

8. Teil: Rechtshindernde Einwendungen

A. Fehlende Geschäftsfähigkeit. Das Minderjährigenrecht, §§ 104 ff.

I. Ehefähigkeit und Testierfähigkeit

II. Deliktsfähigkeit, §§ 828, 829

III. Geschäftsunfähigkeit

1. Lucidum intervallum
2. Vollrausch
3. Betreuung
4. Partielle Geschäftsunfähigkeit / „Querulantenwahn“
5. Rechtsfolge der Geschäftsunfähigkeit

IV. Beschränkte Geschäftsfähigkeit, §§ 106 ff.

1. Lediglich rechtlich vorteilhafte Rechtsgeschäfte, § 107
 - a) Schuldrechtliche Verträge
 - b) Dingliche Verträge
 - c) Mittelbare Nachteile bleiben außer Betracht
 - d) Neutrale Geschäfte
 - e) Gesamtbetrachtungslehre
2. Teilgeschäftsfähigkeit
 - a) Selbständiger Betrieb eines Erwerbsgeschäftes, § 112
 - b) Dienst- oder Arbeitsverhältnis, § 113
3. Taschengeldparagraf, § 110
 - a) Überlassung zum Zweck der Bewirkung der vertragsmäßigen Leistung oder zu freier Verfügung
 - b) Surrogatgeschäfte
 - c) Bewirken der vertragsmäßigen Leistung
4. Einwilligungsbedürftige Geschäfte, § 107
 - a) Kein „Generalkonsens“

- b) Rechtsfolge der fehlenden Einwilligung, §§ 108, 111
 - aa) Einseitige Rechtsgeschäfte
 - bb) Verträge: schwebende Unwirksamkeit

V. Sonderproblem: Schwarzfahrerfälle

B. Formnichtigkeit, § 125

I. Formfreiheit

II. Formzwecke

III. Arten der gesetzlichen Form

IV. Die vereinbarte (gewillkürte) Form, § 127

V. Rechtsfolgen von Formverstößen

1. Verstoß gegen eine gesetzlich vorgeschriebene Form, § 125 S. 1
2. Heilung des Formmangels, §§ 311 b I 2, 766 S. 3, 518 II, 2301 II
3. Verstoß gegen eine rechtsgeschäftlich vereinbarte Form, § 125 S. 2
4. Ausnahme: Treuwidrigkeit der Berufung auf den Formmangel, § 242

C. Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot, § 134

I. Verbotsgesetze

II. Rechtsfolge des Verstoßes

III. Wichtige Beispiele für Verbotsgesetze i.S.d. § 134 BGB

1. Ladenschlussgesetz / Sperrstunde
2. Schwarzarbeitergesetz
3. § 1 Rechtsberatungsgesetz
4. Verletzung von Privatgeheimnissen, § 203

D. Sittenwidrigkeit, § 138

I. Fallgruppen der Sittenwidrigkeit gem. § 138 I BGB

1. Knebelungsverträge
2. Gläubigerbenachteiligung / Verleitung zum Vertragsbruch
3. keine Sittenwidrigkeit bei Übersicherung
4. Bürgschaft: sittenwidrige Überforderung von Nahbereichspersonen
5. Kommerzialisierung der Intim- und Sexualsphäre

II. Wucher, § 138 II

III. Wucherähnliches Geschäft, § 138 I

1. Objektive Voraussetzungen
2. Subjektive Voraussetzungen
3. Rechtsfolge, § 138 I

E. Geheimer Vorbehalt, Scheingeschäft, Scherzerklärung, § 116, § 117, § 118 BGB

I. Der geheime Vorbehalt, § 116 BGB

II. Die Scherzerklärung, § 118 BGB

1. Voraussetzungen
2. Rechtsfolgen
 - a) Nichtigkeit der Willenserklärung, § 118
 - b) Ersatz des Vertrauensschadens, § 122 I

III. Das Scheingeschäft, § 117 BGB

1. Das Scheingeschäft ist nichtig, § 117 I
 - 2. Das verdeckte Geschäft ist (vorbehaltlich anderer Unwirksamkeitsgründe) wirksam, § 117 II**
3. Schwarzkauf vor dem Notar

4. Abgrenzung zu ernsthaft gewollten Geschäften

F. Anfechtung, § 142 BGB

I. Anfechtungsgründe

1. Irrtum gem. § 119

a) Irrtum bei der Willensäußerung, §§ 119 Abs. 1, 120 BGB

aa) Erklärungsirrtum, § 119 I 2. Alt.

bb) Inhaltsirrtum, § 119 I 1. Alt.

cc) Fehlendes Erklärungsbewusstsein, § 119 I 1. Alt. analog

dd) Kausalität des Irrtums für die Erklärung

ee) Unrichtige Übermittlung der Erklärung

ff) Irrelevante Rechtsfolgenirrtümer

b) Irrtum im Vorfeld der Willensäußerung / Motivirrtum, § 119 II BGB

aa) Kalkulationsirrtum

bb) Verkehrswesentliche Eigenschaft, § 119 II

(1)Eigenschaften einer Person

(2)Eigenschaften einer Sache

cc) Doppelirrtum

2. Anfechtungsgrund des § 123 I BGB

a) Widerrechtliche Drohung

aa) Drohung

bb) Widerrechtlichkeit

cc) Kausalität

b) Arglistige Täuschung

aa) Täuschung

bb) Unterlassen

cc) keine Anfechtung bei Täuschung durch Dritte i.S.d. § 123 Abs. 2, S. 1

BGB

dd) Rechtswidrigkeit der Täuschung

ee) Arglist

ff) Kausalität

II. Anfechtungserklärung, § 143

III. Anfechtungsfrist, §§ 121, 124

1. § 121 I, „unverzüglich“
2. § 124 BGB

IV. Ausschluss der Anfechtung durch Bestätigung, § 144

V. Rechtsfolgen der Anfechtung, §§ 142, 122

1. Grundsatz: Nichtigkeit ex tunc, § 142 I
2. Ausnahme: Nichtigkeit ex nunc
3. Ersatz des Vertrauensschadens, § 122 I

VI. Lehre von der Doppelnichtigkeit („Doppelwirkungen im Recht“)

VII. Verhältnis der Anfechtung zum Gewährleistungsrecht des Kaufrechts

1. Verhältnis zur Anfechtung wegen arglistiger Täuschung, § 123 BGB
2. Verhältnis zur Anfechtung wegen Fehlern bei der Willensbildung, § 119 Abs. 1 BGB
3. Verhältnis zur Anfechtung wegen eines Irrtums über verkehrswesentliche Eigenschaften, § 119 Abs. 2 BGB

9. Teil: Die Einrede der Verjährung, §§ 194 ff. BGB

A. Reformbedarf im Verjährungsrecht

I. Zu lange und zu kurze Fristen

1. Regelmäßige Verjährung: 30 Jahre, § 195 a.F.
2. Gewährleistungsfrist: 6 Monate, § 477 a.F.

II. § 196 a.F.

B. Neuregelung des Verjährungsrechts

I. Kernanliegen des neuen Verjährungsrechts

II. Regelmäßige Verjährung: 3 Jahre

III. Kenntnisabhängiger Beginn der regelmäßigen Verjährung, § 199

IV. Absolute Höchstfristen, § 199 II – IV

**V. Ausnahmen im Allgemeinen Teil des BGB: Längere Fristen und
kenntnisunabhängiger Fristbeginn, §§ 196, 197 BGB**

1. Kenntnisunabhängiger Fristbeginn, § 200
2. § 196: 10 Jahre bei grundstücksbezogenen Rechte
3. § 197: 30 Jahre bei dinglichen, erb- und familienrechtlichen und
rechtskräftig festgestellten Ansprüchen

VI. Ausnahmen im Gewährleistungsrecht, § 438

C. Verjährungsvereinbarungen, § 202

D. Hemmung und Neubeginn der Verjährung

I. Hemmung der Verjährung

1. Verhandlungen über den Anspruch, § 203
2. Maßnahmen der Rechtsverfolgung, § 204

II. Ausnahme: Neubeginn der Verjährung, § 212

E. Rechtsfolge der Verjährung, § 214

I. Peremptorische Einrede

II. Keine Zurückforderung des Geleisteten

III. Aufrechnung, Zurückbehaltungsrecht, § 215

IV. Gesicherte Ansprüche, § 216 II 2

F. Übergangsvorschriften

Überblick: Zentrale Definitionen und Begriffe des BGB-AT

8. Teil: Rechtshindernde Einwendungen

Bei der Prüfung eines vertraglichen Anspruchs ist zunächst zu untersuchen, ob der Anspruch *entstanden* ist. Das setzt voraus, dass sich die Parteien *geeignet* haben (zum Klausuraufbau und zur vertraglichen Einigung vgl. das *Go-Jura*-Skript BGB AT 1). Der nächste Prüfungsschritt ist die Frage, ob die Einigung *wirksam* ist. Der Wirksamkeit der Einigung können rechtshindernde Einwendungen entgegenstehen (z.B. Formnichtigkeit (§ 125 BGB), Anfechtung wegen Willensmängeln (§ 142 I BGB), Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB)). Man bezeichnet diese Einwendungen als *rechtshindernd*, weil sie bereits der *Entstehung* des vertraglichen Anspruchs entgegenstehen. Ist ein Vertrag etwa formnichtig, so entstehen zu keinem Zeitpunkt Primärpflichten aus diesem Vertrag. Den Gegenbegriff bilden die *rechtsvernichtenden* Einwendungen (z.B. Erfüllung, § 362 BGB), die zum nachträglichen Untergang eines einmal *wirksam* entstandenen Anspruchs führen (dazu im Skript Schuldrecht AT). Um Einwendungen handelt es sich, weil die betreffenden Umstände *von Amts wegen* zu berücksichtigen sind (im Gegensatz zu Einreden, die nur berücksichtigt werden, wenn sie im Prozess *erhoben* werden).

A. Fehlende Geschäftsfähigkeit. Das Minderjährigenrecht, §§ 104 ff. BGB

Der Wirksamkeit der vertraglichen Einigung kann die fehlende Geschäftsfähigkeit einer der Parteien entgegenstehen.

- 1. Geschäftsfähigkeit** (vor allem §§ 104 ff. BGB) ist die Fähigkeit, Rechtsgeschäfte wirksam vorzunehmen.
→ nur natürliche Personen; volle Geschäftsfähigkeit erst ab 18 Jahre
- 2. Rechtsfähigkeit** (z.B. § 1, vgl. Skript BGB AT 1) ist dagegen die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein.
→ natürliche und juristische Personen; bei natürlichen Personen ab Vollendung der Geburt

Die §§ 104 ff. BGB bezwecken den *Schutz* des nicht voll Geschäftsfähigen. Er soll grundsätzlich nicht Handlungen vornehmen können, deren Tragweite er nicht überschauen kann. Der Minderjährigenschutz ist ein hochrangiges Prinzip des BGB. Er ist bei der Anwendung anderer Institute, wie etwas des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen (§§ 241, 311 II, 280 BGB) oder bei der Saldotheorie im Rahmen des § 812 BGB, zu berücksichtigen. Deren Anwendung darf niemals zur Umgehung des Minderjährigenschutzes führen.

Geschäftsfähigkeit

- | | | | |
|-------------------|----------------------------------|---|------------------------|
| 1. 0 – 7 Jahre: | Geschäftsunfähigkeit | → | WE nichtig |
| 2. ab 7-18 Jahre: | Beschränkte Geschäftsfähigkeit | → | WE schwebend unwirksam |
| 3. ab 18 Jahre: | Unbeschränkte Geschäftsfähigkeit | → | WE wirksam |

I. Ehefähigkeit und Testierfähigkeit

Sonderfälle der Geschäftsfähigkeit sind die Ehe- und die Testierfähigkeit.

Die Ehefähigkeit tritt mit Vollendung des 16. Lebensjahres ein (§ 1303 II BGB). Allerdings bedarf es dann zur Eingehung der Ehe der Volljährigkeit des anderen Ehepartners und der Zustimmung des Familiengerichts. Mit Vollendung des 18. Lebensjahres fallen diese Beschränkungen weg (§ 1303 I BGB).

Gem. § 2229 BGB beginnt die Testierfähigkeit mit der Vollendung des 16. Lebensjahres.

II. Deliktsfähigkeit, §§ 828, 829 BGB

Die Deliktsfähigkeit ist *kein* Sonderfall der Geschäftsfähigkeit, sondern die Fähigkeit, eine zum Schadensersatz verpflichtende unerlaubte Handlung (§§ 823 ff. BGB) vorzunehmen.¹ Bei ihr geht es also nicht um Rechtsgeschäfte.

1. Deliktsunfähig ist, wer das siebente Lebensjahr nicht vollendet hat (§ 828 I BGB).

¹ Brox, AT, Rn. 225.

2. Wer das siebente aber nicht das 18. Lebensjahr vollendet hat, ist beschränkt deliktsfähig (§ 828 II BGB). Hier kommt es darauf an, ob der Täter die erforderliche *Einsichtsfähigkeit* hatte.

III. Geschäftsunfähigkeit

Geschäftsunfähig ist, wer nicht das siebente Lebensjahr vollendet hat (§ 104 Nr. 1 BGB). Gem. § 104 Nr. 2 BGB ist weiterhin geschäftsunfähig, wer sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet.

1. Lucidum intervallum

Wird die Geisteskrankheit gelegentlich zeitlich unterbrochen (man spricht von einem „lichten Augenblick / Moment“, sog. *lucidum intervallum*), so ist der Betroffene während dieser lucida intervalla geschäftsfähig.

2. Vollrausch

Die Volltrunkenheit führt nicht zur Geschäftsunfähigkeit gem. § 104 Nr. 2 BGB, aber zur Nichtigkeit der Willenserklärung gem. § 105 II 2. Alt. BGB (vorübergehende Störung der Geistestätigkeit).

3. Betreuung

Die Betreuung gem. §§ 1896 ff. BGB führt (im Gegensatz zur früheren Entmündigung) nicht zu einer Beeinträchtigung der Geschäftsfähigkeit des Betreuten. Das Vormundschaftsgericht kann jedoch gem. § 1903 BGB anordnen, dass der Betreuten zur Vornahme bestimmter Geschäfte der Einwilligung des Betreuers bedarf (sog. Einwilligungsvorbehalt).

4. Partielle Geschäftsunfähigkeit / „Querulantenwahn“

Von *partieller Geschäftsunfähigkeit* spricht man, wenn sich die Geschäftsunfähigkeit auf ein bestimmtes Gebiet von Rechtsgeschäften bezieht. Nur für diese Rechtsgeschäfte ist der Betroffene dann geschäftsunfähig, im übrigen bleibt er geschäftsfähig. Berühmtestes Beispiel für eine partielle Geschäftsunfähigkeit ist der sog. Querulantenwahn, von dem insbesondere gesprochen wird, wenn jemand

permanent offenkundig unbegründete Eingaben bei Gericht macht. Bei Annahme einer Geschäftsunfähigkeit können die Gerichte diese Eingaben durch Prozessurteil als unzulässig abweisen (statt als unbegründet durch Sachurteil), weil es an einer ordnungsgemäßen Klageeinreichung fehlt (mangels wirksamer Prozesshandlung).

5. Rechtsfolge der Geschäftsunfähigkeit

Die Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen ist nichtig (§ 105 I BGB), d.h. unheilbar unwirksam.

IV. Beschränkte Geschäftsfähigkeit, §§ 106 ff. BGB

Wer das siebente Lebensjahr, aber nicht das 18. Lebensjahr vollendet hat, ist beschränkt geschäftsfähig (§§ 106, 2 BGB).

Die Willenserklärung eines beschränkt Geschäftsfähigen ist nicht nichtig, sondern der Betroffene bedarf zur Wirksamkeit der Willenserklärung grundsätzlich der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters (§ 107 BGB), regelmäßig also beider Elternteile, § 1629 I 1, 2 BGB. Bis zur Erteilung der Genehmigung ist die Willenserklärung *schwebend unwirksam*. Verweigert der Vertreter die Genehmigung, so wird die Willenserklärung des beschränkt Geschäftsfähigen endgültig unwirksam. In der Klausur ist zunächst (jedenfalls gedanklich) zu untersuchen, ob der beschränkt Geschäftsfähige ausnahmsweise keiner Einwilligung bedurfte, weil das Geschäft lediglich rechtlich vorteilhaft war (§ 107), oder weil ein Fall der §§ 110, 112, 113 BGB vorlag (dazu unten 1. – 3.). Wenn dies nicht der Fall ist, kommt es darauf an, ob eine *Einwilligung* (vorherige *Zustimmung*, vgl. die Legaldefinition in § 183 BGB) vorlag oder eine Genehmigung (nachträgliche Zustimmung, Legaldefinition in § 184 I BGB) erteilt wurde.

1. Lediglich rechtlich vorteilhafte Rechtsgeschäfte, § 107 BGB

Keiner Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedarf der Minderjährige für Geschäfte, durch die er lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt.

Das sind solche Geschäfte, durch die dem Minderjährigen keine Verpflichtung auferlegt wird.

§ 107 BGB spricht von lediglich *rechtlichen* Vorteilen. Maßgeblich ist daher allein eine rechtliche Betrachtung. Ob das Geschäft für den Minderjährigen *wirtschaftlich* vorteilhaft ist, ist unerheblich.

a) Schuldrechtliche Verträge

aa) *Gegenseitige Verträge*, also solche Geschäfte, bei denen jede der Parteien Pflichten treffen (z.B. Kaufvertrag, Werkvertrag, Mietvertrag), sind niemals lediglich rechtlich vorteilhaft, da den Minderjährigen stets eine Verpflichtung trifft.

Der Minderjährige kann also ohne Zustimmung der Eltern (abgesehen von den Fällen der §§ 110 –113 BGB) keinen Kaufvertrag abschließen, mag das Geschäft auch wirtschaftlich noch so vorteilhaft sein. Der Erwerb eines Baugrundstücks zum Preis von 5 € ist daher kein lediglich rechtlich vorteilhaftes Geschäft. Der Minderjährige bedarf der Einwilligung der Eltern.

bb) *Einseitig verpflichtende Verträge* (also solche Geschäfte, bei der nur einer Partei eine Verpflichtung auferlegt wird), kann der Minderjährige wirksam abschließen, wenn er nicht die Partei ist, welche die Pflicht trifft.

Wichtigster Fall ist der Schenkungsvertrag (§ 516 BGB). Der Minderjährige kann einen solchen Vertrag schließen, wenn er der Beschenkte ist, nicht dagegen, wenn er der Schenker sein soll, denn diesen trifft die Verpflichtung zur Übereignung des Geschenkes.

b) Dingliche Verträge

Verfügungsgeschäfte sind solche Rechtsgeschäfte, durch die unmittelbar auf ein bestehendes Recht eingewirkt wird (insbesondere Aufhebung, Übertragung, Belastung, Inhaltsänderung des Rechts), z.B. die Übereignung einer Sache oder die Belastung eines Grundstücks mit einer Hypothek.

Solche Geschäfte sind für den Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhaft, wenn die Rechtsänderung *zugunsten* des Minderjährigen erfolgt.

aa) Rechtlich vorteilhaft ist daher die Übereignung eines Buches *an* den Minderjährigen (§ 929 S. 1 BGB), denn durch die Übereignung erwirbt der Minderjährige lediglich einen rechtlichen Vorteil (nämlich das Eigentum). Rechtlich

nachteilhaft ist dagegen die Übereignung einer Sache *durch* den Minderjährigen, denn dadurch würde der Minderjährige sein Recht (das Eigentum) verlieren. Hier wird erneut das *Abstraktionsprinzip* bedeutsam, denn aus diesen Grundsätzen ergibt sich beim Erwerb einer Sache durch Minderjährige folgende Rechtslage:

Kauft der Minderjährige M beim Händler H Süßigkeiten zum Preis von 10 €, und werden die gegenseitigen Leistungen sofort ausgetauscht, wobei die 10 € Eigentum des M waren (sonst *neutrales Geschäft*, s.u.), ihm jedoch nicht zur freien Verfügung überlassen waren (sonst § 110 BGB), dann gilt:

- (1) Der Kaufvertrag (§ 433 BGB) ist ohne Einwilligung der gesetzlichen Vertreter schwebend unwirksam (§ 107 BGB), weil der M durch ihn zur Übereignung des Kaufpreises verpflichtet wird (§ 433 II BGB).
- (2) Die Übereignung der Süßigkeiten an den M gem. § 929 S. 1 BGB ist wirksam, da sie für den Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhaft ist (§ 107 BGB).
- (3) Die Übereignung des Geldes an den H gem. § 929 S. 1 BGB ist schwebend unwirksam, weil sie für den M rechtlich nachteilhaft ist (Verlust des Eigentums).
- (4) H kann daher von M nicht die Herausgabe der Süßigkeiten gem. § 985 BGB verlangen, denn M ist Eigentümer geworden. Er hat aber einen Anspruch auf Herausgabe der Süßigkeiten aus § 812 I 1, 1. Alt. BGB (*condictio indebiti*), denn für die Übereignung der Süßigkeiten (Leistung) bestand kein Rechtsgrund (*causa*), weil der Kaufvertrag unwirksam ist (s.o.). Wenn M jedoch die Süßigkeiten inzwischen aufgegessen hat, so hat H überhaupt keinen Anspruch gegen M, weil dieser dann entreichert ist (§ 818 III BGB).

bb) Lediglich rechtlich vorteilhaft ist auch der Erwerb eines Grundstücks, das mit einer **Hypothek** oder einer **Grundschild** belastet ist. Denn durch die Hypothek entsteht keine persönliche Verpflichtung des Minderjährigen. Er ist im schlimmsten Fall zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück verpflichtet (§ 1147 BGB), es entsteht jedoch keine Zahlungspflicht o.ä. Das Schlimmste, was dem Minderjährigen widerfahren kann, ist also, dass er das Grundstück in der Zwangsvollstreckung wieder verliert.

cc) Rechtlich nachteilhaft ist dagegen der Erwerb eines Grundstücks dann, wenn den Minderjährigen *persönliche* Pflichten als Erwerber treffen.

