

Studium Rechtswissenschaft

Prof. Dr. Sebastian Kubis
Prof. Dr. Ulrich Eisenhardt

Unter Mitarbeit von Abdussamed Nazik
und Pia Höhne

Kurs 55101

Allgemeiner Teil des BGB -
Das Rechtsgeschäft und die Instrumente des Privatrechts

Kurseinheit 3

**Rechts-
wissenschaftliche
Fakultät**

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung und des Nachdrucks, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (Druck, Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung der FernUniversität reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden. Wir weisen darauf hin, dass die vorgenannten Verwertungsalternativen je nach Ausgestaltung der Nutzungsbedingungen bereits durch Einstellen in Cloud-Systeme verwirklicht sein können. Die FernUniversität bedient sich im Falle der Kenntnis von Urheberrechtsverletzungen sowohl zivil- als auch strafrechtlicher Instrumente, um ihre Rechte geltend zu machen.

Der Inhalt dieses Studienbriefs wird gedruckt auf Recyclingpapier (80 g/m², weiß), hergestellt aus 100 % Altpapier.

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	3
§ 4 Das Zustandekommen eines Vertrages	5
I. Einführung	5
II. Vertragliche und gesetzliche Schuldverhältnisse	6
III. Das Entstehen eines Vertrages durch Angebot und Annahme.....	7
1. Einführung	7
2. Die Abgrenzung zwischen Verträgen und rein gesellschaftlichen Beziehungen (bzw. Gefälligkeiten)	8
3. Das Angebot zum Abschluss eines Vertrages	9
a) Die Bindungswirkung des Angebots	9
b) Die Einschränkung der Bindungswirkung.....	11
c) Die Abgrenzung zwischen bindendem Angebot und der bloßen Aufforderung, ein Angebot abzugeben.....	12
4. Die Annahme eines Angebots	15
a) Die rechtzeitige Annahme	15
b) Die verspätete Annahme	17
c) Die Annahme unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Änderungen	19
d) Die vereinfachte Annahme eines Angebots gemäß § 151 BGB.....	19
5. Besonderheiten im elektronischen Geschäftsverkehr.....	23
IV. Der Vorvertrag	23
V. Das Verschulden bei Vertragsschluss (culpa in contrahendo)	24
1. Überblick.....	24
2. Pflichten aus einem Schuldverhältnis zwischen potentiellen Vertragspartnern nach § 311 Abs. 2	25
a) Überblick	25
b) Die einzelnen Pflichten aus dem Schuldverhältnis	26
(a) Überblick	26
(b) Die Verletzung von Aufklärungs-, Auskunfts- und Beratungspflichten.....	26
(c) Der Abbruch von Vertragsverhandlungen.....	27
(d) Die Verletzung von Schutz-, Obhut- und Fürsorgepflichten	29

3.	Die Pflichten aus einem Schuldverhältnis mit einem Dritten, der nicht Vertragspartei werden soll (§ 311 Abs. 3 BGB)	30
§ 5	Die Bedeutung des Schweigens im Rechtsverkehr	32
I.	Stillschweigen und Willenserklärung	32
II.	Das Schweigen des Empfängers auf ein Angebot zum Abschluss eines Vertrages.....	33
III.	Das Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben	36
1.	Die Voraussetzungen	36
a)	Überblick	36
b)	Abgrenzung zur Auftragsbestätigung	37
c)	Abweichung des kaufmännischen Bestätigungsschreibens vom mündlich ausgehandelten Vertrag	38
2.	Die dogmatische Begründung.....	39
3.	Einschränkungen	40
4.	Erweiterungen	41
IV.	Unverlangt zugeschickte Warensendungen.....	41
V.	Vertragsschluss durch sozialtypisches Verhalten	43
§ 6	Der Dissens (Einigungsmangel)	44
I.	Der offene Dissens	44
II.	Der versteckte Dissens	44
III.	Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluss (culpa in contrahendo) bei Dissens	46
	Lösungen zu den Selbsttestaufgaben	49

§ 4 Das Zustandekommen eines Vertrages

Schrifttum: ALEXANDER, Neuregelungen zum Schutz vor Kostenfallen im Internet, NJW 2012, [1985](#); BREHMER, Die Annahme nach § 151 BGB, JuS 1994, 386 ff.; BYDLINSKI, Probleme des Vertragsabschlusses ohne Annahmeerklärung, JuS 1988, 36 ff.; DIETRICH, Der Kauf im Selbstbedienungsladen, DB 1972, 957 ff.; FLUME, Das Rechtsgeschäft und das rechtlich relevante Verhalten, AcP 161 [1961], 52 ff.; FÖHLISCH/STARIRADEFF, Zahlungsmittel und Vertragsschluss im Internet, NJW 2016, [353](#); ; Fritzsche, Der Abschluss von Verträgen, §§ 145ff. BGB, JA 2006, [674](#); HANAU, Objektive Elemente im Tatbestand der Willenserklärung, AcP 165 [1965], 220 ff.; HILGER, Die verspätete Annahme, AcP 185 [1985], 559 ff.; KIRSCHBAUM, Die gesetzliche Neuregelung der sog. »Internetfalle«, MMR 2012, [8](#); KORCH, Abweichende Annahme? Kein Fall für Treu und Glauben!, NJW 2014, [3553](#); KRAUSE, Auftragsbestätigung und Allgemeine Geschäftsbedingungen, BB 1952, 996 ff.; MAYER-MALY, Vertrag und Einigung, in: Festschrift für Nipperdey 1965, Bd. 1, S. 509 ff.; PFEIFFER, Von Preistreibern und Abbruchjägern–Rechtsgeschäftslehre bei Online-Auktionen, NJW 2017, [1437](#); SCHWUNG, Die Zusendung unbestellter Waren, JuS 1985, 449 ff.; SUTSCHET, Anforderungen an die Rechtsgeschäftslehre im Internet, NJW 2014, [1041](#); VOLP/SCHIMMEL, § 149 BGB–Eine klare und ein-fache Regelung?, JuS 2007, [899](#); WESTERMANN, H.–P., Der Abschluß von Verträgen, Jura 1979, 5 ff.

I. Einführung

Bedarf eine Person zur Verfolgung ihrer Ziele der Mitwirkung einer anderen Person, dann muss sie sich in der Regel mit dieser über deren Mitwirkungsverpflichtung und die von ihr zu erbringende Leistung einigen. Eine solche Einigung zweier Personen ist ein *Vertrag*.

Ein abgeschlossener Vertrag bindet die daran beteiligten Personen, die in dem Vertrag gegebenen Zusagen einzuhalten. Jeder Vertragspartner kann den anderen in der Regel mit Hilfe der Gerichte zwingen, die vertraglichen Verpflichtungen zu erfüllen. Eine nachträgliche Änderung eines einmal abgeschlossenen Vertrages ist nur noch mit der Zustimmung aller Vertragspartner möglich.

Der formale Vertragsbegriff des BGB, wie er sich u.a. in den §§ 145 ff. niedergeschlagen hat, erfasst alle Einigungstatbestände des BGB und darüber hinaus die des gesamten Privatrechts,¹ wie z.B. des Handelsrechts. Im HGB sind u.a. der Handelskauf, das Kommissionsgeschäft, das Speditionsgeschäft und das Frachtgeschäft geregelt. Der Schwerpunkt des Vertragsrechts liegt im Schuldrecht des BGB. Verträge i.S. des BGB sind aber auch die *Einigungen des Sachenrechts*, wie z.B. die zum Eigentumsübergang notwendige Einigung des Übertragenden und des Erwerbers (§ 929).² Es gibt auch Verträge, die im Familienrecht geregelt sind, wie z.B. Eheverträge, die Vereinbarungen über den Güterstand zum Gegenstand haben.

¹ BeckOGK/MÖSLEIN, BGB § 145 Rn. [2, 6](#).

² Zum Abstraktionsprinzip s. KE 5 § 10.

II. Vertragliche und gesetzliche Schuldverhältnisse

Schuldrechtliche Verträge sind in der Regel Verpflichtungsgeschäfte.³ Solche Verträge begründen ein "Schuldverhältnis". Aufgrund eines Schuldverhältnisses kann eine Person von einer anderen Person eine "Leistung", also die Zuwendung eines wirklichen oder vermeintlichen Vorteils, der regelmäßig (aber nicht zwingend) einen Vermögenswert hat,⁴ verlangen (vgl. § 194 Abs. 1, Legaldefinition eines Anspruches). Die Leistung kann in einem Tun oder Unterlassen bestehen. Der Leistungsbegriff in § 241 BGB ist nicht identisch mit dem bereicherungsrechtlichen Begriff der Leistung in § 812 I BGB.⁵

In der Regel sind an einem Schuldverhältnis nur zwei Personen beteiligt; es können jedoch auch Mehrere sein. Die aus dem Schuldverhältnis erwachsenden Rechte und Pflichten betreffen in der Regel *nur* die an dem Schuldverhältnis beteiligten Personen.

In § 241 Abs. 1 definiert das Gesetz abstrakt den Inhalt eines Schuldverhältnisses.

Kann eine Person von einer oder mehreren anderen Personen ein Tun oder Unterlassen verlangen, so hat sie einen Anspruch (§ 194 Abs. 1).⁶ Ansprüche aus Schuldverhältnissen werden vielfach auch als "Forderungen" bezeichnet (vgl. nur §§ 366, 387 ff., 398 ff.).

Beispiel: Schließen V (Verkäufer) und K (Käufer) einen Kaufvertrag über ein Buch ab, so hat V gegen K einen Anspruch auf Zahlung des vereinbarten Kaufpreises (§ 433 Abs. 2). K hat gegen V einen Anspruch auf Übergabe und Übereignung des gekauften Buches (§ 433 Abs. 1). Die Ansprüche aus dem Schuldverhältnis, dem Kaufvertrag, bestehen nur zwischen V und K, nicht aber Dritten, nicht am Vertrag beteiligten Personen gegenüber.

Beispiel: Kauft P bei S einen PKW, der zum Zeitpunkt der Übergabe mit erheblichen Mängeln behaftet ist, kann P wegen der Mängel nur den Verkäufer S in Anspruch nehmen. Wendet der Käufer P sich wegen dieser Mängel an dritte Personen, so sind diese nicht verpflichtet, die von P geltend gemachten Ansprüche zu erfüllen, weil zwischen ihnen und P kein Schuldverhältnis besteht.

Ein **Schuldverhältnis** kann

- durch einen **Vertrag** (z.B. Kaufvertrag) entstehen
- oder
- **auf Gesetz** (z.B. unerlaubter Handlung i.S. des § 823 Abs. 1 oder auf einem vorvertraglichen Verhalten der Beteiligten, § 311 Abs. 2, bzw. ausnahmsweise eines Dritten § 311 Abs. 3) beruhen.

Durch den Abschluss eines *vertraglichen Schuldverhältnisses* verpflichten sich die daran Beteiligten zur Erbringung bestimmter Leistungen. Ein Vertrag wird durch den

³ Zum Verpflichtungsgeschäft s. KE 5 § 10.

⁴ GRÜNEBERG/ELLENBERGER, Einf. v. § 241 Rn. 3 f.

⁵ Vgl. MünchKomm/BACHMANN, BGB § 241 Rn. 21; Definition der „Leistung“ i.S.d. § 812: „die bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens“.

⁶ Zum Anspruch siehe auch: KE 1 Vorbemerkungen I Nr. 4, II.

geäußerten übereinstimmenden Willen der Personen begründet, die den Vertrag schließen wollen.

Im Gegensatz dazu entsteht ein *gesetzliches Schuldverhältnis* nicht aufgrund von Vereinbarungen zwischen Personen, sondern dadurch, dass eine oder mehrere Personen Handlungen vornehmen, durch die ein im Gesetz umschriebener Tatbestand erfüllt wird, an den das Gesetz Rechtsfolgen knüpft.⁷

Beispiel: A zerschlägt mit einem Hammer die Scheinwerfer an dem im Eigentum des E stehenden PKW, um sich an E zu rächen. Der Schaden beträgt € 1.250,—.

A hat das Eigentum des E verletzt. Dadurch ist dem E ein Schaden in Höhe von € 1.250,— entstanden. A handelte widerrechtlich und vorsätzlich. Er verwirklichte mit seinem Handeln den in § 823 Abs. 1 umschriebenen Tatbestand. Gemäß § 823 Abs. 1 ist er dem E zum Ersatz des entstandenen Schadens verpflichtet. Die Schadensersatzverpflichtung beruht hier auf einem gesetzlichen Schuldverhältnis, das entstanden ist, weil A die in § 823 Abs. 1 genannten Tatbestandsmerkmale erfüllt hat.

Auch mit der Eröffnung von Vertragsverhandlungen, sogar bereits mit dem Willensentschluss, Vertragsverhandlungen zu beginnen, entsteht ein *vorvertragliches gesetzliches Schuldverhältnis im Sinne des § 311 Abs. 2 oder 3*, das den Beteiligten die Pflicht auferlegt, in ihrem Herrschaftsbereich alles zu unterlassen, was dem potentiellen Vertragsgegner Schaden zufügen könnte. Bei *schuldhafter* Verletzung dieser Pflichten (z.B. Schutz-, Obhut-, Unterrichtungs-, Aufklärungs- und Auskunftspflichten) hat der Verletzende gemäß § 280 in Verbindung mit § 311 dem Geschädigten den entstandenen Schaden zu ersetzen.

Beispiel für die Anbahnung eines Vertrages: K betritt das Kaufhaus V in der Absicht, möglicherweise dort Sportbekleidung zu kaufen. Damit hat die Anbahnung eines Vertrages (§ 311 Abs. 2 Nr. 2) begonnen. Für beide potentiellen Vertragspartner erwachsen aus dem entstandenen vorvertraglichen gesetzlichen Schuldverhältnis Schutz- und Obhutspflichten, deren Verletzung eine zum Schadensersatz verpflichtende Pflichtverletzung darstellen kann (§ 280).

III. Das Entstehen eines Vertrages durch Angebot und Annahme

1. Einführung

Ein zweiseitiger Vertrag entsteht durch zwei übereinstimmende, mit Bezug aufeinander abgegebene Willenserklärungen (Angebot und Annahme gemäß §§ 145 ff.) zweier Personen.

Das Angebot (der Antrag) ist eine Willenserklärung, mit der sich jemand, der einen Vertrag abschließen möchte, an einen anderen wendet und die zukünftigen Vertragsbedingungen in einer Weise vollständig zusammenfasst, dass der andere, ohne inhaltliche Änderungen vorzunehmen, durch ein bloßes "Ja" (die Annahmeerklärung) den Vertrag entstehen lassen kann.

⁷ Details zu den gesetzlichen Schuldverhältnissen lernen Sie insb. in den folgenden Zivilrechtlichen Modulen.

Die Annahme ist die Erklärung, mit der sich derjenige, an den das Angebot gerichtet ist, mit dem Inhalt des Angebotes vorbehaltlos einverstanden erklärt. Mit der Erklärung der Annahme des Angebots ist der Vertrag zustande gekommen.

Angebot und Annahme werden häufig nicht ausdrücklich, sondern konkludent erklärt.

Beispiel (vgl. **Beispiel** oben § 2 II. 2): K betritt einen Bäckerladen, der gerade 10 Brötchen für € 3,20 im Angebot hat, und sagt zu dem Bäcker B: "10 Brötchen bitte." Wortlos packt B 10 Brötchen in die Tüte und übergibt sie K. Indem K zu B sagt: "10 Brötchen bitte", macht er dem B ein Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrages. Da K den Willen hatte, sich durch die Abgabe der Erklärung in der Weise zu binden, dass er Rechte und Pflichten aus dem angestrebten Vertrag übernehmen wollte, liegt ein bindendes Angebot des K vor. Dieses Angebot ist so konkret gefasst, dass B es durch ein bloßes "Ja" als Annahmeerklärung annehmen kann. Dieses Angebot ist eine Willenserklärung, die K ausdrücklich abgegeben hat. B hat auf dieses Angebot nicht mit Worten geantwortet. Indem er 10 Brötchen in eine Tüte packte und sie K übergab, hat er durch sein Handeln aber zum Ausdruck gebracht, dass er eine Rechtsfolge, nämlich das Zustandekommen des Kaufvertrages mit K, herbeiführen wollte. B hat durch sein konkludentes (schlüssiges) Verhalten ebenfalls eine Willenserklärung, nämlich eine Annahmeerklärung auf das Angebot des K, abgegeben, durch die ein Kaufvertrag zustande gekommen ist.

2. Die Abgrenzung zwischen Verträgen und rein gesellschaftlichen Beziehungen (bzw. Gefälligkeiten)

Häufig ist es schwierig, zwischen Verträgen einerseits und so genannten rein gesellschaftlichen Beziehungen andererseits abzugrenzen. Rein gesellschaftliche Beziehungen sind rechtlich unverbindlich. Sie kommen aufgrund von Erklärungstatbeständen zustande, bei denen der objektiv zum Ausdruck gebrachte Rechtsbindungswille (und häufig auch das subjektive Erklärungsbewusstsein und der Geschäftswille) fehlt. Wenn das Erklärungsbewusstsein vorhanden ist, aber der Geschäftswille fehlt, kommt hingegen ein Vertrag zustande.⁸ Ist zweifelhaft, ob ein Vertrag geschlossen worden ist oder die Beteiligten – bzw. nur einer von ihnen – lediglich rechtlich unverbindliche gesellschaftliche Beziehungen anknüpfen wollten, ist zunächst zu prüfen, ob die Beteiligten entsprechende *Willenserklärungen* abgegeben haben.⁹ Hierzu (zur Wiederholung) der folgende

Fall: S fragt den mit ihm befreundeten L, ob er bereit sei, ihn mit seinem Auto in die etwa 20 km entfernt liegende Stadt zu fahren; er (S) habe dort eine wichtige geschäftliche Verabredung wahrzunehmen. L antwortet, dass er das gern tun wolle. Daraufhin stellt S seinen eigenen PKW seinem Sohn zur Verfügung, der damit wegfährt. Kurze Zeit später fährt L in die Stadt, ohne den S mitzunehmen. S versäumt einen wichtigen Termin. Dadurch entsteht ihm ein Schaden. Kann er Ersatz des Schadens von L verlangen?

⁸ Vgl. KE 2, § 2 II.

⁹ Oben § 2 II 2. b.

Lösung:

Einen Anspruch auf Schadensersatz, der auf einer Vertragsverletzung durch L beruhen könnte, hat S nur, wenn zwischen ihm und L ein Vertrag abgeschlossen worden ist. Als Vertrag kommt hier ein so genannter Beförderungsvertrag in Betracht, durch den L sich verpflichtet haben könnte, den S in die Stadt zu fahren. Bestünde ein solcher Vertrag, so hätte S aus diesem Vertrag einen Anspruch darauf, dass L ihn befördert. L wäre aus diesem Vertrag verpflichtet, den S in die Stadt zu fahren. Eine schuldhafte Verletzung dieser Verpflichtung könnte eine Schadensersatzpflicht des L begründet haben. Es kommt also wesentlich darauf an, ob zwischen S und L ein Vertrag zustande gekommen ist. Da ein Vertrag durch übereinstimmende Willenserklärungen der Beteiligten zustande kommt, ist zu fragen, ob S und L entsprechende Willenserklärungen abgegeben haben. Dass S eine rechtliche Bindung herbeiführen wollte und deshalb eine entsprechende Willenserklärung abgegeben hat, dürfte anzunehmen sein. Fraglich ist allerdings, ob L eine auf einen Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung abgegeben hat. Auf den (objektiv zu beurteilenden) Rechtsbindungswillen kann z.B. aus der wirtschaftlichen Bedeutung einer Angelegenheit geschlossen werden sowie aus dem Interesse des Begünstigten und der dem Leistenden erkennbaren Gefahr, in die der andere durch eine fehlerhafte Leistung geraten kann. Gegen eine vertragliche Bindung könnte sprechen, dass L und S befreundet sind und L dem S mit der Mitnahme schlicht einen Gefallen tun wollte; insbesondere wurde zwischen L und S keine Bezahlung für die Fahrt vereinbart. Andererseits war für L erkennbar, dass die Mitfahrgelegenheit für S von großem wirtschaftlichem Interesse ist; denn S hatte ihm den Grund für seine Bitte um Mitnahme mitgeteilt. Dem L war wegen des Hinweises des S auf eine "wichtige geschäftliche Verabredung" auch klar, dass dem S eine Gefahr (ein Schaden) für den Fall drohte, dass er (L) fehlerhaft oder gar nicht leistete. Daraus kann geschlossen werden, dass der L bei der Abgabe einen Rechtsbindungswillen zum Ausdruck gebracht hatte. Im Zweifel hat L auch das Bewusstsein gehabt, dass sein Verhalten als auf die Verwirklichung einer Rechtsfolge irgendwelchen Inhalts zielend aufgefasst werden kann; er hat also mit (aktuellem) Erklärungsbewusstsein gehandelt. Infolgedessen ist zwischen S und L ein Vertrag (unentgeltlichen Beförderungsvertrag bzw. Auftrag § 662) zustande gekommen, dessen schuldhafte Verletzung einen Schadensersatzanspruch des S gegen L begründet.

3. Das Angebot zum Abschluss eines Vertrages**a) Die Bindungswirkung des Angebots**

Derjenige, der ein Angebot (einen "Antrag", wie es in § 145 heißt) abgibt, ist, wenn diese Willenserklärung dem Adressaten zugegangen und wirksam geworden ist, an dieses Angebot gebunden (§ 145). Die Bindung besteht darin, dass der Antragende das Angebot nicht mehr einseitig nach § 130 Abs.1 S. 2 widerrufen oder seinen Inhalt abändern kann. Die Entscheidung darüber, ob ein Vertrag zustande kommt oder nicht, liegt nun allein beim Empfänger. Der Antragende hat in der Regel rechtlich keine Möglichkeit mehr, das Zustandekommen des Vertrages zu verhindern. Die Gebundenheit des Erklärenden an sein Angebot (Antrag) soll dem Empfänger eine sichere Grundlage dafür schaffen, eine Entscheidung über Annahme oder Ablehnung des Angebots treffen zu können.¹⁰

¹⁰ BROX/WALKER, § 8 Rn. 7.

