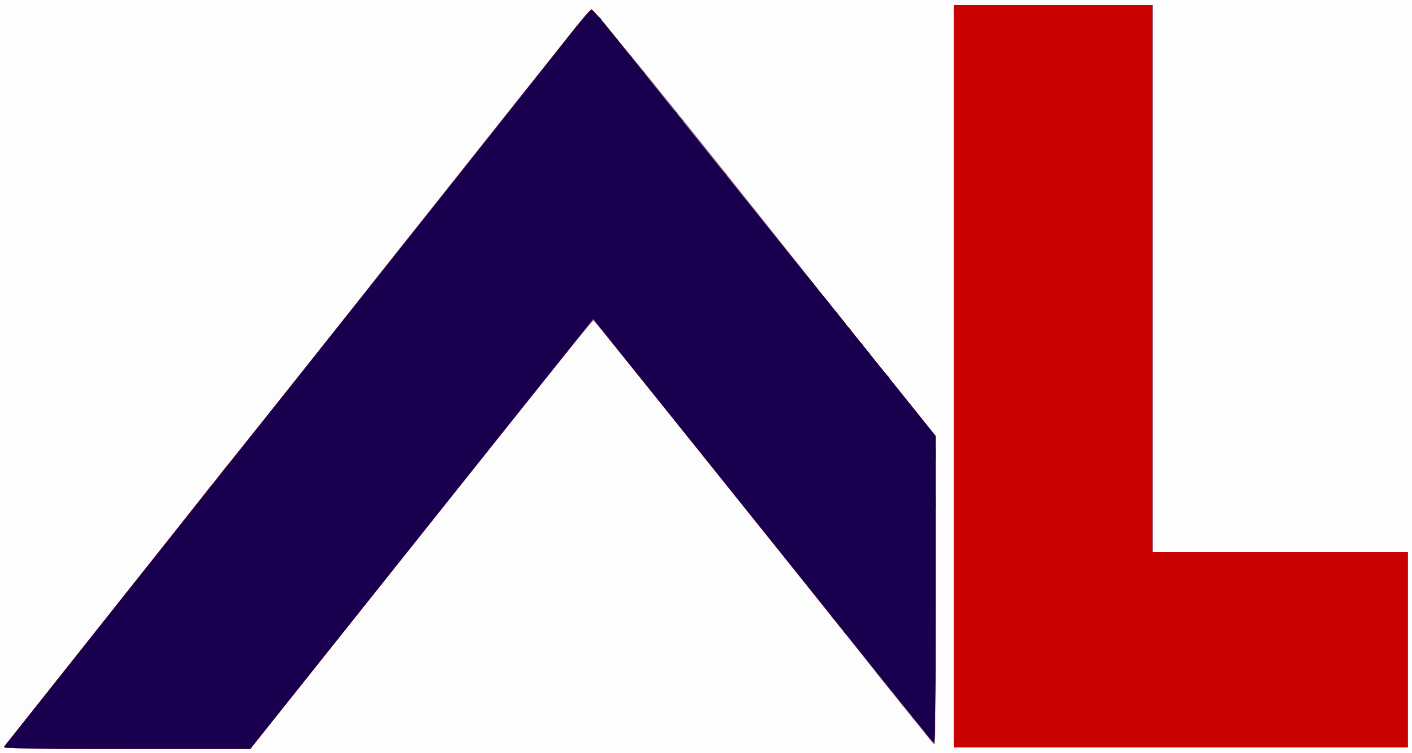

DIE STRUKTUREN DES ZIVILRECHTS

HARALD LANGELS

BGB AT 2

DIE RECHTSGESCHÄFTSLEHRE

2. TEILBAND

EINE NACH STRUKTURELEMENTEN GEORDNETE DARSTELLUNG DES EXAMENSRELEVANTEN ZIVILRECHTS

8. ÜBERARBEITETE UND ERWEITERTE AUFLAGE

ABELS & LANGELS

HARALD LANGELS

BGB AT 2

DIE RECHTSGESCHÄFTSLEHRE

2. TEILBAND

Eine nach Strukturelementen geordnete
Darstellung des examensrelevanten Zivilrechts

**8. überarbeitete und
erweiterte Auflage**

© Harald Langels

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

www.al-online.de

Vorwort zur 1. Auflage

Dieses Buch ist Teil einer Schriftenreihe, die auf der Basis meiner langjährigen Tätigkeit als Repetitor in Berlin, Bochum, Bonn, Hamburg, Kiel, Köln, München, Münster und Tübingen entstanden ist. Diese Schriftenreihe löst dabei einen Zielkonflikt, der im Rahmen der juristischen Ausbildung entstanden ist: Einerseits soll die Stoffmenge überschaubar sein, andererseits soll der gesamte examensrelevante Prüfungsstoff transparent dargestellt werden.

Um dieses Ziel zu erreichen, unterscheidet sich die Art der Darstellung von anderen Lehrbüchern und Skripten: Basierend auf der Methodik des strukturellen Lernens bleibt durch konsequente Datenreduktion auf Kosten nicht endend wollender Meinungsstreitigkeiten die Stoffmenge überschaubar, ohne das Detailwissen zu vernachlässigen, das für das Erreichen eines Prädikatsexamens unerlässlich ist. Dabei werden die Strukturen durch Beispiele erläutert, ohne die Sicht auf die examensrelevanten Probleme durch eine Unzahl von Fällen und Fallabwandlungen zu verstellen, da sich nach meiner Erfahrung das ausschließliche „Lernen am Fall" als Trugschluss erweist: Es provoziert nur die im Examen von Prüfern äußerst negativ bewertete Suche nach einem ähnlich „gelernten" Fall. Da es aber keinen „numerus clausus" von Examensklausuren gibt, besteht Ihre Aufgabe und Chance darin, die innere Struktur des Falles zu erkennen und diesen einer angesichts von grundlegenden Wertentscheidungen des Straf- und Zivilrechts vertretbaren Lösung zuzuführen. Sollten Sie darüber hinaus noch in der Lage sein, das so gefundene Ergebnis von einem anderen dogmatischen Fundament aus zu hinterfragen, wird Ihnen ein Prädikatsexamen sicher sein.

Ein besonderer Synergie-Effekt besteht dabei innerhalb der Examensvorbereitungen in der Verknüpfung der Lehrbücher mit der jeweiligen Lerneinheit unserer Kurse, da beide der Methodik des Strukturdenkens folgen. Die Lehrbücher ermöglichen eine optimale Vor- bzw. Nachbereitung der Lerneinheiten; diese wiederholen noch einmal die Strukturelemente, die anschließend zur Verbesserung der Klausurstrategie auf examenstypische Problemstellungen angewandt werden; auch die zahlreichen Tests und Examensklausuren innerhalb unseres Kursangebotes sind auf dieser Methodik aufgebaut. Andererseits habe ich mich bemüht, die Verweise auf die jeweilige Kursmitschrift so gering als möglich zu halten, um auch außerhalb bzw. im Vorfeld der Kursteilnahme eine stringente Examensvorbereitung zu ermöglichen.

Informationen zum didaktischen Konzept unserer Kurse, die jeweils im April bzw. Oktober eines Jahres beginnen, würden hier den Rahmen sprengen, können aber im jeweiligen kursbetreuenden Büro bzw. für die Kursstädte Hamburg, Berlin, Köln, Bonn, Bochum, Bielefeld, Münster und Osnabrück unter folgender Adresse erfragt werden:

ABELS & LANGELS, Basteistraße 28 b, 53173 Bonn, Tel.: 0228 95 63 403 (9 – 13 Uhr).

Konzept und Inhalt unserer Kurse sind auch auf unserer Homepage unter **www.al-online.de** ausführlich beschrieben. Dort finden Sie ferner als kostenlosen „Download" Leseproben zu all unseren Skripten sowie Muster von Klausuren und Lerneinheiten unserer Kurse.

Bonn, im Oktober 1993

Harald Langels

Vorwort zur 8. Auflage

Die 8. Auflage zum BGB AT 2 bringt mein Lehrbuch auf den Stand von Juli 2017 und ist eine Neuauflage, die ihren Namen verdient. Ich habe zahlreiche Gesetzesänderungen sowie Rspr. und Aufsätze zum Verbraucherschutz sowie viele neue Entscheidungen zum Internetrecht und zum AGB-Recht eingefügt.

Sollten wir uns im Rahmen meines Individualunterrichts nicht persönlich kennenlernen, so wünsche ich Ihnen jetzt bereits viel Spaß beim Lesen und viel Erfolg im Staatsexamen.

Bonn, im Juli 2017

Harald Langels

ABELS & LANGELS

DAS SYSTEM DER ANSPRÜCHE

ABELS & LANGELS

I. VERTRAGLICHE ANSPRÜCHE (IM ENGEREN SINN)

Vertragliche Ansprüche im engeren Sinn setzen einen wirksamen Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner voraus. Sie müssen daher zunächst einmal feststellen, ob der Vertrag in dem Augenblick (noch) wirksam ist, in dem der Gläubiger seinen Anspruch geltend macht: Der Vertrag darf nicht von Haus aus nichtig, Angebot bzw. Annahme dürfen nicht rückwirkend wirksam angefochten worden sein.

A. Primäransprüche

Jeder Vertragspartner schließt den Vertrag, damit der Vertrag erfüllt wird. Primäransprüche sind also stets auf **Erfüllung** gerichtet. Wenn die geschuldete Leistung bewirkt wird, erlischt der Primäranspruch gemäß § 362 I durch Erfüllung

B. Sekundäransprüche

Sekundäransprüche entstehen, wenn die primär geschuldete Leistung aus einem Umstand heraus gestört ist, den der Schuldner zu vertreten hat. Bei diesen **Leistungsstörungen** können wir wie folgt unterscheiden:

1) Ausschluß der Leistungspflicht

Der Anspruch des Gläubigers auf die Leistung ist gemäß § 275 ausgeschlossen, wenn diese unmöglich ist (§ 275 I) oder dem Schuldner wegen eines unzumutbaren Aufwandes (§ 275 II) bzw. aus persönlichen Gründen (§ 275 III) nicht zugemutet werden kann. Hat der Schuldner dieses Leistungshindernis zu vertreten - was gesetzlich vermutet wird -, so haftet er gemäß § 311 a II bzw. gemäß den §§ **280 I, III, 283**.

§ 311 a II
Anfänglicher Ausschluß der Leistungspflicht
1) Wirksamer Vertrag
2) Anfänglicher Ausschluß der Leistungspflicht
   a) § 275 I: Tatsächliche/rechtliche Unmöglichkeit
   b) § 275 II: Praktische Unmöglichkeit bei unzumutbarer Leistungserschwerung
   c) § 275 III: Unzumutbarkeit bei persönlichen Leistungen
3) Vertretenmmüssen (wird nach § 311 a II 2 widerlegbar vermutet)

§§ 280 I, III, 283
Nachträglicher Ausschluß der Leistungspflicht
1) Vertragliches/gesetzliches Schuldverhältnis
2) Leistungspflicht des Schuldners
3) Fälliger und einredefreier Anspruch des Gläubigers
4) Nachträglicher Ausschluß der Leistungspflicht: § 275 I - III
5) Vertretenmüssen des Schuldners (wird nach § 280 I 2 widerlegbar vermutet)

2) Nichtleistung trotz Möglichkeit

Ist dem Schuldner (im Gegensatz zu § 275) die Leistung noch möglich, so hat der Gläubiger ein **Wahlrecht**:
Er kann an seinem Erfüllungsanspruch festhalten und gemäß den §§ **280 I, II, 286** Ersatz des **Verzögerungsschadens** verlangen oder gemäß den §§ **280 I, III, 281** nach erfolgloser Nachfristsetzung **Schadensersatz statt der Leistung** fordern.

§§ 280 I, II, 286: Verzögerungsschaden
1) Vertragliches/gesetzliches Schuldverhältnis
2) Leistungspflicht des Schuldners
3) Die Leistung ist noch nicht erbracht, aber nachholbar
4) Fälliger und einredefreier Anspruch des Gläubigers
5) Mahnung: § 286 I I
   Entbehrlich in folgenden Fällen:
   a) § 286 I 2: Klageerhebung/Mahnbescheid
   b) § 286 II Nr. 1 - 4
   c) § 286 III: Nichtleistung innerhalb von 30 Tagen ab Zugang einer Rechnung
   d) § 242: Selbstmahnung des Schuldners
6) Vertretenmüssen (wird nach § 286 IV widerlegbar vermutet)

§§ 280 I, III, 281: Schadensersatz statt der Leistung
1) Vertragliches/gesetzliches Schuldverhältnis
2) Leistungspflicht des Schuldners
3) Leistung ist noch nicht erbracht, aber nachholbar
4) Fälliger und einredefreier Anspruch des Gläubigers
5) Pflichtverletzung des Schuldners
   a) Nichtleistung trotz Möglichkeit
   b) Nicht vertragsgemäße Leistung
6) Erfolgloser Ablauf einer angemessenen Nachfrist (entbehrlich in Fällen der §§ 281 II, 440, 636)
7) Vertretenmüssen des Schuldners (wird nach § 280 I 2 widerlegbar vermutet)

3) Lieferung einer mangelhaften Sache

Aus Platzgründen habe ich nur die beiden examensträchtigsten Vertragstypen dargestellt: Hat die gelieferte Sache einen Sach- oder Rechtsmangel, so hat der Schuldner seine Pflichten aus den §§ 433 I 2, 633 I verletzt. Die Rechte des Gläubigers ergeben sich aus den §§ 437 bzw. 634.

Kaufvertrag
1) **§§ 437 Nr. 1; 439:** Nacherfüllung
2) **§§ 437 Nr. 2, 323 I (§ 326 V):** Rücktritt
3) **§§ 437 Nr. 2; 441:** Minderung
4) **§ 437 Nr. 3:** Schadensersatz in Verbindung mit:
   a) **§ 311 a II:** Anfängliche Unmöglichkeit der Mangelbeseitigung
   b) **§§ 280 I, III, 283:** Nachträgliche Unmöglichkeit der Mangelbeseitigung
   c) **§§ 280 I, III, 281:** Mangelschaden
   d) **§ 280 I:** Mangelfolgeschaden

Werkvertrag
1) **§§ 634 Nr. 1; 635:** Nacherfüllung
2) **§§ 634 Nr. 2; 637:** Ersatzvornahme
3) **§§ 634 Nr. 3, 1. Alt.; 323 (326 V):** Rücktritt
4) **§§ 634 Nr. 3, 2. Alt.; 638:** Minderung
5) **§ 634 Nr. 4:** Schadensersatz in Verbindung mit:
   a) **§ 311 a II:** Anfängliche Unmöglichkeit der Mangelbeseitigung
   b) **§§ 280 I, III, 283:** Nachträgliche Unmöglichkeit der Mangelbeseitigung
   c) **§§ 280 I, III, 281:** Mangelschaden
   d) **§ 280 I:** Mangelfolgeschaden

4) Sonstige Pflichtverletzungen

Verletzt der Schuldner anstelle von Nichtleistung und Schlechtleistung eine sonstige Pflicht, so kann der Gläubiger wählen: Er kann an seinem Erfüllungsanspruch festhalten und gemäß § **280 I** Schadensersatz für die reinen Folgen der Pflichtverletzung fordern oder er kann gemäß den §§ **280 I, III, 282** Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn die Pflichtverletzung so gravierend war, daß ihm die weitere Leistung durch den Schuldner nicht mehr zuzumuten ist.

§ 280 I
1) Schuldverhältnis
   a) vorvertraglich: § 311 II
   b) vertraglich
   c) gesetzlich
2) Pflichtverletzung des Schuldners
   a) Sorgfalts-, Schutz- und Obhutspflichten
   b) Aufklärungs- bzw. Beratungspflichten
   c) Sonstige Nebenpflichten wie z.B. Unterlassungspflichten, Verschwiegenheitspflichten, Mitwirkungspflichten
3) Vertretenmüssen des Schuldners (§ 280 I 2)
4) Schaden
5) Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden

§§ 280 I, III, 282
1) Vertragliches/gesetzliches Schuldverhältnis
2) Nebenpflichtverletzung
3) Vertretenmüssen (§ 280 I 2)
4) Unzumutbarkeit, das Schuldverhältnis fortzusetzen

C. Tertiäransprüche

Sie setzen im Gegensatz zu den Sekundäransprüchen kein Vertretenmüssen des Schuldners voraus.

1) § 255
Wer für den Verlust einer Sache oder eines Rechts Schadensersatz leisten muß, kann von seinem Gläubiger verlangen, daß dieser ihm dessen Ersatzansprüche gegen Dritte abtritt.

2) § 285 I
Hat der Schuldner infolge der Unmöglichkeit einen Ersatzgegenstand oder Ersatzanspruch erlangt, so kann der Gläubiger Herausgabe bzw. Abtretung verlangen.

II. QUASIVERTRAGLICHE ANSPRÜCHE

A. Verletzung vorvertraglicher Pflichten: §§ 311 II, 241 II, 280 I 1

Durch Anbahnung eines geschäftlichen Kontakts oder durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen entsteht ein vorvertragliches Vertrauensverhältnis. Gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I haftet derjenige, der in diesem Stadium schuldhaft Pflichten verletzt, die bereits vor Vertragsschluß bestehen.

Die Anspruchsvoraussetzungen
1) **Vorvertragliches Schuldverhältnis: § 311 II**
   a) Aufnahme von Vertragsverhandlungen
   b) Anbahnung eines geschäftlichen Kontakts
   c) Dauernde Geschäftsbeziehung
2) **Die Pflichtverletzungen:**
   a) Sorgfaltspflichten
   b) Aufklärungspflichten
   c) Schuldhaft verursachte Nichtigkeit des Vertrags
   d) Unbegründeter Abbruch von Vertragsverhandlungen
3) **Verschulden:**
   a) § 276 I wird gemäß § 280 I 2
   b) § 278 J widerlegbar vermutet
4) **Schaden:**
5) **Kausalität** zwischen Pflichtverletzung und Schaden

B. Geschäftsführung ohne Auftrag: §§ 677 – 687

Führt ein Geschäftsführer (GF) ein fremdes Geschäft, ohne dazu vertraglich bzw. gesetzlich verpflichtet zu sein, so entsteht zwischen ihm und dem Geschäftsherrn (GH) ein gesetzliches Schuldverhältnis. Wir können zwischen 4 Formen der GoA unterscheiden:

Echte, berechtigte GoA
Der GF führt ein fremdes Geschäft für den GH.
Der GH ist mit der Übernahme der Geschäftsführung durch den GF einverstanden.

1) **GH -> GF**
   a) **Primäransprüche:** **§§ 681, 2; 665:** Befolgen von Weisungen
      §§ 681, 2; 666: Auskunft/Rechenschaft
      §§ 681, 2; 667: Herausgabe des Erlangten
   b) **Sekundäransprüche:** **§§ 280 I, III, 283:** Schadensersatz bei Unmöglichkeit der Herausgabe
      §§ 280 I, II, 286: Ersatz des Verzögerungsschadens bei verspäteter Herausgabe
      §§ 280 I, 677: Schadensersatz bei schuldhaft schlechter Ausführung
2) **GF -> GH** **§§ 683, 670:** Aufwendungsersatz

Echte, nichtberechtigte GoA
Der GF führt ein fremdes Geschäft für den GH.
Der GH ist mit der Übernahme der Geschäftsführung durch den GF nicht einverstanden.

1) **GH -> GF: § 678:** Schadensersatz
2) **GF -> GH: §§ 684, 1; 818 ff.:** Herausgabe des durch die unerwünschte Geschäftsführung Erlangten

§ 687 I
Führt der GF ein objektiv fremdes Geschäft als eigenes Geschäft, ohne die Fremdheit des Geschäfts zu erkennen, so sind die Regeln der GoA nicht anwendbar

§ 687 II
Maßt sich der GF ein objektiv fremdes Geschäft bewußt als eigenes an, so steht dem GH gemäß § 687 II 1 ein Wahlrecht zu:

1) **GH -> GF:**
   a) **§§ 687 II 1; 678:** Schadensersatz
   b) **§§ 687 II 1, 681, 2; 667:** Herausgabe des Erlangten, dann aber:
2) **GF -> GH:**
   §§ 687 II 2, 684, 1; 818 ff.: Aufwendungsersatz, soweit der GH durch die angemaßte Geschäftsführung eigene Aufwendungen erspart hat.

C. Haftung wegen veranlaßten Vertrauens

Wer eine unwirksame Willenserklärung abgibt, muß den anderen in Geld so stellen, wie dieser stünde, wenn er niemals auf die Wirksamkeit dieser Willenserklärung vertraut hätte. Der Schuldner muß den Gläubiger aber nicht besser stellen, als dieser bei Wirksamkeit der Willenserklärung stünde.

1) **§ 122:** Nichtigkeit infolge von Anfechtung bzw. Scherzerklärung
2) **§ 179 II:** Unwirksamkeit wegen fehlender Vertretungsmacht

III. DINGLICHE ANSPRÜCHE

Dingliche Ansprüche verwirklichen das dingliche Recht: Sie entstehen, wenn das dingliche Recht beeinträchtigt wird und ermöglichen es dem Inhaber des dinglichen Rechts, die ihm zustehenden Befugnisse auszuüben. So ermöglichen z.B. der Herausgabeanspruch des Eigentümers aus § 985 oder der Unterlassungsanspruch aus § 1004, die Sache umfassend und ungestört zu nutzen. Beachten Sie bei den dinglichen Ansprüchen folgende **Besonderheiten**:
- Dingliche Ansprüche wenden sich gegen jeden, der das dingliche Recht beeinträchtigt.
- Dingliche Ansprüche setzen kein Verschulden voraus.
- Dingliche Ansprüche sollen das dingliche Recht verwirklichen und können daher nicht vom dinglichen Recht getrennt, also nicht isoliert abgetreten werden.
- Wird das dingliche Recht übertragen, so gehen dingliche Ansprüche nicht über, sondern entstehen in der Person des Erwerbers von neuem.

A. Primäransprüche

1) **Herausgabeansprüche**
   a) **Petitorische Ansprüche** (stammen aus einem Recht zum Besitz und ordnen die Besitzlage endgültig)
      aa) **§ 985** Eigentümer -> unrechtmäßiger Besitzer
      bb) **§ 1007 I, II** Früherer -> jetziger Besitzer bei Bösgläubigkeit bzw. Abhandenkommen
      cc) **§§ 1065, 985** Nießbraucher -> unrechtmäßiger Besitzer
      dd) **§§ 1227, 985** Pfandgläubiger -> unrechtmäßiger Besitzer
      ee) **§ 2018** Erbe -> Erbschaftsbesitzer
   b) **Possessorische Ansprüche** (stammen aus dem Besitz und können je nach Recht zum Besitz noch korrigiert werden): **§ 861**
2) **Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche**
   a) **endgültig: §§ 12, 1004; 1027, 1090 II, 1065, 1134 I, 1192 I, 1227 i.V.m. 1004; § 771 ZPO**
   b) **vorläufig: §§ 862 I; 1029, 1090 II**
3) **Duldung der Zwangsvollstreckung: §§ 1147 (1192); 1228**
4) **Mitwirkung / Berichtigung:**
   a) **§§ 888 I** Abgabe der nach § 19 GBO erforderlichen Bewilligung, die zur Eintragung des vorgemerkten
   b) **§ 894** Rechts bzw. zur Grundbuchberichtigung erforderlich ist.

B. Sekundäransprüche

Die Sekundäransprüche sind nichtdingliche Folgeansprüche, die von ihrem Stammrecht getrennt werden, also auch isoliert abgetreten werden können.

1) **Schadensersatz**
   a) **§ 989** Schuldhafte Beschädigung nach Rechtshängigkeit der Herausgabeklage
   b) **§§ 990 I, 989** Schuldhafte Beschädigung durch den bösgläubigen Besitzer
   c) **§§ 990 II, 280 I, II, 286** Verzugshaftung des bösgläubigen *und* verklagten Besitzers
2) **Nutzungen**
   a) **§§ 987 I, II (990 I)** Herausgabe der gezogenen/schuldhaft nicht gezogenen Nutzungen durch den verklagten/bösgläubigen Besitzer
   b) **§§ 988, 818 ff.** Herausgabe der gezogenen Nutzungen bei unentgeltlichem Besitzerwerb
   c) **§ 2020** Herausgabe der gezogenen Nutzungen durch den Erbschaftsbesitzer
3) **Verwendungsersatz**
   a) **§§ 994 I 1, 996** Ersatz der notwendigen bzw. nützlichen Verwendungen des nicht verklagten/gutgläubigen Besitzers
   b) **§§ 994 II, 683, 670 bzw. 684, 1; 818 ff.** Ersatz der notwendigen Verwendungen nach GoA-Regeln für den verklagten/bösgläubigen Besitzer
   c) **§ 2022 I, II** Ersatz aller Verwendungen des nicht verklagten, gutgläubigen Erbschaftsbesitzers

C. Tertiäranspruch: §§ 951, 812 I 1, 2. Alt.

Hat der frühere Eigentümer durch Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung sein Eigentum an den Ausgangsprodukten gemäß den §§ 946 – 950 kraft Gesetzes verloren, so kann er gemäß den §§ 951, 812 I 1, 2. Alt. von demjenigen Ausgleich verlangen, der auf seine Kosten Eigentümer geworden ist.

IV. DELIKTISCHE ANSPRÜCHE

A. Gefährdungshaftung

Unabhängig vom Verschulden haftet derjenige, der eine Gefahrenquelle schafft, wenn sich die spezifische Gefahr der gefährlichen Sache/Handlung in einem Schaden realisiert, der vom Schutzzweck der Gefährdungshaftung erfaßt wird.

1) **§ 7 I StVG:** Haftung des Halters für beim Betrieb seines Fahrzeugs verursachte Schäden
2) **§ 1 I 1 ProdHaftG:** Haftung des Herstellers/Importeurs für fehlerhafte Produkte
3) **§ 833, 1 BGB:** Haftung des Halters eines Luxustieres
4) Weitere Gefährdungstatbestände: §§ 25 AtomG, 1 UmweltHG, 54 LuftVG, 84 AMG, 22 WHG, 2 HPflG, 32 GenTG

B. Haftung für ein vermutetes, aber widerlegbares Verschulden

Hier kehrt das Gesetz die Beweislast um: Sowohl das Verschulden als auch die Kausalität zwischen schuldhaftem Verhalten und Schadenseintritt werden gesetzlich vermutet, doch räumt man dem Schuldner die Möglichkeit ein, das Gegenteil zu beweisen: entweder fehlendes Verschulden oder, daß der Schaden auch bei sorgfaltsgemäßem Verhalten eingetreten wäre.

1) **§ 831 I 1:** Haftung des Geschäftsherrn bei unerlaubter Handlung durch den Verrichtungsgehilfen
2) **§ 832 I:** Haftung des Aufsichtspflichtigen bei unerlaubter Handlung durch den Beaufsichtigten
3) **§ 18 StVG:** Haftung des Kfz-Fahrers für Unfallschäden

C. Haftung für nachgewiesenes Verschulden

Hier haftet der Schuldner nur, wenn ihm der Gläubiger nachweisen kann, daß er durch sein Verhalten schuldhaft ein Recht oder Rechtsgut des Gläubigers verletzt hat. Dieses Verschuldensprinzip wird aber dadurch eingeschränkt, daß sich das Verschulden nur auf die Rechtsverletzung (§ 823 I) oder auf die Schutzgesetzverletzung (§ 823 II), nicht aber auf den Schaden beziehen muß: Wer schuldhaft ein Recht des Gläubigers verletzt, muß auch einen Schaden ersetzen, den er in diesem Ausmaß nicht vorhersehen konnte.

1) **§ 823 I:** Schuldhafte Verletzung der enumerativ aufgezählten Rechte/Rechtsgüter oder eines sonstigen Rechts
2) **§ 823 II:** Schuldhafte Verletzung eines Schutzgesetzes
3) **§ 826:** Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung

V. BEREICHERUNGSRECHTLICHE ANSPRÜCHE

A. Leistungskondiktionen

Bei einer Leistungskondiktion hat der Gläubiger bewußt und zweckgerichtet das Schuldnervermögen gemehrt und möchte diese Vermögensmehrung aus den folgenden Gründen abschöpfen:

1) **§ 812 I 1, 1. Alt.:** Der Gläubiger hat ohne rechtlichen Grund geleistet.
2) **§ 812 I 2, 1. Alt.:** Der rechtliche Grund ist nachträglich weggefallen.
3) **§ 812 I 2, 2. Alt.:** Der mit der Leistung verfolgte Zweck kann auf Dauer nicht mehr erreicht werden.
4) **§ 813 I 1:** Der Gläubiger hat in Unkenntnis einer dauerhaft wirkenden Einrede geleistet.
5) **§ 817, 1:** Der Schuldner hat durch die Entgegennahme der Leistung gegen die guten Sitten verstoßen.

B. Nichtleistungskondiktionen

Bei der Nichtleistungskondiktion hat der Schuldner ohne rechtlichen Grund einen Vermögensvorteil auf Kosten des Gläubigers erlangt, ohne daß ihm der Gläubiger diesen Vorteil bewußt und zweckgerichtet zugewandt hat.

1) **§ 816 I 1:** Trifft ein Nichtberechtigter eine wirksame Verfügung, so muß er das dadurch Erlangte herausgeben.
2) **§ 816 I 2:** Erfolgt die Verfügung unentgeltlich, so ist der Erwerber zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet.
3) **§ 816 II:** Wird an einen Nichtberechtigten mit befreiender Wirkung geleistet, so ist dieser zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet.
4) **§ 822:** Hat der ursprüngliche Kondiktionsschuldner die Leistung unentgeltlich einem Dritten zugewandt, so ist der Dritte zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet.
5) **§ 812 I 1, 2. Alt.**
   a) **Rückgriffskondiktion:** Der Gläubiger nimmt beim Schuldner Regreß, weil dieser auf Kosten des Gläubigers etwas ohne rechtlichen Grund erlangt hat.
   b) **Verwendungskondiktion:** Der Gläubiger hat auf eine Sache Verwendungen gemacht, die dem Schuldner zugute kommen.
   c) **Eingriffskondiktion:** Der Schuldner hat ohne rechtlichen Grund in den Zuweisungsgehalt eines Gläubigerrechts eingegriffen und muß daher das dadurch Erlangte herausgeben.

© HARALD LANGELS

INFORMATION/VORANMELDUNG: ABELS & LANGELS • Tel 0228/95 63 403 • www.al-online.de

Als farbiges Poster in DIN A 2 erhältlich!

Inhaltsverzeichnis

3. Teil: Die Willensmängel ... 1

§ 20 Bewusste Willensmängel: §§ 116 – 118 ... 3
I. Der geheime Vorbehalt ... 3
II. Das Scheingeschäft ... 4
III. Die Scherzerklärung ... 7

§ 21 Die Irrtumsanfechtung der §§ 119 I, II, 120 ... 9
I. Die Prüfungsreihenfolge beim Irrtum ... 11
II. Das AL-Prüfungsschema der Irrtumsanfechtung ... 12
III. Die Anfechtungserklärung ... 12
IV. Der Anfechtungsgegner ... 13
V. Die Anfechtungsgründe ... 13
1) Der Motivirrtum ... 13
2) Der Erklärungsirrtum ... 14
3) Der Inhaltsirrtum ... 15
4) Der Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft ... 20
5) Die Anfechtbarkeit wegen einer falschen Übermittlung ... 22
VI. Die Anfechtungsfrist ... 24
VII. Die Rechtsfolgen der Anfechtung ... 24
VIII. Konkurrenzprobleme innerhalb der Irrtumsanfechtung ... 26
1) Das Verhältnis von § 119 I zu § 119 II ... 26
2) Das Verhältnis der §§ 119 I, II zu den Gewährleistungsregeln ... 26

§ 22 Die Anfechtbarkeit wegen Täuschung oder Drohung gemäß § 123 ... 29
I. Die arglistige Täuschung ... 29
1) Der Bezugspunkt der Täuschung ... 29
2) Die Modalitäten der Täuschungshandlung ... 29
3) Die Arglist des Täuschenden ... 30
4) Die Täuschung durch Dritte ... 31
II. Die widerrechtliche Drohung ... 32
1) Die Drohung ... 32
2) Die Widerrechtlichkeit der Drohung ... 32
III. Die Kausalität der Täuschung / Drohung für die abgegebene Erklärung ... 33
IV. Schadensersatzansprüche ... 33
V. Konkurrenzprobleme ... 34
1) Das Verhältnis des § 119 zu § 123 ... 34
2) Das Verhältnis des § 123 I zu den Gewährleistungsregeln ... 34

4. Teil: Der Vertragsschluss ... 35

§ 23 Angebot und Annahme ... 35
I. Das Angebot ... 35
1) Der Inhalt des Angebots ... 35
2) Die Bindungswirkung des Angebots ... 37
3) Das Erlöschen des Angebots durch Fristablauf ... 37
4) Das Erlöschen des Angebots durch Ablehnung ... 38
5) Tod / Verlust der Geschäftsfähigkeit ... 38
II. Die Annahme ... 39
III. Der Dissens ... 41
IV. Faktische Vertragsverhältnisse ... 42
1) Protestatio facto contraria non valet. ... 43
2) Gesellschaften auf fehlerhafter Vertragsgrundlage ... 44

§ 24 Widerrufsrechte und Verbraucherschutz ... 47
I. Anwendungsbereich und allgemeine Grundsätze bei Verbraucherverträgen ... 48
1) Die Vertragsparteien ... 48
2) Die geschuldete Leistung ... 48
3) Die Bereichsausnahmen ... 48
4) Allgemeine Regeln und Grundsätze für Verbraucherverträge ... 48
II. Außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge und Fernabsatzverträge: ... 49
1) Die situationsbedingten Voraussetzungen ... 49
2) Die Rechtsfolgen ... 50
III. Form, Frist und Rechtsfolgen des Widerrufs: §§ 355 – 360 ... 51
1) Die Struktur der gesetzlichen Regelung ... 51
2) Das Wesen des Widerrufs ... 51
3) Die Wirkung des Widerrufs ... 51
4) Der Inhalt der Widerrufserklärung ... 51
5) Die Form der Widerrufserklärung ... 51
6) Die Rechtzeitigkeit des Widerrufs ... 52
7) Die Rechtsfolgen des Widerrufs bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und Fernabsatzverträgen ... 52
IV. Verbundene Verträge: §§ 358, 359 ... 54
1) Verbundene Verträge ... 54
2) Die Rechtsfolgen ... 55
3) Der Einwendungsdurchgriff ... 56
V. Finanzierungshilfen: §§ 506 ff. ... 57
1) Der sachliche Anwendungsbereich ... 57
2) Der persönliche Anwendungsbereich ... 57
3) Die Schriftform ... 58
4) Die Rechtsfolge bei Formmängeln ... 58
5) Das Widerrufsrecht der §§ 506, 495, 355 ... 58
6) Das Kündigungs- bzw. Rücktrittsrecht des Kreditgebers ... 58

§ 25 Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) 60
I. Ist die Klausel Vertragsbestandteil geworden? 61
1) § 305 I: Begriffsbestimmung 61
2) § 305 II: Einbeziehung in den Vertrag 65
3) § 305 b: Individuelle Vereinbarungen haben Vorrang vor AGB. 68
4) § 305 c I: Überraschende Klauseln werden nicht Vertragsbestandteil. 68
5) § 305 c II: Unklarheiten und Zweifel bei der Auslegung der AGB gehen zu Lasten des Verwenders 69
II. Ist die Klausel inhaltlich zulässig? 70
1) § 309: Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit 71
2) § 308: Klauseln mit Wertungsmöglichkeit 74
3) Die Generalklausel des § 307 74
III. Rechtsfolge bei Nichteinbeziehung oder Unwirksamkeit einer Klausel 79
IV. Ausgleichsansprüche gegen den Verwender einer missbräuchlichen Klausel 79

§ 26 Bedingung und Befristung: §§ 158 – 163 80
I. Begriffsbestimmung 80
1) Die Bedingung 80
2) Die Befristung 81
II. Die Zulässigkeit von Bedingung oder Befristung 82
III. Eintritt und Ausbleiben der Bedingung 83
1) Eintritt der aufschiebenden Bedingung 83
2) Eintritt der auflösenden Bedingung 83
3) Das Ausbleiben der Bedingung 83
IV. Der Schutz des bedingt Berechtigten 83
1) Der Schutz im Innenverhältnis zum Geschäftspartner 83
2) Der Schutz des bedingt Berechtigten im Außenverhältnis zu Dritten 85

5. Teil: Stellvertretung und Ermächtigung 86

§ 27 Die Stellvertretung: §§ 164 – 181 86
I. Die Wirksamkeitsvoraussetzungen der Stellvertretung 90
1) Die Zulässigkeit der Stellvertretung 90
2) Der Vertreter gibt eine eigene Willenserklärung ab. 90
3) Der Vertreter tritt im Namen des Vertretenen auf: Das Offenkundigkeitsprinzip 92
4) Der Vertreter verfügt über die erforderliche Vertretungsmacht. 96
II. Die Erteilung der Vollmacht 97
III. Die Form der Vollmachtserteilung 98
IV. Die Arten der Vollmacht 99
1) Der Umfang der Vollmacht 99
2) Die Anzahl der vertretungsberechtigten Personen 99
3) Hauptvollmacht und Untervollmacht 100
V. Der Umfang der Vertretungsmacht 100
1) Der Umfang der Vollmacht 100
2) Der Umfang der gesetzlichen Vertretungsmacht 102
VI. Das Erlöschen der Vollmacht 103
1) Die Vollmacht erlischt in folgenden Fällen: 103
2) Die Rechtsfolgen des Erlöschens der Vollmacht 107

VII. Duldungsvollmacht und Anscheinsvollmacht 108
1) Die Duldungsvollmacht 108
2) Die Anscheinsvollmacht 109
3) Der Umfang der Rechtsscheinhaftung 110
4) Die Rechtsfolgen der Duldungs- und Anscheinsvollmacht 110
VIII. Willensmängel und Kenntnis bestimmter Umstände: § 166 110
1) Willensmängel des Vertreters 110
2) Kenntnis / Kennenmüssen des Vertreters 111
3) Die Kenntnis des Vertretenen gemäß § 166 II 114
IX. Die Beschränkung der Vertretungsmacht 114
1) Der Missbrauch der Vertretungsmacht 114
2) Die Beschränkung der Vertretungsmacht 116
X. Die Vertretung ohne Vertretungsmacht: § 177 118
1) Die Fallgruppen 118
2) Die Folgen 119
3) Die Beendigung des Schwebezustandes 119
4) Die Haftung des Vertretenen 121
5) Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht 121

§ 28 Einwilligung und Genehmigung: §§ 182 – 185 124
I. Die Rechtsnatur der Zustimmung 124
II. Die Einwilligung: 125
III. Die Genehmigung 125
IV. Die Verfügung eines Nichtberechtigten 126

Index 129

3. Teil: Die Willensmängel

Vorbemerkung

Das Wesen der Privatautonomie besteht darin, dass die Parteien frei darüber entscheiden können, ob und mit welchem Inhalt sie eine rechtliche Folge herbeiführen wollen. Um eine derartige Rechtsfolge auszulösen, geben sie Willenserklärungen ab, die sich aus einem subjektiven (Willens)Element und einem objektiven (Erklärungs)Tatbestand zusammensetzen. Dabei gilt die durch die Erklärung herbeigeführte Rechtsfolge, weil sie gewollt ist. Im Umkehrschluss liegt ein Willensmangel vor, wenn der *Wille* des Erklärenden und der durch Auslegung zu ermittelnde Inhalt seiner *Erklärung* auseinanderfallen. Dieses Auseinanderfallen von Wille und Erklärung kann folgende Ursachen haben:

1) **Fehlender Handlungswille**

War das Verhalten nicht vom Willen gesteuert, so liegt keine Willenserklärung vor. Der Geschäftsgegner ist auch dann nicht schutzwürdig, wenn er das Fehlen des Handlungswillens nicht erkennen konnte; ein ihm entstandener Vertrauensschaden wird ihm nicht ersetzt (ausführlich dazu Langels, BGB AT 1 § 13 I 1).

2) **Fehlendes (potentielles) Erklärungsbewusstsein**

Ein Verhalten, das in den Augen des Erklärungsempfängers einen bestimmten Geschäftswillen signalisiert, ist dann eine (zunächst wirksame) Willenserklärung, wenn der Handelnde bei entsprechender Sorgfalt hätte erkennen können, dass man sein Verhalten als rechtsgeschäftlich bedeutsame Erklärung verstehen würde. Er trägt daher das „Erklärungsrisiko“ und muss mit der Folge des § 122 anfechten, wenn er diese Erklärung nicht gegen sich gelten lassen will. Nur wenn er persönlich nicht hatte erkennen können, dass man sein Verhalten derart interpretieren würde, liegt keine Willenserklärung vor.
Auch wenn der Erklärende hätte erkennen können, dass man sein Verhalten als rechtsgeschäftliche Erklärung verstehen würde, liegt keine Willenserklärung vor, wenn der Erklärungsgegner das fehlende Erklärungsbewusstsein erkannt hat, da er in diesem Fall nicht schutzwürdig ist (ausführlich dazu Langels, BGB AT 1 § 13 I 2).

3) **Bewusste Willensmängel: §§ 116 – 118 (dazu § 20)**

Ein bewusster Willensmangel liegt vor, wenn der Erklärende weiß, dass Wille und Erklärung auseinanderfallen: Er weiß, dass sein Verhalten nach normalem Verständnis als rechtsgeschäftliche Erklärung verstanden wird, will sich aber an dieser Erklärung nicht festhalten lassen. Diese Fälle sind in den §§ 116 – 118 gesetzlich geregelt:

a) Beim geheimen Vorbehalt des § 116, 1 weiß der Erklärende, dass der Erklärungsgegner sein Verhalten in einer entsprechenden Weise deuten wird. Der Erklärende will die Erklärung aber insgeheim nicht gegen sich gelten lassen.

b) Bei Abschluss eines Scheingeschäfts i.S.d. § 117 I wollen beide Beteiligten ein Geschäft nur zum Schein abschließen, das in Wirklichkeit nicht wirksam sein *soll* und daher auch nicht wirksam *ist*.

c) Bei einer Scherzerklärung gemäß § 118 geht der Erklärende davon aus, der Erklärungsempfänger werde das Erklärte nicht für bare Münze nehmen und erkennen, dass der Handelnde keine Rechtsfolge auslösen, sondern nur einen Scherz machen wollte.

4) **Unbewusste Willensmängel: §§ 119 – 122 (dazu § 21)**

Wille und Erklärung fallen auseinander, weil der Erklärende eine Erklärung mit diesem Inhalt nicht hatte abgeben wollen (§ 119 I) oder weil er bei Abgabe der Erklärung von falschen Voraussetzungen ausgegangen ist (§ 119 II). Der Erklärende kann seine Erklärung in der Frist des § 121 anfechten, muss dann aber dem Erklärungsgegner gemäß § 122 bis zur Höhe des Erfüllungsinteresses dessen Vertrauensschaden ersetzen.

5) **Beeinträchtigung der Entschlussfreiheit: §§ 123, 124 (dazu § 22)**

Wirkt der Erklärungsgegner durch arglistige Täuschung oder Drohung auf die Entschlussfreiheit des Erklärenden ein, so kann dieser seine Erklärung gemäß § 123 I in der Frist des § 124 anfechten. Der Getäuschte muss selbstverständlich keinen Vertrauensschaden ersetzen, da der Täuschende / Drohende auf die Wirksamkeit der Erklärung ohnehin nicht vertrauen durfte. Dem Getäuschten entstandene Schäden werden über die Regeln der culpa in contrahendo sowie über die §§ 823 II BGB, 263 StGB; 826 BGB ersetzt.

§ 20 Bewusste Willensmängel: §§ 116 – 118

I. Der geheime Vorbehalt des § 116

Fall: Schwarzfahrer Wilhelm Brause erklärt bei einer Kontrolle dem Schaffner, er habe niemals vorgehabt, einen Beförderungsvertrag zu schließen. Da aufgrund der Privatautonomie gegen seinen Willen ein Vertrag nicht zustande kommen könne, sei er mangels Vertragsschluss auch nicht verpflichtet, ein erhöhtes Beförderungsgeld in Form einer Vertragsstrafe zu zahlen.

1) Die durch eine Willenserklärung ausgelöste Rechtsfolge gilt, weil sie vom Willen des Erklärenden gedeckt ist. Daraus darf man aber nicht den Umkehrschluss ziehen, dass eine Erklärung allein deshalb nichtig ist, weil sie nicht gewollt ist, da das Gesetz auch das Vertrauen derer schützt, die an die Wirksamkeit dieser Erklärung geglaubt haben. Aus Gründen des Vertrauensschutzes ist daher der geheime Vorbehalt gemäß § 116,1 unbeachtlich: **Eine Willenserklärung ist nicht deshalb nichtig, weil der Erklärte insgeheim vorhatte, das Erklärte nicht zu wollen**.

2) **Die Unbeachtlichkeit des geheimen Vorbehalts gilt für jede Art von Willenserklärung**: Es kommt also nicht darauf an, ob sie ausdrücklich oder konkludent, mündlich oder schriftlich erfolgt oder ob sie empfangsbedürftig ist oder nicht.

3) Da die Unbeachtlichkeit des geheimen Vorbehalts auf dem Vertrauensschutzprinzip beruht, ist der Vorbehalt beachtlich, wenn er nicht mehr geheim ist: **Nach § 116, 2 ist die Erklärung nichtig, wenn der Erklärungsgegner den geheimen Vorbehalt erkannt hat**.

4) Über § 116, 2 hinaus ist der Vorbehalt, das Erklärte nicht zu wollen, auch dann beachtlich, wenn anhand der Umstände jedermann klar war, dass der „Erklärende“ keine wirksame Willenserklärung abgeben wollte. In diesem Fall liegt gar keine Willenserklärung vor.

5) Hat der Erklärungsgegner den Vorbehalt des Erklärenden erkannt, so bestehen Parallelen zum Scheingeschäft i.S.d. § 117 I: Auch hier weiß der Erklärungsgegner, dass sich der andere nicht rechtsgeschäftlich binden will. Während aber beim Scheingeschäft über die Nichtgeltung ein „Konsens“ besteht, die Parteien also die Nichtgeltung regelrecht vereinbart haben, genügt es bei § 116, 2, dass der Erklärungsgegner den geheimen Vorbehalt einseitig erkannt hat.

Problem 1: „Guter“ Scherz / § 118 – „böser“ Scherz / § 116, 1

Wollte der Erklärende eine Erklärung nur zum Scherz abgeben, so muss es sich deshalb nicht automatisch um eine „Scherzerklärung“ i.S.d. § 118 handeln, denn man muss hier zwischen einem „bösen“ Scherz (§ 116) und einem „guten“ Scherz (§ 118) unterscheiden.

Beispiel: Der Yuppie Y feiert das Bestehen des großen BGB-Scheins mit seinen Freunden in einer vollbesetzten Szenekneipe. Aus einer Laune heraus brüllt er: „Champagner für alle!“ Ohne mit der Wimper zu zucken, entkorkt der Wirt eine Nebukadnezar-Champagnerflasche mit einem 15-Liter-Inhalt und stellt sie dem völlig entgeisterten Y mit den Worten „ich nehme deinen Wagen in Zahlung“ auf die Theke.

Es handelt sich um einen „bösen“ Scherz, wenn der Erklärende den anderen über den Mangel an Ernstlichkeit täuschen wollte, um sich anschließend auf die fehlende Ernstlichkeit zu berufen („das merkt der nie, dass ich das nicht ernst meine“). In derartigen Fällen gilt § 116, 1: Der geheime Vorbehalt ist unbeachtlich. Eine Ausnahme gilt gemäß § 116, 2, wenn der andere den Mangel an Ernstlichkeit entgegen der Erwartung des Erklärenden erkennt.

Ein „guter“ Scherz liegt vor, wenn der Erklärende sich bei Abgabe der Erklärung ganz sicher war, der Erklärungsgegner werde den Mangel an Ernstlichkeit sofort erkennen. Hat der andere dies aber nicht erkannt, so gilt § 118: Die Erklärung ist ohne Anfechtung nichtig, doch muss der Erklärende dem anderen gemäß § 122 dessen Vertrauensschaden ersetzen.

Problem 2: Die Beweislastverteilung

Kommt es innerhalb eines Zivilprozesses zum Streit darüber, ob der andere den geheimen Vorbehalt erkannt habe, so muss der Erklärende beweisen, dass er den Vorbehalt gehabt hat und dass der andere diesen Vorbehalt auch erkannt hat.

II. Das Scheingeschäft des § 117 I

1) **Wird eine empfangsbedürftige Willenserklärung mit Wissen des Empfängers nur zum Schein abgegeben, so ist diese Erklärung ohne Anfechtung gemäß § 117 I nichtig**. Bei einem Scheingeschäft soll also nur der *Schein* einer rechtlichen Bindung erzeugt werden, die an die Erklärung geknüpfte Rechtsfolge aber nicht eintreten (BGH NJW 1980, 1572, 1573; MünchKomm/Kramer § 117 Rz. 1 m.w.N.). Der rechtliche Geltungswille fehlt also auf beiden Seiten, so dass keiner schutzwürdig ist. Ein Vertrauensschaden kann erst gar nicht entstehen, da sich ja beide Seiten über den „Scheincharakter“ des Geschäfts einig sind.

2) Schutzwürdig sind aber außenstehende Dritte, deren Interessen in zweifacher Form gewahrt werden:

   a) Sollten Dritte durch den Abschluss des Scheingeschäfts getäuscht werden (was regelmäßig der Fall sein wird), so können sich Dritte auf die Nichtigkeit des Geschäfts nach § 117 I berufen.

   Beispiel: Wollte der Schuldner seine Gläubiger durch eine nur zum Schein an seinen Freund erfolgte Übereignung wertvoller Gegenstände von einer Zwangsvollstreckung abhalten, so können diese die Unwirksamkeit der Übereignung nach § 117 I geltend machen und in die Gegenstände vollstrecken.

   b) Haben außenstehende Dritte auf die Wirksamkeit der nur zum Schein getroffenen Vereinbarung vertraut, so werden sie durch die Regeln über den gutgläubigen Erwerb (§§ 405, 892, 932 – 934, 1207) und die Rechtsscheinhaftung (z.B. § 171) geschützt.

   Beispiel: Hatte der Schuldner seinem Freund die ihm zum Schein übereigneten Sachen übergeben, so können gutgläubige Dritte vom Freund gemäß den §§ 929, 1; 932 I 1 Eigentum erwerben, wenn sie ihn aufgrund der scheinbaren Übereignung für den Eigentümer halten.

3) **§ 117 II**: Wird durch ein Scheingeschäft ein anderes Rechtsgeschäft verdeckt, so ist das im nichtigen Scheingeschäft enthaltene Rechtsgeschäft nach seinen eigenen Regeln zu beurteilen und daher wirksam, wenn es die entsprechenden Voraussetzungen einhält. Das verdeckte Scheingeschäft ist nicht allein deshalb nichtig, weil es verdeckt ist oder z.B. der Steuerhinterziehung dient (BGH NJW 1983, 1844). Dies hat vor allem Bedeutung beim „Schwarzkauf“ eines Grundstücks.

Beispiel: Gluffke einigt sich mit Wilhelm über den Verkauf seines Grundstücks zum Preis von 500.000 Euro. Da beim Verkauf eines Grundstücks Grunderwerbssteuern anfallen, einigen sich Gluffke und Wilhelm dahingehend, bei der gemäß § 311 b I erforderlichen notariellen Beurkundung des Kaufvertrags nur einen Preis von 300.000 Euro anzugeben, um das Finanzamt zu täuschen und Steuern zu „sparen“.

Abgesehen vom strafrechtlichen Aspekt der Steuerhinterziehung ist der Fall auch aus zivilrechtlichen Gründen nicht unproblematisch:

a) Der notariell zu einem Preis von 300.000 Euro beurkundete Kaufvertrag war ein Scheingeschäft und damit nach § 117 I nichtig, da beide Parteien vereinbart hatten, dass der Vertrag mit diesem Inhalt nicht gelten sollte. Wilhelm kann also nicht gemäß § 433 I Übereignung des Grundstücks Zug um Zug gegen Zahlung von 300.000 Euro verlangen, solange Gluffke, der nun für den Scheincharakter des Geschäfts die Beweislast trägt, die Voraussetzungen des § 117 I beweisen kann.

b) Sollte es zwischen den Parteien nach erklärter Auflassung zum Streit kommen, so ist die Position des Käufers auch nach erfolgter Eintragung einer Vormerkung nicht gesichert. Die Vormerkung ist als Sicherungsrecht akzessorisch und in ihrer Existenz von der Wirksamkeit eines schuldrechtlichen Anspruchs auf dingliche Rechtsänderung abhängig. Ist der beurkundete Kaufvertrag nach § 117 I nichtig, so ist die Vormerkung hinfällig.

c) Der mündlich geschlossene Kaufvertrag über 500.000 Euro entspricht zwar dem wirklichen Parteiwillen, ist aber wegen Verstoßes gegen § 311 b I formnichtig. Gluffke kann daher zunächst nicht Zahlung von 500.000 Euro verlangen.

d) Ist Wilhelm als Eigentümer im Grundbuch eingetragen, so gehört ihm das Grundstück. Auch der Formmangel des mündlich geschlossenen Kaufvertrags (500.000 Euro) ist jetzt durch Erfüllung gemäß § 311 b I 2 – wenn auch nur mit einer ex-nunc-Wirkung – geheilt worden. Gluffke kann jetzt Zahlung der restlichen Kaufpreissumme in Höhe von 200.000 Euro verlangen. Klagt er allerdings auf Erfüllung, deckt er seine eigene Steuerhinterziehung auf.

Sie sehen: Ehrlich währt am längsten...

Problem 1: Die Abgrenzung: Fiduziarisches Geschäft – Scheingeschäft

1) Bei einem treuhänderischen (= fiduziarischen) Rechtsgeschäft räumt der Treugeber dem Treuhänder ein Übermaß an rechtlicher Macht ein, vereinbart allerdings schuldrechtlich mit ihm, der Treuhänder solle von diesem Maß an „rechtlichem Können“ keinen oder nur eingeschränkten Gebrauch machen. Eine Treuhand kann einmal zu Verwaltungszwecken vereinbart werden (z.B. Hausverwalter zieht für den Eigentümer die Mieten ein), kann aber auch zu Sicherungszwecken erfolgen (z.B. Sicherungsübereignung, Sicherungszession).

2) Soll die Vereinbarung auch Einfluss auf das Verhalten außenstehender Dritter haben, so ist oftmals nicht leicht zu unterscheiden, ob es sich um ein wirksames treuhänderisches Geschäft oder um ein nach § 117 I nichtiges Scheingeschäft handelt.

   Nehmen wir das Beispiel von oben: Der Schuldner übereignet seinem Freund wertvolle Gegenstände, um sie dem Zugriff seiner Gläubiger zu entziehen. Hat der Freund zu treuen Händen Eigentum erworben oder nicht?

   Der BGH (BGHZ 36, 85, 88) nimmt folgende Differenzierung vor:

   a) Hatten die Beteiligten geglaubt, bereits durch den *Schein* einer wirksamen Vereinbarung ihren Zweck erreichen zu können, so liegt ein gemäß § 117 I nichtiges Scheingeschäft vor.

   b) Haben die Beteiligten geglaubt, zur Erreichung des verfolgten Zwecks ein *wirksames* Rechtsgeschäft abschließen zu müssen, so liegt ein treuhänderisches Geschäft vor.

3) Selbst wenn es sich so gesehen um ein fiduziarisches Geschäft handelt, kann dieses Geschäft aber auch gemäß den §§ 134, 138 nichtig sein, wenn es gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt.

Problem 2: Das Strohmanngeschäft

Fall: Gluffke sammelt leidenschaftlich antike Armbanduhren. Als er mit seinem Freund Wilhelm eine Uhrenmesse in Düsseldorf besucht, sieht er in der Auslage eines ihm gut bekannten Verkäufers eine Patek Philippe Ref. 3940 mit ewigem Kalender, die er schon lange besitzen wollte. Gluffke weiß, dass V sich mit ihm nicht auf Verhandlungen einlassen wird, weil V die Leidenschaft des Gluffke kennt; er bittet daher seinen Freund Wilhelm, die Uhr für ihn im eigenen Namen zu kaufen. Wilhelm handelt den Preis um 5.000 Euro herunter und schließt einen Kaufvertrag. Da er die Uhr selbstverständlich nicht bar bezahlen kann, wird ein Leistungsaustausch für die Mitte der nächsten Woche vereinbart.
Als Gluffke nach Hause kommt und seiner Frau freudestrahlend vom Kauf der Uhr erzählt, trübt sich der Himmel über der ehelichen Beziehung, da seine Frau für das Hobby ihres Mannes nichts übrig hat und die sicher geglaubte Anschaffung einer neuen Wohnungseinrichtung auf unbestimmte Zeit verschoben werden muss. Da seine Frau mit dem Entzug aller ehelichen Vergünstigungen droht, weigert sich Gluffke gegenüber Wilhelm schweren Herzens, die Uhr abzunehmen.

Variante: Wilhelm ist ebenfalls Uhrensammler. Als er den Preis um 5.000 Euro heruntergehandelt hat, beschließt er, die Uhr für sich zu behalten. Gluffke verlangt Übereignung Zug um Zug gegen Erstattung der entstandenen Kosten.

Das Strohmanngeschäft ist ein Unterfall des fiduziarischen Rechtsgeschäfts. Der Strohmann wird von einem Hintermann eingeschaltet, der nicht in Erscheinung treten will und soll nach außen hin im eigenen Namen, aber im wirtschaftlichen Interesse des Hintermannes, Erklärungen abgeben.

Tritt der Strohmann im eigenen Namen auf und ist der Umstand, dass er für einen anderen handeln will, auch nicht aus den äußeren Umständen erkennbar, so wird der Strohmann aus dem abgeschlossenen Rechtsgeschäft persönlich berechtigt und verpflichtet; er kann nicht geltend machen, er habe sich selbst nicht rechtlich binden wollen. Auch eine Anfechtung gemäß § 119 I scheidet für den Strohmann aus, da bei ihm Wille und Erklärung nicht auseinanderfallen.

Zum Fall: Wilhelm kann daher im Ausgangsfall gegenüber V nicht geltend machen, er habe die Uhr nicht für sich selbst, sondern für einen Freund kaufen wollen. Er muss die Uhr abnehmen und bezahlen.
Andererseits ist zwischen Wilhelm und Gluffke ein Auftrag gemäß § 662 zustande gekommen. Dieser Umstand wirkt in 2 Richtungen:

– Wilhelm kann von Gluffke Erstattung seiner Aufwendungen (an V gezahlter Kaufpreis, Fahrtkosten) gemäß § 670 Zug um Zug gegen Herausgabe der Uhr verlangen.

– Andererseits darf Wilhelm die Uhr in der Variante nicht behalten, sondern ist gemäß § 667 verpflichtet, die Uhr Zug um Zug gegen Erstattung der Aufwendungen an Gluffke zu übereignen.

Problem 3: § 117 I / Gesellschaftsrecht

Haben die Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft den Gesellschaftsvertrag nur zum Schein geschlossen, nach außen hin aber den Eindruck einer wirksamen Gesellschaft erweckt und die Gesellschaft ins Handelsregister eintragen lassen, so gelten im Außenverhältnis zu Dritten die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft (dazu ausführlich unten § 23 IV).

Im Innenverhältnis sind diese Regeln der fehlerhaften Gesellschaft aber nicht anwendbar; bei der Regelung der Rechtsverhältnisse unter den Gesellschaftern bleibt es also dabei, dass der Gesellschaftsvertrag nach § 117 I nichtig ist (BGHZ 11, 190, 191).
Die Nichtigkeitsfolge des § 117 I gilt aber nicht bei Beitritts- oder Gründungserklärungen zu Kapitalgesellschaften, sofern die Registereintragung erfolgt ist. Hier geht der durch den nach außen gesetzten Rechtsschein erzeugte Vertrauensschutz vor.

III. Die Scherzerklärung des § 118

1) **Hat der Erklärende seine Erklärung nur zum Scherz abgegeben, so ist die Erklärung gemäß § 118 nichtig, wenn der Erklärende von vornherein davon ausgegangen war, der andere werde den Mangel an Ernstlichkeit erkennen**. Selbst wenn der Erklärungsgegner diesen Mangel an Ernstlichkeit nicht erkannt hat und vielleicht auch objektiv gar nicht erkennen konnte, ist die Erklärung nichtig, so dass im Rahmen des § 118 das Gesetz den Willen des Erklärenden höher bewertet als den Vertrauensschutz derer, die auf die Wirksamkeit der Erklärung vertraut haben (MünchKomm/Kramer § 118 Rz. 4; Soergel/Hefermehl § 118 Rz. 2 m.w.N.). Der Erklärende muss jedoch gemäß § 122 den Vertrauensschaden des Erklärungsgegners bis zur Höhe des Erfüllungsinteresses ersetzen.

2) **War jedoch der Mangel an Ernstlichkeit für jedermann objektiv erkennbar, so liegt bereits gar keine Willenserklärung vor, so dass sich die Frage nach der Anwendung des § 118 gar nicht erst stellt**. Dies ergibt sich auch aus § 122 II, wonach eine Verpflichtung zum Ersatz des Vertrauensschadens ausgeschlossen ist, wenn der „Vertrauende“ die Nichtigkeit der Erklärung hätte erkennen müssen.

3) Denken Sie bei § 118 an den Unterschied zu § 116, 1: (s.o. § 118: „böser“ Scherz – „guter“ Scherz):

   a) Die Nichtigkeitsfolge des § 118 tritt nur ein, wenn der Erklärende davon ausgegangen war, der Erklärungsgegner werde den Mangel an Ernstlichkeit erkennen.

   b) Wollte der Erklärende den anderen über den Mangel an Ernstlichkeit zunächst täuschen, handelt es sich um einen geheimen Vorbehalt, der nach § 116, 1 unbeachtlich ist und daher nichts an der Wirksamkeit der Erklärung ändert. Auch eine Anfechtung gemäß § 119 I ist in diesen Fällen nicht möglich, weil der Erklärende weiß, dass Wille und Erklärung auseinanderfallen.

4) Hat der Erklärende erkannt, dass entgegen seiner ursprünglichen Erwartung der Erklärungsgegner den Mangel der Ernstlichkeit doch nicht erkannt hat und seine „Scherzerklärung“ für bare Münze nimmt, so ist der Erklärende gemäß § 242 nach Treu und Glauben verpflichtet, den anderen unverzüglich aufzuklären, weil er sich ansonsten nicht mehr auf § 118 berufen darf: Aus § 118 wird jetzt § 116, 1.

5) Der Erklärende trägt die **Beweislast** dafür, dass er die Erklärung nicht ernst gemeint hat. War der Mangel an Ernstlichkeit objektiv nicht erkennbar, so wird er sich mit diesem Nachweis schwer tun.
Beispiel: Wer in einer Kneipe ein Bier bestellt, wird sowohl dem Wirt als auch später dem Richter schwer vermitteln können, dass es sich um eine Scherzerklärung gehandelt habe.

6) Unter den Anwendungsbereich des § 118 fällt auch das **einseitig fehlgeschlagene Scheingeschäft**, bei dem eine Seite irrig davon ausgegangen war, auch die andere Seite werde den fehlenden Geltungswillen erkennen und das Geschäft nur zum Schein abschließen.

AL-Klausurtipp: Die §§ 116 – 118 auf einen Blick

1) **§ 116, 1: Geheimer Vorbehalt**: Der Erklärungsgegner soll nicht erkennen, dass der Erklärende die Folgen seiner Erklärung nicht will: „Das merkt der nie, dass ich mich daran nicht festhalten lassen will“.

   Folge: Der geheime Vorbehalt ist nach § 116, 1 unbeachtlich; die Willenserklärung ist ohne Anfechtungsmöglichkeit wirksam. Ausnahme: Der Vorbehalt ist vom Erklärungsgegner erkannt worden und daher nicht geheim gewesen: In diesem Fall ist die Erklärung nach § 116, 2 nichtig.

2) **§ 118: Gutgemeinter, aber misslungener Scherz**: „Er wird doch wohl erkennen, dass ich das nicht ernst meine.“

   Folge: Die Erklärung ist ohne Anfechtung nichtig; der Erklärende muss aber gemäß § 122 den Vertrauensschaden ersetzen.

3) **§ 117 I: Scheingeschäft**: Beide Partner wissen, dass die Erklärung nicht ernst gemeint ist und nicht die erklärte Rechtsfolge auslösen soll.

   Folge: Es besteht keinerlei Ersatzpflicht, da der andere nicht schutzwürdig ist; Außenstehende Dritte werden nach den Regeln des gutgläubigen Erwerbs und der Rechtsscheinhaftung geschützt.

§ 21 Die Irrtumsanfechtung der §§ 119 I, II, 120

Vorbemerkung

Ein Irrtum liegt vor, wenn Wille und Erklärung auseinanderfallen und der Erklärende dies nicht weiß. Die Privatautonomie ermöglicht es den Parteien, durch die Abgabe von Willenserklärungen die Rechtsfolge herbeizuführen, die ihrem Willen entspricht. Auf der anderen Seite bedeutet *Selbstbestimmung* auch *Selbstverantwortung*, so dass der Erklärende für die Erklärungen einstehen muss, die er zurechenbar abgegeben hat. Das Urproblem der Irrtumslehre besteht darin, ob der Erklärende seine Erklärung mit der Begründung anfechten kann, dass er eine derartige Rechtsfolge nicht habe herbeiführen wollen. Zum besseren Verständnis dieser Frage wollen wir noch einmal kurz die Entstehungsgeschichte des BGB Revue passieren lassen.

1) Die **Willenstheorie** (u.a. Savigny, Windscheid, Enneccerus; detailliert Flume § 22, 2) stellte nahezu ausschließlich auf den Willen des Erklärenden ab: Weicht die Erklärung vom Willen ab, so ist sie ohne Anfechtung automatisch nichtig. Andererseits ist der Motivirrtum unbeachtlich, da hier der Irrtum bereits bei der Willensbildung vorliegt und der Erklärende genau das erklärt, was er auch erklären wollte (dazu unten V 1).

2) Die **Erklärungstheorie** (u.a. Bähr JherJb 14, 393, 401) stellte mehr auf den Empfänger ab, dessen Vertrauen auf die Wirksamkeit und den Inhalt der Erklärung man für schutzwürdig hielt; eine Irrtumsanfechtung könne daher nur unter engen Voraussetzungen zugelassen werden.

3) **Der historische Gesetzgeber ist bei der Schaffung des BGB einen Mittelweg zwischen Willenstheorie und Erklärungstheorie gegangen**:

   a) **Das Abweichen der Erklärung vom Willen führt nicht automatisch zur Nichtigkeit**. Die Wirksamkeit der Erklärung muss durch Anfechtung beseitigt werden.

   b) **Nicht jeder Irrtum berechtigt zur Anfechtung**. Es muss bei der Anfechtbarkeit einer Erklärung sowohl nach dem *Zeitpunkt* des Irrtums als auch nach dem *Bezugspunkt* der Fehlvorstellung differenziert werden:

      aa) **Irrt sich der Erklärende bereits bei der Willens*bildung*, so handelt es sich um einen *Motivirrtum***. Dieser Motivirrtum ist grundsätzlich unbeachtlich, weil hier der Erklärende genau das erklärt, was er immer schon hatte erklären wollen. Wille und Erklärung fallen nicht auseinander, sondern der Wille wurde auf einer fehlerhaften Grundlage gebildet.
      Der Motivirrtum ist aber nicht immer unbeachtlich: In den Fällen der §§ 119 II, 123 I (arglistige Täuschung) und 2078 II, 2079 berechtigt er zur Anfechtung (dazu unten 5 d).

      bb) **Die Anfechtbarkeit einer Erklärung hängt auch davon ab, *worüber* sich der Erklärende geirrt hat**. Hat er sich beispielsweise über die rechtlichen Folgen seiner Erklärung geirrt, die aber nicht Bestandteil seiner Erklärung waren, so kann er seine Erklärung nicht anfechten (= Rechtsfolgenirrtum, dazu unten § 21 V 3 d).

   c) **Das Verschulden des Erklärenden spielt bei der Frage der Anfechtbarkeit keine Rolle**. Auch derjenige, der sich infolge grober Fahrlässigkeit irrt, darf anfechten.

   d) **Der Erklärende darf die Erklärung auch dann anfechten, wenn sein Irrtum für den Erklärungsgegner nicht zu erkennen war**.

e) **Die Interessen des Anfechtungsgegners werden aber dadurch gewahrt, dass der Anfechtende dessen Vertrauensschaden ersetzen muss**. Diese Ersatzpflicht besteht unabhängig davon, ob der Irrende den Irrtum verschuldet hat oder nicht.

4) **Die Anfechtbarkeit wegen Irrtums gilt für alle Willenserklärungen, die im privatrechtlichen Bereich abgegeben werden**. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Erklärung mündlich oder schriftlich, ausdrücklich oder konkludent erfolgt oder ob sie empfangsbedürftig ist oder nicht. Eine Ausnahme gilt in Fällen, in denen Schweigen vom Gesetz als Ablehnung gewertet wird (§§ 108 II, 177 II, 415 II): Hier kann das Schweigen nicht angefochten werden (dazu Langels, BGB AT 1 § 13 II 3).

5) **In bestimmten Bereichen hat der Gesetzgeber aber Sonderregeln geschaffen, die den Vorschriften des Allgemeinen Teils auch hier vorgehen**:

a) **§ 779**: Irrtum über die Vergleichsgrundlage: Ein Vergleich, der den Streit über das Bestehen oder den Inhalt eines Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien beseitigt, ist ohne Anfechtung gemäß § 779 unwirksam, wenn die Parteien dem Vergleich einen falschen Sachverhalt zugrunde gelegt haben und der Streit über das ursprüngliche Rechtsverhältnis bei Kenntnis der wahren Sachlage gar nicht erst entstanden wäre (dazu Langels BT 2 § 66 I).

b) **§ 1600 g**: Der Mann, die Mutter und das Kind können die Anerkennung der Vaterschaft durch den Mann anfechten (dazu Langels, Familienrecht § 13 II 4).

c) **§ 1949**: Der Irrtum des Erben über den Berufungsgrund bewirkt, dass die Annahme der Erbschaft als nicht erfolgt gilt. Hier ist also gar keine Anfechtungserklärung erforderlich.

d) **§§ 2078, 2079**: Inhaltsirrtum, Erklärungsirrtum und auch der Motivirrtum des Erblassers berechtigen zur Anfechtung des Testaments ebenso wie die unbewusste Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten gemäß § 2079. Anfechtungsberechtigt ist nach dem Tod des Erblassers jeder, dem die Unwirksamkeit dieser Verfügung einen Vorteil bringen würde (vgl. dazu Langels, Erbrecht § 5 III).
Auch der Erblasser selbst kann aus den in den §§ 2078, 2079 genannten Gründen gemäß § 2281 einen Erbvertrag anfechten, durch den er seine Testierfreiheit zunächst verloren hat.

e) **§ 1314 II**: Willensmängel bei der Eheschließung sind im Ehegesetz abschließend geregelt. Die dort genannten Irrtumsregeln entsprechen zwar von ihrer Struktur her weitestgehend den §§ 119 ff. BGB, doch gilt dies nicht uneingeschränkt: So berechtigt gemäß § 1314 II Nr. 3 die arglistige Täuschung über die Vermögensverhältnisse nicht zur Aufhebung der Ehe.