(1) So liegt der Fall, wenn der Minderjährige ein Grundstück erwirbt, das **vermietet** ist oder mit einem Mietshaus bebaut ist. Denn gem. **§ 566 BGB** („Kauf bricht nicht Miete“) übernimmt der Erwerber dann unmittelbar die Pflichten aus dem Mietvertrag. Darin liegt der rechtliche Nachteil für den Minderjährigen.

(2) Rechtlich nachteilhaft ist auch der Erwerb einer **Eigentumswohnung** jedenfalls dann, wenn die Miteigentümergeinschaft sich eine Gemeinschaftsordnung gegeben hat, in der die gesetzlichen Pflichten eines jeden Mitgliedes der Bruchteilsgemeinschaft nicht unerheblich verschärft werden. Der rechtliche Nachteil für den Minderjährigen liegt dann in der Pflicht zur Erfüllung der Pflichten aus der Gemeinschaftsordnung.

c) Mittelbare Nachteile bleiben außer Betracht

Mit dem Erwerb eines Grundstücks ist die Pflicht zur Erfüllung bestimmter öffentlich-rechtlicher Pflichten verbunden (z.B. Entrichtung von Grundsteuer, Erschließungsbeiträgen). Derartige Nachteile beruhen jedoch nicht unmittelbar auf dem Erwerbsvorgang, sondern treffen jeden Eigentümer. Daher bleiben diese sog. mittelbaren Nachteile bei der Beurteilung, ob das Geschäft lediglich rechtlich vorteilhaft ist, außer Betracht. Der Minderjährige bedarf daher zum Erwerb des Eigentums an einem Grundstück trotz dieser öffentlich-rechtlichen Belastungen nicht der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters.

d) Neutrale Geschäfte

Als neutrale Geschäfte bezeichnet man insbesondere Verfügungen des Minderjährigen über die Rechte Dritter. Neutral sind diese Geschäfte deshalb, weil der Minderjährige durch den Erwerb des Dritten kein eigenes Recht verliert. Einen Nachteil erleidet vielmehr der Eigentümer, falls er dieses Eigentum durch gutgläubigen Erwerb an den Vertragspartner des Minderjährigen verliert.

Beispiel: Der 14jährige M verkauft und übereignet ein Buch, das seinen Eltern E gehört, an den Dritten D, der glaubt, das Buch gehöre dem M. Können die Eltern das Buch von dem D herausverlangen ?

Die Eltern könnten gegen D einen Anspruch aus § 985 BGB haben. Das ist nicht der Fall, wenn D das Eigentum von M erworben hat, § 929 S. 1 BGB. Hierzu bedarf es einer wirksamen dinglichen Einigung zwischen M und D. Wäre der M tatsächlich Eigentümer des Buches gewesen, so wäre die dingliche Einigung gem. § 107 BGB schwebend unwirksam gewesen, weil der Verlust des Eigentums für M einen rechtlichen Nachteil bedeutet hätte. Da M jedoch tatsächlich nicht Eigentümer war, erleidet er auch keinen Nachteil. Die Verfügung über das Eigentum der Eltern ist für den M weder vorteil- noch nachteilhaft, mithin rechtlich neutral.

aa) Die hM hält deshalb die dingliche Einigung für wirksam. Für einen Erwerb des D gem. § 929 S. 1 BGB fehlt dann zwar weiterhin die Berechtigung des M, weil dieser nicht Eigentümer ist. Die fehlende Berechtigung des M wird jedoch durch den guten Glauben des D überwunden (gutgläubiger Erwerb gem. § 932 BGB). Nach der hM hat D also gem. §§ 929, 932 BGB Eigentum erworben. Die E können das Buch nicht von D herausverlangen.

bb) Insbesondere *Medicus* hält diese hM nicht für überzeugend.² Zweck des § 932 BGB sei es, den Gutgläubigen so zu stellen, wie er stünde, wenn seine Vorstellung richtig wäre. Wäre aber die Vorstellung des D im obigen Beispielfall richtig (D hält den 14jährigen M für den Eigentümer), dann hätte D *kein* Eigentum erwerben können, weil die dingliche Einigung mit dem minderjährigen Eigentümer gem. § 107 BGB ohne Einwilligung der Eltern unwirksam wäre. Es gebe aber keinen Grund, einen Dritten das Eigentum gutgläubig erwerben zu lassen, der auch bei Richtigkeit seiner Vorstellung nicht hätte erwerben können.

e) Gesamtbetrachtungslehre

Beispiel: Die Eltern E wollen ihrem 15jährigen Kind K ein Hausgrundstück schenken, das mit einem Mietshaus bebaut und an 4 Mietparteien vermietet ist. Deshalb schließen sie einen

² *Medicus*, BR, Rn. 542.

notariellen Schenkungsvertrag und übereignen das Grundstück an K. Ist K Eigentümer geworden ?

aa) K könnte das Eigentum gem. §§ 873, 925 BGB durch Auflassung und Eintragung erworben haben.

(1) § 107 BGB steht der Wirksamkeit der Übereignung nicht entgegen, da die Eltern als gesetzliche Vertreter (§ 1629 BGB) eingewilligt haben. Die dingliche Einigung könnte jedoch gegen § 181 1. Alt. BGB verstoßen (Verbot des Selbstkontrahierens, vgl. Skript BGB-AT 1), weil die Eltern auf der einen Seite als Partei der dinglichen Einigung und auf der anderen Seite als Vertreter (§ 1629 BGB) des K tätig würden. Das Verbot des § 181 1. Alt. BGB würde jedoch gem. § 181 a.E. BGB nicht eingreifen, wenn die dingliche Einigung „ausschließlich der Erfüllung einer (wirksamen schuldrechtlichen) Verbindlichkeit“ diene.

(2) Die zu erfüllende Verbindlichkeit ist der Schenkungsvertrag zwischen E und K, §§ 516, 311 b BGB. Dieser Vertrag müsste wirksam sein. Die notarielle Form ist eingehalten worden. An sich würde die Wirksamkeit des Schenkungsvertrages auch nicht an § 181 1. Alt. BGB scheitern, denn § 181 BGB ist in den Fällen teleologisch zu reduzieren, in denen das Rechtsgeschäft für den Vertretenen lediglich einen rechtlichen Vorteil bedeutet (vgl. Skript BGB AT 1). Denn anderenfalls könnten Eltern ihrem minderjährigen Kind nicht einmal etwas schenken.

Daher wäre der Schenkungsvertrag nach allgemeinen Grundsätzen wirksam. Das hätte wiederum zur Folge, dass die dingliche Übereignung des Grundstücks „ausschließlich in der Erfüllung einer (wirksamen) Verbindlichkeit“ bestünde, so dass auch die dingliche Einigung nicht an § 181 1. Alt. BGB scheitern würde, weil die Ausnahme des § 181 a.E. BGB eingriffe.

bb) Hierdurch würde jedoch der *Minderjährigenschutz unterlaufen*. Denn das dingliche Geschäft ist in dem o.g. Beispielsfall rechtlich nachteilhaft (wegen § 566 BGB: Kauf bricht nicht Miete, vgl. dazu oben).

Deshalb nimmt die hM in diesem Fall ausnahmsweise eine *Gesamtbetrachtung* von schuldrechtlichem (Schenkungsvertrag) und dinglichem Geschäft (Übereignung gem.

§§ 873, 925 BGB) vor.³ Wenn das dingliche Geschäft (wie hier) rechtlich nachteilhaft ist, dann schlägt dies auf das schuldrechtliche Geschäft durch, so dass im Wege der Gesamtbetrachtung hier auch der Schenkungsvertrag als rechtlich nachteilhaft zu behandeln ist.

Deshalb ist der Schenkungsvertrag wegen Verstoßes gegen § 181 1. Alt. BGB unwirksam, was wiederum dazu führt, dass die dingliche Übereignung nicht zur Erfüllung einer wirksamen schuldrechtlichen Verpflichtung i.S.d. § 181 a.E. BGB erfolgt ist und somit ebenfalls wegen Verstoßes gegen § 181 1. Alt. BGB unwirksam ist.

cc) Hier zeigt sich erneut der außerordentlich hohe Rang, den die hM zu Recht dem Minderjährigenschutz einräumt (vgl. oben Einleitung). Der Minderjährigenschutz führt in dieser Konstellation sogar dazu, dass das ansonsten „geheiligte“ Abstraktionsprinzip (also die strikte Trennung der Beurteilung von schuldrechtlichem und dinglichem Geschäft) durchbrochen wird, dessen Missachtung ansonsten nahezu zwangsläufig das Nichtbestehen der Klausur zur Folge hat.

2. Teilgeschäftsfähigkeit, §§ 112, 113 BGB

a) Selbständiger Betrieb eines Erwerbsgeschäftes, § 112 BGB

Gem. § 112 BGB bedarf der beschränkt Geschäftsfähige nicht der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters für Geschäfte, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt, wenn der gesetzliche Vertreter (regelmäßig die Eltern, § 1629 BGB) mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts den Minderjährigen zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes ermächtigt hat.

Die Bedeutung dieser Vorschrift in der Praxis und in der Klausur ist naturgemäß eher gering.

³ Palandt / *Heinrichs*, § 107, Rn. 6.

b) Dienst- oder Arbeitsverhältnis, § 113 BGB

Bedeutsamer ist die Vorschrift des § 113 BGB. Danach ist der an sich beschränkt Geschäftsfähige für solche Geschäfte unbeschränkt geschäftsfähig, welche die Eingehung des Arbeitsverhältnisses oder die Erfüllung der Pflichten aus diesem Verhältnis mit sich bringen, wenn der gesetzliche Vertreter mit der Aufnahme des Arbeitsverhältnisses einverstanden war.

Schulbeispiele für gem. § 113 BGB zulässige Geschäfte sind der Erwerb von Arbeitskleidung („Blaumann“) und der Beitritt zu einer Gewerkschaft, da diese für den Minderjährigen unmittelbar die Arbeitsbedingungen aushandelt.⁴

3. Taschengeldparagraf, § 110 BGB

Entgegen dem Wortlaut des § 110 BGB („ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters“) handelt es sich bei § 110 BGB nicht um eine Ausnahme von dem Zustimmungserfordernis des § 107 BGB, sondern um einen Spezialfall der Einwilligung. In der Überlassung der Mittel zur freien Verfügung liegt nämlich nichts anderes als eine (konkludente) Einwilligung zu Rechtsgeschäften des Minderjährigen.⁵

a) Überlassung zum Zweck der Bewirkung der vertragsmäßigen Leistung oder zu freier Verfügung

§ 110 BGB setzt zunächst voraus, dass dem beschränkt Geschäftsfähigen die Mittel ausgehändigt worden sind, damit dieser bestimmte vertragsmäßige Leistungen (z.B. nur Kauf von Süßigkeiten oder Spielzeug, nicht aber von Videospiele) bewirken kann. Möglich ist jedoch auch, dass der Minderjährige in der Verfügung über diese Mittel inhaltlich nicht beschränkt wird („zu freier Verfügung“). Das dürfte heute die übliche Situation beim Taschengeld sein.

⁴ Brox, AT, Rn. 251.

⁵ Gleichwohl wird die Vorschrift hier im Zusammenhang mit den Ausnahmen vom Zustimmungserfordernis behandelt, da das Vorliegen der Voraussetzungen des § 110 BGB in der Klausur vor der Prüfung einer *ausdrücklichen* Einwilligung zu erfolgen hat.

Zu beachten ist, dass § 110 BGB keine betragsmäßigen Grenzen für die Mittel enthält. § 110 BGB erfasst daher nicht nur die typischen Taschengeldfälle (auch wenn diese in der Praxis den Regelfall des § 110 BGB bilden).

b) Surrogatgeschäfte

Ein beliebtes Klausurproblem sind die sog. Surrogatgeschäfte.

Beispiel: Der Minderjährige M erwirbt mit seinem Taschengeld i.H.v. monatlich 200 €, das ihm zur freien Verfügung überlassen ist, Aktien. Damit erzielt er einen Gewinn in Höhe von 200.000 €. Von seinem Gewinn kauft er sich ohne Einwilligung seiner Eltern einen Ferrari.

In diesen Fällen ist zu differenzieren. Übersteigt der Wert des Surrogates (also hier der Gewinn i.H.v. 200.000 €) den Wert der überlassenen Mittel (hier 200 € monatlich) erheblich, so ist das Surrogatgeschäft nicht mehr von der ursprünglichen Einwilligung, die in der Überlassung der Mittel lag, gedeckt. In dem Beispielsfall sind also der Kaufvertrag und die Übereignung des Geldes an den Vertragspartner des M ohne eine Einwilligung der Eltern unwirksam.

Hält sich dagegen das Surrogatgeschäft wertmäßig im Rahmen der ursprünglich überlassenen Mittel, so ist auch das Surrogatgeschäft von der Einwilligung gedeckt, die in der ursprünglichen Überlassung der Mittel lag.

Beispiel: Der Minderjährige M kauft sich von seinem Taschengeld i.H.v. 50 € eine CD zum Preis von 15 €. Diese veräußert er gewinnbringend zum Preis von 25 €. Mit diesen 25 € bezahlt M eine Konzertkarte.

Hier ist das Surrogatgeschäft (der Erwerb der Konzertkarte) auch ohne erneute Einwilligung der Eltern wirksam.

c) Bewirken der vertragsmäßigen Leistung

§ 110 BGB greift nur ein, wenn die Leistung **vollständig** bewirkt wird. Raten- und Kreditgeschäfte des Minderjährigen sollen verhindert werden, weil es mit dem Schutzzweck der §§ 104 ff. BGB gerade nicht vereinbar ist, wenn der Minderjährige sich ohne Zustimmung seiner gesetzlichen Vertreter längerfristig bindet.

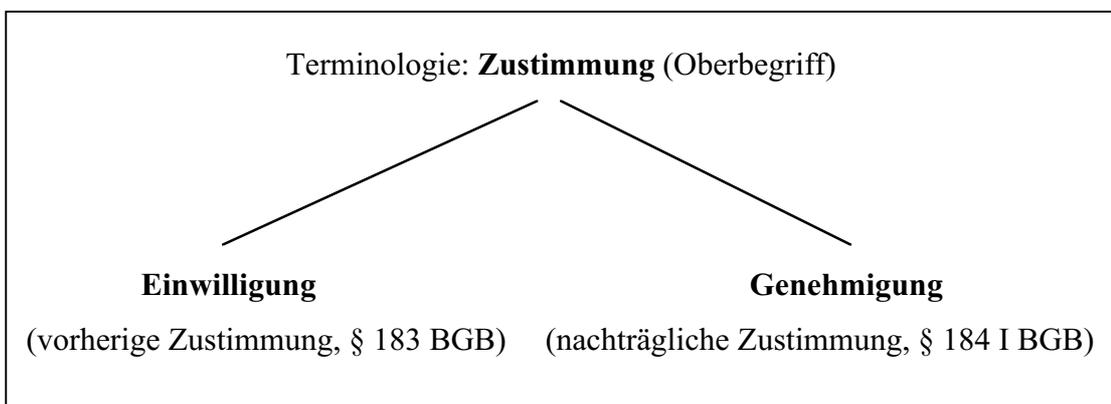
Beispiel: Der 15jährige M erhält monatlich 50 € Taschengeld. Hiervon hat er 200 € gespart. Beim HiFi-Händler H kauft er ohne Einwilligung seiner Eltern eine Stereoanlage zum Preis von 500 €. Die gesparten 200 € zahlt er an. Die restlichen 300 € will er in Raten von 50 € monatlich begleichen.

Der Kaufvertrag ist nicht gem. § 110 BGB wirksam, weil M die geschuldete Leistung (die 500 €) nicht (vollständig) *bewirkt* hat. M bedarf zur Wirksamkeit des Kaufvertrages der Einwilligung seiner Eltern.

4. Einwilligungsbedürftige Geschäfte, § 107 BGB

Ist das Geschäft für den Minderjährigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft und greifen auch nicht die §§ 110, 112, 113 BGB ein, so hängt die Wirksamkeit einer Willenserklärung des Minderjährigen von der Einwilligung der Eltern ab, § 107 BGB.

Gem. der Legaldefinition in § 183 BGB ist die Einwilligung die vorherige Zustimmung der Eltern.



a) kein „Generalkonsens“

Die Eltern können die Einwilligung zu einem ganz bestimmten Rechtsgeschäft erteilen (Kauf eines Fahrrades) oder zu einem bestimmten Kreis von Rechtsgeschäften erteilen (z.B. alle Geschäfte, die mit der Ausübung eines bestimmten Hobbys / Sportes zusammenhängen).

Hingegen wäre es mit dem Schutzzweck des Minderjährigenrechts (Schutz des Minderjährigen vor Verpflichtungen, die er nicht überblicken kann, durch Kontrolle durch den gesetzlichen Vertreter) unvereinbar, wenn die Eltern dem Minderjährigen einfach die Einwilligung für *alle* Arten von Rechtsgeschäften erteilen könnten. Ein solcher umfassender „Generalkonsens“ wäre daher unwirksam.

b) Rechtsfolge der fehlenden Einwilligung, §§ 108, 111 BGB

aa) Einseitige Rechtsgeschäfte

Ein ohne Einwilligung getätigtes einseitiges Rechtsgeschäft des beschränkt Geschäftsfähigen ist schlicht nichtig, § 111 BGB. Es besteht keine Möglichkeit der nachträglichen Genehmigung.

bb) Verträge: schwebende Unwirksamkeit

Schließt der beschränkt Geschäftsfähige dagegen einen Vertrag ohne die erforderliche Einwilligung der Eltern, so hängt die Wirksamkeit des Vertrages gem. § 108 I BGB davon ab, ob die Eltern den Vertrag nachträglich genehmigen oder nicht.

(1) Verweigern die Eltern die Genehmigung, so ist der Vertrag endgültig unwirksam. Er lebt auch nicht etwa wieder auf, wenn die Eltern zunächst die Genehmigung ausdrücklich verweigern und es sich zwei Tage später anders überlegen und den Vertrag nunmehr doch noch genehmigen wollen.

(2) Erteilen die Eltern dagegen die Zustimmung, so wird der Vertrag mit *rückwirkender* Kraft (§ 184 I BGB) wirksam.

(3) Bis zur Entscheidung der Eltern über die Genehmigung ist der Vertrag schwebend unwirksam. Dieser Schwebezustand kann den Interessen des Vertragspartner widersprechen, der im Hinblick auf seine eigenen Dispositionen auf einen baldigen Eintritt von Rechtssicherheit angewiesen ist.

(a) Gem. § 108 II BGB kann daher der Vertragspartner die Eltern auffordern, sich über die Genehmigung zu erklären. Erfolgt dann innerhalb von 2 Wochen keine Reaktion der Eltern, so gilt die Genehmigung als verweigert und der Vertrag ist endgültig unwirksam. Der Vertragspartner hat dann also spätestens nach 2 Wochen Rechtssicherheit erlangt.

(b) Demselben Zweck der Erlangung von Rechtssicherheit dient die Widerrufsmöglichkeit des Vertragspartners gem. § 109 I BGB. Der Vertragspartner soll sich nicht auf den Schwebezustand einlassen müssen, sondern sich bis zur Genehmigung (Zeitpunkt des Zugangs, § 130 I BGB) einseitig vom Vertrag lösen können.

(4) Hat ein beschränkt Geschäftsfähiger einen Vertrag geschlossen, der zunächst schwebend unwirksam ist und wird er volljährig, bevor die Eltern die Genehmigung verweigert haben, so geht das Recht zur Genehmigung des Vertrages auf ihn über (§ 108 III BGB). In der Klausur erfolgt diese Genehmigung häufig *konkludent*. Kommt es etwa nach Eintritt der Volljährigkeit des beschränkt Geschäftsfähigen zum Austausch der gegenseitigen Leistungen (beim Kaufvertrag: Übereignung der Kaufsache und Übereignung des Geldes), dann bringt der nunmehr Volljährige durch das Erbringen der Leistung, zu der er sich in dem schwebend unwirksamen Vertrag verpflichtet hat, zum Ausdruck, dass er mit dem Vertrag einverstanden ist, er ihn also genehmigt i.S.d. § 108 III BGB.