Bindend ist allerdings nur ein hinreichend bestimmtes Angebot. Vereinfachend ausgedrückt kann man sagen: Das Angebot muss so bestimmt sein, dass derjenige, an den es sich richtet, es mit einem einfachen "Ja" annehmen kann. Daraus ergibt sich, dass das Angebot bereits alle regelungsbedürftigen Punkte des erstrebten Vertrages enthalten muss.

Zu den regelungsbedürftigen Punkten des angestrebten Vertrages („essentialia negotii“) zählen:

- die Partner des Vertrages,
- Leistung und Gegenleistung,
- der Geschäftstyp, wie z.B. Kaufvertrag, Mietvertrag etc.

Aus der Benennung von Leistung und Gegenleistung kann in der Regel bereits auf den Geschäftstyp geschlossen werden.

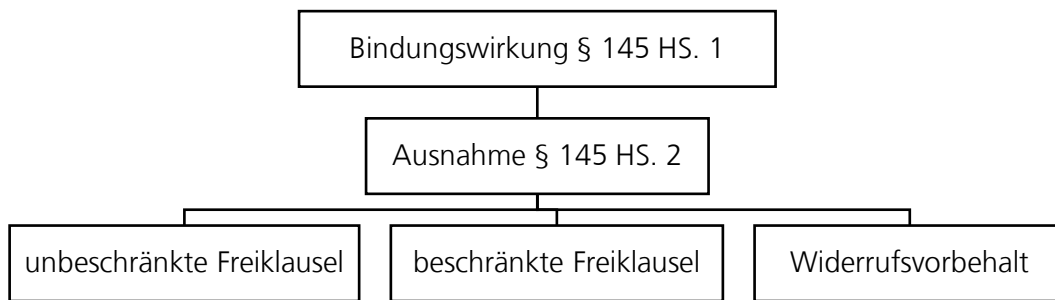
Beispiel: S teilt seinem Kunden K über WhatsApp mit, aufgrund der derzeit nicht sehr günstigen Wirtschaftslage könne er ihm Waren aus seinem Sortiment kurzfristig zu Vorzugspreisen anbieten. Ob in dieser Erklärung ein Angebot zu sehen ist, richtet sich danach, ob die Erklärung des S bereits alle Punkte des angestrebten Vertrages umfasst, K also durch ein bloßes, von ihm geäußertes "Ja" (Annahmeerklärung) den Vertrag zustande kommen lassen kann. Es wird zwar deutlich, dass S mit K einen Vertrag abschließen möchte, der ein Kaufvertrag sein soll. Es ist allerdings nicht klar, welche Waren zu welchem Preis veräußert werden sollen. Die Erklärung des S enthält also keine Angaben über Leistung und Gegenleistung. Damit fehlt es an wesentlichen Punkten, die im Hinblick auf den Vertrag, der abgeschlossen werden soll, geregelt werden müssen. S hat also kein bindendes Angebot gemacht, sondern lediglich eine Einladung an K ausgesprochen, mit ihm (S) in Vertragsverhandlungen einzutreten. Es ist allerdings nicht notwendig, dass stets alle Einzelheiten des Vertrages bereits aus dem Angebot erkennbar sein müssen. Das BGB sieht sogar ausdrücklich vor, dass die Bestimmung der Leistung oder Gegenleistung dem Vertragspartner oder einem Dritten überlassen sein kann. Das ergibt sich z.B. aus §§ 315 ff., insbesondere aus § 316.

Hinreichend bestimmt und deshalb bindend und wirksam ist ein Angebot auch dann, wenn sich derjenige, der es abgibt, an eine unbestimmte Vielzahl von Personen richtet und damit darauf verzichtet, den Annehmenden als eine bestimmte Person zu benennen. Voraussetzung ist allerdings stets, dass das Angebot mit dem Willen abgegeben wird, den Vertrag mit demjenigen zu schließen, der die Annahme erklärt.¹¹ So ist z.B. in dem Aufstellen eines gefüllten Warenautomaten ein auf den Automateninhalt beschränktes bindendes Angebot des Automatenaufstellers zum Abschluss eines Kaufvertrages zu sehen, das sich an eine unbestimmte Zahl potentieller Käufer richtet. Derjenige, der auf die dafür vorgesehene Weise Geld in den Automaten einwirft und dessen Mechanismus betätigt, nimmt das Angebot durch konkludentes Verhalten an und lässt dadurch einen Kaufvertrag mit dem Automatenaufsteller zustande kommen.¹²

¹¹ Vgl. STAUDINGER/BORK, § 145 Rn. 19.

¹² STAUDINGER/BORK, § 145 Rn. 8 und 19.

b) Die Einschränkung der Bindungswirkung



Gemäß § 145 kann derjenige, der ein Angebot abgibt, die Gebundenheit (= Bindungswirkung) ausschließen. Ein Bedürfnis dafür besteht insbesondere dann, wenn der Erklärende sich die letzte Entscheidung zum Vertragsschluss noch vorbehalten möchte.

Häufig enthalten Angebote Formulierungen wie z.B. "freibleibend", "unverbindlich" oder "ohne obligo". Bei der Entscheidung darüber, welche rechtlichen Konsequenzen solche Klauseln haben, ist zu differenzieren zwischen *unbeschränkten* und *beschränkten Freiklauseln*.

Um eine *unbeschränkte Freiklausel* handelt es sich dann, wenn sich Formulierungen wie "freibleibend", "ohne obligo" und "unverbindlich" auf das gesamte Angebot beziehen.

Manche Autoren¹³ sehen in einer Erklärung mit unbeschränkter Freiklausel kein bindendes Angebot, sondern lediglich eine Aufforderung an den Empfänger, seinerseits dem Erklärenden ein bindendes Angebot zu unterbreiten (*invitatio ad offerendum*; dazu sogleich unter c).

Da § 145 ausdrücklich vorsieht, dass der Erklärende die Gebundenheit ausschließt, entspricht es der Systematik des Gesetzes mehr, wenn man davon ausgeht, bei unbeschränkten Freiklauseln ein Angebot mit dem Vorbehalt der Nichtgebundenheit anzunehmen. Das bedeutet: Der Erklärende kann sein Angebot nicht nur bis zum Zugang der Annahmeerklärung widerrufen; er hat sich vielmehr die Entscheidung auch noch für die Zeit nach dem Zugang der Annahmeerklärung vorbehalten, so dass er den Widerruf auch noch nach dem Zugang der Annahmeerklärung erklären kann, sofern er unverzüglich widerruft. Bringt derjenige, der das Angebot abgegeben hat, nach Zugang der Annahmeerklärung nicht unverzüglich zum Ausdruck, dass er den Vertrag nicht zustande kommen lassen will, so entspricht es den Grundsätzen nach Treu und Glauben, dass der Vertrag zustande kommt.¹⁴

Fall: V bietet K auf dessen Anfrage hin schriftlich mehrere Waggonladungen verschiedener Holzarten (Kiefer, Birke, Eiche, Tanne) zum Kauf an. Das Kaufangebot ist mit "freibleibend" überschrieben und enthält detaillierte Preisangaben. K bittet um unverzügliche Lieferung einer Waggonladung Kiefernholz zum Preis von € 25.000,—. V lässt hieraufhin 14 Tage lang nichts von sich hören. Kann K Lieferung und Übereignung von V verlangen?

¹³ BGH NJW 1984, 1885, [1885 f.](#); MünchKomm/BUSCHE, BGB § 145 Rn. 9; ERMAN/ARMBRÜSTER, § 145 Rn. 4, 17.

¹⁴ So zutreffend FLUME, § 35 I 3 c); BROX/WALKER, § 8 Rn. 7.

Aufgabe 1:

Beantworten Sie diese Frage bitte schriftlich und vergleichen Sie Ihre Ausführungen anschließend mit der Lösung am Ende dieser Kurseinheit!

Bei *beschränkten Freiklauseln* bezieht sich die Klausel lediglich auf begrenzbare Teile des Angebots. Ein Beispiel dafür ist die Klausel "Preis freibleibend". In Fällen dieser Art liegt ein wirksames Angebot zum Abschluss eines Vertrages vor. Der Vertrag kommt zustande, wenn der Adressat das Angebot annimmt. Dann gehört der Vorbehalt allerdings zum Inhalt des Vertrages.¹⁵

c) Die Abgrenzung zwischen bindendem Angebot und der bloßen Aufforderung, ein Angebot abzugeben

Es bereitet häufig Schwierigkeiten, zwischen einem bindenden Angebot und der bloßen *Aufforderung, ein Angebot abzugeben* (*invitatio ad offerendum*), abzugrenzen. Während das Angebot eine bindende Willenserklärung ist, handelt es sich bei der Aufforderung, ein Angebot abzugeben, nicht um eine Willenserklärung. Bei der Beantwortung der Frage, ob eine Person ein bindendes Angebot zum Abschluss eines Vertrages gemacht hat, ist es entscheidend, ob derjenige, der die Erklärung abgibt, objektiv seinen Rechtsbindungswillen erklärt und subjektiv der Handlungswille und das (zumindest potentielle) Erklärungsbewusstsein vorliegen.¹⁶

Werbung in Zeitungen, im Fernsehen oder im Internet, mit der bestimmte Waren angepriesen werden, ist - auch wenn sie den Ausdruck "Angebot" enthält - *kein* bindendes Angebot zum Abschluss eines Vertrages, sondern lediglich eine Aufforderung an mögliche Kunden, ihrerseits Angebote an den Werbenden abzugeben.¹⁷ Denn bei Auslegung dieses Verhaltens nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (vgl. oben § 2 II) kann nicht auf das Vorhandensein eines Rechtsbindungswillens geschlossen werden. Auch das Zusenden von Preislisten und Katalogen per Post oder E-Mail wird nicht als Angebot, sondern als Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes angesehen.¹⁸ In den genannten Fällen fehlt schon in objektiver Hinsicht der zum Ausdruck gebrachte Rechtsbindungswille; es fehlt also bereits am objektiven Tatbestand einer Willenserklärung. Außerdem fehlen subjektiv in der Regel auch das erforderlichlich "potentielle" Erklärungsbewusstsein sowie der Geschäftswille.

Beispiel: Wenn der Online-Versandhändler „Zalando“ an einen großen Kundenkreis E-Mail-Newsletter mit einer Online-Bestellmöglichkeit schickt, so stellt sich die Frage, ob das Zusenden des Newsletters ein bindendes Angebot von Zalando ist oder lediglich eine Aufforderung an die Kunden darstellt, ihrerseits Angebote an Zalando zu richten. Die Erklärung des Versandhändlers ist nur dann ein Angebot, wenn sie objektiv einen Rechtsbindungswillen zum Ausdruck gebracht hat, insbesondere also alle regelungsbedürftigen Punkte des erstrebten Vertrages (*essentialia negotii*) enthält und der Erklärende subjektiv Handlungswille und (zumindest potentielles) Erklärungsbewusstsein hatte. Der angestrebte Vertrag ist ein Kaufvertrag; die Leistung von

¹⁵ So Flume, § 35 I 3 c; vgl. auch BGHZ 1, 353, [354](#) und 24, 39, [42](#).

¹⁶ Vgl. Skript 2, § 2 II 3.

¹⁷ MünchKomm/BUSCHE, BGB § 145 Rn. [11](#).

¹⁸ MünchKomm/BUSCHE, BGB § 145 Rn. [11](#).

Zalando und die Gegenleistung (Lieferung von bestimmten Waren gegen Leistung des dafür verlangten Kaufpreises) sowie der Adressat der Erklärung (der Empfänger des Kataloges) sind bestimmt. Demnach enthält das Angebot bereits alle regelungsbedürftigen Punkte des angestrebten Vertrages. Zweifelhaft ist jedoch, ob das Versandhändler "Zalando" auch eine rechtliche Bindung durch das Zusenden der Newsletter erklärt hat. Aus der Art und Weise, wie Versandhändler und deren Kunden miteinander zu verfahren pflegen, lässt sich auf das Vorhandensein bzw. Fehlen des Rechtsbindungswillens schließen. Durch das Zusenden von Newslettern zeigen Versandhändler lediglich die Bereitschaft, Kaufverträge abzuschließen, verbunden mit der Aufforderung an die Kunden, ihrerseits bindende Angebote zum Abschluss von Kaufverträgen an den Versandhändler zu richten. Angebote geben erst die Kunden ab, indem sie die in aller Regel die Homepage des Versandhändlers abrufen und dort die Ware bestellen. Der Versandhändler entscheidet dann darüber, ob es das Angebot des Kunden annimmt und damit den Vertrag zustande kommen lässt. Das ergibt sich unter anderem daraus, dass der Versandhändler nur begrenzte Lagerbestände hat und diese vor Vertragsschluss prüfen möchte, um sich im Falle der Nichtverfügbarkeit von Produkten nicht Schadensersatzansprüchen der Kunden auszusetzen. Im Hinblick auf den zu erörternden Sachverhalt kommt man somit zu folgendem Ergebnis: Indem der Versandhändler "Zalando" Newsletter an mögliche Kunden verschickt, gibt es keine bindenden Angebote zum Abschluss von Verträgen ab. Es fordert die Adressaten lediglich dazu auf, ihrerseits bindende Angebote abzugeben. Von Seiten des Versandhändlers "Zalando" ist jedenfalls keine Erklärung mit Rechtsbindungswillen abgegeben worden.

Nicht mehr allzu schwierig ist damit die Frage zu beantworten, ob mit Preisauszeichnungen versehene **Schaufensterauslagen** bindende Angebote zum Abschluss von Kaufverträgen sind. Es ist davon auszugehen, dass die Ausstellenden nicht den Willen haben, sich bereits mit der mit Preisen versehenen Schaufensterauslage in der Weise zu binden, dass beliebige kaufwillige Personen durch ihre Annahmeerklärung einen Kaufvertrag zustande kommen lassen können. Die Ausstellenden bringen also keinen Rechtsbindungswillen zum Ausdruck. Schon aus den Umständen ergibt sich, für Interessenten erkennbar, dass die Veräußerer von Waren wegen der beschränkten Anzahl der vorhandenen Waren es nicht jeder der aus der Vielzahl der durch die werbenden Auslagen angesprochenen Personen überlassen möchten, durch ihre Annahmeerklärung einen Vertrag über die Ware herbeizuführen und damit eine Lieferungsverpflichtung zu begründen.¹⁹ Schaufensterauslagen sind also, auch wenn sie mit einer Preisauszeichnung versehen sind, keine bindenden Angebote.²⁰

Fall: K sieht in dem Ausstellungsfenster der Galerie G ein Bild des Malers M, das mit einem Preis von € 2.800,— ausgezeichnet ist. K meint, der Preis sei besonders günstig. Er betritt die Galerie und sagt zu dem Inhaber G, er (K) nehme das Bild des Malers M, das im Fenster ausgestellt sei, zu dem angegebenen Preis. G entgegnet, das Bild gefalle ihm inzwischen so gut, dass er es selbst behalten und nicht veräußern wolle. K besteht darauf, dass G ihm das Bild gegen Zahlung von € 2.800,— aushändigt. Zu Recht?

¹⁹ So FLUME, § 35 I 1.

²⁰ So die herrschende Meinung, vgl. u.a.; BGH NJW 1980, [1388](#); MünchKomm/BUSCHE, BGB § 145 Rn. [11](#).; JAUERNIG/MANSEL, § 145 Rn. [3](#).

Lösung:

K könnte gegen G einen Anspruch aus § 433 Abs. 1 darauf haben, dass G ihm das Bild übergibt und das Eigentum daran verschafft. Voraussetzung dafür, dass K einen solchen Anspruch hat, ist, dass zwischen K und G ein *Kaufvertrag* abgeschlossen worden ist. Ein Kaufvertrag ist zwischen K und G nur zustande gekommen, wenn der eine ein *Angebot* zum Abschluss eines Kaufvertrages gemacht hat, das der andere *angenommen* hat. Fraglich ist, ob in dem Ausstellen des mit einem Preis ausgezeichneten Bildes ein bindendes Angebot des G an eine Vielzahl möglicher Kunden zu sehen ist. Ein Angebot liegt nur vor, wenn der Ausstellende objektiv seinen Rechtsbindungswillen zum Ausdruck gebracht und subjektiv mit Handlungswillen und (zumindest potentiell) Erklärungsbewusstsein gehandelt hat. Fehlt es daran, handelt es sich bei der mit einem Preis ausgezeichneten Schaufensterauslage lediglich um eine Aufforderung an den Kunden, in Vertragsverhandlungen mit G einzutreten. Oft wird klar erkennbar sein, "dass der Erklärende wegen der Beschränktheit der angebotenen Waren oder Leistungen es nicht jedem aus dieser Vielzahl überlassen kann, durch seine Erklärung einen Vertrag über die Ware oder Leistung herbeizuführen und damit die Lieferungs- oder Leistungsverpflichtung zu begründen";²¹ ist dies der Fall, so lässt sich daraus auf das Fehlen des Rechtsbindungswillens des Ausstellenden schließen. Der Ausstellende hat also kein bindendes Angebot abgegeben, sondern lediglich eine Aufforderung an eine Vielzahl von Personen gerichtet, ihrerseits bindende Angebote abzugeben.

Im zu erörternden Fall ist demnach erkennbar, dass G mit dem Ausstellen des mit einem Preisschild versehenen Bildes kein bindendes Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrages abgeben wollte. Es existiert also kein Angebot, das K hätte annehmen können.

In der Erklärung des K, er wolle das ausgestellte Bild zum Preise von € 2.800,— erwerben, ist allerdings ein an G gerichtetes Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrages zu sehen. Dieses Angebot des K hat G allerdings nicht angenommen. Ein Vertrag ist also nicht zustande gekommen. K kann deshalb von G nicht Übergabe und Überweisung des Bildes gemäß § 433 Abs. 1 verlangen.

Umstritten ist, ob das **Aufstellen von Waren in einem Selbstbedienungsladen** ein bindendes Angebot ist. Bejaht man dies, so kommt der Kaufvertrag zwischen dem Kunden und dem Verkäufer zustande, wenn der Kunde die Ware an der Kasse vorlegt und damit – wenn nicht ausdrücklich, dann jedenfalls konkludent – die Annahme erklärt.²² Sieht man in dem Aufstellen der Waren indes kein Angebot, sondern lediglich die Aufforderung an mögliche Kunden, ihrerseits Angebote abzugeben, so ist das Vorlegen der Waren an der Kasse ein Angebot des Kunden zum Abschluss eines Kaufvertrages.²³

Maßgeblich ist auch hier, ob objektiv ein Rechtsbindungswille erklärt worden ist. Danach spricht vieles dafür, in Warenauslagen in Selbstbedienungsläden kein Angebot, sondern lediglich eine invitatio ad offerendum zu sehen. Denn der Inhaber des Selbstbedienungsladens dürfte kaum den Willen haben, mit dem Aufstellen der Waren ein bindendes Angebot abzugeben. Wäre dies so, dann würde allein der Kunde darüber entscheiden, ob und wann ein Vertrag zustande kommt. Das hätte zur Folge, dass

²¹ So im Ergebnis MünchKomm/BUSCHE, BGB § 145 Rn. 12; DIETRICH, DB 1972, 957 ff.; BGHZ 66, 51, 55 f.

²² So GRÜNEBERG/ELLENBERGER, § 145 Rn. 8; MEDICUS, AT, Rn. 363; STAUDINGER/BORK, § 145 Rn. 7.

²³ MünchKomm/BUSCHE, BGB § 145 Rn. 12; DIETRICH, DB 1972, 957 ff.; BGHZ 66, 51, 55 f.

der Inhaber des Geschäfts und seine Mitarbeiter keine Möglichkeit mehr hätten, das Zustandekommen eines Vertrages mit einer Person, die als Vertragspartner unerwünscht ist (etwa weil sie zahlungsunfähig ist), zu verhindern. In der Regel wird dem Aufstellen von Waren durch den Inhaber des Ladens kein Rechtsbindungswille beizumessen sein. Außerdem dürfte der Kunde kaum etwas rechtlich Erhebliches – nämlich eine Annahme, die zum Abschluss eines Vertrages führt – erklären wollen, wenn er die Ware aus dem Regal nimmt und in den Korb oder Einkaufswagen legt.²⁴ Da dies für den Ladeninhaber objektiv erkennbar ist, ist auch auf Seiten des Kunden der Rechtsbindungswille zu verneinen. Denn die Erfahrung zeigt, dass Kunden häufig Waren aus dem Regal nehmen und in den Korb legen, die sie später wieder zurückstellen; das geschieht in dem Bewusstsein, dies ohne Zustimmung des Inhabers oder seiner Mitarbeiter tun zu dürfen. Da also der Ladeninhaber bei dem Aufstellen von Waren in einem Selbstbedienungsladen keinen Rechtsbindungswillen zum Ausdruck bringt, gibt er kein bindendes Angebot ab. Der Kunde macht vielmehr ein Angebot zum Abschluss eines Vertrages, wenn er die Ware an der Kasse vorlegt. Die Annahme wird im Zweifel von dem Inhaber oder für ihn durch seine Mitarbeiter mit dem Feststellen des Rechnungsbetrages erklärt.²⁵ Wird der Vertragsschluss vom Ladeninhaber an der Kasse noch abgelehnt, kommt also kein Vertrag zustande.

4. Die Annahme eines Angebots

a) Die rechtzeitige Annahme

Hat jemand demjenigen, mit dem er einen Vertrag abschließen will, ein entsprechendes Angebot unterbreitet, so entscheidet derjenige, an den sich das Angebot richtet, darüber, ob der Vertrag zustande kommt. Lehnt er das Angebot ab, entsteht kein Vertrag zwischen ihm und dem Anbietenden. Nimmt er das Angebot an, so entsteht zwischen ihm und dem Anbietenden der von beiden Personen gewollte Vertrag.

Wie jede Willenserklärung setzt auch die Annahmeerklärung den objektiv erklärten Willen zur rechtlichen Bindung (den Rechtsbindungswillen) voraus.

Annahmeerklärungen werden im täglichen Leben oft konkludent abgegeben.²⁶ Eine Annahmeerklärung, die konkludent abgegeben wird, setzt stets ein Verhalten voraus, das zweifelsfrei erkennen lässt, dass der Adressat des Angebots den Vertrag als abgeschlossen ansieht.

