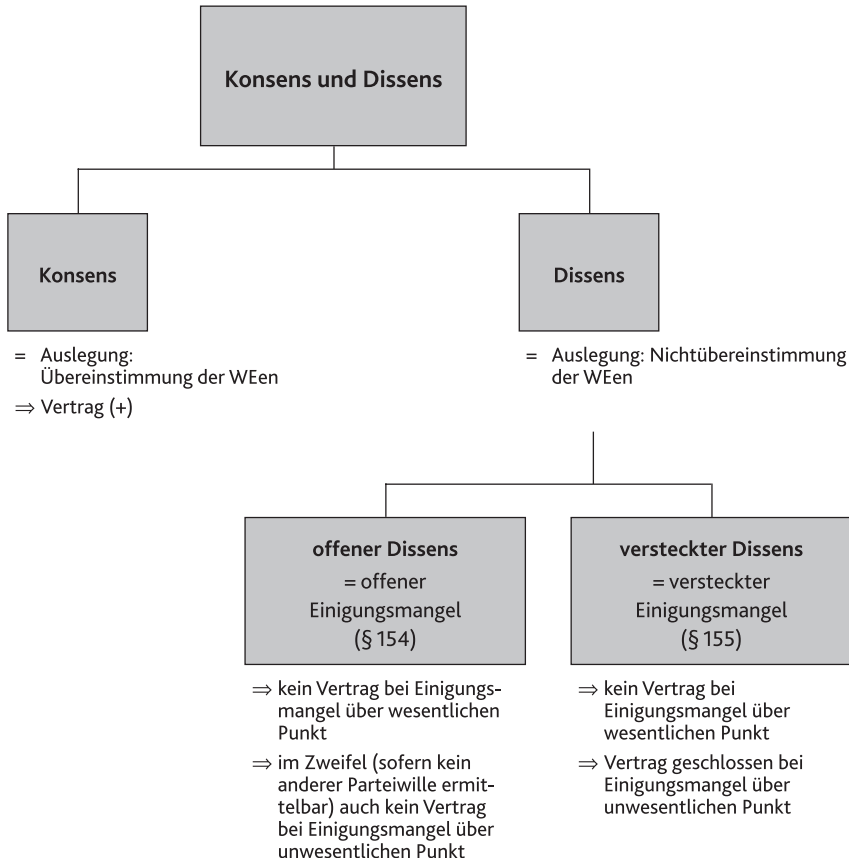


Beispiel: Hätten die Vertragsparteien den Gesellschaftsvertrag auch ohne eine vertragliche Regelung über das Ende der offenen Handelsgesellschaft geschlossen, kann die vertragliche Lücke, falls kein anderer hypothetischer Parteiwille zu ermitteln ist, notfalls durch die gesetzliche Regelung (§§ 131f. HGB) geschlossen werden.



3. Kapitel. Die Wirksamkeitsvoraussetzungen des Rechtsgeschäfts

§ 12 Die Geschäftsfähigkeit

Literatur: *Bisges*, Schlumpfbereen für 3000 Euro – Rechtliche Aspekte von In-App-Verkäufen an Kinder, NJW 2014, 183; *Boemke/Schönfelder*, Wirksamwerden von Willenserklärungen gegenüber nicht voll Geschäftsfähigen (§ 131 BGB), JuS 2013, 7; *Brox*, Der Minderjährigenschutz beim Rechtsgeschäft, JA 1989, 441; *Casper*, Geschäfte des täglichen Lebens – kritische Anmerkungen zum neuen § 105a BGB, NJW 2002, 3425; *Coester-Waltjen*, Nicht zustimmungsbedürftige Rechtsgeschäfte beschränkt geschäftsfähiger Minderjähriger, JURA 1994, 668; *Derleder/Thielbar*, Handys, Klingeltöne und Minderjährigenschutz, NJW 2006, 3233; *Fleck/Schweinfest*, Anfängerklausur – Zivilrecht, Minderjährigen- und Stellvertretungsrecht – Die Playstation, JuS 2010, 885; *Franzen*, Rechtsgeschäfte erwachsener Geschäftsunfähiger nach § 105a BGB zwischen Rechtsgeschäftslehre und Betreuungsrecht, JR 2004,

221; Götz, Ansprüche des Minderjährigen bei fehlerhafter Tätowierung, JR 2014, 289; Hähnchen, Schwebende Unwirksamkeit im Minderjährigenrecht – Ein Aufbauproblem aus historischer Sicht, JURA 2001, 668; Hager, Schenkung und rechtlicher Nachteil, FS Leenen, 2012, 43; Harder, Minderjährige Schwarzfahrer, NJW 1990, 857; Haslach, Rechtlich nachteilhafte Grundstücksübertragung an einen Minderjährigen ohne die Mitwirkung eines Ergänzungspflegers?, JA 2017, 490; Jousen, Die Rechtsgeschäfte des Geschäftsunfähigen – der neue § 105a BGB, ZGS 2003, 101; Keller/Purnhagen, Fernsehkauf einer Minderjährigen ohne Einwilligung der Eltern, JA 2006, 844; Kulke, Probleme der beschränkten Geschäftsfähigkeit, JuS Lernbogen 2000, L 81; 2000, L 89; 2001, L 1; 2001, L 9; Leenen, Die Heilung fehlender Zustimmung gemäß § 110 BGB, FamRZ 2000, 863; M. Lipp, Das Verbot des Selbstkontrahierens im Minderjährigenrecht, JURA 2015, 477; V. Lipp, Die neue Geschäftsfähigkeit Erwachsener, FamRZ 2003, 721; Löhnig/Schärtl, Zur Dogmatik des § 105a BGB, AcP 204 (2004), 25; S. Lorenz, Grundwissen – Zivilrecht: Rechts- und Geschäftsfähigkeit, JuS 2010, 11; Modrzyk, Die Dogmatik der Leistungsbewirkung gem. § 110 BGB im Lichte des Abstraktionsprinzips, JA 2012, 407; Pawlowski, Willenserklärungen und Einwilligungen in personenbezogene Eingriffe, JZ 2003, 66; Münch, Gibt es eine ausnahmsweise Genehmigung einseitiger Rechtsgeschäfte Minderjähriger?, FS Leipold, 2009, 1109; Petersen, Die Geschäftsfähigkeit, JURA 2003, 97; Piras/Stieglmeier, § 110 BGB im Zeichen der Zeit, JA 2014, 893; Preuß, Das für den Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhafte Geschäft, JuS 2006, 305; Röthel/Krackhardt, Lediglich rechtlicher Vorteil und Grunderwerb, JURA 2006, 161; M. Roth, Die Rechtsgeschäftslehre im demographischen Wandel, AcP 208 (2008), 451; Schmitt, Der Begriff der lediglich rechtlich vorteilhaften Willenserklärung i. S. des § 107 BGB, NJW 2005, 1090; Scholl/Claeßens, Schenkung und Übereignung eines Tieres an einen beschränkt Geschäftsfähigen, JA 2010, 765; Staudinger/Steinrötter, Minderjährige im Zivilrecht, JuS 2012, 97; Timme, Die Schenkung eines Tieres an einen beschränkt Geschäftsfähigen, JA 2010, 174, 848; Ulrici, Alltagsgeschäfte volljähriger Geschäftsunfähiger, JURA 2003, 520; Vortmann, Bankgeschäfte mit Minderjährigen, WM 1994, 965; Wedemann, Die Rechtsfolgen der Geschäftsunfähigkeit, AcP 209 (2009), 668; Wedemann, Die Geschäftsunfähigkeit, JURA 2010, 587; Wilhelm, Aufforderung zur Erklärung über die Genehmigung eines schwebend unwirksamen Geschäfts und Widerruf des Geschäftes, NJW 1992, 1666; Wilhelm, Das Merkmal »lediglich rechtlich vorteilhaft« bei Verfügungen über Grundstücksrechte, NJW 2006, 2353.

Fälle:

- a) K, der schon längere Zeit an Schizophrenie leidet, kauft von V ein Gemälde für 5.000 EUR. Kommt ein Vertrag zustande, wenn K in einem geistig klaren Augenblick handelt? (→ § 12 Rn. 7, 9)
- b) Wie, wenn das Betreuungsgericht für K den Betreuer B in allen Vermögensangelegenheiten bestellt und angeordnet hat, dass zu einer Willenserklärung des K in Vermögensangelegenheiten die Einwilligung des B erforderlich ist? (vgl. §§ 1896, 1903). (→ § 12 Rn. 14)
- c) Die Eltern E wollen ihrem 15-jährigen Sohn S ein Hausgrundstück schenken und übertragen. Das Grundstück ist 200.000 EUR wert und mit Hypotheken in Höhe von 150.000 EUR belastet. Können E und S die nötigen Verträge schließen? (→ § 12 Rn. 18, 19, 32)
- d) Der 16-jährige K kauft ohne Wissen seiner Eltern bei V einen MP3-Player zum Preis von 60 EUR und zahlt von seinem Taschengeld 20 EUR an; den Rest will er in vier Monatsraten zahlen. Wirksamer Kaufvertrag? (→ § 12 Rn. 26, 27, 28, 29)
- e) Der minderjährige G hat eine verzinsliche Darlehensforderung gegen S in Höhe von 1.000 EUR. Nach dem Vertrag kann zum 1. jeden Monats mit einmonatiger Kündigungsfrist gekündigt werden. G kündigt ohne Wissen seiner Eltern am 30.4. zum nächsten Termin; am 1.6. verlangt er von S Zahlung. (→ § 12 Rn. 30, 31)
- f) Der 17-jährige S eröffnet mit Einverständnis seiner Eltern und mit familiengerichtlicher Genehmigung ein Lebensmittelgeschäft. Als er Geschäftsräume mieten, eine Verkäuferin einstellen und einen Kredit in Höhe von 20.000 EUR aufnehmen will, sind seine Eltern dagegen. Kann S die Geschäfte selbstständig abschließen? (→ § 12 Rn. 42)

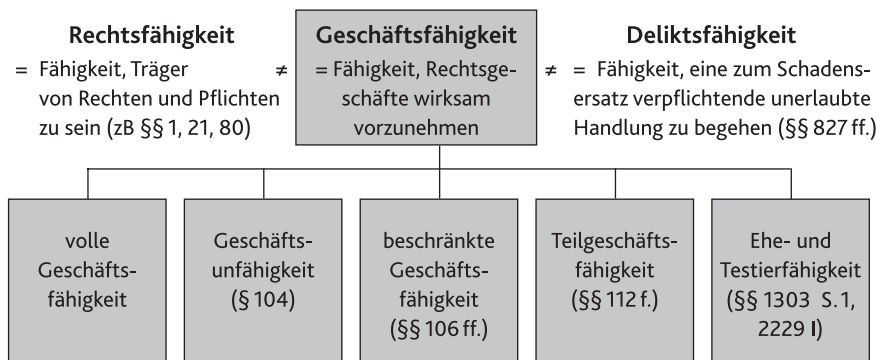
g) Der 17-jährige Hilfsarbeiter S arbeitet mit Einwilligung seiner Eltern bei einem Heizungsinstallateur. Da es ihm dort nicht gefällt, kündigt er ohne Wissen seiner Eltern und beginnt in einer Schreinerei als Hilfsarbeiter; er tritt einer Gewerkschaft bei. Wirksam? (→ § 12 Rn. 43)

I. Begriff, Bedeutung und Abgrenzung

1. Begriff und Bedeutung

- 1 a) Geschäftsfähigkeit ist die **Fähigkeit, Rechtsgeschäfte wirksam vorzunehmen**. Die Privatautonomie ermöglicht es dem Einzelnen, Rechtsgeschäfte nach seinem eigenen Willen abzuschließen. Das ist aber nur dann sinnvoll, wenn der Handelnde die Folgen seiner rechtsgeschäftlichen Erklärungen verstehen kann; er muss deshalb ein Mindestmaß an Einsichts- und Urteilsfähigkeit besitzen, also geschäftsfähig sein.

Es würde zu großer Rechtsunsicherheit führen, wenn Vertragsparteien bei jedem Vertragsschluss sich darüber vergewissern müssten, ob der jeweilige Partner geschäftsfähig ist. Dazu besteht auch normalerweise keine Veranlassung, da in der Regel jeder Erwachsene die nötige Willensreife besitzt. Deshalb sagt das Gesetz auch nicht positiv, wer geschäftsfähig ist, sondern bestimmt nur, wem die volle Geschäftsfähigkeit fehlt. Dabei macht es die fehlende Geschäftsfähigkeit von festen Altersstufen und von einer bestimmten Störung der geistigen Gesundheit abhängig. Aus dieser Regelung ergibt sich, dass regelmäßig jeder Volljährige, also jeder, der das 18. Lebensjahr vollendet hat (§ 2), geschäftsfähig ist, soweit er nicht an einer solchen Störung der geistigen Gesundheit leidet, die eine freie Willensbestimmung ausschließt.



- 2 b) Die Bedeutung der Vorschriften über die fehlende Geschäftsfähigkeit liegt im **Schutz der nicht voll Geschäftsfähigen**. Sie sollen davor geschützt werden, sich selbst zu schädigen. Diese Schutzfunktion wird auch nicht im Interesse des Rechtsverkehrs durchbrochen, wenn etwa der Vertragspartner des nicht voll Geschäftsfähigen diesen für geschäftsfähig gehalten hat und dies auch durfte. Deshalb wird der gute Glaube an die Geschäftsfähigkeit des Geschäftspartners vom Gesetz nicht geschützt¹ (anders beim guten Glauben an das Eigentum des Veräußerers: → § 2 Rn. 8, § 29 Rn. 7).

¹ RGZ 120, 170 (174); BGH ZIP 1988, 829 (831).

2. Abgrenzung

Die Geschäftsfähigkeit, zu der auch die Ehefähigkeit und die Testierfähigkeit gehören, ist von der Deliktsfähigkeit sowie der Rechtsfähigkeit abzugrenzen. 3

a) Ehefähigkeit und Testierfähigkeit sind Sonderfälle der Geschäftsfähigkeit. Ehefähigkeit (= Ehemündigkeit) ist die Fähigkeit, eine Ehe wirksam einzugehen; sie tritt mit der Volljährigkeit ein (§ 1303 S. 1). Testierfähigkeit ist die Fähigkeit, ein Testament wirksam zu errichten; sie tritt grundsätzlich mit Vollendung des 16. Lebensjahres ein (§ 2229 I).²

Der 18-jährige A und die 16-jährige B können einander nicht heiraten, weil B nicht ehefähig ist. Davon kann seit der Änderung des § 1303 mit Wirkung zum 1.1.2018³ das Familiengericht auch keine Befreiung mehr erteilen. B kann jedoch schon jetzt den A in einem notariellen Testament wirksam zu ihrem Erben einsetzen (vgl. §§ 2229 I, 2233 I).⁴

b) Die Deliktsfähigkeit ist die Fähigkeit, eine zum Schadensersatz verpflichtende unerlaubte Handlung (§§ 823 ff.) zu begehen. Während die Geschäftsfähigkeit Voraussetzung für wirksames rechtsgeschäftliches Handeln ist, ist die Deliktsfähigkeit grundsätzlich Voraussetzung für eine Haftung aus unerlaubter Handlung. 4

Kauft ein Zwölfjähriger einen Fußball, so richtet sich die Wirksamkeit des Vertrags nach den Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit; schießt er mit dem Ball beim Nachbarn eine Fensterscheibe ein, so hängt seine Haftung wegen unerlaubter Handlung (§ 823) von seiner Deliktsfähigkeit ab.

Die Deliktsfähigkeit ist in §§ 827f. geregelt. Danach ist zu unterscheiden:

aa) Deliktsunfähig sind alle Personen vor Vollendung des siebenten Lebensjahres (§ 828 I) sowie diejenigen, die sich im Zustand der Bewusstlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befinden (§ 827 S. 1; vgl. auch § 827 S. 2).

bb) Beschränkt deliktsfähig sind grundsätzlich die Personen, die das siebente, aber nicht das 18. Lebensjahr vollendet haben. Ihnen wird die unerlaubte Handlung nur zugerechnet, wenn sie bei Begehung der schädigenden Handlung die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht hatten (§ 828 III).

Der Zwölfjährige, der den Fußball in die Scheibe schießt, ist für den Schaden verantwortlich, wenn er das Unrecht seiner Tat sowie die daraus folgende Haftung nach seiner geistigen Entwicklung verstehen kann.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz macht § 828 II. Danach sind an sich beschränkt deliktsfähige Personen sogar bis zur Vollendung ihres zehnten Lebensjahres für den einem anderen zugefügten Schaden nicht verantwortlich, sofern sich der zum Schaden führende Unfall im Straßen- oder Schienenverkehr zugetragen hat und sie die Verletzung nicht vorsätzlich herbeigeführt haben.

Das gilt allerdings nur, wenn sich mit dem Unfall eine typische Überforderungssituation des Kindes durch die Gefahren des motorisierten Straßenverkehrs verwirklicht hat.⁵ Für einen Schaden, den das Kind zB mit seinem Fahrrad an einem parkenden Auto verursacht, ist es nach Maßgabe des § 828 III verantwortlich.

cc) Deliktsfähig sind alle übrigen Personen.

² Brox/Walker ErbR § 9 Rn. 1 ff.

³ Gesetz v. 17.6.2017 (BGBl. 2017 I 2429).

⁴ Brox/Walker ErbR § 9 Rn. 1 f.

⁵ Brox/Walker SchuldR BT § 44 Rn. 7.

- 5 c) Die **Rechtsfähigkeit** ist die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein (→ § 33 Rn. 2). Sie steht der Handlungsfähigkeit (Geschäfts- und Deliktsfähigkeit) gegenüber. Rechtsfähig ist jede Person.

So können etwa der Säugling und der Geisteskranke zwar keinen Kaufvertrag schließen und nicht wegen unerlaubter Handlung haften, da sie weder geschäfts- noch deliktsfähig sind; aber sie können etwa Grundstückseigentümer oder Schuldner einer Forderung sein.

II. Geschäftsunfähigkeit

- 6 Geschäftsunfähige können keine wirksamen Rechtsgeschäfte vornehmen.

1. Voraussetzungen

- a) **Wer nicht das siebente Lebensjahr vollendet hat**, ist geschäftsunfähig (§ 104 Nr. 1).
- 7 b) **Wer sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet, sofern nicht der Zustand seiner Natur nach ein vorübergehender ist**, ist geschäftsunfähig (§ 104 Nr. 2). Ein Ausschluss der freien Willensbestimmung liegt vor, wenn jemand nicht imstande ist, seinen Willen frei und unbeeinflusst von einer vorliegenden Geistesstörung zu bilden und nach zutreffend gewonnenen Einsichten zu handeln.⁶

Im **Fall a** leidet K zwar an einer krankhaften Störung der Geistestätigkeit, nämlich an Schizophrenie. Dieser Zustand ist bei ihm auch von Dauer und nicht nur vorübergehend. Doch befindet er sich nicht in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand, da er in dem lichten Augenblick (*lucidum intervallum*) in der Lage ist, die Bedeutung der von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln. Der Kaufvertrag ist also gültig.

Bei Volltrunkenheit liegt keine Geschäftsunfähigkeit nach § 104 Nr. 2 vor. Die Volltrunkenheit stellt aber eine vorübergehende Störung der Geistestätigkeit dar (vgl. § 105 II; → § 12 Rn. 11). Verschenkt also ein Volltrunkener einen Hunderteuroschein, so ist die Schenkung nicht wirksam, da der Volltrunkene eine wirksame Willenserklärung nicht abgeben kann (vgl. § 105 II).

Wer die Voraussetzungen des § 104 Nr. 2 erfüllt, ist für jedes Rechtsgeschäft geschäftsunfähig. Anerkannt ist aber auch eine **partielle Geschäftsunfähigkeit**, wenn sich der Ausschluss der freien Willensbestimmung lediglich auf bestimmte Lebensbereiche, wie etwa die Führung eines bestimmten Prozesses (»Querulantenwahn«), bezieht; für alle übrigen Geschäfte besteht dann weiter volle Geschäftsfähigkeit. Abzulehnen ist dagegen eine **relative Geschäftsunfähigkeit** für besonders schwierige Geschäfte;⁷ sonst wäre jede klare Abgrenzung ausgeschlossen.

- 8 c) Bis 1991 war nach § 104 Nr. 3 aF der wegen Geisteskrankheit Entmündigte geschäftsunfähig. Diese Vorschrift ist ebenso wie § 6 aF, der die Entmündigung betraf, mit Wirkung v. 1.1.1992 durch das Betreuungsgesetz – BtG – (Art. 1 Nr. 1 und 2) aufgehoben worden. Dieses Gesetz schaffte die Entmündigung wegen ihrer Auswirkung auf die Geschäftsfähigkeit ab, da ein solch starrer Eingriff die Restfähigkeiten des Betroffenen nicht ausreichend berücksichtige.⁸ Die Bestellung eines Betreuers hat keinen Einfluss auf die Geschäftsfähigkeit des Betreuten. Dieser ist nur dann geschäftsunfähig,

6 BGH NJW 2011, 872; 1996, 918.

7 So auch BayObLG NJW 1989, 1678.

8 Vgl. BT-Drs. 11/4528, 49.

wenn er sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet (vgl. § 104 Nr. 2).

Liegt kein Fall des § 104 Nr. 2 vor, ist der Betreute geschäftsfähig, sodass er etwa einen Kaufvertrag über ein Fernsehgerät wirksam schließen kann. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn das Betreuungsgericht zum Schutz des Betreuten einen Einwilligungsvorbehalt angeordnet hat (§ 1903; → § 12 Rn. 33). Aber auch der Betreuer ist in der Lage, im Namen des Betreuten einen solchen Vertrag abzuschließen, da er in seinem Aufgabenbereich den Betreuten gerichtlich und außergerichtlich vertritt (§ 1902), sodass es zu Doppelverpflichtungen kommen kann.⁹

2. Folgen

a) **Die Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen ist nichtig** (§ 105 I); der Geschäftsunfähige kann also nicht wirksam rechtsgeschäftlich handeln. Dem Geschäftsunfähigen können auch keine Willenserklärungen wirksam zugehen (vgl. § 131 I; → § 7 Rn. 25). 9

Wenn K im **Fall a** beim Vertragsschluss wegen Geisteskrankheit geschäftsunfähig war, konnte er weder ein Kaufangebot abgeben (§§ 105 I, 104 Nr. 2) noch ein Vertragsangebot des V empfangen (§§ 131 I, 104 Nr. 2).

b) Da der Geschäftsunfähige rechtsfähig ist, muss er, wenn auch nicht selbst, auf andere Weise am Rechtsverkehr teilnehmen können. **Für den Geschäftsunfähigen handelt sein gesetzlicher Vertreter.** Das sind für Kinder in der Regel beide Eltern (§ 1629 I 2), für geisteskranke Volljährige deren Betreuer (§ 1902). Handelt der gesetzliche Vertreter im Namen des Geschäftsunfähigen, treffen die Rechtsfolgen den vertretenen Geschäftsunfähigen (→ § 24 Rn. 16, 18). 10

c) Nichtig ist auch eine Willenserklärung, die im Zustande der Bewusstlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit abgegeben wird (§ 105 II). Hierunter können etwa Volltrunkenheit, epileptische Anfälle und sonstige vorübergehende Bewusstseinsstörungen fallen. Durch diesen Zustand allein tritt jedoch keine Geschäftsunfähigkeit ein. Der Unterschied zwischen einer Willensstörung, die zur Geschäftsunfähigkeit führt, und einer solchen nach § 105 II liegt darin, dass dem Bewusstlosen selbst eine Willenserklärung wirksam zugehen kann (→ § 7 Rn. 27). 11

3. Besonderheit des § 105a

Ein volljähriger Geschäftsunfähiger ist nach § 105a in der Lage, ein Geschäft des täglichen Lebens, das mit geringwertigen Mitteln bewirkt werden kann, wirksam abzuschließen. Dadurch soll die soziale Integration erwachsener, geistig behinderter Menschen gefördert werden.¹⁰ 12

Unter die Vorschrift fallen Alltagsgeschäfte (nicht: einseitige Rechtsgeschäfte), die von dem geistig Behinderten etwa als Käufer oder Verkäufer von Lebensmitteln oder als Vertragspartner sonstiger Geschäfte des täglichen Bedarfs geschlossen werden.

Das von dem geistig Behinderten abgeschlossene Geschäft wird erst dann wirksam, wenn Leistung und Gegenleistung bewirkt worden sind. Das gilt gem. § 105a S. 2 allerdings nicht, wenn das Geschäft eine erhebliche Gefahr für die Person oder das Vermögen des Geschäftsunfähigen begründet (zB Kauf von Alkohol bei Alkoholkranken).

⁹ Zimmermann/Damrau NJW 1991, 538 (539).

¹⁰ Einzelheiten: Casper NJW 2002, 3425; Löhnig/Schärfl AcP 204 (2004), 25; Ulrici JURA 2003, 520.

