

1. Teil: Einleitung

A. Überblick über die Entstehungsgeschichte des BGB

I. Weiterentwicklung des Zivilrechts

II. Schuldrechtsreformgesetz 2002

B. Aufbau und Regelungstechnik des BGB

I. Aufbau des BGB

II. Regelungstechnik: „Ausklammerungsmethode“

2. Teil: Aufbau der zivilrechtlichen Examensklausur oder Hausarbeit

I. Prüfungsreihenfolge

1. Vertragliche Ansprüche
2. Vertragsähnliche Ansprüche
3. Dingliche Ansprüche
4. Ansprüche aus unerlaubter Handlung
5. Ungerechtfertigte Bereicherung, §§ 812 ff. BGB

II. Anspruchsaufbau

III. Klausurbedeutung des Allgemeinen Teils

3. Teil: Die Rechtsfähigkeit

A. Natürliche Personen

B. Juristische Personen

C. Personengesellschaften

D. Nichtrechtsfähiger Verein

E. Stiftungen

4. Teil: Allgemeine Rechtsgeschäftslehre

A. Rechtsgeschäfte

I. Arten der Rechtsgeschäfte

II. Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte

1. Berechtigung
2. Bestimmtheitsgrundsatz
3. Sachenrechtliches Publizitätsprinzip

III. Trennungs- und Abstraktionsprinzip

1. Trennungsprinzip
2. Abstraktionsprinzip

B. Die Willenserklärung

I. Abgrenzung von Realakten und geschäftsähnlichen Handlungen

II. Voraussetzungen

1. Ausdrückliche und konkludente Willenserklärungen
2. Äußerer Tatbestand der Willenserklärung
 - a) Handlungswille
 - b) Rechtsbindungswille
 - aa) Die invitatio ad offerendum
 - bb) Das freibleibende Angebot
 - (1)Angebot mit Vorbehalt eines Rücktrittsrechts
 - (2)invitatio ad offerendum
 - cc) Gefälligkeitsverhältnisse
 - (1)Der Gefälligkeitsvertrag

- (2) Das Gefälligkeitsverhältnis mit Schutzpflichten
- (3) Gefälligkeit des täglichen Lebens
- (4) Abgrenzungskriterien

3. Der innere Tatbestand der Willenserklärung

- a) Handlungswille
- b) Erklärungsbewusstsein
- c) Geschäftswille

III. Das Wirksamwerden der Willenserklärung, §§ 130 – 132 BGB

- 1. Empfangsbedürftige und nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen
- 2. Die Abgabe der Willenserklärung
- 3. Der Zugang der Willenserklärung

- a) Ausnahme: § 151 BGB
- b) Zugang unter Abwesenden
- c) Zugang unter Anwesenden
- d) Zugang bei Einschaltung von Mittelspersonen
 - aa) Empfangsvertreter
 - bb) Empfangsbote
- e) kein Widerruf, § 130 I 2 BGB
- f) Grundsätze der Zugangsvereitelung
 - aa) Arglistige Zugangsvereitelung
 - bb) Fahrlässige Zugangsvereitelung
 - cc) Annahmeverweigerung durch Empfangsvertreter und Empfangsboten
- g) Zugang gegenüber nicht voll Geschäftsfähigen
- h) Zustellung, § 132 BGB

IV. Die Auslegung von Willenserklärungen

- 1. Gesetzliche Regelungen, §§ 133, 157 BGB
- 2. Auslegungsperspektive
 - a) Empfangsbedürftige Willenserklärungen: objektivierter Empfängerhorizont
 - b) Nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen

3. Auslegungsmethoden
 - a) Erläuternde Auslegung
 - b) Ergänzende Auslegung
 - aa) Lücke
 - bb) Ausfüllung der Lücke

5. Teil: Der Vertragsschluss, §§ 145 ff. BGB

I. Angebot

II. Annahme

1. Inhaltliche Abweichungen vom Angebot
2. Sonderproblem: Widersprechende AGB
3. Einhaltung der Annahmefrist: §§ 146 – 150 BGB
4. Annahme durch Schweigen (insbesondere auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben)
 - a) Ständige Geschäftsbeziehungen
 - b) Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben
5. Vertragsschluss durch „sozialtypisches Verhalten“ ?
6. Vertragsschluss im internet

III. Dissens, §§ 154, 155 BGB

IV. Falsa demonstratio non nocet

6. Teil: Bedingung und Befristung

A. Bedingung

I. Aufschiebende Bedingung, § 158 I BGB

II. Auflösende Bedingung, § 158 II BGB

III. Potestativbedingung

IV. Eigentumsvorbehalt, §§ 929 S. 1, 158 I BGB

V. Bedingungsfeindliche Geschäfte

B. Befristung, § 163 BGB

7. Teil: Die Stellvertretung

I. Zulässigkeit der Stellvertretung

II. Eigene Willenserklärung / Abgrenzung von der Botenschaft

III. Offenkundigkeit

1. Abgrenzung von der sog. mittelbaren „Stellvertretung“
2. Voraussetzungen des Handelns in fremdem Namen
3. im Zweifel Eigengeschäft des Vertreters, § 164 II BGB
4. Ausnahmen vom Offenkundigkeitsgrundsatz
 - a) Das unternehmensbezogene Geschäft
 - b) Das Geschäft für den, den es angeht
 - c) Handeln unter fremdem Namen

IV. Die Vertretungsmacht

1. Die gesetzliche Vertretungsmacht
2. Besonderheiten
 - a) Gesetzliche Verpflichtungsermächtigung: § 1357 BGB
 - b) Prokura, §§ 48 ff. HGB
3. Rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht: Vollmacht
 - a) Erteilung: § 167 I BGB
 - b) Form
 - aa) Grundstücksgeschäfte: § 311 b BGB
 - bb) Bürgschaft, § 766 BGB
 - c) Abstraktheit der Vollmacht
 - d) Erlöschen der Vollmacht, § 168 BGB

- e) Anfechtung der Vollmacht
 - aa) Anfechtung vor Betätigung der Vollmacht
 - bb) Problem: Anfechtung der betätigten Innenvollmacht
- f) Folgen des Erlöschens der Vollmacht
- 4. Rechtsscheinsvollmacht
 - a) Allgemeine Rechtsscheinsgrundsätze
 - b) Duldungsvollmacht
 - c) Anscheinsvollmacht
 - d) Allgemeine Rechtsscheinsvollmacht, §§ 171 II, 172 II, 173 BGB

V. Ausschluss und Beschränkung der Vertretungsmacht

- 1. Insihgeschäfte, § 181 BGB
 - a) Verbot des Selbstkontrahierens
 - b) Verbot der Mehrvertretung
 - c) Zulässige Insihgeschäfte
 - d) Rechtsfolge: nur schwebende Unwirksamkeit
 - e) Teleologische Reduktion des § 181 BGB
- 2. Ausschluss der Vertretungsmacht gem. §§ 1629 II, 1795 BGB
- 3. Beschränkung der Vertretungsmacht, §§ 1643 II, 1821, 1822 BGB
- 4. Missbrauch der Vertretungsmacht
 - a) Kollusion, § 138 BGB
 - b) Objektive Evidenz des Missbrauchs der Vertretungsmacht, § 242 BGB

VI. Fehler beim Übermittlungsvorgang durch Hilfspersonen

- 1. Bote tritt als Bote auf, überschreitet aber seine Botenmacht
- 2. Bote tritt als Vertreter auf
- 3. Vertreter tritt als Bote auf

VII. Vertreter ohne Vertretungsmacht (§§ 177 ff. BGB)

- 1. Schwebende Unwirksamkeit des Vertrages
- 2. Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht, § 179 BGB

1. Teil: Einleitung

A. Überblick über die Entstehungsgeschichte des BGB¹

Vor der Reichsgründung im Jahr 1871 herrschte in Deutschland auch im Bereich des Zivilrechts ein Zustand der *Rechtszersplitterung*.

Mit der Entstehung der Industriegesellschaft im 19. Jahrhundert wurde der Ruf nach einem einheitlichen deutschen Zivilrecht lauter. Während etwa *Thibaut* bereits 1814 für eine einheitliche nationale Gesamtkodifikation eintrat, hielten jedoch andere, wie etwa *Savigny*, die Zeit zunächst noch nicht für reif für ein einheitliches deutsches Zivilrecht (sog. „Kodifikationsstreit Thibaut ./ Savigny“).

Durch die Reichsgründung entstanden die politischen Voraussetzungen für die Schaffung eines einheitlichen Bürgerlichen Gesetzbuches. Die Gesetzgebungskompetenz des Reiches wurde auf das gesamte bürgerliche Recht ausgedehnt (sog. *lex Miquel-Lasker*, 1873).

1874 wurde eine Vorkommission von 5 Juristen mit der Erarbeitung eines Konzeptes für Plan und Methode des BGB beauftragt. 1887 veröffentlichte die sog. „1. Kommission“ aus 11 Juristen den „1. Entwurf“ eines BGB, ergänzt um 5 Bände der sog. „Motive“.

Der Entwurf löste heftige Kritik aus. Er sei zu sehr vom römischen Recht geprägt („überromanisch“) und unsozial, da die Fälle der *gestörten Vertragsparität* (Mietrecht, Arbeitsrecht) nicht berücksichtigt wurden (geprägt von jener „majestätischen Gleichheit der Gesetze, die es den Armen wie den Reichen gleichermaßen verbietet, zu betteln und unter Brücken zu schlafen“). Zudem sei der Entwurf sprachlich missglückt.

Daraufhin wurde 1890 eine 2. Kommission eingesetzt, die 1895 einen 2. Entwurf, ergänzt um 7 Bände der sog. „Protokolle“, vorlegte.

1896 wurde das BGB durch den Reichstag verabschiedet und vom Kaiser verkündet. Am 1.1.1900 trat es in Kraft.

¹ Einen für die Vorbereitung auf die mündliche Prüfung sehr geeigneten Überblick über den unentbehrlichen Kernbestand an rechtsgeschichtlichem Wissen liefert *Burow*, JA 1993, 207. Weiterführend *Wesel*, Geschichte des Rechts, München 1997, Rn. 281 ff.

Bereits 1877 waren ZPO, GVG und Konkursordnung (neben der StPO die sog. *Reichsjustizgesetze*) als weitere wichtige Zivilrechtskodifikationen in Kraft getreten.

Übersicht 1: Entstehung des BGB

1871:	Reichsgründung
1873:	lex Miquel-Lasker
1874:	1. Kommission
1877:	Reichsjustizgesetze (ZPO, GVG, KO, StPO)
1888:	1. Entwurf und 5 Bände „Motive“
1890:	2. Kommission
1895:	2. Entwurf und 7 Bände „Protokolle“
1896:	Verkündung
1900:	Inkrafttreten

I. Weiterentwicklung des Zivilrechts

Während der Kernbestand des BGB über 100 Jahre nahezu unverändert Bestand hatte, waren in Einzelbereichen aufgrund des Wandels der sozialen Wirklichkeit, später auch aufgrund von Vorgaben der europäischen Union (insbesondere auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes) Anpassungen unumgänglich.

Das gilt für die Entstehung eines sozialen Mietrechts, für das Arbeitsrecht, das Reisevertragsrecht und für das Verbraucherschutzrecht (Produkthaftungsgesetz; Verbraucherkreditgesetz; Haustürwiderrufsgesetz).

Während das Schuldrecht jedoch zunächst im wesentlichen in der Form von 1900 erhalten blieb, unterlag insbesondere das Familienrecht gravierenden Veränderungen. So wurde etwa im Bereich der Ehescheidung das Verschuldens- durch das Zerrüttungsprinzip ersetzt. Weitere Entwicklungen betrafen das Recht der nichtehelichen Kinder und das Namensrecht.

II. Schuldrechtsreformgesetz 2002

Erst durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001² wurden auch das Schuldrecht und der Allgemeine Teil des BGB (hier insbesondere das Verjährungsrecht) reformiert. Weiterhin wurden richterrechtliche Institute wie das Verschulden bei Vertragsverhandlungen (*culpa in contrahendo*³, § 311 Abs. 2 BGB), die positive Vertragsverletzung⁴ (§ 280 BGB) und der Wegfall der Geschäftsgrundlage⁵ (§ 313 BGB) gesetzlich geregelt. Durch die Rückführung des Verbraucherschutzrechts (VerbrKrG, FernAbsG, HaustürWG) in das BGB sollte der Status des BGB als *Zentralkodifikation des Bürgerlichen Rechts* wiederhergestellt werden.

B. Aufbau und Regelungstechnik des BGB

I. Aufbau des BGB

Das BGB ist in 5 Bücher eingeteilt:

1. Buch: Allgemeiner Teil: §§ 1 – 240 BGB
2. Buch: Schuldrecht: §§ 241 – 853 BGB
 - Allgemeines Schuldrecht: §§ 241 – 432 BGB
 - Besonderes Schuldrecht: §§ 433 ff. BGB
3. Buch: Sachenrecht: §§ 854 – 1296 BGB
4. Buch: Familienrecht: §§ 1297 – 1921 BGB
5. Buch: Erbrecht: §§ 1922 – 2385 BGB

1. Der allgemeine Teil enthält Regelungen, die für alle übrigen Bücher gelten, soweit dort nicht vorrangige Spezialvorschriften enthalten sind.

² BGBl. I (2001), S. 3138.

³ Entwickelt bereits 1861 von *Rudolf von Ihering*.

⁴ Entwickelt 1902 von *Staub*.

⁵ Das Institut wurde begründet von *Windscheid* (1850). Im Jahr 1921 von *Oertmann* weiterentwickelt. Aufgrund des Spannungsverhältnisses zu dem Grundsatz, dass Verträge einzuhalten sind („*pacta sunt servanda*“) war das Institut damals lebhaft umstritten.

2. Das Schuldrecht regelt die Sonderverbindungen zwischen einzelnen Personen (*Relativität* der Schuldverhältnisse), die aufgrund eines vertraglichen oder gesetzlichen Schuldverhältnisses entstehen.
3. Das Sachenrecht regelt die Beziehungen einer Person zu einer Sache. Es lässt sich in das Recht der beweglichen (Mobiliarsachenrecht) und der unbeweglichen Sachen (Immobiliarsachenrecht) einteilen.
4. Im Familienrecht sind die Rechtsfolgen familiärer Beziehungen (Ehe, Verwandtschaft) normiert.
5. Das Erbrecht regelt die zivilrechtlichen Folgen des Todes einer Person.

Das BGB erhebt also den Anspruch, grundsätzlich das gesamte materielle Zivilrecht in einem einzigen Gesetzbuch zu regeln - vom Abschluss eines Mietvertrages (§ 535 BGB), über die Folgen einer unerlaubten Handlung (§ 823 BGB) bis hin zu den Rechtsfolgen der Eheschließung (§§ 1353 ff. BGB) oder des Todes (Erbrecht).

II. Regelungstechnik: „Ausklammerungsmethode“

Dieser umfassende Anspruch konnte nur verwirklicht werden, indem möglichst viele allgemeine Regeln formuliert wurden, die gleichsam nach dem Vorbild der Mathematik „vor die Klammer gezogen“ wurden („Ausklammerungsmethode“⁶).

Das Leitbild dieser Ausklammerungsmethode durchzieht das gesamte BGB:

- Im Allgemeinen Teil werden Regeln formuliert, die für das gesamte BGB gelten.
- Die Regeln des allgemeinen Schuldrechts (§§ 241 – 432 BGB) gelten für alle Vertragsarten des besonderen Schuldrechts.
- Selbst innerhalb einzelner Regelungsbereiche werden allgemeine Regeln formuliert und vor die Klammer gezogen: So treffen die §§ 1353 – 1362 BGB als eine Art „Eherecht AT“ Anordnungen, die für alle drei Güterstände (Zugewinngemeinschaft, Gütertrennung, Gütergemeinschaft) gelten. Im Anschluss daran (§§ 1363 ff. BGB) werden die Besonderheiten der einzelnen Güterstände normiert.

⁶ Brox, Allgemeiner Teil des BGB, § 2 IV.

Diese Regelungstechnik impliziert die Notwendigkeit eines hohen Grades an Abstraktion der allgemeinen Regeln, was das hohe gesetzgeberische Niveau, aber auch die Schwierigkeit hinsichtlich des Verständnisses der Regelungen des Allgemeinen Teils ausmacht.

2. Teil: Aufbau der zivilrechtlichen Examensklausur oder Hausarbeit

In der zivilrechtlichen Examensklausur geht es um das Bestehen von Ansprüchen einer natürlichen oder juristischen Person oder Personenmehrheit gegen eine andere. Die zu beantwortende Frage lautet also: ***Wer kann was von wem woraus verlangen ?***

I. Prüfungsreihenfolge

Regelmäßig kommt jedoch nicht nur ein einzelner Anspruch eines Beteiligten gegen einen anderen in Betracht, sondern in Examensaufgaben sind regelmäßig zahlreiche Anspruchsgrundlagen aus unterschiedlichen Rechtsgründen (etwa Vertrag, Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, Delikt) im Verhältnis der Beteiligten zu untersuchen. In diesem Fall kommt der Reihenfolge, in der die in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen geprüft werden, eine entscheidende Bedeutung zu⁷, denn das Bestehen eines gesetzlichen Anspruchs kann etwa von dem Bestehen eines Vertrages zwischen den Parteien abhängen. Würde nun mit der Prüfung des gesetzlichen Anspruchs begonnen, so müsste im besten Fall eine prüfungstechnisch unerwünschte Inzidentprüfung der Vertragsbeziehungen erfolgen. Im schlimmsten Fall aber werden die Voraussetzungen des gesetzlichen Anspruchs ohne Rücksicht auf die vertragliche Beziehung subsumiert, was nicht selten zu einem unzutreffenden Ergebnis führt. Einige Beispiele:

- Die Prüfungsfolge ist zwingend mit den *vertraglichen* Ansprüchen zu beginnen, denn ein bestehender Vertrag kann Auftrag i.S.d. GoA (§ 677 BGB) sein, Recht zum Besitz i.S.d. § 986 BGB gegenüber einem Anspruch aus § 985, Rechtsgrund i.S.d. § 812 BGB usw.

Weiterhin kann das Bestehen eines Vertrages die Voraussetzungen eines gesetzlichen Anspruchs modifizieren: So ist etwa anerkannt, dass der Anspruch des Vermieters gegen den Mieter aus § 823 I BGB wegen Beschädigung der Mietsache in der kurzen Frist des § 548 BGB verjährt (nicht wie sonst gem. § 195

⁷ Zum folgenden *Medicus*, Bürgerliches Recht, Rn. 8 ff.

BGB in drei Jahren), weil die Privilegierungsfunktion des § 548 BGB sonst leerliefe.

- Die berechnigte GoA (§§ 677, 683 BGB) ist zwingend vor dinglichen Ansprüchen und vor Ansprüchen aus § 823 und § 812 BGB zu prüfen, denn sie kann Recht zum Besitz i.S.d. § 986 BGB, Rechtfertigungsgrund im Rahmen des § 823 BGB und Rechtsgrund i.S.d. § 812 BGB sein.

Weiterhin kann die Haftungsprivilegierung des § 680 BGB auch auf den deliktischen Anspruch durchschlagen.

- Der Schadensersatzanspruch aus §§ 989, 990 BGB und die Nutzungsherausgabeansprüche aus §§ 987, 990 BGB bzw. § 988 BGB sind wegen der *Sperrwirkung des EBV* (vgl. § 993 I 2. HS BGB) zwingend vor den Ansprüchen aus § 823 und § 812 BGB zu prüfen.

- Zwischen den Ansprüchen aus §§ 823 ff. BGB und aus § 812 BGB besteht ein solches logisches Vorrangverhältnis zwar nicht. Üblich ist es jedoch, Ansprüche aus unerlaubter Handlung vor den Ansprüchen aus § 812 BGB zu prüfen, weil letzterer wegen des Einwandes der Entreicherung (§ 818 III BGB) sich häufig als ein schwächerer Anspruch gegenüber demjenigen aus Delikt darstellt.

Aus diesen Erwägungen ergibt sich die folgende Reihenfolge der Prüfung von Anspruchsnormen:

1. Vertragliche Ansprüche

- a) auf Erfüllung (Primäranspruch)
- b) auf Schadensersatz, Minderung oder Rückgewähr des Erlangten (Sekundäransprüche)

2. Vertragsähnliche Ansprüche

- a) culpa in contrahendo, §§ 280, 311 II, 241 II BGB
- b) Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA), §§ 677 ff. BGB

3. Dingliche Ansprüche

- a) Herausgabeansprüche
 - aa) § 985 BGB
 - bb) § 861 BGB
 - cc) § 1007 I, II BGB
- b) §§ 989, 990 BGB (Schadensersatz)
- c) §§ 987, 990 BGB bzw. § 988 BGB (Herausgabe von Nutzungen)
- d) §§ 994, 996 BGB (Verwendungsersatz)

4. Ansprüche aus unerlaubter Handlung

- a) Verschuldenshaftung, §§ 823 I, II, 826 BGB
- b) Haftung für vermutetes Verschulden
 - aa) § 831 BGB
 - bb) § 18 StVG
- c) Gefährdungshaftung
 - aa) § 7 StVG
 - bb) § 1 ProdHG

5. Ungerechtfertigte Bereicherung, §§ 812 ff. BGB

- a) Leistungskonditionen, § 812 I 1, 1. Alt., I 2, 1. und 2. Alt. BGB
- b) Nichtleistungskonditionen, §§ 812 I 1, 2. Alt., 816, 822 BGB

II. Anspruchsaufbau

Die Prüfung der einzelnen Ansprüche erfolgt üblicherweise in einem dreistufigen Aufbau:

1. Anspruch entstanden ?

- a) bei vertraglichen Ansprüchen:
 - aa) Vertragliche Einigung
 - bb) Keine rechtshindernden Einwendungen
- b) bei sonstigen Ansprüchen (z.B. § 823 BGB):
 - Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen

2. Anspruch untergegangen ?

- keine rechtsvernichtenden Einwendungen

3. Anspruch durchsetzbar ?

- a) keine peremptorischen (dauernden) Einreden
- b) keine dilatorischen (aufschiebenden) Einreden

Innerhalb dieser drei Prüfungsstufen können etwa folgende Problemkreise zu untersuchen sein:

1. Anspruch entstanden ?

- a) Vertragliche Einigung
 - aa) Vorliegen einer Willenserklärung
 - bb) evt. Stellvertretung, § 164 I BGB
 - cc) Zugang beim Erklärungsempfänger, § 130 BGB
- b) Wirksamkeit der Einigung (→ keine rechtshindernden Einwendungen)
 - aa) §§ 104 ff. BGB, Geschäftsfähigkeit
 - bb) § 134 BGB, gesetzliches Verbot
 - cc) § 138 BGB, Sittenwidrigkeit
 - dd) § 125 BGB, Form
 - ee) § 142 BGB, Anfechtung

2. Anspruch untergegangen ?

→ Rechtsvernichtende Einwendungen:

- a) § 362 BGB, Erfüllung
- b) §§ 275, 326 BGB, Unmöglichkeit
- c) § 389 BGB, Aufrechnung
- d) § 346 BGB, Rücktritt
- e) Kündigung, z.B. § 314 BGB

3. Anspruch durchsetzbar ?

a) peremptorische Einreden:

Verjährung, § 214 BGB

b) dilatorische Einreden

Zurückbehaltungsrechte, §§ 273, 320, 1000 BGB

III. Klausurbedeutung des Allgemeinen Teils

Aus dieser Übersicht ergibt sich die Klausurbedeutung der Regelungen des Allgemeinen Teils:

1. Diese können bereits bei der Frage Bedeutung erlangen, *wer* überhaupt Anspruchsteller ist. Anspruchsteller kann nämlich nur sein, wer rechtsfähig ist, vgl. § 1 BGB. Ausführungen zur Rechtsfähigkeit können etwa erforderlich sein, wenn ein zwar gezeugtes, aber noch nicht geborenes Kind (sog. nasciturus) bei einem Verkehrsunfall verletzt wird und später lebend zur Welt kommt, oder wenn Ansprüche für oder gegen eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts geltend gemacht werden.⁸

2. Im Rahmen der Frage, ob der Anspruch entstanden ist, kann fraglich sein, ob überhaupt eine Willenserklärung vorliegt, ob sie dem Erklärungsempfänger – rechtzeitig (§§ 147 ff. BGB) – zugegangen ist (§ 130 BGB), und *wer* Vertragspartner

⁸ Zur Rechtsfähigkeit der (Außen-) GbR: *BGH*, ZIP 2001, 330.

ist (Zurechnung bei Stellvertretung gem. § 164 I BGB oder Eigengeschäft des Vertreters, § 164 II BGB ?).