V. Sonderproblem: Schwarzfahrerfälle

Wie oben gezeigt, geht der Schutz des Minderjährigen durch die §§ 104 ff. BGB sehr weit. Wie weit, das zeigen insbesondere auch die Schwarzfahrerfälle, deren juristische Bewältigung trotz eines scheinbar einfachen und massenhaft auftretenden Lebenssachverhaltes nicht unerhebliche Schwierigkeiten bereitet.⁶

⁶ Zu den unterschiedlichen Ergebnissen in Rechtsprechung und Literatur: *AG Köln*, NJW 1987, 447; *AG Hamburg*, NJW 1987, 448; *AG Köln*, VRS 91 (Band 80), 81; *Harder*, NJW 1990, 857; *Stacke*, NJW 1991, 875.

Beispiel: Der 15jährige M erhält von seinen Eltern das Geld, um täglich mit der U-Bahn zur Schule zu fahren. M möchte das Geld jedoch für CDs sparen und steigt deshalb in die U-Bahn ein, ohne eine Fahrkarte zu lösen. Dort wird er von einem Schaffner kontrolliert, der entsprechend den AGB des Verkehrsunternehmers (V-AG) zur Strafe ein erhöhtes Beförderungsentgelt i.H.v. 30 € verlangt. Muss M die 30 € begleichen ?

Ein Anspruch der V-AG gegen M kommt nur in Betracht, wenn ein wirksamer Beförderungsvertrag zwischen der V-AG und M zustande gekommen ist.

1. Der Vertrag könnte schon durch das Einsteigen in die U-Bahn (sozialtypisches Verhalten im Massenverkehr) zustande gekommen sein (so eine Mindermeinung: Lehre vom faktischen Vertrag).
2. Die ganz hM lehnt jedoch ein Zustandekommen des Vertrages durch sozialtypisches Verhalten ab, weil das BGB in den §§ 145 ff. BGB nur den Vertragsschluss durch Willenserklärungen kennt (vgl. Skript BGB AT 1).
3. Daher kommt es darauf an, ob die V-AG und M sich wirksam über einen Beförderungsvertrag geeinigt haben.
 - a) Das Angebot der V-AG liegt konkludent in dem Betrieb der U-Bahn und in dem Öffnen der Türen an der Haltestelle.
 - b) Dieses Angebot hat M konkludent dadurch angenommen, dass er in die U-Bahn eingestiegen ist.
 - c) Die Einigung müsste wirksam sein. Der Beförderungsvertrag (Werkvertrag, § 631 BGB; nicht etwa Dienstvertrag i.S.d. § 611 BGB, denn es wird ein Erfolg – die Beförderung - geschuldet) ist als gegenseitiger Vertrag nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, denn er wird zur Entrichtung des Werklohnes verpflichtet (§§ 631, 632 BGB). Daher kommt es darauf an, ob die Eltern in das Rechtsgeschäft eingewilligt haben oder nicht, § 107 BGB.
 - aa) Teilweise wird darauf abgestellt, dass die Eltern ja in das Fahren mit der U-Bahn eingewilligt haben. Daher sei der M zur Zahlung des erhöhten Beförderungsentgeltes verpflichtet.
 - bb) Die Gegenauffassung lehnt dies ab, denn das Rechtsgeschäft, in das die Eltern eingewilligt haben, ist der Abschluss eines Vertrages durch Lösen einer Karte. In das Begründen eines Werkvertrages durch Schwarzfahren haben sie dagegen nicht eingewilligt. Der Vertrag war daher zunächst schwebend unwirksam und wurde durch die Verweigerung der Genehmigung, die konkludent in der Verweigerung der Zahlung liegt, endgültig unwirksam.

- cc) Nach der letztgenannten – dogmatisch wohl überzeugenderen Auffassung – schuldet M also *nicht* die Zahlung des erhöhten Beförderungsentgeltes aus einem Werkvertrag.
4. Andere Anspruchsgrundlagen scheiden aber ebenfalls aus:
- a) Zwar liegt eine unerlaubte Handlung i.S.d. §§ 823 II BGB, 265 a StGB vor. Die 30 €, die die V-AG verlangt, stellen jedoch keinen kausal durch die Schwarzfahrt verursachten Schaden dar.
- b) Aus § 812 I 1 2. Alt. BGB (Eingriffskondiktion) kann die V-AG nur den Gegenwert des Erlangten verlangen (§ 818 II BGB). Das ist der Gegenwert der Beförderung, also der Preis für eine normale Fahrkarte (z.B. 1, 50 €), nicht aber das erhöhte Beförderungsentgelt (30 €).

Folgt man also der wohl hM, dann kann die V-AG von M lediglich das normale Entgelt verlangen, nicht dagegen das erhöhte Entgelt wegen der Schwarzfahrt.

Minderjährige könnten also nach dieser Ansicht – zivilrechtlich - risikolos schwarzfahren – ein sicherlich überraschendes Ergebnis. Das Recht stellt die V-AG gleichwohl nicht schutzlos, da die Schwarzfahrt in jedem Fall eine Straftat gem. § 265 a StGB darstellt und die strafrechtliche Sanktion vermutlich ohnehin eine größere Präventionswirkung erzielt als die zivilrechtliche Vertragsstrafe.

B. Formnichtigkeit, § 125 BGB

I. Formfreiheit

Im Zivilrecht gilt der Grundsatz der *Formfreiheit*. Entgegen einer in der Bevölkerung verbreiteten Meinung sind daher mündlich geschlossene Verträge grundsätzlich wirksam. Von der Wirksamkeitsfrage zu unterscheiden ist die Frage des *Nachweises* des Vertragsschlusses im Prozess. Hat derjenige, der sich im Prozess auf einen mündlichen Vertragsschluss beruft, keine Zeugen, so wird ihm der Nachweis schwer fallen, wenn der Gegner den Vertragsschluss bestreitet. Diese Beweisproblematik ändert aber nichts an der Wirksamkeit des mündlichen Vertragsschlusses.

II. Formzwecke

Ordnet der Gesetzgeber abweichend vom Grundsatz der Formfreiheit an, dass für ein Rechtsgeschäft eine bestimmte Form gewahrt werden muss, so verfolgt er damit bestimmte Zwecke.

Formzwecke

1. Warn- und Schutzfunktion / Übereilungsschutz

→ keine unüberlegten Erklärungen mit großer wirtschaftlicher Tragweite

2. Beweisfunktion

→ Streit über den Inhalt einer Abrede soll vermieden werden

3. Belehrungsfunktion

→ Ist notarielle Beurkundung vorgesehen, so sollen die Parteien über die Rechtsfolgen einer Erklärung beraten werden

III. Arten der gesetzlichen Form

1. Schriftform (§ 126 BGB)
2. Elektronische Form (§ 126 a BGB)
3. Textform (§ 126 b BGB)
4. Notarielle Beurkundung (§ 128 BGB)
5. Öffentliche Beglaubigung (§ 129 BGB)

1. Unter Schriftform versteht § 126 BGB die *Unterschriftsform*, d.h. es muss eine Urkunde erstellt werden, wobei der Text auch maschinengeschrieben sein kann, und diese Urkunde muss vom Aussteller *eigenhändig unterschrieben* werden. Es muss also nicht der gesamte Text, sondern nur die Unterschrift handgeschrieben sein.

Hierdurch unterscheidet sich die einfache Schriftform des § 126 BGB von der eigenhändigen Errichtung des Testamentes (§ 2247 I BGB).

Beispiele für gesetzlich geforderte Schriftform:

- vor allem die Bürgschaftserklärung (§ 766 BGB). Beachten Sie: Nur die Erklärung des Bürgen bedarf der Schriftform, nicht die Annahmeerklärung des Gläubigers.
- § 550 BGB: Mietvertrag über Grundstücke für mehr als ein Jahr

2. Seit dem Jahr 2001 gestattet § 126 III i.V.m. § 126 a BGB die Ersetzung der Schriftform durch die elektronische Form. Die Einhaltung der elektronischen Form gem. § 126 a BGB setzt jedoch voraus, dass eine qualifizierte elektronische Signatur nach dem Signaturgesetz verwendet wird, die die Identität des Absender gewährleistet. Eine solche Signatur ist bei bestimmten Zertifizierungsdiensteanbietern erhältlich. Die praktische Bedeutung dieser Art der gesetzlichen Form ist bisher gering, wird aber sicher im Zuge der Entwicklung des elektronischen Handels im internet („e-commerce“) zunehmen.

3. Ebenfalls im Jahr 2001 eingefügt wurde die *Textform* gem. § 126 b BGB. Verlangt eine Vorschrift innerhalb oder außerhalb des BGB diese Form (z.B. §§ 554 III, 556 a II BGB, § 24 IV WEG), so muss die Erklärung in einer *lesbaren* Form (nicht notwendig in einer Urkunde) abgegeben werden. Ausreichend ist die Erstellung eines Text-Dokumentes am Computer, das anschließend per e-mail versandt wird. Weiterhin muss die Person des Erklärenden genannt werden (aber nicht notwendig durch Unterschrift; Angabe im Briefkopf reicht) und der Abschluss der Erklärung erkennbar gemacht werden (z.B. durch Verwendung der Formel „Mit freundlichen Grüßen“).

4. Die notarielle Beurkundung (§ 128 BGB) erfolgt nach den Vorschriften des BeurkG. Die notarielle Urkunde beweist, dass der Erklärende die Erklärung vor dem Notar abgegeben hat. Dieses aufwändige Verfahren verlangt das Gesetz für wirtschaftlich besonders bedeutsame und risikoreiche Verträge: § 311 b BGB (Grundstücksgeschäfte), § 518 BGB (Schenkungen).

Da die notarielle Beurkundung die strengste der genannten Formen ist (Plus-Minus-Verhältnis), ersetzt sie die Schriftform (§ 126 IV BGB) und die öffentliche Beglaubigung (§ 129 II BGB).

5. Die öffentliche Beglaubigung (§ 129 BGB) beweist nur, dass derjenige, der in der im Beglaubigungsvermerk bezeichnet ist und derjenige, der die Urkunde

unterschrieben hat, *identisch* sind. Die öffentliche Beglaubigung beweist daher *nicht* den *Inhalt* der Urkunde.⁷

Die öffentliche Beglaubigung wird insbesondere bei Anträgen gegenüber dem Grundbuchamt (§ 29 GBO) oder dem Handelsregister (§ 12 HGB) verlangt.

IV. Die vereinbarte (gewillkürte) Form, § 127 BGB

Aus dem Grundsatz der Privatautonomie (Vertragsfreiheit, § 311 BGB) folgt, dass die Parteien auch die Form des Rechtsgeschäfts bestimmen können, § 127 BGB, z.B. dass eine Kündigung nur mit eingeschriebenem Brief erfolgen kann.

V. Rechtsfolgen von Formverstößen

1. Verstoß gegen eine gesetzlich vorgeschriebene Form , § 125 S. 1 BGB

Gem. § 125 S. 1 BGB hat der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge (rechtshindernde Einwendung).

Eine Ausnahme gilt allerdings im Mietrecht gem. § 550 BGB, der eine *lex specialis* gegenüber § 125 BGB darstellt. Es wäre nämlich widersinnig, bei Verstoß gegen das Schriftformerfordernis, das dem Schutz des Mieters dienen soll, Formnichtigkeit anzuordnen. Der Mieter müsste dann mangels wirksamen Mietvertrages sofort ausziehen, was dem Schutzzweck des § 550 BGB ersichtlich zuwiderlaufen würde. Deshalb ordnet § 550 BGB abweichend von § 125 BGB nicht die Nichtigkeit des Vertrages an, sondern der Vertrag gilt als wirksam und sogar als auf unbestimmte Zeit geschlossen.

2. Heilung des Formmangels, §§ 311 b I 2, 766 S. 3, 518 II, 2301 II BGB

Zahlreiche gesetzliche Formvorschriften sehen die Möglichkeit einer Heilung des Formmangels durch Vollzug des Geschäftes vor.

- a) So wird ein ursprünglich formnichtiger Grundstückskaufvertrag gem. § 311 b I 2 BGB mit Wirkung *ex nunc* (also keine Rückwirkung) wirksam, wenn der Erwerber das Eigentum durch Auflassung und Eintragung erwirbt (§§ 873, 925 BGB).

⁷ Palandt / *Heinrichs*, § 129, Rn. 1.

- b) Ein formnichtiger Bürgschaftsvertrag wird wirksam, wenn der Bürge trotz der Formnichtigkeit zahlt, § 766 S. 3 BGB.
- c) Die Erklärung des Schenkers, die häufig formnichtig sein wird, weil nur selten die notarielle Form des § 518 I BGB gewahrt sein wird, erlangt Wirksamkeit durch das *Bewirken* der versprochenen Leistung (§ 518 II BGB), bei der Schenkung einer Sache also durch Übereignung der verschenkten Sache gem. §§ 929 ff. BGB.

Zu beachten ist allerdings, dass diese Konstruktion der Heilung eines zunächst formnichtigen Schenkungsversprechens nur dann eingreift, wenn Schenkungsversprechen und Übereignung der Sache zeitlich auseinanderfallen. Denn wenn beide Akte zeitlich zusammenfallen, die Sache also ohne vorheriges Schenkungsversprechen dem Beschenkten sofort verschafft wird, spricht man von einer sog. *Handschenkung*, die nach hM in teleologischer Reduktion des § 518 I BGB von vorneherein nicht formbedürftig sein soll.⁸

- d) § 2301 BGB verschärft die Schenkungsform gegenüber § 518 BGB für das Schenkungsversprechen von Todes wegen. Nach § 2301 II BGB wird die Schenkung wirksam, wenn sie vollzogen wird. Die Anforderungen an den Vollzug der Schenkung sind umstritten (dazu der berühmte Bonifatius-Fall: *RGZ* 83, 223; näher im *Go-Jura*-Skript Erbrecht).

Nach einer Ansicht tritt die Heilung nur ein, wenn der Schenker dem Beschenkten bereits zu Lebzeiten ein Anwartschaftsrecht an dem verschenkten Gegenstand verschafft.

Die herrschende Gegenauffassung lässt es dagegen ausreichen, wenn der Schenker zu seinen Lebzeiten bereits ein „gegenwärtiges Vermögensopfer“ erbracht hat.

3. Verstoß gegen eine rechtsgeschäftlich vereinbarte Form, § 125 S. 2 BGB

⁸ Palandt / Putzo, § 518, Rn. 4.

Wird eine vertraglich vereinbarte Form (§ 127 BGB) nicht eingehalten, so ist das Rechtsgeschäft nicht automatisch nichtig, wie beim Verstoß gegen eine gesetzlich bestimmte Form (§ 125 S. 1 BGB), sondern nach der Auslegungsregel des § 125 S. 2 BGB nur „im Zweifel“. Es ist durch Auslegung (§§ 133, 157 BGB) zu ermitteln, ob die Parteien wollten, dass die Wirksamkeit des Geschäftes von der Einhaltung der Form abhängen sollte, oder ob das Formerfordernis nur der Beweissicherung diene. Im letzteren Fall ist das Rechtsgeschäft trotz Nichteinhaltung der Form wirksam, weil die Auslegung abweichend von der Vermutung des § 125 S. 2 BGB ergibt, dass die Parteien als Rechtsfolge nicht die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes wollten.

4. Ausnahme: Treuwidrigkeit der Berufung auf den Formmangel, § 242 BGB

Da die Formerfordernisse auch der Erlangung von Rechtssicherheit dienen, muss es im Fall der Nichteinhaltung der Form grundsätzlich bei der starren Folge der Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes bleiben. Falls in jedem Einzelfall der Nichteinhaltung der gesetzlichen Form eine Diskussion darüber ausbrechen würde, ob die Berufung auf die Formnichtigkeit Treu und Glauben entspricht, würde diese Rechtssicherheit niemals erreicht.

In besonderen Ausnahmefällen kann jedoch die Berufung einer Partei auf den Formmangel so eklatant gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstoßen, dass eine Ausnahme von der Regel des § 125 S. 1 BGB zugelassen wird. Dies erfordert jedoch nach einer von der Rechtsprechung entwickelten Formel, dass das Ergebnis der Formnichtigkeit für die betroffene Partei „*nicht bloß hart, sondern schlechthin untragbar*“ sein würde, also z.B. zu einer *Existenzgefährdung* führen würde.⁹

In Betracht kommt eine Unbeachtlichkeit des Formmangels gem. § 242 BGB vor allem, wenn eine Partei die andere schuldhaft (also in Kenntnis der Formbedürftigkeit) davon abhält, die Form zu wahren. So liegt der Fall etwa, wenn ein Volljurist der anderen Vertragspartei, die ein juristischer Laie ist, wider besseres Wissen versichert, dass der Grundstückskaufvertrag keiner Form bedürfe. In diesem Fall kann sich der Jurist später gem. § 242 BGB nicht auf den Formmangel (§§ 125 S. 1, 311 b BGB) berufen.

⁹ BGHZ 26, 6, 10; 48, 396, 398; 138, 339, 348.

Ein Gegenbeispiel, das den *Ausnahmecharakter* der Unbeachtlichkeit des Formmangels nach § 242 BGB verdeutlicht, bildet der berühmte *Edelmannfall*:¹⁰

Der Adelige B verspricht seinem Arbeitnehmer A, ihm statt zweier Weihnachtsgratifikationen ein Haus zu übereignen. A, der die Formbedürftigkeit eines solchen Geschäfts kannte, drängte auf die Einhaltung der Form. B erklärte jedoch, er sei von Adel. Bei ihm herrschten keine „jüdischen Gepflogenheiten“. Ein Edelmannwort sei so gut wie ein Vertrag. A begnügt sich mit dieser Auskunft. Später weigert sich B, das Grundstück an A aufzulassen.

Das Reichsgericht hat die Klage des A abgewiesen, weil der Formmangel nicht durch § 242 BGB überwunden werde. A habe sich nämlich nicht über die Formbedürftigkeit des Geschäfts geirrt, sondern in Kenntnis der Formbedürftigkeit auf das Edelmannwort vertraut. Wer aber bewusst sein Rechtsgeschäft nicht der gesetzlich vorgeschriebenen Form unterstelle (sondern auf andere Mittel der Beteuerung vertraue: Edelmannwort), dem helfe das Recht auch nicht, wenn der andere sein Wort nicht einhält.

C. Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot, § 134 BGB

Gem. § 134 BGB ist ein Rechtsgeschäft nichtig, wenn es gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, es sei denn, dass sich aus dem Gesetz etwas anderes ergibt.

§ 134 BGB erfordert also zum einen, dass ein Verbotsgesetz vorliegt und zum anderen, dass der Verstoß gegen dieses Gesetz die Nichtigkeit des Geschäfts nach sich zieht. Letzteres ist anhand des Schutzzwecks des Verbotsgesetzes durch Gesetzesauslegung zu ermitteln.

I. Verbotsgesetze

Beispiele für Verbotsgesetze sind z.B. die Strafgesetze der §§ 259, 334 StGB (Hehlerei, Bestechung). § 259 StGB richtet sich gegen den Kaufvertrag über eine gestohlene Sache; § 334 StGB verbietet eine Schenkung (§ 516 BGB) an einen Amtsträger als Belohnung für eine rechtswidrige Diensthandlung.

Kein Verbotsgesetz ist dagegen der Betrug gem. § 263 StGB, weil insoweit § 123 I BGB vorrangig ist. Gem. § 123 I BGB ist der Erklärende an eine durch Täuschung hervorgerufene Willenserklärung gebunden, wenn er sie nicht innerhalb eines Jahres (§ 124 BGB) anfecht. Diese Einschränkung würde leer laufen, wenn eine solche Willenserklärung ohnehin gem. § 134 BGB i.V.m. § 263 StGB nichtig wäre.

¹⁰ RGZ 117, 121.

II. Rechtsfolge des Verstoßes

Nicht jeder Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot führt jedoch zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes gem. § 134. Angesichts der Vielzahl gesetzlicher Verhaltensverbote (etwa im Bereich des öffentlichen Wirtschaftsrechts, z.B. in der Gewerbeordnung) wären sonst zahlreiche Rechtsgeschäfte nichtig.

Vielmehr erklärt § 134 BGB das Rechtsgeschäft nur insoweit für nichtig, als sich nicht „aus dem Gesetz ein anderes ergibt“.

Es ist daher durch Auslegung des Verbotsgesetzes zu ermitteln, ob sich das Verbot gegen den Inhalt des Rechtsgeschäftes richtet (dann Nichtigkeit gem. § 134 BGB) oder lediglich gegen die Art und Weise des Zustandekommens des Rechtsgeschäfts (bloße Ordnungsvorschriften; dann keine Nichtigkeit gem. § 134 BGB).

Faustformel

1. Richtet sich das gesetzliche Verbot an **beide** Parteien des Vertrages, so ist das Verbot im Zweifel gegen den Inhalt des Rechtsgeschäfts gerichtet.
→ Folge: Nichtigkeit, § 134 BGB
2. Richtet sich das gesetzliche Verbot **nur** an **eine** Partei des Vertrages, so handelt es sich im Zweifel nur um eine Ordnungsvorschrift
→ Folge: Vertrag ist wirksam (§ 134 BGB greift dann nicht ein.)

