anzuwenden sein sollen. Denn „an sich“ soll die Rechtsscheinhaftung ein gänzlich verschiedenes Parteihandeln adressieren und gänzlich andere Rechtsfolgen erfordern. Hinzu treten die die **grundlegenden Fragwürdigkeiten** dieser Denkrichtung.

Immerhin lässt sich darauf verweisen, dass jedenfalls die Anscheinsvollmacht nicht mehr klassisch-rechtsgeschäftlich (also mit Willenstheorie oder Erklärungstheorie) einzuordnen ist. Daher mag man dann auch gleich für die Duldungsvollmacht eine eigenständige Begründung (mit-) suchen. Ob die Antwort dann allerdings in einer „Rechtsscheinhaftung“ liegt, darf bezweifelt werden.

3. Anscheinsvollmacht

Grundlagen

Hätte der Vertretene **wissen können** (Fahrlässigkeit gem. § 276 Abs. 2 BGB), dass jemand anderes als sein Vertreter auftritt, ist diese Person nach überwiegender, allerdings umstrittener Ansicht als bevollmächtigt anzusehen (sog. Anscheinsvollmacht). Andere sprechen dem Dritten nur Schadensersatzansprüche zu.

Beispiel: Die 18jährige Tochter T von Vater V ist es leid, täglich dessen Pfeifensammlung zu betrachten. Um diese Sammlung zu leeren, schenkt sie Besuchern der Familie bisweilen im Namen des V eine Pfeife. V müsste dieses Verhalten **eigentlich auffallen**. Doch ist er fortwährend geistig abwesend.

Abgrenzung

Zu unterscheiden ist diese Anscheinsvollmacht von der sog. **Duldungsvollmacht**, bei welcher der Vertretene nicht nur fahrlässig handelt, sondern **bewusst** nicht einschreitet.

Achtung: Bei **Angestellten in Läden oder Warenlagern** denke an § 56 HGB. Diese gesetzliche Vertretungsmacht berechtigt zu Verkäufen und Empfangnahmen, nicht aber zu Einkäufen (genau lesen). Auf eine Anscheinsvollmacht **kommt es dann nicht an**.

Problem: fehlende Kenntnis

Angesichts der **fehlenden Kenntnis** des Vertretenen fällt es hier dogmatisch schwer, nach allgemeinen Grundsätzen (§§ 104 ff., 116 ff. BGB) eine Willenserklärung und damit eine Vollmacht zu konstruieren. Denn es fehlen ein Rechtsbindungs- wie Geschäftswille.

Aha: Schon begrifflich ist „**Anscheinsvollmacht**“ **unglücklich gewählt**. Denn es geht hier allenfalls um eine gesetzliche Vertretungsmacht (und keine Vollmacht, vgl. die Legaldefinition des § 166 Abs. 2 S. 1 BGB). Doch da sich dieser Begriff nun einmal so eingebürgert hat, wird er auch hier verwandt.

Gesetzliche Lösung

Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht

Typischerweise schützt das Zivilrecht Personen, die sich auf ein vermeintlich wirksames Rechtsgeschäft verlassen, nur mit dem **negativen Interesse**, vgl. etwa § 122 BGB.

In den hier interessierenden Konstellationen hat der Dritte ohne weiteres Ansprüche aus § 179 BGB gegen den Vertreter ohne Vertretungsmacht – und das oft sogar nach Abs. 1 auf **Erfüllung** bzw. nach Abs. 2 auf das **positive Interesse**.

Haftung des Dritten aus culpa in contrahendo

Zusätzlich (Anspruchskonkurrenz) lässt sich zudem oft ein Anspruch des Dritten auf das negative Interesse **gegen den vermeintlich Vertretenen** begründen.

Im Ausgangsfall etwa entsteht mit Betreten des Geschäfts ein **vorvertragliches Schuldverhältnis** nach §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB, das einen Schadensersatzanspruch nach §§ 280 Abs. 1 BGB auslöst:

V hätte T entweder Vollmacht erteilen oder ihr **Tun unterbinden** müssen. Das führt nach § 249 S. 1 BGB entweder zum negativen Interesse (wenn V unterbunden hätte) oder faktisch zum Erfüllungsanspruch (wenn V Vollmacht erteilt hätte).

Regress

Wird der Vertreter aus § 179 BGB in Anspruch genommen, mag dem **Vertretenen gegen den Vertretenen** ein Regressanspruch zustehen. Grundlage ist dann das dem Innenverhältnis zugrunde liegende Schuldverhältnis wie etwa ein Dienstvertrag (§§ 611 ff. BGB) oder ein Auftrag (§§ 662 ff. BGB). Der Schadensersatzanspruch folgt dann aus § 280 Abs. 1 BGB.