Geschäftsfähigkeit = Fähigkeit, Rechtsgeschäfte wirksam vorzunehmen

I. Grundsatz: Geschäftsfähigkeit ist gegeben (§ 104 als Ausnahme formuliert)

II. Ausnahme: Geschäftsunfähigkeit (§ 104)

1. Voraussetzungen

- a) Vor Vollendung des 7. Lebensjahres (§ 104 Nr. 1)
- b) Nicht nur vorübergehende krankhafte Störung der Geistestätigkeit (§ 104 Nr. 2)

2. Folgen

- a) WE nichtig (§ 105 I; auch § 105 II, obwohl hier gerade keine Geschäftsunfähigkeit)

Ausnahme: Geschäfte des täglichen Lebens (§ 105 a)

- b) Kein Zugang einer WE beim Geschäftsunfähigen (§ 131 I)

3. Vertretung durch gesetzlichen Vertreter

- Eltern (§§ 1629 I 2, 1626 I 1)
- Elternteil (§§ 1671, 1680)
- Betreuer (§ 1902)

III. Beschränkte Geschäftsfähigkeit

- 13 Beschränkt geschäftsfähige Personen können in bestimmtem Umfang selbst Rechtsgeschäfte wirksam vornehmen. Grundsätzlich bedürfen sie aber der Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters; dabei unterscheidet das Gesetz zwischen Verträgen und einseitigen Rechtsgeschäften.

1. Voraussetzungen

- 14 Beschränkt geschäftsfähig sind:

a) **Minderjährige**, die das siebente Lebensjahr vollendet haben (§ 106), aber noch nicht volljährig, dh noch nicht 18 Jahre alt sind (§ 2).

b) Seit dem 1.1.1992 gibt es **keinen Volljährigen** mehr, der beschränkt geschäftsfähig wäre. Der bis dahin geltende § 114 aF, wonach Entmündigte in bestimmten Fällen (vgl. § 104 Nr. 3 aF, → § 12 Rn. 8) den beschränkt Geschäftsfähigen gleichgestellt waren, ist damals durch Art. 1 Nr. 3 BtG aufgehoben worden. Ein Volljähriger ist also entweder geschäftsunfähig (§ 104 Nr. 2) oder (voll) geschäftsfähig.

Im **Fall b** kommt es nicht darauf an, ob K geschäftsfähig ist oder nicht; denn selbst im Fall der Geschäftsfähigkeit ist eine Willenserklärung wegen des Einwilligungsvorbehalts (§ 1903) nicht wirksam, solange die Einwilligung (richtiger: Zustimmung; → § 22 Rn. 3) des Betreuers nicht erteilt worden ist (Einzelheiten: → § 12 Rn. 33).

2. Zustimmungsfreie Rechtsgeschäfte

- 15 Der beschränkt Geschäftsfähige kann selbst wirksam Rechtsgeschäfte vornehmen, wenn er durch sie **lediglich einen rechtlichen Vorteil** erlangt; bringt ihm das Geschäft einen rechtlichen Nachteil, so ist die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zur Wirksamkeit des Geschäfts erforderlich (§ 107). Ob ein lediglich rechtlicher Vorteil vorliegt, ist allein nach der rechtlichen Wirkung, nicht aber nach dem wirtschaftlichen

Erfolg des Geschäfts zu entscheiden. Das Gesetz will nämlich nicht auf den unsicheren Maßstab des wirtschaftlichen Vorteils abstellen.

a) Verpflichtungsgeschäfte (→ § 5 Rn. 1) sind rechtlich vorteilhaft, wenn der beschränkt Geschäftsfähige keine rechtsgeschäftlichen Verpflichtungen übernimmt. 16

aa) Ein **gegenseitiger Vertrag** ist für den beschränkt Geschäftsfähigen niemals lediglich rechtlich vorteilhaft. Ein solcher Vertrag liegt vor, wenn der eine Vertragsteil eine Leistung gerade deshalb verspricht, weil auch der andere sich zu einer Leistung verpflichtet. Den beschränkt Geschäftsfähigen trifft also immer eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung.

Nicht lediglich rechtlich vorteilhaft sind also etwa der Kauf eines Bildes für 500 EUR, der Tausch eines Fußballs gegen ein Buch oder die Anmietung eines Zimmers zur Miete von 300 EUR, da der beschränkt Geschäftsfähige in allen Fällen zu einer Leistung verpflichtet ist. Dies gilt auch dann, wenn das Geschäft für den beschränkt Geschäftsfähigen wirtschaftlich sehr günstig ist.

bb) Auch ein **unvollkommen zweiseitig verpflichtender Vertrag** ist für keine Vertragspartei lediglich rechtlich vorteilhaft. Ein solcher Vertrag liegt vor, wenn für einen Vertragsteil immer Verpflichtungen entstehen, für den anderen Vertragsteil dagegen nur unter bestimmten Voraussetzungen. Der beschränkt Geschäftsfähige wird also entweder mit Vertragsschluss schon rechtlich verpflichtet, oder er kann unter weiteren Voraussetzungen verpflichtet werden. 17

Gibt etwa der minderjährige A seinen Hund für die Ferien bei B in unentgeltliche Verwahrung (§ 688), so muss A zwar keine Gegenleistung für die Verwahrung erbringen; deshalb handelt es sich nicht um einen gegenseitigen Vertrag. Doch besteht für A die Verpflichtung, dem B Aufwendungen wie Futterkosten für den Hund zu ersetzen (vgl. § 693). Wegen dieser rechtsgeschäftlichen Verpflichtung ist der Vertrag für A nicht lediglich rechtlich vorteilhaft.

cc) Bei den **einseitig verpflichtenden Verträgen** wird immer nur eine Vertragspartei verpflichtet. Deshalb kann der beschränkt Geschäftsfähige diese Verträge schließen, wenn er nicht der verpflichtete Vertragsteil ist. 18

Im **Fall c** kann S das Schenkungsangebot der E auf Übereignung des Grundstücks wirksam annehmen; der schuldrechtliche Schenkungsvertrag ist für S lediglich rechtlich vorteilhaft, da dieser den Übereignungsanspruch erhält, ohne seinerseits eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung zu übernehmen. Hypothekenschuldner wird S erst aufgrund des Verfügungsgeschäfts.

Die Schenkung ist aber rechtlich nachteilig, wenn die Eltern die Schenkung unter der Auflage machen, S müsse ihr Grab pflegen (vgl. § 525).

Bei der Schenkung eines Tieres an einen Minderjährigen ist allein der schuldrechtliche Schenkungsvertrag lediglich rechtlich vorteilhaft; denn die Pflichten des Beschenkten nach dem TierSchG ergeben sich nicht schon aus dem schuldrechtlichen Schenkungsvertrag, sondern erst aus seiner Rechtsstellung als Tierhalter nach der Übereignung (→ § 12 Rn. 21).

b) Verfügungsgeschäfte (→ § 5 Rn. 2ff.) sind rechtlich vorteilhaft, wenn zugunsten des beschränkt Geschäftsfähigen ein Recht übertragen, aufgehoben, verändert oder belastet wird. 19

Die Übereignung des Grundstücks im **Fall c** an S ist rechtlich vorteilhaft, da er das Eigentum erwirbt. Zwar wird S Hypothekenschuldner, doch wird das Geschäft dadurch nicht rechtlich nachteilig. S haftet für die Hypotheken nämlich nicht mit seinem sonstigen persönlichen Vermögen, sondern nur mit dem Grundstück.¹¹ S erlangt also ein um die Hypothekenschulden gemindertes Eigentum im Wert

¹¹ BGH NJW 2005, 415 (417); 1952, 1175.

von 50.000 EUR. Im denkbar ungünstigsten Fall, wenn nämlich der Wert der Hypotheken den Wert des Grundstücks übersteigt, bringt der Eigentumserwerb weder Vorteile noch Nachteile.¹² Zwar klingt diese Begründung auf den ersten Blick nach einer **wirtschaftlichen** Betrachtungsweise, obwohl es doch darum geht, ob das Geschäft lediglich **rechtlich** vorteilhaft ist. Aber der rechtliche Nachteil, der mit der Pflicht des Hypothekenschuldners zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück verbunden ist (§ 1147), trifft den Minderjährigen nicht in seiner Eigenschaft als Grundstückserwerber, sondern in seiner Eigenschaft als Eigentümer des mit der Hypothek belasteten Grundstücks. Vor solchen rechtlichen Nachteilen, die sich nicht aus dem Rechtsgeschäft (Eigentumserwerb), sondern aus der Eigentümerstellung ergeben, soll der Minderjährige nicht durch die §§ 106 ff. geschützt werden.¹³ Anders verhält es sich bei der Übertragung von vermieteten oder verpachteten Grundstücken¹⁴ oder von Wohnungseigentum;¹⁵ denn in diesen Fällen haftet der Erwerber für seine Verpflichtungen aus den Miet- oder Pachtverträgen (vgl. §§ 566 I, 581 II) bzw. nach dem Wohnungseigentumsgesetz (WEG)¹⁶ nicht nur dinglich mit der erworbenen Sache, sondern auch persönlich mit seinem sonstigen Vermögen.

Dagegen machen die auf dem Grundstückseigentum ruhenden öffentlich-rechtlichen Lasten, wie etwa Grundsteuer und Anliegerbeiträge, das Geschäft nicht rechtlich nachteilig.¹⁷ Das wird zT damit begründet, dass diese Belastungen nicht auf dem Rechtsgeschäft, sondern auf einem alle Grundstückseigentümer treffenden Gesetz beruhen. Der BGH behandelt diese öffentlichen Lasten nicht als nachteilig, weil sie in ihrem Umfang begrenzt sind, meist aus den Erträgen des Grundstücks bestritten werden können und typischerweise zu keiner Vermögensgefährdung des Minderjährigen führen.¹⁸

- 20 Nach dem Abstraktionsprinzip (→ § 5 Rn. 15 ff.) sind die Verfügungen als abstrakte Rechtsgeschäfte unabhängig von den ihnen zugrunde liegenden Kausalgeschäften zu beurteilen. Das gilt auch, wenn die Verfügungen der Erfüllung der Kausalgeschäfte dienen. Es findet also bei der Prüfung des lediglich rechtlichen Vorteils keine Gesamtbetrachtung des schuldrechtlichen und des dinglichen Rechtsgeschäfts statt.¹⁹

Beispiele: Der 17-jährige K kauft gegen den ausdrücklichen Willen seiner Eltern ein Moped für 500 EUR von V. Es wird ihm gleich übereignet. Da K nicht zahlt, verlangt V das Moped heraus. Ein Herausgabeanspruch nach § 985 steht V nicht zu. Die Übereignung nach § 929 S. 1 ist nämlich auch ohne Einwilligung der Eltern wirksam, da die Eigentumsübertragung dem K lediglich rechtlichen Vorteil bringt. K ist also Eigentümer geworden. Er muss das Moped jedoch nach § 812 I 1, 1. Fall zurückgeben, da er »etwas« (= Eigentum und Besitz am Moped) »durch Leistung eines anderen« (= durch Übereignung seitens V) »ohne rechtlichen Grund« (= ohne wirksamen Kaufvertrag) erlangt hat. Der Kaufvertrag ist als gegenseitiger Vertrag nicht lediglich rechtlich vorteilhaft und mangels Einwilligung der Eltern nicht wirksam.

Im **Fall c** kommt es nicht auf die Frage an, ob durch die Eigentumsübertragung auf S sein Übereignungsanspruch aus dem Schenkungsversprechen erloschen ist (vgl. § 362 I; zur Erfüllungswirkung durch Übereignung an den Minderjährigen → § 12 Rn. 32) und ob darin eventuell ein rechtlicher Nachteil der Übereignung liegt. Ob die Verfügung lediglich rechtlich vorteilhaft ist, entscheidet sich unabhängig vom Schicksal des Kausalgeschäfts.

12 BGHZ 15, 168 = NJW 1955, 1353; BayObLGZ 1979, 53.

13 M. Lipp JURA 2015, 477 (483).

14 BGH ZIP 2005, 1430.

15 Vgl. BGH NJW 2010, 3643 f. mAnm Medicus JZ 2011, 159; BGHZ 78, 29 (31 ff.) = NJW 1981, 109; Jauernig JuS 1982, 576.

16 Schönfelder, Deutsche Gesetze, Nr. 37.

17 BGH NJW 2005, 415 (417 f.).

18 BGH NJW 2005, 415 (418); krit. zur Begründung des BGH M. Lipp JURA 2015, 477 (484).

19 BGH NJW 2010, 3643; 2005, 415 (417).

Bei der schenkweisen Übereignung eines Tieres an einen Minderjährigen²⁰ ist zu unterscheiden: Die Abgabe (auch im Rahmen einer Übereignung) eines Wirbeltieres an einen unter 16-Jährigen ist schon gem. § 134 wegen Verstoßes gegen das gesetzliche Verbot nach § 11 c TierSchG unwirksam, wenn sie ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erfolgt. Diese Vorschrift dient dem Tierschutz; auf den lediglich rechtlichen Vorteil für den Minderjährigen kommt es dann nicht an. Die Übereignung von Wirbeltieren an einen über 16-jährigen Minderjährigen und von wirbellosen Tieren an einen beschränkt Geschäftsfähigen ist zwar nicht von § 11 c TierSchG erfasst, aber sie ist nicht lediglich rechtlich vorteilhaft. Der Tierhalter ist nämlich gem. § 2 TierSchG zur artgerechten Ernährung, Pflege und verhaltensgerechten Unterbringung des Tieres verpflichtet. Wendet man hier die Rechtsprechung des BGH zu der Frage an, wann öffentliche Lasten des Grundstückseigentümers als rechtlicher Nachteil angesehen werden können (→ § 12 Rn. 19 aE), bedarf die Übereignung an den Minderjährigen gem. § 107 der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters; denn die Ernährungskosten, die der Minderjährige aus seinem sonstigen Vermögen aufbringen muss, übersteigen auf Dauer den Wert des Tieres. 21

Der **Erwerb eines Erbteils** durch einen Minderjährigen ist selbst dann, wenn er unentgeltlich erfolgt, niemals lediglich rechtlich vorteilhaft. Das folgt aus der Haftung des Erwerbers für Nachlassverbindlichkeiten (§§ 2382, 2385).²¹ 22

c) Rechtsgeschäfte, die für den beschränkt Geschäftsfähigen weder rechtlich vorteilhaft noch nachteilig sind (= **neutrale Geschäfte**), kann dieser selbst wirksam vornehmen. Obwohl der Wortlaut des § 107 einen rechtlichen Vorteil verlangt, ist der beschränkt Geschäftsfähige nicht schutzbedürftig, wenn das Geschäft keinen rechtlichen Nachteil mit sich bringt. Neutral sind die Geschäfte, die nur Rechtsfolgen für einen anderen und nicht für den beschränkt Geschäftsfähigen selbst haben. 23

Beispiele: Der beschränkt Geschäftsfähige bestimmt nach § 317 I als an dem Vertrag unbeteiligter Dritter die Höhe des Kaufpreises. Dadurch hat er weder einen rechtlichen Vorteil noch einen Nachteil.

Er verfügt über fremde Sachen. Die Verfügung ist wirksam, wenn sie entweder mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt (§ 185 I, → § 22 Rn. 7) oder wenn der Erwerber gutgläubig erwirbt (§ 932, → § 29 Rn. 7). Die Verfügung als solche ist auch dann nicht rechtlich nachteilig, wenn der beschränkt Geschäftsfähige einem Bereicherungsanspruch (§ 816 I, → § 38 Rn. 20)²² oder einem Schadensersatzanspruch (§ 823)²³ ausgesetzt ist.

3. Zustimmungsbefürdte Verträge

a) **Grundsatz** des Gesetzes ist es, dass der beschränkt Geschäftsfähige zu einer Willenserklärung, durch die er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, der **Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters** bedarf (§ 107). Einwilligung ist die **vorherige Zustimmung** (vgl. § 183 S. 1; → § 22 Rn. 3). Hat der beschränkt Geschäftsfähige die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zum Abschluss eines Vertrags erhalten, so ist die von ihm abgegebene Vertragserklärung wirksam. Die Einwilligung ist jedoch grundsätzlich bis zur Vornahme des Rechtsgeschäfts widerruflich (§ 183 S. 1). Sowohl die 24

²⁰ Dazu Scholl/Claeßens JA 2010, 764; Timme JA 2010, 174 und 848.

²¹ OLG Frankfurt NJW-RR 2015, 842f.

²² Einzelheiten: Brox/Walker SchuldR BT § 42 Rn. 17ff.

²³ Einzelheiten: Brox/Walker SchuldR BT § 45 Rn. 1ff.

Erteilung der Einwilligung als auch ihr Widerruf können dem beschränkt Geschäftsfähigen oder seinem Vertragspartner gegenüber erklärt werden (vgl. § 182 I, § 183 S. 2).

Beispiel: Geben die Eltern ihrem minderjährigen Sohn K das Geld zum Kauf eines Fahrrads, so liegt darin die Einwilligung zum Fahrradkauf gegenüber K. Dieser kann deshalb selbst mit dem Händler einen wirksamen Kaufvertrag schließen. Bekommen die Eltern Bedenken und widerrufen sie telefonisch dem Händler gegenüber noch vor dem Vertragsschluss, so kann K keine wirksame Willenserklärung zum Abschluss eines Kaufvertrags abgeben.

- 25 aa) Der **Umfang der Einwilligung** kann verschieden sein. Es ist möglich, sie für ein bestimmtes einzelnes Rechtsgeschäft zu erteilen. Der gesetzliche Vertreter kann aber auch eine generelle Einwilligung zu einem begrenzten Kreis von Rechtsgeschäften erteilen (beschränkter Generalkonsens).

Erhält der minderjährige Berufsschüler von seinen Eltern zur Bestreitung aller Aufwendungen 600 EUR monatlich, so liegt darin die Einwilligung für alle Rechtsgeschäfte, die zur Deckung des Lebensbedarfs und zur Durchführung seiner Ausbildung erforderlich sind. Der Berufsschüler kann also selbstständig Lebensmittel und Lehrbücher kaufen.

Die generelle Einwilligung darf allerdings nicht so weit gehen, dass der gesetzliche Vertreter dem beschränkt Geschäftsfähigen im Voraus die unbegrenzte Zustimmung zu Geschäften aller Art erteilt und ihn damit wie einen Geschäftsfähigen stellt; das widerspricht der gesetzlichen Regelung.

- 26 bb) Ein von dem beschränkt Geschäftsfähigen ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters geschlossener Vertrag gilt als von Anfang an wirksam, wenn er die vertragsmäßige Leistung mit Mitteln bewirkt, die ihm zu diesem Zweck oder zu freier Verfügung von dem Vertreter oder mit dessen Zustimmung von einem Dritten überlassen worden sind (§ 110; **Taschengeldparagraf**). Trotz des Wortlauts (»ohne Zustimmung«) handelt es sich um einen Spezialfall der Einwilligung; sie liegt in der Überlassung der Mittel durch den gesetzlichen Vertreter oder in seiner Zustimmung bei Überlassung durch einen Dritten. Deshalb ist in einer juristischen Arbeit § 110 auch nach § 107 und vor § 108 (→ § 12 Rn. 27) zu prüfen.

§ 110 verlangt, dass der beschränkt Geschäftsfähige die **vertragsmäßige Leistung tatsächlich bewirkt**. Die Leistung muss voll erbracht worden sein. Der Gesetzeswortlaut »mit Mitteln bewirkt« ist als »mit Mitteln bewirkt **hat**« zu verstehen.

Im **Fall d** hat K seine vertragsmäßige Leistung im Zeitpunkt der Einigung noch nicht bewirkt; der Vertrag ist nicht nach § 110 wirksam. § 110 will Ratengeschäfte des beschränkt Geschäftsfähigen verhindern; dieser soll sich von vornherein wirksam nur zur Leistung solcher Mittel verpflichten können, die er schon tatsächlich zur Verfügung hat. Da der Vertrag ohne die erforderliche Einwilligung der Eltern des K abgeschlossen ist, ist er schwebend unwirksam, und seine Wirksamkeit hängt von der Genehmigung der Eltern ab (vgl. § 108 I; → § 12 Rn. 27). Wissen die Eltern jedoch nichts von dem Geschäft und leistet K alle Ratenzahlungen, so ist der Vertrag nach § 110 mit Zahlung der letzten Rate rückwirkend wirksam geworden, da K dann seine vertragsmäßige Leistung bewirkt hat.

Die Mittel müssen dem beschränkt Geschäftsfähigen **vom gesetzlichen Vertreter oder mit dessen Zustimmung von einem Dritten zu diesem Zweck oder zu freier Verfügung überlassen** sein. Da § 110 einen Fall der Einwilligung regelt, ist stets zu prüfen, ob sich die in der Überlassung der Mittel liegende Einwilligung gerade auf die Erfüllung des konkreten Vertrags bezieht. Der gesetzliche Vertreter kann nämlich die Mittel grundsätzlich zur freien Verfügung überlassen, aber bestimmte Rechtsgeschäfte (zB Kauf von Zigaretten oder von Alkohol) ausschließen. Ein anderes Verständnis des

§ 110, wonach der gesetzliche Vertreter nur die Wahl habe, konkret zweckgebundene Mittel oder solche zur totalen Verwendungsfreiheit zur Verfügung zu stellen, wird der Erziehungsfunktion der §§ 106ff. nicht gerecht.²⁴

Kauft sich etwa ein Minderjähriger ein Lotterielos für 5 EUR, so ist der Kauf nach § 110 wirksam, da das Geschäft durch die Überlassung des Geldes zur freien Verfügung gedeckt ist. Kauft der Minderjährige mit dem Losgewinn von 5.000 EUR ein Motorrad, so wird dieser Kauf von der Einwilligung der Eltern nicht gedeckt.²⁵ Liegt in der Überlassung der Mittel nicht bereits zugleich eine entsprechende Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, so bedürfen Rechtsgeschäfte des Minderjährigen über das mit den ihm überlassenen Mitteln Erworbene der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters (§ 107).

b) Die Wirksamkeit eines ohne Einwilligung geschlossenen Vertrags hängt von der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters ab (§ 108 I). 27 Genehmigung ist die **nachträgliche** Zustimmung (vgl. § 184 I; → § 22 Rn. 3). Bis zur Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung tritt ein Schwebезustand ein; der Vertrag ist schwebend unwirksam. Durch die Erteilung der Genehmigung wird der Vertrag wirksam. Sie kann dem beschränkt Geschäftsfähigen sowie dessen Vertragspartner gegenüber erklärt werden (§ 182 I) und wirkt grundsätzlich auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück (§ 184 I). Durch die Verweigerung der Genehmigung wird der Vertrag unwirksam.

Im **Fall d** ist der Kauf zunächst schwebend unwirksam, da die Einwilligung der Eltern sowie die Voraussetzungen des § 110 nicht vorliegen. Erklären die Eltern später gegenüber K oder V die Genehmigung, so wird der Vertrag rückwirkend wirksam; bei einer Verweigerung der Genehmigung wird er endgültig unwirksam.

Wird der beschränkt Geschäftsfähige geschäftsfähig, während ein von ihm abgeschlossener Vertrag noch schwebend unwirksam ist, so tritt seine Genehmigung an die Stelle der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters (vgl. § 108 III).

aa) Der Vertragsgegner hat ein Interesse daran zu wissen, ob der schwebend unwirksame Vertrag gelten soll oder nicht. Deshalb gibt § 108 II ihm die Möglichkeit, sich hierüber Klarheit zu verschaffen. Der **Vertragsgegner kann den Vertreter zur Erklärung über die Genehmigung auffordern**. Dann kann die Genehmigung nur noch dem Vertragspartner gegenüber erfolgen; eine vor der Aufforderung dem beschränkt Geschäftsfähigen gegenüber erklärte Genehmigung oder Verweigerung wird unwirksam. Denn durch die Aufforderung erlangt der Vertreter erneut Entscheidungsfreiheit, selbst wenn er sich vorher schon gegenüber dem beschränkt Geschäftsfähigen erklärt hat. Erklärt der Vertreter die Genehmigung aber nicht bis zum Ablauf von zwei Wochen nach dem Empfang der Aufforderung, so gilt sie als verweigert, und der Vertrag ist unwirksam. 28

Haben im **Fall d** die Eltern gegenüber K die Genehmigung zum Kauf des MP3-Players erteilt, weiß V davon aber nichts und fordert er sie deshalb auf, ihre Zustimmung zu erteilen, so ist der Kaufvertrag von Anfang an unwirksam, wenn die Eltern sich V gegenüber nicht innerhalb von zwei Wochen nach dem Empfang der Aufforderung äußern.

bb) Solange der Vertrag zwischen dem beschränkt Geschäftsfähigen und seinem Vertragspartner schwebend unwirksam ist, bleibt die endgültige Bindung des beschränkt Geschäftsfähigen bis zur Entscheidung seines gesetzlichen Vertreters offen. Deshalb hat der Vertragspartner ein Interesse, seinerseits nicht an den Vertrag gebunden zu 29

²⁴ MüKoBGB/Schmitt § 110 Rn. 27.