III. Wichtige Beispiele für Verbotsgesetze i.S.d. § 134 BGB

1. Ladenschlussgesetz / Sperrstunde

Verkauft ein Händler oder ein Gastwirt unter Verstoß gegen eine Sperrstundenverordnung oder das Ladenschlussgesetz Ware an seine Kunden / Gäste, so richtet sich das Verbot nur an den Händler / Gastwirt, nicht dagegen gegen den Kunden / Gast. Das Verbot betrifft nur die Art und Weise des Zustandekommens des Vertrages, nicht aber den Inhalt des Vertrages. Deshalb ist der Vertrag wirksam.

2. Schwarzarbeitergesetz

§ 1 des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit verbietet dem Arbeiter die Schwarzarbeit; § 2 SchwarzarbG verbietet dem Auftraggeber die Beauftragung des Schwarzarbeiters. Das Verbot ist also an *beide* Parteien einen solchen Arbeitsvertrages gerichtet. Es richtet sich gegen den *Inhalt* des Vertrages. Folglich ist der Vertrag gem. § 134 BGB nichtig.¹¹

Gleichwohl wäre es unbillig, wenn der Arbeiter die Arbeiten ausführt und dafür nichts erhielte. Dieses Ergebnis wäre geradezu eine Aufforderung für potentielle Auftraggeber, Schwarzarbeiter zu beschäftigen, und würde dem Schutzzweck des SchwarzarbG widersprechen. Daher kann der Arbeiter zwar nichts aus dem nichtigen Vertrag verlangen, aber gem. §§ 812, 818 II BGB Wertersatz für seine Leistungen verlangen. § 817 S. 2 BGB wird in diesen Fällen teleologisch reduziert und steht daher nicht entgegen.¹²

3. § 1 Rechtsberatungsgesetz

Gem. § 1 Rechtsberatungsgesetz dürfen nur hierfür zugelassene Personen entgeltlich Rechtsberatung betreiben. Das Verbot richtet sich nur ein *eine* Vertragspartei (den Beratenden). Nach der oben genannten Faustformel würde dies die Wirksamkeit des Vertrages nahe legen. Von dieser Regel muss jedoch eine Ausnahme gemacht werden, wenn der Gesetzeszweck nur durch die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes erreicht werden kann. Das ist hier der Fall, denn ohne die Nichtigkeitsfolge des § 134 müsste der Beratende u.U. zu einer nach § 1 RechtsberatungsgG verbotenen Tätigkeit verurteilt werden.

Daher ist ein solcher Rechtsberatungsvertrag (Dienstvertrag gem. § 611 BGB) nichtig gem. § 134 BGB.¹³

4. Verletzung von Privatgeheimnissen, § 203 StGB

Eine große Rolle in der Praxis spielt die Nichtigkeit gem. § 134 BGB i.V.m. § 203 StGB bei der Abtretung von Honorarforderungen durch Rechtsanwälte oder

¹¹ BGHZ 85, 39; vgl. aber BGHZ 89, 369.

¹² Ausführliche Besprechung dieses wichtigen Falles für die Examensvorbereitung im *Go-Jura*-Skript Bereicherungsrecht.

¹³ BGH, NJW 2000, 1560 (Unzulässige Rechtsberatung durch Steuerberater).

Steuerberater, sowie bei der Übertragung der gesamten Kanzlei durch Rechtsanwälte oder Steuerberater.¹⁴

Es liegt zwar ebenfalls nur ein *einseitiger* Verstoß gegen das Verbotsgesetz des § 203 StGB vor (nämlich des Steuerberaters / Rechtsanwaltes). Wie beim Verstoß gegen § 1 RechtsberatungsgG kann jedoch der Gesetzeszweck nur durch die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes erreicht werden. Daher sind auch hier sowohl der Forderungskauf als auch die Abtretung nichtig gem. § 134 BGB i.V.m. § 203 StGB.¹⁵

D. Sittenwidrigkeit, § 138 BGB

Gemäß § 138 I BGB ist ein Rechtsgeschäft, das gegen „die guten Sitten“ verstößt, nichtig. Was den guten Sitten entspricht und was nicht, ist nach dem „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ zu bestimmen.¹⁶

Die Ausfüllungsbedürftigkeit dieser Generalklausel durch Wertungen ist offensichtlich. Entscheidend ist die bestehende Sozialmoral, die sich indes im Laufe der Zeit auch wandeln kann. So käme heute niemand mehr auf den Gedanken, ein Testament zugunsten des Partners einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft allein deshalb für sittenwidrig i.S.d. § 138 I BGB zu halten.¹⁷

Über die Generalklausel des § 138 I BGB fließen auch die Wertungen des Grundgesetzes und die Grundrechte, die an sich nur das Verhältnis zwischen Staat und Bürger betreffen, in das Zivilrecht ein (also in Verhältnisse unter Privaten); sog. *mittelbare Drittwirkung* von Grundrechten.

I. Fallgruppen der Sittenwidrigkeit gem. § 138 I BGB

1. Knebelungsverträge

¹⁴ *BGH*, NJW 1996, 2087.

¹⁵ Zu einem Ausnahmefall *BGH*, NJW 2001, 2462.

¹⁶ *RGZ* 48, 124; *BGHZ* 52, 20.

¹⁷ Palandt / *Heinrichs*, § 138, Rn. 50, 51.

Sittenwidrig sind Verträge, die eine Vertragspartei in ihrer wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit (Privatautonomie) übermäßig beschränken, und sie der anderen Vertragspartei faktisch ausliefern.

Beispiel: Bierlieferungsvertrag, mit dem sich ein Gastwirt verpflichtet, 30 Jahre lang ausschließlich die Erzeugnisse des Vertragspartners (einer Brauerei) zu verkaufen.¹⁸

2. Gläubigerbenachteiligung / Verleitung zum Vertragsbruch bei Konflikt zwischen Globalzession und verlängertem Eigentumsvorbehalt

Sittenwidrig handelt eine Bank, wenn sie sich von ihrem Darlehensschuldner (einem Bauunternehmer) zur Sicherung ihrer Darlehensforderung im voraus dessen künftige Forderungen gegen seine Kunden abtreten lässt (*Globalzession*), wenn sie weiß, dass der Schuldner seine Materialien unter verlängertem Eigentumsvorbehalt bei seinen Lieferanten bezieht. Die Bank nimmt dann nämlich in Kauf, dass der Schuldner sich gegenüber seinen Lieferanten vertragswidrig verhält (*Verleitung zum Vertragsbruch*), denn dieser kann seinen Lieferanten die Forderungen gegen seine Kunden als Sicherheit für den für die Warenlieferung geschuldeten Kaufpreis nicht mehr verschaffen, weil er sie schon an die Bank abgetreten hat (*Prioritätsprinzip* bei der Abtretung. Die zeitlich spätere zweite Abtretung ist wirkungslos; sie geht „ins Leere“).¹⁹

3. keine Sittenwidrigkeit bei Übersicherung

Die unter 2. beschriebene Konstellation (Sittenwidrigkeit wegen Verleitung zum Vertragsbruch) ist streng zu unterscheiden von der Problematik der sog. Übersicherung. Hier geht es darum, ob ein Gläubiger sittenwidrig handelt, der sich als Sicherheit für seine Forderung sämtliche gegenwärtigen und künftigen Forderungen des Schuldners gegen Dritte abtreten lässt (sog. *Globalzession*) oder sich als Sicherheit etwa ein Warenlager mit wechselndem Bestand (sog. *Raumsicherungsvertrag*) zur Sicherheit übereignen lässt (gem. § 930 BGB). Die Sittenwidrigkeit könnte sich daraus ergeben, dass der Wert der Sicherheiten im Laufe

¹⁸ Brox, AT, Rn. 292; BGHZ 74, 293, 298.

¹⁹ Näher zu dieser sehr examensrelevanten Konstellation im *Go-Jura*-Skript Sachenrecht.

der Zeit den Wert der gesicherten Forderung deutlich übersteigen kann und der Gläubiger sich damit über seine Schutzbedürftigkeit hinaus sichert und den Schuldner möglicherweise unangemessen benachteiligt.

Der *Große Zivilsenat* des *BGH* hat jedoch eine Sittenwidrigkeit i.S.d. § 138 I BGB sowie eine unangemessene Benachteiligung des Schuldners i.S.d. § 307 I BGB abgelehnt, weil der Schuldner aus der Sicherungsabrede verlangen kann, dass der Gläubiger ihm das Sicherungsgut zurückübereignet (Freigabeverpflichtung), sobald der Schätzwert des Sicherungsgutes 150 % des Wertes der gesicherten Forderung übersteigt.²⁰

4. Bürgschaft: sittenwidrige Überforderung von Nahbereichspersonen

Große praktische Bedeutung hat § 138 I BGB bei Bürgschaften von vermögenslosen volljährigen Kindern oder Ehegatten des Schuldners erlangt.²¹

Die Rechtsprechung tendiert hier zunehmend zur Annahme einer Sittenwidrigkeit, wenn in der Übernahme der Bürgschaft eine *krasse finanzielle Überforderung* des Bürgen liegt, weil dann die widerlegbare Vermutung bestehe, dass die Bank die soziale Nähebeziehung des Bürgen zum Schuldner bewusst ausnutze.

Eine krasse finanzielle Überforderung des Bürgen nimmt die Rechtsprechung an, wenn der Betroffene voraussichtlich nicht einmal die laufenden Zinsen der Hauptschuld aufzubringen vermag.

In den Fällen der Bürgschaftsübernahme durch vermögenslose Kinder des Bürgen lässt sich die Sittenwidrigkeit der Bürgschaft zudem mit der Wertung des **§ 1618 a BGB** begründen. Der Schuldner verstößt nämlich gegen seine Rücksichtnahmepflicht aus § 1618 a BGB, wenn er sein vermögensloses Kind zur Übernahme einer Bürgschaft für seine Schulden veranlasst. Die Bank, die diese Umstände kennt, nutzt den Verstoß ihres Schuldners gegen § 1618 a BGB in sittlich anstößiger Weise aus.

²⁰ *BGH – GS – NJW* 1998, 671.

²¹ *BGH*, *WM* 2000, 410; *BGH*, *ZIP* 2001, 189; vgl. aber auch *BGH*, *NJW* 2001, 2466.

5. Kommerzialisierung der Intim- und Sexualsphäre

a) Der auf die entgeltliche Gestattung des Geschlechtsverkehrs gerichtete Vertrag mit einer Prostituierten ist nach wie vor sittenwidrig i.S.d. § 138 I BGB, denn eine wirksame Verpflichtung der Prostituierten, die von ihr versprochene Leistung zu erbringen, kann die Rechtsordnung nicht anerkennen.²² Daran hat auch das ProstitutionsG vom 20.12.2001²³ nichts geändert. Sind die sexuellen Handlungen aber vorgenommen worden, so entsteht aus dem zunächst nichtigen Vertrag eine wirksame Forderung der Prostituierten auf Zahlung des vereinbarten Entgeltes, § 1 ProstitutionsG.

b) Umstritten ist, ob Verträge über Telefonsex, bei denen die Partnerin ohne körperlichen Kontakt eine akustische Leistung zu vollbringen haben, wirksam sind.²⁴ Hiervon hängt es ab, ob das Telefonunternehmen von seinem Kunden die Begleichung der diesbezüglichen Telefonrechnung verlangen kann, wenn dieser entsprechende Dienste in Anspruch genommen hat. Nach dem Inkrafttreten des § 1 ProstitutionsG (s.o.) wird man jedenfalls nach erbrachter Leistung einen Anspruch auf Entrichtung des vereinbarten Entgeltes annehmen müssen (im Wege eines erst-recht-Schlusses).

c) Ein Leihmutter-Vertrag, bei dem eine fremde Frau die befruchtete Eizelle einer anderen Frau austrägt, ist sittenwidrig, weil das Kind zum Gegenstand eines Rechtsgeschäftes und damit zur Handelsware gemacht wird.²⁵ Die Spender von Samen- und Eizelle können daher nicht auf Herausgabe des Kindes gegen die Frau klagen, die das Kind zur Welt gebracht hat, wenn diese sich nach der Geburt weigert, das Kind herauszugeben.

II. Wucher, § 138 II BGB

Gem. § 138 II BGB ist ein wucherisches Rechtsgeschäft nichtig. Die Vorschrift stimmt mit dem Straftatbestand des Wuchers überein (§ 291 StGB). Der praktische

²² Palandt / *Heinrichs*, § 138, Rn. 52.

²³ BGBl. I (2001), S. 3983.

²⁴ Palandt / *Heinrichs*, § 138, Rn. 52 a m.w.N.

²⁵ *Brox*, AT, Rn. 283.

Anwendungsbereich der Vorschrift ist wegen der engen Tatbestandsvoraussetzungen gering.

In den meisten Fällen einer Kreditaufnahme fehlt bereits eine Zwangslage des Vertragspartners i.S.d. § 138 II BGB. Diese erfordert nämlich ein „zwingendes Bedürfnis“ nach einer Geld- oder Sachleistung.

Jedenfalls wird sich häufig die bewusste Ausnutzung einer solchen Lage nicht nachweisen lassen.

III. Wucherähnliches Geschäft, § 138 I BGB

Für die Fälle des Fehlens des subjektiven Tatbestandes des § 138 II BGB trotz Vorliegens eines auffälligen Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung hat die Rechtsprechung jedoch die Konstruktion des sog. „*wucherähnlichen Geschäftes*“ entwickelt. Der Vertrag ist dann nicht gem. § 138 Abs. 2 BGB, aber gem. § 138 Abs. 1 BGB wegen Sittenwidrigkeit unwirksam. Wichtigster Anwendungsfall ist die Frage der Wirksamkeit von Darlehensverträgen.

1. Objektive Voraussetzungen

Voraussetzung ist zunächst in objektiver Hinsicht ein auffälliges Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung.

Dieses liegt beim Darlehensvertrag dann vor, wenn der marktübliche Zins entweder um 100 % überschritten wird (relative Grenze), in jedem Fall aber, wenn der marktübliche Zins um 12 % überschritten wird (absolute Grenze).

Beispiel: In einer Hochzinsphase soll der marktübliche Darlehenszins bei 14 % liegen. Nach der *relativen* Grenze stünde dann ein Darlehenszins von 27 % noch nicht in einem auffälligen Missverhältnis zur Gegenleistung (keine Überschreitung des marktüblichen Zinses um 100 %), wohl aber nach der *absoluten* Grenze, weil der übliche Zins um mehr als 12 % überschritten wird.

2. Subjektive Voraussetzungen

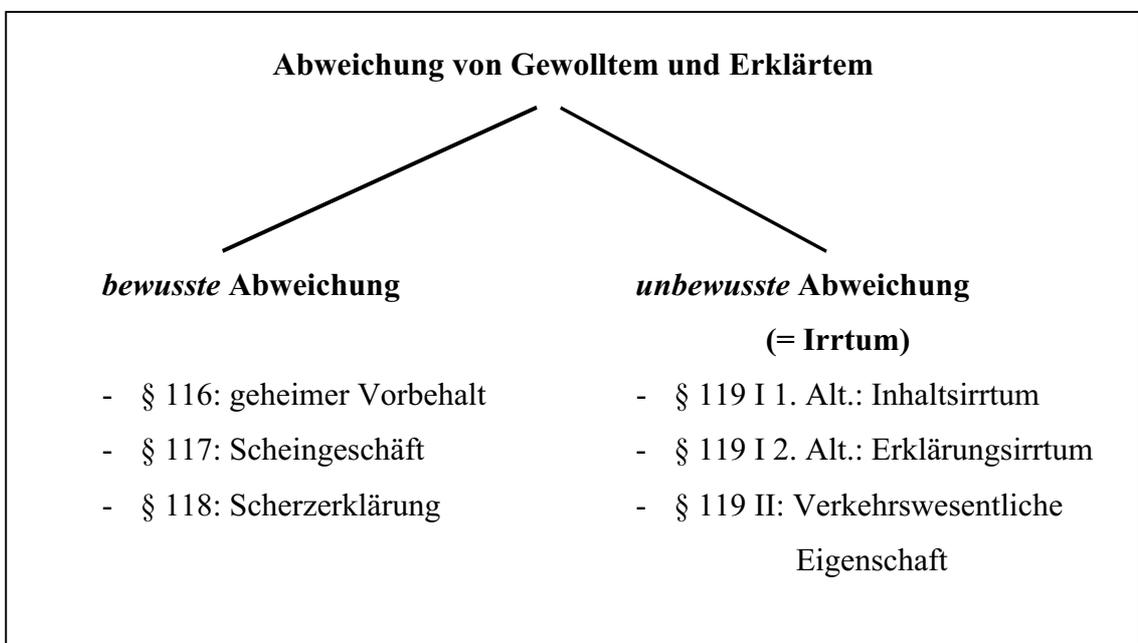
Der subjektive Tatbestand erfordert das bewusste Ausnutzen der schwächeren Lage des Vertragspartners. Die Rechtsprechung geht jedoch bei Vorliegen des objektiven Tatbestandes im Wege einer tatsächlichen Vermutung (*prima-facie*-Beweis) davon aus, dass die Bank die schwächere Lage des Vertragspartners ausgenutzt hat.

3. Rechtsfolge, § 138 I BGB

Der Darlehensvertrag ist in diesen Fällen gem. § 138 Abs. 1 BGB nichtig. Die Bank kann die Darlehensvaluta lediglich aus Bereicherungsrecht (§ 812 BGB) zurückverlangen. Einen Zinsanspruch hat die Bank jedoch in diesen Fällen nach hM nicht.²⁶

E. Geheimer Vorbehalt, Scheingeschäft, Scherzerklärung, §§ 116, 117, 118 BGB

Die §§ 116 ff. BGB regeln die Rechtsfolgen einer Abweichung von tatsächlich gewollter Erklärung und objektivem Erklärungsinhalt. Die Rechtsfolgen divergieren danach, ob sich der Erklärende der Abweichung *bewusst* war oder nicht. Im Fall einer *unbewussten* Abweichung von subjektiv Gewolltem und objektiv Erklärtem spricht man von einem *Irrtum*.



²⁶ Ausführlich zu diesem Fall im *Go-Jura*-Skript Bereicherungsrecht.

I. Der geheime Vorbehalt, § 116 BGB

§ 116 S. 1 BGB spricht eine Selbstverständlichkeit aus, nämlich die Unbeachtlichkeit eines inneren Vorbehaltes. Da der Inhalt empfangsbedürftiger Willenserklärungen aus dem *Empfängerhorizont* zu bestimmen ist (vgl. *Go-Jura-Skript* BGB AT 1), kann es ohnehin nicht darauf ankommen, ob der Erklärende insgeheim das Erklärte gar nicht wollte. Der Empfänger der Erklärung, der die Gedanken des Erklärenden nicht kennt, ist *schutzwürdig*. Deshalb ist seine Perspektive maßgeblich, nicht das, was der Erklärende insgeheim wollte.

Schutzwürdig ist der Empfänger dagegen dann nicht, wenn er den Vorbehalt kennt. Deshalb bestimmt **§ 116 S. 2 BGB**, dass in diesem Fall die Willenserklärung im Gegensatz zu § 116 S. 1 BGB nichtig ist.

II. Die Scherzerklärung, § 118 BGB

1. Voraussetzungen

Wie im Fall des § 116 BGB gibt der Erklärende bei der sog. Scherzerklärung gem. § 118 BGB eine Erklärung ab, die er innerlich nicht will.

Anders als im Rahmen des § 116 BGB, wo der Erklärende mit dem Willen handelt, den Empfänger über seine wahre Absicht zu täuschen, handelt der Erklärende im Fall des § 118 BGB aber in der Erwartung, dass der Empfänger erkennen werde, dass die Willenserklärung nicht ernst gemeint ist. Da es nur auf die Erwartung des Erklärenden ankommt, ist es irrelevant, ob der Empfänger *tatsächlich* die Nichternstlichkeit erkennt oder auch nur erkennen konnte, oder ob er - entgegen der Erwartung des Erklärenden - von der Ernsthaftigkeit der Erklärung ausgeht.

2. Rechtsfolgen

a) Nichtigkeit der Willenserklärung, § 118 BGB

Aufgrund des dargelegten Unterschiedes zu § 116 BGB erklärt § 118 BGB die Scherzerklärung für nichtig.

b) Ersatz des Vertrauensschadens, § 122 I BGB

Der Erklärungsempfänger ist jedoch schutzwürdig, wenn er die Nichternstlichkeit nicht gekannt hat. Der Erklärende setzt durch seine Erklärung im Rechtsverkehr einen Rechtsschein, für dessen Veranlassung er haften muss, wenn er der andere darauf vertraut (zu den allgemeinen Rechtsscheinsgrundsätzen vgl. *Go-Jura*-Skript BGB AT 1).

Deshalb hat der Empfänger gem. § 122 I BGB einen Anspruch gegen den Erklärenden auf Ersatz des Schadens, den er dadurch erlitten hat, dass er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut hat (*Vertrauensschaden*; sog. *negatives Interesse*).

Der Empfänger ist wirtschaftlich so zu stellen, wie er stünde, wenn er niemals von der Erklärung gehört hätte.

