

JURA Studienbuch

Jura

Juristische Ausbildung

W
DE
G

Studienbuch

herausgegeben von

Prof. Dr. Dagmar Coester-Waltjen, München

Prof. Dr. Hans-Uwe Erichsen, Münster

Prof. Dr. Klaus Geppert, Berlin

Prof. Dr. Philip Kunig, Berlin

Prof. Dr. Dr. h. c. Harro Otto, Bayreuth

Prof. Dr. Klaus Schreiber, Bochum

Walter de Gruyter · Berlin · New York

BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre

von

Dieter Giesen

2., neubearbeitete und erweiterte Auflage



Walter de Gruyter · Berlin · New York · 1995

Dr. Dieter Giesen,
o. Professor für Bürgerliches Recht und Rechtsvergleichung
an der Freien Universität Berlin.

⊗ Gedruckt auf säurefreiem Papier,
das die US-ANSI-Norm über Haltbarkeit erfüllt.

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Giesen, Dieter:

BGB allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre / von Dieter
Giesen. – 2., neubearb. Aufl. – Berlin ; New York : de Gruyter,
1995

(Jura : Studienbuch)

ISBN 3-11-014459-X

© Copyright 1995 by Walter de Gruyter & Co., D-10785 Berlin

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt.
Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist
ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere
für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspei-
cherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany

Satz: Knipp Textverarbeitung, Dortmund

Druck: Gerike GmbH, Berlin

Buchbinderische Verarbeitung: Lüderitz & Bauer, Berlin

Vorwort zur Neuauflage 1995

Das Reich des Allgemeinen Teils des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist fürwahr in formidablen Lehrbüchern groß und klein bearbeitet worden, in manchem Fall noch dazu von Meistern mit großen Namen. Die dem vorliegenden Werk gestellte Überlebensfrage lag daher nahe. Erste Rezensionen (und mehr noch der Absatz des Buchs selbst) signalisierten aber erfreulich deutlich, daß dieser Neuankömmling auf dem Feld des Allgemeinen Teils des BGB schon wegen seiner ausbildungsorientierten integrierten Darstellung der Konfliktlösung bei fehlgeschlagenen und fehlerhaften Rechtsgeschäften den Untergang kaum zu fürchten braucht. Es ist gut zu sehen, daß das unter Studierenden schnell als *Blue Book* bekannt gewordene Buch gerade im Bereich der Rechtsgeschäftslehre trotz hochkalibriger Konkurrenz einen so erfreulichen Start hatte, daß die erste Auflage zur Neige gegangen ist und nun auch auf Bitten des Verlags die zweite Auflage schnell folgen muß.

Inhaltlich hat das Buch große Akzeptanz gefunden. Auch deshalb gibt es jetzt keine grundlegenden Innovationen. Erfreulicherweise ist die entschlossene Beschränkung auf das, was im Allgemeinen Teil des BGB wirklich *wichtig* ist (und nicht bloß im Gesetz nachgelesen werden kann oder erst im Zusammenhang mit den späteren Büchern des BGB Sinn macht), *richtig* verstanden worden, auch wenn einige etablierte Autoren für sich selbst daraus den Schluß gezogen haben, daß Rechtsgeschäftslehre allein noch keinen Allgemeinen Teil des BGB mache. Was Studierende im Vergleich der Inhaltsverzeichnisse angebotener Lehrbücher aber schnell ermitteln können, führt zu der Erkenntnis, daß Wesentliches hier nicht fehlt und unter den Anforderungen des heutigen Studiums kein Mut dazu gehört, auf Unwesentliches auch weiter heiter zu verzichten. Aus diesem Grund sind, von allfälligen Fehlerkorrekturen abgesehen, nur solche inhaltlichen Ergänzungen aufgenommen worden, die aus dem Lernbedürfnis sowohl der Studierenden überall als auch der Hörerinnen und Hörer in der Bundeshauptstadt unabweisbar geworden sind. Überall indessen findet der Leser zahlreiche kleinere Änderungen: keine Anmerkung ist unverändert, etliche sind wegen einschlägiger neuer Entscheidungen und wichti-

ger Ausbildungsliteratur hinzugekommen. Das Buch gibt nun den Diskussionsstand von Anfang 1995 wieder.

Meinen Mitarbeitern danke ich herzlich für ihre große Unterstützung, insbesondere den Herren Assessor *Holger Bentert* und Referendar *Alexander von Drenkmann*, deren stille, energische und sachkundige Zuarbeit ich schon bei vorangegangenen Büchern aus anderen Gebieten *summa cum laude* hervorgehoben habe, ferner auch Herrn cand.iur. *René Reich*, sowie *last but not least* Frau *Sylvia Knaust* für ihren Einsatz beim Umsetzen und Formatieren der Dateien und bei den wichtigen drucktechnischen Vorbereitungs-gesprächen mit dem Verlag, dem ich auch hier wieder herzlich Danke sage.

Auch diesmal hoffen wir, daß Studierende, die sich auf die vorliegenden Lernanregungen ernsthaft und kritisch einzulassen bereit sind, mit diesem Buch alsbald jene Lernerfahrungen machen werden, die zu den unverzichtbaren Grundlagen des persönlichen Studienerfolgs gehören. Der ersten Auflage haben in diesem Sinne kritische Anregungen und Hinweise aus dem Kreis einer interessierten Studentenschaft gutgetan; für die zweite Auflage wünschen wir uns denselben regen Gedankenaustausch, schriftlich wie mündlich.

Berlin, am 7.2.1995, dem Geburtstag von
Sir Thomas Morus (A.D. 1478)

Dieter Giesen

Aus dem Vorwort zur 1. Auflage 1991

Aus dem Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs das für Juristen mit Abstand wichtigste und am meisten ausbildungs- und examensrelevante Gebiet ist die Rechtsgeschäftslehre, mit der sich das hier vorgelegte Studienbuch befaßt. In ihm findet der Jura-student die Grundlagen der Lehre über die Willenserklärungen und das Zustandekommen von Verträgen, die ihn von Anbeginn seines Studiums bis ins Staatsexamen und darüber hinaus begleiten werden.

Das Buch ist sowohl für Anfangssemester, die sich erstmals in die Grundprinzipien der Voraussetzungen und Wirkungen von Rechtsgeschäften einarbeiten wollen, als auch für Studierende in den Folgesemestern geschrieben, die ihr Anfängerwissen auffrischen oder vertiefen wollen und sich auf die Anforderungen der Zwischenprüfung und der Übungen im BGB vorbereiten müssen. Auch der vorgerückte Student und Examenskandidat findet hier in bündiger Form Orientierung und Rückkoppelung zum ersten Buch des BGB, die er bei der Erarbeitung des zweiten Buchs des BGB, insbesondere im Allgemeinen und Besonderen Schuldrecht bei der Entfaltung der Lehre von den einzelnen Vertragsarten und der Konfliktlösung bei fehlgeschlagenen und fehlerhaften Rechtsverhältnissen und des dritten Buchs des BGB (also im Sachenrecht) immer wieder suchen muß. Besonderer Wert wurde darauf gelegt, den Studierenden auf wichtige höchstrichterliche Rechtsprechung aufmerksam zu machen sowie ihn zum Studium weiterführender Literatur aus dem Ausbildungsbereich anzuregen ...

Mein Dank gilt den Herausgebern der Zeitschrift Jura, die das Werk in ihre Jura-Studienbuchreihe aufgenommen haben, dem Verlag Walter de Gruyter für mustergültigen Einsatz aus Verständnis und Effizienz, und allen meinen Mitarbeitern ... [past and present], die alle in erfreulichem Einsatz die Erfahrungen ihrer eigenen Ausbildung mit den in gegenseitigem Gedankenaustausch gewonnenen Lehren und Erkenntnissen verbunden haben, aus denen dieses Buch entstanden ist ...