3. Weiterhin spielen die Vorschriften des BGB-AT eine Rolle im Rahmen der Frage, ob rechthindernde Einwendungen vorliegen, also solche Umstände, die das Entstehen des Anspruchs von vornherein verhindern. So könnte eine Einigung formnichtig sein (§§ 125, 313, 766 BGB) oder infolge einer wirksamen Anfechtung mit rückwirkender Kraft (ex tunc) unwirksam geworden sein (§ 142 I BGB).⁹

4. Schließlich könnte es an der *Durchsetzbarkeit* des Anspruchs fehlen, weil ihr die wirksame Erhebung der Einrede der Verjährung entgegensteht (§ 214 BGB), die ebenfalls im Allgemeinen Teil geregelt ist.

Die nachfolgende Darstellung des Allgemeinen Teils orientiert sich im wesentlichen an der Reihenfolge, in der die Vorschriften in einer Examensklausur relevant werden können, beginnend mit der Rechtsfähigkeit, über Fragen der Entstehung des Anspruchs (einschließlich der rechthindernden Einwendungen) bis hin zu den Einreden (insbesondere der Einrede der Verjährung).

⁹ Ob die Anfechtung dogmatisch zu den *rechthindernden* Einwendungen zählt, wofür die ex-tunc-Wirkung des § 142 I BGB spricht, oder zu den *rechtsvernichtenden* Einwendungen (weil die Anfechtungserklärung zu einem Zeitpunkt erfolgt, in welchem der Anspruch entstanden ist), wird allerdings in der Literatur unterschiedlich beurteilt.

3. Teil: Die Rechtsfähigkeit

Unter dem Begriff der Rechtsfähigkeit ist die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, zu verstehen.

Inhaber eines *Anspruchs*, also des Rechts, von einem anderen ein Tun oder unterlassen zu verlangen (vgl. die Legaldefinition in § 194 I BGB), kann also nur sein, wer rechtsfähig ist.

Rechtsfähig können sein sowohl natürliche Personen, juristische Personen, als auch Personenmehrheiten, die nicht juristische Person sind.

A. Natürliche Personen

Rechtsfähig ist zunächst jeder Mensch (natürliche Person). Seine Rechtsfähigkeit beginnt mit der Geburt (§ 1 BGB). Auf ein bestimmtes Alter oder auf Intelligenz kommt es nicht an, so dass auch Säuglinge und Geisteskranke rechtsfähig sind.

I. Die *Vollendung* der Geburt i.S.d. § 1 BGB ist der völlige Austritt des Kindes aus dem Mutterleib. In diesem Zeitpunkt muss das Kind wenigstens einen Augenblick lang gelebt haben; es reicht also nicht aus, wenn das Kind tot zur Welt kommt. Hierin liegt ein Unterschied zum Strafrecht: Dort wird als der Zeitpunkt, von dem an es sich um einen Menschen i.S.d. § 212 StGB handelt (und nicht mehr um eine Leibesfrucht i.S.d. § 218 StGB) üblicherweise nicht das Ende der Geburt (wie in § 1 BGB), sondern der *Beginn* der Geburt (Beginn der Eröffnungswehen) genannt.¹⁰

II. Ausnahmen von § 1 BGB bilden § 1923 II BGB, der den *nasciturus* im Wege der Fiktion („*gilt als vor dem Erbfall geboren*“) für erbfähig erklärt und § 844 II 2 BGB.

III. Problematisch ist der Fall, in dem ein erzeugtes, aber nicht geborenes Kind im Mutterleib verletzt wird.

1. Kommt es zu einer Totgeburt, so hat das Kind keine Ansprüche, da es niemals die Rechtsfähigkeit i.S.d. § 1 erlangt hat.

¹⁰ Tröndle / Fischer, StGB, 50. Auflage, vor § 211, Rn. 3.

2. Kommt das Kind dagegen lebend zur Welt, so hat das verletzte Kind einen Schadensersatzanspruch aus § 823 I BGB¹¹, denn mit der Vollendung der Geburt erlangt es die Rechtsfähigkeit. Dass dem Kind im Zeitpunkt des schädigenden Verhaltens die Rechtsfähigkeit fehlte, ist im Zivilrecht unerheblich (anders als im Strafrecht, wo es für die Frage, ob § 218 StGB oder § 212 StGB eingreift, auf den Zeitpunkt des „Auffreffens der Handlung“ ankommt).

IV. Die Rechtsfähigkeit endet mit dem Tod des Menschen, u.z. nach gegenwärtigen medizinischen Erkenntnissen mit dem sog. Hirntod.

B. Juristische Personen

Rechtsfähig und damit taugliche Anspruchsteller und –gegner sind auch juristische Personen. Hierzu zählen zum einen die *Kapitalgesellschaften*:

- Aktiengesellschaft (AG), § 1 I AktG
- GmbH, § 13 I GmbHG
- Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA, z.B. Borussia Dortmund), § 278 AktG

Zum anderen gehören zu den juristischen Personen auch der eingetragene Verein („e.V.“), der gem. § 21 BGB durch die Eintragung in das Vereinsregister Rechtsfähigkeit erlangt, und die eingetragene Genossenschaft (§ 17 I GenG). In der letzteren Rechtsform sind z.B. die Volks- und Raiffeisenbanken organisiert.

C. Personengesellschaften

Die Personengesellschaften (OHG, KG und GbR) sind keine juristischen Personen.

I. Gleichwohl stellen §§ 124 I, 161 II HGB die OHG und die KG hinsichtlich der Rechtsfähigkeit den juristischen Personen nahezu gleich. Früher sprach man von der „Teilrechtsfähigkeit“ der Personengesellschaften, wobei angesichts des Umfangs der Gleichstellung in § 124 I HGB unklar blieb, worin sich die *Teilrechtsfähigkeit* von der Vollrechtsfähigkeit unterscheiden sollte. Seit dem FernAbsG aus dem Jahr 2000

¹¹ BGHZ 58, 48.

bezeichnet der Gesetzgeber in § 14 II BGB diese Personenmehrheiten als „*rechtsfähige* Personengesellschaften“.

II. Nahezu seit Inkrafttreten des BGB umstritten war die Frage der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§ 705 BGB).

1. **Gegen** ihre Rechtsfähigkeit ließen sich folgende Argumente anführen:
 - a) Eine § 124 I HGB entsprechende Vorschrift fehlt in den §§ 705 ff. BGB.
 - b) § 736 ZPO verlangt ein Urteil gegen die *Gesellschafter*.
 - c) § 718 BGB spricht vom Vermögen der *Gesellschafter*.
 - d) § 714 BGB spricht von der Vertretung der übrigen *Gesellschafter*.

2. **Für** die Rechtsfähigkeit der GbR sprechen insbesondere neuere gesetzliche Regelungen:
 - a) § 191 II Nr. 1 UmwG
 - b) § 11 II Nr. 1 InsO

3. Der *BGH* (ZIP 2001, 330) hat in einem grundlegenden Urteil aus dem Jahr 2001 die (Außen-) Gesellschaft bürgerlichen Rechts unter Bezugnahme auf die neuere Gesetzgebung (§§ 191 II Nr. 1 UmwG, 11 II Nr. 1 InsO) für rechts- und parteifähig erklärt. Der Streit ist damit jedenfalls für die Praxis zugunsten der Rechtsfähigkeit der GbR entschieden.

D. Nichtrechtsfähiger Verein

Der nicht eingetragene Verein (§ 54 BGB) kann als solcher mangels Rechtsfähigkeit nicht Anspruchsteller und –gegner sein. Es haften vielmehr der für den Verein Handelnde (gem. § 54 S. 2 BGB) sowie die einzelnen Vereinsmitglieder, soweit sie wirksam vertreten wurden, allerdings nach einhelliger Ansicht nicht mit ihrem Privatvermögen, sondern beschränkt auf ihren Anteil am Vereinsvermögen.¹²

E. Stiftungen

¹² Palandt / *Heinrichs*, § 54, Rn. 12.

Stiftungen (Vermögensmassen, z.B. „Stiftung preußischer Kulturbesitz“) können unter den Voraussetzungen des § 80 BGB Rechtsfähigkeit erlangen und durch ihr Organ (den Vorstand) handeln.

4. Teil: Allgemeine Rechtsgeschäftslehre

A. Rechtsgeschäfte

Ein *Rechtsgeschäft* ist ein Tatbestand, der aus mindestens einer Willenserklärung besteht und an den die Rechtsordnung den Eintritt des gewollten rechtlichen Erfolg knüpft (*Brox, AT, Rn. 94*).

So ist etwa der Kaufvertrag ein Rechtsgeschäft, das aus den Willenserklärungen des Verkäufers und des Käufers besteht.

I. Arten der Rechtsgeschäfte

1. *Einseitige Rechtsgeschäfte* enthalten die Willenserklärung nur *einer* Person.
→ Beispiele: Kündigungserklärung, Anfechtungserklärung, Testamentserrichtung
2. *Zweiseitige oder mehrseitige Rechtsgeschäfte* enthalten die Willenserklärungen (mindestens) zweier Personen.
→ Beispiele: Verträge, Beschlüsse von Gesellschafterversammlungen

II. Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte

Durch das Verpflichtungsgeschäft wird die Verpflichtung zu einer Leistung begründet (z.B. Kaufvertrag, Werkvertrag, Dienstvertrag).

Begriff der Verfügung (*Brox, AT, Rn. 102*):

Ein Verfügungsgeschäft ist die unmittelbare Einwirkung auf ein bestehendes Recht durch Rechtsgeschäft (Aufhebung, Übertragung, Belastung, Inhaltsänderung).

→ Beispiele für Verfügungsgeschäfte: Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen gem. § 929 S. 1 BGB; Belastung eines Grundstücks mit einer Hypothek (§ 1113 BGB).

Für Verfügungsgeschäfte gelten folgende Besonderheiten:

1. Berechtigung

Das Verfügungsgeschäft ist nur dann wirksam, wenn es durch den Berechtigten vorgenommen wird (Ausnahme: gutgläubiger Erwerb z.B. gem. §§ 932, 892, 1207, 2366 BGB, 366 HGB).

Berechtigt ist:

- a) der verfügungsbefugte Eigentümer (nicht also etwa der Eigentümer, über dessen Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet ist, §§ 80, 81 InsO) oder
- b) derjenige, der zwar nicht Eigentümer ist, aber mit Ermächtigung des Berechtigten handelt (§ 185 BGB).

2. Bestimmtheitsgrundsatz

Die Verfügung muss sich auf einen bestimmten Gegenstand beziehen, damit zweifelsfrei feststeht, bei welchem Gegenstand die Verfügungswirkung eintreten soll.

Dagegen kann beim Verpflichtungsgeschäft (Kaufvertrag) zunächst offen bleiben, mit welchen konkreten Gegenständen zu erfüllen ist (z.B. beim Gattungskauf).

3. Sachenrechtliches Publizitätsprinzip

Sachenrechtliche Verfügungen müssen durch einen Publizitätsakt nach außen kundgegeben werden (z.B. die Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen durch *Übergabe* gem. § 929 S. 1; die Belastung eines Grundstücks mit einer Hypothek durch *Eintragung* derselben im Grundbuch, §§ 1115, 873 BGB).

III. Trennungs- und Abstraktionsprinzip

1. Trennungsprinzip

Dem BGB liegt deutlich die Unterscheidung zwischen schuldrechtlichem Verpflichtungsgeschäft (2. Buch: Schuldrecht; z.B. § 433 BGB) und dinglichem Erfüllungsgeschäft (3. Buch: Sachenrecht: z.B. §§ 929 ff. BGB) zugrunde. Diese Unterscheidung ist der Inhalt des sog. Trennungsprinzips:

Trennungsprinzip:

Es ist zwischen dem schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäft und dem dinglichen Erfüllungsgeschäft strikt zu unterscheiden.

Entgegen dem umgangssprachlichen Sprachgebrauch, der unter dem Satz „A hat eine CD gekauft“ zugleich das schuldrechtliche Geschäft (Kaufvertrag) und den Eigentumserwerb (§ 929 BGB) versteht, liegen also aus juristischer Sicht bei alltäglichen Bargeschäften wie etwa dem Erwerb einer CD zum Preis von 15 € mindestens 3 Rechtsgeschäfte vor:

- a) Der schuldrechtliche Kaufvertrag über die CD (§ 433 BGB).
- b) Die Übereignung der CD an den Käufer gem. § 929 S. 1 BGB.
- c) Die Übereignung des Geldes (Kaufpreis) an den Verkäufer ebenfalls gem. § 929 S. 1 BGB.

Zu beachten ist, dass auch die beiden Übereignungsgeschäfte rechtlich selbständig sind und ihre Wirksamkeit gegebenenfalls jeweils gesondert zu überprüfen ist.

2. Abstraktionsprinzip

Auf diesem Trennungsprinzip basiert das sog. Abstraktionsprinzip, von dem das BGB im Gegensatz zu den meisten ausländischen Rechtsordnungen ausgeht:

Abstraktionsprinzip

Das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft und das dingliche Verfügungsgeschäft existieren rechtlich selbständig nebeneinander und sind in ihrem rechtlichen Schicksal voneinander unabhängig.

Die Folgen dieses Abstraktionsprinzips werden durch das Bereicherungsrecht (§§ 812 ff. BGB) wieder ausgeglichen.

Beispiel: Rechtsanwalt A schließt mit B einen Kaufvertrag über eine Kommode aus dem Nachlass seines Vaters, die er für wertlos hält und für die er deshalb lediglich 50 € verlangt. Nachdem der B die Kommode bei A abgeholt hat, erfährt A, dass es sich um ein wertvolles Möbelstück aus dem 18. Jahrhundert gehandelt hat, so dass die Kommode mindestens einen Wert von 1.000 € hatte. Daraufhin erklärt A gegenüber B die „Anfechtung des Kaufvertrages“ wegen seines Irrtums über das Alter der Kommode.

Der Kaufvertrag ist gem. §§ 142 I, 119 II BGB unwirksam, weil das Alter der Kommode ein wertbildender Faktor und damit eine verkehrswesentliche Eigenschaft i.S.d. § 119 II BGB ist. Hingegen hat A die Übereignung gem. § 929 S. 1 BGB nicht angefochten. Bei der Erklärung der Anfechtung durch einen Rechtsanwalt scheidet auch eine Erstreckung der Anfechtungserklärung auf das dingliche Geschäft im Wege der Auslegung (§§ 133, 157 BGB) aus, so dass die Übereignung an B wirksam bleibt. A kann also die Kommode nicht von B gem. § 985 BGB herausverlangen („vindizieren“). Da er die Kommode jedoch übereignet hat, ohne dass dafür ein wirksamer Kaufvertrag als Rechtsgrund vorlag (s.o.), kann er die Kommode gem. § 812 I 1, 1. Alt. herausverlangen („kondizieren“, sog. *condictio indebiti*; nach aA gem. § 812 I 2, 1. Alt).

B. Die Willenserklärung

Wie oben gezeigt, setzt jedes Rechtsgeschäft zumindest eine Willenserklärung voraus. Der Begriff der Willenserklärung ist also der Kernbegriff der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre.

I. Abgrenzung von Realakten und geschäftsähnlichen Handlungen

Begriff der Willenserklärung

Eine Willenserklärung ist eine private Willensäußerung, die auf die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges gerichtet ist.

Demgegenüber sind **Realakte** rein tatsächliche Handlungen, die Rechtsfolgen unabhängig vom Willen des Handelnden auslösen (Beispiele: Verarbeitung (§ 950 BGB), Fund, Besitzerwerb).

Eine Zwischenstellung nehmen die sog. **geschäftsähnlichen Handlungen** ein. Als solche bezeichnet man Willensäußerungen oder Mitteilungen, an die das Gesetz Rechtsfolgen knüpft, ohne dass diese vom Äußernden gewollt sein müssen (Beispiele: Mahnung, Mängelrüge).

Weil geschäftsähnliche Handlungen den Willenserklärungen nahe kommen, sind die Vorschriften über Willenserklärungen regelmäßig *entsprechend* anwendbar.

II. Voraussetzungen

Da die Willenserklärung die *Äußerung* eines auf eine Rechtsfolge gerichteten *Willens* ist (s.o.), besteht sie aus zwei Elementen: dem inneren Willen (innerer Tatbestand einer Willenserklärung) und dessen Äußerung (äußerer Tatbestand der Willenserklärung).

1. Ausdrückliche und konkludente Willenserklärungen

Die Äußerung des Willens unterliegt dabei grundsätzlich – entgegen einer unter juristischen Laien weitverbreiteten Fehlvorstellung – keiner bestimmten Form, insbesondere nicht der Schriftform (§ 126 BGB). Ausnahmen gelten etwa bei Grundstückskaufverträgen (§ 311 b BGB), Abschluss eines Bürgschaftsvertrages (§ 766 BGB) oder Errichtung eines Testamentes (§ 2247 BGB).

Willenserklärungen bedürfen aber im Regelfall nicht nur nicht der Schriftform, sondern sie sind sogar konkludent möglich. Die Willensäußerung kann also auch in einem schlüssigen Verhalten bestehen. Beispiele:

- Die schlichte Vornahme der Gegenleistung beinhaltet die Vertragsannahme: etwa das Aushändigen der verlangten Brote und die Entgegennahme des auf den Tresen gelegten Geldes beim Bäcker.
- Handheben auf die Frage, wer von mehreren Anwesenden ein Schmuckstück zum Preis von 100 € erwerben wolle.

2. Äußerer Tatbestand der Willenserklärung

Der äußere Tatbestand einer Willenserklärung setzt voraus, dass das Verhalten des Erklärenden aus der *Sicht eines objektiven Beobachters* auf den Willen, eine Rechtsfolge herbeizuführen (sog. Rechtsbindungswille) schließen lässt.

Äußerer Tatbestand einer Willenserklärung

→ vom Standpunkt eines objektiven Beobachters lässt das Verhalten des Erklärenden schließen auf:

1. Handlungswille
2. Rechtsbindungswille

a) Handlungswille

Eine Willenserklärung setzt zunächst das Bewusstsein zu handeln voraus (sog. Handlungswille). Daran fehlt es bei Handlungen im Schlaf oder in Hypnose sowie bei Reflexhandlungen (Besucher einer Auktion reißt den Arm in die Höhe, weil ihn eine Biene ins Auge gestochen hat). Die geringe Klausurbedeutung der Fälle fehlenden Handlungswillens dürfte evident sein.

b) Rechtsbindungswille

Definition: Der Rechtsbindungswille ist der Wille, mit der Erklärung eine rechtliche Folge herbeizuführen.

Regelmäßig haben Parteien, die im geschäftlichen Kontakt miteinander stehen, auch Rechtsbindungswillen. Probleme können in folgenden Konstellationen auftreten:

- sog. invitatio ad offerendum
- sog. freibleibendes Angebot
- Gefälligkeitsverhältnisse

aa) Die invitatio ad offerendum

Eine invitatio ad offerendum ist die Aufforderung an den Geschäftspartner, seinerseits ein Angebot abzugeben. Die invitatio ist also nicht selbst ein Angebot (Beispiele: Schaufensterauslagen, Versandhauskataloge, Zeitungsinserate, Prospekte, Angebote im internet).

In den genannten Beispielfällen hat derjenige, der die invitatio abgibt, nicht den Willen, mit jedem der mit den Konditionen einverstanden ist, einen Vertrag abzuschließen. Denn würde man seine Erklärung als Angebot auslegen und würde eine größere Anzahl von Personen den Vertrag durch bloße Annahme zustande bringen als er beliefern könnte, so würde er gegenüber den Personen, die er nicht beliefern kann, schadensersatzpflichtig (§§ 280 I, III, 281 BGB).

Die invitatio ist also eine bloße Vorbereitungshandlung für einen späteren Vertragsschluss.

bb) Das freibleibende Angebot

Wenn Waren angeboten werden, die erst noch hergestellt oder von einem Dritten erworben werden müssen, so dass Unsicherheit über die künftige Erfüllungsmöglichkeit besteht, gibt der Verkäufer häufig ein Angebot mit dem Zusatz „freibleibend“ („unverbindlich“, „sine obligo“) ab. Ob in diesen Fällen ein verbindliches Angebot gewollt ist, muss durch Auslegung ermittelt werden.¹³

(1) Angebot mit Vorbehalt eines Rücktrittsrechtes

Die Erklärung kann so auszulegen sein, dass der Verkäufer bereits ein verbindliches Angebot abgeben will und sich lediglich den Rücktritt vom Vertrag vorbehält.

¹³ BGH, NJW 1984, 1885.

(2) invitatio ad offerendum

Es kann jedoch auch überhaupt noch keine vertragliche Bindung gewollt sein, so dass in dem freibleibenden „Angebot“ lediglich eine invitatio ad offerendum zu sehen ist.