Beispiel: Hat der Empfänger infolge eines nicht ernstlich gemeinten Kaufvertragsangebotes Fahrtkosten gehabt, weil er zu einem Besichtigungstermin angereist ist, so kann er diese Kosten gem. § 122 I BGB vom Erklärenden ersetzt verlangen. Denn wenn er niemals von dem Angebot gehört hätte, dann wären ihm diese Kosten nicht entstanden.

Entsprechend den allgemeinen Grundsätzen der Rechtsscheinhaftung (vgl. § 173 BGB) ist dieser Anspruch jedoch gem. § 122 II BGB ausgeschlossen, wenn der Empfänger nicht auf die Erklärung vertraut hat, weil er die Nichternstlichkeit kannte oder hätte erkennen können, wenn er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt hätte walten lassen (fahrlässige Nichtkenntnis).

III. Das Scheingeschäft, § 117 BGB

Gemäß § 117 I BGB ist eine Willenserklärung nichtig, wenn sie mit dem Einverständnis des Empfängers nur zum Schein abgegeben wird.

Der Unterschied zu § 116 S. 2 BGB, der ebenfalls die Nichtigkeit der Erklärung anordnet, liegt darin, dass der Erklärende im Fall des § 116 S. 2 BGB glaubt, dass der Empfänger den abweichenden inneren Willen nicht kennt. Tatsächlich kennt der Empfänger den geheimen Vorbehalt jedoch.

Im Gegensatz dazu machen die Parteien bei § 117 I BGB „gemeinsame Sache“. Der Erklärende weiß also, anders als im Fall des § 116 S. 2 BGB, dass der Empfänger den abweichenden inneren Willen des Erklärenden kennt.

1. Das Scheingeschäft ist nichtig, § 117 I BGB

Gemäß § 117 I BGB ist das Scheingeschäft nichtig. Das entspricht den allgemeinen Grundsätzen, denn der Empfänger hat nicht auf die Scheinerklärung vertraut.

2. Das verdeckte Geschäft ist (vorbehaltlich anderer Unwirksamkeitsgründe) wirksam, § 117 II BGB

Häufig wird das Scheingeschäft erklärt, um ein in Wirklichkeit gewolltes anderes Geschäft zu verdecken. Für dieses in Wirklichkeit gewollte Geschäft erklärt § 117 II BGB die für dieses Rechtsgeschäft geltenden Vorschriften für anwendbar.

In diesem Gesetzestext hat die wichtigste Aussage des § 117 II BGB nur unvollkommen Ausdruck gefunden. § 117 II BGB erklärt nämlich das verdeckte Geschäft zunächst einmal für *wirksam*. In einem zweiten Schritt ist dann zu untersuchen, ob das verdeckte Rechtsgeschäft den *sonstigen* Wirksamkeitsvoraussetzungen genügt, z.B. ob es nicht formnichtig ist (§ 125 S. 1 BGB) oder gegen ein gesetzliches Verbot verstößt (§ 134 BGB).

3. Schwarzkauf vor dem Notar

Der wichtigste Anwendungsfall des § 117 BGB in der Praxis ist der Schwarzkauf vor dem Notar.

Beispiel: V will K sein Grundstück zum Preis von 2 Mio. € verkaufen. K ist einverstanden. Um jedoch Notargebühren und Grunderwerbssteuer zu sparen, erklären V und K im Notartermin, es sei ein Kaufpreis von 1 Mio. € vereinbart.

- a) Der notarielle Kaufvertrag ist zwar nicht formnichtig gem. § 125 S. 1 BGB, weil die Form des § 311 b BGB gewahrt wurde. Der Kaufvertrag über 1 Mio. € ist jedoch als Scheingeschäft gem. § 117 I BGB nichtig.
- b) Das wirklich gewollte Geschäft (Kauf des Grundstücks zum Preis von 2 Mio. €) ist gem. § 117 II BGB zunächst gültig; allerdings unter dem Vorbehalt der

Vorschriften, die für dieses Rechtsgeschäft gelten. Da es sich um einen Grundstückskaufvertrag handelt, gilt § 311 b I BGB. Da das verdeckte Geschäft nicht notariell beurkundet wurde, ist es gem. § 125 S. 1 BGB nichtig.

- c) Im Ergebnis kann also beim Schwarzkauf vor dem Notar der Verkäufer nicht den Kaufpreis und der Käufer nicht die Übereignung des Grundstücks verlangen.

4. Abgrenzung zu ernsthaft gewollten Geschäften

Wenn der von den Parteien verfolgte Zweck gerade die Wirksamkeit des Geschäftes voraussetzt, dann liegt *kein* Scheingeschäft gem. § 117 I BGB vor.

So ist es z.B. in den Fällen der sog. mittelbaren Stellvertretung („Strohmanngeschäfte), die gerade keinen Fall der Stellvertretung gem. § 164 I BGB darstellt (dazu *Go-Jura*-Skript BGB AT 1).

Beispiel: K will ein Gemälde von V erwerben. Er möchte jedoch anonym bleiben. Deshalb beauftragt er seinen Bekannten B mit dem Erwerb des Gemäldes. Dieser soll es mit Mitteln des K erwerben und es anschließend an diesen übereignen.

B erwirbt das Gemälde als Käufer im eigenen Namen. Da er nicht im Namen des K handelt (fehlende Offenkundigkeit, § 164 I 1 BGB), wird nicht etwa der K Vertragspartner des V. B wird Eigentümer des Gemäldes (§ 929 S. 1 BGB). Aus dem zwischen V und B bestehenden Rechtsverhältnis (hier Auftrag gem. § 662 BGB; handelt B entgeltlich, dann liegt ein Geschäftsbesorgungsvertrag i.S.d. § 675 BGB oder ein Kommissionsgeschäft gem. § 383 HGB vor), ist der B jedoch verpflichtet, das Bild an den K weiter zu übereignen (§ 667 BGB; ggf. i.V.m. § 675 BGB oder § 384 II HGB).

Hier wollen die Parteien zwar im Ergebnis nicht, dass B auf Dauer Eigentümer des Gemäldes wird. Sie verdecken also den *wirtschaftlich* im Ergebnis gewollten Erfolg. Sie wollen aber sehr wohl den *rechtlichen* Erfolg, nämlich dass B zunächst Eigentümer wird und dieses Eigentum dann an K überträgt. Denn nur so können die Parteien ihr Ziel der Anonymität des K erreichen. Hier liegt also *kein* Fall des § 117 I BGB vor.

F. Anfechtung, § 142 BGB

Nach § 142 I BGB ist eine Willenserklärung, die wirksam angefochten worden ist, nichtig.

Wichtig für die Examensklausur ist, dass sich die Rechtsfolge aus § 142 I BGB ergibt. Der häufig gelesene Satz: „Die Willenserklärung könnte wirksam angefochten worden sein und deshalb gem. § 119 I BGB nichtig sein.“ ist daher unzutreffend.

In dogmatischer Hinsicht ist umstritten, ob es sich bei der Anfechtung um eine *rechtshindernde* Einwendung handelt, also um eine solche, die schon das Entstehen des Anspruchs hindert, oder um eine *rechtsvernichtende* Einwendung, die den einmal entstandenen Anspruch nachträglich untergehen lässt. Für die letztere Ansicht spricht, dass die Anfechtungserklärung zu einem Zeitpunkt erfolgt, in dem der Vertrag wirksam ist. § 142 I BGB stellt lediglich eine *Fiktion* der Rückwirkung der Anfechtung auf. Nimmt man jedoch die Anordnung der Rückwirkungsfiktion durch das Gesetz ernst, dann hat im Fall der wirksamen Anfechtung nie ein wirksamer Anspruch bestanden, so dass mehr dafür spricht, die Anfechtung (wie hier) als rechtshindernde Anwendung einzuordnen.

Voraussetzungen der Anfechtung

I. Anfechtungsgrund

1. § 119 I 1. Alt. BGB: Inhaltsirrtum

→ unbewusstes Auseinanderfallen von Erklärtem und Gewolltem

2. § 119 I 1. Alt. BGB: Erklärungsirrtum

→ verschreiben, versprechen, vergreifen

3. § 119 II BGB: Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften

a) Eigenschaften: alle wertbildenden Faktoren

b) Verkehrswesentlich

4. § 120 BGB: Übermittlung durch Erklärungsboten

5. § 123 I BGB: Arglistige Täuschung

a) Täuschung: Hervorrufen einer Fehlvorstellung über Tatsachen

b) Arglist: mindestens dolus eventualis

c) kein Dritter i.S.d. § 123 II BGB

II. Anfechtungserklärung, § 143 BGB

→ gegenüber dem richtigen Empfänger, § 143 II BGB

III. innerhalb der Anfechtungsfrist

1. in den Fällen der §§ 119, 120: unverzüglich (§ 121 BGB)

2. im Fall des § 123 BGB: 1 Jahr (§ 124 I BGB)

IV. Rechtsfolgen: §§ 142 I, 122 BGB

1. Grundsatz: Nichtigkeit ex tunc

2. Ausnahme: bei in Vollzug gesetzten Arbeits- oder Gesellschaftsverträgen

→ dann ausnahmsweise Nichtigkeit ex nunc

3. in den Fällen der §§ 119, 120 BGB Verpflichtung zum Ersatz des **Vertrauensschadens**, § 122 I BGB

1. Irrtum gem. § 119 BGB

Zur Anfechtung berechtigt nach § 119 I, II BGB in bestimmten Fällen der Irrtum. Ein Irrtum ist eine *Fehlvorstellung über Tatsachen*.

a) Irrtum bei der Willensäußerung, §§ 119 Abs. 1, 120 BGB

§ 119 I BGB behandelt zunächst den Irrtum bei Willensäußerung. Ein solcher liegt vor, wenn das vom Empfängerhorizont aus tatsächlich Erklärte *unbewusst* von der wirklich gewollten Erklärung abweicht.

Irrtum bei der Willensäußerung, § 119 I BGB

1. Was hat der Erklärende vom Empfängerhorizont aus objektiv erklärt ?
2. Was wollte der Erklärende subjektiv erklären ?
3. Fallen Erklärung und Gewolltes *unbewusst* auseinander ?

aa) Erklärungsirrtum, § 119 I 2. Alt. BGB

Gem. § 119 I 2. Alt. BGB ist der Erklärende zur Anfechtung berechtigt, wenn er eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte. Damit sind Fehler bei der Erklärungshandlung gemeint (Versprechen, verschreiben, vergreifen).

Beispiel: V vertippt sich beim Verfassen eines Angebotsschreibens. Infolge einer Tastenverwechslung bietet er als Kaufpreis 500 € statt 600 € an.

bb) Inhaltsirrtum, § 119 I 1. Alt. BGB

Beim Inhaltsirrtum gem. § 119 I 1. Alt. BGB ist die Erklärungshandlung als solche nicht fehlerhaft. Der Erklärende irrt sich aber über die *Bedeutung* dessen, was er erklärt.

Beispiel: V will dem K für einen bestimmten Preis 1.000 m₂ eines in seinem Eigentum befindlichen Grundstückes verkaufen. Dabei glaubt er, dass 1.000 m₂ einem Hektar

entsprechen. Daher schreibt er in sein Verkaufsangebot als Kaufgegenstand „1 Hektar“. In Wirklichkeit ist ein Hektar jedoch eine Fläche von 10.000 m².

Hier ist die Erklärungshandlung fehlerfrei. V hat sich beim Schreiben des Angebotes nicht verschrieben, sondern er hat sich über die Bedeutung des Wortes „Hektar“ geirrt. Vom Empfängerhorizont des K liegt ein Angebot des V über 10.000 m² Land vor. Nimmt K dieses Angebot an, so kommt der Vertrag mit diesem Inhalt zustande. V kann jedoch seine Erklärung gem. § 119 I 1. Alt. BGB anfechten, weil er sich über den Inhalt seiner Erklärung geirrt hat.

cc) Fehlendes Erklärungsbewusstsein, § 119 I 1. Alt. BGB analog

Fehlt dem Erklärenden das Bewusstsein, etwas rechtlich Erhebliches zu erklären, hätte er aber bei Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erkennen können, dass seine Handlung vom Empfänger als Willenserklärung aufgefasst wird (sog. potentielles Erklärungsbewusstsein), so liegt nach hM zunächst eine Willenserklärung vor.²⁷

Beispiel (Trierer Weinversteigerung): Hebt K auf einer Weinauktion die Hand, um seinen Bekannten B zu grüßen, so wird der Auktionator dieses Handheben als Angebot auffassen. Erhält K den Zuschlag, so kommt nach hM ein Vertrag zustande, obwohl dem K das Erklärungsbewusstsein fehlte.

Wer aber nicht einmal das Bewusstsein hatte, etwas Rechtserhebliches zu erklären, der kann an seine Äußerung nicht stärker gebunden sein als derjenige, der wusste, dass er etwas Rechtserhebliches erklärt, aber über den Inhalt der Erklärung im Irrtum war (§ 119 I 1. Alt. BGB). Deshalb kann derjenige, der ohne Erklärungsbewusstsein handelte, den Vertrag, der wegen der Grundsätze über das potentielle Erklärungsbewusstsein zustande gekommen ist, im Wege eines erst-recht-Schlusses (argumentum a maiore ad minus) gem. § 119 I 1. Alt. BGB anfechten.

Im Trierer Weinversteigerungs-Fall muss K also den Wein nicht bezahlen, wenn er rechtzeitig (§ 121 BGB) anficht. Er muss dann allerdings dem Verkäufer den Vertrauensschaden gem. § 122 I BGB ersetzen.

²⁷ Vgl. *Go-Jura*-Skript BGB AT 1.

dd) Kausalität des Irrtums für die Erklärung

Gem. § 119 I a.E. BGB berechtigt der Irrtum nur dann zur Anfechtung, wenn der Erklärende die Erklärung in Kenntnis der wahren Sachlage nicht abgegeben hätte. Der Irrtum muss also *kausal* für die Willenserklärung gewesen sein. Hieran wird es allerdings in den Fällen des § 119 BGB selten fehlen (vgl. die obigen Beispiele).

ee) Unrichtige Übermittlung der Erklärung, § 120 BGB

(1) Bedient sich der Erklärende eines Erklärungsboten, so muss sich der Erklärende die unrichtige Erklärung des Boten zunächst zurechnen lassen. Da er sich der Vorteile der Arbeitsteilung bedient, muss er auch deren Nachteile tragen, wenn die Hilfsperson Fehler macht. Gem. § 120 BGB kann der Erklärende die Willenserklärung jedoch anfechten, wenn sich der Bote geirrt hat.

Beispiel: A beauftragt seinen Arbeitnehmer B, ein an C gerichtetes Angebotsschreiben über den Verkauf eines Pkw zum Preis von 5.000 € zu verfassen und es ihm persönlich zu überbringen. B vertippt sich beim Verfassen des Schreibens und schreibt 4.000 € statt 5.000 €.

Das von B unrichtig überbrachte Angebot des A muss dieser sich zunächst zurechnen lassen. Da der Bote B jedoch einem Erklärungsirrtum gem. § 119 I 2. Alt. BGB unterlegen ist, kann A die Erklärung gem. § 120 BGB anfechten.

(2) Nach hM gilt § 120 BGB nur, wenn der Bote *unbewusst* eine unrichtige Erklärung überbringt. Handelt er dagegen *bewusst* weisungswidrig, so ist es nicht gerechtfertigt, diese Erklärung dem Auftraggeber zuzurechnen. Die Interessenlage entspricht dann vielmehr derjenigen beim Vertreter ohne Vertretungsmacht. Daher finden die §§ 177 ff. entsprechende Anwendung (dazu bereits *Go-Jura*-Skript BGB AT 1). Der Auftraggeber ist daher nicht an die Erklärung gebunden, falls er sie nicht analog § 177 BGB genehmigt. Einer Anfechtung bedarf es also in diesem Fall nicht. Der Erklärungsempfänger kann sich analog § 179 BGB an den Boten wenden.

(3) § 120 BGB gilt nicht beim Handeln von Stellvertretern i.S.d. §§ 164 ff. BGB, denn diese übermitteln keine fremde Erklärung, sondern geben eine eigene Willenserklärung ab (vgl. *Go-Jura*-Skript BGB AT 1). Irrt sich der Stellvertreter bei

der Abgabe der Erklärung, so wird diese Erklärung dem Vertretenen gem. § 164 I BGB zugerechnet, wenn sie innerhalb der Grenzen der Vertretungsmacht lag. Der Vertretene kann jedoch die Erklärung selbst anfechten (nicht etwa der Stellvertreter, denn ihn trifft die Wirkung der Erklärung gem. § 164 I BGB nicht). Für die Frage des Irrtums i.S.d. § 119 BGB kommt es dabei dann nicht auf den Vertretenen an, der selbst gar keine Erklärung abgegeben hat und sich daher auch nicht geirrt haben kann, sondern gem. § 166 I BGB auf den Stellvertreter.

ff) Irrelevante Rechtsfolgenirrtümer

Kein i.S.d. § 119 BGB beachtlicher Irrtum liegt vor, wenn der Erklärende die Erklärung so, wie er sie abgegeben hat, auch abgeben wollte, und er sich lediglich über die Rechtsfolgen seiner Erklärung geirrt hat. Glaubt etwa der Käufer eines schweren Wohnzimmerschranks, der Verkäufer müsse den Schrank zu ihm nach Hause liefern (was unzutreffend ist, denn gem. § 269 I BGB erfolgt ohne besondere Abrede die Übereignung am Geschäftssitz des Verkäufers), dann irrt er sich über die gesetzlichen Rechtsfolgen seiner Willenserklärung, nicht aber über ihren Inhalt. Der Käufer kann also in diesem Fall nicht gem. § 119 I BGB anfechten.

b) Irrtum im Vorfeld der Willensäußerung / Motivirrtum, § 119 Abs. 2 BGB

Häufig irrt sich der Erklärende nicht bei der Erklärungshandlung, sondern er irrt über einen Umstand, der für seinen Entschluss, die Willenserklärung abzugeben, maßgeblich ist (Irrtum bei der Willensbildung). Einen solchen Irrtum nennt man *Motivirrtum*.

Motivirrtümer sind grundsätzlich unbeachtlich, da die Kenntnis derjenigen Umstände, die wichtig für die Bildung des Willens zur Abgabe der Erklärung sind, allein in den Risikobereich des Erklärenden fällt (abgesehen von der arglistigen Täuschung über diese Umstände durch den anderen Vertragsteil, § 123 BGB).

Dagegen existiert bei der Testamentserrichtung kein Erklärungsempfänger, so dass hier keine schutzwürdigen Interessen Dritter entgegenstehen. Deshalb erklärt § 2078 I BGB Motivirrtümer in sehr viel weiterem Umfang als § 119 II BGB für beachtlich.²⁸

²⁸ Näher im *Go-Jura*-Skript Erbrecht.

aa) Kalkulationsirrtum

Ein Sonderfall eines grundsätzlich unbeachtlichen Motivirrtums ist der sog. Kalkulationsirrtum.

Verrechnet sich eine Vertragspartei bei der Berechnung des Vertragsangebotes (Kalkulationsirrtum), so liegt kein Fehler bei der Erklärungshandlung vor. Dieser Fehler *im Vorfeld* der eigentlichen Angebotserklärung liegt allein im Risikobereich des Erklärenden und begründet daher auch kein Anfechtungsrecht.

(1) Uneingeschränkt gilt dies beim sog. *verdeckten Kalkulationsirrtum*, bei dem die Berechnungsgrundlagen für den anderen Vertragspartner nicht ersichtlich sind.

Beispiel: Bauunternehmer U will dem Bauherrn H ein Angebot über ein schlüsselfertig zu errichtendes Haus machen. Bei seiner Angebotsberechnung stellt er allerdings fehlerhaft nur die Kosten für 10 Bauarbeiter statt für 15 Arbeiter ein. Deshalb erklärt er gegenüber dem H ein Angebot zum Preis von 250.000 €. Hätte er die Kosten richtig berechnet, hätte er ein Angebot zum Preis von 275.000 € abgegeben.

U ist an das Angebot gebunden. Sein Kalkulationsirrtum, der für den H nicht erkennbar war, ist als Motivirrtum unbeachtlich.

(2) Anders ist die Rechtslage beim sog. *offenen Kalkulationsirrtum*, bei dem die Berechnungsgrundlagen für das Angebot für die andere Vertragspartei ersichtlich waren.

Beispiel: Verkäufer V nimmt eine Bestellung des K über 15 Radiogeräte auf und rechnet ihm laut vor: „15 Geräte zum Preis von je 35 €. Das macht dann also insgesamt 475 €.“ Bei richtiger Rechnung hätte V 525 € verlangt.

Hier sind die Berechnungsgrundlagen (Stückpreis 35 €) zum Gegenstand der Erklärung geworden. Damit war K einverstanden. Die unrichtige Endsumme ist lediglich eine falsche Bezeichnung des in Wirklichkeit Gewollten. Eine solche Falschbezeichnung ist bereits nach den Auslegungsregeln der §§ 133, 157 BGB unbeachtlich (*falsa demonstratio non nocet*). In dem Beispielsfall ist K also zur Zahlung von 525 € verpflichtet.