Berlin, den 3. Oktober 1991

Dieter Giesen

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis.....	XXIII
----------------------------	-------

Erster Teil: Grundsätze der Konfliktlösung bei fehlgeschlagenen Rechtsgeschäften

	Rn.	Seite
I. Einleitung.....	1	1
1. Abgrenzungsfragen.....	1	1
2. Lösungssystem.....	2	6
II. Das Zustandekommen des Vertrages.....	5	7
1. Das Rechtsgeschäft.....	6	8
2. Das Abstraktionsprinzip.....	7	9
a) Verpflichtungs- und Verfügungs- geschäft.....	8	10
b) Abstraktes und kausales Geschäft..	9	11
c) Wirkung des Abstraktionsprinzips .	10	12
3. Grundvoraussetzungen des Ver- tragsschlusses.....	12	14
4. Die Willenserklärung.....	14	15
a) Der objektive Tatbestand einer Wil- lenserklärung.....	15	16
b) Der subjektive Tatbestand einer Willenserklärung.....	18	18
aa) Der Handlungswille.....	19	18
bb) Das Erklärungsbewußtsein.....	20	18
α) Die Erklärungstheorie.....	21	19
β) Die Willenstheorie.....	22	20
γ) Auswirkungen des Meinungsstreits.	23	20
cc) Der Geschäftswille.....	28	24

c)	Wirksamwerden der Willenserklärung	30	26
aa)	Nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen	31	26
bb)	Empfangsbedürftige Willenserklärungen	32	26
d)	Zugang der Willenserklärung	37	29
aa)	Zugang gegenüber Abwesenden	38	29
bb)	Zugang gegenüber Anwesenden	48	34
cc)	Zugang gegenüber Minderjährigen	49	35
5.	Schutz des Erklärungsempfängers	52	38
a)	Konfliktlösung bei Fehlen des Handlungswillens	53	39
b)	Konfliktlösung bei Fehlen des Erklärungswillens	54	39
c)	Konfliktlösung bei Fehlen wirksamer Abgabe	57	41
d)	Konfliktlösung beim Widerruf	58	42
6.	Angebot und Annahme	59	42
a)	Die Annahmeerklärung	60	42
aa)	Schweigen keine Annahme	62	43
bb)	Gesetzlich angeordnete Folgen des Schweigens	63	44
cc)	Das kaufmännische Bestätigungsschreiben	64	44
dd)	Zusendung unbestellter Waren	65	45
b)	Vertragsschluß durch sozialtypisches Verhalten?	66	50
c)	Übereinstimmung von Angebot und Annahme	75	54
aa)	Abgrenzung Konsens/Dissens	77	55
bb)	Offener Dissens	78	55
cc)	Versteckter Dissens	82	59
d)	Vorrang der Auslegung	85	61
e)	Fallgruppen	88	63
f)	Rechtsfolgen bei Scheitern des Vertragsschlusses	91	64
III.	Bedingung und Befristung	94	66
1.	Der Eigentumsvorbehalt als wichtigstes Beispiel einer Bedingung	94	66

2.	Abgrenzung von Bedingung, Gegenwartsbedingung und Befristung	95	68
3.	Einzelheiten	96	69
	a) Bedingung und Befristung	96	69
	b) Aufschiebende und auflösende Bedingung	97	69
	c) Potestativbedingung (Willkürbedingung)	100	70
	d) Die Rechtsbedingung (condicio iuris)	103	73
4.	Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte	104	74
	a) Bedingungsfeindlichkeit im öffentlichen Interesse	105	74
	b) Bedingungsfeindlichkeit im Interesse des Erklärungsempfängers	106	74
	c) Rechtsfolgen unzulässiger Bedingungen und Befristungen	107	75
5.	Eintritt und Ausfall der Bedingung	108	76
	a) Eintritt der Bedingung	108	76
	aa) Wirkung des Bedingungseintritts	108	76
	bb) Treuwidrig verhinderter Bedingungseintritt	109	76
	b) Ausfall der Bedingung	110	78
	aa) Wirkung des Ausfalls	110	78
	bb) Der treuwidrig herbeigeführte Bedingungseintritt	110	78
6.	Die Schwebezeit	111	78
	a) Verpflichtung zum Schadenersatz	112	79
	b) Unwirksamkeit von Zwischenverfügungen	113	79

Zweiter Teil: Grundsätze der Konfliktlösung bei fehlerhaften Rechtsgeschäften

Erstes Kapitel: Nichtigkeit von Rechtsgeschäften

I.	Überblick	114	81
----	---------------------	-----	----

II.	Nichtigkeit wegen Geschäftsunfähigkeit (§§ 104, 105 BGB)	118	86
1.	Tatbestände der Geschäftsunfähigkeit	119	87
2.	Abgrenzungen	120	88
	a) Relative Geschäftsunfähigkeit?	121	89
	b) Partielle Geschäftsunfähigkeit	122	90
3.	Folgen des Handelns Geschäftsunfähiger	123	90
III.	Die bewußte Divergenz von Wille und Erklärung (§§ 116-118 BGB)	126	92
1.	Mentalreservation	127	93
2.	Scheingeschäft	128	93
	a) Das Umgehungsgeschäft	129	94
	b) Das Strohmanggeschäft	130	95
	c) Der Schwarzkauf	131	96
3.	Das Scherzgeschäft	132	97
IV.	Formmängel als Nichtigkeitsgrund (§ 125 BGB)	133	98
1.	Formgebundenheit und ihre Schutzfunktionen	134	98
2.	Die Arten der Form	135	99
	a) Schriftform (§ 126 BGB)	135	99
	b) Öffentliche Beglaubigung (§ 129 BGB)	141	103
	c) Notarielle Beurkundung (§ 128 BGB)	142	103
3.	Folgen des Formverstößes	147	106
	a) Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts	147	106
	b) Folgen der Nichtigkeit	150	107
	aa) Ersatz des negativen Interesses	151	107
	bb) Ersatz des positiven Interesses	152	108
V.	Nichtigkeit wegen rechtlich mißbilligten Inhalts (§§ 134, 138 BGB)	157	112
1.	Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB)	158	113
	a) Verbotsnormen	159	114
	aa) Folgen des Gesetzesverstößes	160	115

bb) Mittelbare Drittwirkung der Grundrechte	164	123
b) Umgehungsgeschäfte	165	125
c) Rückabwicklung des nichtigen Rechtsgeschäfts	166	126
aa) Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäfts	167	126
bb) Nichtigkeit des Verfügungsgeschäfts	168	127
cc) Haftung auf das negative Interesse	169	128
2. Verstoß gegen die guten Sitten (§ 138 BGB)	170	128
a) Der Begriff der Sittenwidrigkeit	171	130
b) Konkretisierungen im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen	177	133
c) Fallgruppen sittenwidriger Rechtsgeschäfte	181	140
d) Rückabwicklung sittenwidriger Rechtsgeschäfte	187	147
aa) Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäfts	188	148
bb) Nichtigkeit des Verfügungsgeschäfts	189	149
cc) Wucherdarlehen	190	149
dd) Schadenersatz	191	149
VI. Teilbarkeit, Umdeutung und Bestätigung sittenwidriger Rechtsgeschäfte	192	150
1. Teilnichtigkeit (§ 139 BGB)	193	151
2. Umdeutung (§ 140 BGB)	197	153
3. Bestätigung (§ 141 BGB)	200	155

Zweites Kapitel: Anfechtbarkeit von Rechtsgeschäften

1. Abschnitt: Selbstbedingte Willensmängel beim Erklärenden

I. Einleitung	201	155
-------------------------	-----	-----

II.	Die Anfechtungsregeln im Überblick	202	158
III.	Das Verhältnis von Auslegung und Anfechtung	207	162
IV.	Die Grundtatbestände des selbstbedingten Irrtums (§§ 119, 120 BGB)	215	165
	1. Der Irrtum bei der Willensäußerung (§§ 119 I, 120 BGB)	216	165
	a) Erklärungsirrtum	216	166
	aa) Irrtum in der Erklärungshandlung (§ 119 I, 2. Fall BGB)	217	166
	bb) Übermittlungsirrtum nach § 120 BGB	220	168
	b) Inhaltsirrtum (§ 119 I, 1. Fall BGB)	223	169
	2. Irrtum bei der Willensbildung (§ 119 II BGB)	226	172
	a) Motivirrtum	226	172
	b) Eigenschaftsirrtum	227	172
	aa) Dogmatische Einordnung	228	172
	bb) Eigenschaften	233	174
	cc) Ausschluß der Anfechtung nach § 119 II BGB.	237	177
	c) Weitere Formen der Inhaltsanfechtung	240	180
V.	Weitere Anfechtungsvoraussetzungen bei selbstbedingten Willensmängeln	241	181
	1. Die Kausalität des Irrtums	242	181
	2. Die Anfechtungserklärung	243	182
	a) Erklärungsgegner und Frist	244	182
	b) Eindeutigkeit der Anfechtungserklärung	245	183
	3. Negative Voraussetzung: Keine „Bestätigung“ des Rechtsgeschäfts	245	184
VI.	Folgen der Anfechtung bei selbstbedingten Willensmängeln	246	184
	1. Nichtigkeit und Rückabwicklung	247	185
	a) Nichtigkeit ex tunc (§ 142 I BGB)	248	185