6) Die Irrtumsanfechtung ist ein **Gestaltungsrecht**, das grundsätzlich nur dem zusteht, der an dem Rechtsverhältnis beteiligt ist.
Eine Ausnahme gilt gemäß den **§§ 2285, 2080**: Sowohl ein Erbvertrag als auch ein Testament des Erblassers können nach seinem Tod auch von den Erben angefochten werden. Die Erben leiten ihr Anfechtungsrecht aber aus dem Irrtum des Erblassers ab: Eine Anfechtung ist daher nicht mehr möglich, wenn der Erblasser selbst bei der Anfechtung eines Erbvertrags die Anfechtungsfrist versäumt oder den Erbvertrag in Kenntnis des Irrtums bestätigt hat.

I. Die Prüfungsreihenfolge beim Irrtum

AL-Klausurtipp: Bevor Sie sich in der Klausur vorschnell mit der Frage der Anfechtung und ihren Folgen auseinandersetzen, sollten Sie sich anhand der folgenden Prüfungsreihenfolge fragen, ob in der jeweiligen Situation eine Anfechtung überhaupt möglich bzw. erforderlich ist.

1) **Zuerst einmal muss festgestellt werden, ob und mit welchem Inhalt die Erklärung beim Erklärungsgegner zugegangen ist**. Ist eine empfangsbedürftige Erklärung dem Erklärungsgegner nicht oder mit einem veränderten Inhalt zugegangen, so ist sie ohnehin nicht wirksam und muss auch nicht mehr angefochten werden.
Beispiel 1: Der Verkäufer V hat dem Kaufinteressenten K einen Brief geschrieben, in dem er seinen Pkw zum Preis von 30.000 Euro zum Kauf anbietet. V möchte sich an dieser Erklärung nicht festhalten lassen, weil er sich verschrieben hatte; der Brief ist jedoch auf dem Postweg verlorengegangen. Hier ist eine Anfechtung überflüssig, da das Angebot ohnehin mangels Zugang nicht wirksam geworden ist.
Beispiel 2: V hatte den K angerufen und den Wagen zum Preis von 30.000 Euro zum Kauf angeboten. K hatte sich verhört und „13.000 Euro“ verstanden und sein Einverständnis erklärt. Hier ist ohnehin weder zum Preis von 13.000 Euro noch von 30.000 Euro ein Kaufvertrag zustande gekommen. Eine Anfechtung von Seiten des V erübrigt sich daher.

2) **Für eine Irrtumsanfechtung besteht auch dann kein Bedürfnis, wenn der Erklärungsgegner trotz einer terminologischen Falschbezeichnung den wahren Willen des Erklärenden erkannt hat**. Die bloße Falschbezeichnung ist unschädlich, wenn beide Parteien im Willen übereinstimmen; in diesem Fall gilt das Geschäft mit dem Inhalt, der dem übereinstimmenden Willen der Parteien entspricht: „falsa demonstratio non nocet.“ Der übereinstimmende Wille geht sowohl dem Wortlaut als auch allen anderen Interpretationen vor, wenn alle Beteiligten die Erklärung so verstanden haben, wie sie aus Sicht des Erklärenden gewollt war (BGH NJW 1984, 721).
Beispiel: Der Käufer K möchte den Wagen des V kaufen und den Kaufpreis in Raten zahlen. V erklärt sein Einverständnis, woraufhin K und V einen „Leasingvertrag“ schließen. Sind sich V und K darüber einig, dass dem K mit Zahlung der letzten Rate der Wagen gehören soll, so haben sie einen *Kaufvertrag*, keinen *Leasingvertrag* geschlossen.

3) **Danach ist durch Auslegung gemäß den §§ 133, 157 zu ermitteln, mit welchem Inhalt der Erklärende seine Erklärung gegen sich gelten lassen muss**. Die Auslegung einer Erklärung geht der Anfechtung einer Erklärung vor, weil nach der Auslegung eine Irrtumsanfechtung möglicherweise gar nicht mehr erforderlich ist:

   a) **Ist die Erklärung vom Horizont eines objektiven Durchschnittsempfängers her ohnehin so auszulegen, wie der Erklärende sie verstanden wissen wollte, so fallen Wille und Erklärung nicht auseinander, so dass sich eine Anfechtung erübrigt**.
   Beispiel: V und K verhandeln über den Kauf eines Pkw. V verlangt zunächst 12.000 Euro. K ist nur bereit, 10.000 Euro zu zahlen. Zwei Tage später schickt V dem K ein Fax mit folgendem Inhalt: „Weil Du es bist, bin ich bereit, den Wagen auch für 1.000 Euro zu verkaufen.“ Hier ist die Erklärung trotz des Schreibfehlers mit dem Inhalt „10.000 Euro“ wirksam geworden, weil K sie nur so verstehen durfte.

   b) **Stellt sich nach erfolgter Auslegung heraus, dass die Vertragsparteien einem versteckten Dissens gemäß § 155 erlegen sind und der Vertrag gar nicht wirksam geschlossen worden ist, so hat sich eine Irrtumsanfechtung ebenfalls erledigt**. Soll ein Vertrag angefochten werden, so setzt die Irrtumsanfechtung einen *Konsens* voraus: Beide Erklärungen müssen sich äußerlich decken, da ansonsten der Vertrag auch ohne Anfechtung nicht wirksam geschlossen ist. Zwar beruht auch der *Dissens* typischerweise auf einem Irrtum, doch betrifft dieser Irrtum nicht wie in Fällen der §§ 119 ff. die *eigene* Erklärung, sondern die des *Geschäftsgegners*: Der eine geht beim versteckten Dissens irrig davon aus, dass die Erklärung des anderen inhaltlich mit der eigenen Erklärung übereinstimmt.

4) **Der Erklärungsgegner kann trotz eines rechtlich relevanten Irrtums des Erklärenden diesem die Möglichkeit der Irrtumsanfechtung dadurch nehmen, dass er ihn an dem festhält, was der Erklärende ursprünglich hatte erklären wollen**.
Beispiel: A schreibt an B, er biete seine Stereoanlage zum Preis von 2.500 Euro zum Kauf an. A hatte sich jedoch verschrieben und eigentlich 2.800 Euro erklären wollen. Ist B bereit, auch 2.800 Euro zu zahlen, muss sich A an dieser Erklärung (2.800 Euro) festhalten lassen und zu diesem Preis die Anlage übereignen.

5) **Der Erklärende kann nur anfechten, wenn er subjektiv überzeugt war, seinen Geschäftswillen in vollem Umfang in seiner Erklärung zum Ausdruck gebracht zu haben**. Weiß der Erklärende, dass bestimmte Umstände in seiner Erklärung nicht enthalten waren, so berechtigt ein Irrtum über diese Umstände auch nicht zur Anfechtung.
Beispiel: Der Vermieter V möchte den Mietvertrag mit der Begründung anfechten, er habe nicht gewusst, als Vermieter verschuldensunabhängig für den Zustand der Mitsache für die gesamte Vertragsdauer einstehen zu müssen. Da V wusste, dass die Rechtsfolgen der §§ 535 ff. nicht Teil seiner Erklärung waren, berechtigt der Irrtum über die Rechtsfolgen auch nicht zur Anfechtung (= unbeachtlicher **Rechtsfolgenirrtum**, s.u. § 21 V 3 d).

II. Das AL-Prüfungsschema der Irrtumsanfechtung

1) **Anfechtungserklärung**: Eindeutige Erklärung, die Folgen einer Willenserklärung rückwirkend (im Gegensatz zum Rücktritt) beseitigen zu wollen.

2) gegenüber dem **Anfechtungsgegner**: **§ 143**

3) **Anfechtungsgrund**:
   a) **§ 119 I**: irrtümliches Auseinanderfallen von Wille und Erklärung
   b) **§ 119 II**: Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft der Sache oder der Person
   c) **§ 120**: irrtümliche Falschübermittlung einer mündlichen Erklärung durch einen Boten
   c) **§ 123 I**: arglistige Täuschung / widerrechtliche Drohung

4) innerhalb der **Anfechtungsfrist**:
   a) in Fällen der §§ 119, 120: **§ 121**: ohne schuldhaftes Zögern
   b) in Fällen des § 123 I: **§ 124**: innerhalb eines Jahres ab Kenntnis der Täuschung bzw. ab Beendigung der Zwangslage

5) **Rechtsfolge**: **§ 142 I**: Die Willenserklärung gilt als von Anfang an nichtig.

III. Die Anfechtungserklärung

Die Anfechtungserklärung ist eine empfangsbedürftige Gestaltungserklärung, die dem Anfechtungsgegner (dazu unten IV) innerhalb der Anfechtungsfrist der §§ 121, 124 (dazu unten VI) zugehen muss, um gemäß § 130 I wirksam zu werden. Die Erklärung muss den Willen, die Wirksamkeit der eigenen Erklärung aufzuheben, enthalten, aber nicht den Begriff „Anfechtung“ verwenden.

Der Anfechtungsgrund muss zwar nicht in der Erklärung genannt sein, doch muss der Erklärungsgegner den Grund der Irrtumsanfechtung erkennen können (Flume § 31, 2); zugleich soll dadurch ein verspätetes Nachschieben von Anfechtungsgründen verhindert werden, denn: Ein Nachschieben von Anfechtungsgründen ist nur zulässig, wenn auch eine auf den nachgeschobenen Anfechtungsgrund gestützte Anfechtung noch fristgerecht erklärt werden kann (BGH BB 1981, 1156).

Beispiel: K hat bei V einen Gebrauchtwagen unter Ausschluss jeglicher Gewährleistung gekauft. Als er einen Mangel entdeckt, glaubt er, V habe den Mangel gekannt und möchte den Kaufvertrag wegen arglistiger Täuschung anfechten, kann aber nicht beweisen, dass der Verkäufer den Mangel kannte. Jetzt möchte er den Vertrag mit der Begründung anfechten, sich über den Inhalt des Vertrags geirrt zu haben: Er habe den Wagen nicht *kaufen*, sondern *leasen* wollen. Die Anfechtung wegen Inhaltsirrtums gemäß § 119 I ist nur zulässig, wenn sie ohne schuldhaftes Zögern i.S.d. § 121 erfolgte.

Die Anfechtungserklärung muss grundsätzlich nicht die Form einhalten, die für das angefochtene Rechtsgeschäft gesetzlich vorgeschrieben oder vertraglich vereinbart war.
Beispiel: Die Anfechtung eines Grundstückskaufvertrags muss nicht in der Form des § 311 b I erfolgen, sondern ist formlos möglich. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 311 b I: Nur ein *Vertrag*, der zur Übereignung oder zum Erwerb eines Grundstücks verpflichtet, bedarf der notariellen Beurkundung. Die Verpflichtung, nach erfolgter Anfechtung des Kaufvertrags rechtsgrundlos erlangtes Eigentum zurückzuübertragen, ergibt sich aber aus dem *Gesetz*: § 812 I 1, 1. Alt..

IV. Der Anfechtungsgegner: § 143

Die Frage, wem gegenüber die Anfechtungserklärung abgegeben werden muss, richtet sich nach dem Inhalt der Erklärung:

1) **§ 143 II**: Soll ein Vertrag angefochten werden, so ist Anfechtungsgegner der Vertragspartner. Auch wenn der Erklärungsgegner einen Stellvertreter eingeschaltet hat und die anzufechtende Erklärung gegenüber dem Stellvertreter abgegeben worden ist, muss die Anfechtung der Erklärung gegenüber dem Vertragspartner erfolgen.

2) **§ 143 III**: Ein einseitiges Geschäft, das als empfangsbedürftige Erklärung gegenüber einem anderen vorgenommen worden ist, muss gemäß § 143 III auch diesem gegenüber angefochten werden.
Beispiel: Hatte der Chef C seinem Angestellten A durch Innenvollmacht gemäß § 167 I, 1. Alt. Vertretungsmacht erteilt, so muss die Vollmachtserteilung zumindest dann gegenüber A angefochten werden, wenn dieser die Vollmacht noch nicht ausgeübt hat. (Die Frage, wer bei bereits ausgeübter Innenvollmacht Anfechtungsgegner ist, ist ausgesprochen schwierig zu beantworten und wird im Recht der Stellvertretung in § 27 VI ausführlich behandelt.)

3) **§ 143 IV**: Nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen werden gegenüber demjenigen angefochten, der aus der abgegebenen Erklärung einen Vorteil ziehen will.
Beispiele: Die Erklärung, gemäß § 959 das Eigentum an einer Sache aufgeben zu wollen, wird gegenüber demjenigen angefochten, der durch die Inbesitznahme gemäß § 958 Eigentum erwerben wollte. Eine Auslobung gemäß § 657 wird gegenüber demjenigen angefochten, der die entsprechende Handlung erbracht hat.

V. Die Anfechtungsgründe

AL-Klausurtipp: Die Anfechtbarkeit einer Erklärung hängt davon ab, *in welchem zeitlichen Stadium* und *worüber* sich der Erklärende geirrt hat.

1) Der Motivirrtum

Bleiben wir zunächst beim zeitlichen Stadium: Hat sich der Erklärende bereits bei der Willens*bildung* geirrt, so spricht man von einem Irrtum im Beweggrund der Erklärung (=**Motivirrtum**).
Beispiel: Der Student S hat sich einen Sportwagen nur aus dem einen Grund gekauft, *weil* er auf die Kommilitonin K größeren Eindruck machen wollte. Diese zeigt ihm aber nach wie vor die kalte Schulter.

a) Beim Motivirrtum erfolgt bereits die Willensbildung auf einer fehlerhaften Grundlage, weil der Erklärende von Anfang an bei seiner Entschließung von falschen Voraussetzungen ausgeht**: Wille und Erklärung fallen daher nicht auseinander, sondern stimmen überein!**
S kann im o.g. Beispiel den Kaufvertrag nicht anfechten, weil er genau das erklärt hat, was er von vornherein erklären wollte. Sein Beweggrund, *warum* er die Erklärung („ich kaufe diesen Wagen") abgegeben hat, ist aus Gründen des Verkehrsschutzes unbeachtlich. Zum einen bleibt die Motivation des Erklärenden dem Erklärungsgegner typischerweise verborgen; selbst wenn in Ausnahmefällen die Motivation dem Geschäftsgegner bekannt ist, berechtigt ein Motivirrtum nicht zur Anfechtung. Soll nach dem Willen des Erklärenden der Beweggrund rechtlich relevant sein, das Rechtsgeschäft also mit dem Erreichen eines Ziels stehen und fallen, so muss der Erklärende die Erreichung dieses Zwecks zur *Geschäftsgrundlage* machen, die wegfällt, wenn dieses Ziel auf Dauer nicht mehr erreicht werden kann. Zumindest bei den Geschäften des täglichen Lebens wird sich aber der Geschäftsgegner darauf kaum einlassen.

b) **Der Motivirrtum ist jedoch nicht immer unbeachtlich, sondern berechtigt in einigen Fällen zur Anfechtung der Erklärung**:

aa) **§ 119 II**: Hat der Erklärende eine Erklärung nur abgegeben, *weil* er sich über verkehrswesentliche Eigenschaften der Sache oder der Person geirrt hat, darf er seine Erklärung gemäß § 119 II anfechten, schuldet dann allerdings dem anderen Ersatz des Vertrauensschadens gemäß § 122.

bb) **§ 123 I**: Hat der andere durch arglistige Täuschung auf die Willensbildung Einfluss genommen, so darf der Erklärende seine Erklärung anfechten, da der arglistig Täuschende nicht schutzwürdig ist.

cc) **§§ 2078 II, 2079, 2281**: Auch ein Testament und ein Erbvertrag können angefochten werden, wenn der Erblasser sich in seinen Beweggründen geirrt hat, die zu diesem Testament bzw. Erbvertrag geführt haben. Die Beachtlichkeit des Motivirrtums kann man darauf zurückführen, dass im Erbrecht die Bedeutung des Vertrauensschutzes der durch Testament oder Erbvertrag Bedachten nicht sonderlich hoch ist:

Die zunächst testamentarisch Bedachten können nicht auf eine Erbeinsetzung vertrauen, da der Erblasser in seiner Testierfreiheit nahezu unbeschränkt ist und bis zu seinem Tod jederzeit ein neues Testament errichten kann. Auch die Pflichtteilsberechtigten, die gemäß den §§ 2303 ff. einen Geldanspruch in Höhe der Hälfte dessen haben, was sie bei gesetzlicher Erbfolge erhalten hätten, genießen keinen Vertrauensschutz, da ihr Anspruch ohnehin durch die uneingeschränkte Verfügungsfreiheit des Erblassers zu Lebzeiten sehr unsicher ist: Sie wissen zwar, *dass* sie etwas bekommen, aber nicht, *wieviel* sie bekommen.

Auch der Vertragspartner des Erblassers ist nicht so schutzwürdig wie ein „normaler" Vertragspartner, da der Erblasser durch den Erbvertrag nur in seiner *Testierfreiheit*, aber gemäß § 2286 nicht in seiner *Verfügungsbefugnis zu Lebzeiten* beschränkt ist. Auch der Vertragserbe weiß nur *dass* er erbt, aber nicht, *was* er erbt.

2) **Der Erklärungsirrtum: § 119 I, 2. Alt.**

a) **Hier fallen Wille und Erklärung auseinander, weil der Erklärende die Erklärung in einer Form abgegeben hat, in der er sie nicht abgeben wollte**. Schulfall: Er hat sich versprochen, verschrieben oder vergriffen.

b) Ein Irrtum ist das unbewusste Auseinanderfallen von Wille und Erklärung. Der Erklärende kann

seine Erklärung daher nur anfechten, wenn er vom Inhalt der Erklärung eine bestimmte Vorstellung hatte, die vom jetzigen Inhalt der Erklärung abweicht. Hat jemand eine Erklärung unterschrieben, ohne ihren Inhalt zu kennen, so kann er sie nachträglich nicht anfechten. Wer sich keine Gedanken macht, kann sich auch nicht irren und daher auch nicht anfechten!

c) Eine Irrtumsanfechtung ist daher auch dann nicht zulässig, wenn der Erklärende einen Vertrag schließt, ohne darauf zu achten, dass dem Angebot wirksam (§ 305 II) Allgemeine Geschäftsbedingungen beigefügt waren, die er jetzt nicht gegen sich gelten lassen will. Ebenso wenig kann derjenige anfechten, der zwar von der Existenz Allgemeiner Geschäftsbedingungen wusste, diese aber nicht gelesen hat. Dennoch bleibt er durch § 305 c vor überraschenden Klauseln bewahrt. Auch die Inhaltskontrolle der AGB durch die §§ 307 – 309 bleibt von der fehlenden Anfechtungsmöglichkeit unberührt.

Problem: Die Blankounterschrift

Fall: Vater V gestattet seinem Sohn aus Freude über dessen bestandenes Staatsexamen, sich auf Kosten und im Namen des Vaters einen Pkw bis zum Preis von 10.000 Euro zu kaufen. Er händigt dem Sohn ein blanko unterschriebenes Stück Papier aus; dieses Schriftstück soll der Sohn bei Vertragsschluss durch den konkreten Vertragspartner, das Fahrzeug und die konkrete Kaufpreissumme vervollständigen. Der Sohn ist einer derartig intensiven Versuchung nicht gewachsen: Bei einem Sportwagenhändler kauft er im Namen seines Vaters einen neuen Porsche zum Preis von 100.000 Euro und füllt das blanko unterschriebene Papier entsprechend aus. Nachdem der Vater sich von seinem Schlaganfall erholt und die Klinik verlassen hat, weigert er sich, den Wagen zu bezahlen.

Leistet jemand eine Blankounterschrift, so hat er zunächst noch keine Erklärung abgegeben, da die Unterschrift auf einem leeren Blatt Papier an sich ja noch nichts bedeutet. Zu einer Willenserklärung wird das Schriftstück erst, wenn ein anderer es durch Hinzufügen eines entsprechenden Textes vervollständigt, wozu ihn der Unterschreibende gemäß den §§ 164 ff. bevollmächtigt hat. Gibt jemand eine Blankoerklärung aus der Hand, so muss er allerdings damit rechnen, dass die Urkunde abredewidrig ausgefüllt wird; ihn trifft also nach den Prinzipien der Rechtsscheinhaftung das „Missbrauchsrisiko“: In analoger Anwendung des § 172 II muss er gegenüber gutgläubigen Dritten die Erklärung mit dem Inhalt gegen sich gelten lassen, mit dem sie ausgefertigt wurde. In direkter Anwendung des § 172 II dürfen gutgläubige Dritte, denen eine schriftliche Vollmachtserklärung vorgelegt wird, auf die Existenz und den Fortbestand der Vertretungsmacht vertrauen. Wer auf den Bestand einer schriftlichen Willenserklärung vertraut, ist ebenso schutzwürdig, weil er der Erklärung nicht ansehen kann, ob sie abredewidrig ausgefüllt wurde (BGHZ 40, 65, 68).

3) **Der Inhaltsirrtum des § 119 I, 1. Alt.**

Hier ist zwar der äußere Erklärungstatbestand fehlerfrei (der Erklärende hat sich nicht versprochen, verschrieben, vergriffen), doch fallen Wille und Erklärung auseinander, weil sich der Erklärende über den Inhalt dessen irrt, was seine Erklärung bedeutet: „Der Erklärende weiß zwar, was er sagt, aber nicht, was es bedeutet.“ Im Rahmen des Inhaltsirrtums lassen sich folgende Fallgruppen unterscheiden:

a) **Irrtum über den Geschäftstyp**

Fall: Der juristisch unbeleckte L möchte sich einen neuen Wagen kaufen und wendet sich an den freundlichen Opel-Händler O, der in seinem Schaufenster einen Opel Astra mit einem dazu gehörenden Leasing-Angebot stehen hat. L hält die Leasingraten für ein Teilzahlungsangebot und schließt einen Leasingvertrag in der irrigen Annahme, dass ihm der Wagen nach Ablauf der Leasingzeit gehört.

aa) L hat sich über die rechtliche Bedeutung des von ihm verwendeten Begriffs „Leasing“ geirrt und daher etwas anderes erklärt („leasen“), als er hatte erklären wollen („Ratenkauf“): Er kann

daher den Leasingvertrag gemäß § 119 I, 1. Alt. anfechten.

bb) Denken Sie gerade bei der Anfechtbarkeit wegen eines Inhaltsirrtums an den **Vorrang der Auslegung und der „falsa demonstratio"-Regel**: Die Erklärung muss nicht angefochten werden, wenn nach erfolgter Auslegung die Erklärung mit dem Inhalt gilt, der dem Willen entspricht.

Beispiel 1: L inseriert in der Zeitung: „Autoverleih L: Günstige Wochenendtarife". Hier kann auch ein objektiver Empfänger dieser Erklärung erkennen, dass L die Fahrzeuge nicht *verleihen*, sondern *vermieten* will. Nach erfolgter Auslegung gilt die Erklärung mit dem Inhalt „Miete"; die „falsa demonstratio"-Regel findet erst gar keine Anwendung.

cc) Lässt sich aufgrund einer terminologischen Falschbezeichnung die Erklärung vom Standpunkt eines objektiven Empfängers nicht so auslegen, wie es dem wahren Willen entspricht, so ist die terminologische Falschbezeichnung dennoch unschädlich, wenn der Erklärungsempfänger persönlich den wahren Willen des Erklärenden erkannt hat: „falsa demonstratio non nocet".

Beispiel 2: Der Geizhals G hat erfahren, dass sein Nachbar N heiraten will. Er bietet ihm an, ihm für die Fahrt zur Kirche seinen Rolls Royce „Silver Ghost" zu „leihen". Ein objektiver Durchschnittsdritter würde angesichts der relativ kurzen Dauer der Gebrauchsüberlassung, dem nachbarlichen Verhältnis und der ausdrücklichen Bezeichnung „Leihe" eine unentgeltliche Gebrauchsüberlassung heraushören, so dass die Erklärung als „Leihe" auszulegen wäre. Wusste N aber, dass G ihm den Gebrauch des Wagens niemals unentgeltlich überlassen würde, sondern dass G den Wagen vermieten will, so wird ein Mietvertrag geschlossen, wenn N das Angebot annimmt: Die irrtümliche Falschbezeichnung des Vertrags als „Leihe" ist dann unschädlich, weil sich die Parteien im Willen einig sind.

b) Irrtum über die Person des Geschäftsgegners

Da auch die Identität des Vertragspartners zum Inhalt der Erklärung gehört, berechtigt ein „error in persona" zur Anfechtung (Palandt/Heinrichs § 119 Rz. 13; MünchKomm/Kramer § 119 Rz. 65).

Beispiel: Der Mieter M hatte vor Jahren einmal seine Wohnung durch den Malermeister Klaus Müller streichen lassen und war mit dessen Arbeit hochzufrieden. Als M sein Wohnzimmer neu streichen lassen möchte, blättert er im Branchenfernsprechbuch und entdeckt die Anzeige eines „K. Müller, Malerarbeiten". In der irrigen Annahme, dass es sich um den ihm bekannten Klaus Müller handelt, erteilt er telefonisch den Auftrag; als die Maler kommen, stellt sich heraus, dass es sich um Karl Müller, einen Namensvetter, handelt. M kann wegen eines Inhaltsirrtums die Auftragserteilung anfechten, muss dann aber gemäß § 122 den Vertrauensschaden des Anfechtungsgegners ersetzen, insbesondere den entgangenen Gewinn, wenn Karl Müller an diesem Tag einen anderen Auftrag hätte erledigen können.

c) Irrtum über den Gegenstand des Geschäfts

Auch der „error in obiecto" berechtigt zur Anfechtung der darauf bezogenen Erklärung gemäß § 119 I, 1. Alt (Staudinger/Dilcher § 119 Rz. 19; Soergel/Hefermehl § 119 Rz. 23).

Beispiel: Der Grundstückseigentümer E hatte ein großes Grundstück in 2 Parzellen teilen lassen. Er veräußert an den Käufer K die „falsche" Parzelle, weil er gedanklich mit der Nummer des Katasteramtes die andere Parzelle verbunden hatte.

d) Der Irrtum über die Rechtsfolgen der Erklärung

Bei der Frage nach der Anfechtung wegen eines Rechtsfolgenirrtums begehen viele Studenten den Fehler, den Rechtsfolgenirrtum pauschal als unbeachtlich abzutun. Dies ist in dieser Stringenz falsch, weil man zwischen verschiedenen Situationen differenzieren muss:

aa) Bezieht sich die Fehleinschätzung auf einen rechtlichen Fachbegriff (z.B. *Leasing* ist erklärt, *Ratenkauf* ist gewollt), so handelt es sich um einen gemäß § 119 I, 1. Alt. beachtlichen Irrtum über den Geschäftsinhalt (s.o. 3 a).

bb) Es liegt jedoch kein Inhaltsirrtum vor, wenn sich die Fehlvorstellung auf Rechtsfolgen der Erklärung bezieht, die nicht Bestandteil der Erklärung sind, sondern kraft Gesetzes eintreten.
Beispiele: Der Verkäufer kann sich seiner Sachmängelhaftung nicht durch Anfechtung entziehen, indem er behauptet, er habe die Regelung der §§ 433 ff. nicht gekannt. Tritt jemand in das Handelsgeschäft eines Kaufmanns ein, so kann er seine Haftung für bereits bestehende Altverbindlichkeiten gemäß § 28 HGB nicht mit der Begründung durch Anfechtung zu Fall bringen, er habe diese Regelung nicht gekannt.

cc) Auch der Rechtsfolgenirrtum, der auf der Unkenntnis von Tatsachen beruht, ist unbeachtlich.
Beispiele: Der Verkäufer kannte im o.g. Beispiel zwar die Sachmängelhaftung, dachte aber, die Kaufsache sei mangelfrei. Derjenige, der in das Unternehmen des Kaufmannes eingetreten war, dachte, das Unternehmen sei frei von Verbindlichkeiten. (Ob er mit dieser Begründung gemäß § 119 II wegen Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft des Unternehmens gemäß § 119 II anfechten kann, werden wir unten bei § 119 II besprechen.)

e) Erweiterter Inhaltsirrtum

Der Erklärende kann seine Erklärung wegen eines Inhaltsirrtums anfechten, wenn die Umstände, über die er sich irrt, Teil seiner Erklärung sind und zu den essentialia negotii des Geschäfts zählen.
Beispiel nach RGZ 75, 271: Ein Bürge hatte sich gegenüber dem Gläubiger ausdrücklich nur deshalb für die Hauptschuld verbürgt, weil er glaubte, die Hauptschuld sei zusätzlich durch ein Pfand gesichert (das bei einer Befriedigung des Gläubigers gemäß den §§ 774 I, 412, 401 auf ihn übergehen würde). Die Pfandrechtsbestellung war jedoch nichtig.

f) Der Kalkulationsirrtum

Ist der Erklärung eine Berechnung vorausgegangen, deren Grundlage sich als fehlerhaft erweist, so stellt sich die Frage, ob die fehlerhafte Berechnung zur Anfechtung der auf dieser Basis abgegebenen Erklärung berechtigt.

Beispiel 1: Der Gläubiger G hatte dem Schuldner S, einem kriegsgefangenen Deutschen, in Russland ein Darlehen über 30.000 Rubel für die Rückreise gewährt, wobei der Darlehensbetrag in Mark zurückgezahlt werden sollte. Beide Parteien setzten aber aufgrund eines gemeinsamen Irrtums den Umtauschkurs „Rubel“ / „Mark“ falsch fest und vereinbarten daher die Rückzahlung von 7.500 Mark. Unter Zugrundelegung des richtigen Umtauschkurses wären nur 300 Mark geschuldet gewesen.

aa) Das RG (RGZ 105, 407) stellte zunächst einmal fest, dass der Irrtum über den Umtauschkurs bereits die Willens*bildung* beeinflusst hatte und daher von seiner Struktur her ein Motivirrtum war. Das Reichsgericht wollte aber bei der Anfechtbarkeit einer daraufhin erfolgten Erklärung zwischen einem *internen* und einem *externen* Kalkulationsirrtum unterscheiden:

(1) Bei einem ***internen* Kalkulationsirrtum** bleibt dem Erklärungsgegner die Kalkulationsgrundlage verborgen; ihm gegenüber wird nur das Ergebnis der Kalkulation erklärt. Da er die Berechnung nicht nachvollziehen kann, ist er schutzwürdig, so dass der interne Kalkulationsirrtum ein unbeachtlicher Motivirrtum ist (so auch BGH ZIP 1998, 1640; NJW -RR- 1986, 469, 570). Wer einen bestimmten Preis fordert, trägt also das Risiko, dass seine Kalkulation zutrifft.

Beispiel 2: Der Malermeister soll dem Hauseigentümer E ein Angebot über die Kosten eines Fassadenanstrichs machen und verrechnet sich bei der Ermittlung der qm-Zahl der zu streichenden Fläche. Er bietet daher dem E an, die Fassade für 50.000 Euro zu streichen, ohne ihm die qm-Zahl mitzuteilen. E hat daher keine Chance, den Irrtum zu erkennen.

Fraglich ist, ob eine Irrtumsanfechtung zumindest dann möglich ist, wenn der andere den Irrtum erkannt hat oder zumindest hätte erkennen können.

(a) Hat der Erklärungsempfänger den Irrtum nicht erkannt, scheidet eine Irrtumsanfechtung aus (BGH NJW -RR- 1995, 1360; NJW 1980, 180; Flume II, 493; a.A. MünchKomm/Kramer § 119 Rz. 109).

(b) Hat der Erklärungsempfänger den Irrtum gekannt oder sich dieser Erkenntnis leichtfertig verschlossen, so gehen die Ansichten auseinander:

(aa) Nach einer Ansicht (Wieser NJW 1972, 708 ff. m.w.N.) soll eine Irrtumsanfechtung analog § 119 I zulässig sein, weil der Erklärungsempfänger nicht schutzwürdig ist. Andere (MünchKomm/Kramer § 119 Rz. 106 m.w.N.) wenden § 119 II analog an.

(bb) Der BGH (ZIP 1998, 1640; bestätigt in NJW 2002, 2312) lehnt eine Irrtumsanfechtung ab.
„Eine derartige Anfechtung würde im Hinblick auf § 121 I Schwierigkeiten bereiten. Nach dieser Norm muss der Anfechtende unverzüglich anfechten, nachdem er seinen Irrtum bemerkt hat. Soll die Kenntnis des Anfechtungsgegners Tatbestandsmerkmal des Anfechtungsgrundes sein, so käme es darauf an, wann der Erklärende wusste, dass auch der Anfechtungsgegner den Irrtum erkannt hat. Mit einer solchen Häufung subjektiver Umstände würde aber eine übergroße Unsicherheit entstehen. Dies gilt umso mehr, als man über § 119 dann auch dingliche Verfügungen anfechten könnte, was auch die Interessen Dritter berührt."

Der Irrende kann dem anderen auch nicht den Einwand unzulässiger Rechtsausübung entgegenhalten, es sei denn, dass die Durchführung des Vertrags aufgrund eines eklatanten Irrtums unzumutbar sein würde. Der Erklärungsgegner ist auch grundsätzlich nicht verpflichtet, nachzufragen, ob ein Kalkulationsfehler vorliegt, es sei denn, dass sich ein solcher Fehler geradezu aufdrängt.

(cc) **Bei einem Kalkulationsirrtum innerhalb eines öffentlichen Vergabeverfahrens hat der BGH einen Verstoß gegen die Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils gemäß § 241 II festgestellt, wenn die Vergabestelle in Kenntnis eines erheblichen Kalkulationsirrtums den Zuschlag erteilt** (BGH NJW 2015, 1513).
Die Rücksichtnahmepflicht aus § 241 II BGB verpflichtet den öffentlichen Auftraggeber allerdings nicht, bei jeglichem noch so geringen Kalkulationsirrtum von der Annahme des Angebots abzusehen. Der Gedanke von Treu und Glauben zum Schutz eines redlichen Geschäftsverkehrs setzt die prinzipielle Bindung an das eigene geschäftliche Handeln gerade da voraus, wo beim Leistungsaustausch die andere Seite gleichermaßen auf ihren Vorteil bedacht sein darf.
Die Rücksichtnahmepflicht aus § 241 II BGB darf Bietern auch keinen Vorwand liefern, sich im Nachhinein unter Berufung auf einen vermeintlichen Kalkulationsirrtum von einem in Wirklichkeit mit Bedacht sehr günstig gestalteten Angebot zu lösen, wenn sie die diese besonders günstige Kalkulation nach Angebotsabgabe reut.
Die Schwelle zum Pflichtenverstoß durch Erteilung des Zuschlags zu einem kalkulationsirrtumsbehafteten Preis ist im Bereich der Vergabe öffentlicher Aufträge aber dann überschritten, wenn vom Bieter aus Sicht eines verständigen öffentlichen

Auftraggebers bei wirtschaftlicher Betrachtung schlechterdings nicht mehr erwartet werden kann, sich mit dem irrig kalkulierten Preis als einer auch nur annähernd äquivalenten Gegenleistung für die zu erbringende Bau-, Liefer- oder Dienstleistung zu begnügen. Verhält es sich so und führt der Auftraggeber gleichwohl den Vertragsschluss herbei, kann der Bieter vertraglichen Erfüllungs- oder Schadensersatzansprüchen ein Leistungsverweigerungsrecht entgegensetzen.

(2) Beim ***externen* Kalkulationsirrtum** wird dem Erklärungsgegner die Berechnungsgrundlage mitgeteilt. Da die Berechnungsgrundlage auf diesem Weg zum Teil der Erklärung wird, handelt es sich um einen *erweiterten Inhaltsirrtum*, der zur Anfechtung berechtigt. Das RG hatte in dem Irrtum über den Umtauschkurs einen erweiterten Inhaltsirrtum gesehen und eine Anfechtung über § 119 I zugelassen. Der Kalkulationsirrtum berechtigt zur Anfechtung gemäß § 119 I, 1. Alt., „wenn die Kalkulation zum Gegenstand der Vertragsverhandlungen gemacht wird und der dem anderen angebotene oder von ihm verlangte Preis als ein auf dieser Kalkulation zustande gekommener Preis bezeichnet wird. Dann umfasst der Inhalt der Erklärung beim Vertragsschluss auch die Kalkulation, und ein Irrtum über die Kalkulation ist ein Irrtum über den Inhalt der Erklärung, der gemäß § 119 I zur Anfechtung berechtigt."

bb) Die Literatur (MünchKomm/Kramer § 119 Rz. 72 ff., Medicus AT 758 m.w.N.) will dieser Unterscheidung von *internem* und *externem* Kalkulationsirrtum nicht folgen, da die Kalkulation nicht allein dadurch zum Erklärungsinhalt wird, dass sie dem Erklärungsempfänger mitgeteilt wird. Auch in allen anderen Fällen ist der Motivirrtum nicht allein deshalb beachtlich, weil der Erklärungsgegner das Motiv des Erklärenden kennt, denn dadurch würde der Redselige, der seine gesamte Kalkulation erkennen lässt, besser behandelt, als der Wortkarge, der nur eine „nackte" Zahl von sich gibt (Medicus a.a.O.). Unabhängig von der Frage, ob die Rechengrundlage gegenüber dem anderen offengelegt wurde oder nicht, muss die Position des Erklärenden bei einem Rechenfehler wie folgt geschützt werden:

(1) **Auslegung**: Da die Auslegung der Anfechtung vorgeht, müssen wir zunächst überprüfen, ob nicht bereits eine Auslegung der beiderseitigen Erklärungen zum richtigen Ergebnis führt. Ist der Rechenfehler evident und der Wille des Erklärenden zweifelsfrei erkennbar, so wird seine Erklärung so ausgelegt, wie es dem erkennbaren Willen entspricht (MünchKomm/ Kramer § 119 Rz. 72; Medicus AT Rz. 757; Staudinger/Dilcher § 119 Rz. 29).
So hatten im „Rubelfall" beide Parteien übereinstimmend erklärt, dass ein Betrag von 30.000 Rubel zum damaligen Tageskurs umgerechnet und in Mark zurückgezahlt werden sollte. Waren unter Zugrundelegung des damaligen Tageskurses 30.000 Rubel nur 300 Mark *wert*, so sind auch nur 300 Mark *geschuldet*. Die irrtümliche Falschangabe von 7.500 Mark ist eine unbeachtliche *falsa demonstratio*, da sich die Parteien im Willen einig sind. Eine Anfechtung der Erklärung ist daher überflüssig.

(2) **Perplexität**: Steht anhand des Erklärten eindeutig fest, dass der Erklärende sich verrechnet hat, ohne dass durch eine Auslegung der dahinterstehende Wille erkennbar ist, so ist die Erklärung bereits wegen Perplexität nichtig und muss nicht mehr angefochten werden.
Beispiel: A schreibt an B, er verkaufe ihm 10 CDs für 1.000 Euro. B weiß zwar, dass eine gebrauchte CD ca. 10 Euro kostet, aber er weiß nicht (und kann es anhand des Erklärten auch nicht wissen) ob A 10 CDs für 100 Euro oder 100 CDs für 1000 Euro verkaufen will. Die Erklärung des A ist wegen Perplexität nichtig; ein Vertrag kann so nicht geschlossen werden.

Etwas anderes würde gelten, wenn A und B vorher bereits über diese Angelegenheit gesprochen hätten und B wüsste, dass A nur 10 CDs verkaufen will. In diesem Fall wäre der Vertrag bei einer Annahmeerklärung des B zum Preis von 100 Euro geschlossen, da es sich bei den „geforderten" 1.000 Euro um eine unbeachtliche *falsa demonstratio* handelt, wenn B den dahinterstehenden Willen erkennt.

(3) **Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313**: Fallen die Umstände, die den Kalkulationsirrtum ausgelöst haben, in den gemeinsamen Risikobereich beider Parteien, so kommt bei einer Störung der Geschäftsgrundlage entweder eine Vertrags*anpassung* oder eine Vertrags*auflösung* in Betracht. Hatte nur eine Partei kalkuliert, so ist der einseitige Irrtum über die Kalkulationsgrundlage grundsätzlich unbeachtlich (Palandt/Heinrichs § 119 Rz. 21 m.w.N.).

(4) **Culpa in contrahendo / Vertragsaufhebung**: Hatte der Erklärungsgegner durch schuldhaft falsche Angaben den Rechenfehler verursacht, so kann der Erklärende über die culpa in contrahendo Auflösung des Vertrags gemäß § 249 I verlangen. Dies gilt auch dann, wenn die Kalkulation nicht zum Gegenstand der Vertragsverhandlungen gemacht wurde.

Fazit von Medicus (AT Rz. 762): Der Kalkulationsirrtum ist keine eigene Kategorie eines Irrtums, sondern muss je nach Fallgestaltung unterschiedlich behandelt werden.

4) **Der Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft gemäß § 119 II**

Der Erklärende kann seine Erklärung gemäß § 119 II anfechten, wenn er sich über eine Eigenschaft der Person oder eine verkehrswesentliche Eigenschaft der Sache geirrt hat. In derartigen Fällen stimmen zwar Wille und Erklärung überein, so dass es sich von der Struktur her um einen *Motivirrtum* handelt, doch irrt sich der Erklärende über den Geschäftsgegenstand und damit über das wirtschaftliche Ergebnis des Rechtsgeschäfts. Da ihn dieser Irrtum zur Abgabe seiner Erklärung motiviert hat, handelt es sich um einen gemäß § 119 II beachtlichen Motivirrtum.

a) Der Erklärende muss sich über eine **Eigenschaft** geirrt haben.

Eigenschaften sind alle tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse einer Sache, die aufgrund ihrer Beschaffenheit und Dauer den Wert der Sache bestimmen (BGHZ 34, 32, 41; 88, 240, 245; Palandt/Heinrichs § 119 Rz. 24 m.w.N.). **Eigenschaften müssen in der Sache selbst begründet sein, dürfen also nicht außerhalb des Gegenstandes liegen** (BGH NJW 1978, 370).

Beispiel:
Kauft der Erwerber eine hypothekarisch gesicherte Forderung, so ist nach der Rspr. der Ertrag des durch die Hypothek belasteten Grundstücks keine Eigenschaft der *Hypothek*, sondern eine Eigenschaft des *Grundstücks*, die den Wert der Hypothek nur mittelbar beeinflusst. Eine Anfechtung des Forderungskaufs gemäß § 119 II kommt somit nicht in Frage. Das RG (RGZ 149, 235) hat aber in diesem Fall eine Anfechtung gemäß § 119 I zugelassen, da der Ertrag des Grundstücks die Grundlage des Kaufs war und der Käufer sich daher i.S.d. § 119 I über die Vertragsgrundlage geirrt hatte.

b) Es muss sich um eine ***verkehrswesentliche*** **Eigenschaft** handeln.

aa) Dies setzt nach der Rspr. (BGHZ 16, 54, 57) voraus, dass die tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse *generell* den Wert der Sache beeinflussen; sind diese Umstände nur für den Käufer *persönlich* von Bedeutung, so sind derart „nichttypische“ Verhältnisse nur dann i.S.d. § 119 II verkehrswesentlich, wenn sie durch die Vereinbarung mit dem Vertragspartner zum Inhalt des Geschäfts gemacht werden. Später hat der BGH seinen Standpunkt dahingehend geändert, dass die Eigenschaften nicht unbedingt *übereinstimmend* als vorhanden vereinbart sein müssen. Es genügt, dass der Erklärende sie für seinen Vertragspartner erkennbar dem Geschäft zugrunde legt (BGHZ 88, 240, 246).

bb) Flume (Der Eigenschaftsirrtum, 13 ff.) wendet sich gegen diese generalisierende Betrachtung und schlägt für den Begriff der „Verkehrswesentlichkeit“ folgende Differenzierung vor: Entscheidend für einen gemäß § 119 II relevanten Eigenschaftsirrtum ist, dass das Geschäft im Hinblick auf diesen konkreten Umstand nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmt. Grund der Anfechtung ist also nicht, dass eine Eigenschaft fehlt, die für den Rechtsverkehr (= die

Allgemeinheit) von Bedeutung ist, sondern, dass der Gegenstand oder die Person nicht der vertraglichen Vereinbarung entspricht. Der Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft ist also ein **Irrtum über die Sollbeschaffenheit des Vertragsgegenstandes**.

Folge: Entspricht die Sache oder die Person, auf die sich das Rechtsgeschäft bezieht, nicht der vertraglichen Vereinbarung, so kann der Erklärende gemäß § 119 II anfechten. Ist im Hinblick auf diesen Umstand keine vertragliche Vereinbarung getroffen worden, so ist ein Irrtum über diesen Umstand ein unbeachtlicher Motivirrtum (so auch Brox AT 67 ff.; Medicus BR 140).

Konsequenz: Der Irrtum über die Eigenschaft der Sache oder der Person berechtigt nur zur Anfechtung, wenn die Eigenschaft für dieses Geschäft wesentlich und daher ausdrücklich oder konkludent vereinbart war. Es kommt nicht darauf an, ob die vereinbarte Eigenschaft *generell* den Wert der Sache bestimmt.

c) Bei den verkehrswesentlichen Eigenschaften muss es sich um ***gegenwärtige*** **Eigenschaften** der Sache oder der Person handeln. Der Eintritt oder das Ausbleiben von *künftigen* Umständen berechtigt nicht zur Anfechtung, sondern kann nur zu einer auflösenden Bedingung oder zu einer Geschäftsgrundlage gemacht werden, mit deren Eintritt oder Ausbleiben das Geschäft steht und fällt.

Beispiel: Die irrige Annahme, billig gekauftes Ackerland werde künftig zu Bauland erklärt werden, berechtigt nicht zur Anfechtung des Kaufvertrags, wenn sich diese Erwartung zerschlägt.

d) **Fallgruppen: Verkehrswesentliche (bzw. regelmäßig geschäftswesentliche) Eigenschaften einer Sache**

Der Begriff der „Sache“ i.S.d. § 119 II erfasst über die körperlichen Gegenstände des § 90 BGB hinaus jeden Gegenstand des Geschäfts, also auch unkörperliche Gegenstände wie z.B. eine Forderung oder den Eintritt einer Erbschaft. Verkehrswesentlich ist eine Eigenschaft dann, wenn sie für

– den Wert der Sache
– den vertragsgemäßen Gebrauch
– oder auch nur den Erklärenden persönlich von Bedeutung ist, sofern er diesen Umstand in die Vertragsverhandlungen hat einfließen lassen.

Beispiele für verkehrswesentliche Eigenschaften einer Sache:

1) Die **Beschaffenheit einer Sache** hängt vom verwendeten **Material**, dem **Herstellungsverfahren**, dem **Alter**, der **Anzahl der Vorbesitzer** sowie dem **Grad der Abnutzung** ab. So ist eine goldene Uhr teurer als eine vergoldete (gold-filled) Uhr; ein handgenähtes Sakko wertvoller als ein rein maschinell hergestelltes, ein Jahreswagen wertvoller als ein Pkw, der bereits 5 Jahre alt ist.
2) Die in der Sache auf Dauer angelegte **Umweltbeziehung** beeinflusst ebenfalls deren Wert. So ist ein Grundstück an der Außenalster teurer als ein Grundstück, das in der Einflugschneise des Hamburger Flughafens oder neben der Mülldeponie liegt.
3) Nicht nur die **Lage**, sondern auch die **mit dem Grundstück verbundenen Rechte** bestimmen seinen Wert: Rechte zugunsten des herrschenden Grundstücks (z.B. das Recht, durch eine Dienstbarkeit die Bebauung des Nachbargrundstücks verhindern zu können; RGZ 61, 84, 86); die Freiheit von Baubeschränkungen (z.B. nur 1 ½-geschossige Bauweise erlaubt; BGH DB 1977, 91 ff.); die gewerbliche Nutzbarkeit oder das Bestehen oder Fehlen von Belastungen (z.B.: Hypotheken, Grundschulden).
4) Die **Echtheit eines Kunstwerks** (BGH NJW 1988, 2597, 2599), das **Herstellungsjahr** eines als fabrikneu verkauften Pkw, das **Baujahr** eines Gebrauchtwagens (BGH NJW 1979, 160, 161), die **Fahrleistung** eines Pkw (OLG München DB 1974, 1059, 1060) sind weitere verkehrswesentliche Eigenschaften einer Sache.
5) Die **Eigentumsverhältnisse** an einer Sache sind keine verkehrswesentlichen Eigenschaften, da diese Umstände außerhalb der Sache selbst liegen und auch auf die Brauchbarkeit und die allgemeine Wertschätzung der Sache keinen Einfluss haben (BGHZ 34, 32, 41).

6) Der **Wert der Sache** an sich ist keine verkehrswesentliche Eigenschaft, sondern die Summe der wertbildenden Faktoren (BGHZ 34, 41; NJW 1963, 253; Palandt/Heinrichs § 119 Rz. 27 m.w.N.). Auf der anderen Seite wird der Irrtum über den Wert der Sache meist auf einem Irrtum über wertbildende Faktoren der Sache beruhen, so dass der Erwerber unter diesem Aspekt anfechten kann (zum Konkurrenzverhältnis der Irrtumsanfechtung gemäß den §§ 119 ff. mit den Gewährleistungsregeln s. u. §§ 20 VIII 2b; 21 V 2).

e) **Die verkehrswesentlichen Eigenschaften einer Person**

Gerade bei Geschäften, die über den reinen Leistungsaustausch („Geld gegen Ware") hinausgehen und von einem starken persönlichen Kontakt der Vertragspartner sowie von gegenseitigem Vertrauen geprägt sind, berechtigt auch der Irrtum über Eigenschaften der Person zur Anfechtung gemäß § 119 II, wenn von diesen Eigenschaften die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrags abhängt. Verkehrs- bzw. geschäftswesentliche Eigenschaften der Person können je nach Vertragsinhalt das **Alter**, die **berufliche Qualifikation**, der **Gesundheitszustand**, die **Vertrauenswürdigkeit** sowie die **finanzielle Leistungsfähigkeit** sein (Palandt/Heinrichs § 119 Rz. 26; Soergel/Hefermehl § 119 Rz. 38 ff.).

Person i.S.d. § 119 II ist in aller Regel der Vertragspartner, auf den sich das Geschäft bezieht. Bezieht sich das Geschäft ausnahmsweise auch auf einen Dritten (z.B. Vertrag zugunsten Dritter, § 328; Bürgschaft) so berechtigt auch der Irrtum über die verkehrswesentliche Eigenschaft des Dritten zur Anfechtung.

5) **Die Anfechtbarkeit wegen einer falschen Übermittlung gemäß § 120**

a) **Wird eine Willenserklärung durch eine Person oder Anstalt übermittelt, so kann die Erklärung gemäß § 120 angefochten werden, wenn der Übermittler irrtümlich die Erklärung unrichtig überbringt**. Die Norm des § 120 stellt also die durch einen Dritten unrichtig überbrachte Erklärung dem Fall gleich, dass sich der Erklärende selbst verschrieben, versprochen oder vergriffen hat. Den Erklärenden trifft das Risiko der falschen Übermittlung, weil er den Übermittler ausgesucht und wissentlich eingeschaltet hat; er muss daher dem Erklärungsgegner gemäß § 122 den Vertrauensschaden ersetzen, wenn er seine Erklärung nach § 120 anficht.

b) **Der Erklärende muss einen anderen in die Übermittlung der Erklärung eingeschaltet haben**: Dabei kann es sich um einen Dolmetscher oder einen *Boten*, nicht aber um einen *Vertreter* handeln, da der Vertreter im Gegensatz zum Boten keine *fremden* Erklärungen überbringt, sondern *eigene* Erklärungen, wenn auch im fremden Namen, abgibt. Irrt sich der Vertreter, so kann der Vertretene nicht gemäß § 120, sondern gemäß § 166 I anfechten, wenn er die Erklärung nicht gegen sich gelten lassen will.

c) **Muss der Auftraggeber die durch den Boten unrichtig übermittelte Erklärung gemäß § 120 anfechten, so ist er gegenüber dem Anfechtungsgegner gemäß § 122 zum Ersatz des Vertrauensschadens verpflichtet und erleidet dadurch selbst einen Schaden, den ihm der Bote ersetzen muss**. Dabei haftet der Bote wegen der Pflichtverletzung aus dem Rechtsverhältnis, das der Übermittlung zugrunde lag, also etwa gemäß § 280 I wegen einer Pflichtverletzung des Auftrags gemäß § 662 (unentgeltlich) bzw. eines Geschäftsbesorgungsvertrags gemäß § 675 (bei entgeltlicher Tätigkeit des Boten).

d) **Die durch einen Boten unrichtig überbrachte Erklärung wirkt nach h.M.** (Larenz § 20 II, Flume § 23, 3 m.w.N.) **nur dann gegen den Erklärenden und muss daher von diesem auch nur dann gemäß § 120 angefochten werden, wenn der Bote die Erklärung *irrtümlich* falsch übermittelt**. Übermittelt der Bote *bewusst* eine andere Erklärung, als ihm aufgetragen war, so handelt es sich um einen „**Pseudoboten**", dessen Erklärung nicht gegen den wirkt, von dem sie zu

stammen scheint. Hier sind die §§ 120, 122 nach h.M. unanwendbar, da die Möglichkeit der absichtlichen Verfälschung durch den Boten keine typische Gefahr der Botenübermittlung ist, die man dem Erklärenden zurechnen könnte.

> **AL-Klausurtipp**: Der Pseudobote wird von der h.M. wie ein Vertreter ohne Vertretungsmacht (= falsus procurator) gemäß den §§ 177 ff. behandelt: Das Geschäft ist zunächst gemäß § 177 I schwebend unwirksam, kann aber vom scheinbaren Auftraggeber genehmigt werden. Wird die Genehmigung verweigert, so haftet der Pseudobote dem Erklärungsgegner gemäß § 179 (Palandt/Heinrichs § 120 Rz. 4; Staudinger/Dilcher § 120 Rz. 10).

e) **§ 120 gilt nicht für den *Empfangsboten*, der auf der Seite des Erklärungsempfängers steht und für diesen Erklärungen entgegennimmt** (Staudinger/Dilcher § 120 Rz. 6; Soergel/Hefermehl § 120 Rz. 9): Hat der Empfangsbote die Erklärung akustisch richtig vernommen (nur dann ist sie dem Empfänger gemäß § 130 zugegangen und dadurch wirksam geworden!), so trägt ab diesem Zeitpunkt der Empfänger das Risiko, dass *sein* Bote die Erklärung unrichtig übermittelt. Wird die Erklärung durch den Empfangsboten unrichtig überbracht, so kann der Empfänger nicht gemäß § 120 anfechten, sondern nur seine eigene Erklärung gemäß § 119 I, 1. Alt. anfechten, die er selbst daraufhin abgibt.

f) **Auch bei einer falschen Preisauszeichnung im Internet kann der jeweilige Anbieter seine eigene Erklärung anfechten.** Dabei müssen wir wie folgt unterscheiden:

aa) Die **reine Präsentation der Ware im Internet ist eine invitatio ad offerendum**. Hier funktioniert die Internet-Präsentation wie ein elektronisches Schaufenster (BGH NJW 2005, 3567). Die Warenbestellung ist ein Angebot, die Zusendung der bestellten Artikel ist die konkludente Annahmeerklärung.

bb) **Hat ein Mitarbeiter des Anbieters den Preis falsch in ein EDV-Programm eingetippt, so berechtigt dies zur Anfechtung nach § 119 I, 2. Alt.,** denn § 119 I gilt auch, wenn die Willenserklärung zunächst nur auf Vorrat gespeichert und die Software so programmiert wird, dass die eigene Erklärung später selbsttätig ausgeworfen wird. **Entscheidend ist nur, dass bei der Eingabe der Daten ein Schreibfehler unterlaufen ist, der in der später automatisch abgegebenen Erklärung fortwirkt**. Zwar ist der Fehler bereits bei der invitatio ad offerendum und nicht erst bei der Erklärung selbst unterlaufen, doch ist bei wertender Betrachtung die Eingabe des Preises in das EDV-System die entscheidende Willensäußerung.

cc) **Auch die Verfälschung des ursprünglich richtig Erklärten auf dem Weg zum Empfänger durch einen unerkannten Softwarefehler berechtigt gemäß den §§ 120, 119 zur Anfechtung**: Es besteht kein Unterschied, ob sich der Erklärende selbst verschreibt oder ob die Abweichung vom Gewollten auf dem weiteren Weg zum Empfänger eintritt. Dieser Fall ist nach der Rspr. auch nicht mit einem unbeachtlichen verdeckten Kalkulationsirrtum vergleichbar, denn die Angabe des falschen Betrags beruht hier nicht auf einer fehlerhaften Berechnung des Preises im Stadium der Willensbildung, sondern auf einem nachfolgenden Fehler bei der Übertragung der Daten.

VI. Die Anfechtungsfrist: § 121

Der Zeitraum, in dem die Anfechtung erfolgen muss, hängt davon ab, aus welchem Grund die Anfechtung erfolgt. **Entscheidend für die Rechtzeitigkeit der Anfechtungserklärung ist in jedem Fall der Zeitpunkt der *Abgabe*, nicht der des *Zugangs* der Anfechtungserklärung**. Da es sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung handelt, wird die Anfechtungserklärung aber erst mit dem Zugang gemäß § 130 I wirksam.
Die Berechnung der Frist erfolgt gemäß § 121: Erfolgt die Anfechtung gemäß den §§ 119, 120, so muss die Anfechtungserklärung **ohne schuldhaftes Zögern** erfolgen, d.h. unverzüglich, nachdem der Erklärende den Anfechtungsgrund erkannt hat. In einem Zivilprozess hat der Richter von Amts wegen zu beachten, ob der Anfechtungsberechtigte die Ausschlussfrist des § 121 eingehalten hat.

AL-Klausurtipp: *Unverzüglich* bedeutet aber nicht, dass der Anfechtende *sofort* anfechten muss, nachdem er seinen Irrtum bemerkt hat. Das Gesetz räumt ihm die Möglichkeit ein, rechtlichen Rat einzuholen und sich zu überlegen, ob er (mit der Folge einer verschuldensunabhängigen Schadensersatzpflicht gemäß § 122) seine Erklärung anfechten soll. Eine Obergrenze liegt aber bei 2 Wochen.

AL-Klausurtipp: **Beachten Sie § 121 I 2**: **Zur Fristwahrung muss die Anfechtung an den *Anfechtungsgegner* adressiert werden**. Wird die Anfechtung in einer Klageschrift erklärt, die ja zunächst an das *Gericht* adressiert ist und von dort aus im Wege der Zustellung nur *mittelbar* und erst nach einiger Zeit dem Beklagten (= Anfechtungsgegner) zugestellt wird, so ist die Anfechtung verspätet und damit ausgeschlossen (BGH NJW 1975, 39).

VII. Die Rechtsfolgen der Anfechtung gemäß den §§ 119 I, II, 120

1) **§ 142 I**: Hat der Erklärende seine Erklärung gemäß den §§ 119, 120 wegen eines Irrtums angefochten, so gilt die Rückwirkungsfiktion des § 142 I: **Das angefochtene Rechtsgeschäft gilt als von Anfang an (ex tunc) nichtig**. Denken Sie bitte daran, dass die Anfechtung ein Gestaltungsrecht ist, das der Rechtsinhaber wirksam ausgeübt haben muss: Vor wirksamer Anfechtung ist das Geschäft wirksam; ist die Anfechtung wegen Fristablaufs nicht mehr zulässig, so bleibt es wirksam!

2) **§§ 770 I, 1137, 1211**: **Sicherungsgeber, die für die Hauptschuld eines anderen akzessorisch haften, können ihrer Inanspruchnahme durch den Sicherungsnehmer eine dilatorische (= zeitweise wirkende) Einrede entgegenhalten, solange dem Hauptschuldner das Recht der Irrtumsanfechtung zusteht**:

   – § 770 I / Bürgschaft
   – §§ 1137 I, 770 I / Hypothek
   – §§ 1211 I, 770 I / Verpfändung

   Da die Haftung dieser Sicherungsgeber vom Bestehen einer Hauptschuld abhängig ist, können sie die Befriedigung des Gläubigers (Bürge) bzw. die Verwertung der Sicherheit (Eigentümer eines hypothekarisch belasteten Grundstücks bzw. einer verpfändeten Sache) solange verweigern, wie der Hauptschuldner sich noch durch eine Irrtumsanfechtung von seiner Schuld befreien kann; nach erfolgter Anfechtung wäre aufgrund der Akzessorietät auch die bestellte Sicherheit hinfällig.

   Die rechtliche Position des Sicherungsgebers ist aber vom Verhalten des Anfechtungsberechtigten abhängig: Hat dieser die Anfechtungsfrist des § 121 verstreichen lassen oder will er nicht anfechten, so kann ihn der Sicherungsgeber dazu nicht zwingen und die Anfechtung auch nicht selbständig vornehmen, da dies ein unzulässiger Eingriff in die Privatautonomie des Hauptschuldners wäre.

3) **Nach erfolgter Anfechtung der Hauptverbindlichkeit fallen die o.g. akzessorischen Sicherungsrechte mit rückwirkender Kraft weg**, da sie aufgrund ihrer Akzessorietät vom Bestand einer durch sie gesicherten Hauptverbindlichkeit abhängig sind.

4) **Ist das Kausalgeschäft mit rückwirkender Kraft durch Anfechtung vernichtet worden, so müssen die Folgen des Abstraktionsprinzips über das Bereicherungsrecht gemäß den §§ 812 ff. korrigiert werden**. Hat die Anfechtung in Fällen der Fehleridentität auch die dingliche Verfügung zunichte gemacht, so kann der Anfechtende nicht nur das Geleistete gemäß § 812 I 1, 1. Alt. *kondizieren*, sondern auch gemäß § 985 *vindizieren*.

5) **Die Anfechtung des Verfügungsgeschäfts hat aufgrund der Rückwirkungsfiktion des § 142 I zur Folge, dass der Erwerber bei einer Weiterveräußerung als *Nichtberechtigter* verfügt**. Dabei steht gemäß § 142 II die Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis der Anfechtbarkeit durch den Letzterwerber der Kenntnis der Nichtberechtigung des Verfügenden gleich, so dass der Letzterwerber infolge seiner Bösgläubigkeit das Eigentum auch nicht vom Nichtberechtigten erworben hat. Die Voraussetzungen der Bösgläubigkeit ergeben sich dabei jeweils aus den entsprechenden Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb: § 892 / positive Kenntnis; § 932 II / grobe Fahrlässigkeit.

Beispiel: V hat aufgrund eines Irrtums über die Echtheit ein ererbtes wertvolles Originalgemälde zum Preis einer Kopie an den Kunsthändler K verkauft und übereignet. K veräußert das Bild an D, wobei D weiß, dass das Bild dem V gehörte und dieser es irrig für eine Kopie gehalten hatte. Verzichtet V auf eine Anfechtung, so hat D das Eigentum vom Berechtigten K gemäß § 929, 1 erworben. Ficht V sowohl Kaufvertrag als auch Übereignung gemäß § 119 II fristgerecht an, so ist K aufgrund der Rückwirkungsfiktion der Anfechtung gemäß § 142 nicht Eigentümer geworden, so dass D das Eigentum nur vom Nichtberechtigten K erworben haben kann. Da D aber die Anfechtbarkeit der Übereignung kannte, wird er gemäß § 142 II so behandelt, als ob er die Nichtberechtigung des K kannte, so dass er infolge seiner Bösgläubigkeit das Eigentum nicht gemäß den §§ 929, 1; 932 I erwerben konnte. V kann das Bild nach erfolgter Anfechtung von D gemäß § 985 herausverlangen.

6) **§ 122**: **Ist eine Willenserklärung gemäß § 118 als Scherzerklärung nichtig oder gemäß den §§ 119, 120 angefochten worden, so muss der Erklärende dem Erklärungsgegner dessen Vertrauensschaden ersetzen**, d.h. ihn in Geld so stellen, wie dieser stünde, wenn er nie von der angefochtenen Erklärung gehört hätte (Staudinger/Dilcher § 122 Rz. 6; Palandt/Heinrichs § 122 Rz. 4 m.w.N.).
Beispiele: Ersatz von Aufwendungen, die sich nach Nichtigkeit des Vertrags als nutzlos erweisen; entgangener Gewinn, wenn im Vertrauen auf die Wirksamkeit der Erklärung ein anderes günstiges Geschäft nicht abgeschlossen wurde (BGH NJW 1984, 1950, 1951).

7) **Hat der Ersatzberechtigte im Vertrauen auf die Wirksamkeit dieser Erklärung selbst bereits an den Anfechtenden Leistungen erbracht, so kann er diese gemäß § 122 zurückfordern**. Dieser Rückforderungsanspruch des § 122 steht neben dem Rückforderungsanspruch des § 812 I 1, 1. Alt. in Anspruchskonkurrenz. Dabei hat die Rückforderung gemäß § 122 im Verhältnis zum Anspruch des § 812 I 1, 1. Alt. den Vorteil, dass sich der Anfechtende im Rahmen des § 122 nicht gemäß § 818 III auf den ersatzlosen Wegfall der Bereicherung berufen kann.

8) **Der Ersatz des Vertrauensschadens ist der Höhe nach durch das Erfüllungsinteresse des Anfechtungsgegners begrenzt**: Der Anfechtende muss den Anfechtungsgegner gemäß § 122 nicht besser stellen, als dieser bei wirksamer Erklärung stünde, wenn z.B. der angefochtene Vertrag von beiden Seiten erfüllt worden wäre (Palandt/Heinrichs § 122 Rz. 4).

9) § 122 folgt dem *Veranlassungsprinzip*: **Der Ersatz des Vertrauensschadens ist auch dann geschuldet, wenn der Anfechtende seinen Irrtum nicht erkennen konnte und daher schuldlos handelte**. Diese verschuldensunabhängige Ersatzpflicht ist der Preis dafür, dass der Erklärende die Erklärung auch dann nicht gegen sich gelten lassen muss, wenn der andere auf die Wirksamkeit der Erklärung vertraut hat und bereits finanzielle Dispositionen getroffen hat.

10) **Hat der Erklärende seinen Irrtum schuldhaft verursacht, so haftet er neben § 122 nach den Regeln** der **culpa in contrahendo gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1**: Diese zusätzliche c.i.c.-Haftung ist zum einen wegen der Verjährung der c.i.c. (§ 195: 3 Jahre!) von Bedeutung; zum anderen, wenn man (so z.B. Erman/Brox § 122 Rz. 10) die Höhe der Ersatzpflicht der c.i.c. im Gegensatz zu § 122 nicht auf das Erfüllungsinteresse begrenzt (a.A. Soergel /Hefermehl § 122 Rz. 7).

11) Die Ersatzpflicht des § 122 wird aber auch durch das Verhalten des Erklärungsgegners beeinflusst:

a) Hatte der Anfechtungsgegner den Irrtum des Erklärenden fahrlässig verursacht, so kann der Erklärende über die culpa in contrahendo i.V.m. § 249 I im Wege der Naturalrestitution die Aufhebung des Vertrags verlangen, ohne gemäß § 122 den Vertrauensschaden des anderen ersetzen zu müssen.

b) Kannte der Anfechtungsgegner den Irrtum des Erklärenden oder hätte er den Irrtum erkennen müssen, so ist die Ersatzpflicht des § 122 ausgeschlossen. Dabei genügt im Rahmen des Kennenmüssens jede Form von Fahrlässigkeit.

c) Hat der Anfechtungsgegner den Irrtum des Anfechtenden, wenn auch unverschuldet, mitverursacht, so muss er sich in analoger Anwendung des § 254 (kein Verschulden!) seinen Verschuldensanteil bei der Schadensberechnung anspruchsmindernd abziehen lassen.

VIII. Konkurrenzprobleme innerhalb der Irrtumsanfechtung gemäß § 119 I, II

1) **Das Verhältnis von § 119 I zu § 119 II**

a) **§ 119 I**: Irrt sich der Erklärende über den Geschäfts*gegenstand*, so kann er seine Erklärung gemäß § 119 I anfechten.

b) **§ 119 II**: Hat sich der Erklärende nicht über den Gegenstand an sich, sondern über eine *Eigenschaft* des Gegenstandes geirrt, so kann er seine Erklärung gemäß § 119 II anfechten.

2) **Das Verhältnis der §§ 119 I, II zu den Gewährleistungsregeln**

a) Dem Käufer einer Sache stehen gemäß den §§ 433 ff. vertragliche Gewährleistungsansprüche (Nacherfüllung, Schadensersatz) bzw. -rechte (Rücktritt, Minderung) zu, wenn die Kaufsache mangelhaft ist. Dies ist neben der Abweichung von der Normalbeschaffenheit insbesondere dann der Fall, wenn die Sache von der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit abweicht oder nicht so benutzt werden kann, wie dies vertraglich vereinbart wurde. Im Gegensatz dazu berechtigt im Rahmen der Irrtumsanfechtung auch die einseitig fehlgeschlagene Erwartung des Erklärenden zur Anfechtung. Da dieser Irrtum aber in den Risikobereich des Erklärenden fällt, muss er dem anderen gemäß § 122 verschuldensunabhängig dessen Vertrauensschaden ersetzen.

b) **Das Verhältnis der Irrtumsanfechtung zu den vertraglichen Gewährleistungsrechten wird vor allem durch die unterschiedliche Regelung der Verjährung beeinflusst**:

aa) **§§ 438, 634 a**: Der Anspruch des Käufers auf Nacherfüllung oder Schadensersatz verjährt gemäß § 438 I Nr. 3 innerhalb von 2 Jahren ab der Übergabe der Kaufsache. Ist der Anspruch auf Nacherfüllung verjährt, so ist der Rücktritt bzw. die Minderung gemäß den §§ 438 IV 1, V, 218 ausgeschlossen. Auch im Werkvertragsrecht verjähren Ansprüche des Bestellers auf Nacherfüllung und Schadensersatz gemäß § 634 a Nr. 1 innerhalb von Jahren ab der Abnahme des Werks. Dann sind auch Rücktritt und Minderung gemäß den § 634 a IV, V, 218 ausgeschlossen.

bb) **§ 121**: Im Gegensatz dazu kann der Erklärende seine Erklärung wegen eines Irrtums gemäß § 119 nach § 121 30 Jahre lang anfechten, wenn er sich nach der Kenntnis des Irrtums unverzüglich bei seinem Vertragspartner meldet.

c) **§ 119 I / §§ 433 ff.; 633 ff.**

Hat sich der Erklärende bei Abschluss des Kauf- oder Werkvertrags über den Inhalt seiner Erklärung oder den Erklärungstatbestand geirrt, so bestehen keinerlei Berührungspunkte zum Gewährleistungsrecht, so dass sich die Frage einer Konkurrenz gar nicht erst stellt. Der Käufer bzw. Besteller kann gemäß § 119 I in der Frist des § 121 anfechten.