Kalkulationsirrtum

(= kein Fall der Anfechtung nach § 119 BGB)

1. Verdeckter Kalkulationsirrtum: unbeachtlicher Motivirrtum
2. Offener Kalkulationsirrtum: evt. falsa demonstratio non nocet

bb) Verkehrswesentliche Eigenschaft, § 119 II BGB

§ 119 II regelt einen Fall, in dem ein Motivirrtum ausnahmsweise beachtlich ist, nämlich dann, wenn sich der Irrtum auf verkehrswesentliche Eigenschaften der Person oder der Sache bezieht.

(1) Eigenschaften einer Person

Zur Anfechtung einer Willenserklärung berechtigte Irrtümer über Eigenschaften einer Person können sich beziehen etwa auf das Alter, das Geschlecht, die berufliche Qualifikation, die Vorstrafen des Vertragspartners.²⁹

Beispiel: Die Versicherungsgesellschaft X-AG stellt den A als Versicherungsvertreter ein. Dabei irrt ihr Personalchef darüber, dass der A wegen Betruges vorbestraft ist.

Dagegen ist die Schwangerschaft keine Eigenschaft einer Person (der Arbeitnehmerin), weil sie kein dauerhafter Zustand ist. Schon deshalb scheidet eine Anfechtung des Arbeitsvertrages durch den Arbeitgeber gem. § 119 II BGB aus, wenn sich herausstellt, dass die Arbeitnehmerin bei Vertragsschluss schwanger war (zur Anfechtung nach § 123 I BGB in diesen Fällen s.u.).

Die Eigenschaft muss verkehrswesentlich sein. Das ist nur dann der Fall, wenn die Eigenschaft der Person für das Rechtsgeschäft von Bedeutung ist.

²⁹ Brox, AT, Rn. 371.

Beispiel: Für den Abschluss eines Arbeitsvertrages mit einem Handwerksgesellen ist die bestandene Handwerksprüfung (Qualifikation) von Bedeutung, nicht aber seine Parteizugehörigkeit.³⁰

(2) Eigenschaften einer Sache

(a) Eigenschaften einer Sache sind *alle wertbildenden Faktoren*, die der Sache unmittelbar und *für eine gewisse Dauer* (also nicht nur ganz vorübergehend) *anhaften*.

Kein wertbildender Faktor und damit kein zur Anfechtung berechtigender Umstand ist dagegen der *Wert der Sache selbst*.

Beispiel: A erhält von B ein wertvolles Gemälde des berühmten Malers M (Wert 10.000 €) zum Geburtstag geschenkt, das er jedoch irrtümlich für wertlose naive Malerei seines Bekannten B hält. Er veräußert es für 50 € an C. Danach erfährt er von den wahren Umständen.

A kann den Kaufvertrag mit C nicht mit der Begründung anfechten, er habe sich über den Wert des Gemäldes geirrt, denn der Wert der Sache selbst ist keine verkehrswesentliche Eigenschaft i.S.d. § 119 II BGB.

Eine verkehrswesentliche Eigenschaft ist jedoch die Herkunft des Bildes von dem Maler M (statt von B). Diese Herkunft ist ein wertbildender Faktor. Daher kann A mit der Begründung gem. § 119 II BGB anfechten, er habe sich über die Herkunft des Bildes geirrt.

(b) Einzelfälle:

- Die *Lage des Grundstücks* ist eine Eigenschaft desselben (z.B. die Frage, ob es unmittelbar an einem See liegt, oder ob ein fremder Grundstücksstreifen zwischen See und Grundstück vorhanden ist).
- Der *Mietertrag eines Mietshauses* ist eine Eigenschaft des Mietshauses, denn der Mietertrag wird nicht nur durch den variierenden Wohnungsmarkt bestimmt, sondern auch und vor allem durch den Zustand des Hauses und durch seine Lage.

³⁰ Brox, AT, Rn. 371.

- Der *Ertrag eines Unternehmens* ist grundsätzlich keine Eigenschaft des Unternehmens, weil er vorwiegend auf dem Geschick und den Fähigkeiten des Unternehmers beruht. Etwas anderes gilt, wenn ein Ertrag über einen gewissen Zeitraum erzielt wird (mehrere Jahre). Dann spricht eine Vermutung dafür, dass die *Rentabilität* des Unternehmens auf dessen Zustand beruht und nicht nur auf wechselnden Faktoren wie Konjunktur und Aktivität des Unternehmers.

(c) Verkehrswesentlich ist die Eigenschaft, wenn sie für die Wertschätzung der Sache im Rechtsverkehr von Bedeutung ist.

cc) **Doppelirrtum**

Streitig ist die Behandlung derjenigen Fälle, in denen sich *beide* Parteien über eine verkehrswesentliche Eigenschaft irren.

Beispiel: A verkauft und übereignet ein Gemälde für 50 € an C, das beide für ein wertloses Gemälde des Amateurmalers B halten. In Wirklichkeit handelt es sich, wie sich später zufällig herausstellt, um ein Gemälde des berühmten Malers M (Wert: 10.000 €).

- (1) Eine starke Meinungsgruppe in der Literatur hält hier die Anwendung der Anfechtungsregeln gem. § 119 II BGB für unbillig, weil es vom Zufall abhängt, wer von beiden Irrenden zuerst anfechte. Dieser müsse dann aber dem anderen den Vertrauensschaden gem. § 122 I ersetzen.

Sachgerecht seien vielmehr die Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB), weil beim beiderseitigen Irrtum der betreffende Umstand im Risikobereich *beider* Parteien liege.³¹

- (2) Dagegen führt *Medicus* überzeugend aus, dass es keineswegs zufällig ist, wer von beiden Parteien die Erklärung anfechtet.³² Dies wird nämlich nur die Partei tun, die einen Vorteil aus der Anfechtung erlangt. Im obigen Beispiel wird nur

³¹ Brox, AT, Rn. 428 ff. m.w.N.

³² *Medicus*, BR, Rn. 162.

A ein Interesse an der Anfechtung haben. Warum sollte C, der ein glänzendes Geschäft gemacht hat, anfechten ?

Dann ist es aber auch sachgerecht, wenn die Partei, die aus der Anfechtung Vorteile zieht, der anderen Partei den Vertrauensschaden gem. § 122 I BGB ersetzen muss.

2. Anfechtungsgrund des § 123 BGB

§ 123 BGB schützt die Freiheit der Willensentschließung vor Beeinträchtigungen von außen (durch Täuschung und Drohung).

a) Widerrechtliche Drohung

aa) Drohung

Drohung ist das Inaussichtstellen eines *künftigen* Übels, dessen Eintritt der Ankündigende als von seinem Willen abhängig darstellt (im Gegensatz zur *Gewalt*, die die Zufügung eines *gegenwärtigen* Übels ist). Zwingt jemand den Erklärenden mit Gewalt (*vis absoluta*) zur Erklärung, so liegt mangels Handlungswillens überhaupt keine Willenserklärung vor (vgl. *Go-Jura-Skript* BGB AT 1). Einer Anfechtung bedarf es dann nicht.

(1) Auch die Ankündigung einer *erlaubten* Handlung kann eine Drohung sein, z.B. die Ankündigung einer berechtigten Strafanzeige. Das ergibt sich aus § 154 c StPO. Das Gesetz sieht hier die Möglichkeit einer Verfahrenseinstellung vor, wenn die Drohung in der Ankündigung einer Strafanzeige besteht. Daraus ergibt sich unmittelbar, dass das Gesetz die Ankündigung einer Strafanzeige als tatbestandmäßige Drohung bewertet.

(2) Abzugrenzen ist die Drohung von der *Warnung*. Teilt jemand dem Erklärenden das Bestehen eines Übels mit, das nicht vom Willen des Mitteilenden abhängt, dann liegt keine Drohung, sondern eine Warnung vor (z.B. Mitteilung, dass Dritte, auf deren Verhalten der Mitteilende keinen Einfluss hat, planen, den Erklärenden demnächst zu verprügeln). Die Warnung erfüllt nicht den Tatbestand des § 123 BGB.

(3) Anders als bei der Täuschung (vgl. § 123 II 1 BGB, dazu unten) ist es bei der Drohung gleichgültig, *wer* die Drohung ausgesprochen hat, sei es der Vertragspartner oder ein beliebiger Dritter. Der Vertragspartner muss die Drohung gegenüber dem Erklärenden nicht einmal gekannt haben. Das Gesetz bewertet hier die Willensfreiheit des Bedrohten höher als die Vertrauensschutzinteressen des Vertragspartners.

bb) Widerrechtlichkeit

Die Drohung muss *widerrechtlich* sein. Die Rechtswidrigkeit kann sich (wie im Strafrecht im Rahmen des § 240 II StGB) aus dem angekündigten Übel, dem erstrebten Erfolg oder aus der Zweck-Mittel-Relation ergeben, wenn das angekündigte Übel in keinem sachlichen Zusammenhang mit dem Zweck steht (sog. *Inkonnexität*).

(1) Die Ankündigung eines *rechtswidrigen* Handelns (z.B. von Prügeln, wenn der Erklärende den Vertrag nicht unterschreibt) ist stets widerrechtlich.

(2) Die Widerrechtlichkeit kann sich auch aus dem verfolgten *Zweck* ergeben (z.B. Drohung mit einer berechtigten Strafanzeige, wenn A nicht eine unbegründete Verleumdungsklage gegen X erhebt).

(3) Schließlich kann die Rechtswidrigkeit der *Verknüpfung* von an sich jeweils legalem Mittel und Zweck zur Widerrechtlichkeit der Drohung führen. Droht A dem B zum Beispiel mit einer berechtigten Strafanzeige, wenn B ihm nicht seinen Fernseher schenkt, dann sind sowohl das Mittel (Ankündigung einer berechtigten Strafanzeige) als auch der Zweck (Schenkung) an sich nicht zu beanstanden. Weil aber Mittel und Zweck hier in keinem Zusammenhang stehen (*Inkonnexität*), ist die Drohung gleichwohl widerrechtlich.

Anders ist es, wenn ein sachlicher Zusammenhang zwischen Mittel und Zweck vorliegt. Hat B z.B. gegenüber A eine Körperverletzung begangen (§ 223 StGB) und droht A dem B mit einer diesbezüglichen Strafanzeige, wenn B dem A nicht seine Krankenhauskosten ersetzt und ihm ein angemessenes Schmerzensgeld zahlt, so ist die Drohung *nicht* widerrechtlich.

cc) Kausalität

Die Drohung muss kausal für die Willenserklärung gewesen sein (§ 123 I BGB: „zur Abgabe einer Willenserklärung ... durch Drohung bestimmt“). An der Kausalität wird es selten fehlen, denn wenn der Erklärende die Willenserklärung ohnehin abgeben wollte, dann hätte er nicht bedroht werden müssen. Deshalb spricht im Fall des § 123 (anders als bei § 119 BGB) für die Kausalität der Beweis des ersten Anscheins (prima-facie-Beweis).³³ Es trifft dann den Drohenden im Prozess die Pflicht, diesen Beweis des ersten Anscheins zu erschüttern, d.h. die ernsthafte Möglichkeit darzulegen und zu beweisen, dass ausnahmsweise die Drohung doch nicht für die Abgabe der Willenserklärung kausal war. Gelingt ihm das nicht, so ist auch ohne Beweisantritt des Bedrohten von der Kausalität der Drohung für die Abgabe der Willenserklärung auszugehen.

b) Arglistige Täuschung

aa) Täuschung

Täuschung ist das Hervorrufen einer Fehlvorstellung über Tatsachen durch intellektuelle Einwirkung. Diese Täuschung kann durch *ausdrückliche Erklärung* erfolgen, aber auch durch *schlüssiges Verhalten* (z.B. Zurückdrehen der Kilometeranzeige durch den Kfz-Verkäufer).

bb) Unterlassen

Auch in einem *Unterlassen* der Aufklärung kann eine Täuschung liegen. Das ist allerdings nur dann der Fall, wenn nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) eine *Aufklärungspflicht* bestand.

Hierbei ist von dem *Grundsatz* auszugehen, dass in unserer Wirtschafts- und Rechtsordnung grundsätzlich jede Partei selbst dafür verantwortlich ist, was sie auf welcher Tatsachengrundlage erklärt oder nicht erklärt. Keineswegs ist etwa der Verkäufer eines KFZ verpflichtet, den Käufer ungefragt über sämtliche nachteiligen

³³ Palandt / *Heinrichs*, § 123, Rn. 24.

Eigenschaften des Fahrzeuges aufzuklären. Der Käufer kann sich immerhin über solche Umstände, die für ihn wichtig sind, erkundigen.

Nach Treu und Glauben muss der Verkäufer aber über solche Umstände aufklären, die für den Käufer ersichtlich von kaufentscheidender Bedeutung sind, und über die ein redlicher Verkäufer aufklären würde. Hat etwa der Pkw einen schweren Unfallschaden gehabt, so muss der Verkäufer darüber aufklären, weil ein Unfallwagen wegen der Zweifel, ob der Schaden dauerhaft und vollständig beseitigt ist, einen wesentlich niedrigeren Wert hat als ein unfallfreies Fahrzeug. Verschweigt der Verkäufer diesen Umstand, so kann der Käufer den Kaufvertrag gem. § 123 BGB anfechten.

cc) keine Anfechtung bei Täuschung durch Dritte i.S.d. § 123 Abs. 2, S. 1 BGB

Bei einer empfangsbedürftigen Willenserklärung (also insbesondere bei Vertragsangebot und Vertragsannahme) kann der Getäuschte seine Erklärung nur anfechten, wenn gerade der Erklärungsempfänger die Täuschung verübt hat. Hat dagegen ein unbeteiligter Dritter die Täuschung verübt, so kann der Getäuschte nur anfechten, wenn der Erklärungsempfänger die Täuschung kannte oder bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen können, § 123 II 1 BGB.

Anderenfalls ist der gutgläubige Erklärungsempfänger (der nicht wusste, dass der Erklärende getäuscht wurde) in seinem Vertrauen auf die Erklärung schutzwürdig. Deshalb kann der Erklärende in diesen Fällen nicht anfechten.

Es ist allerdings eine wichtige Einschränkung zu machen, die sich nicht aus dem Wortlaut des § 123 II 1 BGB ergibt (teleologische Reduktion des § 123 II 1 BGB):

Dritter i.S.d. § 123 II 1 BGB ist nämlich nicht, wer **im Lager** des Erklärungsempfängers steht und am Vertragsschluss mitgewirkt hat. Im Lager des Empfängers stehen solche Personen, deren Verhalten sich der Empfänger nach dem Rechtsgedanken des § 278 BGB zurechnen lassen muss. Es kommt daher nicht darauf an, ob die Hilfsperson Stellvertreter i.S.d. §§ 164 ff. BGB ist. Auch sonstige Hilfspersonen (sonstige Arbeitnehmer, Verhandlungsgehilfen) des Empfängers sind nicht Dritte, wenn sie am Vertragsschluss mitgewirkt haben.

dd) Rechtswidrigkeit der Täuschung

Im Gegensatz zur Drohung bestimmt § 123 I BGB nicht ausdrücklich, dass die Täuschung widerrechtlich sein muss. Es besteht jedoch Einigkeit, dass auch eine Täuschung nur dann zur Anfechtung berechtigt, wenn sie widerrechtlich erfolgt.

Grundsätzlich ist eine Täuschung stets rechtswidrig.

Anders liegt der Fall jedoch, wenn beim Zustandekommen des Vertrages unzulässige Fragen gestellt werden. Auf eine unzulässige Frage darf der Befragte nicht nur die Antwort verweigern, sondern auch lügen. Besonders bedeutsam ist diese Konstellation beim Zustandekommen des Arbeitsvertrages.

Beispiel: Arbeitnehmerin A bewirbt sich bei Arbeitgeber C um eine Stelle als Bürokauffrau. Im Bewerbungsgespräch stellt C folgende Fragen:

- a) nach der Schwerbehinderung der A
- b) nach einer bestehenden Schwangerschaft der A
- c) nach einer HIV-Infektion der A

A verneint alle Fragen, obwohl sie schwerbehindert, schwanger und HIV-infiziert ist. Kann C den später geschlossenen Arbeitsvertrag wegen arglistiger Täuschung der A anfechten ?

(1) Die Frage nach der Schwangerschaft wird heute allgemein für unzulässig erachtet (auch wenn der Arbeitgeber wegen der finanziellen Belastungen und der Beschäftigungsverbote nach dem Mutterschutzgesetz durchaus ein anerkennenswertes Interesse an der Beantwortung dieser Frage haben kann), weil sie Frauen diskriminiert (vgl. § 611 a BGB), denn die Schwangerschaft kann naturgemäß nur bei Frauen auftreten.

Der Arbeitnehmerin wäre nun nicht geholfen, wenn man ihr lediglich gestatten würde, auf die unzulässige Frage die Antwort zu verweigern, denn bei Antwortverweigerung würde der Arbeitgeber natürlich davon ausgehen, dass der betreffende Umstand – hier die Schwangerschaft – vorliegt. Deshalb darf die Arbeitnehmerin in dieser Situation (man spricht von einer „notwehrähnlichen Lage“) nicht nur die Antwort verweigern, sondern sogar lügen. Die in der Lüge enthaltene Täuschung ist **nicht rechtswidrig** und berechtigt den Empfänger (hier den C) daher nicht zur Anfechtung gem. § 123 I BGB.

(2) Die Frage nach der Schwerbehinderung ist dagegen zulässig, weil der Arbeitgeber wegen der Vorschriften des SchwbG ein berechtigtes Interesse an der

richtigen Beantwortung hat. So muss der Arbeitgeber im Fall der Beschäftigung von Schwerbehinderten u.U. seinen Betrieb baulich umgestalten. Der C kann also den Arbeitsvertrag wegen der Täuschung über die Schwerbehinderung gem. § 123 I BGB anfechten.

(3) Die Frage nach der *AIDS-Erkrankung* wird als zulässig angesehen. Bei der bloßen *HIV-Infektion* ist die Lösung umstritten.

ee) Arglist

§ 123 I BGB setzt eine arglistige Täuschung voraus. Hierfür reicht jedoch bedingter Vorsatz aus (*dolus eventualis*). Der Täuschende muss es mindestens für möglich halten und wollen, dass der andere durch Täuschung zur Abgabe einer Willenserklärung bestimmt wird.

Arglist liegt daher auch vor, wenn der Täuschende **Erklärungen „ins Blaue hinein“** macht.

Beispiel: Kfz-Verkäufer V erklärt dem K der Wagen sei unfallfrei, obwohl er darüber nichts weiß, weil weder er noch einer seiner Mitarbeiter den Wagen untersucht hat.

Da der Verkäufer in den Fällen der Erklärungen ins Blaue hinein nichts über die Richtigkeit seiner Erklärung weiß, hält er es für möglich, dass sie falsch ist, er also den Vertragspartner täuscht. Stellt sich im nachhinein heraus, dass die Erklärung ins Blaue hinein tatsächlich falsch war, so kann der Vertragspartner gem. § 123 I BGB anfechten.

ff) Kausalität

Die arglistige Täuschung muss kausal für die Abgabe der Erklärung geworden sein (§ 123 I BGB: „zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung ... bestimmt“). Bei arglistiger Täuschung spricht jedoch wie bei der Drohung (s.o.) ein Anscheinsbeweis (*prima-facie-Beweis*) für diese Ursächlichkeit, wenn es sich um eine Täuschung handelt, die nach der Lebenserfahrung geeignet ist, die Erklärung zu beeinflussen.³⁴ Hat etwa der Verkäufer eines Pkw über die Unfallfreiheit getäuscht,

³⁴ Palandt / *Heinrichs*, § 123, Rn. 24.

so spricht der Anscheinsbeweis für die Kausalität dieser Täuschung für die Abgabe der Willenserklärung. Es ist dann an dem Verkäufer, im Prozess Umstände darzulegen, die ausnahmsweise dafür sprechen, dass die Täuschung doch nicht kausal gewesen ist. Er kann z.B. einen Zeugen dafür benennen, dass der Käufer schon vor der Abgabe der Willenserklärung von dem Unfallschaden erfahren hat.

II. Anfechtungserklärung, § 143 BGB

Die Anfechtung ist ein *Gestaltungsrecht*, d.h. der Anfechtende bedarf nicht der Mitwirkung des anderen Teils, um die Rechtsfolge auszulösen. Das Gestaltungsrecht wird ausgeübt durch die Anfechtungserklärung gem. § 143 I BGB gegenüber dem Anfechtungsgegner.

1. **Anfechtungsberechtigt** ist derjenige, den Rechtsfolgen der Erklärung treffen würden, also regelmäßig derjenige, der die Erklärung abgegeben hat.

Im Fall der fehlerhaften Übermittlung durch Boten (§ 120 BGB) ist anfechtungsberechtigt nur der Auftraggeber, nicht etwa der Bote.

Bei der Stellvertretung ist nur der Vertretene anfechtungsberechtigt, nicht der Vertreter, den ja die Rechtsfolgen der Erklärung nicht treffen. Für die Frage des Irrtums kommt es gem. § 166 I BGB auf den Irrtum des Stellvertreters an.

2. **Anfechtungsgegner** ist für den Regelfall des Vertrages der Vertragspartner (§ 143 II BGB).