Inhaltsverzeichnis		XV
b) Folge der Anfechtung bei Verträgen	249	185
c) Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft	250	186
aa) Anfechtbarkeit des Verpflichtungsgeschäfts	251	186
bb) Anfechtbarkeit des Verfügungsgeschäfts	252	187
cc) Fehleridentität	253	187
dd) Anfechtung und gutgläubiger Dritterwerb (§ 142 II BGB)	254	188
2. Die Verpflichtung zum Ersatz des Vertrauensschadens	255	189
2. Abschnitt: Sonderformen und Zweifelsfälle selbstbedingter Willensmängel		
I. Der Identitätsirrtum	259	190
II. Der Rechtsfolgenirrtum	263	192
III. Der Kalkulationsirrtum	264	194
IV. Irrtum über nicht verkehrswesentliche Eigenschaften einer Sache	273	201
1. ... beim Erklärungsirrtum	274	201
2. ... beim Inhaltsirrtum	275	203
3. Lehre von der Sollbeschaffenheit	278	206
V. Der Blankettmißbrauch	279	207
3. Abschnitt: Fremdbedingte Willensmängel		
I. Anfechtung wegen arglistiger Täuschung (§ 123 I, 1. Alt. BGB)	283	210
1. Täuschungshandlung	284	210
2. Widerrechtlichkeit der Täuschung	287	213
3. Kausalität	288	215
4. Arglist	290	216
5. Weitere Voraussetzungen der Anfechtung	291	217

II.	Anfechtung wegen widerrechtlicher Drohung (§ 123 I, 2. Alt. BGB)	294	219
1.	Drohung	295	220
2.	Widerrechtlichkeit	296	220
	a) Widerrechtlichkeit des Mittels	297	221
	b) Widerrechtlichkeit des Zwecks	298	221
	c) Widerrechtlichkeit der Mittel- Zweck-Relation	299	221
3.	Subjektiver Tatbestand der Drohung	300	222
4.	Kausalität	301	223
5.	Weitere Voraussetzungen	302	224
III.	Rechtsfolgen einer Anfechtung nach § 123 BGB	303	224
IV.	Konkurrenzfragen	304	226
1.	Verhältnis zu § 119 II BGB	305	226
2.	Verhältnis zu den Gewährleistungs- rechten	306	226
3.	Verhältnis zur culpa in contrahendo	307	227

Drittes Kapitel: Schwebend unwirksame Rechtsgeschäfte

I.	Einleitung	308	229
II.	Zustimmungsbedürftige Rechtsgeschäfte	309	230
1.	Rechtsgeschäfte der beschränkt Ge- schäftsfähigen	310	231
	a) Einwilligung und Genehmigung	311	232
	b) Rechtlich vorteilhafte Rechts- geschäfte	316	237
	c) Neutrale Rechtsgeschäfte	320	240
	d) Tatsächliche Handlungen (ärztliche Heilbehandlung)	321	241
	e) Reichweite der Zustimmung	322	242
	f) Generelle Einwilligung und Einwilli- gung durch Überlassung von Mitteln	323	243
	aa) Der „Taschengeldparagraph“ (§ 110 BGB)	324	243

bb) Ermächtigung gem. §§ 112-113 BGB	325	245
g) Rückabwicklung nach Verweigerung der Zustimmung.....	326	246
aa) Grundsätzliche Haftung des Minderjährigen nach Bereicherungsrecht.....	327	246
bb) Haftung des Minderjährigen bei Bösgläubigkeit	328	247
2. Rechtsgeschäfte mit Wirkung für und gegen Dritte.....	334	251
a) Vertreter ohne Vertretungsmacht ..	336	252
b) Verfügung eines Nichtberechtigten .	337	253
3. Zustimmung kraft Rechts- oder Interessenbeteiligung	341	256

Viertes Kapitel: Relativ unwirksame Rechtsgeschäfte

I. Einleitung und Überblick	342	257
II. Der Regelungsbereich der §§ 135, 136 BGB	345	260
1. Grundsätzlicher Anwendungsbereich ..	345	260
2. Ausdehnung auf Erwerbsverbote?.....	346	260
3. Absolute Verfügungsverbote und Beschränkung der Verfügungsmacht	347	262
III. Eigentlicher Anwendungsbereich der §§ 135 und 136 BGB	350	263
1. Gerichtliche und behördliche Verfügungsverbote	351	264
2. Rechtsgeschäftlich vereinbarte Verfügungsverbote	356	266
3. Rechtsfolge von Verstößen gegen ein Veräußerungsverbot	357	267
IV. Geltendmachung der relativen Unwirksamkeit	358	269
1. Grundstücke	359	269
2. Bewegliche Sachen	360	269
3. Forderungen	361	270

3. Forderungen	361	270
V. Anwendungsbeispiel	362	271

Dritter Teil: Grundsätze der Konfliktlösung beim Handeln durch Stellvertreter

I. Begriff und Voraussetzungen	363	273
1. Gewillkürte und gesetzliche Stellvertretung	364	274
2. Aktive und passive Stellvertretung	365	275
3. Sonderregeln des Handelsrechts	366	275
4. Voraussetzungen wirksamen Vertreterhandelns im Überblick	367	275
II. Abgabe bzw. Empfang einer Willenserklärung	368	276
1. Abgrenzung zu anderen Zurechnungsnormen	369	276
a) Zum Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB)	370	276
b) Zum Verrichtungsgehilfen (§ 831 BGB)	371	277
c) Zur Organhaftung (§§ 31, 89 BGB)	372	278
2. Abgrenzung des Vertreterhandelns vom Botenhandeln	373	278
3. Anwendbarkeit der §§ 164 ff. BGB auf rechtsgeschäftsähnliche Handlungen	378	283
III. Die Offenkundigkeit	381	284
1. Der Regelfall	381	284
a) Ausdrückliche Erklärung	382	284
b) Offenkundigkeit aus den Umständen	383	284

c)	Eigengeschäft als Folge fehlender Offenlegung	384	285
2.	Sonderfälle	385	286
a)	Handeln unter falscher Namensan- gabe	386	286
b)	Handeln unter fremdem Namen ...	387	287
c)	Abgrenzung	388	287
d)	Geschäft für den, den es angeht ...	389	289
aa)	Das offene Geschäft für den, den es angeht	389	289
bb)	Das verdeckte Geschäft für den, den es angeht	390	290
e)	Die mittelbare Stellvertretung	390	290
f)	§ 1357 BGB (Schlüsselgewalt)	391	291
g)	Die Verpflichtungsermächtigung ...	392	293
IV.	Die Vertretungsmacht	393	293
1.	Gesetzliche Vertretungsmacht	394	293
2.	Die Vollmacht	395	294
a)	Arten der Vollmacht	395	294
b)	Erteilung der Vollmacht	399	295
c)	Die Form der Bevollmächtigung ...	401	296
d)	Vollmacht und Grundverhältnis ...	404	298
e)	Erlöschen der Vollmacht	408	300
aa)	Beendigung des Grundverhältnisses	409	300
bb)	Der Widerruf	410	301
cc)	Sonstige Gründe für das Ende einer Vollmacht	411	303
dd)	Folgen des Erlöschens der Voll- macht	412	303
3.	Duldungs- und Anscheinsvollmacht ...	417	306
a)	Duldungsvollmacht	418	307
b)	Anscheinsvollmacht	421	308
V.	Willensmängel und Wissenszurechnung beim Vertretergeschäft (§ 166 BGB)	424	310
1.	Willensmängel	425	310
2.	Kenntnis bzw. Kennenmüssen von Um- ständen	428	311