Beispiel: Käufer K hatte für 12.000 Euro einen mangelhaften Gebrauchtwagen gekauft. Hatte er den Wagen leasen wollen (§ 119 I, 1. Alt.) oder sich verschrieben und ihn eigentlich nur für 10.000 Euro kaufen wollen (§ 119 I, 2. Alt.), so kann K seine Erklärung anfechten, ohne dass die Gewährleistungsansprüche die Regeln der Irrtumsanfechtung beeinflussen würden.

d) **§ 119 II / §§ 433 ff.; 633 ff.**:

aa) Hat sich der Erklärende über die Mangelfreiheit und damit auch über eine verkehrswesentliche Eigenschaft der Kaufsache / des Werks geirrt, so kann er den Vertrag nicht uneingeschränkt anfechten, da eine derart uneingeschränkte Anfechtbarkeit die vom Gesetzgeber aus Gründen der Rechtssicherheit gewählte Verjährungsfrist der Gewährleistungsansprüche (§§ 438, 634 a) ad absurdum führen würde. Soll also die Verjährungsfrist der Gewährleistungsansprüche ihren Sinn behalten, so muss eine **Irrtumsanfechtung gemäß § 119 II ausgeschlossen** sein, **wenn die Verjährungsfrist der Gewährleistungsansprüche beginnt, also mit Gefahrübergang (Übergabe der Kaufsache bzw. Abnahme des Werks)**. Darüber herrscht Einigkeit.

bb) Auf der anderen Seite sind die Regeln des Gewährleistungsrechts ihrem Wortlaut nach vor der Übergabe bzw. der Abnahme des Werks noch gar nicht anwendbar, so dass bis zu diesem Zeitpunkt noch kein Konkurrenzproblem zu bestehen scheint; bis zum Gefahrübergang wäre eine Irrtumsanfechtung gemäß § 119 II also scheinbar problemlos möglich. Auf dieser Basis hat auch der BGH (BGHZ 34, 37 ff.) eine Irrtumsanfechtung vor Gefahrübergang zugelassen, da zu diesem Zeitpunkt Gewährleistungsansprüche scheinbar noch gar nicht bestehen.

Dieser Ansicht hält Medicus (BR 344) jedoch entgegen, dass Gewährleistungsansprüche bzw. -rechte auch bereits *vor* Gefahrübergang bestehen, wenn zu diesem Zeitpunkt bereits feststeht, dass der Mangel auch *bei* Gefahrübergang noch vorhanden sein wird, so dass es unsinnig wäre, den Käufer bzw. Besteller bis dahin zu vertrösten. Dies ist zum einen der Fall, wenn sich der Mangel ohnehin nicht beheben lässt, zum anderen, wenn der Mangel zwar behoben werden kann, aber der Verkäufer sich weigert, dies zu tun. In diesen beiden Fällen kann der Käufer bereits vor Übergabe der Kaufsache zurücktreten bzw. mindern, so dass sich auch zu diesem Zeitpunkt bereits die Frage stellt, wie sich diese Rechte zur Irrtumsanfechtung verhalten.
Medicus will eine Irrtumsanfechtung gemäß § 119 II ausschließen, wenn der Käufer entweder bereits zurücktreten oder mindern kann oder diese Rechte gemäß § 442 I 2 verwirkt hat, weil er den Mangel grob fahrlässig verkannt hat. Könnte der Käufer hier gemäß § 119 II anfechten, so würde die gesetzliche Wertung des § 442 I 2 durchkreuzt, wonach der Käufer sich nicht unter Hinweis auf einen Umstand vom Vertrag soll lösen können, den er grob fahrlässig übersehen hat.

Dem hält der BGH (a.a.O.) jedoch entgegen, dass auch in den Fällen, in denen bereits vor Gefahrübergang ein Rücktritt möglich ist, die Vorverlagerung der Rücktrittsmöglichkeit den Käufer nach Treu und Glauben begünstigen soll, indem man ihm den Ersatz des Vertrauensschadens gemäß § 122 erspart. Würde der Käufer aber infolge der Vorverlagerung der Rücktrittsmöglichkeit sein Anfechtungsrecht nach § 119 II verlieren, so kann von einer Begünstigung des Käufers nicht mehr gesprochen werden. Hinzu kommt, dass der Käufer auf die frühere Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche regelmäßig gar keinen Wert legen wird, da er zunächst an der Übergabe der Sache interessiert ist, um ihren Zustand zuverlässig überprüfen zu können; erst danach kann der Käufer entscheiden, ob und welche Gewährleistungsrechte er geltend machen will. Es ist daher nach der Rspr. nicht gerechtfertigt, dem Käufer bereits vor Übergang das Recht der Irrtumsanfechtung zu nehmen.

§ 22 Die Anfechtbarkeit wegen Täuschung oder Drohung gemäß § 123

§ 123 I schützt die freie Selbstbestimmung gegen eine widerrechtliche Beeinflussung der Willensfreiheit. Dabei können alle Willenserklärungen angefochten werden, die auf einer arglistigen Täuschung oder widerrechtlichen Drohung beruhen: empfangsbedürftige oder nicht empfangsbedürftige, ausdrückliche oder konkludente Erklärungen.
Auch die Frist, innerhalb derer die Anfechtung erfolgen muss, verlängert sich gemäß § 124 auf 1 Jahr. Die Frist beginnt erst zu laufen, wenn der Getäuschte die Täuschung erkennt bzw. wenn die Zwangslage für den Bedrohten endet. Die Zwangslage endet zum einen, wenn das angedrohte Übel eingetreten ist, zum anderen, wenn damit nicht mehr ernstlich gerechnet werden kann.

I. Die arglistige Täuschung

1) Der Bezugspunkt der Täuschung

Täuschen ist das Vorspiegeln falscher oder das Entstellen bzw. Unterdrücken wahrer Tatsachen. Wie auch im Rahmen des Betrugs kann sich eine Täuschung immer nur auf *Tatsachen* beziehen, also auf Umstände, deren Vorliegen oder Nichtvorliegen sich beweisen lässt. *Werturteile* ohne überprüfbaren Tatsachenkern berechtigen ebenso wenig zur Anfechtung wie eine marktschreierische Reklame, die keinen Vertrauensschutz genießt. Dabei kann ebenso wie beim Betrug i.S.d. § 263 StGB über *äußere* und *innere* Tatsachen getäuscht werden.

a) **Äußere Tatsachen** sind alle konkreten Vorgänge oder Umstände in der Vergangenheit oder Gegenwart, die sich nachweisen lassen.
Beispiele: Beschaffenheit einer Sache wie deren Alter und Herkunft; Eigentumsverhältnisse; intellektuelle, soziale oder finanzielle Verhältnisse einer Person.

b) **Innere Tatsachen** sind Geschehnisse im menschlichen Innenleben wie z.B. bestimmte Absichten, Überzeugungen oder Einschätzungen, wenn sie sich erkennbar auf Umstände in der Vergangenheit oder Gegenwart beziehen.
Beispiele: Zahlungswilligkeit; Erfüllungsbereitschaft.

2) Die Modalitäten der Täuschungshandlung

a) Die Täuschung durch positives Tun

Der Täuschende kann sowohl **ausdrücklich** als auch **konkludent** täuschen, wenn sein Verhalten einen bestimmten **Erklärungswert** hat. Ob dies der Fall ist, bestimmt sich vom Empfängerhorizont des Erklärungsgegners her anhand der äußeren Umstände, des Verkehrskreises (z.B. Fachmann / Laie; Geschäftsmann / Privatmann) sowie des Geschäftstyps (Risikogeschäft = spekulativ; Leistungsaustauschvertrag = äquivalent).

b) Die Täuschung durch Unterlassen

Die Täuschung kann auch in einem **Unterlassen** liegen, wenn der Täuschende entgegen einer bestehenden Aufklärungspflicht entweder die Entstehung eines Irrtums nicht verhindert oder eine bereits bestehende Fehlvorstellung nicht durch entsprechende Aufklärung beseitigt. Die Aufklärungspflicht resultiert aus **§ 242**: Der Täuschende ist zu einer Aufklärung verpflichtet, wenn der sich Irrende diese Aufklärung nach Treu und Glauben in dieser Situation erwarten durfte (BGH NJW 2012, 3294; 1989, 764).

Eine derartige **Aufklärungspflicht** besteht z.B. in folgenden Situationen:

– Der Vertragspartner legt erkennbar auf bestimmte Umstände besonderen Wert, z.B. auf die Verwendbarkeit der Kaufsache für den vertraglich vereinbarten Zweck.
– Aus dem Vertragsinhalt ergeben sich bestimmte Mindestanforderungen an den Geschäftsgegner oder den Geschäftsgegenstand, bei deren Fehlen eine ordnungsgemäße Vertragsabwicklung nicht gewährleistet ist.
– Der Täuschende nimmt als Fachmann eine besondere Kompetenz für sich in Anspruch bzw. der andere legt als Laie auf eine Beratung erkennbaren Wert. Je weiter sich der Vertrag vom Ideal eines zwischen 2 gleich starken Partnern frei ausgehandelten Vertrags entfernt, je größer der Informationsvorsprung der einen Seite ist, desto weniger gilt der Grundsatz, dass jeder auf seinen eigenen Vorteil bedacht sein darf und durch die Unerfahrenheit des anderen Gewinne erzielen darf. Insbesondere bei hochpreisiger Ware darf der Unwissende auf bestimmte Eigenschaften der Sache schließen und entsprechende Aufklärung erwarten.
– Langjährige Geschäftsbeziehungen
– Vorangegangenes Tun, z.B. eine unwissentlich falsche Auskunft.
  - Auf der anderen Seite ist ein Gebrauchtwagenhändler nicht verpflichtet, jedes Fahrzeug ohne konkrete Anhaltspunkte zu untersuchen. Es ist daher keine arglistige Täuschung durch Unterlassen, wenn der Händler nicht darauf hinweist, das Fahrzeug vor dem Verkauf nicht untersucht zu haben (BGH NJW 2015, 1669).

Da die arglistige Täuschung einen Vorsatz des Täuschenden voraussetzt, scheidet eine Irrtumsanfechtung nach § 123 I dort aus, wo der Täuschende glaubte, der Gegenseite sei der ihr verschwiegene Umstand bekannt.

3) **Die *Arglist* des Täuschenden**

a) Der Täuschende muss den Getäuschten arglistig getäuscht haben. Arglist setzt zum einen voraus, dass der Täuschende die Unrichtigkeit seiner Angaben *kannte* und daher *wusste*, dass er beim anderen einen Irrtum hervorrufen oder unterhalten würde. Dabei genügt es, dass der Täter billigend in Kauf nimmt, dass der andere ohne die Täuschung seine Erklärung in dieser Form nicht abgegeben hätte. Beruht die Täuschung nur auf grober Fahrlässigkeit des Täuschenden, so handelt dieser nicht arglistig.

b) Andererseits ist die moralische Gesinnung des Täuschenden für die Frage der Arglist irrelevant, so dass auch derjenige arglistig täuscht, der glaubt, dadurch zum Besten des Getäuschten zu handeln. Die Rspr. will allerdings in den Fällen eine Ausnahme zulassen, in denen die wohlmeinende Absicht des Täuschenden evident ist (BGH LM § 123 Nr. 9).

c) Im Gegensatz zum Betrug des § 263 StGB ist auch nicht erforderlich, dass der Täuschende dem Getäuschten einen Vermögensschaden zufügen will. § 123 I schützt die *Willensfreiheit*, nicht das *Vermögen*. Auch auf eine mit dem Vermögensschaden korrespondierende Bereicherungsabsicht des Täuschenden kommt es nicht an (BGH NJW 1974, 1505, 1506; Staudinger/Dilcher § 123 Rz. 25).

d) Auch eine „Erklärung ins Blaue hinein“ kann eine arglistige Täuschung darstellen, wenn dem Erklärenden jegliche Fachkompetenz für eine derartige Beurteilung fehlt oder er als Fachmann eine Erklärung abgibt, deren Richtigkeit er zuvor nicht überprüft hat (BGHZ 63, 382, 388; 74, 383, 391; OLG Naumburg NJW 2014, 1113).
Beispiel: Der Gebrauchtwagenhändler hat einen Pkw in Zahlung genommen und behauptet am selben Tag gegenüber einem Interessenten, der Wagen sei unfallfrei, ohne ihn überhaupt untersucht zu haben. Zumindest wenn das Fahrzeug nur einen Vorbesitzer hat und dieser als Hersteller jederzeit abrufbare Informationen bereit hält, muss ein gewerblicher Verkäufer darauf zurückgreifen, bevor er Angaben über die Unfallfreiheit macht (OLG Naumburg, NJW 2014, 1113).

4) **Die Täuschung durch Dritte gemäß § 123 II**

Fall: Mü kauft im Autohaus des Gluffke einen Gebrauchtwagen, wobei Verkäufer Wilhelm Brause die Verhandlungen führt. Wilhelm weiß, dass es sich bei dem Fahrzeug um einen Unfallwagen handelt, verschweigt dies aber der Mü, um den Abschluss des Kaufvertrags und den damit verbundenen Erhalt seiner Provision nicht zu gefährden. Als Mü 2 Monate später bemerkt, dass sie ein Unfallfahrzeug gekauft hat, will sie den Vertrag anfechten. Gluffke hält dem entgegen, nicht er, sondern sein Verkäufer Wilhelm habe die Mü getäuscht, wobei er, Gluffke, die Täuschung weder kannte noch hätte kennen müssen.

Ist der Erklärende widerrechtlich bedroht worden, so kann er seine Erklärung gemäß § 123 I unabhängig von der Frage anfechten, wer ihn bedroht hat. Ist er arglistig getäuscht worden, so muss man zwischen zwei Alternativen unterscheiden:

a) Hat der Erklärungsgegner persönlich oder eine seiner Hilfspersonen den Erklärenden getäuscht, so kann dieser auf jeden Fall seine Erklärung gemäß § 123 I anfechten.

b) Ist der Erklärende durch einen Dritten arglistig getäuscht worden, so kann er nur dann gemäß § 123 I anfechten, wenn der Erklärungsgegner (= Anfechtungsgegner) die Täuschung kannte oder hätte kennen müssen.
Kannte der Erklärungsgegner die arglistige Täuschung nicht, so kommt es für die Frage der Anfechtbarkeit also darauf an, ob ein **Dritter** i.S.d. § 123 II die Täuschung verübt hat. Dabei ist Dritter nicht bereits jeder mit Ausnahme des Erklärungsgegners: **Dritter ist nur derjenige, der am Zustandekommen des Geschäfts völlig unbeteiligt war**. Dritter ist also nicht, wer auf der Seite des Erklärungsgegners stand und die Vertragsverhandlungen maßgeblich beeinflusst hat.
Kein Dritter ist der Vertreter (BGH NJW 1974, 1505), der vollmachtlose Vertreter nach erfolgter Genehmigung durch den Vertretenen (RGZ 76, 107 ff.); der Verkäufer beim finanzierten Abzahlungskauf, der als Vertrauensperson des Darlehensgebers auftritt (BGH NJW 1979, 1594) der Hauptschuldner gegenüber dem Bürgen; der Hersteller des Leasingguts im Verhältnis Leasinggeber – Leasingnehmer, wenn der Hersteller den Vertragsabschluss beeinflusst und dabei den Leasingnehmer täuscht (BGH NJW 1988, 287).
Auf einen Nenner gebracht: **Dritter ist nicht, wer im alleinigen Interesse des Erklärungsgegners für diesen die Vertragsverhandlungen geführt oder maßgeblich beeinflusst hat**.
Dazu BGH NJW 1979, 1594: „Außer dem gesetzlichen und rechtsgeschäftlichen Vertreter ist auch der nicht „Dritter“, der am Zustandekommen des Vertrags beteiligt war, wenn sein Verhalten dem Erklärungsgegner zuzurechnen ist. Das gilt insbesondere für den vom Erklärungsgegner beauftragten Verhandlungsführer oder Verhandlungsgehilfen. Er ist aber auch dann kein Dritter, wenn er wegen seiner engen Beziehungen zum Erklärungsgegner in den Augen des Getäuschten als dessen Vertrauensperson *erscheint*.“
Der BGH geht aber noch einen Schritt weiter: „Selbst wenn der Täuschende nicht Vertreter oder Vertrauensperson des Erklärungsempfängers ist oder zu sein scheint, muss nach Billigkeitsgesichtspunkten unter Berücksichtigung der Interessenlage entschieden werden, ob aufgrund besonderer Umstände die Eigenschaft des Täuschenden als Dritter zu verneinen ist.“

AL-Klausurtipp: Schränkt man mit der Rspr. den Begriff des Dritten derart weit ein, so bleibt von § 123 II kaum noch etwas übrig, so dass der Getäuschte seine Erklärung auch dann anfechten kann, wenn der Erklärungsgegner die Täuschung weder kannte noch kennen musste. § 123 II erfasst also lediglich den Fall, dass ein vollkommen Unbeteiligter den Erklärenden täuscht, den der Getäuschte nicht einmal *subjektiv* für eine Vertrauensperson seines Vertragspartners halten durfte; aber: Wenn er ihn nicht für eine Vertrauensperson seines Vertragspartners halten durfte, wird er auf dessen täuschenden Hinweis ohnehin nicht viel geben. Vor allem aber drängt sich eine Frage auf: Warum sollte ein Dritter einen anderen täuschen, wenn er noch nicht einmal in einem Näheverhältnis zu demjenigen steht, der durch die täuschungsbedingte Willenserklärung einen Vorteil erlangt?

Ergebnis: Da der Vertreter Wilhelm Brause auf der Seite des Vertragspartners Gluffke stand, ist Mü bei Abschluss des Kaufvertrags nicht durch einen Dritten i.S.d. § 123 II getäuscht worden, so dass Mü den Kaufvertrag auch dann anfechten kann, wenn Gluffke die Täuschung weder kannte noch erkennen konnte.

II. Die widerrechtliche Drohung

-Klausurtipp: Als Mittel der Drohung kommt im Rahmen des § 123 I nur die Anwendung von **vis compulsiva** in Frage, da bei *vis absoluta* bereits der Handlungswille des Opfers fehlt, so dass von vornherein keine Willenserklärung vorliegt und sich die Frage nach einer Anfechtung erst gar nicht stellt.

1) Die Drohung

Drohen ist das Inaussichtstellen eines künftigen Übels, wobei der Drohende behauptet, den Eintritt des Übels beeinflussen zu können (BGH NJW 1988, 2599, 2600; Palandt/Heinrichs § 123 Rz. 15). Auf die objektive „Schwere" des angekündigten Übels kommt es nicht an. Es entscheidet die Sichtweise des Betroffenen, da § 123 I seine persönliche Entscheidungsfreiheit schützt.

Die Drohung muss nicht **ausdrücklich**, sondern kann auch **konkludent** erfolgen. Das alleinige Ausnutzen einer Zwangslage, die der „Drohende" nicht selbst geschaffen hat, genügt aber nicht (BGH NJW 1988, 2599, 2601).

2) Die Widerrechtlichkeit der Drohung

Der Bedrohte kann seine Erklärung nur anfechten, wenn die Drohung widerrechtlich war. Dabei lassen sich **3 Fallgruppen der Widerrechtlichkeit** unterscheiden:

a) Widerrechtlichkeit des *Mittels*

Droht jemand einem anderen mit einem rechtswidrigen Verhalten, so ist dies auch dann widerrechtlich, wenn er einen Anspruch auf das abgenötigte Verhalten hat (BGH LM § 123 Nr. 32; Staudinger/Dilcher § 123 Rz. 57).

Beispiel: Der Gläubiger zwingt seinen säumigen Schuldner mit vorgehaltener Waffe, ihm die geschuldete Sache zu übereignen. Der Schuldner kann hier die Übereignung anfechten und das Geleistete nach § 812 I 1, 1. Alt. kondizieren. In analoger Anwendung des § 393 wird dem Drohenden die Berufung auf ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 oder auf eine Aufrechnung versagt.

b) Widerrechtlichkeit des *Zwecks*

Droht jemand mit einem erlaubten Mittel, so kann sich die Rechtswidrigkeit bereits aus dem Zweck ergeben, den er verfolgt, also aus dem abgenötigten Verhalten (MünchKomm/Kramer § 123 Rz. 35; Palandt/Heinrichs § 123 Rz. 20). Dies ist immer dann der Fall, wenn das abgenötigte Verhalten rechtswidrig oder sittenwidrig ist.

c) Widerrechtlichkeit der *Zweck-Mittel-Relation*

Ist weder das eingesetzte Mittel noch der verfolgte Zweck für sich betrachtet widerrechtlich, so kann sich die Widerrechtlichkeit daraus ergeben, dass zwischen dem eingesetzten Mittel und dem verfolgten Zweck kein innerer Zusammenhang besteht, dass also dieser Zweck mit diesem Mittel nicht verfolgt werden durfte. Entscheidend ist, ob der Drohende an der Erreichung des verfolgten Zwecks ein schutzwürdiges Interesse hatte und ob die Drohung nach Treu und Glauben noch als ein angemessenes Mittel zur /Erreichung dieses Zwecks angesehen werden konnte (BGH NJW 1983, 384; Palandt/Heinrichs § 123 Rz. 21).

Beispiel: Wilhelm hat seinem Nachbarn Gluffke ein Darlehen gewährt, das dieser trotz Fälligkeit noch nicht zurückgezahlt hat. Als Wilhelm zufällig erfährt, dass Gluffke einen Fußgänger mit seinem Pkw leicht fahrlässig verletzt hat, droht Wilhelm, er werde ihn wegen dieser Tat anzeigen, wenn Gluffke nicht endlich zahle. Aus Angst vor Strafverfolgung zahlt Gluffke.

Gegenbeispiel: Hätte Wilhelm mit einer Klageerhebung gedroht, wenn Gluffke nicht sofort zahlen würde, wäre diese Drohung nicht rechtswidrig gewesen.

III. Die *Kausalität* der Täuschung / Drohung für die abgegebene Erklärung

Sowohl die arglistige Täuschung als auch die widerrechtliche Drohung müssen für die Abgabe der (angefochtenen) Erklärung **ursächlich** gewesen sein, wobei eine Mitursächlichkeit genügt. An dieser Mitursächlichkeit fehlt es, wenn der Betroffene eine derartige Erklärung mit diesem Inhalt ohnehin hätte abgeben wollen.

Beispiel: Mü kauft bei Wilhelm Brause für 500 Euro einen 15 Jahre alten DAF-Marathon. Auf ihre Frage hin, ob der Wagen unfallfrei sei, antwortet Wilhelm wahrheitswidrig mit „ja". Hätte Mü den Wagen auch in Kenntnis der Unfalleigenschaft zu diesem Preis erworben, fehlt es an der Kausalität der Täuschung. Hätte Mü den Wagen zumindest nicht zu diesem Preis erwerben wollen, kann sie ihre Erklärung gemäß § 123 I anfechten.

IV. Schadensersatzansprüche

1) **Der Anfechtende muss dem Anfechtungsgegner selbstverständlich nicht dessen Vertrauensschaden ersetzen, da dieser nicht schutzwürdig ist**, weil er auf die Wirksamkeit der Erklärung ohnehin nicht vertrauen durfte. Dies gilt auch dann, wenn die Täuschung durch einen Dritten erfolgte und der Getäuschte dennoch anfechten kann, weil der Erklärungsgegner die Täuschung kannte oder hätte kennen müssen.

2) **Auf der anderen Seite muss der Täuschende / Drohende dem Erklärenden nach den Regeln der culpa in contrahendo gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 sowie nach Deliktsrecht** (§§ 823 II; 263 StGB / Täuschung; 253 StGB / Drohung; 826) **dessen Schaden ersetzen, den dieser durch die Täuschung / Drohung erlitten hat**. Diese Schadensersatzansprüche gewähren dem Geschädigten zum einen einen **Anspruch auf Ersatz seines Vertrauensschadens** (nutzlose Aufwendungen, entgangenes günstigeres Geschäft), zum anderen aber auch einen **Anspruch auf Aufhebung des Vertrags im Wege der Naturalrestitution gemäß § 249 I**.

   Dies hat auch für die Frist des § 124 Bedeutung: Hat der Getäuschte / Bedrohte die Anfechtungsfrist des § 124 ungenutzt verstreichen lassen, so kann er über die culpa in contrahendo und die Regeln des Deliktsrechts, jeweils in Verbindung mit § 249 I verlangen, dass der derart zustande gekommene Vertrag im Wege der Naturalrestitution wieder aufgehoben werden soll. Wird er aus diesem Vertrag heraus in Anspruch genommen, so kann er sich auch nach Ablauf der Frist des § 124 auf die dauerhaft wirkende Einrede des § 853 analog berufen (BGH NJW 1979, 1983, 1984; Staudinger/Dilcher § 123 Rz. 47; Palandt/Heinrichs § 123 Rz. 27; a.A. MünchKomm/Kramer § 123 Rz. 30).

3) Beruht die Täuschung nur auf *Fahrlässigkeit*, so scheidet eine Anfechtung gemäß § 123 I aus, da die arglistige Täuschung Vorsatz des Täuschenden voraussetzt. Da die culpa in contrahendo aber bereits bei Fahrlässigkeit greift, könnte der fahrlässig Getäuschte nach den Regeln der culpa in contrahendo i.V.m. § 249 I Aufhebung des Vertrags verlangen. Hinzu kommt, dass der Anspruch aus culpa in contrahendo nicht gemäß § 124 binnen Jahresfrist, sondern gemäß § 195 erst nach 3 Jahren verjährt.

   a) **Der BGH hat** (in BGH NJW 1968, 986) **bei fahrlässiger Täuschung einen Anspruch auf Vertragsaufhebung nach den Regeln der c.i.c. gewährt, gleichzeitig aber die c.i.c. für unanwendbar erklärt, wenn sich die fahrlässig falsch erteilte Auskunft auf die Beschaffenheit einer Kaufsache bezieht, da insoweit die Gewährleistungsregeln der §§ 433 ff. abschließend sind**. Dennoch erscheint es problematisch, einem fahrlässig Getäuschten drei Jahre lang die Möglichkeit einzuräumen, den Vertrag über die c.i.c. wieder rückgängig machen zu können.

b) Medicus (BR 150) will einen derartigen Anspruch auf Vertragsaufhebung nur zulassen, wenn den fahrlässig Handelnden eine besondere Aufklärungspflicht traf. Diese Aufklärungspflicht kann sich z.B. aus einer besonderen Sachkunde oder einem besonderen Vertrauenselement ergeben, aber nicht bereits allein aus dem Eintritt in Vertragsverhandlungen, da ansonsten die gesetzlichen Wertungen der §§ 123, 124 leerlaufen.

c) Kramer (MünchKomm/Kramer § 123 Rz. 30) will bei fahrlässiger Täuschung einen Anspruch auf Vertragsaufhebung nur innerhalb der Frist des § 121 zulassen; bei vorsätzlicher Täuschung gilt die Frist des § 124.

Der Getäuschte kann aber über die culpa in contrahendo nicht sein Erfüllungsinteresse ersetzt verlangen, also so gestellt zu werden, wie er stünde, wenn die vorgespiegelten Tatsachen wahr wären, da er auch ohne arglistige Täuschung diese Vorteile nicht erlangt hätte (Larenz § 20 IV c). Hier helfen dem Käufer einer Sache aber die in § 437 Nr. 3 genannten Ansprüche der §§ 311 a II, 280 ff., die ihm einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung und damit auf das Erfüllungsinteresse einräumen.

V. Konkurrenzprobleme

1) Das Verhältnis des § 119 zu § 123

Hat der Täuschende seinen Vertragspartner über eine verkehrswesentliche Eigenschaft der Sache oder der Person arglistig getäuscht, so kommt eine Anfechtung des Vertrags sowohl gemäß § 119 II als auch nach § 123 I in Betracht. Der Getäuschte wird natürlich zunächst versuchen, seine Anfechtung auf § 123 I zu stützen; in diesem Fall haftet er nicht gemäß § 122 auf Ersatz des Vertrauensschadens und kann einen eigenen Vertrauensschaden nach den Regeln der c.i.c. ersetzt verlangen. Zur Wahrung der Anfechtungsfrist wird der Getäuschte seine Anfechtung aber hilfsweise auf § 119 II stützen, wenn er befürchten muss, die arglistige Täuschung nicht beweisen zu können.

2) Das Verhältnis des § 123 I zu den Gewährleistungsregeln

Gewährleistungsrechte sind vertragliche Sekundäransprüche und setzen daher voraus, dass der Vertrag noch zu dem Zeitpunkt wirksam ist, zu dem der Getäuschte seine Ansprüche auf diesen Vertrag stützen will. Will der getäuschte Käufer z.B. gemäß den §§ 437 Nr. 3, 311 a II Schadensersatz statt der Leistung verlangen, so darf er den Vertrag nicht wegen der arglistigen Täuschung gemäß § 123 I anfechten, da die Anfechtung den Vertrag infolge der Rückwirkungsfiktion gemäß § 142 I mit einer ex-tunc-Wirkung vernichtet. Ficht der Käufer an und verlangt er gleichzeitig Schadensersatz statt der Leistung, so ist dieses Begehren ein Widerspruch in sich. Man darf dann aber seine Erklärung dahingehend auslegen, dass er nur die Erfüllung des Vertrags ablehnt und nicht den Vertrag zunichte machen will, so dass er nach wie vor Schadensersatz statt der Leistung verlangen kann (Larenz § 20 IV c).

4. Teil: Der Vertragsschluss

§ 23 Angebot und Annahme

Vorbemerkung

Jeder Vertrag besteht aus mindestens zwei inhaltlich übereinstimmenden Willenserklärungen, wobei man die zeitlich erste Erklärung als Antrag (= Angebot), die zweite Erklärung als Annahme bezeichnet. Wie bereits die systematische Stellung der §§ 145 ff. zeigt, gelten die Regeln der §§ 145 ff. über das Zustandekommen von Verträgen für jeden Vertragstyp des BGB und auch über das BGB hinaus für jeden anderen zivilrechtlichen Vertrag: Sowohl schuldrechtliche Verträge (z.B. §§ 433, 611, 631), dingliche Verfügungsgeschäfte (z.B. §§ 873, 929 ff.), familienrechtliche Verträge (z.B. §§ 1408 ff.), erbrechtliche Verträge (z.B. §§ 2274 ff., 2301, 2346) als auch gesellschaftsrechtliche Verträge (z.B. §§ 705 ff. BGB, 105 ff. HGB) werden nach diesen Regeln geschlossen.

I. Das Angebot

Das auf den Abschluss eines Vertrags gerichtete Angebot kann von jedem der Verhandlungspartner ausgehen. Da das Angebot den Anbietenden bindet, löst es unmittelbare rechtliche Folgen im Verhältnis zum Adressaten aus und ist daher eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Dies hat 2 Konsequenzen:

Empfangsbedürftig: Das Angebot wird nicht bereits mit der *Abgabe*, sondern erst mit dem **Zugang** beim Empfänger wirksam. Ist es diesem noch nicht zugegangen, kann es gemäß § 130 I 2 vom Anbietenden widerrufen werden. Geht das verkörperte Angebot auf dem Postweg verloren oder hat der Empfänger das gesprochene Wort nicht richtig verstanden, so ist das Angebot nicht wirksam geworden und muss daher auch nicht widerrufen werden.

Willenserklärung: Es müssen die allgemeinen Voraussetzungen einer Willenserklärung vorliegen, d.h. der Anbieter muss das Angebot mit entsprechendem **Handlungswillen** und dem **potentiellen Erklärungsbewusstsein** abgegeben haben, dass diese Erklärung rechtsgeschäftlich bedeutsam sein würde. Ferner muss der Anbieter den **Rechtsbindungswillen** haben, sich an dieser Erklärung festhalten zu lassen, woran es bei der unverbindlichen *invitatio ad offerendum* fehlt. Derartige Erklärungen sind keine Angebote, entfalten daher auch noch keine rechtliche Wirkung, sondern fordern nur die Gegenseite auf, sie möge doch ihrerseits ein entsprechendes Angebot unterbreiten (dazu Langels, BGB AT 1 § 13 I 3 a).

1) Der Inhalt des Angebots

Das Angebot muss inhaltlich so **bestimmt** sein, dass die Gegenseite durch ein bloßes „ja“ die Annahme erklären und damit den Vertrag zustande bringen kann. Das Angebot muss daher die wesentlichen Vertragsbestandteile (= essentialia negotii) enthalten.

a) **Vertragsgegenstand**

b) **Höhe der geforderten bzw. gebotenen Gegenleistung**: Enthält die Erklärung noch nicht die Höhe des geforderten oder gebotenen Preises, so handelt es sich um die unverbindliche Absichtserklärung, über den Vertragsgegenstand zu verhandeln.
Beispiel: „Ich bin am Kauf ihres Wagens interessiert.“

Eine Ausnahme gilt in Fällen, in denen entweder die taxmäßige Vergütung zu zahlen ist (§§ 612, 632) oder der Anbieter auf die ausdrückliche Vereinbarung des Preises verzichtet, weil er bereit ist, den geforderten Preis zu zahlen. Hier kommt der Vertrag auch ohne ausdrückliche Festsetzung des Preises zustande.

Beispiele: Wer ein Taxi besteigt und sich zum Flughafen fahren lässt, muss die taxmäßige Vergütung auch ohne ausdrückliche Abrede zahlen. Wer seinen Pkw in Reparatur bringt, muss die Reparaturrechnung auch dann bezahlen, wenn zuvor über die Höhe der Reparaturrechnung noch nicht verbindlich gesprochen wurde, was meist ja auch gar nicht möglich ist.

Existiert für die Höhe der geschuldeten Gegenleistung keine feste Bemessungsgrundlage, so hat der Leistende gemäß § 316 das Recht, die Höhe der Gegenleistung selbst festzusetzen.

Beispiel: Der Tourist T trinkt in einer Münchener Szenediskothek ein Bier, ohne nach dem Preis zu fragen. Als der Wirt 15 Euro verlangt, weigert sich T zu zahlen. Zu Unrecht, da der Wirt gemäß § 316 den Preis selbst festsetzen darf.

c) **Person des Vertragspartners**: Wie wir bereits beim Inhaltsirrtum des § 119 I, 1. Alt. gesehen haben, spielt zumindest in den Fällen auch die Person des Vertragspartners eine Rolle, in denen entweder die Leistung von der persönlichen Qualifikation und / oder von einem besonderen Vertrauen zu der Person des Leistenden abhängig ist. Eine Ausnahme gilt in Fällen, in denen der Anbieter auf eine Individualisierung seines Vertragspartners bewusst verzichtet, so dass er eine Erklärung an einen unbestimmten Adressatenkreis abgibt (ad incertas personas) und daher jeden als Vertragspartner akzeptiert, der dieses Angebot annimmt.

Beispiele: Nahverkehrsmittel, Warenautomaten.

d) **Die rechtliche Qualifikation des Vertrags durch die Parteien ist irrelevant**. Nicht der Wille der Parteien, sondern ausschließlich das Gesetz entscheidet über die rechtliche Einordnung der Verpflichtung. Ob eine Vereinbarung z.B. Kaufvertrag oder Werkvertrag bedeutet, entscheidet allein der Inhalt der vereinbarten Hauptpflicht, nicht die terminologische Bezeichnung durch die Parteien.

Beispiel: V verkauft sein unbebautes Grundstück und verpflichtet sich zusätzlich, es mit einem Wohnhaus zu bebauen. Selbst wenn die Parteien die Vereinbarung als Kaufvertrag bezeichnet haben und der Vertrag mit dieser Bezeichnung auch notariell beurkundet wurde (was nicht für den Notar spricht...), muss unterschieden werden: Über den Grund und Boden wird ein Kaufvertrag gemäß § 433 geschlossen; die entgeltliche Verpflichtung, ein Haus zu errichten, ist ein Werkvertrag gemäß § 631 (BGH NJW 1984, 2573). Dies gilt auch, wenn das Haus bei Verkauf des Grundstücks nahezu fertig ist; auch die Verpflichtung, es zu Ende zu bauen, begründet einen Werkvertrag (BGHZ 65, 359; 74, 268).

AL **-Klausurtipp**: Für die richterliche Überprüfung des Vertragsinhalts in der Praxis schlage ich folgende **Reihenfolge** vor:

Was regelt der Vertrag: Welche **Rechtsfolgen** haben die Parteien vereinbart?

Welchem **Vertragstyp** lassen sich diese Vereinbarungen zuordnen?

Erfüllt die Vereinbarung die **gesetzlich geregelten Mindestvoraussetzungen** dieses Vertragstyps?

Inwieweit ergänzt **dispositives Recht** die Parteivereinbarungen?

Welche vertraglichen Abreden scheitern an einem Verstoß gegen **zwingendes Recht**?

2) **Die Bindungswirkung des Angebots**

Der Anbietende ist nach erfolgtem Zugang gemäß § 145 an sein Angebot gebunden, wenn er nicht die Gebundenheit ausgeschlossen hat (z.B. durch Klauseln wie „freibleibend", „Selbstbelieferung vorbehalten" etc.). Diese Bindung schützt die Interessen des Empfängers: Dieser kann sich zum einen innerhalb der ihm eingeräumten Frist (dazu unten 3 b aa) überlegen, ob er das Angebot annehmen soll. Hat er das Angebot angenommen, kann er sich darauf verlassen, dass dadurch der Vertrag auch geschlossen worden ist.

3) **Das Erlöschen des Angebots durch Fristablauf**

a) Diese Bindungswirkung des Angebots beschränkt aber den Anbieter in seiner Freiheit, sich während dieser Bindung nach Alternativen umzusehen.
Beispiel: Wer seinem Nachbarn einen Pkw zum Verkauf anbietet, kann während der durch das Angebot bewirkten Bindung diesen Wagen nicht erneut einem Dritten anbieten, weil er ansonsten befürchten muss, dass über den Wagen zwei Kaufverträge zustande kommen, von denen er nur einen erfüllen kann, so dass er sich gegenüber dem anderen Vertragspartner schadensersatzpflichtig macht.

b) Das Gesetz trägt daher auch den Interessen des Anbieters Rechnung: Er kann gemäß § 148 dem Empfänger eine Frist setzen, innerhalb derer der Empfänger das Angebot annehmen muss, um den Vertrag zu schließen. Hilfsweise sieht das Gesetz in § 147 eine Frist vor, nach deren Ablauf die Bindungswirkung des Angebots erloschen ist.

aa) **§ 148**: **Hat der Anbieter für die Annahme des Angebots dem Empfänger eine Frist gesetzt, so kann die Annahme nur innerhalb dieser Frist erfolgen**. Zur Wahrung der Frist muss die Annahme nicht nur *abgesandt*, sondern auch dem Anbieter *zugegangen* sein, wenn dieser nichts anderes bestimmt hat.

bb) **§ 147 I**: **Hat der Anbieter keine Frist gesetzt, so begrenzt das Gesetz die Zeitspanne, innerhalb derer das Angebot angenommen werden kann. Das einem Anwesenden unterbreitete Angebot kann nur *sofort* angenommen werden**; sagt der Anwesende nicht sofort „ja", erlischt das Angebot. Dies gilt auch für telefonisch unterbreitete Angebote, da ein Telefongespräch wegen der unmittelbaren Kommunikation als Erklärung unter Anwesenden gewertet wird. Der Anbieter kann aber selbstverständlich auf den Schutz des § 147 I verzichten und dem Empfänger gemäß § 148 eine Bedenkzeit einräumen, in der sein Angebot wirksam bleiben soll.
Sowohl in Fällen des § 147 I 1 als auch des § 147 I 2 muss es sich bei dem Gesprächspartner aber um denjenigen handeln, der das Angebot annehmen und daher den Vertrag schließen kann (Vertreter, Vertragspartner). Spricht der Anbieter mit einer Hilfsperson des Empfängers, die für diesen keine Entscheidungen treffen, sondern nur Erklärungen entgegennehmen kann, so handelt es sich um eine Erklärung unter Abwesenden i.S.d. § 147 II.

cc) **§ 147 II**: **Das einem Abwesenden unterbreitete Angebot kann nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, bis zu dem der Anbieter den Zugang der Annahme unter regelmäßigen Umständen erwarten darf**. Im Rahmen der Fristberechnung muss zum einen die Beförderungsdauer von Angebot und Annahme, zum anderen aber auch eine der Bedeutung des Vertragsschlusses angemessene Überlegungsfrist berücksichtigt werden. Andererseits kann auch an der Art und Weise, in der das Angebot übermittelt wurde, abgelesen werden, in welcher Form und in welchem Tempo die Annahme erfolgen muss.
Beispiel: Bietet der Delikatessenimporteur „Rungis Express" dem Gastronom G fangfrischen „loup de mer" per Telefax an, so muss G entsprechend auch per Fax oder Telefon annehmen.

c) **Ist das Angebot nicht fristgerecht angenommen worden, so ist es erloschen**. Die verspätete Annahme des Angebots führt daher nicht zum Vertragsschluss, sondern gilt gemäß § 150 I als ein neues Angebot. Die Annahme ist auch dann verspätet und daher ein neues Angebot, wenn sie zwar rechtzeitig abgesandt wurde, aber wegen eines Fehlers bei der Beförderung erst nach Ablauf der Annahmefrist dem Anbieter zugeht. Der Anbieter soll dadurch auch dann vor einer überlangen Bindung an sein Angebot bewahrt werden, wenn der Annehmende die Zugangsverzögerung seiner Annahmeerklärung nicht zu vertreten hat.
Beispiel: Aufgrund eines Fehlers bei der Sortierung der Post auf dem Postamt ist die Annahmeerklärung als „Irrläufer" zwei Wochen lang unterwegs gewesen.

d) **§ 149**: Auf der anderen Seite schützt das Gesetz in derartigen Fällen aber auch den Annehmenden: **Ist die verspätet zugegangene Annahmeerklärung so abgegeben worden, dass sie bei regelmäßiger Beförderung rechtzeitig zugegangen wäre und musste der Anbieter dies erkennen, so muss er dem Annehmenden unverzüglich (§ 121) mitteilen, dass die Annahme verspätet und der Vertrag daher nicht wirksam geschlossen ist**. Teilt der Anbieter dies dem Annehmenden entweder gar nicht oder nur verspätet mit, so gilt die Annahmeerklärung gemäß § 149, 2 als rechtzeitig zugegangen mit der Folge, dass der Vertrag dann wirksam geschlossen ist. Man kann diese Regelung als gesetzlich geregelte Treuepflicht aus dem Eintritt in Vertragsverhandlungen werten.
Beispiel: Die Annahmeerklärung war aufgrund eines Poststreiks zwei Wochen lang unterwegs, der das Topthema in den Medien war.

4) **Das Erlöschen des Angebots durch Ablehnung: § 146**

Das Angebot erlischt zum einen, wenn der Empfänger die Fristen der §§ 147 ff. nicht einhält, innerhalb deren er das Angebot hätte annehmen müssen. Darüber hinaus erlischt das Angebot aber auch, wenn der Empfänger es ablehnt. Diese Ablehnung ist ebenso wie das Angebot eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die die Bindung des Anbieters an sein Angebot bereits vor Ablauf der Frist i.S.d. §§ 147 ff. entfallen lässt.

5) **Tod / Verlust der Geschäftsfähigkeit**

a) Der Tod des Anbieters oder der Verlust der Geschäftsfähigkeit hat für das Zustandekommen des Vertrags zunächst keine Bedeutung: **Gemäß § 130 II hat es auf die Wirksamkeit der Erklärung keinen Einfluss, wenn der Erklärende nach Abgabe seiner Erklärung stirbt oder geschäftsunfähig wird**. Diese Regel betrifft aber zunächst nur das Wirksamwerden von Willenserklärungen generell und wird im Hinblick auf den Vertragsschluss durch **§ 153** ergänzt: **Das Zustandekommen des Vertrags wird gemäß § 153 nicht dadurch gehindert, dass der Anbieter vor der Annahme durch den anderen stirbt oder geschäftsunfähig wird**. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Tod oder die Geschäftsunfähigkeit *vor* oder *nach* dem Zugang des Angebots eintritt. Ist der Anbieter gestorben, so muss die Annahmeerklärung gegenüber den Erben erfolgen, für und gegen die das Geschäft auch wirkt; ist der Anbieter geschäftsunfähig geworden, so muss die Annahme gegenüber seinem gesetzlichen Vertreter (= Betreuer) erfolgen, wirkt aber gegen den Anbieter.

b) **Etwas anderes gilt gemäß § 153 nur, wenn ein anderer Wille des Anbieters anzunehmen ist**, d.h. wenn bei einer ergänzenden Auslegung unter Berücksichtigung des hypothetischen Willens der Anbieter nicht gewollt hätte, dass die Erklärung für und gegen seine Erben wirkt, wenn er seinen eigenen Tod vorausgesehen hätte.

Hat der Empfänger im Vertrauen auf das Fortbestehen des Angebots bereits Aufwendungen gemacht, so werden ihm diese Aufwendungen nach einer Ansicht (Palandt/Heinrichs § 153 Rz. 2; Erman/Hefermehl § 153 Rz. 4) in analoger Anwendung des § 122 ersetzt.
Beispiel: Der Verstorbene hatte vor seinem Tod per Fax bei seinem Schneider noch Hemden bestellt, die dieser nach Maß für ihn anfertigt. Hatte der Schneider bereits mit der Fertigung angefangen, so kann er von den Erben gemäß § 122 analog insoweit Ersatz verlangen.

Nach der Gegenauffassung (MünchKomm/Kramer § 153 Rz. 3; Medicus AT Rz. 377; Staudinger/Dilcher § 153 Rz. 9) kann man den Tod des Anbieters nicht mit der Situation nach erfolgter Anfechtung vergleichen, weil der Erklärungsgegner hier durch Auslegung erkennen kann, ob der Erklärende das Rechtsgeschäft auf seine eigene Person beschränken wollte. Lehnt man mit dieser Begründung die analoge Anwendung des § 122 ab, so wird dem Geschäftsgegner sein Vertrauensschaden nicht ersetzt.

c) Für den **Tod des Empfängers** sieht das Gesetz keine Regelung vor. Nach Brox (AT 180) muss man dabei zwischen folgenden Situationen unterscheiden:

aa) Stirbt der Empfänger vor dem Zugang des Angebots, so kann ihm das Angebot natürlich nicht mehr zugehen; da es sich aber um eine empfangsbedürftige Willenserklärung handelt, ist es ohne Zugang nicht wirksam. Man muss daher prüfen, ob der Anbieter dieses Angebot auch den Erben gemacht hätte; ist das der Fall, wird das Angebot mit dem Zugang bei den Erben wirksam. Die Erben können jetzt das Angebot annehmen oder ablehnen.

bb) Stirbt der Empfänger nach dem Zugang, aber bevor er zu dem Angebot Stellung genommen hat, so entscheidet der hypothetische Wille des Anbieters darüber, ob die Erben dieses Angebot annehmen können. Wäre der Anbieter auch zum Vertragsschluss mit den Erben bereit gewesen, so können die Erben dieses Angebot annehmen.

cc) Stirbt der Empfänger des Angebots, nachdem er es angenommen hat, aber bevor die Annahmeerklärung beim Anbieter zugegangen ist, so wird der Vertrag mit dem Zugang der Annahmeerklärung gemäß § 130 II wirksam.

II. Die Annahme

1) Die Annahme ist eine grundsätzlich empfangsbedürftige Willenserklärung, durch die der Annehmende erklärt, er nehme das Angebot in der ihm unterbreiteten Form an. Dabei kann die Annahmeerklärung ebenso wie das Angebot bis zu ihrem Zugang beim Anbieter gemäß § 130 I 2 widerrufen werden.

2) In zwei Fällen wird der Vertrag aber auch ohne Zugang der Annahme bzw. vor ihrem Zugang wirksam:

a) **§ 151**: **Der Vertrag kommt bereits durch die Annahme*erklärung* zustande, wenn die Abgabe gegenüber dem Anbieter nach der Verkehrssitte unüblich ist oder der Anbieter auf den Zugang der Annahmeerklärung ausdrücklich oder konkludent verzichtet hat**. Ausreichend, aber auch erforderlich ist, dass der Annehmende den Annahmewillen entsprechend *betätigt*, nur muss dies nicht in Richtung auf den Anbieter geschehen. Man kann aber gar nicht oft genug betonen, dass in Fällen des § 151 nicht auf die Annahme an sich, sondern nur auf deren *Zugang* beim Anbieter verzichtet wird, da ansonsten ein Vertrag ohne Annahme, also durch Abgabe von nur einer Willenserklärung zustande käme!
Beispiele:
1) Hat ein Gast per Telefax ein Zimmer in einem Hotel bestellt, so kommt der Beherbergungsvertrag nicht durch das Fax, sondern erst dadurch zustande, dass der Hotelier bzw. sein vertretungsberechtigter Angestellter den Gast in die Reservierungsliste einträgt; allein auf den *Zugang* dieser Annahmeerklärung wird verzichtet.

2) Der Aufsteller eines Warenautomaten verzichtet konkludent auf den Zugang der durch Benutzung des Automaten erfolgten Annahmeerklärung.
3) Die öffentlichen Verkehrsbetriebe unterbreiten dem Fahrgast durch Bereitstellen der Nahverkehrsmittel ein Angebot, das dieser durch Inanspruchnahme der Leistung annimmt; auf einen Zugang der Annahme wird auch hier verzichtet.

Medicus (AT Rz. 384, 385) möchte den Anwendungsbereich des § 151 einschränken, weil der Anbieter in Fällen des § 151 in eine missliche Lage gerät: Er weiß nicht, ob die Gegenseite den Annahmewillen betätigt hat und der Vertrag somit geschlossen ist oder nicht.
Beispiel: Der Hotelgast weiß nicht, ob ein Zimmer für ihn reserviert wurde.

Die Norm des § 151 soll daher nur gelten, wenn der Anbieter den Zugang einer Annahmeerklärung selbst unmöglich gemacht hat, weil er z.B. unter der angegebenen Adresse nicht mehr erreichbar ist.

b) **§ 152**: **Werden bei einer notariellen Beurkundung eines Vertrags Angebot und Annahme getrennt voneinander notariell beurkundet** (was nach § 128 solange möglich ist, wie die Formvorschrift keine gleichzeitige Anwesenheit beider Teile vorsieht, so aber z.B. §§ 1410, 2276), **so ist der Vertrag bereits mit der Beurkundung der Annahmeerklärung wirksam geworden**, nicht erst, wenn die Annahmeerklärung der Gegenseite zugeht.

3) **§ 150 II**: **Weicht die „Annahmeerklärung" inhaltlich vom Angebot ab, so liegt darin keine Annahmeerklärung, sondern die Ablehnung des ursprünglichen Angebots**. Gemäß § 150 II gilt eine derartige Annahme unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Änderungen als Ablehnung, die aber mit einem neuen Angebot zu den veränderten Konditionen verbunden ist. Dieses Angebot muss jetzt der andere annehmen, der das ursprüngliche Angebot unterbreitet hat; lehnt er dies ab oder schweigt er, kommt der Vertrag nicht zustande.

4) Während bei § 151 immerhin noch die *Betätigung* des Annahmewillens gefordert wird, kommt in Ausnahmefällen ein Vertrag auch durch bloßes **Schweigen** zustande, wenn das Gesetz an das Schweigen die Rechtsfolge der Annahme knüpft: Wer schweigt, scheint zuzustimmen, wenn er hätte ausdrücklich nein sagen müssen, um das Erklärte nicht zu wollen (ausführlich dazu Langels, BGB AT 1 § 13 II 3). Dabei kommt ein Vertrag durch Schweigen als Annahme in folgenden Fällen zustande:
   a) **§ 516 II 2**: Schweigen auf ein Schenkungsangebot.
   b) **§ 362 HGB**: Schweigen eines Geschäftsbesorgers auf den Antrag einer Person, mit der er in ständiger Geschäftsbeziehung steht.
   c) **§ 346 HGB**: Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben.

5) **Die Verpflichtung zur Annahme**

Der Empfänger eines Angebots kann nach dem Grundsatz der Privatautonomie frei darüber entscheiden, ob er das Angebot annimmt oder ablehnt. In 2 Ausnahmefällen muss der Empfänger das Angebot annehmen:

a) **Kontrahierungszwang**: **Gerade in den Bereichen der Daseinsvorsorge muss die öffentliche Hand zu gleichbleibenden Bedingungen mit jedermann Verträge abschließen, der mit ihr Verträge schließen will**. Der Kontrahierungszwang beruht zum einen darauf, dass es sich regelmäßig um lebenswichtige Güter und Dienstleistungen handelt, zum anderen darauf, dass die öffentliche Hand auf bestimmte Waren und Dienstleistungen ein Monopol hat.
Beispiele: § 453 HGB / Deutsche Bahn; § 6 EnergieWiG / Energiewirtschaftsunternehmen; § 22 PBefG für Unternehmen, die geschäftsmäßig Personen in Omnibussen und Straßenbahnen befördern. Ein Kontrahierungszwang kann sich auch aus § 826 BGB i.V.m. § 249 I ergeben, wenn die grundlose Verweigerung des Vertragsschlusses den Anbietenden schädigt, weil dieser auf die für ihn sehr wichtige Leistung angewiesen ist.

b) **Vorvertrag**: **Durch einen Vorvertrag können sich Parteien einseitig oder wechselseitig verpflichten, einen Hauptvertrag zu schließen, so dass der Abschluss des Hauptvertrags aufgrund des Vorvertrags geschuldet ist**. Der Abschluss eines Vorvertrags bietet sich an, wenn die Parteien noch nicht über alle Vertragspunkte des Hauptvertrags Einigkeit erzielt haben, sich aber entgegen dem Gedanken des § 154 jetzt bereits binden wollen. Dabei muss der Vorvertrag die wesentlichen Vertragspunkte des abzuschließenden Hauptvertrags bereits enthalten, damit der Richter im Streitfall entscheiden kann, worüber und zu welchen Konditionen ein Hauptvertrag zu schließen ist (BGH NJW 1990, 1234). Können sich die Parteien nicht auf den Abschluss eines Hauptvertrags einigen, so kann der jeweilige Gläubiger des Vorvertrags vom anderen aufgrund des Vorvertrags verlangen, dass dieser sein Angebot auf Abschluss des Hauptvertrags annimmt. Im Streitfall muss der Richter im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ermitteln, mit welchem Inhalt der Hauptvertrag abzuschließen ist.
Der Vorvertrag kann grundsätzlich formlos geschlossen werden. Ist für den Hauptvertrag eine bestimmte Form gesetzlich vorgesehen, so bedarf auch der Vorvertrag dieser Form, wenn durch die Formbedürftigkeit des Hauptvertrags eine Partei vor der Abgabe übereilter Erklärungen bewahrt werden sollte. Ein Beispiel wäre der Abschluss eines Grundstückskaufvertrags, so dass auch ein entsprechender Vorvertrag gemäß § 311 b I notariell beurkundet werden muss.

Der Vorvertrag berechtigt zur Klage auf Abschluss des Hauptvertrags, also auf Annahme des Angebots, wobei die Annahme des Angebots bei Rechtskraft des Urteils gemäß § 894 ZPO als erklärt gilt.

III. Der Dissens

Dissens bedeutet, dass die Erklärungen der Parteien objektiv nicht übereinstimmen. Gehen Sie bei dieser Frage in folgender **Reihenfolge** vor:

1) **Falsa demonstratio non nocet**: Stimmen die Parteien im *Willen*, aber nicht in der *Erklärung* überein, weil sie einen bestimmten Punkt terminologisch falsch bezeichnet haben, so ist der Vertrag mit dem Inhalt geschlossen, der dem übereinstimmenden Willen der Parteien entspricht. Auf das, was beide nach außen hin objektiv erklärt haben, kommt es nicht an (BGH-NJW -RR- 1988, 265).
Beispiel: Will V dem K seinen Pkw unter Eigentumsvorbehalt verkaufen und nimmt K dieses Angebot an, so wäre es unschädlich, wenn sie einen „Leasingvertrag“ schließen würden, solange beide im Willen übereinstimmen, dass der Wagen nach Zahlung der letzten Rate dem K gehören soll.

2) **§§ 133, 157 / Auslegung**: Sind sich die Parteien nicht im Willen einig, so kann dennoch ein zunächst wirksamer Vertrag zustande gekommen sein, wenn nach einer Auslegung der Erklärung vom Empfängerhorizont sich beide Erklärungen zumindest *objektiv* decken. Hier liegt objektiv ein *Konsens* vor, obwohl sich die Parteien im Willen nicht einig sind. Der Vertrag ist daher zunächst wirksam zustande gekommen, kann aber von demjenigen gemäß § 119 I angefochten werden, bei dem Wille und objektive Erklärung unbewusst auseinandergefallen sind.
Beispiel: V hatte an K geschrieben, dass er seine Videokamera für 890 Euro verkaufen wolle. K hatte sich verlesen und 590 Euro gelesen und in Abwesenheit des V eine Nachricht auf dessen Anrufbeantworter hinterlassen, dass er das Angebot annehme. Hier durfte V die Erklärung des K so verstehen, K nehme zu 890 Euro an, so dass sich beide Erklärungen objektiv in Form von Angebot und Annahme deckten. K kann und muss seine Erklärung aber gemäß § 119 I anfechten und so den Vertrag zunichte machen.

3) **Keine Einigung über die essentialia negotii**: Haben sich die Parteien – bewusst oder unbewusst – noch nicht über die wesentlichen Vertragsbestandteile geeinigt, die als Hauptleistungspflichten den Vertragstyp charakterisieren, so ist kein Vertrag zustande gekommen, wenn keine Leistungsbestimmung gemäß den §§ 315 ff. erfolgt.
Beispiel: Haben sich die Parteien beim Kauf nicht über den Kaufgegenstand oder den Kaufpreis geeinigt, so ist der Vertrag nicht zustande gekommen.

4) **Dissens:** Im Gegensatz zum Konsens stimmen hier die Erklärungen bereits objektiv nicht überein. Es gibt einen *offenen* und einen *versteckten* Dissens: Beim offenen Dissens wissen die Parteien, dass sie sich (noch) nicht geeinigt haben, beim versteckten Dissens gehen sie von einer Einigung aus. In diesen Fällen muss das Gesetz durch die Auslegungsregeln der §§ 154, 155 feststellen, ob ein wirksamer Vertrag besteht.

   a) **§ 154 / Offener Dissens**: Wissen die Parteien, dass sie noch nicht über alle Vertragspunkte Einigkeit erzielt haben, über die auch nur eine Partei einen Konsens herbeiführen wollte, so gilt der Vertrag im Zweifel als nicht geschlossen. Kommt man jedoch bei der Auslegung des Vertrags zu dem Ergebnis, dass die Parteien die Wirksamkeit des Vertrags an diesem fehlenden Punkt nicht scheitern lassen wollten, so muss im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung oder durch Anwendung von dispositivem Gesetzesrecht eine angemessene Lösung für diesen strittigen Punkt gefunden werden (BGH NJW 1998, 3196).

   b) **§ 155 / Versteckter Dissens**: Hatten die Parteien irrig angenommen, sich über alle Vertragspunkte geeinigt zu haben, so gilt das übereinstimmend Vereinbarte, wenn anzunehmen ist, dass die Parteien den Vertragsschluss nicht an dem Punkt scheitern lassen wollten, den sie versehentlich vergessen haben. Im Gegensatz zum offenen Dissens spricht hier das Gesetz eine Vermutung für die Wirksamkeit des Vertrags aus, weil hier beide Parteien von der Wirksamkeit ausgegangen sind. Die bestehende Lücke muss wiederum durch ergänzende Vertragsauslegung oder durch dispositives Gesetzesrecht gefüllt werden.

   Problem: Die Verteilung der Beweislast

   Wer seinen Anspruch auf eine vertragliche Anspruchsgrundlage stützt, muss die Wirksamkeit des Vertrags beweisen. Dabei ist der Vertrag erst geschlossen, wenn sich die Parteien über alle Punkte verständigt haben, über die auch nur nach der Vorstellung einer der Parteien eine Verständigung hatte erzielt werden sollen; dies wird durch § 154 noch einmal bestätigt. Der Dissens ist daher rechtstechnisch keine Einwendung, deren Voraussetzungen der Beklagte beweisen müsste, sondern nur das Gegenteil des Konsenses, den der Kläger beweisen muss.

IV. Faktische Vertragsverhältnisse

Vorbemerkung

Basierend auf einer Studie von Haupt aus dem Jahr 1941 mit dem Titel „Über faktische Vertragsverhältnisse“ wurde die These aufgestellt, dass die Rechtsfolgen des Vertragsrechts auch ohne ausdrückliche oder konkludente Abgabe von auf einen Vertragsschluss abzielenden Willenserklärungen eintreten können. Vertragliche Rechtsfolgen könnten sich aus „sozialer Leistungsverpflichtung“, aus „sozialem Kontakt“ und aus der „Einordnung in ein Gemeinschaftsverhältnis“ ergeben, so dass sich vertragsrechtliche Rechtsfolgen aufgrund der „normativen Kraft des Faktischen“ allein aufgrund eines *faktischen*, tatsächlichen Verhaltens einstellen.

Diese These wurde später von Larenz zur **Lehre vom sozialtypischen Verhalten** fortentwickelt, das zum Vertragsschluss führt. Larenz weist mit dieser Lehre darauf hin, dass im modernen Massenverkehr Schuldverhältnisse ohne rechtsgeschäftliche Einigung entstehen, sondern nur durch tatsächliche Inanspruchnahme einer angebotenen Leistung. Dieses Verhalten sei mangels Erklärungsbewusstsein kein Rechtsgeschäft, sondern ein Vorgang, der aufgrund seiner sozialtypischen Bedeutung die gleiche Rechtsfolge nach sich zieht wie ein Rechtsgeschäft.

Kritik: An dieser Lehre wurde stets kritisiert, dass auch die Häufigkeit und Typizität eines Verhaltens nicht die Abkehr von der Rechtsgeschäftslehre rechtfertigt, die auch gar nicht erforderlich ist, da sich die von dieser Lehre als Argumentationshilfe herangezogenen Fallgruppen auch mit den traditionellen Mitteln der Rechtsgeschäftslehre befriedigend lösen lassen. Dies hat die Rspr. dazu bewogen, die Figur des faktischen Vertragsschlusses aufzugeben (grundlegend BGHZ 95, 399).

1) **Der Handelnde nimmt eine ihm angebotene Leistung entgegen, bringt aber gleichzeitig zum Ausdruck, dass er die rechtsgeschäftlichen Folgen seines Handelns nicht herbeiführen will = *protestatio facto contraria non valet***.

a) **Der Protest erfolgt erst nach Inanspruchnahme der Leistung bzw. geht dem Geschäftsgegner nicht zu**.
Beispiel: Schwarzfahrer Wilhelm Brause besteigt eine Straßenbahn der Kölner Verkehrsbetriebe. Nachdem er auf einem Sitz Platz genommen hat und zwei Stationen weit gefahren ist, heftet er sich einen Button ans Revers: „Ob Sonne oder Schnee – ich fahr schwarz mit der KVB."

Hier ist natürlich ein Beförderungsvertrag auch dann zustande gekommen, wenn Wilhelm von vornherein „schwarz" fahren wollte, da der Vorbehalt, den Vertrag nicht schließen zu wollen, gemäß § 116, 1 so lange unbeachtlich ist, wie es sich um einen *geheimen* Vorbehalt handelt. Im Übrigen kann sich der Erklärende den rechtsgeschäftlichen Folgen seines konkludenten Handelns nicht einfach durch eine einseitige Erklärung entziehen.
Medicus begründet die Unbeachtlichkeit des verbalen Protests gegen die vertragliche Bindung mit einer Analogie zu den §§ 612, 632: Der Handelnde verliert durch eine Einschränkung seiner Privatautonomie das Recht, die Folgen seines Verhaltens selbst zu bestimmen; auch Dienstherr und Besteller können bei Inanspruchnahme einer Leistung ihre Vergütungspflicht nicht ausschließen. Dieser Gedanke passt auch zu den Leistungen des Massenverkehrs als Ausgleich dafür, dass der Versorgungsträger die Leistungen infolge des Kontrahierungszwangs jedem anbieten muss: Die Verkehrsbetriebe können sich ihre Kunden nicht aussuchen; die Kunden können sich nicht aussuchen, ob sie die Leistung bezahlen wollen.

b) **Der Handelnde bringt gegenüber dem Geschäftsgegner von vornherein unmissverständlich zum Ausdruck, dass er trotz Inanspruchnahme der Leistung keine rechtsgeschäftliche Erklärung abgeben will**.
Beispiel: Der Räuber R hält dem Juwelier eine großkalibrige Waffe an die Schläfe und räumt mit der anderen Hand die Vitrine aus.

Hier hat R selbstverständlich durch die Wegnahme des Schmucks keine Kaufofferte abgegeben, die der Juwelier in einer wie auch immer gearteten Form hätte annehmen können. In derartigen Situationen besteht ohnehin kein Bedarf nach vertragsrechtlichen Rechtsfolgen, da das Schuldrecht auch außerhalb des Vertragsrechts entsprechende Ersatzansprüche bereithält. Der Räuber haftet selbstverständlich gemäß den §§ 823 I; 823 II / 249 StGB; 826 auf Schadensersatz; veräußert er den Schmuck an Dritte, so muss er gemäß den §§ 687 II 1, 681, 2, 667 und 816 I 1 den Erlös herausgeben, wenn der Juwelier die Verfügung bzw. Geschäftsführung genehmigt.

c) Auch in weniger absurden Fällen wird die Lehre vom sozialtypischen Verhalten nicht benötigt.
Beispiel: Der 8jährige Minderjährige Heinz-Rüdiger fährt mit der Straßenbahn, ohne im Besitz einer Fahrkarte zu sein.

aa) Das LG Bremen (NJW 1966, 2360) hat in einem derartigen Fall den Minderjährigen auf der Basis der Lehre vom sozialtypischen Verhalten nicht nur zur Zahlung des Fahrpreises, sondern auch zu einer in den Allgemeinen Beförderungsbedingungen vorgesehenen Buße verurteilt.

bb) Entgegen dieser Ansicht kommt ein Beförderungsvertrag nach den herkömmlichen Regeln von Angebot und Annahme zustande, wobei selbstverständlich auch die Regeln über die Wirksamkeit von Willenserklärungen gelten: Das Beförderungsunternehmen unterbreitet dem einzelnen Fahrgast durch das Bereitstellen des Beförderungsmittels konkludent ein Angebot auf Abschluss eines Beförderungsvertrags, das der Fahrgast durch Entgegennahme der angebotenen Leistung ebenfalls konkludent annimmt; auf einen Zugang der Annahmeerklärung hatte das Beförderungsunternehmen gemäß § 151 konkludent verzichtet.

Ist der Fahrgast minderjährig, so hängt die Wirksamkeit des Beförderungsvertrags von der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ab, so dass in unserem Beispiel der Beförderungsvertrag gemäß § 108 I schwebend unwirksam ist. Der Minderjährige haftet nur nach Bereicherungsrecht im Wege der Eingriffskondiktion gemäß § 812 I 1, 2. Alt., wobei nach vorzugswürdiger Ansicht bei der Frage nach der Haftungsverschärfung Bösgläubiger gemäß den §§ 818 IV, 819 I aus Gründen des Minderjährigenschutzes in analoger Anwendung des § 166 I auf die Kenntnis der gesetzlichen Vertreter abgestellt werden sollte (ausführlich dazu Langels, Schuldrecht BT 3 § 21 I 5 / „Flugreisefall“).

2) **Gesellschaften auf fehlerhafter Vertragsgrundlage**

Hier müssen Sie zwischen *Körperschaften* und *Personengesellschaften* unterscheiden:

a) **Fehlerhafte Satzungen bei Körperschaften**

Kapitalgesellschaften, Genossenschaften und Vereine erlangen ihre Rechtsfähigkeit durch konstitutiv wirkende Eintragung in öffentliche Register. Diese Rechtsfähigkeit erhalten sie aus Gründen des Verkehrsschutzes auch dann, wenn ihre Satzung fehlerhaft ist. Vor Eintragung der juristischen Person in das jeweilige Handels-, Genossenschafts- oder Vereinsregister kann der Registerrichter bei erkannten Mängeln die Eintragung verweigern. Bis zur Eintragung ist in diesen Fällen ein fehlerhafter Personenverband entstanden, der den Regeln der fehlerhaften Gesellschaft folgt (unten b.). Nach erfolgter Eintragung genießt die Körperschaft Bestandsschutz, bis sie durch eine Gestaltungsklage in Form einer Nichtigkeitsklage gemäß den §§ 75 ff. GmbHG, 275 ff. AktG, 94 ff. GenG für nichtig erklärt wurde.

b) **Fehlerhafte Gesellschaftsverträge bei Personengesellschaften**

Die Personengesellschaften entstehen durch einen aus mehreren Willenserklärungen bestehenden Gesellschaftsvertrag, so dass hier Nichtigkeits- und Anfechtungsgründe gelten können. Die uneingeschränkte Anwendung dieser Regeln hätte aber zur Folge, dass auf Dauer angelegte und tatsächlich vollzogene Gesellschaften, die bereits seit Jahren Gewinne oder Verluste erwirtschaftet haben, mit rückwirkender Kraft so behandelt würden, als hätte es sie nie gegeben. Sowohl zum Schutz der Gesellschafter als auch zum Schutz außenstehender Gläubiger, die auf den Bestand der Gesellschaft vertraut haben, gelten die Regeln über die **fehlerhafte Gesellschaft**: **Trotz des fehlerhaften Innenverhältnisses ist die Gesellschaft sowohl im Innenverhältnis (zum Schutz der Gesellschafter) als auch im Außenverhältnis (zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger) wirksam entstanden (BGH NJW 1992, 1501; K. Schmidt § 6 I 1 m.w.N.).**

aa) **Die fehlerhafte Gesellschaft im Außenverhältnis**

Hat sich die Gesellschaft im Handelsregister eintragen lassen oder durch sonstige Maßnahmen im Außenverhältnis bereits Vertrauen für die Existenz der Gesellschaft in Anspruch genommen (z.B. bereits Verbindlichkeiten begründet), so können sich die Gesellschafter im Verhältnis zu außenstehenden Dritten nicht mehr auf die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Gesellschaftsvertrags berufen. **Die Gesellschaft wird als wirksam behandelt, so dass die im Namen der Gesellschaft abgeschlossenen Verträge wirksam sind und Gesellschaftsverbindlichkeiten darstellen, für die der einzelne Gesellschafter persönlich haftet**.