Welches dieser Auslegungsergebnisse für den Regelfall eines freibleibenden Angebotes gelten soll, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten. Innerhalb der Auffassung, die regelmäßig ein Angebot mit Widerrufs- oder Rücktrittsvorbehalt annimmt, ist weiterhin umstritten, wie lange das Widerrufs- oder Rücktrittsrecht ausgeübt werden kann. Zum Teil wird angenommen, dass dies nur bis zum Zugang der Annahmeerklärung möglich ist, während andere den Widerruf / Rücktritt auch unmittelbar nach Zugang der Annahme noch zulassen.

cc) Gefälligkeitsverhältnisse

Der Rechtsbindungswille kann weiterhin fehlen, wenn die Beteiligten sich im gesellschaftlichen Verkehr begegnen, ohne für eine Leistung ein Entgelt zu verlangen und - möglicherweise - ohne eine rechtliche Bindung zu wollen.

Beispiele: Einladung zum Abendessen; Übernahme des Blumengießens oder der Versorgung des Hundes für einen Nachbarn während dessen urlaubsbedingter Abwesenheit; unentgeltliche Überlassung einer Bohrmaschine; Zusage, eine Kollegin mit dem Pkw vor der Arbeit abzuholen.

Da bei Nichteinhaltung solcher Zusagen oder bei schlechter „Erfüllung“ erhebliche Schäden eintreten können (Beispiel: Das hierfür zuständige Mitglied einer Lotto-Tippgemeinschaft vergisst es, den Schein mit den 6 Richtigen rechtzeitig abzugeben.), ist die Auslegungsfrage, ob ein Rechtsbindungswille vorlag oder nicht, von erheblicher Bedeutung. Es werden im Bereich der Gefälligkeitsverhältnisse üblicherweise 3 Fallgruppen unterschieden (vgl. die nachfolgende Übersicht), wobei sich der Klausurbearbeiter allerdings im klaren darüber sein sollte, dass er keineswegs zwangsläufig zur Bejahung eines Rechtsbindungswillens gelangen muss und soll. Denn die Verneinung des Rechtsbindungswillens bedeutet zunächst nur,

dass kein *vertraglicher* Anspruch bestehen kann. Diejenigen Ansprüche, die keinen Vertrag voraussetzen (§ 823 BGB), bleiben jedoch zunächst unberührt. Wenn also in dem obigen Beispiel die Arbeitskollegin infolge unachtsamer Fahrweise des Fahrers bei einem Unfall verletzt wird, so führt die Annahme einer reinen Gefälligkeit hinsichtlich der Fahrgemeinschaft zunächst nur dazu, dass die Verletzte keine *vertraglichen* Schadensersatzansprüche hat. Ihr könnten aber Ansprüche aus § 823 I BGB aus dem Gesichtspunkt der Körperverletzung zustehen, wobei sich allerdings die Frage stellt, ob der Fahrer wegen jeder Fahrlässigkeit haftet, oder ob nicht wegen des Gefälligkeitscharakters der Fahrt der Haftungsmaßstab modifiziert werden muss (dazu unten).

Abgrenzung Vertrag - Gefälligkeitsverhältnisse:

1. Gefälligkeitsvertrag

→ mit (Primär-) Leistungspflicht und Sekundäransprüchen bei Nicht- oder Schlechtleistung

2. Gefälligkeitsverhältnis mit Schutzpflichten

→ nur Sekundärhaftung aus *cic analog* (§§ 311 II, 241 II, 280) auf Schadensersatz

3. Gefälligkeit im rein gesellschaftlichen Bereich

→ keine vertraglichen, sondern nur deliktische Ansprüche (Problem: Haftungsprivilegierung ?)

(1) Der Gefälligkeitsvertrag

Liegt ein Rechtsbindungswille vor, so entsteht eine vertragliche Bindung. Der Vertrag kann ein Schenkungsvertrag sein (§ 516 BGB), ein Leihvertrag (§ 598 BGB), Verwahrungsvertrag (§ 688 BGB) oder insbesondere ein Auftrag (§ 662 BGB).

- Verletzt der Gefällige bei Durchführung des Vertrages Pflichten, so haftet er bei Schenkung, Leihe und Verwahrung privilegiert nur für Vorsatz und grobe

Fahrlässigkeit (§§ 521, 599, 690 BGB), während beim Auftrag jedoch keine Haftungserleichterung eingreift.

- Hat der Beschenkte, Entleiher oder Hinterleger neben dem vertraglichen Anspruch auch einen Anspruch aus § 823 BGB, so schlagen die Haftungsprivilegierungen der §§ 521, 599, 690 BGB nach hM auch auf den Anspruch aus § 823 I BGB durch.¹⁴

(2) Das Gefälligkeitsverhältnis mit Schutzpflichten

Ein Vertrag begründet grundsätzlich sowohl Leistungspflichten als auch Schutzpflichten für die Rechtsgüter des Vertragspartners. Es können aber auch Gefälligkeitsverhältnisse entstehen, die einerseits über eine bloße alltägliche Gefälligkeit des täglichen Lebens hinausgehen, durch die aber andererseits keine Primärleistungspflichten begründet werden sollten.

Für diese Konstellationen ist das sog. Gefälligkeitsverhältnis mit Schutzpflichten entwickelt worden¹⁵, in dem zwar keine Leistungspflichten entstehen. Wenn jedoch der Gefällige in Ausführung der Gefälligkeit Schutzpflichten verletzt, so hat der andere Teil einen vertraglichen Schadensersatzanspruch. Dieser wird nach hM über eine entsprechende Anwendung der Grundsätze der *cic* (heute §§ 311 II, 241 II, 280 BGB) konstruiert, nach aA über die Grundsätze der *pVV* (§ 280 BGB). Da beide Ansichten im Ergebnis zur Anwendung des § 280 BGB gelangen, handelt es sich jedoch um eine Frage mit rein akademischem Charakter.

Beispiel nach *BGHZ* 21, 102: Die Speditionsgesellschaft K-GmbH ist eine Schwesterfirma der X-GmbH. Als die K-GmbH wegen eines plötzlichen Todesfalles dringend einen Fahrer benötigt, wandte man sich an die X-GmbH. Diese stellte der K-GmbH den bei der X-GmbH angestellten Fahrer H zur Verfügung, der jedoch zur Führung eines Sattelschleppers nicht geeignet war und einen Unfall verursachte, bei dem erheblicher Sachschaden entstand.

I. Ein vertraglicher Schadensersatzanspruch (§§ 280 I, 241 II, 311 II BGB) besteht, wenn die X-GmbH Pflichten aus einem Schuldverhältnis verletzt hat.

1. Die X-GmbH hat jedoch keine Vertragspflicht zur Überlassung des Arbeitnehmers H übernommen.

¹⁴ *Medicus*, AT, Rn. 188.

¹⁵ *BGHZ* 21, 102, 106; Palandt / *Heinrichs*, vor § 241, Rn. 10.

2. Auch ohne eine Primärleistungspflicht können jedoch rechtsgeschäftliche Schutzpflichten bestehen, wenn ein entsprechender Rechtsbindungswille vorhanden ist. Hier war die Überlassung des Arbeitnehmers erkennbar für die K-GmbH von so großer wirtschaftlicher Bedeutung, dass sich die Annahme einer schuldrechtlich irrelevanten Gefälligkeit des täglichen Lebens verbietet. Es lag vielmehr ein Gefälligkeitsverhältnis mit Schutzpflichten vor, deren schuldhaftige Verletzung durch Überlassung eines ungeeigneten Arbeitnehmers einen vertraglichen Schadensersatzanspruch aus §§ 280 I, 241 II, 311 II BGB auslöst.

(3) Gefälligkeit des täglichen Lebens

Nicht jede Kommunikation zwischen Menschen führt jedoch zu einer vertraglichen oder vertragsähnlichen Bindung. Es verbleibt vielmehr ein Bereich der rein gesellschaftlichen Sphäre (etwa zwischen Verwandten oder Nachbarn), in dem keine *schuldrechtlichen* Beziehungen entstehen.

Unberührt bleiben aber gesetzliche Schadensersatzansprüche (z.B. § 823 BGB).

Beispiel: A nimmt den Anhalter B mit und verursacht infolge leichter Fahrlässigkeit einen Verkehrsunfall, bei dem B verletzt wird.

I. Ein vertraglicher Anspruch des B (etwa aus §§ 280 I, 241 II BGB) besteht nicht, denn dem A fehlte ersichtlich jeder Rechtsbindungswille, so dass kein unentgeltlicher Beförderungsvertrag (Auftrag, § 662 BGB) zustande gekommen ist. Auch ein Gefälligkeitsverhältnis mit Schutzpflichten liegt nicht vor, denn auch insoweit fehlte jeder Rechtsbindungswille.

II. Es könnte aber ein Anspruch aus § 823 I BGB gegeben sein.

Fraglich ist allein das Verschulden.

1. Nach Ansicht des *BGH*¹⁶ liegt weder ein konkludenter Haftungsausschluss vor, noch sei der Verschuldensmaßstab auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt, so dass der Anspruch aus § 823 I BGB besteht.

2. Diese Auffassung führt dazu, dass der Gefällige strenger haftet als derjenige, der sich immerhin vertraglich gebunden hat, denn bei Gefälligkeitsverträgen greifen häufig Haftungsprivilegierungen ein (§§ 521, 599, 690 BGB), die nach einhelliger Auffassung

¹⁶ *BGHZ* 30, 40, 46; 43, 72, 76.

auch auf den deliktischen Anspruch durchschlagen (s.o. zum Gefälligkeitsvertrag). Deshalb plädiert ein Teil der Literatur dafür, diese Privilegierungen auf den Anspruch aus § 823 I BGB im Gefälligkeitsverhältnis zu übertragen.¹⁷ Danach würde der leicht fahrlässig handelnde A nicht haften.

3. Im Ergebnis dürfte der Auffassung der Rechtsprechung zuzustimmen sein. Denn der *typische* unentgeltliche Vertrag, der Auftrag (§§ 662 ff. BGB), sieht gerade keine Haftungserleichterung vor. Die Prämisse der Literaturmeinung, dass der unentgeltlich Handelnde stets privilegiert hafte, trifft also nicht zu. Außerdem käme in den Anhalterfällen die Haftungsprivilegierung letztlich gar nicht dem Fahrer, sondern dessen Haftpflichtversicherung zugute, so dass sich auch aus diesem Grund eine teleologische Reduktion des gesetzlich vorgesehenen Verschuldensmaßstabes bei § 823 I BGB nicht aufdrängt.

(4) Abgrenzungskriterien

Die im Einzelfall nicht unproblematische Abgrenzung, ob ein Vertrag, ein Gefälligkeitsverhältnis mit Schutzpflichten oder eine alltägliche Gefälligkeit vorliegt, hängt davon ab, ob der Leistungsempfänger „unter Berücksichtigung der Interessenlage beider Parteien nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte“¹⁸ auf einen Rechtsbindungswillen schließen durfte.

Diese äußerst unscharfe Formel kann jedoch durch folgende Kriterien konkretisiert werden:

(a) **Für** einen Rechtsbindungswillen spricht:

- die wirtschaftliche Bedeutung der Leistung für den Empfänger
Merke: Bei Geld hört die Freundschaft (und auch die reine alltägliche Gefälligkeit) auf.
- der Wert einer anvertrauten Sache

(b) **Gegen** einen Rechtsbindungswillen spricht etwa ein unverhältnismäßig hohes Haftungsrisiko des Gefälligen

¹⁷ *Medicus*, Bürgerliches Recht, Rn. 367.

¹⁸ *BGH*, NJW 1974, 1705, 1706; *BGHZ* 21, 102, 106.

→ dazu der bekannte **Lotto-Fall** (BGH, NJW 1974, 1705):

A, B, C und D bilden eine Lotto-Tippgemeinschaft. Alle zahlen wöchentlich 15 DM in die gemeinsame Kasse ein. A ist dafür zuständig, den weisungsgemäß ausgefüllten Schein allwöchentlich rechtzeitig abzugeben. In einer Woche vergisst er es, auf eine bestimmte Kombination zu setzen, wodurch der Gemeinschaft ein Gewinn von über 10.000 DM entgeht.

In Betracht kommt ein Anspruch aus §§ 280 I, III, 281 BGB, wenn ein Schuldverhältnis vorliegt, etwa ein Gesellschaftsvertrag (§ 705 BGB) oder ein Auftrag (§ 662 BGB).

Es liegt jedoch völlig außerhalb der Vorstellung aller Beteiligten, dass sich aus ihrem Zusammenschluss für einen von ihnen eine unter Umständen existenzvernichtende Schadensersatzpflicht ergeben könnte. Kein Beteiligter würde ein solches Risiko übernehmen oder es den Mitspielern zumuten. Daher liegt kein Gesellschaftsvertrag oder Auftrag vor, sondern eine Gefälligkeit des täglichen Lebens ohne Rechtspflichten.

A haftet daher seinen Mitspielern nicht auf Schadensersatz.

3. Der innere Tatbestand der Willenserklärung

Neben der Äußerung des Willens (äußerer Tatbestand der Willenserklärung, s.o.), muss auch der innere Tatbestand der Willenserklärung (also der innere Wille selbst) gegeben sein, damit von einer Willenserklärung gesprochen werden kann.

Innerer Tatbestand einer Willenserklärung

1. Handlungswille
2. Erklärungsbewusstsein
 - a) Mindermeinung: zwingende Voraussetzung einer Willenserklärung
 - b) hM: potientiellcs Erklärungsbewusstsein reicht aus
3. Geschäftswille: unstr. **keine** Voraussetzung einer Willenserklärung

a) Handlungswille

Einigkeit besteht zunächst darin, dass es bereits am Vorliegen einer Willenserklärung fehlt, wenn es bei dem scheinbar Erklärenden schon an einem willensgesteuerten Verhalten fehlt.

Wenn also der A die Hand des bewusstlosen B ergreift und, indem er die Hand führt (*vis absoluta*), dessen Unterschrift unter einem Bürgschaftsvertrag nachahmt, dann fehlt es bereits am Tatbestand einer Willenserklärung. Der B muss also nicht etwa noch nach § 123 BGB anfechten, um einer vertraglichen Bindung zu entgehen.

Sitzt hingegen der A in einer Auktion neben B und presst er die Hand des B so lange, bis dieser den Schmerz nicht mehr aushält und die Hand hebt, um ein wertloses Gemälde des A zu ersteigern (*vis compulsiva*), so liegt ein Handlungswille des B vor. B kann aber nach § 123 BGB anfechten.

b) Erklärungsbewusstsein

Das Erklärungsbewusstsein ist das Bewusstsein, in irgendeiner Form **rechtserheblich** zu handeln.

Am Erklärungsbewusstsein fehlt es, wenn der Erklärende nicht weiß, dass er eine Handlung vornimmt, die Rechtsfolgen nach sich zieht. Ob in derartigen Fällen gleichwohl eine Willenserklärung vorliegen kann, ist umstritten.

Hierzu der bekannte Schulfall („*Trierer Weinversteigerung*“):

Der ortsfremde A hebt bei einer Weinauktion die Hand, um einem Bekannten zuzuwinken, der soeben den Saal betritt. Er weiß nicht, dass bei Auktionen solcher Art das Erheben der Hand als Gebot gilt. Daraufhin erteilt der Auktionator dem A den Zuschlag. Muss A das „ersteigerte“ Weinfass bezahlen ?

Ein Anspruch aus § 433 II BGB setzt voraus, dass A ein Angebot abgegeben hat, dass also eine Willenserklärung des A vorliegt.

- aa) Zwar ist der *äußere* Tatbestand einer Willenserklärung gegeben, denn für einen neutralen Beobachter lässt das Verhalten des A auf einen Rechtsbindungswillen schließen.
- bb) Fraglich ist aber das Vorliegen des *inneren* Tatbestandes einer Willenserklärung.

- (1) A hatte Handlungswillen, denn das Erheben der Hand geschah durchaus willensgesteuert.
- (2) Dem A fehlte aber das Bewusstsein, mit dem Erheben der Hand etwas Rechtserhebliches zu erklären, also das Erklärungsbewusstsein. Die Auswirkungen des fehlenden Erklärungsbewusstseins in solchen Fällen sind umstritten:
 - (a) Nach einer Mindermeinung fehlt es *analog § 118 BGB* am Vorliegen einer Willenserklärung. Denn wenn schon die Willenserklärung desjenigen nichtig ist, der sich immerhin bewusst ist, etwas Rechtserhebliches zu erklären, und lediglich glaubt, der Mangel der Ernstlichkeit seiner Erklärung werde nicht verkannt werden, dann müsse erst recht (a maiore ad minus) die Erklärung einer Person unbeachtlich sein, die sich nicht einmal bewusst ist, etwas Rechtserhebliches zu erklären.
 - (b) Die hM stellt dagegen die Interessen des *Verkehrsschutzes* in den Vordergrund.¹⁹ Wenn der Erklärende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen können, dass sein Verhalten als Willenserklärung gewertet wird, so liege zunächst eine wirksame Willenserklärung vor (sog. potentielles Erklärungsbewusstsein). Der Erklärende könne aber *analog § 119 I BGB* anfechten. Denn wenn schon derjenige anfechten kann, der wusste, dass er etwas Rechtserhebliches erklärt, sich aber über den Inhalt seiner Erklärung geirrt hat, dann muss erst recht derjenige anfechten können, der nicht einmal wusste, dass er überhaupt etwas Rechtserhebliches erklärt.
 - (c) Ficht der Erklärende an, so hat er dem Erklärungsgegner nach beiden Ansichten den Vertrauensschaden zu ersetzen, denn § 122 BGB verweist sowohl auf § 118 BGB wie auch auf § 119 BGB. Der Unterschied der beiden Ansichten liegt vor allem darin, dass es nach der hM zur Herbeiführung der Unwirksamkeit der Erklärung einer Anfechtung des Geschäftes durch den Erklärenden bedarf. Versäumt er die Anfechtungsfrist (§ 121 BGB: „unverzüglich“), so ist er an das Geschäft gebunden, während nach der Mindermeinung in keinem Fall ein Vertrag zustande kommt. Auf der anderen Seite liegt darin natürlich auch eine

¹⁹ BGHZ 91, 324; 109, 171, 177; *Medicus*, Bürgerliches Recht, Rn. 130.

Erweiterung der Handlungsmöglichkeiten des Erklärenden, da er die Möglichkeit hat, durch Verzicht auf die Anfechtung das Geschäft gelten zu lassen, wenn es für ihn günstig ist (*Medicus*, BR, Rn. 130).

Der hM sollte mit Blick auf das schutzwürdige Vertrauen des Erklärungsempfängers gefolgt werden.

Im Trierer Weinversteigerungsfall liegt also ein Angebot des A vor. Er muss daher den Wein bezahlen, wenn er seine Erklärung nicht rechtzeitig gem. § 119 I BGB analog anfecht.

c) Geschäftswille

Der Geschäftswille ist der Wille, eine ganz *bestimmte* Rechtsfolge herbeizuführen (im Gegensatz zum Erklärungsbewusstsein, bei dem es nur um das Bewusstsein geht, *überhaupt* etwas Rechtserhebliches zu erklären).

Hebt etwa im Trierer Weinversteigerungsfall (s.o.) der A auf die Frage seines Freundes B, wer ihm seine Uhr für 50 € abkaufe, die Hand, so hat er zwar Erklärungsbewusstsein, nicht aber den auf die Ersteigerung des Weines gerichteten Geschäftswillen.²⁰

Der Geschäftswille ist *nicht* Voraussetzung dafür, dass überhaupt eine Willenserklärung vorliegt, wie sich im Umkehrschluss aus § 119 I BGB ergibt. Denn § 119 I BGB geht ersichtlich davon aus, dass in denjenigen Fällen, in denen der Erklärende über den konkreten Inhalt seiner Erklärung irrt, gleichwohl zunächst eine wirksame Willenserklärung vorliegt. Deren Wirksamkeit kann lediglich durch Anfechtung beseitigt werden.

III. Das Wirksamwerden der Willenserklärung, §§ 130 – 132 BGB

Die tatbestandliche Existenz einer Willenserklärung (dazu der vorangegangene Abschnitt) besagt noch nicht, dass die Erklärung auch Rechtswirkungen entfaltet.

Spricht etwa der Empfänger eines schriftlichen Angebotes zum Abschluss eines Kaufvertrages allein in seiner Wohnung laut den Satz, er nehme das Angebot an, so liegen zwar alle Voraussetzungen einer Annahme als Willenserklärung vor (s.o.). Die

²⁰ Beispiel nach *Brox*, AT, Rn. 84.

Annahme ist jedoch (noch) nicht wirksam, denn sie bedarf zu ihrer Wirksamkeit des Zugangs gem. § 130 I 1 BGB.

Voraussetzungen des Wirksamwerdens von Willenserklärungen enthalten die §§ 130 – 132 BGB.

1. Empfangsbedürftige und nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen

a) *Empfangsbedürftige* Willenserklärungen sind solche, die an eine andere Person (den Erklärungsempfänger) gerichtet sind.²¹

→ Bsp.: Die Kündigungserklärung des Vermieters

b) *Nicht empfangsbedürftige* Willenserklärungen sind solche, die nicht an eine Person gerichtet sind.

→ Bsp.: Testamentserrichtung, Auslobung (§ 657 BGB)

Jede Willenserklärung bedarf zu ihrer Wirksamkeit der sog. *Abgabe* (dazu unten). Empfangsbedürftige Willenserklärungen müssen darüber hinaus dem Empfänger *zugehen*, denn da diese Erklärungen an eine Person gerichtet sind, muss diese Person sich auf die Erklärung einstellen können. Dies setzt wiederum voraus, dass er Gelegenheit erhält, die Erklärung wahrzunehmen.

Bei den nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen existiert keine Person, die ein schutzwürdiges Interesse daran hat, sich auf die Erklärung einzustellen. So hat ein in einem Testament bedachter zukünftiger Erbe keinen Anspruch auf den Nachlass, solange der künftige Erblasser lebt. Er hat deshalb auch kein schutzwürdiges Interesse daran, von dem Testament vor dem Tod des Erblassers Kenntnis zu erlangen.²²

2. Die Abgabe der Willenserklärung

Die Differenzierung zwischen empfangsbedürftigen und nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen hat auch Auswirkungen auf die Anforderungen an die Abgabe der Willenserklärung:

²¹ Brox, AT, Rn. 90.

²² Brox, AT, Rn. 91.