3.	Exkurs: Wissenszurechnung (§ 166 BGB) als allgemeiner Rechtsgedanke ..	431	313
a)	Entsprechende Anwendung von § 166 I BGB	431	313
b)	Entsprechende Anwendung von § 166 II BGB	432	314
VI.	Willensmängel bei der Bevollmächtigung ..	433	315
1.	Ausgeübte Außenvollmacht	434	315
2.	Ausgeübte Innenvollmacht	435	316
3.	Ausgeübte mitgeteilte Innenvollmacht ..	436	317
VII.	Grenzen der Vertretungsmacht	437	317
1.	Kollusion	438	318
2.	Mißbrauch der Vertretungsmacht	439	318
3.	Das Insichgeschäft (§ 181 BGB)	441	319
a)	Die Regel	441	319
b)	Gesetzliche Ausnahmen	442	320
c)	Teleologische Reduktion des § 181 BGB	443	320
d)	Teleologische Erweiterung des § 181 BGB	444	322
e)	Abschließendes Beispiel zu § 181 BGB (für Vorgerückte)	445	322
4.	Weitere gesetzliche Beschränkungen der Vertretungsbefugnis	446	324
VIII.	Vertretung ohne Vertretungsmacht	447	324
1.	Folgen für das Vertretergeschäft	447	324
a)	Verträge	448	325
aa)	Die Form der Genehmigung	449	326
bb)	Gestaltungsmöglichkeiten des Dritten	450	326
b)	Einseitige Rechtsgeschäfte	451	328
2.	Die Haftung des falsus procurator	452	329
a)	Die Haftung des Vertreters bei Kenntnis vom Fehlen der Vertretungsmacht (§ 179 I BGB)	453	329
b)	Die Haftung des Vertreters bei Unkenntnis von der fehlenden Vertretungsmacht (§ 179 II BGB)	454	330

Inhaltsverzeichnis		XXI
c) Der Ausschluß der Haftung (§ 179 III BGB)	455	330
d) Beweislastverteilung bei § 179 BGB	456	331
e) Haftung im Falle der Untervoll- macht	457	331
Schrifttum		333
Stichwortverzeichnis		339

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere(r) Ansicht
aaO.	am angegebenen Ort
abl.	ablehnend
AbzG	Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte v. 15.5.1894 (RGBl 450) aufgehoben durch das VerbrKrG v. 17.12.1990 (BGBl I.2840)
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (1818 – 1944, 1948 –)
A.D.	Anno Domini (Im Jahr des Herrn)
a.E.	am Ende
a.F.	alte(r) Fassung
AG	1. Amtsgericht 2. Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen v. 9.12.1976 (BGBl I.3317)
AktienG	Aktiengesetz v. 6.9.1965 (BGBl I.1089)
Alt.	Alternative
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung(en)
AnfG	Gesetz betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens v. 21.7.1879 (RGBl 277) i.d.F der Bekanntmachung vom 20.5.1898 (RGBl 709)
AP	Nachschlagewerke des Bundesarbeitsgerichts (bis 1954 Zeitschrift: Arbeitsrechtliche Praxis [Jahrgang, Seite], seit 1954 Gesetzesstelle und Entscheidungsnummer)
arg.	argumentum (aus)
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
ausf.	ausführlich
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (1955 –)
BauGB	Baugesetzbuch i.d.F. der Bekanntmachung v. 8.12.1986 (BGBl I.2253)
BauR	Baurecht Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht (1970 –)
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	(Der) Betriebs-Berater Zeitschrift für Recht und Wirtschaft (1946 –)

bes.	besonders
Betr.	Der Betrieb Wochenschrift für Betriebswirtschaft, Steuerrecht, Wirtschaftsrecht, Arbeitsrecht (1949 –)
BeurkG	Beurkundungsgesetz v. 28.8.1969 (BGBl I.1513)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch v. 18.8.1896 (RGBl 195)
BGBl	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (1951 –)
BR	Bundesrat
BT	1. Besonderer Teil 2. Bundestag
BürgerlR	Bürgerliches Recht
BUrlG	Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer (Bundesurlaubsgesetz) v. 8.1.1963 (BGBl I.2)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (1952 –)
ders.	derselbe
DNotZ	Deutsche Notarzeitschrift (1950 –) früher Zeitschrift des Deutschen Notarvereins (DNotV) (1901 – 1949)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung (1909 – 1935, 1950 –)
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt (1950 –) (vorher 1879 – 1949: Reichsverwaltungsblatt; seit 1950 vereinigt mit „Die Deutsche Verwaltung“)
ebd.	ebenda
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch v. 18.8.1896 (RGBl 604)
EheG	Ehegesetz v. 20.2.1946 (KRABl 77, berichtigt S. 294)
1. EheRG	Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts v. 14.6.1976 (BGBl I.1421)
Einf. (vor)	Einführung (vor)
Einl. (vor)	Einleitung (vor)
Erg.	Ergebnis
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuGHE	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (1954/55 ff.)
e.V.	eingetragener Verein
FamR	Familienrecht
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (1954 –)
Fn.	Fußnote(n)
FS	Festschrift
FuR	Familie und Recht (1990 –)
GBO	Grundbuchordnung v. 24.3.1897 (RGBl 139) i.d.F. der Bekanntmachung v. 5.8.1935 (RGBl I.1073)

gem.	gemäß
Ges.	Gesetz
GewStG	Gewerbesteuergesetz i.d.F. der Bekanntmachung v. 14.5.1984 (BGBl I.657)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23.5.1949 (BGBl 1)
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung v. 20.4.1892 (RGBl 477) i.d.F. der Bekanntmachung v. 20.5.1898 (RGBl 846)
GS	Großer Senat
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 27.7.1957 (BGBl I.1081) i.d.F. der Bekanntmachung v. 20.2.1990 (BGBl I.235)
h.A.	herrschende Ansicht
HausTWG	Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften v. 16.1.1986 (BGBl I.122)
HGB	Handelsgesetzbuch v. 10.5.1897 (RGBl 219)
hgg.	herausgegeben
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Hs.	Halbsatz
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
insbes.	insbesondere
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
JK	Jura-Kartei
JR	Juristische Rundschau (1925 – 1935, 1947 –)
Jura	Jura/Juristische Ausbildung (1979 –)
JuS	Juristische Schulung (1961 –)
JW	Juristische Wochenschrift (1872 – 1939)
JWG	Gesetz für Jugendwohlfahrt i.d.F. der Bekanntmachung v. 25.4.1977 (BGBl I.633, berichtigt S. 795)
JZ	Juristenzeitung (1951 –)
KG	1. Kammergericht 2. Kommanditgesellschaft
KO	Konkursordnung v. 10.2.1877 (RGBl 351) i.d.F. der Bekanntmachung v. 20.5.1898 (RGBl 612)
KRABl	Amtsblatt des alliierten Kontrollrats in Deutschland (1945-1990)
krit.	kritisch
KSchG	Kündigungsschutzgesetz v. 25.8.1969 (BGB. I.1317)
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht

LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs hrsg. v. F. Lindenmaier, P. Möhring u.a. (Loseblattsammlung) (1951 –)
LS	(nur) Leitsatz
m.a.W.	mit anderen Worten
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (1947 –)
m.E.	meines Erachtens
MHG	Gesetz zur Regelung der Miethöhe v. 18.12.1974 (BGBl I.3603, 3604)
Mot.	Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Nachw.	Nachweis(e)
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (1947 –)
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht (1986 –)
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht (1981 –)
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht (1984 –)
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen einschließlich der freiwilligen Gerichtsbarkeit (1965 –)
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten in der Bekanntmachung vom 19.2.1987 (BGBl I.602)
PdW	Prüfe Dein Wissen. Rechtsfälle in Frage und Antwort
Prot.	Protokolle der Kommission für die II. Lesung des Entwurfs des BGB
pVV	positive Vertragsverletzung (positive Forderungsverletzung)
Rn.	Randnummer(n)
RG	Reichsgericht
RGBl	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (1880 – 1945)
S.	Seite(n)
s. (am Satzanfang S.)	siehe
s.a.	siehe auch
SchuldR	Schuldrecht
sog.	sogenannte(r)
StGB	Strafgesetzbuch v. 15.5.1871 (RGBl 127) i.d.F. der Bekanntmachung v. 10.3.1987 (BGBl I.945, berichtigt S. 1160)
str.	streitig
TVG	Tarifvertragsgesetz v. 9.4.1949 (GBI 55) i.d.F. der Bekanntmachung v. 25.8.1969 (BGBl I.1323)
Überbl. (vor)	Überblick (vor)
u.U.	unter Umständen

UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb v. 7.6.1909 (RGBl 499)
VerbrKrG	Verbraucherkreditgesetz v. 17.12.1990 (BGB. I.2840)
VersR	Versicherungsrecht (1950 –)
Warn. Rspr.	Rechtsprechung des Reichsgerichts, soweit sie nicht in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts abgedruckt ist, hgg. v. O. Warneier (1908 – 1941)
WechselG	Wechselgesetz v. 21.6.1933 (RGBl I.399)
WEG	Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht (Wohnungseigentumsgesetz) v. 15.3.1951 (BGBl I.175, berichtigt S. 209)
WM	Wertpapier-Mitteilungen (1949 –) Wirtschafts-, Wertpapier- und Bankrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht (1970 –)
ZGB	Zivilgesetzbuch der DDR v. 19.6.1975 (GBI I 465)
ZPO	Zivilprozeßordnung v. 30.1.1877 (RGBl 83) i.d.F. der Bekanntmachung v. 12.9.1950 (BGBl 533)
z.T.	zum Teil
zust.	zustimmend
zutr.	zutreffend
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung v. 24.3.1897 (RGBl 97) i.d.F. der Bekanntmachung v. 20.5.1898 (RGBl 713)
zw.	zweifelhaft
z.Z.	zur Zeit

Erster Teil: Grundsätze der Konfliktlösung bei fehlgeschlagenen Rechtsgeschäften

I. Einleitung¹

1. Abgrenzungsfragen

Pacta sunt servanda: Einmal eingegangene Verpflichtungen müssen grundsätzlich auch eingehalten werden², und sie werden in den ungezählten störungsfreien Vorgängen des Alltags meist auch tatsächlich vereinbarungsgemäß eingehalten und zur Zufriedenheit aller Beteiligten erfüllt. Rechtliche Schwierigkeiten können erst entstehen, wenn das Rechtsverhältnis entweder fehlerhaft ist und einer der Beteiligten sich darauf beruft oder im Laufe der Zeit aufgrund von Störungsursachen nicht (mehr) vereinbarungsgemäß eingehalten wird. Für solche Fälle hat die Rechtsordnung durch geeignete Vorschriften dafür Vorsorge zu treffen, daß einerseits niemand damit zu rechnen braucht, auch noch nach Ablauf bestimmter Fristen mit einem bis dahin nicht geltend gemachten Anspruch überzogen zu werden³ und zum anderen, daß auch schon vorher vermeidbare Konflikte vermieden und unvermeidbare Interessengegensätze sachgerecht gelöst und ausgeglichen werden können⁴.

¹ Aus Raumgründen wird auf einen vollständigen wissenschaftlichen Apparat verzichtet. Die jeweils angegebene Ausbildungsliteratur stellt lediglich eine aus der Sicht des Verfassers besonders empfehlenswerte und weiterführende Lektüreauswahl, die mit einem „Baedekersternchen“ (*) versehenen Gerichtsentscheidungen stellen darüberhinaus besonders wichtige und unbedingt nachzuarbeitende (zumeist höchstrichterliche) Erkenntnisse dar.

² Über die allgemeinsten Prinzipien des Rechts und der Ethik vgl. *M. Rehbinder* 167-175 (dort auch zu dem Grundsatz *pacta sunt servanda*).

³ Darunter versteht man gem. § 194 Abs. 1 BGB „das Recht, von einem anderen ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen“ – etwa: den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen (§ 433 Abs. 2 BGB).

⁴ Über die Notwendigkeit der Gesetze und der Justiz vgl. *M. Rehbinder*,

a) Wenn sich unter diesem Ausgleichsgedanken ein Anspruch des einen gegen den anderen *ergibt* (oder A meint, einen solchen gegen B zu haben), ist es für den Interessenausgleich erforderlich, daß beide Parteien so schnell wie möglich wissen, woran sie sind. Sie dürfen sich mit ihren Ansprüchen nicht *ad Kalendas Graecas*⁵ Zeit lassen, sondern müssen zwar überlegt, aber u.U. zügig handeln. Dies gebietet der in allen Rechtsordnungen wichtige Grundgedanke der *Rechtssicherheit* und des *Rechtsfriedens*⁶. Bei einer Vielzahl von Ansprüchen, die der eine gegen den anderen erhebt oder durchsetzen will, geschieht das etwa dadurch, daß der Anspruch spätestens nach Ablauf der gesetzlichen Regelfrist von dreißig Jahren (§ 195 BGB)⁷ in aller Regel *verjährt*⁸, d.h. zwar noch *weiterbesteht*, aber

Einführung 29-32, über den Staat und die Freiheit seiner Bürger ebd. 123-145, über Geltung und Geltungsgrund des positiven Rechts ebd. 182-188, über das Recht in der sozialen Wirklichkeit ebd. 215-225.

- ⁵ Für solche, die nun erst nachschlagen müßten: bis zum Nimmerleinstag.
- ⁶ BGH, 16.6.1972 I ZR 154/70 BGHZ 59, 72 (74); 10.7.1986 III ZR 133/85 BGHZ 98, 174 (183-184); *O. Jauernig*, Anm. 3 zu § 194 BGB; *O. Palandt* (- *H. Heinrichs*) Rn. 4 zu § 194 BGB.
- ⁷ Das ist die gesetzliche Regelfrist, doch gibt es eine Fülle kürzerer Verjährungsfristen, die die Regel fast zur Ausnahme machen und die der Jurist kennen sollte; viele von ihnen sind in den §§ 196-197 BGB zusammengefaßt, andere finden sich im BGB verstreut, so etwa die Verjährung der kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche gem. § 477 BGB oder deliktsrechtliche Schadenersatzansprüche gem. § 852 BGB. Der dreißigjährigen Verjährung unterliegen aber etwa Bereicherungsansprüche (§§ 812 ff. BGB), Ansprüche aus dem Eigentum (§§ 985, 987 ff., 1004 BGB), aus Geschäftsführung ohne Auftrag sowie aus culpa in contrahendo (Rn. 91 ff., 151 ff.) und aus positiver Vertragsverletzung (Rn. 112, 370, 405); dazu BGH, 24.6.1992 VIII ZR 203/91 BGHZ 119, 35 (38) sowie ausf. (auch zu den Ausnahmen bei Aufeinandertreffen von Ansprüchen mit kürzeren Verjährungsfristen) *O. Jauernig*, Anm. 2 zu § 195 BGB.
- ⁸ Viele Ansprüche aus einem familienrechtlichen Verhältnis unterliegen gem. § 194 Abs. 2 BGB dagegen nicht der Verjährung; zu ihnen gehören die aus §§ 1353, 1356, 1360, 1361, 1619, 1632 BGB; überhaupt nicht verjähren können Rechte und Rechtspositionen, die keine Ansprüche sind, wie etwa absolute Rechte (etwa Eigentum und allgemeines Persönlichkeitsrecht); vgl. dazu *O. Palandt* (- *H. Heinrichs*) Rn. 3-7, 11 zu § 194 BGB. Auch *Gestaltungsrechte* (z.B. das Recht der Anfechtung aus § 119 BGB) können zwar aufgrund von Spezialregelungen (z.B. § 121 BGB) erlöschen, aber *nicht verjähren*, da sie *keine „Ansprüche“* i.S.v. § 194 Abs. 2 BGB sind.