Die Annahme kann nur so lange wirksam erklärt werden, wie das Angebot bindend ist. Derjenige, der das Angebot abgegeben hat, ist gemäß § 145 an seinen Antrag gebunden und infolgedessen in seiner Dispositionsfreiheit im Hinblick auf den Gegenstand des angestrebten Vertrages beschränkt. Aus diesem Grunde setzt das Gesetz dem Adressaten des Angebots relativ kurze Fristen, innerhalb derer er das Angebot annehmen kann.

Gemäß § 146 erlischt das Angebot, wenn der Empfänger das Angebot ablehnt oder die Annahme nach den §§ 147 bis 149 nicht rechtzeitig gegenüber dem Antragenden erklärt. Dies hat zur Folge, dass ein Vertrag nicht mehr zustande kommen kann.

²⁴ Ebenso BGH NJW 2011, 2871 Rn. 15.

²⁵ Ebenso noch PALANDT/HEINRICHS, 61. Aufl. 2002, § 145 Rn. 8; vgl. auch BGH NJW 2011, 2871 zum Abschluss des Kaufvertrags an Selbstbedienungs-Tankstellen.

²⁶ Vgl. oben das **Beispiel** unter § 4 III. 1.

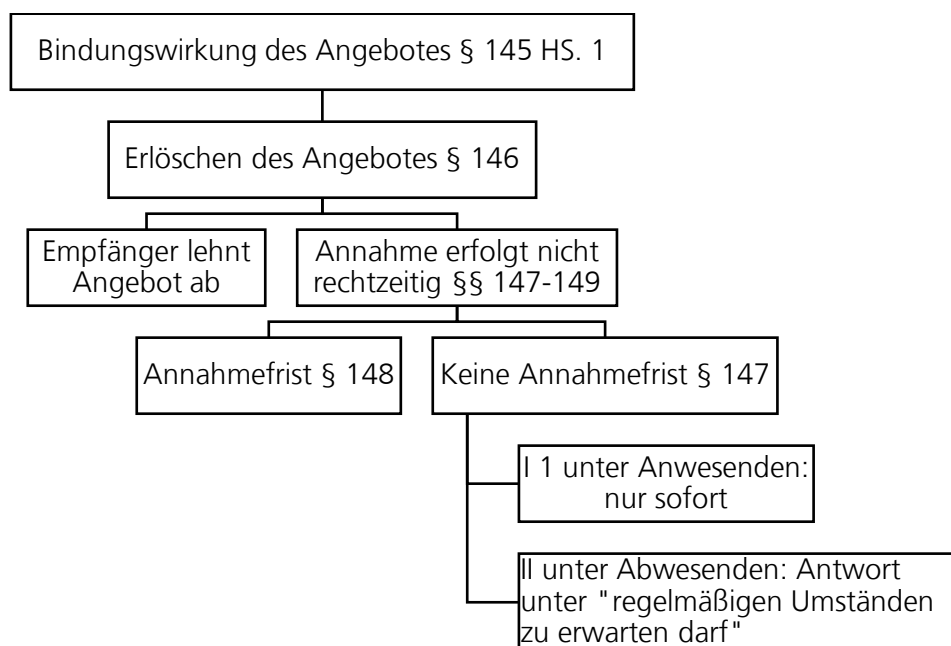
Zur Frage, bis zu welchem Zeitpunkt ein Angebot angenommen werden kann, ist zu unterscheiden zwischen

- einem Angebot, das unter Anwesenden abgegeben wird,
und
- einem Angebot, das unter Abwesenden gemacht wird.

Gemäß § 147 Abs. 1 kann ein unter *Anwesenden* gemachtes Angebot nur sofort angenommen werden. Ein telefonisch abgegebenes Angebot gilt als Angebot unter Anwesenden (§ 147 Abs. 1 S. 2). Es kann also nur sofort angenommen werden.

Ein an einen *Abwesenden* gerichtetes Angebot kann bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, in dem der Antragende die Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf (so § 147 Abs. 2). Das bedeutet auch: Wer für die Übermittlung seiner Willenserklärung einen schnellen Weg wählt, wie z.B. eine E-Mail, einen Instant-Messenger oder ein Online-Bestellformular, kann in einem solchen Fall in der Regel erwarten, dass der Empfänger sich eines gleich schnellen Nachrichtenträgers bedient. Im Übrigen setzt sich die gesetzliche Annahmefrist i.S. des § 147 Abs. 2 als eine einheitliche Frist zusammen aus

- der Zeit, die benötigt wird, um das Angebot zum Empfänger zu befördern,
- dem Zeitraum, den der Empfänger zur Bearbeitung einschließlich Überlegung benötigt
- und der Zeit, in der die Annahmeerklärung zum Antragenden transportiert wird.²⁷



²⁷ Vgl. STAUDINGER/BORK, § 147 Rn. [10](#).

Bei der Berechnung dieser Frist ist von einem normalen Zugang des Angebots beim Empfänger i.S. des § 130 und insbesondere davon auszugehen, dass dieser die notwendigen Empfangsvorkehrungen²⁸ getroffen hat. Dem Empfänger ist eine normale Bearbeitungsdauer des Angebots zuzubilligen. So müssen z.B. bei Geschäftsleuten gegebenenfalls Geschäftszeiten und arbeitsfreie Tage berücksichtigt werden.²⁹

Beispiel: A und B stehen seit Jahren in ständigen Geschäftsbeziehungen zueinander. Dem A ist bekannt, dass sich B – ein begeisterter Jäger – stets von Freitag bis Sonntagabend auf seinem Jagdgelände aufhält. Wenn A dem B ein schriftliches Kaufvertragsangebot unterbreitet, das an einem Freitag in die Geschäftsräume des B zugestellt wird, so fragt es sich, ob die vorübergehende Abwesenheit des B bei der Berechnung der Annahmefrist zu berücksichtigen ist.

Grundsätzlich kann der Antragende davon ausgehen, dass der Empfänger Anstalten getroffen hat, um die Geschäftspost auch an einem Freitag zu empfangen und zu bearbeiten. Deswegen muss der Freitag als Werktag regelmäßig in die Berechnung der Annahmefrist einbezogen werden. Der Umstand, dass am Freitag noch Geschäftspost zugestellt und erledigt werden kann, trifft allerdings ausnahmsweise im zu erörternden Fall für B nicht zu. Er ist von Freitag bis Sonntagabend stets ortsabwesend. Diesen besonderen Umstand muss man, wenn er dem Antragenden bekannt ist, den regelmäßigen Umständen gleichsetzen.³⁰ Demnach ist zu berücksichtigen, dass bei B eine Zustellung zwar noch am Freitag möglich ist, aber mit einer Kenntnisnahme der eingehenden Geschäftspost erst am darauffolgenden Montag gerechnet werden kann. In einem solchen Fall verlängert sich die Annahmefrist. Der Zeitraum, den B für die Überlegung und Beantwortung benötigt, beginnt erst am Montag, so dass sich die Annahmefrist insgesamt entsprechend verlängert.

Nach § 148 kann der Antragende für die Annahme eine Frist setzen. Geht die Annahmeerklärung dem Antragenden nicht innerhalb der bestimmten Frist zu (und wird damit gemäß § 130 wirksam), ist sie verspätet.

b) Die verspätete Annahme

Die verspätete Annahme kann nicht zum Vertragsschluss führen, weil das Angebot erloschen, also kein annahmefähiges Angebot mehr vorhanden ist (§ 146). Da aber in der verspäteten Annahme der Wille des Empfängers zum Vertragsschluss seinen Niederschlag gefunden hat, deutet § 150 Abs. 1 die Annahmeerklärung des Empfängers fiktiv um in ein neues Angebot, das nun der Empfänger an den zuerst Antragenden richtet.³¹ Ein Vertrag kommt allerdings nur dann zustande, wenn derjenige, dessen Angebot seine Wirkung verloren hat und der nun Empfänger des Angebots i.S. des § 150 Abs. 1 ist, seinerseits eine wirksame Annahmeerklärung abgibt.

§ 146 Angebot **erlischt**



§ 150 Abs.1 neues Angebot des ursprünglich Annehmenden

²⁸ Vgl. oben § 3 II. 2.

²⁹ Vgl. STAUDINGER/BORK, § 147 Rn. 12.

³⁰ Vgl. STAUDINGER/BORK, § 147 Rn. 12.

³¹ Vgl. STAUDINGER/BORK, § 150 Rn. 4.

Es wird auch die Meinung vertreten, die Regel des § 150 Abs. 1 sei als widerlegbare Vermutung aufzufassen, der zufolge der konkrete Geschäftswille des Akzeptanten fortbestehe und deshalb die verspätete Annahme in ein neues Angebot umgedeutet werden könne; um keine lebensfremden Anforderungen zu stellen, werde man schon das Schweigen auf die als Gegenofferte behandelte Annahme als Einverständnis zum Vertragsschluss werten können, wenn keine Umstände vorlägen, die im "Klarheitsinteresse des Akzeptanten den Zugang einer ausdrücklichen Annahmeerklärung erforderten".³² Dass das Schweigen auf eine Willenserklärung nicht ohne weiteres als Willenserklärung gewertet werden darf, wird noch darzustellen sein.³³ Deshalb ist in der Regel davon auszugehen, dass die verspätete Annahme als neues Angebot i.S. des § 150 Abs. 1 anzusehen ist, das nur dann zum Vertragsschluss führt, wenn es – und sei es gemäß § 151 – durch Abgabe einer Willenserklärung angenommen wird.

Fall: V, der mit Lastkraftwagen handelt, weiß, dass K dringend einen gebrauchten LKW erwerben möchte. Er richtet deshalb am 20.6.2023 eine E-Mail an K, in der er ihm einen gebrauchten LKW, Marke X, Baujahr 2015, zum Preis von € 10.000,— anbietet. Drei Wochen nach Erhalt der E-Mail schickt K einen Brief an V, in dem er mitteilt, er nehme das Angebot an. Dieser Brief geht dem V am 15.7.2023 zu. V hat indes den LKW, nachdem er drei Wochen lang vergeblich auf eine Antwort des K gewartet hatte, am 12.7.2023 anderweitig veräußert. Ist zwischen V und K ein Kaufvertrag zustande gekommen?

Aufgabe 2:

Untersuchen Sie diese Frage schriftlich. Vergleichen Sie Ihre Ausführung anschließend mit der Lösung am Ende dieser Kurseinheit!

§ 149 regelt den Sonderfall, dass eine Annahmeerklärung rechtzeitig abgesandt worden ist, dieselbe dem Empfänger aber wegen unregelmäßiger Beförderung nicht rechtzeitig (verspätet) zugegangen ist und der Antragende (der Empfänger der Annahmeerklärung) dies erkennen musste. In dieser Situation tritt ein Schwebezustand ein, der alternativ beendet werden kann:

- Entweder zeigt der Antragende (der Empfänger der Annahmeerklärung) die Verspätung dem Annehmenden unverzüglich (das bedeutet nach § 121 Abs. 1: ohne schuldhaftes Zögern) an; das hat zur Folge, dass die Annahmeerklärung verspätet und das ursprüngliche Angebot erloschen ist. Die verspätete Annahme gilt allerdings nun als neues Angebot i.S. des § 150 Abs. 1;
- oder der Antragende äußert sich nicht, oder er verzögert die Absendung der Verspätungsanzeige. In diesem Fall wird die Verspätung der Annahmeerklärung fiktiv ("gilt") beseitigt; es kommt zum Vertragsschluss durch verspätete Annahmeerklärung (§ 149 S. 2), allerdings nicht zu einem früheren, der rechtzeitigen Annahme entsprechenden Zeitpunkt.³⁴

³² So HILGER, AcP 185 [1985], 559, 584.

³³ Vgl. unten § 5 II.

³⁴ Vgl. STAUDINGER/BORK, § 149 Rn. 11.

Ob man in Anlehnung an Wortlaut und Systematik des Gesetzes davon ausgeht, dass im Fall des § 149 S. 2 in Durchbrechung des Grundsatzes aus § 150 Abs. 1 ein echter Konsens gebildet wird oder ob man in § 149 S. 2 eine Schadensersatznorm (einen Schadensersatzanspruch auf Naturalleistung) sieht, kann in der Regel dahingestellt bleiben.³⁵

c) Die Annahme unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Änderungen

Nimmt derjenige, an den sich das Angebot richtet, dasselbe nicht vorbehaltlos an, so ergeben sich die Folgen dieses Verhaltens aus § 150 Abs. 2. Danach ist eine Erklärung, die das Angebot nicht ohne jeden Vorbehalt akzeptiert, sondern Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstige Änderungen des Angebots enthält, nicht als Annahme zu werten. Eine solche Erklärung gilt vielmehr gemäß § 150 Abs. 2 als Ablehnung des gemachten Angebots und als ein neues Angebot, das nunmehr allerdings der Adressat des ersten Angebots an denjenigen richtet, der das erste Angebot unterbreitet hat.

Fall: B will dem K einen PKW verkaufen. Er sagt zu K, er wolle ihm ein bindendes Angebot machen: K könne einen PKW der Marke X, Typ Florida, für € 18.000,— kaufen. K antwortet, er sei einverstanden, allerdings müsse B ihm für diesen Preis noch einige Extras, nämlich beheizbare Heckscheibe, Fußmatten und Nebelschlussleuchten mitliefern.

Ist zwischen B und K ein Vertrag zustande gekommen?

Lösung:

B und K haben einen Vertrag abgeschlossen, wenn sie sich durch Angebot und Annahme geeinigt haben. B hat dem K ein bindendes Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrages gemacht. Das Angebot war so konkret, dass K es durch ein bloßes "Ja" hätte annehmen können. Fraglich ist allerdings, ob K das Angebot angenommen hat. Er fordert, B solle ihm zu dem genannten Preis (€ 18.000,—) noch eine Reihe von Extras mitliefern. Da dieses Verlangen über den Inhalt des von B gemachten Angebots hinausgeht, handelt es sich um eine Erweiterung i.S. des § 150 Abs. 2. Daraus folgt: Die Erklärung des K ist keine Annahmeerklärung, sondern eine Ablehnung des von B gemachten Angebots, verbunden mit einem Angebot, das nun K an B richtet und das wie folgt aussieht: K möchte den von B bezeichneten PKW zum Preis von € 18.000,— erwerben; die genannten Extras sind im Preis enthalten. Ob ein Kaufvertrag zustande kommt, hängt nun von B ab. Er kann das von K gemachte Angebot durch eine entsprechende Erklärung annehmen. Da B keine Annahmeerklärung abgegeben hat, ist ein Vertrag nicht zustande gekommen.

d) Die vereinfachte Annahme eines Angebots gemäß § 151 BGB

Die Annahmeerklärung, mit der jemand das von einem anderen an ihn gerichtete Angebot zum Abschluss eines Vertrages annimmt und damit den Vertrag entstehen

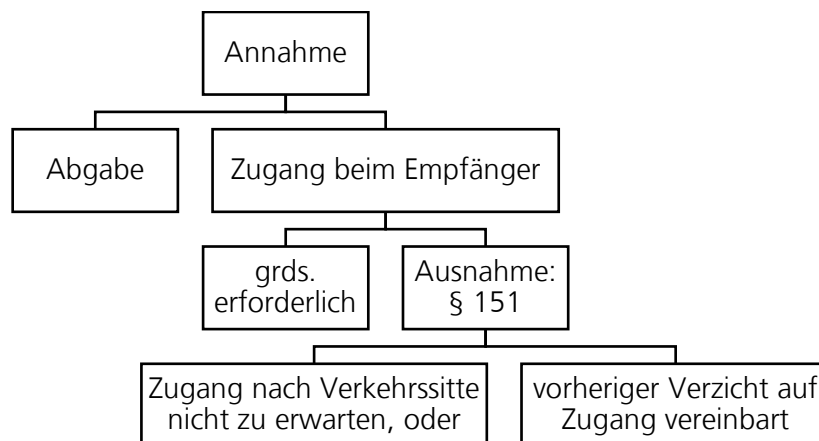
³⁵ Siehe dazu ausführlich HILGER, AcP 185 [1985], 559 ff.

lässt, ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Das bedeutet: Die Annahmeerklärung wird erst wirksam, wenn sie dem Empfänger, also demjenigen, der das Angebot gemacht hat, **zugeht**. Von dieser grundsätzlichen Regelung macht das Gesetz allerdings in § 151 eine wesentliche Ausnahme.

Satz 1 des § 151 bedeutet: Ein Vertrag entsteht auch unter den dort genannten Voraussetzungen nur durch Angebot und Annahme, die Annahmeerklärung wird aber wirksam, ohne dass sie dem Anbietenden zugegangen ist, wenn

- derjenige, der das Angebot gemacht hat, **nach der Verkehrssitte nicht erwarten kann**, dass ihm gegenüber die Annahme erklärt wird, oder
- derjenige, der das Angebot gemacht hat, darauf **verzichtet** hat, dass die Annahme ihm gegenüber erklärt wird. Die Verzichtserklärung bedarf keiner Form. Sie kann auch durch konkludentes Verhalten abgegeben werden.³⁶

Unter *Verkehrssitte* ist das zu verstehen, was sich im Handelsverkehr oder im bürgerlichen Rechtsleben als eine allgemeine oder in bestimmten Kreisen bestehende tatsächliche Gepflogenheit herausgebildet hat. Sie ist eine Verhaltensregel, die aus tatsächlicher Übung bei ähnlichen Geschäften abgeleitet werden kann.³⁷



Wichtig: Wenn man den Gesetzeswortlaut des § 151 BGB „...Annahme dem Antragenden gegenüber nicht erklärt werden braucht...“ nur überfliegt, könnte man auf die Idee kommen, dass sogar auf die Annahmeerklärung verzichtet wird. Dies ist ein häufig gemachter Fehler in Anfängerklausuren. Es handelt sich nur um Ausnahmefälle, bei denen eine Annahmeerklärung nicht erwartet wird. Die Annahme ist unter den oben genannten Voraussetzungen eine **nicht empfangsbedürftige Willenserklärung**. Verzichtet der Empfänger i.S. des § 151, so ist dies kein Verzicht auf die Erklärung oder die Erklärungsbedürftigkeit, sondern lediglich auf die Empfangsbedürftigkeit.³⁸ Merken (und unterstreichen) Sie sich deshalb das Wort, „gegenüber“.

³⁶ Vgl. STAUDINGER/BORK, § 151 Rn. 11.

³⁷ BeckOK/WENDTLAND, BGB § 133 Rn. 27; BeckOK/H.-W. ECKERT, BGB § 151 Rn. 7.

³⁸ Vgl. BREHMER, JuS 1994, 386 ff.

Mit dem gemäß § 151 abgegebenen Angebot übernimmt derjenige, der es macht, das Risiko, dass er zunächst darüber im Ungewissen bleibt, ob der Vertrag durch eine Annahmeerklärung des Empfängers zustande gekommen ist. Will der Antragende diese Unsicherheit vermeiden, muss er auf einer empfangsbedürftigen Annahmeerklärung bestehen.³⁹

Ob die Empfangsbedürftigkeit der Annahmeerklärung gemäß § 151 wegen Verzichts oder entsprechender Verkehrssitte entbehrlich ist, dürfte in vielen Einzelfällen schwer zu entscheiden sein. In manchen der Fälle, in denen eine Verzichtserklärung des Empfängers nicht festgestellt werden kann, dürfte die Empfangsbedürftigkeit der Annahmeerklärung wegen einer entsprechenden Verkehrssitte entfallen.⁴⁰

Auch wenn die Annahme des Angebots dem Antragenden nicht zugehen muss, so muss sie doch **erklärt werden**, um wirksam zu werden, also nach außen erkennbar sein. Es handelt sich demnach *nicht* um einen Fall, in dem das bloße Stillschweigen als Willenserklärung gilt.

Man kann deshalb auch sagen: Unter den in § 151 genannten Voraussetzungen wird eine Annahmeerklärung wirksam, wenn der Wille des Annehmenden nach außen deutlich in Erscheinung tritt; das kann auch durch eine eindeutige Betätigung des Annahmewillens geschehen. Die Annahme i.S. des § 151 ist häufig in Erfüllungs- bzw. Aneignungs-, Gebrauchs- oder Verbrauchshandlungen zu erblicken

In welchen Handlungen eine ausreichende Betätigung des Annahmewillens zu sehen ist, kann nur in Würdigung des konkreten Einzelfalles entschieden werden. Dabei ist nach Auffassung des BGH⁴¹ mangels Erklärungsbedürftigkeit der Willensbetätigung nicht auf den Empfängerhorizont abzustellen; es soll vielmehr darauf ankommen, ob das Verhalten des Angebotsadressaten aufgrund aller äußeren Indizien auf einen "wirklichen Annahmewillen", der nach § 133 zu ermitteln ist, schließen lässt. Der BGH hält einen solchen Schluss regelmäßig dann für gerechtfertigt, wenn der Anbietende dem Angebotsempfänger eine mit der Erfüllung des angestrebten Vertrages zusammenhängende, den Anbietenden beeinträchtigende Handlung nur für den Fall der Annahme des Angebotes, also des Vertragsschlusses, gestattet und der andere Teil diese Handlung vornimmt, ohne das Angebot durch eine nach außen erkennbare Willensäußerung abzulehnen.

Beispiel (nach BGHZ 111, 97): Das Unternehmen U bietet dem Geschäftsführer A den Abschluss eines Abfindungsvertrages an und überreicht A zum Zwecke der Vertragserfüllung einen Scheck mit der Maßgabe, dieser dürfe nur bei Annahme des Vertragsangebotes eingelöst werden; gleichzeitig verzichtet U auf den Zugang einer ausdrücklichen Annahmeerklärung seitens des A. In der widerspruchsfreien Einreichung des Schecks bei einer Bank zur Einziehung ist die Annahmeerklärung des A auf das Angebot des U auf Abschluss des Abfindungsvertrages zu sehen.

³⁹ FLUME, § 35 II 3.

⁴⁰ Vgl. STAUDINGER/BORK, § 151 Rn. 6 ff.

⁴¹ BGHZ 111, 97, [101](#).

Fall: B liest in einer Zeitungsannonce, dass das Versandhaus "EasyGo" Winterreifen zum Stückpreis von € 80,— liefert. B bestellt schriftlich vier Reifen und bittet um sofortige Zusendung. Das Versandhaus "EasyGo" versendet die Reifen mit der Post an B. Unmittelbar nach der Absendung erfährt die Geschäftsleitung, dass sämtliche Konkurrenzunternehmen die gleichen Reifen nur noch für € 85,00 pro Stück verkaufen. Daraufhin weist sie die Post an, ab sofort keine Reifensendungen des Versandhauses an die Kunden mehr auszuliefern. Deshalb unterbleibt auch die Auslieferung an B. Ist zwischen B und dem Versandhaus "EasyGo" bereits ein Kaufvertrag zustande gekommen, aufgrund dessen B gemäß § 433 Abs. 1 auf Lieferung bestehen kann?