Diese Regelung gilt nicht nur für die fehlerhafte *Gründung* der Gesellschaft, sondern auch für den fehlerhaften *Beitritt* zu einer Gesellschaft, so dass auch der Gesellschafter für die bereits bestehenden Gesellschaftsverbindlichkeiten gemäß den §§ 28 oder 128, 130 HGB persönlich haftet, der durch arglistige Täuschung zum Beitritt bewogen wurde. Außenstehende Dritte genießen dabei unabhängig von ihrer Gutgläubigkeit *absoluten* Verkehrsschutz, so dass der Gesellschafter auch dann persönlich haftet, wenn der Gläubiger den Gesellschafter gar nicht kannte und die Verbindlichkeit nicht im Vertrauen auf die Gesellschafterstellung des einzelnen eingegangen ist.

bb) **Die fehlerhafte Gesellschaft im Innenverhältnis zu den Mitgesellschaftern**

Die Gesellschaft kann aufgelöst werden bzw. der einzelne Gesellschafter kann gemäß § 723 BGB aus wichtigem Grund kündigen; bei den Personenhandelsgesellschaften kann er zusätzlich gemäß § 133 HGB eine Auflösungsklage erheben. Dabei stellt nach der Rspr. des BGH (BGH WM 1974, 318) die Fehlerhaftigkeit der Gesellschaft bereits einen wichtigen Grund für die Kündigung dar. Der Nichtigkeitsgrund führt also ohne Heilungsmöglichkeit zur Vernichtbarkeit der Gesellschaft.

AL-Klausurtipp: Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft gilt im *Innenverhältnis* unter folgenden Voraussetzungen:

(1) **Der Gesellschaftsvertrag muss aus Nichtigkeits- oder Anfechtungsgründen nichtig oder anfechtbar sein**. Es muss allerdings eine – wenn auch anfechtbare bzw. nichtige – Vereinbarung vorliegen, so dass ein faktisches Zusammenwirken der Gesellschafter ohne jegliche vertragliche Grundlage nicht genügt, um die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft anzuwenden (BGH NJW 1992, 1501, 1502). Ohne vertragliche Grundlage gibt es – zumindest im Innenverhältnis – keine fehlerhafte Gesellschaft!

(2) **Die Gesellschaft muss in Vollzug gesetzt sein**. Dies ist der Fall, wenn zur Erreichung des Gesellschaftszwecks bereits Gesellschaftsvermögen durch die Gesellschafter gebildet wurde (BGHZ 13, 320, 321) oder wenn die Gesellschaft bereits im Verhältnis zu außenstehenden Dritten Geschäfte getätigt hat (BGH a.a.O.; MünchKomm/Ulmer § 705 Rz. 249).

(3) **Der Zweck der Unwirksamkeitsnorm darf der faktischen Wirksamkeit der Gesellschaft nicht entgegenstehen**. Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft stößt dort an ihre Grenze, wo vorrangige Interessen der Allgemeinheit oder schutzwürdiger Personen entgegenstehen:

(a) **§§ 134, 138 I**: Beim Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot muss zunächst untersucht werden, ob nur die einzelne Regelung oder der Gesellschaftsvertrag als ganzes gegen das gesetzliche Verbot oder die guten Sitten verstößt. Trifft dies nur für eine einzelne Regelung zu, so können die Regeln des § 139 über Teilnichtigkeit und ergänzende Vertragsauslegung angewendet werden. Erfasst die Nichtigkeit den gesamten Vertrag, so liegt keine fehlerhaft-wirksame Gesellschaft, sondern nur der *Schein* einer Gesellschaft vor. Dies hat zur Folge, dass die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft nicht gelten. Die Gründer haften aber im Außenverhältnis nach den Regeln über veranlassten Rechtsschein.

(b) **§ 123 I**: Wer bei Abschluss des Gesellschaftsvertrags arglistig getäuscht wurde, kann gemäß § 133 HGB auf Auflösung der Gesellschaft klagen oder aus wichtigem Grund über die §§ 105 III HGB, 723 BGB kündigen. Im Außenverhältnis zu den Gesellschaftsgläubigern kann er sich dadurch seiner persönlichen Haftung als Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht entziehen. Der außenstehende Gläubiger, der an der Gründung der Gesellschaft nicht beteiligt war und die arglistige Täuschung des Gesellschafters daher noch weniger als dieser selbst erkennen konnte, ist daher schutzwürdiger als der getäuschte Gesellschafter.

Im Innenverhältnis zu seinen Mitgesellschaftern stehen dem getäuschten Gesellschafter Regressansprüche aus culpa in contrahendo sowie aus den §§ 823 II, 263 StGB, 826 zu. Hat sich bei der Auflösung der Gesellschaft einer der Gesellschafter durch Täuschung des anderen übermäßig hohe Gewinn- oder Liquidationsanteile gesichert, so können diese Ansprüche richterlich korrigiert werden. Darüber hinaus wäre an eine Übernahmeklage des arglistig Getäuschten gemäß § 142 HGB zu denken.

(c) **§§ 104 ff.**: Minderjährige können sich grundsätzlich nur mit Zustimmung ihrer Eltern an einer Gesellschaft beteiligen; soll die Gesellschaft ein Erwerbsgeschäft betreiben, ist zusätzlich die Zustimmung des Familiengerichts (§§ 1643 I, 1822 Nr. 3) erforderlich. Bei unwirksamer Beteiligung gilt die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft nicht, weil hier der Minderjährigenschutz überwiegt. Es entsteht daher entweder überhaupt keine Gesellschaft oder nur eine Gesellschaft unter Ausschluss des Minderjährigen (BGH NJW 1983, 748; nach K. Schmidt § 6 III 3 c cc ist der Minderjährige zwar Gesellschafter geworden, doch dürfen ihm daraus keine Nachteile entstehen). Daraus folgt:

(aa) Im Innenverhältnis der Gesellschafter untereinander haftet der Minderjährige nicht auf Ausgleich angelaufener Verluste. Andererseits stehen ihm je nach Art seiner Einlage Vindikations- oder Kondiktionsansprüche gegen seine Mitgesellschafter zu.

(bb) Im Verhältnis zu außerhalb der Gesellschaft stehenden Gläubigern der Gesellschaft haftet der Minderjährige nicht.

➢ Beachte: Auch der fehlerhafte Beitritt zu einer bereits bestehenden Gesellschaft (BGH NJW 1992, 1501; K. Schmidt § 6 V 1 a m.w.N.) oder die fehlerhafte Änderung eines Gesellschaftsvertrags (BGH NJW 2003, 1252) folgt den o.g. Prinzipien der fehlerhaften Gesellschaft.

§ 24 Widerrufsrechte und Verbraucherschutz

Vorbemerkung

1) Wir haben gerade gesehen, dass empfangsbedürftige Willenserklärungen wie z.B. Angebot und Annahme im Rahmen des Vertragsschlusses wirksam werden, wenn sie der Gegenseite zugehen. Mit ihrem Zugang sind sie wirksam und auch aus Gründen der Rechtssicherheit unwiderruflich; nur die in den §§ 119 – 123 genannten Willensmängel berechtigen zur Anfechtung, wenn Wille und Erklärung sich nicht decken bzw. die Willensbildung unzulässig beeinflusst wurde.
   Aus Gründen des Verbraucherschutzes hat der Gesetzgeber aber diesen Grundsatz durch die §§ 312 ff. bzw. die §§ 491 ff. durchbrochen: Dort kann der Verbraucher auch nach dem Zugang seiner Willenserklärung gemäß den §§ 312, 495 i.V.m. § 355 innerhalb einer bestimmten Frist seine Erklärung widerrufen. Dabei ist der Verbraucherschutz durch die Umsetzung zahlreicher EU-Richtlinien immer weiter reformiert worden, zuletzt durch die VerbrRRL, die in den **§§ 312 – 312 k, 355 - 361** umgesetzt wurde, die seit dem 1. 6. 2014 gelten.

2) **Die §§ 312 – 312 k sind dabei in 4 Kapitel unterteilt**:

   a) Kapitel 1 regelt mit **§ 312** den **Anwendungsbereich** sowie zahlreiche **Bereichsausnahmen** und erklärt mit **§ 312 a** bestimmte **allgemeine Regeln** und Grundsätze für alle Verbraucherverträge für anwendbar.

   b) Kapitel 2 enthält mit den **§§ 312 b – 312 h Sondervorschriften für die Verträge, die entweder außerhalb von Geschäftsräumen** oder im Wege des **Fernabsatzes** abgeschlossen wurden.

   c) Kapitel 3 enthält mit den **§§ 312 i und 312 j** Sondervorschriften für den **elektronischen Geschäftsverkehr**.

   d) Kapitel 4 stellt mit **§ 312 k** fest, dass die Vorschriften des Verbraucherschutzes **nicht einseitig abbedungen** werden können und dass der Unternehmer die **Beweislast für die Einhaltung der gesetzlich geregelten Informationspflichten** trägt.

3) **Die §§ 355 – 361 sind wie folgt aufgebaut:**

   a) **§ 355** ist die **Grundnorm**, die kein eigenes Widerrufsrecht begründet, sondern ein Widerrufsrecht als gegeben voraussetzt. § 355 regelt sowohl die **Frist** als auch den **Fristbeginn** sowie die **Rechtsfolgen des Widerrufs**.

   b) Die **§§ 356,357** gestalten sowohl die **Frist** als auch die **Rechtsfolgen der Rückabwicklung** in Teilen **abweichend**.

   c) Die §§ **358 – 360** regeln das Schicksal **verbundener Verträge** für den Fall, dass der Verbraucher seine auf Vertragsschluss des einen Vertrags gerichtete Erklärung widerruft.

   d) **§ 361** stellt klar, dass die Widerrufsfolgen der §§ 355 ff. **abschließend** sind und **zwingendes Recht**, von dem also nur dann zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden kann, wenn die§§ 355 ff., dies ausdrücklich zulassen.

I. Anwendungsbereich und allgemeine Grundsätze bei Verbraucherverträgen: §§ 312, 312 a

1) Die Vertragsparteien

a) **Unternehmer** ist gemäß **§ 14 I** eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss des Vertrags in Ausübung ihrer gewerblichen oder freiberuflichen Tätigkeit handelt.
Nicht selten ist im Prozess die Unternehmereigenschaft des Verkäufers streitig. Nach allgemeinen Beweislastregeln muss der Käufer, der sich auf die Wirksamkeit seines Widerrufs beruft, die tatsächlichen Voraussetzungen seines Widerrufsrechts beweisen (dazu Rohlfing MMR 2006, 271). Bei Verträgen, die über die ebay-Plattform abgeschlossen werden, hat sich als wichtiges Kriterium die Bezeichnung „powerseller" erwiesen, die nur bei bestimmten Umsätzen und einer Mindestanzahl von 100 Bewertungen – davon 98 % positiv – vergeben wird. Nach wohl h.M. soll hier der Verkäufer die Beweislast dafür tragen, dass er trotz seines „powerseller"-Status kein Unternehmer ist (OLG Koblenz, NJW 2006, 1438, kritisch Hoffmann NJW 2006, 2605).

b) **Verbraucher** ist gemäß **§ 13** jede natürliche Person, die das Rechtsgeschäft überwiegend zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch freiberuflichen Tätigkeit zugeordnet werden kann. Durch die Einfügung des Wortes „überwiegend" kommt es jetzt entscheidend darauf an, ob der private oder berufliche Zweck der Nutzung überwiegt, so dass auch die Verträge dem Verbraucherschutz unterfallen, bei denen die erbrachte Leistung sowohl privat als auch gewerblich genutzt werden soll = „dual use".

2) Die geschuldete Leistung

Die §§ 312 – 312 k gelten für alle Verträge, bei denen der Unternehmer gegen Entgelt eine Ware oder Dienstleistung vertreibt. Gegenstand des Vertrags kann somit die Lieferung von Waren aller Art i.S.d. § 241 a sein, aber auch die Erbringung einer wie auch immer gearteten Dienstleistung. Dazu zählen u.a. Geschäftsbesorgungsverträge, Miet-, Dienst- und Werkverträge, Partnerschaftsvermittlungsverträge, Reiseverträge, aber auch Sicherungsgeschäfte wie die Übernahme einer Bürgschaft oder Finanzdienstleistungen.

3) Die Bereichsausnahmen: § 312 II – IV, VI

§ 312 II – IV, VI enthält eine Liste von Verträgen, bei denen die Regeln des Verbraucherschutzes nur eingeschränkt gelten. Dazu zählen u.a. Beförderungsverträge, Behandlungsverträge, über Warenautomaten zustande gekommene Verträge oder geringfügige bar erfüllte Geschäfte bis 40 Euro.

4) Allgemeine Regeln und Grundsätze für Verbraucherverträge gemäß § 312 a

a) Ruft ein Unternehmer oder eine seiner Hilfspersonen einen Verbraucher an, so muss er zunächst gemäß **§ 312 a I** seine Identität offenlegen.

b) Bei **Verträgen, die im stationären Handel** geschlossen werden, muss er den Verbraucher gemäß **§ 312 a** II über die Punkte informieren, die in **Art. 246 EGBGB** genannt sind: Wesentliche Eigenschaften der Waren oder Dienstleistungen, Identität des Unternehmers, Anschrift, Gesamtpreis der Ware oder Dienstleistung, ggf. zusätzlich anfallende Kosten für Versand oder Steuern, das Bestehen eines gesetzlichen Gewährleistungsrechts, Bestehen oder Nichtbestehen eines Widerrufs- oder Rückgaberechts sowie dessen Bedingungen und Rechtsfolgen.

Art. § 246 I EGBGB gilt jedoch gemäß Art. 246 II nicht für Geschäfte des täglichen Lebens, die sofort erfüllt werden.

c) Bei dem gemäß **Art. 246 III EGBGB** erforderlichen **Hinweis auf das Widerrufsrecht** muss der Unternehmer den Verbraucher auch darauf hinweisen, dass der Widerruf nicht begründet werden muss, Dauer und Frist erklären und den Verbraucher auch auf seine Rechte nach erfolgtem Widerruf hinweisen.

d) Gemäß **§ 312 a III** ist eine **Vereinbarung über ein Zusatzentgelt** nur wirksam, wenn sie **ausdrücklich** getroffen ist. Dadurch soll verhindert werden, dass der Verbraucher Zusatzleistungen, die ihm in vorab angekreuzten Kästchen oder AGB untergeschoben werden, bezahlen muss. Dies gilt auch für den elektronischen Geschäftsverkehr, wo eine derartige Vereinbarung nicht durch eine vorherige Einstellung erfolgen darf, sondern separat – z.B. durch Anklicken einer zusätzlichen Schaltfläche – erfolgen muss.

e) **§ 312 a IV** verhindert, dass der Verbraucher ein zusätzliches Entgelt für die Benutzung eines bestimmten Zahlungsmittels wie z.B. einer Kreditkarte schuldet.

f) Ebenso soll durch **§ 312 a V** verhindert werden, dass der Verbraucher ein gesondertes Entgelt für die Beantwortung von Fragen bezahlen muss, die sich auf den geschlossenen Vertrag beziehen, wenn er zu diesem Zweck eine bereit gestellte Telefonnummer anruft.

II. Vorschriften für außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge und Fernabsatzverträge: §§ 312 b – 312 h

Die §§ 312 b – h enthalten Verbraucherschutzbestimmungen für die Verträge, die außerhalb von Geschäftsräumen geschlossen wurden.

1) **Die situationsbedingten Voraussetzungen**

a) **Verträge, die außerhalb von Geschäftsräumen geschlossen werden: § 312 b**

aa) **§ 312 b I** erklärt den Anwendungsbereich und geht dabei über das frühere Haustürgeschäft hinaus: **Ein derartiger Vertrag liegt vor, wenn der Vertrag bei gleichzeitiger Anwesenheit des Verbrauchers und Unternehmers an einem Ort geschlossen wird, der kein Geschäftsraum des Unternehmers i.S.d. § 312 b II ist**.

bb) Gemäß **§ 312 b I Nr. 1** zählen dazu die **Verträge, die in einer Privatwohnung, am Arbeitsplatz oder auf frei zugänglichen Flächen geschlossen werden**. Dazu gehören auch Seniorenheime, Partveranstaltungen, Campingplätze oder sonstige Veranstaltungen, bei denen der Verbraucher nicht mit dem Auftreten des Unternehmers rechnen musste und somit regelmäßig vom Vertragsschluss überrumpelt worden ist. Dabei kommt es nicht mehr darauf an, ob der Kunde um den Besuch des Unternehmers gebeten hat.

cc) **§ 312 I b Nr. 3** schützt den Verbraucher, der vom Unternehmer oder einer Hilfsperson im **öffentlichen Verkehrsraum** oder im Geschäft eines anderen Unternehmers angesprochen wurde und unmittelbar im Anschluss einen Vertrag schließt.

dd) **§ 312 I b Nr. 4** regelt den Vertragsschluss im Rahmen einer **Ausflugsveranstaltung**, wobei der Vertragsschluss dann anschließend in den Räumen des Unternehmers erfolgt; in anderen Fällen würde bereits § 312 b I Nr. 1 gelten. Dies gilt auch für Fälle, in denen der Veranstalter ein Dritter ist, wenn der Unternehmer weiß, dass der Dritte die Verkaufsveranstaltung durchführt (z.B. Ausflugsfahrt mit anschließendem Besuch eines Teppichanbieters).

b) **Fernabsatzverträge gemäß § 312 c**

aa) **Fernabsatzverträge sind nach der Legaldefinition des § 312 c I Verträge, bei denen der Unternehmer und der Verbraucher für den Vertragsschluss ausschließlich Telekommunikationsmittel verwenden**, so dass der Verbraucher weder den Unternehmer noch die Ware sieht. Der Begriff knüpft also nur an das Zustandekommen des Vertrages und nicht an dessen Inhalt an und gilt somit auch für den Versandhandel.
Zu den Telekommunikationsmitteln zählen E-Mails, SMS, Telefaxe, aber auch Briefe, Kataloge und Anrufe sowie Telemedien wie z.B. Teleshopping.

bb) Für den Anschluss des Vertrages gelten die **allgemeinen Regeln des BGB AT**. Die zum Vertragsschluss erforderliche Willenserklärung des Verbrauchers kann dabei per Mausklick oder E-Mail abgegeben werden. Die durch Internet, E-Mail oder Television abgegebenen Aufforderungen des Unternehmers zur Bestellung sind dabei regelmäßig mangels Rechtsbindungswillen als **invitatio ad offerendum** anzusehen, wenn nicht die Erklärung – je nach Gestaltung z.B. des Internet-Auftritts – als verbindliches Angebot zu werten ist. Für die **Annahme** gelten die gleichen Regeln, wobei die Annahme auch im Zusenden der Ware liegen kann. Auch für den **Zugang** gelten die Regeln über § 130 I, für die **Einbeziehung von AGB** gilt § 305 II.

2) **Die Rechtsfolgen**

a) Gemäß **§ 312 d** ist der Unternehmer verpflichtet, den Verbraucher über die in Art. 246 a EGBGB genannten Punkte zu informieren, die dann auch Vertragsbestandteil werden.

b) Gemäß § 312 e kann der Unternehmer vom Verbraucher Fracht- oder Versandkosten nur verlangen, wenn er den Käufer darüber zuvor bereits i.S.d. §§ 312 d I, Art. 246 a EGBGB informiert hat.

c) Gemäß **§ 312 g I** steht dem Verbraucher bei **außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen** und bei **Fernabsatzverträgen** ein **Widerrufsrecht gemäß § 355** zu. Ohne abweichende vertragliche Vereinbarung gilt dieses Widerrufsrecht aber nicht für die Verträge, die in § 312 g II genannt sind wie z.B. bei Lieferung verderblicher Ware, versiegelter Tonträger oder Software nach Beschädigung des Siegels, Lieferung von Zeitschriften oder notariell beurkundeten Verträgen.

III. Form, Frist und Rechtsfolgen des Widerrufs: §§ 355 – 360

1) Die Struktur der gesetzlichen Regelung

§ 355 ist die Grundnorm, die kein eigenes Widerrufsrecht begründet, sondern ein Widerrufsrecht – z.B. gemäß § 312 g I oder gemäß § 495 I – als gegeben voraussetzt. § 355 regelt sowohl die **Frist** als auch den **Fristbeginn** sowie die **Rechtsfolgen des Widerrufs**, wobei die **§§ 356 ff**. sowohl die Frist als auch die Rechtsfolgen abweichend gestalten. Die §§ 358 – 360 regeln das Schicksal verbundener Verträge für den Fall, dass der Verbraucher seine auf Vertragsschluss des einen Vertrags gerichtete Erklärung widerruft.

2) Das Wesen des Widerrufs

Der Widerruf ist ein **Gestaltungsrecht**, das sowohl dem Verbraucher als auch seinem gemäß § 1357 I mithaftenden Ehegatten zusteht (str.; vgl. Langels, Familienrecht § 3 IV 7 b).

3) Die Wirkung des Widerrufs

Die auf Vertragsschluss gerichtete Erklärung des Verbrauchers sowie der abgeschlossene Vertrag sind zunächst wirksam, so dass beide Parteien einen wirksamen Erfüllungsanspruch haben. Durch die form- und fristgerechte Ausübung des Widerrufsrechts wandelt sich der Vertrag gemäß **§ 355 III 1** ex nunc in ein **Rückgewährschuldverhältnis** um.

4) Der Inhalt der Widerrufserklärung

Der Widerruf muss zwar gemäß § 355 I 4 keine Begründung enthalten, aber den Vertrag bezeichnen und gemäß § 355 I 3 eindeutig erkennen lassen, dass die Erklärung widerrufen werden soll. Das kommentarlose Zurücksenden der Ware genügt ohne abweichende Vereinbarung nicht (Palandt-Grüneberg § 355 Rz. 5; Prütting/Wegen/Weinreich § 355 Rz. 7; Unger ZEuP 2012, 270, 289; aA Hoffmann/Schneider NJW 2015, 2529; Janal WM 2012, 1438).
Daraus folgt: Schickt der Käufer die Ware kommentarlos zurück, so ist der Widerruf nicht wirksam erfolgt. Da der Kaufvertrag nicht rückabgewickelt werden muss, kann der Verkäufer den Kaufpreis behalten und zunächst auch die Sache, um die er rechtsgrundlos bereichert ist. Da es sich beim Bereicherungsanspruch des Käufers gemäß § 269 I um eine Holschuld handelt und eine Versandverpflichtung nur für den 1. Kaufvertrag bestand, kann der Verkäufer nach Erhalt der Ware seelenruhig den Ablauf der Frist abwarten und anschließend dem Käufer mitteilen, dass er die Ware - die der Kunde ja schon bezahlt hat und die ihm auch gehört – erst nach Zahlung der erneuten Versandkosten verschicken zzgl. einer Aufwandsentschädigung wird (kritisch insoweit Schirmbacher in Spindler/Schuster, Das Recht der elektronischen Medien § 355 Rz. 14).
Diesem Ergebnis kann man nur entgehen, wenn man durch Auslegung vom Empfängerhorizont des Verkäufers im Rücksenden der Ware die eindeutige Erklärung sieht, der Vertrag solle rückabgewickelt werden. Aber welchen anderen Sinn sollte die kommentarlose Rücksendung aus Sicht des Verkäufers auch sonst haben, insbesondere, wenn der Käufer nicht einmal die Mangelhaftigkeit der Sache bemängelt?

5) Die Form der Widerrufserklärung

Der Widerruf kann gemäß § 355 I 2 formlos erklärt werden, also auch mündlich oder per E-Mail oder Fax, wobei der **Verbraucher** jedoch die **Beweislast für den Widerruf und dessen Rechtzeitigkeit** trägt. Bei Verträgen außerhalb von Geschäftsräumen oder Fernabsatzverträgen kann der Unternehmer dem Verbraucher für den Widerruf das in der Anlage zu Art. 246 a § 1 II EGBGB abgedruckte Musterformular oder eine andere Widerrufsmöglichkeit auf der Webseite des

Unternehmers zur Verfügung stellen. Eine Pflicht des Verbrauchers, diese Möglichkeit zu nutzen, besteht aber nicht.

6) **Die Rechtzeitigkeit des Widerrufs**

a) **Die Regelfrist für die Ausübung des Widerrufs beträgt gemäß § 355 II 1 14 Tage**. Diese 14-Tages-Frist gilt auch dann, wenn der Verbraucher erst nach Vertragsschluss eine ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung erhält. Diese Widerrufsfrist kann vertraglich verlängert, aber gemäß § 361 II 1 nicht verkürzt werden. **Zur Fristwahrung genügt gemäß § 355 I 5 die rechtzeitige Absendung des Widerrufs**, doch wird der Widerruf gemäß **§ 130 I 1** erst wirksam, wenn er dem Unternehmer zugeht. Wenn der Widerruf zusammen mit der Rücksendung der Ware erfolgt, wird er wegen der Gefahrtragung des Unternehmers gemäß **§ 355 III 4** auch dann wirksam, wenn die Sache und damit auch der Widerruf während des Transports verloren geht.

b) Die Frist beginnt gemäß **§ 355 II 2** bereits mit Vertragsschluss, jedoch nur, soweit nichts anderes bestimmt ist. Abweichend von § 355 II 2 regelt **§ 356 II 1 a**, dass bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und bei Fernabsatzverträgen die Frist erst beginnt, wenn der Verbraucher die Ware erhalten hat. Bei derartigen Verträgen beginnt die Frist gemäß **§ 356 III 1** auch nicht zu laufen, bevor der Unternehmer den Verbraucher entsprechend den Anforderungen des Art. 246 a § 1 II 1 oder des Art. 246 b § 2 I EGBGB über sein Widerrufsrecht belehrt hat.

Auch ohne ausreichende Belehrung endet das Widerrufsrecht aber gemäß § 356 III 2 spätestens 12 Monate und 14 Tage nach dem in § 356 II genannten Zeitpunkt, z.B. nach Erhalt der Ware.

7) **Die Rechtsfolgen des Widerrufs bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und Fernabsatzverträgen: §§ 355, 357**

a) **Die Verpflichtung zur Rückgewähr gemäß § 355 III 1**

Gemäß **§ 355 III 1** müssen beide Parteien die empfangenen Leistungen unverzüglich zurückgewähren. § 357 I stellt klar, dass dies spätestens nach 14 Tagen passieren muss. Die Verpflichtung zur Rückgewähr umfasst gemäß § 357 II 1 auch die Lieferkosten, wenn der Verbraucher sie gezahlt hat.

b) **Die Rücksendepflicht des Verbrauchers**

Gemäß § 357 IV 1 ist der Verbraucher vorleistungspflichtig, denn der Unternehmer kann die Rückzahlung verweigern, bis er die Ware erhalten hat oder der Verbraucher – z.B. durch Einlieferungsquittung – den Nachweis erbracht hat, dass er die Ware zurückgeschickt hat. § 348 gilt nicht analog.

c) **Die Kosten- und Gefahrtragung**

Die *Hinsendekosten* trägt der Unternehmer, es sei denn, der Verbraucher hätte um eine besonders teure Form der Versendung gebeten. Gemäß § 357 VI 1 trägt der Verbraucher die Kosten der *Rücksendung* der Ware, wenn der Unternehmer ihn darüber ordnungsgemäß belehrt hat, was wiederum der Unternehmer beweisen muss.

Wenn abweichend von § 357 VI 1 der Unternehmer die Kosten trägt, kann der Verbraucher mangels entsprechender Anspruchsgrundlage keinen Kostenvorschuss verlangen, aber die Ware per Nachnahme zurücksenden. Es handelt sich um eine **Schickschuld**, wobei der Erfüllungsort gemäß § 269 I der Wohnsitz des Verbrauchers ist. **Der Unternehmer trägt gemäß § 355 III 4 die Gefahr der Rücksendung der Ware**.

d) **Die Verpflichtung des Verbrauchers zum Wertersatz gemäß § 357 VII**

aa) **Der Verbraucher muss gemäß § 357 VII Wertersatz für den Wertverlust der Ware leisten, wenn der Wertverlust auf einem Umgang mit der Ware beruht, der über eine Überprüfung der Ware hinausgeht**. Dies gilt aber nur dann, wenn der Unternehmer ihn über sein Widerrufsrecht i.S.d. Art. 246 a § 1 II und die etwaige Verpflichtung zum Wertersatz ordnungsgemäß belehrt hat.

bb) **§ 357 VII** enthält eine **verschuldensunabhängige** und **abschließende Regelung** über die Verpflichtung des Verbrauchers zum Wertersatz. Diese Pflicht des Verbrauchers zum Wertersatz besteht unter **zwei Voraussetzungen**:

(1) **Der Verbraucher hat die Ware übermäßig benutzt**, ist also über sein bestehendes Kontrollrecht hinausgegangen. Dabei darf der Verbraucher die Ware selbstverständlich überprüfen und testen. Weil anders als beim Kauf im Ladenlokal Vergleichs- und Vorführmöglichkeiten fehlen, darf er die Ware auch intensiver testen, als er dies im Geschäft vielleicht getan hätte. Der Verbraucher schuldet auch dann keinen Wertersatz, wenn die Ware durch das Ausprobieren einen erheblichen Wertverlust erleidet, wie z.B. durch das Befüllen eines Wasserbettes (BGH NJW 2011, 56). Entscheidend sind die Umstände des Einzelfalles: So kann die Rückgabe eines Hochzeitskleides nach der Hochzeit oder die Rückgabe einer Kamera nach erfolgter Urlaubsreise ebenso für die übermäßige Benutzung sprechen wie deutliche Gebrauchsspuren. Auch bei unerheblichem Gebrauch muss der Verbraucher Wertersatz leisten, wenn dies zur Überprüfung der Sache nicht erforderlich war.

(2) **Der Verbraucher muss i.S.d. Art. 246 a § 1 II deutlich und unmissverständlich darüber belehrt worden sein, dass er ein Widerrufsrecht hat, aber für den Fall des Widerrufs den Wertverlust bedingt durch übermäßige Benutzung der Sache ersetzen muss**. Der Verbraucher muss aber nicht darüber belehrt werden, wie hoch der drohende Wertverlust sein kann oder wie er einen etwaigen Wertverlust hätte vermeiden können.

cc) Bei der **Ermittlung des Wertverlusts** kommt es nicht auf die vertraglich vereinbarte Gegenleistung, sondern auf den objektiven Wert der Sache an, wenn dieser die Gegenleistung nicht übersteigt (BGH NJW 2012, 3428). Insbesondere hat der Unternehmer keinen Anspruch auf den mit dem Vertragsschluss angestrebten, aber durch Widerruf entgangenen Gewinn. Auf der anderen Seite hat der Unternehmer keinen über den Wertverlust hinausgehenden Anspruch auf Nutzungsersatz oder Wertersatz.

dd) Der Unternehmer muss die eingetretene Verschlechterung, die übermäßige Nutzung als Ursache sowie die ordnungsgemäße Belehrung beweisen.

ee) **Problematisch ist das Verhältnis des § 357 VII und der §§ 280 ff. zu § 361** (ausführlich dazu Singbartl/Zintl NJW 2016, 1848 ff. mwN): Hat der Verbraucher einen Fernabsatzvertrag geschlossen, bei dem er nicht ordnungsgemäß belehrt wurde, so stellt sich die Frage, ob er entgegen den §§ 357 VII, 361 Wertersatz leisten muss, wenn er die Sache schuldhaft beschädigt. Dabei müssen wir wie folgt unterscheiden:

(1) Vor Ausübung des Widerrufsrechts kommt wenn überhaupt ein Schadensersatzanspruch gemäß den §§ 241 II, 280 I 1 infrage, wenn man sich auf den Standpunkt stellt, dass der Verbraucher bereits vor Ausübung des Widerrufsrechts verpflichtet wäre, die Sache für den Fall des Widerrufs bis dahin ordnungsgemäß zu benutzen. Andererseits ist der Eigentümer gemäß § 903 befugt, mit seiner Sache nach Belieben zu verfahren. Dies erscheint aber zumindest dann fraglich, wenn er sein Widerrufsrecht kennt.

(2) Nach Ausübung des Widerrufsrechts ist der Verbraucher gemäß § 355 III zur Rückgabe verpflichtet, so dass er jetzt für die schuldhafte Beschädigung gemäß den §§ 280 ff. haften könnte.

(3) **Das Problem besteht aber darin, dass Ansprüche gemäß den §§ 280 ff. nach dem Wortlaut des § 361 ausscheiden, weil dieser alle weiteren Ansprüche sperrt**. Die Anwendung des § 361 erscheint aber zumindest in den Fällen unbillig, in denen der Verbraucher die Sache grob fahrlässig oder sogar vorsätzlich beschädigt. Deshalb wird man wie folgt unterscheiden müssen:

(a) **Vor Kenntnis des Widerrufsrechts** hat der Verbraucher keinen Anlass, mit der ihm gehörenden Sache sorgfältig umzugehen. § 361 sperrt daher sämtliche Schadensersatzansprüche.

(b) **Nach Kenntnis des Widerrufsrechts** (str.) und zumindest **nach erfolgtem Widerruf** darf der Verbraucher nicht nach Belieben mit der Sache verfahren, weil er ja weiß, dass er sie ggf. wird zurückgeben müssen. Hier haftet er gemäß den §§ 280 ff. zumindest bei grober Fahrlässigkeit und Vorsatz, weil man hier § 361 einschränkend auslegen sollte.

IV. Verbundene Verträge: §§ 358, 359

Die §§ 358, 359 regeln die Rechtsfolgen für verbundene Verträge und schützen den Verbraucher vor Risiken, die sich aus der juristischen Aufspaltung von Verträgen drohen, die eigentlich eine wirtschaftliche Einheit bilden. Dies zeigt bereits **§ 358 I**: Hat der Verbraucher seine auf den Abschluss eines Vertrags über die Lieferung einer Ware oder die Erbringung einer Dienstleistung gerichteten Vertrag wirksam widerrufen, so ist er auch nicht mehr an seine auf Abschluss des diesen Vertrag finanzierenden Darlehensvertrags gebunden, wenn der erste Vertrag und der Darlehensvertrag **verbundene Verträge i.S.d. § 358 III** sind.

1) Verbundene Verträge: § 358 III

Verbundene Verträge setzen einen Finanzierungszusammenhang und eine wirtschaftliche Einheit beider Verträge voraus.

a) Der Finanzierungszusammenhang

Der Vertrag über die Lieferung der Ware bzw. Erbringung einer Dienstleistung und der Darlehensvertrag sind verbunden, wenn das Darlehen ganz oder teilweise der Finanzierung des ersten Vertrags dient und beide Verträge eine wirtschaftliche Einheit bilden. Eine derartige wirtschaftliche Einheit ist gemäß **§ 358 III 2** insbesondere anzunehmen, wenn entweder der Unternehmer des ersten Vertrags auch der Darlehensgeber ist oder sich der Darlehensgeber bei Vertragsschluss der Mitwirkung des Unternehmers bedient, also typischerweise der Unternehmer des ersten Vertrags den Darlehensvertrag vermittelt.

Voraussetzung ist also zunächst einmal, dass das Darlehen zu dem Zweck gewährt wird, dass der Verbraucher als Darlehensnehmer mit dem Geld die Ware bezahlt. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Darlehensgeber direkt an den Unternehmer zahlt oder den Darlehensbetrag zumindest an den Verbraucher auszahlt. Es genügt, dass sich die Verknüpfung der beiden Verträge aus den Umständen ergibt, wobei auch die zeitliche Reihenfolge des jeweiligen Vertragsabschlusses keine Rolle spielt.

b) **Die wirtschaftliche Einheit**

Beide Verträge bilden eine wirtschaftliche Einheit, wenn aus der Sicht des Verbrauchers Unternehmer und Darlehensgeber wie eine Vertragspartei auftreten. Dies gilt nach der **unwiderlegbaren Vermutung von § 358 III 2**, wenn entweder der Unternehmer selbst das Darlehen gewährt oder der Unternehmer das Darlehen vermittelt, also Unternehmer und Darlehensgeber arbeitsteilig zusammenwirken. Ein Rahmenvertrag zwischen Unternehmer und Darlehensgeber ist nicht erforderlich, so dass die rein faktische Arbeitsteilung genügt, auch wenn diese auf die einmalige Zusammenarbeit beschränkt ist. Ein wesentliches Indiz dafür ist, dass der Darlehensgeber dem Unternehmer die Kreditvertragsformulare wissentlich überlässt.
Auch wenn die Voraussetzungen für die unwiderlegbare Vermutung der wirtschaftlichen Einheit gemäß § 358 III 2 nicht vorliegen, kann sich eine wirtschaftliche Einheit gemäß § 358 III 1 aus den Umständen ergeben. Dies ist der Fall, wenn der eine Vertrag ohne den anderen Vertrag nicht zustande gekommen wäre (BGH NJW 2010, 531), Unternehmer und Darlehensgeber die gleiche Vertriebsorganisation einschalten, beide Verträge inhaltlich aufeinander Bezug nehmen oder der Darlehensnehmer nicht frei über das gewährte Darlehen verfügen darf (BGH NJW 2010, 531).

2) **Die Rechtsfolgen des § 358**

a) **Die verbundenen Verträge bilden zwar wirtschaftlich eine Einheit, doch bleiben sie juristisch getrennte Geschäfte. Rechtlich verbunden sind sie nur durch § 358 I und § 358 II**: Hat der Verbraucher seine auf Vertragsschluss des ersten Vertrags gerichtete Erklärung widerrufen, so ist er auch an den Darlehensvertrag nicht mehr gebunden. Wenn die beiden Verträge jedoch nicht wegen des Widerrufs, sondern aus sonstigen Gründen (z.B. Rücktritt im Rahmen des Gewährleistungsrechts) rückabgewickelt werden müssen, so gilt der Einwendungsdurchgriff des § 359.

b) **Für die Rückabwicklung der verbundenen Verträge gilt über § 358 IV 1 die Vorschrift des § 355 III**, so dass die jeweils gewährten Leistungen zurückzugewähren sind. Bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen oder bei Fernabsatzverträgen wird – wie oben bereits gesehen – § 355 III durch **§ 357** überlagert.

c) **Gemäß § 358 IV 5 tritt der Darlehensgeber im Verhältnis zum Verbraucher hinsichtlich der Rechtsfolgen des Widerrufs in die Rechte und Pflichten des Unternehmers aus dem verbundenen Vertrag ein, wenn das Darlehen dem Unternehmer bei Widerruf bereits zugeflossen ist**. Daraus folgt, dass der Darlehensgeber nicht neben den Unternehmer in das Rückabwicklungsverhältnis eintritt, sondern an dessen Stelle tritt (BGH NJW 2009, 3572): Der Verbraucher kann vom Darlehensgeber gemäß § 355 III die Zinsen und Tilgungsraten, aber auch die an den Unternehmer aus eigenen Mitteln geleisteten Zahlungen zurückverlangen (BGH NJW 2009, 3572). Etwaige Schadensersatzansprüche wegen Mängeln der Sache richten sich aber nach wie vor an den Unternehmer. Nach erfolgtem Widerruf muss aber auch der Verbraucher dem Darlehensgeber gemäß § 355 III dem vom Unternehmer geleisteten Gegenstand zurückgewähren (BGH NJW 2006, 1788). Für den jetzt geltenden Regressanspruch des Darlehensgebers beim Unternehmer gilt vorrangig das, was beide für diesen Fall zuvor intern verabredet haben. Haben sie keine Vereinbarung getroffen, muss ein interner Ausgleich über die §§ 812 ff. erfolgen.

3) **Der Einwendungsdurchgriff des § 359**

a) **Die Funktion des Einwendungsdurchgriffs gemäß § 359**

aa) Wie wir oben bereits festgestellt haben, gilt § 358 nur für den Fall, dass der Verbraucher seine auf Vertragsschluss gerichtete Erklärung nach den Regeln des Verbraucherschutzes widerruft. § 359 geht jetzt zum Schutz des Verbrauchers noch einen Schritt weiter: **Gemäß § 359, 1 kann der Verbraucher die Rückzahlung des Darlehens auch soweit verweigern, soweit er aufgrund von Einwendungen auch dem Unternehmer gegenüber die Zahlung der Ware oder der Dienstleistung verweigern dürfte**. Er soll also auch durch § 359, 1 vor dem Risiko der juristischen Vertragsaufspaltung bewahrt werden, also davor, das Darlehen zurückzahlen zu müssen, obwohl er die Zahlung des Kaufpreises verweigern könnte.

bb) **Die Einwendungen, die den Verbraucher zur Leistungsverweigerung berechtigen, können sowohl rechtshindernde oder rechtsvernichtende Einwendungen, aber auch rechtshemmende Einreden sein**. Sie müssen aber in dem Vertrag zwischen Verbraucher und Unternehmer **bereits entstanden** sein und, wenn es sich um **Gestaltungsrechte** handelt, gegenüber dem Unternehmer **bereits ausgeübt** sein.

cc) **Eine Einschränkung gilt gemäß § 359, 3 für Kauf- und Werkverträge, bei denen eine vorrangige Nacherfüllung geschuldet ist: Der Verbraucher darf hier die Rückzahlung des Darlehens erst verweigern, wenn die vom Unternehmer verlangte Nacherfüllung fehlgeschlagen ist**. Obwohl die vom Schuldner geltend gemachte Verweigerung der Nacherfüllung wegen Unzumutbarkeit gemäß den §§ 439 III, 635 III nicht unter den Begriff des Fehlschlags der §§ 440, 636 fallen, stehen sie bei der Anwendung des § 359, 3 dem Fehlschlag gleich. Bis zum Scheitern der Nacherfüllung muss der Verbraucher aber alle nach dem Darlehensvertrag geschuldeten Leistungen erbringen.

b) **Die Rechtsfolgen des § 359**

§ 359 gewährt dem Verbraucher zwar ein Leistungsverweigerungsrecht, aber kein eigenständiges Rückforderungsrecht. Wenn also die Rückabwicklung des finanzierten Vertrags nicht aufgrund eines Widerrufs erfolgt, sondern weil der Vertrag nichtig ist oder der Verbraucher Ansprüche aus Leistungsstörungen geltend macht, so helfen uns die §§ 358, 359 nicht weiter. Jetzt gelten die für beide Verträge geltenden allgemeinen Vorschriften sowie die §§ 812 ff. Daraus folgt:

aa) Bei einem **Doppelmangel von finanziertem Vertrag und Darlehensvertrag** erfolgt die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gemäß den §§ 812 ff. grundsätzlich im Rahmen der jeweiligen Leistungsbeziehung: Der Verbraucher kann gemäß § 812 I 1, 1. Alt. vom Darlehensgeber die gezahlten Darlehensraten zurück, Zug um Zuge gegen die Abtretung seines Anspruchs gegen den Unternehmer aus § 812 I 1, Alt. auf Rückzahlung des Betrages,, den der Unternehmer erlangt hat. Es kommt somit zu einer **Kondiktion der Kondiktion**.
Der Unternehmer hat gegen den Verbraucher einen Anspruch gemäß § 812 I 1, 1. Alt. auf Rückübereignung sowie auf Ersatz für gezogene Nutzungen gemäß § 818 I.

bb) Ist nur der **Darlehensvertrag nichtig**, so erfolgt die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung nur zwischen Darlehensnehmer und Darlehensgeber. Dabei besteht die Bereicherung des Verbrauchers nach dem Schutzzweck des § 359 nicht in dem an den Unternehmer gezahlten Geldbetrag, sondern in der Befreiung von seiner Verbindlichkeit. Der Wert für die Befreiung muss gemäß § 818 II aufgrund der Einwendungen aus dem finanzierten Vertrag ermittelt werden.

cc) Bei **Nichtigkeit des finanzierten Vertrags** kann der Verbraucher vom Unternehmer gemäß § 812 I 1, 1. Alt. die geleistete Anzahlung und vom Darlehensgeber die gezahlten Darlehensraten zurückverlangen, dies aber nur Zug um Zug gegen Abtretung seines Anspruchs an den Unternehmer. Es kommt also auch hier zu einer **Kondiktion der Kondiktion**. Der Anspruch des Verbrauchers gegen den Darlehensgeber beruht auf § 813 I 1, weil man hier § 359 als dauerhaft wirkende Einrede behandelt (BGH NJW 2008, 845). Dabei kommt es nicht darauf an, ob der finanzierte Vertrag von Haus aus nichtig war (§§ 104, 105 I; 138 I, II) oder nachträglich angefochten wurde (§§119 I, II; 123 I, 142 I). Wegen des Schutzzwecks des § 359 kann der Verbraucher dabei auch die vor Anfechtung erfolgten Darlehensraten zurück verlangen (Erman/Saenger § 359 Rz. 6; str.).

dd) **Tritt der Verbraucher aufgrund eines Mangels vom finanzierten Vertrag zurück** oder verlangt er Rückabwicklung im Wege des großen Schadensersatzes gemäß § 281, so erhält der Unternehmer die gelieferte Ware im Wege der §§ 346 ff. zurück oder den Wert der erbrachten Dienstleistung sowie die gezogenen Nutzungen vergütet. Der Verbraucher kann vom Unternehmer gemäß § 346 I die Anzahlung und das geleistete Darlehen zurückfordern.

Anders als in Fällen der Nichtigkeit ist ein Rückforderungsdurchgriff beim Darlehensgeber ausgeschlossen. § 813 I 1 gilt hier nicht, weil das dem Verbraucher wegen des Mangels zustehende Leistungsverweigerungsrecht der §§359, 320 keine dauerhaft wirkende Einrede darstellt (MünchKomm/Habersack § 359 Rz. 75; OLG Frankfurt WM 2002, 1275; a.A. Erman/Saenger § 359 Rz. 11 m.w.N.).

V. Finanzierungshilfen: §§ 506 ff.

1) Der *sachliche* Anwendungsbereich der §§ 506 ff.

a) **Die §§ 506 ff. regeln den Verbraucherschutz im Rahmen von Verträgen, in denen ein Unternehmer einem Verbraucher einen entgeltlichen Zahlungsaufschub von mindestens 3 Monaten oder eine sonstige Finanzierungshilfe gewährt**. Kennzeichnend ist also die Vorleistung des Unternehmers sowie der Umstand, dass die Fälligkeit der vom Verbraucher geschuldeten Gegenleistung hinausgeschoben wurde. Die §§ 506 ff. gelten aber nur, wenn für diese Verschiebung der Fälligkeit ein **Entgelt** vereinbart wurde, also nicht bei unentgeltlicher Stundung.

b) Im Rahmen von entgeltlichen Finanzierungshilfen erfassen die §§ 506 ff. nicht nur die Kreditierung von Kaufverträgen, sondern gemäß § 506 III **alle gegenseitigen Verträge**, also auch Werkverträge, Dienstverträge, Geschäftsbesorgungsverträge, Widerkehrschuldverhältnisse, Finanzierungsleasingverträge oder den finanzierten Abzahlungskauf.

2) Der *persönliche* Anwendungsbereich

a) **Unternehmer ist gemäß § 14 jede natürliche oder juristische Person, die in Ausübung ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit einem anderen einen Kredit gewährt**. Die gewerbliche Tätigkeit muss dabei nicht in der Vergabe von Krediten bestehen, es reicht, dass die Kreditvergabe – und sei es auch nur einmalig – im Zuge dieser Tätigkeit erfolgt.
Beispiel: Der Verkäufer vermittelt gegen Entgelt die Finanzierung der Kaufsache.

b) **Der Verbraucher als Kreditnehmer kann gemäß § 13 nur eine natürliche, keine juristische oder quasijuristische Person sein**. Andererseits kann auch ein Unternehmer unter den Schutz der §§ 506 ff. fallen, wenn er nicht in seiner Eigenschaft als Unternehmer, sondern als Privatmann handelt. Es kommt also nur auf die Zweckbestimmung des Vertrags an.

c) **Die verbraucherschützenden §§ 506 ff. gelten nur, wenn der Kredit nach dem Inhalt des Vertrags für private Zwecke aufgenommen wird**. Erfolgt die Kreditaufnahme ganz oder überwiegend zu gewerblichen Zwecken, so gelten die §§ 506 ff. nicht.

3) **Die Schriftform der §§ 506, 492 I**

a) Der Vertrag muss **schriftlich** geschlossen werden, wobei Kreditgeber und Kreditnehmer unterschreiben müssen. Der Kreditgeber muss aber gemäß § 507 I 2 nicht unterschreiben, wenn die Erklärung mit Hilfe einer automatischen Einrichtung erfolgt ist.
(zum Ratenkauf im Internet: Informationspflichten – Widerrufsbelehrung – Form – Rückabwicklung ausführlich Billing / Milsch NJW 2015, 2369 ff.)

b) Kreditverträge müssen u.a. den Nettokreditbetrag, den Gesamtbetrag aller vom Verbraucher zu zahlenden Zinsen und sonstigen Kosten, den Zinssatz, den effektiven Jahreszins, und zu bestellende Sicherheiten enthalten. Kreditverträge, die die Lieferung einer Sache oder die Erbringung einer Leistung gegen Teilzahlung zum Gegenstand haben, müssen den Barzahlungspreis, den Teilzahlungspreis (Gesamtbetrag von Anzahlung, Teilzahlungen, Zinsen und Gebühren), Betrag, Zahl und Fälligkeit der einzelnen Teilzahlungen, den effektiven Jahreszins sowie die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts oder einer anderen zu bestellenden Sicherheit enthalten.

4) **Die Rechtsfolge bei Formmängeln: §§ 506, 494**

Fehlen diese Angaben in der Vertragsurkunde, so ist der Vertrag gemäß § 494 I nichtig. Zugunsten des Verbrauchers wird der Vertrag aber dennoch gemäß § 494 II 1 gültig, wenn der Verbraucher das Darlehen, die Sache oder Leistung erhält oder den Kredit in Anspruch nimmt. Wie wir im Rahmen der gesetzlichen Formvorschriften gesehen haben, soll dadurch verhindert werden, dass der Verbraucher den Kredit über die §§ 812 ff. sofort zurückzahlen muss; er hat daher die Möglichkeit, den Kreditbetrag in Raten zu tilgen. **Fehlt die Angabe des vereinbarten Zinssatzes oder des vereinbarten Teilzahlungspreises, so ermäßigt sich gemäß § 494 II 2 der Zins auf den gesetzlichen Zins**. Hat der Kreditgeber den effektiven Jahreszins zu niedrig angegeben, so vermindert sich der zu zahlende Zins gemäß § 494 III.

5) **Das Widerrufsrecht der §§ 506, 495, 355**

Auch hier steht dem Verbraucher gemäß den §§ 506, 495 I ein 2-wöchiges Widerrufsrecht i.S.d. § 355 zu. Dabei beginnt die Frist gemäß **§ 495 II Nr. 2 b** erst zu laufen, nachdem der Verbraucher auf die Pflichtangaben des § 492 II hingewiesen wurde.

6) **Das Kündigungs- bzw. Rücktrittsrecht des Kreditgebers gemäß den §§ 506, 498**

a) **Gerät der Kreditnehmer mit der Rückzahlung des Kredits in Verzug, so kann auch der Kreditgeber den Kreditvertrag kündigen bzw. bei Teilzahlungsgeschäften zurücktreten**. Dies setzt voraus, dass der Kreditnehmer mit **mindestens 2 Raten** ganz oder teilweise in Verzug geraten ist, wobei die Summe des ausstehenden Betrages zumindest **10 % des Gesamtbetrages** betragen muss. Vor der Rücktrittserklärung muss der Kreditgeber dem Kreditnehmer jedoch eine 2-wöchige Frist mit der unmissverständlichen Erklärung gesetzt haben, dass er bei Nichtzahlung innerhalb der Frist die gesamte Restschuld verlangt.

b) **Nach erfolgtem Rücktritt des Kreditgebers finden die §§ 346 ff. BGB Anwendung**. Der Verbraucher muss dem Kreditgeber daher gemäß § 346 I die Sache zurückgeben und gezogenen Nutzungen ersetzen, wobei man bei der Bemessung des Nutzungsentgelts gemäß **§ 508 II 4** berücksichtigen muss, dass die Sache mit der Zeit immer weniger wert wird. Ist die Sache beim Verbraucher beschädigt worden, so muss er den Wertverlust **gemäß § 346 II ersetzen**.

c) Andererseits muss der Kreditgeber dem Kreditnehmer die getroffenen **Aufwendungen** gemäß **§ 347 II** ersetzen sowie die bereits gezahlten **Raten** und eine etwaige **Anzahlung** gemäß **§ 346 I** zurückzahlen.

d) **Als Ausübung des Rücktrittsrechts gilt gemäß § 508 II 5, 6 auch die Wiederansichnahme der Sache durch den Kreditgeber**. Dadurch soll verhindert werden, dass der Kreditnehmer einerseits den Besitz an der Sache verliert und sie nicht mehr benutzen kann, auf der anderen Seite aber weiterhin noch die Raten zahlen muss. Von dieser Rücktrittsfiktion macht § 508 II 5, 6 eine Ausnahme, die sicherlich viele Kreditgeber in ihre AGB aufnehmen werden: Die Rücknahme der Ware führt nicht zur Rückabwicklung des Vertrags, wenn die Parteien vereinbart haben (AGB!), dass dem Kunden der normale Verkaufswert der Sache zur Zeit der Rücknahme durch den Kreditgeber zu vergüten ist.

§ 25 Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)

Vorbemerkung

1) Bereits im 19. Jahrhunderts wurden im Zuge der industriellen Revolution nicht nur die Herstellungsverfahren und Waren standardisiert, sondern auch die Verträge, zu deren Konditionen die Produkte veräußert wurden. Es wurden allgemeine Geschäftsbedingungen entworfen, die man als Verwender einer Vielzahl von Verträgen zugrunde legen wollte, so dass jeder Vertrag zu gleichlautenden Rahmenbedingungen zustande kommen würde. Durch inhaltlich gleichlautende Vertragsbedingungen konnte und kann auch heute noch die Geschäftsabwicklung rationalisiert werden, die Kalkulation wird erleichtert, langwierige Vertragsverhandlungen über die Rahmenbedingungen des Leistungsaustauschs werden vermieden. Ferner waren zur Zeit des Inkrafttretens des BGB im Jahre 1900 bestimmte Vertragstypen wie *Franchising*, *Leasing* oder *Factoring* dem historischen Gesetzgeber noch gar nicht bekannt, so dass dieser auf die Besonderheiten dieser Verträge gar nicht reagieren konnte. Die Unternehmer und ihre Verbände waren daher gezwungen, sich durch standardisierte AGB ihr eigenes Recht in diesen Bereichen zu schaffen.

2) Die Problematik in der Verwendung von AGB besteht jedoch darin, dass hier der Verwender der AGB entweder abweichend von dispositivem Gesetzesrecht oder auch bei Fehlen einer gesetzlichen Regelung die Risiken des Leistungsaustauschs (z.B. Gefahrübergang, Transportkosten, Gewährleistung) einseitig dem Adressaten der AGB auferlegen kann und dies auch typischerweise tut.
   Im übrigen beruhen bei Verwendung von AGB die Vertragsbedingungen nicht auf dem Leitbild des Vertrags aus Sicht des BGB, dass also 2 wirtschaftlich gleich starke Verhandlungspartner einen Vertrag zu den Konditionen schließen, die sie frei ausgehandelt haben, so dass bereits der Umstand des Vertragsschlusses eine Richtigkeitsgewähr für den Inhalt bietet; im Gegenteil: Der Kunde unterwirft sich den AGB des Verwenders. Diese Unterwerfung kann zum einen darauf beruhen, dass der Kunde auf diese Leistung angewiesen ist und der Verwender der AGB eine Monopolstellung hat, zum anderen darauf, dass auch konkurrierende Unternehmen inhaltlich gleichlautende AGB verwenden, so dass der Kunde keine Alternative hat: „take it or leave it."
   Die Unterwerfung unter die AGB kann auch darauf zurückzuführen sein, dass der Kunde die AGB gar nicht gelesen hat oder zwar gelesen, aber in ihrer rechtlichen Tragweite nicht verstanden hat. Selbst wenn er sie gelesen und verstanden haben sollte, wird es gerade bei der Anschaffung geringwertiger Güter so sein, dass der Kunde den Aufwand scheut, über bestimmte Punkte innerhalb der AGB des Verwenders stundenlang zu verhandeln.

3) Die Rechtsprechung hat auf die durch die Verwendung von AGB verursachten Missstände dadurch reagiert, dass sie vor Inkrafttreten des AGBG durch strenge Auslegung und Inhaltskontrolle an den Maßstäben der §§ 138, 242 eine unangemessene Benachteiligung des Kunden zu verhindern suchte.

4) Der Gesetzgeber schuf zwingende Vorschriften, von denen die Parteien nicht abweichen konnten, wie z.B. innerhalb der Wohnungsmiete, des Reisevertragsrechts, des VerbrKrG, des HaustürgeschäftewiderrufsG und des AGBG, das eine inhaltliche Kontrolle der AGB ermöglicht. Gleichzeitig wurde durch das AGBG Verbraucherschutzverbänden, Industrie- und Handelskammern und Handwerkskammern ein Verbandsklagerecht eingeräumt, um über den einzelnen Rechtsstreit des von den AGB Betroffenen hinaus eine entsprechende Breitenwirkung zu erzielen und um den Verwender nicht darauf spekulieren zu lassen, der konkret Betroffene werde infolge rechtlicher Unerfahrenheit oder wegen der Geringfügigkeit des Betrages das Prozesskostenrisiko eines Zivilprozesses scheuen.

5) Der Gesetzgeber hat im Zuge der Schuldrechtsreform das AGB-Gesetz durch die §§ 305 – 310 ins BGB integriert und dabei auch einige inhaltliche Änderungen vorgenommen, u.a., um das Recht der AGB an die veränderte Struktur des Rechts der Leistungsstörungen anzupassen.

6) **Die §§ 305 – 310 weisen folgende Struktur auf:**

a) **Die §§ 305 – 306 enthalten allgemeine Vorschriften**. § 305 liefert in § 305 I eine Legaldefinition der AGB und bestimmt in den §§ 305 II, 305 a, in welcher Form die Klausel in den Vertrag miteinbezogen werden muss. Gemäß § 305 b haben Individualabreden den Vorrang vor AGB. Überraschende Klauseln werden gemäß § 305 b I nicht Vertragsbestandteil. Gemäß § 305 b II gehen Unklarheiten zu Lasten des Verwenders. In § 306 wird erläutert, welche Folge die Nichtigkeit einer Klausel auf den Gesamtvertrag hat. § 306 a enthält ein Umgehungsverbot.

b) **§§ 307 – 309:** In den §§ 307 – 309 werden die Klauseln auf ihre **inhaltliche Zulässigkeit** beurteilt, wobei § 307 eine Generalklausel enthält, der im Interesse der Rechtssicherheit die §§ 308, 309 vorgehen, bei denen ein Verstoß ohne weiteres zur Nichtigkeit der Klausel führt.

c) **§ 310** regelt in § 310 I, II den **Anwendungsbereich bestimmter Vorschriften**, in § 310 III verbraucherschützende Bestimmungen und erklärt in § 310 IV die §§ 305 ff. auf bestimmte Verträge für unanwendbar.

7) **Aus dieser Struktur ergibt sich für Sie in der Klausur folgende *Prüfungsreihenfolge*:**

I. Ist die jeweilige Klausel Bestandteil des Vertrags geworden und mit welchem Inhalt: §§ 305 – 305 c; 310?

II. Wenn ja: Ist die Klausel inhaltlich zulässig: §§ 309 – 308 – 307?

III. Bei inhaltlich unzulässiger Klausel: Welche Rechtsfolgen zieht die Unzulässigkeit dieser Klausel nach sich: § 306?

I. Ist die Klausel Vertragsbestandteil geworden?

1) § 305 I: Begriffsbestimmung

AGB sind für eine Vielzahl von Verträgen bestimmte, vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (= Verwender) der anderen bei Abschluss des Vertrags stellt. § 305 I legt also den Anwendungsbereich der §§ 305 ff. fest: Es gilt für alle vorformulierten Vertragsbedingungen unabhängig davon, ob sie gedruckt oder handschriftlich, umfangreich oder kurz, notariell beurkundet oder privatschriftlich festgelegt wurden.
Beispiel: Auch der Aufdruck auf einer Garderobenmarke, dass die Haftung für die verwahrten Gegenstände ausgeschlossen oder auf einen pauschalen Höchstbetrag von 200 Euro begrenzt werden soll, unterfällt den §§ 305 ff..

Der Anwendungsbereich der §§ 305 ff. wird aber durch **§ 310 IV** begrenzt: Verträge des Arbeitsrechts, Familienrechts, Erbrechts, des Gesellschaftsrechts sowie Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen sind von der Anwendung der §§ 305 ff. ausgenommen. Wer will schon immer wieder zu den gleichen Bedingungen heiraten?

a) **Vertragsbedingungen**

Fall: Der Verkäufer V veräußert einen Gebrauchtwagen unter Verwendung eines vorgefertigten Vertragsformulars, das er im Schreibwarengeschäft gekauft, beim ADAC als Mitglied erhalten oder aus dem Internet heruntergeladen hat. Handelt es sich bei den dort abgedruckten Bedingungen um AGB?

Die §§ 305 ff. gelten für alle Bestimmungen, die Inhalt des Vertrags werden sollen. Daher fallen auch Formularverträge unter die §§ 305 ff., bei denen nahezu der gesamte Vertragstext standardisiert ist und nur noch die Parteien, der Vertragsgegenstand und die Höhe der Gegenleistung eingetragen werden.
Auch ein allgemein gehaltener Hinweis auf einem Schild (z.B. der Vorbehalt einer Taschenkontrolle auch ohne konkreten Diebstahlsverdacht) **kann eine Vertragsbedingung i.S.d. § 305 I sein**. **Eine Vertragsbedingung i.S.d. § 305 I liegt demnach vor, wenn ein allgemeiner Hinweis nach seinem objektiven Wortlaut beim Empfänger den Eindruck hervorruft, es solle der Inhalt eines (vor)vertraglichen Rechtsverhältnisses bestimmt werden**. Eine derartige Klausel verstößt aber gegen § 307, wonach eine Taschenkontrolle nur bei einem konkreten Diebstahlsverdacht verlangt werden kann, da eine körperliche oder auch sonstige Durchsuchung einen erheblichen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht darstellt. Der Kunde braucht sich daher eine derartige Kontrolle nicht gefallen zu lassen.

b) **Vorformuliert**

Fall: Verkäufer Gluffke verfügt über ein exzellentes Gedächtnis. Um seinen Kunden das Gefühl zu geben, persönlicher behandelt zu werden, hat er seine Verkaufsbedingungen nicht vorab schriftlich formuliert, sondern legt sie jeweils handschriftlich in der Vertragsurkunde nieder. Handelt es sich um AGB?

Es handelt sich um vorformulierte Vertragsbedingungen, wenn die entsprechenden Bestimmungen bereits vor dem Vertragsschluss fertig formuliert waren, um in einen künftigen Vertrag einbezogen zu werden. Dies ist einmal der Fall, wenn sie bereits vorher gedruckt oder handschriftlich geschrieben (= verkörpert) vorlagen, aber auch, wenn der Verwender sie im Kopf „gespeichert“ hatte (BGH NJW 1992, 2759; 1988, 410; OLG Köln NJW -RR- 1995, 758). **Es kommt also nicht auf die vorherige *Fixierung*, sondern auf die vorherige *Festlegung* an!**

Es handelt sich auch dann um eine vorformulierte Vertragsbedingung, wenn der Kunde zwischen mehreren vorformulierten Vertragsbedingungen wählen kann, etwa bei einem Versicherungsvertrag zwischen mehreren Laufzeiten wählen kann (BGH NJW 1996, 1208). Anders ist es nur, wenn sich der Kunde für eine nicht vorformulierte Vertragsdauer entscheidet und diese auch tatsächlich wählt (OLG Karlsruhe, VersR 1995, 646).

AL-Klausurtipp: Die Vertragsbedingungen müssen inhaltlich nicht vom Verwender stammen, so dass auch Formularverträge eines Wirtschaftsverbandes oder Verträge, deren Inhalt aus Formularbüchern abgeschrieben wurde, den §§ 305 ff. unterfallen. Unselbständige Ergänzungen durch den Verwender wie Vertragsgegenstand oder Vertragsparteien können daran nichts ändern.

c) **Für eine *Vielzahl* von Verträgen bestimmt**

Fall: Vermieterin Mü vermietet eine Wohnung unter Zuhilfenahme eines Formularvertrags, den ihr der Haus- und Grundbesitzerverein zur Verfügung gestellt hat. Gelten die §§ 305 ff. auch dann, wenn Mü nur *eine* Wohnung vermieten will?

aa) Die §§ 305 ff. gelten, wenn die vorformulierten Vertragsbedingungen aus Sicht desjenigen, der sie sich ausgedacht hat, mindestens 3 Mal verwendet werden sollen (BGH DNotZ 1985, 287, 288). Ist dies der Fall, so gelten die §§ 305 ff. bereits bei der 1. Verwendung.

AL-Klausurtipp: Achten Sie dabei bitte darauf, dass es nicht auf die Sichtweise des konkreten *Verwenders* im Einzelfall, sondern auf die Bestimmung des *Aufstellers* ankommt: Die §§ 305 ff. gelten auch für den Verkäufer, der einen Gebrauchtwagen verkauft und sich im Schreibwarenhandel ein vorgefertigtes Vertragsexemplar gekauft hat; in unserem Beispielsfall sind die §§ 305 ff. daher anwendbar.
Die §§ 305 ff. gelten also nur bei den Vertragsbedingungen nicht, die nur für einen bestimmten Vertrag vorher festgelegt wurden. Ändert der Verwender aber seine ursprüngliche Absicht und verwendet die AGB mehrfach, so gelten die §§ 305 ff.. Sie gelten auch, wenn die Vertragsbedingungen nur für einen vorher bereits feststehenden Kreis von Vertragsgegenständen gelten sollen.
Beispiel: Der Erbe veräußert Nachlassgegenstände unter Verwendung von AGB, die nur im Hinblick auf diese Nachlassgegenstände verfasst wurden und im Anschluss nie mehr verwendet werden sollen.

bb) **AL-Klausurtipp**: Achten Sie dabei auf **§ 310 III Nr. 2**: Diese Norm will den Verbraucher in seiner „rollenspezifischen Unterlegenheit“ schützen: Die Anwendbarkeit der §§ 305 ff. hängt bei Verbraucherverträgen nicht davon ab, ob der Unternehmer die Klausel einmal oder mehrfach verwenden will oder ob er sie selbst oder ein außenstehender Dritter – z.B. ein Notar – in den Vertrag eingefügt hat. Im Einzelnen:

(1) **Der Anwendungsbereich des § 310 III**

§ 310 III gilt für Verträge, die zwischen einer Person, die in Ausübung ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt (Unternehmer) und einer Person, die den Vertrag zu einem Zweck abschließt, der nicht einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann (Verbraucher). Ist die Zuordnung eines Vertrags zum gewerblichen/beruflichen Bereich zweifelhaft, entscheidet nicht der innere Wille des Handelnden, sondern die dem anderen Teil erkennbaren objektiven Umstände: Es ist dabei vom Inhalt des Vertrages sowie von den äußeren Umständen des Vertragsschlusses auszugehen.
Der Anwendungsbereich des § 310 III ist dabei nicht auf bestimmte Vertragstypen beschränkt, doch bleibt es dabei, dass die §§ 305 ff. gemäß § 310 IV in Fällen des Familienrechts, Erbrechts, Arbeitsrechts und Gesellschaftsrechts nicht anwendbar sind.

(2) **Der Inhalt des § 310 III**

§ 310 III Nr. 1: **Die Geschäftsbedingungen gelten grundsätzlich als vom Unternehmer gestellt, so dass sie stets der Inhaltskontrolle der §§ 305 ff. unterfallen**. Es handelt sich also bei einem Verbrauchervertrag nur dann gemäß § 305 I 3 um eine Individualvereinbarung, wenn der Unternehmer beweisen kann, dass entweder der Verbraucher objektiv und subjektiv in der Lage war, den Inhalt des Vertrages zu beeinflussen und zu verändern oder dass gerade der Verbraucher diese Vertragsbedingungen in den Vertrag eingeführt hat.
Beispiel: Gerade auf Wunsch des Käufers verwendet der Verkäufer eines Gebrauchtwagens ein ADAC-Formular für den Verkauf eines Gebrauchtwagens. Hier gelten die §§ 305 ff. nicht.

Auch wenn die Vertragsklausel von einem Dritten – z.B. von einem Notar – stammt, der nicht Vertragspartei ist, so wird die Klausel dem Unternehmer zugerechnet und daher gemäß § 310 III anhand der §§ 305 ff. inhaltlich kontrolliert.

§ 310 III Nr. 2: **Die Vorschriften der §§ 305 c II, 307 – 309 sind zum Schutze des Verbrauchers auch dann anwendbar, wenn die Vertragsbedingungen aus Sicht des Unternehmers nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind, der Verbraucher aber aufgrund der Vorformulierung auf deren Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte**. Auch wenn der Unternehmer die Klauseln nur einmal verwenden will, ändert dies nichts daran, dass insbesondere der rechtlich ungewandte Verbraucher die vorformulierten Klauseln entweder nicht versteht oder zumindest nicht in der Lage ist, sie zu ändern. Insofern ist lediglich die Bezeichnung „Allgemeine" Geschäftsbedingung irreführend, aber unschädlich: Die §§ 305 ff. gelten.