²⁵ Vgl. RGZ 74, 235.

sein, bis der Vertrag auch für den beschränkt Geschäftsfähigen bindend ist. Daher gewährt § 109 ihm ein **Widerrufsrecht**. Danach kann der Vertragspartner bis zur Genehmigung des Vertrags den Widerruf gegenüber dem Vertreter sowie dem beschränkt Geschäftsfähigen erklären (§ 109 I). Der Vertragspartner bedarf jedoch keines Schutzes und hat deshalb auch kein Widerrufsrecht, wenn er die beschränkte Geschäftsfähigkeit seines Partners kannte. Dann musste er nämlich von der schwebenden Unwirksamkeit des Vertrags ausgehen. Der Vertragspartner, der die beschränkte Geschäftsfähigkeit kannte, kann jedoch widerrufen, wenn der beschränkt Geschäftsfähige der Wahrheit zuwider die Einwilligung des Vertreters behauptet hat; das Widerrufsrecht ist aber ausgeschlossen, wenn ihm das Fehlen der Einwilligung bei Abschluss des Vertrags bekannt war (§ 109 II).

Kannte V im **Fall d** die Minderjährigkeit des K nicht, so kann V bis zur Genehmigung durch die Eltern widerrufen. Haben die Eltern nur K gegenüber die Genehmigung ausgesprochen und fordert V sie zur Genehmigung ihm gegenüber auf (vgl. § 108 II), so kann V auch dann noch widerrufen, da durch seine Aufforderung die Eltern in ihrer Entscheidung frei sind und die Bindung des K an den Vertrag offen ist.

4. Einwilligungsbedürftige einseitige Rechtsgeschäfte

- 30 a) Ein **einseitiges Rechtsgeschäft** (→ § 4 Rn. 31), das der beschränkt Geschäftsfähige **ohne die erforderliche Einwilligung** seines gesetzlichen Vertreters vornimmt, ist **unwirksam** (§ 111 S. 1). Es kann auch nicht durch Genehmigung wirksam werden. Wirksam ist es also nur, wenn es dem beschränkt Geschäftsfähigen lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt (→ § 12 Rn. 15ff.) oder der gesetzliche Vertreter die Einwilligung (= **vorherige Zustimmung**) erklärt hat. Sinn dieser Regelung ist es, für die Personen Klarheit zu schaffen, die durch das Rechtsgeschäft betroffen, aber an seiner Vornahme nicht beteiligt sind. Ihretwegen soll ein Schwebezustand wie bei Verträgen ausgeschlossen sein.

Darüber hinaus dient es der Klarheit, wenn selbst das mit Einwilligung des gesetzlichen Vertreters einem anderen gegenüber vorgenommene Rechtsgeschäft unwirksam ist, falls der beschränkt Geschäftsfähige die Einwilligung nicht in schriftlicher Form vorlegt und der andere das Rechtsgeschäft aus diesem Grund unverzüglich zurückweist (§ 111 S. 2). Die Zurückweisung ist aber ausgeschlossen, wenn der gesetzliche Vertreter den anderen von der Einwilligung in Kenntnis gesetzt hat (§ 111 S. 3).

Im **Fall e** ist die Kündigung unwirksam, da sie ohne Einwilligung der Eltern des G erklärt wurde. G kann also am 1.6. keine Zahlung verlangen.

Kündigt er jedoch mit Einwilligung seiner Eltern, ohne aber dem S die Einwilligung in schriftlicher Form nachzuweisen, und rügt S den Mangel des Nachweises erst bei der Zahlungsaufforderung durch G am 1.6., so hat G den Rückzahlungsanspruch; denn die Zurückweisung der nicht schriftlich vorgelegten Einwilligung nach einem Monat erfolgt nicht unverzüglich.

- 31 b) **Ausnahmsweise** greift § 111 trotz fehlender Einwilligung des gesetzlichen Vertreters nicht ein. Das ist der Fall, wenn der Betroffene in Kenntnis der beschränkten Geschäftsfähigkeit des Handelnden damit einverstanden ist, dass die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts von der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters abhängig ist. Dann greift der Schutzzweck des § 111 nicht ein; vielmehr sind die §§ 108f. entsprechend anwendbar.²⁶

²⁶ Ebenso *Münch FS* Leipold, 2009, 1109 (1123 ff.).

Ist S im **Fall e** mit der Kündigung am 30.4. einverstanden, so muss er nicht geschützt werden, wenn er die Minderjährigkeit des G kennt. Genehmigen die Eltern des G die Kündigung am 15.5., so wird die Kündigung rückwirkend am 30.4. wirksam (vgl. §§ 108 I, 184 I). G kann am 1.6. Zahlung verlangen.

5. Erfüllung gegenüber beschränkt Geschäftsfähigen

Die Erfüllung eines Anspruchs, der dem beschränkt Geschäftsfähigen zusteht, ist durch Leistung an ihn nicht möglich, da die Erfüllung (§ 362 I) für ihn nicht lediglich rechtlich vorteilhaft ist. Denn durch die Erfüllung erlischt der Anspruch. Deshalb fehlt dem Minderjährigen nach hM die Empfangszuständigkeit.²⁷ Der Anspruch des beschränkt Geschäftsfähigen kann durch Leistung an ihn nur mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters oder durch Leistung an den gesetzlichen Vertreter selbst erfüllt werden.

Beispiele: Hat der zehnjährige V einen Vermächtnisanspruch (§ 2174) gegen den Erben E auf Zahlung von 1.000 EUR, so wird V zwar Eigentümer, wenn E ihm die Scheine übereignet, doch erlischt der Anspruch auf 1.000 EUR damit nicht. Macht V aus den Scheinen Wurftauben und lässt sie fliegen, so können seine Eltern in seinem Namen von E nochmalige Zahlung verlangen. Die Verlustgefahr trägt also E, bis das Geld an die Eltern des V oder an diesen mit deren Einverständnis geleistet ist.

Im **Fall c** ist der Schenkungsanspruch des S erloschen, da S gerade mit Einwilligung seiner Eltern das Hausgrundstück übertragen erhielt.

Beschränkte Geschäftsfähigkeit = Minderjährige zwischen Vollendung des 7. und 18. Lebensjahres (§ 106, § 2)

I. Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte des Minderjährigen nur, wenn

1. Lediglich rechtlicher Vorteil für den Minderjährigen (§ 107)
 - einseitige Verpflichtungsgeschäfte ohne Pflichten für den Minderjährigen (niemals gegenseitige Verträge!)
 - Verfügungsgeschäfte (zB Übereignung) zugunsten des Minderjährigen
 - rechtlich neutrale Geschäfte = ohne Vor- und Nachteile für den Minderjährigen
2. Einwilligung (= vorherige Zustimmung, § 183 S. 1) des gesetzlichen Vertreters
 - a) Ausdrückliche oder konkludente Einwilligung (§ 107)
 - b) Einwilligung durch Taschengeldgewährung, falls der Minderjährige die vertragliche Leistung mit Mitteln des Taschengeldes bewirkt hat (§ 110)
3. Genehmigung (= nachträgliche Zustimmung, § 184 I) des gesetzlichen Vertreters (§ 108 I; bis zur Genehmigung: schwebende Unwirksamkeit)
 - Genehmigung gegenüber dem Minderjährigen oder dem Vertragspartner möglich (§ 182 I)
 - bei Erlangung der Volljährigkeit eigene Genehmigung möglich (§ 108 III)
 - Verkürzung des Schwebezustandes durch Aufforderung des Vertragspartners an gesetzlichen Vertreter zur Genehmigung (§ 108 II)
 - Beendigung des Schwebezustandes durch Widerruf des Vertragspartners (§ 109)

²⁷ BGH NJW 2015, 2497 (2498) mAnm Walker/Weis WuB 2015, 518; Palandt/Grüneberg § 362 Rn. 4; aM Harder JuS 1977, 149 (151f.).

II. Unwirksamkeit einseitiger Rechtsgeschäfte (zB Kündigung) des Minderjährigen

Ausnahme nur bei Einwilligung des gesetzlichen Vertreters (§ 111 S. 1)

III. Keine Erfüllung (§ 362) gegenüber dem Minderjährigen ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters möglich

(Erfüllung ist wegen Verlustes der Forderung kein rechtlicher Vorteil)

IV. Wirksamwerden von WEen gegenüber einem Minderjährigen (→ § 7 Rn. 26)

1. Grundsatz: Bei Zugang beim gesetzlichen Vertreter (§ 131 II 1)

2. Ausnahme: Bei Zugang beim Minderjährigen (§ 131 II 2)

a) 1. Fall: bei lediglich rechtlichem Vorteil der WE für den Minderjährigen

b) 2. Fall: bei Einwilligung des gesetzlichen Vertreters

6. Anhang: Einwilligungsvorbehalt bei Willenserklärungen eines Betreuten

- 33 Die §§ 108–113 sowie § 131 II und § 210 gelten gem. § 1903 I 2 entsprechend, wenn »der Betreute zu einer Willenserklärung, die den Aufgabenkreis des Betreuers betrifft, dessen Einwilligung bedarf« (so § 1903 I 1). Mit diesem sog. Einwilligungsvorbehalt hat es folgende Bewandnis:

a) Wenn ein Volljähriger wegen einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht besorgen kann, bestellt das Betreuungsgericht für ihn einen Betreuer (§ 1896 I 1). Der Betreuer darf nur für solche Aufgabenkreise bestellt werden, in denen die Betreuung erforderlich ist, andere Hilfen also nicht in Betracht kommen (§ 1896 II 1 und 2). In seinem Aufgabenkreis vertritt der Betreuer den Betreuten gerichtlich und außergerichtlich (§ 1902); er hat also eine auf einer gesetzlichen Vorschrift beruhende Vertretungsmacht (→ § 24 Rn. 16). Die Betreuerbestellung ändert an der Geschäftsfähigkeit des Betreuten nichts, sodass dieser – sofern er nicht unter § 104 Nr. 2 (→ § 12 Rn. 7) fällt – geschäftsfähig ist und deshalb wirksame Rechtsgeschäfte für sich vornehmen kann. Soweit es jedoch zur Abwendung einer erheblichen Gefahr für die Person oder das Vermögen des Betreuten erforderlich ist, ordnet das Betreuungsgericht für einen bestimmten Aufgabenkreis des Betreuers einen Einwilligungsvorbehalt an (§ 1903 I 1). Dann bedarf die Willenserklärung des Betreuten, die den genannten Aufgabenkreis betrifft, zu ihrer Wirksamkeit der Einwilligung des Betreuers (§ 1903 I 1). Die Regelung bezweckt den Schutz des Betreuten.

- 34 b) Besteht ein solcher Einwilligungsvorbehalt, ist das vom geschäftsfähigen Betreuten in dem bestimmten Bereich vorgenommene Rechtsgeschäft dem Geschäft eines beschränkt Geschäftsfähigen vergleichbar; das zeigt die Verweisung des § 1903 I 2 auf §§ 108ff. sowie auf § 131 II und § 210.

Daraus ergibt sich:

aa) Schließt der Betreute einen Vertrag ohne die erforderliche Einwilligung des Betreuers, hängt die Wirksamkeit von der Genehmigung des Betreuers ab (vgl. § 108 I; → § 12 Rn. 27). Der Vertragspartner des Betreuten kann den Betreuer zur Erklärung über die Genehmigung auffordern; dann kann die Genehmigung nur dem Vertragspartner gegenüber erfolgen (vgl. § 108 II; → § 12 Rn. 28). Wird der Einwilligungsvorbehalt aufgehoben (§ 1908d), tritt die Genehmigung des Betreuten an die Stelle der Genehmigung des Betreuers (vgl. § 108 III; → § 12 Rn. 27 aE).

- bb)** Bis zur Genehmigung des Vertrags durch den Betreuer ist der Vertragspartner zum Widerruf sowohl gegenüber dem Betreuer als auch gegenüber dem Betreuten befugt (vgl. § 109 I; → § 12 Rn. 29). Jedoch besteht kein Widerrufsrecht, wenn der Vertragspartner die Anordnung des Einwilligungsvorbehalts gekannt hat; allerdings kann der Partner trotzdem widerrufen, sofern der Betreute wahrheitswidrig die Einwilligung des Betreuers behauptet hat; dieses Widerrufsrecht ist aber ausgeschlossen, wenn dem Partner das Fehlen der Einwilligung bei Vertragsschluss bekannt war (vgl. § 109 II; → § 12 Rn. 29). 35
- cc)** Der vom Betreuten ohne Zustimmung des Betreuers geschlossene Vertrag gilt als von Anfang an wirksam, wenn der Betreute die vertragsmäßige Leistung mit Mitteln bewirkt, die ihm zu diesem Zweck oder zu freier Verfügung von dem Betreuer oder mit dessen Zustimmung von einem Dritten überlassen worden sind (vgl. § 110; → § 12 Rn. 26). 36
- dd)** Ein einseitiges Rechtsgeschäft, das der Betreute ohne die erforderliche Einwilligung des Betreuers vornimmt, ist unwirksam (vgl. § 111 S. 1; → § 12 Rn. 30). 37
- ee)** Für den selbstständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts sowie die Eingehung, Aufhebung und Erfüllung eines Dienst- oder Arbeitsvertrags durch den unter Einwilligungsvorbehalt stehenden geschäftsfähigen Betreuten gelten § 112 und § 113 entsprechend (→ § 12 Rn. 42 und → § 12 Rn. 43). 38
- ff)** Auf § 107 (→ § 12 Rn. 15ff.) verweist § 1903 I 2 nicht. Jedoch bestimmt § 1903 III 1 ausdrücklich, dass eine Einwilligung des Betreuers trotz Einwilligungsvorbehalts nicht erforderlich ist, wenn die Willenserklärung dem Betreuten lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt. Es gilt also hier das zu § 107 Gesagte (→ § 12 Rn. 15–24) entsprechend. Nach § 1903 III 2 ist auch dann eine Einwilligung des Betreuers nicht erforderlich, wenn die Willenserklärung eine geringfügige Angelegenheit des täglichen Lebens betrifft, sofern das Gericht nichts anderes angeordnet hat. Gemeint sind alltägliche Bargeschäfte über geringwertige Gegenstände wie der Kauf von Lebensmitteln, soweit diese nach Menge und Wert nicht das übliche Maß übersteigen.²⁸ 39
- gg)** Die Willenserklärung gegenüber einem Betreuten im Falle eines Einwilligungsvorbehalts wird wirksam, wenn sie dem Betreuer zugeht (vgl. § 131 II 1; → § 7 Rn. 26). Jedoch ist die Willenserklärung mit dem Zugang an den Betreuten wirksam, wenn sie ihm einen lediglich rechtlichen Vorteil bringt oder der Betreuer eingewilligt hat (vgl. § 131 II 2; → § 7 Rn. 26). 40
- hh)** Die Verjährung von Ansprüchen des Betreuten ist im Falle des Einwilligungsvorbehalts gehemmt, solange der Betreute ohne gesetzlichen Vertreter ist (vgl. § 210; → § 31 Rn. 21). 41

IV. Teilgeschäftsfähigkeit

Die beschränkt Geschäftsfähigen sind für die in §§ 112, 113 geregelten Rechtsgeschäfte voll geschäftsfähig; für alle übrigen Rechtsgeschäfte fehlt ihnen dagegen die volle Geschäftsfähigkeit. 42

²⁸ BT-Drs. 11/4528, 139.

Die beiden Vorschriften sind auch auf Betreute entsprechend anwendbar, soweit diese zur Wirksamkeit ihrer Willenserklärung der Einwilligung des Betreuers bedürfen (§ 1903 I 2; → § 12 Rn. 33).

1. Betrieb eines Erwerbsgeschäfts

Ermächtigt der gesetzliche Vertreter mit Genehmigung des Familiengerichts den beschränkt Geschäftsfähigen zum selbstständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts, so ist dieser für solche Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig, welche der Geschäftsbetrieb mit sich bringt (§ 112 I 1). Der beschränkt Geschäftsfähige bedarf dann insoweit nicht mehr der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters; dieser kann auch nicht mehr als gesetzlicher Vertreter für ihn wirksam handeln. Die Teilgeschäftsfähigkeit gilt nicht für Rechtsgeschäfte, zu denen der Vertreter der Genehmigung des Familiengerichts bedarf (§§ 112 I 2, 1643, 1821 f.). Die Ermächtigung kann von dem gesetzlichen Vertreter nur mit Genehmigung des Familiengerichts zurückgenommen werden (§ 112 II).

Im **Fall f** betreibt S selbstständig ein Lebensmittelgeschäft. Ein solcher Betrieb bringt die geplanten Geschäfte mit sich. Da S das Geschäft mit Einwilligung seiner Eltern und mit Genehmigung des Familiengerichts betreibt, ist er insoweit voll geschäftsfähig. Das gilt aber nicht für die Kreditaufnahme, da die Eltern zu einem solchen Geschäft, wenn sie es für S vornehmen wollten, selbst der familiengerichtlichen Genehmigung bedürften (§§ 112 I 2, 1643 I, 1822 Nr. 8). Da die Eltern ihre Ermächtigung nur mit familiengerichtlicher Genehmigung zurücknehmen können, dies aber nicht getan haben, kann S die Räume mieten und die Verkäuferin einstellen.

2. Dienst- oder Arbeitsverhältnis

- 43 Wird der beschränkt Geschäftsfähige von seinem gesetzlichen Vertreter ermächtigt, in Dienst oder in Arbeit zu treten, so ist er für solche Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig, welche die Eingehung oder Aufhebung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses der gestatteten Art oder die Erfüllung der sich aus einem solchen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen betreffen (§ 113 I 1). Eine familiengerichtliche Genehmigung ist hier im Gegensatz zu § 112 nicht erforderlich. Ausgenommen sind ebenfalls Verträge, zu denen der Vertreter der Genehmigung des Familiengerichts bedarf (§§ 113 I 2, 1643, 1821 f.). Die für einen einzelnen Fall erteilte Ermächtigung gilt im Zweifel als allgemeine Ermächtigung zur Eingehung von Arbeitsverhältnissen derselben Art (§ 113 IV). Sie kann von dem Vertreter zurückgenommen oder eingeschränkt werden (§ 113 II). Der Ermächtigte ist im Rahmen des § 113 voll geschäftsfähig; sein gesetzlicher Vertreter verliert insoweit die Vertretungsmacht.

Im **Fall g** kann S den Arbeitsvertrag mit dem Heizungsinstallateur ohne Einwilligung seiner Eltern wirksam kündigen, da er zur Aufhebung des Arbeitsverhältnisses, zu dessen Eingehung er von seinen Eltern ermächtigt war, unbeschränkt geschäftsfähig ist (§ 113 I 1). Die Ermächtigung zur Eingehung einer Hilfsarbeitertätigkeit bei einem Heizungsinstallateur gilt als allgemeine Ermächtigung zur Eingehung von Arbeitsverhältnissen derselben Art (§ 113 IV). Das Berufsbild als Hilfsarbeiter ist unabhängig davon, ob S diese Tätigkeit in einer Heizungsinstallateurfirma oder in einer Schreinerei ausführt. Deshalb kann er das Arbeitsverhältnis bei der Schreinerei selbstständig eingehen. Der Beitritt zur Gewerkschaft dient der Erfüllung der sich für S aus dem Arbeitsverhältnis ergebenden Pflichten, da die Gewerkschaft für S unmittelbar die Arbeitsbedingungen aushandelt. S kann deshalb selbstständig der Gewerkschaft beitreten.²⁹ Die Ermächtigung deckt jedoch nicht den Abschluss eines Arbeitsvertrags als Barmixer, da es sich nicht um ein Arbeitsverhältnis derselben Art (§ 113 IV) handelt.³⁰

29 Str.; vgl. *Gilles/Westphal* JuS 1981, 899 (901) mwN.

30 *Brox/Rüthers/Henssler* ArbR Rn. 160.

§ 13 Die Form des Rechtsgeschäfts

Literatur: *Armbrüster*, Treuwidrigkeit der Berufung auf Formmängel, NJW 2007, 3317; *Binder*, Gesetzliche Form, Formnichtigkeit und Blankett im bürgerlichen Recht, AcP 207 (2007), 155; *Blasche*, Notarielle Beurkundung, öffentliche Beglaubigung und Schriftform, JURA 2008, 890; *Hennemann/Nemczek*, Die Formbedürftigkeit von Vertragsänderungen gemäß § 311b Abs. 1 BGB, ZGS 2011, 157; *Keim*, § 313 BGB und die Beurkundung zusammengesetzter Verträge, DNotZ 2001, 827; *Lützen*, »Schriftlich« und »Schriftform« – der unbekannte Unterschied, NJW 2012, 1627; *Lunk/Seidler*, Neue Formvorschriften für Anzeigen und Erklärungen – (ungewollte?) Auswirkungen im Arbeitsrecht, NJW 2016, 2153; *Malzer*, Die öffentliche Beglaubigung, DNotZ 2000, 169; *Mankowski*, Formzwecke, JZ 2010, 662; *Meier-Reimer*, Vorwirkung von Formvorschriften – Formzwang aus nicht abgeschlossenen Verträgen?, NJW 2015, 273; *Petersen*, Die Form des Rechtsgeschäfts, JURA 2005, 168; *Pohlmann*, Die Heilung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte durch Erfüllung, 1992; *Regenfus*, Gesetzliche Schriftformerfordernisse – Auswirkungen des Normzwecks auf die tatbestandlichen Anforderungen, JA 2008, 161, 247; *Roßnagel*, Das neue Recht elektronischer Signaturen – Neufassung des Signaturgesetzes und Änderung des BGB und der ZPO, NJW 2001, 1817; *Thalmair*, Kunden-Online-Postfächer: Zugang von Willenserklärungen und Textform, NJW 2011, 14; *Zenker*, Textform im WWW, insbesondere bei ebay, JZ 2007, 816.

Fälle:

- a) T hat sich aus Mitleid mit einem Vertreter an seiner Haustür das Jahresabonnement einer juristischen Fachzeitschrift aufschwätzen lassen. Da ihn das Geschäft nun aber doch reut, möchte er seine Erklärung widerrufen. Dazu hinterlässt er eine entsprechende Erklärung auf dem Anrufbeantworter des Herausgebers der Zeitschrift. Wirksamer Widerruf? (→ § 13 Rn. 6)
- b) V, Vermieter einer Wohnung, kündigt dem Mieter M per Fax. Wirksam? (vgl. § 568 I). (→ § 13 Rn. 11, 19)
- c) Die Bank vereinbart mit dem Darlehensschuldner, dass eine Kündigung durch eingeschriebenen Brief erfolgen soll. Sie kündigt das Darlehen durch einen mit Faksimilestempel unterzeichneten Brief, ohne ihn als »Einschreiben« zu schicken. Wirksame Kündigung? (→ § 13 Rn. 12, 28)
- d) V verkauft sein Grundstück durch notariell beurkundeten Kaufvertrag an K. Gleichzeitig vereinbaren sie mündlich, dass K den Kaufpreis in Raten zahlen darf. Wirksam? (→ § 13 Rn. 19, 21)
- e) Rechtsanwalt R verspricht dem Gläubiger G, für die Schuld des S als Bürge zu haften. R weist darauf hin, als Rechtsanwalt brauche er sein Versprechen nicht schriftlich zu erklären (vgl. § 766 S. 1). Später verlangt G von R Zahlung. Zu Recht? (→ § 13 Rn. 25)

I. Grundsatz der Formfreiheit

Rechtsgeschäfte sind grundsätzlich formlos wirksam. Der Erklärende ist frei in der Wahl des Erklärungsmittels (zB mündliche, schriftliche Äußerung; Gebärde). Der Grundsatz der Formfreiheit soll der Erleichterung des Rechtsverkehrs dienen. Nur ausnahmsweise ist die Einhaltung einer Form erforderlich. 1

II. Bedeutung der Formbedürftigkeit

Die Formbedürftigkeit des Rechtsgeschäfts, die entweder auf Gesetz oder auf Parteivereinbarung beruht, soll sehr verschiedenen Zwecken dienen. So kann die Form Klarheit darüber schaffen, ob und zu welchen Bedingungen ein Vertrag abgeschlossen worden ist; auf diese Weise werden Streitigkeiten darüber vermieden, ob die Parteien lediglich Vorverhandlungen geführt oder bereits einen Vertrag geschlossen haben und welchen Inhalt dieser Vertrag hat. Die Form dient damit auch der Sicherung des Be- 2

weises (**Beweisfunktion**). Ferner kann eine Formvorschrift die Warnung vor dem übereilten Abschluss eines wichtigen Rechtsgeschäfts bezwecken (**Warnfunktion**). Schließlich soll durch eine notarielle Beurkundung des Rechtsgeschäfts oft auch eine juristische Beratung über die Auswirkungen des Geschäfts erreicht werden (**Beratungsfunktion**). Darüber kommen weitere Formzwecke in Betracht.³¹ Meistens bestehen die Formvorschriften aus mehreren der genannten Gründe.

Beispiele: Nach § 550 S. 1 iVm § 578 I bedarf ein Grundstücksmietvertrag, der für länger als ein Jahr geschlossen wird, der Schriftform, damit der Beweis über den Vertragsinhalt gesichert wird; das ist besonders bei der Veräußerung des Grundstücks für den Erwerber wichtig, der anstelle des Vermieters in dessen Rechte und Pflichten eintritt (§ 566). Da § 550 den Ersatz der Schriftform durch elektronische Form nicht ausschließt, kann ein Grundstücksmietvertrag aber auch in elektronischer Form geschlossen werden (vgl. § 126a), von der der Gesetzgeber annimmt, dass sie hier in gleicher Weise der Beweissicherung dient.