Lösung:

Ein Vertrag zwischen B und dem Versandhaus "EasyGo", aus dem B gemäß § 433 Abs. 1 auf Leistung bestehen kann, ist nur zustande gekommen, wenn einer dem anderen ein entsprechendes Angebot gemacht und der andere dieses Angebot angenommen hat. Fraglich ist, ob die Zeitungsannonce ein Angebot darstellt. Die Zeitungsannonce richtet sich an eine Vielzahl von Personen. Dabei ist nach der Verkehrsanschauung erkennbar, dass das Versandhaus es wegen der beschränkten Anzahl der Waren, die es liefern kann, nicht einer beliebig großen Zahl von Interessenten überlassen will, durch ihre Erklärungen (Annahmeerklärungen) Kaufverträge entstehen zu lassen und damit Leistungsverpflichtungen des Versandhauses zu begründen. Da das Versandhaus sich mit der Zeitungsannonce nicht binden will und dies auch erkennbar ist, liegt kein Angebot vor. Die Zeitungsannonce ist vielmehr lediglich eine Aufforderung an Interessierte, ihrerseits Angebote an das Versandhaus "EasyGo" zu richten. In der Bestellung, die B an das Versandhaus geschickt hat, ist ein Angebot zu sehen. Zu prüfen ist, ob das Versandhaus "EasyGo" dieses Angebot bereits angenommen hat und damit den Vertrag entstehen ließ. Dem B ist keine Annahmeerklärung zugegangen. Unter den in § 151 genannten Voraussetzungen kann eine Annahmeerklärung auch ohne Zugang wirksam werden. Das Versandhaus müsste allerdings eine Annahme durch eine unzweideutige Betätigung des Annahmewillens erklärt haben. Spätestens dadurch, dass das Versandhaus die Reifen verpackt, an B adressiert und der Post zur Zusendung übergeben hat, ist die Annahme **erkennbar erklärt** worden.

Der **Zugang** der Annahme ist gem. § 151 dann nicht erforderlich, wenn

- B darauf verzichtet hat, dass die Annahme ihm gegenüber erklärt wird,
- oder
- B nach der Verkehrssitte eine solche Erklärung nicht erwarten durfte.

Zunächst ist zu untersuchen, ob B darauf verzichtet hat, dass ihm gegenüber die Annahme erklärt wird. Ein solcher Verzicht könnte in seiner Bestellung mit enthalten sein. Nach der Verkehrsanschauung (der natürlichen Betrachtungsweise eines verständigen, unvoreingenommenen Beurteilers) enthält eine Bestellung der Art, wie B sie vorgenommen hat, einen Verzicht des Bestellers auf eine gesonderte Mitteilung der Annahmeerklärung. Das bedeutet: Der Vertrag kann durch die Betätigung des Annahmewillens seitens des Versandhauses, in der die Annahmeerklärung erkennbar wird, zustande kommen. Der Zugang der Annahmeerklärung bei B ist nicht erforderlich. Eine Betätigung des Annahmewillens durch das Versandhaus "EasyGo" ist jedenfalls in dem Absenden der Reifen an B zu sehen. Es ist deshalb ein Kaufvertrag

zum Stückpreis von € 80,— zwischen B und dem Versandhaus "Globus" zustande gekommen. Deshalb hat B einen Anspruch aus § 433 Abs. 1 auf Lieferung der Reifen zum Stückpreis von € 80,—.

Anders wäre der Fall zu beurteilen, wenn die Bestellung online erfolgen würde. Hier wird in die Bestellung gerade nicht ein Verzicht reingelesen werden können, da der Besteller nicht zweifelsfrei feststellen kann, wann der Versandhändler seinen Annahmewillen betätigt. Jedenfalls wäre hier aber auch in der Absendung der Ware eine Betätigung des Annahmewillens zu sehen.

5. Besonderheiten im elektronischen Geschäftsverkehr

Über die allgemeinen Pflichten beim Vertragsschluss hinaus treffen den Unternehmer weitere Pflichten, die er zu erfüllen hat, wenn er am elektronischen Geschäftsverkehr teilnimmt. Bedient sich der Unternehmer zum Zwecke des Abschlusses eines Vertrags über die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen digitaler Dienste, so hat er die in § 312 i und § 312 j (bei Verträgen mit Verbrauchern) aufgelisteten Pflichten zu erfüllen. Näheres dazu finden Sie in Kurseinheit 5 § 8.

IV. Der Vorvertrag

Ein Vorvertrag ist ein Vertrag, der die einklagbare Verpflichtung zur beiderseitigen Mitwirkung beim Abschluss des beabsichtigten Hauptvertrages zum Inhalt hat. Er ist ein schuldrechtlicher Vertrag, in dem die Verpflichtung zum späteren Abschluss eines in seinem äußeren Rahmen festgelegten Hauptvertrages übernommen wird. Er unterliegt als solcher den üblichen Regeln des Vertragsrechts.⁴²

Der Vorvertrag ist im BGB nicht geregelt. Seine Zulässigkeit ergibt sich aber aus der Privatautonomie.

Grundsätzlich ist der Vorvertrag formfrei. Ist der Hauptvertrag allerdings formbedürftig, so bedarf der Vorvertrag derselben Form wie der Hauptvertrag, weil sonst Sinn und Zweck der Formvorschriften, wie Beweis- und Warnfunktion, unterlaufen werden könnten.

Beispiel: V und K kommen mündlich überein, innerhalb von 14 Tagen einen notariell beurkundeten Kaufvertrag abzuschließen, in dem sich V verpflichten soll, ein in seinem Eigentum stehendes Grundstück zu einem Preis von € 130.000,— an K zu veräußern. Nachdem 14 Tage vergangen sind, ohne dass ein notariell beurkundeter Vertrag geschlossen wurde, fordert K den V auf, den Vertrag nunmehr abzuschließen. V weigert sich.

Einen Anspruch auf Abschluss des Vertrages mit dem besprochenen Inhalt hat K nur, wenn er mit V einen wirksamen Vorvertrag abgeschlossen hat.

Da der Hauptvertrag als ein Kaufvertrag über ein Grundstück gemäß § 311 b Abs. 1 der notariellen Beurkundung bedarf, muss auch der Vorvertrag notariell beurkundet werden, um wirksam zu sein. Da diese Form nicht gewahrt ist, ist der Vorvertrag gemäß § 125 nichtig.

Infolgedessen hat K auch keinen Anspruch auf Abschluss des Hauptvertrages (Kaufvertrag über das Grundstück).

⁴² BGHZ 1988 1261, [1261 f.](#); BeckOGK/Möslein, BGB § 145 Rn. [78](#).

Wenn der in Aussicht genommene Hauptvertrag in dem Vorvertrag inhaltlich bereits vollständig ausformuliert worden ist, kann derjenige, der den Abschluss des Hauptvertrages erzwingen will, dem anderen Teil ein Angebot zum Abschluss des Hauptvertrages unterbreiten. Weigert sich der andere Teil, das Angebot zum Abschluss des Hauptvertrages anzunehmen, kann der Antragende auf Abgabe der Annahmeerklärung klagen. Hat die Klage Erfolg, so wird die abzugebende Willenserklärung nach Rechtskraft des Urteils gemäß § 894 ZPO fingiert. Das stattgebende Urteil ersetzt also in diesem Fall die noch fehlende Willenserklärung!

V. Das Verschulden bei Vertragsschluss (*culpa in contrahendo*)

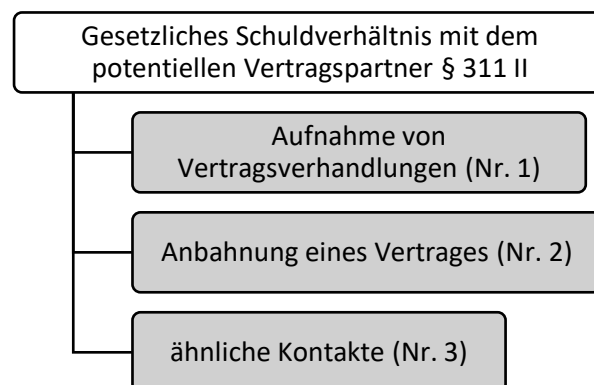
1. Überblick

Nebenpflichten aus § 241 Abs. 2, deren Verletzung eine Pflichtverletzung (i.S.v. § 280) darstellt, können bereits vor und sogar ganz ohne Vertragsschluss entstehen. Dabei ist zu unterscheiden zwischen

- einem Schuldverhältnis mit einem **potentiellen Vertragspartner** (§ 311 Abs. 2)
- und einem Schuldverhältnis mit einem **Dritten**, der nicht Vertragspartner werden will (§ 311 Abs. 3).

Mit der Eröffnung von Vertragsverhandlungen entsteht ein **vorvertragliches gesetzliches Schuldverhältnis im Sinne des § 311 Abs. 2 oder 3**, das den Beteiligten die Pflicht auferlegt, in ihrem Herrschaftsbereich alles zu unterlassen, was dem potentiellen Vertragsgegner Schaden zufügen könnte. Bei *schuldhafter* Verletzung dieser Pflichten (z.B. Schutz-, Obhut-, Unterrichtungs-, Aufklärungs- und Auskunftspflichten) hat der Verletzende gemäß § 280 Abs. 1 in Verbindung mit § 311 dem Geschädigten den entstandenen Schaden zu ersetzen. Zu beachten ist, dass das **vorvertragliche Schuldverhältnis** klar **vom Vorvertrag zu unterscheiden** ist!

§ 311 Abs. 2 beschreibt, unter welchen Voraussetzungen ein Schuldverhältnis mit den entsprechenden Pflichten aus § 241 Abs. 2 zwischen zwei potentiellen Vertragspartnern entstehen kann:

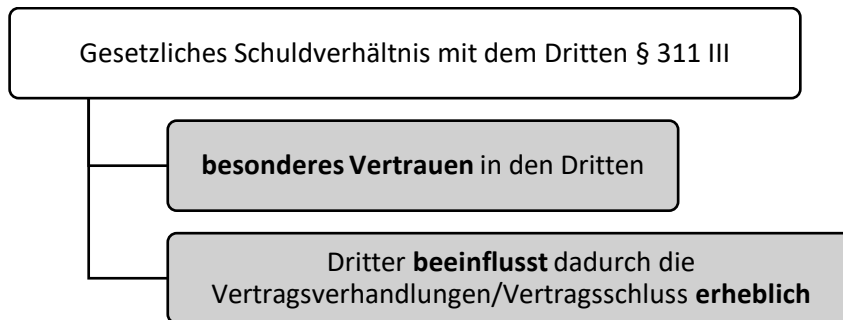


Beispiel: Kaufleute und Ingenieure der Unternehmen A (potentieller Auftragnehmer) und B (potentieller Besteller) verhandeln in den Geschäftsräumen von B über die Errichtung einer Chemieanlage auf dem Gelände von B. Damit hat die Aufnahme von Vertragsverhandlungen (§ 311 Abs. 2 Nr. 1) stattgefunden. Ein vorvertragliches Schuldverhältnis (§ 311 Abs. 2 Nr. 1) ist entstanden.

Beispiel für die Anbahnung eines Vertrages: K betritt das Kaufhaus V in der Absicht, möglicherweise dort Sportbekleidung zu kaufen. Damit hat die Anbahnung eines Vertrages (§ 311 Abs. 2 Nr. 2) begonnen.

Nach § 311 Abs. 3 kommt ein **Schuldverhältnis mit einem Dritten**, der nicht Vertragspartner werden soll und will, wie folgt zustande:

Der Dritte nimmt dem einen Vertragspartner gegenüber in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch und beeinflusst damit die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich.



Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der Stellvertreter des künftigen Vertragspartners oder ein den Vertrag Vermittelnder die eigentliche Vertrauensperson ist, auf deren besondere Sachkunde der Vertragschließende vertraut (sog. **Sachwalterhaftung**).

Beispiel: G, der Geschäftsführer der X-GmbH, verhandelt mit K über den Abschluss eines Vertrages zur Errichtung eines Eigenheimes samt Finanzierung desselben. Während der eigentliche Bauvertrag mit der X-GmbH zustande kommen soll, soll der Darlehensvertrag mit der B-Bank geschlossen werden. Dabei tritt G, von der B-Bank entsprechend bevollmächtigt, als deren Vertreter auf. G geriert sich als besonders sachverständig in Finanzierungsfragen und berät K eingehend. Indem G das besondere Vertrauen des K für sich in Anspruch nimmt, begründet er ein Schuldverhältnis mit den Pflichten nach § 241 Abs. 2 im Sinne des § 311 Abs. 3 mit K.

Verletzt ein an einem solchen Schuldverhältnis Beteiligter eine Pflicht im Sinne des § 241 Abs. 2, macht er sich gemäß § 280 schadensersatzpflichtig. Der zu ersetzende Schaden ist nach §§ 249 ff. zu berechnen. Einzelheiten der Schadensberechnung nach §§ 249 ff. werden im Schuldrecht AT behandelt.

2. Pflichten aus einem Schuldverhältnis zwischen potentiellen Vertragspartnern nach § 311 Abs. 2

a) Überblick

Wie soeben erwähnt, entstehen Pflichten zur gegenseitigen Rücksichtnahme nicht erst mit dem Abschluss des Vertrages. Sie können vielmehr schon mit der Aufnahme von Vertragsverhandlungen entstehen. Dieses auf "Gefahrenabwehr" gerichtete *vorvertragliche Schuldverhältnis* entsteht unabhängig von dem eventuell später geschlossenen Vertrag. Es wird landläufig auch als "**culpa in contrahendo (cic)**" bezeichnet.

Das vorvertragliche **gesetzliche** Schuldverhältnis entsteht in der Regel durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen oder durch die Anbahnung eines Vertrages. Im letzteren Fall kann das auf Schutz des Verhandlungspartners gerichtete, gesetzliche

Schuldverhältnis bereits entstehen, wenn jemand in den räumlichen Herrschaftsbereich eines anderen gerät. Zum Beispiel das Betreten eines Kaufhauses, um dort möglicherweise etwas zu kaufen.

Bis zum Vertragsschluss gelten die Pflichten aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis (§ 311 Abs. 2 Nr. 2), nach dem Abschluss des Vertrags die Pflichten aus dem Vertrag (§ 433 BGB).

b) Die einzelnen Pflichten aus dem Schuldverhältnis

(a) Überblick

Aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis zwischen den potentiellen Vertragspartnern im Sinne des § 311 Abs. 2 können sich insbesondere die folgenden Pflichten **i.S.v. § 241 Abs. 2** ergeben:

- Aufklärungs-, Informations-, Beratungs-, Auskunfts- und Hinweispflichten;
- Schutz-, Obhut- und Fürsorgepflichten.

Sofern in der Fallbearbeitung der Schadensersatz aus Verletzung einer vorvertraglichen Pflicht (§§ 280 I, 311 II, 241 II) zu prüfen ist, müssen die nachfolgenden Ausführungen unter dem Prüfungspunkt „Pflichtverletzung vor Zustandekommen des Vertrages“ angeführt werden. Bitte vergessen Sie dabei nicht die Herleitung der Pflichten über § 241 Abs. 2.

(b) Die Verletzung von Aufklärungs-, Auskunfts- und Beratungspflichten

Bei Vertragsverhandlungen trifft grundsätzlich jeden daran Beteiligten die Pflicht, den anderen über sämtliche Umstände aufzuklären, die für dessen Entschluss, den Vertrag abzuschließen, **von besonderer Bedeutung** sind. Das bedeutet nicht, dass die Parteien einander das gesamte Vertragsrisiko abnehmen müssen, indem sie sich gegenseitig darüber aufklären. Denn es ist davon auszugehen, dass es zunächst einmal die Sache jeder einzelnen Partei ist, sich über die allgemeinen Marktverhältnisse und die sich daraus ergebenden Chancen und Risiken zu informieren.

Nur ausnahmsweise ergibt sich aus "Treu und Glauben" (§ 242) eine besondere Aufklärungspflicht einer Partei gegenüber der Anderen, so z.B. dann, wenn besondere Umstände nur der einen Partei bekannt sind, diese jedoch weiß oder wissen muss, dass die Entscheidung der anderen Seite von deren Kenntnis beeinflusst werden kann.

Eine derartige Aufklärungspflicht kann sich z.B. beziehen auf solche Umstände, die der Gültigkeit des Vertrages entgegenstehen.

Beispiel: Hat der Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen den Verdacht, dass eine oder gar mehrere der von ihm verwandten Klauseln wegen Verstoßes gegen die §§ 305 ff. unwirksam sein könnten, so trifft ihn die schadensverhütende Schutzpflicht, den anderen Teil darüber aufzuklären. Hier liegt also eine Pflichtverletzung in Gestalt einer Aufklärungspflicht vor.

Aufklärungs- und Beratungspflichten können sich auch beim Abschluss eines Kaufvertrages ergeben, wenn der Verkäufer das Vertrauen des Kunden dadurch in Anspruch nimmt, dass er ihn berät.

Beispiel: Der W besichtigt im Geschäft des V mehrere Waschmaschinen. Von den vorgeführten Maschinen kauft er, nachdem er den V befragt hat, welches Gerät für ihn wohl das geeignete sei und V ihn auf das Modell XGL aufmerksam gemacht hat, ein solches, das die Wäsche bügeltrocken säubert. Als es geliefert wird, stellt sich heraus, dass W die Maschine in seiner 2-Zimmer-Wohnung nicht aufstellen kann, wovon er ausgegangen war. Sie muss wegen der hohen Drehzahl der Trommel auf einem Zementsockel befestigt werden, damit sie standfest ist. Das ist auch vom Hersteller in der Bedienungsanleitung aufgeführt. W und V hatten über den Standort der Maschine nicht gesprochen. W will sich vom Vertrag lösen. Grundsätzlich muss sich der Käufer selbst davon überzeugen, ob er den zu erwerbenden Gegenstand zweckentsprechend verwenden kann. Wenn jedoch die Kaufsache nicht wie üblich eingesetzt werden kann und besondere Vorkehrungen getroffen werden müssen, damit sie zweckentsprechend gebraucht werden kann, dann darf der Käufer, dem dieses nach den Umständen nicht bekannt zu sein braucht, darauf vertrauen, dass er vom Verkäufer unterrichtet wird. Indem V es unterließ, den W auf die besonderen Verwendbarkeitsvoraussetzungen der Waschmaschine aufmerksam zu machen, hat er daher eine ihm obliegende Aufklärungspflicht verletzt und damit eine Pflichtverletzung im Sinne der §§ 280, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 begangen.

(c) Der Abbruch von Vertragsverhandlungen

Schon während der Verhandlungen über den Abschluss eines Vertrages schuldet jeder Vertragspartner dem anderen im Hinblick auf das durch Vertragsverhandlungen begründete Schuldverhältnis (gemäß § 311 Abs. 2 Nr. 1) die zumutbare Rücksichtnahme auf dessen berechnete Belange; dazu gehört auch, dass er die Vertragsverhandlungen nicht grundlos, nämlich ohne triftigen Grund oder aus sachfremden Erwägungen, abbricht, wenn er zuvor das Vertrauen des anderen Teils, der Vertrag werde mit Sicherheit zustande kommen, erweckt hat. Ein *schuldhafter* Verstoß gegen diese Pflicht ist eine Pflichtverletzung nach §§ 280, 241 Abs. 2. Sie begründet die Verpflichtung, dem Verhandlungspartner den dadurch verursachten "Vertrauensschaden" zu ersetzen.⁴³

Versucht man, die Rechtsprechung des BGH zum Abbruch von Vertragsverhandlungen zusammenzufassen, so entsteht ein Anspruch aus culpa in contrahendo unter folgenden Voraussetzungen:

- Allein das zwischen den Verhandlungspartnern mit der Aufnahme von Vertragsverhandlungen entstandene Schuldverhältnis, das zu einer gegenseitigen zumutbaren Rücksichtnahme auf die berechneten Belange des anderen Teils verpflichtet, führt grundsätzlich noch nicht dazu, dass die Entschließungsfreiheit der Verhandlungspartner im Hinblick auf das Zustandekommen des Vertrages eingeengt ist. Ein anderes Ergebnis wäre mit dem Grundsatz der Vertragsfreiheit als Ausfluss der Privatautonomie unvereinbar.
- Allerdings entstehen stärkere Bindungen und Anforderungen für denjenigen, der durch sein Verhalten bei dem anderen Teil das Vertrauen geweckt und genährt hat, der Vertrag werde mit Sicherheit zustande kommen. Ist dies geschehen, gebieten es auch Treu und Glauben (§ 242 BGB), dass ein Vertragspartner dem anderen in angemessener Frist Klarheit darüber verschafft, ob er einen Vertrag mit dem in Aussicht genommenen Inhalt abschließen möchte oder nicht.

⁴³ BGH NJW 2004, [3779](#).

- Ist bei dem einen Teil erst einmal das Vertrauen darauf geweckt und genährt worden, der Vertrag werde mit Sicherheit zustande kommen, so dürfen die Vertragsverhandlungen nicht mehr grundlos, d.h. ohne triftigen Grund oder aus sachfremden Erwägungen abgebrochen werden.
- Es bleibt die Frage nach dem Verschulden dessen, der die Vertragsverhandlungen abgebrochen hat und deshalb in Anspruch genommen werden soll. Grundsätzlich muss die Pflicht zur Rücksichtnahme auf die berechtigten Belange des anderen Teils schuldhaft verletzt werden.

Das Verschulden des anderen, d.h. des in Anspruch genommenen Teils, kann darin liegen, dass er

- schuldhaft das Vertrauen des Verhandlungspartners geweckt und genährt hat, der Vertrag werde mit Sicherheit zustande kommen,
oder
- falls das Vertrauen des Verhandlungspartners darauf, der Vertrag werde mit Sicherheit zustande kommen, ohne Verschulden erweckt worden ist, so darf der Abbruch der Verhandlungen nicht grundlos, also nur noch aus triftigem Grund, d.h. aus nicht sachfremden Erwägungen erfolgen. Wer die Verhandlungen grundlos, d.h. ohne triftigen Grund abbricht, handelt deshalb *schuldhaft*.