Auch die Regelung des § 310 III Nr. 2 gilt nicht, wenn eine ausgehandelte Individualabrede vorliegt (§ 305 I 3) oder wenn die vorformulierten Vertragsbedingungen gerade vom Verbraucher stammen (§ 310 III Nr. 1 analog).

d) **Vom Verwender *gestellt***

Fall: Der vom Vermieter Gluffke verwendete Formularmietvertrag enthält die Passage, der Mieter möge ihm nicht zusagende Klauseln durchstreichen. Kann dieser Vertrag durch die §§ 305 ff. inhaltlich kontrolliert werden oder handelt es sich um eine *Individualvereinbarung*, die sich nur an den §§ 138, 242 BGB messen lässt?

Die Vertragsbedingungen werden nur dann *gestellt*, wenn sie vom Verwender der Gegenseite *einseitig auferlegt* werden, was durch § 310 III Nr. 1 bei Verbraucherverträgen widerlegbar vermutet wird (s.o.). Sie werden nicht *gestellt*, wenn die Vertragsbedingungen zwischen den Partnern *frei ausgehandelt* wurden, da in dieser Situation der andere nicht durch die §§ 305 ff. geschützt werden muss, wenn er wirtschaftlich stark und rechtskundig genug ist, darüber zu verhandeln.

Dabei setzt der Begriff „aushandeln" mehr als „verhandeln" voraus: „Der Verwender muss die in seinen AGB enthaltenen Bestimmungen ernsthaft zur Disposition stellen und dem Verhandlungspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen mit der zumindest realen Möglichkeit einräumen, die Vertragsbedingungen inhaltlich zu beeinflussen" (BGH NJW 2016, 1230; BGH NJW –RR- 2014, 937; dazu v. Westphalen, NJW 2015, 2223)). **Von einem Aushandeln kann aber keine Rede sein, wenn der Verwender nur zu erkennen gibt, er sei bereit, über einzelne Bedingungen des Vertrags zu verhandeln**. Auch die Aufforderung innerhalb des Vertragstextes, missbilligte Klauseln zu streichen, ändert nichts daran, dass diese Klauseln vom Verwender einseitig gestellt werden (BGH NJW 2016, 1230; BGH NJW –RR- 2014, 1133, 1134). Etwas anderes gilt nur, wenn sich der Kunde nach umfassender Erörterung mit der betreffenden Klausel ausdrücklich einverstanden erklärt hat; dann handelt es sich um eine Individualvereinbarung (v. Westphalen, NJW 2015, 2223).

AL-Klausurtipp: Ist der Verwender ernsthaft bereit gewesen, über bestimmte Klauseln innerhalb der AGB zu verhandeln, so werden nur *diese* Klauseln zu Individualvereinbarungen, die sich der Kontrolle der §§ 305 ff. entziehen. Alle anderen Klauseln, die nicht zur Disposition gestellt wurden, bleiben AGB, so dass für sie auch die §§ 305 ff. gelten! Der Verwender hat also nicht die Möglichkeit, eine unbedeutende Klausel zur Disposition zu stellen und somit die §§ 305 ff. auszuschalten! Ferner trägt der Verwender die Beweislast dafür, dass es sich Individualvereinbarungen handelt, die zwischen den Vertragsparteien frei ausgehandelt worden sind (v. Westphalen, NJW 2015, 2223; 2224; BGHZ 83, 56, 58).
Der allgemeine Hinweis innerhalb des Vertrags, dass alle Klauseln zur Disposition standen, genügt nicht. **Der Verwender muss – auch im unternehmerischen Verkehr – beweisen, dass ein *tatsächliches* Aushandeln stattgefunden hat** (BGH NJW 2014, 1725, 1727).

Die Vertragsbedingungen werden nicht einseitig gestellt, wenn am Vertragsschluss ein neutraler Dritter (z.B. Notar) beteiligt ist, der den Vertragsinhalt beeinflusst. Auch wenn der Notar den Vertragsinhalt aus vorgefertigten Textbausteinen zusammenstellt oder ein selbstentworfenes oder aus einem Formularhandbuch entnommenes Vertragsmuster verwendet, ist der Vertragsinhalt zwar vorher festgelegt, aber nicht einseitig vom *Verwender* gestellt.
Etwas anderes gilt in Fällen, in denen der eine Vertragspartner dem Notar das Vertragsformular zur Verfügung stellt (BGH NJW 1988, 558, 559) oder der Notar ständig und routinemäßig für einen der beiden Vertragspartner tätig wird, so dass es sich um dessen „Hausnotar" handelt; dann sind auch die Bedingungen *gestellt*, die der Notar entworfen hat.

2) **§ 305 II: Einbeziehung in den Vertrag**

a) Die AGB werden gemäß § 305 II nur unter 3 Voraussetzungen Bestandteil des Vertrags:

aa) **Der Verwender weist bei Vertragsabschluss die eine Partei ausdrücklich auf die Geltung der AGB hin**.

Fall: Der Student Wilhelm Brause hat bei Computerhändler Gluffke ein Notebook gekauft, das Gluffke nicht vorrätig hatte, sondern bestellen musste. Als Wilhelm das Gerät per Post erhält, sind diesem Gerät erstmals AGB beigefügt, die sich auf der Rückseite des Lieferscheines befinden. Sind diese Klauseln Vertragsbestandteil geworden?

(1) **Der Hinweis auf die Geltung von AGB muss in einem Vertragsformular so enthalten sein, dass der Adressat auch bei durchschnittlicher Aufmerksamkeit die Geltung erkennen kann**. Auf der Rückseite des Vertragsformulars abgedruckte Klauseln werden nur dann Vertragsbestandteil, wenn auf der Vorderseite deutlich darauf hingewiesen wird.

(2) Der Hinweis auf die Geltung der AGB muss aber selbstverständlich *vor* Vertragsschluss erfolgen. Hinweise auf AGB in Lieferscheinen oder auf Rechnungen genügen nicht, da bei deren Eintreffen der Vertrag schon (zu den gesetzlichen Bedingungen) geschlossen ist.

(3) Auch die Branchenüblichkeit von AGB bei derartigen Geschäften oder die frühere Verwendung von AGB erspart es dem Verwender – zumindest gegenüber Privatleuten – nicht, jeweils erneut auf seine AGB hinzuweisen, wenn nicht durch die frühere Verwendung von AGB ein Rahmenvertrag i.S.d. § 305 III geschlossen wurde (BGH NJW -RR- 1991, 570).

(4) Ist ein ausdrücklicher Hinweis auf die Geltung von AGB wegen der Art des Vertragsschlusses nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich, so genügt es, dass der Verwender die AGB am Ort des Vertragsschlusses deutlich sichtbar aushängt.

Beispiel: Benutzung von Parkhäusern oder von Schließfächern.

(5) Kommt der Vertrag am Telefon zustande, so genügt es für die Einbeziehung von AGB, dass der Verwender am Telefon auf die Geltung seiner AGB deutlich hinweist und der andere schweigt, also darauf verzichtet, dass man ihm die AGB vorliest (v. Westphalen, NJW 2002, 16).

(6) Die Vertragsparteien können auch gemäß § 305 III durch einen Rahmenvertrag für einen bestimmten Kreis von Rechtsgeschäften die Geltung von AGB im Voraus vereinbaren.

Beispiel: Bei der Kontoeröffnung weist die Bank darauf hin, dass bei jedem Geschäftsvorgang die AGB gelten sollen, die die Bank dem Kunden bei der Kontoeröffnung aushändigt. Die AGB gelten aber nur, solange sie inhaltlich unverändert bleiben. Werden sie geändert, so werden die geänderten AGB nur dann Vertragsbestandteil, wenn sie dem Kunden mitgeteilt werden und dieser mit ihrer Geltung einverstanden ist.

In AGB für Dauerschuldverhältnisse ist die Einbeziehung für Neufassungen i.d.R. durch eine dem § 308 Nr. 5 entsprechende Klausel geregelt: Der Verwender gibt dem Kunden die Neufassung bekannt und weist ihn auf sein Widerspruchsrecht hin. Wenn der Kunde nicht in einer angemessenen Frist – regelmäßig ein Monat – widerspricht, so werden die neuen Bestimmungen Vertragsinhalt. Macht der Kunde von seinem Widerspruchsrecht Gebrauch, so gibt dies dem Verwender – z.B. einer Bank – noch nicht das Recht, den Vertrag aus wichtigem Grund zu kündigen (OLG Köln NJW 1996, 1065; LG Hamburg ZIP 1995, 1583). Auch eine ordentliche Kündigung kann im Einzelfall rechtsmissbräuchlich sein.

bb) **Der Vertragspartner hatte die Möglichkeit, von den AGB Kenntnis zu nehmen**.

Fall: Wilhelm betreibt eine SB-Tankstelle, zu der u.a. eine Autowaschanlage gehört. Für die Benutzung der Waschanlage hat er auf 5 DIN A4-Seiten AGB konzipiert, die er jedoch vorsorglich in der Kundentoilette aufhängt, um die Benutzer der Waschanlage nicht unnötig zu verunsichern.

(1) **Die AGB müssen bereits bei Vertragsschluss in schriftlicher Form vorliegen und dem Kunden ausgehändigt werden. Zum anderen müssen sie so verständlich sein, dass ein durchschnittlicher Benutzer sie verstehen kann**.

(2) Ist es dem Verwender ausnahmsweise gestattet, die AGB auszuhängen, anstatt sie dem Kunden auszuhändigen, so müssen die AGB frei zugänglich und deutlich sichtbar aushängen.

(3) Ferner müssen die AGB ein Mindestmaß an Übersichtlichkeit aufweisen und im Verhältnis zur Bedeutung des Geschäfts auch vom Umfang her vertretbar sein. Auch das Maß an Verständlichkeit hängt von der Bedeutung des Rechtsgeschäfts ab: Die AGB einer Autowaschanlage müssen kürzer und verständlicher sein als AGB beim Kauf einer Wohnzimmereinrichtung. Die AGB sind daher zum einen wegen des Umfangs, zum anderen wegen der Platzierung nicht Vertragsbestandteil geworden.

cc) **Einverständnis des Vertragspartners**

Fall: Autofahrer A hatte in einer Tiefgarage geparkt, wobei der Betreiber bereits am Eingang ausdrücklich darauf hingewiesen hatte, dass er für Beschädigungen der Fahrzeuge keine Verantwortung übernehme. A will den Haftungsausschluss nicht gegen sich gelten lassen, weil er mit diesen AGB ohnehin nicht einverstanden gewesen sei.

Der Kunde muss mit der Geltung der AGB einverstanden sein, wobei er sein Einverständnis ausdrücklich oder konkludent, schriftlich oder mündlich (Ausnahme: § 492 I) erklären kann. Dabei liegt das Einverständnis bereits in der Annahme des Angebots. Ging das Angebot vom Kunden aus und nimmt der Verwender das Angebot des Kunden unter Hinzufügung seiner AGB an, so ist dies keine *Annahme*, sondern gemäß § 150 II ein neues *Angebot*. Nimmt der Kunde dieses neue Angebot nicht an, so kommt der Vertrag nicht zustande.

b) **Einbeziehung der AGB in besonderen Fällen gemäß § 305 a**

Gemäß § 305 a werden AGB nach den Regeln über den Vertragsschluss in den dort genanten besonderen Fällen (z.B. Personenbeförderung, Briefbeförderung, Telekommunikationsdienstleistungen) gemäß den §§ 145 ff. – also durch Angebot und Annahme – auch dann Vertragsbestandteil, wenn der Verwender bei Vertragsschluss weder gesondert auf seine AGB hinweist noch der andere sich in zumutbarer Weise Kenntnis verschaffen kann, wenn der Verwender seine AGB zum Bestandteil seines Angebots macht, das der andere vorbehaltlos annimmt. Der Verwender muss dabei die Zustimmung seines Vertragspartners zur Geltung der verwendeten AGB beweisen. Die Zustimmung kann zwar auch konkludent erfolgen, doch ist Schweigen allein keine Zustimmung: Eine konkludente Zustimmung liegt aber darin, dass der andere den Vertrag in Kenntnis der AGB ausführt.

c) **Die Einbeziehung der AGB bei Verwendung gegenüber Kaufleuten/selbständigen Freiberuflern**

Fall: Rechtsanwalt Gluffke hatte bei der B-Bank ein Geschäftskonto eröffnet. Er möchte die AGB der Bank nicht gegen sich gelten lassen, weil man sie ihm bei der Kontoeröffnung nicht ausgehändigt hat. Die Bank verteidigt sich mit dem Hinweis, die AGB hätten in der Schalterhalle ausgehangen.

Werden die AGB gegenüber einem Unternehmer i.S.d. § 14 verwendet, für den das Geschäft zu seiner gewerblichen/freiberuflichen Tätigkeit zählt, so gilt § 305 I gemäß § 310 I nicht. Dennoch werden die AGB Vertragsbestandteil, wenn sie Teil des dem Kaufmann/Freiberufler unterbreiteten Angebots sind und dieser das Angebot vorbehaltlos annimmt (v. Westphalen, NJW 2015, 2223, 2224 mwN). **Die Nichtgeltung des § 305 I bedeutet lediglich, dass die AGB gemäß den §§ 145 ff. BGB und daher auch dann Vertragsbestandteil werden, wenn der Verwender nicht ausdrücklich oder erst nach Vertragsschluss auf seine AGB hingewiesen hat, solange der Unternehmer wusste oder hätte wissen müssen, dass der andere AGB verwenden würde**. Ob der Unternehmer den Inhalt der AGB kannte, ist unerheblich; es genügt, dass es ihm möglich gewesen wäre, sich eine Kenntnis in zumutbarer Weise zu verschaffen, z.B. weil sie offen aushingen. Der BGH (NJW 1988, 1210, 1212) lässt es sogar genügen, dass der Verwender bei Erklärungen unter Abwesenden auf seine AGB hinweist, ohne sie dem Schreiben beizufügen, wenn er sie dem Vertragspartner auf dessen Wunsch hin zuschickt. Wusste der Unternehmer nicht, dass der andere AGB verwendete, so musste er mit deren Einbeziehung aber nur in den Fällen rechnen, in denen dies branchenüblich ist (z.B. AGB der Banken; ADSp = Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen); jetzt aber BGH BNJ 2014, 1296, 1297, der auch in diesen Fällen einen ausdrücklichen Hinweis verlangt.

Sind die AGB nicht branchenüblich, so werden sie nur Bestandteil der Vereinbarung, wenn der Verwender sie im Rahmen einer laufenden Geschäftsbeziehung ständig verwendet und unmissverständlich zu erkennen gegeben hatte, dass er einen Vertrag ohne Einbeziehung der AGB nicht schließen werde. Selbst bei ausdrücklichem Hinweis auf die Geltung von AGB gelten diese aber nur bzgl. des einen Vertrags, nicht auch für Folgeverträge (v. Westphalen, NJW 2015, 2223, 2224 mwN).Eine einmalige Einbeziehung enügt nur, wenn beiden Parteien von vornherein klar war, dass es sich um eine laufende Geschäftsbeziehung handeln sollte (v. Westphalen a.a.O.).

Problem: Beide Vertragspartner verwenden einander inhaltlich widersprechende AGB

Macht der Kaufmann V dem Kaufmann K zu seinen eigenen AGB ein Angebot, das der K unter Beifügung eigener AGB annehmen möchte, so handelt es sich um eine **modifizierte Auftragsbestätigung** des K, die gemäß § 150 II behandelt wird: K lehnt das Angebot zu den Konditionen des V ab, unterbreitet aber dem V zu eigenen Bedingungen ein neues Angebot. Auch wenn V auf die Erklärung des K hin schweigt, kommt der Vertrag weder mit dem einen noch mit dem anderen Inhalt zustande.

Problematisch wird die Situation jedoch, wenn beide Verhandlungspartner in Kenntnis der einander widersprechenden AGB den Vertrag ausgeführt haben. Bei dieser Frage steht die Rspr. (BGHZ 61, 282; NJW 1985, 1839) heute auf dem Standpunkt, dass auch die Geltung des § 150 II unter dem Gebot von Treu und Glauben steht. Durch den beiderseitigen Leistungsaustausch haben die Parteien übereinstimmend erklärt, dass sie den Streit über die sich widersprechenden AGB nicht so hoch hängen wollen, als dass an diesem Streit der Vertrag scheitern soll (Bamberger/Roth § 305 Rz. 82). **Hier kommt der Vertrag mit dem Inhalt zustande, über den sich die Parteien geeinigt haben**; stimmen AGB überein, werden sie Vertragsbestandteil (= **Prinzip der Kongruenzgeltung**). Dort, wo sich die AGB widersprechen, gilt gemäß § 306 II dispositives Gesetzesrecht.

Haben die Parteien den Widerspruch ihrer AGB nicht bemerkt, die Leistungen aber bereits ausgetauscht, so gilt der Vertrag ebenfalls als wirksam, was man auch dem Rechtsgedanken des § 155 entnehmen kann, dass bei einem versteckten Dissens der Vertrag wirksam ist.

3) **§ 305 b: Individuelle Vereinbarungen haben Vorrang vor AGB**.

Fall: Die AGB des Malermeisters Brause enthalten u.a. 2 Klauseln: Zum einen soll die Haftung für leichte Fahrlässigkeit bei Sachschäden ausgeschlossen werden; zum anderen bedürfen Änderungen des Vertrags der Schriftform. Auftraggeberin Mü vereinbart mit Wilhelm mündlich, dass Wilhelm auch bei Sachschäden für jede Fahrlässigkeit haften muss. Nachdem Wilhelm leicht fahrlässig einen Farbeimer auf einen wertvollen Aubusson-Teppich der Mü gekippt hat, beruft er sich auf seine AGB.

a) Haben die Parteien *vor*, *während* oder *nach* Vertragsschluss eine von den AGB abweichende Vereinbarung getroffen, so zeigen sie dadurch, dass sie an der allgemeinen Regelung der AGB in diesem Fall nicht festhalten wollen, weil die individuelle Vereinbarung diesen Punkt in dieser Situation besser regelt. **Die Geltung und der damit notwendigerweise verbundene Vorrang der Individualabrede entspricht also dem Parteiwillen**. Dies gilt auch dann, wenn die Parteien bei der Vereinbarung der Individualabrede gar nicht gemerkt haben, dass diese zu einer Klausel der AGB in Widerspruch stand.

b) **Die Individualabrede hat auch dann den Vorrang vor den AGB, wenn sie mündlich erfolgt ist, obwohl die AGB für Änderungen des Vertrags eine Schriftform vorsehen** (BGH NJW 1986, 3132). Durch die mündliche Vereinbarung haben die Parteien das Schriftformerfordernis konkludent abbedungen (dazu Langels, BGB AT 1 § 15 V).

c) **Der Kunde trägt aber die Beweislast für die mündlich getroffene abweichende Parteivereinbarung**, da auch der Vertrag, der AGB enthält, die Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit für sich hat.

4) **§ 305 c I: Überraschende Klauseln werden nicht Vertragsbestandteil**.

Fall: Rechtsanwalt Gluffke kauft bei der Mercedes-Niederlassung Wilhelm Brause eine Limousine. In Wilhelms AGB ist eine Verpflichtung des Käufers vorgesehen, den Wagen für die ersten 5 Jahre ab dem Kauf in Wilhelms Werkstatt scheckheftpflegen zu lassen.

a) **Bestimmungen in AGB, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders damit nicht zu rechnen brauchte, werden nicht Vertragsbestandteil** (BGH NJW –RR- 2014, 937, 938; NJW 2013, 1803, 1804). Dies gilt auch für die systematische Stellung der Klausel, so dass auch die Bestimmung nicht wirksam vereinbart ist, die innerhalb der AGB an einer Stelle „versteckt“ wurde, wo der Kunde mit dieser Klausel nicht rechnen musste.
Für die Anwendung des § 305 c genügt es nicht, dass die Klausel ungewöhnlich oder inhaltlich unangemessen ist; sie muss den Vertragspartner überrumpeln (BGHZ 84, 113; NJW 1990, 577). Eine Klausel kann auch dann überraschend sein, wenn der Kunde sie zwar zuvor gelesen, aber nicht verstanden hat. Dabei stellt man nicht auf die Erkenntnismöglichkeiten des individuellen Adressaten, sondern auf den typischen Durchschnittskunden ab (v. Westphalen, NJW 2015, 2223; 2012, 2247).
Beispiele: Klausel in einem Kaufvertrag, der zugleich zum Abschluss eines Wartungsvertrags oder zum Bezug weiterer Ware verpflichtet (vgl. Ausgangsfall); Klausel, wonach das höchste zulässige Honorar ohne Berücksichtigung der Schwierigkeit der Tätigkeit verlangt werden darf; Klausel, nach der der Leasingnehmer nach Ablauf der Leasingdauer eine den Restwert erheblich übersteigende Zahlung zu leisten hat.
Auch die formularmäßige Verbürgung für sämtliche Verbindlichkeiten des Hauptschuldners aus einer bankmäßigen Geschäftsbeziehung ist eine unzulässige überraschende Klausel i.S.d. § 305 c, wenn der Bürge seine Verpflichtung aus einem bestimmten Anlass übernommen hat (BGH NJW 1995, 2553, 2555; BB 1996, 1081). Etwas anderes gilt nur, wenn sich der Bürge bewusst für alle künftigen Verbindlichkeiten des Hauptschuldners verbürgt hat oder wenn sich der Geschäftsführer einer Gesellschaft für die Gesellschaftsverbindlichkeiten verbürgt, weil er es in der Hand hat, welche Gesellschaftsverbindlichkeiten in Zukunft entstehen (BGH a.a.O.).

Auch die Klausel, dass ein durch Schuldbeitritt mithaftender Ehegatte auch für Kontoüberziehungen oder Kreditüberschreitung mithaften soll, ist nach § 305 c unzulässig (BGH NJW 1996, 249).

Exkurs: Eine überraschende Klausel i.S.d. § 305 c wird meist auch inhaltlich unzulässig sein, so dass die Grenzen zwischen § 305 c und den §§ 307 – 309 fließend sind. Dennoch ist der Unterschied im Hinblick auf die Möglichkeit der Verbandsklage nach dem Unterlassungsklagengesetz von Bedeutung: Eine derartige Klage von Interessenverbänden ist nur möglich, wenn die Klausel des Verwenders gemäß den §§ 307 – 309 inhaltlich unzulässig ist.

b) Eine Klausel ist aber auch dann überraschend iSd § 305 c, wenn sie systematisch überrascht, weil man mit einer derartigen Klausel zumindest an dieser Stelle nicht rechnen musste. So ist zB ein Gewährleistungsausschluss überraschend, wenn er unter der Überschrift „Zurückbehaltungsrecht und Aufrechnungsverbot“ steht (BGH NJW 2010, 3152).

5) **§ 305 c II: Unklarheiten und Zweifel bei der Auslegung der AGB gehen zu Lasten des Verwenders**

Klauseln in AGB werden gemäß den §§ 133, 157 BGB ausgelegt. Da AGB für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind, entscheidet bei der Auslegung weder der Wille des Verwenders noch, wie der Vertragspartner persönlich diese Klausel verstanden hat; entscheidend ist, wie sie ein objektiver, rechtlich nicht vorgebildeter Durchschnittskunde aus dem Verkehrskreis der normalerweise an diesen Verträgen beteiligten Personen verstanden hätte (BGH NJW 2012, 54). Lässt sich bei einer derartigen Auslegung der Erklärung kein eindeutiger Sinn beilegen, weil zumindest 2 Ergebnisse denkbar sind, so gilt zu Lasten des Verwenders die Regel, die den anderen begünstigt. Der Verwender hatte die Möglichkeit, sich bei der Formulierung der AGB unmissverständlich auszudrücken und trägt daher das Risiko einer Unklarheit.

In diesen Zusammenhang, dass in Zweifelsfällen die für den Kunden günstigere Lösung gilt, gehört auch das von der Rspr. bei der Auslegung einer Klausel geltende **Restriktionsprinzip**: Möchte der Verwender zu Lasten des anderen von dispositivem Gesetzesrecht abweichen, so ist diese Klausel im Zweifel eng auszulegen.
Beispiel: So hatte der BGH in seiner berühmten Schwimmschalter-Entscheidung (BGHZ 67, 359) eine Haftungsfreizeichnung des Unternehmers nur auf den *vertraglichen* Bereich beschränkt, mit der Folge, dass der Besteller den Unternehmer aus konkurrierenden *deliktischen* Ansprüchen in Anspruch nehmen konnte (dazu Langels, Schuldrecht BT 4 § 35 I 4 f).

Im Rahmen einer Verbandsklage gilt das umgekehrte Prinzip: Hier wird eine missverständliche Klausel mit dem möglichst *kundenfeindlichen* Inhalt ausgelegt, damit die verbleibende Unsicherheit über den Inhalt der Klausel im Zweifel zur Nichtigkeit führt. **Dies gilt auch außerhalb der Verbandsklage, wenn die kundenfeindlichste Auslegung zur Unwirksamkeit der Klausel führt und damit für den Kunden im Ergebnis am günstigsten ist** (BGH NJW 2011, 139).

AL-Klausurtipp: Damit sich die unter II. zu erörternde Frage einer Inhaltskontrolle gemäß den §§ 307 – 309 stellt, müssen Sie an dieser Stelle unter dem Prüfungspunkt I. zu folgendem Zwischenergebnis gelangt sein: Es handelt sich um eine allgemeine Geschäftsbedingung, so dass die §§ 305 ff. anwendbar sind. Diese Klausel ist gemäß § 305 II (bzw. gegenüber einem Unternehmer gemäß den §§ 145 ff. BGB) wirksam in den Vertrag miteinbezogen worden. Sie ist keine überraschende Klausel i.S.d. § 305 c; ferner ist die Klausel nicht durch eine vorrangige Individualvereinbarung gemäß § 305 b abbedungen worden.

II. Ist die Klausel inhaltlich zulässig?

Vorbemerkung

Die §§ 307 – 309 kontrollieren die jeweilige Klausel auf ihre Vereinbarkeit mit geltendem Recht hin. Durch diese inhaltliche Kontrolle soll verhindert werden, dass ein Kunde, der die AGB entweder in der Kürze der Zeit nicht gelesen oder nicht in ihrer rechtlichen Tragweite verstanden hat, durch diese Klauseln unangemessen benachteiligt wird. Dabei steht der Kunde bei der Verwendung von AGB oftmals besser als bei individuell ausgehandelten Bestimmungen, die vom Richter nur an den Maßstäben der §§ 138, 242 BGB kontrolliert werden können.
Die Inhaltskontrolle der §§ 307 – 309 setzt voraus, dass die AGB Vertragsbestandteil geworden ist, so dass die o.g. Prüfungsreihenfolge strikt einzuhalten ist. Der Richter kann aber in der Praxis die mit den §§ 305 – 305 c verbundenen Fragen dahinstehen lassen und die Klausel gemäß den §§ 307 – 309 für unwirksam erklären, so dass sich die Frage der wirksamen Einbeziehung ohnehin nicht stellt.

Die §§ 307 – 309 sind wie folgt strukturiert:

- **§ 309** enthält eine kasuistische Aufzählung von **Klauseln**, die **ohne Wertungsmöglichkeit**, also ohne weitere rechtliche Überlegung, **nichtig** sind, weil sie im Widerspruch zu grundlegenden rechtlichen Wertungen stehen.

- **§ 308** enthält **Klauseln mit Wertungsmöglichkeit**, so dass sich die inhaltliche Zulässigkeit oder Unzulässigkeit erst unter Berücksichtigung des Einzelfalls ermitteln lässt.

- Da aber eine kasuistische Aufzählung von inhaltlich unzulässigen Klauseln angesichts des Erfindungsreichtums der Verwender notgedrungen unvollständig sein muss, hat das Gesetz in **§ 307** eine **Generalklausel** als „Auffangtatbestand“ vorgesehen. Danach sind die Klauseln unwirksam, die den Vertragspartner entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Da die §§ 308, 309 bei der Verwendung von AGB gemäß § 310 I gegenüber einem Unternehmer keine Anwendung finden, reduziert sich gegenüber Unternehmern die inhaltliche Kontrolle auf den Verstoß der Klausel gegen Treu und Glauben gemäß § 307.

> **AL-Klausurtipp**: Bevor Sie sich in der Klausur aber mit der inhaltlichen Zulässigkeit der einzelnen Klausel auseinandersetzen, müssen Sie gemäß § 307 III überprüfen, ob diese Klausel überhaupt einer gesetzlichen Inhaltskontrolle unterliegt. **Gemäß § 307 III können nur die Klauseln über die §§ 307 – 309 inhaltlich kontrolliert werden, die von Rechtsvorschriften abweichen oder die ergänzende Regeln vorsehen**. Leistungsbeschreibungen, die den Vertragsgegenstand festlegen, sind ebenso wie die Vereinbarung der Gegenleistung einer gesetzlichen Kontrolle entzogen (BGH NJW 2009, 2051; v. Westphalen, NJW 2012, 2244).
>
> **Beispiele**: Der Richter kann auf diesem Weg Kataloge, DIN-Normen, Zuteilungsbedingungen von Bausparkassen oder den vertraglich vereinbarten Umfang der Bürgenhaftung ebenso wenig überprüfen wie die Angemessenheit des Preises, da darüber das Gesetz keine Aussage trifft (und aus verfassungsrechtlichen Gründen wohl auch nicht treffen kann: Was kostet ein Autoradio nach dem Willen des Gesetzgebers?). Auf der anderen Seite sind Preisnebenabreden der Inhaltskontrolle der §§ 307 – 309 unterworfen (v. Westphalen, NJW 2012, 2244).

Preisnebenabreden wie Vereinbarungen über Zahlungsbedingungen, Fälligkeit, Zinsen und Preiszuschläge lassen sich durch die §§ 307 – 309 überprüfen, wenn sie sich von der Vereinbarung des Preises trennen lassen (BGH NJW 2014, 2708, 2711).
Beispiel: Eine Bank darf für ein Pfändungsschutzkonto keine höhere Gebühr als für ein normales Girokonto verlangen (OLG Frankfurt, NJW 2012, 2121). Zur Auslagenersatzklausel für Sparkassenleistungen im mutmaßlichen Kundeninteresse (Ferngespräche, Postgebühren etc.) BGH NJW 2012, 2337.

Wird jedoch das eigentliche Hauptleistungsversprechen durch AGB eingeschränkt oder ausgehöhlt, so kann eine Kontrolle über § 307 erfolgen (BGHZ 100, 173); gleiches gilt für Klauseln, die der rechtlichen Natur des Vertrags widersprechen.
Beispiel: Eine Wach- und Schließgesellschaft schließt jegliche Haftung für Schäden aus, die von eigener oder dritter Seite während der Dauer der Bewachung entstehen.

1) **§ 309: Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit**

§ 309 konkretisiert die in § 307 getroffenen Wertungen und benennt Klauseln, die ohne Berücksichtigung des Einzelfalls unwirksam sind, weil sie gegen wesentliche Grundgedanken des Zivilrechts verstoßen oder die Kardinalpflichten des Vertrags aushöhlen.

a) **§ 309 Nr. 1**: Eine Bestimmung, die eine **Preiserhöhung für Waren oder Dienste** vorsieht, die innerhalb von 4 Monaten nach Vertragsschluss geliefert oder erbracht werden sollen, ist unwirksam. Die Frist beginnt am Tag des Vertragsschlusses, wobei § 309 Nr. 1 auch dann gilt, wenn der Leistungszeitpunkt kalendermäßig nicht bestimmt und daher die Leistung gemäß § 271 I BGB sofort fällig ist. Das Preiserhöhungsverbot durch AGB umfasst auch Preiserhöhungen, die auf einer Kosten- oder Lohnerhöhung auf Seiten des Verwenders beruhen. Auch eine Mehrwertsteuererhöhung berechtigt nicht zur Änderung.

b) **§ 309 Nr. 2**: Der **Ausschluss oder die Einschränkung des Leistungsverweigerungsrechts** gemäß § 320 BGB ist unwirksam. Dies gilt auch für das Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB, soweit es auf demselben Vertragsverhältnis beruht. Das Gesetz sieht also die Leistungsverweigerungsrechte der §§ 273, 320 BGB als unverzichtbar an. Eine Ausnahme gilt nur in Fällen, in denen der Kunde zur Vorleistung verpflichtet ist. Wird eine derartige Vorleistungspflicht durch AGB begründet, muss sie sich am Maßstab des § 307 messen lassen: Eine Verpflichtung zur Vorleistung ist nur zulässig, wenn dafür ein sachlicher Grund besteht und schutzwürdige Interessen des Kunden nicht entgegenstehen.
Beispiele: Eintrittskarten; Nachnahmesendungen; Ehemaklervertrag (BGHZ 87, 318).

c) **§ 309 Nr. 3**: Der formularmäßige **Ausschluss der Aufrechnung** mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung ist unzulässig. Diese Unzulässigkeit des Aufrechnungsverbots gilt über § 307 II Nr. 1 auch gegenüber Unternehmern (BGH NJW 2011, 1729).
Auch ein mittelbares Aufrechnungsverbot ist unzulässig, so z.B., wenn sich der Verwender der AGB eine Lieferung per Nachnahme vorbehält (BGH ZIP 1998, 1492).

d) **§ 309 Nr. 4**: Eine Bestimmung, nach der dem Verwender eine **Mahnung** i.S.d. § 286 BGB oder eine **Fristsetzung für die Leistung oder Nacherfüllung** i.S.d. §§ 281, 323 erspart bleiben soll, ist unzulässig. Ansonsten würde der andere ohne Mahnung in Verzug geraten und gemäß den §§ 280 I, III, 281 Schadensersatz statt der Leistung leisten müssen, ohne die Chance zu haben, den Vertrag noch zu erfüllen. Auf Mahnung oder Fristsetzung kann auch gegenüber Unternehmern nicht verzichtet werden.

e) **§ 309 Nr. 5**: Eine **Pauschalierung des geltend gemachten Schadens** ist auch bei Verwendung von AGB zulässig, aber: Die Pauschale darf nicht über dem regelmäßig zu erwartenden Schaden liegen. Ferner muss der Schädiger die Möglichkeit haben, einen entsprechenden Gegenbeweis zu führen. Auch diese Regelung gilt über § 307 gegenüber Unternehmern (BGHZ 67, 312).

f) **§ 309 Nr. 6**: Die Vereinbarung einer **Vertragsstrafe** für den Fall der Nichtabnahme oder der verspäteten Abnahme sowie für den Fall des Zahlungsverzugs ist durch AGB unzulässig, da in diesen Fällen der Kunde zahlen muss, ohne dass der Verwender der AGB seinen Schaden nachweisen muss. Die Interessen des Verwenders werden bei Annahmeverzug oder Schuldnerverzug ausreichend durch die §§ 304, 280 I, II, 286 bzw. durch die §§ 280 I, III, 281 BGB gewahrt.

g) **§ 309 Nr. 7 a**: Bei **Personenschäden** ist bereits ein **Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit unzulässig**. Dies gilt auch für das Verschulden von Erfüllungsgehilfen oder gesetzlichen Vertretern.

> **AL-Klausurtipp:** Die Haftung für Personenschäden oder grob fahrlässig verschuldete Sachschäden kann auch nicht dadurch ausgeschlossen werden,, dass der Verwender die gesetzlichen Verjährungsfristen verkürzt, z.B. durch eine Klausel, dass sämtliche (!) Gewährleistungsansprüche des Käufers nach Ablauf von 12 Monaten verjährt sein sollen. Diese unzulässige zeitliche Begrenzung hat zur Folge, dass die Klausel insgesamt unwirksam ist. Auch eine geltungserhaltende Reduktion mit dem Inhalt, dass nur die von den §§ 309 Nr. 7, a, b nicht erfassten Ansprüche schneller verjähren sollen, kommt nicht in Betracht (BGH NJW 2007, 764; 2011, 139).
> **Folge: Ein Gewährleistungsausschluss oder eine Verkürzung der Verjährungsfristen ist nur wirksam, wenn die jeweilige Klausel ausdrücklich die in § 309 Nr. 7 a, b genannten Ansprüche ausklammert (BGH NJW 2011, 139)!**

h) **§ 309 Nr. 7 b**: Ein **Haftungsausschluss** oder eine Haftungsbegrenzung für **Sachschäden**, die auf **grober Fahrlässigkeit des Verwenders** oder **grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz eines Erfüllungsgehilfen bzw. gesetzlichen Vertreters** beruhen, ist unzulässig. Dies gilt auch für Verschulden während der Vertragsverhandlungen, obwohl dort der Anspruch meist bereits entstanden ist, bevor der Vertrag geschlossen wurde und die AGB gelten können.
Betroffen sind alle Schadensersatzansprüche, die auf einer schuldhaft verursachten vertraglichen Leistungsstörung beruhen: Ausschluss der Leistungspflicht, Verzug, Mängelgewährleistung oder eine sonstige Pflichtverletzung i.S.d. § 280 I 1. Im Deliktsrecht gilt § 309 Nr. 7 b sinngemäß (BGHZ 100, 184).
§ 309 Nr. 7 b gilt bei entgeltlichen und unentgeltlichen Verträgen.
Das Freizeichnungsverbot gilt über die § 307 auch gegenüber Unternehmern (v. Westphalen, NJW 2012, 2247 m.w.N.).

> **AL-Klausurtipp: Sie dürfen aber aus der Regelung des § 309 Nr. 7 b nicht den Umkehrschluss ziehen, Haftungsausschlüsse im Hinblick auf leichte Fahrlässigkeit seien bei Sach- oder Vermögensschäden uneingeschränkt zulässig. Ein Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit ist gemäß § 307 unwirksam, wenn dieser Haftungsausschluss den Vertragspartner unangemessen benachteiligt**. Dies ist zum einen dort der Fall, wo es um die **Verletzung von Hauptleistungspflichten** geht, bei der die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist (ausführlich dazu Westphalen, NJW 2002, 22 ff.), zum anderen, wenn der Verwender aufgrund seiner besonderen Qualifikation eine **Vertrauensstellung** einnimmt (z.B. Rechtsanwalt, Wirtschaftsprüfer). **Ein Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit verstößt auch dann gegen § 307, wenn der Verwender der AGB sich gegen den Schadenseintritt versichern kann** und der Schadenseintritt auf Seiten des Vertragspartners typischerweise nicht durch eine Versicherung abgedeckt ist.

i) **§ 309 Nr. 8 a**: Bei einer vom Verwender der AGB zu vertretenden Pflichtverletzung, die nicht in einem Mangel der Kaufsache oder des herzustellenden Werks besteht (dann gilt § 309 Nr. 8 b), darf der Betroffene gemäß den §§ 323, 324 zurücktreten. Dieses Rücktrittsrecht darf weder ausgeschlossen noch eingeschränkt werden.

> **AL-Klausurtipp**: Achten Sie darauf, dass der Rücktritt der §§ 323, 324 nicht voraussetzt, dass der Schuldner die Pflichtverletzung zu vertreten hat. Daher stellt sich die Frage, ob der Verwender den Rücktritt des anderen zumindest dann ausschließen darf, wenn er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Diese Klausel verstößt zwar nicht gegen § 309 Nr. 8 a, aber gegen § 307 II Nr. 1, weil dann der Kunde ja angesichts der Pflichtverletzung gar nichts tun könnte: Schadensersatz gemäß § 280 I bekommt er mangels Verschulden nicht; zurücktreten könnte er aufgrund der Klausel auch nicht!

j) **§ 309 Nr. 8 b**: Die **Einschränkung der Gewährleistungsansprüche** durch AGB erfolgt in der Praxis besonders häufig und ist auch in Ihrer Klausur von besonderer Bedeutung. Gewährleistungsansprüche sollen das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung auch bei mangelhafter Ware sichern. Erfasst werden Kaufverträge, Werkverträge und Werklieferungsverträge, bei denen neu hergestellte Sachen geliefert werden.

§ 309 Nr. 8 gilt aber nicht für Gebrauchsüberlassungsverträge wie z.B. Miete, Pacht oder Leasing (BGHZ 81, 298; NJW 1985, 129). Hier darf der Leasinggeber seine eigene Gewährleistungspflicht aus den §§ 536 ff. dadurch abbedingen, dass er seine Gewährleistungsansprüche gegen den Hersteller an den Leasingnehmer abtritt. Der Leasingnehmer kann aber aus abgetretenem Recht gegenüber dem Hersteller zurücktreten und dadurch dem Leasingvertrag die Geschäftsgrundlage entziehen (BGHZ 81, 298; ausführlich zur Abtretungskonstruktion beim Leasing Langels, Schuldrecht BT 1 § 25 I).

aa) **§ 309 Nr. 8 b aa)**: Bei Verträgen über die Lieferung neu hergestellter Sachen oder Werkleistungen ist es unzulässig, durch AGB Gewährleistungsansprüche gegen den Verwender auszuschließen oder dadurch zu beschränken, dass Ansprüche gegen Dritte abgetreten werden. Dabei gilt das Freizeichnungsverbot auch, wenn nur einzelne Teile der Sache davon erfasst werden sollen oder wenn die Freizeichnung nur bestimmte Schäden umfassen soll.
Das Verbot des völligen Gewährleistungsausschlusses oder der Freizeichnung durch Abtretung von eigenen Ansprüchen gegen Dritte gilt auch bei der Verwendung von AGB gegenüber Unternehmern.

Nach der Rspr. (BGH NJW 2007, 764 m.w.N.) ist es aus Gründen des Verbraucherschutzes objektiv zu bestimmen, ob es sich um eine neue Sache handelt: Der Verkäufer kann also mit dem Käufer nicht AGB-mäßig vereinbaren, dass eine – objektiv neue – Sache als gebraucht zu gelten habe (dazu auch MünchKomm/Lorenz § 474 Rz. 15 m.w.N.).

bb) **§ 309 Nr. 8 b bb)**: Es ist zulässig, die Rechte des Kunden bei Lieferung einer mangelhaften Sache auf eine Nacherfüllung zu beschränken, sofern dem Kunden nicht ausdrücklich das Recht eingeräumt wird, bei Fehlschlag der Nacherfüllung zu mindern bzw. zurückzutreten.
Die Nachbesserung ist fehlgeschlagen, wenn die Nachbesserung entweder endgültig unmöglich geworden ist, fehlschlägt, verweigert wird oder sich unzumutbar lange hinzieht. Die Anzahl der dem Kunden zumutbaren Versuche der Nachbesserung hängen vom Einzelfall ab, z.B. ob der Kunde dringend auf die Benutzung der Sache angewiesen ist, sowie von der Gefährlichkeit eines Mangels: Wer bei der erstmaligen Benutzung eines Haartrockners infolge eines Defektes nahezu sämtliche Haare versengt hat, muss sich wohl kaum auf einen Nachbesserungsversuch einlassen; anders der, der für 3.000 Euro einen Computer gekauft hat, bei dem ein Laufwerk nicht funktioniert.

Dazu der BGH in NJW 1998, 677: „Entscheidend sind die Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung von Treu und Glauben. Danach wird bei technisch aufwendigen Geräten naturgemäß eine Anzahl von drei, ggf. sogar mehr Nachbesserungsversuchen dem Käufer eher zugemutet als bei einfachen Geräten, von denen im allgemeinen ein problemloser Einsatz erwartet werden kann. Andererseits muss gerade bei Kaufleuten berücksichtigt werden, dass der Ausfall einer gewerblich genutzten Sache erhebliche wirtschaftliche Nachteile für den Käufer mit sich bringt.
Alle diese Punkte müssen vom Verwender bei der sprachlichen Abfassung der Nachbesserungsklausel berücksichtigt werden. Geschieht dies nicht, sondern wird der Käufer pauschal auf einen 3-maligen Nachbesserungsversuch verwiesen, so ist diese pauschale Klausel – auch gegenüber Unternehmern – gemäß § 307 unwirksam."

Der Rechtsgedanke des § 309 Nr. 8 b gilt über § 307 auch als Prüfungsmaßstab gegenüber Unternehmern.

cc) **§ 309 Nr. 8 b cc) – ee)**: Der Verwender darf für die Nacherfüllung kein Geld verlangen (vgl. §§ 439 II, 635 II) und die Nacherfüllung auch nicht von der vollständigen Entgeltzahlung oder der rechtzeitigen Mängelanzeige innerhalb einer Frist abhängig machen, die kürzer als die in ff) genannte Frist von einem Jahr ist.

> **AL-Klausurtipp**: Hat der Verkäufer/Verwender die „Garantie" für eine bestimmte Eigenschaft der Kaufsache bzw. des Werks übernommen, so schuldet er verschuldensunabhängig Schadensersatz für alle Schäden, die sich aus dem Fehlen der garantierten Eigenschaft ergeben. Eine Vereinbarung, die diese Haftung ausschließen würde, ist gemäß den §§ 444, 639 unzulässig, egal, ob sie in Form von AGB oder einer individuellen Vereinbarung erfolgt.

k) **§ 309 Nr. 9** begrenzt die Laufzeit von Dauerschuldverhältnissen im Rahmen von Kauf-, Werk- oder Werklieferungsverträgen, die auf die regelmäßige Erbringung einer Dienstleistung gerichtet sind. Diese Norm gilt aber nicht für Gebrauchsüberlassungsverträge wie Miete, Pacht oder Leasing.

l) **§ 309 Nr. 10**: Unzulässig ist eine Klausel, die bei Kauf-, Werk- oder Werklieferungsverträgen den Eintritt eines anderen in den Vertrag anstelle des Verwenders ermöglicht, damit dem Kunden nicht ein Vertragspartner aufgezwungen wird, den er nicht kennt. Eine Ausnahme gilt aber, wenn der Dritte im Vertrag bereits namentlich bezeichnet wird oder dem Kunden für den Wechsel des Vertragspartners ausdrücklich das Recht eingeräumt wird, sich vom Vertrag zu lösen.

m) **§ 309 Nr. 12**: Diese Norm verbietet es dem Verwender, die durch Gesetz (z.B. §§ 280 I 2, 286 IV) oder Richterrecht (Produzentenhaftung, z.B. Hühnerpestfall, BGHZ 51, 91) geschaffene Beweislast umzukehren.

n) **§ 309 Nr. 13**: Durch AGB kann keine strengere Form als die Schriftform vertraglich vereinbart werden.

2) **§ 308: Klauseln mit Wertungsmöglichkeit**

Die Norm des § 308 enthält unbestimmte Rechtsbegriffe, so dass die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit einer der in § 308 genannten Klauseln von einer richterlichen Wertung im Einzelfall abhängig ist. Die Klausel ist unwirksam, wenn sie den Vertragspartner im Einzelfall unangemessen benachteiligt.

So ist z.B. eine Klausel unwirksam, durch die sich der Verwender unangemessen lange Fristen für die Annahme eines Angebots oder die Erbringung der geschuldeten Leistung vorbehält, sich das Recht vorbehält, ohne sachlich gerechtfertigten Grund vom Vertrag zurückzutreten oder die vertraglich versprochene Leistung zu ändern. Die in § 308 genannten Klauseln tragen in die Vertragsabwicklung eine Unsicherheit hinein, mit der der Vertragspartner nicht leben kann.

3) **Die Generalklausel des § 307**

Die Klauselkataloge der §§ 308, 309 können nicht jede unzulässige Klausel erfassen, die den Kunden des Verwenders unangemessen benachteiligt; die entstehenden Lücken sollen durch den Auffangtatbestand des § 307 geschlossen werden. Denken Sie in diesem Zusammenhang daran, dass bei der Verwendung von AGB gegenüber einem Unternehmer gemäß § 310 I eine Inhaltskontrolle nicht unmittelbar über die §§ 308, 309, sondern nur über die Generalklausel des §307 in Betracht kommt!

a) **§ 307 I 1**: **Klauseln, die den Vertragspartner des Verwenders entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligen, sind unwirksam**. Entscheidender Beurteilungszeitpunkt ist der des Vertragsschlusses. Eine nachträgliche Veränderung der Umstände kann zur Anwendung des § 242 BGB führen, aber nicht dazu, dass man eine zunächst wirksame Klausel gemäß § 307 I 1 für unwirksam erklärt.

Die Inhaltskontrolle des § 307 I erfolgt durch eine generalisierende Betrachtung, bei der die Interessenlagen des Verwenders und seines Vertragspartners verglichen werden. Auszugehen ist dabei von **Gegenstand**, **Zweck** und der **Eigenart des Vertrags** (BGH NJW -RR- 2011, 1618) sowie von der **Verkehrssitte**. Gemäß § 310 III Nr. 3 werden bei Verbraucherverträgen auch die individuellen Umstände bei Vertragsschluss berücksichtigt. Bei der Inhaltskontrolle nach § 307 I können folgende Kriterien eine Rolle spielen:

aa) Die durch die konkrete Klausel verursachte **Benachteiligung** kann **durch eine andere Vertragsbestimmung ausgeglichen** werden, die mit der Klausel in Zusammenhang steht.

bb) **Standesrichtlinien** gewährleisten ein rechtliches Minimum an Verbraucherschutz und dürfen durch AGB nicht unterlaufen werden.

cc) Die **Versicherbarkeit des Risikos** kann die Angemessenheit beeinflussen: Kann der Verwender das Risiko durch Abschluss einer Haftpflichtversicherung abdecken und besteht beim Kunden typischerweise kein Versicherungsschutz, so ist eine Haftungsfreizeichnung unangemessen. Dies gilt auch, wenn der Kunde gegen den Schadenseintritt keine Vorsorge treffen kann und daher das Risiko nur vom Verwender der AGB beherrscht werden kann (OLG Hamburg, DAR 1984, 260 für Kfz-Waschanlage).
Auch der BGH (NJW 2005, 424 m.w.N.) hält einen Haftungsausschluss beim Betrieb einer Autowaschanlage für leichte Fahrlässigkeit i.S.d. § 307 I für unzulässig. Dieser Ausschluss widerspricht dem berechtigten Vertrauen des Kunden darauf, dass sein Fahrzeug unbeschädigt aus der Waschanlage herauskommt und der damit verbundenen Erwartung, der Betreiber werde bei Verschulden Schadensersatz leisten. Diese Erwartung ist auch deshalb gerechtfertigt, weil der Betreiber das Risiko allein beherrscht. Er kann im Gegensatz zum geschädigten Kunden durch Wartung und sorgfältige Auswahl des Bedienungspersonals Schäden vermeiden; im Gegensatz dazu ist der Kunde dem Betreiber ausgeliefert. Der Betreiber haftet dabei nicht für die unmittelbar verursachten Schäden, sondern auch für Folgeschäden wie einen etwaigen Nutzungsausfall während der Dauer der erforderlichen Reparatur (BGH NJW 2005, 424 m.w.N.).

dd) Eine unangemessene Benachteiligung kann sich gemäß **§ 307 I 2** auch aus der **fehlenden Transparenz** der Klausel ergeben, wenn der Kunde durch die fehlende Transparenz benachteiligt werden kann (BGH NJW 2014, 2269; 2011, 1144). Andererseits kann gerade bei der Verwendung der Klausel gegenüber einem erfahrenen Kaufmann oder gegenüber einem Juristen die „rollenspezifische Unterlegenheit“ des Adressaten fehlen, so dass § 307 I 2 nicht gilt (BGH NJW 2014, 2269; 2272; 2012, 54).
Unverständlich sind Klauseln auch dann, wenn sie ohne nähere Erläuterung auf gesetzliche Regelungen verweisen, die ja dem Durchschnittskunden regelmäßig nicht bekannt sind (BGH NJW 2009, 3716; OLG Schleswig NJW 1995, 2858).
Beispiele:
1) „Die Haftung wird soweit ausgeschlossen, wie dies gesetzlich zulässig ist.“
2) „Eine Haftung für Schäden, die nach Grund und Höhe durch eine Versicherung abgedeckt sind, wird ausgeschlossen“ (BGH DB 1996, 878).
3) Ein noch schöneres Beispiel lag dem OLG Hamburg in NJW 1986, 1440 zur Entscheidung vor: „Die Haftungshöchstgrenzen und -beschränkungen nach den internationalen Abkommen von Den Haag, Warschau und Guadalajara für Luftfrachtführer gelten auch für Beförderungen, die diesen Abkommen nicht unterliegen...“

-Klausurtipp: Die fehlende Transparenz allein führt noch nicht zur Nichtigkeit der Klausel, wie sich bereits aus dem Wort „kann“ in § 307 I ergibt. Die Klausel ist daher nur dann unzulässig, wenn sie durch den nicht transparenten Inhalt die Rechtsposition des anderen verschlechtert (BGH NJW 2011, 1144; v. Westphalen, NJW 2012, 2246).
Auf der anderen Seite führt die Transparenz der Klausel noch nicht automatisch zu ihrer Wirksamkeit, so dass auch bei verständlichen Klauseln noch eine Inhaltskontrolle gemäß den §§ 307 – 309 erfolgen muss (v. Westphalen, NJW 2015, 2223, 2226).

Ob der Verwender auch dann gegen das Transparenzgebot des § 307 I 2 verstößt, wenn er den Adressaten nicht auf die wirtschaftlichen Folgen der Klausel hinweist, ist umstritten: Nach der Rspr. (BGH –RR- 2014, 937, 939) muss sich der Kunde selbst über die wirtschaftlichen Folgen des Vertragsschlusses informieren. Nach der Gegenansicht (v. Westphalen, NJW 2015, 2223, 2226) sollte der Verwender – zumindest bei rechtlich komplexen Folgen – auch auf die wirtschaftlichen Konsequenzen hinweisen müssen (Bsp. v. Westphalen: Hinweis auf die rechtlichen Folgen eines Nachrangdarlehens).

ee) Der **geringe Preis** ist kein Grund für eine Benachteiligung durch AGB, da der Preis ohnehin gesetzlich nicht überprüft werden kann und der Preisvorteil des Kunden in der Regel in keinem Verhältnis zu den drohenden Nachteilen steht.

Beispiele für eine treuwidrige, gegen § 307 I verstoßende Klausel:
Entgeltpflicht eines Mobilfunkkunden füpr den Erhalt einer Papierrechnung (BGH NJW 2015, 328): Kündigungsausschluss bei Partnerschaftsverträgen (BGHZ 106, 341); Abbedingung des § 377 HGB (BGH WM 1991, 1636); verschuldensunabhängige Überwälzung des Missbrauchsrisikos bei Kreditkarten (BGHZ 114, 238); Verpflichtung, bei Wohnraummiete Kleinreparaturen ohne jede Einschränkung auf eigene Kosten vorzunehmen (BGH NJW 1992, 1759).

Training

Sehen wir uns anhand der Klausel eines Fitness-Studios, dass „der Beitrag auch dann zu zahlen ist, wenn das Mitglied die Einrichtungen nicht nutzt“, einmal an, wie der BGH die Unwirksamkeit einer Klausel nach § 307 I überprüft:

Das Verbot unangemessener Benachteiligung soll einen angemessenen Interessensausgleich gewährleisten. Nach ständiger Rspr. des BGH liegt deshalb eine unangemessene Benachteiligung i.S.d. § 307 I vor, wenn der Verwender durch die Klausel einseitig seine Interessen durchsetzt, ohne die Belange des Vertragspartners angemessen zu berücksichtigen.

Die Beklagten haben ein angemessenes Interesse daran, Kunden langfristig an sich zu binden und von diesen Kunden regelmäßige Zahlungen zu erhalten, die für sie eine sichere Kalkulationsgrundlage darstellen. Dem steht das Interesse des Vertragspartners gegenüber, nicht zahlen zu müssen, wenn er das Studio nicht nutzt. Es mag sein, dass dieses Interesse zurückstehen muss, wenn er die Einrichtungen nicht nutzt, weil er vertragsreuig geworden ist oder vorübergehend verhindert war oder weil Umstände, die er selbst beeinflussen kann, ihn von der Benutzung des Studios abgehalten haben. Nach dem Wortlaut der Klausel, auf den es entscheidend ankommt, müsste der Kunde aber auch dann weiterhin zahlen, wenn er aus Gründen, die er nicht beeinflussen kann, auf Dauer die Einrichtungen nicht nutzen kann. Im Extremfall müsste der Kunde (die Vertragsdauer betrug ein Jahr) entgegen der Regelung des § 326 I BGB ein Jahr lang bezahlen, auch wenn er sich unmittelbar nach Vertragsschluss so schwer verletzt, dass er gar nicht trainieren kann. Eine solche Regelung stellt die Interessen des Verwenders einseitig in den Vordergrund und enthält eine nicht zu rechtfertigende Benachteiligung des Vertragspartners.

Es ist in diesem Zusammenhang unbeachtlich, ob die Beklagten in einem solchen Fall bereit gewesen wären, einen Kunden vorzeitig aus dem Vertrag zu entlassen. Bei der Inhaltskontrolle nach § 307 I wird allein darauf abgestellt, ob die Klausel zu beanstanden ist. Die besonderen Verhältnisse des im Einzelfall beteiligten Vertragspartners bleiben dabei ebenso außen vor wie die Handhabung der Klausel durch den konkreten Verwender (BGHZ 81, 121, 128).

b) **§ 307 II**: **Diese Vorschrift konkretisiert in Form von gesetzlichen Regelbeispielen Fälle einer unangemessenen Benachteiligung i.S.v. § 307 I**. Die Regelbeispiele des § 307 II sind aber ebenso wenig zwingend wie die des Strafrechts, so dass § 307 II nicht gilt, wenn bei einer Gesamtwürdigung der Vorwurf der unangemessenen Benachteiligung entfällt.

aa) **§ 307 II Nr. 1**: **Eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners liegt im Zweifel vor, wenn die Klausel mit wesentlichen Grundgedanken der (dispositiven) gesetzlichen Regelung nicht zu vereinbaren ist**. Diese gesetzlichen Regelungen haben gegenüber den AGB eine Leitbildfunktion und sind daher AGB-fest.

Zu den wesentlichen Grundgedanken des Gesetzes, von denen die Klausel nicht abweichen darf, zählt die Rspr.: die Vorschriften über die **Kostentragung des Verkäufers bei der Nachbesserung** gemäß § 439 II auch im kaufmännischen Verkehr (gegenüber Privatleuten gilt ohnehin § 309 Nr. 8 b cc; BGH NJW 1996, 389); **Willensmängel** (BGH NJW 1983, 1671); das haftungsrechtliche **Verschuldensprinzip** (BGH NJW 1991, 1887); **Kündigungsrecht** aus wichtigem Grund (BGH NJW 1991, 1829); **Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung** bei gegenseitigen Verträgen gemäß den §§ 320 ff. (BGH NJW 1991, 1749); **Nachfristsetzung** bei § 323 I (BGH NJW 1986, 843); erfolgsunabhängiger Provisionsanspruch des Maklers verstößt gegen den Grundgedanken des § 652 BGB (BGHZ 88, 368, 371.

Hat beim **Kaufvertrag über Möbel** der Verkäufer die **Pflicht zur Montage** übernommen, so handelt es sich um eine **Bringschuld**. Der Verkäufer kann daher nicht vereinbaren, dass er nur die rechtzeitige Übergabe an das Transportunternehmen schuldet und auch für Fehler der Transportpersonen nicht verantwortlich ist, weil er dadurch vom gesetzlichen Leitbild der §§ 269, 446 abweicht. Im übrigen ist der Haftungsausschluss wegen Verstoßes gegen § 309 Nr. 7 unwirksam (BGH NJW 2014, 454).

Der Ausschluss eines Kündigungsrechts bei Verträgen mit einem Fitness-Studio aus wichtigem Grund, insbesondere bei Erkrankung des Kunden, ist unwirksam (OLG München, NJW -RR- 1995, 1476). Die formularmäßige Versicherung, der Kunde sei gesund, ist unzulässig (OLG München a.a.O.).

Nach einer Änderung der Rspr. (BGH NJW 1995, 2553) ist die Bürgschaft nach dem Leitbild des § 767 I 3 eine betragsmäßig begrenzte Haftung, so dass eine Inhaltskontrolle der Bürgschaft nicht mehr an § 307 III scheitert. Im Rahmen dieser Inhaltskontrolle i.S.d. § 307 II kommt der BGH zu dem Ergebnis, dass eine **formularmäßige Globalbürgschaft** für alle gegenwärtigen und künftigen Verbindlichkeiten des Hauptschuldners sowohl gegen den wesentlichen Grundgedanken einer begrenzten Bürgenhaftung verstößt als auch den Vertragszweck gefährdet, weil durch den Bürgen nicht zu kontrollierende Ausweitungen der Hauptschuld sehr schnell der Fall eintreten kann, dass der Bürge die übernommene Pflicht nicht mehr erfüllen kann. Der Bürge haftet daher gemäß § 306 I nur für die Verbindlichkeiten, die bei Abgabe der Bürgschaftserklärung bestanden. Eine Gesamtnichtigkeit der Bürgschaft nach § 306 III hat der BGH abgelehnt. Diese Regelung gilt auch, wenn der Bürge Kaufmann ist (BGH NJW 1998, 3708).

Zulässig ist es, **Schönheitsreparaturen** auf den Mieter zu überwälzen (BGH NJW 2015, 1594; 1871; 1874), da dies nicht gegen den Grundgedanken des § 538 verstößt. Eine derartige Überwälzung ist zum einen Verkehrssitte, zum anderen wird sie bei der Bemessung der Miethöhe regelmäßig berücksichtigt. Lesen Sie dazu bitte die sehr ausführliche Darstellung der AGB-Inhaltskontrolle in Schuldrecht BT 1.

bb) **§ 307 II Nr. 2**: **Eine Klausel benachteiligt den Vertragspartner auch dann unangemessen, wenn sie Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so stark einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist**.

Hier ist also nicht das dispositive Gesetzesrecht der Vergleichsmaßstab, sondern der Vertrag an sich, dessen Kardinalpflichten nicht durch AGB ausgehöhlt werden dürfen. **AGB sind also immer dann gemäß § 307 II Nr. 2 unzulässig, wenn sie den Schuldner von der Haftung für wesentliche Vertragspflichtverletzungen freistellen sollen** (v.Westphalen, NJW 2012, 2245). Wesentliche Pflichten sind zum einen die Hauptleistungspflichten, die den Vertragstyp charakterisieren, zum anderen aber auch vertragliche Nebenpflichten, die für den Schutz des Kunden von grundlegender Bedeutung sind (BGH NJW 1985, 915).

Beispiel: Bei einer Sicherungsübereignung/zession sind Freigabeklauseln unwirksam, die die Freigabe nicht mehr benötigter Sicherheiten ins Ermessen des Gläubigers stellen (BGH NJW 1998, 671).

c) **Die Verwendung von AGB gegenüber Unternehmern**: Wie wir bereits oben festgestellt haben, können AGB bei der Verwendung gegenüber Unternehmern gemäß § 310 I scheinbar nur nach § 307 inhaltlich überprüft werden. Bei der nach § 307 erforderlichen Interessenabwägung ist aber zu berücksichtigen, dass derartige Unternehmer im Gegensatz zu privaten Verbrauchern aufgrund ihrer geschäftlichen Gewandtheit nicht in gleichem Maß schutzbedürftig und daher auch weniger schutzwürdig sind.

aa) Trotz des entgegenstehenden Wortlauts des § 310 I findet § 308 aber grundsätzlich auch gegenüber Unternehmern Anwendung, da die bei § 308 erforderlichen Wertungen ausreichenden Spielraum für die Berücksichtigung der kaufmännischen Besonderheiten lassen.

bb) § 309 lässt allerdings keine Berücksichtigung des Einzelfalls zu und kann daher im Verhältnis zu Unternehmern nicht unmittelbar angewendet werden. Der Verstoß gegen die in § 309 enthaltenen gesetzlichen Wertungen, die eine Konkretisierung des § 307 II darstellen, ist aber ein Indiz für die Unwirksamkeit gemäß § 307 auch gegenüber Unternehmern (BGHZ 90, 278; 103, 328).

Problem: Ist bei Verstoß der Klausel gegen die §§ 307 – 309 eine *geltungserhaltende Reduktion* zulässig?

Fall: Der Pygniker Bullmann hat sich zu einem Schlankheitskurs angemeldet. Als er nach 1 Jahr immer noch nicht abgenommen hat und er in zunehmendem Maße merkt, wie die vorwurfsvollen Augen der ganzen Gruppe auf ihn gerichtet sind, möchte er kündigen. Der Kursleiter verweist auf die von Bullmann unterschriebene Klausel innerhalb der AGB, dass eine Kündigung erst nach 4 Jahren Mitgliedschaft zulässig sei. Bullmann wendet ein, die Klausel verstoße gegen § 309 Nr. 9 a; der Kursleiter ist nun der Ansicht, dass man dann eben die Vertragsdauer auf das gesetzlich zulässige Mindestmaß von 2 Jahren herabsetzen werde.

Nach h.M. (BGH NJW 2012, 222; 2011, 139; 2007, 764 m.w.N.) führt der Verstoß einer Klausel gegen die §§ 307 – 309 zur Gesamtnichtigkeit der Klausel; eine Wirksamkeit der Klausel mit dem gerade noch gesetzlich zulässigen Inhalt wird abgelehnt. Die §§ 305 ff. sollen einen Missbrauch der Gestaltungsfreiheit von Seiten des Verwenders verhindern. Dieser könnte seine AGB aber ohne Risiko zu Lasten des Kunden formulieren, wenn er bei gerichtlich festgestellter Unwirksamkeit der Klausel lediglich befürchten müsste, dass seine Klausel auf das gerade noch vertretbare Maß zurückgestuft wird. Eine für den Verwender risikolose geltungserhaltende Reduktion würde den Missbrauch von AGB nur fördern. Der Kunde soll sich aus den AGB über seine Rechte und Pflichten aus dem Vertrag zuverlässig informieren können. Dieses Ziel lässt sich nicht erreichen, wenn jeder Verwender von AGB zunächst ungefährdet bis an die Grenze dessen gehen kann, was gerade noch vertretbar erscheint; in diesem Fall würde der Kunde erst in einem Zivilprozess den Umfang seiner Rechte und Pflichten zuverlässig erfahren. Der mit den §§ 305 ff. verfolgte Verbraucherschutz würde durch eine geltungserhaltende Reduktion also nicht erreicht.
In unserem Ausgangsfall ist der Vertrag nach § 306 I wirksam. Bullmann kann aber den Vertrag in der Frist der §§ 620 II, 621 BGB kündigen.

Transferüberlegung: Auch bei sittenwidrigen Ratenkreditverträgen lässt die h.M. keine geltungserhaltende Reduktion des sittenwidrigen überhöhten Zinssatzes auf den gerade noch zulässigen oder marktüblichen Zins zu, um dem Wucherer nicht das Risiko des Wuchers abzunehmen (ausführlich dazu Langels, Schuldrecht BT 3 § 9 V 5).

Eine Ausnahme vom Verbot der geltungserhaltenden Reduktion macht der BGH (BGH NJW 1995, 1085; 2219, 2221) in den Fällen, in denen eine Regelung neben einem unwirksamem Teil auch inhaltlich unbedenkliche, sachlich und sprachlich abtrennbare Bestimmungen enthält (BGH NJW 2007, 764).
Beispiel: Eine unwirksame Verwertungsregelung bedeutet nicht, dass die Sicherungsübereignung insgesamt unwirksam ist.

III. Rechtsfolge bei Nichteinbeziehung oder Unwirksamkeit einer Klausel gemäß § 306

1) **§ 306 I**: **Sind AGB entweder ganz oder teilweise nicht wirksam einbezogen oder gemäß den §§ 307 – 309 unwirksam, so bleibt der Vertrag im übrigen wirksam**. Durch § 306 I wird also die Auslegungsregel des § 139 BGB überwunden, wonach eine Teilnichtigkeit des Vertrags im Zweifel die Gesamtnichtigkeit zur Folge hat.

2) **§ 306 II**: **An die Stelle der nicht einbezogenen oder unwirksamen Klausel tritt das dispositive Gesetzesrecht**, von dem der Verwender durch die Klausel hatte abweichen wollen. Sieht das Gesetz an dieser Stelle keine Regelung vor, so muss die dadurch entstandene Lücke im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung gefüllt werden (BGHZ 90, 69, 76).

3) **§ 306 III**: **Entgegen § 306 I ist der Vertrag unwirksam, wenn das Festhalten an diesem Vertrag auch unter Einbeziehung des dispositiven Gesetzesrechts oder bei ergänzender Vertragsauslegung eine unzumutbare Härte für eine Vertragspartei darstellen würde**. Dabei kommt es für die Frage der Unzumutbarkeit nicht auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses an, sondern auf den Zeitpunkt, zu dem Ansprüche aus diesem Vertrag geltend gemacht werden (BGH NJW 1996, 1213; 1995, 2221).

   a) Für den Verwender bedeutet der Wegfall der Klausel in der Regel eine Verschlechterung seiner Position, doch ist das noch kein Grund, sich vom Vertrag lösen zu wollen, da dieser Umstand einseitig in seinen Risikobereich fällt. Nur wenn durch den Wegfall der Klausel Leistung und Gegenleistung in einem unerträglichen Missverhältnis stehen, ist der Vertrag unwirksam. Sollte ausnahmsweise einmal der Vertrag nach § 306 III nichtig sein, haftet der Verwender dem Kunden gegenüber auf Schadensersatz nach den Regeln der culpa in contrahendo gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 (BGH NJW 1984, 2816).

   b) Die rechtliche Stellung des Vertragspartners wird durch den Wegfall der Klausel verbessert, doch kann, gerade bei gesetzlich nicht geregelten Vertragstypen, nach Wegfall der AGB ein dem Kunden unzumutbarer Streit über den Inhalt des Vertrags entstehen. Ist der Vertrag daher nach § 306 III nichtig, so kann auch hier der Kunde Schadensersatz für den erlittenen Vertrauensschaden über die Regeln der culpa in contrahendo gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 verlangen (BGH a.a.O.). Hat der Kunde bereits eine Leistung erbracht, so kann er sie sowohl über c.i.c. als auch über § 812 I 1, 1. Alt. zurückfordern.

IV. Ausgleichsansprüche des Adressaten gegen den Verwender einer missbräuchlichen Klausel

1) Der Verwender inhaltlich unzulässiger AGB macht sich nach den Regeln der **culpa in contrahendo** gemäß den **§§ 311 II; 241 II, 280 I 1** schadensersatzpflichtig, wenn er bereits bei den Vertragsverhandlungen die inhaltliche Unzulässigkeit der AGB erkennen konnte (BGH NJW 2009, 2590). Er muss daher den Kunden gemäß § 249 I so stellen, wie dieser ohne die Verwendung der unwirksamen AGB stehen würde.

2) Er haftet auch dann gemäß **§ 280 I 1** auf Schadensersatz, wenn er die Unwirksamkeit der Klausel erst nach Vertragsschluss erkennen konnte und durch das Beharren auf Einhaltung der Klausel gegen seine **Verpflichtung zur Vertragstreue** verstößt.