Nach § 766 S. 1 ist für die Willenserklärung des Bürgen Schriftform erforderlich, um diesen vor Übereilung zu schützen. Einen vergleichbaren Schutz vermag die elektronische Form hier nicht zu gewährleisten. Daher ist sie in § 766 S. 2 ausgeschlossen.

Nach § 311b I 1 bedarf der Kaufvertrag über ein Grundstück der notariellen Beurkundung, um den Grundstückseigentümer und den Erwerber vor Übereilung zu warnen, eine fachkundige Beratung durch einen Notar zu ermöglichen sowie etwaigen Streitigkeiten über Abschluss und Inhalt des Vertrags vorzubeugen.

III. Arten der Formen

- 3 Die gesetzlichen Formen sind abschließend geregelt. Die rechtsgeschäftlich vereinbarten Formen können aufgrund der Privatautonomie frei bestimmt werden; meist wird dabei aber eine der gesetzlichen Formen vereinbart.

1. Textform

Bei einer durch Gesetz vorgeschriebenen Textform muss eine lesbare Erklärung, in der die Person des Erklärenden genannt ist, auf einem dauerhaften Datenträger abgegeben werden (§ 126b S. 1).

Die Textform wurde durch Gesetz v. 13.7.2001³² eingeführt und stellt aufgrund ihres Verzichtes auf eine eigenhändige Unterschrift eine praktisch sehr bedeutsame Erleichterung gegenüber der Schriftform (§ 126) dar. Daher kommt ihr andererseits aber auch nur eine geringe Beweis- und Warnfunktion zu, mit der Folge, dass der Gesetzgeber sie meist nur bei rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen (zB Widerrufsbelehrung beim Verbrauchervertrag gem. Art. 246 III 1 EGBGB, Musterwiderrufsbelehrung bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und Fernabsatzverträgen gem. Art. 246a § 1 II 2 EGBGB, Mieterhöhungsverlangen gem. §§ 558, 558a I und gem. §§ 559, 559b I 1, Unterrichtung der von einem Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer über Zeitpunkt, Grund und Folgen des Betriebsübergangs gem. § 613a V) zulässt. § 126b wurde mit Wirkung zum 13.6.2014³³ neu gefasst und der Terminologie der Verbraucherrechte-RL 2011/83/EU angepasst. Eine inhaltliche Änderung der bis dahin geltenden Fassung war vom Gesetzgeber aber nicht beabsichtigt.³⁴

³¹ Dazu *Mankowski* JZ 2010, 662.

³² BGBl. 2001 I 1542.

³³ Gesetz v. 20.9.2013 (BGBl. 2013 I 3642).

³⁴ BT-Drs. 17/12637, 44.

a) Die Erklärung muss **lesbar** sein. Das ist der Fall, wenn der Erklärende oder der Empfänger die auf einem dauerhaften Datenträger abgegebene (zB auf Papier geschriebene) Erklärung unmittelbar lesen kann. Lesbar ist aber auch die in einem elektronischen Dokument abgegebene Erklärung, die mit Hilfe von Anzeigeprogrammen lesbar gemacht werden kann.³⁵ 4

b) In der Erklärung muss die **Person des Erklärenden genannt** sein. Hierfür reicht 5 allerdings schon, dass sich die Person des Erklärenden aus dem Text ergibt.

Die bis zum 12.6.2014 geltende Fassung des § 126b verlangte noch, dass der **Abschluss der Erklärung** durch Nachbildung der Namensunterschrift oder anders **erkennbar** gemacht wird (Abschlussfunktion). Diese Voraussetzung ist zwar im geltenden Gesetzeswortlaut nicht mehr enthalten. Aber der Gesetzgeber hat mit der Neufassung des § 126b inhaltlich keine Änderung beabsichtigt. Der Abschluss der Erklärung muss deshalb zu ihrer Identifizierbarkeit auch weiterhin erkennbar sein. Für die Nachbildung der Unterschrift reicht etwa ein Faksimilestempel oder eine eingescannte Unterschrift aus. Eigenhändigkeit ist anders als bei der Schriftform nicht erforderlich. Eine andere Möglichkeit, den Abschluss der Erklärung erkennbar zu machen, kann etwa in einem Datum, einer Grußformel oder in der Kennzeichnung mit »Ende der Erklärung« erfolgen.

Die Erklärung muss auf einem **dauerhaften Datenträger** abgegeben werden. Dafür 6 enthält § 126b S. 2 eine Legaldefinition. Danach ist ein dauerhafter Datenträger jedes Medium, das es dem Empfänger ermöglicht, die an ihn persönlich gerichtete Erklärung so aufzubewahren (Erklärung auf Papier) oder zu speichern (elektronische Erklärung), dass sie ihm während eines für ihren Zweck angemessenen Zeitraums (solange der Empfänger Rechte aus der Erklärung herleiten kann) zugänglich ist (Nr. 1). Außerdem muss der Datenträger die Erklärung unverändert wiedergeben können (Nr. 2). Diese Voraussetzungen erfüllen insbesondere Papier, Diskette, USB-Stick, CD-ROM, Speicherkarten, DVD, Computer-Festplatte und externe Festplatte. Auch durch E-Mail und De-Mail³⁶ können Anforderungen der Textform eingehalten werden, da der Empfänger die Möglichkeit hat, sie auf seiner Festplatte zu speichern und von dort aus dauerhaft wiederzugeben.

Nicht ausreichend ist dagegen die bloße Bereithaltung auf der Webseite des Absenders mit der Abrufmöglichkeit für den Empfänger; denn die Erklärung auf einer fremden Internetseite kann der Empfänger weder aufbewahren noch speichern, und es ist auch nicht sichergestellt, dass die Erklärung für einen angemessenen Zeitraum unverändert zugänglich ist.³⁷ Ob sich daran etwas ändert, wenn der Unternehmer eine Erklärung (zB eine Widerrufsbelehrung) auf einer sog. fortgeschrittenen Webseite bereithält, die durch ihre Gestaltung den Verbraucher mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zum Abruf und zur Speicherung der Erklärung anhält, hat der BGH bisher offengelassen.³⁸

Umstritten ist die Einhaltung der Textform, wenn der Erklärende eine Nachricht in ein für den Adressaten eingerichtetes und mit Benutzerkennwort und Passwort zugängliches Online-Postfach einstellt, die der Adressat sich herunterladen und ausdrucken kann (→ § 7 Rn. 9, 14). Der BGH tendiert wohl dazu, die Textform zu bejahen.³⁹ Nach anderer Ansicht soll die Textform nur gewahrt sein, wenn der

35 BT-Drs. 17/12637, 44.

36 Besonders gegen unbefugten Zugriff und nachträgliche Änderungen geschützte Möglichkeit, elektronische Dokumente zu verschicken und zu empfangen. S. dazu das De-Mail-Gesetz v. 28.4.2011 (BGBl. 2011 I 666).

37 BGH NJW 2014, 2857 (2858f.); 2010, 3566 (3567f.). So auch BT-Drs. 17/12637, 44 im Zusammenhang mit der Neufassung des § 126b mit Wirkung zum 13.6.2014.

38 BGH NJW 2014, 2857 (2859) mAnm *Thüsing*.

39 BGH NJW 2009, 3227 (3228); bejahend auch HK-BGB/Dörner § 126b Rn. 4; MüKoBGB/Einsele § 126b Rn. 4, 9.

Adressat die Nachricht tatsächlich bei sich abspeichert oder ausdruckt.⁴⁰ Nach einer vermittelnden Ansicht reicht es aus, wenn die Website des Erklärenden so aufgebaut ist, dass der Adressat mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zum Abspeichern oder Ausdrucken der Erklärung angehalten wird.⁴¹

Im **Fall a** hinterlässt T seine Widerrufserklärung auf dem Anrufbeantworter des Herausgebers der Zeitschrift. Dieser ist zwar zur dauerhaften Speicherung der Erklärung, nicht aber zu deren Wiedergabe in Schriftzeichen geeignet. Das ist jedoch unschädlich, weil der Widerruf seit dem 13.6.2014 anders als nach § 355 I 2 aF, als noch Textform erforderlich war, formfrei möglich ist. Daher hat T wirksam widerrufen.

- 7 Als das »geringste« Formerfordernis ist die Textform jedenfalls auch durch jede andere »höhere« Form (Schriftform bzw. elektronische Form, notarielle Beglaubigung sowie notarielle Beurkundung) gewahrt.

2. Schriftform

- 8 a) Zur Wahrung der Schriftform muss eine Urkunde erstellt und von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder durch notariell beglaubigtes Handzeichen unterzeichnet werden (§ 126 I).

aa) Es muss eine **Urkunde erstellt** werden. Urkunde ist die schriftliche Verkörperung einer Erklärung. Eine Unterschrift auf einem Schreibtablett (Unterschriftenpad) ist keine Urkunde in diesem Sinne und wahrt nicht die gesetzliche Schriftform.⁴² Der Text der Urkunde braucht nicht vom Erklärenden selbst niedergelegt zu werden; er kann etwa gedruckt, mit der Schreibmaschine oder mit der Hand geschrieben sein.

Hierin unterscheidet sich die einfache Schriftform von der des eigenhändigen Testaments. Dieses muss der Erblasser selbst handschriftlich (= eigenhändig) schreiben und unterschreiben (§ 2247 I).⁴³

Ist die Erklärung auf verschiedenen Blättern enthalten, so bilden die einzelnen Seiten grundsätzlich nur dann eine Urkunde, wenn zwischen ihnen eine als dauernd gewollte körperliche Verbindung – wie bei zusammengehefteten Seiten – hergestellt ist.⁴⁴

Die Schriftform des § 126 erfordert aber keine körperliche Verbindung der einzelnen Blätter der Urkunde, wenn sich deren Einheit aus fortlaufender Paginierung (Seitennummerierung), fortlaufender Nummerierung der einzelnen Bestimmungen, einheitlicher graphischer Gestaltung, inhaltlichem Zusammenhang des Textes oder vergleichbaren Merkmalen zweifelsfrei ergibt.⁴⁵

- 9 **bb)** Die **Unterzeichnung** muss den Text der Urkunde räumlich abschließen. Nur das vor der Unterschrift Stehende wird durch die Unterschrift gedeckt. Ein Nachtrag muss daher erneut unterzeichnet werden.⁴⁶ Die Unterzeichnung hat also **Abschluss- und Deckungswirkung**. Deshalb genügt eine »Oberschrift« nicht, selbst wenn ein Formular die Zeichnung am oberen Rand vorsieht.⁴⁷

Bei einem Vertrag ist die Unterzeichnung der Parteien auf derselben Urkunde erforderlich (§ 126 II 1); die Unterschriften der Parteien müssen den gesamten Inhalt der Er-

40 So zB Palandt/*Ellenberger* § 126 b Rn. 3.

41 *Thalmair* NJW 2011, 14 (18).

42 OLG München NJW 2012, 3584.

43 *Brox/Walker* ErbR § 11 Rn. 3 ff.

44 Vgl. BGHZ 40, 255 (263) = NJW 1964, 395; BGHZ 52, 25 (29f.) = NJW 1969, 1063.

45 BGH NJW 2003, 1248; WM 1997, 2361.

46 BGH DB 1990, 877.

47 BGHZ 113, 48 = NJW 1991, 487.

klärung decken. Will jeder Vertragspartner eine Urkunde haben, gestattet es § 126 II 2 aus Vereinfachungsgründen, dass jeder nur die für den anderen bestimmte Urkunde unterzeichnet. Auch dadurch hat jede Partei die Einigung insgesamt unterschrieben.

Macht V dem M ein Angebot über die fünfjährige Vermietung seines Grundstücks durch Zuschicken eines unterzeichneten Vertragsentwurfs und erklärt M brieflich die Annahme, so ist die Schriftform (vgl. § 550 S. 1 iVm § 578 I) nicht gewahrt. Die Unterzeichnung des Vertragsentwurfs durch V und die des Briefs durch M deckt nur jeweils das Angebot oder die Annahme, nicht aber die Einigung insgesamt ab. Deshalb müssen V und M den Vertragstext gemeinsam unterzeichnen, um der Schriftform zu genügen. Dafür reicht es aus, dass M seine Unterschrift auf den von V unterzeichneten Vertragsentwurf setzt.⁴⁸ Es genügt auch, wenn V eine für M bestimmte Urkunde und M eine Urkunde für V unterschreibt.

Zulässig ist auch eine sog. **Blankounterschrift**. Dabei wird ein noch unausgefülltes Blatt unterzeichnet. Der später von der ermächtigten Person darüber gesetzte Text gilt aus Gründen des Vertrauensschutzes auch dann als Erklärung des Unterzeichners, wenn er von dessen Willen abweicht (→ § 18 Rn. 17).

cc) Der Aussteller der Urkunde muss **durch Namensunterschrift oder durch notariell beglaubigtes Handzeichen** unterzeichnen. Dies ist erforderlich, damit der Aussteller zweifelsfrei festgestellt werden kann. Es genügt die Unterzeichnung mit dem Familiennamen oder die Verwendung eines Pseudonyms, wenn der Erklärende dadurch sicher ermittelt werden kann. Die Unterschrift muss nicht lesbar sein, aber doch eine Zusammensetzung aus Buchstaben erkennen lassen und charakteristische Merkmale aufweisen, welche die Identität des Unterzeichnenden ausreichend kennzeichnen.⁴⁹ Die Rechtsprechung ist insoweit sehr großzügig. Danach kann auch ein von starkem Abschleifungsprozess gekennzeichnete nicht lesbarer und nur aus Strichen bestehender Namenszug jedenfalls dann für eine Unterschrift ausreichen, wenn der Unterzeichner auch sonst in gleicher oder ähnlicher Weise unterschreibt.⁵⁰ Allerdings ist ein bloßes Handzeichen (Paraphe), das nur aus einem oder einzelnen Buchstaben eines längeren Namens besteht und erkennbar als bewusste und gewollte Namensabkürzung erscheint, keine Unterschrift.⁵¹ 10

dd) Die Unterzeichnung muss von dem Aussteller **eigenhändig** erfolgen. Dadurch übernimmt der Aussteller selbst die Verantwortung für die Erklärung. Eigenhändig bedeutet handschriftlich; eine Unterzeichnung mittels Faksimilestempel oder Schreibmaschinenschrift ist also nicht ausreichend. 11

Die Kündigung im **Fall b** bedarf nach § 568 I der Schriftform. Das Fax genügt jedoch der Schriftform nicht,⁵² sodass die Kündigung unwirksam ist. Die von V eigenhändig unterschriebene und auf das Faxgerät gelegte Urkunde erfüllt zwar die Voraussetzungen der Schriftform, doch geht M diese nicht zu (§ 130). Das bei M ausgedruckte Fax (Fernkopie, → § 7 Rn. 7) ist von V nicht eigenhändig unterzeichnet, sodass die zugewandene Kündigungserklärung nicht schriftlich erfolgt ist.⁵³ Zum möglichen Ersatz durch elektronische Form → § 13 Rn. 13.

Eigenhändig bedeutet nicht, dass **Vertretung bei der Unterzeichnung** ausgeschlossen ist. Der Vertreter muss seine Vertretung grundsätzlich kenntlich machen, indem er im

48 BGH ZIP 2004, 2142 (2143f.).

49 BGH NJW 2005, 3775; 1997, 3380.

50 BGH NJW 2015, 3104.

51 BGH NJW-RR 2007, 351.

52 Vgl. BGHZ 121, 224 = NJW 1993, 1126.

53 Vgl. BGHZ 24, 297 (301) = NJW 1957, 1275.

Namen des Vertretenen handelt (vgl. § 164 I, → § 24 Rn. 9). Deshalb kann er mit seinem Namen und einem seine Vertretung kennzeichnenden Zusatz (»in Vertretung«, »im Auftrag«) unterschreiben.⁵⁴ Doch ist es heute gewohnheitsrechtlich anerkannt, dass der Vertreter auch mit dem Namen des Vertretenen eigenhändig unterzeichnen kann.⁵⁵ Wenn ein Vertrag für eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§§ 705 ff.) nur von einem Gesellschafter unterschrieben wird, reicht es für die Erkennbarkeit des Vertretungsverhältnisses aus, wenn der Unterschrift ein Stempelabdruck der Gesellschaft beigelegt wird; denn dadurch wird der Unterzeichnende als unterschreibungsberechtigt ausgewiesen.⁵⁶

- 12 b) Ist durch **Rechtsgeschäft** schriftliche Form für ein Rechtsgeschäft bestimmt, so gilt im Zweifel die Vorschrift über die gesetzliche Schriftform (§ 127 I). Doch sind die Parteien in der Lage, die Anforderungen an die Schriftform zu erleichtern oder zu erschweren. So können sie von der Eigenhändigkeit der Unterzeichnung absehen oder etwa Zustellung des Schriftstückes durch eingeschriebenen Brief vereinbaren.

Soll nach den AGB eines (nicht notariell beurkundungspflichtigen) Vertrags für die Erklärungen gegenüber dem Verwender eine strengere Form als die Textform gelten, so ist die Bestimmung unwirksam (§ 309 Nr. 13 Buchst. b). Das wirkt sich etwa bei **Ausschlussfristen** in vorformulierten Arbeitsverträgen aus. Eine Klausel, wonach Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis verfallen, wenn sie nicht innerhalb einer bestimmten Frist nach Fälligkeit »schriftlich« gegenüber der anderen Vertragspartei geltend gemacht werden, ist danach unwirksam.

Haben die Parteien aber keine Besonderheiten für die Schriftform vorgesehen, so genügt telekommunikative Übermittlung und bei einem Vertrag Briefwechsel; wird eine solche Form gewählt, so kann nachträglich eine dem § 126 entsprechende Beurkundung verlangt werden (§ 127 II 2).

Im **Fall c** ist das Kündigungsschreiben nicht eigenhändig unterschrieben. Für die rechtsgeschäftlich vereinbarte Schriftform genügt jedoch die Faksimileunterschrift, wenn kein anderer Wille der Parteien anzunehmen ist. Dies ergibt sich aus § 127 II 1; denn bei telekommunikativer Übermittlung liegt ebenfalls keine eigenhändige Unterschrift vor. Die Schriftform ist also gewahrt, doch fehlt es an der Zusendung durch eingeschriebenen Brief (→ § 13 Rn. 28).

3. Elektronische Form

- 13 Die gesetzlich vorgeschriebene schriftliche Form kann durch die elektronische Form ersetzt werden, wenn sich nicht aus dem Gesetz etwas anderes ergibt (§ 126 III). Erforderlich ist, dass der Aussteller der Erklärung dieser seinen Namen hinzufügt und das elektronische Dokument mit einer qualifizierten Signatur versieht (§ 126 a I).

Einzelheiten zu dieser elektronischen Identifizierung waren früher im Signaturgesetz (SigG) geregelt. Seit dem 1.7.2016 sind sie in der »Verordnung (EU) Nr. 910/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.7.2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 1999/93/EG« (eIDAS-VO)⁵⁷ sowie in dem Vertrauensdienstegesetz (VDG) v. 18.7.2017⁵⁸ geregelt. Das VDG wurde zur Ausführung der eIDAS-VO erlassen und ist am 29.7.2017 in Kraft getreten.

54 BGH NJW 2003, 3054.

55 So schon RGZ 74, 72.

56 BGH NJW 2013, 1082 ff.

57 ABL 2014 L 257/73 v. 28.8.2014.

58 BGBl. I 2745.

Ausdrücklich ausgeschlossen ist die Nutzung der elektronischen Form, wo die Warnfunktion einer Unterschrift nicht gewährleistet erscheint. Das gilt zB für eine Bürgschaftserklärung (§ 766 S.2) und für die Beendigung von Arbeitsverhältnissen durch Kündigung oder Aufhebungsvertrag (§ 623 aE).

a) Unter **elektronischen Dokumenten** versteht man alle in elektronischer Form, insbesondere als Text-, Ton-, Bild- oder audiovisuelle Aufzeichnung gespeicherte Inhalte (Art. 3 Nr. 35 eIDAS-VO), die am Bildschirm oder durch Ausdruck in Schriftzeichen umgewandelt und somit lesbar gemacht werden können. 14

b) **Elektronische Signaturen** sind Daten in elektronischer Form, die anderen elektronischen Daten beigelegt oder logisch mit ihnen verbunden werden und die zur Authentifizierung dienen (vgl. Art. 3 Nr. 10 eIDAS-VO).⁵⁹ Als **qualifiziert** werden sie dann bezeichnet, wenn sie als sog. fortgeschrittene elektronische Signatur iSv Art. 26 eIDAS-VO von einer qualifizierten elektronischen Signaturerstellungseinheit erstellt wurden und auf einem qualifizierten Zertifikat für elektronische Signaturen beruhen (Art. 3 Nr. 12 eIDAS-VO). Die elektronische Signatur ersetzt die bei der Schriftform erforderliche handschriftliche Unterschrift (Art. 25 II eIDAS-VO). Ihre Notwendigkeit dürfte der Grund dafür sein, dass die elektronische Form sich jedenfalls in der privaten Kommunikation bisher nicht durchgesetzt hat. 15

Eine De-Mail erfüllt nicht die Voraussetzungen der eIDAS-VO. Es fehlt an einer qualifizierten Signierung durch den Absender. Ebenso wie eine E-Mail erfüllt eine De-Mail nur die Voraussetzungen der Textform (→ § 13 Rn. 3). Auch eine Unterschrift auf einem Schreibtablett (Unterschriftenpad) erfüllt mangels elektronischer Signatur nicht die Voraussetzungen der elektronischen Form nach § 126a.

c) Der **Namenshinzufügung** kommt schließlich wieder Abschluss- und Deckungswirkung zu.

d) Bei einem Vertrag genügt es gem. § 126a II, wenn die Parteien jeweils nur ein gleichlautendes Dokument in der genannten Weise elektronisch signieren. Nicht ausreichend für die gesetzlich angeordnete elektronische Form ist jedoch das bloße Signieren von Angebot und Annahme. Ewas anderes gilt nur bei der gewillkürten elektronischen Form, für die § 126a im Zweifel zwar auch gilt, § 127 I aber einige Formerleichterungen vorsieht.

4. Öffentliche Beglaubigung

Ist durch Gesetz für eine Erklärung öffentliche Beglaubigung vorgeschrieben, so muss die Erklärung schriftlich abgefasst und die Unterschrift oder das Handzeichen des Erklärenden von einem Notar beglaubigt werden (§ 129 I). Durch Landesrecht kann die Zuständigkeit für die öffentliche Beglaubigung von Abschriften oder Unterschriften auch anderen Personen oder Stellen (zB Ortsgerichtsvorstehern nach § 13 I Hessisches Ortsgerichtsg) übertragen werden (§ 63 BeurkG). Die Beglaubigung bezieht sich nur auf die Unterschrift, nicht auf den Text der Urkunde. Der Notar bestätigt auf der Urkunde, dass die Unterschrift von dem herrührt, der die Erklärung wirklich abgegeben hat, indem er in seinem Beglaubigungsvermerk die Person bezeichnet, welche die Unterschrift vollzogen hat (§ 40 III BeurkG). Demnach dient die Beglaubigung dazu, die Echtheit einer Urkunde zu beweisen. Das ist oft bei der Abgabe einer Erklärung gegenüber einer Behörde erforderlich. 16

⁵⁹ Einzelheiten: Palandt/Ellenberger § 126a Rn. 3ff.

So bedürfen etwa wichtige Erklärungen gegenüber dem Grundbuchamt (vgl. § 29 GBO) sowie Anmeldungen zur Eintragung in das Vereinsregister (§ 77) und das Handelsregister (vgl. § 12 HGB) der notariellen Beglaubigung.

Von der öffentlichen Beglaubigung zu unterscheiden ist die **amtliche Beglaubigung** durch eine Verwaltungsbehörde, mit der etwa die Übereinstimmung einer Kopie oder Abschrift mit der Originalurkunde bescheinigt wird. Sie wird nicht von § 129 erfasst, und auch die Vorschriften des BeurkG gelten für sie nicht (§ 65 BeurkG). Maßgeblich sind die Verwaltungsverfahrensgesetze des Bundes und der Länder (vgl. §§ 33f. VwVfG).

5. Notarielle Beurkundung

- 17 Die notarielle Beurkundung einer Erklärung erfolgt in einem besonderen Verfahren vor dem Notar. Die Erklärung wird nach Beratung durch den Notar diesem gegenüber abgegeben, niedergeschrieben, dem Erklärenden vorgelesen, von ihm genehmigt und unterschrieben; der Notar unterzeichnet anschließend die Niederschrift (vgl. §§ 8ff. BeurkG). Die Urkunde liefert Beweis dafür, dass der Erklärende die beurkundete Erklärung vor dem Notar abgegeben hat. Die Beurkundung ersetzt die schriftliche Form und die öffentliche Beglaubigung (§§ 126 IV, 129 II) und damit auch die Textform sowie die elektronische Form. Die notarielle Beurkundung ihrerseits wird bei einem gerichtlichen Vergleich durch die Aufnahme des Vergleichs in das Gerichtsprotokoll ersetzt (§ 127 a).

