

# 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 5

**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/m<sup>2</sup>, weiß), hergestellt aus 100 % Altpapier.

## Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis .....	3
§ 10 Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte. Trennungs- und Abstraktionsprinzip .....	6
I. Begriffe und Unterscheidung .....	6
1. Überblick .....	6
2. Das Verpflichtungsgeschäft .....	6
3. Das Verfügungsgeschäft .....	7
4. Der Erwerb des Eigentums an beweglichen Sachen vom Berechtigten (Eigentümer) als Beispiel für ein Verfügungsgeschäft .....	8
II. Das Trennungs- und das Abstraktionsprinzip .....	9
1. Das Trennungsprinzip .....	9
2. Das Abstraktionsprinzip .....	10
§ 11 Rechtsgeschäfte mit Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen .....	12
I. Die Geschäftsfähigkeit .....	12
1. Der Begriff der Geschäftsfähigkeit .....	12
2. Die Abgrenzung zur Rechtsfähigkeit und Deliktsfähigkeit .....	12
a) Die Rechtsfähigkeit .....	12
b) Die Deliktsfähigkeit .....	14
II. Der Schutz der Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen .....	15
1. Überblick .....	15
2. Die Geschäftsunfähigen .....	16
3. Die beschränkt Geschäftsfähigen .....	17
4. Die gesetzlichen Vertreter der Geschäftsunfähigen und der in ihrer Geschäftsfähigkeit Beschränkten .....	19
5. Die Regelung des § 107 BGB .....	20
a) Die Einwilligung .....	20
b) Der lediglich rechtliche Vorteil .....	22
c) Die Rechtsfolgen .....	26
6. Die Auflösung des Schwebezustandes gemäß §§ 108, 109 .....	27
7. Der Sondertatbestand des § 110 .....	28
8. Die Surrogationsgeschäfte .....	30

9. Die partielle Geschäftsfähigkeit .....	30
a) Der selbständige Betrieb eines Erwerbsgeschäftes.....	30
b) Dienst- oder Arbeitsverhältnisse von Minderjährigen .....	30
10. Das Wirksamwerden einer dem Minderjährigen zugehenden Willenserklärung (§ 131 Abs. 2) .....	31
11. Die Regelung des § 1825 BGB .....	32
§ 12 Die Form .....	33
I. Das Prinzip der Formfreiheit .....	33
II. Die vom Gesetz vorgeschriebene Form .....	34
1. Die einfache Schriftform .....	34
2. Elektronische Form und Textform .....	35
a) Überblick .....	35
b) Die elektronische Form (§ 126a).....	35
c) Die Textform (§ 126 b) .....	37
3. Die öffentliche Beglaubigung .....	37
4. Die notarielle Beurkundung .....	38
5. Die Eigenhändigkeit einer Urkunde .....	38
III. Die gewillkürte Schriftform .....	39
IV. Die Folgen des Formmangels .....	39
1. Die gesetzlich vorgeschriebene Form .....	39
2. Die rechtsgeschäftlich vereinbarte (gewillkürte) Form .....	40
V. Die Überwindung des Formmangels gemäß § 242.....	41
§ 13 Die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften .....	44
I. Einführung .....	44
II. Der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134) .....	45
1. Die gesetzliche Regelung .....	45
2. Verbotsgesetze im Sinne des § 134.....	46
3. Die Folgen eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot.....	47
4. Umgehungsgeschäfte .....	50
III. Sittenwidrige Geschäfte (§ 138).....	50
1. Die Generalklausel des § 138 Abs. 1 .....	51
a) Generalklauseln und die Wandlung von Inhaltsbestimmungen.....	51
b) Anwendungsbereich und Rechtsfolge .....	52

---

(a) Der Anwendungsbereich.....	52
(b) Die Rechtsfolge .....	52
2. Die Bestimmung der Sittenwidrigkeit eines Geschäfts.....	53
a) Die Definition der Sittenwidrigkeit.....	53
b) Das Bewusstsein der Sittenwidrigkeit.....	55
c) Die Drittwirkung der Grundrechte und § 138 Abs. 1 .....	55
3. Die Anwendung des § 138 Abs. 1 in der Praxis.....	57
a) Rechtsgeschäfte, die die wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit einschränken.....	57
b) Sogenannte „Geliebtentestamente“ .....	59
4. Der Wucher .....	60
5. Sittenwidrige Bürgschaftsverträge .....	64
6. Haftung aus culpa in contrahendo bei schuldhafter Herbeiführung der Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäftes? .....	67
IV. Die Nichtigkeit von Vertragsteilen nach den §§ 307 ff.....	68
Lösungen zu den Selbsttestaufgaben.....	71

## § 10 Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte. Trennungs- und Abstraktionsprinzip

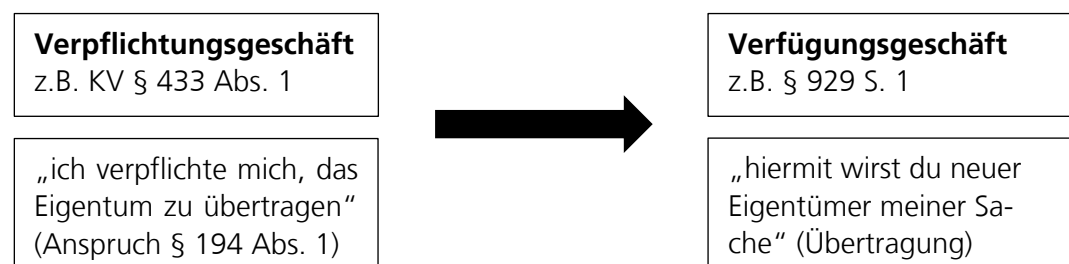
**Schrifttum:** BAYERLE, Trennungs- und Abstraktionsprinzip in der Fallbearbeitung, JuS 2009, 1079; JAUERNIG, Trennungsprinzip und Abstraktionsprinzip, JuS 1994, 721 ff.; LIEDER/BERNEITH, Echte und unechte Ausnahmen vom Abstraktionsprinzip, JuS 2016, 673; EISENHARDT, Die Verpflichtung des Abstraktionsprinzips im 20. Jahrhundert, in: FS KROESCHELL, 1997, S. 215 ff; KREUTZ, Der Begriff der Verfügung im BGB und das Trennungs- und Abstraktionsprinzip, ZJS 2/2009 [S. 136 ff.](#); SCHREIBER, Die Grundprinzipien des Sachenrechts, JURA 2010 S. [272 ff.](#); STADLER, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion – eine rechtsvergleichende Studie zur abstrakten und kausalen Gestaltung rechtsgeschäftlicher Zuwendungen anhand des deutschen, schweizerischen, österreichischen, französischen und US-amerikanischen Rechts, 1996; STRACK, Hintergründe des Abstraktionsprinzips, JURA 2011 S. [5 ff.](#)

### I. Begriffe und Unterscheidung

#### 1. Überblick

Dem Wortlaut des § 433 Abs. 1 S. 1 ist zu entnehmen, dass allein mit dem Abschluss des Kaufvertrages das **Eigentum** an der gekauften Sache **nicht** auf den Käufer übergeht. Der wirksam zustande gekommene Kaufvertrag **verpflichtet** den Verkäufer lediglich, die gekaufte Sache an den Käufer zu übereignen. Es bedarf eines weiteren Geschäftes – nämlich der Übereignung –, um den Käufer Eigentümer werden zu lassen.

Die Übereignung (Eigentumsübertragung) an beweglichen Sachen wird gemäß §§ 929 ff. vollzogen. Der wohl häufigste Fall ist die Übereignung durch **Einigung und Übergabe (§ 929 S. 1)**. Das BGB unterscheidet nicht nur hier, sondern grundsätzlich zwischen "Verpflichtungsgeschäften" einerseits und "Verfügungsgeschäften" andererseits. Dies ist nicht ganz leicht zu verstehen, weil damit ein äußerlich einheitlicher Vorgang in unterschiedliche Rechtsgeschäfte "zerlegt" wird.



#### 2. Das Verpflichtungsgeschäft

Das Verpflichtungsgeschäft ist ein Rechtsgeschäft, mit dem sich eine Person einer anderen gegenüber verpflichtet, eine Leistung zu erbringen. **Verpflichtungsgeschäfte schaffen** einen oder mehrere **Ansprüche**. Die meisten Verpflichtungsgeschäfte werden durch Vertragsabschlüsse begründet, nur ausnahmsweise durch einseitige Rechtsgeschäfte (z.B. bei der "Auslobung", § 657 BGB). Die typischen Verpflichtungsgeschäfte sind also die im Besonderen Teil des Schuldrechts im BGB, wie z.B. Kauf (§ 433), Miete (§ 535), Werkvertrag (§ 631) und Darlehen (§ 488), oder auch die im HGB geregelten *Verträge*.

Verpflichtet sich der Schuldner in einem Vertrag dem Gläubiger gegenüber, eine bestimmte Leistung zu erbringen, so entsteht ein Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner i.S. des § 194 Abs. 1. Durch den Abschluss des Verpflichtungsgeschäftes erwirbt der Gläubiger also ein Forderungsrecht.

Verpflichtungsgeschäfte (vertragliche Schuldverhältnisse) erfüllen im Warenverkehr eine doppelte Aufgabe:

- Sie bereiten eine Güterbewegung, wie z.B. die Übertragung des Eigentums an Sachen, vor. Der Vertrag verpflichtet dann zu der Güterbewegung, die als Leistung vereinbart wird. Vollzogen wird die Güterbewegung durch das Verfügungsgeschäft. Aus dem Verpflichtungsgeschäft hat der Gläubiger einen Anspruch auf Vornahme des Verfügungsgeschäftes. Kommt der Schuldner seiner Verpflichtung nicht oder nur schlecht nach, so kann der Gläubiger grundsätzlich auf Erfüllung klagen, die vom Schuldner eingegangene Verpflichtung also gerichtlich durchsetzen. Es können aber auch "Leistungsstörungen" vorliegen, so dass der Gläubiger von dem Verpflichtungsgeschäft zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung (beim Kaufvertrag z.B. §§ 437 Nr. 3, 440, 280 Abs. 1, 3, 281, 283, 311a) verlangen kann.
- Sie sichern die "Güterbewegung", indem sie den rechtlichen Grund (die causa) für diese Vermögensverschiebung bilden.