- a) Nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen sind bereits dann abgegeben, wenn der Erklärungsvorgang abgeschlossen ist.
→ Bsp: Das Testament wird eigenhändig geschrieben und unterschrieben (§ 2247 BGB).
- b) Empfangsbedürftige Willenserklärungen sind erst dann abgegeben, wenn der Erklärende die Erklärung *willentlich* derart in Richtung auf den Empfänger *in den Verkehr bringt*, dass er bei normalem Verlauf der Dinge mit ihrem Zugang rechnen darf.
(Kurzformel: Abgabe ist das willentliche Inverkehrbringen in Richtung auf den Empfänger)

Innerhalb der Gruppe der empfangsbedürftigen Willenserklärungen ist weiter zu differenzieren zwischen mündlichen und schriftlichen Willenserklärungen und der Erklärung unter Anwesenden sowie der Erklärung unter Abwesenden.²³ Eine telefonische Erklärung ist dabei wie eine mündliche Erklärung unter Anwesenden zu behandeln, wie sich aus § 147 I 2 BGB ergibt.

- aa) Eine mündliche Erklärung unter Anwesenden ist abgegeben, wenn sie so geäußert worden ist, dass der Andere sie verstehen kann.
- bb) Eine mündliche Erklärung unter Abwesenden (Übermittlung per Bote) ist abgegeben, wenn sie gegenüber dem Boten geäußert wurde und der Bote beauftragt wurde, sie dem Empfänger zu übermitteln.
- cc) Eine schriftliche Erklärung unter Anwesenden ist abgegeben, wenn sie dem Empfänger *überreicht* wird.
- dd) Eine schriftliche Erklärung unter Abwesenden ist abgegeben, wenn sie in Richtung auf den Empfänger in den Verkehr gebracht wurde:

²³ Zum Folgenden: *Brox*, AT, Rn. 150.

- bei brieflichen Erklärungen dann, wenn der Erklärende sie entweder selbst in den Briefkasten wirft oder einen anderen mit dem Einwurf beauftragt.
- bei e-mail durch Betätigen der Sendefunktion des mail-Programmes

Daher fehlt es an einer Abgabe, wenn der Erklärende das Schriftstück auf dem Schreibtisch liegen lässt und ein anderer (etwa die Putzfrau) es findet und auf den Postweg bringt.

In diesen Fällen kommt aber wegen des Rechtsscheins, den der Erklärende veranlasst hat, eine verschuldensunabhängige Haftung auf den Vertrauensschaden gem. § 122 BGB in Betracht. Die Gegenmeinung will den Erklärenden nur im Fall von Verschulden nach den Grundsätzen der *cic* (§§ 280, 241 II, 311 II BGB) haften lassen.

3. Der Zugang der Willenserklärung, § 130 BGB

Wie oben gezeigt, setzt das Wirksamwerden einer empfangsbedürftigen Willenserklärung nicht nur die Abgabe, sondern auch den Zugang der Willenserklärung beim Empfänger voraus.

a) Ausnahme: § 151 BGB

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz stellt § 151 BGB dar. Danach ist der *Zugang* der Annahmeerklärung – nicht aber die Annahmeerklärung selbst – entbehrlich, wenn nach der Verkehrssitte der Erklärende nicht mit dem Zugang einer Annahmeerklärung rechnet oder wenn der Erklärende ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten darauf verzichtet hat.

Beispiel: Übersendet der Großvater seinem Enkel ein Buch, verbunden mit der Erklärung, dass er es ihm schenke, so erwartet der Schenkende regelmäßig nicht, dass der Beschenkte ausdrücklich ihm gegenüber die Annahme des Schenkungsvertrages erklärt. Der Schenkungsvertrag kommt in diesem Fall schon durch die Annahmeerklärung selbst zustande, die etwa konkludent darin liegen kann, dass der Enkel das Buch in sein Regal einsortiert. Eines Zugangs der Annahmeerklärung beim Großvater bedarf es gem. § 151 S. 1 BGB nicht.

b) Zugang unter Abwesenden

Eine Willenserklärung ist gegenüber einem Abwesenden zugegangen, wenn:

- sie (1.) in den **Machtbereich des Empfängers** gelangt ist,
- so dass dieser (2.) die **Möglichkeit der Kenntnisnahme** hatte und unter normalen Umständen mit der Kenntnisnahme gerechnet werden kann

aa) Das Gelangen in den Machtbereich ist etwa erfüllt, wenn der Brief in den Hausbriefkasten des Empfängers eingeworfen wird. Es reicht aber auch aus, wenn der Brief auf der Post in das Abholfach des Empfängers gelegt wird.

Nicht ausreichend ist es dagegen, wenn beim Übergabeeinschreiben ein Benachrichtigungszettel im Briefkasten hinterlassen wird, auf dem vermerkt ist, dass die Postsendung auf dem Postamt abgeholt werden kann. Denn in diesem Fall ist die Erklärung selbst zu keinem Zeitpunkt in den Machtbereich des Empfängers gelangt. Dass der Benachrichtigungszettel in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, reicht nicht aus. Holt jedoch der Empfänger die Sendung nicht auf dem Postamt ab, so können die Grundsätze der *Zugangsvereitelung* eingreifen (s.u.).

bb) Die *Möglichkeit* der Kenntnisnahme reicht für den Zugang aus. Es ist also unerheblich, ob der Empfänger die Erklärung *tatsächlich* wahrnimmt. Maßgeblich ist nur, dass er sie wahrnehmen *konnte*. Anderenfalls könnte etwa der Arbeitnehmer das Wirksamwerden der Kündigung dadurch vereiteln, dass er das Kündigungsschreiben schlicht nicht liest.

cc) Für den Zeitpunkt des Zugangs kommt es auf den Zeitpunkt an, in dem nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge mit der Kenntnisnahme gerechnet werden kann (also wiederum nicht auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Kenntnisnahme).

Eine e-mail geht also in dem Zeitpunkt zu, in dem mit dem Abruf der mails durch den Empfänger gerechnet werden kann. Bei Personen, die am Wirtschaftsverkehr teilnehmen, wird man täglich mit dem Abruf der mails rechnen können. Die mail geht daher mit dem Eingang im Empfängerbriefkasten zu. Liegt dieser Zeitpunkt

jedoch außerhalb der Geschäftszeiten (z.B. nachts, sog. Eingang zur Unzeit), so ist der Zeitpunkt des Zugangs der folgende Tag.²⁴

c) Zugang unter Anwesenden

Der Zugang unter Anwesenden ist im Gesetz nicht geregelt (vgl. den Wortlaut des § 130 I 1 BGB). Es gelten aber dieselben Grundsätze wie beim Zugang unter Abwesenden (s.o.).

aa) Eine schriftliche Erklärung geht unter Anwesenden zu, wenn sie dem Empfänger übergeben wird.

bb) Bei mündlichen Erklärungen gilt nach hM die sog. *eingeschränkte Vernehmungstheorie*.

Danach fällt die Abgabe der Willenserklärung regelmäßig mit dem Zugang zusammen, weil der Empfänger die Erklärung im Moment der Abgabe zur Kenntnis nimmt. Nimmt der Empfänger jedoch die Erklärung tatsächlich nicht wahr (z.B. weil er schwerhörig ist oder nicht zuhört), so reicht es nach hM entsprechend dem Gedanken des § 130 I 1 BGB aus, wenn die Erklärung für ihn *wahrnehmbar* war (Möglichkeit der Kenntnisnahme) und der Erklärende nach den Umständen keinen Grund hatte, daran zu zweifeln, dass der Empfänger die Erklärung verstanden hat.²⁵

d) Zugang bei Einschaltung von Mittelspersonen

Nicht nur auf der Seite des Erklärenden können Hilfspersonen tätig werden (Boten, Stellvertreter, dazu im Einzelnen im Abschnitt über die Stellvertretung), sondern auch auf Seiten des Erklärungsempfängers (sog. Empfangsvertreter, Empfangsboten).

aa) Empfangsvertreter, § 164 III BGB

Ist eine Person für die Entgegennahme von Willenserklärungen besonders bevollmächtigt (z.B. Angestellte, die mit dem Abschluss von Verträgen für den Geschäftsherrn betraut sind), so handelt es sich um einen Empfangsvertreter i.S.d. § 164 III BGB. In diesem Fall findet eine direkte Zurechnung zum Geschäftsherrn

²⁴ Palandt / *Heinrichs*, § 130, Rn. 7.

²⁵ Dieser Einschränkung verdankt die „eingeschränkte Vernehmungstheorie“ ihren Namen.

statt (§ 164 III BGB verweist auf die Zurechnungsnorm des § 164 I BGB). Im Moment des Zugangs beim Vertreter ist die Erklärung dem Vertretenen zugegangen. Ob der Vertreter die Erklärung dem Vertretenen zuleitet oder nicht, ist für die Frage des Zugangs beim Vertretenen unerheblich.

Gem. § 165 BGB kann auch eine beschränkt geschäftsfähige Person Empfangsvertreter sein, nicht aber eine geschäftsunfähige Person (etwa ein Kind, das noch nicht sieben Jahre alt ist). Eine geschäftsunfähige Person kann jedoch Empfangsbote sein.

bb) Empfangsbote

Im Gegensatz zum Empfangsvertreter muss der Empfangsbote nicht für die Entgegennahme von Schriftstücken besonders bevollmächtigt sein. Es reicht aus, wenn er nach der Verkehrsanschauung als zur Übermittlung geeignet und ermächtigt anzusehen ist.

Das trifft vor allem auf die im Haushalt des Empfängers lebenden Angehörigen zu (Ehefrau, Kinder), nicht aber auf die Wohnungsnachbarn und wohl ebenfalls nicht auf die Mitbewohner einer Wohngemeinschaft.

Bei Übermittlung durch Empfangsboten ist die Erklärung in dem Moment zugegangen, in dem nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge mit der Weitergabe an den Erklärungsempfänger gerechnet werden kann, also nicht schon im Moment der Entgegennahme durch den Boten (Beachte den Unterschied zum Empfangsvertreter, oben aa)).

Der Empfangsbote fungiert also hinsichtlich des Zugangs wie eine Art „menschlicher Briefkasten“.

Auf der anderen Seite kommt es wie beim Empfangsvertreter nicht darauf an, ob der Bote die Erklärung überhaupt an den Erklärungsempfänger weiterleitet. Das Übermittlungsrisiko trägt also der Erklärungsempfänger.²⁶

Der Empfangsbote muss nicht geschäftsfähig sein (nicht einmal beschränkt geschäftsfähig; § 165 BGB gilt nicht analog).

²⁶ Brox, AT, Rn. 155.

Bei einem sehr kleinen Kind dürfte es jedoch an der Eignung zur Übermittlung fehlen. Das Kind ist dann kein Empfangsbote, sondern wird behandelt wie ein Erklärungsbote des Erklärenden. *Dieser* trägt dann das Übermittlungsrisiko. Gelingt die Übermittlung durch das Kind an den Erklärungsempfänger, so ist die Erklärung zugegangen. Übermittelt das Kind die Erklärung nicht, so wird die Erklärung mangels Zugangs beim Empfänger nicht wirksam.

e) kein Widerruf, § 130 I 2 BGB

Die Willenserklärung wird nicht wirksam, wenn dem anderen vor ihrem Zugang oder gleichzeitig eine Widerrufserklärung zugeht (§ 130 I 2 BGB). Maßgeblich ist jeweils der Zeitpunkt des Zugangs von Widerruf und Willenserklärung, also der Zeitpunkt der *Möglichkeit* der Kenntnisnahme. Unerheblich ist, von welcher Erklärung der Empfänger zuerst *tatsächlich* Kenntnis erlangt. Wirft also der Postbote also an einem Tag sowohl den Brief mit der Willenserklärung als auch den Brief, der den Widerruf enthält, so ist das Angebot gem. § 130 I 2 BGB rechtzeitig widerrufen. Unerheblich ist, welchen Brief der Empfänger zuerst öffnet, so dass die Willenserklärung auch dann nicht wirksam wird, wenn der Empfänger zuerst den Brief mit der Willenserklärung liest und erst dann (oder auch gar nicht) den Brief, der den Widerruf enthält.

f) Grundsätze der Zugangsvereitelung

Die dargestellten Grundsätze über den Zugang dienen der sachgerechten Verteilung des Erklärungsrisikos. Verhindert der Empfänger jedoch durch sein Verhalten, dass die Erklärung in seinen Machtbereich gelangen kann, so vermindert sich seine Schutzwürdigkeit (im Fall von Fahrlässigkeit) oder sie entfällt vollständig (im Fall von Arglist). In diesem Fall greifen die Grundsätze der Zugangsvereitelung ein, die letztlich eine Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben darstellen (§ 242 BGB), welcher nicht nur für den zustande gekommenen Vertrag gilt, sondern bereits für das Zustandekommen selbst.

aa) Arglistige Zugangsvereitelung

Verhindert der Empfänger bewusst und absichtlich, dass ihm eine Erklärung zugeht (z.B. eine erwartete Kündigung eines Arbeits- oder Mietverhältnisses), so ist der Empfänger nicht schutzwürdig.

Beispiele: Verschließen des Briefkastens, Entfernen des Papiers aus dem Papierspeicher des Faxgerätes, Verweigerung der Entgegennahme eines Schriftstücks bei Überbringung durch Boten, Hinzufügen eines Absenders in die Liste derjenigen Personen, deren e-mails von einem mail-Programm unterdrückt werden; absichtliches Nichtabholen eines Einschreibens von der Post trotz Kenntnisnahme von einem Benachrichtigungszettel.

Gegenbeispiel: Verweigert der Empfänger die Annahme einer Postsendung, weil er infolge unzureichender Frankierung Strafporto zahlen soll, so handelt es sich nicht um einen Fall von Zugangsvereitelung, sondern vielmehr um eine *berechtigte* Annahmeverweigerung. Die Erklärung ist nicht zugegangen; der Absender muss einen erneuten Zustellungsversuch unternehmen.

In den Fällen der arglistigen Zugangsvereitelung wird der Empfänger so behandelt, als sei ihm die Erklärung zugegangen (**Zugangsfiktion**). Für diese Rechtsfolge lässt sich neben § 242 BGB auch der Rechtsgedanke des **§ 162 BGB** anführen. In beiden Fällen wird eine Voraussetzung für das Wirksamwerden einer Erklärung fingiert, wenn der andere Teil die Erfüllung der Voraussetzung arglistig vereitelt.

Allerdings soll die Zugangsfiktion nicht schlechthin eintreten. Der Absender soll vielmehr die Möglichkeit haben, zu bestimmen, ob er die Erklärung gelten lassen will, oder nicht. Schließlich dient die Zugangsfiktion allein dem Schutz des Absenders; daher soll er auch auf diesen Schutz verzichten können, wenn es ihm opportun erscheint. Erklärt daher der Absender, dass er nunmehr nicht mehr wünscht, dass die nicht zugegangene Erklärung wirksam wird, so greift die Zugangsfiktion trotz einer arglistigen Zugangsvereitelung nicht ein. Diese Einschränkung dürfte allerdings eher theoretischer Natur sein, da solche Fälle eines Sinneswandels des Absenders in der Praxis kaum anzutreffen sein dürften.

bb) Fahrlässige Zugangsvereitelung

Die Vereitelung des Zugangs der Erklärung kann jedoch auch lediglich auf Fahrlässigkeit beruhen.

- Bsp. 1: Beim Übergabeeinschreiben wird ein Benachrichtigungszettel im Briefkasten des Empfängers hinterlassen, damit der Empfänger das Schreiben bei der Post abholen kann. Beim Leeren des Briefkastens fällt der Zettel dem Empfänger zwischen mehreren Werbesendungen nicht auf, weil er den gesamten Inhalt des Briefkastens achtlos ins Altpapier gibt.
- Bsp. 2: Der Empfänger ist Kaufmann und verlegt sein Geschäftslokal, ohne seine Geschäftspartner zu benachrichtigen oder bei der Post einen Nachsendeantrag zu stellen. Infolgedessen gehen die Schreiben an die Absender mit dem Vermerk „Empfänger unbekannt verzogen“ zurück.

In diesen Fällen wird der Empfänger anders als in den Fällen arglistiger Zugangsvereitelung *nicht* einfach so behandelt, als sei ihm die Erklärung zugegangen (also keine Zugangsfiktion). Denn die bloße Fahrlässigkeit legitimiert es nicht, ihn des Schutzes durch die Zugangsvorschriften vollständig zu berauben. Der Erklärende muss in diesen Fällen **unverzüglich** (vgl. die Legaldefinition in § 121 I 1 BGB), nachdem er von dem Scheitern des Zugangs Kenntnis erlangt hat, einen **erneuten Zustellversuch** unternehmen. Hat dieser Erfolg, so wird jedoch der Empfänger nach Treu und Glauben so behandelt, als wäre ihm bereits die erste Erklärung zugegangen (**Rechtszeitigkeitsfiktion**).

Beispiel: Die Kündigung eines Mietvertrages muss zum 3. Werktag des Monats zugehen (§ 573 c I 1). Diese Frist hätte Vermieter V eingehalten, wenn Mieter M nicht versehentlich den Benachrichtigungszettel über das Einschreiben weggeworfen hätte (oben Bsp. 1). Ende des Monats erhält der Vermieter das Kündigungsschreiben mit dem Vermerk „nicht abgeholt“ zurück. Nunmehr überbringt V dem M das Kündigungsschreiben persönlich (am 30. des Monats). Der Zugang gilt gem. § 242 wegen der fahrlässigen Zugangsvereitelung des M als zum 3. Werktag des Monats erfolgt (Rechtszeitigkeitsfiktion).

Unternimmt der Absender jedoch keinen erneuten Zustellversuch oder erfolgt dieser nicht unverzüglich, so greift keine Rechtszeitigkeitsfiktion ein.

Zugangsvereitelung

1. Arglistige Zugangsvereitelung: → **Zugangsfiktion** (§ 162 BGB analog)
2. Fahrlässige Zugangsvereitelung: → **Rechtzeitigkeitsfiktion,**
wenn unverzüglich erneuter
Zustellungsversuch

cc) Annahmeverweigerung durch Empfangsvertreter und Empfangsboten

Vereitelt nicht der Empfänger selbst, sondern eine seiner Hilfspersonen ohne das Einverständnis des Empfängers den Zugang, so ist zu differenzieren, denn eine Zurechnung fremden Verhaltens setzt nach dem System des BGB (vgl. §§ 164 I, 166, 278 BGB) eine Zurechnungsnorm voraus.

(1) Vereitelt ein Empfangsvertreter des Empfängers den Zugang, so wird dieses Verhalten gem. § 164 III, I BGB dem Empfänger zugerechnet. Es greift dann also die Zugangsfiktion oder die Rechtzeitigkeitsfiktion ein.

(2) Vereitelt dagegen ein Empfangsbote ohne Einverständnis des Empfängers den Zugang, so kann dieses Verhalten dem Empfänger nicht zugerechnet werden. Der Erklärende muss einen neuen Zustellversuch unternehmen (notfalls unter Einschaltung des Gerichtsvollziehers, § 132 BGB).

Hat dagegen der Empfänger den Empfangsboten angewiesen, etwa die Entgegennahme bestimmter Schriftstücke zu verweigern, so wird dieses Verhalten dem Empfänger analog § 278 BGB zugerechnet.

g) Zugang gegenüber nicht voll Geschäftsfähigen, § 131 BGB

Ist der Empfänger geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt (vgl. §§ 104 Nr. 1, 106 BGB), so kommt es für den Zugang auf den Zugang beim gesetzlichen Vertreter (regelmäßig die Eltern, § 1629 BGB) an. Etwas anderes gilt, wenn der Empfänger beschränkt geschäftsfähig ist und die Erklärung für ihn

lediglich rechtlich vorteilhaft ist (§ 131 II 2 BGB). Dies entspricht den allgemeinen Grundsätzen des Minderjährigenrechts (vgl. § 107 BGB).

h) Zustellung, § 132 BGB

Der Zugang i.S.d. § 130 BGB ist zu unterscheiden von der förmlichen Zustellung gemäß der Zivilprozessordnung (§§ 166 ff. ZPO). Diese steht zum einfachen Zugang in einem Plus-Minus-Verhältnis, so dass die Zustellung den Zugang ersetzt, § 132 BGB.

Die Zustellung ersetzt also auch dann den Zugang, wenn der Zustellungsvorgang den Tatbestand des § 130 BGB nicht erfüllt. So erfüllt z.B. die Niederlegung bei der Post (§ 182 ZPO) nicht den Zugangstatbestand des § 130 BGB, weil die Erklärung nicht in den Machtbereich des Empfängers gelangt (s.o. zum Übergabeeinschreiben). Ist aber eine Zustellung nach § 182 ZPO durch den Gerichtsvollzieher erfolgt, so ersetzt diese gem. § 132 BGB den fehlenden Zugang.

IV. Die Auslegung von Willenserklärungen

Die Auslegung von *Willenserklärungen* darf nicht verwechselt werden mit der Auslegung von *Gesetzen*. Die Gesetzesauslegung richtet sich nach den vier anerkannten Auslegungsmethoden.

Auslegung von Gesetzen

1. Grammatische Auslegung (Wortlaut)
2. Genetische Auslegung (Entstehungsgeschichte)
3. Systematische Auslegung (Gesetzeszusammenhang)
4. Teleologische Auslegung (Sinn und Zweck)

1. Gesetzliche Regelungen, §§ 133, 157 BGB

Für die Auslegung von Willenserklärungen enthalten §§ 133, 157 BGB gesetzliche Auslegungsregeln.

Nach § 133 BGB ist nicht der Wortlaut der Willenserklärung entscheidend, sondern der wirkliche Wille des Empfängers. Gemäß § 157 BGB sind der Grundsatz von Treu und Glauben und die Verkehrssitte zu berücksichtigen.

Diese gesetzlichen Regelungen sind entgegen der scheinbar klaren Abgrenzung aufgrund ihrer systematischen Stellung (§ 133 BGB im 2. Titel: „Willenserklärung“; § 157 BGB im 3. Titel: „Vertrag“) als Einheit zu betrachten. So besteht Einigkeit, dass § 157 BGB schon im Rahmen der Frage heranzuziehen ist, ob überhaupt ein Vertrag zustande gekommen ist und sogar für die Frage, ob überhaupt eine Willenserklärung (mit Rechtsbindungswillen) vorliegt, so dass die Regelung entgegen ihrem Wortlaut nicht nur für bereits zustande gekommene Verträge gilt.

2. Auslegungsperspektive

Für die Frage der Auslegung ist es zunächst von Bedeutung, von wessen Standpunkt bei der Auslegung von Erklärungen auszugehen ist.

a) Empfangsbedürftige Willenserklärungen: Objektivierter Empfängerhorizont

Empfangsbedürftige Willenserklärungen sind aus der Sicht eines objektivierten Empfängers auszulegen. Die Auslegung richtet sich also danach, wie ein verständiger Dritter, der nicht einseitig den für ihn günstigsten Sinn zugrunde legt, sondern alle für ihn erkennbaren Umstände berücksichtigt (daher *objektivierter* Empfängerhorizont), die Erklärung verstehen durfte.

b) Nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen

Bei nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen ist ein Empfänger, der geschützt werden müsste, nicht vorhanden. Daher ist allein auf den Willen des Erklärenden abzustellen (§ 133 BGB). Das gilt etwa für das Testament.