Beispiel: P ist noch nicht entschlossen, ob sie den Vertrag so abschließen möchte, wie L dies wünscht. P muss sich deshalb bei den noch laufenden Vertragsverhandlungen so verhalten, dass bei L *nicht* der Eindruck erweckt oder genährt wird, der Vertrag werde mit Sicherheit zustande kommen. Denn ist dieses Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrages bei L erst einmal geschaffen worden, können die Verhandlungen nicht mehr ohne triftigen Grund abgebrochen werden. Wer dies dennoch tut, gerät in die Gefahr, Schadensersatz leisten zu müssen.

Aufgabe 3: Das Unternehmen A verhandelt mit dem Unternehmen B über den Abschluss eines Vertrages zur Errichtung einer schlüsselfertigen Anlage auf dem Betriebsgelände von B. Die Verhandlungen sind schon in einem fortgeschrittenen Stadium. Eine Einigung über den Preis ist allerdings noch nicht erzielt worden. Während A einen Preis von € 6,8 Mio. verlangt, will B nicht mehr als € 6,3 Mio. zahlen. B ist an einem baldigen Beginn mit dem Bau der Anlage interessiert. A benötigt einige Monate Vorlauf, um mit den Arbeiten beginnen zu können; u.a. müssen Verträge mit Zulieferern abgeschlossen und benötigte Materialien bestellt werden. Darauf weist A hin, als B trotz der noch ausstehenden Einigung über den Preis darauf drängt, mit den Arbeiten zu beginnen. In einem Schreiben der Geschäftsleitung von B an A heißt es u.a.:

"Wir bitten Sie angesichts der fortgeschrittenen Zeit, auf jeden Fall schon die Verträge mit den Zulieferern abzuschließen und die benötigten Materialien zu bestellen."

A kommt dieser Aufforderung nach und bestellt für € 700.000,— bei Zulieferern. Zwei Wochen später erfährt A, dass B mit einem ausländischen Unternehmen den Vertrag über die Anlage abgeschlossen hat, weil dieses einen Preis von € 5,9 Mio akzeptiert hatte. B weigert sich, die von A verlangten € 700.000,— an diese zu zahlen. Die von A von Zulieferern für € 700.000,— bezogenen und bezahlten Teile kann A nicht anderweitig verwerten.

Hat A gegen B einen Anspruch auf Zahlung von € 700.000,--?

Lösen Sie diese Aufgabe bitte in einem schriftlichen Gutachten und vergleichen Sie Ihre Ausführungen mit der Lösung am Schluss dieser Kurseinheit!

(d) Die Verletzung von Schutz-, Obhut- und Fürsorgepflichten

Ein Schuldverhältnis mit den daraus erwachsenden **Schutz- und Obhutpflichten** entsteht auch mit der Anbahnung eines Vertrages (§ 311 Abs. 2 Nr. 2). Aus einem solchen Schuldverhältnis folgt u.a. die Pflicht der Beteiligten, ihren jeweiligen räumlichen Herrschaftsbereich verkehrssicher zu gestalten. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass beide Seiten mit Vertragsverhandlungen beginnen wollen. Dazu genügt ein genereller, rein faktischer Wille, in Vertragsverhandlungen einzutreten.⁴⁴

Fall (Linoleumrollenfall nach RGZ 78, [239](#)): K betritt ein Kaufhaus, dessen Inhaber L ist, um eine Bodenvase auszusuchen und zu kaufen. Als er die Treppe vom Erdgeschoss in den 1. Stock benutzt, kippt eine am Treppengeländer von dem Angestellten G unvorsichtig aufgestellte Linoleumrolle um und stürzt auf den K, der davon am Kopf getroffen wird. K fällt die Treppe hinunter. Die Folgen sind eine schwere Gehirnerschütterung und ein zerrissener Anzug. K wird in ein Krankenhaus eingeliefert. Einen Kaufvertrag mit L kann er nicht mehr abschließen. K verlangt Schadensersatz (Ersatz der Arzt- und Krankenhauskosten und des Verdienstaufalles sowie für den zerrissenen Anzug) in Höhe von € 3.500,--. L legt die gut geführte Personalakte des G vor, aus der hervorgeht, dass G ein besonders guter und umsichtiger Angestellter ist. G ist zahlungsunfähig. Kann K von L Zahlung von € 3.500,-- verlangen?

Lösung:

- a) Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 2, 241 Abs. 2 wegen Verschuldens bei Vertragsschluss (culpa in contrahendo) i.V.m. § 278

K könnte gegen L einen Anspruch auf Zahlung von € 3.500,-- aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 2, 241 Abs. 2 erworben haben, wenn L seine Pflichten aus einem vorvertraglichen Schuldverhältnis im Sinne der §§ 311 Abs. 2 Nr. 2, 241 Abs. 2 schuldhaft verletzt hat und dem K dadurch ein Schaden entstanden ist. Der Unfall des K ereignete sich im Kaufhaus des L. K hatte das Kaufhaus mit der Absicht betreten, eine Bodenvase zu kaufen; er hatte also den Willen, mit L in geschäftlichen Kontakt zu treten. Dies war kein bloß tatsächlicher Vorgang, wie ihn etwa eine reine Gefälligkeitshandlung darstellen würde, sondern es entstand ein vorvertragliches Schuldverhältnis nach § 311 Abs. 2 Nr. 2 durch die Anbahnung eines Vertrages. Ein solches entsteht unabhängig davon, ob später tatsächlich ein Vertrag zustande kommt. Aus dem entstandenen Schuldverhältnis ergab sich aus § 241 Abs. 2 sowohl für den Verkäufer als auch für den Kaufwilligen die Pflicht, bei der Besichtigung der Ware die gebotene Sorgfalt in Bezug auf die Gesundheit und das Eigentum des anderen Teils zu beachten.⁴⁵ Dieser

⁴⁴ Siehe dazu auch: BGH NJW 1962, [31](#) (Bananenschale); BGH NJW 1976, [712](#) (Gemüseblatt); BGH JA 2023, [334](#) (Weintraube); KAISERAUER/STABEL, JURA 2023, [2128](#).

⁴⁵ vgl. RGZ 78, 239, [240](#).

Pflicht ist L nicht nachgekommen. Die Linoleumrolle war unvorsichtig aufgestellt. Es liegt also eine Pflichtverletzung nach § 280 vor, die allerdings nicht L, sondern der Angestellte G verursacht und verschuldet hat, weil dieser die Rolle unvorsichtig aufgestellt hatte. Bei vorvertraglichen Schuldverhältnissen haftet der Schuldner (ebenso wie im Rahmen eines Vertrages) nicht nur für eigenes Verschulden, sondern im Rahmen von § 278 auch für fremdes Verschulden. G war als Angestellter des L dessen Erfüllungsgehilfe im Hinblick auf die Erfüllung der dem L auferlegten Pflicht im Sinne des § 241 Abs. 2, seinen räumlichen Herrschaftsbereich verkehrssicher zu gestalten. § 278 findet deshalb Anwendung. K hat somit aus §§ 280, 278, 249 Satz 2 gegen L einen Anspruch auf Zahlung von € 3.500,--.

b) Anspruch gemäß § 831 i.V.m. § 823 Abs. 1

Ein Anspruch des K gegen L auf Zahlung von € 3.500,-- könnte sich außerdem aus § 831 Abs. 1 Satz 1 ergeben. G hat eine Gesundheits- und Eigentumsverletzung des K im Sinne von § 823 Abs. 1 und dadurch einen Schaden verursacht. G müsste Verrichtungsgehilfe des L gewesen sein. Ein Verrichtungsgehilfe ist eine Person, die für einen Geschäftsherrn in dessen Interesse tätig wird und diesem gegenüber weisungsabhängig ist. G war als Angestellter bei L tätig. Die Weisungsgebundenheit folgt aus dem Direktionsrecht des Arbeitgebers nach § 103 GewO. Mithin war er auch Verrichtungsgehilfe des L. Dieser kann aber mit der gut geführten Personalakte nachweisen, dass er bei der Auswahl und Beaufsichtigung des G sorgfältig vorgegangen ist und ihn deshalb weder ein Auswahl- noch ein Überwachungsverschulden trifft. Eine Haftung aus unerlaubter Handlung scheidet deshalb gemäß § 831 Abs. 1 Satz 2 aus ("Exkulpation"). Zu **beachten** ist, dass bei der Haftung aus § 280 Abs. 1 (s. oben a) eine solche Exkulpations-, also "Entschuldigungsmöglichkeit" im Hinblick auf Erfüllungsgehilfen nicht besteht!

3. Die Pflichten aus einem Schuldverhältnis mit einem Dritten, der nicht Vertragspartei werden soll (§ 311 Abs. 3 BGB)

Gemäß § 311 Abs. 3 BGB kommt ein Schuldverhältnis mit den Pflichten aus § 241 Abs. 2 BGB auch mit einem Dritten zustande, der selbst nicht Vertragspartei werden will, wenn dieser Dritte einem Vertragspartner gegenüber in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und damit die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst. Dritte in diesem Sinne können vor allem Vertreter oder sonstige Verhandlungsgehilfen sein. Dabei wird in erster Linie darauf abgestellt, in welchem Umfange der Vertreter oder Vermittler – als Sachwalter – durch sein Verhalten Vertrauen bei dem Vertragsschließenden erweckt. Entscheidend für eine Inanspruchnahme des Verhandlungsgehilfen ist schließlich auch noch, ob und inwieweit er ein eigenes wirtschaftliches Interesse an dem Abschluss des Vertrages hat.

Beispiel: Der Gebrauchtwagenhändler, der als Vermittler oder Abschlussvertreter für den Käufer tätig wird, der selbst nicht in Erscheinung treten möchte, ist im Zweifel Sachwalter des Verkäufers. Der Käufer bringt ihm besonderes Vertrauen entgegen, weil er dem Vertragsgegenstand besonders nahe steht und am Vertragsschluss ein eigenes wirtschaftliches Interesse hat. Infolgedessen entsteht zwischen Käufer und Händler, obwohl dieser nicht Vertragspartner werden soll, ein Schuldverhältnis gemäß § 311 Abs. 3 mit den Pflichten aus § 241 Abs. 2, kraft dessen der Händler als Sachwalter für die von ihm begangenen Pflichtverletzungen gemäß § 280 einzustehen hat.⁴⁶

Wichtige Entscheidungen:

BGHZ 111, 97, 100 ff.

BGHZ 71, 386, [395 ff.](#)

BGHZ 76, 343, [348 ff.](#)

⁴⁶ Vgl. BGHZ 87, 302, [304](#); weiterhin auch BGH MDR 1983, [732](#); NJW-RR 2011, [462](#).

§ 5 Die Bedeutung des Schweigens im Rechtsverkehr

Schrifttum:

CANARIS, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971; FABRICIUS, Stillschweigen als Willenserklärung, JuS 1966, 1 ff. u. 50 ff.; FLUME, Das Rechtsgeschäft und das rechtlich relevante Verhalten, AcP 161 [1961], 52 ff.; Fritsche, Der Abschluss von Verträgen, § 145 ff., JA 2006, [674 ff.](#); HANAU, Objektive Elemente der Willenserklärung, AcP 165 [1965], 220 ff.; Kanzleiter, Vertragsabschluss durch das Schweigen des Verbrauchers auf die Annahme seines Kaufangebots durch den (Unternehmer-)Verkäufer? DNotz, 2013, [323 ff.](#); KRAUSE, Auftragsbestätigung und Allgemeine Geschäftsbedingungen, BB 1952, 996 ff.; LÖHNIG, Zusendung unbestellter Waren und verwandte Probleme nach Inkrafttreten des § 241 a BGB, JA 2001, 33 ff.; LORENZ, Im BGB viel Neues: Die Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie, JuS 2000, [833 ff.](#); SCHWUNG, Die Zusendung unbestellter Waren, JuS 1985, 449 ff.; STEDING, Das kaufmännische Bestätigungsschreiben – eine rechtsgeschäftliche Spezialität, JA 1998, 288 ff.; MEDER, Annahme durch Schweigen bei Überweisungsvertrag und Gutschrift, JZ 2003, 443; PETERSEN, Schweigen im Rechtsverkehr, JURA 2003, 687

I. Stillschweigen und Willenserklärung

Bei dem Zustandekommen von Verträgen taucht häufig die Frage auf, wie das Schweigen einer Person zu bewerten ist. Die Frage stellt sich z.B., wenn jemand einem anderen ein Angebot zum Abschluss eines Vertrages macht und der andere dazu schweigt.

Wie schon dargelegt⁴⁷, können Willenserklärungen auch durch konkludentes Handeln abgegeben werden. Dabei will derjenige, der konkludent handelt, eine rechtsverbindliche Erklärung abgeben. Auch wenn der Erklärende nichts sagt schweigt, lässt sein Verhalten dann in der Regel eindeutig erkennen, dass er dadurch eine bestimmte Willenserklärung zum Ausdruck bringen möchte. Es liegt also eine Handlung vor, die objektiv den Rechtsbindungswillen zum Ausdruck bringt und subjektiv vom Erklärungsbewusstsein und Geschäftswillen des Erklärenden getragen wird. Der Unterschied zur ausdrücklichen Willenserklärung liegt lediglich in der Art der Äußerung. Der Erklärende spricht und schreibt nicht, er bringt seine Erklärung durch ein anderes Verhalten zum Ausdruck. Es existiert aber ein Erklärungstatbestand. Es liegt eine Willenserklärung vor, falls (objektiv) Rechtsbindungswille und (subjektiv) Handlungswille und das (zumindest potentielle) Erklärungsbewusstsein vorhanden sind.

Anders ist es beim **"bloßen" Stillschweigen** einer Person. Das Schweigen ist in der Regel kein Erklärungstatbestand. Man kann das Schweigen auch als das Gegenteil einer Erklärung bezeichnen.⁴⁸ Es bedeutet im Regelfall weder Zustimmung noch Ablehnung. Das schließt nicht aus, dass auch aus dem Schweigen ein bestimmter Schluss auf einen vorhandenen Willen gezogen werden kann.

⁴⁷ Vgl. oben § 2 II. 2.

⁴⁸ GRÜNEBERG/ELLENBERGER, Einf. v. § 116 Rn. 7.

Beispiel: Der Straßenhändler S veräußert an einem fahrbaren Verkaufsstand Fleckenreinigungsmittel. Er sagt zu dem vorübergehenden A, er (S) biete ihm eine Flasche seines hervorragenden Reinigungsmittels für nur € 2,60 an. A geht, ohne ein Wort zu sagen und ohne eine auffällige Bewegung zu machen, am Stand des S vorüber. Nach der Verkehrsanschauung muss aus dem Verhalten des S auf dessen Willen, sich durch ein Angebot zu binden, geschlossen werden. S hat also dem A ein bindendes Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrages gemacht. A schweigt zu diesem Angebot. Dieses Schweigen lässt nicht auf den Willen des A schließen, das ihm gemachte Angebot anzunehmen. Es lässt auch nicht ohne Weiteres darauf schließen, dass A das Angebot des S gemäß § 146 1. Alt. BGB *ablehnen* will. Dem Schweigen kommt hier keine rechtsgeschäftliche Bedeutung zu. Es ist keine Willenserklärung⁴⁹, wonach die Ablehnung im Einzelfall auch stillschweigend erklärt werden kann; gemeint sein dürfte die Ablehnung durch schlüssiges Verhalten).

Stillschweigende Willenserklärungen gibt es nicht.⁵⁰ Das Privatrecht regelt allerdings eine Reihe von Lebenssachverhalten, in denen das Schweigen wie eine Willenserklärung gewertet wird. Das Gesetz ordnet für einige Tatbestände an, dass bei einem Stillschweigen einer Person so zu verfahren ist, als habe sie eine Willenserklärung abgegeben. Wichtige Fälle dieser Art enthalten u.a. §§ 108 Abs. 2 und 177 Abs. 2. Das Schweigen gilt hier als Verweigerung der Genehmigung.

II. Das Schweigen des Empfängers auf ein Angebot zum Abschluss eines Vertrages

Von dem Grundsatz, dass das Schweigen einer Person auf ein ihr unterbreitetes Angebot zum Abschluss eines Vertrages *keine* Willenserklärung darstellt, enthält das Gesetz allerdings einige nicht unbedeutende Ausnahmen, so z.B. in § 516 Abs. 2 BGB.

Zur Erläuterung: Auch die Schenkung ist ein Vertrag, der durch Angebot des Schenkers und eine Annahme des Beschenkten zustande kommt.

Hier gilt das Schweigen ausnahmsweise als Annahme des Angebots zum Abschluss eines Schenkungsvertrages.

Die wichtigste gesetzliche Ausnahmeregelung enthält § 362 HGB. Hier heißt es in § 362 Abs. 1 HGB ausdrücklich: "Sein Schweigen gilt als Annahme des Antrages" (= Angebots).

Zur Erläuterung: Kaufmann ist derjenige, der ein Handelsgewerbe betreibt. Was ein Handelsgewerbe ist, wird in § 1 Abs. 2 HGB ausgeführt.

Ob und gegebenenfalls in welchen Fällen das Stillschweigen des Empfängers auf ein Angebot so behandelt wird, als habe der Empfänger eine Annahmeerklärung abgegeben, richtet sich danach, ob der *Tatbestand eines rechtlich relevanten Verhaltens* vorliegt und welche Konsequenzen daraus gegebenenfalls zu ziehen sind.⁵¹ Mit Recht

⁴⁹ Zweifelhaft MünchKomm/BUSCHE, BGB § 146 BGB Rn. [3 f.](#)

⁵⁰ Zutreffend HANAU, AcP 165 [1965], 220, 256.

⁵¹ Vgl. oben § 2 II. 4. e und § 2 II. 5. A.

weist FLUME⁵² darauf hin, dass die Verwendung von Begriffen wie z.B. "stillschweigende Willenserklärung", "unechte Willenserklärung" etc. für das rechtlich relevante Verhalten falsch sei.

Wichtig ist es, an dieser Stelle festzuhalten: Das Schweigen als das Unterlassen einer Erklärung ist *keine* Willenserklärung. Gleichwohl kann das Unterlassen einer Erklärung rechtlich relevant sein. In den Fällen des Schweigens als des bloßen Unterlassens einer Erklärung treten die Rechtsfolgen nicht aufgrund finaler rechtsgeschäftlicher Gestaltung, sondern von Rechts wegen aufgrund rechtlicher Wertung des Unterlassens als eines Verhaltens ein.⁵³ Es gibt zahlreiche gesetzliche Tatbestände, nach denen aufgrund eines Verhaltens solche Rechtsfolgen eintreten, wie sie auch an rechtsgeschäftliche Akte geknüpft sind (vgl. u.a. §§ 108 Abs. 2 und 516 Abs. 2 BGB sowie § 362 HGB). Das Verhalten, wenn es rechtlich relevant ist, erlangt in diesen Fällen in Anbetracht seiner Umstände ex lege rechtliche Bedeutung.

Dabei ist auch zu beachten, dass im Gegensatz zu den oben genannten gesetzlich geregelten Fällen kein objektiver Erklärungstatbestand vorliegt, wenn eine Person schweigt.

Zutreffend weist FLUME⁵⁴ darauf hin, dass ein Verhalten nur rechtlich relevant sein kann aufgrund eines Rechtssatzes, der für das Verhalten die Rechtsfolge bestimmt. Als ein solcher Rechtssatz, der gerade für das Schweigen als rechtlich relevantes Verhalten Bedeutung hat, kommt der Rechtssatz der *Verwirkung* in Betracht. Dieser besagt, dass jemand ein Recht oder eine Rechtsposition nicht mehr geltend machen darf, wenn er sich so verhalten hat, dass sich der andere aufgrund dieses Verhaltens darauf einrichten durfte, dass der Berechtigte die ihm zustehenden Rechte nicht mehr geltend machen werde, und dass es gerade deshalb mit den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht zu vereinbaren ist, dass der Berechtigte später doch noch mit der Geltendmachung des ihm zustehenden Rechts hervortritt.⁵⁵ In Fällen dieser Art wäre das spätere Geltendmachen von Rechten und Rechtspositionen in Anbetracht des vorangegangenen Verhaltens ein *venire contra factum proprium*. Gerade hierin liegt der wichtigste Ansatzpunkt für die aus dem Schweigen als rechtlich relevantes Verhalten zu ziehenden Rechtsfolgen.⁵⁶

Der BGH hatte betont, dass insbesondere in dem Schweigen auf ein endgültiges Angebot, das aufgrund einverständlicher und alle wichtigen Punkte betreffender Vorverhandlungen ergeht, in der Regel eine stillschweigende Annahme zu sehen sei, sofern nicht nach den Umständen des Einzelfalles eine solche ausgeschlossen sein sollte.⁵⁷

Dass der BGH in diesen Fällen Stillschweigen als Zustimmung gewertet hat, d.h. denjenigen, der auf ein Angebot zum Abschluss eines Vertrages geschwiegen hat, so behandelt hat, als hätte er eine Annahmeerklärung abgegeben, kann als eine Konsequenz aus dem rechtlich relevanten Verhalten desjenigen angesehen werden, der es

⁵² AcP 161 [1961], 52, 63.

⁵³ So zutreffend FLUME, § 5, 2 d.

⁵⁴ Siehe dazu Kurseinheit 5, da § 10, 3 b.

⁵⁵ So BGHZ 25, 47, [52](#); vgl. auch RGZ 155, 148, [152](#).

⁵⁶ Vgl. dazu FLUME, § 10, 3 b und in Ansätzen STAUDINGER/SINGER, Vorbem. zu §§ 116 ff. Rn. [77](#).