### 3. Das Verfügungsgeschäft

**Def.:** Ein Verfügungsgeschäft ist ein Rechtsgeschäft, durch das ein Recht unmittelbar aufgehoben, übertragen, belastet oder inhaltlich geändert wird (Eselsbrücke: A-U-B-I).

Typische Beispiele für Verfügungsgeschäfte sind: die Übereignung beweglicher und unbeweglicher Sachen gemäß § 929 ff. bzw. §§ 873, 925 ff. und die Abtretung von Forderungen und die Übertragung von sonstigen Rechten (z.B. von Marken oder Patenten) gemäß §§ 398 ff.<sup>1</sup>

**Beispiel:** K schließt mit dem Kfz-Händler V einen Kaufvertrag über einen PKW Marke X, Farbe Grün etc. Nach dem Vertrag soll das Kfz vier Wochen nach Abschluss des Kaufvertrages an K ausgeliefert werden. Hier wird das Auseinanderfallen von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft deutlich:

- a) Zunächst schließen V und K einen **Kaufvertrag** ab, der sofort wirksam wird. Der Kaufvertrag ist ein *Verpflichtungsgeschäft*, d.h. ein Rechtsgeschäft, durch das eine oder mehrere Personen sich *verpflichten*, bestimmte Leistungen zu erbringen. Die Rechtsfolgen des Kaufvertrages sind:
  - aa) K erwirbt gegen V einen *Anspruch* auf Übergabe und Eigentumsverschaffung an einem PKW. V wird *verpflichtet*, dem K den PKW zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen. Im Hinblick auf diesen Anspruch ist K der Gläubiger und V der Schuldner.

<sup>1</sup> Näheres hierzu im Modul Sachenrecht 55108.

- bb) V erwirbt einen *Anspruch* gegen K auf Zahlung des Kaufpreises. K wird *verpflichtet*, den Kaufpreis an V zu zahlen. Im Hinblick auf den Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises gemäß § 433 Abs. 2 ist V der Gläubiger und K der Schuldner.
- b) Das Eigentum an dem gekauften PKW geht erst später auf K über, nämlich dann, wenn der PKW an K übergeben wird und V und K darüber einig sind, dass das Eigentum auf den Käufer übergehen soll (§ 929 S. 1). Die **Übereignung** (die Eigentumsübertragung) ist ein weiteres Geschäft und zwar ein *Verfügungsgeschäft*.

#### 4. Der Erwerb des Eigentums an beweglichen Sachen vom Berechtigten (Eigentümer) als Beispiel für ein Verfügungsgeschäft

Die Wirksamkeit eines Verfügungsgeschäftes setzt grundsätzlich voraus, dass der Verfügende dazu berechtigt ist (= **Verfügungsmacht** hat).

**Beispiel:** Das Eigentum an einer Sache kann in der Regel nur der zur Verfügung berechtigte Eigentümer wirksam übertragen. Lediglich ausnahmsweise sind die Verfügungen, die ein Nichtberechtigter vornimmt, wirksam (z. B. wenn dieser vom Eigentümer berechtigt wurde (§ 185) oder unter den in § 932 genannten Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs).

Es kann sein, dass ein Verfügungsgeschäft allein durch die Abgabe von Willenserklärungen wirksam vorgenommen werden kann, ohne dass ein zusätzlicher Akt erforderlich ist.<sup>2</sup>

**Beispiel:** Die Abtretung einer Forderung gemäß § 398. Ein Abtretungsvertrag kommt – wie jeder andere Vertrag auch – durch die Abgabe entsprechender Willenserklärungen zustande. Mit dem Abschluss des Abtretungsvertrages tritt der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers (§ 398 S. 2). Der Abtretungsvertrag ist ein Verfügungsgeschäft; denn durch ihn wird ein Recht – die Forderung – unmittelbar übertragen. Einem solchen Verfügungsgeschäft liegt in der Regel ein Verpflichtungsgeschäft (hier z.B. ein "Forderungskauf") zugrunde.

Häufig setzt das Wirksamwerden eines Verfügungsgeschäftes neben der Abgabe einer oder mehrerer Willenserklärungen noch andere Tatbestandsmerkmale, wie z.B. die Übergabe einer Sache oder die Eintragung in ein Register voraus.

Das Eigentum an einer beweglichen Sache wird in der Regel durch die **Einigung** darüber, dass das Eigentum übergehen soll, und durch die **Übergabe** der Sache übertragen (§ 929 S. 1).

Die **Einigung** i.S. des § 929 S. 1 ist ein dinglicher Vertrag, der auf die Eigentumsübertragung gerichtet ist.<sup>3</sup> Er kommt – wie jeder Vertrag – durch die übereinstimmenden **Willenserklärungen** der Beteiligten zustande. Derjenige, der das Eigentum von sich auf den anderen übertragen möchte (Veräußerer), und der, der das Eigentum erwerben möchte (Erwerber), geben ihr Einverständnis mit dem Eigentumsübergang durch zwei Einigungserklärungen ab.

<sup>2</sup> Im Folgenden die allgemeinen Grundlagen. Näheres lernen Sie im Modul 55108 Sachenrecht und Recht der Kreditsicherung.

<sup>3</sup> Vgl. BGHZ 28, 16, 19.



Die Einigung muss nicht ausdrücklich, sondern sie kann auch "konkludent" erklärt werden. Das ist z.B. der Fall, wenn der Verkäufer dem Käufer die gekaufte Sache über den Ladentisch reicht und der Käufer sie wortlos entgegennimmt, z.B. beim Bäcker.

Die **Übergabe** der Sache ist kein rechtsgeschäftlicher, sondern ein faktischer Akt ("Realakt"). Die Sache gelangt mit dem Willen des bisherigen Eigentümers in den Herrschaftsbereich dessen, der das Eigentum erwerben soll. Die Übergabe i.S. des § 929 S. 1 ist die Übertragung des unmittelbaren Besitzes an der Sache durch den Eigentümer auf den Erwerber.

Der **Besitz** ist die *tatsächliche* Herrschaft einer Person über eine Sache (§ 854 Abs. 1). Das **Eigentum** ist demgegenüber die (umfassende) *rechtliche* Herrschaft einer Person über eine Sache (§ 903).

Eigentum und Besitz sind zwei selbständig geschützte Rechtspositionen und deshalb auseinander zu halten. Der Eigentümer einer Sache ist zwar häufig zugleich der Besitzer; Eigentum und Besitz können jedoch auch auseinander fallen.

**Beispiel:** Ezechiel ist Eigentümer eines PKW. E verleiht den PKW seinem Freund Felix. F holt den Wagen bei E ab und erhält die Schlüssel von ihm ausgehändigt. E bleibt trotz der Leihe Eigentümer des PKW und des Autoschlüssels. F ist aber der unmittelbare Besitzer, weil er die tatsächliche Herrschaft über die Sache ausübt.

Bei der Entscheidung der Frage, ob über eine Sache ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis besteht, ist die Verkehrsanschauung heranzuziehen. Im Allgemeinen ist es erforderlich, dass die Sache dem Besitzer zugänglich ist.

Allerdings ist ein räumlicher Zusammenhang nicht in jedem Fall erforderlich. So hat z.B. auch derjenige, der verreist ist, weiterhin Besitz an den Sachen, die sich in seiner Wohnung befinden.

**Beispiel:** Der Bauer, der seinen Pflug auf dem Felde stehen lässt, behält den Besitz, auch wenn er sich im 2 km entfernten Wohnhaus aufhält.

## II. Das Trennungs- und das Abstraktionsprinzip

### 1. Das Trennungsprinzip

Die Unterscheidung zwischen Verpflichtungsgeschäft einerseits und Verfügungsgeschäft andererseits bedeutet: Für die *Erfüllung* (§ 362) eines Verpflichtungsgeschäftes ist häufig noch ein weiteres Rechtsgeschäft, eine Verfügung notwendig.

Im Anschluss an das **Beispiel** oben: Durch den Anspruch aus dem Kaufvertrag, des Verpflichtungsgeschäftes, erwirbt K den Anspruch gegen V auf Übereignung des PKW. Die Erfüllung tritt erst aufgrund eines weiteren Geschäftes, des Verfügungsgeschäftes ein, welches hier die Übereignung des PKW gemäß § 929 S. 1 ist.

Die Unterscheidung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft wird auch als "*Trennungsprinzip*" bezeichnet, das im BGB seinen Niederschlag gefunden hat. Das Trennungsprinzip ist keine Selbstverständlichkeit; ihm steht das "**Einheitsprinzip**", z.B. im französischen Recht, gegenüber. Letzteres bedeutet: es gibt beim Einheitsprinzip *kein* vom Verpflichtungsgeschäft gesondertes Verfügungsgeschäft. Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft sind eine durch den Willen verbundene Einheit.

**Beispiel:** Für den Verkauf und die Übereignung von Sachen genügt bei Geltung des Einheitsprinzips *eine* Einigung von Verkäufer und Käufer. Hier kann allerdings noch die Frage auftreten, ob zum Eigentumsübergang allein die Einigung genügt (Konsensprinzip) oder ob noch ein Kundgebungsakt, wie z.B. die Übergabe oder eine Registereintragung, hinzukommen muss (sog. Traditionsprinzip).

## 2. Das Abstraktionsprinzip

Das Abstraktionsprinzip, das die Trennung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft voraussetzt (ohne Trennung ist keine Abstraktion möglich), geht noch über das Trennungsprinzip hinaus.<sup>4</sup>

Das Abstraktionsprinzip beinhaltet zwei Abstraktionen<sup>5</sup>:

- die **inhaltliche Abstraktion**: Das Verfügungsgeschäft muss *keine* kausale Zweckbestimmung enthalten. Das bedeutet, es muss nicht angegeben werden, warum das Verfügungsgeschäft vorgenommen wird, z.B. zwecks Erfüllung des zugrundeliegenden Kaufvertrages,
- die **äußerliche Abstraktion**: Die Wirksamkeit des Verfügungsgeschäftes hängt weder von dem Vorhandensein noch von der Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäftes ab.