3. Auslegungsmethoden

Üblicherweise unterscheidet man hinsichtlich der Methodik zwei Arten der Auslegung:

a) Erläuternde Auslegung

Die erläuternde Auslegung bestimmt (lediglich) den Inhalt einer (nicht eindeutig formulierten) Willenserklärung ausgehend von ihrem Wortlaut. Zusätzlich werden dann die Begleitumstände des Vertrages, der Vertragszweck und der Grundsatz von Treu und Glauben hinzugezogen, um den wahren Inhalt der Willenserklärung zu ermitteln.

b) Ergänzende Auslegung

Problematischer als die erläuternde Auslegung ist die ergänzende Auslegung. Während die erläuternde Auslegung auf einer vorhandenen, wenn auch nicht eindeutigen Erklärung aufbaut, geht es bei der ergänzenden Auslegung um die Ausfüllung einer Lücke im Vertrag anhand des hypothetischen Parteiwillens. Hier muss es der Richter und auch der Bearbeiter einer Examensaufgabe stets vermeiden, unzulässigerweise seine Ansicht von einer interessengerechten Regelung an die Stelle des Parteiwillens zu setzen, denn dieses ist dem Richter nicht erlaubt.

aa) Lücke

Daher setzt eine ergänzende Vertragsauslegung zunächst eine *Lücke* des Rechtsgeschäftes voraus. Daran fehlt es, wenn die Parteien einen Punkt *bewusst* offen gelassen haben.

bb) Ausfüllung der Lücke

Liegt eine Lücke vor, dann wird diese vom Richter anhand des hypothetischen Parteiwillens geschlossen. Er hat zu ermitteln, was die Parteien gewollt und vernünftigerweise vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Umstand bedacht hätten. Maßgeblich sind aber die Wertungen der Parteien, nicht diejenigen des Richters.

Beispiel nach Brox²⁷: V verpachtet P sein Tabakwarengeschäft. Beide vereinbaren, dass V im selben Haus keinen eigenen Tabakverkauf betreiben darf (sog. Konkurrenzverbot). Daraufhin eröffnet V einen Tabakladen in einem Kiosk *vor* dem Haus.

²⁷ Brox, AT, Rn. 140.

Ob der V das Geschäft *vor* dem Haus betreiben darf, ist in dem Vertrag nicht geregelt. Der Sinn und Zweck des Konkurrenzverbotes würde aber vereitelt, wenn V das Konkurrenzgeschäft unmittelbar vor der Tür des P betreiben dürfte. Hätten die Parteien diese Situation bedacht, so hätten sie das Konkurrenzverbot auch auf einen Kiosk vor der Tür erstreckt. Deshalb ist dem V der Betrieb des Kiosks nach ergänzender Vertragsauslegung durch die Vereinbarung mit P untersagt.

5. Teil: Der Vertragsschluss, §§ 145 ff. BGB

Ein Vertrag ist ein Rechtsgeschäft, das aus inhaltlich übereinstimmenden Willenserklärungen besteht.

I. Angebot

Das Angebot (§ 145 BGB) ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, durch die der Vertragsschluss dem anderen Teil so bestimmt angetragen wird, dass der andere Teil nur noch zustimmen („ja sagen“) muss.

Das Angebot muss daher die wesentlichen Vertragsbestandteile (sog. „essentialia negotii“) enthalten. Das sind etwa beim Kauf insbesondere Leistung und Gegenleistung (also Kaufgegenstand und Kaufpreis).

Bei Werk- und Dienstvertrag ist eine Bestimmung der Vergütung nicht erforderlich. Es gilt dann die *übliche* Vergütung als vereinbart (§§ 632, 612 BGB).

II. Annahme

Die Annahme ist eine grundsätzlich empfangsbedürftige (Ausnahme: § 151 BGB) Willenserklärung, durch die der Annehmende sein Einverständnis mit dem Angebot zu verstehen gibt (Stichwort: Annahme = „einschränkungsloses Ja“).

1. Inhaltliche Abweichungen vom Angebot

Eine „Annahme“ unter Abweichung vom Angebot gilt gem. § 150 II BGB nicht als Annahme, denn diese setzt nach der o.g. Definition ein *einschränkungsloses* Ja voraus, sondern vielmehr als neues Angebot. Dieses kann der ursprünglich Antragende dann seinerseits durch eine erneute Erklärung annehmen, was regelmäßig konkludent geschieht, insbesondere durch die Ausführung des Vertrages (z.B. Lieferung der Ware nach Zugang des neuen Angebotes).

2. Sonderproblem: Widersprechende AGB

Beispiel: V und K stehen miteinander in Verhandlungen über einen Kaufvertrag. Das Angebot des V enthält auf der Rückseite AGB, die folgende Klausel enthalten: „AGB der Käufer werden zurückgewiesen. Es gelten nur unsere AGB.“ Auf der Rückseite des Annahmeschreibens des K befinden sich dessen AGB, die die Klausel enthalten: „Es gelten stets nur unsere AGB.“ In der Folge wird die Ware an K geliefert.

a) An sich wäre kein Vertrag zustande gekommen, weil in der „Annahme“ unter Abweichungen (Nichtakzeptieren der gegnerischen AGB) gem. § 150 II BGB ein neues Angebot zu sehen ist. Dieses wurde auch nicht konkludent (etwa durch Auslieferung der Ware) angenommen, weil die eindeutige Abwehrklausel bez. der fremden AGB eine solche Auslegung ausschließt.

Die Vertragsdurchführung (durch Auslieferung und Entgegennahme der Ware) zeigt jedoch, dass den Parteien die Durchführung des Vertrages wichtiger ist, als die Frage, wessen AGB gelten. Daher ist eine Einigung anzunehmen.

b) Fraglich ist, wessen AGB gelten.

aa) Früher wurde z.T. vertreten, dass die AGB desjenigen gelten sollten, der zuletzt auf seine AGB hingewiesen und den AGB des Gegners widersprochen hat (sog. „Theorie des letzten Wortes“). Diese Auffassung hatte immerhin den Wortlaut des § 150 II BGB für sich; führte jedoch zu willkürlichen Ergebnissen.

bb) Deshalb geht die heute hM davon aus, dass die AGB, soweit sie sich widersprechen, nicht gelten. An die Stelle dieser Klauseln treten die gesetzlichen Regeln des BGB.

3. Einhaltung der Annahmefrist, §§ 146 – 150 BGB

Es wäre mit den Erfordernissen des Rechtsverkehrs unvereinbar, wenn ein Angebot unbefristet (z.B. zwei Jahre nach dem Angebot) angenommen werden könnte.

Deshalb bestimmt § 146 2. Alt. BGB, dass das Angebot erlischt, wenn es nicht rechtzeitig i.S.d. §§ 147 – 149 BGB angenommen wird.

a) Unter *Anwesenden* kann ein Angebot nur *sofort* angenommen werden. § 147 I 2 BGB zeigt, dass das Gesetz ein Telefongespräch als Kommunikation unter Anwesenden bewertet.

b) Unter *Abwesenden* kann das Angebot nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort „unter regelmäßigen

Umständen erwarten darf“. Die Bestimmung einer solchen Frist unter Anwendung dieser Generalklausel bereitet naturgemäß Schwierigkeiten. Sie richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles. Ist für den Empfänger ersichtlich, dass der Antragende mit einer schnellen Antwort rechnet (wie etwa beim Angebot der Vermietung von Wohnraum), so kann schon eine Annahme, die dem Antragenden *eine Woche* nach Zugang des Angebotes zugeht, verspätet sein. Auf der anderen Seite hat die Rechtsprechung bei einem Versicherungsvertrag den Zugang der Annahme nach 27 Tagen noch als fristgerecht bewertet.²⁸

Eine Annahme nach 2 Monaten ist in jedem Fall, auch während der Urlaubszeit, verspätet.²⁹

c) Wenn dem Antragenden daher daran gelegen ist, nur innerhalb einer bestimmten Frist an sein Angebot gebunden zu sein und nach Ablauf der Frist Rechtssicherheit zu erlangen, dann wird er selbst eine Annahmefrist bestimmen, mit der Folge des § 148 BGB.

d) Die nach den Vorschriften der §§ 146 – 148 BGB verspätete Annahme gilt gem. § 150 I BGB (wie ein Angebot unter Abänderungen, § 150 II BGB, s.o.) als neues Angebot.

e) Gem. § 153 BGB kommt der Vertrag auch dann zustande, wenn der Antragende vor Zugang der Annahmeerklärung stirbt (oder geschäftsunfähig wird).

4. Annahme durch Schweigen (insbesondere auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben)

Grundsätzlich ist das Schweigen im Rechtsverkehr ohne Bedeutung. Es gilt regelmäßig *nicht* als Willensäußerung.

²⁸ OLG Frankfurt, NJW-RR 1986, 329; Palandt / Heinrichs, § 148, Rn. 7.

²⁹ Palandt / Heinrichs, § 148, Rn. 7.

a) Ständige Geschäftsbeziehungen

Eine *Ausnahme* kann vorliegen, wenn die Parteien in jahrelangen Geschäftsbeziehungen stehen und ständig Aufträge ausgetauscht werden. Dann kann im Einzelfall der Geschäftspartner verpflichtet sein, auf ein Angebot des Partners seinen abweichenden Willen zu äußern. Anderenfalls gilt sein Schweigen *ausnahmsweise* als Zustimmung (§ 242 BGB).

Allein die Tatsache, dass es sich um kaufmännischen Verkehr handelt, genügt aber nicht, um dem Schweigen Erklärungswirkung beizumessen.

b) Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben

Haben im kaufmännischen Verkehr mündliche Vertragsverhandlungen stattgefunden, so ist es üblich, dass eine Vertragspartei der anderen den Inhalt des mündlich geschlossenen Vertrages schriftlich bestätigt, um Streitigkeiten darüber zu vermeiden, ob überhaupt ein Vertrag geschlossen wurde, bzw. mit welchem Inhalt er geschlossen wurde.

Schweigt die andere Partei nach Zugang eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens, so kommt der Vertrag mit dem Inhalt des Bestätigungsschreibens zustande.

Ob der Vertrag schon zuvor mündlich zustande gekommen ist, oder zunächst einen anderen Inhalt hatte, ist unerheblich, denn diese Fragen sollen nach dem Zweck des Institutes des kaufmännischen Bestätigungsschreibens gerade nicht mehr gestellt werden dürfen.³⁰

Wichtig bleibt, festzuhalten, dass nicht etwa das kaufmännische Bestätigungsschreiben den Vertrag zustande bringt, sondern das *Schweigen* der anderen Partei auf dieses Bestätigungsschreiben.

Diese Wirkung hat das Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben unter folgenden Voraussetzungen:

³⁰ *Medicus*, BR, Rn. 59.

Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben

1. Parteien sind Kaufleute oder nehmen wie diese in erheblichem Umfang am Wirtschaftsleben teil (Freiberufler)
2. Vertragsverhandlungen haben stattgefunden
3. Absender geht von bereits geschlossenem Vertrag aus
4. Enger zeitlicher Zusammenhang mit den Vertragsverhandlungen
5. kein unverzüglicher Widerspruch des Empfängers

aa) Es muss sich um einen Vorgang im kaufmännischen Verkehr handeln. Die Parteien müssen daher Kaufleute sein (§ 1 HGB) oder wie Kaufleute in erheblichem Umfang am Wirtschaftsleben teilnehmen (z.B. Angehörige der freien Berufe).

bb) Dem Bestätigungsschreiben müssen Vertragsverhandlungen (typischerweise mündliche) vorausgegangen sein.

cc) Der Bestätigende muss davon ausgehen, dass bereits ein Vertragsschluss stattgefunden hat. Geht er davon aus, dass dies noch nicht der Fall ist, handelt es sich nicht um ein Bestätigungsschreiben (mag das Schriftstück auch als solches bezeichnet sein, was gem. § 133 BGB unerheblich ist), sondern um ein Angebot zum Abschluss eines Vertrages.

dd) Das Bestätigungsschreiben muss in engem zeitlichen Zusammenhang mit den Vertragsverhandlungen stehen.

ee) Der Empfänger darf dem Bestätigungsschreiben nicht unverzüglich (§ 121 I 1 BGB) widersprochen haben.

ff) Liegen diese Voraussetzungen vor, so kommt der Vertrag *durch das Schweigen* des Empfängers mit dem Inhalt des Bestätigungsschreibens zustande.

Enthält das Bestätigungsschreiben Abweichungen von den mündlichen Vereinbarungen, so werden diese Abweichungen nur dann Vertragsinhalt, wenn der Absender nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) damit rechnen durfte, dass der Empfänger sie billigt.³¹

5. Vertragsschluss durch „sozialtypisches Verhalten“ ?

Streitig ist, ob ein Vertrag *ohne Willenserklärungen*, sondern allein durch ein tatsächliches „sozialtypisches“ Verhalten zustande kommen kann. Diskutiert wird dies vor allem für die Fälle von Rechtsgeschäften im *Massenverkehr*, insbesondere im Bereich der *Daseinsvorsorge*.³²

Beispiel: A steigt in eine Straßenbahn oder in einen Bus ein. Allein durch dieses Verhalten könnte ein Vertrag zustande gekommen sein.

a) Die sog. **Lehre vom faktischen Vertrag** bejaht einen Vertragsschluss unabhängig von einer Willenserklärung durch tatsächliches Verhalten in den genannten Bereichen des Massenverkehrs.

Der *BGH* hat sich dieser Lehre in einer vereinzelt gebliebenen Entscheidung angeschlossen (der berühmte „Hamburger Parkplatz-Fall“, *BGHZ* 21, 319 ff.):

K benutzt einen gebührenpflichtigen Parkplatz unter ausdrücklichem Protest gegen die Zahlungspflicht, da er der Ansicht ist, dass das Benutzen der betreffenden Fläche zum kostenfreien Gemeingebrauch zähle.

Der *BGH* hat den K zur Zahlung der Gebühr verurteilt, da bereits durch die tatsächliche Benutzung des Parkplatzes ein Vertragsverhältnis zustande gekommen sei.

b) Die heute ganz hM lehnt diese Auffassung ab, da sie den §§ 145 ff. BGB widerspricht, die allein einen Vertragsschluss über Willenserklärungen kennen, und die Konstruktion des faktischen Vertrages zudem nicht erforderlich ist, um die Fälle des Massenverkehrs zu lösen. Denn regelmäßig wird in dem tatsächlichen Verhalten eine konkludente Willenserklärung liegen (z.B. Lösen einer Fahrkarte am

³¹ *Medicus*, BR, Rn. 62.

³² *Medicus*, BR, Rn. 189 ff.; *Brox*, AT, Rn. 199.

Automaten), auf deren Zugang das Transportunternehmen gem. § 151 BGB schlüssig verzichtet hat.

Macht der Benutzer jedoch durch sein äußeres Verhalten deutlich, dass er nicht will, dass sein Verhalten als konkludente Annahmeerklärung hinsichtlich eines Benutzungsvertrages gewertet wird (wie K in dem o.g. Beispiel, der ausdrücklich protestiert), so ermöglicht es § 242 BGB, diesen Protest für unbeachtlich zu erklären. Denn es widerspricht Treu und Glauben, eine gebührenpflichtige Leistung in Anspruch zu nehmen, aber gleichzeitig gegen die Gebührenpflicht zu protestieren (sog. *protestatio facto contraria*).

In dem Hamburger Parkplatzfall hätte der *BGH* daher auch ohne die Lehre vom faktischen Vertrag über die Grundsätze der konkludenten Willenserklärung und die Grundsätze der *protestatio facto contraria* zur Annahme eines Vertragsschlusses gelangen können.

6. Vertragschluss im internet

Der Handel im internet (e-commerce) hat bereits eine erhebliche Bedeutung im Wirtschaftsleben erlangt und wird weiter an Bedeutung gewinnen. In ersten Entscheidungen haben die Zivilgerichte solche Arten des Vertragsschlusses den allgemeinen Regeln über die Rechtsgeschäftslehre unterstellt.³³ Es gelten also für den Vertragsschluss im internet grundsätzlich keine Besonderheiten. Der Vertrag kommt durch Angebot und Annahme zustande.

Bei einer im internet veranstalteten **Auktion** liegt das Angebot in dem Freischalten der Angebotsseite oder (bei Veranstaltung der Auktion durch einen Dritten) in der Beauftragung eines Dritten mit der Freischaltung. Die Annahmeerklärung liegt in der Abgabe eines Gebotes durch den Teilnehmer, das in einem Mausklick auf den entsprechenden button der Veranstalterseite besteht. Dieser Mausklick ist in der Dogmatik des Allgemeinen Teils nichts anderes als eine konkludente Willenserklärung (nicht anders als ein Kopfnicken).

³³ Die betreffenden Entscheidungen gehören zur Pflichtlektüre für jeden Examenskandidaten: *LG Münster*, JA 2000, 628; *OLG Hamm*, ZIP 2001, 291; *BGH*, NJW 2002, 363 = JuS 2002, 219.

Mit der Methodik des allgemeinen Teils des BGB können also auch solche modernen Formen des Vertragsschlusses bewältigt werden.

III. Dissens, §§ 154, 155 BGB

Die *Auslegungsregeln* der §§ 154, 155 BGB spielen in der Praxis und im Examen eine wesentlich geringere Rolle, als es ihr Wortlaut, der häufig zu passen scheint, nahe legt. Es ist nämlich folgendes zu beachten:

1. Haben die Parteien *objektiv* (also jeweils vom Empfängerhorizont aus) etwas Übereinstimmendes erklärt und hat lediglich eine der Parteien subjektiv etwas anderes erklären wollen, so liegt *kein* Dissens i.S.d. §§ 154, 155 BGB vor. Der Vertrag ist vielmehr wirksam. Derjenige, der einem Irrtum unterlegen ist, kann (lediglich) gem. § 119 I BGB anfechten, mit der Folge des § 122 BGB.

2. Haben sich die Parteien über die *notwendigen* Bestandteile eines Vertrages (essentialia negotii, beim Kaufvertrag z.B. der Kaufpreis) nicht geeinigt, so liegt ohnehin kein Vertrag vor. Auf die Regelungen der §§ 154, 155 BGB kommt es dann nicht an.

3. Offener Dissens, § 154 BGB

Sind sich beide Parteien bewusst, dass sie sich über einen Punkt nicht geeinigt haben, spricht man vom offenen Dissens. Dieser ist in § 154 BGB geregelt. Gem. der Auslegungsregel des § 154 I 1 BGB ist dann der Vertrag im Zweifel nicht geschlossen. Die Auslegung des Parteiwillens kann aber ergeben, dass die Parteien entgegen der Auslegungsregel des § 154 I 1 BGB die Wirksamkeit des Vertrages gewollt haben. Diese Annahme wird immer dann nahe liegen, wenn sie den Vertrag in Kenntnis des nicht geregelten Aspekts durchgeführt haben, also etwa beim Kaufvertrag die Ware und den Kaufpreis dem anderen übereignet haben, denn dann zeigen die Parteien, dass ihnen das Zustandekommen des Vertrages wichtiger ist als die Regelung des offenen Punktes.

4. Versteckter Dissens, § 155 BGB

Beim versteckten Dissens glauben die Parteien, sich geeinigt zu haben, während dies in Wirklichkeit nicht der Fall ist. Dann stellt die Auslegungsregel des § 155 BGB eine Vermutung dafür auf, dass die Wirksamkeit des Vertrages gewollt ist.

IV. Falsa demonstratio non nocet

Sind sich die Parteien inhaltlich einig, verwenden sie aber übereinstimmend im Vertrag eine unrichtige Bezeichnung, so gilt nicht das objektiv Erklärte, sondern das übereinstimmend Gewollte. Der Vertrag ist also mit dem in Wirklichkeit gewollten Inhalt wirksam.

Auch hierzu der Schulfall: „Haakjöringsköd“ (RGZ 99, 148)

V bietet dem K die Ladung des Dampfers „Jessica“ zum Kauf an, die er als „Haakjöringsköd“ bezeichnet, was im Norwegischen Haifischfleisch bedeutet. V glaubt aber, dass „Haakjöringsköd“ Walfischfleisch bedeutet. K glaubt dies ebenfalls und nimmt das Angebot an.

Es ist ein Vertrag über Walfischfleisch zustande gekommen, denn V und K wollten übereinstimmend einen Vertrag über Walfischfleisch. Sie haben lediglich eine objektiv unrichtige Bezeichnung für den Kaufgegenstand verwendet. Diese übereinstimmend verwendete Falschbezeichnung ist rechtlich unschädlich („falsa demonstratio non nocet“).

Diese Grundsätze reichen sogar soweit, dass auch eine für den Vertragsschluss bestimmte Form nichts an der Wirksamkeit des Vertrages mit dem übereinstimmend gewollten Inhalt ändert:

Verkauft etwa V dem K sein Grundstück (Parzelle 53) und nimmt der K, der das Grundstück kennt, das Angebot an, so kommt der Vertrag auch dann über dieses Grundstück zustande, wenn beide das Grundstück in dem Vertrag, der auch so notariell beurkundet wird, übereinstimmend als Parzelle 52 bezeichnet haben. Nach den Grundsätzen der falsa demonstratio gilt der Vertrag als über das Grundstück – Parzelle 53 – geschlossen. Der Vertrag ist auch nicht gem. §§ 125, 311 b BGB formnichtig, obwohl in dem notariellen Vertrag von der Parzelle 53 nicht die Rede ist. Die Grundsätze der falsa demonstratio überwinden hier also sogar die an sich

fehlende notarielle Form, da der Schutzzweck des § 311 b BGB (Schutz vor Übereilung) gewahrt ist. Denn die Parteien sind ja von einem Notar beraten worden.

6. Teil: Bedingung und Befristung, §§ 158 – 163 BGB

A. Bedingung

Gem. § 158 kann ein Rechtsgeschäft unter der Voraussetzung des Eintritts eines *zukünftigen ungewissen Ereignisses* (= Bedingung) vorgenommen werden.

I. Aufschiebende Bedingung, § 158 I BGB

Eine aufschiebende Bedingung liegt dann vor, wenn das Rechtsgeschäft erst mit Eintritt des ungewissen Ereignisses wirksam werden soll (Merkformel: „wenn, dann“).

II. Auflösende Bedingung, § 158 II BGB

Im Gegensatz dazu liegt eine auflösende Bedingung i.S.d. § 158 II BGB vor, wenn die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts mit dem Eintritt des Ereignisses enden soll (Merkformel: „wenn, dann nicht“).