§ 26 Bedingung und Befristung: §§ 158 – 163

Die Parteien können durch Bedingungen und Befristungen bereits bei Abschluss des Vertrags einer künftigen Entwicklung Rechnung tragen und gewisse oder ungewisse Ereignisse in ihrer Vereinbarung berücksichtigen. Eine derart vorausschauende Planung der Parteien hat den großen Vorteil, dass dann bei Eintritt oder Ausbleiben eines Umstandes nicht mehr darüber gestritten werden muss, welchen Einfluss dies auf den geschlossenen Vertrag hat.

I. Begriffsbestimmung

1) Die Bedingung

Unter einer Bedingung versteht man ein künftiges, ungewisses Ereignis, von dessen Eintritt oder Ausbleiben die Wirksamkeit der Vereinbarung abhängen soll. Man unterscheidet dabei zwischen *aufschiebenden* und *auflösenden* Bedingungen.

a) Aufschiebende Bedingung: § 158 I

Wird das Geschäft unter eine aufschiebende Bedingung gestellt, so ist es zunächst nicht wirksam, sondern wird erst mit dem Eintritt des zunächst ungewissen Ereignisses wirksam. Bis zum Bedingungseintritt entsteht ein Schwebezustand; tritt die Bedingung ein, wird das Geschäft mit einer *ex-nunc*-Wirkung wirksam.

Beispiel: Eigentumsvorbehaltskauf: Der Verkäufer stellt sein Angebot, dem Käufer das Eigentum zu übertragen, gemäß den §§ 929, 1; 158 I unter die aufschiebende Bedingung, dass der Käufer die letzte Kaufpreisrate zahlt. Bis zum Bedingungseintritt gehört die Kaufsache noch dem Verkäufer; das vorbehaltene Eigentum sichert dinglich die Kaufpreisforderung: Der Verkäufer kann die Sache von K herausverlangen, wenn K nicht zahlt und V nach erfolgloser Nachfristsetzung gemäß § 323 I vom Kaufvertrag zurücktritt. Wollen Gläubiger des K in die sich bei K befindende Sache vollstrecken, so kann V dagegen im Wege der Drittwiderspruchsklage gemäß § 771 ZPO vorgehen.

b) Auflösende Bedingung: § 158 II

Haben die Parteien eine auflösende Bedingung vereinbart, so ist das Geschäft bis zum Eintritt dieses ungewissen künftigen Ereignisses zunächst wirksam, doch wird das Geschäft mit einer ex-nunc-Wirkung unwirksam, wenn die auflösende Bedingung eintritt.

Beispiel: Der Schuldner S hatte beim Gläubiger G ein Darlehen aufgenommen und zur Sicherung des Darlehens seine Stereoanlage übereignet. S und G hatten jedoch vereinbart, dass das Eigentum an der Stereoanlage sofort an S zurückfallen sollte, wenn S das Darlehen vollständig zurückgezahlt hat. Die Übereignung erfolgte daher gemäß den §§ 929, 930, 158 I; die Anlage gehört zunächst dem G, ab Zahlung der letzten Rate automatisch wieder dem S.

AL-Klausurtipp: Bei einer aufschiebenden Bedingung hängt das Wirksam*werden*, bei einer auflösenden Bedingung das Wirksam*bleiben* vom Eintritt bzw. vom Ausbleiben eines künftigen, ungewissen Ereignisses ab.

c) Zweifelsfälle

Bestehen Zweifel, ob es sich um eine *aufschiebende* oder um eine *auflösende* Bedingung handelt, so muss durch Auslegung der Parteiwille ermittelt werden. Bei der Vereinbarung eines Eigentumsvorbehaltskaufs gilt z.B. die gesetzliche Vermutung des § 449 I, dass die Übereignung der Kaufsache unter der *aufschiebenden* Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung steht; die Kaufsache wird dem Käufer erst gehören, wenn er sie vollständig bezahlt hat. Nur eine *aufschiebende* Bedingung wird dem Interesse des Verkäufers gerecht; wäre die Übereignung durch Zahlungsverzug *auflösend* bedingt, so könnten Gläubiger des Käufers die ihm gehörende

Sache pfänden lassen, solange dieser mit der Zahlung noch nicht in Verzug geraten ist, ohne dass der Verkäufer dies verhindern könnte.

d) **Die Funktionen der Bedingung**

Die Parteien können durch aufschiebende und auflösende Bedingungen bereits bei Vertragsschluss für künftige ungewisse Ereignisse Vorsorge treffen und dadurch ihren Interessen „für den Fall des Falles“ Rechnung tragen.
Beispiele: So kann der Kauf (nicht die Übereignung, § 925 II!) eines Grundstücks unter die aufschiebende Bedingung gestellt werden, dass das dort geplante Bauvorhaben genehmigt wird, weil ansonsten das Grundstück für den Käufer wertlos sein kann.
Die Bedingtheit der Übereignung beim Eigentumsvorbehaltskauf schützt den Verkäufer vor einem Vermögensverfall seines Vertragspartners. Auch den Interessen des Käufers ist durch das Entstehen eines Anwartschaftsrechts zu diesem Zeitpunkt bereits ausreichend gedient.

Ferner kann durch die Vereinbarung einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung das Verhalten der dadurch Betroffenen beeinflusst werden.
Beispiele: Wiederverheiratungsklausel im gemeinsamen Testament der Ehegatten: Der überlebende Ehegatte ist *aufschiebend bedingter Vorerbe* und gleichzeitig *auflösend bedingter Vollerbe*; die Bedingung tritt ein, wenn der überlebende Ehegatte erneut heiratet (dazu Langels, Erbrecht 3 III 4 c).
Die Schenkung eines Grundstücks wird dahingehend auflösend bedingt, dass die Schenkung hinfällig sein soll, wenn der Beschenkte wieder zu Drogen greift.

2) **Die Befristung: § 163**

Im Gegensatz zur Bedingung ist hier der Eintritt des künftigen Ereignisses gewiss. Die Parteien haben für die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts entweder einen Anfangs- oder einen Endtermin oder auch beides bestimmt. Zwar ist der *Eintritt* des Umstandes sicher, aber nicht unbedingt der *Zeitpunkt*, zu dem der Umstand eintritt.
Beispiel: Eigentümer E verschenkt an seinen Freund F ein wertvolles Aquarell mit den Worten: „Dies soll dir oder deinen Erben gehören, wenn ich tot bin.“ Die Schenkung ist also gemäß den §§ 516, 163 aufschiebend befristet durch den Tod des Schenkers; zwar ist der Zeitpunkt des Todes unsicher, aber der Umstand, *dass* der Schenker stirbt, sicher. Hier handelt es sich um eine Schenkung unter Lebenden, die nach dem Tod des Erblassers auch noch durch die Erben vollzogen werden kann, mit der Folge, dass dadurch der Formmangel des Schenkungsversprechens gemäß § 518 II geheilt wird.
Wäre das Bild nur für F persönlich bestimmt gewesen, so würde es sich um eine Schenkung auf den Todesfall handeln: Die Schenkung auf den Todesfall steht unter der *Bedingung*, dass der Beschenkte den Schenker überlebt. Die Schenkung auf den Todesfall muss gemäß den §§ 2301 I, 2276 in der Form des Erbvertrags erfolgen; der Mangel *dieser* Form kann nur durch den Erblasser persönlich und daher auch nur zu dessen Lebzeiten geheilt werden (detailliert dazu Langels, Erbrecht § 12).

Der Zeitpunkt, zu dem der Umstand eintritt, kann aber auch sicher sein, so z.B., wenn er kalendermäßig bestimmt ist. Hier gibt es einen **Anfangstermin**, zu dem das Rechtsgeschäft wirksam wird, und einen **Endtermin**, zu dem es endet.
Beispiel: Eigentümer E hat das Haus geerbt, in dem seine Eltern zeit ihres Lebens gewohnt haben. Als er aus beruflichen Gründen für 5 Jahre ins Ausland versetzt wird, schließt er mit dem Mieter M am 15. 2. einen auf 5 Jahre befristeten Mietvertrag, der am 1. 4. zu laufen beginnt und 5 Jahre später automatisch endet, ohne dass der Mietvertrag gekündigt zu werden braucht. Sowohl Anfangs- als auch Endtermin stehen fest, so dass klar ist, wann die Wirksamkeit beginnt und wann sie endet.

Die Möglichkeit, das Mietverhältnis zu befristen, ermöglicht es dem E, das Haus während seiner Abwesenheit wirtschaftlich zu nutzen, ohne es veräußern zu müssen. Zugleich wird jeder Streit um die Rechtmäßigkeit einer Kündigung vermieden; der Mieter weiß von vornherein, worauf er sich einstellen muss und kann entsprechend disponieren.

II. Die Zulässigkeit von Bedingung oder Befristung

Die Bedingung schafft bis zum Eintritt des künftigen, ungewissen Ereignisses einen Schwebezustand, der aus Gründen der Rechtssicherheit nicht in allen Fällen entstehen darf. Die Möglichkeit, die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts durch parteiinterne Vereinbarung zeitlich zu befristen, ist dort unerwünscht, wo das Gesetz von einer unauflöslichen Dauer der Vereinbarung ausgeht oder wo durch die zeitliche Begrenzung zwingende gesetzliche Bestimmungen ausgehöhlt werden. Im Einzelnen:

1) **§ 1311, 2**: Eine **Ehe** kann weder bedingt noch befristet geschlossen werden, da das Gesetz die Ehe als eine zumindest grundsätzlich unauflösliche Lebensgemeinschaft ansieht. Eine aufschiebende oder auflösende Bedingung („ich heirate ihn nur, wenn er das Rauchen aufgibt bzw. nur solange, wie er nicht wieder mit dem Rauchen anfängt“) ist ebenso unzulässig wie eine Befristung („ich heirate ihn bis zur Vollendung seines 30. Lebensjahres, dann nehme ich mir einen jüngeren“). Hier degeneriert der Ehegatte zu einem „Lebensabschnittsgefährten“.

2) **§ 1594 III**: Das **Vaterschaftsanerkenntnis** kann nicht bedingt oder befristet abgegeben werden. („Ich erkenne die Vaterschaft nur an, wenn das Kind aufs Gymnasium geht und später studiert; in meiner Familie sind alle Akademiker“).

3) **§ 925 II**: Die **Auflassung**, also die dingliche Einigung über den Eigentumswechsel an Grundstücken, kann nicht unter eine Bedingung gestellt werden, weil ansonsten die Eigentumsverhältnisse aus dem Grundbuch nicht klar ersichtlich wären; niemand weiß, wem das Grundstück gehört, weil niemand weiß, ob die Bedingung eingetreten ist. Der Verkauf eines Grundstücks unter Eigentumsvorbehalt ist also nicht zulässig.

4) **§§ 1947, 2180 II 2**: Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses können nicht bedingt oder befristet werden, weil die dadurch entstehende Unsicherheit für die anderen Beteiligten untragbar ist.

5) **Gestaltungsrechte**: Hier kann ein am Rechtsverhältnis Beteiligter durch einseitige Erklärung das zwischen ihm und dem anderen bestehende Rechtsverhältnis umgestalten, ohne dass der andere dies verhindern kann. Dann soll der andere aber nicht mit der Unsicherheit einer Bedingung oder Befristung leben müssen, sondern sich sofort auf die veränderten Umstände einstellen können. **Aufrechnung (§ 388, 2), aber auch Anfechtung, Rücktritt und Kündigung sind daher bedingungs- und befristungsfeindlich**.
Beispiel: Die Erklärung des Mieters, er kündige, wenn er eine billigere Wohnung finde, ist eine unverbindliche Absichtserklärung, aber keine wirksame Kündigung.

   Etwas anderes gilt in Fällen, in denen der Eintritt der Bedingung nur vom Verhalten des Betroffenen abhängt, da in diesem Fall aus dessen Sicht keine Unsicherheit entsteht: Er weiß, dass die Bedingung eintritt, wenn er sich nicht entsprechend verhält. Man spricht hier von einer zulässigen **Potestativbedingung** (BGHZ 97, 264, 267; Palandt/Heinrichs Rz. 13 vor § 158).

6) Die Bedingung oder Befristung des Rechtsverhältnisses ist auch dort unzulässig, wo sie gesetzliche Schutzbestimmungen zu Lasten des Betroffenen unterlaufen würde. So kann der Arbeitgeber nicht durch stets befristete Arbeitsverträge den gesetzlichen Kündigungsschutz unterlaufen und auch die Fortbeschäftigung nicht von künftigen, ungewissen Ereignissen abhängig machen („wenn ich im nächsten Jahr noch genügend Aufträge habe“). Auch hier gilt eine Ausnahme, wenn es für die Befristung des Arbeitsverhältnisses sachliche Gründe gibt und die Befristung nicht auf die Ausschaltung des Kündigungsschutzes abzielt.
Beispiel: Während der Sommerhochsaison stellt ein Hotelier in seinem Restaurant zusätzliches Personal ein, befristet aber die Arbeitsverhältnisse auf die Phase des „Hochbetriebs“, z.B. vom 1.7. bis 1.10. des Jahres.

III. Eintritt und Ausbleiben der Bedingung

1) Eintritt der aufschiebenden Bedingung

Tritt das künftige, ungewisse Ereignis ein, so ist das bis dato aufschiebend bedingte Rechtsgeschäft ab dem Zeitpunkt des Bedingungseintritts (ex nunc) wirksam. Im Gegensatz zur Genehmigung (§ 184) wirkt also der Bedingungseintritt nicht zeitlich auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück; so wird z.B. der EV-Käufer erst mit Zahlung der letzten Rate Eigentümer. Die Parteien können aber gemäß § 159 vereinbaren, einander so zu stellen, wie sie bei einer Rückwirkung stehen würden. Eine derartige Vereinbarung hat aber nur schuldrechtliche, keine dingliche Wirkung.
Beispiel von Brox (Rz. 444): Bauer Bullmann hat dem Gluffke eine Kuh unter Eigentumsvorbehalt verkauft. Vor Zahlung der letzten Rate kalbt die Kuh. Das Kalb gehört gemäß § 953 dem Eigentümer, also dem Bullmann, der vor Zahlung der letzten Rate noch Eigentümer ist. Ist der Kaufvertrag dahingehend auszulegen, dass der Bedingungseintritt auf den Zeitpunkt des Kaufvertrags zurückwirken soll, so ist Bullmann schuldrechtlich gemäß § 159 verpflichtet, dem Gluffke das Eigentum zu übertragen.

2) Eintritt der auflösenden Bedingung

Tritt die auflösende Bedingung ein, so endet die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts ab diesem Zeitpunkt (ex nunc). Der Empfänger hat die Leistung mit rechtlichem Grund empfangen und war auch berechtigter Besitzer, so dass Kondiktions- und Vindikationsansprüche ausscheiden. Auch hier können aber die Parteien schuldrechtlich gemäß § 159 verpflichtet sein, einander so zu stellen, als würde die auflösende Bedingung zurückwirken.
Beispiel von Brox (a.a.O.) Hatte Bullmann die Kuh gemäß den §§ 929, 1; 158 II auflösend bedingt übereignet, so gehört das Kalb dem Gluffke, wenn es vor dem Bedingungseintritt geboren wurde. Gluffke ist aber ggf. nach § 159 verpflichtet, das Eigentum auf Bullmann zu übertragen.
Lässt sich eine derartige Vereinbarung i.S.d. § 159 nicht aus dem Kaufvertrag herauslesen, so darf Gluffke das Kalb behalten, da er von vornherein Eigentümer war und das Eigentum auch mit Rechtsgrund (§ 953) erworben hat.

3) Das Ausbleiben der Bedingung

a) Kann eine aufschiebende Bedingung nicht mehr wirksam werden, so kann das aufschiebend bedingte Rechtsgeschäft nie mehr wirksam werden; der bis dato bestehende Schwebezustand endet.
Beispiel: Beim Eigentumsvorbehaltskauf ist der EV-Verkäufer infolge der Nichtzahlung des Käufers berechtigterweise vom Vertrag zurückgetreten. Macht der Verkäufer von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch, so steht fest, dass der Käufer nie mehr Eigentümer der Sache werden wird. Das bis dahin bestehende Anwartschaftsrecht des EV-Käufers endet.

b) Wird eine auflösende Bedingung sicher nicht mehr eintreten, so steht fest, dass das auflösend bedingte Geschäft wirksam bleibt. Auch hier endet der bis dato bestehende Schwebezustand.
Beispiel: Der Gläubiger hat die ihm zur Sicherheit gemäß den §§ 929, 1; 158 II übereignete Sache an einen Dritten veräußert.

IV. Der Schutz des bedingt Berechtigten

1) Der Schutz im Innenverhältnis zum Geschäftspartner

a) Aufschiebende Bedingung

Bis zum Eintritt der Bedingung entsteht ein Schwebezustand, bei dem beide Geschäftspartner damit rechnen müssen, dass das ungewisse Ereignis eintritt. Beide Beteiligten müssen daher alles tun bzw. unterlassen, damit der Bedingungseintritt möglich ist und der damit bezweckte Erfolg erreicht wird.

aa) **§ 162 I**: Daher bestimmt § 162, dass die Bedingung als eingetreten gilt, wenn der Bedingungseintritt von der Partei vereitelt wird, zu deren Nachteil der Bedingungseintritt wirkt.
Beispiel: Der EV-Verkäufer weigert sich, die letzte Kaufpreisrate des E-Käufers anzunehmen. Hier gilt die Bedingung i.S.d. §§ 929, 1; 158 I als eingetreten, so dass die Sache jetzt dem Käufer gehört.

bb) **§ 160 I**: Gemäß § 160 I kann der bedingt Berechtigte Schadensersatz von seinem Vertragspartner verlangen, wenn die Bedingung eintritt, dieser aber während der Schwebezeit das vom Bedingungseintritt abhängige Recht schuldhaft vereitelt oder beeinträchtigt hat.
Beispiel: Der EV-Käufer kann vom EV-Verkäufer nach § 160 Schadensersatz verlangen, wenn dieser die Kaufsache bis zum Bedingungseintritt beschädigt oder zerstört. Die Anwendbarkeit des § 160 setzt aber voraus, dass die Bedingung eingetreten ist, da das Geschäft erst dann wirksam ist; also muss K die letzte Kaufpreisrate zahlen, um gegen V vorgehen zu können.

cc) **§ 161 I**: Hat der bisherige Rechtsinhaber zugunsten eines Dritten über die Sache verfügt, so wird der bedingt Berechtigte zum einen über § 161 I geschützt (dazu unten 2.), zum anderen stehen ihm aus dem Kausalgeschäft Schadensersatzansprüche zu, das der bedingten Verfügung zugrunde liegt. Zu diesen Ansprüchen tritt § 160 in Anspruchskonkurrenz hinzu.
Beispiel: V hatte eine Sache am 1. 4. unter EV an K verkauft, der bei Zahlung der letzten Rate am 1. 12. Eigentümer werden würde. Am 1. 8. lässt K die Sache bei V reparieren, der die reparierte Sache an D veräußert und diesem das Eigentum gemäß § 929, 1 überträgt. Hier ist K nicht durch die analoge Anwendung des § 936 III vor Zwischenverfügungen geschützt, da er zur Zeit der Verfügung nicht mehr Besitzer war. Er kann aber von V gemäß den §§ 280 I, III, 283 und § 160 Schadensersatz verlangen.

b) **Auflösende Bedingung**

Hier ist das Geschäft zunächst wirksam, doch müssen beide damit rechnen, dass die Wirksamkeit bei Eintritt des künftigen, ungewissen Ereignisses endet. Der bedingt Berechtigte kann daher nach § 160 II Schadensersatz verlangen, wenn der andere das Recht schuldhaft beschädigt oder vereitelt, das bei Bedingungseintritt wieder auf den bedingt Berechtigten zurückgefallen wäre.
Beispiel: Schuldner S hatte dem Gläubiger G zur Sicherung eines Darlehens seine goldene Uhr übereignet und übergeben, die Übereignung aber durch Rückzahlung des Darlehens auflösend bedingt. Veräußert G die Uhr an D, so erwirbt dieser gemäß § 929, 1 das Eigentum vom Berechtigten; V macht sich aber gemäß § 160 II und gemäß § 280 I 1 wegen der Pflichtverletzung des der Sicherungsübereignung zugrundeliegenden Sicherungsvertrags schadensersatzpflichtig, wenn S durch Zahlung der letzten Darlehensrate den Bedingungseintritt herbeiführt.

c) **Der Schutz bei der Befristung**

Da bis zum Beginn bzw. bis zum Ende der Wirksamkeit auch bei der Befristung noch einige Zeit vergehen kann, finden auch bei der Befristung die Regeln über die Bedingung gemäß § 163 entsprechende Anwendung: Auf die Regelung des Anfangstermins finden die Normen über die aufschiebende Bedingung, auf den Endtermin die Regeln über die auflösende Bedingung Anwendung. Dies hat zur Folge, dass der aufschiebend befristet Berechtigte bereits vor dem Wirksamwerden des Rechtsgeschäfts durch die §§ 160, 161 geschützt ist. Die Schutz- und Sorgfaltspflichten, die die Leistung möglich machen und erhalten sollen, beginnen also bereits mit dem Vertragsabschluss, nicht erst mit dessen Wirksamkeit.
Beispiel: E hatte dem M am 15.02. mit Wirkung zum 01.04. ein Haus vermietet. Brennt durch das Verschulden des E am 15.03. das Haus bis auf die Grundmauern nieder, so kann M gemäß § 160 Schadensersatz verlangen.

2) Der Schutz des bedingt Berechtigten im Außenverhältnis zu Dritten

Fall: V veräußert am 1. 4. einen Perserteppich unter Eigentumsvorbehalt an K, der durch Zahlung der letzten Kaufpreisrate am 1. 12. Eigentümer werden soll. Am 1. 6. veräußert er den Teppich erneut an D und behauptet, er habe den Teppich an K nur verliehen. Hat D das Eigentum erworben? Kann er am 15. 6. oder am 2. 12. Herausgabe des Teppichs von K verlangen?

Veräußert der bisherige Rechtsinhaber die unter einer aufschiebenden Bedingung übereignete Sache erneut an Dritte, so wird der bedingt Berechtigte durch das Gesetz in 2facher Form geschützt:

a) Zum einen hat er einen Schadensersatzanspruch gegen den Verfügenden gemäß § 160 I, wenn durch die Verfügung das Recht beeinträchtigt wird.

b) Zum anderen schützt ihn § 161 I auch im Außenverhältnis zum Dritten dadurch, dass § 161 I die Verfügung zugunsten des Dritten für relativ unwirksam erklärt, wenn sie den Bedingungseintritt während der Schwebezeit vereiteln würde.

aa) § 161 I gilt jedoch erst, wenn die Bedingung eintritt, so dass D zunächst am 1.6. gemäß den §§ 929, 931 das Eigentum vom Berechtigten V erworben hat; § 161 I stand dem am 1.6. nicht entgegen. Verlangt D am 15.6. Herausgabe, so kann K ihm aber ein Recht zum Besitz gemäß § 986 II entgegenhalten: Zahlt K weiterhin seine Raten an V, so ist er aus dem Kaufvertrag heraus zum Besitz der Sache berechtigt, wobei dieses Besitzrecht gemäß § 986 II auch gegenüber dem dinglichen Herausgabeanspruch des D wirkt. Am 15.6. steht dem D kein Herausgabeanspruch zu.

bb) Am 1. 12. hat K die letzte Rate gezahlt, so dass sich die Frage stellt, ob er dadurch zu Lasten des D Eigentümer des Teppichs geworden ist.
§ 161 III ordnet jedoch an, dass die Regeln über den gutgläubigen Erwerb Anwendung finden, so dass D das Eigentum unbelastet von der Möglichkeit erworben haben könnte, es durch einen Bedingungseintritt zugunsten des K wieder zu verlieren. Hatte D nicht i.S.d. § 932 II grob fahrlässig verkannt, dass V bereits aufschiebend bedingt über den Teppich zugunsten des K verfügt hat, so hat er das Eigentum gemäß den §§ 929, 931, 934, 1. Alt. erworben. Kann ein gutgläubiger Dritter das Eigentum von einem *Nichteigentümer* erwerben, so muss dies erst recht gelten, wenn er das Eigentum vom *Eigentümer* erwirbt, dessen *Verfügungsbefugnis* durch § 161 I relativ beschränkt ist. D hat daher am 1.6. das Eigentum von V erworben.

K hat aber durch die aufschiebend bedingte Übereignung ein Anwartschaftsrecht erworben, das trotz Gutgläubigkeit des D in analoger Anwendung des § 936 III bestehen bleibt. Dies hat zur Folge, dass K durch Zahlung der letzten Rate am 1. 12. das Eigentum dadurch zu Lasten des D erwirbt, dass er den Bedingungseintritt herbeiführt. D bleibt dann auf Schadensersatzansprüche gemäß den §§ 437 Nr. 3, 311 a II (anfänglicher Rechtsmangel) gegen V angewiesen.

(Vertiefungshinweis: Dieser Fall ist in Langels, Sachenrecht I § 11 VII ausführlich besprochen, da es primär um den Schutz des Anwartschaftsberechtigten vor Zwischenverfügungen geht.)

5. Teil: Stellvertretung und Ermächtigung

§ 27 Die Stellvertretung: §§ 164 – 181

Vorbemerkung

1) Bisher sind wir bei der Abgabe einer Willenserklärung vom **Normalfall** ausgegangen: **Der Handelnde gibt eine eigene Willenserklärung ab, deren rechtliche Folgen ihn selbst treffen**: Der Handelnde wird aus dem Rechtsgeschäft berechtigt und verpflichtet.
Beispiel: Kauft K bei V eine Hose, so wird K Partei des Kaufvertrags. Er kann Übereignung der Hose gemäß § 433 I verlangen; er muss gemäß § 433 II den Kaufpreis zahlen.

2) **In vielen Fällen ist eine Partei des abzuschließenden Vertrags aber darauf angewiesen, dass Dritte den Vertrag für ihn schließen**. Dies hat entweder **rechtliche** oder **tatsächliche Gründe**:

   a) Der **Geschäftsunfähige** (§§ 104, 105 I), **beschränkt Geschäftsfähige** (§§ 107, 108) oder der **Betreute** (§ 1903) sind auf die Mitwirkung eines anderen angewiesen, da sie entweder gar nicht oder nur mit Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters (Eltern, Vormund, Betreuer) rechtsgeschäftlich handeln können. Die gesetzliche Vertretungsmacht ist ein Fall von gutgemeinter Fremdbestimmung durch Dritte in Fällen, in denen der Vertretene für sich selbst nicht eigenverantwortlich handeln kann.
   Beispiel: Hat ein 10jähriges Kind von seinem Großvater ein Grundstück geerbt, so kann es das Grundstück nicht selbständig verwalten: Soll das Grundstück vermietet werden, muss dies im Namen des Kindes durch die Eltern geschehen. Soll das Grundstück verkauft werden, so muss zusätzlich gemäß den §§ 1643, 1821 Nr. 4 das Familiengericht zustimmen.

   b) **Juristische Personen erlangen ihre rechtliche Handlungsfähigkeit erst durch ihre Organe**. Diese Organe erlangen ihre Vertretungsmacht durch den Willen der Mitglieder der juristischen Person, wobei dieser Wille in der Satzung der juristischen Person festgelegt ist.
   Beispiel: Die Siemens-AG erlangt ihre Handlungsfähigkeit erst dadurch, dass sie durch den Vorstand rechtsgeschäftlich vertreten werden kann.

   Auch die Organe können nicht jedes Rechtsgeschäft selbst vornehmen, sondern müssen die entsprechenden Befugnisse auf nachrangige Mitarbeiter delegieren.
   Beispiel: Der Vorstand kann nicht den gesamten Wareneinkauf selbst vornehmen, nicht jeden Mitarbeiter selbst einstellen. Es werden daher Einkäufer und Personalchefs mit derartigen Angelegenheiten betraut, die im Namen der juristischen Person Kaufverträge und Arbeitsverträge schließen.

   Durch diese Delegation werden 2 Ziele erreicht: Zum einen können sich die handelnden Personen auf bestimmte Aufgaben konzentrieren, sich spezialisieren und dadurch den Leitungsorganen Aufgaben abnehmen, die diese, vielleicht auch mangels entsprechender Kompetenz, nicht selbständig wahrnehmen können. Zum anderen können die entsprechenden Vorgänge durch Arbeitsteilung rationeller bearbeitet werden.

3) **Das Gesetz sieht daher in den §§ 164 ff. die Möglichkeit vor, dass ein Vertreter für einen anderen eine Willenserklärung abgibt, deren Folgen für und gegen den Vertretenen wirken**. Der Vertreter gibt zwar eine *eigene* Erklärung ab, doch wird er selbst aus dem Geschäft weder berechtigt noch verpflichtet.
Beispiel: Stellt der Personalchef im Namen des Unternehmens einen Mitarbeiter ein, so wird er nicht zum Arbeitgeber, d.h. der Mitarbeiter arbeitet nicht für ihn, hat aber gegen den Personalchef auch keine Ansprüche auf Zahlung des Arbeitslohns.

4) Die durch die rechtlich anerkannte Einschaltung von Hilfspersonen ermöglichte Funktionsteilung und Rationalisierung gilt aber nicht nur bei der Abgabe von Willenserklärungen. Auch bei der rein *tatsächlichen* Vornahme bestimmter Handlungen ist eine Delegation möglich; auf der anderen Seite muss sich der Delegierende auch das *tatsächliche* Verhalten dieser Hilfspersonen zurechnen lassen.

Bevor wir uns mit der Stellvertretung auseinandersetzen, wollen wir uns noch einmal einen Überblick über die verschiedenen **Hilfspersonen des Zivilrechts** verschaffen.

a) **Erfüllungsgehilfe / § 278**: Der Erfüllungsgehilfe wird mit Wissen und Wollen des Schuldners in dessen Pflichtenkreis, also innerhalb eines bestehenden Schuldverhältnisses, tätig. Dabei wird dem Schuldner das Verschulden des Erfüllungsgehilfen ohne Exkulpationsmöglichkeit wie eigenes Verschulden zugerechnet; der Schuldner wird also so behandelt, als ob er selbst gehandelt hätte. Er soll nicht die Möglichkeit haben, sich durch Delegation ihn persönlich treffender Pflichten der vertraglichen Haftung für Pflichtverletzungen zu entziehen (ausführlich zur Haftung für Erfüllungsgehilfen: Langels, Schuldrecht AT 1 § 12 III).
Beispiel: Stößt der Malergeselle fahrlässig einen Farbeimer um, so haftet der beauftragte Unternehmer so, als sei ihm dieses Missgeschick selbst passiert.

AL-Klausurtipp: **Zwischen der Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach § 278 und den Regeln der Stellvertretung besteht kein innerer Zusammenhang**: Zwar mag es häufig der Fall sein, dass der in die Vertragsverhandlungen eingeschaltete Gehilfe Vertretungsmacht hat, so dass er gleichzeitig Vertreter und Erfüllungsgehilfe gemäß § 278 ist, doch kann man weder von der Vertretungsmacht Rückschlüsse auf die Eigenschaft als Erfüllungsgehilfe ziehen noch umgekehrt:

– Nicht jeder Erfüllungsgehilfe, der im Pflichtenkreis eines anderen tätig wird, hat das Recht, diesen rechtsgeschäftlich zu verpflichten.
Beispiel: Der Lagerarbeiter hat nicht das Recht, Willenserklärungen mit Wirkung für und gegen seinen Chef abzugeben.

– Nicht jeder Vertreter, der das grundsätzliche Recht hat, im Namen eines anderen Willenserklärungen abzugeben, ist in die Erfüllung einer Pflicht i.S.d. § 278 *eingeschaltet* worden.
Beispiel: Der Prokurist eines Autohauses macht nach erfolgter Reparatur eines Kundenfahrzeugs eine Probefahrt, obwohl dies nicht zu den ihm übertragenen Aufgaben zählt; dabei wird der Wagen des Kunden schwer beschädigt. Der Inhaber des Autohauses haftet für das Verhalten des Prokuristen nicht nach § 278, da der Prokurist außerhalb des ihm übertragenen Aufgabenkreises tätig geworden ist.

b) **Verrichtungsgehilfe / § 831 I**: Hat eine Hilfsperson im Zuge der ihr aufgetragenen Verrichtung eine unerlaubte Handlung begangen, so haftet der Geschäftsherr, weil das Gesetz die widerlegbare Vermutung aufstellt, dass die Hilfsperson für diese Tätigkeit falsch ausgesucht war und der Geschäftsherr dies hätte erkennen müssen. Im Gegensatz zur Haftung für einen Erfüllungsgehilfen gemäß § 278 wird hier aber nicht das Verschulden des Gehilfen dem Geschäftsherrn zugerechnet; dieser haftet vielmehr für sein *eigenes*, zunächst vermutetes Verschulden bei der Auswahl oder Überwachung des Gehilfen (ausführlich dazu Langels, Schuldrecht BT 4 § 32).

Weitere Unterschiede bestehen darin, dass die Haftung für Hilfspersonen gemäß § 831 I auch dann gilt, wenn zur Zeit der schädigenden Handlung zwischen dem Geschäftsherrn und dem Geschädigten noch kein Schuldverhältnis bestand. Auf der anderen Seite kann sich der Geschäftsherr gemäß § 831 I 2 durch den Nachweis entlasten, dass er bei der Auswahl oder Überwachung nichts falsch gemacht hat oder dass auch bei sorgfältiger Auswahl der gleiche Schaden entstanden wäre, dass also sein Auswahlverschulden nicht ursächlich für den Schaden war.

AL-Klausurtipp: **Zwischen den Regeln der Stellvertretung und der deliktischen Haftung für Hilfspersonen gemäß § 831 I 1 bestehen keinerlei Berührungspunkte**: Die Regeln der Stellvertretung gelten ausschließlich für die Abgabe von *Willenserklärungen*, während § 831 I die deliktische Haftung für ein rein *tatsächliches* Verhalten des Verrichtungsgehilfen enthält. Daher kann ein Vertreter des Geschäftsherrn zugleich dessen Verrichtungsgehilfe sein (z.B. die angestellte Verkäuferin ist Vertreterin i.S.d. §§ 164 ff. und zugleich Verrichtungsgehilfin i.S.d. § 831 I 1), doch besteht zwischen den beiden Bereichen kein innerer Zusammenhang. Verrichtungsgehilfen haben nicht stets Vertretungsmacht; Vertreter sind nicht notwendigerweise Verrichtungsgehilfen.
Beispiele: Der angestellte Fahrer einer Spedition ist Verrichtungsgehilfe, wenn er im Zuge seiner Verrichtung eine unerlaubte Handlung i.S.d. §§ 823 ff. begeht, doch hat er nicht das Recht, den Spediteur durch Abgabe von Willenserklärungen gemäß den §§ 164 ff. rechtsgeschäftlich zu verpflichten.
Der Freund, der für einen anderen als Beauftragter ein Buch mit aus der Stadt bringen soll, ist dessen *Vertreter*, wenn er das Buch im Namen des Auftraggebers kaufen soll. Er ist aber nicht dessen *Verrichtungsgehilfe*, wenn er auf dem Weg in die Stadt mit seinem Wagen eine Radfahrerin anfährt.

c) **Besitzdiener / § 855**: Der Besitzdiener übt die tatsächliche Sachherrschaft über einen Gegenstand weisungsgebunden und aufgrund sozialer Abhängigkeit für einen anderen aus, der durch den Besitzdiener unmittelbar besitzt. Dadurch wird erreicht, dass die entsprechenden Gegenstände dem Besitzherrn gemäß § 935 I 1 abhanden kommen, wenn der Besitzdiener sie unterschlägt. Ein gutgläubiger Erwerb Dritter gemäß den §§ 929, 932 I ist daher wegen § 935 I 1 nicht möglich.

AL-Klausurtipp: Beachten Sie bitte, dass es sich bei Besitzerwerb und Besitzübertragung um Realakte handelt, auf die die Regeln der Stellvertretung grundsätzlich (Ausnahme: § 854 II) keine Anwendung finden. Es ist daher möglich, dass eine Hilfsperson gleichzeitig bei der Abgabe von Willenserklärungen *Vertreter* und beim Besitzerwerb oder der Besitzübertragung *Besitzdiener* ist.
Beispiele: Die Verkäuferin in einem Supermarkt gibt bei der Übereignung der Sache eine Einigungsofferte im Namen des Unternehmens ab und handelt dabei als Stellvertreterin. Bei der gemäß § 929, 1 erforderlichen Übergabe verschafft sie als Besitzdienerin des Veräußerers dem Erwerber den unmittelbaren Besitz.
Kauft eine Hausangestellte mit dem Geld ihrer Chefin Lebensmittel, so nimmt sie die Einigungsofferte des Verkäufers im Namen ihrer Chefin an; da sofort bar erfüllt wird, handelt es sich um eine Einigungsofferte an den, den es angeht, so dass auf eine Offenlegung der Stellvertretung verzichtet wird. Bei der Übertragung des Besitzes vom Verkäufer auf die Chefin wird die Hausangestellte als Besitzdienerin auf der Erwerberseite tätig, so dass die Chefin bereits im Laden des Verkäufers unmittelbaren Besitz und damit gemäß § 929, 1 Eigentum an der Ware erlangt.

d) **Organe / §§ 30, 31**: Über die §§ 30, 31 muss sich der eingetragene Verein wie auch jede andere juristische Person das Verhalten seines Vorstandes oder eines sonstigen verfassungsmäßigen Vertreters wie eigenes Verhalten zurechnen lassen, weil der Verein erst durch seine Organe handlungsfähig wird. Zwar wird die juristische Person auch durch ihre Organe rechtsgeschäftlich vertreten, doch geht es bei der Zurechnungsnorm der §§ 30, 31 nicht um *Willenserklärungen*, sondern um das rein *tatsächliche* Verhalten oder das Wissen der Organe. Wie auch bei § 278 handelt es sich primär um eine Zurechnungsnorm für fehlerhaftes *Verhalten*. Wir werden aber noch sehen, dass sich die juristische Person auch das *Wissen* ihrer Organe über § 31 wird zurechnen lassen müssen, wo es auf das Kennen oder das Kennenmüssen bestimmter Umstände ankommt (dazu unten VIII 3).

e) **Bote / § 120**: Der Bote überbringt eine bereits fertig formulierte fremde Willenserklärung, auf deren Inhalt er keinerlei Einfluss hatte. Der Bote stellt bereits durch sein Auftreten nach außen klar, dass er – im Gegensatz zum Vertreter – keine eigene Erklärung abgibt, sondern lediglich eine fremde Erklärung überbringt (dazu detailliert unten I 2).
Klassisches Beispiel: Der *Postbote* überbringt ausschließlich fremde Erklärungen. Er behauptet nicht gegenüber dem Empfänger, den Inhalt der Briefe selbst formuliert und geschrieben zu haben.

Auch bei der Entgegennahme einer Erklärung kann der Bote als **Empfangsbote** fungieren, so dass mit Übermittlung an ihn die Erklärung dem Hintermann bereits zugegangen ist, wenn er nach der Verkehrsanschauung zur Weiterleitung einer derartigen Erklärung als geeignet erscheint.

f) **Der Vertreter / § 164**: Er gibt entweder eine eigene Willenserklärungen für den Vertretenen ab oder nimmt als Empfangsvertreter für den Vertretenen selbständig an diesen gerichtete Willenserklärungen entgegen. Das selbständige Verhalten des Vertreters wirkt für und gegen den Vertretenen, wenn der Vertreter die Fremdwirkung seines Verhaltens dadurch offenlegt, dass er im Namen des Vertretenen auftritt (Offenkundigkeitsprinzip) und wenn der Vertreter die Vertretungsmacht hatte, Willenserklärungen für den Vertretenen abzugeben oder entgegenzunehmen.
Da das Geschäft allein für und gegen den Vertretenen wirkt, hat dieser allein die Herrschaft über das rechtliche Verhältnis: Nur der Vertretene kann bei einem gemäß § 346 I vertraglich vorbehaltenen Rücktritt zurücktreten, gemäß den §§ 323, 324 zurücktreten, mindern oder gemäß den §§ 280 ff. Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Obwohl der Vertreter eine eigene Willenserklärung abgibt und Willensmängel daher nur in seiner Person vorliegen können, hat der Vertretene gemäß § 166 I das Recht der Anfechtung, da ihn die Folgen der Erklärung treffen.

g) **Insolvenzverwalter**, **Nachlaßverwalter** und **Testamentsvollstrecker** sind keine gesetzlichen Vertreter, sondern handeln als amtlich oder rechtsgeschäftlich bestellte Vermögensverwalter. Ihre Erklärungen wirken nicht gegen sie selbst, sondern für und gegen die verwaltete Vermögensmasse und deren Inhaber, also für und gegen den Schuldner oder den Erben. Diese Wirkung ergibt sich nicht aus einer ihnen erteilten Vertretungsmacht, sondern aus ihrer Stellung als Verwalter des ihnen anvertrauten Vermögens, für den Insolvenzverwalter z.B. aus § 80 InsO.

5) Die Regeln über die Stellvertretung gelten nach dem Wortlaut der §§ 164 ff. nur für die Abgabe und die Entgegennahme von **Willenserklärungen**. **Geschäftsähnliche Handlungen** sind zwar vom Willen unabhängig, doch können hier bestimmte Regeln über Willenserklärungen, z.B. über die Geschäftsfähigkeit, den Zugang und die Stellvertretung sinngemäß angewendet werden. Geschäftsähnliche Handlungen wie die Mahnung gemäß § 286 I 1 und die Fristsetzung gemäß den §§ 108 II, 177 II, 281 I, 323 I, 415 II können daher auch durch Stellvertreter vorgenommen werden.

Realakte knüpfen Rechtsfolgen an ein rein *tatsächliches* Verhalten und sind vom Willen unabhängig. Die Regeln über Willenserklärungen gelten weder in direkter noch in analoger Anwendung, so dass bei Realakten die Regeln der Stellvertretung nicht gelten. Aufgabe und Erwerb des Besitzes, Verbindung, Vermischung und Verarbeitung können daher nicht durch Stellvertreter gemäß den §§ 164 ff. erfolgen. Auch dort, wo die Folgen des Realaktes einem Dritten zugerechnet werden, gelten die §§ 164 ff. nicht, da die Zurechnung hier kraft Gesetzes erfolgt: Wird die Sache an einen Besitzdiener gemäß § 855 übergeben oder erfolgt die Verarbeitung gemäß § 950 aufgrund einer *Verarbeitungsklausel* für einen anderen, so gelten die Regeln der Stellvertretung nicht.

I. Die Wirksamkeitsvoraussetzungen der Stellvertretung

1) Die *Zulässigkeit* der Stellvertretung

Eine Stellvertretung ist dort unzulässig, wo das Gesetz eine *höchstpersönliche* Erklärung des von der Erklärung Betroffenen fordert, weil dieser eine derartige Entscheidung selbst treffen und ausführen soll.

§ 1311:	Eheschließung
§ 1596 I:	Ehelicherklärung durch den Vater
§ 2064:	Errichtung eines Testaments
§ 2274:	Abschluss eines Erbvertrags
§§ 2296 I, 2271, 2282:	Rücktritt, Widerruf und Anfechtung von gemeinschaftlichen Testamenten und Erbverträgen
§ 2347 II:	Erbverzichtserklärung

Wird eine der o.g. Erklärungen nicht durch den Betroffenen persönlich abgegeben, so ist die Erklärung des Dritten unheilbar nichtig. Der Betroffene kann sie nicht durch Genehmigung gemäß § 177 II wirksam werden lassen.

Auch wenn das Gesetz eine Stellvertretung zulässt, können die Parteien durch vertragliche Vereinbarung eine Stellvertretung ausschließen, so dass das Geschäft nur wirksam ist, wenn beide Parteien es persönlich vornehmen (= **gewillkürte Höchstpersönlichkeit**). Handelt entgegen der vertraglichen Absprache auf einer Seite ein Vertreter, so ist das Geschäft ohne Genehmigungsmöglichkeit nichtig (BGHZ 99, 90, 94; Palandt/Heinrichs Rz. 4 vor § 164 m.w.N.).

2) Der Vertreter gibt eine *eigene* Willenserklärung ab.

a) Die Willenserklärung des Vertreters

Das Wesen der Stellvertretung besteht nach dem Repräsentationsprinzip darin, dass der Vertreter eine *eigene* Willenserklärung abgibt; nur die *Folgen* der Erklärung treffen den Vertretenen. Da es sich um die Erklärung des Vertreters handelt, muss dieser zur Abgabe von Willenserklärungen in der Lage sein: Der Vertreter muss daher im Gegensatz zum Boten gemäß § 165 zumindest beschränkt geschäftsfähig sein.

Andererseits muss der Vertreter nicht voll geschäftsfähig sein. Der Minderjährigenschutz soll den Erklärenden vor den rechtlichen Folgen seines eigenen Verhaltens schützen; da den Vertreter aber die Folgen seiner Erklärung nicht selbst treffen, ist ein Schutz des minderjährigen Vertreters überflüssig. Aus diesem Grund kann einem Minderjährigen die rechtsgeschäftliche Vollmacht auch ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erteilt werden. Die Vollmacht *legitimiert* nur, *verpflichtet* aber nicht!

Wer einen Minderjährigen bevollmächtigt, trägt die damit verbundenen Risiken. Hat der Vollmachtgeber die Minderjährigkeit des Vertreters nicht gekannt, kann er die Vollmachtserteilung wegen eines Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft des Vertreters gemäß § 119 II anfechten. Diese Anfechtung ist nach h.M. auch dann noch zulässig, wenn der Vertreter bereits gehandelt hat; durch die Rückwirkungsfiktion der Irrtumsanfechtung wird der Minderjährige ein Vertreter ohne Vertretungsmacht. Der Minderjährige haftet dennoch nicht nach § 179 II, da ihn § 179 III 2 vor einer derartigen Haftung bewahrt. Dieses Haftungsprivileg des minderjährigen Vertreters ohne Vertretungsmacht gilt auch, wenn dem Minderjährigen nie Vertretungsmacht eingeräumt wurde.

Zur Zeit der Abgabe der Erklärung dürfen in der Person des Vertreters keine Willensmängel vorliegen, da diese gemäß § 166 I zur Nichtigkeit der Erklärung führen können.

Beispiele:

1) Hatte der Vertreter irrig angenommen, der Geschäftsgegner würde den Mangel der Ernstlichkeit erkennen, so ist die Erklärung gemäß den §§ 166 I, 118 nichtig.
2) Hatte sich der Vertreter über den Inhalt seiner Erklärung geirrt, so kann der Vertretene die Erklärung des Vertreters gemäß den §§ 166 I, 119 I anfechten.

b) **Die Unterscheidung zwischen Vertretern und Boten**

aa) Weil der Vertreter das Ob und Wie der Erklärung selbst bestimmen kann, hat der Vertreter typischerweise auch bei der inhaltlichen Gestaltung einen gewissen Spielraum, doch ist das nicht zwingend: Es ist auch derjenige Vertreter, dem der Inhalt der abzugebenden Willenserklärung in allen Einzelheiten vorgeschrieben ist.

Beispiel: Die in einem Supermarkt angestellte Fleischfachverkäuferin darf nicht selbständig darüber entscheiden, ob sie gerade diesem Kunden den Frischwurstaufschnitt aus dem Sonderangebot verkaufen will. Auch hat sie keinen Verhandlungsspielraum gegenüber den Kunden, die über den Preis verhandeln wollen. Dennoch ist sie Vertreterin, weil die Geschäftsleitung im Hinblick auf das konkrete Geschäft gegenüber dem jeweiligen Kunden keinen eigenständigen Willen bilden konnte und daher die Abgabe der Erklärung der Verkäuferin überlassen musste.

bb) Kennzeichnend für die Stellvertretung ist also nicht der eigene Entscheidungsspielraum, sondern der Umstand, dass der Vertreter für einen anderen in dessen Namen auftritt, aber eine *eigene* Willenserklärung abgibt. Durch die Abgabe einer eigenen Erklärung unterscheidet sich der Vertreter vom Boten, der lediglich eine *fremde* Erklärung überbringt.

AL-Klausurtipp: **Bei der Abgrenzung des Vertreters vom Boten ist das *äußere Erscheinungsbild* entscheidend, wie also der Handelnde gegenüber dem Geschäftsgegner aufgetreten ist**: Hat er vorgegeben, den Inhalt der Erklärung selbst beeinflussen zu können, so ist er auch dann Vertreter, wenn er dies in Wirklichkeit gar nicht kann. Ob er den Hintermann durch diese Erklärung wirksam verpflichten kann, ist ausschließlich eine Frage der Vertretungsmacht (BGHZ 12, 327, 334; MünchKomm/Schramm Rz. 44 vor § 164; Palandt/Heinrichs Rz. 11 vor § 164 m.w.N.).

Auch bei der Frage, ob der Handelnde als Vertreter oder als Bote aufgetreten ist, ist die Erklärung des Handelnden vom Empfängerhorizont auszulegen. Dabei müssen auch außerhalb der Erklärung liegende Umstände wie z.B. die soziale Stellung oder die Qualifikation des Handelnden berücksichtigt werden.

Beispiel: Tritt bei einem bedeutsamen Vertragsschluss ein leitender Angestellter auf, spricht dessen Leitungsfunktion für seine Vertreterstellung. Tritt ein Auszubildender auf, so wird es sich um einen Boten handeln.

cc) Die Abgrenzung zwischen Stellvertreter und Boten wird insbesondere in den Fällen relevant, in denen der Handelnde nach außen hin anders aufgetreten ist, als er es aufgrund der internen Vereinbarung mit dem Hintermann hätte tun sollen. Dabei lassen sich 2 Fallgruppen unterscheiden:

(1) **Hält sich die Hilfsperson im Rahmen ihrer Befugnisse, so wird der Hintermann aus der abgegebenen Erklärung wirksam verpflichtet, unabhängig davon, ob der Handelnde als Bote oder als Vertreter aufgetreten ist.**

(a) **Der Bote geriert sich als Vertreter**: Der Hintermann hat durch die Erteilung der Botenmacht zu erkennen gegeben, in welchem Umfang er sich verpflichten will. Hält der Handelnde diesen Umfang ein, so ist es für die Wirksamkeit der Erklärung ohne Bedeutung, wie die Erklärung übermittelt wird. **Die erteilte Botenmacht deckt auch das Auftreten als Vertreter**. Folge: Das Geschäft ist auch ohne Genehmigung i.S.d. § 177 wirksam (MünchKomm/Schramm Rz. 47 a vor § 164; Medicus BR Rz. 78).

(b) **Der Vertreter geriert sich als Bote**: Hier stehen wir vor einem formalen Problem: Der Geschäftsherr hatte noch keine eigene Willenserklärung abgegeben, da er dies dem Vertreter überlassen wollte. Dieser hat jedoch gegenüber dem Geschäftsgegner so getan, als würde er eine bereits fertige Erklärung überbringen, so dass letztlich weder der Hintermann noch der Vertreter eine Willenserklärung abgegeben haben. **Dennoch ist die übermittelte Erklärung wirksam, da es dem Geschäftsherrn egal ist, in welcher Form er verpflichtet wird, wenn der Handelnde den ihm eingeräumten Spielraum einhält** (MünchKomm/Schramm Rz. 49 vor § 164; Medicus BR Rz. 79; Flume § 43, 4).

(2) **Tritt der Handelnde anders als vereinbart auf und überschreitet er gleichzeitig seine Kompetenzen, so wirkt das Geschäft gemäß § 177 I zunächst nicht gegen den Hintermann, doch kann dieser das Geschäft durch Genehmigung gemäß § 177 II wirksam werden lassen und an sich ziehen.**

(a) **Der Bote tritt als Vertreter auf und überschreitet seine Botenmacht**: Hier gelten die Regeln der **§§ 177 ff.** über den Vertreter ohne Vertretungsmacht, da der Handelnde als Vertreter nach außen aufgetreten ist und daher auch so behandelt wird (MünchKomm/Schramm Rz. 50 vor § 164; Medicus BR Rz. 78). Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Handelnde bewusst oder unbewusst von seinen Weisungen abweicht.
Neben der Vertreterhaftung aus § 179 kommt noch eine Haftung des Geschäftsherrn aus culpa in contrahendo gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 i.V.m. § 278 in Betracht, wenn der Geschäftsherr den Handelnden in die Vertragsverhandlungen eingeschaltet hat und dieser schuldhaft gehandelt hat.

(b) **Der Vertreter tritt als Bote auf und übermittelt eine Erklärung, die von seiner Vertretungsmacht nicht gedeckt ist**. Hier gelten die **§§ 177 – 179 entsprechend**, wobei auch hier der Geschäftsherr nach den Regeln der c.i.c. haften kann (MünchKomm/Schramm Rz. 51 vor § 164; Medicus BR Rz. 79, 80; Flume § 43, 4).

3) **Der Vertreter tritt *im Namen des Vertretenen* auf**: **Das Offenkundigkeitsprinzip**

a) **Der Vertreter muss gemäß § 164 I gegenüber dem Geschäftsgegner offenlegen, dass er nicht für sich selbst, sondern für einen Dritten handelt, damit der Geschäftsgegner erkennen kann, wen die Folgen der abgegebenen Erklärung treffen**, wer z.B. sein Vertragspartner wird. Die Person des Vertragspartners spielt nicht nur bei Kreditgeschäften im Hinblick auf die Solvenz des Vertragspartners eine Rolle, sondern auch bei anderen Geschäften im Hinblick auf die Person des Anfechtungsgegners gemäß § 143 oder bezüglich der Frage, wer ein gemäß § 346 I vertraglich vorbehaltenes Rücktrittsrecht ausüben kann.

b) **Der Vertreter muss bei der Stellvertretung nicht unbedingt den Namen des Vertretenen nennen. Es genügt gemäß § 164 I 2, dass sich die Fremdwirkung der Erklärung aus den äußeren Umständen ergibt** (BGH WM 1985, 451; MünchKomm/Schramm § 164 Rz. 18; Palandt/Heinrichs § 164 Rz. 1). Es gelten die Regeln über die Auslegung von Willenserklärungen gemäß den **§§ 133, 157**: Danach ist nicht nur zu entscheiden, *ob* der Vertreter für einen anderen handelt, sondern auch die Frage zu beantworten, *für wen* der Vertreter handelt. Dabei lassen die dem Geschäft

zugrundeliegenden Lebensverhältnisse, die Interessenlage, der Geschäftsbereich und die typischen Verhaltensweisen einen Schluss auf eine Fremdwirkung der Erklärung zu. Ausreichend ist, dass die Person des Vertretenen mittelbar bestimmt werden kann.

Beispiel: Wer für den Inhaber eines Gewerbebetriebs handelt, verpflichtet den jeweiligen Inhaber des Betriebs; Ein Irrtum des Geschäftsgegners über die Person des Inhabers ist irrelevant, so z.B., ob der Geschäftsgegner den Vertreter selbst für den Inhaber des Gewerbebetriebs hält. § 164 II gilt in diesen Fällen nicht, da die Person des Vertretenen nicht zweifelhaft ist (BGH NJW 1992, 1380, 1381; 1990, 2678; 1983, 1844, 1845; K. Schmidt JuS 1987, 425, 428; MünchKomm/Schramm § 164 Rz. 19, 23).
Gegenbeispiel: Eltern schließen Behandlungsverträge mit Ärzten zugunsten ihrer Kinder regelmäßig im eigenen Namen, nicht im Namen der zu behandelnden Kinder ab. Auch der alleinverdienende Ehegatte schließt einen Behandlungsvertrag zugunsten des anderen ausschließlich im eigenen Namen ab. Im umgekehrten Fall schließt der nicht berufstätige Ehegatte den Behandlungsvertrag im eigenen Namen, verpflichtet aber über § 1357 auch den alleinverdienenden Ehegatten (BGHZ 47, 81).

c) **Die Regeln der Stellvertretung gelten auch, wenn der Vertreter nach außen klar stellt, dass er für einen anderen handelt, aber die Person des Vertretenen zunächst offen lässt**. Dabei handelt es sich nicht um ein Geschäft für den, den es angeht, da dem Geschäftsgegner die Person des Vertragspartners nicht gleichgültig ist; die Person steht nur noch nicht fest (BayObLGZ 1983, 275, 278; MünchKomm/Schramm § 164 Rz. 18 m.w.N.). Gelingt es jedoch dem Vertreter später nicht, den Vertretenen zu benennen, so haftet er selbst gemäß § 179 (MünchKomm/Schramm § 164 Rz. 20; Palandt/Heinrichs § 164 Rz. 1; Medicus AT Rz. 916).
Beispiel: Der Baubetreuer schließt mit Handwerkern Verträge im Namen der künftigen Eigentümer, die in die Bauherrengemeinschaft eintreten wollen. Dies verpflichtet die künftigen Eigentümer. Findet sich jedoch kein Interessent für den Eigentumserwerb, so haftet der Baubetreuer als Vertreter ohne Vertretungsmacht nach § 179 (BGH NJW 1989, 164).

d) Auf der anderen Seite kommt neben der Haftung des Geschäftsinhabers eine Eigenhaftung des Vertreters in Betracht, wenn er durch sein Auftreten den Eindruck erweckt hat, er selbst sei allein oder gemeinsam mit anderen Träger des Unternehmens, das in unbeschränkter persönlicher Haftung betrieben werde (BGH NJW 1990, 2678, 2679).
Beispiel: Der Geschäftsführer einer GmbH haftet nach den Regeln der Rechtsscheinhaftung neben der GmbH, wenn er entgegen § 4 II GmbHG ohne den GmbH-Zusatz zeichnet und daher den Eindruck erweckt, entweder er persönlich oder die Gesellschaft hafte in unbeschränkter Höhe (BGHZ 62, 216, 220).

e) **Das Handeln unter fremdem Namen**

Hier tritt der Handelnde zwar in einem fremden Namen, aber nicht als Vertreter auf, weil er behauptet, mit dem Namensträger identisch zu sein; **er benutzt also einen fremden Namen als eigenen**. Wie wir oben aber bereits angesprochen haben, schützt das Offenkundigkeitsprinzip den Geschäftsgegner dahingehend, dass dieser erfahren soll, wer sein Vertragspartner wird. Die Ergebnisse der einzelnen Fallgruppen hängen von der Schutzwürdigkeit des Geschäftsgegners ab, wie dieser das Verhalten des Handelnden verstehen durfte. Wiederum muss durch Auslegung ermittelt werden, wer Vertragspartei geworden ist, wobei es nur auf den Horizont des Empfängers, nicht auf den Willen des Handelnden ankommt. **Das Ergebnis hängt davon ab, ob der Name oder die handelnde Person den Geschäftsgegner zum Vertragsschluss bewogen hat**:

aa) **Der Vertreter hat Vertretungsmacht und unterzeichnet den Vertrag mit dem Namen des Vertretenen, ohne die Stellvertretung (z.B. durch i.V.-Zusatz) offenzulegen**. Hier kommt der Vertrag mit dem Vertretenen zustande. Hat der Vertreter ohne Vertretungsmacht gehandelt, so gelten die §§ 177 ff.: Das Geschäft ist zunächst gemäß § 177 I schwebend unwirksam, doch kann der Vertretene das Geschäft genehmigen und dadurch an sich ziehen.

bb) **Der Handelnde will das Geschäft für sich selbst abschließen und der Geschäftsgegner will auch mit ihm den Vertrag schließen**. Obwohl hier der Handelnde einen anderen Namen benutzt, wird er selbst aus der Erklärung berechtigt und verpflichtet. Da der Geschäftsgegner mit dem Namen keine andere Person verbunden hat als die, die vor ihm stand, spielte der Name keine Rolle = **Eigengeschäft unter falschem Namen**. Der Namensträger kann das Geschäft nicht durch Genehmigung an sich ziehen (Palandt/Heinrichs § 164 Rz. 10, 12; MünchKomm/Schramm § 164 Rz. 38).

Beispiel: Um einen Ehebruch zu verschleiern, trägt sich der Chef mit seiner Sekretärin im Hotel unter falschem Namen ein. Hier wird ausschließlich der Chef aus seiner Erklärung berechtigt und verpflichtet. Die §§ 177 ff. gelten nicht (zum strafrechtlichen Problem, ob darin eine Urkundenfälschung liegt, lesen Sie bitte Langels, StGB BT 2 41 II 3 a aa).

cc) **Der Geschäftsgegner verbindet mit dem Namen eine bestimmte Person und will den Vertrag auch nur mit dieser Person abschließen, die aber nicht mit dem Handelnden identisch ist**. Hier handelt es sich nicht um ein Eigengeschäft des Handelnden, sondern um ein Geschäft mit Wirkung für den Namensträger, bei dem die §§ 177 ff. gelten: Der Namensträger ist zunächst mangels Vertretungsmacht des Handelnden nicht wirksam verpflichtet worden, kann aber das gemäß § 177 I schwebend unwirksame Geschäft gemäß § 177 II genehmigen und an sich ziehen. Tut er dies nicht, haftet der Handelnde als Vertreter ohne Vertretungsmacht gemäß § 179 I (BGH NJW 2011, 2421).

Beispiel: Um in einer Universitätsstadt eine Wohnung mieten zu können, bezeichnet sich der Student S als Sohn des bekannten Hochschulprofessors H. Hier kann der Sohn des H den Mietvertrag durch Genehmigung an sich ziehen, wenn der Vermieter nur an den Sohn des H hatte vermieten wollen.

f) Das Geschäft für den, den es angeht

Das Geschäft für den, den es angeht, ist eine Ausnahme zum Offenkundigkeitsprinzip. Hier gibt der Handelnde nicht nach außen hin zu erkennen, ob er für sich oder für einen Dritten handelt, doch ist dies dem Geschäftsgegner auch gleichgültig, so dass dieser denjenigen als seinen jeweiligen Vertragspartner akzeptiert, den das Geschäft letztlich angeht. **Die Folgen der Erklärung treffen ausschließlich den Geschäftsherrn; die §§ 177 ff. gelten nicht**.

AL-Klausurtipp: Das Geschäft für den den es angeht, liegt unter 3 Voraussetzungen vor:

aa) **Dem Geschäftsgegner ist die Person seines Vertragspartners gleichgültig**. Der Hauptanwendungsfall ist das Geschäft des täglichen Lebens; darunter fallen zum einen Alltagsgeschäfte für den täglichen Lebensbedarf, aber auch Geschäfte größeren Umfangs, die für den Geschäftsgegner alltäglich sind. So ist auch der Kauf einer Stereoanlage zum Preis von 10.000 Euro für den Verkäufer ein alltägliches Geschäft und damit gegebenenfalls ein Geschäft für den, den es angeht. Hat der Verkäufer die Gegenleistung, also in der Regel den Kaufpreis, erhalten, so will er sich nur von seiner eigenen Leistungspflicht befreien, ohne sich für die Person seines Vertragspartners zu interessieren. Wie die Erfüllung vonstatten geht, insbesondere, wer letztlich Eigentümer der Kaufsache wird, ist dem Verkäufer egal, solange er befreiend leistet (MünchKomm/Schramm § 164 Rz. 47 ff.; Soergel/Leptien § 164 Rz. 36; jeweils m.w.N.).

Auch das schuldrechtliche Geschäft ist regelmäßig auf den bezogen, den es angeht (BGH WM 1973, 869, 870; Erman/Brox § 164 Rz. 9; Medicus BR Rz. 90; K. Schmidt, JuS 1987, 425, 429). Der Geschäftsgegner hat sein Geld erhalten, so dass ihm auch hier die Person seines Vertragspartners gleichgültig sein kann. Bei der Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen muss sich der Anspruchsteller als Berechtigter legitimieren, wobei er dies durch Vorlage der Quittung oder bei Massengeschäften durch Vorlage der fehlerhaften Ware tun kann.

bb) **Der Handelnde wollte das Geschäft mit Wirkung für den Vertretenen abschließen**. Dazu genügt nicht allein der innere Wille des Handelnden; es ist zusätzlich erforderlich, dass ein mit den Verhältnissen vertrauter objektiver Dritter – wenn auch nicht der Vertragspartner – die Fremdwirkung der Erklärung erkennen kann (K. Schmidt, JuS 1987, 425, 429). **Indizien für diese Fremdwirkung sind, dass die Ware mit Mitteln des Geschäftsherrn erworben wurde oder dass der Handelnde im Umgang mit der Ware die getroffenen Vereinbarungen einhält**. Die dadurch erreichte Offenkundigkeit schützt hier nicht den Geschäftsgegner, dem die Fremdwirkung regelmäßig verborgen bleiben wird, sondern den Rechtsverkehr in der Zuordnung von Rechten und Pflichten. Ist die erforderliche Fremdwirkung nicht erkennbar, so wird der Handelnde selbst – auch gegen seinen Willen – Vertragspartei; er kann sich auch nicht dadurch vom Vertrag lösen, dass er den Geschäftsherrn als Vertragspartei bestimmt.

cc) **Der Handelnde muss Vertretungsmacht haben**, also das Recht, mit Wirkung für und gegen den Hintermann zu handeln; ansonsten gelten die §§ 177 ff..

Bei Verfügungen muss für das Geschäft für den, den es angeht, noch hinzukommen, dass der Veräußerer dem Erwerber die Sache übergibt. Wie wir eingangs bereits gesehen haben, kann die Hilfsperson im Rahmen der Besitzübertragung nicht in ihrer Eigenschaft als Vertreter auftreten, da es sich bei der Besitzverschaffung um einen *Realakt* handelt, bei dem die Regeln über Willenserklärungen nicht gelten; die Hilfsperson kann aber als *Besitzdiener* gemäß § 855 oder als *Besitzmittler* gemäß § 868 fungieren. Das im Rahmen des § 868 erforderliche Besitzmittlungsverhältnis zwischen dem Erwerber und der Hilfsperson kann entweder antizipiert vereinbart werden oder durch gestattetes Insichgeschäft erfolgen. Die damit verbundenen Fragen (Direkterwerb des Geschäftsherrn oder Durchgangserwerb des Handelnden?) gehören ins Sachenrecht und werden in Sachenrecht I § 7 II ausführlich besprochen.

g) **Mittelbare Stellvertretung**

Hier nimmt der Handelnde ein Rechtsgeschäft im eigenen Namen, aber im Interesse eines Dritten und auch auf dessen Rechnung vor. Schulbeispiel für die mittelbare Stellvertretung ist der **Kommissionär**, der gemäß § 383 HGB für einen anderen (= Kommittent) gewerbsmäßig Waren oder Wertpapiere im eigenen Namen, aber auf Rechnung des Kommittenten kauft oder verkauft. **Der mittelbare Stellvertreter wird selbst Vertragspartei, er allein ist aus dem von ihm abgeschlossenen Vertrag berechtigt und verpflichtet**. Dabei ergibt sich aber aus der mit dem Hintermann getroffenen Vereinbarung, ob und in welchem Umfang er verpflichtet ist, das Erlangte herauszugeben und er berechtigt ist, Ersatz seiner Aufwendungen zu verlangen.

Nimmt der mittelbare Stellvertreter die ihm aus dem Geschäft geschuldeten Leistungen entgegen, so wird er Eigentümer. Eine Übereignung an den Hintermann kann nach § 929, 1 oder auch gemäß den §§ 929, 930 erfolgen, wobei dem mittelbaren Stellvertreter das Selbstkontrahieren entweder ausdrücklich gestattet wurde oder es zulässig ist, weil es in Erfüllung der Verpflichtung aus dem Grundgeschäft erfolgt.

h) **§ 164 II: Eigengeschäft des Vertreters**

Fall: Der Stellvertreter S sollte im Namen des Hintermannes H eine Erklärung abgeben, hatte aber vergessen, die Fremdwirkung offenzulegen. Als sein Geschäftsgegner G ihn persönlich aus dem Vertrag in Anspruch nehmen will, möchte S seine Erklärung gemäß § 119 I anfechten, weil er nicht für sich, sondern für einen anderen hatte handeln wollen und er daher eine Erklärung mit diesem Inhalt niemals abgeben wollte.

Geht der Wille zur Fremdwirkung weder aus der Erklärung des Handelnden noch aus den äußeren Umständen hervor, so wird der Handelnde selbst aus seiner Erklärung berechtigt und verpflichtet. Es handelt sich um ein Eigengeschäft des Handelnden, da die Voraussetzungen des § 164 I nicht vorliegen. Diese Konsequenz wird durch § 164 II noch einmal betont, wobei § 164 II noch einen Schritt weiter geht: Obwohl der Vertreter eine derartige, ihm selbst verpflichtende Erklärung gar nicht abgeben wollte und daher eigentlich die Voraussetzungen des § 119 I vorliegen, kann der Vertreter seine Erklärung nicht mit der Begründung anfechten, er habe sich selbst nicht verpflichten wollen (BGH NJW -RR- 1992, 1010, 1011; MünchKomm/Schramm § 164 Rz. 54 m.w.N.). Der Handelnde bleibt also an seine Erklärung gebunden. Dies hat andererseits zur Folge, dass das Geschäft nicht gemäß den §§ 177 ff. schwebend unwirksam ist und vom Vertretenen auch nicht durch Genehmigung gemäß § 177 II an sich gezogen werden kann.

Wehrt sich der Handelnde gegen seine eigene Inanspruchnahme aus dem Geschäft, so muss er beweisen, dass er für einen anderen gehandelt hat; erst dann haftet er gemäß § 164 II nicht selbst. Zudem muss er die erforderliche Vertretungsmacht beweisen, um der Haftung als *falsus procurator* gemäß § 179 zu entgehen.

Hatte der Vertreter das Geschäft selbst abschließen wollen, aber bewusst im fremden Namen gehandelt (z.B. weil der Verkäufer an den Vertreter persönlich nicht hätte verkaufen wollen), so ist der Vertretene Vertragspartner und das Geschäft zunächst gemäß § 177 I schwebend unwirksam, kann aber nach § 177 II vom Vertretenen genehmigt werden.

4) **Der Vertreter verfügt über die erforderliche *Vertretungsmacht***.