Im Anschluss an das **Beispiel** oben: Auch wenn der zwischen V und K abgeschlossene Kaufvertrag (Verpflichtungsgeschäft) aus irgendwelchen Gründen, z.B. wegen Sittenwidrigkeit gemäß § 138 Abs. 1, nichtig ist, ist die vorgenommene Übereignung (Verfügungsgeschäft) wirksam. Das dingliche Geschäft ist grundsätzlich "sittlich neutral", auch wenn das zugrundeliegende Verpflichtungsgeschäft sittenwidrig ist. K wurde deshalb Eigentümer des PKW, auch wenn der Kaufvertrag nichtig ist. Dem V steht jedoch in der Regel ein Anspruch auf Rückübereignung des PKW aus ungerechtfertigter Bereicherung nach § 812 I 1 Var. 1 zu.

**Zur Erläuterung:** Das Gegenprinzip zum Abstraktionsprinzip ist das "Kausalprinzip", welches z.B. im österreichischen Recht gilt. Nach dem "Kausalprinzip" muss das Verfügungsgeschäft, um wirksam zu sein, auch den Grund (die causa) der Vornahme enthalten; das Fehlen oder die Unwirksamkeit des Verpflichtungsgeschäftes zieht die Unwirksamkeit des Verfügungsgeschäftes nach sich.<sup>6</sup>

Mit der Aufteilung der Rechtsgeschäfte in Verpflichtungsgeschäfte einerseits und Verfügungsgeschäfte andererseits verfolgt der Gesetzgeber den **Zweck**, die **Inhaberschaft an einem Recht**, wie z.B. dem Eigentum, **möglichst klar und zweifelsfrei feststellbar zu machen**. Durch das Abstraktionsprinzip soll erreicht werden, dass

<sup>4</sup> Vgl. dazu MEDICUS, AT, Rn. 224 ff. und JAUERNIG, JuS 1994, 721, 722 ff.

<sup>5</sup> JAUERNIG, JuS 1994, 722.

<sup>6</sup> Zu alledem JAUERNIG, JuS 1994, 722.

das Verfügungsgeschäft von den Mängeln des Verpflichtungsgeschäfts (Kausalgeschäfts) grundsätzlich unabhängig ist. Es ist also durchaus beabsichtigt, dass das Verfügungsgeschäft wirksam sein kann, obwohl das diesem zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft aus irgendeinem Grunde – etwa wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134)<sup>7</sup> oder Formmangels (§ 125)<sup>8</sup> – nichtig ist. Falls das Verpflichtungsgeschäft, das die durch das Verfügungsgeschäft vollzogene Güterbewegung vorbereitet und ihre causa bildet, nichtig ist, entsteht allerdings **in der Regel ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812)**, der darauf gerichtet ist, die ohne rechtlichen Grund erfolgte Vermögensverschiebung rückgängig zu machen.

Aus alledem ergibt sich, dass zwischen Trennungs- und Abstraktionsprinzip deutlich unterschieden werden muss.<sup>9</sup>

Für die Beteiligten ist die Trennung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft häufig nicht erkennbar. Bei Barkäufen des täglichen Lebens fassen Verkäufer und Käufer den Abschluss des Kaufvertrages und die Übereignung der gekauften Sache in der Regel als einheitlichen Vorgang auf.

**Beispiel:** K tritt an den Verkaufskiosk des V, ergreift eine der dort ausliegenden Zeitungen und übergibt dem V ein 2-Euro-Stück als Kaufpreis für die Zeitung. Weder V noch K sprechen ein Wort. Obwohl V und K drei Geschäfte (Abschluss des Kaufvertrages, Übereignung der Zeitung und Übereignung des Geldstücks) getätigt haben, gehen sie im Zweifel von der Einheit des Geschäftes aus.

Häufig tritt jedoch die Trennung zwischen Verpflichtungsgeschäft und Verfügungsgeschäft auch nach außen deutlich in Erscheinung. Das ist z.B. stets dann der Fall, wenn der Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts und die Vornahme des Verfügungsgeschäfts – anders als im Beispiel vom Zeitungskauf – zeitlich deutlich wahrnehmbar auseinanderfallen (vgl. Beispiel zum Kfz-Kauf).

### **Trennungsprinzip**

=> Unterscheidung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft (= zwei Rechtsgeschäfte)

### **Abstraktionsprinzip**

=> Verfügungsgeschäft ist unabhängig vom Bestehen bzw. der Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäftes

<sup>7</sup> Siehe hierzu § 13, II.

<sup>8</sup> Siehe hierzu § 12, II.

<sup>9</sup> Vgl. zur Problematik JAUERNIG, JuS 1994, 721 ff.

## § 11 Rechtsgeschäfte mit Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen

**Schrifttum:** BEHNKE, Das neue Minderjährigenhaftungsbeschränkungsgesetz, NJW 1998, 3078 ff.; BISGES, Schlumpfbeeren für 3000 Euro – Rechtliche Aspekte von In-App-Verkäufen an Kinder, NJW 2014, [183](#); BOEHMKE/SCHÖNFELDER, Wirksamwerden von Willenserklärungen gegenüber nicht voll Geschäftsfähigen (§ 131 BGB), JuS 2013, 7; HARDER, Forum: Die Erfüllungsannahme durch den Minderjährigen – lediglich ein rechtlicher Vorteil, JuS 1977, 149 ff.; LATZEL/ZÖLLNER, Anfänglich kostenlose Verträge mit Minderjährigen NJW 2019, [1031](#); ROLFS, Neues zur Deliktshaftung Minderjähriger, JZ 1999, 233 ff.; SCHOLL/CLAEBENS, Schenkung und Übereignung eines Tieres an einen beschränkt Geschäftsfähigen – Erwiderung auf Timme, JA 2010, 174, JA 2010, [765](#); K. SCHREIBER, Neutrale Geschäfte Minderjähriger, Jura 1987, 221 ff.; TIMME, Die Schenkung eines Tieres an einen beschränkt Geschäftsfähigen, JA 2010, 174, [848](#); WILHELM, Das Merkmal »lediglich rechtlich vorteilhaft« bei Verfügungen über Grundstücksrechte, NJW 2006, [2353](#); LORENZ, Grundwissen – Zivilrecht: Rechts- und Geschäftsfähigkeit, JuS 2010, [11](#); WILHELM, Das Merkmal „lediglich rechtlich vorteilhaft“ bei Verfügungen über Grundstücksrechte“ NJW 2006, [2353](#); PIRAS/STIEGLMEIER, § 110 BGB im Zeichen der Zeit, JA 2014, 893.; RÖTHEL/KRACKHARDT, lediglich rechtlicher Vorteil und Grunderwerb, JURA 2006, 161.; HASLACH, rechtlich nachteilhafte Grundstücksübertragung an einen Minderjährigen ohne die Mitwirkung eines Ergänzungspflegers? JA 2017, 490

### I. Die Geschäftsfähigkeit

#### 1. Der Begriff der Geschäftsfähigkeit

Die Rechtsordnung rechnet Erklärungshandlungen einer Person nur zu, wenn diese ein Mindestmaß an Urteilsvermögen hat und in der Lage ist, ihr Erklärungsverhalten zu beherrschen. Sie knüpft die Fähigkeit einer Person, durch Erklärungshandlungen Rechtsfolgen herbeizuführen (Willenserklärungen abzugeben), deshalb an die Geschäftsfähigkeit.

Die **Geschäftsfähigkeit** ist die Fähigkeit, durch die Abgabe oder den Empfang von Willenserklärungen Rechtsfolgen für sich oder andere herbeizuführen.

Wirksame Willenserklärungen können also nur diejenigen Personen abgeben, die geschäftsfähig sind. Anders ausgedrückt: Ein Rechtsgeschäft kann nur vornehmen, wer geschäftsfähig ist.

#### 2. Die Abgrenzung zur Rechtsfähigkeit und Deliktsfähigkeit

Der Begriff der Geschäftsfähigkeit ist u.a. abzugrenzen von der Rechtsfähigkeit und der Deliktsfähigkeit.

##### a) Die Rechtsfähigkeit

Die Rechtsfähigkeit ist die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten sein zu können.

Die Rechtsordnung regelt das menschliche Zusammenleben, indem sie den Personen Rechte und Pflichten zuweist. Als Träger von Rechten und Pflichten kennt das Privatrecht nur natürliche Personen und juristische Personen. Sie sind für das Privatrecht die wichtigsten Bezugspunkte.

Alle *Menschen* sind *natürliche Personen*. Als solche können sie Träger von Rechten und Pflichten sein. Gemäß § 1 ist jeder Mensch von Geburt an rechtsfähig und damit auch eine natürliche Person.

Im sozialen Leben spielen allerdings nicht nur einzelne Menschen und damit natürliche Personen eine Rolle. Es wird vielmehr entscheidend durch Organisationen mitgeprägt und beeinflusst, wie z.B. den Staat, die Kirchen, Universitäten, Aktiengesellschaften und Sportvereine. Um Organisationen dieser Art die Gelegenheit zur selbständigen Teilnahme am Rechtsverkehr zu geben, sieht die Rechtsordnung die Möglichkeit vor, Personenvereinigungen oder rechtlich verselbständigten Zusammenfassungen von Vermögenswerten eine eigene Rechtsfähigkeit zu geben. Die juristische Terminologie nennt sie juristische Personen.

Die juristische Person ist nach heute h.M. die Zusammenfassung von Personen (Beispiel: Verein) oder Sachen (insbesondere: Stiftung) zu einer rechtlich geregelten Organisation, der die Rechtsordnung die Rechtsfähigkeit verliehen und sie dadurch als Trägerin von Rechten und Pflichten verselbstständigt hat.<sup>10</sup> Aus der Rechtsfähigkeit der juristischen Person folgt, dass ihre **Rechte und Pflichten ihre eigenen** und nicht diejenigen der ihr angehörenden natürlichen Personen sind.

**Beispiel:** Eigentümer des Grundstücks, auf dem die "Europäische Erdöl-Aktiengesellschaft" eine Raffinerie betreibt, ist die Aktiengesellschaft als juristische Person, wenn sie das Eigentum an dem Grundstück erworben hat, und nicht die Aktionäre oder der Vorstand der Aktiengesellschaft.