Der Beurkundung bedürfen besonders wichtige Verträge, wie etwa ein Verpflichtungsvertrag zur Über-eignung eines Grundstücks (vgl. § 311b I 1) und ein Schenkungsversprechen (vgl. § 518 I).

Grundsätzlich ist nicht die gleichzeitige Beurkundung des Angebots und der An-nahme erforderlich; es genügt vielmehr, wenn zunächst der Antrag und sodann die Annahme des Antrags beurkundet wird (§ 128; Sukzessivbeurkundung). Dann kommt der Vertrag, wenn die Parteien nichts anderes vereinbart haben, schon mit der Beur-kundung der Annahme und nicht erst mit deren Zugang zustande (§ 152; → § 8 Rn. 24).

6. Abgabe vor einer Behörde

- 18 Ist die Abgabe von Erklärungen vor einer Behörde vorgeschrieben, so muss dies in wichtigen Fällen bei gleichzeitiger Anwesenheit aller Beteiligten erfolgen.

So müssen die Eheschließenden die Erklärungen zur Eingehung der Ehe vor dem Standesbeamten bei gleichzeitiger Anwesenheit und persönlich abgeben (§ 1310ff.). Veräußerer und Erwerber eines Grund-stücks müssen die Auflassung bei gleichzeitiger Anwesenheit vor dem Notar erklären (§ 925 I); persön-liches Erscheinen ist hier allerdings nicht erforderlich, die Beteiligten können sich vertreten lassen.

IV. Rechtsfolgen bei Nichtbeachtung der Form

1. Nichtbeachtung der gesetzlichen Form

- 19 a) **Nichtig** ist ein Rechtsgeschäft, bei dem die durch Gesetz vorgeschriebene Form nicht beachtet ist (§ 125 S. 1).

Da V im **Fall b** weder die Schriftform noch die elektronische Form für die Kündigung eingehalten hat, ist die Kündigung nichtig.

aa) Ist eine **Nebenabrede** eines formbedürftigen Rechtsgeschäfts formlos, der Haupt-teil des Geschäfts dagegen formgerecht abgeschlossen, so ist die Nebenabrede nach § 125 S.1 nichtig, während sich die Wirksamkeit des Hauptteils nach § 139 (→ § 15 Rn. 2) richtet. Danach ist im Zweifel das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht an-

zunehmen ist, dass es auch ohne die nichtige Nebenabrede vorgenommen worden wäre.

Im **Fall d** ist die Ratenzahlungsvereinbarung nach § 125 S. 1 iVm § 311b I 1 nichtig. Hätten V und K den Kaufvertrag bei Kenntnis der Nichtigkeit der Ratenvereinbarung nicht geschlossen, weil es ihnen besonders auf die Ratenzahlungen ankam, so ist auch der beurkundete Hauptteil des Vertrags nichtig (§§ 139; 125 S. 1; 311b I 1).

bb) Abänderungen eines formbedürftigen Rechtsgeschäfts sind grundsätzlich ebenfalls formbedürftig und deshalb bei Formmangel nichtig, sofern es sich um rechtlich erhebliche Änderungen handelt.⁶⁰ Das gilt nicht, wenn die Verpflichtung desjenigen, der durch die Form geschützt wird, nur eingeschränkt werden soll, weil er dann keines Schutzes bedarf.

Wird etwa ein Bürgschaftsvertrag, durch den der Bürge B verpflichtet ist, für eine Schuld von 1.000 EUR einzustehen, so abgeändert, dass B für 1.500 EUR haften soll, so bedarf das erweiterte Versprechen der Schriftform, da § 766 S. 1 den Bürgen schützen will. Wird die Bürgschaftsverpflichtung dagegen auf 700 EUR ermäßigt, so bedarf das Einverständnis des B zur Ermäßigung nicht der Schriftform; B braucht keinen Schutz, da sich seine Verpflichtung verringert.

b) Bei bestimmten formbedürftigen Rechtsgeschäften kann eine Heilung des Formmangels eintreten. Durch die Heilung wird das formlose Rechtsgeschäft wirksam; bei Grundstücksveräußerungsverträgen (vgl. § 311b I 2), Schenkungsversprechen (vgl. § 518 II) und Bürgschaften (vgl. § 766 S. 3) tritt die Heilung ein, wenn die formlos versprochene Leistung bewirkt worden ist. Grund für die Heilung ist vor allem der Gedanke der Rechtssicherheit. Es soll vermieden werden, dass sachenrechtlich abgeschlossene Verhältnisse bis zum Ablauf der Verjährung der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung unterliegen.⁶¹ Außerdem ist die Warn- und Beweisfunktion nach erfolgter Erfüllung entbehrlich. Eine Heilung kommt allerdings nur in Betracht, wenn der Vertrag ausschließlich an einem Formmangel leidet; ist eine der Vertragserklärungen auch aus einem anderen Grund unwirksam oder wegen nicht rechtzeitiger Annahmeerklärung erloschen (Vertrag mit Doppelmangel), gibt es keinen Vertrag (mehr), dessen Formunwirksamkeit geheilt werden könnte.⁶² Außerdem kann den genannten Bestimmungen über ihren jeweiligen Anwendungsbereich hinaus ein allgemeiner Grundsatz der Heilung von Formvorschriften durch Erfüllung nicht entnommen werden. Deshalb kann etwa der Formmangel eines Schenkungsversprechens, in dem sich jemand zur Übertragung seines gesamten gegenwärtigen Vermögens verpflichtet (vgl. § 311b III), nicht etwa gem. § 518 II durch Vollzug der Schenkung geheilt werden; denn in § 311b III ist keine dem § 518 II entsprechende Heilungsmöglichkeit geregelt.⁶³

Wenn V und K im **Fall d** das Grundstück auflassen und die Eintragung des K als Eigentümer im Grundbuch erfolgt ist (vgl. §§ 873 I, 925 I), kann V von K nicht die Rückübereignung nach § 812 I mit der Begründung verlangen, der Kaufvertrag sei formnichtig und deshalb sei die Übereignung ohne Rechtsgrund erfolgt. Nach § 311b I 2 ist nämlich mit Auflassung und Eintragung der Formmangel der Nebenabrede geheilt und damit der Kaufvertrag Rechtsgrund für die Übereignung.

60 BGH ZIP 2001, 883 (884) (rechtliche Erheblichkeit verneint); BGH NJW 1996, 452.

61 BGH DB 2005, 663.

62 BGH NZM 2016, 646 mAnm *Riehm* JuS 2016, 935.

63 BGH NJW 2017, 885 Rn. 11.

- 22 c) Im Einzelfall kann es **gegen Treu und Glauben** verstoßen, wenn eine Partei die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts wegen Formmangels geltend macht (vgl. § 242). Die Durchbrechung des Formzwangs aus Gründen der Einzelfallgerechtigkeit muss aber auf wenige Ausnahmen beschränkt bleiben;⁶⁴ andernfalls würden die Formvorschriften ausgehöhlt. Dabei ist zu unterscheiden zwischen schuldrechtlichen Rechtsgeschäften, die grundsätzlich nur die Interessen der Geschäftspartner berühren, und solchen Rechtsgeschäften wie etwa Verfügungen, die öffentliche Interessen oder Belange Dritter berühren.
- 23 aa) Bei **schuldrechtlichen Verträgen** hat die Rechtsprechung oft hervorgehoben, dass nur in Ausnahmefällen zur Vermeidung schlechthin untragbarer Ergebnisse aufgrund des § 242 vom Formzwang abgesehen werden könne und dass es nicht genüge, wenn die Ergebnisse für den Betroffenen hart seien.⁶⁵ Die Formel ist jedoch zu unklar und führt nicht weiter. Es müssen deshalb Fallgruppen gebildet werden; sie können nicht abschließend sein.⁶⁶
- 24 (1) **Haben die Parteien den Mangel der Form gekannt** und dennoch die Formvorschrift nicht beachtet, so ist das Rechtsgeschäft nichtig. Der durch den Formmangel Geschädigte ist nicht so schutzwürdig, dass das Geschäft als wirksam angesehen werden müsste, da er den Formfehler kannte.
- 25 (2) **Hat eine Partei die andere über die Formbedürftigkeit arglistig getäuscht** oder sie **von der Einhaltung der Form abgehalten**, so kann der Täuschende die Erfüllung des Vertrags nicht mit der Begründung verweigern, dass die Form fehle.⁶⁷ Verlangt der Getäuschte Erfüllung, so muss der Vertrag im Interesse des Getäuschten als wirksam behandelt werden.
- Hat G im **Fall e** auf das Wort des fachkundigen R vertraut und kannte er die Formbedürftigkeit des Bürgschaftversprechens nicht, so kann er von R trotz Nichtigkeit der Bürgschaft Zahlung verlangen.
- 26 (3) **Haben die Parteien die Formbedürftigkeit des Vertrags nicht gekannt und beruht die Nichtbeachtung der Form auf Fahrlässigkeit**, so kann der Vertrag grundsätzlich nicht als wirksam behandelt werden.
- Verkauft V sein Grundstück mündlich an K und vergessen die Parteien, die notarielle Beurkundung des Vertrags nachzuholen (vgl. § 311 b I 1), so ist der Vertrag nichtig; V und K verdienen keinen Schutz. Daran ändert sich nichts, wenn nur V die Formbedürftigkeit infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte, K aber auf die Erklärungen des V vertrauen durfte. K kann dann aber einen Schadensersatzanspruch gegen V wegen Pflichtverletzung beim Zustandekommen des Vertrags haben (culpa in contrahendo; §§ 280 I, 241 II, 311 II).
- 27 bb) Bei **Verfügungen** (→ § 5 Rn. 2) kann der Formzwang nicht durch § 242 durchbrochen werden. Denn die Verfügungen wirken absolut und berühren deshalb Interessen Dritter; hier geht das Interesse an der Verkehrssicherheit vor.

64 BGH NJW 2016, 311 Rn. 25 mAnm *Riehm* JuS 2016, 551.

65 BGH NJW 2016, 311 Rn. 25 mAnm *Riehm* JuS 2016, 551; BGHZ 29, 10; 48, 396 (398) = NJW 1968, 39; BGH NJW 1978, 102; DB 1990, 878.

66 Einzelheiten: *Reinicke*, Rechtsfolgen formwidrig abgeschlossener Verträge, 1969, 41 ff.; *Ermann/Arnold* § 125 Rn. 31 ff.; *HK-BGB/Dörner* § 125 Rn. 10 ff.

67 BGH NJW 2016, 311 Rn. 25 mAnm *Riehm* JuS 2016, 551.

2. Nichtbeachtung der rechtsgeschäftlichen Form

- a) Das Recht der Parteien, durch Rechtsgeschäft die Einhaltung einer Form zu vereinbaren, beruht auf der Privatautonomie (→ § 2 Rn. 5). Deshalb richten sich die Rechtsfolgen bei Nichteinhaltung einer vereinbarten Form ebenfalls nach dem Willen der Parteien. Dieser ist durch Auslegung zu ermitteln. Kann insoweit kein Wille festgelegt werden, greift § 125 S. 2 ein. Danach hat **der Mangel der durch Rechtsgeschäft bestimmten Form im Zweifel Nichtigkeit zur Folge**. 28

Die Auslegung kann ergeben, dass die Parteien die vereinbarte Form als **Wirksamkeitsvoraussetzung** des Rechtsgeschäfts **oder** nur als **Beweissicherungsmittel** gewollt haben. Im ersten Fall wird erst durch die Einhaltung der Form das Rechtsgeschäft wirksam (= konstitutive Wirkung); die Nichteinhaltung der Form hat Nichtigkeit zur Folge. Im zweiten Fall dient die Form nur der Sicherung des Beweises (= deklaratorische Wirkung); ihre Nichtbeachtung beeinträchtigt die Wirksamkeit nicht.

Im Fall c ist die Formabrede, die Kündigung als Einschreiben zugehen zu lassen, nicht beachtet. Mit dem Einschreibebrief wollen die Parteien meistens erreichen, dass die Erklärung dem Empfänger sicher zugeht und der Nachweis des Zugangs leicht erbracht werden kann. Deshalb dient die Form der Beweissicherung und berührt die Wirksamkeit der Kündigung nicht, wenn sie auf andere Weise tatsächlich zugegangen ist.⁶⁸

Haben die Parteien eine Beurkundung des Vertrags vereinbart, ist der Vertrag im Zweifel nicht geschlossen, bis die Beurkundung erfolgt ist (§ 154 II; → § 11 Rn. 13).

- b) Eine **Vereinbarung der Form** kann von den Parteien jederzeit wieder **aufgehoben werden**. Dies ist ausdrücklich, aber auch stillschweigend möglich, indem die Parteien das Rechtsgeschäft formlos abschließen und damit die Aufhebung der Formvereinbarung zu erkennen geben. 29

Beispiel: Wollen V und K den Kaufvertrag über einen Pkw schriftlich abschließen, tun sie es aber nicht, sondern übereignen sie sofort den Pkw gegen Barzahlung, so ist der Kaufvertrag wirksam. Die beiderseitige Erfüllung spricht dafür, dass die Parteien die Formabrede abbedungen haben.

Eine sog. **einfache Schriftformklausel** in einem Vertrag (»Änderungen bedürfen der Schriftform«) verhindert also nicht, dass der Vertrag formlos abgeändert wird. Wollen die Vertragsparteien das verhindern, müssen sie eine sog. **doppelte Schriftformklausel** vereinbaren (»Änderungen bedürfen der Schriftform. Das gilt auch für eine Aufhebung dieses Schriftformerfordernisses«). In Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§§ 305ff.; → § 10 Rn. 1ff.) ist eine solche Klausel nur wirksam, wenn sie sich nicht auf eine individuell ausgehandelte Aufhebung der Schriftform bezieht (»es sei denn, die Aufhebung erfolgt durch Individualabrede«); denn gem. § 305b haben individuelle Vertragsabreden Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen. 30

Formvorschriften für Rechtsgeschäfte

I. Sinn

1. Beweisfunktion
2. Warnfunktion
3. Beratungsfunktion

⁶⁸ BGH NJW 2004, 1320; NJW-RR 1996, 866 (867).

II. Arten

1. Textform (§ 126b), zB bei § 355 II, I 2
2. Schriftform (§§ 126, 127)
 - a) Gesetzliche Schriftform (§ 126), zB §§ 623, 766
 - b) Vertragliche Schriftform (§ 127)
3. Elektronische Form als Ersatz für Schriftform (§§ 126a, 126 III; eIDAS-VO)
4. Öffentliche Beglaubigung (§ 129), zB § 29 GBO
5. Notarielle Beurkundung (§ 128), zB §§ 311b I, 518
6. Abgabe vor einer Behörde bei gleichzeitiger Anwesenheit, zB §§ 925 I, 1310ff.

III. Rechtsfolgen bei Nichtbeachtung der Form

1. Nichtbeachtung der gesetzlichen Form
 - a) Grundsatz: Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts (§ 125 S. 1)
 - b) Heilung des Formmangels gem. §§ 311b I 2, 518 II, 766 S. 3
 - c) In Ausnahmefällen Berufung auf Formnichtigkeit wegen Verstoßes gegen § 242 unzulässig
2. Nichtbeachtung der rechtsgeschäftlichen Form
 - a) Im Zweifel Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts (§ 125 S. 2)
 - b) Aber: jederzeit Aufhebung des Formerfordernisses möglich

§ 14 Inhaltliche Schranken des Rechtsgeschäfts

Literatur: *Arzt*, Die Ansicht aller billig und gerecht Denkenden, 1962; *Beater*, Der Gesetzesbegriff von § 134 BGB, AcP 197 (1997), 505; *Bezenberger*, Ethnische Diskriminierung, Gleichheit und Sittenordnung im bürgerlichen Recht, AcP 196 (1996), 395; *Bülow*, Grundfragen der Verfügungsverbote, JuS 1994, 1; *Cahn*, Zum Begriff der Nichtigkeit im Bürgerlichen Recht, JZ 1997, 8; *Canaris*, Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, 1983; *Dastis*, ebay-»Schnäppchen« – sittenwidrig und rechtsmissbräuchlich?, JURA 2015, 376; *Eckert*, Sittenwidrigkeit und Wertungswandel, AcP 199 (1999), 337; *Hamelmann/Schnabl*, Das Ende der Sittenwidrigkeit sog. Geliebtestestamente?, JURA 2009, 161; *H. Honsell*, Die zivilrechtliche Sanktion der Sittenwidrigkeit, JA 1986, 573; *Jung*, Wucherähnliches Rechtsgeschäft – Tatbestand und Beweis, ZGS 2005, 95; *Köhler*, Einschränkungen der Nichtigkeit von Rechtsgeschäften, JuS 2010, 665; *Majer*, Sittenwidrigkeit und Prostitutionsgesetz bei Vermarktung und Vermittlung, NJW 2008, 1926; *Mayer-Maly*, Die guten Sitten als Maßstab des Rechts, JuS 1986, 596; *Otte*, Die Nichtigkeit letztwilliger Verfügungen wegen Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit, JA 1985, 192; *Peter*, Probleme bei der Behandlung und Rückabwicklung wegen Verstoßes gegen § 134 BGB nichtiger Dienst- und Werkverträge, JA 2014, 248, 333; *Petersen*, Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, JURA 2003, 532; *Schmoeckel*, Der maßgebliche Zeitpunkt zur Bestimmung der Sittenwidrigkeit nach § 138 I BGB, AcP 197 (1997), 1; *Timm*, Außenwirkungen vertraglicher Verfügungsverbote?, JZ 1989, 13; *Schreiber*, Veräußerungsverbote, JURA 2008, 261; *Ulríci*, Verbotsgesetz und zwingendes Gesetz, JuS 2005, 1073; *E. Wagner*, Rechtsgeschäftliche Unübertragbarkeit und § 137 S. 1 BGB, AcP 194 (1994), 451.

Fälle:

- a) Bäckermeister B kündigt seinem Gesellen, weil dieser der Gewerkschaft beigetreten ist, und er verkauft sonntags Brötchen außerhalb der nach dem entsprechenden Landesgesetz zulässigen Zeiten. Gültig? (→ § 14 Rn. 5)

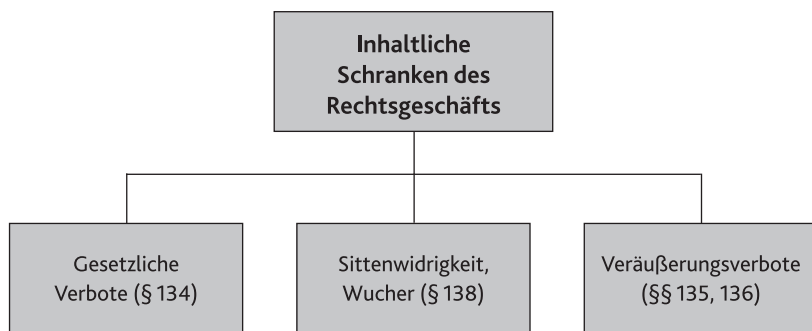
- b) Weil dem Gastwirt W die Erlaubnis zum Betrieb einer Gaststätte wegen Trunksucht entzogen worden ist, verkauft er die Gaststätte an K und vereinbart mit ihm, als dessen Geschäftsführer die Wirtschaft zu führen. Gültig? (→ § 14 Rn. 10)
- c) Die Bank B vereinbart mit ihrem stark verschuldeten Kunden K, dass dieser das Eigentum an allen seinen Maschinen an B zwecks Sicherung eines Kredits übertragen soll, um dadurch B zum Nachteil der übrigen Gläubiger besonders abzusichern. Entsprechend dieser Verpflichtung übereignet K die Maschinen an B. Wirksam? (→ § 14 Rn. 16, 22)
- d) Der inhaftierte G verspricht dem nikotinsüchtigen Mithäftling H seine Zigarettenration, wenn H aus der Kirche austrete. Kann H nach erfolgtem Kirchenaustritt von G die Zigaretten verlangen? (→ § 14 Rn. 19)
- e) A gibt dem B, der zuvor seine äußerst prekäre finanzielle Lage geschildert hat, ein Darlehen, das mit 10% pro Monat verzinst werden soll. (→ § 14 Rn. 29, 30, 31)

Rechtsgeschäfte müssen einen zulässigen Inhalt haben, um wirksam zu sein. Der Schutz überragender Interessen der Allgemeinheit gebietet eine Beschränkung der Möglichkeit, den Inhalt von Rechtsgeschäften frei zu gestalten. Diesen Schutz verfolgen die §§ 134, 138. Danach sind Rechtsgeschäfte nichtig, deren Inhalt gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt. 1

Abgesehen davon kann eine Einzelperson Interesse daran haben, dass ihre Rechtsstellung nicht durch Rechtsgeschäfte eines anderen beeinträchtigt wird. Ihrem Schutz dienen die Veräußerungsverbote der §§ 135 ff.

I. Gesetzliche Verbote

Nach § 134 ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Für die Rechtsfolge der Nichtigkeit muss also zum einen ein Verbotsgesetz vorliegen und zum anderen der Verstoß gegen das Verbot zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts führen. Ob eine Rechtsnorm ein gesetzliches Verbot enthält und ob bei einem Gesetzesverstoß die Rechtsfolge der Nichtigkeit des Geschäfts eingreift, lässt sich jedoch aus § 134 nicht entnehmen. Vielmehr muss das durch Auslegung nach Sinn und Zweck der einzelnen Gesetzesvorschrift ermittelt werden. 2



1. Verbotsgesetze

»Gesetz« im Sinne des BGB ist jede Rechtsnorm (vgl. Art. 2 EGBGB). Deshalb können nicht nur formelle Gesetze wie etwa das BGB oder das StGB, sondern auch 3

Rechtsverordnungen (→ § 1 Rn. 5), autonome Satzungen (→ § 1 Rn. 6), Vorschriften des GG⁶⁹ und solche des europäischen Gemeinschaftsrechts (→ § 1 Rn. 7) und das Wohnheitsrecht (→ § 1 Rn. 8) Verbotsgesetze enthalten. Die Auslegung der Rechtsnorm kann ergeben, dass ein Rechtsgeschäft wegen der besonderen Umstände, unter denen es vorgenommen wird, wegen seines Inhalts oder wegen seines bezweckten Rechtserfolges untersagt ist. Dabei bietet der Gesetzeswortlaut einen Anhaltspunkt. Zwar enthalten die meisten Verbotsbestimmungen nicht Ausdrücke wie »verbieten« oder »untersagen«; jedoch deuten in der Regel die Formulierungen »darf nicht«, »ist unzulässig«, »ist nicht übertragbar« darauf hin, dass die Rechtsordnung die Vornahme eines bestimmten Rechtsgeschäfts missbilligt.

Beispiele: § 259 StGB (Ankauf gestohlener Sachen); § 284 I StGB (verbotenes Glücksspiel); § 334 I StGB (Schenkung zur Bestechung eines Amtsträgers); Art. 3 I GG (Willkürverbot als Ausfluss des Gleichheitsgrundsatzes);⁷⁰ § 43a IV BRAO (Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen durch einen Rechtsanwalt);⁷¹ § 3 Rechtsdienstleistungsgesetz – RDG⁷² (Erlaubnispflicht der selbstständigen Erbringung außergerichtlicher Rechtsdienstleistungen; → § 14 Rn. 3).⁷³

2. Folgen des Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz

- 4 Nicht jeder Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot führt zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts. Nach § 134 ist nämlich ein Rechtsgeschäft wegen eines Gesetzesverstoßes nur dann nichtig, wenn sich aus der Verbotsnorm nicht ein anderes ergibt.
- 5 a) Es gibt Verbotsgesetze, die sich nur gegen die Art und Weise wenden, in der das Rechtsgeschäft abgeschlossen wird (**Ordnungsvorschriften**). Sie wollen den Erfolg des Rechtsgeschäfts nicht verhindern. Deshalb führt ein Verstoß gegen eine solche Ordnungsvorschrift nicht zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts.