Zum Schutz des Vertretenen ist die in seinem Namen abgegebene Willenserklärung nur wirksam, wenn der Vertreter die Macht hatte, den Vertretenen rechtsgeschäftlich zu verpflichten. Die Vertretungsmacht ist also das rechtliche Können, Willenserklärungen mit Wirkung für und gegen einen Dritten abgeben zu können. Diese Vertretungsmacht kann auf folgenden Faktoren beruhen:

a) **Vollmacht**: Die durch einseitiges Rechtsgeschäft vom Vertretenen gemäß § 167 I erteilte Vertretungsmacht heißt Vollmacht. Die Bevollmächtigung muss zeitlich vor der Vornahme des Rechtsgeschäfts durch den Vertreter liegen; die anschließende Genehmigung gemäß § 177 II ist keine Bevollmächtigung.

b) **Gesetz**: Das Gesetz räumt den gesetzlichen Vertretern unmittelbar (§§ 1626, 1629) oder nach erfolgter gerichtlicher Bestellung mittelbar (§§ 1793, 1902) die Befugnis ein, den zu vertreten, der für sich selbst (noch) nicht rechtsgeschäftlich handeln kann. Dies gilt auch für die gesetzlichen Vertreter, denen durch das Gesetz eine Vermögensmasse zur Verwaltung anvertraut wurde (§ 80 InsO / Insolvenzverwalter; § 1960 / Nachlasspfleger). Nur die Testamentsvollstreckung beruht gemäß den §§ 2197, 2299 auf einem Rechtsgeschäft, einem Testament oder Erbvertrag. In jedem Fall handelt es sich um eine gesetzliche Stellvertretung, da die Wirkung der Stellvertretung auch dann eintritt, wenn sie von den Betroffenen nicht gewollt ist.

c) **Organschaftliche Vertretungsmacht** haben die Organe juristischer oder quasijuristischer Personen, die durch Satzung oder Gesellschaftsvertrag zu Organen der Gesellschaft bestellt wurden. **Beispiele**: §§ 26 II: Vereinsvorstand; 78 I AktG: Vorstand der AG; 35 I GmbHG: Geschäftsführer der GmbH; 125 HGB: Gesellschafter der OHG; 161 II, 125 HGB: Komplementär der KG.

Auch hier gelten die Regeln über die Stellvertretung mit der Besonderheit, dass sich die Gesellschaft nicht nur die von den Organen in ihrem Namen abgegebenen Willenserklärungen gemäß den §§ 164 ff. zurechnen lassen muss, sondern über § 31 auch deren zum Schadensersatz verpflichtende Handlungen, die ihre Organe im Zuge der ihnen übertragenen Verrichtung vorgenommen haben.

II. Die Erteilung der Vollmacht gemäß § 167

Vollmacht ist die rechtsgeschäftlich erteilte Vertretungsmacht. Die Vollmacht wird durch einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung erteilt (MünchKomm/Schramm § 167 Rz. 3; Soergel/ Leptien § 167 Rz. 4). Eine Annahme durch den Vertreter ist nicht erforderlich. Vollmacht kann durch jede rechts- und geschäftsfähige Person erteilt werden. Bei Personengesellschaften wird sie durch die vertretungsberechtigten Gesellschafter, bei juristischen Personen durch deren Organe erteilt.

1) **§ 167 I, 1. Alt. / Innenvollmacht**: **Bei der Innenvollmacht erfolgt die Bevollmächtigung durch Erklärung gegenüber dem Vertreter**. Der Vollmachtgeber schafft gegenüber dem Geschäftsgegner keinen Vertrauenstatbestand, da er mit ihm gar nicht in Kontakt tritt. Der Geschäftsgegner hat allein das Wort des Vertreters und muss sich bei nicht bestehender bzw. widerrufener Vollmacht gemäß § 179 an den Vertreter halten.
Beispiel: Geschäftsherr G erklärt gegenüber seinem Sohn V, dieser sei befugt, beim Weinhändler H eine Kiste Wein bis zum Preis von 100 Euro im Namen des G zu kaufen und dies auf die Rechnung des G setzen zu lassen.

2) **§ 167 I, 2. Alt. / Außenvollmacht**: **Bei der Außenvollmacht erklärt der Geschäftsherr gegenüber dem Geschäftsgegner, dass ein Dritter ihn ab jetzt in einem bestimmten Umfang vertreten darf**. Hier hat der Vollmachtgeber durch seine Erklärung gegenüber dem Geschäftsgegner einen Vertrauenstatbestand geschaffen; auch wenn der Vollmachtgeber die Vollmachtserteilung intern gemäß den §§ 168, 3; 167, 1. Alt. widerruft, bleibt die Vollmacht gegenüber dem gutgläubigen Geschäftsgegner gemäß § 170 solange bestehen, bis sie auch im Außenverhältnis widerrufen wird.
Beispiel: G ruft beim Weinhändler H an und erklärt, sein Sohn habe (durch diesen Telefonanruf!) das Recht, bei H im Namen des G auf dessen Rechnung eine Kiste Wein bis zum Preis von 100 Euro zu kaufen.

3) **§§ 171, 172 / Nach außen bekanntgemachte Innenvollmacht**: Hier hat der Vollmachtgeber gegenüber dem Geschäftsgegner erklärt, dass er seinen Vertreter intern bereits bevollmächtigt hat. Es handelt sich so gesehen nicht um eine Vollmachts*erteilung*, da die Vertretungsmacht ja bereits durch Innenvollmacht erteilt worden ist. Die nach außen bekanntgemachte Innenvollmacht hat aber für den Widerruf Bedeutung, da sie gegenüber dem gutgläubigen Geschäftsgegner so lange wirksam bleibt, wie sie nicht ihm gegenüber widerrufen wird (dazu unten VI 2 b).
Beispiel: G ruft den Weinhändler an und erklärt, er habe am Vortag seinem Sohn bereits Vollmacht erteilt. Er wolle dies nur noch einmal gegenüber W bestätigen, damit es keine Missverständnisse gibt.

4) **Öffentliche Bekanntmachung**: Nicht gesetzlich geregelt, aber zulässig ist die Vollmachtserteilung durch öffentliche Bekanntmachung an einen unbestimmten Personenkreis, dass durch diese - Bekanntmachung einem Dritten Vertretungsmacht eingeräumt wird. Die Besonderheit bei dieser Form der Vollmachtserteilung besteht darin, dass die Erteilung der Vollmacht in gleicher Form widerrufen werden muss.
Beispiel: Der Vollmachtgeber erklärt in einer Zeitungsanzeige, dass er seinen Sohn zu allen Geschäften bevollmächtige, die der Betrieb seines Geschäfts mit sich bringt.

III. Die Form der Vollmachtserteilung

1) **Gemäß § 167 II muss die Vollmacht nicht in der Form erfolgen, die für das Grundgeschäft bestimmt ist, das der Vertreter im Namen des Vollmachtgebers schließen soll**.
Beispiel: Die Vollmacht zum Kauf oder Verkauf eines Grundstücks kann formlos erteilt werden, obwohl der Vertreter bei Abschluss des Kaufvertrags die Form des § 311 b I wird einhalten müssen, um einen wirksamen Vertrag schließen zu können.

   Die Formlosigkeit der Vollmachtserteilung lässt sich damit begründen, dass die Vollmachtserteilung noch keine unmittelbare Rechtsänderung herbeiführt, jederzeit widerrufen werden kann und der Vollmachtgeber durch die Erteilung der Vollmacht noch nicht in gleicher Weise wie durch das vom Vertreter vorzunehmende Grundgeschäft gebunden ist.
Beispiel: Wer den Vertreter zum Verkauf eines Grundstücks bevollmächtigt, ist allein durch die Vollmachtserteilung noch nicht zur Übereignung des Grundstücks verpflichtet.

2) **Die Rechtsprechung nimmt aber eine teleologische Reduktion des § 167 II vor, wenn sich der Vollmachtgeber durch die Vollmachtserteilung bereits in gleicher Weise gebunden hat wie durch den Abschluss des Grundgeschäfts selbst**: In derartigen Fällen muss die Erteilung der Vollmacht in der Form erfolgen, die gesetzlich für das jeweilige Rechtsgeschäft vorgesehen ist.

   Beispiele: Die Bevollmächtigung des Vertreters muss in der Form des § 311 b I erfolgen,

   – wenn die Vollmacht unwiderruflich erteilt wurde, weil es jetzt nur noch vom Vertreter abhängt, ob, wann und an wen der Vertretene das Grundstück verkaufen muss, ohne dass der Vertretene den Verkauf noch verhindern kann (BGH NJW 1979, 2306; WM 1974, 1230; Palandt/Heinrichs § 167 Rz. 2).

   – wenn die Vollmachtserteilung zwar widerrufen werden kann, der Vollmachtgeber dadurch aber derartige Rechtsnachteile erleiden wird, dass er die Vollmacht als vernünftig denkender Mensch nicht widerrufen wird (BGH NJW 1971, 93; MünchKomm/Schramm § 167 Rz. 18 a; Medicus AT Rz. 929; ausführlich Langels, Schuldrecht BT 1 § 36 I 2).
Beispiel: Der Eigentümer hat einen Makler bevollmächtigt, sein Grundstück zu verkaufen. Für den Fall des Widerrufs wird eine Vertragsstrafe vereinbart, die so hoch ist, dass der Eigentümer die Vollmacht nicht widerrufen wird. Die Vereinbarung eines angemessenen Aufwendungsersatzes ist jedoch formlos möglich.

   – wenn der Bevollmächtigte vom Verbot des Insichgeschäfts nach § 181 befreit wurde und der Vollmachtgeber sich bereits durch die Vollmachtserteilung im konkreten Einzelfall rechtlich gebunden hat (BGH LM § 313 Nr. 2; NJW 1979, 2306; 2307; MünchKomm/Schramm § 167 Rz. 19 b; Staudinger/Dilcher § 167 Rz. 22).

3) Auch die Bevollmächtigung zur Abgabe einer Schenkungsofferte oder einer Bürgschaftserklärung bedürfen gemäß § 167 II nicht der Form der §§ 518 I, 766, 1, doch sollte man auch hier entgegen § 167 II eine notarielle Beurkundung (§ 518 I) bzw. Schriftform (§ 766, 1) verlangen, da die gesetzlich vorgeschriebene Warnfunktion der Form durch eine mündlich mögliche Bevollmächtigung unterlaufen werden würde (dazu Langels, Schuldrecht BT 2 § 60 I 3).

4) **Musste die Vollmacht nach den o.g. Regeln in einer bestimmten Form erteilt werden, so ist die mündlich erteilte Vollmacht gemäß § 125, 1 nichtig und das durch den Vertreter abgeschlossene Rechtsgeschäft gemäß den §§ 177 ff. schwebend unwirksam**. Der Vertretene kann das Rechtsgeschäft aber gemäß § 177 II genehmigen und dadurch gemäß § 184 I rückwirkend wirksam werden lassen, wobei die Genehmigung nach dem Wortlaut des § 182 II nicht in der Form erfolgen muss, in der die Vollmacht hätte erteilt werden müssen. Entgegen § 182 II muss die Genehmigung aber in den Fällen in der Form erfolgen, die gesetzlich für das Vertretergeschäft vorgeschrieben ist, wenn die gesetzlich vorgeschriebene Form vor übereilten Entscheidungen bewahren will. Muss schon die (den Vertretenen noch nicht bindende!) Bevollmächtigung nach den o.g.

Regeln formgerecht erteilt werden, so muss die (den Vertretenen bindende!) Genehmigung erst recht in der jeweiligen Form erfolgen!

Der Formmangel der Vollmachtserteilung kann gemäß den §§ 311 b I 2; 518 II; 766, 3 auch durch Heilung überwunden werden, wenn der Vertretene (!) das Geschäft vollzieht (Soergel/Leptien § 167 Rz. 14). Die wirksame Verfügung kann – allerdings nur mit ex-nunc-Wirkung – die unwirksame Verpflichtung heilen.

Da § 167 II für die Vollmachtserteilung keine bestimmte Form vorsieht, kann die Vollmacht auch konkludent erteilt werden; eine Ausnahme gilt gemäß § 48 I HGB für die Prokura, die nur ausdrücklich erteilt werden kann. Eine schlüssig erteilte Innenvollmacht ist insbesondere dann anzunehmen, wenn dem Vertreter Aufgaben übertragen werden, die er nur dann ordnungsgemäß erledigen kann, wenn er dabei den Geschäftsherrn nach außen hin vertreten kann. Der Umfang der Vertretungsmacht muss im Wege der Auslegung gemäß den §§ 133, 157 ermittelt werden und bestimmt sich danach, welche Schlüsse der Vertreter aus dem Verhalten des Vollmachtgebers ziehen darf bzw. welche Aufgaben dem Vertreter übertragen wurden.
Beispiele: Die Einstellung als Verkäuferin erhält die konkludente Innenvollmacht, im Namen des Chefs Kaufverträge abzuschließen. Auch der Umstand, dass jemand bestimmte Aufgaben eigenverantwortlich wahrnimmt oder ihm Briefbögen mit Firmenaufdruck oder Stempel überlassen werden, kann eine Vollmachtserteilung bedeuten, wenn der Geschäftsherr deren Verwendung zu geschäftlichen Zwecken duldet (BGH NJW 1955, 985).

IV. Die Arten der Vollmacht

1) Der Umfang der Vollmacht

a) **Spezialvollmacht**: Der Bevollmächtigte soll nur ein bestimmtes Rechtsgeschäft erledigen. Nach dessen Abschluss wird die Vollmacht erlöschen.

b) **Gattungsvollmacht**: Der Bevollmächtigte hat für einen bestimmten Kreis von Rechtsgeschäften Vertretungsmacht.

c) **Generalvollmacht**: Der Bevollmächtigte hat für jedes Geschäft Vertretungsmacht, das durch einen Stellvertreter abgeschlossen werden kann.

2) Die Anzahl der vertretungsberechtigten Personen

a) **Einzelvollmacht**: Der Bevollmächtigte kann allein den Geschäftsherrn vertreten.

b) **Gesamtvollmacht**: Hier sind nur mehrere (mindestens 2) Gesamtvertreter gemeinsam in der Lage, den Geschäftsherrn zu verpflichten. Durch die Notwendigkeit ihres Zusammenwirkens soll ein Machtmissbrauch des einzelnen Vertreters verhindert werden, da jeder Gesamtvertreter den anderen kontrolliert. Ob der Geschäftsherr mehreren Vertretern jeweils Einzel- oder Gesamtvollmacht erteilt hat, muss vom Horizont der Vertreter her durch Auslegung ermittelt werden.
Die Mitwirkungsakte aller Gesamtvertreter sind rechtlich gleichwertig. Das Rechtsgeschäft ist daher bereits dann nichtig oder anfechtbar, wenn auch nur in der Person eines der Gesamtvertreter ein Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrund vorliegt. Auch das Kennen oder Kennenmüssen eines Umstandes durch einen Gesamtvertreter wirkt gemäß § 166 I gegen den Geschäftsherrn.
Bei der Passivvertretung gemäß § 164 III wird der Zugang an den Geschäftsherrn bereits dadurch bewirkt, dass die Erklärung einem der Gesamtvertreter zugeht.

3) **Hauptvollmacht und Untervollmacht**

a) **Hauptvollmacht**: Ist der Geschäftsherr an einer Vornahme des Geschäfts durch den unmittelbar von ihm bevollmächtigten Vertreter nicht interessiert, so kann er diesem in der Vollmachtserklärung ausdrücklich oder konkludent gestatten, einem Dritten Untervollmacht zu erteilen.

b) **Untervollmacht**: Bei der Erteilung der Untervollmacht bestehen 2 Möglichkeiten:

aa) Der Hauptbevollmächtigte bevollmächtigt den Dritten im Namen des Vertretenen, diesen unmittelbar zu verpflichten. Der Unterbevollmächtigte tritt im Namen des Geschäftsherrn auf. Das Geschäft geht daher „am Hauptbevollmächtigten vorbei" und wirkt unmittelbar für und gegen den Geschäftsherrn.

bb) Der Hauptbevollmächtigte tritt gegenüber dem Unterbevollmächtigten im eigenen Namen auf und bevollmächtigt ihn, im Namen des Hauptbevollmächtigten aufzutreten. Da dieser aber selbst Vertreter des Geschäftsherrn ist, wirkt das Vertretergeschäft des Unterbevollmächtigten „durch den Hauptbevollmächtigten hindurch" unmittelbar gegen den Geschäftsherrn (BGHZ 32, 254).
Durch diese Konstruktion soll verhindert werden, dass der Unterbevollmächtigte für Mängel der Hauptvollmacht nach § 179 einstehen muss. Solange die Erteilung der Untervollmacht wirksam ist, kann und muss sich der Geschäftsgegner an den Hauptbevollmächtigten halten.

V. Der Umfang der Vertretungsmacht

Bei der Frage, in welchem Umfang der Vertreter den Vertretenen verpflichten kann, müssen Sie zwischen der rechtsgeschäftlich erteilten Vollmacht und der gesetzlichen bzw. organschaftlichen Vertretungsmacht unterscheiden:

1) **Der Umfang der Vollmacht**

a) **Der Umfang der Vollmacht bestimmt sich nach ihrem Inhalt und wird daher durch den Vollmachtgeber festgelegt**. Nur in Ausnahmefällen (§§ 49, 50 HGB / Prokura; § 54 HGB / Handlungsvollmacht) ist aus Gründen des Verkehrsschutzes der Umfang der Vollmacht gesetzlich festgelegt.

b) **Ist der Umfang zweifelhaft, so muss er durch Auslegung gemäß den §§ 133, 157 ermittelt werden**. Da diese Auslegung auf den Empfängerhorizont abstellt, muss zwischen der Auslegung einer *Innenvollmacht* und einer *Außenvollmacht* unterschieden werden:

aa) Bei der Innenvollmacht ist entscheidend, wie der Bevollmächtigte die Erklärung des Vollmachtgebers verstehen durfte (BGH NJW 1991, 3141).

bb) Bei der Außenvollmacht, der nach außen bekanntgemachten Innenvollmacht oder der durch eine Urkunde fixierten Vollmacht (§§ 171, 172) ist der Horizont des Geschäftsgegners entscheidend, wobei in diesen Fällen nur Umstände berücksichtigt werden dürfen, die für den Geschäftsgegner auch erkennbar waren.

cc) Auch bei der Auslegung des Umfangs von Duldungs- und Anscheinsvollmacht ist aus Gründen des Verkehrsschutzes auf den Horizont des Geschäftsgegners abzustellen.

c) **AL-Klausurtipp: Im Verhältnis von Grundgeschäft (z.B. Auftrag, Geschäftsbesorgungsvertrag) und Vollmacht gilt das *Abstraktionsprinzip*: Bestand und Umfang der Vollmacht sind grundsätzlich vom Grundgeschäft unabhängig, rechtliches Können und internes Dürfen sind zweierlei!** Die Nichtigkeit des Grundgeschäfts ändert nichts an der Wirksamkeit der Bevollmächtigung, wenn nicht in Fällen von Fehleridentität der Nichtigkeitsgrund des Grundgeschäfts auch auf die Bevollmächtigung durchschlägt.
Beispiel: Hat der Vollmachtgeber den 17jährigen M beauftragt, für ihn ein Buch aus der Stadt mitzubringen und es auf die Rechnung des Vollmachtgebers setzen zu lassen, so ist der Auftrag gemäß § 662 ohne Zustimmung der Eltern des M gemäß § 108 I schwebend unwirksam, da der Auftrag den Minderjährigen zur unentgeltlichen Vornahme einer Handlung verpflichtet, so dass die Annahme der Auftragsofferte nicht lediglich rechtlich vorteilhaft war. Die Erteilung der Vollmacht gemäß § 167 I, 1. Alt. ist aber auch ohne Zustimmung der Eltern möglich, da die Vollmacht nur berechtigt, nicht aber verpflichtet. Ergebnis: Der Auftrag als Grundgeschäft ist schwebend unwirksam; aufgrund des Abstraktionsprinzips ist die Vollmachtserteilung dennoch wirksam.
Gegenbeispiel: Hatte ein Geschäftsunfähiger den Vertreter beauftragt, so scheitert sowohl die Auftragserteilung als auch die Bevollmächtigung an den §§ 104, 105 I.

d) **Bedingt durch das Abstraktionsprinzip trägt der Vollmachtgeber auch das Risiko, dass der Vertreter seine Vollmacht missbraucht** (dazu unten IX. 1). Die interne Anweisung, von der Vollmacht nur in einem bestimmten Umfang Gebrauch zu machen, kann zwar einerseits den Umfang der Vollmacht begrenzen, andererseits aber auch nur eine Konkretisierung der internen Pflichten bedeuten, die auf den Umfang der Vollmacht und damit auf das rechtliche Können im Außenverhältnis keinen Einfluss hat. **Ob die Anweisung des Vollmachtgebers gleichzeitig den Umfang der Vollmacht beschränkt, muss durch Auslegung gemäß den §§ 133, 157 vom Horizont des Bevollmächtigten her ermittelt werden.** Dabei schränken allgemein gehaltene Weisungen regelmäßig die Vollmacht nicht ein.
Beispiel 1: Eigentümer Gluffke hatte seinen Freund Wilhelm gebeten, den Oldtimer Austin Healey 3000 Mk III zu einem möglichst hohen Preis zu verkaufen. Wilhelm verhandelt mit Bullmann, der brennend am Kauf des Wagens interessiert ist, zunächst aus verkaufstaktischen Gründen aber nur 20.000 Euro bietet. Obwohl Wilhelm erkennt, dass Bullmann mindestens auch 30.000 Euro zahlen würde, schließt er den Vertrag zum Preis von 20.000 Euro ab, da er keinerlei Provision erhält und ihm ein Feilschen um den Kaufpreis zuwider ist.
Hier ist der Vertrag zum Preis von 20.000 Euro wirksam geschlossen worden, da durch die Abrede, Wilhelm möge den Wagen so teuer wie möglich verkaufen, die Vertretungsmacht nicht beschränkt worden ist. Wilhelm hat aber seine Pflichten aus dem Auftrag schuldhaft verletzt und ist dem Gluffke aus § 280 I 1 wegen der Pflichtverletzung des Auftrags zum Schadensersatz verpflichtet.

Beispiel 2: Gluffke hatte im o.g. Fall Wilhelm untersagt, den Wagen für weniger als 30.000 Euro zu verkaufen. Wilhelm veräußert ihn für 20.000 Euro an Bullmann, weil er glaubt, dass sich ein höherer Preis nicht erzielen lässt. Hier hat Wilhelm als Vertreter ohne Vertretungsmacht gehandelt, da er die Weisung des Gluffke nur so verstehen durfte, dass er zum Verkauf des Wagens für weniger als 30.000 Euro nicht bevollmächtigt war. Der Kaufvertrag ist daher gemäß den §§ 177 ff. schwebend unwirksam. Verweigert Gluffke die erforderliche Genehmigung, so kann Bullmann von Wilhelm gemäß § 179 I Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.

Manchmal ergibt sich bereits aus dem Gesetz, dass der Umfang der Vertretungsmacht durch interne Weisungen nicht wirksam beschränkt werden kann (§§ 50 I, 56, 126 II HGB).
Beispiel: Der Geschäftsherr erteilt seinem Prokuristen die Weisung, Geschäfte mit einem Volumen von über 50.000 Euro vor Abschluss mit ihm abzustimmen. Schließt der Prokurist den Vertrag dennoch ohne Rücksprache, ist der Vertrag wirksam zustande gekommen, da der Geschäftsherr den Umfang der Prokura gemäß § 50 I HGB nicht - beschränken kann.

e) Auch im Strafrecht zeigt sich, dass rechtliches Können und internes Dürfen zweierlei sind: So geht der Missbrauchstatbestand der Untreue in § 266, 1. Alt. StGB davon aus, dass der Vertreter im Rahmen seines rechtlichen *Könnens* sein internes *Dürfen* überschreitet und durch die wirksame Verpflichtung des Vollmachtgebers diesem einen Vermögensnachteil zufügt.

f) Die Unabhängigkeit von Grundgeschäft und Bevollmächtigung zeigt sich bei der Außenvollmacht bereits daran, dass die Vollmacht im Außenverhältnis zum Geschäftsgegner gemäß den §§ 170 – 172 auch dann als fortbestehend gilt, wenn sie intern im Verhältnis zum Vertreter wirksam widerrufen wurde. Bei der Innenvollmacht schützt das Abstraktionsprinzip nicht nur den Geschäftsgegner, sondern auch den Vertreter, der ansonsten dem Geschäftsgegner ohne Vertretungsmacht nach § 179 haften würde.

g) Grundgeschäft und Bevollmächtigung stehen jedoch nicht vollkommen beziehungslos nebeneinander: Wie wir oben bereits gesehen haben, kann sich der Umfang der Vollmacht aus dem Grundgeschäft ergeben; hinzu kommt, dass nach § 168, 1 die Vollmacht mit dem Grundgeschäft endet, für dessen Vornahme sie erteilt wurde.
Beispiel: Wird die Verkäuferin entlassen, endet ihre Vollmacht.

2) **Der Umfang der gesetzlichen Vertretungsmacht**

Hier wird nicht nur der Kreis der vertretungsberechtigten Personen (z.B. Eltern, Vormund, Pfleger), sondern auch der Umfang ihrer Vertretungsmacht gesetzlich festgelegt. Probleme können dennoch entstehen, wenn das Gesetz die Vertretungsmacht ausdrücklich auf „ordnungsgemäße“ Geschäfte des Vertreters (§ 2206) oder auf einen bestimmten Kreis von Rechtsgeschäften (§ 1357) beschränkt. Würde hier der Umfang der gesetzlichen Vertretungsmacht nach rein objektiven Kriterien bestimmt, so würde jede irrtümliche Falschbewertung des Geschäfts durch den Vertreter letztlich zu Lasten des Geschäftsgegners gehen. Das Geschäft wäre gemäß § 177 I schwebend unwirksam, der gesetzliche Vertreter würde nach § 179 haften. Das Gesetz sieht daher in derartigen Fällen selbst eine Lösung vor:

a) **§ 1357**: Schließt der Geschäftsgegner mit einem verheirateten Vertragspartner einen Vertrag, so muss der Geschäftsgegner selbständig überprüfen, ob es sich um ein Geschäft zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs handelt und ob die Ehegatten getrennt leben (§ 1357 III), ob also der andere Ehegatte über § 1357 I mitverpflichtet wird. Hier haftet ohnehin bereits der handelnde Ehegatte, so dass bei Überschreitung des § 1357 nur die Mitverpflichtung des anderen Ehegatten entfällt (ausführlich dazu Langels, Familienrecht § 3 IV).

b) **§ 2206 I**: Durfte der Vertragspartner des Testamentsvollstreckers davon ausgehen, dass das abgeschlossene Geschäft zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses erforderlich ist, so ist das Geschäft auch dann wirksam, wenn es objektiv pflichtwidrig war (BGH NJW 1983, 40).

c) **§ 80 InsO**: Zwar ist die Vertretungsmacht des Insolvenzverwalters durch den Verwaltungszweck begrenzt, doch ist das Geschäft aus Gründen des Verkehrsschutzes wirksam, wenn die Machtüberschreitung nicht evident war (BGH NJW 1971, 701).

d) **§§ 49, 50, 55, 126 HGB; 37 GmbHG; 82 I AktG**: Im Gesellschaftsrecht ist der Umfang der Vertretungsmacht aus Gründen des Verkehrsschutzes nicht nur standardisiert, sondern auch vom Gesetz für nur unter erschwerten Bedingungen oder gar nicht beschränkbar erklärt worden.

VI. Das Erlöschen der Vollmacht

1) Die Vollmacht erlischt in folgenden Fällen:

a) § 168, 1 / Beendigung des Grundverhältnisses

Endet das der Vollmachtserteilung zugrundeliegende Rechtsverhältnis (z.B. §§ 611, 662, 675) durch Erfüllung, Zeitablauf, Rücktritt, Anfechtung oder Kündigung, so endet auch die Vollmacht. Gutgläubige Dritte werden aber über die §§ 170 – 172 geschützt.

b) § 168, 2 / Widerruf der Vollmacht

Der Vollmachtgeber muss das mit dem Vertreter abgeschlossene Grundverhältnis nicht beenden, um die Vollmacht zu entziehen; ansonsten müsste man dem Prokuristen kündigen, um ihm die Prokura zu entziehen. Der Vollmachtgeber kann vielmehr das Grundverhältnis fortführen, aber die Vollmacht isoliert widerrufen. Unabhängig davon, ob die Vollmacht als Innenvollmacht gegenüber dem Vertreter oder als Außenvollmacht gegenüber dem Geschäftsgegner erteilt wurde, kann der Widerruf gemäß den §§ 168, 3; 167 I sowohl gegenüber dem Bevollmächtigten als auch gegenüber dem Geschäftsgegner erfolgen (MünchKomm/Schramm § 168 Rz. 30; Palandt/Heinrichs § 168 Rz. 5). Der Widerruf ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung und wird erst mit dem Zugang wirksam. Andererseits kommt es nicht darauf an, ob der Empfänger des Widerrufs den Widerruf tatsächlich zur Kenntnis genommen hat.
Hat der Vollmachtgeber eine Außenvollmacht erteilt, so kann er sie zwar auch intern gegenüber dem Vertreter widerrufen, doch bleibt die Vollmacht in Form einer Rechtsscheinhaftung gemäß den §§ 170 – 172 gegenüber gutgläubigen Dritten erhalten. Der Vollmachtgeber sollte also die Außenvollmacht auch im Außenverhältnis so widerrufen, wie er sie erteilt hat.

Problem 1: Die unwiderruflich erteilte Vollmacht

Der Bevollmächtigte kann durch Vertrag mit dem Vollmachtgeber vereinbaren, dass dieser die Vollmacht nicht widerrufen kann. Eine derartige Vereinbarung ist als Ausnahme zu § 168, 2 eng auszulegen: **Eine unwiderrufliche Vollmacht ist nur dann zulässig vereinbart worden, wenn das Eigeninteresse des Bevollmächtigten am Vertragsschluss mindestens genauso groß wie das des Vollmachtgebers ist**. Ist die Vollmacht nur im Interesse des Vollmachtgebers erteilt worden, ist der Ausschluss des Widerrufs unzulässig (BGH WM 1971, 956, 957; MünchKomm/Schramm § 168 Rz. 32; Palandt/Heinrichs § 168 Rz. 6).
Beispiel: Der Grundstückskäufer wird unwiderruflich bevollmächtigt, unabhängig von seiner eigenen Eintragung ins Grundbuch bereits über das Grundstück zu verfügen, da er den Kaufpreis bereits bezahlt hat.
Gegenbeispiele: Eine unwiderrufliche Generalvollmacht ist nach § 138 unzulässig, da sie die Privatautonomie des Vollmachtgebers unzulässig beschränken würde. Auch die Prokura ist gemäß § 52 I HGB jederzeit widerruflich, ohne dass es auf das ihr zugrundeliegende Rechtsverhältnis ankäme.

AL-Klausurtipp: Auch die unwiderrufliche Vollmacht kann, ebenso wie das Grundgeschäft (z.B: §§ 626, 675, 723), aus wichtigem Grund, z.B. wegen grober Pflichtverletzung des Bevollmächtigten, gekündigt werden (BGH WM 1985, 646; Staudinger/Dilcher § 168 Rz. 14 m.w.N.). Medicus (AT Rz. 942) sieht für eine isolierte Kündigung der Bevollmächtigung kein Bedürfnis, da in derartigen Fällen bereits das Grundverhältnis (z.B. §§ 611, 662, 675) aufgelöst werden kann, so dass die Vollmacht ohnehin nach § 168, 1 endet.

Auch nach unwiderruflich erteilter Vollmacht hat der Vollmachtgeber noch das Recht, über die betroffene Sache Verpflichtungs- oder Verfügungsgeschäfte zu schließen. Eine den Vertretenen verdrängende Vollmacht ist unzulässig (Flume § 53, 6). Dies ergibt sich für Verfügungen bereits aus § 137, wonach sogar ein ausdrückliches Verfügungsverbot aus Gründen des Verkehrsschutzes keine dinglichen Wirkungen hat. Der durch eine unwiderrufliche Vollmacht erreichte Schutz des Bevollmächtigten ist also nicht lückenlos.

Problem 2: Die Rechtsscheinhaftung des § 15 I HGB

Die Prokura als rechtsgeschäftlich erteilte Vollmacht erlischt sowohl durch Beendigung des Grundgeschäfts als auch durch Widerruf, doch ist das Erlöschen der Prokura ebenso wie die Erteilung gemäß § 53 III HGB im Handelregister einzutragen. Ist jedoch eine eintragungspflichtige Tatsache nicht eingetragen oder bekanntgemacht, so kann der Geschäftsherr, in dessen Angelegenheiten das Erlöschen der Prokura einzutragen war, das Erlöschen einem Dritten nicht entgegenhalten, wenn dieser das Erlöschen der Prokura nicht kannte. Der Geschäftsherr muss sich also gemäß § 15 I HGB so behandeln lassen, als ob die Prokura noch bestünde und wird daher im Wege der Rechtsscheinhaftung durch den ehemaligen Prokuristen verpflichtet.

c) **Zeitablauf / Erledigung**

Über die in § 168 genannten Fälle hinaus erlischt die Vollmacht, wenn der Vollmachtgeber sie befristet hat oder wenn das konkrete Vertretergeschäft abgeschlossen oder auf Dauer unmöglich geworden ist, für dessen Vornahme die Vollmacht erteilt wurde.

d) **Tod des Bevollmächtigten / Verlust der Geschäftsfähigkeit**

Stirbt der Bevollmächtigte, so erlischt im Zweifel das Grundverhältnis (z.B.: § 673, 1), so dass mit dem Grundgeschäft gemäß § 168, 1 auch die Vollmacht erlischt. Wird der Bevollmächtigte geschäftsunfähig, so erlischt die Vollmacht ebenfalls, da der Bevollmächtigte gemäß § 165 zumindest beschränkt geschäftsfähig sein muss.

e) **Tod des Vollmachtgebers**

aa) **Stirbt der Vollmachtgeber, so erlischt die Vollmacht nicht** (= postmortale Vollmacht). Dies folgt für die Prokura aus § 52 III HGB, für die Prozessvollmacht aus § 86 ZPO, für die sonstige Vollmachtserteilung aus dem Umkehrschluss aus den §§ 673, 1; 675, 168, 1, wonach nur der Tod des *Bevollmächtigten* die Vollmacht erlöschen lässt.
Da die Erben gemäß § 1922 im Wege der Universalsukzession in die Rechtsposition des Erblassers nachrücken, müssen sie das Geschäft gegen sich gelten lassen. Allein im Hinblick auf das Innenverhältnis zwischen dem Vertreter und dem Geschäftsherrn (jetzt: den Erben) stellt sich die Frage, ob sich die internen Befugnisse des Vertreters nicht dadurch verändert haben, dass die Erben an die Stelle des Erblassers getreten sind. Bei der Beantwortung dieser Frage muss durch Auslegung ermittelt werden, ob der Erblasser wollte, dass die Bevollmächtigung des Vertreters die Erben auch noch nach seinem Tod binden sollte; ist dies der Fall, so geht der Wille des Erblassers dem Interesse der Erben vor. Der derart vom Erblasser geäußerte Wille muss nicht in der Form des Erbrechts geäußert werden, um die Erben zu binden (BGH NJW 1969, 1245).

bb) **Die aufgrund einer postmortalen Vollmacht vorgenommenen Geschäfte des Vertreters wirken für und gegen den Nachlass**. Geht die Erklärung des Vertreters vom Umfang her über den Nachlass hinaus, so ist der überschießende Teil gemäß § 177 I schwebend unwirksam.

cc) **Da die Erben aber nach § 1922 in die Rechtsposition des Erblassers nachrücken, können die Erben sowohl das Grundgeschäft jederzeit kündigen als auch die Vollmachtserteilung widerrufen**, wenn der Erblasser dies konnte und die Auslegung nicht ergibt, dass die Vollmachtserteilung nach dem Willen des Erblassers durch die Erben nicht widerrufen werden sollte. Ist die Vollmacht nicht bewusst über den Tod hinaus erteilt worden, so muss der Bevollmächtigte die Interessen der Erben berücksichtigen, wenn er vom Tod des Erblassers erfahren hat; zu diesem Zweck hat er deren Weisungen einzuholen, um seine Vollmacht nicht zu missbrauchen.

dd) **Ist aufgrund der äußeren Umstände anzunehmen, dass das Grundgeschäft und damit gemäß § 168, 1 auch die Vollmacht durch den Tod des Vollmachtgebers endet, so wird trotz Beendigung des Grundverhältnisses dessen Fortbestand zugunsten des Beauftragten oder Gesellschafters gemäß den §§ 674, 729 fingiert**. Durch § 169 wird gleichzeitig der Fortbestand der Vollmacht zugunsten des Bevollmächtigten fingiert, wenn der Geschäftsgegner deren objektiven Fortfall weder kannte noch kennen musste. Durch das Fortbestehen der Vollmacht wird der Bevollmächtigte davor bewahrt, als Vertreter ohne Vertretungsmacht zu handeln und dem Geschäftsgegner gemäß § 179 II dessen Vertrauensschaden ersetzen zu müssen. Gleichzeitig schützt die Norm – wenn auch nur als Reflex – den Geschäftsgegner, da dieser nunmehr einen Erfüllungsanspruch gegen die Erben hat.

f) Insolvenz des Vollmachtgebers: § 115 I InsO

Keiner kann mehr Rechte übertragen als er selbst innehat. Da der Schuldner mit der Insolvenzeröffnung das Recht verliert, über die zur Insolvenzmasse zählenden Vermögenswerte zu verfügen, erlöschen auch Rechtsverhältnisse wie Auftrag, Geschäftsbesorgungsvertrag, Dienst- oder Werkvertrag, die sich auf zur Insolvenzmasse zählende Objekte beziehen. Damit erlischt gemäß § 168, 1 auch die Vollmacht, die zur Durchführung derartiger Geschäfte erteilt wurde.

g) Anfechtung der Vollmachtserteilung

Fall: Gluffke wollte sich einen neuen Wagen kaufen und hatte seinem sachverständigen Freund Wilhelm eine schriftliche Vollmacht erteilt, Wilhelm dürfe für Gluffke einen Pkw bis zum Preis von 100.000 Euro kaufen. Dabei war dem Gluffke ein Schreibfehler unterlaufen; er hatte nur eine Vollmacht über 10.000 Euro erteilen wollen. Kann Gluffke die Vollmachtserteilung anfechten? Ist dies auch dann noch möglich, wenn Wilhelm bereits einen Wagen für Gluffke gekauft hat; wenn ja: Wem gegenüber muss die Anfechtung erklärt werden?

Die Vollmachtserteilung erfolgt durch einseitige Willenserklärung. Auf diese Willenserklärung finden die uns bereits bekannten Nichtigkeits- und Anfechtungsgründe Anwendung, so dass die Vollmachtserteilung wegen eines Willensmangels gemäß den §§ 116, 2; 117 I, 118 oder wegen eines Formverstoßes gemäß § 125, 1 nichtig sein kann sowie wegen eines Irrtums gemäß den §§ 119, 123 angefochten werden kann. Bei der Irrtumsanfechtung muss man im Hinblick auf gegen den Anfechtenden gerichtete Ersatzansprüche danach unterscheiden, ob der Vertreter von seiner Vollmacht bereits Gebrauch gemacht hat oder nicht.

aa) **Der Vertreter hat von der Vollmacht noch keinen Gebrauch gemacht**.

Hier kann der Vollmachtgeber die Vollmachtserteilung ohne Probleme anfechten, da noch niemand auf die Wirksamkeit der Vollmacht vertraut hat. Ist die Vollmacht widerruflich, so besteht eigentlich für eine Anfechtung kein Bedürfnis, doch kann der Vollmachtgeber auch anfechten (MünchKomm/Schramm § 167 Rz. 82; Staudinger/Dilcher § 167 Rz. 22). Dies ist für ihn unproblematisch, da bei noch nicht ausgeübter Vollmacht noch kein Vertrauensschaden entstanden ist, den er nach erfolgter Anfechtung gemäß § 122 ersetzen müsste.

bb) **Der Bevollmächtigte hat die Vollmacht bereits ausgeübt und den Vollmachtgeber verpflichtet**.

Obwohl durch Ausübung der Vollmacht bereits ein wirksamer Vertrag zwischen dem Vollmachtgeber und dem Geschäftsgegner besteht, kann der Vollmachtgeber anfechten, da seine Privatautonomie den Vertrauensschutz des Geschäftsgegners überwiegt (MünchKomm/Schramm § 167 Rz. 81 m.w.N.; a.A. Brox Rz. 528; JA 1980, 449, 451; Prölss, JuS 1985, 577). Es stellt sich jedoch die Frage, wem gegenüber die Anfechtung erklärt werden muss und wem in diesem Zusammenhang der jeweilige Vertrauensschaden gemäß § 122 zu ersetzen ist.

(1) **Hat der Vollmachtgeber dem Bevollmächtigten durch Erklärung gegenüber dem Geschäftsgegner gemäß § 167 I, 2. Alt. Außenvollmacht erteilt, so ist der Geschäftsgegner gemäß § 143 III 1 der Anfechtungsgegner**. Der Vollmachtgeber muss dem Geschäftsgegner dessen Vertrauensschaden gemäß § 122 ersetzen. Zwar hat durch die Rückwirkungsfiktion der Irrtumsanfechtung der Vertreter gemäß § 142 I von vornherein ohne Vertretungsmacht gehandelt, so dass das Geschäft von Anfang an schwebend unwirksam war, doch besteht für eine zusätzliche Haftung des Vertreters gemäß § 179 II kein Bedürfnis, da der Geschäftsgegner sich gemäß § 122 direkt an den Vollmachtgeber halten kann (Medicus BR Rz. 96; Flume § 52, 5 c).

(2) Bei der **Innenvollmacht** gemäß § 167, 1. Alt. ist die Vollmacht durch einseitige Erklärung gegenüber dem Vertreter erteilt worden, so dass der Vollmachtgeber scheinbar auch gegenüber dem Vertreter anfechten muss. Dies hätte aber zur Folge, dass der Vertreter der Anfechtungsgegner ist und der Geschäftsgegner keinen direkten Anspruch gegen den Vollmachtgeber hat, sondern sich gemäß § 179 II zunächst an den Vertreter halten muss, der anschließend gemäß § 122 beim Vollmachtgeber Regress nehmen kann.
Eine derartige Lösung ist aber nicht nur kompliziert, sondern führt zu untragbaren Ergebnissen, wenn der Vollmachtgeber insolvent wird: In diesem Fall könnte sich der Geschäftsgegner gemäß § 179 II in vollem Umfang an den Vertreter halten, der jedoch für seine Regressforderung gemäß § 122 nur die Quote bekäme. Dabei muss man sehen, dass hier der Geschäftsgegner bei angefochtener Vollmacht besser steht als wenn der Vertrag wirksam wäre und er für seinen Erfüllungsanspruch gegen den insolvent gewordenen Vertretenen auch nur die Quote bekäme. Daher erscheint mir die Ansicht von Flume (§ 52, 5 c) vorzugswürdig, dass Anfechtungsgegner immer der Geschäftsgegner ist und dieser sich immer nach § 122 an den Anfechtenden halten muss; eine Haftung des Vertreters gemäß § 179 II scheidet somit aus (Larenz AT § 31 II; Flume § 52, 5 e).
Flume (a.a.O.) begründet dies damit, dass die Anfechtung der Vollmacht sich nicht nur gegen die Vollmacht, sondern auch und vor allem gegen das bereits geschlossene Vertretergeschäft richtet und daher Anfechtungsgegner stets der Vertragspartner des Vertretergeschäfts ist.
Gluffke muss also in unserem Fall gegenüber dem Verkäufer anfechten und diesem gemäß § 122 dessen Vertrauensschaden ersetzen.

(3) Auch die **nach außen bekanntgemachte Innenvollmacht** kann wegen eines Irrtums angefochten werden. Zwar handelt es sich streng genommen um keine *Willens*erklärung, sondern um eine *Wissens*erklärung des Vollmachtgebers, doch soll der Geschäftsgegner hier nicht besser stehen als bei der Außenvollmacht, die ja auch angefochten werden kann.

(4) Das gleiche gilt für die **Duldungsvollmacht**, da auch hier die Duldung des Vertreterhandelns keine stärkere Bindung als die ausdrückliche Vollmachtserteilung bewirken kann. Der Irrtum über die *Bedeutung des Schweigens* ist ein unbeachtlicher *Rechtsfolgenirrtum*; ein Irrtum über den *Umfang der Vollmacht* berechtigt jedoch in entsprechender Anwendung des § 119 I zur Anfechtung. Auch eine arglistige Täuschung durch den Vertreter berechtigt zur Anfechtung gemäß § 123 I, doch wird diese Anfechtung gemäß § 123 II regelmäßig daran scheitern, dass der Vertreter im Verhältnis zum Geschäftsgegner *Dritter* ist und der Geschäftsgegner die arglistige Täuschung als Anfechtungsgrund nur gegen sich gelten lassen muss, wenn er sie kannte oder kennen musste.

2) Die Rechtsfolgen des Erlöschens der Vollmacht

a) Der Grundsatz: §§ 177 – 179

Ist die Vollmacht erloschen, so hat der Vertreter ohne Vertretungsmacht gehandelt, so dass das Vertretergeschäft gemäß den §§ 177 ff. schwebend unwirksam ist und den Vertretenen (bzw. dessen Erben) nicht bindet. Der gute Glaube des Geschäftsgegners an das Bestehen der Vertretungsmacht wird grundsätzlich nicht geschützt. Der Vertreter ohne Vertretungsmacht haftet gegenüber dem Geschäftsgegner gemäß § 179:

aa) Gemäß § 179 I haftet er nach Wahl des Geschäftsgegners auf Erfüllung bzw. auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Geld, wenn er das Fehlen der Vertretungsmacht kannte (dazu unten X.).

bb) Gemäß § 179 II muss er bis zur Höhe des Erfüllungsinteresses dem Geschäftsgegner dessen Vertrauensschaden ersetzen, den dieser im Vertrauen auf die wirksame Stellvertretung erlitten hat, wenn der Vertreter das Fehlen seiner Vertretungsmacht nicht kannte (dazu unten X.).

b) Die Ausnahmen: §§ 170 – 172

Der Grundsatz, dass der gute Glaube an die Vertretungsmacht nicht geschützt wird, gilt aber dort nicht, wo das Gesetz durch eine Rechtsscheinhaftung des Vertretenen gemäß den §§ 170 - 172 zugunsten des Geschäftsgegners den Fortbestand der Vertretungsmacht fingiert. Diese Rechtsscheinhaftung setzt voraus, dass die Vollmacht entweder gegenüber dem Geschäftsgegner (§ 170) oder durch öffentliche Bekanntmachung (§ 171) bzw. Aushändigen einer Vollmachtsurkunde (§ 172) erteilt wurde. Zwar kann auch eine derart erteilte Vollmacht intern wirksam widerrufen werden, doch wird der gutgläubige Geschäftsgegner (§ 173) geschützt, der das Erlöschen der Vollmacht weder kannte noch fahrlässig verkannt hat. Der Vollmachtgeber hätte in derartigen Fällen die Vollmacht so widerrufen müssen, wie er sie erteilt hatte, um der Rechtsscheinhaftung der §§ 170 – 172 zu entgehen.

Die Rechtsscheinhaftung der §§ 170 ff. gilt nach h.M. (BGH NJW 1985, 730; NJW -RR- 1986, 467; Palandt/Heinrichs § 173 Rz. 1 m.w.N.) auch dann, wenn die Vollmacht nicht wirksam erteilt wurde. Nach anderer Ansicht schützt zumindest § 170 nicht den guten Glauben an die *Entstehung*, sondern nur an den *Fortbestand* der Vollmacht, doch gelten in derartigen Fällen die Regeln über die Anscheins- und Duldungsvollmacht, was letztlich zum gleichen Ergebnis führen wird. Im Einzelnen:

aa) **§ 170**: **Gemäß § 170 bleibt die im Verhältnis zum Geschäftsgegner erteilte Außenvollmacht solange wirksam, bis das Erlöschen der Vollmacht gegenüber dem Geschäftsgegner angezeigt oder ihm gegenüber gemäß den §§ 168, 3; 167 I die Vollmacht widerrufen wird**. Die Anzeige ist zwar eine geschäftsähnliche Handlung, doch gelten auch hier gemäß § 130 die Regeln über den Zugang: Der Schutz des Geschäftsgegners endet, wenn ihm die Anzeige des Erlöschens zugegangen ist, ohne dass es auf seine tatsächliche Kenntnisnahme ankommt.

bb) **§ 171**: **Hat der Vollmachtgeber durch öffentliche Aushänge oder Zeitungsanzeige gegenüber einem unbestimmten Personenkreis die Bevollmächtigung seines Vertreters erklärt, so bleibt die Bevollmächtigung gemäß § 171 so lange wirksam, bis sie in gleicher Weise widerrufen wird**. Dies gilt zwar nur gegenüber Gutgläubigen (§ 173) und auch nur, wenn diese die öffentliche Anzeige zur Kenntnis genommen haben, doch wird dies zunächst widerlegbar vermutet. Wird die Vollmacht durch besondere Mitteilung oder öffentliche Anzeige widerrufen, so erlischt sie auch gegenüber denen, die den Widerruf nicht mitbekommen haben.

cc) **§ 172**: **Hat der Vollmachtgeber dem Bevollmächtigten eine unterschriebene Vollmachtsurkunde ausgehändigt, die die Person des Vertreters und den Inhalt der Vollmacht enthält, so wird der Vollmachtgeber auch nach erfolgtem internen Widerruf der Vollmacht gemäß § 172 im Wege der Rechtsscheinhaftung verpflichtet, wenn der „Vertreter" die Vollmachtsurkunde dem Geschäftsgegner vorgelegt hat**. Für die Vorlage i.S.d. § 172 I genügt es, dass der Geschäftsgegner die *Möglichkeit* der Kenntnisnahme hatte; es kommt nicht darauf an, dass der Geschäftsgegner die Vollmachtsurkunde tatsächlich gelesen hat (BGH NJW 1988, 698). Der Vollmachtgeber muss den Rechtsschein der fortbestehenden Vollmacht dadurch beseitigen, dass er sich die Vollmachtsurkunde gemäß § 175 zurückgeben lässt oder die Urkunde gemäß § 176 durch öffentliche Bekanntmachung für kraftlos erklären lässt.

VII. Duldungsvollmacht und Anscheinsvollmacht

Zwar wird der gute Glaube an das Bestehen von Vertretungsmacht grundsätzlich nicht geschützt, doch zeigen bereits die §§ 170 – 172, dass das Gesetz dem Geschäftsgegner in bestimmten Fällen die Pflicht abnimmt, sich nach dem Fortbestehen der Vertretungsmacht des Handelnden zu erkundigen. Der Hintermann wird nach den Regeln der Rechtsscheinhaftung verpflichtet, wenn der Vertreter in seinem Namen auftritt und man das Verhalten des Hintermannes nach Treu und Glauben so verstehen darf, als habe er dem Handelnden Vollmacht erteilt.

1) Die Duldungsvollmacht

Fall: Der Sohn S des Gebrauchtwagenhändlers G hat in der Vergangenheit zahlreiche Verträge im Namen seines Vaters geschlossen, ohne von ihm dazu bevollmächtigt worden zu sein. G hatte diese Verträge stets erfüllt, um nach außen hin das Gesicht zu wahren. Als S im Namen des Vaters einen Sportwagen kauft, platzt dem Vater der Kragen: Aus pädagogischen Gründen soll S diesen Vertrag selbst erfüllen.

AL-Klausurtipp: Die Duldungsvollmacht unterscheidet sich von der konkludent erteilten Vollmacht nur dadurch, dass es sich um eine Rechtsscheinhaftung handelt, bei der der Hintermann den Handelnden nicht bevollmächtigen wollte. Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass die Rechtsscheinhaftung nur gegenüber einem gutgläubigen Geschäftsgegner gilt.

Ein derartiger Rechtsschein wird unter 3 Voraussetzungen erzeugt:

a) **Der Handelnde tritt im Namen des Hintermannes auf**. Während bei der Anscheinsvollmacht der Handelnde mehrfach und während einer gewissen Dauer für den Hintermann aufgetreten sein muss, genügt es bei der Duldungsvollmacht, dass es einen einzigen gleichliegenden Fall gibt, in dem der Handelnde für den Hintermann aufgetreten ist (BGH NJW 2011, 2421; Palandt/Heinrichs § 173 Rz. 10).

b) **Der Hintermann weiß, dass der Vertreter in seinem Namen auftritt, unternimmt aber nichts dagegen, obwohl ihm ein Einschreiten möglich wäre**.

c) **Der Geschäftsgegner weiß, dass der Hintermann das Handeln des Vertreters duldet und nichts dagegen unternimmt**. Der Geschäftsgegner darf also das Verhalten des Hintermannes nach Treu und Glauben dahingehend auslegen, dass der Hintermann das Handeln des Vertreters nur deshalb duldet, weil er das Geschäft gegen sich gelten lassen will. Musste der Geschäftsgegner jedoch wissen, dass der Vertreter ohne Vertretungsmacht handelte, so darf er sich in analoger Anwendung des § 173 nicht auf die Regeln der Duldungsvollmacht berufen (BGH LM § 167 Nr. 15).

> **AL-Klausurtipp**: Beachten Sie bitte, dass die Regeln über die Duldungsvollmacht nur die fehlende *Vertretungsmacht des Handelnden*, aber keine sonstigen Wirksamkeitshindernisse des Rechtsgeschäfts überwinden können. So wird auch nach den Regeln der Duldungsvollmacht nur derjenige verpflichtet, der geschäftsfähig ist. Ist der Vertretene beschränkt geschäftsfähig, so gelten die Regeln über die Duldungsvollmacht nur, wenn das Vertretergeschäft für den Vertretenen lediglich rechtlich vorteilhaft ist.

2) **Die Anscheinsvollmacht**

Fall: Vater V ist Inhaber eines mittelständischen Betriebs. Sein Sohn S hat ohne das Wissen seines Vaters in der Vergangenheit zahlreiche Geschäfte im Namen seines Vaters abgeschlossen, was aber innerhalb der Buchhaltung niemandem, auch dem Vater nicht, aufgefallen war. Als S erneut für seinen Vater handelt und sich der Geschäftsgegner unmittelbar an V wendet, erfährt der Vater erstmals von den Vorgängen. Muss V den Vertrag erfüllen?

Der Hintermann wird nach den Regeln der Anscheinsvollmacht verpflichtet, wenn der Handelnde derart lange und häufig für den Hintermann aufgetreten ist, dass der Geschäftsgegner daraus nach Treu und Glauben den Schluss ziehen darf, dass der Hintermann ihn bevollmächtigt hat. Eine Anscheinsvollmacht setzt dreierlei voraus:

a) **Der Vertreter ist mehrmals und über einen längeren Zeitraum im Namen des Hintermannes aufgetreten** (BGH NJW 2011, 2421; WM 1986, 901, 902).

b) **Der Hintermann kannte das Verhalten des Vertreters nicht, hätte es aber bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt erkennen können**. Die Rechtsscheinhaftung beruht auf dem Vorwurf, der Hintermann sei schuldhaft gegen das Verhalten des Vertreters nicht eingeschritten. Dabei schadet dem Hintermann bereits leichte Fahrlässigkeit (BGHZ 65, 13).
Exkurs: An dieser Stelle setzt die **Kritik** an der Behandlung der Anscheinsvollmacht durch die h.M. an: Die Anscheinsvollmacht kann nach den Kritikern (Flume § 49, 4; Medicus AT Rz. 971) nicht zu einem Erfüllungsanspruch gegen den Hintermann führen, da die Nichterfüllung von Sorgfaltspflichten in ihrer Wirkung einem rechtsgeschäftlichen Handeln nicht gleichgestellt werden kann und daher auch nicht die gleiche Bindung erzeugen kann. Wer das Handeln des Vertreters hätte erkennen können, soll danach nur nach den Regeln der culpa in contrahendo den Vertrauensschaden des Geschäftsgegners ersetzen müssen.

c) **Der Geschäftsgegner muss gutgläubig auf den Bestand der Vertretungsmacht vertraut haben, also gewusst haben, dass der Vertreter schon mehrfach für den Hintermann aufgetreten ist und dass der Hintermann dagegen bisher nicht eingeschritten ist**. Ferner muss er in diesem Vertrauen schutzwürdig sein. Dies ist nur dann der Fall, wenn man das Verhalten des Hintermannes nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte dahingehend verstehen durfte, er wolle das Vertretergeschäft gegen sich gelten lassen. Dies setzt voraus, dass der Handelnde schon mehrfach für den Hintermann aufgetreten ist, ohne dass dieser dagegen eingeschritten ist. Der dadurch erzeugte Rechtsschein erstreckt sich aber nicht ohne weiteres auf außergewöhnliche Geschäfte, die regelmäßig einer gründlichen Vorbereitung bedürfen (BGH LM § 164 Nr. 13). Ferner kann sich der Geschäftsgegner in analoger Anwendung des § 173 auch bei der Anscheinsvollmacht nicht auf den erzeugten Rechtsschein berufen, wenn er das Fehlen der Vertretungsmacht kannte oder hätte kennen müssen.

3) **Der Umfang der Rechtsscheinhaftung**

Der Umfang der durch die Duldungs- oder Anscheinsvollmacht erzeugten Bindung geht nicht weiter, als wenn der Hintermann wirksam Vollmacht erteilt hätte, so dass auch bei der Rechtsscheinhaftung die gesetzlichen Beschränkungen der Vertretungsmacht gelten.

4) **Die Rechtsfolgen der Duldungs- und Anscheinsvollmacht**

Wenn die Voraussetzungen der Duldungs- oder Anscheinsvollmacht gelten, ist der Hintermann durch den Handelnden wirksam verpflichtet worden. Das Vertretergeschäft ist nicht gemäß den §§ 177 ff. schwebend unwirksam, sondern bereits mit seinem Abschluss wirksam. **Da der Hintermann wirksam verpflichtet worden ist, haftet der Handelnde auch nicht als Vertreter ohne Vertretungsmacht nach § 179, da bei einer wirksamen Verpflichtung des Hintermannes für eine zusätzliche Haftung des Vertreters kein Bedürfnis besteht**. Der Geschäftsgegner kann sich daher auch nicht aussuchen, ob er sich lieber an den Hintermann hält und Erfüllung verlangt oder lieber den Vertreter nach § 179 in Anspruch nimmt (BGH NJW 1983, 1308).

VIII. Willensmängel und Kenntnis bestimmter Umstände: § 166

Soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel oder durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflusst werden, ist allein auf den Willensmangel bzw. die Kenntnis des Vertreters, nicht auf den Vertretenen abzustellen. Dies ist Folge des ***Repräsentationsprinzips***: **Der Vertreter gibt eine *eigene* Willenserklärung ab, so dass es bezüglich der Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Willenserklärung und des Kenntnisstandes nur auf ihn ankommt**. Hinzu kommt, dass oftmals der Vertretene das konkrete Geschäft vor seiner Vornahme gar nicht kennt, so dass es auf ihn auch gar nicht ankommen kann.

Die Norm des § 166 I gilt sowohl für rechtsgeschäftlich bevollmächtigte als auch für gesetzliche Vertreter sowie für die Organe juristischer Personen.

1) **Willensmängel des Vertreters**

a) Der Vertretene kann die durch den Vertreter abgegebene Erklärung gemäß den §§ 166, 119 bzw. 123 I anfechten, wenn sich der Vertreter geirrt hat oder der Geschäftsgegner den Vertreter arglistig getäuscht bzw. widerrechtlich bedroht hat. Für die Rechtzeitigkeit der Anfechtung gemäß den §§ 121, 124 kommt es auf die Kenntnis des Vertretenen an. Ist auch der Vertreter bevollmächtigt, in derartigen Fällen seine eigene Erklärung anzufechten, entscheidet gemäß § 166 I seine Kenntnis über die Rechtzeitigkeit.

b) Hatte der Vertreter zunächst ohne Vertretungsmacht gehandelt, so besteht für eine Anfechtung durch den Vertretenen gemäß den §§ 166 I, 119 ff. zunächst kein Bedürfnis, da das Vertretergeschäft ohnehin zunächst gemäß § 177 I schwebend unwirksam ist und noch nicht gegen den Vertretenen wirkt. Hatte der Vertreter bewusst ohne Vertretungsmacht gehandelt, so kann er selbst seine Erklärung aufgrund seines Irrtums gemäß § 119 anfechten und sich dadurch der Haftung gemäß § 179 I auf das Erfüllungsinteresse entziehen. Dennoch muss er gemäß § 122 den Vertrauensschaden ersetzen.

c) Hatte der Vertretene das Geschäft durch Genehmigung gemäß § 177 II wirksam werden lassen, so kann er gemäß den §§ 166 I, 119 ff. anfechten, muss dann aber gemäß § 122 den Vertrauensschaden ersetzen. Hat der Vertretene bei der Genehmigung den Willensmangel des Vertreters erkannt, so liegt in der Genehmigung zugleich eine *Bestätigung* gemäß § 144, so dass er anschließend nicht mehr anfechten kann.

d) Bei Gesamtvertretung berechtigt bereits der Irrtum eines einzelnen Vertreters zur Anfechtung durch den Vertretenen, wenn der sich irrende Vertreter bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts mitgewirkt hat.

2) **Kenntnis / Kennenmüssen des Vertreters**

a) **Kommt es auf das Kennen oder Kennenmüssen bestimmter Umstände an, so muss sich der Vertretene die Kenntnis seines Vertreters gemäß § 166 I als eigene zurechnen lassen**. Dies gilt für rechtsgeschäftliche, gesetzliche und organschaftliche Vertretung ebenso wie bei der Verwaltung einer Vermögensmasse durch Testamentsvollstrecker oder Insolvenzverwalter.

Beispiele:
1) Kennt der Vertreter den geheimen Vorbehalt des Geschäftsgegners, so ist dessen Erklärung nach **§ 116, 2** nichtig. Das gleiche gilt, wenn der Vertreter mit dem Geschäftsgegner ein Scheingeschäft i.S.d. **§ 117 I** geschlossen hat.
2) Musste der Vertreter den Willensmangel des Geschäftsgegners kennen, so muss der Geschäftsgegner gemäß **§ 122 II** den Vertrauensschaden des Vertretenen nicht ersetzen.
3) Hat der Vertreter den Sachmangel grob fahrlässig verkannt, so stehen dem Vertretenen gemäß **§ 442 I** keine Gewährleistungsansprüche zu.
4) Bei der **Auslegung** einer empfangsbedürftigen Erklärung gemäß den **§§ 133, 157** kommt es auf den Horizont des Vertreters an.
5) Weitere Beispiele, bei denen die Kenntnis des Vertreters entscheidet, sind die **§§ 123 II, 405, 407**.

b) **Beim gutgläubigen Erwerb gemäß den §§ 929, 932 ff., 892, 2366 BGB, 366 I HGB ist zu unterscheiden**:

aa) Hat der Vertreter wie regelmäßig den gesamten Erwerbstatbestand in eigener Person erfüllt, so kommt es für den gutgläubigen Erwerb des Hintermannes nur auf die Kenntnis des Vertreters an.
Beispiel: Hat der Vertreter für den Hintermann durch Einigung und Übergabe das Eigentum erwerben wollen, so hat der Vertretene das Eigentum erworben, wenn der Vertreter nicht gemäß § 932 II grob fahrlässig die Nichtberechtigung des Verfügenden verkannt hat.

bb) Hat der Vertreter sich mit dem Nichtberechtigten geeinigt, dieser die Sache aber dem bösgläubigen Vertretenen übergeben, so scheitert der gutgläubige Erwerb des Hintermannes an seiner eigenen Bösgläubigkeit bei Besitzerwerb. Das gleiche gilt bei der Übergabe an einen Besitzdiener (§ 855) oder Besitzmittler (§ 868), da es auf die Bösgläubigkeit einer Hilfsperson bei Besitzerwerb nicht ankommt (Baur § 52 III 2).

c) **Hat ein Organ eine juristische Person vertreten, so entscheidet über § 166 I die Kenntnis oder das Kennenmüssen des Vertreters, der die Willenserklärung abgegeben hat**. Über die Person des handelnden Organs hinaus wird der juristischen Person die Kenntnis eines vertretungsberechtigten Organs zugerechnet, das an dem Geschäft nicht beteiligt war. Diese Wissenszurechnung des unbeteiligten Organs ergibt sich nicht aus § 166 I, sondern gemäß § 31 aus der Stellung als Organ, da jedes Organ allein die juristische Person repräsentiert (BGH NJW 1990, 975, 976).
Beispiel: So haftet eine Gemeinde als Verkäuferin eines Grundstücks auch dann für Sachmängel des Grundstücks, wenn das vertretungsberechtigte Organ, das den Mangel kannte, an dem Geschäft gar nicht beteiligt war und im Zeitpunkt des Kaufs sogar aus dem Amt ausgeschieden war.
Gegenbeispiel: Andererseits wird einer Gemeinde das Wissen eines Sachbearbeiters nicht zugerechnet, da dieser unterhalb der Organwalter- und Vertreterebene angesiedelt ist und daher kein eigenverantwortlich handelnder Wissensvertreter ist (BGH NJW 1992, 1099, 1100).

d) Bei der organschaftlichen Vertretung einer Personengesellschaft kommt es nur auf die Kenntnis oder das Kennenmüssen des Handelnden an. Die Kenntnis der übrigen Vertreter ist nur dann von Bedeutung, wenn alle Gesellschafter den Beschluss zur Vornahme dieses Geschäfts gefasst haben und einer von ihnen bösgläubig war.

e) Bei gewillkürter Stellvertretung entscheidet ebenfalls nur die Person des Handelnden. Dies gilt auch, wenn mehrere Vertreter nebeneinander zur Vertretung berechtigt sind.

Problem 1: Die Wissenszurechnung

Größere Unternehmen müssen sich als Teil ihres Organisationsrisikos das vorhandene Wissen einzelner Organe zusammenrechnen lassen, da sie durch die starke Arbeitsteilung und die damit verbundene Aufspaltung des ihnen zur Verfügung stehenden Wissens nicht bevorzugt werden dürfen. Die Verantwortung für das einmal erlangte Wissen schließt die Verantwortung ein, die Verfügbarkeit des Wissens zu organisieren. Kommt ein Unternehmen dieser Verpflichtung nicht nach, so muss es sich behandeln lassen, als ob es davon Kenntnis hätte (BGH NJW 2014, 1294; BGHZ 109, 327).

Die Norm des § 166 I gilt entsprechend bei ***Wissensvertretern*. Derjenige, der einen anderen mit der selbständigen Wahrnehmung bestimmter Angelegenheiten betraut, muss sich dessen Wissen zurechnen lassen**. Dabei muss die Hilfsperson nicht unbedingt gegenüber dem Geschäftsgegner in Erscheinung treten: **Wissensvertreter ist jeder, der nach der Organisation des Geschäftsherrn dazu berufen ist, im Rechtsverkehr als dessen Repräsentant bestimmte Aufgaben eigenverantwortlich wahrzunehmen und die dabei angefallenen Informationen weiterzuleiten** (BGH NJW 2014, 1294; 1996, 1205). Dies gilt sogar dann, wenn das „wissende" Organ an dem betreffenden Rechtsgeschäft gar nicht mitgewirkt hat oder von diesem konkreten Rechtsgeschäft gar nichts wusste (anders bei natürlichen Personen; dazu OLG Düsseldorf, NJW -RR- 1997, 718). Auch ein späteres Ausscheiden des Organs oder dessen Tod stehen einer fortdauernden Wissenszurechnung nicht entgegen. Das Unternehmen muss dafür sorgen, dass für spätere Vorgänge relevantes Wissen eines ausscheidenden, abwesenden oder versetzten Mitarbeiters weitergegeben wird. Geschieht dies nicht, muss sich das Unternehmen so behandeln lassen, als ob es entsprechende Kenntnis hätte (BGH NJW 1997, 1918).
Beispiel 1: So muss sich nach BGHZ 102, 320 eine Bank die Kenntnis ihres Schalterbeamten bei der Einreichung eines Schecks ebenso zurechnen lassen wie die Kenntnis eines Kassierers von der Zahlungseinstellung eines Kunden (vgl. auch BGH NJW 1997, 1918; 1996, 1205; 1993, 1066; 1984, 1594).
Beispiel 2: Die Ehefrau F nimmt im eigenen Namen einen Kredit auf, der wegen deutlich überhöhter Zinsen sittenwidrig ist. Sie lässt den Darlehensbetrag auf das Konto ihres Mannes M überweisen, der ihr Kontovollmacht erteilt hat, aber von der Kreditaufnahme seiner Frau nichts weiß. F hebt ohne sein Wissen das Geld ab und verbraucht es. Der Darlehensgeber verlangt Rückzahlung des Geldes von M nach § 812 I 1, 1. Alt.; M wendet § 818 III ein. Da aber F wusste, dass sie trotz Sittenwidrigkeit des Darlehensvertrags zumindest den erhaltenen Darlehensbetrag zurückzahlen musste, war F bösgläubig i.S.d. § 819 I. Deren Bösgläubigkeit muss M sich in analoger Anwendung des § 166 I zurechnen lassen, weil er ihr Kontovollmacht erteilt hatte (BGHZ 83, 293).

Problem 2: Die analoge Anwendung des § 166 I

Eine analoge Anwendung des § 166 I kommt in den Fällen in Betracht, in denen es nicht um die Abgabe einer Willenserklärung geht, sondern das Kennen oder Kennenmüssen andere Rechtsfolgen auslöst.

Beispiel 1: Der Chef Gluffke beauftragt seinen Vertreter Wilhelm, einen Lkw zu erwerben. Infolge grober Fahrlässigkeit verkennt Wilhelm die mangelnde Berechtigung des Veräußerers, so dass ein gutgläubiger Erwerb des Gluffke gemäß den §§ 929, 932 I wegen § 166 I an § 932 II scheitert. Nachdem der Lkw im Betrieb des Gluffke durch einen Angestellten beschädigt wird, verlangt der Eigentümer E Schadensersatz gemäß den §§ 989, 990 I. Dieser Anspruch setzt aber die Bösgläubigkeit des Besitzers Gluffke bei Besitzerwerb voraus; Gluffke haftet daher nur dann gemäß den §§ 989, 990 I, wenn er sich Wilhelms Bösgläubigkeit in analoger Anwendung des § 166 I zurechnen lassen muss. Die analoge Anwendung beruht darauf, dass der Besitzerwerb durch Realakt erfolgt und daher die Regeln über Willenserklärungen keine direkte Anwendung finden können.

a) Nach h.M. (BGH NJW 2014, 1294; BGHZ 32, 56 ff.; Westermann § 14 III; Palandt/Bassenge § 989 Rz. 32) muss sich der Hintermann die Bösgläubigkeit seiner Hilfspersonen in analoger Anwendung des § 166 I zurechnen lassen, wenn die Hilfsperson bei Besitzerwerb ähnlich wie ein Vertreter frei hat handeln dürfen. Dadurch werde vermieden, dass die Bösgläubigkeit bei Eigentumserwerb (dort gilt § 166 I direkt) anders behandelt wird als die Bösgläubigkeit bei Besitzerwerb i.S.d. § 990 I.

b) Nach der Gegenmeinung (Baur § 5 II 1 c; Medicus BR 581) soll § 831 I 1 analog gelten mit der Folge, dass sich der Hintermann gegebenenfalls gemäß § 831 I 2 exkulpieren kann. Ansonsten hafte der Hintermann als Besitzer (ohne Exkulpationsmöglichkeit) über die §§ 990, 278 schärfer als der Nichtbesitzer, dessen Verrichtungsgehilfe eine Sache zerstört (ausführlich dazu Langels, Sachenrecht I § 18 III 3 c).