Die Schaffung der Rechtsfigur "Juristische Person" war notwendig, um einen selbständigen Zuordnungspunkt für diejenigen Rechte und Pflichten zu haben, die nicht einer natürlichen Person zugeordnet werden sollten. Mit der juristischen Person werden Organisationsformen ermöglicht, die für den Rechtsverkehr in einer modernen Industriegesellschaft unerlässlich sind.

Zu den juristischen Personen des Privatrechts gehören u.a.: eingetragene Vereine, Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung und eingetragene Genossenschaften. Die Rechtsfähigkeit erwerben die juristischen Personen in der Regel erst durch die Eintragung in ein Register (Vereinsregister, Handelsregister, Genossenschaftsregister).

Die Rechtsfähigkeit versetzt natürliche und juristische Personen in die Lage, **Rechtssubjekt** zu sein und als solches am Rechtsverkehr und damit am sozialen Leben teilnehmen zu können.

**Geschäftsfähig** sind allerdings nur natürliche Personen. Mit anderen Worten: Willenserklärungen können nur natürliche Personen abgeben. Deshalb versetzt allein der Erwerb der Rechtsfähigkeit die juristische Person noch nicht in den Stand, im Rechtsverkehr handeln zu können, wie z.B. einen Kaufvertrag abschließen und das Eigentum

<sup>10</sup> GRÜNEBERG/ELLENBERGER, Einf. v. § 21 Rn. 1; MünchKomm/LEUSCHNER, BGB Vor § 21 Rn. 1; vgl. BGHZ 25, 134, 144.

an Sachen an andere übertragen zu können. Eine juristische Person kann im Rechtsverkehr nur mit Hilfe von natürlichen Personen handeln, die die **Organe** der juristischen Person bilden. Organe, die diesen Zweck erfüllen, sind z.B. der Vorstand eines eingetragenen Sportvereins, der Vorstand einer Aktiengesellschaft oder der Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH).

## b) Die Deliktsfähigkeit

Die Deliktsfähigkeit (Verschuldensfähigkeit) ist die Fähigkeit einer Person, für eigenes schuldhaftes Handeln verantwortlich zu sein.

Die Deliktsfähigkeit ist von wesentlicher Bedeutung im Hinblick auf die **Schadensersatzansprüche, die aus unerlaubten Handlungen (§§ 823 ff.)** entstehen können.

Die Forderung nach Schadensersatz ist der häufigste Gegenstand ziviler Rechtsstreitigkeiten. Schadensersatzansprüche aus Delikt (unerlaubter Handlung) beruhen auf außervertraglichen Haftungstatbeständen, die im Gesetz umschrieben sind. Die meisten dieser außervertraglichen Haftungstatbestände sind im Recht der unerlaubten Handlungen (§§ 823 ff.) geregelt.

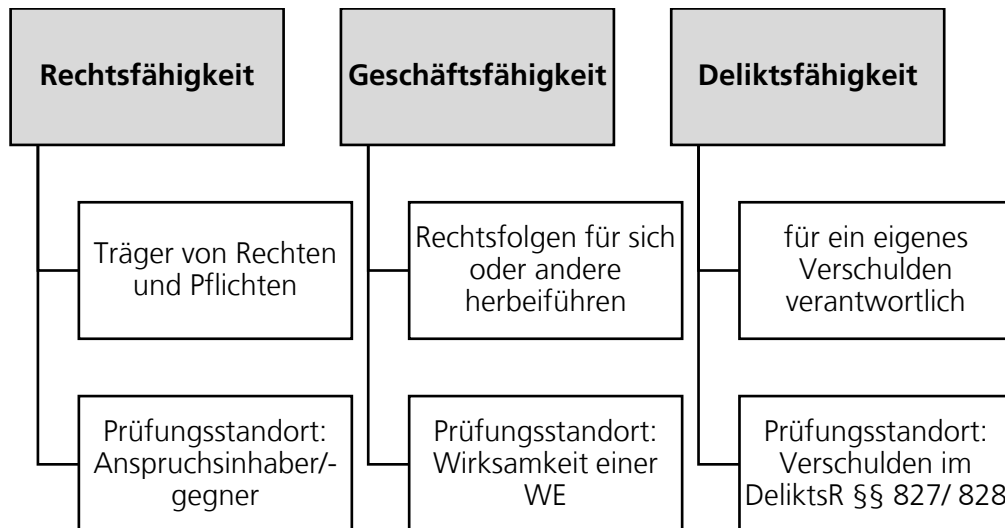
Das Recht der unerlaubten Handlungen beruht auf dem **Verschulden als Zurechnungsgrund**. Das bedeutet: Ein Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung entsteht nur, wenn der Schädiger rechtswidrig und schuldhaft, d.h. vorsätzlich oder fahrlässig handelt (Verschuldensprinzip). Es kann allerdings nur derjenige in Anspruch genommen werden, der **verschuldensfähig (deliktsfähig)** ist.

Nicht deliktsfähig sind:

- Kinder, die das 7. Lebensjahr noch nicht vollendet haben (§ 828 Abs. 1), und
- Personen, die sich im Augenblick der Schadenszufügung in einem Zustand befunden haben, wie er in § 827 geschildert wird.

Personen, die das 7., aber noch nicht das 18. Lebensjahr vollendet haben, sind nur **bedingt deliktsfähig**. Das bedeutet: Es muss im Einzelfall stets festgestellt werden, ob der Jugendliche nach seiner geistigen Entwicklung in der Lage war, das Unrecht seiner Tat *und* die allgemeine Verpflichtung zur Ersatzleistung zu erkennen, § 828 Abs. 3.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> Siehe BVerfG NJW 1998, [3557](#) zur Frage der Haftungsbeschränkung aus verfassungsrechtlichen Gründen sowie RoLFs, JZ 1999, 233; vgl. auch § 828 Abs. 2 zur Freistellung der 7-9jährigen Kinder von der Fahrlässigkeitshaftung im Straßen- und Schienenverkehr.



## II. Der Schutz der Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen

### 1. Überblick

Wie bereits dargestellt, ist die Gestaltung der Rechtsbeziehungen im privatrechtlichen Bereich aufgrund der Privatautonomie in weitem Umfange den einzelnen Personen überlassen. Weil dadurch der Wille des einzelnen für die ihn aus den Rechtsgeschäften treffenden Rechte und Pflichten entscheidend ist, muss die Rechtsordnung festlegen, wer fähig sein soll, seine Rechtsbeziehungen durch Rechtsgeschäfte regeln zu können. Nach dem BGB ist jede Person, die das **18. Lebensjahr vollendet** hat, geistig gesund und nicht betreuungsbedürftig ist (vgl. §§ 1814, 1825), "volljährig" (§ 2) und voll geschäftsfähig.

Das BGB behandelt alle volljährigen Bürger, soweit sie geistig gesund sind und nicht unter Betreuung mit Einwilligungsvorbehalt stehen, im Hinblick auf die Geschäftsfähigkeit völlig gleich. Es wird also z.B. nicht nach Intelligenzgraden differenziert.

Bestimmten Personen spricht das Gesetz die Fähigkeit ab, einen relevanten Willen bilden zu können. Es entzieht ihnen deshalb die volle Geschäftsfähigkeit. Je nach der Stärke, in der die Fähigkeit, einen vernünftigen Willen zu bilden, nicht vorhanden oder gestört ist, unterscheidet das Gesetz zwischen Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen.

Die gesetzliche Regelung schafft einen Schutz für die Geschäftsunfähigen und die in ihrer Geschäftsfähigkeit Beschränkten. Da Rechtsgeschäfte in der Regel für die davon Betroffenen nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten mit sich bringen, sollen diejenigen, die die Folgen einer abgegebenen Willenserklärung nicht oder nicht ganz zu überblicken vermögen, geschützt werden. Insbesondere soll den Geschützten kein in einer Vermögensminderung bestehender Schaden entstehen.

**Beispiel:** Ein vierjähriges Kind ist nicht in der Lage zu beurteilen, ob ihm durch einen Vertrag, der den Kauf eines Fahrrades zum Gegenstand hat, ein Vorteil oder ein Nachteil entsteht, weil es u.a. den Wert von Leistung und Gegenleistung nicht in vollem Umfange zu erkennen vermag. Die Rechtsordnung schützt das Kind dadurch, dass sie es durch § 104 Nr. 1 i.V.m. § 105 Abs. 1 außer Stande setzt, eine wirksame Willenserklärung zum Kauf eines Fahrrades abgeben zu können. Schon aus diesem Grund kann hier also kein Kaufvertrag zustande kommen.

## 2. Die Geschäftsunfähigen

Nach dem BGB sind geschäftsunfähig:

- Personen, die nicht das 7. Lebensjahr vollendet haben (§ 104 Nr. 1);
- Personen, die sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befinden, sofern nicht der Zustand seiner Natur nach ein vorübergehender ist (§ 104 Nr. 2).

Eine dauerhafte krankhafte Störung kann nicht immer ohne weiteres angenommen werden, sondern ist stark einzelfallabhängig. Es hängt nicht von der Intensität der Krankheit ab, sondern vielmehr von der Beeinträchtigung der freien Willensentscheidung des Kranken. Dies kann bspw. bei einer manischen Depression oder bei fortgeschrittener Demenz vorliegen. In diesem Fall ist die in diesem Zeitpunkt abgegebene Willenserklärung des Betroffenen wirksam, selbst wenn ansonsten eine geistige Störung nach Maßgabe von § 104 Nr. 2 vorliegt. Die Feststellung der geistigen Störung erfolgt durch Sachverständigengutachten. Nach der herrschenden Meinung<sup>12</sup> besteht die Möglichkeit, dass der Ausschluss der Geschäftsfähigkeit wegen einer geistigen Störung im Sinne des § 104 Nr. 2 auf einen **gegenständlich abgegrenzten Kreis von Angelegenheiten** beschränkt sein kann (sog. „partielle Geschäftsunfähigkeit“). In der Rechtsprechung behandelte Fälle sind insb. Querulantenwahn für die Prozessführung,<sup>13</sup> krankhafter Eifersucht für Fragen der Ehe<sup>14</sup> oder sexueller Abhängigkeit von Telefonsex-Gesprächen.<sup>15</sup>

Infolgedessen ist eine Person, die lediglich im Hinblick auf einen eingegrenzten Kreis von Geschäften an Zwangsvorstellungen leidet, nur partiell geschäftsunfähig im Sinne des § 104 Nr. 2. Im Übrigen kann sie am Rechtsverkehr teilnehmen.