3. Die Anfechtungserklärung ist wie jede andere Willenserklärung auslegungsfähig. Der Anfechtende muss nur hinreichend deutlich erklären, dass er das Rechtsgeschäft wegen des Willensmangels nicht gelten lassen will. Er muss nicht das Wort „Anfechtung“ verwenden, denn nach § 133 BGB kommt es weniger auf den Wortlaut der Erklärung, als vielmehr auf den wahren Willen des Erklärenden an.

Probleme können sich wegen des Abstraktionsprinzips ergeben, wenn der Anfechtende erklärt, er wolle „den Kaufvertrag anfechten“.

a) Juristische Laien differenzieren nicht zwischen schuldrechtlichem Kaufvertrag (§ 433 BGB) und dinglicher Übereignung (§§ 929 ff. BGB). Deshalb will der Laie

im Zweifel alle Geschäfte, die auf dem Irrtum beruhen anfechten, also auch die Übereignung gem. § 929 S. 1 BGB. Seine Erklärung ist dann als Anfechtung auch der dinglichen Einigung auszulegen.

b) Erklärt dagegen ein Rechtsanwalt für seinen Mandanten, er wolle den Kaufvertrag anfechten, so kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass er auch die dingliche Übereignung anfechten will, da ihm als Juristen das Trennungs- und das Abstraktionsprinzip bekannt sind.

III. Anfechtungsfrist, §§ 121, 124 BGB

Die Anfechtungserklärung muss fristgerecht erfolgen. Anderenfalls erlischt das Gestaltungsrecht der Anfechtung, da es sich um *Ausschlussfristen* handelt.

1. § 121 I BGB, „unverzüglich“

In den Fällen der Anfechtungsgründe gem. §§ 119 I, II, 120 BGB (s.o.) muss die Anfechtungserklärung ohne schuldhaftes Zögern (Legaldefinition „unverzüglich“ in § 121 I 1 BGB) nach Kenntnis vom Anfechtungsgrund erfolgen. Unverzüglich ist nicht gleichbedeutend mit „sofort“. Dem Anfechtungsberechtigten ist vielmehr eine angemessene Überlegungsfrist einzuräumen. Obergrenze ist in der Regel eine Frist von **2 Wochen**.³⁵

Erfolgt die Anfechtung schriftlich, so ist es gem. § 121 I 2 BGB ausreichend, wenn die *Absendung* unverzüglich erfolgte.

Die Frist beginnt erst mit der Kenntnis des Anfechtenden vom Anfechtungsgrund (also subjektiver Fristbeginn).

Im Interesse der Rechtssicherheit muss es aber eine starre Höchstgrenze geben, nach der die Anfechtung spätestens ausgeschlossen ist. Vor dem Jahr 2002 lag diese Grenze bei 30 Jahren (§ 121 II a.F. BGB). Durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz sind jedoch die Höchstfristen im Verjährungsrecht insgesamt drastisch verkürzt worden (vgl. § 195 BGB n.F., zur Verjährung s.u.). Deshalb ist auch die absolute zeitliche Grenze der Anfechtung gem. § 121 II BGB n.F. auf 10 Jahre verkürzt worden.

³⁵ Palandt / *Heinrichs*, § 121, Rn. 3.

2. § 124 BGB

In den Fällen der Anfechtungsgründe gem. § 123 I BGB ist der Erklärende schutzwürdiger als in den Fällen der §§ 119, 120 BGB, denn hier wurde in rechtswidriger Weise von außen auf seine Willensfreiheit eingewirkt (durch Täuschung oder Drohung). Daher lässt § 124 I BGB dem Anfechtenden eine Frist von einem Jahr für die Anfechtungserklärung. Die Frist beginnt im Falle der Täuschung mit deren Entdeckung durch den Berechtigten (§ 124 II 1 BGB). Auch insoweit liegt also ein subjektiver Fristbeginn vor. Die damit verbundene Rechtsunsicherheit muss wie im Fall des § 121 BGB durch eine starre Höchstgrenze kompensiert werden. Dies leistet § 124 III BGB n.F., der diese Höchstgrenze ebenso wie § 121 II BGB auf 10 Jahre festlegt (während die Frist vor Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes 30 Jahre betrug, § 124 III BGB a.F.).

IV. Ausschluss der Anfechtung durch Bestätigung, § 144 BGB

Gem. § 144 I BGB ist die Anfechtung ausgeschlossen, wenn der Anfechtende das anfechtbare Rechtsgeschäft bestätigt.

Dies kann auch konkludent durch schlüssiges Verhalten erfolgen. Voraussetzung ist aber, dass der Bestätigende die Anfechtbarkeit kannte.

Veräußert etwa der Erwerber einer Sache diese Sache, obwohl er weiß, dass er den Kaufvertrag und die Übereignung gem. § 123 BGB anfechten kann, so liegt in diesem Verhalten eine schlüssige Bestätigung der anfechtbaren Rechtsgeschäfte.

V. Rechtsfolgen der Anfechtung, §§ 142, 122 BGB

1. Grundsatz: Nichtigkeit ex tunc, § 142 I BGB

§ 142 I BGB stellt eine *Rückwirkungsfiktion* auf, nach der das angefochtene Rechtsgeschäft als von Anfang an (ex tunc) nichtig anzusehen ist.

Wegen dieser Rückwirkung wird die Anfechtung überwiegend als *rechtshindernde* und nicht als *rechtsvernichtende* Einwendung eingestuft.

Weitere dogmatische Probleme ergeben sich im Bereicherungsrecht. Nimmt man die Rückwirkungsfiktion des § 142 I BGB ernst, so hat im Falle der Anfechtung des Kausalvertrages der Rechtsgrund niemals bestanden. Die ausgetauschten Leistungen

können dann über die *condictio indebiti* (§ 812 I 1, 1. Alt. BGB: anfängliches Fehlen des Rechtsgrundes) herausverlangt werden.

Betont man dagegen, dass es sich bei § 142 I BGB nur um eine Fiktion handelt und der Rechtsgrund immerhin vor der Anfechtungserklärung bestanden hat, so ist richtige Anspruchsgrundlage für die Rückforderung die *condictio ob causam finitam* (§ 812 I 2, 1. Alt. BGB: späterer Wegfall des Rechtsgrundes).

Beide Auffassungen werden vertreten. In der Klausur sollte dieses fast ausschließlich dogmatische Problem nicht intensiv behandelt werden, sondern man sollte sich allenfalls auf einen Hinweis beschränken. Jedenfalls ist eine Streitdarstellung mit Stellungnahme unangebracht, da beide Auffassungen regelmäßig zum selben Ergebnis führen. Bedeutsam kann die Kontroverse allenfalls werden, wenn der Ausschlussgrund des § 814 BGB in Betracht kommt, weil dieser nach hM nur für die *condictio indebiti* gilt, nicht aber für alle anderen Fälle der Leistungskondiktion.

2. Ausnahme: Nichtigkeit ex nunc

Die Rückwirkung des § 142 I BGB kann zu *Unbilligkeiten* und zu *praktischen Schwierigkeiten bei der Rückabwicklung* führen, wenn es um in Vollzug gesetzte Dauerschuldverhältnisse geht.

Deshalb ist es bei anfechtbaren **in Vollzug gesetzten Arbeitsverträgen** (§ 611 BGB) und **Gesellschaftsverträgen** (§ 705 BGB) anerkannt, dass die Anfechtung ausnahmsweise entgegen § 142 I BGB nur für die Zukunft, d.h. *ex nunc*, wirkt.

3. Ersatz des Vertrauensschadens, § 122 I BGB

Als weitere Rechtsfolge der Anfechtung sieht § 122 I BGB in den Fällen der Anfechtung gem. §§ 119, 120 BGB die Verpflichtung des Anfechtenden zum Ersatz des Vertrauensschadens (negatives Interesse) vor. Denn der Erklärungsempfänger hat auf den von dem Erklärenden gesetzten Rechtsschein einer wirksamen Willenserklärung vertraut.

a) Konsequenterweise greift diese Schadensersatzverpflichtung entsprechend allgemeinen Rechtsscheinsgrundsätzen nicht ein, wenn der Geschädigte den Grund der Anfechtung kannte oder fahrlässig nicht kannte, § 122 II BGB.

b) In den Fällen des § 123 BGB greift § 122 BGB ebenfalls nicht ein. Es wäre auch schwer verständlich, wenn der Täuschende oder Drohende einen Anspruch auf Schadensersatz gegen den Getäuschten oder Bedrohten hätte.

c) Als Rechtsfolge des § 122 BGB ist der Erklärungsempfänger so zu stellen wie er stünde, wenn er niemals von der Erklärung gehört hätte (negatives Interesse; Vertrauensschaden). Schadensposten können daher etwa sein: Vertragsanbahnungskosten wie Fahrtkosten für Besichtigungstermine, Telefon- und Portokosten für die Korrespondenz usw.

VI. Lehre von der Doppelnichtigkeit („Doppelwirkungen im Recht“)

Gem. **§ 142 II BGB** wird derjenige, der die Anfechtbarkeit kannte, so behandelt, als ob er die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts gekannt hätte. Aufgrund dieser Regelung kann es sinnvoll sein, die Anfechtung eines ohnehin schon aus anderen Gründen nichtigen Rechtsgeschäfts zuzulassen (sog. Lehre von der Doppelnichtigkeit).

Beispiel: Der 15jährige M veräußert ohne Einwilligung seiner Eltern ein wertvolles Gemälde, das er irrtümlich für eine Fälschung hält, an B. B veräußert das Gemälde weiter an C. Dieser (C) wusste nicht, dass M minderjährig war, als er an B übereignete. C wusste aber, dass M sich über die Echtheit des Bildes geirrt hatte. Kann M das Gemälde von C herausverlangen ?

1. M könnte gegen C einen Anspruch aus § 985 BGB haben. Dann müsste er noch Eigentümer sein.
 - a) M hat das Eigentum nicht B verloren, weil die dingliche Einigung i.S.d. § 929 S. 1 BGB gem. § 107 BGB unwirksam ist.
 - b) M könnte das Eigentum aber durch Übereignung von B an C gem. §§ 929 S. 1, 932 BGB verloren haben. Fraglich ist lediglich, ob C gutgläubig war.
 - aa) C kannte die Minderjährigkeit des M nicht und war daher insoweit gutgläubig.
 - bb) Er kannte aber die Anfechtbarkeit des Geschäfts zwischen M und B. Gem. **§ 142 II BGB** wird er so behandelt, als habe er die Nichtigkeit dieser Übereignung gekannt, *wenn die Anfechtung tatsächlich erfolgt*. Dann wüsste C, dass B kein Eigentum von M erworben hat. Er wäre somit bösgläubig gem. § 932 BGB und hätte kein Eigentum von B erworben.

Für die Frage, ob M das Gemälde von C herausverlangen kann, kommt es also auf die Frage an, ob M die Übereignung an B, die ohnehin schon wegen der Minderjährigkeit nichtig ist, noch anfechten kann gem. § 119 II BGB.

- cc) Die heute herrschende Meinung bejaht die Möglichkeit der Anfechtung eines aus einem anderen Grund bereits nichtigen Geschäfts. Denn einerseits ist es durchaus nichts Ungewöhnliches, die Rechtsfolge der Nichtigkeit aus zwei unterschiedlichen Rechtsgründen herzuleiten. Zum anderen besteht wegen § 142 II BGB, der gerade das Erfolgen der Anfechtung voraussetzt, auch ein praktisches Bedürfnis für die Zulassung der Anfechtung.
2. Wenn die demnach zulässige Anfechtung gem. § 119 II BGB erfolgt, dann ist C gem. § 142 II BGB bösgläubig. Er konnte daher nicht gem. § 932 BGB das Eigentum erwerben. M ist somit noch Eigentümer und kann das Gemälde nach § 985 BGB herausverlangen.

VII. Verhältnis der Anfechtung zum Gewährleistungsrecht des Kaufrechts

Der Käufer, der eine mangelhafte Sache erwirbt, irrt häufig zugleich über Eigenschaften der Kaufsache. Da aber für die Sachmängelhaftung völlig andere Regeln gelten als für die Anfechtung, stellt sich die Frage nach dem Verhältnis der §§ 434 ff. BGB zu den §§ 119 ff. BGB.

1. Verhältnis zur Anfechtung wegen arglistiger Täuschung, § 123 BGB

Wer arglistig täuscht, ist nicht schutzwürdig. Deshalb ist der Anfechtungsgrund gem. § 123 BGB uneingeschränkt neben den §§ 434 ff. BGB anwendbar.

Beispiel: V verkauft an K einen Gebrauchtwagen, verschweigt aber arglistig, dass der Pkw in einen Unfall verwickelt war.

Da der Wagen mangelhaft ist, kann K die Rechte aus § 437 BGB geltend machen (Schadensersatz, Rücktritt, Minderung).

Daneben kann K aber auch nach seiner Wahl gem. § 123 BGB anfechten. Ficht er an, so ist der Kaufvertrag gem. § 142 I BGB nichtig. Dann verliert der Käufer seine Gewährleistungsrechte, die ja einen wirksamen Kaufvertrag voraussetzen.

K kann dann gem. § 812 I BGB den Kaufpreis von V zurückverlangen, da infolge der Anfechtung der Rechtsgrund für die Zahlung entfallen ist.

2. Verhältnis zur Anfechtung wegen Fehlern bei der Willensäußerung, § 119

Abs. 1 BGB

Im Rahmen des § 119 I BGB geht es um Fehler bei der Willensäußerung, nicht um eine Fehlvorstellung bezüglich der Kaufsache. Daher steht der Anfechtungsgrund des § 119 I BGB in keinem Konkurrenzverhältnis zu den Gewährleistungsrechten der §§ 434 ff. BGB, sondern ist neben diesen wie § 123 BGB uneingeschränkt anwendbar.

3. Verhältnis zur Anfechtung wegen eines Irrtums über verkehrswesentliche Eigenschaften, § 119 Abs. 2 BGB

Hinsichtlich des Verhältnisses der §§ 434 ff. BGB zu § 119 II BGB ist zwischen der Anfechtung durch den Verkäufer und der Anfechtung durch den Käufer zu differenzieren.

a) Da dem *Verkäufer* keine Gewährleistungsrechte zustehen, stellt sich hier das Konkurrenzproblem nicht. Der Verkäufer kann daher grundsätzlich gem. § 119 II BGB anfechten, es sei denn, er will sich durch die Anfechtung und der damit verbundenen Herbeiführung der Nichtigkeit des Kaufvertrages seiner Gewährleistungsverpflichtung entziehen.

b) Dem *Käufer* stehen dagegen nach Gefahrübergang die Gewährleistungsrechte des § 437 BGB zu.

Ließe man daneben die Anfechtung gem. § 119 II BGB zu, so würde die kurze Verjährung des § 438 Nr. 3 BGB umgangen. Denn gem. § 438 Nr. 3 BGB muss der Käufer seine Rechte innerhalb der Frist von 2 Jahren seit der Ablieferung der Kaufsache geltend machen. Dagegen hätte er nach einer Anfechtung gem. § 119 II BGB drei Jahre Zeit, seinen Anspruch gem. § 812 BGB durchzusetzen (§§ 195, 199 BGB). Zudem beginnt die Verjährung gem. § 438 Nr. 3 BGB *objektiv* mit der Ablieferung der Sache (nicht erst mit der Kenntnis des Mangels), während die Frist gem. §§ 195, 199 BGB *subjektiv* erst mit Kenntnis des Anspruchsinhabers vom Anspruch beginnt.

Weiterhin könnte der Erklärende im Rahmen des § 119 II BGB auch bei grob fahrlässiger Unkenntnis vom Mangel wegen Irrtums über eine verkehrswesentliche

Eigenschaft anfechten, während § 442 I 2 BGB die Gewährleistungsrechte in diesem Fall ausschließt.

aa) Deshalb ist § 119 II BGB ab dem Zeitpunkt, in dem die Gewährleistungsrechte eingreifen – also ab dem Zeitpunkt des Gefahrüberganges gem. §§ 446, 447 BGB (regelmäßig also ab der Übergabe der Sache) – ausgeschlossen und unanwendbar.

bb) *Vor* Gefahrübergang i.S.d. §§ 446, 447 BGB bleibt § 119 II BGB jedoch nach hM anwendbar. Zwar wird zum Teil in der Literatur auch ein Ausschluss des § 119 II BGB schon vor Gefahrübergang diskutiert. Dagegen spricht jedoch die durch den Gefahrübergang gewährleistete klare Trennung zwischen Gewährleistungsrecht und allgemeinen Regeln.

9. Teil: Die Einrede der Verjährung, §§ 194 ff. BGB

Wie im *Go-Jura*-Skript BGB AT 1 gezeigt, vollzieht sich die Prüfung eines vertraglichen Anspruchs in drei Schritten.

- 1. Anspruch entstanden ?**
 - a) Einigung
 - b) wirksam (keine rechtshindernden Einwendungen)
- 2. Anspruch untergegangen ?**
- 3. Anspruch durchsetzbar ?**

Die vorstehenden Erörterungen betrafen die Frage, ob der Anspruch *entstanden* ist. Der Allgemeine Teil des BGB enthält jedoch mit den Regelungen der Verjährung (§§ 194 ff. BGB) auch eine *Einrede*, die die Frage betrifft, ob der Anspruch *durchsetzbar* ist.

Da die Einrede der Verjährung (vgl. § 214 I BGB) der Durchsetzbarkeit des Anspruchs *auf Dauer* entgegensteht, handelt es sich um eine sog. *peremptorische* Einrede (im Gegensatz zu *dilatorischen* Einreden wie der Stundung, die der Durchsetzbarkeit nur *zeitweise* entgegenstehen).

A. Reformbedarf im Verjährungsrecht

Das Verjährungsrecht ist durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts³⁶, das zum 01.01.2002 in Kraft getreten ist, grundlegend umgestaltet worden.³⁷ Im Gegensatz zu anderen Aspekten der Reform, gegen deren Ausmaß sich etwa ein Großteil der deutschen Zivilrechtslehrer in einer von 256 Professoren unterzeichneten Erklärung gewandt hatte, war die Reformbedürftigkeit des

³⁶ BGBl. I (2001), S. 3138.

³⁷ Vgl. *Mansel*, „Die Neuregelung des Verjährungsrechts“, NJW 2002, S. 89 ff.; *Witt*, „Das neue Verjährungsrecht“, NJW 2002, 105 ff.

Verjährungsrechts unbestritten (vgl. *Heinrichs*: „... eine der schwächsten Partien der Kodifikation“ [des BGB]).³⁸

Sinn und Zweck des neuen Verjährungsrechts erschließen sich zum Teil erst aus dem Vergleich mit den Schwächen der bis zum 31.12.2001 geltenden Rechtslage. Daher sollen diese im folgenden nochmals kurz aufgezeigt werden.

I. Zu lange und zu kurze Fristen

1. Regelmäßige Verjährung: 30 Jahre, § 195 BGB a.F.

Die frühere regelmäßige Verjährungsfrist war mit 30 Jahren (§ 195 BGB a.F.) deutlich zu lang (fast ein halbes Menschenleben).³⁹ An die Verjährungsfrist sind z.B. bei Unternehmen auch Aufbewahrungspflichten gekoppelt. Die enorm lange Verjährungsfrist des § 195 BGB a.F. war daher nicht nur fragwürdig im Hinblick auf den Zweck der Verjährungsvorschriften, die Schaffung von *Rechtssicherheit*⁴⁰, sondern verursachte auch ökonomische Probleme.

2. Gewährleistungsfrist: 6 Monate, § 477 BGB a.F.

Demgegenüber waren andere Verjährungsfristen des alten Rechts erheblich zu kurz. Das gilt vor allem für die Gewährleistungsfrist des § 477 BGB a.F. Die Frist betrug nur 6 Monate und begann mit der Ablieferung der Sache. Das hatte zur Folge, dass die Gewährleistungsrechte schon verjährt sein konnten, bevor sich der Mangel überhaupt zeigte. Diese Rechtslage war mit den Erfordernissen eines effektiven Verbraucherschutzes nicht vereinbar, weshalb die europäische Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie den nationalen Gesetzgebern vorschrieb, mindestens eine Gewährleistungsfrist von zwei Jahren vorzusehen. Dem hat das Schuldrechtsreformgesetz durch die Schaffung des § 438 I Nr. 3 BGB n.F. Rechnung getragen.

³⁸ Palandt / *Heinrichs*, 61. Auflage, vor § 194, Rn. 5: „Das Verjährungsrecht des BGB entspricht nicht mehr den Bedürfnissen des Rechts- und Wirtschaftsverkehrs und bedarf dringend einer Reform.“

³⁹ Palandt / *Heinrichs*, vor § 194, Rn. 5.