gegenüber dem, der sich auf die Verjährung beruft (§ 222 Abs. 1 BGB), gerichtlich *nicht mehr durchgesetzt* werden kann⁹. Mit den Worten des BGH ist es nicht Aufgabe der Verjährung, „einen wirklichen Schuldner ohne Leistung zu befreien, sondern ihn vor unbegründeten, unbekanntem oder unerwarteten Ansprüchen zu schützen. Sie trägt dem Umstand Rechnung, daß es umso schwieriger wird, zuverlässige Feststellungen über die für die Rechtsbeziehungen der Parteien maßgebenden Tatsachen zu treffen, je weiter diese zurückliegen“¹⁰. Daraus folgt, daß die Geltendmachung der Verjährung (§ 222 BGB) ein Recht des Schuldners ist, das nicht aus seinem, sondern aus dem Verhalten des Gläubigers erwächst, der sich mit seiner (angeblichen) Forderung so lange Zeit gelassen hat¹¹. Zweck der Anspruchsverjährung ist demnach, „der Behelligung mit veralteten Ansprüchen ein Ziel zu setzen. Der Verkehr erträgt es nicht, daß lange verschwiegene, in der Vergangenheit vielleicht weit zurückliegende Tatsachen zur Quelle von Anforderungen in einem Zeitpunkt gemacht werden, in welchem der in Anspruch genommene Gegner infolge der verdunkelnden Macht der Zeit entweder nicht mehr oder doch nur schwer noch in der Lage ist, die ihm zur Seite stehenden entlastenden Umstände mit Erfolg zu verwerten“¹². Diese Rechtssicherheitsüberlegungen gelten aber auch für die *kurzen* Verjährungsfristen; kann etwa jemand seinen Anspruch auf kaufrechtliche Gewährleistung oder Mängelbeseitigung bei Herstellung eines Werks u.U. schon nach sechs Monaten nicht mehr durchsetzen (lies etwa §§ 477 Abs. 1 Satz 1, 638 Abs. 1 BGB), „so ist dies ein Opfer, das der Betroffene dem Gemeinwohle bringen muß“¹³. Zugunsten dieser kurzen Verjährungsfristen werden auch hier vor allem der Gesichtspunkt der raschen Wiederherstellung des Rechtsfriedens¹⁴, die Schwierigkeiten der Ermittlung und Feststellung von Qualitätsmängeln, sobald „verdunkelnde Zeit“ ins Land gegangen ist¹⁵ sowie die Vermeidung von Auseinandersetzungen

⁹ Lesenswert dazu *O. Palandt* (– *H. Heinrichs*) Rn. 4 vor § 194 BGB.

¹⁰ BGH, 20.4.1993 X ZR 67/92 BGHZ 122, 241 (244).

¹¹ Mot. I.296; BGH, 16.6.1972 I ZR 154/70 BGHZ 59, 72 (74).

¹² Mot. I.291; BGH, 4.5.1955 VI ZR 37/54 BGHZ 17, 199 (206).

¹³ Mot. I.316.

¹⁴ BGH, 29.11.1972 VIII ZR 233/71 BGHZ 60, 9 (11).

¹⁵ BGH, 16.9.1987 VIII ZR 334/86 BGHZ 101, 337 (344-345); 17.1.1990 VIII ZR 292/88 BGHZ 110, 88 (92).

über Mängelansprüche dann angeführt, wenn es gar nicht mehr oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten möglich ist festzustellen, ob eine Werkleistung einen Mangel aufweist oder der in Erscheinung getretene Mangel der Kaufsache nicht auf einer anderen Ursache beruht, z.B. auf von dritter Seite vorgenommener Beschädigung, auf Alterung oder Verschleiß¹⁶. Auch kurzen Verjährungsfristen kann damit ein erheblicher Gerechtigkeitsgehalt zukommen¹⁷. Selbst wenn sechsmonatige Verjährungsfristen¹⁸ heute in der Literatur für übertrieben verkäufer- oder unternehmerfreundlich gehalten werden¹⁹, ist diese gesetzgeberische Entscheidung zu respektieren²⁰. Der Berechtigte, der einen Anspruch hat, trägt mit anderen Worten regelmäßig das *Risiko des Zeitablaufs*²¹.

b) *Ob* aber in der Vielfalt möglicher Sachverhaltsabläufe überhaupt ein Anspruch²² gegeben ist und wenn ja, *welcher*, das entscheidet sich im Einzelfall, den in der Praxis die zuständigen Gerichte, in der ihr vorgeschalteten Zeit der Juristenausbildung aber beispielsweise Sie als Klausurenschreiber zu entscheiden haben. Menschliche Phantasie ist viel einfallsloser als die Realität, die auch den Juristen immer wieder einholt und immer wieder überraschende Fallkonstellationen hervorbringt, in denen es hakt und öst und in denen nicht (mehr) alles einvernehmlich und friedlich bleibt, sondern einer gegen den anderen zu Felde zieht und nach dem Kadi ruft. Die meisten Klausuren, die Sie schreiben, sind

¹⁶ BGH, 20.4.1993 X ZR 67/92 BGHZ 122, 241 (245).

¹⁷ BGH, 17.1.1990 VIII ZR 292/88 BGHZ 110, 88 (92).

¹⁸ Nochmals als Beispiele lesen: im Kaufrecht § 477 Abs. 1 Satz 1, im Werkvertragsrecht § 638 Abs. 1 BGB).

¹⁹ Für viele: MünchKomm (- *H.P. Westermann*) Rn. 1 zu § 477 BGB – übrigens, wie selbst der BGH gesagt hat, „teilweise mit beachtlichen Gründen“: BGH, 17.1.1990 VIII ZR 292/88 BGHZ 110, 88 (93).

²⁰ BGH, 2.6.1980 VIII ZR 78/79 BGHZ 77, 215 (223); 17.1.1990 VIII ZR 292/88 BGHZ 110, 88 (93). Die fällige und beschlossene Reform des Mängelgewährleistungsrechts (dazu auch *D. Giesen*, „Grundsätze der Konfliktlösung im Besonderen Schuldrecht. Teil A: Das Recht des Kaufvertrags. Teil 2: Die Gewährleistung des Verkäufers“, Jura 1993, 354-370 [354 mit Nachw.]) sieht eine Streichung von § 477 BGB und Geltung einer Verjährungsfrist von drei Jahren vor: *O. Jauernig* (- *M. Vollkommer*) Anm. 1 zu § 477 BGB.

²¹ BGH, 4.5.1955 VI ZR 37/54 BGHZ 17, 199 (206).

²² Legaldefinition in § 194 Abs. 1 BGB.

solchen Fällen nachgebildet und zielen darauf ab, aufgrund des mitgeteilten Sachverhalts Ihr juristisches Wissen zu erproben und Sie dadurch unter Beweis stellen zu lassen, daß Sie alle aufgrund des Falles überhaupt in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen systematisch prüfen und den Fall damit einer juristisch brauchbaren Lösung zuführen können. Fehler- und Störungsquellen gibt es selbstverständlich schon diesseits des Zeitpunkts, zu dem die Verjährung zum Problem werden kann; unser Recht unterscheidet hier im wesentlichen zwischen von vorneherein fehlgeschlagenen Rechtsgeschäften bzw. von Anfang an fehlerhaften Rechtsgeschäften und deren Folgen, über die die Parteien nicht gerne im unklaren bleiben wollen (sie sind Gegenstand dieses Buches), sowie Leistungsstörungen, die sich (meist erst) nachträglich bei der Abwicklung eines wirksamen Rechtsgeschäfts, z.B. eines Kaufvertrages, herausstellen und dann gleichfalls einer möglichst zügigen und ausgewogenen Konfliktlösung zugeführt werden müssen. Leistungsstörungen sind Gegenstand des allgemeinen Schuldrechts und werden daher in diesem Buch nicht behandelt²³.

In diesem ersten Teil soll zunächst nur von den von Anfang an *fehlgeschlagenen* Rechtsverhältnissen und ihren Rechtsfolgen die Rede sein; im zweiten Teil (Rn. 114 ff.) werden dann die (von Anfang an) fehlerhaften Rechtsgeschäfte dargestellt²⁴.