Die Geschäftsfähigkeit kann nur durch den staatlichen Akt der Bestellung eines Betreuers beschränkt werden (siehe dazu unten ff.). Die Betreuung kann nur aus den in § 1814 Abs. 1 genannten Gründen durch das zuständige Betreuungsgericht in einem im FamFG geregelten Verfahren angeordnet werden (§§ 271 ff. FamFG).

Willenserklärungen, die Geschäftsunfähige abgeben, sind stets (von Gesetzeswegen) nichtig (§ 105 Abs. 1).

Die Nichtigkeit einer Willenserklärung bedeutet: Die angestrebten Rechtsfolgen treten nicht ein. Die Willenserklärung ist deshalb dauernd unwirksam.

**Beispiel:** Ein sechsjähriges Kind möchte an einem Kiosk Süßigkeiten kaufen und macht dem Verkäufer ein entsprechendes Angebot. Die Willenserklärung des geschäftsunfähigen Kindes, die auf den Abschluss des Kaufvertrages gerichtet ist, ist gemäß § 105 Abs. 1 nichtig. Das bedeutet: auch wenn der Verkäufer den Kaufvertrag zustande kommen lassen möchte und selbst eine dementsprechende Willenserklärung abgibt, kommt ein Kaufvertrag nicht zustande, weil ein Kaufvertrag nur durch wirksame Willenserklärungen *beider* Personen, die miteinander einen Vertrag abschließen möchten, zustande kommen kann, die Willenserklä-

<sup>12</sup> MünchKomm/SPICKHOFF, BGB § 104 Rn. [51 ff.](#); BROX/WALKER, § 12 Rn. [7](#); STADLER, BGB AT, Rn. [4](#); BeckOGK/SCHNEIDER, BGB § 104 Rn. [31 ff.](#)

<sup>13</sup> BSG BeckRS 2019, [10922](#).

<sup>14</sup> BVerfG NJW 1955, [1714](#).

<sup>15</sup> BGH NJW-RR 2002, [1424](#) (keine freie Willensbetätigung mehr f. Anwälten von 0190-Rufnummer).



rung des geschäftsunfähigen Kindes aber nichtig ist. Denn anders als bei beschränkt Geschäftsfähigen<sup>16</sup> können die Eltern eines Kindes dem Vertrag nicht zustimmen, weil er endgültig unwirksam ist.

Nichtig sind gem. § 105 Abs. 2 auch Willenserklärungen, die im Zustand der Bewusstlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit abgegeben werden.

Der in § 105 Abs. 2 genannte Zustand setzt voraus, dass die freie Willensbestimmung ausgeschlossen ist; die geistige Störung muss einen völligen Ausschluss der Willensbestimmung zur Folge haben. Das kann unter anderem auch bei Volltrunkenheit der Fall sein. Hier bedarf es laut Rechtsprechung einer Bewertung des Einzelfalls, sodass es keinen allgemeingültigen Grad der Blutalkoholkonzentration für die Annahme eines die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustandes gibt.<sup>17</sup>

Mit der Vorschrift des § 105a soll geistig behinderten Menschen eine ihren verbliebenen oder erworbenen Fähigkeiten entsprechende Teilnahme am Rechtsverkehr eröffnet werden. Sie sollen selbständig die nach der Verkehrsanschauung alltäglichen Geschäfte führen können, die mit geringen Mitteln bewirkt werden können (z. B. geringe Mengen Nahrungs- und Genussmitteln, Tageszeitungen, Friseur, Fahrten mit dem öffentlichen Personennahverkehr, Aufgeben von Briefen). Der Vertrag ist erst wirksam (ex nunc), wenn die Gegenleistung bewirkt wurde, also z.B. der Kaufpreis gezahlt wurde. Damit wurde eine dem „Taschengeld“-Paragraphen im Wesentlichen ähnliche Regelung geschaffen.

### 3. Die beschränkt Geschäftsfähigen

Beschränkt geschäftsfähig sind gem. §§ 2, 106 Personen, die das 7., aber nicht das 18. Lebensjahr vollendet haben (Minderjährige, §§ 2, 106).

Beispiel: K wird am 05.01.2010 geboren. Gemäß § 187 II 1, 2 wird der Tag der Geburt bei der Fristberechnung mitgerechnet. Die Minderjährigkeit endet mit Ende der Volljährigkeit, also zu Beginn des 18. Geburtstags am 05.01.2018 um 0 Uhr.

Für volljährige Personen, die aufgrund einer Krankheit oder Behinderung ihre Angelegenheiten nicht allein besorgen können, bestellt das Vormundschaftsgericht gem. §§ 1814 ff. einen Betreuer. Die Anordnung der Betreuung bleibt auf die Geschäftsfähigkeit des Betreuten gem. § 104 ohne Einfluss. Allerdings stellt das Gesetz solche Personen, für die über die "einfache" Betreuung gem. § 1814 hinaus ein sog. Einwilligungsvorbehalt gem. § 1825 angeordnet worden ist, im Ergebnis einem beschränkt Geschäftsfähigen gleich (§ 1825 Abs. 1 S. 3).

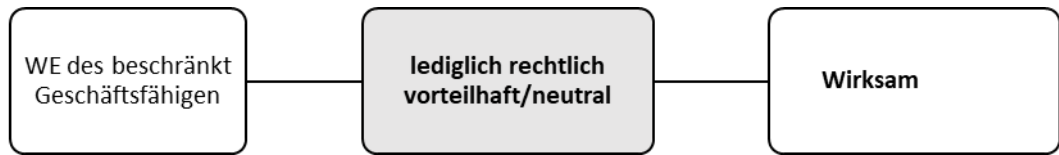
Rechtsgeschäfte, die auf zumindest einer Willenserklärung eines beschränkt Geschäftsfähigen basieren, sind – anders als bei Geschäftsunfähigen – nicht "automatisch" und stets nichtig. Sie sind vielmehr gemäß §§ 106 ff. entweder

- wirksam,
- schwebend unwirksam oder
- endgültig unwirksam.

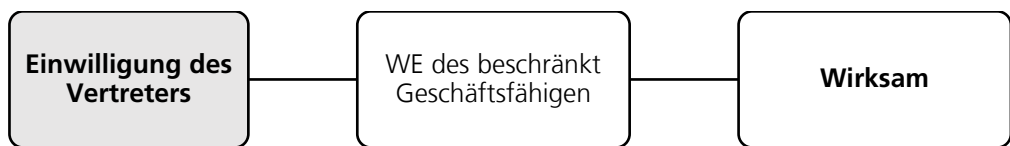
<sup>16</sup> Siehe hierzu § 11, II, 3.

<sup>17</sup> BeckOGK/Schneider, BGB § 105 Rn. 17; BGH Urt. v. 6.2.1967 – II ZR 135/64, BeckRS 1967, [30387372](#).

Die nachfolgenden Ausführungen gelten nur für nicht lediglich vorteilhafte Geschäfte. Rechtsgeschäfte, die lediglich rechtlich vorteilhaft sind, sind von Anfang an wirksam.

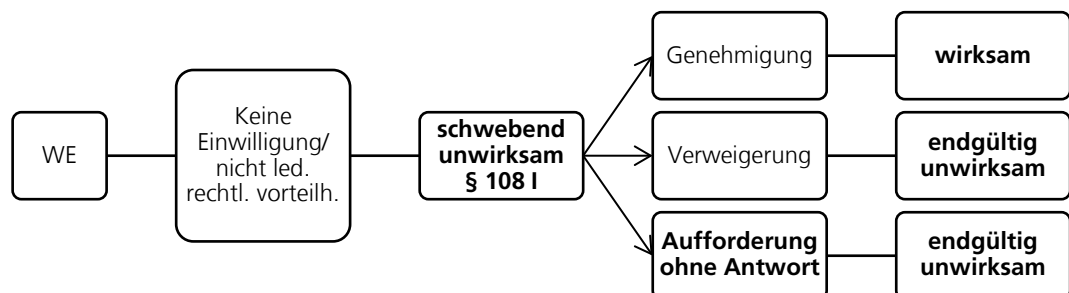


Für die Wirksamkeit (eines nicht lediglich rechtlich vorteilhaften) Geschäfts muss der gesetzliche Vertreter eines beschränkt Geschäftsfähigen gem. § 107 in das Rechtsgeschäft einwilligen.<sup>18</sup> Die Einwilligung (vgl. § 183 S. 1) ist eine im Voraus abgegebene Willenserklärung und kann gegenüber dem Geschäftspartner oder dem beschränkt Geschäftsfähigen selbst abgegeben werden. Sie stellt die Zustimmung zu der Willenserklärung des beschränkt Geschäftsfähigen dar.



Hat der Minderjährige die Einwilligung seiner gesetzlichen Vertreter nicht eingeholt so ist das Geschäft zunächst schwebend unwirksam, vgl. § 108 Abs. 1. Dies bedeutet, dass die Rechtsfolgen noch nicht eintreten, es sozusagen „eingefroren“ ist. Der Schwebезustand kann dadurch aufgehoben werden, dass

- der Vertreter den Vertrag genehmigt (=nachträgliche Zustimmung) vgl. § 184 Abs. 1. Die Willenserklärung ist ex tunc (von Anfang an) wirksam.
- Der Vertreter die Genehmigung verweigert. Der Vertrag wird endgültig unwirksam.
- Der Geschäftspartner den Vertreter zur Genehmigung auffordert, dieser aber nicht antwortet. Die Genehmigung gilt als verweigert und der Vertrag ist endgültig unwirksam vgl. § 108 Abs. 2 S.2.
- Der Geschäftspartner seine Willenserklärung bis zur Genehmigung widerruft vgl. § 109 Abs. 1 S. 2.