III. Potestativbedingung

Von einer Potestativbedingung spricht man, wenn der Eintritt des Ereignisses vom *Willen* einer Partei abhängt.

IV. Eigentumsvorbehalt, §§ 929 S. 1, 158 I BGB

Der in der Praxis und in der Klausur bedeutsamste Anwendungsfall einer Bedingung dürfte die aufschiebend bedingte dingliche Einigung beim Eigentumsvorbehalt sein.

Beispiel: V verkauft dem K einen Pkw zum Preis von 10.000 €. Da K den Kaufpreis nicht sofort begleichen kann, wird vereinbart, dass der Kaufpreis in 10 monatlichen Raten zu je 1.000 € beglichen werden soll. K soll den Pkw aber sofort mitnehmen dürfen. Das Eigentum soll jedoch erst auf ihn übergehen, wenn er die letzte Rate beglichen hat.

V und K haben einen *unbedingten* Kaufvertrag geschlossen (Abstraktionsprinzip beachten!).

Die dingliche Einigung i.S.d. § 929 S. 1 BGB stand jedoch unter der Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung (§ 158 I BGB: Es handelt sich zugleich um eine aufschiebende und eine Potestativbedingung, weil die Kaufpreiszahlung ein

zukünftiges ungewisses Ereignis ist, das vom Willen des K abhängt). Eine Auslegungsregel zur Bedingtheit der dinglichen Einigung enthält § 449 I BGB.

Da die dingliche Einigung Voraussetzung des Eigentumsüberganges gem. § 929 S. 1 BGB ist, erwirbt K erst dann das Eigentum, wenn er die letzte Kaufpreisrate gezahlt hat. Vorher ist er (lediglich) Inhaber eines *Anwartschaftsrechts*, der jedoch immerhin gem. § 161 I BGB vor beeinträchtigenden Zwischenverfügungen des Verkäufers V (z.B. vor einer nochmaligen Übereignung des Pkw an den Dritten D) geschützt ist.

V. Bedingungsfeindliche Geschäfte

Gewisse Geschäfte können nicht unter einer Bedingung vorgenommen werden (Man spricht von „bedingungsfeindlichen Geschäften“).

1. Hierzu gehören die *Prozesshandlungen* (z.B. die Klageerhebung).

Eine Rückausnahme gilt wiederum für sog. *innerprozessuale Bedingungen*, also für solche Umstände, die von dem Verlauf des Prozesses und nicht von äußeren Umständen abhängen.

Beispiel: V klagt gegen K auf Herausgabe des unter Eigentumsvorbehalt veräußerten Pkw, weil K die Raten nicht wie vereinbart zahlt. Hilfsweise, für den Fall, dass K nicht mehr im Besitz der Sache ist, beantragt er, den K zur Zahlung von 10.000 € Schadensersatz zu verurteilen.

Der Hilfsantrag ist zulässig, obwohl er als Prozesshandlung unter der Bedingung steht, dass V nicht schon mit dem Hauptantrag, der auf Herausgabe der Sache gerichtet ist, Erfolg hat. Denn es handelt sich um eine sog. innerprozessuale Bedingung, deren Erfüllung allein von der Entscheidung des Richters hinsichtlich des Hauptantrages, mithin nicht von äußeren Umständen, abhängt.

2. Bedingungsfeindlich ist auch die *Ausübung von Gestaltungsrechten* (Anfechtung, Rücktritt), weil hier ein Schwebezustand vermieden werden soll. Eine Rückausnahme gilt hier für Potestativbedingungen, weil für den Erklärungsgegner keine Unsicherheit entsteht, wenn der Bedingungseintritt allein von seinem Willen abhängt.

B. Befristung, § 163 BGB

Von einer Befristung i.S.d. § 163 BGB spricht man (im Gegensatz zur Bedingung), wenn die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts von einem *gewissen* Ereignis (z.B. Ablauf eines kalendermäßigen Datums) abhängen soll.

§ 163 BGB erklärt die Regeln über die Bedingung im wesentlichen für entsprechend anwendbar.

7. Teil: Die Stellvertretung

In der Praxis einer komplexen und arbeitsteiligen Wirtschaftswelt ist der persönliche Vertragsschluss mit dem Vertragspartner heute eher die Ausnahme. Regelmäßig bedient sich der Geschäftsinhaber (bzw. die Organe der juristischen Person, wenn eine solche Geschäftsinhaberin ist) Hilfspersonen, um seine Geschäfte abzuwickeln. Gleichwohl kommt der Vertrag nur mit dem Geschäftsinhaber zustande, nicht mit der Hilfsperson, wenn die Voraussetzungen der Stellvertretung vorliegen, §§ 164 ff. BGB.

Gem. § 164 I BGB wirkt eine Willenserklärung, wenn eine wirksame Stellvertretung vorliegt, für und gegen den Vertretenen. Es geht also im Rahmen des § 164 I um einen Fall der **Zurechnung** fremden Verhaltens, nämlich um die Zurechnung von Willenserklärungen (während § 166 die Zurechnung von **Wissen** regelt und § 278 die Zurechnung von **Pflichtverletzungen** und von **Verschulden**).

In der Klausur muss die Zurechnungswirkung des § 164 I klargestellt werden. Weil dies erfahrungsgemäß zu oberflächlich geschieht, folgendes Formulierungsbeispiel:

Sachverhalt: Der Z betreibt ein Einzelhandelsunternehmen. K sucht dessen Geschäftsräume auf und einigt sich mit dem dort anwesenden Verkäufer S über den Kauf eines Fernsehgerätes zum Preis von 500 €.

Darstellung: I. Der Z könnte gegen den K einen Anspruch auf Zahlung von 500 € aus § 433 II haben.

1. Dann müssten sich Z und K über den Kauf eines Fernsehgerätes zum Preis von 500 € geeinigt haben. Der Z selbst hat sich mit K nicht geeinigt. Die Erklärung des S könnte ihm jedoch gem. § 164 I 1 zuzurechnen sein, wenn die Voraussetzungen der Stellvertretung vorliegen.

a) Dann müsste S eine eigene Willenserklärung abgegeben haben ... usw.

Voraussetzungen der Stellvertretung

1. Eigene Willenerklärung

→ Abgrenzung zum Boten

2. in fremdem Namen (Offenkundigkeit)

a) ausdrücklich oder konkludent, § 164 I 2 (wenn (-), dann § 164 II BGB)

b) Ausnahmen:

→ Unternehmensbezogenes Geschäft

→ Geschäft für den, den es angeht

3. mit Vertretungsmacht

a) Gesetzlich

→ Organe juristischer Personen (z.B. § 35 GmbHG)

→ Eltern für ihre Kinder (§ 1629 BGB)

→ bei Betreuung Geschäftsunfähiger: § 1902 BGB

b) Rechtsgeschäftlich (§ 167 BGB: Vollmacht)

c) kraft Rechtsscheins

→ Duldungsvollmacht

→ Anscheinsvollmacht

d) Ausschluss: §§ 181, 1629 II 1, 1795 BGB

e) Beschränkung: §§ 1821, 1822, 1643 BGB

f) Missbrauch der Vertretungsmacht

→ Kollusion

→ Evidenz des Missbrauchs

4. Rechtsfolge

Zurechnung der Willenserklärung des Vertreters, § 164 I BGB

I. Zulässigkeit der Stellvertretung

Die Zurechnung fremder Willenserklärungen gem. § 164 I BGB setzt zunächst voraus, dass eine Stellvertretung überhaupt zulässig ist.

Grundsätzlich ist die Stellvertretung bei jeder Willenserklärung zulässig. Deshalb prüft man die Zulässigkeit der Stellvertretung in der Examensarbeit nur, wenn Zweifel an der Zulässigkeit bestehen.

1. Unzulässig ist die Stellvertretung bei bestimmten *höchstpersönlichen* Rechtsgeschäften.

So muss man zur Eingehung der Ehe noch immer persönlich vor dem Standesbeamten erscheinen (§ 1311 BGB). Auch das Testament kann nur eigenhändig (§ 2247 BGB) und persönlich errichtet werden (§ 2064 BGB).

2. Dagegen ist bei Auflassung (§ 925 BGB), also der dinglichen Einigung vor einem Notar bei der Übereignung von Grundstücken, die Stellvertretung zulässig. Denn § 925 I 1 BGB verlangt zwar die gleichzeitige Anwesenheit beider Parteien vor dem Notar, nicht aber die *persönliche* Anwesenheit. In der Praxis fungiert häufig ein Mitarbeiter des beurkundenden Notars als Stellvertreter einer Partei.

II. Eigene Willenserklärung / Abgrenzung von der Botenschaft

Das Merkmal der eigenen Willenserklärung dient der Abgrenzung des Stellvertreters vom Boten. Während der Stellvertreter eine eigene Willenserklärung abgibt, übermittelt der Bote eine *fremde* Willenserklärung.

Besonders deutlich ist die Abgrenzung bei einer schriftlichen Willenserklärung, denn während der Stellvertreter den Brief selbst schreibt, überbringt der Bote regelmäßig einen fremden Brief.³⁴

Der Stellvertreter hat also einen eigenen Entscheidungsspielraum, der Bote dagegen nicht. Aus diesem Grund ist für die Stellvertretung gem. § 165 BGB zumindest die beschränkte Geschäftsfähigkeit erforderlich, nicht dagegen für die Botenschaft. Bote kann daher auch eine geschäftsunfähige Person sein.

³⁴ *Medicus*, BR, Rn. 77.

Zugleich folgt aus der Voraussetzung, dass der Stellvertreter eine eigene *Willenserklärung* abgeben muss, dass eine Stellvertretung bei Realakten (z.B. Verarbeitung, Besitzergreifung) ausscheidet.³⁵

Die Abgrenzung zwischen Stellvertreter und Boten kann im Einzelfall schwierig sein, weil auch der Stellvertreter Weisungen des Geschäftsherrn unterliegen kann (vgl. § 166 II BGB: der sog. „Vertreter mit gebundener Marschroute“).

III. Offenkundigkeit

Die Stellvertretung setzt gem. § 164 I 1 BGB voraus, dass der Vertreter „im Namen des Vertretenen“ handelt (sog. Offenkundigkeit). Diese Voraussetzung dient dem Schutz des Vertragspartners, denn er muss wissen, wer sein Vertragspartner ist.

1. Abgrenzung von der sog. mittelbaren „Stellvertretung“

Wegen der Voraussetzung der Offenkundigkeit handelt es sich bei der sog. „mittelbaren Stellvertretung“ gerade *nicht* um einen Fall der Stellvertretung, sondern um ein Eigengeschäft des Handelnden. Die Bezeichnung als „mittelbare Stellvertretung“ ist also irreführend.

Als mittelbare Stellvertretung bezeichnet man insbesondere sog. Strohmanngeschäfte, bei denen der Handelnde gerade nicht offen legt, dass er für einen anderen handelt. Typischer Fall der mittelbaren Stellvertretung ist das Kommissionsgeschäft gem. §§ 383 ff. HGB.

Beispiel: X will ein wertvolles Gemälde erwerben. Er möchte aber nicht, dass der Erwerb durch ihn öffentlich bekannt wird. Daher beauftragt er den Y mit dem Erwerb von dem Verkäufer V auf seine (des X) Kosten. Y sucht den V auf und erklärt ihm, er wolle das Bild kaufen. V ist einverstanden.

Der Kaufvertrag ist zwischen V und Y zustande gekommen. X ist an diesem Rechtsverhältnis nicht beteiligt, selbst wenn er dem Y das Bargeld übergeben hat, um das Bild zu erwerben. Es besteht jedoch zwischen X und Y ein Rechtsverhältnis, kraft dessen er zur Übertragung des Eigentums an seinen Hintermann X verpflichtet ist. Dieses Rechtsverhältnis ist ein Auftrag (§ 662 BGB), wenn Y unentgeltlich tätig

³⁵ Brox, AT, Rn. 470.

wird. Der Anspruch des X gegen Y auf Herausgabe des Bildes ergibt sich dann aus § 667 BGB.

Handelt Y entgeltlich, so handelt es sich um einen Geschäftsbesorgungsvertrag (§ 675 BGB). Der Herausgabeanspruch des X gegen Y ergibt sich dann aus §§ 675, 667 BGB.

Ist Y sogar Kommissionär, dann liegt ein Kommissionsvertrag gem. § 383 HGB vor. Der Herausgabeanspruch des X gegen Y ergibt sich dann aus § 384 II HGB.

2. Voraussetzungen des Handelns in fremdem Namen

Der gesetzliche Regelfall des ausdrücklichen Handelns in fremdem Namen ist erfüllt, wenn der Vertreter beim Vertragsschluss erklärt, er handele im Namen des Vertretenen.

Da jedoch die Voraussetzung der Offenkundigkeit lediglich dem Schutz des Vertragspartners dient, reicht es aus, wenn sich für diesen das Handeln in fremdem Namen aus den Umständen ergibt, § 164 I 2 BGB. In solchen Fällen, in denen der Schutzzweck der Offenkundigkeit erreicht ist, wäre es unnötiger Formalismus, vom Vertreter eine ausdrückliche Erklärung über das Handeln in fremdem Namen zu verlangen.

Ein solcher Umstand, aus dem sich das Handeln im fremdem Namen ergibt, kann etwa die Tatsache sein, dass der Vertreter seit Jahren ausschließlich als Stellvertreter des X bei dem V Waren einkauft.

3. im Zweifel Eigengeschäft des Vertreters, § 164 II BGB

Hat der Vertreter nicht ausdrücklich erklärt, dass er für einen anderen handelt, und ergibt sich dies auch nicht aus den Umständen i.S.d. § 164 I 2 BGB, so kommt gem. § 164 II BGB der Vertrag mit dem Vertreter zustande. Bleiben daher nach Auslegung der Erklärung des Vertreters und unter Berücksichtigung der Umstände i.S.d. § 164 I 2 BGB Zweifel an der Offenkundigkeit, so gehen diese Zweifel zu Lasten des Vertreters. Es liegt dann ein Eigengeschäft des Vertreters vor. Wird der Vertreter von dem Vertragspartner in Anspruch genommen, so muss der Vertreter im Prozess beweisen, dass er ausdrücklich in fremdem Namen gehandelt hat oder dass

sich die Offenkundigkeit aus den Umständen ergeben hat.³⁶ Kann er dies nicht, so wird er zur Erfüllung des Vertrages verurteilt.

Fraglich könnte sein, ob der Vertreter seine Willenserklärung, die sich nach § 164 II BGB als Eigengeschäft darstellt, wegen Irrtums anfechten kann. Es könnte ein Inhaltsirrtum gem. § 119 I 1. Alt. BGB vorliegen, weil das, was der Vertreter objektiv erklärt hat (Eigengeschäft), nicht mit dem übereinstimmt, was der Vertreter subjektiv erklären wollte (Angebot oder Annahme im Namen des Vertretenen) oder ein Erklärungsirrtum (§ 119 I 2. Alt. BGB), wenn der Vertreter sich nur versprochen hat. Wenn § 164 II BGB jedoch erklärt, dass der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, „nicht in Betracht kommt“, so bezieht sich das auch auf einen Ausschluss der Anfechtbarkeit.

Der Vertreter kann daher nicht anfechten und bleibt daher an den Vertrag gebunden.

Durch diese Rechtslage wird der Vertreter nicht unangemessen benachteiligt, denn er hätte es in der Hand gehabt, die Stellvertretung offenzulegen. Auf der anderen Seite ist die Regelung des § 164 II BGB im Interesse des Vertragspartners zwingend geboten, denn ihm gegenüber wurde ja eine Willenserklärung abgegeben, und er ist in seinem Vertrauen darauf, dass jedenfalls eine Person ihm gegenüber verpflichtet ist, erkennbar schutzwürdig. Er muss sich um das Innenverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem nicht kümmern. Dies obliegt vielmehr dem Vertreter selbst. Genügt der Vertreter dieser Obliegenheit nicht, so ist es nicht unbillig, dass er im Zweifel selbst haftet, § 164 II BGB.

4. Ausnahmen vom Offenkundigkeitsgrundsatz

a) Das unternehmensbezogene Geschäft

Eine in der Praxis und im Examen bedeutsame Ausnahme vom Offenkundigkeitsgrundsatz ist das unternehmensbezogene Geschäft.

Von einem unternehmensbezogenen Geschäft spricht man, wenn im Rahmen eines Gewerbebetriebes ein Vertrag geschlossen wird, typischerweise, wenn die Vertragsverhandlungen in den Geschäftsräumen eines Unternehmens stattfinden.

³⁶ Palandt / *Heinrichs*, § 164, Rn. 18.

Sucht etwa der Kunde die Geschäftsräume eines Einzelhandelskaufhauses auf und lässt er sich von einem Verkaufsangestellten beraten, woraufhin es zum Kauf eines Computers kommt, so ist nicht der Verkaufsangestellte der Vertragspartner des Kunden, auch wenn er die Stellvertretung für den Geschäftsinhaber nicht offengelegt hat. Aus dem Umständen ergibt sich vielmehr, dass der Angestellte als Stellvertreter des Geschäftsinhabers (bzw. der das Geschäft betreibenden Aktiengesellschaft oder GmbH) handelt, § 164 I 2 BGB. Im Gegenteil wäre es sogar vollkommen sozial unüblich, wenn der Angestellte jeden Kunden ausdrücklich darüber aufklärte, dass er im Namen des Geschäftsinhabers handelt.

Die Fälle des unternehmensbezogenen Geschäfts lassen sich also häufig unter die Vorschrift des § 164 I 2 BGB subsumieren, so dass es sich nicht um eine echte Ausnahme vom Offenkundigkeitsgrundsatz handelt.

b) Das Geschäft für den, den es angeht

Von einem Geschäft für den, den es angeht, spricht man bei *Bargeschäften des täglichen Lebens* (etwa beim Erwerb von Lebensmitteln für einen Dritten gegen sofortige Barzahlung).

Hier fehlt ein Schutzbedürfnis des Vertragspartners, denn da er sein Geld sofort erhält, ist es für ihn gleichgültig, ob der Handelnde oder ein Hintermann sein Vertragspartner wird.

Der Vertrag kommt also in diesen Fällen zwischen dem Verkäufer und dem Hintermann zustande, obwohl der „Vertreter“ die Stellvertretung nicht offengelegt hat (beachte den Unterschied zur mittelbaren Stellvertretung, s.o. Dort liegt ein Eigengeschäft des Handelnden (z.B. des Kommissionärs) vor).

Erforderlich ist nur, dass der Stellvertreter für den Vertretenen handeln will („Fremdwirkungswille“). Ausnahmsweise muss dieser Wille aber nicht gem. § 164 I BGB offenkundig gemacht werden.³⁷

c) Handeln unter fremdem Namen

Gibt sich der Handelnde (X) als jemand anders aus (z.B. als der Y), so liegt kein Handeln in fremdem Namen vor, sondern ein sog. Handeln unter fremdem Namen.

³⁷ Palandt / *Heinrichs*, § 164, Rn. 8.

Der Handelnde macht in diesem Fall gerade nicht deutlich, dass der Handelnde und derjenige, der durch die Erklärung gebunden sein soll, personenverschieden sind. Da das Offenkundigkeitserfordernis dem Schutz des Erklärungsempfängers dient, ist hinsichtlich der rechtlichen Behandlung dieser Fallgruppe zu differenzieren:

aa) Ist dem Empfänger der Name des Vertragspartners **gleichgültig** („**Namenstäuschung**“), so liegt ein Eigengeschäft des Vertreters vor. Derjenige, unter dessen Namen gehandelt wurde, wird nicht gebunden. Es handelt sich in dieser Konstellation nicht um einen Fall der Stellvertretung und daher auch nicht um eine Ausnahme vom Offenkundigkeitsprinzip.

Beispiel nach Brox³⁸: Mietet M bei dem Hotelier H ein Zimmer und gibt er sich dabei als B aus, so kommt der Vertrag zwischen H und M zustande, da dem H die Identität des Mieters gleichgültig ist. Er will den Vertrag mit derjenigen Person abschließen, die vor ihm steht.

bb) Kommt es dem Vertragspartner jedoch auf die Identität des anderen Teils an („**Identitätstäuschung**“, z.B. bei Kreditgeschäften), so will der Vertragspartner mit der Person abschließen, unter dessen Namen der „Vertreter“ gehandelt hat. Es liegt also ein Fremdgeschäft vor. Dies rechtfertigt es die Regelungen über die Stellvertretung (§§ 164 I, 177 ff. BGB) anzuwenden. In dieser Konstellation stellt also das „Handeln unter fremdem Namen“ eine weitere Ausnahme von der Voraussetzung der Offenkundigkeit dar.

Beispiel nach Brox³⁹: Der insolvente S nimmt unter dem Namen des bekanntermaßen kreditwürdigen X einen Kredit bei der B-Bank auf.

Der Vertrag könnte zwischen X und der B-Bank zustande gekommen sein (§ 164 I BGB). Zwar hat der S nicht *im* Namen des X, sondern *unter* seinem Namen gehandelt (daher keine Offenkundigkeit). Da es der X-Bank jedoch gerade auf die Kreditwürdigkeit des X ankam, greift jedoch die Ausnahme des Handelns unter fremdem Namen ein, so dass der Mangel der Offenkundigkeit hier überwunden wird.

³⁸ Brox, AT, Rn. 485.

³⁹ Brox, AT, Rn. 486.

Da S jedoch auch ohne Vertretungsmacht für X handelte, kommt der Vertrag nur dann zustande, wenn X ihn genehmigt (§ 177 BGB). Anderenfalls muss die Bank sich an S halten (§ 179 BGB).

IV. Vertretungsmacht

Eine Zurechnung der Willenserklärung des Vertreters zum Vertretenen ist schließlich nur gerechtfertigt, wenn ein Zurechnungstatbestand vorliegt, also eine Rechtsmacht des Vertreters, für einen Dritten zu handeln. Deshalb rechnet § 164 I 1 BGB nur solche Willenserklärungen dem Vertretenen zu, bei deren Abgabe der Vertreter „im Rahmen der ihm zustehenden Vertretungsmacht“ gehandelt hat.

Die Vertretungsmacht kann auf Gesetz, Rechtsgeschäft oder Rechtsschein beruhen.

- Hinweis zur *Terminologie*: Die durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht (und nur diese !) bezeichnet das Gesetz (§ 166 II 1 BGB) als **Vollmacht**.