⁵⁷ NJW 1995, [1281](#).

unterlassen hat, eine Erklärung (Annahme oder Ablehnung des Angebots) abzugeben.⁵⁸ Der Schluss, dass derjenige, der geschwiegen hat, sich insgesamt gesehen so verhalten hat, dass der andere sich aufgrund dieses Verhaltens darauf einrichten durfte, dass der Empfänger nun nicht mehr widersprechen werde, wozu er vorher nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen sein sollte, ist allerdings nicht zwingend. Immerhin hatte die Vorinstanz⁵⁹ das Schweigen auf das Vertragsangebot als Ablehnung angesehen.⁶⁰

Der BGH hatte einen Fall zu entscheiden, in dem das Unternehmen A das schriftliche Angebot zum Abschluss eines Vertrages des Unternehmens B schriftlich mit dem Zusatz bestätigt hatte, dass ein verlängerter Eigentumsvorbehalt⁶¹ vereinbart sein sollte. B hat dem nicht widersprochen und die von A gelieferten Waren entgegengenommen. Der BGH hat in dem Schreiben der A gemäß § 150 Abs. 2 die Ablehnung des Angebotes der B, verbunden mit einem neuen Angebot der A, gesehen, das seinerseits nun wiederum der Annahme bedurft hätte. Der BGH hat dann seine Auffassung bekräftigt, dass in der widerspruchslosen Hinnahme einer modifizierten Auftragsbestätigung grundsätzlich keine stillschweigende Annahmeerklärung zu sehen sei. Aber ausnahmsweise könne in der widerspruchslosen Entgegennahme der vertraglichen Leistung eine stillschweigende Annahme eines geänderten Angebotes insbesondere dann gesehen werden, wenn die Gegenseite vorher deutlich zum Ausdruck gebracht habe, dass sie nur unter ihren Bedingungen zur Leistung bereit sei. Das habe A mit ihrem Hinweis auf den verlängerten Eigentumsvorbehalt getan. Hätte B diesen nicht gelten lassen wollen, hätte sie, was sie nicht getan hatte, jedenfalls bei der Entgegennahme der Waren widersprechen müssen.⁶²

Auch unter Nichtkaufleuten ist das Schweigen auf ein Vertragsangebot unter gewissen Voraussetzungen von der Rechtsprechung hin und wieder als Annahmeerklärung gewertet worden. Das LG Münster hatte etwa folgenden Sachverhalt zu beurteilen:

A, dessen Schwiegersohn E und der Möbelhändler V verhandeln im Laden des V über den Ankauf von Möbeln. A und E sind sich darüber klar, dass E Käufer sein soll. Dies kommt jedoch bei den Verhandlungen mit V nicht zum Ausdruck. Da fast ausschließlich A mit V spricht und auch seine Adresse angibt, denkt V, A wolle die Möbel kaufen und schickt die Auftragsbestätigung und die Rechnung an ihn. A schweigt darauf. Als V dem A nach zwei Monaten eine Zahlungsaufforderung schickt, verweigert A die Zahlung.

Das LG Münster hat hier angenommen, dass zwischen V und A ein Vertrag wirksam zustande gekommen ist, und zwar spätestens durch das Schweigen des A auf die "Auftragsbestätigung" des V, und dazu ausgeführt: "Zwar bedeutet Schweigen auf ein Vertragsangebot grundsätzlich nicht die Annahme des Vertragsangebots, sondern im Zweifel

⁵⁸ BGHZ 1, [353 ff.](#) und BGH NJW 1995, [1281](#).

⁵⁹ Im Fall BGHZ 1, [353 ff.](#) das OLG Düsseldorf.

⁶⁰ Zur Kritik an dem Urteil des BGH sei auf die scharfsinnige Analyse FLUMES (§ 35 II, 4) verwiesen.

⁶¹ Verlängerter Eigentumsvorbehalt: Der einfache Eigentumsvorbehalt meint den Fall, dass der Käufer die Sache in Besitz nimmt, das Eigentum an dieser Sache aber erst mit der vollständigen Zahlung des Kaufpreises erlangt. Bis dahin behält sich der Verkäufer das Eigentum vor. Beim verlängerten Eigentumsvorbehalt hingegen kauft der Zwischenhändler die Sache vom Verkäufer ohne Zahlung des vollständigen Kaufpreises ab, verkauft es aber gleichzeitig oder schon mit einer vorhergehenden Vereinbarung weiter. Diese Konstellation beinhaltet die Erteilung einer Ermächtigung zu Weiterveräußerung nach § 185 I BGB vom ursprünglichen Verkäufer an den Zwischenhändler und die Abtretung des Kaufpreisanspruchs aus dem Kaufvertrag zwischen dem Zwischenhändler und dem Endverbraucher an den ursprünglichen Verkäufer nach § 398 BGB.

⁶² BGH NJW 1995, [1671](#).

Ablehnung. Nach der Verkehrsauffassung ist aber Schweigen unter bestimmten Umständen auch unter Nichtkaufleuten als Ausdruck und Tatbestand einer bestimmten Willensrichtung zu werten, nämlich dann, wenn der Schweigende nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte hätte reden müssen, um einen von der berechtigten Erwartung des Antragenden abweichenden Willen kundzutun." ⁶³

Auch wenn dies nicht ausdrücklich gesagt wird, liegt auch hier der Grundgedanke der Verwirkung zugrunde. Die Konsequenz aus dem rechtlich relevanten Verhalten des A (sein Verhalten im Laden und sein wochenlanges Schweigen auf das Schreiben des V) ist, dass er sich nicht mehr darauf berufen kann, er habe den Vertrag nicht abschließen wollen. Würde er doch geltend machen, er habe keinen Vertrag schließen wollen, so könnte darin ein widersprüchliches und deswegen unbeachtliches Verhalten ("venire contra factum proprium") gesehen werden. A würde also mit einem solchen Einwand vor Gericht nicht gehört.

III. Das Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben

1. Die Voraussetzungen

a) Überblick

Auch im kaufmännischen rechtsgeschäftlichen Verkehr gilt Schweigen - abgesehen von der Ausnahmeregelung des § 362 HGB - *grundsätzlich nicht* als Zustimmung, also nicht als Willenserklärung. ⁶⁴ Davon gibt es jedoch eine für die Praxis sehr bedeutsame Ausnahme: Nach einem in der Rechtsprechung und der rechtswissenschaftlichen Literatur immer wieder bestätigten Grundsatz bringt ein Kaufmann, der ein Bestätigungsschreiben über vorausgegangene Vertragsverhandlungen widerspruchsfrei entgegennimmt, dadurch grundsätzlich seine Zustimmung zu dem Inhalt des Schreibens zum Ausdruck; damit wird der Inhalt des Vertrages durch dieses Schreiben bestimmt, auch dann, wenn es gegenüber dem mündlich Vereinbarten abändernde oder ergänzende Bestimmungen enthält. ⁶⁵ Das kaufmännische Bestätigungsschreiben dient damit der Schnelligkeit und Sicherheit des Handelsverkehrs, der darauf angewiesen ist, Verträge schnell und mündlich abschließen, sie aber auch zuverlässig durch eine Urkunde beweisen zu können. ⁶⁶

In einem *Bestätigungsschreiben* ⁶⁷, wie es im Rechtsverkehr der Kaufleute untereinander üblich ist, wird zur Klarstellung des Ergebnisses vorhergehender Vertragsverhandlungen dieses Ergebnis in der Form einer Bestätigung mitgeteilt.

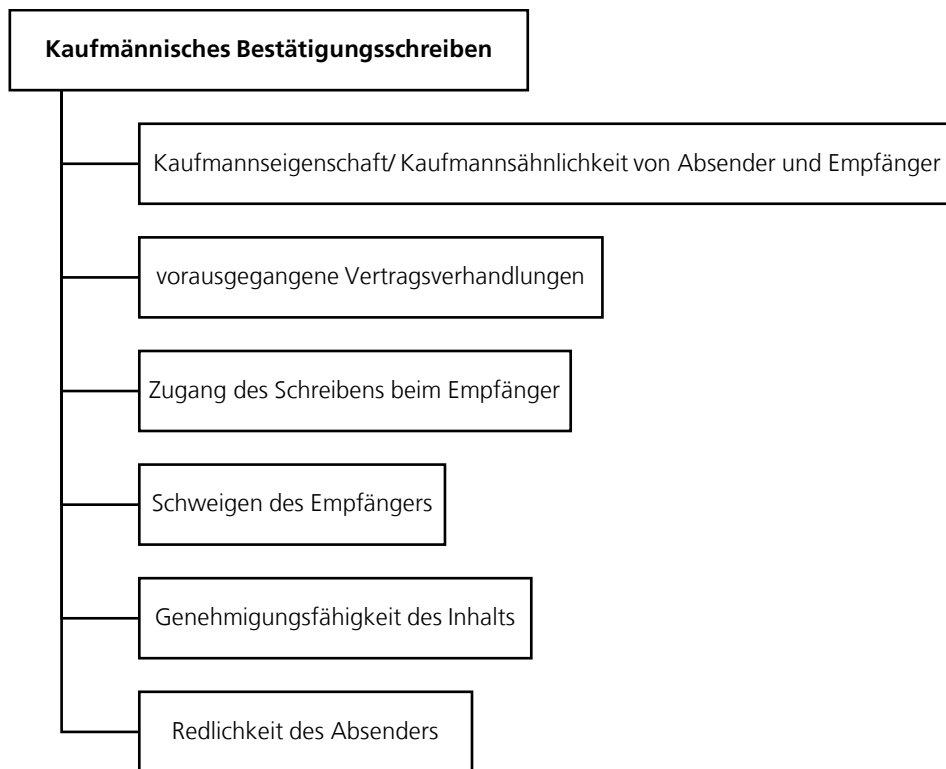
⁶³ LG Münster MDR 1960, 495).

⁶⁴ BGHZ 61, 282, [285](#); BGH NJW 1981, 43, [44](#).

⁶⁵ So u.a. BGHZ 20, 149, [151](#); 54, 236, [238 f.](#); 61, 282, [285](#); MünchKomm/ARMBRÜSTER, BGB § 119 Rn. [69 ff.](#)

⁶⁶ SCHACK, BGB-Allgemeiner Teil, II. Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben, Rn. [373](#).

⁶⁷ Über die nachfolgenden Ausführungen hinausgehende Details werden im Modul 55109 Unternehmensrecht I.



b) Abgrenzung zur Auftragsbestätigung

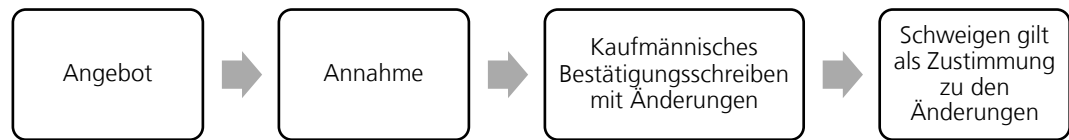
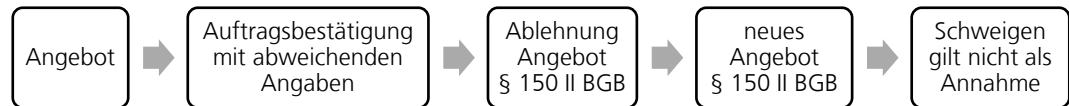
Es ist sinnvoll und notwendig, zwischen echten kaufmännischen Bestätigungsschreiben einerseits und bloßen Auftragsbestätigungen andererseits zu unterscheiden. Ein echtes **kaufmännisches Bestätigungsschreiben** fixiert den Inhalt eines bereits abgeschlossenen Vertrages, um etwaige Missverständnisse, Unklarheiten oder Unstimmigkeiten auszuräumen.⁶⁸ Der Vertragsschluss kann mündlich, fernmündlich, telegrafisch oder fernschriftlich stattgefunden haben.⁶⁹ Dagegen ist die **Auftragsbestätigung** eine Annahmeerklärung auf ein Angebot zum Vertragsschluss in der Form einer Bestätigung, ohne dass Vorverhandlungen mit dem Ziel, einen Vertrag abzuschließen, stattgefunden haben.⁷⁰ Unterschiedliche Rechtsfolgen werden in folgendem deutlich: Das Schweigen auf ein echtes Bestätigungsschreiben gilt auch dann als Zustimmung zu seinem Inhalt, wenn es im Vergleich zu den mündlichen Vereinbarungen abändernde oder ergänzende Bestimmungen enthält. Hingegen ist in einer vom Angebot abweichenden Auftragsbestätigung gemäß § 150 Abs. 2 eine Ablehnung, verbunden mit einem neuen Angebot, zu sehen; das Schweigen des Adressaten darauf ist grundsätzlich *keine* Annahmeerklärung.⁷¹

⁶⁸ So OLG Köln BB 1980, 1237, 1238.

⁶⁹ Vgl. BGHZ 54, 236, [238 f.](#)

⁷⁰ BGHZ 18, 212, [215](#); MünchKomm/FORNASIER, BGB § 305 Rn. [114](#).

⁷¹ BGHZ 18, 212, [215 f.](#); 61, 282, 285 f.; MünchKomm/FORNASIER, BGB § 305 Rn. [114](#).

(Echtes) kaufmännisches Bestätigungsschreiben:**Auftragsbestätigung:**

Beispiel: Der Transportunternehmer T teilt der Gebrauchtwagenhändlerin G schriftlich mit, er benötige für sein Geschäft dringend einen gebrauchten Tieflader. Er habe gesehen, dass bei G ein solches Fahrzeug auf dem Geschäftsgrundstück stehe; er sei sofort bereit, es zu kaufen; seine Preisvorstellungen bewegten sich bis maximal € 75.000,—. G richtet noch am selben Tage ein als "Auftragsbestätigung" bezeichnetes Schreiben an T, in dem die Lieferung eines gebrauchten Tiefladers des Typs Unitrans 300 zum Preise von € 82.500,— für den übernächsten Tag angekündigt wird.

Hier wird durch das Schreiben der G nicht der Inhalt eines zwischen ihm und T bereits geschlossenen Vertrages festgelegt. Es handelt sich vielmehr bei der "Auftragsbestätigung" um eine Annahmeerklärung auf das von T unterbreitete Kaufangebot. Da dieses Angebot hinsichtlich des Kaufpreises auf € 75.000,— limitiert war, G dagegen in ihrem Bestätigungsschreiben durch die Preisforderung von € 82.500,— vom Angebot des T abweicht, ist dieses Schreiben zum einen als Ablehnung des Angebots des T, zum anderen als neues Angebot der G anzusehen (§ 150 Abs. 2). Ein Schweigen des T auf die "Auftragsbestätigung" der G hat also nicht zur Folge, dass ein Vertrag zwischen beiden zustande kommt. T muss den Tieflader nicht abnehmen.

c) Abweichung des kaufmännischen Bestätigungsschreibens vom mündlich ausgehandelten Vertrag

An den Inhalt des Vertrages sind diejenigen, die ihn abgeschlossen haben, gebunden. Deshalb kann ein einmal geschlossener Vertrag ohne Zustimmung beider Vertragspartner nachträglich nicht mehr abgeändert werden.

In der Praxis kommt es häufiger vor, dass kaufmännische Bestätigungsschreiben Bestimmungen enthalten, die das mündlich bereits Vereinbarte abändern oder ergänzen. Oft handelt es sich dabei nur um Nebenpunkte, die zuvor überhaupt noch nicht besprochen oder nicht abschließend geklärt worden sind.

Weicht der Inhalt eines echten kaufmännischen Bestätigungsschreibens von dem ab, was die Parteien eines Vertrages mündlich vereinbart haben, so ist dies als ein Angebot zum Abschluss eines Vertrages anzusehen, der die Abänderung und Ergänzung des bereits abgeschlossenen Vertrages zum Inhalt hat. Der auf die Vertragsänderung und die Vertragsergänzung gerichtete Vertrag kommt erst zustande, wenn der andere Vertragspartner dieses Angebot annimmt. Weicht der Inhalt eines kaufmännischen

Bestätigungsschreibens von dem ab, was die Vertragsparteien zuvor mündlich vereinbart haben, so gilt das Schweigen des Adressaten des Bestätigungsschreibens als Annahme des **Angebots zum Abschluss eines Veränderungs- und Ergänzungsvertrages**,⁷² es sei denn, der Empfänger erklärt unverzüglich (ohne schuldhaftes Zögern), er sei mit dem Inhalt nicht einverstanden.

Beispiel: Die Kaufleute A und B vereinbaren mündlich folgendes: A verkauft dem B ein Kraftfahrzeug zum Preise von € 10.500,-- incl. Mehrwertsteuer. Einen Tag später übersendet A dem B ein Schreiben, in dem er den Inhalt der mündlich getroffenen Vereinbarung fixiert. Bezüglich des Kaufpreises schreibt A allerdings: "Der Kaufpreis beträgt € 10.500,-- + Mehrwertsteuer." A ist irrtümlich der Meinung, er und B hätten sich darauf geeinigt. B erkennt die Abweichung von der mündlichen Vereinbarung, unternimmt jedoch nichts.

Es ist zu klären, welchen Inhalt der zwischen A und B geschlossene Kaufvertrag hat. Zunächst ist zwischen A und B mündlich ein Kaufvertrag abgeschlossen worden. Danach hatte A dem B ein Kraftfahrzeug zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen. B war verpflichtet, an A einen Kaufpreis von € 10.500,-- incl. Mehrwertsteuer zu zahlen. Diese letzte Verpflichtung wird im Schreiben des A anders dargestellt, nämlich: "Der Kaufpreis beträgt € 10.500,-- + Mehrwertsteuer." Ohne Mitwirkung eines Vertragspartners kann ein abgeschlossener Vertrag nachträglich nicht mehr geändert werden. Das Schreiben des A enthält eine erhebliche Änderung des Vertragsinhaltes. Es ist als ein Angebot zum Abschluss eines Vertrages anzusehen, der den bereits abgeschlossenen Vertrag abändert und ergänzt. B hat dieses Angebot nicht ausdrücklich angenommen. Da das Schreiben des A jedoch ein Bestätigungsschreiben ist und A und B Kaufleute sind, gilt das Schweigen des B als Annahme des Angebots zum Abschluss des Abänderungs- und Ergänzungsvertrages. Der Kaufvertrag ist demnach insoweit abgeändert, als B nun € 10.500,-- + Mehrwertsteuer an A zu zahlen hat.

2. Die dogmatische Begründung

Die dogmatische Begründung für die Wirkung des Schweigens auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben ist unterschiedlich.

Der BGH führt zur Wirkung des Schweigens auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben verschiedene Begründungen an. Zum einen nimmt er an, dass man als Kaufmann gemäß der *nach Treu und Glauben* im Handelsverkehr geltenden Gewohnheit verpflichtet sei, von der Abweichung im Bestätigungsschreiben Kenntnis zu geben.⁷³ Zum anderen führt er in einem anderen Urteil aus: "Der von Rechtsprechung und Schrifttum entwickelte Grundsatz, dass Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben als Zustimmung zu der bestätigten Vertragsfassung gilt, *beruht auf der Übung des redlichen Geschäftsverkehrs*".⁷⁴ Schließlich hat der BGH das Schweigen im kaufmännischen Geschäftsverkehr ausnahmsweise als Zustimmung (Annahme) zu einem Angebot gewertet. Er hat dies unter der Voraussetzung getan, dass nach den Grundsätzen des redlichen Geschäftsverkehrs der Erklärungsempfänger eine konkrete Rechtspflicht zu widersprechen, jedenfalls aber zur Anmeldung von Vorbehalten hat, so dass der

⁷² BGHZ 7, 187, [190](#).

⁷³ BGHZ 11, 1, [2](#).

⁷⁴ BGHZ 40, 42, [45](#).

Erklärende bei deren Ausbleiben darauf vertrauen darf, sein Geschäftspartner sei mit seinem Angebot einverstanden.⁷⁵

Die rechtliche Behandlung des kaufmännischen Bestätigungsschreibens findet ihre gesetzliche Stütze im *Handelsbrauch*, auf den gemäß § 346 HGB Rücksicht zu nehmen ist. Unmittelbar vergleichbar ist die für das kaufmännische Bestätigungsschreiben entwickelte rechtliche Regelung mit der gesetzlichen Regelung in § 362 HGB. Deshalb ist es auch gerechtfertigt, die oben bezeichnete Wirkung des kaufmännischen Bestätigungsschreibens nur eintreten zu lassen, wenn der Empfänger nicht *unverzüglich* widerspricht.⁷⁶ Letztlich dürfte die Bindungswirkung des Schweigens auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben auf einer "vertrauenstheoretischen" Grundlage beruhen.⁷⁷ Der Schweigende wird an dem von ihm zurechenbar gesetzten Rechtsschein der Zustimmung so festgehalten, als ob er sich rechtsgeschäftlich wirksam verpflichtet hätte.⁷⁸ Hierauf deutet auch der Wortlaut von § 362 Abs. 1 Satz 1 2. Halbs. HGB hin, wonach das Schweigen als Vertragsannahme "gilt" (sie also fingiert).

3. Einschränkungen

Im Hinblick auf die abändernde Wirkung von kaufmännischen Bestätigungsschreiben bezüglich vorausgegangener Vereinbarungen sind allerdings folgende Einschränkungen zu machen:

- a) Die oben dargestellte Wirkung des Schweigens auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben tritt nicht ein, wenn der Bestätigende *bewusst* eine unrichtige Darstellung des mündlich Vereinbarten abgibt, weil dadurch gegen Treu und Glauben verstoßen wird und deshalb von einem redlichen Geschäftsverkehr nicht mehr die Rede sein kann.⁷⁹
- b) Entfernt sich die Bestätigung so weit von dem vorher Abgesprochenen, dass der Bestätigende selbst vernünftigerweise nicht mehr mit dem Einverständnis des Empfängers rechnen kann, ist er (der Bestätigende) nicht schutzbedürftig. In einem solchen Fall bleibt das Schweigen des Empfängers ohne Folgen.⁸⁰ Das Schweigen gilt nicht als Annahme des Angebots zum Abschluss eines Abänderungsvertrages. Der ursprünglich vereinbarte Vertrag wird nicht abgeändert und bleibt somit unverändert verbindlich. Der regelmäßige Vertrauensschutz zugunsten des Absenders eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens entfällt schon allein aufgrund der *objektiven* Abweichung des Bestätigungsschreibens vom Inhalt des zuvor Vereinbarten; auf eine Unredlichkeit des Absenders oder dessen Kenntnis von der Abweichung kommt es nicht an.⁸¹
- c) Der Vertrag bleibt auch dann unverändert, wenn beide Parteien sich kreuzende und inhaltlich unvereinbare Bestätigungen abgeben (so BGH WM 1984, 639, 641).

⁷⁵ BGH NJW 1981, 43, [44](#).

⁷⁶ Vgl. FLUME, § 36, 7.

⁷⁷ So STAUDINGER/SINGER, Vorbem. zu §§ 116 ff. Rn. 53.

⁷⁸ CANARIS, S. 206 ff.