²³ Zum *Kaufrecht* können Wißbegierige aber schon jetzt mit Nutzen lesen: *D. Giesen*, „Grundsätze der Konfliktlösung im Besonderen Schuldrecht. Teil A: Das Recht des Kaufvertrags. Teil 1: Grundlagen“, Jura 1993, 169-180; „Teil 2: Die Gewährleistung des Verkäufers“, Jura 1993, 354-370; „Teil 3: Spezialfälle des Kaufs“, Jura 1994, 194-204 (105-200).

²⁴ Die hier getroffene Unterscheidung zwischen dem „Zustandekommen“ des Vertrags (oder seinem *Fehlschlagen*) einerseits und der „Wirksamkeit“ des Vertrags (oder seiner *Fehlerhaftigkeit*) andererseits fließt im Schrifttum teilweise häufig zu der alleinigen Frage danach zusammen, ob der Vertrag „wirksam zustande gekommen“ ist oder nicht; jedenfalls insoweit empfiehlt es sich, mit *D. Leenen*, „Abschluß, Zustandekommen und Wirksamkeit des Vertrages. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Dissens“, AcP 188 (1988) 381-418, beide Fragen auseinander zu halten (aaO. S. 386-387, insbes. Fn. 23): Für die Frage, ob ein Vertrag vorliegt, kommt es also darauf an, ob die tatbestandlichen Merkmale eines Vertrags vorliegen; liegen sie nicht vor, ist der beabsichtigte Vertrag nicht zustande gekommen oder im Sinne der hier verwendeten Terminologie *fehlgeschlagen* (Rn. 1-113); für die Frage, ob der geschlossene (und zur recht-

2. Lösungssystem

- 2 Eine Rechtsordnung könnte von dem Standpunkt ausgehen, daß von Anfang an mit Fehlern und Mängeln behaftete Rechtsverhältnisse überhaupt keine rechtlich relevanten Wirkungen entfalten dürfen; dafür spräche wieder der Gesichtspunkt der *Rechtssicherheit*: die Beteiligten wüßten sehr schnell, woran sie sind und müßten das Rechtsgeschäft, das sie abschließen wollten, eben noch einmal – dieses Mal fehler- und mängelfrei - abschließen, um die rechtlich verbindlichen Wirkungen zu erzielen, auf die es ihnen bei Abschluß des Rechtsgeschäfts ankommt. Unsere eigene Rechtsordnung hat sich (wie übrigens die meisten hochentwickelten Rechtsordnungen anderer Länder auch) für ein sehr viel differenzierteres Modell aus nach der Schwere des Mangels abgestuften Graden von rechtlicher Unwirksamkeit und Wirksamkeit jedes Rechtsgeschäfts entschieden; dafür sprach der Gesichtspunkt der *Einzelfallgerechtigkeit*: je flexibler das Recht auf die unterschiedlichen Mängel eines Rechtsgeschäfts reagieren kann, desto eher kann es auf die Umstände des Einzelfalles eingehen und damit auch auf die schutzwürdigen Interessen der Beteiligten Rücksicht nehmen; nehmen mehrere Personen miteinander geschäftlichen Kontakt auf, so tun sie dies zur Koordinierung ihrer Interessen und zur Erzielung eines Einvernehmens, aufgrund dessen sie dann eine Angelegenheit in bestimmter Art und Weise regeln; das gegenseitige Einvernehmen der Beteiligten ist deshalb auch die eigentliche Grundlage für die Anerkennung der vereinbarten Regelung durch die Rechtsordnung.
- 3 a) Daraus folgt, daß die Rechtsordnung den Beteiligten grundsätzlich soweit wie möglich entgegenkommen möchte und die einvernehmlich angestrebten Rechtswirkungen deshalb in der Regel auch – und zwar *weil* sie gewollt sind und *insoweit* sie gewollt sind – eintreten läßt. Nur ausnahmsweise verneint sie diese Wirkungen dort, wo bestimmte Mindestanforderungen an das Einver-

lichen Überprüfung im Einzelfall vorliegende) Vertrag auch wirksam ist, kommt es darauf an, ob ihn die Rechtsordnung mit dem vereinbarten Inhalt und den gewünschten Rechtsfolgen akzeptiert; tut sie dies (was die Regel ist), ist der Vertrag wirksam, tut sie dies nicht, ist er jedenfalls in dem von den Vertragspartnern gewollten Sinne unwirksam (bzw. vernichtbar) oder im Sinne der hier verwendeten Terminologie *fehlerhaft* (Rn. 114 ff.).

nehmen der Beteiligten (noch) nicht erfüllt sind oder sie das einvernehmlich abgeschlossene Rechtsgeschäft aus bestimmten Gründen mißbilligt.

b) Die Rechtsordnung stellt also mit anderen Worten an das Zustandekommen von Rechtsgeschäften, insbesondere von Verträgen, bestimmte *Rahmenanforderungen*. Werden diese Rahmenanforderungen erfüllt, gilt das von den Beteiligten Vereinbarte (Regelfall). Werden die Rahmenanforderungen nicht erfüllt, kommt das angestrebte Rechtsgeschäft entweder schon dem äußeren Tatbestand nach überhaupt nicht zustande (es ist fehlgeschlagen, dazu Rn. 5-113) oder es ist zwar dem äußeren Tatbestand nach zustande gekommen, aber aufgrund bestimmter Umstände fehlerhaft (Rn. 115)²⁵, z.B. entweder im öffentlichen Interesse oder im Interesse der Beteiligten (ohne weiteres) nichtig (vgl. etwa §§ 116-118, 125, 134, 138 BGB). Es kann auch im Interesse eines Beteiligten vernichtbar (vgl. z. B. §§ 119, 123, 142 BGB) oder auf andere Weise (etwa bis zur Zustimmung des Zustimmungsberechtigten [vgl. etwa §§ 107, 108 oder auch 1365, 1366, 1369, 1423 ff., 1450 ff. BGB]) unwirksam sein. Im folgenden geht es zunächst wieder allein um den Problembereich der an der Entstehung gehinderten Rechtsgeschäfte, also der sogenannten *fehlgeschlagenen* Rechtsgeschäfte.

II. Das Zustandekommen des Vertrages

Das Bürgerliche Recht²⁶ geht bekanntlich vom Grundsatz der *Privatautonomie* (Rn. 114, 118) aus²⁷, die den einzelnen berechtigt, Rechte und Pflichten zu begründen, zu ändern oder aufzuheben, Leistung und Gegenleistung grundsätzlich frei zu bestimmen²⁸, auch

²⁵ Ausf. dazu *J. v. Staudinger* (– *H. Dilcher*) Rn. 65-80 vor §§ 104-185 BGB.

²⁶ Zur Herkunft und Bedeutung des Begriffs immer noch lesenswert: *G. Boehmer*, Einführung 1-3; zu den römischrechtlichen und deutschrechtlichen Grundlagen des BGB ebd. 60-69.

²⁷ Grundlegend: *G. Boehmer*, Einführung 83-89; *W. Flume*, AT § 1; *K. Lorenz*, AT § 2 II e (S. 40-42); *B. Rüthers*, AT Rn. 31-40; *D. Schwab*, ZivilR Rn. 381-384; *J. v. Staudinger* (– *H. Dilcher*) Rn. 5-11 vor §§ 104-185 BGB; *H.P. Westermann*, Grundbegriffe 53-55.

²⁸ BGH, 30.11.1993 XI ZR 80/93 BGHZ 124, 254 (256).

risikoreiche Geschäfte einzugehen²⁹, also im Rahmen der Rechtsordnung eigenverantwortlich rechtsverbindliche Regelungen und Festlegungen zu treffen³⁰. Privatautonomie ist also die in Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete Selbstbestimmung des einzelnen im Rechtsleben³¹. Das Mittel zur Verwirklichung dieser Privatautonomie ist das *Rechtsgeschäft*³², das auch als die „zentrale Institution des bürgerlichen Rechts“ bezeichnet wird³³. Es besteht aus mindestens einer Willenserklärung, zumeist aber aus mehreren, die allein oder in Verbindung mit anderen Tatbestandsmerkmalen eine bestimmte Rechtsfolge herbeiführen, weil und insoweit sie gewollt ist.