Allerdings wird dieser Anspruch oft scheitern, gerade wenn es der Vertreter – wie auch im Ausgangsbeispiel Tochter T – ist, der fahrlässig oder gar vorsätzlich ohne Vertretungsmacht handelt. In diesem Fall liegt eher umgekehrt – wiederum aus dem Innenverhältnis – gem. § 280 Abs. 1 BGB ein **Anspruch des Vertretenen gegen den Vertreter** nahe.

Vertretungsmacht?

Die überwiegende, allerdings umstrittene Ansicht nimmt in den hier beschriebenen Fällen eine **Vertretungsmacht** an. Das schützt den Dritten, kann sich dieser auf das verlassen, was er als Außenstehender **wahrnimmt**, ohne die tatsächlichen Hintergründe zu kennen. Die Begründung dieses Ergebnisses fällt allerdings schwer:

Rechtsgeschäftliche Bindung auch ohne Wille?

Einerseits ließe sich darauf verweisen, dass die dem BGB allgemein zugrunde liegende Willenstheorie zu **einseitig** allein die Interessen des zu Bindenden berücksichtige. Andere Rechtsordnungen etwa sind deutlich weniger „irrtumsfreundlich“.

Allerdings fragt sich dann, warum wir gerade hier bei der Vertretungsmacht eine solche Korrektur vornehmen. Zudem ist zu begründen, warum die Willenstheorie (und gesetzliche Lösung der §§ 164

ff. BGB) **nicht auch hier** zu überzeugenden Ergebnissen führt. Das negative Interesse erhält der Dritte immerhin.

Es läge daher näher, etwa für den **Handelsverkehr generell** eine solche Ausnahme einzuführen. Denn dort spielt es eine besonders große Rolle, sich auf das nach außen hin Sichtbare verlassen zu können.

Zwar kennt das Zivilrecht von jeher auch Fälle eines **unbewussten Schweigens** als „Willenserklärung“. Doch hilft dieser Hinweis nur begrenzt, da sich diese Fälle ebensowenig mit klassischen Ansichten wie der Willenstheorie oder der Erklärungstheorie begründen lassen.

Rechtsscheinshaftung?

Alternativ mag man auf eine vermeintlich geltende **Rechtsscheinshaftung** verweisen, wonach für einen „zurechenbar“ gesetzten „Rechtsschein“ gehaftet werde.

Doch erteilt das stark willentheoretisch geprägte Zivilrecht bereits der Erklärungstheorie, geschweige denn einer allgemeinen Rechtsscheinhaftung, eine **klare Absage**.

Nicht zuletzt gestaltet das Gesetz die Vollmacht ausdrücklich und bewusst als ein **Rechtsgeschäft** aus (vgl. § 167 BGB) – mitsamt den dafür geltenden Voraussetzungen.

Daher ist erst einmal zu begründen, warum sich der äußere Erklärungstatbestand **gerade in den hier interessierenden Konstellationen** einer vermeintlichen Vollmacht gegenüber dem abweichenden Willen durchsetzen sollte.

D. Handeln in fremdem Namen

Begriff

Nach § 164 Abs. 1 S. 1 BGB tritt die Rechtsfolge der Stellvertretung nur dann ein, wenn der Vertreter seine eigene Willenserklärung „**im Namen des Vertretenen**“ abgibt.

Diese **Offenkundigkeit** der Stellvertretung kann sich gem. §§ 133, 157 BGB (Auslegung) auch aus den Umständen ergeben, vgl. § 164 Abs. 1 S. 2

BGB. Auf ein Handeln „**unter fremdem Namen**“ sind die §§ 164 ff. BGB entsprechend anwendbar.

Sinn und Zweck

Dass die Stellvertretung dem **Dritten** gegenüber offengelegt werden muss, **schützt dessen Interessen**: Denn nur so weiß er, wem gegenüber das Rechtsgeschäft wirkt und damit, wer überhaupt sein Vertragspartner wird. Dafür benötigt der Dritte Anhaltspunkte.

Sich seinen Vertragspartner selbst aussuchen zu dürfen, ist wichtiger Bestandteil der **Vertragsfreiheit**. Wir wollen nicht mit allen Menschen gleichermaßen gern kontrahieren – und im individualistisch-liberalen Privatrecht ist „Diskriminierung“ regelmäßig erlaubt. Auch **wirtschaftlich** kann es – etwa für die Insolvenzgefahr – sehr wichtig sein, wer der Vertragspartner ist. Eine Bank etwa gibt einem Bettler nur ungern große Darlehen.