<sup>18</sup> Näheres zum § 107 unter Nr. 5

**Beachte:** Eine Zustimmung kann entweder im Voraus erteilt werden (sie heißt dann *Einwilligung*, vgl. § 183 S. 1) oder im Nachhinein (sie heißt dann *Genehmigung*, vgl. § 184 Abs. 1). Zustimmung ist also der Oberbegriff für Einwilligung (vorherige Zustimmung) und Genehmigung (nachträgliche Zustimmung).

**Beispiel:** Der 12jährige A macht der volljährigen B ohne Einwilligung seiner gesetzlichen Vertreter das Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrages über sein Kinderfahrrad. B nimmt das Angebot an. Ein Kaufvertrag ist nicht wirksam zustande gekommen, weil das Rechtsgeschäft aufgrund des Angebots, das der minderjährige A gemacht hat, nach § 108 nicht wirksam geworden ist. Genehmigen die gesetzlichen Vertreter das Geschäft, so wird das Rechtsgeschäft von Anfang an wirksam (§ 184 Abs. 1). Der Kaufvertrag kommt zustande. Verweigern die gesetzlichen Vertreter die Genehmigung, so ist das Rechtsgeschäft (der Kaufvertrag) endgültig unwirksam. Ein Kaufvertrag ist dann also nicht zustande gekommen.

Gesetzliche Vertreter eines minderjährigen Kindes sind in der Regel die Eltern. Die Vertretung der Kinder ist ein Teil des elterlichen Sorgerechts aus § 1626. Sie steht beiden Elternteilen gemeinsam zu (Gesamtvertretung, § 1629 Abs. 1).

**Beispiel:** Die Eltern erlauben ihrer 11jährigen Tochter P, sich von € 150,—, die ihr die Großmutter zu Weihnachten geschenkt hat, eine Smartwatch zu kaufen. Wenn P mit dem Händler R einen Kaufvertrag abschließt, so ist ihre auf den Abschluss des Kaufvertrages gerichtete Willenserklärung (Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrages) wirksam, weil die Eltern als die gesetzlichen Vertreter zuvor ihre *ausdrückliche* Einwilligung erklärt haben (§§ 107, 183 S. 1). Der Rückgriff § 110, den sogenannten "Taschengeldparagraphen" (Bewirken der Leistung mit eigenen Mitteln) ist hier nicht erforderlich. Nach h.M. wird § 110 als Fall einer *konkludenten* Einwilligung durch die Überlassung von Mitteln an den Minderjährigen angesehen.<sup>19</sup> Auf eine solche schlüssige Einwilligung kommt es hier wegen der ausdrücklichen Erlaubnis der Eltern nicht mehr an.

Auch Willenserklärungen, die ein gemäß §§ 1814, 1825 Betreuer mit Einwilligung des Betreuers abgibt, sind wirksam (§ 1814 Abs. 1).

#### 4. Die gesetzlichen Vertreter der Geschäftsunfähigen und der in ihrer Geschäftsfähigkeit Beschränkten

Weil die Geschäftsunfähigen und die beschränkt Geschäftsfähigen nach der gesetzlichen Regelung selbst keine wirksamen Verträge schließen können, müssen ihre Rechtsgeschäfte durch andere Personen vorgenommen werden. Die Rechte und Interessen der Geschäftsunfähigen und der in ihrer Geschäftsfähigkeit Beschränkten nehmen in der Regel deren gesetzliche Vertreter wahr. Die Rechte und Pflichten aus den Rechtsgeschäften, die ein gesetzlicher Vertreter für einen Geschäftsunfähigen oder einen beschränkt Geschäftsfähigen vornimmt, treffen in ihren Wirkungen nur die vertretene Person, nicht aber den gesetzlichen Vertreter.

Gesetzliche Vertreter von Geschäftsunfähigen und in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten können sein: Eltern, Betreuer, Vormünder, Pfleger.

<sup>19</sup> Siehe zum § 110 auch § 11 II Nr. 7.

Die gesetzlichen Vertreter geschäftsunfähiger oder beschränkt geschäftsfähiger Kinder sind in der Regel die Eltern. Die Vertretung steht grundsätzlich beiden Elternteilen zu (**Gesamtvertretung, § 1629 Abs. 1**). Sie ist Teil der elterlichen Sorge i.S. von § 1626. Der Grundsatz der Gesamtvertretung kann jedoch durchbrochen werden. So kann etwa ein Elternteil den anderen bevollmächtigen, soweit er selbst Vertretungsmacht hat.<sup>20</sup> Auch Duldungs- und Anscheinsvollmacht sind denkbar.<sup>21</sup> Wenn gegenüber einem Kind eine Willenserklärung abzugeben ist, genügt die **Abgabe gegenüber einem Elternteil** (§ 1629 Abs. 1 S. 1 2. HS).

Die Vertretungsmacht der Eltern ist allerdings nicht unbegrenzt. Sie wird durch das Gesetz eingeschränkt. Zu einer Reihe wesentlicher Geschäfte bedürfen die Eltern der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

**Beispiel:** Zur Verfügung über ein Grundstück, das im Eigentum ihres Kindes steht, bedürfen die Eltern der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (§ 1643 Abs. 1 i.V.m. § 1850 Abs. 1 Nr. 1).

Minderjährige, die nicht unter elterlicher Sorge stehen, erhalten einen Vormund (§ 1773), und Volljährige (§ 1814), die unter Betreuung stehen, erhalten einen Betreuer.

Die **Vormundschaft** umfasst grundsätzlich die allgemeine Fürsorge in persönlichen und Vermögensangelegenheiten des unter Vormundschaft stehenden (Mündel). Dazu zählt z.B. die Sorge für die sittliche, geistige und körperliche Entwicklung (Erziehung) des Minderjährigen.

Die **Betreuung** beinhaltet die tatsächliche und rechtliche Fürsorge. Die Rechtsposition des Betreuten wird nur soweit eingeschränkt, als dies notwendig ist (§ 1814 Abs. 3).

Ähnlich wie die Eltern sind auch der Vormund und der Betreuer in ihren Maßnahmen beschränkt (vgl. z.B. § 1850 für den Vormund und § 1833 für den Betreuer).

Ebenso wie die Vormundschaft und Betreuung hat die **Pflegschaft** (§ 1809) Fürsorgetätigkeit zum Inhalt. Im Gegensatz zur Vormundschaft umfasst die Pflegschaft aber nicht alle, sondern nur besondere Angelegenheiten. Im Hinblick auf geschäftsunfähige und beschränkt geschäftsfähige Personen handelt es sich im Wesentlichen um eine Ergänzung des elterlichen oder vormundschaftlichen Schutzes.

**Beispiel:** Wenn die Kinder mit den Eltern eine Kommanditgesellschaft gründen wollen, muss für jedes Kind ein Pfleger bestellt werden.<sup>22</sup>

## 5. Die Regelung des § 107 BGB

### a) Die Einwilligung

Die Einwilligung der gesetzlichen Vertreter muss grundsätzlich zu jedem **einzelnen Rechtsgeschäft** des Minderjährigen erteilt werden. Ein *unbeschränkter Generalkonsens* dergestalt, dass die gesetzlichen Vertreter von vornherein für alle zukünftigen Rechtsgeschäfte die Einwilligung erklären, ist unzulässig, weil damit die vom Gesetzgeber gewollte Aufsicht der gesetzlichen Vertreter über den Minderjährigen vereitelt

<sup>20</sup> Vgl. GRÜNEBERG/ELLENBERGER, § 1629 Rn. 7 ff.

<sup>21</sup> KE 6 § 16 III Nr. 9.

<sup>22</sup> Vgl. BayObLG FamRZ 1959, 125.

wurde, die gesetzlichen Vertreter sich damit ihrer erzieherischen Pflichten entziehen würden und dies dem Zweck der §§ 107 ff. zuwiderlaufen würde.<sup>23</sup> Das schließt allerdings nicht aus, dass eine generelle Einwilligung für eine Gruppe von Geschäften erteilt werden kann, die als wirtschaftliche Einheit erfassbar und verkehrsüblich mit einem bestimmten Vorhaben verbunden sind.<sup>24</sup>

**Beispiel:** Unterstützen die Eltern E ihre 17jährige Tochter S, die in einer anderen Stadt ausgebildet wird, so willigen sie in der Regel generell darin ein, dass die S diejenigen Rechtsgeschäfte tätigt, die mit ihrer Ausbildung in einem, wenn auch entfernten, Zusammenhang stehen. Zum Kreis dieser Geschäfte dürften deshalb u.a. zu zählen sein: Der Abschluss eines Mietvertrages über ein Zimmer bzw. eine Kleinwohnung, der Abschluss von Kaufverträgen betreffend notwendige Lebensmittel, etc.

Eine **begrenzte Generaleinwilligung** dieser Art begegnet keinen Bedenken, zumal im Geschäfts- und Wirtschaftsverkehr ein Bedürfnis dafür besteht, einem Minderjährigen die Einwilligung zu einer Reihe von zunächst noch nicht individualisierten Geschäften zu erteilen. Grenzen sieht der BGH<sup>25</sup> allerdings mit Recht dort, wo eine generelle Einwilligung dieser Art über die Ausnahmetatbestände der §§ 112, 113 hinaus zu einer partiell erweiterten Geschäftsfähigkeit führen würde.

Die Einwilligung der gesetzlichen Vertreter ist eine **Willenserklärung**. Ihr Inhalt und Umfang sind deshalb durch Auslegung festzustellen. Da die Einwilligung eine Willenserklärung ist, kann sie auch konkludent abgegeben werden.