So wollen die Ladenschluss- bzw. Ladenöffnungsgesetze der Länder nicht verhindern, dass sonntags überhaupt Brötchen verkauft werden (**Fall a**). Vielmehr soll ein Verkauf zum Schutz der Sonn- und Feiertage als Tage der Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung nur zu bestimmten Zeiten erfolgen. Die Gültigkeit eines Lebensmittelverkaufs außerhalb der Ladenöffnungszeiten wollen die Ladenschluss- bzw. Ladenöffnungsgesetze jedoch nicht ausschließen.
- 6 b) Andere Verbotsnormen wollen Rechtsgeschäfte wegen ihres Inhalts verhindern. Bei einem Verstoß gegen ein solches **Inhaltsverbot** tritt als Rechtsfolge regelmäßig die Nichtigkeit des Geschäfts ein.
- 7 aa) Wendet sich das **Verbotsgesetz** jedoch **nur gegen das Verhalten einer Partei** des Rechtsgeschäfts, so ist besonders zu prüfen, ob das Rechtsgeschäft nichtig oder ob es im Interesse der redlichen Partei gültig sein soll. In der Regel tritt keine Nichtigkeit ein, wenn das gesetzliche Verbot lediglich einen der Vertragsbeteiligten in seinen Handlungen beeinflussen und vom Vertragsschluss abhalten soll. Wenn eine Gültigkeit des Vertrags allerdings mit Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes unvereinbar wäre, ist der Vertrag gem. § 134 nichtig.⁷⁴

69 Zur Anwendbarkeit des § 134 bei Grundrechtsverstößen BGH NJW 2004, 1031; 1976, 709.

70 Dazu BGH NJW 2004, 1031 (nach § 134 unwirksame Kündigung eines Kontos der »Republikaner« durch die Postbank).

71 BGH NJW 2016, 2561 Rn. 8f.

72 Schönfelder, Deutsche Gesetze, Ergänzungsband Nr. 99.

73 Einzelfälle: Erman/*Arnold* § 134 Rn. 26ff.; Palandt/*Ellenberger* § 134 Rn. 14ff.

Beispiele: Kommt ein Kaufvertrag durch Betrug des Verkäufers zustande, so verstößt das Rechtsgeschäft gegen § 263 StGB. Obwohl dem Verkäufer ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot vorzuwerfen ist, kann der redliche Käufer ein Interesse daran haben, dass der Kaufvertrag dennoch gültig bleibt; dieser ist daher nicht von vornherein nichtig, sondern nur durch Anfechtung des Käufers wegen arglistiger Täuschung (§ 123; → § 19 Rn. 1) vernichtbar.

Verstößt beim Abschluss eines Werkvertrags der Unternehmer gegen das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (SchwarzArbG) und kennt der Besteller den Verstoß nicht, so können die Interessen des gesetzestreuen Bestellers es nach der neueren Rechtsprechung des BGH⁷⁵ nur in engen Ausnahmefällen nach Treu und Glauben gebieten, die Nichtigkeitssfolge des § 134 zu überwinden und ihm seine Erfüllungs- und Gewährleistungsansprüche zu belassen. Wenn dagegen der Besteller den Verstoß erkennt und zum eigenen Vorteil ausnutzt, ist der Vertrag gem. § 134 nichtig. Deshalb führt die Vereinbarung bei Abschluss eines Werkvertrags, dass der Unternehmer »ohne Rechnung« bezahlt werden soll, regelmäßig zur Unwirksamkeit des Vertrags. Das gilt auch, wenn der Werkvertrag zwar bei Abschluss nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen hat, aber aufgrund einer nachträglichen Änderungsvereinbarung etwa bzgl. der Zahlungsmodalitäten (keine Rechnung, keine USt) vom Verbot des SchwarzArbG erfasst wird.⁷⁶ Der Besteller hat in solchen Fällen mangels wirksamen Vertrags auch keine vertraglichen Mängelansprüche.⁷⁷ Umgekehrt kann der Unternehmer für seine Werkleistung keine Zahlung verlangen;⁷⁸ er hat nicht einmal einen bereicherungsrechtlichen Anspruch auf Wertersatz (§§ 812 I 1, 1. Fall, 818 II), weil dieser Anspruch gem. § 817 S. 2 ausgeschlossen ist.⁷⁹

Das Verbot des § 43 a IV BRAO, widerstreitende Interessen zu vertreten, richtet sich zwar nur an den Rechtsanwalt der gegeneinander streitenden Mandanten, nicht dagegen an die Mandanten selbst. Aber es dient dem Schutz des Vertrauens in die Rechtspflege und der Eindämmung von Interessenkollisionen. Deshalb sind die dagegen verstoßenden Beratungsverträge zwischen dem Rechtsanwalt und seinen Mandanten gem. § 134 nichtig und begründen keine vertraglichen Vergütungsansprüche des Rechtsanwalts.⁸⁰

bb) Richtet sich das Verbotsgesetz gegen den Inhalt des Rechtsgeschäfts, führt ein Gesetzesverstoß grundsätzlich zur **Nichtigkeit nur des Verpflichtungsgeschäfts**. Die in Erfüllung des nichtigen Verpflichtungsgeschäfts erfolgten Verfügungen bleiben wirksam, können aber über die Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung nach §§ 812 ff. rückabgewickelt werden (beachte aber § 817).

Beispiel: Wenn jemand durch Geschäftsbesorgungsvertrag (§ 675) mit der Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten beauftragt wird, obwohl er dazu keine Erlaubnis nach dem Rechtsdienstleistungsgesetz hat, ist nur der Geschäftsbesorgungsvertrag sowie eine dafür gegebenenfalls erteilte Vollmacht,⁸¹ nicht dagegen die Übereignung des Honorars nichtig. Dieses ist aber mangels wirksamer Verpflichtung ohne Rechtsgrund gezahlt und kann nach § 812 I 1, 1. Fall zurück gefordert werden.

Aus dem Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes kann sich ergeben, dass neben dem Verpflichtungsgeschäft auch eine zur Durchführung der verbotenen Tätigkeit erteilte **Vollmacht nach § 134 unwirksam** ist.

74 BGH NJW 2016, 2561 Rn. 10.

75 BGH NJW 2013, 3167, 3168f. mAnm *Mäsch* JuS 2014, 355.

76 BGH NJW 2017, 1808 Rn. 17 mAnm *Stamm* und mAnm *Schwab* JuS 2017, 550.

77 BGH NJW 2013, 3167, 3169 mAnm *Mäsch* JuS 2014, 355.

78 BGH NJW 2014, 1805 ff.

79 Bestätigt von BGH NJW 2017, 1808 Rn. 26.

80 BGH NJW 2016, 2561 Rn. 11f.

81 BGH NJW 2006, 2118 (2119), noch zum früheren Rechtsberatungsg.

Beispiel: Bei dem Verstoß gegen das Rechtsdienstleistungsgesetz ist neben dem Geschäftsbesorgungsvertrag auch die zur Ausführung des Vertrags erteilte Vollmacht unwirksam.⁸² Der Beauftragte handelt dann, wenn er im Namen des Auftraggebers handelt, ohne Vertretungsmacht, sofern nicht die Voraussetzungen für eine Rechtsscheinsvollmacht vorliegen (→ § 25 Rn. 24, 26 ff.).

- 9 cc) Wenn durch das Verbotsgesetz nicht allein der Inhalt des Verpflichtungsgeschäfts missbilligt, sondern darüber hinaus auch eine Verschiebung der Güter untersagt wird, dann ist außer dem Verpflichtungs- **auch das Verfügungsgeschäft nichtig**. In diesen Fällen der Fehleridentität bleibt der über sein Eigentum Verfügende weiterhin Eigentümer; er kann sein Eigentum nach § 985 herausverlangen.

Beispiele: Aus dem Verbot des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln (§ 29 I Nr. 1 Betäubungsmittelgesetz – BtMG) folgt nicht nur die Nichtigkeit des Kaufvertrags, sondern auch diejenige der Übereignung der Drogen und des als Kaufpreis gezahlten Geldes.⁸³ Verspricht A dem Finanzbeamten B einen Geldbetrag, wenn B die Steuerschuld des A zu niedrig festsetzt, so ist nicht nur die Verpflichtung des A, sondern auch die Übereignung des Geldes an B wegen Verstoßes gegen § 334 I StGB nach § 134 nichtig.

3. Umgehungsgeschäfte

- 10 Die Rechtsfolge des § 134 erfasst auch die sog. Umgehungsgeschäfte. Darunter versteht man Rechtsgeschäfte, die den vom Verbotsgesetz missbilligten Erfolg auf einem Weg zu erreichen suchen, den die Verbotsnorm nicht erfasst. Für diese Geschäfte gilt die Folge des § 134 aber nur dann, wenn die Verbotsbestimmung den Erfolg des Rechtsgeschäfts schlechthin verhindern will, unabhängig von dem Weg, auf dem die Parteien dieses Ziel erreichen wollen. Das Verbotsgesetz muss dann über seinen Wortlaut hinaus auch auf die Fälle angewandt werden, auf die es nach der im Gesetz enthaltenen Wertung angewandt werden soll.

Im **Fall b** ergibt sich aus dem Verbotscharakter der Bestimmungen des Gaststättengesetzes, dass W keinen Gaststättenbetrieb führen darf. Dieses gesetzliche Verbot würde umgangen, wenn W durch eine Vereinbarung mit K in der Lage wäre, dennoch eine Gastwirtschaft zu leiten. Deshalb ist der Vertrag des W mit K, dass W als Geschäftsführer für K den Gaststättenbetrieb führt (sog. Kastellanvertrag), wegen Umgehung eines Verbotsgesetzes nach § 134 nichtig.⁸⁴

Weiteres Beispiel: Nach den §§ 1, 7 Handwerksordnung (HwO)⁸⁵ ist der selbstständige Betrieb eines Handwerks nur den in der Handwerksrolle eingetragenen Personen gestattet, und die Eintragung setzt das Bestehen der Meisterprüfung voraus. Ein Vertrag, mit dem ein Handwerksmeister einem Handwerksbetrieb, in dem kein Meister tätig ist, lediglich seinen Meistertitel zur Verfügung stellt, ohne dort tatsächlich tätig zu sein, nur damit die Führung des Betriebs gestattet wird, ist gem. § 134 wegen Umgehung des § 7 HwO nichtig.⁸⁶

82 StRspr zum früheren RechtsberatungsgG; s. nur BGH NJW 2008, 3357; 2005, 2983; ZIP 2002, 1191 (1192f.).

83 BGH NJW 1983, 636.

84 Vgl. OLG Hamm NJW 1986, 2440; OLG Koblenz NJW-RR 1994, 493.

85 Sartorius, Verfassungs- und Verwaltungsgesetze, Nr. 815; Nomos Gesetze Öffentliches Recht Nr. 76.

86 BAG NJW 2009, 2554 (2555f.) mAnm Gutzeit/Kürth AP § 134 BGB Nr. 26.

II. Verstoß gegen die guten Sitten

1. Tatbestand

Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nach § 138 I nichtig.

11

a) Der Ausdruck **gute Sitten** ist ein wertausfüllungsbedürftiger Begriff. Was zu den guten Sitten gehört, ist in Anlehnung an die Entstehungsgeschichte und die höchstrichterliche Rechtsprechung nach dem »Rechts- und Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden« zu bestimmen.⁸⁷ Diese Umschreibung ist ebenfalls ausfüllungsbedürftig. Sie verdeutlicht jedoch, dass hier nicht an die Sitte (→ § 1 Rn. 2), sondern an die bestehende Sozialmoral (→ § 1 Rn. 3) anzuknüpfen ist. Dabei ist nicht auf die moralisch besonders hochstehende Anschauung bestimmter Kreise abzustellen. Ebenso wenig sind besonders laxen Ansichten und Unsitten, selbst wenn sie weit verbreitet sind, maßgeblich. Vielmehr kommt es auf die Auffassung des »anständigen Durchschnittsmenschen« an, die oft schwer festzustellen ist. Häufig bleibt daher nur der Weg, das Unwerturteil durch Interessenabwägung zu ermitteln. Für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit ist entscheidend, ob das Rechtsgeschäft nach seinem aus Inhalt, Beweggrund und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter mit den grundlegenden Wertungen der Rechts- und Sittenordnung unvereinbar ist.⁸⁸ Sittenwidrig können auch Rechtsgeschäfte sein, durch die Dritte gefährdet oder geschädigt werden oder die in krassem Widerspruch zum Gemeinwohl stehen.⁸⁹

Beispiele: Ein Leihmuttervertrag ist sittenwidrig, wenn das Kind zum Gegenstand eines Rechtsgeschäfts gemacht und damit zur Handelsware degradiert wird;⁹⁰ die Ersatzmuttervermittlung wird durch das Adoptionsvermittlungsgesetz (idF v. 22.12.2001) verboten. Gewinnspiele nach dem sog. »Schneeballprinzip«⁹¹ verstoßen gegen die guten Sitten, weil sie darauf angelegt sind, dass die große Masse der Teilnehmer ihren Einsatz verliert.⁹²

b) Der Tatbestand des § 138 verlangt einen **Verstoß gegen die guten Sitten**.

12

aa) Die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts setzt einmal **objektiv** voraus, dass ein **Sittenverstoß vorliegt**. Zum anderen ist **subjektiv** erforderlich, dass der Handelnde **die Umstände kennt**, aus denen sich die Sittenwidrigkeit ergibt; nicht erforderlich ist es dagegen, dass er sein Handeln für sittenwidrig hält.⁹³

Beispiel: Verpflichtet eine Brauerei einen Gastwirt, für die Hingabe eines Darlehens 30 Jahre lang sein Bier ausschließlich von ihr zu einem überhöhten Preis zu beziehen, verstößt dieser Vertrag gegen die guten Sitten, weil die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Gastwirts über Gebühr beschränkt wird. Selbst wenn die Parteien den Vertrag als gerecht ansehen, verstößt das Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten, da die Vertragsparteien die Umstände, aus denen sich die Sittenwidrigkeit ergibt, kennen.

Für die Einstufung als sittenwidrig reicht es nicht aus, wenn eine Partei den Vertragsschluss durch arglistige Täuschung erreicht hat.⁹⁴ Das ergibt sich aus § 123. Danach

87 Vgl. Mot. II 727; BGH NJW 2004, 2668 (2670); BGHZ 52, 17 (20) = NJW 1969, 1343; RGZ 48, 124.

88 BGH NJW 2008, 982 (983); 2008, 2026 (2027).

89 BGH NJW 2005, 1490 (1491); 1990, 567.

90 OLG Hamm NJW 1986, 782.

91 Brox/Walker SchuldR BT § 41 Rn. 9.

92 BGH NJW 2009, 984; 2008, 1942; 2006, 45 (46); 1997, 2314.

93 StRspr, zB BGH NJW 2005, 2991 (2992).

94 BGH NJW 2008, 982 (983).

führt die arglistige Täuschung nur zur Anfechtbarkeit des Vertrags. Dieser kann daher allenfalls dann von vornherein nach § 138 unwirksam sein, wenn zu der arglistigen Täuschung noch weitere Umstände hinzutreten, die zur Sittenwidrigkeit führen.

- 13 **bb) Grundsätzlich** müssen bei einem Vertrag **beide Parteien sittenwidrig handeln**. Wenn nur einer Vertragspartei ein Sittenverstoß zur Last gelegt werden kann, ist der Vorwurf des sittenwidrigen Handelns gegenüber der redlichen Partei nicht gerechtfertigt. Diese kann ein berechtigtes Interesse haben, dass das Rechtsgeschäft trotz des vorwerfbaren Verhaltens der anderen Partei wirksam ist.

Beispiel: Kauft K von V ein giftiges Pflanzenschutzmittel, um seine Ehefrau zu vergiften, so verstößt der Kaufvertrag nicht gegen die guten Sitten, wenn V vom Vorhaben des K nichts weiß. Kennt V jedoch den Plan des K, handeln beide bei Abschluss des Kaufvertrags sittenwidrig.

Ausnahme: reicht ein **einseitiger Sittenverstoß** aus, wenn die Sittenwidrigkeit gerade in dem Verhalten gegenüber dem Geschäftspartner zum Ausdruck kommt (wie im Brauereifall). So sieht die Rechtsprechung Verträge, bei denen jegliche kompensatorische schuldrechtliche Verpflichtung einer Vertragspartei fehlt, wegen sittenwidriger Übervorteilung der anderen Partei als sittenwidrig und damit nichtig an.⁹⁵

- 14 **c)** Für die Frage des Sittenverstoßes ist regelmäßig auf den **Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses** abzustellen.⁹⁶ Eine spätere Änderung der Moralanschauung hat keinen Einfluss auf die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts, wenn es sofort abgewickelt wird. Wandelt sich die Moralauffassung in der Zeitspanne zwischen Geschäftsabschluss und Eintritt des Rechtserfolges, so ist der letztere Zeitpunkt maßgebend. Denn § 138 will nicht eine verwerfliche Gesinnung bestrafen, sondern einen zu missbilligenden Rechtserfolg verhindern. Auch bei Änderung der tatsächlichen Verhältnisse ist der Zeitpunkt maßgebend, in dem der Rechtserfolg eintritt (str.).

Beispiel: Setzt der Erblasser E in einem Testament seine Geliebte G ausschließlich zur Belohnung des ehelichen Verhältnisses als Alleinerbin ein, verstößt die Verfügung von Todes wegen gegen § 138. Heiratet E später die G, liegt beim Tod des E kein Grund mehr vor, die Erbinsetzung der G als sittenwidrig anzusehen.

2. Rechtsfolgen

- 15 **a)** Ein Verstoß gegen die guten Sitten führt zur **Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts**. Vertragliche Ansprüche zB auf Erfüllung oder Mangelbeseitigung sind daher ausgeschlossen.

aa) Nichtig ist **grundsätzlich nur das Verpflichtungsgeschäft**, nicht auch das Verfügungsgeschäft. Dieses ist nämlich in aller Regel wertneutral, weil es lediglich auf eine Änderung der Güterzuordnung abzielt.

- 16 **bb)** Liegt jedoch der Sittenverstoß gerade in der Veränderung der Güterzuordnung, so ist auch das Verfügungsgeschäft nichtig.

So ist im **Fall c** nicht nur die schuldrechtliche Verpflichtung zur Sicherung, sondern auch die Übereignung sittenwidrig und damit nichtig; denn die sittenwidrige Gefährdung der übrigen Gläubiger wird gerade durch den Verlust des Eigentums beim Schuldner bewirkt.

⁹⁵ BGH NJW 2014, 2177f.

⁹⁶ BGH NJW 2014, 2177 (2178); 2007, 2841.

b) Darüber hinaus hat der durch das sittenwidrige Rechtsgeschäft Geschädigte, dem selbst kein Verstoß gegen die guten Sitten vorgeworfen werden kann, einen **Schadensersatzanspruch** gegen den Schädiger nach § 826. 17

3. Fallgruppen

Die Generalklausel des § 138 ist im Laufe der Zeit durch die Rechtsprechung ausgefüllt worden. Dabei haben sich einige typische Fallgruppen herausgebildet, die jedoch keinesfalls als abschließend zu verstehen sind.⁹⁷ 18

a) Manche Rechtsgeschäfte sind schon allein **wegen ihres Inhalts sittenwidrig**, weil sie auf die Vornahme von allgemein missbilligten Handlungen gerichtet sind. 19

Beispiele: A verspricht dem B eine Belohnung dafür, dass dieser eine strafbare Handlung (Mord, Diebstahl) begeht.

Ein Kaufvertrag über ein Radarwarngerät ist nichtig, weil er der Begehung eines nach §§ 23 I b, 49 I Nr. 22 StVO ordnungswidrigen Verhaltens dient und letztlich darauf gerichtet ist, die Sicherheit im Straßenverkehr zu beeinträchtigen.⁹⁸

Im Fall d kann H die Zigarettenration von G nicht verlangen; denn man kann sein weltanschauliches Bekenntnis nicht verkaufen (→ § 2 Rn. 10).

b) Sittenwidrig sind die **sog. Knebelungsverträge**. Darunter versteht man Verträge, die einen Vertragspartner in seiner persönlichen oder wirtschaftlichen Freiheit übermäßig beschränken und ihn damit dem anderen mehr oder weniger ausliefern. 20

Beispiele: Eine Brauerei verpflichtet den Gastwirt, in seiner Gastwirtschaft 30 Jahre lang ausschließlich die Erzeugnisse der Brauerei auszuschenken (sittenwidriger Bierbezugsvertrag).⁹⁹

Ein Gastwirt verpflichtet sich gegenüber einem Automatenaufsteller, bei Eröffnung eines weiteren Lokals wiederum Automatenaufstellungsverträge mit ihm abzuschließen.¹⁰⁰

Dafür, dass der Verleger V das Erstlingswerk des Schriftstellers S veröffentlicht, verpflichtet sich dieser, in Zukunft sämtliche Arbeiten ausschließlich dem V zu überlassen; dieser entscheidet darüber, ob die Arbeiten gedruckt werden.¹⁰¹

c) Die **übermäßige Ausnutzung einer Monopolstellung** kann gegen die guten Sitten verstoßen. Eine Monopolstellung darf nicht dazu ausgenutzt werden, um dem Vertragspartner, der ohnehin schon in der freien Wahl seines Geschäftsgenossen beschränkt ist, unbillige und unverhältnismäßig strenge Vertragsbedingungen vorzuschreiben. Diese Fallgruppe hat jedoch wegen der Regelung des GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) an Bedeutung verloren. 21

d) Die **übermäßige Sicherung** eines Gläubigers verstößt gegen die guten Sitten, wenn dadurch andere Gläubiger benachteiligt werden. Insbesondere ist eine Sicherungsüber-eignung (Fall c) sittenwidrig, wenn den übrigen Gläubigern sämtliche Haftungso-bjekte entzogen werden und darüber hinaus gegenüber neuen Gläubigern die Kredit-unwürdigkeit des Schuldners verschleiert wird.¹⁰² 22

97 Einzelfälle: Erman/*Arnold* § 138 Rn. 61 ff.; HK-BGB/*Dörner* § 138 Rn. 6 ff.; Palandt/*Ellenberger* § 138 Rn. 24 ff., 40 ff., 65 ff., 77 ff.

98 BGH NJW 2010, 610 (611); 2005, 1490 f.

99 BGHZ 74, 293 (298) = NJW 1979, 2150; BGH NJW 1992, 2145.

100 Vgl. BGH NJW 1983, 159.

101 BGHZ 22, 347 = NJW 1957, 711.

102 Vgl. BGHZ 109, 240 = NJW 1990, 716; BGH NJW-RR 1990, 1459; 1991, 625.

- 23 e) Rechtsgeschäfte können deshalb sittenwidrig sein, weil sie **gegen die Ehe- und Familienordnung** verstoßen.

Beispiele: Jemand bedenkt seine Geliebte testamentarisch ausschließlich zu dem Zweck, dass sie die ehewidrige Beziehung zu ihm fortsetzt.¹⁰³ Die Einordnung solcher Geliebtentestamente als sittenwidrig ist allerdings wegen der gewandelten Sexualmoral (→ § 14 Rn. 24) inzwischen umstritten.¹⁰⁴

Eheleute vereinbaren für den Fall der Ehescheidung einen Verzicht auf nachehelichen Unterhalt und führen dadurch bewusst eine Unterstützungsbedürftigkeit zulasten der Sozialhilfe herbei.¹⁰⁵

- 24 f) Bei der Beurteilung, ob Verstöße **gegen die Sexualmoral** zur Sittenwidrigkeit führen, ist vieles streitig. Das liegt nicht nur an einer Liberalisierung der gesellschaftlichen Moralvorstellungen, sondern auch daran, dass der Gesetzgeber zB gleichgeschlechtliche Ehen und Lebenspartnerschaften (LPartG)¹⁰⁶ anerkannt und Regelungen zum Bestand von Entgeltforderungen für vorgenommene sexuelle Handlungen getroffen hat (ProstG).¹⁰⁷ Nach wie vor dürften zwar Verträge über Geschlechtsverkehr auf der Bühne als sittenwidrig anzusehen sein und daher keine Verpflichtungen begründen.¹⁰⁸ Umstritten ist dagegen inzwischen, ob auch ein Vertrag über den Auftritt als sexuelles Schauobjekt (zB Verpflichtung zum Auftritt in einer Peep-Show) von § 138 erfasst wird.¹⁰⁹ Verträge über Telefonsex, die der BGH früher noch als sittenwidrig angesehen hat,¹¹⁰ fallen nach nunmehr herrschender Ansicht, der sich auch der BGH angeschlossen hat, nicht mehr unter § 138.¹¹¹

Wertneutral und damit nicht sittenwidrig ist jedenfalls der Telefondienstvertrag zwischen einem Netzbetreiber und seinem Kunden. Deshalb kann das nach der jeweiligen Preisliste ermittelte Entgelt auch dann von dem Kunden verlangt werden, wenn dieser durch das Anwählen einer bestimmten 09005-Nummer die hergestellte Fernsprechverbindung zu Gesprächen mit sittenwidrigem Inhalt nutzt.¹¹² Ebenfalls nicht sittenwidrig sind Kaufverträge über erlaubte Bordelle¹¹³ und Wohnungsmietverträge mit Prostituierten.¹¹⁴

- 25 g) Ein **Missverhältnis zwischen Leistung (zB Kaufsache) und Gegenleistung (zB Kaufpreis)** allein reicht für eine Sittenwidrigkeit nach § 138 I nicht aus; vielmehr muss eine **verwerfliche Gesinnung** des Begünstigten hinzukommen.¹¹⁵ Auf eine solche kann in der Regel jedoch bei einem groben (krassen) Missverhältnis geschlossen werden, wenn etwa der Wert der Leistung knapp doppelt so hoch ist wie der Wert der Gegenleistung.¹¹⁶

103 Brox/Walker ErbR § 18 Rn. 14.

104 ZB *Schnabl* JURA 2009, 161.

105 Vgl. BGH NJW 1992, 3164.

106 Gesetz v. 16.2.2001 (BGBl. 2001 I 266); abgedruckt und kommentiert bei Palandt/*Brudermüller*, Nebengesetze hinter dem BGB.