⁷⁹ BGHZ 40, 42, [45](#); 101, 357, [365](#).

⁸⁰ BGHZ 7, 187, [190](#); 61, 282, [286](#); 101, 357, [365](#).

⁸¹ so BGHZ 93, 338, [343](#).

Beispiel im Anschluss an das vorhergehende **Beispiel**: Versucht A, dem B dadurch einen LKW zu verkaufen, dass er in das Bestätigungsschreiben LKW statt PKW und € 42.500,-- statt € 10.500,-- einsetzt, so gibt er bewusst eine unrichtige Darstellung dessen, was mündlich vereinbart worden ist. Außerdem entfernt sich das Schreiben so weit von dem vorher Abgesprochenen, dass A vernünftigerweise nicht mit dem Einverständnis des B rechnen kann. Schweigt B auch auf dieses Schreiben, so bleibt das ohne Folgen. Das Schweigen des B gilt nicht als Annahme des Angebots zum Abschluss eines Abänderungsvertrages. Der ursprüngliche Vertrag bleibt unverändert so bestehen, wie er mündlich vereinbart worden ist.⁸²

4. Erweiterungen

Der BGH wendet die Grundsätze über das kaufmännische Bestätigungsschreiben auch an, wenn zuvor eine mündliche Vertragsofferte schriftlich angenommen worden ist. In solchen Fällen genügt die einseitige schriftliche Willenserklärung des einen Vertragspartners nicht, um Klarheit über den Vertragsinhalt zu gewinnen und künftigen Streit darüber zu vermeiden. Denn es bleibt die Unsicherheit über Art und Inhalt der nicht fixierten Erklärung des anderen Teils. Daher soll diejenige Vertragspartei, die ihre Vertragserklärung bislang nur mündlich oder telefonisch abgegeben hatte, mit einem kaufmännischen Bestätigungsschreiben Klarheit über den Vertragsinhalt herbeiführen können.⁸³ Begründen lässt sich diese Erweiterung mit Sinn und Zweck der von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze. Diese wurzeln in der kaufmännischen Gepflogenheit, im Interesse klarer Verhältnisse und zur Vermeidung von Streitigkeiten über den Inhalt von Verträgen andere als schriftlich getroffene Abreden durch ein Bestätigungsschreiben schriftlich klarzustellen und inhaltlich festzulegen. Auch hier gilt also: Will der Gegner den Inhalt eines solchen Bestätigungsschreibens, soweit er mit diesem Inhalt nach Treu und Glauben rechnen muss, nicht gelten lassen, dann muss er unverzüglich widersprechen. Unterlässt er das, so gilt der Inhalt des Bestätigungsschreibens als Vertragsinhalt.

IV. Unverlangt zugeschickte Warensendungen

Unverlangt zugeschickte Warensendungen sind in Verbindung mit dem Begleitschreiben als bindendes Angebot des Versendenden zum Abschluss eines Vertrages anzusehen, wenn es erkennbar in der Macht des Kunden stehen soll, das Geschäft mit seiner Annahmeerklärung zustande kommen zu lassen. Den Empfänger dieses Vertragsangebotes trifft allerdings **keine Ablehnungspflicht**.⁸⁴ Das Schweigen des Empfängers löst also im Falle unverlangt übersandter Waren keine rechtlichen Folgen aus.

Liefert ein Unternehmer an einen Verbraucher Waren oder erbringt er sonstige Leistungen, ohne dass sie der Verbraucher bestellt hat, so gilt § 241a. Diese Norm wurde im Zuge der Umsetzung der EU-Verbraucherrechterichtlinie RL 2011/83/EU (durch das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung v. 20.09.2013, BGBl. I, 3642) mit Wirkung zum 13.06.2014 neu gefasst (und enthält nunmehr auch eine Legaldefinition des Begriffs der "Waren"). Die bislang vom Anwendungsbereich der Vorschrift ausgenommene Ersatzlieferung oder -leistung ist in den Anwendungsbereich von § 241a

⁸² Vgl. weitere Beispielsfälle bei STEDING, JA 1998, 288, 292.

⁸³ BGHZ 54, 236, 240; GRÜNEBERG/ELLENBERGER, § 147 BGB Rn. 11; zu einer modifizierten Auftragsbestätigung vgl. BGH NJW 1955, 1794.

⁸⁴ Vgl. BeckOGK/ECKERT, BGB § 145 Rn. 44.

Abs. 1 aufgenommen worden. Abs. 3 n. F. ordnet an, dass von den Regelungen in § 241a nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen und dass die Vorschrift auch nicht durch "anderweitige Gestaltungen" umgangen werden darf.

Für unverlangt zugeschickte Warensendungen gilt: Wer Waren, die ihm unverlangt zugeschickt werden, einfach liegen lässt, erklärt damit nicht seinen Annahmewillen. Daran ändert sich auch dadurch nichts, dass der Versendende in einem Begleitschreiben erklärt, dass, wenn die Waren nicht innerhalb einer bestimmten Frist zurückgesandt würden, dies als Annahmeerklärung des Empfängers gelte. Durch eine von ihm abgegebene Erklärung kann der Versendende den Empfänger nicht zu einem Verhalten zwingen, zu dem dieser nach dem Gesetz nicht verpflichtet ist.

Der Empfänger unverlangt zugeschickter Waren ist deshalb also nicht verpflichtet, dieselben zurückzusenden. § 241a Abs. 1 BGB schließt alle Ansprüche gegen den Empfänger auf Herausgabe oder Schadensersatz aus.⁸⁵

Fraglich ist, ob mit dem Verbrauch, der Benutzung oder der Weiterveräußerung der zugesandten Waren konkludent die Annahme durch die Betätigung des Annahmewillens erklärt wird, die gemäß § 151 BGB wirksam werden könnte. Doch wird heute davon ausgegangen, dass im Schweigen des Verbrauchers auf die Zusendung und in sonstigen Zueignungs- und Gebrauchshandlungen keine Annahme i.S. von § 151 BGB liegt.⁸⁶ In Betracht kommt aber ein Vertragsschluss aufgrund einer eindeutigen, dem Absender übermittelten Antwort, die auf einen Vertragsschluss gerichtet ist.⁸⁷

Beispiel: Das Versandhaus "Globus" schickt dem X unverlangt elektrische Haushaltsgeräte mit einer Rechnung zu. Der Sendung ist ein Schreiben beigelegt, in dem es heißt, sende der Empfänger die erhaltenen Waren nicht innerhalb von 14 Tagen zurück, so habe er damit das Einverständnis zum Abschluss eines Kaufvertrages erklärt. X öffnet das Paket und verstaut die Geräte, die er nicht haben will, im Keller. Wenn das Versandhaus "Globus" von X Zahlung des Kaufpreises verlangt, so taucht die Frage auf, ob zwischen dem Versandhaus "Globus" und X ein Kaufvertrag zustande gekommen ist, aufgrund dessen das Versandhaus von X Zahlung des Kaufpreises verlangen kann. Indem das Versandhaus "Globus" dem X die Geräte samt Rechnung und das Begleitschreiben mit dem dargestellten Inhalt zuschickt, macht es dem X ein bindendes Angebot; denn X soll erkennbar die Möglichkeit haben, über das Zustandekommen des Vertrages zu entscheiden. Fraglich ist allerdings, ob das Schweigen des X auf das Angebot des Versandhauses "Globus" als Annahmeerklärung gewertet werden kann. Das Schweigen kann nur in Ausnahmefällen unter bestimmten Voraussetzungen als rechtlich relevantes Verhalten Wirkungen hervorrufen, die denen einer Willenserklärung gleichzusetzen sind. Im zu erörternden Fall handelt es sich weder um ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben noch gibt es eine gesetzliche Regelung, die das Schweigen in dieser Situation als Willenserklärung wertet. Eine ausdrückliche Vereinbarung zwischen X und dem Versandhaus darüber, dass das Schweigen des X als Willenserklärung zu werten ist, existiert auch nicht. § 241 a Abs. 1 BGB stellt klar, dass durch die Lieferung einer unbestellten Sache kein Anspruch gegen den Empfänger der Lieferung entsteht. Daraus folgt: Das Schweigen des X auf die Sendung des Versandhauses "Globus" ist keine Annahmeerklärung, mit der X das

⁸⁵ GRÜNEBERG/ELLENBERGER, § 241a BGB Rn. 7 m.w.Nachw.

⁸⁶ JAUERNIG/MANSEL, § 241a BGB Rn. 5.

⁸⁷ Vgl. LORENZ, JuS 2000, 833, 841; LÖHNIG, JA 2001, 33, 34; zur früheren Rechtslage auch SCHWUNG, JuS 1985, 449, 450.

Angebot des Versandhauses "Globus" zum Abschluss eines Kaufvertrages angenommen hat. Ein Kaufvertrag ist demnach nicht zustande gekommen.

Der Empfänger unverlangt zugeschickter Waren ist nicht verpflichtet, dieselben zurückzusenden. Das gilt auch dann, wenn der Versender das Rückporto beigefügt hat. Der Verbraucher erwirbt an den Sachen zwar kein Eigentum; er kann aber die Sache preisgeben oder ohne Haftungsfolgen vernichten. Auch Herausgabeansprüche nach §§ 985, 812 BGB werden von § 241a Abs. 1 BGB erfasst.⁸⁸

Wenn kein Kaufvertrag zwischen Versender und Empfänger entsteht, kommt auch kein unentgeltlicher Verwahrungsvertrag zustande. Dies würde zum einen voraussetzen, dass in der Zusendung der Waren subsidiär das Angebot zum Abschluss eines unentgeltlichen Verwahrungsvertrages läge, zum anderen müsste eine Annahmeerklärung des Empfängers vorliegen. Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt.⁸⁹ Zudem ergibt sich auch insoweit aus § 241a Abs. 1 BGB, dass die Übersendung unbestellter Waren keine vertraglichen Ansprüche begründen kann.⁹⁰

V. Vertragsschluss durch sozialtypisches Verhalten

Bei der Inanspruchnahme von Massenversorgungsmitteln, wie z.B. Beförderungsmitteln (Straßenbahn, Omnibus, U-Bahn), und Energieversorgungsunternehmen, aber auch bei anderen Massengeschäften des täglichen Lebens wollte ein Teil der juristischen Literatur⁹¹ und auch der Rechtsprechung⁹² unter bestimmten Voraussetzungen an die Stelle des Vertragsschlusses durch (konkludente) Angebot und Annahme das Entstehen eines Vertrages durch "sozialtypisches Verhalten" setzen (vgl. bereits Kurs-einheit 2, § 2 II 2).

Die Lehre vom Zustandekommen von Verträgen durch sozialtypisches Verhalten findet im BGB keine Stütze. Sie ist heute als überholt anzusehen. Nach dem BGB kommen Verträge nur durch übereinstimmende Willenserklärungen zustande. Alles andere stellt einen eklatanten Systembruch dar⁹³, der mit dem Gesetz nicht vereinbar ist.⁹⁴ und lässt sich wegen der fehlenden Anhaltspunkte im Gesetz auch nicht mit einer Rechtsfortbildung rechtfertigen. Weicht man von der im BGB getroffenen Regelung über das Zustandekommen von Verträgen ab, könnten u.a. die Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit und die Anfechtung von Willenserklärungen unterlaufen werden.

⁸⁸ Str.; wie hier die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 14/2658, S. 46.

⁸⁹ Vgl. zur Problematik SCHWUNG, JuS 1985, 449, 450.

⁹⁰ JAUERNIG/MANSEL, § 241a BGB Rn. 5.

⁹¹ BROX/WALKER, § 8 Rn. 40 m. w. N.

⁹² BGHZ 21, 319, 334 f.; 23, 175, 177 und 249, 261; vgl. auch LG Frankfurt, MDR 1970, 843.

⁹³ Smit Recht RÜTHERS/STADLER, § 19 Rn. 34.

⁹⁴ Ablehnend auch MünchKomm/BUSCHE, BGB Vor § 145 Rn. 44.

§ 6 Der Dissens (Einigungsmangel)

Schrifttum: DIEDERICHSEN, Der Auslegungsdissens, in: Festschrift für H. Hübner, 1984, 421 ff.; U. EISENHARDT, Ansprüche aus culpa in contrahendo wegen Verletzung der Verpflichtung, über erkennbare Unwirksamkeitsgründe aufzuklären, in: Wege zum japanischen Recht, FS für Kitagawa, 1992, 297 ff.; JUNG, Die Einigung über die »essentialia negotii« als Voraussetzung für das Zustandekommen eines Vertrages, JuS 1999, 28; LEENEN, Abschluß, Zustandekommen und Wirksamkeit des Vertrages – zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Dissens, AcP 188 [1988], 381 ff.; RAISER, Schadenshaftung bei verstecktem Dissens, AcP 127 [1927], 1 ff.

I. Der offene Dissens

Ein zweiseitiger Vertrag kommt dadurch zustande, dass zwei Personen übereinstimmende Willenserklärungen (Angebot und Annahme) abgeben. Das bedeutet, dass ein Vertrag nur dann entsteht, wenn sich die Parteien über den vollständigen Inhalt des angestrebten Vertrages geeinigt haben.

Ist offensichtlich, dass die Parteien sich noch nicht über alle Punkte eines Vertrages geeinigt haben, über die nach dem Willen auch nur einer Partei eine Übereinkunft erzielt werden sollte, so liegt ein offener Dissens (Einigungsmangel) vor. Solange ein offener Dissens vorhanden ist, kommt gemäß § 154 Abs. 1 S. 1 BGB im Zweifel ein Vertrag nicht zustande.

§ 154 Abs. 1 S. 1 BGB ist als Auslegungsregel gestaltet. Dies gestattet es den vertragschließenden Parteien im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Privatautonomie, sich auch unter Offenlassung einzelner Punkte vertraglich (also: bindend) zu einigen.⁹⁵ Davon ist allerdings nur auszugehen, wenn die vertragschließenden Parteien sich ohne Rücksicht auf den offenen Punkt erkennbar binden wollten. Die Parteien können dann versuchen, die in der vertraglichen Regelung verbleibenden Lücken durch entsprechende Einigung zu schließen.⁹⁶ Ist nach den Umständen des konkreten Falles anzunehmen, dass die Parteien den Vertrag auch ohne die vorbehaltene Vereinbarung über einen einzelnen Punkt als geschlossen haben ansehen wollen, so ist die dann verbleibende Lücke des Vertrages den gesetzlichen Bestimmungen gemäß auszufüllen.⁹⁷ Der Wille, sich ohne Rücksicht auf einen noch offenen Punkt zu binden, kann u.a. darin gesehen werden, dass die Parteien bereits mit der Ausführung des Vertrages begonnen haben.⁹⁸

II. Der versteckte Dissens

Um einen versteckten Dissens handelt es sich, wenn die Vertragschließenden den Vertrag als zustande gekommen ansehen, obwohl sie sich noch nicht über alle Punkte geeinigt haben, sich dieses Mangels aber nicht bewusst sind.

⁹⁵ Vgl. BGH WM 1965, [950](#); vgl. auch BGH NJW 1967, [153](#); BGHZ 119, 283, [288](#); STAUDINGER/BORK, § 154 Rn. [6](#).

⁹⁶ Vgl. STAUDINGER/BORK, § 154 Rn. [9](#).

⁹⁷ RGZ 60, 174, [178](#).

⁹⁸ BROX/WALKER, § 11 Rn. [7](#).

Ein versteckter Dissens kann dadurch entstehen, dass die Vertragschließenden es unbewusst unterlassen haben, über einen oder mehrere Punkte eine Einigung herbeizuführen, über die sie eine Vereinbarung treffen wollten. Der Grund dafür kann in der Unaufmerksamkeit der Vertragschließenden, aber auch in der Unvollständigkeit oder Missverständlichkeit ihrer Erklärungen liegen (vgl. STAUDINGER/BORK, § 155 Rn. 4). Ein Dissens begründendes Missverständnis liegt auch vor, wenn sich herausstellt, dass die abgegebenen Erklärungen, nachdem sie ausgelegt worden sind, inhaltlich aneinander vorbeigehen (vgl. STAUDINGER/BORK, § 155 Rn. 8). In solchen Fällen erklärt das Gesetz, dass trotz des Dissenses zwischen den Beteiligten hinsichtlich des vereinbarten Inhalts eine vertragliche Bindung eingetreten ist, wenn anzunehmen ist, dass der Vertrag auch ohne eine Einigung über den Punkt, über den keine Vereinbarung zustande gekommen ist, von ihnen geschlossen worden wäre (§ 155).

Das Gesetz bedient sich hier einer Methode, die im Vertragsrecht häufiger anzutreffen ist: Wenn der wirkliche Wille der Beteiligten nicht festzustellen ist, weil diese von bestimmten Umständen nichts wussten, stellt das Gesetz auf den *hypothetischen Willen* der Beteiligten ab. Das bedeutet: Es muss danach gefragt werden, was die Beteiligten gewollt und vereinbart hätten, wenn sie die Umstände des Vertragsschlusses gekannt hätten.

Ein versteckter Dissens kann auch dadurch entstehen, dass *nicht hinreichend definierte Fachbegriffe* verwendet werden.⁹⁹

Fall A möchte ein Einfamilienhaus kaufen und vereinbart mit B, dem Verkäufer, einen Kaufpreis von 400.000 Euro. Beide einigen sich mündlich auf den Preis, ohne schriftlich über zusätzliche Kosten zu sprechen. Der Notartermin wird vorbereitet. Nach der notariellen Beurkundung stellt A fest, dass zusätzlich zur Kaufsumme Grunderwerbssteuer in Höhe von 6,5 % des Kaufpreises anfällt, also 26.000 Euro. A ist schockiert, da er davon ausgegangen war, dass die Grunderwerbssteuer im Kaufpreis enthalten ist. B hingegen ist der Auffassung, dass der Kaufpreis von 400.000 Euro ausschließlich den Betrag darstellt, den er als Verkäufer erhält, und dass die Grunderwerbssteuer vom Käufer zusätzlich zu tragen ist. B verweist darauf, dass es üblich ist, dass der Käufer diese Steuer trägt. A ist der Ansicht, dass er nur 400.000 Euro insgesamt für das Haus zahlen muss, inklusive aller Steuern und Kosten, und verlangt, dass B die Grunderwerbssteuer übernimmt.

Lösung:

Der B kann den Kaufpreis von A verlangen, wenn zwischen beide Parteien ein Vertrag zustande gekommen ist. Dafür müssten sich die Parteien über den wesentlichen Vertragsinhalt geeinigt haben. Bedenken bestehen insofern, als bei der mündlichen Vereinbarung nicht kein Austausch darüber stattgefunden hat, ob die Grunderwerbssteuer im Kaufpreis mit enthalten ist oder nicht. Hierin könnte ein versteckter Einigungsmangel i.S. des § 155 zu sehen sein.

Wegen versteckten Einigungsmangels (§ 155) scheitert ein Vertrag, wenn die Parteien glauben, sie hätten sich bereits über alle für sie bedeutsamen Punkte geeinigt, während sie in Wahrheit einen Punkt übersehen, sich also gerade nicht über ihn geeinigt haben. Etwas anderes gilt, wenn anzunehmen ist, dass sie den Vertrag auch ohne

⁹⁹ Vgl. zur Problematik STAUDINGER/BORK, § 155 Rn. 9.

eine Bestimmung über diesen Punkt getroffen haben würden. Beim Grunderwerb gehört eine Bestimmung darüber, ob der die fälligen Steuern zuzüglich zu zahlen sind oder bereits im vereinbarten Kaufpreis enthalten sind, in aller Regel zu den Punkten, über die die Parteien eine Einigung herbeiführen wollen. Im vorliegenden Falle hätten die Parteien sich also darüber einigen müssen, ob A zusätzlich zum Kaufpreis die Steuern zahlen sollte. kaufen solle. Hierüber haben sie sich nicht geeinigt. Es liegt deshalb ein versteckter Einigungsmangel vor, so dass kein wirksamer Vertrag zustande gekommen ist.

Fall: W und K verhandeln über den Abschluss eines Mietvertrages über ein Grundstück. Sie sprechen über die Höhe der Miete. In diesem Zusammenhang fordert W, K möge ihm doch zusätzlich zur Miete jährlich eine Summe in Höhe der halben Grundbesitzabgaben, die er (W) als Eigentümer des Grundstücks leisten müsse, zahlen. Darüber kann keine Einigkeit erzielt werden. Der Punkt wird in der Verhandlung einvernehmlich zurückgestellt. Schließlich meinen W und K, nachdem sie auch die Höhe der monatlichen Miete festgelegt haben, über alle Punkte Einigkeit erzielt zu haben. W glaubt, hinsichtlich des Grundbesitzabgabenausgleichs sei eine für ihn positive Regelung getroffen worden. K ist der Ansicht, dieser Punkt habe keine Rolle mehr gespielt und sei für ihn positiv geregelt. Ist ein Vertrag zustande gekommen?

Aufgabe 4:

Beantworten Sie diese Frage bitte schriftlich und vergleichen Sie Ihre Ausführungen anschließend mit der Lösung am Ende dieser Kurseinheit!

III. Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluss (*culpa in contrahendo*) bei Dissens

Für den Fall, dass wegen versteckten Einigungsmangels ein Vertrag gemäß § 155 nicht zustande kommt, hat das RG angenommen, diejenige Person, die daran ein Verschulden treffe, sei der anderen nach den Grundsätzen der *culpa in contrahendo* (Verschulden bei Vertragsschluss) zum Schadensersatz (= Ersatz des Vertrauensschadens) verpflichtet. Dies hat das RG wie folgt begründet: Es entspreche der Billigkeit und den Erfordernissen der Verkehrssicherheit, denjenigen, der sich fahrlässigerweise derart ausdrücke, dass er bei der Gegenpartei ein Missverständnis hervorrufe, mit der Haftung für die daraus entstehenden Schadensfolgen zu belasten.¹⁰⁰

Pflichten i.S. des § 241 Abs. 2, deren Verletzung eine Pflichtverletzung nach § 280 darstellt, können auch schon vor und auch ohne Vertragsschluss entstehen (vgl. § 311 Abs. 2 und 3). Schon das RG ist 1922 davon ausgegangen, dass "in dem Eintritt in die gemeinsamen Verhandlungen ein stillschweigendes Übereinkommen zu erblicken sei, wonach jeder Beteiligte die Interessen der übrigen Beteiligten tunlichst zu wahren habe"; wer dagegen schuldhaft verstoße, könne u.U. aus Verschulden bei Vertragsschluss haften.