**Beispiel** (in Anlehnung an BGHZ 47, 352 ff.): Der minderjährige M kaufte einen gebrauchten PKW. In den Geschäftsräumen des Verkäufers wurde der Kaufvertrag auch von der Mutter des M als alleiniger gesetzlicher Vertreterin unterschrieben. Zugleich beantragte M in den Geschäftsräumen des Verkäufers bei einem Versicherungsagenten den Abschluss einer Kfz-Haftpflichtversicherung. Der Antrag enthielt eine von dem Agenten unterschriebene vorläufige Deckungszusage. Einige Tage später wurden dem M unmittelbar von der Versicherung der Versicherungsschein und eine Zahlungsaufforderung für die Zahlung der ersten Prämie übersandt. Da die Prämie dann verspätet gezahlt worden war - inzwischen hatte M einen Unfall verursacht -, ging es u.a. um die Frage, ob die Zahlungsaufforderung wirksam geworden war mit der Folge, dass die Versicherung wegen verspäteter Zahlung von der Leistung befreit worden wäre. Nach § 131 Abs. 2 S. 2 wäre für einen wirksamen Zugang die Einwilligung der Mutter erforderlich gewesen (s. unten). Der BGH hat die Frage offengelassen, ob die Mutter mit der Zustimmung zum Abschluss des Kaufvertrages konkludent auch die Einwilligung zum Abschluss der notwendigen Haftpflichtversicherung gegeben hatte. Selbst wenn man aber eine solche konkludent abgegebene Einwilligung annehmen würde, könnte diese Willenserklärung nicht dahin ausgelegt werden, dass dem Minderjährigen auch die Abwicklung des Vertrages uneingeschränkt überlassen werden sollte. Die Einwilligung der Mutter hätte den M allein in den Stand versetzen sollen, Versicherungsschutz zu erhalten, nicht aber, den Versicherungsschutz durch mangelnde Einsichtsfähigkeit zu verlieren. Da die Nichtbeachtung

<sup>23</sup> Vgl. STAUDINGER/KLUMPP, § 107 Rn. 4; MünchKomm/SPICKHOFF, BGB § 107 Rn. 23.

<sup>24</sup> Vgl. STAUDINGER/KLUMPP, § 107 Rn. 4 ff.

<sup>25</sup> BGHZ 47, 352, 359.

der Zahlungsaufforderung dann, wenn diese Zahlungsaufforderung wirksam geworden wäre, zu einem Verlust des Versicherungsschutzes hätte führen können, lag nach Ansicht des BGH keine Einwilligung der Mutter zur Entgegennahme dieser Zahlungsaufforderung vor; die Aufforderung war daher unwirksam.

Der Minderjährige hat keinen Anspruch gegen die gesetzlichen Vertreter auf Erteilung der Zustimmung. Stellt die Verweigerung der Zustimmung allerdings eine schuldhaft Pflichtverletzung dar, die beim Minderjährigen einen Schaden herbeiführt, dann ist zu überlegen, ob die gesetzlichen Vertreter unter gewissen Voraussetzungen zum Schadensersatz verpflichtet sein können.<sup>26</sup> Stimmen die gesetzlichen Vertreter einem Vereinsbeitritt zu, so beinhaltet dies in der Regel auch die Zustimmung zur Wahrnehmung sämtlicher Mitgliedschaftsrechte durch den Minderjährigen.<sup>27</sup>

## b) Der lediglich rechtliche Vorteil

### 1) Grundsätzliches

Die Willenserklärung eines Minderjährigen kann gemäß § 107 auch ohne Einwilligung der gesetzlichen Vertreter von vornherein wirksam sein, wenn der Minderjährige durch das mit der Willenserklärung angestrebte Rechtsgeschäft **"lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt"** oder seine Vermögensverhältnisse dadurch überhaupt nicht berührt werden (sog. **"rechtlich neutrale" bzw. "indifferente" Geschäfte** – dazu später mehr). Abzustellen ist auf den **rechtlichen Vorteil** und nicht auf die wirtschaftlichen Folgen des konkreten Geschäftes. Auch ein wirtschaftlich noch so günstiges Geschäft kann der Minderjährige ohne Einwilligung seiner gesetzlichen Vertreter nicht wirksam vornehmen, wenn er dadurch irgendwelche rechtlichen Nachteile erleiden würde.<sup>28</sup>

**Def.:** Einen **lediglich rechtlichen Vorteil** i.S. des § 107 erlangt der Minderjährige durch solche Rechtsgeschäfte, die die Rechtsstellung des Minderjährigen lediglich verbessern.

Darunter fallen vor allem solche Rechtsgeschäfte, die ausschließlich darauf gerichtet sind, dem Minderjährigen etwas zuzuwenden. Zudem fallen hierunter Verfügungsgeschäfte, bei denen der Minderjährige etwas erwirbt.

**Def.:** Einen **rechtlichen Nachteil** erleidet der Minderjährige hingegen, wenn ihn durch den Abschluss eines Rechtsgeschäfts *irgendwelche* Verpflichtungen – seien es Haupt- oder Nebenpflichten – treffen.

Der Minderjährige kann deshalb ohne Einwilligung seiner gesetzlichen Vertreter keine gegenseitig verpflichtenden Verträge abschließen. Unerheblich ist hingegen, dass gegen den Minderjährigen durch den Abschluss des Rechtsgeschäfts Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 812 ff.) oder Delikt (§§ 823 ff.) entstehen.<sup>29</sup>

<sup>26</sup> Vgl. dazu MünchKomm/SPICKHOFF, BGB § 107 Rn. 34.

<sup>27</sup> Vgl. MünchKomm/SPICKHOFF, BGB § 107 Rn. 34.

<sup>28</sup> Vgl. MünchKomm/SPICKHOFF, BGB § 107 Rn. 38.

<sup>29</sup> Vgl. MünchKomm/SPICKHOFF, BGB § 107 Rn. 42.

**Beispiel:** Da ein Minderjähriger durch den Abschluss eines Kaufvertrages, der wirtschaftlich noch so günstig und vernünftig wäre, nicht nur gemäß § 433 Abs. 1 einen Anspruch gegen den Verkäufer auf Übereignung der gekauften Sache erwirbt, sondern gleichzeitig auch aus § 433 Abs. 2 **zur Zahlung des Kaufpreises** verpflichtet würde, erlangt er *nicht* lediglich einen rechtlichen Vorteil. Die Willenserklärung des Minderjährigen, die zum Abschluss eines Kaufvertrages führen soll, bedarf deshalb, um wirksam zu sein, der Zustimmung der gesetzlichen Vertreter.

Kauft ein Minderjähriger eine Sache ohne Einwilligung seiner gesetzlichen Vertreter, so ist der Kaufvertrag, der geschlossen werden soll (das Verpflichtungsgeschäft), zunächst schwebend unwirksam und dann nichtig, wenn die gesetzlichen Vertreter die Genehmigung verweigern. Denn durch den Kaufvertrag verpflichtet sich der Minderjährige zur Zahlung des Kaufpreises (§ 433 Abs. 2), das Rechtsgeschäft ist also nicht nur rechtlich vorteilhaft (§ 107). Hingegen ist die Übereignung der Sache durch Einigung und Übergabe gemäß § 929 S. 1 (das Verfügungsgeschäft) wirksam. Die Einigungserklärung des Minderjährigen ist eine Willenserklärung, durch die er einen lediglich rechtlichen Vorteil i.S. des § 107 erlangt, nämlich das Eigentum, ohne zu einer Gegenleistung verpflichtet zu werden. Unerheblich ist, ob mit der wirksamen Übereignung an den Minderjährigen eine Erfüllungswirkung eintritt. Zu berücksichtigen ist, dass aufgrund des Abstraktionsprinzips eine Verfügung trotz der Nichtigkeit des zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäfts wirksam sein kann.<sup>30</sup> Dass der Minderjährige die erworbene Sache gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 an den Veräußerer wieder herausgeben muss hindert nicht, dass mit dem Erwerb des Eigentums unter Berücksichtigung des Abstraktionsprinzips ein lediglich rechtlicher Vorteil i.S. des § 107 erlangt wird.

Fälle, in denen ein Minderjähriger auch ohne Einwilligung ihrer gesetzlichen Vertreter ein wirksames Rechtsgeschäft abschließen können, sind vor allem **Schenkungen (als Schenkungsnehmer)** und der **Erwerb von Forderungen** durch Abtretung (§ 398) sowie der **Erwerb des Eigentums** an beweglichen und unbeweglichen Sachen, also hauptsächlich **Verfügungsgeschäfte zugunsten des Minderjährigen**.

## 2) Schenkungen des gesetzlichen Vertreters an den Minderjährigen

Problematisch ist die Beurteilung von Schenkungen des gesetzlichen Vertreters an den Minderjährigen in den Fällen, in welchen nicht unmittelbar das Verpflichtungsgeschäft, sondern erst das Erfüllungsgeschäft dem Minderjährigen rechtliche Nachteile bringt.<sup>31</sup> Hier wirken sich Trennungsprinzip und Abstraktionsprinzip (vgl. dazu oben § 10) und die damit verbundene Unterscheidung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft aus. Das Verpflichtungsgeschäft – welches vom Erfüllungsgeschäft abstrakt ist – ist als solches lediglich rechtlich vorteilhaft (Schenkung); daher könnte der Minderjährige es selbst oder sein gesetzlicher Vertreter ohne die Mitwirkung eines Ergänzungspflegers vornehmen. Nach dem Wortlaut des § 181 letzter Halbsatz greift die Sperre der Regelung nicht ein, wenn „in [...] Erfüllung einer Verbindlichkeit“ gehandelt wird. Im Falle der Schenkung wäre dies die Erfüllung der sich aus dem Schenkungsvertrag ergebende Verpflichtung, das Eigentum zu übertragen. Dann würde aber damit der durch §§ 107, 181 bezweckte Schutz des Minderjährigen vor

<sup>30</sup> Vgl. MünchKomm/SPICKHOFF, BGB § 107 BGB, Rn. 63.

<sup>31</sup> Vgl. BGHZ 15, 168: Schenkung eines Grundstücks; 78, 28: Schenkung einer Eigentumswohnung.



rechtlich nachteiligen Geschäften leerlaufen, wenn für die rechtlich nachteilige Erfüllung des Schenkungsvertrags der gesetzliche Vertreter nicht der Beteiligung eines Ergänzungspflegers bedürfte.<sup>32</sup>

Übereinstimmend nehmen Rechtsprechung und Literatur für diesen Fall daher eine Einschränkung der oben genannten Regelungen vor und machen die Schenkung von der Zustimmung eines Ergänzungspflegers abhängig. Unterschiedlich ist aber die Begründung. Die frühere Rechtsprechung des BGH<sup>33</sup> löste das Problem durch eine Gesamtbetrachtung des schuldrechtlichen und dinglichen Vertrages; da die zustimmungsfreie Erfüllung des Schenkungsvertrags letztlich zu rechtlichen Nachteilen für den Minderjährigen führe, sei auch das Verpflichtungsgeschäft als rechtlich nachteilig zu betrachten. Eine solche Gesamtbetrachtung wird seitens der Literatur mit dem Trennungsprinzip für unvereinbar gehalten und daher abgelehnt.<sup>34</sup> Die Literatur spricht sich in diesem Fall für eine teleologische Reduktion des § 181 letzter Halbsatz BGB aus.<sup>35</sup> In seiner neueren Rechtsprechung schließt der BGH allein aus der isolierten Betrachtung des rechtlich nachteiligen Erfüllungsgeschäfts, dass der Erwerb des zugewandten Gegenstands ohne Zustimmung eines Ergänzungspflegers unwirksam sei.<sup>36</sup> Damit dürfte sich der BGH der erwähnten Literaturansicht angeschlossen haben, dass „negative Verbindlichkeiten“ nicht von § 181 letzter Halbsatz BGB erfasst seien.