1. Die gesetzliche Vertretungsmacht

Gesetzliche Vertretungsmacht haben:

- a) Eltern für ihre Kinder: § 1629 BGB
- b) Der Vormund für das Mündel: § 1793 BGB
- c) Der Betreuer für den Betreuten: § 1902 BGB
- d) Organe von Kapitalgesellschaften für die juristische Person:
 - aa) Der Geschäftsführer für die GmbH, § 35 GmbHG
 - bb) Der Vorstand für die Aktiengesellschaft, § 78 I AktG
 - cc) Der Vorstand für den rechtsfähigen Verein, § 26 II 1 BGB
- e) Die persönlich haftenden Gesellschafter für die Personengesellschaft
 - aa) Jeder geschäftsführende Gesellschafter der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, § 714 BGB
 - bb) Jeder geschäftsführende Gesellschafter der OHG, § 125 HGB
 - cc) Der Komplementär für die KG (§§ 161 II, 125 HGB), nicht aber der Kommanditist (§ 170 HGB) ! Da der Kommanditist nur beschränkt haftet und daher ein geringeres Risiko übernimmt als der Komplementär, soll er auch in geringerem Umfang Einfluss auf die Geschäfte der Gesellschaft haben. Es ist aber selbstverständlich möglich, dem Kommanditisten

Vollmacht zu erteilen. Dieser handelt dann aufgrund *rechtsgeschäftlicher* Vertretungsmacht, aber nicht aufgrund gesetzlicher Vertretungsmacht.

2. Besonderheiten

a) Gesetzliche Verpflichtungsermächtigung, § 1357 BGB

Keinen Fall von gesetzlicher Vertretungsmacht regelt nach hM § 1357 BGB (sog. Schlüsselgewalt). Vielmehr handelt es sich bei § 1357 BGB um einen Fall der gesetzlichen Verpflichtungsermächtigung. Die Verpflichtungsermächtigung unterscheidet sich von der Stellvertretung dadurch, dass der Stellvertreter in *fremdem* Namen handelt (Offenkundigkeit, s.o.), während der Handelnde bei der Verpflichtungsermächtigung im *eigenen* Namen handelt, die Rechtswirkungen seines Handelns jedoch dennoch (auch) bei einem Dritten eintreten sollen.

aa) Nach ganz hM⁴⁰ ist die Erteilung einer Verpflichtungsermächtigung (analog § 185 BGB: Die Analogie ist erforderlich, weil § 185 BGB nur Verfügungsgeschäfte regelt) **durch Rechtsgeschäft unzulässig**, weil sie eine klare Umgehung der Offenkundigkeitsvoraussetzung des § 164 I BGB darstellt.

bb) § 1357 BGB erlaubt jedoch kraft *Gesetzes* in einem Ausnahmefall, dass die Rechtswirkungen der Erklärung des einen Ehegatten auch den anderen treffen, obwohl der Handelnde nicht (auch) im Namen des anderen Ehegatten gehandelt hat. Da also § 1357 BGB auf die Offenkundigkeit verzichtet, handelt es sich nicht um einen Fall der Stellvertretung, sondern um einen Fall der gesetzlichen Verpflichtungsermächtigung.

b) Prokura, §§ 48 ff. HGB

Ebenfalls kein Fall der gesetzlichen Vertretungsmacht (sondern ein Fall der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht) ist die Prokura gem. §§ 48 ff. HGB.

⁴⁰ Medicus, BR, Rn. 29 mwN.

Denn die Prokura wird durch Rechtsgeschäft erteilt. Lediglich der *Umfang* der Vertretungsmacht ist *gesetzlich typisiert* (vgl. §§ 49, 50 HGB).

3. Rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht: Vollmacht

a) Erteilung, § 167 I BGB

Die Vollmacht wird durch eine empfangsbedürftige Willenserklärung erteilt. Empfänger dieser Erklärung ist regelmäßig der zu Bevollmächtigende (§ 167 I 1. Alt. BGB, sog. Innenvollmacht). Diese Bevollmächtigung kann zusätzlich nach außen bekanntgegeben werden (vgl. § 171 I BGB). Man spricht dann von einer nach außen kundgemachten Innenvollmacht.

Schließlich kann die Vollmacht auch gegenüber dem Vertragspartner erteilt werden (§ 167 I 2. Alt. BGB, sog. Außenvollmacht).

Weiterhin unterscheidet man Haupt- und Untervollmacht. Bevollmächtigt der Vertreter V eine weitere Person (U) zur Vertretung des Geschäftsherrn (G), so nennt man die dem U erteilte Vollmacht Untervollmacht. Ob diese Bevollmächtigung wirksam ist, hängt davon ab, ob die Vertretungsmacht des V sich darauf erstreckte, eine weitere Person zu bevollmächtigen.

Arten der Vollmacht, § 167 I BGB

1. Erteilung gegenüber zu Bevollmächtigendem: *Innenvollmacht*
2. Erteilung gegenüber zu Bevollmächtigendem
und Bekanntgabe nach außen: *Kundgemachte Innenvollmacht*
3. Erteilung gegenüber dem Vertragspartner: *Außenvollmacht*
4. Erteilung durch Vertreter: *Untervollmacht*

b) Form

Die Erteilung der Vollmacht bedarf grundsätzlich keiner Form, und zwar gem. § 167 II BGB selbst dann nicht, wenn das Rechtsgeschäft, das der Vertreter vornimmt, selbst formbedürftig ist.

Etwas anderes gilt aber, wenn der Schutzzweck einer gesetzlichen Formvorschrift dies gebietet. In diesen Fällen ist § 167 II BGB teleologisch zu reduzieren.

aa) Grundstücksgeschäfte, § 311 b BGB

Wegen der erheblichen wirtschaftlichen Bedeutung eines Grundstücksgeschäfts verlangt § 311 b BGB die notarielle Beurkundung eines Grundstückskaufvertrages (Warnfunktion und Übereilungsschutz durch die notarielle Form). Erteilt aber der Vertretene dem Vertreter eine *unwiderrufliche* Vollmacht zum Abschluss eines solchen Grundstücksgeschäfts, so ist er materiell durch die Vollmachtserteilung in derselben Weise gebunden, als ob er selbst den Vertrag schon abschliesse. Denn eine *unwiderrufliche* Vollmacht kann der Vollmachtgeber nicht ohne weiteres wieder durch einseitige Erklärung aus der Welt schaffen.

Der Zweck des § 311 b BGB (Warn- und Beratungsfunktion, Übereilungsschutz) würde daher nicht erreicht, wenn der Vertretene eine solche unwiderrufliche Vollmacht formfrei erteilen könnte, wie es dem Wortlaut des § 167 II BGB entspräche. Daher ist § 167 II BGB in diesem Fall teleologisch dahingehend zu reduzieren, dass die Erteilung einer unwiderruflichen Vollmacht zu einem Grundstücksgeschäft der notariellen Form bedarf.

Beachte: Für den Regelfall der *widerruflichen* Vollmacht (vgl. § 168 S. 2 BGB) bleibt es auch bei Grundstücksgeschäften bei der Formfreiheit gem. § 167 II BGB, obwohl auch die *widerrufliche* Vollmacht in diesen Fällen ein erhebliches wirtschaftliches Risiko für den Vertretenen bedeutet.

bb) Bürgschaft, § 766 BGB

Auch die Bürgschaft birgt wie ein Grundstücksgeschäft ein erhebliches wirtschaftliches Risiko. Unter Umständen zahlt der Bürge ein Leben lang für eine fremde Schuld, ohne selbst eine Gegenleistung zu erhalten.

Deshalb ordnet § 766 BGB für den Bürgschaftsvertrag die Schriftform (§ 126 BGB) an (erneut: Warnfunktion, Übereilungsschutz).

Wegen dieser *Formenstrenge* im Bürgschaftsrecht hat der *BGH* auch hier § 167 II BGB teleologisch reduziert und entschieden, dass ein Nichtkaufmann (bei

Kaufleuten gilt § 350 HGB) eine Vollmacht zum Abschluss eines Bürgschaftsvertrages nur schriftlich erteilen kann.⁴¹

c) Abstraktheit der Vollmacht

Engagiert jemand einen anderen, um für ihn in seinem Namen ein Geschäft zu tätigen, so sind zwei Rechtsbeziehungen zu unterscheiden. Zum einen die Beauftragung als solche (Grundgeschäft). Diese kann ein Auftrag sein (§ 662 BGB), wenn der Vertreter unentgeltlich handelt, oder ein Arbeitsvertrag (§ 611 BGB), wenn der Vertreter Arbeitnehmer des Vertretenen ist.

Zum anderen die Erteilung der Vollmacht. Diese ist von dem Grundgeschäft zu trennen und abstrakt, wie die Regelung des § 168 BGB zeigt.

aa) Endet jedoch das Grundverhältnis (z.B. weil der Auftrag zum Erwerb eines bestimmten Gemäldes auf ein Jahr befristet war und dieses Jahr abgelaufen ist), so erlischt auch die Vollmacht gem. § 168 S. 1 BGB.

bb) Die Vollmacht kann jedoch auch isoliert widerrufen werden (§ 168 S. 2 BGB). Wurde z.B. einem Arbeitnehmer eine Vollmacht zum Erwerb von bestimmten Waren erteilt und gelangt der Geschäftsherr zu der Überzeugung, dass der Arbeitnehmer mit dieser Aufgabe überfordert ist, will er ihn jedoch als Arbeitnehmer behalten, so kann er die Vollmacht gem. § 168 S. 2 BGB widerrufen. Den Bestand des Grundverhältnisses (Arbeitsvertrag) berührt dies nicht.

d) Erlöschen der Vollmacht, § 168 BGB

Wie oben gezeigt, erlischt eine Vollmacht entweder durch ihren Widerruf (§ 168 S. 2 BGB) oder durch das Erlöschen des der Bevollmächtigung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses (§ 168 S. 1 BGB), vgl. oben c).

Handelt es sich um eine Außenvollmacht (vgl. oben a)), so muss dem Dritten das Erlöschen der Vollmacht angezeigt werden, sonst bleibt sie ihm gegenüber in Kraft (§ 170 BGB).

⁴¹ BGH, NJW 1996, 1469; instruktiv Karsten Schmidt, JuS 1996, 846 ff.

e) Anfechtung der Vollmacht

Wie jede Willenserklärung kann auch die Vollmachtserteilung grundsätzlich angefochten werden gem. §§ 119 ff. BGB, wenn sich der Vollmachtgeber bei Erteilung der Vollmacht geirrt hat (§ 119 BGB) oder wenn er getäuscht oder bedroht wurde (§ 123 BGB).⁴² Hat jedoch der Vertreter schon von der Vollmacht Gebrauch gemacht, indem er mit einem Dritten einen Vertrag im Namen des Vertretenen geschlossen hat, so wirkt sich die Anfechtung der Vollmacht auch auf den Dritten aus. Denn wegen der Rückwirkung der Anfechtung (§ 142 I BGB) hätte der Vertreter dann als Vertreter ohne Vertretungsmacht gehandelt (§§ 177 ff. BGB). Der Vertretene wäre nicht an die Erklärung gebunden, wenn er nicht das Geschäft genehmigt. Der Dritte müsste sich an den Vertreter halten (§ 179 BGB). Deshalb ist zu differenzieren:

aa) Anfechtung vor Betätigung der Vollmacht

Bevor der Vertreter von der Vollmacht Gebrauch gemacht hat, ist die Anfechtung der Vollmacht zulässig. Zwar kann der Vollmachtgeber ohne weiteres die Vollmacht *widerrufen* gem. § 168 S. 2 BGB. Das hindert jedoch nach hM nicht die Möglichkeit der Anfechtung. Im Zivilrecht gilt generell, dass Institute *nebeneinander* Anwendung finden (z.B. grundsätzlich Anspruchskonkurrenz), wenn nicht das Gesetz anordnet oder sachliche Gründe dafür sprechen, dass ein Institut dem anderen vorgeht.

bb) Problem: Anfechtung der betätigten Vollmacht

Problematisch und ein beliebtes Thema in Examensarbeiten ist dagegen die Frage, ob eine Anfechtung der Vollmacht noch möglich ist, wenn der Vertreter von der Vollmacht *Gebrauch gemacht* hat, also insbesondere einen Vertrag mit einem Dritten im Namen des Vertretenen geschlossen hat (Stichwort: *Anfechtung einer betätigten Innenvollmacht*).

(1) 1. Problem: Möglichkeit der Anfechtung

Ob die betätigte Vollmacht noch angefochten werden kann, ist umstritten:

⁴² Zur Anfechtung vgl. *Go-Jura*-Skript BGB AT 2.

Beispiel nach *Medicus*:⁴³ E erteilt V schriftliche Vollmacht. Bei Erstellung der Vollmachtsurkunde vergisst die Sekretärin des E, den von ihm diktierten Zusatz „bis zu einem Betrag von 1.000 €“ hinzuzufügen. E unterschreibt die Vollmachtsurkunde, ohne den Fehler zu bemerken, und händigt sie V aus. V kauft von D einen Fernseher im Namen des E zum Preis von 5.000 €.

Kann E die Vollmacht gegenüber V anfechten (mit der Wirkung, dass er dem D den Kaufpreis nicht entrichten muss) ?

- (a) Nach einer Mindermeinung kann die betätigte Vollmacht nicht mehr angefochten werden.⁴⁴ Bei der Anfechtung komme es gem. § 166 BGB auf den Irrtum *des Vertreters* an. Könne der Vertretene zudem noch die Vollmacht wegen eines *eigenen* Irrtums anfechten, so verschaffe er sich eine zusätzliche Möglichkeit, sich vom Vertrag zu lösen.
- (b) Nach der hM⁴⁵ bleibt es dabei, dass die Vollmachtserteilung eine Willenserklärung ist, die mangels gesetzlicher Ausnahmegvorschrift im Falle eines Anfechtungsgrundes (§§ 119, 123 BGB) auch angefochten werden können muss. Das Interesse des Vertragspartners, einen solventen Anspruchsgegner zu erhalten, kann bei der Antwort auf die Frage, wer in diesen Fällen Anfechtungsgegner ist (s.u.) berücksichtigt werden.

(2) 2. Problem: Wer ist Anfechtungsgegner ?

Bejaht man mit der hM die grundsätzliche Möglichkeit der Anfechtung einer betätigten Vollmacht (s.o.), so stellt sich das Folgeproblem⁴⁶, wer bei der Anfechtung der Vollmacht Anfechtungsgegner ist.

- (a) Nach der gesetzlichen Regelung des § 143 III 1 BGB (Vollmachtserteilung = einseitiges Rechtsgeschäft) wäre *der Vertreter* der Anfechtungsgegner.⁴⁷ Dies

⁴³ *Medicus*, Bürgerliches Recht, Rn. 96.

⁴⁴ *Brox*, AT, Rn. 528; *Brox*, JA 1980, 449, 451; zweifelnd *Medicus*, BR, Rn. 96.

⁴⁵ Palandt / *Heinrichs*, § 167, Rn. 3.

⁴⁶ Schon deshalb empfiehlt es sich in der Klausur bei der Frage der Möglichkeit der Anfechtung der hM zu folgen.

⁴⁷ Palandt / *Heinrichs*, § 167, Rn. 3.

hätte zur Folge, dass der Vertragspartner (D) nur einen Anspruch gegen den Vertreter (V) aus § 179 BGB hätte, nicht aber einen direkten Anspruch gegen den Vertretenen (E). Der Vertreter wiederum hätte einen Anspruch gegen den Vertretenen aus § 122 BGB (*Anspruchskette*).

- (b) Eine solche Anspruchskette würde den Interessen des Vertragspartners (D) nicht gerecht. Er hat ursprünglich einen wirksamen Anspruch gegen den Vertretenen (E) erworben. Durch die Anfechtung der Vollmacht darf er nicht auf den Anspruch aus § 179 BGB gegen den Vertreter verwiesen werden, der häufig weniger zahlungsfähig ist als der Geschäftsherr (E).

Zudem richtet sich die Anfechtung der Vollmacht in der Sache gegen die Wirksamkeit des Vertrages mit D. Daher ist es auch gerechtfertigt, dass E die Vollmacht gegenüber dem Vertragspartner (D) anfechten muss.⁴⁸ Die betätigte Innenvollmacht (gegenüber V) wird also insoweit wie eine Außenvollmacht behandelt.

- (c) Folgt man der überzeugenden zweiten Auffassung, so ergibt sich folgendes: E kann die Vollmacht gem. §§ 119 I, 142 BGB anfechten, und zwar durch Erklärung gegenüber dem Vertragspartner D. E muss dann den Kaufpreis nicht bezahlen, weil die Willenserklärung des V mangels Vertretungsmacht nicht für und gegen ihn wirkt (§§ 142 I, 177 BGB).

E muss dem D aber seinen Vertrauensschaden gem. § 122 BGB ersetzen. Im Gegenzug für diesen Anspruch hat D dann allerdings keinen Anspruch gegen den V mehr aus § 179 BGB (obwohl V wegen § 142 I BGB als Vertreter ohne Vertretungsmacht gehandelt hat), weil D ansonsten über seine Schutzwürdigkeit hinaus privilegiert würde, indem er zwei Anspruchsgegner (E und V) für seinen Vertrauensschaden hätte.

f) Folgen des Erlöschens der Vollmacht

Ist die Vollmacht gem. § 168 BGB erloschen und handelt der ehemalige Vertreter gleichwohl weiterhin im Namen des Vertretenen, so handelt er als Vertreter ohne

⁴⁸ Medicus, BR, Rn. 96.

Vertretungsmacht. Das Rechtsgeschäft ist schwebend unwirksam. Seine Wirksamkeit hängt von der Genehmigung des Vertretenen ab (§ 177 BGB). Genehmigt dieser nicht, so haftet der Vertreter als Vertreter ohne Vertretungsmacht (sog. falsus procurator, § 179 BGB).

4. Rechtsscheinsvollmacht

a) Allgemeine Rechtsscheinsgrundsätze

Im gesamten Zivilrecht gilt, dass derjenige, der im Rechtsverkehr einen Vertrauenstatbestand schafft, demjenigen haftet, der gutgläubig auf diesen Tatbestand vertraut.

Allgemeine Voraussetzungen einer Rechtsscheinhaftung

1. Rechtsscheinstatbestand
2. Zurechenbar veranlasst
3. Gutgläubigkeit des Dritten

Im Rahmen der Frage der Vertretungsmacht haben diese Grundsätze besondere Ausprägungen erfahren durch die Entwicklung der Institute der Duldungsvollmacht und der Anscheinsvollmacht.

b) Duldungsvollmacht

Bei der Duldungsvollmacht handelt der Vertreter ohne Vertretungsmacht. Der „Vertretene“ weiß dies und duldet es. Der Dritte muss zudem auf den durch die Duldung geschaffenen Rechtsschein gutgläubig vertraut haben. Daran fehlt es, wenn er wusste, dass niemals eine Bevollmächtigung des Vertreters vorgelegen hat.

Voraussetzungen der Duldungsvollmacht

1. Handeln des „Vertreters“ für den „Vertretenen“ ohne Vertretungsmacht während eines gewissen Zeitraums (= Rechtsscheinstatbestand)
2. Duldung des Handelns durch den Vertretenen (zurechenbare Veranlassung des Rechtsscheins)
3. Guter Glaube des Vertragspartners; fehlt, wenn er das Fehlen der Vollmacht kannte

In dogmatischer Hinsicht ist umstritten, ob die Duldungsvollmacht überhaupt einen Rechtsscheinstatbestand darstellt. Bedeutung hat dieser Streit deshalb, weil Rechtsscheinstatbestände nicht anfechtbar gem. §§ 119 ff. BGB sind, während eine rechtsgeschäftlich (sei es auch konkludent) erteilte Vollmacht angefochten werden kann.

aa) Eine Auffassung sieht in der Duldung des Handelns des Vertreters ohne Vertretungsmacht die konkludente Erteilung einer Vollmacht.⁴⁹ Nach dieser Meinung ist die Duldungsvollmacht also keine Rechtsscheinsvollmacht. Sie könnte daher gem. § 119 BGB wegen Irrtums angefochten werden.

bb) Die Gegenauffassung ordnet die Duldungsvollmacht als Rechtsscheinstatbestand ein.⁵⁰ Dann ist eine Anfechtung ausgeschlossen.

cc) Der letztgenannten Auffassung ist zuzustimmen. Die bloße Duldung – also letztlich das Schweigen des Vertretenen – ist keine Willenserklärung (auch keine konkludente). Der bloße rechtspolitische Wille, eine Anfechtung zuzulassen, rechtfertigt es nicht, den Grundsatz, dass dem Schweigen im Rechtsverkehr

⁴⁹ *Medicus*, BR, Rn. 101 m.w.N.

⁵⁰ Etwa *Brox*, AT, Rn. 520, 521.

grundsätzlich nicht die Bedeutung einer Willenserklärung zukommt, zu durchbrechen.

c) Anscheinsvollmacht

Auch bei der Anscheinsvollmacht wird ein Rechtsscheinstatbestand dadurch geschaffen, dass ein Vertreter ohne Vertretungsmacht über einen gewissen Zeitraum ohne Vertretungsmacht für den Vertretenen handelt. Im Gegensatz zur Duldungsvollmacht hat der Vertretene davon jedoch *keine Kenntnis*. Bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte er das Verhalten des Vertreters aber erkennen und verhindern können.

Voraussetzungen der Anscheinsvollmacht

1. Handeln des „Vertreters“ für den „Vertretenen“ ohne Vertretungsmacht während eines gewissen Zeitraums (= Rechtsscheinstatbestand)
2. Keine Kenntnis vom Handeln des „Vertreters“. Der Vertreter hätte das Verhalten aber bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erkennen und verhindern können. (= zurechenbar veranlasseter Rechtsschein)
3. Guter Glaube des Vertragspartners; fehlt, wenn er das Fehlen der Vollmacht kannte.

aa) Nach hM kommt unter den o.g. Voraussetzungen der Vertrag mit dem Vertretenen zustande.⁵¹

bb) Die Gegenauffassung lehnt das Entstehen eines Vertrages ab.⁵² Fahrlässigkeit sei noch keine Willenserklärung. Wer Pflichten im vorvertraglichen Bereich verletze, hafte nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo (heute §§ 311 II, 241 II, 280 BGB). Ein vertraglicher Primäranspruch auf Erfüllung entstehe jedoch nicht.

⁵¹ Brox, AT, Rn. 522 mwN.