¹⁰⁰ S.o. RGZ 104, 265, [268](#).

Die sogenannten "Weinsteinsäure–Entscheidung" des RG ist für die Problematik immer noch aktuell, obwohl sie bereits über 100 Jahre zurückliegt. Ihr liegt (verkürzt) folgender Sachverhalt zugrunde:

Zwischen der Klägerin und der Beklagten wurde dreimal telegraphiert; es ging um den Kauf von hundert Kilo Weinsteinsäure. Das letzte Telegramm lautete "Hundert Kilo Weinsteinsäure Gries bleifrei geordnet, briefliche Bestätigung unterwegs". Bei dieser Bestätigung stellte sich nun heraus, dass jede Partei die jeweils andere als Käuferin angesehen hatte. Die Klägerin bot der Beklagten die angeblich verkaufte Ware an und ließ dieselbe, weil die Beklagte Abnahme und Bezahlung verweigerte, öffentlich versteigern; die Differenz zwischen dem Preis, der in dem Verträge vereinbart werden sollte, und dem Erlös aus der Versteigerung verlangte die Klägerin nun als Schadensersatz.

Das RG hat der Klägerin einen Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens aus culpa in contrahendo zugestanden, und zwar mit dem schlichten Hinweis darauf, es sei "allgemein anerkannt", dass, "wenn ein Vertrag nicht zustande gekommen ist, Schaden für culpa in contrahendo gefordert werden kann"; für den Fall, dass ein Vertrag nicht zustande gekommen sei, lasse das Gesetz die Forderung des negativen Vertragsinteresses (des sog. Vertrauensschadens) für manche Sachlagen zu: so in §§ 122, 179 und 307 BGB a.F. und außerdem in § 309 BGB a.F. (Abschluss eines gesetzwidrigen Vertrages). Das RG gesteht zwar zu, dass streitig sei, ob diese Grundsätze auf ähnliche Fälle ausgedehnt werden könnten, meint aber, dieselben Gründe, nämlich Billigkeit und Rücksicht auf die Verkehrssicherheit, rechtfertigten es, diese Grundsätze auch auf die Fälle des versteckten Dissenses anzuwenden; denn es entspreche in der Tat der "Billigkeit und den Erfordernissen der Verkehrssicherheit, demjenigen, der sich fahrlässigerweise derart ausdrückt, dass er bei der Gegenpartei ein Missverständnis hervorruft, mit der Haftung für die daraus entstehenden Schadensfolgen zu belasten". Das RG geht sogar so weit zu bemerken, der vorliegende Fall biete keinen Anlass zu einer Erörterung darüber, ob dasselbe auch zu gelten habe, "wenn Fahrlässigkeit nicht gegeben sei".¹⁰¹ Das RG bedient sich hier *methodisch der Analogie* als einer häufig genutzten Möglichkeit der Lückenfüllung und damit der Rechtsfortbildung.

Mit dieser Entscheidung, die wesentlich zur Ausbildung und Fortbildung des nunmehr normierten Rechtsinstituts der culpa in contrahendo beigetragen hat, ist das RG allerdings, was das Entstehen eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses angeht, hinter die – ebenfalls als "Leitentscheidung" bezeichnete – Entscheidung (Linoleum¹⁰²) zurückgefallen.¹⁰³ Das RG war hier davon ausgegangen, dass die Parteien einen Kaufvertrag abschließen wollten und hatte dazu ausgeführt, dies sei kein bloß tatsächlicher Vorgang, wie ihn etwa eine reine Gefälligkeitshandlung darstellen würde; nach Ansicht des RG entstand hier ein den Kauf "vorbereitendes Rechtsverhältnis zwischen den Parteien, das einen vertragsähnlichen Charakter trägt und insofern rechtsgeschäftliche Verbindlichkeit erzeugt hat, als dem Verkäufer wie dem Kauflustigen die Pflicht erwuchs, bei der Vorlegung und Besichtigung der Ware die gebotene Sorgfalt für die Gesundheit und das Eigentum des anderen Teiles zu beobachten".¹⁰⁴

¹⁰¹ RGZ 104, 265, [268](#).

¹⁰² RGZ 78, [239](#).

¹⁰³ Vgl. SOERGEL/WIEDEMANN, Vor § 275 Rn. 102.

¹⁰⁴ Vgl. dazu auch RGZ 95, 58, [60 f.](#); in diesem Fall bejahte das RG auch ohne Analogieschluss vorvertragliche Sorgfaltspflichten.

Der BGH hat sich erstmals 1960 mit dieser Problematik auseinandersetzen müssen und sich dabei nicht mit einem Hinweis auf die Leitentscheidung begnügt.¹⁰⁵ Inzwischen war das Rechtsinstitut der culpa in contrahendo allerdings nicht unerheblich weiterentwickelt worden. Der BGH führte deshalb aus, eine schuldhaft Verletzung von Pflichten aus Vertragsverhandlungen könne auch darin liegen, dass das Vertrauen einer Verhandlungspartei auf das demnächstige Zustandekommen eines längeren Vertragsverhältnisses erweckt und die Partei zu Aufwendungen veranlasst wird, die sie nicht gemacht hätte, wenn sie nicht mit dem Vertragsschluss gerechnet hätte. Mit Hinweis auf die Weinsteinsäure-Entscheidung des RG und die Entscheidung RAG 20, 65 betont der BGH, die Rechtsprechung habe einen solchen Fall insbesondere angenommen, wenn ein Vertrag wegen versteckten Einigungsmangels nicht zustande gekommen sei und eine Partei fahrlässig bei der Gegenpartei das Missverständnis hervorgerufen habe.

Später hat der BGH die Fälle der schuldhaften Herbeiführung eines Dissenses unter Hinweis auf die Weinsteinsäure-Entscheidung des RG¹⁰⁶ wegen der Verletzung von Aufklärungspflichten und der damit verbundenen Pflicht zur Rücksichtnahme auf den Vertragspartner als culpa in contrahendo angesehen und eine Schadensersatzpflicht bejaht.¹⁰⁷ Diese (wohl) h.M., die heute auf §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 gestützt wird, weckt Bedenken. Zunächst ist die Rechtsfolge des versteckten Dissenses schlicht das Nichtzustandekommen des Vertrages. Das spricht gegen ein schutzwürdiges Vertrauen des Erklärungsempfängers als Anknüpfungspunkt für eine Haftung wegen eines Verschuldens bei Vertragsschluss. Wenn nur eine Partei fahrlässig einem Missverständnis über das Zustandekommen des Vertrages unterliegt, wird sie sich häufig den Erklärungsinhalt nach den Grundsätzen der normativen Auslegung zurechnen lassen müssen. Erfolgt die Zurechnung des Erklärungsinhaltes nicht, trifft in der Regel auch den anderen Teil ein Verschulden. Eine Bewertung, ob das Verschulden des einen Teils dasjenige des anderen überwiegt, dürfte dann in der Praxis kaum möglich sein; auch die Beweislastregel des § 280 Abs. 1 Satz 2 hilft dann nicht weiter.

Wichtige Entscheidungen:

RGZ 104, [265 ff.](#)

BGHZ 99, 101, [106 ff.](#)

¹⁰⁵ BGH LM § 276 BGB [Fa] Nr. 9.

¹⁰⁶ RGZ 104, [265 ff.](#)

¹⁰⁷ BGHZ 99, 101, [106 f.](#)

Lösungen zu den Selbsttestaufgaben

Lösung zu Aufgabe 1:

K könnte gegen V aus Kaufvertrag gemäß § 433 Abs. 1 S. 1 BGB einen Anspruch auf Übergabe (Lieferung) und Übereignung der Waggonladung Kiefernholz zum Preis von € 25.000, — haben. Dies setzt voraus, dass zwischen V und K ein entsprechender Kaufvertrag wirksam zustande gekommen ist.

Ein Kaufvertrag kommt durch zwei inhaltlich übereinstimmende, mit Bezug aufeinander abgegebene Willenserklärungen, Angebot und Annahme, zustande (vgl. §§ 145 ff. BGB).

Ein Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrages könnte zunächst in der Anfrage des K bei V zu erblicken sein. Ein Angebot ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, durch die einem anderen ein Vertragsschluss derart angetragen wird, dass das Zustandekommen des Vertrags nur noch von dessen vorbehaltlosem Einverständnis in Form eines schlichten „Ja“ abhängt. In objektiver Hinsicht ist das Setzen eines Erklärungszeichens erforderlich, das aus Sicht eines objektiven Empfängers auf die Herbeiführung einer Rechtsfolge gerichtet ist (Rechtsbindungswille). Dies setzt in der Regel voraus, dass sich der Äußerung die wesentlichen Bestandteile des zu schließenden Vertrages (die „essentialia negotii“), bei einem Kaufvertrag Kaufpreis, Kaufgegenstand und Vertragspartner, entnehmen lassen. K gab mit seiner Anfrage gegenüber V indes nur sein generelles, auf einen künftigen Holzkauf gerichtetes Interesse zu verstehen. Eine Konkretisierung des Kaufgegenstandes oder ein Kaufpreis sind nicht enthalten. Einen Rechtsbindungswillen hat K daher objektiv noch nicht zum Ausdruck gebracht. Die Anfrage des K ist vielmehr als Aufforderung an V zu verstehen, seinerseits ein bindendes Angebot zu unterbreiten (*invitatio ad offerendum*). Die Anfrage des K an V stellt somit noch kein rechtlich bindendes, auf einen Vertragsschluss mit V gerichtetes Angebot dar.

Ein Angebot könnte jedoch in dem Schreiben des V hinsichtlich der verschiedenen zum Kauf angebotenen Waggonladungen Holz liegen. Hierin bringt V auch einen Verkaufswillen gegenüber K zum Ausdruck. Problematisch ist hingegen, dass er dem K in seinem Schreiben nicht nur eine bestimmte Holzart, sondern mehrere verschiedene anbietet. Insofern könnte man das Angebot des V als noch nicht ausreichend bestimmt hinsichtlich des konkreten Verkaufsgegenstandes erachten. Dann könnte auch das Schreiben des V lediglich eine *invitatio ad offerendum* sein. Doch handelt es sich bei dem Schreiben des V um mehrere, lediglich in einem einheitlichen Schriftstück zusammen gefasste Verkaufsangebote, die jeweils eine bestimmte Holzart betreffen und unabhängig voneinander angenommen werden können. Damit konkretisiert jedes einzelne Angebot in ausreichender Form alle wesentlichen Vertragsbestandteile; K hat die Möglichkeit, ein einzelnes, für ihn interessantes Angebot anzunehmen und die anderen mangels Annahme verfallen zu lassen. Freilich könnte die Bezeichnung als "freibleibendes" Angebot dem Rechtsbindungswillen entgegenstehen. Durch den Vorbehalt der Nichtgebundenheit, der in der Formulierung "freibleibend" zum Ausdruck kommt, wird ein wirksames Angebot allerdings nicht ausgeschlossen. Vielmehr liegt ein Angebot vor, das der Offerent auch nach dem Zugang der Annahmeerklärung einseitig mit der Folge widerrufen kann, dass keine vertragliche Verpflichtung besteht. Das Schreiben des V an K mit den verschiedenen Verkaufsangeboten beinhaltet also mehrere rechtlich bindende, wirksame Angebote des V.

Fraglich ist, ob K eines dieser unter dem Vorbehalt der Nichtgebundenheit erklärten Angebote des V angenommen hat. Die Annahme ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, durch die der Antragsempfänger dem Antragenden sein uneingeschränktes Einverständnis mit dem angetragenen Vertragsschluss zu verstehen gibt. Hier hat K um unverzügliche Lieferung einer Waggonladung Kiefernholz zum Preis von € 25.000,— gebeten und Vs entsprechendes Angebot angenommen. Damit ist insoweit zunächst ein Kaufvertrag gemäß § 433 BGB zustande gekommen.

V hat sich jedoch vorbehalten, seine Erklärung auch nach Zugang der Annahmeerklärung einseitig zu widerrufen und damit eine vertragliche Bindung zu vermeiden. Dieses Widerrufsrecht ist aber zeitlich nicht unbeschränkt. Vielmehr muss V den Widerruf unverzüglich (d.h. ohne schuldhaftes Zögern; § 121 Abs. 1 S. 1 BGB) erklären, um den K rechtzeitig davon in Kenntnis zu setzen, ob er mit der Lieferung rechnen kann oder nicht. V hat nach Zugang der Annahmeerklärung nichts von sich hören lassen. Er hat also nicht unverzüglich zum Ausdruck gebracht, dass er nicht vertraglich gebunden sein wolle. Deswegen ist ein Kaufvertrag zwischen V und K über das Kiefernholz zu einem Preis von € 25.000,— wirksam zustande gekommen. K hat gemäß § 433 Abs. 1 S. 1 BGB einen Anspruch gegen V aus Kaufvertrag auf Lieferung und Verschaffung des Eigentums an der Waggonladung Kiefernholz.

Lösung zu Aufgabe 2:

Zwischen V und K könnte ein Kaufvertrag über den gebrauchten LKW, Marke X, Baujahr 2015, zustande gekommen sein. Ein Kaufvertrag gemäß § 433 BGB, kommt durch zwei inhaltlich übereinstimmende, mit Bezug aufeinander abgegebene Willenserklärungen, Angebot und Annahme, zustande (vgl. §§ 145 ff. BGB).

V könnte dem K mit seiner E-Mail vom 20.06.2023 ein Angebot über den LKW gemacht haben. Ein Angebot ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, durch die einem anderen ein Vertragsschluss derart angetragen wird, dass nur von dessen vorbehaltlosem Einverständnis in Form eines schlichten "Ja" das Zustandekommen des Vertrags abhängt. Zwar ist der Vertragsgegenstand nur typenmäßig bestimmt und nicht absolut individualisiert; eine den Kaufpreis rechtfertigende Detaillierung liegt jedoch vor. Da V in seiner Position als professioneller Autohändler in seinem Schreiben an K auch Bezug auf konkrete Kaufwünsche des K nimmt, ist ein auf Vertragsschluss mit K gerichteter Rechtsbindungswille des V in diesem Schreiben anzunehmen. Aus dem Schreiben des V gehen also Vertragspartner, Vertragsgegenstand und Kaufpreis in hinreichend bestimmter Weise hervor.

Dieses Schreiben ist dem K auch zugegangen und damit gemäß § 130 Abs. 1 S. 1 BGB wirksam geworden.

Fraglich ist, ob K dieses Angebot des V angenommen hat. Eine Annahme ist eine Willenserklärung, durch die der Antragsempfänger dem Antragenden sein vorbehaltloses Einverständnis mit dem angetragenen Vertragsschluss zu verstehen gibt. Drei Wochen nach Erhalt der E-Mail setzte K ein Schreiben an V auf, in dem er sein Einverständnis mit dem von V gemachten Angebot ausdrückte, das Angebot des V also annahm.

Diese Annahmeerklärung müsste auch fristgerecht erfolgt sein. Sofern keine konkrete Frist nach dem Kalender gesetzt ist, gilt bei einem Angebot unter Abwesenden gemäß § 147 Abs. 2 BGB eine Annahmefrist bis zu dem Zeitpunkt, "in welchem der Antragende den Eingang der Annahmeerklärung unter regelmäßigen Umständen erwarten

darf". Fraglich ist, was hierunter vorliegend zu verstehen ist. Einerseits ist dem K eine Bedenkzeit zu gewähren, die bei einem Kaufpreis in Höhe von 10.000 Euro nicht zu kurz zu bemessen ist. Hinzu kommt die Zeitspanne zwischen Abgabe der Annahmeerklärung und deren Eingang i.S. von § 147 Abs. 2 BGB. Andererseits liegt es in Interesse des Verkäufers, mit einem anderen zum Kauf entschlossenen Kunden möglichst bald kontrahieren zu können und deswegen nicht zu lange an seine Erklärung gebunden zu sein. Zudem wählte V vorliegend eine E-Mail als Kommunikationsmittel. Hierdurch bringt er zum Ausdruck, bei Interesse auf vergleichbar schnellem Wege (E-Mail, Anruf etc.) eine Antwort zu erwarten. "Unter regelmäßigen Umständen" kann dies kaum eine dreiwöchige Bedenkzeit plus Versandzeit meinen. Die Annahmeerklärung des K war mithin nicht mehr fristgerecht i.S. von § 147 Abs. 2 BGB, sondern verspätet i.S. von § 150 Abs. 1 BGB. Die Annahmeerklärung des K ist mit Bezug auf das Verkaufsangebot des V daher nicht mehr wirksam. Vielmehr ist sie gemäß § 150 Abs. 2 BGB ein neues Angebot, welches aber von V nicht angenommen wurde.

Ein wirksamer Kaufvertrag gemäß § 433 BGB ist zwischen V und K über den gebrauchten LKW mithin nicht zustande gekommen.

Lösung zu Aufgabe 3:

A könnte gegen B einen Anspruch auf Zahlung von € 700.000,-- aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2 BGB haben.

1. Schuldverhältnis zwischen A und B

Dann müsste zwischen A und B ein Schuldverhältnis im Sinne des § 280 Abs. 1 BGB bestehen. A und B haben noch keinen Vertrag abgeschlossen. Es kommt daher nur die Entstehung eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses gemäß § 311 Abs. 2 BGB in Betracht. Ein solches Schuldverhältnis könnte gemäß § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB mit der Aufnahme von Vertragsverhandlungen entstanden sein.

Die Vertragsverhandlungen zwischen A und B über die Errichtung einer schlüsselfertigen Anlage waren bereits weit fortgeschritten. Es fehlte noch an der Einigung über den Preis. Somit liegt die Aufnahme von Vertragsverhandlungen gemäß § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB vor.

2. Pflichtverletzung

Ferner müsste B eine Pflicht aus diesem Schuldverhältnis verletzt haben. Aus dem vorvertraglichen Verhältnis gemäß § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB ergab sich für B die Pflicht gegenüber A, diesem in angemessener Frist Klarheit darüber zu verschaffen, ob er einen Vertrag mit dem in Aussicht genommenen Inhalt abschließen will.

Die Pflichtverletzung des B liegt hier darin, dass er bei A das Vertrauen auf einen Vertragsschluss hervorgerufen hat und diesen Vertrag dann nicht mit A abgeschlossen hat, sondern mit einem anderen Unternehmer, ohne den A davon vorher rechtzeitig in Kenntnis zu setzen. A durfte nach dem bisherigen Verhalten des B, insbesondere wegen der Aufforderung, schon Bestellungen nach außen auszulösen, mit Sicherheit davon ausgehen, der Vertrag werde zustande kommen.

3. Vertretenmüssen des B

Des Weiteren müsste B seine Pflichtverletzung auch zu vertreten haben, also gemäß § 276 Abs. 1, Abs. 2 BGB schuldhaft gehandelt haben. Das Verschulden des B könnte hier darin liegen, dass er bei A das Vertrauen geweckt und genährt hat, der Vertrag werde mit Sicherheit zustande kommen. A und B haben Vertragsverhandlungen aufgenommen, die bereits weit fortgeschritten waren. Im Zuge dieser Verhandlungen hat B den A gedrängt, bereits Verträge mit den Zulieferern abzuschließen und mit den Arbeiten zu beginnen. A durfte aufgrund dieser Aussage des B berechtigterweise davon ausgehen, dass der Vertrag über den Anlagenbau zustande kommen soll. B hat die Vertragsverhandlungen ohne triftigen Grund abgebrochen.

Mit diesem Verhalten gegenüber A hat B auch gegen die im Verkehr übliche Sorgfalt verstoßen und somit gemäß § 276 Abs. 1, Abs. 2 BGB fahrlässig gehandelt.

Damit hat B seine Pflichtverletzung auch zu vertreten.

4. Schaden des A

Dem A müsste ferner ein Schaden entstanden sein. Der Ersatz des Schadens richtet sich nach der Regelung der §§ 249 ff. Der Gläubiger ist bei einer Pflichtverletzung aus einem vorvertraglichen Schuldverhältnis so zu stellen, wie er stünde, wenn er nicht auf das wirksame Zustandekommen des Vertrages vertraut hätte.

Hätte A nicht darauf vertraut, dass B mit ihm den Vertrag abschließt, hätte er nicht die Verträge mit den Zulieferern abgeschlossen. Die aus diesen Verträgen für A entstandene Zahlungspflicht stellt somit den zu ersetzenden Vertrauensschaden des A dar.

5. Ergebnis

A hat gegen B einen Anspruch auf Zahlung von € 700.000,-- aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2 BGB.

Lösung zu Aufgabe 4:

Ein Vertrag (Mietvertrag) ist nur zustande gekommen, wenn W und K sich zumindest über alle wesentlichen Punkte des Vertrages (*essentialia negotii*) geeinigt haben. Das ist in Bezug auf den Grundbesitzabgabenausgleich nicht geschehen. Allerdings waren sowohl W als auch K der Meinung, sie hätten sich geeinigt und einen Vertrag abgeschlossen; daher liegt gemäß § 155 BGB ein versteckter Dissens (Einigungsmangel) vor. Fraglich ist dann, ob der Mietvertrag ohne eine Regelung betreffend den Grundbesitzabgabenausgleich zustande gekommen ist. Gemäß § 155 BGB ist das nur der Fall, wenn anzunehmen ist, dass der Vertrag auch ohne eine Bestimmung über diesen Punkt geschlossen worden wäre. Es ist also zu fragen, was W und K gewollt und vereinbart hätten, wenn sie gewusst hätten, dass über den Grundbesitzabgabenausgleich keine Einigung erzielt worden war. Die Grundbesitzabgaben stellten einen nicht unerheblichen Betrag dar. Es ist deshalb davon auszugehen, dass beide die Frage, ob K die Hälfte der Grundbesitzabgaben pro Jahr an W und damit eine – versteckt – höhere Miete zahlen sollte, für so wesentlich angesehen haben würden, dass sie ohne Einigung über diesen Punkt einen Vertrag nicht abgeschlossen hätten. Gemäß § 155 BGB ist deshalb zwischen W und K kein Mietvertrag zustande gekommen.

2001623
(04/25)

55101-03-S#1



Alle Rechte vorbehalten
© 2025 FernUniversität in Hagen
Rechtswissenschaftliche Fakultät