1. Das Rechtsgeschäft

- 6 Unverzichtbares Tatbestandsmerkmal jedes Rechtsgeschäfts ist das Vorliegen einer auf die Herbeiführung einer Rechtsfolge gerichteten *Willenserklärung*³⁴ (Rn. 14 ff.). Das Rechtsgeschäft erschöpft sich aber in der Regel nicht in bloß einer Willenserklärung; das ist nur bei den sog. *streng einseitigen* Rechtsgeschäften (z.B. Auslobung [§ 657 BGB] oder Testament [§§ 2064, 2229 ff. BGB], Rn. 31) und bei den *einseitig empfangsbedürftigen* Rechtsgeschäften (z.B. Anfechtung [§ 143 BGB] oder Kündigung [etwa gem. §§ 552 ff., 609, 620 ff. BGB]) der Fall. Im allgemeinen gehören zu einem Rechtsgeschäft aber noch weitere Tatbestandsmerkmale (z.B. weitere Willenserklärungen oder Realakte oder etwa auch eine behördliche Mitwirkung). Bei *zweiseitigen* Rechtsgeschäften, insbesondere *Verträgen*, muß etwa zur zeitlich ersten Willenserklärung, durch die der eine Teil dem anderen den Abschluß eines Vertrags mit konkretem Inhalt anbietet (Antrag, Offerte, § 145 BGB), noch die zeitlich darauf folgende Willenserklärung des Antragsempfängers

²⁹ BGH, 24.11.1992 XI ZR 98/92 BGHZ 120, 272 (274).

³⁰ M. Rehbinder, Einführung 26; lesenswert über die Ursprünge der europäischen Rechtskultur, die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland und die Fortentwicklung des deutschen Bürgerlichen Rechts seither: F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte* 26-43, 97 ff., 348 ff., 514 ff.

³¹ *BVerfG, 19.10.1993 1 BvR 567, 1044/89 BVerfGE 89, 214 (231).

³² D. Medicus, AT Rn. 172-219.

³³ J. v. Staudinger (- H. Dilcher) Rn. 1 vor §§ 116-144 BGB.

³⁴ H. Brox, AT Rn. 80-93; D. Schwab, ZivilR Rn. 424-435; J. v. Staudinger (- H. Dilcher) Rn. 12-15 vor §§ 104-185 BGB, 1 vor §§ 116-144 BGB; H.P. Westermann, *Grundbegriffe* 46-49.

hinzutreten, mit der er seine Zustimmung zu dem vorgeschlagenen Vertrag bekundet (Annahme, §§ 146 ff. BGB; Rn. 59 ff.); bei der Übereignung einer beweglichen Sache muß etwa zum Übereignungsvertrag, der sog. dinglichen Einigung, die Übertragung des Besitzes (§§ 929 Satz 1, 854 Abs. 1 BGB)³⁵, bei der Übereignung eines Grundstücks muß zum Übereignungsvertrag die Eintragung im Grundbuch hinzutreten (§ 873 BGB, §§ 3, 13 ff. GBO)³⁶. Hiervon zu unterscheiden sind *Beschlüsse*, d.h. gleichgerichtete Willenserklärungen von mehreren Personen in einer Personenvereinigung (z.B. Gesellschaft, Verein). Diese werden gegenüber der Leitung der Personenvereinigung parallel abgegeben und sollen der Willensbildung in der Personenvereinigung dienen. Je nach Gegenstand des Beschlusses und möglicher Regelungen im Gesellschaftsvertrag, in der Satzung oder im Gesetz bedarf es eines einstimmigen Beschlusses oder eines (einfachen oder qualifizierten) Mehrheitsbeschlusses, der dann auch für die überstimmte Minderheit verbindlich ist³⁷.

2. Das Abstraktionsprinzip

Bei den soeben angesprochenen Verträgen (Rn. 6) wurde eine Eigentümlichkeit des deutschen Rechts³⁸ angesprochen: Die Übereignung einer Sache wird im Gegensatz zu den meisten anderen

³⁵ H.P. Westermann, Grundbegriffe 123-126.

³⁶ H.P. Westermann, Grundbegriffe 135-138; davon streng zu unterscheiden ist das schuldrechtliche Grund- oder Verpflichtungsgeschäft (sog. Abstraktionsprinzip), z.B. der der Übereignung zugrundeliegende und zu ihr verpflichtende Kaufvertrag (§ 433 Abs. 1 BGB), der schon durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen, ggf. in der vorgeschriebenen Form (lies § 313 BGB) zustandekommt; vgl. dazu H. Brox, AT Rn. 115-121; H. Brox, SchuldR AT Rn. 6-7; H. Dilcher, SachenR 152-153; W. Fikentscher, SchuldR Rn. 660; D. Medicus, AT Rn. 224-241; J. v. Staudinger (- H. Dilcher) Rn. 43-47, 51-57 vor §§ 104-185 BGB.

³⁷ H. Brox, AT Rn. 100.

³⁸ Dem Recht der ehemaligen DDR war die im folgenden beschriebene Trennung der Verpflichtung vom dinglichen Vollzug allerdings *fremd*, vgl. dazu §§ 25-26 ZGB, die gem. Art. 233 § 7 EGBGB auch nach der Wiedervereinigung auf Fälle anzuwenden sind, die vor dem 3.10.1990 über Grundstücke in der DDR geschlossen worden waren; hierzu der instruktive Fall BGH, 10.12.1993 V ZR 158/92 BGHZ 124, 321.

Rechtsordnungen nicht schon durch den Kaufvertrag bewirkt (sog. Einheitsprinzip), sondern durch ein vom Kaufvertrag getrenntes Übereignungsgeschäft, den sog. „abstrakten dinglichen Vertrag“, der ein stiltypisches Merkmal des deutschen Rechtskreises ist³⁹.

Beispiel: K kauft im Fahrradladen des V eine Fahrradkette für DM 10,--. K gibt dem V einen Zehnmarkschein und erhält dafür von V die Kette. Wie viele Rechtsgeschäfte haben K und V abgeschlossen? K und V haben zunächst einen Kaufvertrag (§ 433 BGB) abgeschlossen: Dadurch ist allerdings weder V Eigentümer des Geldscheins noch K Eigentümer der Fahrradkette geworden. Der Kaufvertrag hat lediglich die Verpflichtung des V begründet, die Kette an K zu übereignen (lies § 433 Abs. 1 BGB). Gleichzeitig wurde K verpflichtet, den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen, also, das Geld zu übereignen (lies § 433 Abs. 2 BGB). Die wechselseitigen Eigentumsübergänge vollzogen sich nach § 929 Satz 1 BGB durch die jeweilige sog. dingliche Einigung (= Vertrag im Sinne der §§ 145 ff. BGB) und die Übergabe der entsprechenden Sache (Kette bzw. Geldschein, § 854 Abs. 1 BGB). K und V haben also *drei Verträge* geschlossen: einen Kaufvertrag (§ 433 BGB), eine dingliche Einigung bezüglich der Fahrradkette (§ 929 Satz 1 BGB) und eine dingliche Einigung bezüglich des Geldscheins (§ 929 Satz 1 BGB)⁴⁰.

a) Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft

- 8 Weil der Kaufvertrag über eine Sache deren dingliche Zuordnung (ihre Eigentumslage) nicht ändert, sondern nur die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung begründet, wird er als *Verpflichtungsge-*

³⁹ K. Zweigert & Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, Band 1: Grundlagen (1. Aufl. Tübingen 1971) 214-227 (nicht in der 2. Aufl. Tübingen 1984); lesenswert: O. Jauernig, „Trennungsprinzip und Abstraktionsprinzip“, JuS 1994, 721-727; K. Schreiber & K. Kreuz, „Der Abstraktionsgrundsatz. Eine Einführung“, Jura 1989, 617-622; generell zum Abstraktionsprinzip: H. Brox, AT Rn. 115-121; H. Brox, SchuldR AT Rn. 6-7; H. Dilcher, SachenR 152-153; W. Fikentscher, SchuldR Rn. 656 & 660; D. Medicus, AT Rn. 224-241; H.P. Westermann, Grundbegriffe 64-66.

⁴⁰ Vgl. dazu D. Giesen, „Grundsätze der Konfliktlösung im Besonderen Schuldrecht. Teil A: Das Recht des Kaufvertrags. Teil 1: Grundlagen“, Jura 1993, 169-180 (169-171).