107 Gesetz v. 20.12.2001 (BGBl. 2001 I 3983); abgedruckt und kommentiert bei Palandt/*Ellenberger* Anh. zu § 138.

108 Palandt/*Ellenberger* § 138 Rn. 52a; aA MüKoBGB/*Armbrüster* § 138 Rn. 58.

109 Zweifelnd Palandt/*Ellenberger* § 138 Rn. 52a.

110 BGH NJW 1998, 2895 (2896).

111 S. nur BGH NJW 2008, 140 (141); Palandt/*Ellenberger* § 138 Rn. 52a mwN sowie die Andeutung bei BGH NJW 2002, 361; krit. *Majer* NJW 2008, 1926.

112 BGH NJW 2002, 361 (362).

113 BGH NJW-RR 1988, 1379.

114 BGH NJW 1970, 1179.

115 BGH ZIP 2016, 2479 Rn. 17.

116 BGH NJW 1992, 899; NJW-RR 1993, 198; 2003, 558; NJW 2007, 2841 (2842); 2012, 1570f.; 2012, 2723; NJW-RR 2017, 1261 Rn. 10.

Das bedeutet bei Grundstückskaufverträgen, dass die Vermutung der verwerflichen Gesinnung erst ab einer Verkehrswertüber- oder unterschreitung von 90% erreicht ist.¹¹⁷ Bei einem nicht zum Erfolg führenden Partnerschaftsvermittlungsvertrag hat der BGH ein wucherisches Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung angenommen, wenn für jeden einzelnen, nur wenige Zeilen umfassenden Partnervorschlag mit wenig aussagekräftigem Inhalt 1.000 EUR zu zahlen sind.¹¹⁸ Der Schluss auf die verwerfliche Gesinnung ist selbst dann berechtigt, wenn die benachteiligte Partei das Missverhältnis kannte;¹¹⁹ denn aus dieser Kenntnis folgt nicht, dass die Vertragspartei in ihrer Entscheidung zum Abschluss des ungünstigen Vertrags wirklich frei ist. Eine auf grobem Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung beruhende Sittenwidrigkeit kann auch dann vorliegen, wenn nicht alle Voraussetzungen des Wuchertatbestands von § 138 II (→ § 14 Rn. 29ff.) erfüllt sind.¹²⁰

Ob ein vereinbartes **Honorar für einen Rechtsanwalt sittenwidrig** hoch ist, hängt 26 zunächst von einem auffälligen Missverhältnis zwischen dem objektiven Marktwert der Anwaltstätigkeit und der Höhe des Honorars ab. Selbst eine mehrfache Überschreitung des gesetzlichen Gebührenrahmens muss nicht auf ein objektives Missverhältnis hindeuten, wenn es sich etwa um eine besonders schwierige oder zeitaufwendige Tätigkeit handelt.¹²¹ Falls ein objektives Missverhältnis feststeht, kann noch nicht automatisch auf eine verwerfliche Gesinnung des Rechtsanwalts geschlossen werden. Ein dafür erforderliches »krasses« Missverhältnis wird von der Rechtsprechung aber angenommen, wenn das vereinbarte Honorar die gesetzlichen Gebühren um mehr als das 5-fache übersteigt.¹²²

Besonderheiten gelten allerdings bei einer **Internetauktion**. Hier rechtfertigt ein gro- 27 bes Missverhältnis zwischen dem Maximalgebot eines Bieters und dem (angenommenen) Wert des Versteigerungsobjekts nicht ohne Weiteres den Schluss auf eine verwerfliche Gesinnung. Es macht gerade den Reiz einer solchen Auktion aus, mit der Abgabe eines zunächst niedrigen Gebots die Chance zu wahren, ein »Schnäppchen« zu machen.¹²³ Erst recht fehlt es an einer verwerflichen Gesinnung, wenn der Bieter ein dem Wert der angebotenen Sache adäquates Maximalgebot abgegeben hat, das aber mangels anderer Gebote bei weitem nicht ausgeschöpft wurde. So hat der BGH¹²⁴ die »Ersteigerung« eines Pkw mit einem objektiven Wert von 16.500 EUR für 1,50 EUR schon deshalb nicht als sittenwidrig angesehen, weil der Bieter ein Maximalgebot von 17.000 EUR abgegeben hatte. Da aber nach einem Startgebot von 1,00 EUR und einem Gebot des Bieters von 1,50 EUR keine weiteren wirksamen Gebote abgegeben wurden, kam ein wirksamer Kaufvertrag über das Fahrzeug mit einem Kaufpreis von 1,50 EUR zustande. Weil der Verkäufer das Fahrzeug inzwischen anderweitig ver-

117 BGH NJW 2014, 1652.

118 BGH NJW-RR 2017, 1261 Rn. 15.

119 BGH NJW 2007, 2841.

120 BGH NJW 2007, 2841.

121 BGH ZIP 2016, 2479 Rn. 19f.

122 BGH ZIP 2016, 2479 Rn. 21, 27.

123 BGH NJW 2017, 468 Rn. 43 mAnm. *Linardatos* LMK 2017, 385307, Anm. *Litzenberger* EWiR 2017, 141, und Anm. *Mankowski* JZ 2017, 253; zu der Entscheidung ferner *Pfeiffer* NJW 2017, 1437; BGH NJW 2012, 2723f. mAnm. *Hoeren* EWiR 2012, 471, *Kulke* NJW 2012, 2697 und *Schwab* JuS 2012, 839.

124 BGH NJW 2017, 468 Rn. 19ff., 43.

äußert hatte, konnte der Käufer in Höhe von 16.500 EUR Schadensersatz statt der Leistung (§§ 280 I, III, 281 I, 325) verlangen.

- 28 h) Auch die **Herbeiführung einer Überschuldung unbemittelter Personen** kann zur Sittenwidrigkeit führen. Zwar darf die Wirksamkeit eines Vertrags nicht bei jeder Störung des Verhandlungsgleichgewichts infrage gestellt werden. Hat jedoch eine Vertragspartei ein so starkes Übergewicht, dass sie den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmt, bewirkt das für die andere Partei eine Fremdbestimmung.¹²⁵ Bei ausgeprägter Unterlegenheit einer Partei kommt es für die Sittenwidrigkeit entscheidend darauf an, wie der Vertrag zustande gekommen ist und insbesondere, wie die überlegene Partei sich verhalten hat.¹²⁶

Beispiel: Die Ehefrau oder ein gerade volljähriges Kind verbürgt sich für die Schuld des Ehemannes/Vaters oder übernimmt dessen Schuld. Hier kann es für die Sittenwidrigkeit entscheidend sein, ob das Familienmitglied die übernommene Verpflichtung voraussichtlich niemals wird erfüllen können, ob es sich dessen nicht hinreichend bewusst ist und ob die kreditgebende Bank das alles erkennt und eine entsprechende Aufklärung unterlässt. Besteht ein kras- ses Missverhältnis zwischen der Verpflichtung des Bürgen und dessen Leistungsfähigkeit, wird der Bürgschaftsvertrag als sittenwidrig angesehen, sofern der Gläubiger nicht ausnahmsweise ein berechtigtes Interesse an dieser Bürgschaft hat.¹²⁷

4. Wucherische Rechtsgeschäfte

- 29 Ein Sonderfall des sittenwidrigen Rechtsgeschäfts ist das wucherische Geschäft (§ 138 II: »insbesondere«). Diese Sonderregelung schließt allerdings einen Rückgriff auf § 138 I nicht aus.

Liegen zB die subjektiven Voraussetzungen des § 138 II nicht vor, kann ein wucherähnliches Rechtsgeschäft nach § 138 I nichtig sein.¹²⁸ Das ist insbesondere bei unangemessenen Ratenkreditbedingungen von Bedeutung.¹²⁹

a) Das wucherische Geschäft setzt **objektiv ein auffälliges Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung** voraus. Wann ein solches Missverhältnis vorliegt, kann nicht einheitlich bestimmt werden. Vielmehr sind bei jedem Rechtsgeschäft sämtliche Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen (zB Risikoverteilung, Spekulationscharakter des Geschäfts, allgemeine Marktlage, Marktüblichkeit).

Im **Fall e** steht eine Forderung von monatlich 10% Zinsen trotz des von A eingegangenen Verlustrisikos in keinem angemessenen Verhältnis zur Darlehenshingabe des A.

- 30 b) Subjektiv erfordert § 138 II, dass der Wucherer die Zwangslage, die Unerfahrenheit, den Mangel an Urteilsvermögen oder die erhebliche Willensschwäche eines anderen ausbeutet.

Unter **Ausbeuten** versteht man das bewusste Ausnutzen der schlechten Situation des Geschäftsgegners, um einen übermäßigen Gewinn zu erzielen. Dabei ist es unerheblich, ob das Anerbieten zum Abschluss des Geschäfts vom Bewucherten selbst aus-

125 BVerfGE 81, 242 (255) = NJW 1990, 1469.

126 BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 36; BGH NJW 1994, 1278 (1341); 1995, 592; 1997, 52.

127 BGH ZIP 2005, 432; 2003, 796 (797); s. auch Brox/Walker SchuldR BT § 32 Rn. 9ff.

128 Erman/Arnold § 138 Rn. 39; Staudinger/Sack/Fischinger, 2011, § 138 Rn. 200.

129 Vgl. dazu BGHZ 80, 153 = NJW 1981, 1206; BGH NJW 1987, 183 und 2220; 1988, 696 und 1659; HK-BGB/Dörner § 138 Rn. 14.

geht.¹³⁰ Der Wucherer muss nicht nur das auffällige Missverhältnis der vereinbarten Leistungen, sondern auch die Zwangslage, die Unerfahrenheit, den Mangel an Urteilsvermögen oder die erhebliche Willensschwäche des Vertragspartners kennen. Ein Indiz dafür ist regelmäßig in dem übermäßigen Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung zu sehen.

aa) Eine Zwangslage liegt vor, wenn wegen einer augenblicklichen dringenden, meist wirtschaftlichen Bedrängnis ein zwingendes Bedürfnis nach Sach- oder Geldleistungen besteht.

Im Fall e liegt ein sog. Kreditwucher vor. In folgendem Fall hat der BGH in einem Strafverfahren Mietwucher bejaht:¹³¹ Ein Vermieter hat Schlafstellen in Mehrbettzimmern an Asylbewerber vermietet, die sich mangels anderweitiger Unterkunftsmöglichkeiten in einer Notlage befanden. Er hat von ihnen eine Miete verlangt, die weit mehr als 50 % über der üblichen Vergleichsmiete lag.

bb) Unerfahrenheit bedeutet einen Mangel an Lebens- oder Geschäftserfahrung.

Beispiel: Ein Aussiedler, der mit den hiesigen wirtschaftlichen Verhältnissen nicht vertraut ist, erhält von A als »Starthilfe« ein monatlich mit 10 % zu verzinsendes Darlehen.

cc) Ein Mangel an Urteilsvermögen besteht, wenn jemandem (meist infolge einer Verstandesschwäche) in erheblichem Maße die Fähigkeit fehlt, sich bei seinem rechtsgeschäftlichen Handeln von vernünftigen Beweggründen leiten zu lassen oder die beiderseitigen Leistungen und die wirtschaftlichen Folgen des Geschäfts richtig zu bewerten.¹³²

Beispiel: Der einfältige X lässt sich zum Kauf eines 20-bändigen Werkes über Atomphysik überreden.

Dagegen reicht es für einen Mangel an Urteilsvermögen nicht aus, wenn jemand den Inhalt und die Folgen seines Rechtsgeschäfts durchaus erkennen kann, diese Fähigkeit aber nicht hinreichend einsetzt und deshalb ein unwirtschaftliches Rechtsgeschäft abschließt. § 138 II dient nicht dem Schutz vor unrichtigen Einschätzungen und enttäuschten Spekulationen.¹³³

dd) Unter einer erheblichen Willensschwäche ist eine verminderte Widerstandsfähigkeit zu verstehen.

Beispiel: Ein Drogenabhängiger, der bereits unter schweren Entzugserscheinungen leidet, nimmt ein Darlehen zu 50 % Zinsen auf, weil er dringend Geld für neue Drogen benötigt.

c) Rechtsfolge des Wuchers ist die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts. Nach dem Wortlaut des § 138 II (»versprechen oder gewähren lässt«) ist nicht nur das Verpflichtungsgeschäft, sondern auch das Verfügungsgeschäft nichtig. 31

Im Fall e steht dem Rückforderungsanspruch des A aus § 812 I 1, 1. Fall die Vorschrift des § 817 S. 2 nicht entgegen, da dem B nur die Nutzung des Geldes überlassen war. Nach richtiger Ansicht kann A das Darlehen aber nicht sofort, sondern erst nach Ablauf der vereinbarten Darlehenszeit zurückverlangen; das folgt aus Sinn und Zweck des § 817 S. 2. Für diese Zeit steht dem A nicht der Wucherzins, wohl aber ein angemessener Zins zu.¹³⁴

130 BGH NJW 1985, 3006f.

131 Vgl. BGH NJW 1982, 896.

132 BGH NJW 2006, 3054 (3056).

133 BGH NJW 2006, 3054 (3056).

134 *Medicus/Petersen* BürgerlR Rn. 700; *Brox/Walker* SchuldR BT § 17 Rn. 19 und § 41 Rn. 13; aA RGZ 161, 52 (57f.); BGH NJW 1983, 1420 (1422f.); 1993, 2108 (2109).

Außerdem steht dem Bewucherten nach § 823 II iVm Schutzgesetz oder nach § 826 ein Schadensersatzanspruch zu.

Sittenwidrigkeit und Wucher (§ 138 I, II)

I. Sittenwidrigkeit (§ 138 I)

1. Voraussetzungen

- a) Objektiv: Verstoß gegen die guten Sitten (zB Verleitung zum Vertragsbruch, Verpflichtung zur Vornahme sexueller Handlungen – str., Kauf eines verbotenen Radarwarngerätes)
- b) Subjektiv: Kenntnis der Umstände, aus denen sich die Sittenwidrigkeit ergibt

2. Rechtsfolgen bei Verstoß

- a) Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäfts
- b) Nur ausnahmsweise Nichtigkeit des Verfügungsgeschäfts
- c) Ggf. Schadensersatzanspruch des Geschädigten nach § 826

II. Wucher (§ 138 II)

1. Voraussetzungen

- a) Objektiv: Auffälliges Missverhältnis zwischen versprochener oder gewährter Leistung und Gegenleistung (zB Kreditwucher)
- b) Subjektiv: Ausbeutung (= bewusste Ausnutzung) der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche

2. Rechtsfolgen bei Verstoß

- a) Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäfts (»versprechen lässt«)
- b) Nichtigkeit des Verfügungsgeschäfts (»gewähren lässt«)
- c) Ggf. Schadensersatzanspruch des Geschädigten nach §§ 823 II, 826

III. Veräußerungsverbote

- 32 Veräußerungsverbote (Verfügungsverbote, Verfügungsbeschränkungen) untersagen eine sonst zulässige Verfügung. Man unterscheidet absolute und relative Veräußerungsverbote.

1. Absolute Veräußerungsverbote

Absolute Veräußerungsverbote dienen dem Schutz überragender Interessen der Allgemeinheit. Deshalb wirken sie gegenüber jedermann (= absolut); daher sind Verfügungen, die gegen ein solches Verbot verstoßen, nach § 134 nichtig.

Absolute Veräußerungsverbote sind selten; sie fanden sich in den Vorschriften über Beschlagnahmen und Bewirtschaftungen von Gütern in der Kriegs- und Nachkriegszeit. Heute bestehen sie etwa bei der Veräußerung gesundheitsgefährdender Lebens- und Arzneimittel (vgl. §§ 5f., 17, 26, 30 LFGB; §§ 43ff. AMG).

2. Relative Veräußerungsverbote

- 33 a) Der **Sinn** relativer Veräußerungsverbote besteht darin, **bestimmte Personen** (nicht die Allgemeinheit) **zu schützen**. Diese Verbote sollen verhindern, dass der Rechtsinhaber (zB der Eigentümer einer Sache) durch eine Verfügung die Rechtsstellung einer

schutzbedürftigen Einzelperson beeinträchtigt. Deshalb verbieten sie dem Rechtsinhaber eine Verfügung zum Nachteil der geschützten Person.

b) Ein relatives Veräußerungsverbot besteht **kraft Gesetzes** (§ 135) oder **kraft gerichtlicher oder behördlicher Anordnung** (§ 136). Hauptanwendungsfall der schwer verständlichen Regelung ist die vom Gericht erlassene einstweilige Verfügung, durch die ein relatives Veräußerungsverbot ausgesprochen wird. 34

Beispiel: V hat sein Gemälde für 1.200 EUR an K 1 verkauft, aber noch nicht übereignet. Dann verkauft er dasselbe Bild noch einmal für 1.500 EUR an K 2. Da K 1 befürchten muss, dass V das Bild dem K 2 übereignet, dieser dadurch Eigentümer wird und K 1 damit von V kein Eigentum mehr erwerben kann, beantragt K 1 beim Amtsgericht den Erlass einer einstweiligen Verfügung (vgl. §§ 935, 938 II ZPO).¹³⁵ Durch die einstweilige Verfügung wird dem V verboten, über das Bild zum Nachteil des K 1 zu verfügen.

Beachtet V das Verbot, ist K 1 hinreichend geschützt. Hält V sich dagegen nicht an das Verbot und übereignet er das Gemälde dennoch an K 2, wird dieser zwar Eigentümer des Bildes; denn das Verfügungsgeschäft ist nicht etwa nichtig. Aber die Verfügung ist gegenüber dem K 1 (= relativ) unwirksam (§§ 136, 135 I 1). K 2 erwirbt also das Eigentum, das er allen gegenüber geltend machen kann, nur nicht dem K 1 gegenüber.

Dem durch das relative Veräußerungsverbot geschützten K 1 gegenüber ist die Verfügung des V unwirksam. Nur dem K 1 gegenüber ist V trotz der Übereignung an K 2 nach wie vor Eigentümer des Gemäldes. Deshalb kann K 1 von V aus dem Kaufvertrag gem. § 433 I 1 Übereignung des Bildes verlangen. Diese Übereignung kann zwar nicht nach § 929 S. 1 durch Einigung und Übergabe erfolgen, da V das Bild nicht mehr in Besitz hat; aber V kann den K 1 nach § 931 durch Einigung und Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen K 2 zum Eigentümer des Bildes machen. In den Besitz des Bildes kommt K 1 dadurch, dass er (als Eigentümer) es von K 2 (als Besitzer) nach § 985 herausverlangt.

Auf der anderen Seite ist aber K 2 schutzwürdig, wenn er beim Erwerb des Bildes von der einstweiligen Verfügung nichts weiß und ihm deren Bestehen auch nicht infolge grober Fahrlässigkeit verborgen geblieben ist. In diesem Falle erwirbt er (auch gegenüber K 1) vollwirksames Eigentum (§§ 136, 135 II, 932 II). Dann kann K 1 von V kein Eigentum an dem Bild erwerben; ihm steht aber ein Schadensersatzanspruch statt der Leistung gegen V zu (§§ 275 IV, 280 I, III, 283).

c) **Rechtsfolge** des relativen Veräußerungsverbots ist es, dass der Rechtsinhaber über den Gegenstand nicht zum Nachteil des durch das Verbot Geschützten verfügen darf. 35

aa) Setzt sich der Rechtsinhaber über das relative Veräußerungsverbot hinweg, ist die Verfügung gegenüber der Person unwirksam, zu deren Gunsten das Verbot besteht (§ 135 I 1).

Die Verfügung ist also nicht schlechthin nichtig. Vielmehr kann sich ein Dritter, der nicht durch das Veräußerungsverbot geschützt wird, nicht auf den Verbotsverstoß berufen; er muss das Rechtsgeschäft als gültig gegen sich gelten lassen. Nur demjenigen gegenüber, zu dessen Gunsten das Verfügungsverbot besteht, ist die Verfügung rechtlich bedeutungslos. Der Verstoß gegen ein relatives Veräußerungsverbot führt daher zur **relativen Unwirksamkeit der Verfügung**.

Da der durch ein relatives Veräußerungsverbot Begünstigte die Folgen einer verbotswidrigen Verfügung nicht gegen sich gelten zu lassen braucht, bleibt für ihn der bisherige Eigentümer trotz der Verfügung weiterhin Eigentümer der Sache. Der durch das

¹³⁵ Brox/Walker ZVR Rn. 1580ff.

Verbot Geschützte, der einen Anspruch auf Eigentumsübertragung gegen den Eigentümer hat, kann von diesem Übereignung der Sache (regelmäßig nach § 931)¹³⁶ verlangen. Der Dritte, der durch eine verbotswidrige Verfügung des Eigentümers Eigentum an der Sache erlangt hat, muss diese dem Begünstigten (nach § 985) herausgeben.

- 36 bb) Andererseits kann die relative Unwirksamkeit den Interessen dessen zuwiderlaufen, der die Sache durch verbotswidrige Verfügung erworben hat. Grundsätzlich darf er von der Verfügungsmacht des Rechtsinhabers ausgehen. Dieses Vertrauen würde missachtet, wenn der Begünstigte in jedem Fall den Rechtserwerb eines gutgläubigen Dritten rückgängig machen könnte. Deshalb bestimmt § 135 II, dass der verbotswidrige Erwerb einer Sache grundsätzlich auch gegenüber dem durch das Verbotsgesetz Geschützten wirksam bleibt.

Jedoch verdient der bösgläubige Erwerber keinen Schutz. Bösgläubig ist, wer beim Erwerb einer beweglichen Sache das Verfügungsverbot kennt oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kennt (§ 135 II iVm § 932 II).

- 37 d) **Durch Rechtsgeschäft kann ein relatives Veräußerungsverbot nicht begründet werden.** Im Interesse des Rechtsverkehrs kann die Verfügungsbefugnis über ein veräußerliches Recht durch Rechtsgeschäft nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden (§ 137 S. 1). Ein durch Rechtsgeschäft begründetes Veräußerungsverbot macht eine Verfügung nicht relativ unwirksam.

Beispiel: Vereinbart V mit K, dass dieser das von V erworbene Grundstück nicht an einen Dritten übertragen solle, so ist dieses rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbot nach § 137 S. 1 unwirksam. Verfügt K über das Grundstück, steht dem die mit V getroffene vertragliche Abrede nicht entgegen; die Verfügung ist wirksam.

Ein rechtsgeschäftliches Veräußerungsverbot ist jedoch rechtlich nicht ohne jede Bedeutung. Es begründet nämlich eine wirksame schuldrechtliche Verpflichtung, eine Verfügung zu unterlassen (§ 137 S. 2).

Im Beispielsfall ist K dem V zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er über das Grundstück verfügt.

§ 15 Teilnichtigkeit, Umdeutung und Bestätigung

Literatur: *Canaris*, Gesamtnurwirksamkeit und Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen, FS Steindorff, 1990, 519; *Hartmann*, Zur Anwendung des § 139 BGB auf Vollmacht und Grundgeschäft, ZGS 2005, 62; *Hoffmann*, Die Teilbarkeit von Schuldverträgen, JuS 2017, 1045; *Keim*, Keine Anwendung des § 139 BGB bei Kenntnis der Parteien von der Teilnichtigkeit?, NJW 1999, 2866; *Köhler*, Einschränkungen der Nichtigkeit von Rechtsgeschäften, JuS 2010, 665; *Krampe*, Aufrechterhaltung von Verträgen und Vertragsklauseln, AcP 194 (1994), 1; *Peter*, Grundsätze der Teilanfechtung unter Berücksichtigung der Besonderheiten im Mehrpersonenverhältnis, JURA 2014, 1; *Petersen*, Die Bestätigung des nichtigen und anfechtbaren Rechtsgeschäfts, JURA 2008, 666; *Petersen*, Die Teilnichtigkeit, JURA 2010, 419; *Regenfus*, Die Rechtsfolgen der Bestätigung: Herstellung des gebotenen Einklangs durch Gesetzesauslegung oder durch Auslegung des konkludenten Erklärungsverhaltens, JURA 2016, 1089.

¹³⁶ Anders BGH JZ 1991, 40, mabAnm *Mayer-Maly* und *Köhler* JURA 1991, 349.