⁵² Medicus, BR, Rn. 100 im Anschluss an Flume, BGB-AT, § 49, 3; 4.

cc) Die Mindermeinung ist dogmatisch überzeugend. Gleichwohl sollte im Examen aus klausurtaktischen Gesichtspunkten der hM gefolgt werden, nach der der Vertrag zustande kommt, denn anderenfalls schneidet der Bearbeiter sich alle Folgeprobleme im vertraglichen Bereich ab.

d) Allgemeine Rechtsscheinsvollmacht, §§ 171 II, 172 II, 173 BGB

aa) Hat der Vertretene dadurch, dass er die Vollmacht nach außen bekanntgegeben hat (kundgemachte Innenvollmacht, § 171 BGB) oder dadurch, dass er eine Vollmachtsurkunde in den Verkehr gebracht hat, einen *Vertrauenstatbestand* im Rechtsverkehr geschaffen, so muss er sich an diesem von ihm veranlassten Rechtsschein gutgläubigen Dritten gegenüber festhalten lassen, §§ 171 II, 172 II, 173 BGB. Diese Vorschriften sind besondere Ausprägungen der allgemeinen Rechtsscheinsgrundsätze (oben a)).

bb) Der **Rechtsgedanke des § 172 BGB** hat darüber hinaus im Zusammenhang mit der sog. **Blankobürgschaft** große praktische Bedeutung erlangt. Unterschreibt jemand ein Bürgschaftsformular, ohne dass die Forderung, für die gebürgt werden soll, dort eingetragen ist und händigt der Bürge dem Schuldner die Urkunde aus, wobei er ihn gleichzeitig mündlich ermächtigt, die Urkunde zu vervollständigen, so wirkt die Vervollständigung der Urkunde durch Eintragen der Forderung nicht für und gegen den Bürgen, weil die mündlich erteilte Vollmacht wegen Formmangels unwirksam ist (teleologische Reduktion des § 167 II BGB wegen des Schutzzwecks des § 766 BGB).⁵³

Wird jedoch die vervollständigte Bürgschaftsurkunde einem gutgläubigen Dritten vorgelegt, der ihr die nachträgliche Vervollständigung nicht ansehen kann, so ist der Dritte (z.B. die Bank) in seinem Vertrauen auf die Richtigkeit der Urkunde schutzwürdig.

Unter Heranziehung des Rechtsgedankens des § 172 BGB haftet der Bürge dann dem gutgläubigen Dritten aus dem Gesichtspunkt des zurechenbar veranlassten Rechtsscheins.⁵⁴

⁵³ BGH, NJW 1996, 1469.

⁵⁴ BGH, NJW 1996, 1469.

V. Ausschluss und Beschränkung der Vertretungsmacht

In den Fällen der Stellvertretung kann es zu Interessenkollisionen kommen, insbesondere wenn der Stellvertreter einerseits als Vertreter die Interessen des Vertretenen wahrzunehmen hat und andererseits selbst eigene Interessen am Vertragsschluss hat. In einigen Konstellationen haben der Gesetzgeber und die Rechtswissenschaft Einschränkungen der Vertretungsmacht herausgearbeitet.

1. Insihgeschäfte, § 181 BGB

§ 181 BGB enthält für zwei Konstellationen Einschränkungen der Vertretungsmacht. Er enthält das *Verbot des Selbstkontrahierens* (§ 181 1. Alt. BGB) und das *Verbot der Mehrvertretung* (§ 181 2. Alt. BGB).

a) Verbot des Selbstkontrahierens

Der Vertreter kann kein Rechtsgeschäft abschließen, bei er auf der einen Seite persönlich steht und auf der anderen Seite als Vertreter einer anderen Person (Selbstkontraktion).

b) Verbot der Mehrvertretung

Ebenso wenig kann der Vertreter ein Geschäft vornehmen, bei dem er auf beiden Seiten als Vertreter tätig wird (Mehrvertretung).

Beispiel nach *Brox*⁵⁵: H ist von B bevollmächtigt, dessen Grundstück zu verkaufen. Außerdem ist er von D beauftragt, ein Grundstück zu kaufen. Wenn er im Namen des B als Verkäufer mit sich im Namen des D einen Kaufvertrag schließt, so ist dies ein Fall unzulässiger Mehrvertretung i.S.d. § 181 2. Alt. BGB.

c) Zulässige Insihgeschäfte

§ 181 BGB sieht Ausnahmen vor, in denen das Insihgeschäft zulässig ist.

aa) Da § 181 BGB dem Schutz des Vertretenen dient, kann dieser auch auf diesen Schutz verzichten. Das Insihgeschäft ist daher zulässig, wenn der Vertretene dies

⁵⁵ *Brox*, AT, Rn. 535.

gestattet hat, also „Vollmacht unter Befreiung von der Beschränkung des § 181 BGB“ erteilt hat.

bb) Das Insichgeschäft ist weiterhin zulässig, wenn das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht (§ 181 a.E. BGB).

Die Vertretung beim dinglichen Geschäft (z.B. Übereignung des Kaufpreises) ist also zulässig, wenn das Kausalgeschäft (z.B. Kaufvertrag) wirksam ist.

d) Rechtsfolge: nur schwebende Unwirksamkeit

Liegt die Ausnahme der Zulässigkeit des Insichgeschäfts nicht vor, so greift das Verbot des § 181 BGB ein. Entgegen dem Wortlaut „kann ... nicht“, der die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts nahe legt, führt der Verstoß gegen § 181 BGB jedoch nur zur schwebenden Unwirksamkeit. Denn der Vertreter handelt wegen § 181 BGB lediglich ohne Vertretungsmacht (wie im Fall des § 177 BGB). Daher kann der Vertretene, dessen Schutz ja der § 181 BGB dient, das Geschäft genehmigen.

e) Teleologische Reduktion des § 181 BGB

Da § 181 BGB ausschließlich dem Schutz des Vertretenen dient, entfällt der Schutzzweck, wenn das Geschäft dem Vertretenen *lediglich einen rechtlichen Vorteil* bringt (vgl. § 107 BGB). Denn dann besteht die Interessenkollision, die den Gesetzgeber zu der Regelung des § 181 BGB bewogen hat (s.o.), nicht. Der Wortlaut des § 181 BGB geht also über die gesetzgeberische Intention hinaus. Diese Konstellation ist der Anwendungsbereich für eine teleologische Reduktion eines Gesetzes.

Beispiel: Nach dem Gesetz könnten die Eltern ihrem geschäftsunfähigen 6jährigen Kind kein Spielzeug schenken, denn sie würden auf der einen Seite persönlich als Schenker und auf der anderen Seite als Vertreter (§ 1629 BGB) des geschäftsunfähigen Kindes tätig werden (Selbstkontraktion). Diese Rechtsfolge entspricht aber nicht dem Schutzzweck des § 181 BGB, weil die Schenkung dem Kind lediglich einen rechtlichen Vorteil verschafft und eine Benachteiligung des vertretenen Kindes deshalb nicht eintreten kann. Der Schenkungsvertrag ist daher in teleologischer Reduktion des § 181 BGB zulässig.

2. Ausschluss der Vertretungsmacht gem. §§ 1629 II, 1795 BGB

Eine weitere Ausprägung des Grundsatzes, dass der Vertretene vor einer Benachteiligung geschützt werden soll, wenn typischerweise ein Interessenkonflikt beim Vertreter vorliegt, bestimmen die §§ 1629 II, 1795 BGB für Geschäfte der Eltern für ihre Kinder und des Vormunds für sein Mündel. Der gesetzliche Vertreter kann in den dort genannten Fällen (z.B. Geschäfte zwischen dem Mündel und dem Ehegatten des Vormunds) keine wirksame Stellvertretung ausüben. Auch in diesen Fällen gilt aber wieder die Ausnahme, dass die Vertretung zulässig ist, wenn das Geschäft dem Vertretenen lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt.

3. Beschränkung der Vertretungsmacht, §§ 1643 I, 1821, 1822 BGB

Bei den in §§ 1643, 1821, 1822 BGB bezeichneten wirtschaftlich besonders bedeutsamen Geschäften (vor allem Grundstücksgeschäfte) ist die Vertretung zwar nicht ausgeschlossen. Der Vertreter bedarf jedoch der Genehmigung des Familiengerichts, damit die Interessen des Vertretenen gewahrt bleiben.

4. Missbrauch der Vertretungsmacht

Da die Vollmacht von dem ihrer Erteilung zugrunde liegenden Grundverhältnis abstrakt ist (s.o.), lassen Beschränkungen des Vertreters im Innenverhältnis die Wirksamkeit des Vertretergeschäftes grundsätzlich unberührt. Maßgebend für die Wirksamkeit des Vertretergeschäftes ist vielmehr allein der Umfang der Vollmacht. Deckt dieser Umfang das abgeschlossene Geschäft, so ist das Geschäft grundsätzlich wirksam, gleichgültig ob der Vertreter durch den Abschluss des Geschäftes Pflichten aus dem zugrunde liegenden Vertrag mit dem Vertretenen (Auftrag, Arbeitsvertrag) verletzt hat.

Die *Überschreitung des rechtlichen Dürfens unter Einhaltung der Grenzen des rechtlichen Könnens* (eine Formulierung, die Sie von der Auslegung des Untreue-Tatbestandes, § 266 StGB, kennen) lässt also grundsätzlich die Wirksamkeit des Vertretergeschäftes unberührt. Solche Konstellationen tauchen häufig bei der Prokura auf, weil dort der Umfang der Vertretungsmacht sehr weit geht (§ 49 HGB) und auch nicht wirksam beschränkt werden kann (§ 50 HGB), vgl. unten b).

In zwei Konstellationen ist aber anerkannt, dass der Missbrauch der Vertretungsmacht die Wirksamkeit des Vertretergeschäfts ausschließt.

a) Kollusion, § 138 BGB

Von Kollusion spricht man, wenn der Vertreter und der Geschäftspartner bewusst zum Nachteil des Vertretenen zusammenwirken, um diesen zu schädigen und sich selbst einen Vorteil zu verschaffen. Ist dies der Fall, so kommt der Vertrag mangels Vertretungsmacht des Vertreters nicht mit dem Vertretenen zustande.

b) Objektive Evidenz des Missbrauchs der Vertretungsmacht, § 242 BGB

Die Vertretungswirkung tritt über die Fälle der Kollusion hinaus auch dann nicht ein, wenn der Vertreter und der Geschäftspartner zwar nicht bewusst zum Nachteil des Vertretenen zusammengewirkt haben, es aber für den Vertragspartner offensichtlich war, dass der Vertreter seine Befugnisse im Innenverhältnis zu seinem Geschäftsherrn überschreitet.

Beispiel nach *OLG Karlsruhe*, NJW 1971, 619⁵⁶: Der vorbestrafte V will als Versicherungsvertreter bei der X-AG angestellt werden. Diese hat jedoch die Anweisung an alle Personalabteilungsleiter erteilt, keine vorbestraften Personen einzustellen. Der Prokurist P stellt den V jedoch gleichwohl ein.

Der Umfang der Vertretungsmacht (Prokura) des P deckte an sich die Einstellung des V, denn gem. §§ 49, 50 HGB kann der Prokurist alle Geschäfte mit Ausnahme der Veräußerung oder Belastung von Grundstücken vornehmen.

Es liegt auch kein Fall der Kollusion vor, weil V und P nicht bewusst zum Nachteil der X-AG gehandelt haben.⁵⁷ Vielmehr ist davon auszugehen, dass P davon ausging, dass die Tätigkeit des P zu Gewinnen für die X-AG führen würde.

Für den V war jedoch *evident*, dass der P durch die Einstellung des V seine Befugnisse im Innenverhältnis gegenüber der X-AG überschritt, was sich im konkreten Fall des *OLG Karlsruhe* daran zeigte, dass die Beteiligten zusätzlich zum

⁵⁶ Besprochen bei *Medicus*, BR, Rn. 128.

⁵⁷ aA *Medicus*, BR, Rn. 128, allerdings ohne Begründung.

Schein vereinbarten, dass statt des P formal der nicht vorbestrafte Sohn des V eingestellt werden sollte (Scheingeschäft gem. § 117 I BGB).

Nach hM ist das Geschäft, das unter Missbrauch der Vertretungsmacht zustande gekommen ist, nicht automatisch nichtig, sondern der Vertretene kann wählen, ob er den Vertrag nach § 177 BGB genehmigen will oder nicht.

Im Fall des *OLG Karlsruhe* ist daher kein Vertrag des V mit der X-AG zustande gekommen, wenn die X-AG den Vertrag nicht genehmigt.

VI. Fehler beim Übermittlungsvorgang durch Hilfspersonen

Durch die Einschaltung von Hilfspersonen steigt die Gefahr, dass es beim Übermittlungsvorgang zu Fehlern kommt. Dadurch ergeben sich Probleme in der rechtlichen Behandlung, wenn die Hilfsperson von Weisungen bewusst oder unbewusst abweicht.

Die Abgrenzung des Boten vom Vertreter erfolgt nach dem für Dritte erkennbaren Auftreten der Übermittlungsperson, nicht danach, was die Hilfsperson nach dem Innenverhältnis zum Geschäftsherrn durfte oder nicht durfte.⁵⁸ Dann muss entschieden werden, ob die Regeln über den Vertreter ohne Vertretungsmacht (§§ 177 ff. BGB) direkt oder analog angewendet werden sollen, oder etwa § 120 BGB. Hieraus ergibt sich das folgende – sehr komplexe und differenzierte – System der Behandlung von Übermittlungsfehlern bei Einschaltung von Hilfspersonen.

1. Bote tritt als Bote auf, überschreitet aber seine Botenmacht

Übermittelt der Bote die ihm auftragene Erklärung falsch, so hält das Gesetz für diese Konstellation lediglich die Vorschrift des § 120 BGB bereit.

Nach hM ist zu differenzieren, ob der Bote *versehentlich* falsch übermittelt oder ob er dies *wissentlich* tut.

a) Übermittelt der Bote *versehentlich* die Erklärung falsch, so ergibt sich aus § 120 BGB, dass der Geschäftsherr zunächst an die Erklärung gebunden ist. Er kann jedoch die Wirksamkeit des Geschäfts durch Anfechtung gem. §§ 142 I, 120 BGB

⁵⁸ *Medicus*, BR, Rn. 77 ff.

beseitigen, muss dann aber dem Vertragspartner Schadensersatz gem. § 122 BGB leisten. Diese Regelung ist legitim, da derjenige, der sich der Vorteile der Arbeitsteilung zunutze macht, auch ihre Nachteile (z.B. die Gefahr eines Irrtums seiner Boten) tragen muss.

b) Übermittelt der Bote jedoch die Erklärung *wissentlich* falsch, so wendet die hM nicht § 120 BGB an.⁵⁹ In diesem Fall ist es nicht gerechtfertigt, dass der Geschäftsherr an diese Erklärung gebunden sein soll. Vielmehr gelten die §§ 177 ff. BGB analog. Das Geschäft ist also schwebend unwirksam und hängt von der Genehmigung des Geschäftsherrn ab.

2. Bote tritt als Vertreter auf

Der Bote kann als Vertreter auftreten (z.B. indem er einen eigenen Entscheidungsspielraum, der ihm in Wirklichkeit nicht zusteht, vorspiegelt).

a) Ist das Geschäft, das er abschließt, von seiner Botenmacht gedeckt (erklärt er also letztlich das, was ihm aufgetragen wurde, und spielt sich lediglich als Vertreter auf), so kommt das Geschäft mit dem Vertretenen zustande.

b) Ist dies nicht der Fall, so gelten die §§ 177 ff. BGB direkt, denn der Handelnde ist nach dem oben Gesagten als Vertreter zu behandeln, wenn er nach außen als solcher aufgetreten ist. Das Geschäft ist also schwebend unwirksam. Verweigert der Geschäftsherr die Genehmigung, so haftet der Handelnde gem. § 179 BGB als falsus procurator.

3. Vertreter tritt als Bote auf

Ein Vertreter kann als Bote auftreten. Er gibt also vor, er übermittele nur die Erklärung eines anderen. In Wirklichkeit war ihm eine solche Erklärung aber gar nicht vorgegeben, sondern er hatte einen eigenen Entscheidungsspielraum.

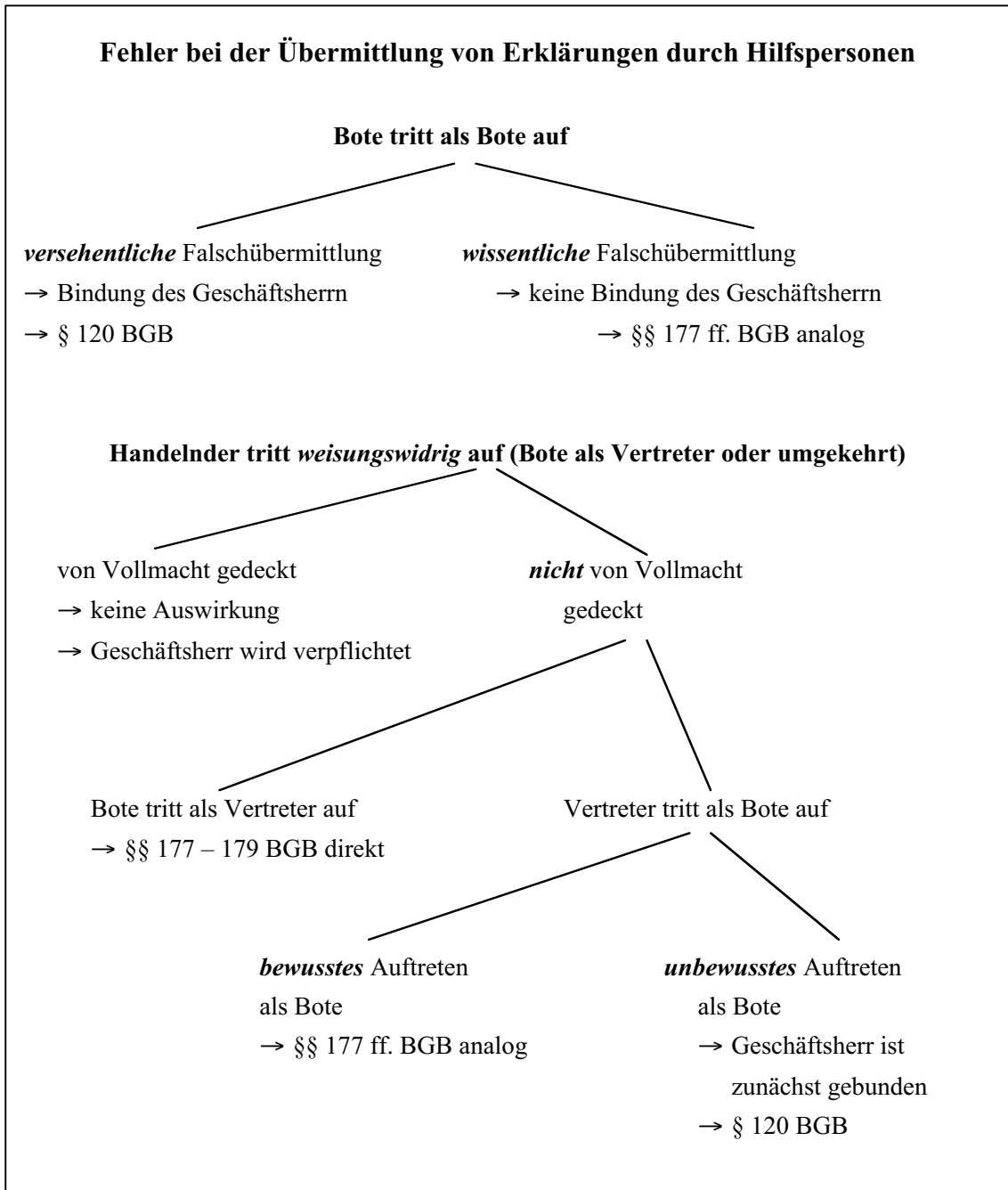
⁵⁹ kritisch dazu *Medicus*, BR, Rn. 80.

a) Ist das Geschäft, das er abschließt, von der Vertretungsmacht gedeckt, so kommt wiederum das Geschäft mit dem Vertretenen zustande.

b) *Überschreitet* der Handelnde seine Vertretungsmacht, so ist weiter zu differenzieren, ob er *bewusst* oder *unbewusst* als Bote auftritt.

aa) Tritt der Vertreter *bewusst* als Bote auf und überschreitet er seine Vertretungsmacht, so gelten die §§ 177 ff. BGB wegen der vergleichbaren Interessenlage analog. Das Geschäft ist also schwebend unwirksam. Der Geschäftsherr kann es genehmigen. Tut er dies nicht, so haftet der als Bote aufgetretene Vertreter analog § 179 BGB.

bb) Tritt der Vertreter unbewusst als Bote auf und überschreitet er wiederum seine Vertretungsmacht, so ist der Geschäftsherr an die Erklärung zunächst gebunden. Er kann das Geschäft jedoch gem. § 120 BGB anfechten.



VII. Vertreter ohne Vertretungsmacht (§§ 177 ff. BGB)

1. Schwebende Unwirksamkeit des Vertrages

Fehlt dem Erklärenden die Vertretungsmacht, so findet eine Zurechnung seiner Erklärung gem. § 164 I BGB nicht statt (s.o.). Der Vertrag ist *schwebend*

unwirksam. Der „Vertretene“ hat die Möglichkeit, das Geschäft zu genehmigen, § 177 I BGB. Macht er von dieser Möglichkeit Gebrauch, so gilt der Vertrag als von Anfang an wirksam (§ 184 BGB: Rückwirkungsfiktion).

Will der Geschäftspartner *Rechtssicherheit*, so kann er entweder widerrufen (§ 178 BGB) oder den Vertretenen auffordern, sich über die Genehmigung zu erklären (§ 177 II BGB). Wird diese dann binnen von 2 Wochen nicht erteilt, so gilt sie als verweigert (§ 177 II 2 BGB). Der Vertrag ist dann endgültig unwirksam.

2. Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht (§ 179 BGB)

Schließt jemand mit einem Vertreter ohne Vertretungsmacht einen Vertrag, so ist sein Vertrauen auf die Wirksamkeit der Erklärung des Vertreters schutzwürdig, wenn er den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt hat (§ 179 III BGB).

Da der Vertretene außer im Fall der Genehmigung nicht haftet (§ 177 BGB), muss der Geschäftspartner als Kompensation Ansprüche gegen den Vertreter haben. Deshalb gibt § 179 I BGB dem Geschäftspartner ein Wahlrecht.

- a) Er kann von dem Vertreter die Erfüllung des Vertrages verlangen (§ 179 I 1. Alt. BGB).
- b) Die zweite Wahlmöglichkeit besteht im Schadensersatz (§ 179 I 2. Alt. BGB). In diesem Fall ist weiter zu differenzieren.
 - aa) Wusste der Vertreter, dass er keine Vertretungsmacht hatte, so schuldet er gem. § 179 I 2. Alt. BGB das positive Interesse. Der Geschäftspartner ist also wirtschaftlich so zu stellen, wie er bei Erfüllung des Vertrages stünde.
 - bb) Kannte der Vertreter den Mangel der Vertretungsmacht nicht, so haftet er nur auf den Vertrauensschaden (negatives Interesse), § 179 II BGB.