⁴⁰ Palandt / *Heinrichs*, vor § 194, Rn. 4 b.

a) Die kurze Verjährungsfrist des § 477 BGB a.F. hat erst zur Herausbildung dogmatischer Konstruktionen in der Rechtsprechung beigetragen, die letztlich vor allem dem Zweck dienten, eine angemessene Verjährungsregelung zu erzielen.⁴¹ Das gilt z.B. für die sog. „weiterfressenden Schäden“ im Rahmen des § 823 I BGB. Die Brisanz der Frage, ob bei den weiterfressenden Schäden neben den Gewährleistungsrechten auch ein Anspruch aus § 823 BGB bestand, lag darin, dass für die deliktischen Ansprüche die 3-Jahres-Frist des § 852 BGB a.F. galt, welche häufig im Gegensatz zu der Gewährleistungsfrist noch nicht abgelaufen war.

b) Ähnliches gilt für die sog. „entfernten Mangelfolgeschäden“ im Gewährleistungsrecht des Werkvertrages. Diese Schäden sollten nicht unter § 635 BGB a.F. fallen, sondern einen Anspruch aus pVV auslösen, welcher nicht gem. § 638 BGB a.F. analog in 6 Monaten, sondern gem. § 195 BGB a.F. in 30 Jahren verjährte.

c) Der Widerspruch zwischen der extrem langen Frist des § 195 BGB a.F. und der äußerst kurzen Frist des § 477 BGB a.F. führte zu unausgewogenen Ergebnissen:

aa) Das galt etwa für die Abgrenzung zwischen Schlechtlieferung (*peius*) und Falschlieferung (*aliud*), die zudem häufig schwer zu treffen war.

Einige Schulbeispiele:

→ Ist Winterweizen schlechter Sommerweizen oder ein *aliud* ?

→ Ist mit Glykol versetzter Qualitätswein schlechter Qualitätswein oder ein *aliud* ?

Von dieser Abgrenzung hing es ab, ob sich der Anspruch aus § 459 ff. BGB a.F. ergab (dann Verjährung in 6 Monaten, § 477 BGB a.F.) oder aus §§ 440, 320 ff. BGB a.F. (dann Verjährung in 30 Jahren, § 195 BGB a.F.).

bb) Ähnliche Widersprüche ergaben sich bei der Abgrenzung zwischen Sach- und Rechtsmängeln, die häufig ähnlich schwer zu treffen war:

⁴¹ Witt, NJW 2002, 105 / 106, Fn. 7.

So ging die Rechtsprechung beim Verkauf von Grundstücken bei öffentlich-rechtlichen Baubeschränkungen von einem Sachmangel aus, hingegen bei der Belastung mit privaten Lasten (Hypothek, Grundschuld) von einem Rechtsmangel. Von dieser Abgrenzung hing es ab, ob der Anspruch in 30 Jahren verjährte (Rechtsmangel: §§ 440, 434, 325, 195 BGB a.F.) oder in 6 Monaten (§§ 459 ff., 477 BGB a.F.).

II. § 196 BGB a.F.

Weitere Einwände richteten sich gegen § 196 BGB a.F. Seine kasuistische Fassung (kurze Verjährung: 2 oder 4 Jahre bei bestimmten Forderungen bestimmter Berufsgruppen) wurde dem heutigen Rechts- und Wirtschaftsleben nur noch teilweise gerecht („Frachtfuhrleute“, „Lohnkutscher“, „Tagelöhner“).⁴²

B. Neuregelung des Verjährungsrechts

I. Kernanliegen des neuen Verjährungsrechts

1. Radikale Verkürzung der Regelverjährung von 30 auf 3 Jahre.
Längere Fristen nur in Ausnahmefällen (§§ 196, 197 n.F.)
2. **Systemwechsel**: von langer objektiver Verjährung (§§ 195, 198 a.F.) zu kurzer subjektiver Verjährung (§§ 195, 199 n.F.).
→ Verjährungsbeginn mit Ablauf des Jahres, in das Anspruchsentstehung und Kenntniserlangung fallen, § 199 n.F.
3. Kompensation der durch den subjektiven Fristbeginn drohenden Rechtsunsicherheit durch objektive Maximalfristen, § 199 II, III, IV n.F.
4. Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses von Hemmung und Neubeginn (früher: „Unterbrechung“). Heute ist die Hemmung der Regelfall und der Neubeginn die Ausnahme.

⁴² Palandt / *Heinrichs*, § 196, Rn. 2.

II. Regelmäßige Verjährung: 3 Jahre

Die regelmäßige Verjährung beträgt nunmehr 3 statt 30 Jahre, § 195 BGB.

Im Gegensatz zu der früheren 30-Jahres-Frist des § 195 BGB a.F., die durchaus nicht „regelmäßig“ zur Anwendung kam⁴³, sondern durch eine Vielzahl von Sonderregelungen verdrängt wurde (z.B. § 196 BGB a.F. für bestimmte Berufsgruppen oder § 852 BGB a.F. im Deliktsrecht), soll diese Frist eine umfassende Geltung beanspruchen, von der es nur wenige Ausnahmen geben soll.

In Anpassung an die verkürzte regelmäßige Verjährungsfrist wurde auch die Höchstfrist für Anfechtungserklärungen auf 10 Jahre verkürzt (§§ 121 II, 124 III BGB n.F.).

III. Kenntnisabhängiger Beginn der regelmäßigen Verjährung, § 199 I BGB

Die neue regelmäßige Verjährungsfrist ist der Vorschrift des § 852 BGB a.F. nachgebildet, der die 3-Jahres-Frist mit der Kenntnis des Geschädigten von Schaden und Schädiger beginnen ließ.⁴⁴ Gem. § 199 I BGB beginnt die Frist mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist (§ 199 I Nr. 1 BGB; dies entspricht der Vorschrift des § 201 BGB a.F. und ist nunmehr für *alle* Ansprüche übernommen worden) *und* der Gläubiger Kenntnis von Schuldner und den anspruchsbegründenden Umständen erlangt hat oder bei Anwendung derjenigen Sorgfalt, die jedem Dritten in der betreffenden Situation hätte einleuchten müssen, hätte erlangen müssen (grob fahrlässige Unkenntnis).

Gegenüber dem alten § 852 BGB a.F. wurde im Wortlaut des Gesetzes die grob fahrlässige Unkenntnis der Kenntnis gleichgestellt. Die frühere Rechtsprechung hatte jedoch ohnehin bereits die Unkenntnis, die auf einem „die Augen vor der Kenntnis Verschließen“ beruhte, der Kenntnis gleichgestellt. Der Sache nach handelte es sich dabei um nichts anderes als um die grob fahrlässige Unkenntnis, die nunmehr auch ausdrücklich in § 199 I Nr. 2 BGB aufgeführt ist.

Damit hat der Gesetzgeber einen *Systemwechsel* vollzogen, von der *langen* Verjährung des alten Rechts, die aber *objektiv* (kenntnisunabhängig) mit der

⁴³ Witte, NJW 2002, 105.106.

⁴⁴ Witt, NJW 2002, 105, 106.

Entstehung des Anspruchs begann, hin zur *kurzen* Verjährung des § 195 n.F., die *subjektiv* (kenntnisabhängig) beginnt.

IV. Absolute Höchstfristen, § 199 II – IV BGB

Durch den subjektiven Fristbeginn des § 199 I BGB n.F. wird eine beträchtliche *Rechtsunsicherheit* in das Verjährungsrecht getragen, denn dem Schuldner wird der Nachweis, dass der Gläubiger Kenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen erlangt hat, häufig schwer fallen.

Hätte es der Gesetzgeber bei der Regelung des kenntnisabhängigen Fristbeginns belassen, so würde der Zweck des Verjährungsrechts, Rechtssicherheit zu schaffen, gefährdet. Deshalb muss die durch den subjektiven Fristbeginn geschaffene Rechtsunsicherheit kompensiert werden durch absolute Höchstfristen. Dem hat der Gesetzgeber in § 199 II – IV BGB Rechnung getragen:

1. Schadensersatzansprüche verjähren (kenntnisunabhängig) spätestens in 30 Jahren nach ihrer Entstehung, § 199 II, III BGB.
2. Die übrigen Ansprüche verjähren spätestens nach 10 Jahren, § 199 IV BGB.

V. Ausnahmen im Allgemeinen Teil des BGB: Längere Fristen und kenntnisunabhängiger Fristbeginn, §§ 196, 197 BGB

Eine der Schwächen des bis zum 31.12.2001 geltenden Rechts war es, dass die regelmäßige Verjährung des § 195 BGB a.F. in der Praxis kaum einmal Anwendung fand, sondern vielmehr zahlreiche Ausnahmeregelungen die Bedeutung des § 195 BGB a.F. reduzierten.

Demgegenüber lassen die §§ 196, 197 BGB n.F. lediglich in eng begrenzten Bereichen Ausnahmen vom Grundsatz der §§ 195, 199 BGB zu.

1. Kenntnisunabhängiger Fristbeginn, § 200 BGB

In den Fällen der §§ 196, 197 BGB beginnt die Frist kenntnisunabhängig gem. § 200 BGB n.F.

2. § 196 BGB: 10 Jahre bei grundstücksbezogenen Rechten

Gem. § 196 BGB verjähren grundstücksbezogene Rechte erst in 10 Jahren. Die amtliche Überschrift „Rechte an einem Grundstück“ ist missverständlich.

Keineswegs regelt § 196 BGB nur die Ansprüche des dinglich an einem Grundstück Berechtigten. Hauptfall ist vielmehr der schuldrechtliche Anspruch auf Übereignung des Grundstücks gem. §§ 433 I, 311 b BGB.

3. § 197 BGB: 30 Jahre bei dinglichen, erb- und familienrechtlichen und rechtskräftig festgestellten Ansprüchen

Als weitere Ausnahmen von § 195 BGB sieht § 197 BGB eine 30jährige kenntnisunabhängige Verjährung vor bei:

a) dinglichen Ansprüchen (Abs. 1, Nr. 1):

- nur Herausgabeansprüche (nicht dingliche Unterlassungs- oder Beseitigungsansprüche z.B. aus § 1004 BGB)

b) erb- und familienrechtliche Ansprüche (Abs. 1, Nr. 2):

- z.B. der Anspruch des Vermächtnisnehmers aus §§ 2147, 2174 BGB

c) Rechtskräftig festgestellte Ansprüche (Nr. 3):

- Die Regelung entspricht § 218 BGB a.F.

VI. Ausnahmegesetze im Gewährleistungsrecht, § 438 BGB

Die praktisch wohl bedeutsamste Ausnahmegesetz zur Regelverjährung gem. §§ 195, 199 BGB enthält § 438 BGB für die Verjährung von Gewährleistungsansprüchen im Kaufrecht.

1. Grundsätzlich beträgt die Verjährungsfrist gem. § 438 I Nr. 3 BGB **zwei** Jahre.

Da der Kaufvertrag ein Massengeschäft ist, wäre es mit den Erfordernissen der Rechtssicherheit unvereinbar, wenn die Verjährung wie in § 199 BGB von der Kenntnis des Käufers abhinge. Deshalb bestimmt § 438 II BGB, dass die Verjährung **objektiv** mit der Ablieferung der Sache, bzw. bei Grundstücken mit der Übergabe, beginnt.

2. Bei Bauwerken beträgt die Verjährung gem. § 438 I Nr. 2 fünf Jahre. Dadurch wird ein weiteres Problem des alten Rechts beseitigt. Da sich bei Bauwerken Mängel häufig erst nach Jahren zeigen, war die Frist des alten § 477 I 1 BGB (ein Jahr) zu

kurz. Die Rechtsprechung gelangte zu interessengerechten Ergebnissen, indem sie Kaufverträge über Grundstücke mit Bauwerken häufig dem Werkvertragsrecht unterstellte, was zu einer Verjährung von 5 Jahren führte (§ 638 BGB a.F.). Solche dogmatisch zweifelhaften Lösungswege werden durch § 438 I Nr. 2 BGB n.F. obsolet.

3. Hat der Käufer den Kaufpreis noch nicht gezahlt, so kann er gem. § 438 IV 2 BGB die Kaufpreiszahlung auch nach Eintritt der Verjährung seiner Gewährleistungsrechte verweigern.

Der Absendung einer Mängelanzeige innerhalb der Verjährungsfrist bedarf es hierzu – anders als nach altem Recht (§ 478 BGB a.F.) - nicht mehr.

C. Verjährungsvereinbarungen, § 202 BGB

Nach § 225 BGB a.F. waren Verjährungsvereinbarungen nur in einem beschränkten Umfang möglich. Insbesondere war eine Verlängerung der Verjährungsfrist nicht nach dem allgemeinen Verjährungsrecht möglich (sondern allenfalls im Rahmen von Sondervorschriften des Gewährleistungsrechts), obwohl hierfür in den Fällen des § 196 BGB a.F. durchaus ein Bedürfnis bestanden haben mag.

Demgegenüber erweitert § 202 BGB n.F. die Vertragsfreiheit der Parteien. Unzulässig ist lediglich eine Verkürzung der Verjährungsfrist bei Ansprüchen aus Vorsatzhaftung (§ 202 I BGB) und eine Verlängerung über 30 Jahre hinaus (§ 202 II BGB).

Weitere Beschränkungen für Verjährungsvereinbarungen enthalten die Spezialvorschriften des § 475 II BGB (für Mängelansprüche beim Kauf) und § 309 Nr. 8 b) ff) BGB für Allgemeine Geschäftsbedingungen.

D. Hemmung und Neubeginn der Verjährung

Ein weiterer Kernaspekt der Reform des Verjährungsrechts ist die Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses zwischen Hemmung und Neubeginn der Verjährung. In terminologischer Hinsicht ist zu beachten, dass der frühere Begriff der „*Unterbrechung*“ der Verjährung nunmehr ersetzt worden ist durch den Begriff des „*Neubeginns*“ der Verjährung.

1. **Hemmung** (Regelfall):

Verjährungsfrist, die begonnen hat, wird *angehalten*, um später weiterzulaufen.

→ Unterfall: **Ablaufhemmung**: Das Gesetz bestimmt eine *Mindestfrist*, für die die Verjährung angehalten wird.

2. **Neubeginn** der Verjährung: (bisher: „Unterbrechung“): Die Verjährungsfrist beginnt *neu zu laufen*.

I. Hemmung der Verjährung

Im Gegensatz zum alten Recht ist die Hemmung künftig der Regelfall. Hemmungstatbestände sind die §§ 203 – 208 BGB.

1. Verhandlungen über den Anspruch, § 203 BGB

Ein zentraler Hemmungstatbestand des neuen Rechts ist § 203 BGB. Danach ist die Verjährung gehemmt, solange zwischen den Parteien *Verhandlungen* schweben. Das entspricht dem Rechtsgedanken der §§ 639 II, 852 II BGB a.F.⁴⁵

2. Maßnahmen der Rechtsverfolgung, § 204 BGB

Die Klageerhebung (§§ 253, 261 ZPO) und andere Maßnahmen der Rechtsverfolgung führten bisher zur Unterbrechung der Verjährung (§§ 209, 220 BGB a.F.). Nunmehr liegt nach § 204 BGB nur noch ein Hemmungstatbestand vor. Das entspricht dem Willen des Gesetzgebers, die Hemmung zum Regelfall und den Neubeginn zur Ausnahme zu machen.

⁴⁵ Witt, NJW 2002, 105, 112.

II. Ausnahme: Neubeginn der Verjährung, § 212 BGB

§ 212 BGB regelt als einziger Tatbestand den Neubeginn der Verjährung.

Zum Neubeginn der Verjährung führen nur noch das ausdrückliche oder konkludente Anerkenntnis des Anspruchs (§ 212 Nr. 1 BGB) oder die Beantragung oder Vornahme einer Vollstreckungshandlung (§ 212 Nr. 2 BGB).

E. Rechtsfolge der Verjährung, § 214 BGB

I. Peremptorische Einrede

Als Rechtsfolge der Verjährung sieht § 214 BGB die Befugnis des Schuldners vor, die Leistung zu verweigern (peremptorische Einrede). Die Einrede muss im Prozess vom Schuldner erhoben werden, damit sie vom Richter berücksichtigt wird.

II. Keine Zurückforderung des Geleisteten

Leistet der Schuldner jedoch trotz bestehender Verjährung, so kann er das Geleistete nicht zurückfordern (§§ 214 II, 813 I 2 BGB).

III. Aufrechnung, Zurückbehaltungsrecht, § 215 BGB

Haben sich gegenseitige Ansprüche von Schuldner und Gläubiger zu irgendeinem Zeitpunkt einmal unverjährt gegenübergestanden, so schließt der spätere Eintritt der Verjährung die Aufrechnung oder die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts gem. § 215 BGB nicht aus. Diese Regelung war früher hinsichtlich der Aufrechnung in § 390 S. 2 BGB a.F. enthalten, der beim Zurückbehaltungsrecht analog angewandt wurde.

IV. Gesicherte Ansprüche, § 216 II 2 BGB

Beispiel: V verkauft dem K ein Fernsehgerät zum Preis von 500 €, zahlbar in 10 Raten und behält sich das Eigentum bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung vor. Inzwischen ist der Anspruch des V gegen K auf Kaufpreiszahlung (§ 433 II BGB) verjährt und K beruft sich auf die Verjährung. V möchte wissen, ob er wenigstens den Fernseher von K zurückverlangen kann.

Dem Anspruch des V gegen K auf Herausgabe des Fernsehgerätes aus § 985 BGB könnte der wirksame Kaufvertrag zwischen V und K entgegenstehen. Denn der Kaufvertrag begründet für den Käufer ein Recht zum Besitz i.S.d. § 986 BGB, das dem Anspruch des V aus § 985 BGB entgegensteht.

V kann daher das Fernsehgerät nur dann herausverlangen, wenn er das Besitzrecht des K aus dem Kaufvertrag durch *Rücktritt* beseitigen kann. Gem. § 218 I 1 BGB kann V aber nicht mit der Begründung zurücktreten, dass K den Kaufpreis nicht zahlt, weil der Anspruch des V aus § 433 II BGB verjährt ist.

Bleibe es bei dieser Rechtslage, so würden Eigentum (V) und Besitz (K) dauerhaft auseinanderfallen. Der Eigentumsvorbehalt würde dem Verkäufer im Ergebnis nichts nützen.

Weil dies nicht interessengerecht ist, wandte man früher § 223 BGB a.F. analog beim Eigentumsvorbehalt an, so dass der Verkäufer im Ergebnis die Kaufsache vom Käufer herausverlangen konnte.

Heute ergibt sich diese Lösung unmittelbar aus § 216 II 2 BGB, der eine *Ausnahme* zu § 218 I 1 BGB statuiert. § 216 II 2 BGB erlaubt es dem V, vom Kaufvertrag zurückzutreten. Damit entfällt das Besitzrecht des K aus § 986 BGB, so dass der Anspruch des V gegen K aus § 985 BGB im Ergebnis besteht.

F. Übergangsvorschriften

Für die Übergangszeit hinsichtlich der Verträge, die noch unter der Geltung des alten Rechts geschlossen wurden, bestimmt Art. 229 § 6 EGBGB als *lex specialis* gegenüber Art. 229 § 5 EGBGB, dass das *neue* Verjährungsrecht für alle Ansprüche gilt, die am 01.01.2002 bestanden haben und noch nicht verjährt waren.

Gem. Art. 229 § 6 S. 2 EGBGB richten sich bei solchen Verträgen jedoch die Regelungen über Hemmung, Ablaufhemmung und Unterbrechung der Verjährung nach *altem* Recht.

Zentrale Definitionen und Begriffe des BGB – AT

Abgabe einer WE:	Willentliches Inverkehrbringen in Richtung auf den Empfänger
Bedingung:	Abhängigkeit vom Eintritt eines <i>zukünftigen ungewissen Ereignisses</i>
Bote:	überbringt eine <i>fremde</i> Willenserklärung (≠ Stellvertreter)
Eigenschaft :	Jeder wertbildende Faktor (§ 119 II)
Einigung:	zwei korrespondierende Willenserklärungen
Erklärungsbewusstsein:	Bewusstsein, etwas rechtlich Erhebliches zu erklären
Gegenstände:	Sachen und Rechte
Geschäftsähnliche Handlung:	Willensäußerungen, an die das Gesetz Rechtsfolgen knüpft, ohne dass diese vom Äußernden gewollt sein müssen (Mahnung)
Irrtum (§ 119):	unbewusste Abweichung von Gewolltem und Erklärtem
Nutzungen:	Früchte und Gebrauchsvorteile (§ 100)
Potestativbedingung:	Bedingung, deren Eintritt vom <i>Willen</i> einer Partei abhängig ist
Rechtsgeschäft:	Tatbestand, der aus mindestens einer WE besteht und an den die Rechtsordnung den Eintritt des gewollten rechtlichen Erfolges knüpft
Realakte:	Rechtsfolgen treten unabhängig vom Willen des Handelnden ein (Verarbeitung, Fund, Besitzerwerb)
Sache:	Jeder körperliche Gegenstand (§ 90)
Stellvertreter:	Gibt eine <i>eigene</i> Willenserklärung ab (≠ Bote)

Verfügung:	Jede unmittelbare Einwirkung auf ein bestehendes Recht durch Rechtsgeschäft (Aufhebung, Übertragung, Belastung, Inhaltsänderung)
Vertrag:	Rechtsgeschäft, das aus zwei inhaltlich übereinstimmenden Willenserklärungen besteht
Willenserklärung:	Jede Willensäußerung, die auf die Herbeiführung von Rechtsfolgen gerichtet ist
Zugang:	Erklärung gelangt so in den <i>Machtbereich</i> des Empfängers, dass dieser die <i>Möglichkeit der Kenntnisnahme</i> hat