Beispiel 2: Der 17jährige Heinz-Rüdiger fliegt ohne gültiges Ticket mit der Lufthansa von Hamburg nach New York. Kann sich Heinz-Rüdiger i.S.d. § 818 III darauf berufen, keine Aufwendungen erspart und daher nichts erlangt zu haben oder ist ihm dieser Einwand infolge seiner Bösgläubigkeit gemäß § 819 I abgeschnitten?

a) Nach einer Ansicht (Esser/Weyers § 51 III 1; Medicus BR 176) werden auf die bereicherungsrechtliche Haftung eines Minderjährigen stets die §§ 104 ff., 166 I entsprechend angewandt. Zum Schutz des Minderjährigen soll die Kenntnis des gesetzlichen Vertreters über die Bösgläubigkeit des Minderjährigen und damit über die durch § 819 I verschärfte Haftung entscheiden. Dies gelte unabhängig von der Frage, ob der Minderjährige das Erlangte durch Leistung oder in sonstiger Weise erlangt hat. Im Unterschied zum Deliktsrecht gehe es nicht um einen *Schadensausgleich* beim Gläubiger (kein Schaden der Lufthansa bei nicht voll besetzter Maschine), sondern um die *Abschöpfung einer Vermögensmehrung*. Da der Minderjährige aber nach dem Normzweck des Minderjährigenschutzes nicht mit vertraglichen Ansprüchen belastet werden darf, solle er im Bereicherungsrecht auch nicht gemäß § 818 II auf Wertersatz haften.

b) Nach anderer Auffassung (BGHZ 55, 128; Palandt/Thomas § 819 Rz. 2 c) gilt dieses Argument des Minderjährigenschutzes nur bei der Rückabwicklung von Leistungsaustauschverhältnissen, bei denen die Wirksamkeit des Vertrags am Minderjährigenschutz scheitert, also in Fällen der Leistungskondiktion; dort sei zum Schutz des Minderjährigen in analoger Anwendung des § 166 I auf die Kenntnis des gesetzlichen Vertreters abzustellen. Hat sich der Minderjährige den Vermögensvorteil durch deliktische Handlung (z.B. § 265 a StGB) oder durch verbotene Eigenmacht verschafft, so entscheide seine eigene Deliktsfähigkeit in analoger Anwendung des § 828 über seine Bösgläubigkeit i.S.d. § 819 I.
(Ausführlich zum „Flugreisefall“ Langels, Schuldrecht BT 3 § 18 I 1)

3) Die Kenntnis des Vertretenen gemäß § 166 II

Hat der bevollmächtigte Vertreter nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers gehandelt, so kommt es für das Kennen oder Kennenmüssen bestimmter Umstände nicht nur auf die Person des handelnden Vertreters, sondern auch auf den Vertretenen an. **§ 166 II durchbricht also das Repräsentationsprinzip**, um zu verhindern, dass ein bösgläubiger Hintermann einen gutgläubigen Vertreter für ein Rechtsgeschäft instrumentalisiert, das er aufgrund seiner eigenen Bösgläubigkeit nicht wirksam hätte vornehmen können.

Beispiel: Der bösgläubige Hintermann Wilhelm Brause weiß, dass der Verkäufer Gluffke in Geldnöten steckt und daher eine Sache verkaufen will, die ihm nicht gehört. Er beauftragt den gutgläubigen Bullmann, die Sache für ihn zu erwerben. Würde es allein auf die Kenntnis des Bullmann ankommen, so könnte Wilhelm trotz eigener Bösgläubigkeit durch den gutgläubigen Vertreter das Eigentum gemäß den §§ 929, 932 I vom Nichtberechtigten erwerben.

AL-Klausurtipp: Bitte beachten Sie bei § 166 II, dass diese Norm die Regelung des § 166 I nicht *ersetzt*, sondern *ergänzt*: Es kommt nicht nur auf die Kenntnis des Vertreters, sondern auch auf die Kenntnis des Vertretenen an! Ist einer von beiden bösgläubig, so scheitert z.B. ein gutgläubiger Erwerb an § 932 II unabhängig von der Frage, wer von beiden die Nichtberechtigung des Verfügenden grob fahrlässig verkannt hat.

§ 166 II gilt ausschließlich bei der gewillkürten Stellvertretung. Die Anwendung des § 166 II setzt voraus, dass der Vertretene die Entscheidung des Vertreters bewusst beeinflusst, also in eine bestimmte Richtung gelenkt hat. Dem steht es gleich, dass der Vertretene erfahren hat, dass der Vertreter ein bestimmtes Geschäft für ihn schließen will und dagegen nicht vorgeht, obwohl er dies könnte (BGHZ 50, 364, 368).

IX. Die Beschränkung der Vertretungsmacht

1) Der Missbrauch der Vertretungsmacht

Durch das Abstraktionsprinzip ist die Vertretungsmacht im Außenverhältnis zum Geschäftsgegner unabhängig von der Ausgestaltung des internen Grundverhältnisses, das zwischen Vertreter und Vertretenem besteht. Aufgrund des Abstraktionsprinzips ist es daher denkbar, dass der Vertreter seine Vertretungsmacht missbraucht. Dies ist der Fall, wenn er im Außenverhältnis die Grenzen der Vertretungsmacht einhält und dadurch den Vertretenen wirksam verpflichtet, dadurch aber seine internen Befugnisse überschreitet = Handeln im Rahmen des rechtlichen Könnens bei Überschreitung des internen Dürfens. Dabei lassen sich folgende Fallgruppen unterscheiden:

a) Kollusion

Fall: Eigentümer Gluffke bevollmächtigt seinen vermeintlichen Freund Wilhelm zum Verkauf seines Alfa Spider, der einen Wert von ca. 15.000 Euro hat. Wilhelm hat aber schon lange auf eine Gelegenheit gewartet, dem Gluffke eins auszuwischen und veräußert den Wagen für 10.000 Euro an Bullmann, der den Gluffke ebenfalls nicht mag und der den Wert des Wagens genau erkennt.

Machen Geschäftsgegner und Vertreter durch Abschluss des Vertretergeschäfts zum Nachteil des Vertretenen gemeinsame Sache, so ist das Vertretergeschäft gemäß § 138 I nichtig (BGH WM 1988, 1380, 1381; MünchKomm/Schramm § 164 Rz. 99; Flume § 45 II 3). Ist dem Vertretenen trotz der Nichtigkeit des Geschäfts ein Vermögensschaden entstanden, so haften Vertreter und Geschäftsgegner gesamtschuldnerisch (§ 840) dem Vertretenen gemäß § 826 auf Schadensersatz. Daneben kommt ein Anspruch gegen den Vertreter gemäß § 280 I 1 wegen Pflichtverletzung des Grundverhältnisses in Betracht.

b) Verstoß gegen Treu und Glauben / Evidenz des Missbrauchs

Variante: Wilhelm hat den Wagen an den Gebrauchtwagenhändler G für 10.000 Euro verkauft. G weiß zwar nicht, dass Wilhelm den ihm nicht bekannten Gluffke schädigen will, erkennt aber genau den wahren Wert des Wagens.

aa) Schon das RG (RGZ 71, 219, 222; 83, 348, 353) hat dem Geschäftsgegner unter Hinweis auf Treu und Glauben das Recht abgesprochen, sich auf die Vertretungsmacht zu berufen, wenn der Vertreter seine Befugnisse bewusst überschritten hat und der Geschäftsgegner dies erkannt hat bzw. hätte erkennen müssen.
Der BGH hat diesen Gedanken der **unzulässigen Rechtsausübung** später auch auf den Fall angewendet, in dem der Vertreter nicht nachweislich gegen die Interessen des Vertretenen gehandelt hat, der Geschäftsgegner aber hätte erkennen müssen, dass der Vertreter dem Hintermann Tatsachen vorenthält, bei deren Kenntnis der Hintermann das Geschäft nicht hätte schließen wollen (BGH NJW 1984, 1461, 1462).

Im Hinblick auf die subjektiven Voraussetzungen in der Person des Vertragspartners ist die Rechtsprechung nicht einheitlich: Bewusste Kenntnis des Missbrauchs genügt allemal, doch hat der BGH in älteren Entscheidungen (BGH WM 1966, 491, 492; BGHZ 50, 112, 114) auch jede Form von Fahrlässigkeit genügen lassen. Später forderte der BGH jedoch, dass sich der Verdacht des Missbrauchs für den Vertragspartner geradezu aufdrängen musste, dass der Vertragspartner den Missbrauch also grob fahrlässig verkannt hat (BGH NJW 1980, 384, 385). **Grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn die Überschreitung der internen Befugnisse zum Nachteil des Vertretenen für einen redlichen und vernünftig denkenden Geschäftsgegner nicht zu übersehen war, der Missbrauch der Vertretungsmacht also evident war** (BGH NJW 1994, 2082, 2083; 1990, 384, 385; 1988, 2241; Palandt/Heinrichs § 164 Rz. 13; MünchKomm/Schramm § 164 Rz. 104). Auch wenn den Geschäftsgegner diesbezüglich keine Nachforschungspflicht trifft, darf er sich nicht taub stellen, wenn sich massive Verdachtsmomente bilden, der Vertreter z.B. entgegen allen branchenüblichen Gepflogenheiten handelt.

Der Vertreter muss über den formalen Machtmissbrauch dem Vertretenen einen Schaden zugefügt haben. Unerheblich ist dagegen, ob der Vertreter seine Vertretungsmacht bewusst oder unbewusst missbraucht (BGH NJW 1988, 3012, 3013). Der Schutz des Geschäftsgegners hängt also ausschließlich davon ab, ob der Missbrauch für ihn evident war. Dies gilt auch und gerade im Handels- und Gesellschaftsrecht, wo oftmals der Umfang der Vertretungsmacht im Außenverhältnis nicht wirksam beschränkt werden kann (z.B. §§ 50 I, 126 HGB).

bb) Ein Teil der Literatur (Palandt/Heinrichs § 164 Rz. 13; MünchKomm/Schramm § 164 Rz. 102; Flume § 45 II 3 m.w.N.) löst die Fälle des Machtmissbrauchs nicht über die Figur der unzulässigen Rechtsausübung, sondern behandelt sie als Beschränkung der Vertretungsmacht: Zu Lasten des Geschäftsgegners wird das Abstraktionsprinzip eingeschränkt, da der Geschäftsgegner den Schutz des Abstraktionsprinzips nicht verdient. Es gelten die §§ 177 ff. entsprechend, so dass das Geschäft schwebend unwirksam ist. Der Vertretene hat daher die Möglichkeit, das Geschäft durch Genehmigung wirksam werden zu lassen und an sich zu ziehen.

cc) Ist das Vertretergeschäft wegen des Missbrauchs der Vertretungsmacht unwirksam, so kann sich der Geschäftsgegner nach den Regeln der culpa in contrahendo sowohl an den Vertreter als auch über § 278 an den Vertretenen halten, der den Vertreter in die Vertragsverhandlungen eingeschaltet hat. In beiden Fällen muss sich der Geschäftsgegner aber über § 254 sein Mitverschulden anspruchsmindernd entgegenhalten lassen (BGHZ 50, 112, 114; Palandt/Heinrichs § 164 Rz. 14).

2) **Die Beschränkung der Vertretungsmacht durch § 181**

a) Steht ein Vertreter auf beiden Seiten des Rechtsgeschäfts, so ist ein vollständiger Interessenausgleich nicht gewährleistet. Gerade bei gegenseitigen Verträgen, die einen Zielkonflikt zwischen den gegensätzlichen Interessen der Vertragspartner lösen sollen, besteht die Gefahr, dass der Vertreter seine Vertretungsmacht zu Lasten des Vertretenen missbraucht.
Beispiel: Soll der Vertreter Wilhelm für den Verkäufer Gluffke dessen neuwertigen Porsche verkaufen, so wäre ohne die Beschränkung des § 181 denkbar, dass Wilhelm den Wagen für einen symbolischen Betrag von 100 Euro an sich selbst verkauft und Gluffke diese Verpflichtung erfüllen müsste. Auch wenn Wilhelm bereit wäre, einen angemessenen Preis zu zahlen, würden sich in punkto Gewährleistung, Ratenzahlung oder Eigentumsvorbehalt zahlreiche denkbare Interessenkollisionen ergeben, die der Vertreter kaum angemessen lösen kann, wenn er selbst Vertragspartei ist.

b) **§ 181 beschränkt die Vertretungsmacht des Vertreters in 2 Fällen**:

aa) Der Vertreter schließt den Vertrag im Namen des Vertretenen mit sich selbst (**Selbstkontrahieren**, s.o.).

bb) Der Vertreter vertritt gleichzeitig 2 verschiedene Vertragspartner (= **Mehrvertretung**).
Beispiel: Wilhelm soll für den Käufer Bullmann einen Pkw kaufen, für den Verkäufer Gluffke einen Pkw verkaufen. Wilhelm schließt als Vertreter des Gluffke einen Vertrag mit Bullmann, wobei Wilhelm auch als Vertreter für Bullmann handelt.

c) Das Gesetz geht bei der schwebenden Unwirksamkeit des § 181 nicht von einer im Einzelfall nachzuweisenden Benachteiligung des Vertretenen aus, sondern knüpft mit seiner Rechtsfolge generell an die Vornahme des Geschäfts als Insichgeschäft an. Die Unzulässigkeit des Selbstkontrahierens gilt nur dort nicht, wo ein derartiger Machtmissbrauch des Vertreters abstrakt-generell nicht zu befürchten ist. Dabei lassen sich folgende Fallgruppen unterscheiden:

aa) **Das Geschäft ist für den Vertretenen lediglich rechtlich vorteilhaft**. Hier findet eine **teleologische Reduktion des § 181** statt (BGHZ 59, 236, 240; MünchKomm/Schramm § 181 Rz. 15; Palandt/Heinrichs § 181 Rz. 9).
Beispiel: Die Eltern schenken ihrem 5jährigen Sohn 100 Euro zu dessen Geburtstag und zahlen das Geld auf dessen Konto bei der Sparkasse ein. Da der 5jährige geschäftsunfähig ist, muss er bei der Annahme der Schenkungsofferte von seinen Eltern vertreten werden, so dass diese auf beiden Seiten des Schenkungsvertrags stehen. Dennoch sind hier die Eltern nicht von der Vertretung ausgeschlossen, da in derartigen Fällen abstrakt-generell ein Machtmissbrauch ausgeschlossen ist.

> **AL-Klausurtipp**: Denken Sie aber bei der Schenkung eines Grundstücks an einen Minderjährigen daran, dass die Rechtsprechung (BGHZ 78, 28, 31, dazu Langels, BGB AT 1 § 14 II) eine ***Gesamtbetrachtung*** **von Schenkung und Übereignung** vornimmt: Ergeben sich aus der Vollziehung der Schenkung, also aus der Übereignung, unmittelbare Rechtsnachteile für den Minderjährigen, so müssen bereits bei der Annahme der Schenkungsofferte die gesetzlichen Vertreter des Minderjährigen zustimmen. Sind diese gesetzlichen Vertreter selbst die Schenker, so muss für die erforderliche Zustimmung gemäß § 1909 ein Ergänzungspfleger bestellt werden.

bb) **Der Vertretene hatte dem Vertreter das Selbstkontrahieren gestattet**. Hier besteht zwar die Gefahr des Machtmissbrauchs nach wie vor, doch hat der Vertretene durch die Gestattung auf den Schutz des § 181 bewusst verzichtet. Die Gestattung ist eine einseitige empfangsbedürftige Erklärung, die gegenüber dem Vertreter abzugeben ist. Die Gestattung kann auch konkludent erfolgen, wenn nach den Umständen des Einzelfalls das Vertretergeschäft nur durch Insichgeschäft vorgenommen wurde. Da das Insichgeschäft außergewöhnlich und gefährlich ist, ist bei der Annahme einer konkludenten Befreiung von § 181 aber Vorsicht geboten.
Beispiel: Verkäufer und Käufer eines Grundstückes bevollmächtigen den Notar zur Auflassung des Grundstücks.

Die Gestattung des Insichgeschäfts ist außerhalb der Bevollmächtigung von der Art und Weise abhängig, in der die Vertretungsmacht erteilt wurde:

– Dem gesetzlichen Vertreter kann das Insichgeschäft nur vom Gesetz selbst, nicht aber vom Familien- bzw. Vormundschaftsgericht gestattet werden. Schweigt das Gesetz, muss gemäß § 1909 ein Ergänzungspfleger bestellt werden.

– Den organschaftlichen Vertreter kann nur die Satzung der juristischen Person vom Verbot des Selbstkontrahierens befreien, den Testamentsvollstrecker der Erblasser. Die Erben können das schwebend unwirksame Insichgeschäft des Testamentsvollstreckers nur - genehmigen.

Die Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens bedarf auch dann keiner Form, wenn das Vertretergeschäft selbst formbedürftig ist, da sich der Vertretene durch die Befreiung des Vertreters noch nicht stärker gebunden hat als durch die Vollmachtserteilung. Sollte sich der Vertretene im Einzelfall dennoch bereits gebunden haben, muss die Vollmachtserteilung in der Form des Vertretergeschäfts erfolgen (s.o. III). Dennoch muss in bestimmten Fällen die Gestattung in bestimmter Form nachgewiesen werden. So muss die Befreiung vom Verbot des Insichgeschäfts gegenüber dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden.

Auch im Verhältnis von 1-Mann-GmbH und Geschäftsführer ist aus Gründen des Gläubigerschutzes § 181 BGB gemäß § 35 IV GmbHG anwendbar. Die Gesellschaft kann den Geschäftsführer aber durch ihre Satzung von der Beschränkung des § 181 befreien (vgl. auch BGH NJW 1991, 691).

cc) **§ 181 gilt auch dann nicht, wenn das Insichgeschäft des Vertreters nur der Erfüllung einer einredefreien Verbindlichkeit dient**, der Vertreter also gegenüber dem Vertretenen einen Anspruch auf Abgabe der Erklärung hat, die der Vertreter jetzt sich selbst gegenüber für den Vertretenen abgibt. Die Gefahr des Machtmissbrauchs besteht hier nicht, da der Vertretene diese Verbindlichkeit ja ohnehin hätte erfüllen müssen. Die Verbindlichkeit muss aber bereits vor dem Insichgeschäft bestehen. Es genügt nicht, dass die Verbindlichkeit erst durch Insichgeschäft entsteht oder wirksam wird, weil z.B. das Insichgeschäft den Formmangel des bis dato unwirksamen Geschäfts heilt.
Das Insichgeschäft muss in derartigen Fällen aber nach außen kenntlich gemacht werden. Dabei genügt es aber, wenn ein mit den Umständen vertrauter Dritter die Vornahme des Insichgeschäfts erkennen konnte. Die tatsächliche Kenntnisnahme durch den Vertretenen oder durch Dritte ist nicht erforderlich. Dieser Grundsatz gilt über das sachenrechtliche Publizitätsprinzip besonders für Verfügungen: Bei der Übertragung von Eigentum ist daher eine Kenntlichmachung erforderlich, indem die entsprechenden Gegenstände individualisierbar gemacht werden.
§ 181 gilt nicht nur für rechtsgeschäftlich bestellte, sondern auch für gesetzliche Vertreter, Organe und Verwalter einer Vermögensmasse.

d) **Die analoge Anwendung des § 181**

aa) Keiner kann mehr Rechte übertragen, als er selbst innehat. Um den Vertretenen über den Wortlaut des § 181 hinaus vor den Gefahren des Machtmissbrauchs zu bewahren, gilt **§ 181 analog, wenn der Machtmissbrauch abstrakt-generell erfassbar ist**, so z.B. wenn der Vertreter einem Dritten Untervollmacht erteilt, um die formellen Voraussetzungen des § 181 zu umgehen (MünchKomm/Schramm § 181 Rz. 21; Palandt/Heinrichs § 181 Rz. 12; Medicus BR Rz. 113). Der Vertreter kann also nicht mit dem Dritten, der für den Vertretenen als Untervertreter

handelt, im eigenen Namen Verträge schließen. Hier ist der Vertreter als Vollmachtgeber noch mittelbar auf beiden Seiten des Rechtsgeschäfts beteiligt. Dies gilt auch im umgekehrten Fall, dass der Vertreter für sich selbst den Dritten bevollmächtigt und selbst für den Vertretenen handelt.
Für die analoge Anwendung des § 181 kommt es auf die Art der Vornahme des Geschäfts an: Die Feststellung eines konkreten Interessensverstoßes ist weder erforderlich noch genügend. Vorausgesetzt wird vielmehr im Sinne der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit eine generell-abstrakt fassbare, vom konkreten Einzelfall unabhängige Interessenskollision (BGHZ 91, 334, 336; OLG Jena NJW 1995, 3127).

bb) Andererseits kann § 181 nicht jegliche Form von Machtmissbrauch verhindern, da jede Vertretungsmacht die Möglichkeit des Missbrauchs bietet und eine derartige Beschränkung der Vertretungsmacht aus Gründen der Rechtssicherheit unzumutbar ist. **§ 181 gilt also nur dann analog, wenn der Vertreter zumindest mittelbar auf beiden Seiten des Rechtsgeschäfts steht**. Dies ist aber nicht der Fall, wenn der Vertreter im Namen des Vertretenen für eine gegen den Vertreter gerichtete Forderung gegenüber seinem Gläubiger eine Bürgschaftserklärung abgibt oder eine Hypothek an einem Grundstück des Vertretenen bestellt (BGHZ 91, 334, 337; Palandt/Heinrichs § 181 Rz. 2; MünchKomm/Schramm § 181 Rz. 9 m.w.N.). Hier ist aber ein Schutz des Vertretenen nach den Regeln über den Missbrauch der Vertretungsmacht gewährleistet (s.o. 1.).

e) **Die Rechtsfolgen des § 181**

Das Insichgeschäft ist nicht automatisch nichtig, sondern zunächst schwebend unwirksam, so dass der Vertretene es mit rückwirkender Kraft genehmigen und an sich ziehen kann (BGH NJW -RR- 1994, 291, 292; BGHZ 65, 123, 126; MünchKomm/Schramm § 181 Rz. 37). Bis zur Genehmigung ist der Vertreter selbst an das Geschäft gebunden, kann also seine eigene Erklärung nicht gemäß § 178 widerrufen, doch kann er den Vertretenen gemäß § 177 II zur Genehmigung auffordern und dadurch den Schwebezustand beenden.

Ist der Vertretene nicht voll geschäftsfähig, so kann er das schwebend unwirksame Geschäft seiner Eltern nur dann genehmigen, wenn er inzwischen volljährig geworden ist. Ansonsten muss die Genehmigung durch den Ergänzungspfleger des § 1909 erfolgen.

X. Die Vertretung ohne Vertretungsmacht: § 177

1) Die Fallgruppen des § 177

Schließt der Vertreter ohne Vertretungsmacht im Namen eines anderen einen Vertrag, so hängt die Wirksamkeit des Vertrags gemäß § 177 davon ab, dass der andere den Vertragsschluss genehmigt. Bis zur Genehmigung ist das Geschäft schwebend unwirksam. Dieser Schwebezustand ist nicht befristet, sondern hält solange an, bis die erforderliche Genehmigung erteilt oder verweigert ist.

Der Schwebezustand des § 177 entsteht nicht nur, wenn ein Bevollmächtigter ohne Vertretungsmacht handelt, sondern gilt auch für gesetzliche und organschaftliche Vertreter. Er entsteht auch, wenn ein gesetzlicher Vertreter ohne die erforderliche Zustimmung eines Dritten gehandelt hat.
Beispiel: Die Eltern haben ohne die gemäß den §§ 1643, 1821 Nr. 1, 4 erforderliche Zustimmung des Familiengerichts ein Grundstück ihres Kindes veräußert.

a) Das Geschäft ist gemäß § 177 I schwebend unwirksam, wenn dem Vertreter die erforderliche Vertretungsmacht gar nicht, nicht wirksam, nicht für dieses Rechtsgeschäft oder nur als Gesamtvertreter erteilt worden ist.

b) Hat der Vertreter die ihm erteilte Vertretungsmacht überschritten oder missbraucht, so ist das Vertretergeschäft soweit unwirksam, wie der Vertreter seine Vertretungsmacht überschritten hat. Über die Wirksamkeit des Teils, der von seiner Vertretungsmacht gedeckt war, muss nach den Auslegungsregeln über die Teilnichtigkeit gemäß § 139 entschieden werden.

c) Ist die Vertretungsmacht erloschen, so muss gemäß den §§ 170 – 173 ermittelt werden, ob der Vertretene nicht nach den Regeln der Rechtsscheinhaftung, z.B. durch Anscheins- oder Duldungsvollmacht, wirksam verpflichtet worden ist. Ist dies der Fall, so ist das Vertretergeschäft wirksam, die §§ 177 ff. gelten nicht.

2) **Die Folgen der §§ 177 ff.**

Das Rechtsgeschäft ist zunächst schwebend unwirksam, wirkt also weder für noch gegen den Vertretenen. Hat der Geschäftsgegner in Unkenntnis des Schwebezustands bereits an den Vertretenen geleistet, so kann er das Geleistete nach § 812 I 1, 1. Alt. zurückverlangen. Bei dieser Rückforderung braucht er nicht auf die Beendigung des Schwebezustandes zu warten. Der Schwebezustand hält zeitlich unbefristet an; die Beteiligten haben aber die Möglichkeit, den Schwebezustand einseitig zu beenden.

3) **Die Beendigung des Schwebezustandes**

a) **§ 177 II / Genehmigung**

aa) **Der Vertretene kann das Geschäft gemäß § 177 II mit nach § 184 I rückwirkender Kraft durch Genehmigung wirksam werden lassen. Die Genehmigung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung**, die gemäß § 182 I sowohl gegenüber dem Vertreter als auch dem Geschäftsgegner erklärt werden kann. Sie bedarf gemäß § 182 II nicht der Form, die das Vertretergeschäft einhalten muss (BGHZ 125, 218, 220; Prölss JuS 1985, 577; Palandt/Heinrichs § 182 Rz. 2). Dennoch muss die Genehmigung dort in der Form des Grundgeschäftes erfolgen, wo die gesetzliche Formvorschrift den Betroffenen vor einer übereilten Entscheidung bewahren sollte, denn im Gegensatz zur Bevollmächtigung tritt ja durch die Genehmigung eine sofortige Bindung des Vertretenen ein.

Beispiel: Hatte der Vertreter für einen anderen ohne Vertretungsmacht ein Grundstück gekauft oder verkauft, so muss die Genehmigung in der Form des § 311 b I erfolgen.

bb) **Die Genehmigung ist unwiderruflich und bedingungsfeindlich**, es sei denn, dass der Bedingungseintritt ausschließlich vom Verhalten des Geschäftsgegners abhängt (= Potestativbedingung). Hat der Vertreter in der Zwischenzeit die ihm ursprünglich fehlende Vertretungsmacht erhalten, so kann er anstelle des Vertretenen genehmigen.

cc) **Die Genehmigung kann ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten erfolgen**. So genügt (nach BGH NJW 1990, 386) auch ein bloßes Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben, das das Vertretergeschäft bestätigt. Eine konkludente Genehmigung setzt aber voraus, dass der Vertretene den Schwebezustand kannte oder hätte kennen können, da ihm ansonsten das für jede Willenserklärung notwendige *potentielle Erklärungsbewusstsein* fehlt. In Zweifelsfällen muss das Verhalten des Vertretenen ausgelegt werden, ob der Geschäftsgegner es nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte als Genehmigung verstehen durfte. Bloßes Untätigbleiben reicht aber auch in den Fällen nicht

aus, in denen der Geschäftsgegner den Vertretenen darüber informiert hatte, dass der Vertreter für ihn aufgetreten ist.

dd) **Durch die Genehmigung wird das Geschäft mit gemäß § 184 I rückwirkender Kraft wirksam**. Das Geschäft wird dem Vertretenen so zugerechnet, als ob der Vertretene es von Anfang an selbst vorgenommen hätte. Die Genehmigung überwindet aber nur die anfänglich fehlende Vertretungsmacht. Ist das Geschäft aus anderen Gründen nichtig, so kann die Genehmigung diesen Wirksamkeitsmangel nicht überwinden.

ee) **Die Genehmigung des Vertretenen befreit den Vertreter von seiner Haftung aus § 179**. Die Genehmigung des Vertretergeschäfts bedeutet nicht zwingend, aber doch regelmäßig zugleich eine Genehmigung der Geschäftsführung im Innenverhältnis gemäß § 684, 2 (BGH NJW 1985, 2194). Der Genehmigende wird dadurch rückwirkend zum Geschäftsherrn, kann vom Vertreter gemäß den §§ 681, 2; 667 Herausgabe des durch die Geschäftsführung Erlangten fordern, muss ihm aber auch gemäß den §§ 684, 2; 683, 670 die im Zuge der Geschäftsführung entstandenen Aufwendungen ersetzen.

ff) **Auf der anderen Seite gilt der Vertreter jetzt als Hilfsperson des Vertretenen i.S.d. § 278**, die der Vertretene in die Vertragsverhandlungen eingeschaltet hat. Ein Verschulden des Vertreters im Zuge der Vertragsverhandlungen verpflichtet den Vertretenen nach den Regeln der culpa in contrahendo i.V.m. § 278 zum Schadensersatz.

b) **§ 177 II / Fristsetzung**

Der Geschäftsgegner kann den bis dato bestehenden Schwebezustand dadurch beenden, dass er den schwebend unwirksam verpflichteten Vertretenen auffordert, das Geschäft zu genehmigen. Diese Aufforderung bedarf keiner besonderen Form. Es handelt sich um eine **empfangsbedürftige geschäftsähnliche Handlung, auf die die Regeln über Willenserklärungen entsprechend angewendet werden**. Mit dem Zugang dieser Aufforderung beim Vertretenen wird eine gegenüber dem Vertreter zuvor erteilte Genehmigung oder Verweigerung der Genehmigung wieder unwirksam, so dass das Geschäft in diesem Fall durch die Aufforderung des Geschäftsgegners wieder in seinen ursprünglichen Schwebezustand versetzt wird (vgl. auch § 108 II). Der Vertretene kann jetzt das Geschäft erneut überdenken und es durch Genehmigung wirksam werden lassen.

Erfolgt die Genehmigung des Vertretenen nicht innerhalb von 2 Wochen, so beseitigt das Gesetz den bestehenden Schwebezustand dadurch, dass die Genehmigung jetzt als verweigert gilt. Das Geschäft ist nichtig und kann auch durch verspätete Genehmigung nicht „wiederbelebt“ werden, sondern muss neu vorgenommen werden.

c) **§ 178 / Widerruf des Geschäftsgegners**

Der Geschäftsgegner kann den Schwebezustand auch dadurch beseitigen, dass er seine eigene Willenserklärung gemäß § 178 widerruft. Dazu ist er aber nur dann berechtigt, wenn er das Fehlen der Vertretungsmacht nicht gekannt hat. Dieser Widerruf der eigenen Erklärung kann nach § 178, 2 auch gegenüber dem Vertreter erklärt werden. Hatte der Vertretene das Geschäft zuvor durch Genehmigung wirksam werden lassen, ist ein Widerruf des Geschäftsgegners gemäß § 178 ausgeschlossen.

4) **Die Haftung des Vertretenen**

Hat der Vertretene das Geschäft nicht genehmigt, so ist er aus diesem Geschäft nicht wirksam verpflichtet worden; der Geschäftsgegner muss sich vielmehr gemäß § 179 an den Vertreter halten (dazu unten 5.). Der Vertretene haftet aber nach den Regeln der culpa in contrahendo i.V.m. § 278, wenn er den Vertreter in die Vertragsverhandlungen eingeschaltet hat und der Vertreter noch im Rahmen der ihm übertragenen Aufgaben eine Pflicht verletzt hat. Bei dieser Pflichtverletzung kann es sich um die Verletzung von vorvertraglichen Sorgfalts- oder Aufklärungspflichten handeln. Das Handeln als Vertreter ohne Vertretungsmacht macht aber den Vertretenen nicht nach den Regeln der c.i.c. ersatzpflichtig, weil dadurch der Schutzzweck der §§ 177 ff. unterlaufen würde.

5) **Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht gemäß § 179**

Der Vertreter erklärt durch sein Auftreten im Namen des Vertretenen konkludent, diesen auch wirksam verpflichten zu können. Der Geschäftsgegner darf auf das Bestehen der Vertretungsmacht zwar nicht blind vertrauen (§ 179 III 1), muss aber auf der anderen Seite das Bestehen der Vertretungsmacht grundsätzlich nicht überprüfen. Im Interesse der Verkehrssicherheit trifft den Vertreter eine **verschuldensunabhängige Garantiehaftung** für die Wirksamkeit seiner Erklärung. Auch wenn der Vertreter selbst das Fehlen der Vertretungsmacht nicht erkennen kann, ist er am Geschehen „näher dran“ als der insoweit schutzwürdige Geschäftsgegner.
Die Haftung des § 179 trifft nicht nur den rechtsgeschäftlich Bevollmächtigten, sondern auch die gesetzlichen und organschaftlichen Vertreter sowie die Verwalter einer ihnen anvertrauten Vermögensmasse. Der Vertreter haftet auch gemäß § 179, wenn er unter fremdem Namen auftritt, wenn der Geschäftsgegner nur mit dem wahren Namensträger abschließen wollte. Der Vertreter haftet ebenfalls nach § 179, wenn der Vertretene gestorben ist, der Vertreter dies weiß und die Erben das Geschäft nicht genehmigen, sofern die Vollmacht nicht als postmortale Vollmacht über den Tod hinaus bestand.

a) **Die Haftungsvoraussetzungen des § 179**

aa) **Der Vertreter hat ein Rechtsgeschäft in fremdem Namen ohne die erforderliche Vertretungsmacht abgeschlossen**. Auf ein Verschulden des Vertreters kommt es nicht an. Bestehen über die Vertretungsmacht Zweifel, so trägt der Vertreter die Beweislast dafür, dass er Vertretungsmacht hatte.

bb) **Der Vertretene hat die nach § 177 II mögliche Genehmigung verweigert**. Der Anspruch des Geschäftsgegners gegen den Vertreter nach § 179 entsteht erst, wenn der bis dato bestehende Schwebezustand beseitigt ist.

cc) **Das Vertretergeschäft wäre bei bestehender Vertretungsmacht wirksam gewesen**. Der Vertreter haftet gemäß § 179 nur für die Folgen der fehlenden Vertretungsmacht. Wäre das Geschäft auch aus anderen Gründen (z.B.: §§ 104 ff., 125, 138, 306) nichtig gewesen, gilt § 179 nicht.

> **AL -Klausurtipp**: Beachten Sie aber folgendes: Hätte der Geschäftsgegner bei bestehender Vertretungsmacht einen Schadensersatzanspruch gegen den Vertretenen gehabt (z.B. § 122), so geht dem Geschäftsgegner dieser Anspruch gegen den Vertretenen bei fehlender Vertretungsmacht verloren. Diese Haftungslücke muss der Vertreter über die Haftung nach § 179 füllen.

dd) **Haftet der Vertretene ohnehin nach den Regeln der Rechtsscheinhaftung gemäß den §§ 170 – 172 oder nach den Regeln der Anscheins- und Duldungsvollmacht, so entfällt eine Haftung des Vertreters nach § 179** (BGHZ 86, 273; MünchKomm/Schramm § 179 Rz. 25; Palandt/Heinrichs § 179 Rz. 1 m.w.N.). Wir hatten oben bereits gesehen, dass sich in derartigen Fällen der Geschäftsgegner an den Vertretenen halten *kann*, aber auch halten *muss*. Er kann nicht zwischen der Inanspruchnahme des Vertretenen aus dem Vertretergeschäft und der Inanspruchnahme des Vertreters aus § 179 wählen.

b) **Der Haftungsumfang des § 179**

aa) **§ 179 I**: Hat der Vertreter bewusst ohne die erforderliche Vertretungsmacht gehandelt, so ist er dem Geschäftsgegner nach dessen Wahl entweder zur Erfüllung des Vertrags in Natur oder zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Geld verpflichtet.

Zwischen dem Vertreter und dem Geschäftsgegner entsteht ein *Wahlschuldverhältnis* gemäß § 262: Der Geschäftsgegner muss durch Erklärung gegenüber dem Vertreter gemäß § 263 deutlich machen, ob er Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt, wobei der Geschäftsgegner an eine einmal getroffene Wahl gebunden ist. Ist dem Vertreter die Erfüllung des Vertrags von Anfang an unmöglich, so kann der Geschäftsgegner gemäß § 265 nur Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Dabei besteht der Schaden nach der Differenztheorie in der wertmäßigen Differenz von Leistung und Gegenleistung.

> **AL-Klausurtipp: Verlangt der Vertragspartner eine dem Vertreter mögliche Erfüllung des Vertrags, so muss der Vertreter die Leistung erbringen, die der Vertretene geschuldet hätte**, wenn dieser wirksam verpflichtet worden wäre. Dabei kann der Vertreter Einwendungen und Einreden geltend machen, die dem Vertretenen zugestanden hätten; auch die §§ 320 ff. gelten entsprechend. Ist die Leistung des Geschäftsgegners mangelhaft, so kann auch der Vertreter Gewährleistungsansprüche geltend machen.

Der Vertreter haftet aber gemäß § 179 nur für die Lücke, die durch die fehlende Vertretungsmacht entstanden ist. Die Haftung des § 179 entfällt daher, wenn der Geschäftsgegner wegen einer Vermögensverschlechterung des Vertretenen auch vom Vertretenen weder Erfüllung noch Schadensersatz wegen Nichterfüllung hätte erlangen können (Flume, § 47, 3 b). Der Geschäftsgegner trägt auch bei fehlender Vertretungsmacht des Vertreters das Insolvenzrisiko desjenigen, den er für seinen Vertragspartner hält. Wird der Vertretene insolvent, so haftet der Vertreter ohne Vertretungsmacht gemäß § 179 nur in Höhe der Insolvenzquote, wenn das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Vertretenen eröffnet wurde, bevor der Geschäftsgegner seinen Anspruch gegen den Vertretenen hätte geltend machen können. Dadurch soll verhindert werden, dass der Geschäftsgegner bei fehlender Vertretungsmacht des Vertreters besser gestellt wird, als er bei wirksamer Verpflichtung des Vertretenen stünde (MünchKomm/Schramm § 179 Rz. 30 m.w.N.).

bb) **§ 179 II**: **Hatte der Vertreter das Fehlen seiner Vertretungsmacht nicht gekannt, so haftet er nicht auf Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung, sondern muss dem Geschäftsgegner (nur) dessen Vertrauensschaden ersetzen**; dies gilt allerdings auch dann, wenn er das Fehlen seiner Vertretungsmacht nicht erkennen konnte. Ebenso wie bei der Haftung gemäß § 122 ist die Höhe der Ersatzpflicht im Rahmen des § 179 II durch das Interesse des Geschäftsgegners an der Erfüllung des Vertrags begrenzt: Der Vertreter ohne Vertretungsmacht muss den Geschäftsgegner nicht besser stellen, als dieser bei ordnungsgemäßer Erfüllung des Vertrags stünde.

cc) **§ 179 III**: **Der Vertreter haftet trotz fehlender Vertretungsmacht weder gemäß § 179 I noch gemäß § 179 II, wenn der Geschäftsgegner den Mangel der Vertretungsmacht gekannt hat oder fahrlässig verkannt hat**. Zwar besteht auch hier keine Nachforschungspflicht, doch muss sich der Geschäftsgegner in den Fällen vergewissern, wo sich Zweifel an der Vertretungsmacht aufdrängen (BGH NJW 1990, 387, 388). Für die Kenntnis des Geschäftsgegners vom Fehlen der Vertretungsmacht ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses ausschlaggebend. Spätere Kenntniserlangung ist unschädlich.
Der Vertreter haftet auch dann nicht, wenn der Geschäftsgegner selbst dem Vertretenen durch seinen vorherigen Widerruf gemäß § 178 die Möglichkeit genommen hat, den Vertrag durch Genehmigung wirksam werden zu lassen.

Auch bei der Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht überwiegt der Minderjährigenschutz den Verkehrsschutz und damit die Interessen des Geschäftsgegners:

– Der geschäftsunfähige Vertreter haftet gar nicht.

– Der beschränkt geschäftsfähige Vertreter haftet gemäß § 179 III 2 nur, wenn die Eltern dem Auftreten ihres Kindes als Vertreter zugestimmt haben.

§ 28 Einwilligung und Genehmigung: §§ 182 – 185

Vorbemerkung

Einwilligung und Genehmigung sind die erforderliche Zustimmung eines Dritten zu einem Rechtsgeschäft, das ein anderer vorgenommen hat. Ein Rechtsgeschäft wird grundsätzlich in dem Augenblick wirksam, in dem es vorgenommen wird. In Ausnahmefällen hängt aber die Wirksamkeit des Geschäfts von der Zustimmung eines Dritten ab, wobei man zwischen der vorab erteilten Einwilligung (§ 183) und der nachträglich erfolgten Genehmigung (§ 184) unterscheiden kann. Die Zustimmung eines Dritten kann aus 2 Gründen erforderlich sein (Palandt/Heinrichs Rz. 1 vor §§ 182 ff.):

Es ist die Zustimmung einer Aufsichtsperson erforderlich, wenn der Handelnde vor den rechtlichen Folgen seines eigenen Verhaltens bewahrt werden soll.

Beispiel: Rechtsgeschäfte, die dem beschränkt Geschäftsfähigen nicht nur einen rechtlichen Vorteil einräumen, sind nur mit vorab erteilter Einwilligung (§ 107) oder nachträglich erteilter Genehmigung (§ 108 I) wirksam. Das gleiche gilt für Rechtsgeschäfte eines Betreuten, wenn das Vormundschaftsgericht gemäß § 1903 einen Einwilligungsvorbehalt angeordnet hat.

Der Dritte soll durch seine Zustimmung über die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts entscheiden, dessen Folgen auch ihn persönlich treffen.

Beispiele:
1) Bei der privativen Schuldübernahme gemäß § 415 verliert der Gläubiger seinen Altschuldner und muss deshalb der Schuldübernahme durch den Neuschuldner zustimmen.
2) Leben Ehegatten im gesetzlichen Güterstand der Zugewinngemeinschaft, so bedarf jeder Ehegatte der Zustimmung des anderen Ehegatten, wenn er durch ein Rechtsgeschäft über nahezu sein gesamtes Vermögen (§ 1365) oder über Haushaltsgegenstände (§ 1369) verfügen will.
3) Der Nacherbe muss gemäß § 2113 I der Verfügung des Vorerben über ein Grundstück zustimmen, weil bei Eintritt des Nacherbfalls das Grundstück entweder nicht mehr zum Nachlass zählt oder dinglich belastet ist.

I. Die Rechtsnatur der Zustimmung

1) Da die Willenserklärung mit der Zustimmung wirksam wird und dadurch unmittelbare rechtliche Folgen auslöst, ist die Zustimmung eine **empfangsbedürftige Willenserklärung**. Auf die Zustimmung werden die Regeln über Willenserklärungen angewendet, so dass der Zustimmende geschäftsfähig sein muss (§§ 104 ff.), seine Zustimmung anfechten kann (§§ 119 ff.) und seine Zustimmung erst mit ihrem Zugang wirksam wird (§ 130 I 1) und bis dahin noch widerrufen werden kann.

2) **Die §§ 182 ff. finden nur Anwendung, wenn die Zustimmung des Dritten *gesetzlich vorgeschrieben* ist**. Ist die Zustimmung des Dritten *vertraglich vereinbart*, so handelt es sich um eine *Bedingung*. Es gelten die §§ 158 ff., nicht aber die §§ 182 ff..

   Beispiel: Der Käufer eines Bildes möchte die Wirksamkeit des Kaufvertrags von der „Zustimmung“ seiner Frau abhängig machen. Die „Zustimmung“ ist juristisch gesehen eine aufschiebende Bedingung (§ 158 I) für das Wirksamwerden des Kaufvertrags.

3) **Die Zustimmung kann gemäß § 182 I sowohl gegenüber dem Handelnden als auch gegenüber dessen Vertragspartner erklärt werden**.
   Etwas anderes gilt in Fällen (§§ 108 II, 177 II), in denen der Vertragspartner den zur Genehmigung bestehenden Schwebezustand dadurch abkürzt, dass er den Dritten zur Genehmigung auffordert: Jetzt kann die Genehmigung nur noch gegenüber dem Vertragspartner erfolgen; eine vorherige Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung gegenüber dem Handelnden wird unwirksam.

Wie wir bereits im Recht der Minderjährigen gesehen haben, kann dadurch die Erklärung des Handelnden gemäß § 108 II wieder wirksam werden, obwohl sie doch zunächst durch die Verweigerung der Genehmigung unwirksam geworden ist.

Beispiel: Der 16jährige Heinz-Rüdiger hat ohne Zustimmung seiner Eltern sein Sparschwein geschlachtet und sich neue Lautsprecherboxen gekauft. Als er mit den Boxen zur Tür hereinkommt, erklären ihm seine Eltern, dass sie den Kauf niemals genehmigen werden. Als 2 Stunden später der Verkäufer anruft und die Eltern zur Zustimmung auffordert, ist der Zorn verraucht. Die Eltern erteilen ihre Zustimmung mit der Folge, dass der Kaufvertrag gemäß § 184 I als von Anfang an wirksam geschlossen gilt.

4) **Die Zustimmung bedarf gemäß § 182 II nicht der Form, die für das Rechtsgeschäft gesetzlich vorgeschrieben ist** (BGHZ 125, 218, 220; MünchKomm/Schramm § 182 Rz. 13). Die Zustimmung kann daher auch konkludent erfolgen.
Beispiel: Möchte ein 10jähriger etwas verschenken, so müssen die Eltern der Schenkung zustimmen, da das Schenkungsangebot den Minderjährigen verpflichtet, dem Beschenkten unentgeltlich das Eigentum an der Sache zu übertragen. Die Zustimmung der Eltern muss aber nicht gemäß § 518 I notariell beurkundet werden, sondern kann auch konkludent, z.B. durch Kopfnicken, erfolgen.

II. Die Einwilligung: § 183

1) **Unter einer Einwilligung versteht man die vorab erteilte Zustimmung des Dritten, die zeitlich *vor* der Vornahme des Rechtsgeschäfts erfolgt ist**. Wird das Rechtsgeschäft vorgenommen, so ist es sofort wirksam.

2) **Die vorab erteilte Einwilligung kann gemäß § 183, 1 bis zur Vornahme des Rechtsgeschäfts frei widerrufen werden**, wobei der Widerruf ebenso wie die Erteilung eine empfangsbedürftige Willenserklärung ist. Der Widerruf kann gemäß § 183, 2 sowohl gegenüber dem Handelnden als auch dessen Geschäftsgegner gegenüber erfolgen.
Beispiel: Der Warenlieferant Gluffke hat den Kaufmann Wilhelm Brause mit Ware beliefert und einen verlängerten EV vereinbart: Wilhelm darf die Ware im geordneten Geschäftsgang veräußern, nachdem er zuvor die Forderungen aus dem Weiterverkauf an Gluffke abgetreten hatte. Als Gluffke erfährt, dass Wilhelm in großen finanziellen Schwierigkeiten steckt und die Ware weit unter Einkaufspreis verschleudern will, widerruft er gegenüber Wilhelm seine Einwilligung zur Veräußerung (detailliert dazu Langels, Sachenrecht I § 10 IV).

3) Wird das zustimmungsbedürftige Geschäft vorgenommen, obwohl der Dritte seine erforderliche Einwilligung rechtzeitig gemäß § 183, 2 widerrufen hat, so ist das Geschäft schwebend unwirksam und kann nur durch eine Genehmigung des Dritten gemäß § 184 I wirksam werden.

III. Die Genehmigung: § 184

1) **Die Genehmigung ist die *nachträglich* erteilte Zustimmung, die den bis dato eingetretenen Schwebezustand mit rückwirkender Kraft (ex tunc) beseitigt**. Nach erteilter Genehmigung gilt also das Geschäft als von Anfang an wirksam.

2) **Vor der Erteilung der Genehmigung besteht ein Schwebezustand**: Das ohne die erforderliche Zustimmung vorgenommene Rechtsgeschäft schwebt zwischen Wirksamkeit und Nichtigkeit. Dieser Schwebezustand kann Jahre dauern, da für die Erteilung der Genehmigung keine gesetzliche Frist besteht. Der Geschäftsgegner kann aber in bestimmten Fällen (§§ 108 II, 177 II, 415 II, 1366 III) den Schwebezustand beseitigen, indem er entweder seine eigene Erklärung widerruft und damit das Geschäft „platzen“ lässt (§§ 109, 178, 1366 II) oder den Dritten zur Erteilung der Genehmigung auffordert: In diesem Fall setzt er, auch ohne es zu wissen (= geschäftsähnliche Handlung) eine gesetzliche Frist in Gang, nach deren Ablauf die Genehmigung als verweigert gilt, wenn sie nicht fristgerecht erteilt wurde.

AL-Klausurtipp: Beachten Sie aber § 184 II: Durch die Rückwirkungsfiktion der Genehmigung nach § 184 I werden Verfügungen nicht unwirksam, die der Dritte vor der Genehmigung selbst bereits über den Gegenstand getroffen hat oder die im Wege der Zwangsvollstreckung bereits erfolgt sind. § 184 II schützt also diejenigen, die bereits vor der Genehmigung Rechte an der Sache erworben haben. Diese Rechte sollen ihnen durch die Rückwirkungsfiktion des § 184 I nicht nachträglich verlorengehen.

Beispiel: Eigentümer Gluffke hatte am 1. 2. seine Stereoanlage für 2 Monate an Wilhelm Brause vermietet. Am 15.02. veräußert Wilhelm die Anlage für 3.000 Euro an den gutgläubigen Bullmann, bleibt aber zunächst noch Besitzer (Bullmann hat also gemäß den §§ 929, 930, 933 noch kein Eigentum erworben!). In Unkenntnis dieser Tatsache veräußert Gluffke die Anlage am 20.02. für 2.500 Euro an D. Als Gluffke am 01.03. von den Vorgängen erfährt, möchte er Wilhelms Verfügung genehmigen und nach § 816 I 1 Herausgabe der 3.000 Euro verlangen; dies hätte aber zur Folge, dass Wilhelms Verfügung mit Rückwirkung auf den 15.02. wirksam werden würde und seine eigene Verfügung zugunsten des D unwirksam wird. Hier werden die Interessen des D durch § 184 II geschützt. Dieser ist am 20.02. gemäß den §§ 929, 931 Eigentümer geworden und wird es auch bleiben.

IV. Die Verfügung eines Nichtberechtigten: § 185

Eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, ist gemäß § 185 I von Anfang an wirksam, wenn sie mit der Einwilligung des Berechtigten erfolgt.

1) Eine **Verfügung** ist ein **Rechtsgeschäft, das unmittelbar auf den Bestand eines Rechts einwirkt**: die Übertragung, Belastung, Inhaltsänderung oder die Aufgabe des Rechts.

   Auf Verpflichtungsgeschäfte ist § 185 I nicht anwendbar. Soll durch das Rechtsgeschäft ein anderer verpflichtet werden als der, der die Willenserklärung abgibt, so muss der Handelnde gemäß den §§ 164 ff. vorgehen und im Namen des Vertretenen handeln.
   (Ob in Fällen, in denen ein Dritter mit Zustimmung des Eigentümers eine (noch) dem Eigentümer gehörenden Sache reparieren lässt, in analoger Anwendung des § 185 I kraft Gesetzes gemäß § 647 ein Werkunternehmerpfandrecht entsteht, ist umstritten und wird in Sachenrecht § 20 III 2 b ausführlich besprochen.)

2) Der Verfügende muss **Nichtberechtigter** sein, also nicht befugt sein, über die Rechtsposition zu verfügen. Die Nichtberechtigung kann dabei 2 Ursachen haben (detailliert dazu Langels, Sachenrecht I § 7 IV):

   a) Der Verfügende ist Nichtberechtigter, weil er **nicht Inhaber des Rechts** ist, über das er verfügt. Der Verfügende ist z.B. nicht Eigentümer und auch nicht kraft Gesetzes (z.B. §§ 80 InsO / Insolvenzverwalter; 2205, 2211 BGB / Testamentsvollstrecker) befugt, über fremde Rechte zu verfügen.

   b) Der Verfügende ist zwar Rechtsinhaber, hat aber infolge von **absoluten** oder **relativen Verfügungsbeschränkungen** nicht das Recht, über seine Rechtsposition zu verfügen.

      aa) **Absolute Verfügungsbeschränkungen** sind die §§ 1365, 1369 BGB, 81 I InsO. Hier ist die Verfügung jedermann gegenüber unwirksam, so dass der bisherige Rechtsinhaber sein Recht nicht verloren hat.

      bb) **Relative Verfügungsbeschränkungen** sind die §§ 135, 136, 161 I, 2113 I BGB. Sie machen die Verfügung nur im Verhältnis zu demjenigen unwirksam, der vor den Folgen der Verfügung gesetzlich geschützt werden soll. Allen anderen Personen gegenüber ist die Verfügung wirksam.

3) **Die Verfügung ist *von vornherein* wirksam, wenn sie gemäß § 185 I mit der Einwilligung des Berechtigten erfolgt**, z.B. wenn der Besitzer mit Einwilligung des Eigentümers die Sache übereignet. Das Eigentum geht in dem Fall vom bisherigen Eigentümer sofort auf den Erwerber über, obwohl der Besitzer sowohl Partei des Kaufvertrags als auch Partei der dinglichen Einigung ist. **Beim Besitzer findet kein *Durchgangserwerb* statt!**

4) Hat der Besitzer zunächst ohne Zustimmung des Eigentümers über die Sache verfügt, so kommt die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten in Betracht. Hat der Erwerber nach den Regeln des gutgläubigen Erwerbs das Recht erworben, so ist das Geschäft ohnehin bereits wirksam, so dass es auf die Zustimmung des früheren Rechtsinhabers nicht mehr ankommt. Nur wo ein Gutglaubenserwerb ausscheidet (z.B. wegen des Abhandenkommens gemäß § 935 I 1), entsteht durch die Verfügung ein Schwebezustand, den der Rechtsinhaber durch nachträgliche Genehmigung beseitigen kann. Erteilt er seine Genehmigung, so wirkt diese nach § 184 I auf den Zeitpunkt der zunächst schwebend unwirksamen Verfügung zurück. Der Erwerber ist mit rückwirkender Kraft Rechtsinhaber geworden.

   Verlangt der Rechtsinhaber vom Nichtberechtigten den Erlös, den dieser durch die Verfügung erlangt hat, so ist umstritten, ob im reinen Herausgabeverlangen bereits die konkludente Genehmigung der Verfügung liegt oder ob die Genehmigung konkludent unter die aufschiebende Bedingung gestellt wird, dass der Rechtsinhaber den Veräußerungserlös erhält. Letztere Ansicht erscheint vorzugswürdig, da ansonsten der Genehmigende das Insolvenzrisiko des Verfügenden trägt.

5) **Die Unterscheidung zwischen vorab erteilter *Einwilligung* und nachträglicher *Genehmigung* spielt im Bereicherungsrecht noch eine weitere Rolle**:

   a) **Hatte der Rechtsinhaber bereits vor der Verfügung seine Zustimmung erteilt, so handelt es sich um die Verfügung eines *Berechtigten*** mit der Folge, dass ein Kondiktionsanspruch des Eigentümers gegen den Verfügenden gemäß § 816 I 1 ausscheidet.

      Beispiel: Die verarmte Adlige A möchte ihren Familienschmuck versilbern. Da ihr die persönliche Veräußerung zu peinlich erscheint, bittet sie ihre gute Freundin F, den Schmuck dem Juwelier J zum Kauf anzubieten und dabei im eigenen Namen aufzutreten. J erwirbt das Eigentum gemäß den §§ 929, 1; 185 I von A (!). A kann aber nicht Herausgabe des Erlöses gemäß § 816 I 1 verlangen, da F infolge der vorher erteilten Einwilligung als Berechtigte verfügt hat. Der Herausgabeanspruch kann aber auf § 667 gestützt werden, da F den Erlös im Zuge der Ausführung des Auftrags gemäß § 662 erlangt hat.

   b) **Hatte der Verfügende zunächst ohne Zustimmung des Rechtsinhabers verfügt, so ändert auch dessen nachträgliche Genehmigung nichts an der Nichtberechtigung des Verfügenden i.S.d. § 816 I 1**. Der Rechtsinhaber kann vom Verfügenden Herausgabe des Veräußerungserlöses fordern (ausführlich dazu Langels, Schuldrecht BT 3 § 10 II 3).

      Beispiel: Der Dieb Wilhelm Brause hatte den Schmuck der Mü gestohlen und an den Juwelier J verkauft. Mü hält dies für einen Wink des Schicksals und verlangt Herausgabe des Erlöses gemäß § 816 I 1. Durch die Genehmigung erwirbt J das Eigentum von Mü (!) gemäß den §§ 929, 1; 185 II, wobei die Genehmigung auf den Zeitpunkt der Veräußerung zurückwirkt. Diese Rückwirkung ändert aber nichts daran, dass Wilhelm als Nichtberechtigter verfügt hat und daher den Erlös nach § 816 I 1 herausgeben muss.

6) **§ 185 II sieht neben der nachträglichen Genehmigung noch zwei weitere Heilungsmöglichkeiten vor, bei denen die zunächst schwebend unwirksame Verfügung des Nichtberechtigten wirksam wird**:

a) **Der Nichtberechtigte erwirbt den Gegenstand durch Rechtsgeschäft oder kraft Gesetzes**.

Beispiel: Sohn S war in große finanzielle Schwierigkeiten geraten und hatte seinem Vater V dessen wertvolle Münzsammlung gestohlen und an den Händler H veräußert. Die Verfügung ist auch bei Gutgläubigkeit des H zunächst nicht wirksam, weil der Gegenstand abhanden gekommen ist und daher H die Münzen gemäß § 935 I 1 nicht gutgläubig erwerben kann.
2 Tage später beichtet S seinem Vater, was geschehen ist und kauft ihm die Münzen ab. Mit dem Zeitpunkt der Übereignung an S wird auch dessen Übereignung an H wirksam.

Alternative: V war 2 Tage später gestorben und von S allein beerbt worden, so dass das Eigentum an den Münzen gemäß § 1922 auf S überging. Dadurch wurde gleichzeitig die Übereignung an H wirksam.

b) **Die schwebend unwirksame Verfügung wird auch wirksam, wenn der Berechtigte den Verfügenden beerbt und für die Nachlassverbindlichkeiten unbeschränkt haftet**. In dieser Situation muss der Berechtigte die schuldrechtliche Forderung, den Gegenstand zu übereignen, gegen sich gelten lassen. Die Verfügung des Nichtberechtigten wird dadurch automatisch wirksam.

Beispiel: Der Sohn war 2 Tage später gestorben und von seinem Vater, dem Eigentümer der Münzen, beerbt worden.

AL-Klausurtipp: Beachten Sie bitte, dass in diesen beiden Fällen die Heilung der Verfügung nicht zeitlich auf den Zeitpunkt ihrer Vornahme zurückwirkt, sondern ex nunc gilt: Die Verfügung wird erst mit Eintritt des heilenden Ereignisses wirksam!

Index

A

Absolute Verfügungsbeschränkungen 126
Anfechtung der Vollmachtserteilung 105
Anfechtungserklärung 12
Annahmeerklärung 39
Anscheinsvollmacht 109
Arbeitsplatz 49
Aufklärungspflicht 30
Auflösende Bedingung 80
Aufschiebende Bedingung 80
Ausflugsveranstaltung 50
Auslegung 11, 19, 41
Außenvollmacht 97, 102, 106
Ausübung des Rücktrittsrechts 59

B

Beendigung des Grundverhältnisses 103
Beschaffenheit einer Sache 21
Beschränkt Geschäftsfähig 86
Besitzdiener 88
Betreute Volljährige 86
Blankounterschrift 15
Bote 88

C

Culpa in contrahendo 20, 26, 33, 46

D

Dissens 11
Drohung 32
Duldungsvollmacht 107

E

Eigengeschäft des Vertreters 95
Eigenschaft einer Sache 20
Einschränkung der Gewährleistungsansprüche 73
Einwendungsdurchgriff 56
Einwilligung 127
Einzelvollmacht 99
Elektronischer Geschäftsverkehr 47
Empfangsbedürftige Willenserklärung 35
Empfangsbote 23, 89
Erfüllungsgehilfe 87
Erfüllungsinteresse 25
Ergänzungspfleger 117
Erklärungsirrtum 14
Erklärungstheorie 9
Erlöschen des Angebots 37
Ermittlung des Wertverlusts 53
Error in obiecto 16
Erweiterter Inhaltsirrtum 17
Essentialia negotii 35, 42
Evidenz des Missbrauchs 115
Externer Kalkulationsirrtum 19

F

Falsa demonstratio non nocet 11, 16, 41
Falsus procurator 96
Fehlende Transparenz 75
Fehlerhafte Gesellschaft 44
Fernabsatzvertrag 47, 50
Fiduziarisches Geschäft 5
Finanzierungshilfe 57
Finanzierungszusammenhang 54
Fitness-Studio-Fall 76
Fristsetzung 120

G

Gattungsvollmacht 99
Gebrauchsüberlassungsverträge 73
Geheimer Vorbehalt 8
Genehmigung 119
Generalvollmacht 99
Gesamtbetrachtung 116
Gesamtvollmacht 99
Geschäft für den, den es angeht 94
Geschäftsähnliche Handlungen 89
Geschäftsunfähig 86
Gewährleistungsansprüche 26
Gewillkürte Höchstpersönlichkeit 90

H

Haftungsausschluss 72
Handlungswille 35
Hauptvollmacht 100
Hinsendekosten 52

I

Individualabrede 68
Individualvereinbarungen 64
Inhaltsirrtum 15
Innenvollmacht 97, 106
Insolvenz des Vollmachtgebers 105
Insolvenzverwalter 89
Interner Kalkulationsirrtum 17
Invitatio ad offerendum 23, 35
Irrtumsanfechtung 10, 26

K

Kalkulationsirrtum 17
Kaufmännisches Bestätigungsschreiben 40
Kollusion 114, 116
Kongruenzgeltung 67
Konsens 11
Kontrahierungszwang 40
Körperschaften 44

L

Lehre vom sozialtypischen Verhalten 43
Leistungsverweigerungsrechts 71

M

Mehrvertretung 116
Mittelbare Stellvertretung 95
Modifizierte Auftragsbestätigung 67
Motivirrtum 9, 13

N

Nach außen bekanntgemachte Innenvollmacht 97, 107
Nachlassverwalter 89
Naturalrestitution 26, 33

O

Offener Dissens 42
Offenkundigkeitsprinzip 89
Öffentlicher Verkehrsraum 49
Organe 86, 88
Organschaftliche Vertretungsmacht 96

P

Passivvertretung 99
Perplexität 19
Personengesellschaften 44
Postmortale Vollmacht 105
Potentielles Erklärungsbewusstsein 35
Potestativbedingung 82, 119
Powerseller-Status 48
Preiserhöhung für Waren oder Dienste 71
Preisnebenabreden 70
Privatwohnung 49
Protestatio facto contraria 43
Pseudobote 22

R

Realakte 89
Rechtsbindungswille 35
Rechtsfolgen der Rückabwicklung 47
Rechtsfolgen des Widerrufs 47
Rechtsfolgenirrtum 9
Rechtsscheinhaftung 104
Relative Verfügungsbeschränkungen 126
Repräsentationsprinzip 90, 110
Restriktionsprinzip 69
Richtigkeitsgewähr 60
Risiken des Leistungsaustauschs 60
Rückgewährschuldverhältnis 51
Rücksendepflicht 52

S

Scheingeschäft 5, 8
Scherzerklärung 3, 7
Schickschuld 53
Schweigen 40
Selbstkontrahieren 116
Spezialvollmacht 99
Standesrichtlinien 75
Störung der Geschäftsgrundlage 20
Strohmanngeschäft 6

T

Täuschung 29
Teleologische Reduktion 98
Testamentsvollstrecker 89
Tod des Bevollmächtigten 104
Tod des Vollmachtgebers 104

U

Übermäßige Nutzung 53
Überraschende Klauseln 68
Umweltbeziehung 21
Unternehmer 48
Untervollmacht 100
Unwiderrufliche Vollmacht 103
Unzulässige Rechtsausübung 115

V

Vaterschaftsanerkenntnis 82
Veranlassungsprinzip 25
Verbraucher 48
Verbraucherschutz 57
Verfügung 126
Verkehrssitte 75
Verkehrswesentliche Eigenschaft 20
Verletzung von Hauptleistungspflichten 72
Verrichtungsgehilfe 87
Versicherbarkeit des Risikos 75
Versteckter Dissens 42
Vertragsbedingungen 62
Vertragsstrafe 71
Vertragstyp 36
Vertrauensschaden 25
Vertreter 89
Vertreter ohne Vertretungsmacht 92
Verwender 61
Vielzahl von Verträgen 62
Vis compulsiva 32
Vollmacht 97
Vorformuliert 62
Vorvertrag 41

W

Wahlschuldverhältnis 122
Wertersatz 53
Widerruf der Vollmacht 103
Widerruf des Geschäftsgegners 120
Widerrufsrecht 49
Wiederverheiratungsklausel 81
Willenserklärung 89
Willensmangel 1
Willenstheorie 9
Wirtschaftliche Einheit 55
Wissensvertreter 112
Wissenszurechnung 112

Z

Zahlungsaufschub 57
Zugang 35
Zusatzentgelt 49
Zweck-Mittel-Relation 32

DIE STRUKTUREN DES ZIVILRECHTS

BGB AT 1, DIE RECHTSGESCHÄFTSLEHRE, 1. TEILBAND
117 SEITEN, 7. AUFLAGE 2017

BGB AT 2, DIE RECHTSGESCHÄFTSLEHRE, 2. TEILBAND
131 SEITEN, 8. AUFLAGE 2017

SCHULDRECHT AT 1, ALLGEMEINE LEHREN DER SCHULDVERHÄLTNISSE, 1. TEILBAND
142 SEITEN, 7. AUFLAGE 2017

SCHULDRECHT AT 2, ALLGEMEINE LEHREN DER SCHULDVERHÄLTNISSE, 2. TEILBAND
126 SEITEN, 7. AUFLAGE 2017

SCHULDRECHT BT 1, VERTRAGLICHE SCHULDVERHÄLTNISSE, 1. TEILBAND
148 SEITEN, KARTONIERT, ISBN: 978-3-930310-94-4, 5. AUFLAGE 2016, EURO 21,80

SCHULDRECHT BT 2, VERTRAGLICHE SCHULDVERHÄLTNISSE, 2. TEILBAND
131 SEITEN, KARTONIERT, ISBN: 978-3-930310-85-2, 4. AUFLAGE 2013, EURO 16,80

SCHULDRECHT BT 3, GESCHÄFTSFÜHRUNG OHNE AUFTRAG • BEREICHERUNGSRECHT
132 SEITEN, 7. AUFLAGE 2017

SCHULDRECHT BT 4, DELIKTSRECHT • SCHADENSERSATZRECHT
115 SEITEN, KARTONIERT, ISBN: 978-3-930310-95-1, 7. AUFLAGE 2016, EURO 16,80

SACHENRECHT 1
165 SEITEN, 9. AUFLAGE 2017

SACHENRECHT 2
88 SEITEN, KARTONIERT, ISBN: 978-3-930310-75-3, 6. AUFLAGE 2012, EURO 12,80

FAMILIENRECHT
131 SEITEN, KARTONIERT, ISBN: 978-3-930310-93-7, 6. AUFLAGE 2016, EURO 19,80

ERBRECHT
86 SEITEN, KARTONIERT, ISBN: 978-3-930310-76-0, 5. AUFLAGE 2012, EURO 12,80

ZIVILPROZESSRECHT
134 SEITEN, KARTONIERT, ISBN: 978-3-930310-96-8, 7. AUFLAGE 2016, EURO 19,80

DIE STRUKTUREN DES STRAFRECHTS

STRAFRECHT AT 1, ALLGEMEINE LEHREN DER STRAFTAT, 1. TEILBAND
113 SEITEN, 6. AUFLAGE 2017

STRAFRECHT AT 2, ALLGEMEINE LEHREN DER STRAFTAT, 2. TEILBAND
126 SEITEN, 6. AUFLAGE 2017

STRAFRECHT BT 1, STRAFTATEN GEGEN PERSÖNLICHKEITSWERTE
128 SEITEN, KARTONIERT, ISBN: 978-3-930310-80-7, 5. AUFLAGE 2012, EURO 14,80

STRAFRECHT BT 2, STRAFTATEN GEGEN GEMEINSCHAFTSWERTE
144 SEITEN, KARTONIERT, ISBN: 978-3-930310-90-6, 5. AUFLAGE 2014, EURO 16,80

STRAFRECHT BT 3
STRAFTATEN GEGEN EIGENTUMS- UND VERMÖGENSWERTE, 1. TEILBAND
118 SEITEN, KARTONIERT, ISBN: 978-3-930310-73-9, 5. AUFLAGE 2010, EURO 13,80

STRAFRECHT BT 4
STRAFTATEN GEGEN EIGENTUMS- UND VERMÖGENSWERTE, 2. TEILBAND
99 SEITEN, KARTONIERT, ISBN: 978-3-930310-74-6, 5. AUFLAGE 2011, EURO 12,80

KOSTENLOSE DOWNLOADS

ZU ALLEN SKRIPTEN FINDEN SIE UNTER: **WWW.AL-ONLINE.DE**

HARALD LANGELS

Die gebundenen Skripten können Sie weiterhin über den Verlag „Juristischer Verlag Heike Langels“ beziehen.