Fälle:

- a) V vermietet dem M sein Grundstück schriftlich und räumt ihm gleichzeitig in derselben Urkunde das Vorkaufsrecht ein. Wirksamer Mietvertrag? (→ § 15 Rn. 3, 4, 5, 7, 10, 11)
- b) Um von V Waren auf Kredit zu erhalten, tritt ihm K zur Sicherung des Kaufpreises mehrere Forderungen ab. Als K später erfährt, dass die Abtretungen wegen Knebelung nichtig sind, hält er den ganzen Vertrag für nichtig und verweigert die Bezahlung der Waren. (→ § 15 Rn. 3, 4, 5, 9)
- c) A, B und C gründen eine offene Handelsgesellschaft zum gemeinsamen Betrieb einer Arztpraxis. Der OHG-Vertrag ist nichtig, da kein Gewerbe betrieben wird. Besteht ein Gesellschaftsverhältnis? (→ § 15 Rn. 20)
- d) Der geistesranke V schließt am 1.1. mit M einen Mietvertrag. Am 1.2. erklären der Betreuer des V und M übereinstimmend, dass der Vertrag gültig sein soll. Muss M die Miete für den Monat Januar bezahlen? (→ § 15 Rn. 22, 23, 24)

Ein nichtiges Rechtsgeschäft hat von Anfang an keine Rechtswirkungen. Es fragt sich, ob die Nichtigkeit nur eines Teiles des Rechtsgeschäfts auch die übrigen, an sich gültigen Teile des Rechtsgeschäfts ergreift und damit das ganze Rechtsgeschäft nichtig ist oder ob nicht wenigstens die übrigen Teile wirksam sind (zur Teilnichtigkeit: § 139). Ferner taucht das Problem auf, ob das nichtige Rechtsgeschäft in ein anderes, gültiges Rechtsgeschäft umgedeutet werden kann, sodass der mit dem nichtigen Geschäft bezweckte Erfolg auf diese Weise ganz oder wenigstens teilweise erreicht werden kann (zur Umdeutung: § 140). Schließlich ist zu erörtern, ob derjenige, der ein nichtiges Rechtsgeschäft vorgenommen hat, durch Bestätigung dem Geschäft den Makel der Nichtigkeit nehmen kann (zur Bestätigung: § 141; → § 15 Rn. 21 ff.). 1

I. Teilnichtigkeit

Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist nach § 139 das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Demnach muss zunächst geprüft werden, ob ein Teil eines einheitlichen Rechtsgeschäfts nichtig ist. Alsdann ist durch (ergänzende) Auslegung zu ermitteln, ob das restliche Rechtsgeschäft trotz der Teilnichtigkeit gültig oder wegen der Teilnichtigkeit auch nichtig sein soll. Ergibt die Auslegung kein klares Bild, greift die Auslegungsregel des § 139 ein; danach ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig. 2

1. Voraussetzungen für die Auslegung

a) Es muss ein **einheitliches Rechtsgeschäft** vorliegen. Auch wenn es sich um mehrere Geschäfte handelt, kann § 139 anwendbar sein, sofern sie nicht selbstständig nebeneinander stehen. Entscheidend ist der Wille der Beteiligten.¹³⁷ Ein Anhaltspunkt für ein einheitliches Rechtsgeschäft kann in der gleichzeitigen Vornahme oder in der Unterzeichnung einer einheitlichen Urkunde liegen. Auch eine enge wirtschaftliche Verflechtung kann für eine geschäftliche Einheit sprechen. 3

Beispiele: In einem Kaufvertrag wird vereinbart, welches Gericht für Streitigkeiten aus dem Vertrag zuständig sein soll (= Gerichtsstandvereinbarung). Ein Arbeitsvertrag enthält ein Wettbewerbsverbot. Mehrere Vertragstypen werden aus wirtschaftlichen Gründen miteinander verbunden (**Fälle a und b**). Mehr als zwei Personen schließen einen Gesellschaftsvertrag.

137 Vgl. Mot. I 222.

Pacht und Kauf stellen ein einheitliches Geschäft dar, wenn A dem B sein Lebensmittelgeschäft verpachtet und ihm das Inventar und den Warenbestand verkauft; das ist selbst dann anzunehmen, wenn zunächst nur der Pachtvertrag und einige Tage später erst der Kaufvertrag geschlossen wird. Kein einheitliches Geschäft liegt vor, wenn Pacht und Kauf nichts miteinander zu tun haben, weil das Geschäft in Köln verpachtet und das Landhaus in Bayern verkauft wird; daran ändert sich auch nichts, wenn beide Verträge in einer einzigen notariellen Urkunde enthalten sind.

Der Kaufvertrag und die zu seiner Erfüllung vorgenommene Übereignung bilden – wegen des Abstraktionsprinzips – kein einheitliches Rechtsgeschäft (→ § 5 Rn. 20).

- 4 b) Das einheitliche Geschäft muss **teilbar** sein. »Erforderlich ist, dass das Rechtsgeschäft dergestalt teilbar ist, dass nach Abtrennung des unwirksamen Teils ein Rest zurückbleibt, der als selbstständiges Rechtsgeschäft bestehen kann«;¹³⁸ nur dann taucht überhaupt die Frage auf, ob der verbleibende Rest als Rechtsgeschäft gültig bleibt. Rechtsgeschäfte können hinsichtlich ihres Inhalts, hinsichtlich der Beteiligten, aber auch hinsichtlich der Zeitabschnitte, in denen sie Rechtswirkungen hervorrufen sollen, teilbar sein.

Beispiele: In den Fällen a und b sind die Verträge in Teile zerlegbar. Bei einem Kaufvertrag über mehrere Sachen zu einem Gesamtpreis ist der Vertragsgegenstand (mehrere Sachen, Kaufpreis) teilbar, wenn der Gesamtpreis nach den verkauften Sachen aufgeschlüsselt werden kann.¹³⁹

Bei übermäßig langer Dauer eines Bierlieferungsvertrags kann dieser in entsprechender Anwendung des § 139 mit verkürzter Laufzeit aufrechterhalten werden.¹⁴⁰ Dagegen ist kein Raum für eine entsprechende Anwendung des § 139, wenn die Sittenwidrigkeit einer wettbewerbsbeschränkenden Regelung nicht allein in der zeitlichen Ausdehnung liegt, sondern noch weitere zur Anwendung des § 138 führende Gründe hinzutreten.¹⁴¹

Haben A, B und C einen Gesellschaftsvertrag geschlossen und ist die Willenserklärung des C wegen Geschäftsunfähigkeit nichtig, dann kann der Vertrag zwischen A und B bestehen bleiben, weil die Willenserklärung des C vom einheitlichen Geschäft abteilbar ist.¹⁴² Haben dagegen nur zwei Personen einen Vertrag abgeschlossen und ist die Erklärung der einen Person nichtig, so ist das Rechtsgeschäft (der Vertrag) nicht teilbar, da die (gültige) Willenserklärung der anderen Person allein keinen Vertrag darstellt.

- 5 c) Ein **Teil** des einheitlichen Rechtsgeschäfts muss **nichtig** sein. Dabei spielt es keine Rolle, auf welchem Grund die Nichtigkeit beruht (zB Geschäftsunfähigkeit, Formmangel, Verstoß gegen § 134 oder § 138).

Im **Fall a** ist die Bestellung des Vorkaufsrechts wegen Formmangels (§ 125 S. 1; § 311b I 1), im **Fall b** die Sicherungsabtretung wegen Sittenwidrigkeit (§ 138) nichtig. Eine »Ohne-Rechnung-Abrede« zB bei einem Werkvertrag mit einem Handwerker ist wegen der damit verbundenen Steuerhinterziehung nach §§ 134, 138 nichtig.¹⁴³

2. Auslegung

- 6 Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so kommt es auf den Willen der Beteiligten an, ob der Rest des Geschäfts gültig oder nichtig sein soll. Dieser Wille ist durch Auslegung zu ermitteln.

138 RGZ 93, 338; BGH NJW 1962, 913.

139 Vgl. BGH BB 1957, 164.

140 BGH NJW 1992, 2145.

141 BGH DB 1997, 2070.

142 RGZ 141, 108.

143 BGH NJW-RR 2008, 1050 und 1051.

a) Die Auslegung kann ergeben, dass die Beteiligten mit der Möglichkeit einer Teilnichtigkeit gerechnet und für diesen Fall eine **Regelung darüber getroffen haben, ob der Rest Rechtsfolgen auslösen soll**.

So findet man am Ende eines umfangreichen Gesellschaftsvertrags oft die (sog. salvatorische) Klausel: »Sollte ein Teil dieses Vertrags unwirksam sein, so soll davon die Gültigkeit des übrigen Vertrags nicht berührt werden.«

Durch eine solche Klausel wird die dispositive Regelung des § 139 abbedungen. Dadurch ist zwar eine Gesamtnichtigkeit nicht ausgeschlossen, aber die Vermutung des § 139 wird in ihr Gegenteil umgekehrt. Eine Nichtigkeit des gesamten Vertrags tritt nur ein, wenn die Aufrechterhaltung des Restgeschäfts trotz der salvatorischen Klausel im Einzelfall nicht mehr vom Parteiwillen getragen wird.¹⁴⁴

b) Enthält das Rechtsgeschäft keine Regelung für den Fall einer Teilnichtigkeit, ist es insoweit lückenhaft. Diese Lücke muss dann durch **ergänzende Auslegung** (→ § 6 Rn. 17ff.) geschlossen werden. Maßgebend ist, welche Entscheidung die Beteiligten vernünftigerweise nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte getroffen hätten. Dabei sind alle Umstände des Falles (Motive, Verkehrssitten, Interessenlage, verfolgter Zweck) zu berücksichtigen.¹⁴⁵

Beispiel: Haben A, B und C einen Gesellschaftsvertrag geschlossen und stellt sich heraus, dass die Willenserklärung des C wegen Geschäftsunfähigkeit nichtig war, so ist der ganze Vertrag nichtig, wenn sich ergibt, dass A und B nur mit Rücksicht auf die hohe Kapitaleinlage des C den Vertrag geschlossen haben. Dagegen bleibt die Gültigkeit des Geschäfts A–B von der Nichtigkeit der Erklärung des C unberührt, wenn die Beteiligung des C für A und B nicht entscheidend war.

Im **Fall a** ist der Mietvertrag trotz Nichtigkeit der Einräumung des Vorkaufsrechts gültig, wenn die Auslegung ergibt, dass es dem M entscheidend nur um den Mietvertrag, nicht auch um das Vorkaufsrecht ging. Spielte dagegen das Vorkaufsrecht eine entscheidende Rolle, was sich etwa in der Höhe der Gegenleistung des M niederschlug, ist der ganze Vertrag nichtig.

Für eine Teilnichtigkeit und damit gegen eine Gesamtnichtigkeit **können insbesondere folgende Umstände sprechen:**

aa) **Ist nur ein geringfügiger Teil des Geschäfts nichtig**, kann es sinnlos sein, auch den für die Beteiligten im Vordergrund stehenden, überwiegenden Teil des Geschäfts als nichtig anzusehen. Das gilt vor allem dann, wenn für die nichtige Nebenabrede eine gesetzliche Regelung eingreift.

Beispiel: Die bei einem außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrag (→ § 9 Rn. 6ff.) getroffene Vereinbarung, dass für Streitigkeiten das Gericht am Wohnsitz des Unternehmers zuständig sein soll, ist wegen § 29c ZPO nichtig. Der Vertrag im Übrigen bleibt davon unberührt.

bb) **Sollte der nichtige Teil des Rechtsgeschäfts allein oder vorwiegend den Interessen eines Beteiligten dienen und würde sich die Gesamtnichtigkeit zugunsten eines anderen Beteiligten auswirken**, dann ist diese Rechtsfolge durch den hypothetischen Parteiwillen ausgeschlossen. Denn der Beteiligte, zu dessen Gunsten die (nichtige) Be-

144 BGH ZIP 2010, 925 (926).

145 BGH NJW-RR 2008, 1050 und 1051.

stimmung nicht getroffen wurde, erleidet keinen Nachteil, wenn das Geschäft ohne den für einen anderen günstigen Teil wirksam bleibt.¹⁴⁶

Im **Fall b** ist die nichtige Sicherungsabtretung zugunsten des V getroffen worden. Es ist nicht zu dulden, dass K »aus der Nichtigkeit der Sicherung Kapital schlägt, um sich der Erfüllung überhaupt zu entziehen«. ¹⁴⁷ K muss zahlen.

- 10 **cc) Wird die Nichtigkeit eines Teils des Geschäfts überhaupt nicht bedeutsam**, besteht kein Anlass, dass aus der Teilnichtigkeit die Gesamtnichtigkeit folgt. Ist das Geschäft abgewickelt, ohne dass es auf die nichtige Bestimmung angekommen wäre, dann entspricht es den Interessen der Beteiligten, den abgewickelten, gültigen Teil aufrechtzuerhalten.¹⁴⁸

Sind im **Fall a** der Mietvertrag und das Vorkaufsrecht auf zehn Jahre begrenzt, so kann nach Ablauf der Zeit die Nichtigkeit des Vorkaufsrechts nicht zur Nichtigkeit der Miete führen, wenn der Vorkaufsfall (§ 463) überhaupt nicht eingetreten ist.

- 11 **c) Ist ein Teil eines einheitlichen Rechtsgeschäfts nichtig und führt die Auslegung nicht zu dem Ergebnis, dass der Rest des Rechtsgeschäfts gültig sein soll**, greift die **Auslegungsregel des § 139** ein; danach ist dann das ganze Rechtsgeschäft nichtig.

Kann im **Fall a** nicht ermittelt werden, dass der Mietvertrag trotz der Nichtigkeit der Einräumung des Vorkaufsrechts gültig sein soll, dann ist nach § 139 auch der Mietvertrag nichtig.

3. Ausnahmen von § 139

- 12 § 139 ist nicht anwendbar, wenn eine im Gesetz enthaltene spezielle Auslegungsregel für die Behandlung eines teilnichtigen Rechtsgeschäfts anwendbar ist oder wenn sich aus dem Sinn und Zweck einer Gesetzesbestimmung ergibt, dass keine Gesamtnichtigkeit eintreten soll.

a) Eine spezielle Auslegungsregel enthält § 2085 für das Testament: Ist in einem Testament eine von mehreren Verfügungen nichtig, so bewirkt das nach § 2085 im Zweifel **nicht** die Nichtigkeit der übrigen Verfügungen. Anders als § 139 stellt § 2085 also eine widerlegbare Vermutung für die Wirksamkeit der übrigen Verfügungen auf. Das dürfte regelmäßig dem Interesse des Erblassers entsprechen; die Errichtung eines neuen Testaments scheidet aus, da der Erblasser tot ist, wenn sein Testament Rechtsfolgen auslöst.

Beispiel: Hat E den A und die B zu seinen Erben eingesetzt und ist die Einsetzung der B wegen Sittenwidrigkeit (§ 138 I) nichtig, führt das regelmäßig nicht zur Nichtigkeit der Erbeinsetzung des A.

- 13 **b) Bei Nichtigkeit oder Teilnichtigkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen** bleibt der Vertrag nach § 306 I im Übrigen wirksam; an die Stelle der nichtigen Bestimmungen treten nach § 306 II die gesetzlichen Vorschriften. Dagegen ist der ganze Vertrag nach § 306 III unwirksam, wenn das Festhalten an dem Vertrag für eine Partei eine unzumutbare Härte darstellen würde (→ § 10 Rn. 25).
- 14 **c) Aus dem Zweck einer Gesetzesbestimmung** kann sich ergeben, dass § 139 nicht anwendbar ist.

¹⁴⁶ Vgl. BGH NJW-RR 1997, 684 (686); RG JW 1916, 391.

¹⁴⁷ So RG JW 1916, 391.

¹⁴⁸ Vgl. BGHZ 112, 288 (296) = BeckRS 1990, 01908.

Für die Kündigung des Vermieters schreibt § 573c I bei der Wohnraummiete zum Schutz des Mieters zwingende Mindestfristen vor; die Vereinbarung einer kürzeren Frist ist nichtig. Hätte das die Nichtigkeit des ganzen Mietvertrags zur Folge, wäre der Mieter ganz schutzlos, da er ohne Kündigung sofort räumen müsste. Damit würde der Sinn der Bestimmung ins Gegenteil verkehrt.

II. Umdeutung

Entspricht ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen (gültigen) 15
Rechtsgeschäfts, so gilt nach § 140 dieses Geschäft, wenn anzunehmen ist, dass dessen
Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde. Die Umdeutung (= Konver-
sion) dient also der Aufrechterhaltung des nichtigen Geschäfts. Nach § 140 ist zu prü-
fen, ob ein nichtiges Rechtsgeschäft vorliegt, in diesem ein wirksames Geschäft enthal-
ten ist und die Beteiligten dieses wirksame Geschäft geschlossen hätten, wenn sie die
Nichtigkeit des geschlossenen Geschäfts gekannt hätten.

1. Voraussetzungen für die Auslegung

a) Es muss ein **nichtiges Rechtsgeschäft** vorliegen. Dabei ist es gleichgültig, aus wel- 16
chem Grunde das Rechtsgeschäft nichtig ist.

b) In dem nichtigen Rechtsgeschäft muss ein **wirksames Ersatzgeschäft** enthalten 17
sein.

aa) Nur wenn das Ersatzgeschäft ein Weniger gegenüber dem Mehr des nichtigen Ge-
schäfts darstellt, kommt eine Umdeutung in Betracht. Mit dem Ersatzgeschäft muss
der durch das nichtige Geschäft bezweckte Erfolg ganz oder teilweise erreicht werden
können; denn durch die Umdeutung soll der Wille der Beteiligten aufrechterhalten
werden. Andersartige oder weiterreichende Rechtsfolgen entsprechen nicht dem Ge-
wollten und können daher durch eine Umdeutung nicht begründet werden.

Beispiele: Die Übertragung eines Nießbrauchs ist nach § 1059 S. 1 nichtig. In dem nichtigen
Rechtsgeschäft sind jedoch alle Merkmale einer Überlassung des Nießbrauchs zur Ausübung
als ein Minus enthalten; dieses Geschäft ist nach § 1059 S. 2 wirksam.

Die nichtige außerordentliche Kündigung enthält als ein Minus eine wirksame ordentliche
Kündigung zum nächstzulässigen Termin.

Dagegen ist eine nichtige Pfandrechtsbestellung nicht als eine gültige Eigentumsübertragung
aufrechtzuerhalten, da diese gegenüber der Pfandrechtsbestellung ein Mehr darstellt.¹⁴⁹

bb) Das Ersatzgeschäft selbst darf nicht an einem Nichtigkeitsgrund leiden. 18

Deshalb scheidet bei einer Nichtigkeit wegen Geschäftsunfähigkeit eine Umdeutung aus, da auch das an-
dere Geschäft mit diesem Nichtigkeitsgrund behaftet ist. Dagegen ist die Umdeutung eines Rechts-
geschäfts, das wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten nichtig
ist, möglich, sofern das Ersatzgeschäft dem Zweck des Verbots nicht widerspricht. Eine unwirksame
außerordentliche Kündigung kann nicht in eine ordentliche Kündigung umgedeutet werden, wenn
deren Voraussetzungen ebenfalls nicht vorliegen.

2. Auslegung

Ist nach dem Gesagten eine Umdeutung des nichtigen Rechtsgeschäfts in ein anderes 19
Geschäft möglich, dann ist umzudeuten, wenn dies dem Willen der Beteiligten ent-
spricht; das ist durch Auslegung zu ermitteln.

¹⁴⁹ Einzelfälle: Erman/*Arnold* § 140 Rn. 18ff.; HK-BGB/*Dörner* § 140 Rn. 5; Palandt/*Ellenberger*
§ 140 Rn. 9ff.

a) **Haben die Beteiligten** für den Fall der Nichtigkeit **eine Ersatzregelung vorgesehen, greift diese ein.**

- 20 b) In der Regel haben die Beteiligten **an eine Nichtigkeit nicht gedacht**; dann ist nicht ihr wirklicher, sondern ihr **mutmaßlicher Wille zu erforschen**. Das geschieht durch **ergänzende Auslegung** (→ § 6 Rn. 17 ff.). Dabei ist zu ermitteln, ob die Beteiligten bei Kenntnis der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts den Abschluss des Ersatzgeschäfts gewollt oder von einem Abschluss abgesehen hätten.

Im **Fall c** kann die ergänzende Auslegung ergeben, dass der nichtige OHG-Vertrag in einen gültigen Partnerschaftsvertrag (vgl. Partnerschaftsgesellschaftsgesetz)¹⁵⁰ oder in einen Vertrag zur Errichtung einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (vgl. §§ 705 ff.) umzudeuten ist. Möglich ist aber auch, dass A, B und C nur eine offene Handelsgesellschaft und – wenn das nicht möglich sein sollte – überhaupt keine Gesellschaft gründen wollten; dann bleibt es bei der Nichtigkeit des Vertrags.

III. Bestätigung

- 21 Die Beteiligten können ein nichtiges Rechtsgeschäft durch Bestätigung (§ 141) zu einem gültigen machen. Die Bestätigung ist eine Neuvernahme des Rechtsgeschäfts (§ 141 I). Sie erfolgt anders als bei der Genehmigung durch denjenigen, der das nichtige Rechtsgeschäft selbst vorgenommen hat.

1. Voraussetzungen

- 22 a) Es muss ein **nichtiges Rechtsgeschäft** vorliegen, gleichgültig, um welchen Nichtigkeitsgrund es sich handelt.

b) Das nichtige Rechtsgeschäft muss **bestätigt** werden:

aa) Zunächst ist ein **Bestätigungswille** erforderlich. Das setzt Kenntnis der Nichtigkeit voraus. Aber auch Zweifel an der Gültigkeit des Geschäfts reichen aus, wenn es darum geht, die Wirksamkeit auf alle Fälle zu sichern.¹⁵¹

Erfüllen die Parteien ihre Pflichten, die in einem nichtigen Vertrag festgelegt sind, so liegt darin mangels Bestätigungswillens keine Bestätigung, wenn sie von der Gültigkeit des Vertrags ausgehen.¹⁵²

bb) **Der Bestätigungswille muss erklärt werden.** Das ist die **erneute Vornahme** des Rechtsgeschäfts. Sie kann ausdrücklich, aber auch konkludent erfolgen. Jedoch muss das neue Geschäft sämtlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen entsprechen. Außerdem muss auch die konkludente Bestätigung dem anderen Teil zugehen; erst dann treten die Rechtsfolgen der Bestätigung (→ § 15 Rn. 23 f.) ein.

Erfüllen die Parteien in Kenntnis der Nichtigkeit des Vertrags ihre Vertragspflichten, liegt darin eine konkludente Bestätigung des nichtigen Vertrags. Bedarf der Vertrag einer Form (zB der notariellen Beurkundung), muss auch die Neuvernahme diese Form wahren. Das gilt auch dann, wenn die Nichtigkeit des Vertrags nicht auf einem Formmangel beruht.¹⁵³

Im **Fall d** ist durch die Bestätigung des M und des Betreuers des V am 1.2. erstmalig ein Mietvertrag zustande gekommen.

150 Schönfelder, Deutsche Gesetze, Nr. 50b.

151 BGH NJW 2012, 1570 (1572); BGHZ 129, 371 (377) = NJW 1995, 2290; RGZ 150, 388.

152 BGH NJW 2012, 1570 (1572); 1995, 2290.

153 BGH WM 1985, 1000.

2. Folgen

a) Durch die Bestätigung wird das nichtige Rechtsgeschäft nicht rückwirkend von Anfang an wirksam. Vielmehr **entsteht erst durch die Neuvernahme ein wirksames Rechtsgeschäft.** 23

■ Im Fall d ist der Mietvertrag erst vom 1.2. an gültig.

b) Bei Verträgen begründet die Bestätigung im Zweifel die **schuldrechtliche Verpflichtung der Parteien, einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn der Vertrag von Anfang an gültig gewesen wäre** (§ 141 II). Das entspricht regelmäßig den Interessen der Vertragsparteien. Durch die Bestätigung soll nämlich die ursprüngliche (nichtige) Vereinbarung wenigstens in schuldrechtlicher Beziehung der Vertragsparteien zueinander Bedeutung erlangen. Wenn ein Vertragspartner diese Verpflichtung nicht will, muss er dies bei der Bestätigung zum Ausdruck bringen. Sonst gilt die Auslegungsregel des § 141 II (»Im Zweifel«). 24

■ Im Fall d ist M, wenn nichts anderes vereinbart wird, verpflichtet, auch für Januar die Miete zu zahlen. Wird dagegen ein nichtiges sachenrechtliches Geschäft, wie eine Übereignung (§ 929), erneut vorgenommen, geht das Eigentum erst bei der Neuvernahme über.

4. Kapitel. Die Willensmängel

§ 16 Überblick über die gesetzliche Interessenbewertung bei Willensmängeln

Literatur: Coester-Waltjen, Die fehlerhafte Willenserklärung, JURA 1990, 362; S. Lorenz, Grundwissen Zivilrecht: Willensmängel, JuS 2012, 490; Martens, Die Regelung der Willensmängel im Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, AcP 211 (2011), 845.

I. Ausgangslage

1. Mangelfreie Willenserklärung

Eine Willenserklärung (→ § 4 Rn. 14ff.) entsteht auf folgende Weise: Jemand gelangt 1 aufgrund einer Reihe von Beweggründen (Motiven) zu dem Willen, eine bestimmte Rechtsfolge herbeizuführen. Entsprechend diesem sog. Geschäftswillen gibt er seine Erklärung ab.

Beispiel: K will seiner Freundin zu ihrem Geburtstag am 1.6. ein Geschenk machen. Er geht davon aus, dass die Freundin Schmuck liebt und dass er 500 EUR für den Kauf eines Schmuckstücks zur Verfügung hat. Den ihm von V vorgelegten Ring hält er für golden. Aus den genannten Gründen will er den Ring für 500 EUR kaufen. Dementsprechend erklärt er dem V: »Ich kaufe diesen Ring für 500 EUR.« Nimmt V dieses Angebot an, ist ein Kaufvertrag über den Ring zum Preise von 500 EUR zustande gekommen.

Im Ideal- und Regelfall kommt die Willensbildung fehlerfrei zustande, und der Geschäftswille wird fehlerfrei erklärt.