Empfängerhorizont

Empfängerhorizont, schlüssiges Handeln

Ob der Vertreter in fremdem Namen handelte, ist aus Sicht eines verständigen Empfängers (hier des Dritten) zu beurteilen, also getreu §§ 133, 157 BGB auszulegen. Wie § 164 Abs. 1 S. 2 BGB klarstellt, aber generell für die Auslegung gilt, kann sich die Stellvertretung daher auch **aus den Umständen** ergeben.

„Unternehmensbezogene Geschäfte“

Zu dieser Auslegung gehört es, dass bei sogenannten unternehmensbezogenen Geschäften regelmäßig der **jeweilige Betriebsinhaber Vertragspartner** wird. Ist z. B. ein Handwerker ersichtlich Angestellter eines Handwerksbetriebs, wird selbst ohne ausdrücklichen Hinweis der Inhaber des Handwerksbetriebs und nicht der Handwerker selbst Vertragspartner. Auch wer in einem Supermarkt an der Kasse zahlt, wird sich denken, dass er seinen Kaufvertrag mit dem Supermarkt und nicht mit dem Kassierer tätigt.

Keine Anfechtung bei Irrtum über Offenkundigkeit

Wer glaubt, ein Rechtsgeschäft lediglich als Vertreter zu tätigen, also selbst nicht gebunden zu werden, unterliegt einem Inhaltsirrtum nach § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB, wenn er mangels Offenkundigkeit nach § 164 Abs. 1 BGB doch selbst eintreten muss. Denn seine Willenserklärung hat dann bei verständiger Würdigung (§§ 133, 157 BGB) eine andere Bedeutung („Ich werde vertraglich selbst gebunden.“) als gewollt („Ich binde den Vertretenen.“).

Der etwas kryptisch formulierte § 164 Abs. 2 BGB versagt diese Anfechtung, ist also eine **Einwendung gegen § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB**. Er ist damit eines der wenigen Beispiele, in denen das BGB der Erklärungstheorie und nicht der Willentheorie folgt. Ob diese Sonderregelung sachlich überzeugt, lässt sich bezweifeln, ist jedoch eine rein rechtspolitische Frage.

Ausnahme: Geschäfte des täglichen Lebens

Verzichtet wird auf das Merkmal eines Handelns in fremdem Namen bei sogenannten **Geschäften des täglichen Lebens** („Geschäft für den, den es angeht“). Denn sofern es einem Dritten typischerweise egal ist, mit wem er sein Rechtsgeschäft tätigt, wird dies **zur bloßen Lästigkeit**, da Sinn und Zweck des Offenkundigkeitsprinzip (siehe oben) nicht mehr greifen. Rechtsdogmatisch formuliert überzeugt es hier, § 164 Abs. 1 BGB teleologisch zu reduzieren.

Bsp.: Handwerksmeister M schickt Lehrling L los, um **für ihn ein paar Flaschen Bier zu holen**. L fährt zu Getränkehändler H und kauft dort die Getränke. Hier dürfte es H gleichgültig sein, ob es M oder L ist, mit dem er seinen Vertrag schließt. Er hätte sich so oder so einverstanden erklärt. Dementsprechend würde es zumindest juristische Laien **eher befremden**, klärte L den H darüber auf, dass er in fremdem Namen für M handle.

Verständnis: Auch hier ordnet sich das Zivilrecht den Parteien und deren Interessen unter. Dazu trägt nicht zuletzt die Leichtigkeit von Rechtsgeschäften bei. Je besser Du solche Hintergründe verstehst (und nicht auswendig lernst), umso weniger musst Du Dir merken.

Handeln „unter“ fremdem Namen

Tritt jemand nicht als „Vertreter“ auf, sondern handelt **„unter fremdem Namen“**, indem er sich als eine fremde Person ausgibt, sind nach richtiger Ansicht die §§ 164 ff., 177 ff. BGB **analog anwendbar**. Denn die für den Vertreter ohne Vertretungsmacht geltenden Grundsätze erfassen auch diese Konstellation interessengerecht.

Beispiel: A gibt sich „zum Spaß“ als N aus und bestellt mit verstellter Stimme in Ns Wohnung einen professionellen Clown. Der Clown und N finden das gar nicht witzig. → Hier sollte N die Möglichkeit haben, das Rechtsgeschäft nachträglich zu genehmigen (§§ 117 Abs. 1, 184 Abs. 1 BGB), etwa weil er um seinen guten Ruf als verlässlicher Vertragspartner fürchtet. Genehmigt er hingegen nicht, sollte sich der Clown nach § 179 BGB bei A schadlos halten dürfen.