### 3) Übertragung von Wohnungseigentum an den Minderjährigen

Rechtlich nachteilig ist nach aktueller Rechtsprechung des BGH insbesondere die Übertragung von Wohnungseigentum an den Minderjährigen. Früher folgte der BGH der herrschenden Lehre, die von einem grundsätzlich vorteilhaften Rechtsgeschäft ausgeht, solange der Minderjährige nicht in eine Wohnungseigentumsgemeinschaft mit einer Gemeinschaftsordnung eintritt, die wesentlich strengere Pflichten als das Gesetz begründet.<sup>37</sup>

Schon vor längerer Zeit ist der BGH von dieser Ansicht abgerückt.<sup>38</sup> Der Erwerb einer Eigentumswohnung ist stets rechtlich nachteilig, so dass zumindest für die Übereignung der Wohnung von den Eltern an ihr minderjähriges Kind die Einschaltung eines Ergänzungspflegers erforderlich ist. Zur Begründung führt der BGH an, der Minderjährige erwerbe nicht nur den Vermögensgegenstand, sondern werde auch Mitglied der Wohnungseigentümerschaft.<sup>39</sup> Damit ist der Minderjährige gemäß § 16 Abs. 2 WEG verpflichtet, nach dem Verhältnis seines Anteils die Kosten der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer, insbesondere der Verwaltung und des gemeinschaftlichen Gebrauchs des gemeinschaftlichen Eigentums zu tragen. Vor allem aber haftet der Minderjährige gemäß § 9 a Abs. 4 WEG gegenüber Gläubigern der Wohnungseigentumsgemeinschaft für Verbindlichkeiten, die während der Zeit seiner Zugehörigkeit

<sup>32</sup> GRÜNEBERG/ELLENBERGER, § 107 Rn. 6; BGHZ 78, 28, [34](#); näher zum In-sich-Geschäft [§ 181 BGB] KE 7, § 16 IV..

<sup>33</sup> BGHZ 78, 28, [31](#).

<sup>34</sup> MünchKomm/SPICKHOFF, BGB § 107 Rn. [53](#).

<sup>35</sup> MünchKomm/SCHUBERT, BGB § 181 Rn. [32](#).

<sup>36</sup> BGHZ 161, [170](#) bzw. BGHZ 187, 119, [121](#).

<sup>37</sup> STAUDINGER/KNOTHE, § 107, Rn. [13](#); GRÜNEBERG/ELLENBERGER, § 107, Rn. 4.

<sup>38</sup> BGHZ 187, [119](#).

<sup>39</sup> BGH a. a. O. Tz. 13 ff.; ebenso nun GRÜNEBERG/ELLENBERGER, § 107, Rn. 4.



entstehen bzw. fällig werden. Zwar stellt man auch hier auf den jeweiligen Anteil ab, allerdings haftet der Minderjährige neben der (geschenkten) Eigentumswohnung zusätzlich mit seinem übrigen Vermögen.<sup>40</sup> An dieser Beurteilung ändert auch ein Nießbrauchrecht (§ 1030) des Zuwendenden nichts. Dieses Verhältnis betrifft lediglich das Innenverhältnis zwischen dem Minderjährigen und dem Zuwendenden. Es entlastet ihn im Außenverhältnis nicht.<sup>41</sup>

Auch bei Schenkung eines Tieres an einen beschränkt Geschäftsfähigen ist zu unterscheiden: Wirbeltiere dürfen ohne Einwilligung der Erziehungsberechtigten gemäß § 11 c TierSchG an Kinder und Jugendliche bis zum vollendeten 16. Lebensjahr nicht abgegeben werden. Eine Übereignung ist somit aufgrund des gesetzlichen Verbots des § 134 BGB nichtig. Die Schenkung von wirbellosen Tieren unterliegt zwar nicht einem gesetzlichen Verbot, sie ist aber nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, denn der Tierhalter ist gemäß § 2 TierSchG artgerechten Ernährung, Pflege und verhaltensgerechten Unterbringung des Tieres verpflichtet.<sup>42</sup>

**Abschließendes Beispiel:** Die 17jährige M einigt sich ohne Einwilligung ihrer gesetzlichen Vertreter mit dem 19jährigen V über den Erwerb eines Fernsehgerätes zum Preise von € 200,—. M zahlt € 200,— an V und nimmt das Gerät mit. Die Eltern verweigern ihre Genehmigung zu dem Geschäft, nachdem sie davon erfahren haben. Der Kaufvertrag, den M und V abschließen wollten, war zunächst schwebend unwirksam. Da M durch den Abschluss des sie zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtenden Kaufvertrages nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangte, bedurfte ihre zum Vertragsschluss führende Willenserklärung der Zustimmung der gesetzlichen Vertreter. Nachdem diese die Genehmigung verweigert haben, ist die Willenserklärung, mit der M den Kaufvertrag abschließen wollte und die mangels Einwilligung zunächst schwebend unwirksam war, nun nichtig geworden. Hingegen ist die Übereignung des Fernsehgerätes gemäß § 929 S. 1 wirksam, weil die zum Eigentumsübergang notwendige Einigungserklärung der M von vornherein ohne Einwilligung ihrer gesetzlichen Vertreter wirksam war; denn der Erwerb des Eigentums an dem Fernsehgerät stellt einen lediglich rechtlichen Vorteil i.S. des § 107 dar. Hier ist also das Verpflichtungsgeschäft (Kaufvertrag) nichtig, das Verfügungsgeschäft hingegen wirksam. Allerdings hat V gegen M gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 einen Anspruch auf Rückübereignung des Fernsehgerätes und M gegen V einen Anspruch auf Rückzahlung von € 200,— – aus § 812 Abs. 1 S.1 Var. 1, weil die beiden Vermögensverschiebungen, die erfolgt sind – Übereignung des Fernsehgerätes von V an M und die Zahlung von € 200,— von M an V –, wegen des nichtigen Kaufvertrages ohne rechtlichen Grund erfolgt sind.

**Neutrale oder so genannte indifferente Geschäfte** des Minderjährigen sind ebenfalls ohne Zustimmung der gesetzlichen Vertreter wirksam.

**Def.: Neutral** ist ein Geschäft dann, wenn es dem Minderjährigen weder einen rechtlichen Vorteil noch einen rechtlichen Nachteil bringt, weil es lediglich für einen Dritten wirkt.

<sup>40</sup> OLG München, Beschl. v. 6.3.2008 – 34 Wx 14/08, ZEV 2008, 246, 247.

<sup>41</sup> Bei der Schenkung eines Grundstücks an zwei Erwerber, sodass hierdurch Miteigentum entsteht: BGH, NJW 2024, [1957](#), der von einem lediglich rechtlichen Vorteil ausgeht.

<sup>42</sup> BROX/WALKER, § 12 Rn. [21](#).

Ein typisches Beispiel dafür ist das rechtsgeschäftliche Handeln des **Minderjährigen als Vertreter** für den Vertretenen (§ 165). Die Willenserklärungen, die der Minderjährige innerhalb der ihm erteilten Vertretungsmacht abgibt, berechtigen und verpflichten lediglich den Vertretenen, nicht aber den Minderjährigen.

### c) Die Rechtsfolgen

Hat der beschränkt Geschäftsfähige einen Anspruch erlangt, so soll nach Ansicht mancher Autoren<sup>43</sup> durch eine Leistung an ihn die Erfüllung i.S. des § 362 Abs. 1 nicht eintreten, da die Erfüllung zum Erlöschen des Anspruchs führen würde; dies bedeute für den Minderjährigen einen rechtlichen Nachteil. Folgt man dieser Ansicht, so kann der Minderjährige, der durch den Abschluss eines mit Einwilligung der gesetzlichen Vertreter abgeschlossenen Kaufvertrages einen Anspruch auf Eigentumsverschaffung aus § 433 Abs. 1 erworben hat, das Eigentum an der gekauften Sache auch ohne Einwilligung der gesetzlichen Vertreter erwerben. Da die Erfüllungswirkung - weil rechtlich nachteilig - nicht eintritt, behält der minderjährige Käufer gleichwohl seinen Erfüllungsanspruch. Nach anderer Auffassung<sup>44</sup> tritt die Erfüllungswirkung (Erlöschen der Forderung des Minderjährigen) auch ohne Mitwirkung der gesetzlichen Vertreter mit dem Erwerb des Eigentums an der gekauften Sache ein. Als Begründung für diese Lösung wird angeführt, ein rechtlicher Vorteil liege schon darin, dass der Minderjährige anstelle der Forderung den ihm geschuldeten Gegenstand erwerbe; schon den römischen Klassikern sei die Regel geläufig gewesen, dass es günstiger sei, die Sache selbst zu haben als das auf ihren Erwerb gerichtete Klagerecht. Nach der inzwischen herrschenden *Theorie der realen Leistungsbewirkung*<sup>45</sup> ist kein Vertrag notwendig, der neben dem Leistungsverhalten und neben dem Eintreten des Leistungserfolges erst die Erfüllungswirkung, nämlich das Erlöschen der Forderung herbeiführt. Erfüllt ist bei objektiver Übereinstimmung zwischen erbrachter und geschuldeter Leistung.<sup>46</sup> Folgt man dem, so könnte der Schuldner grundsätzlich auch durch die Leistung (z.B. Übereignung) an den Minderjährigen frei werden;<sup>47</sup> denn der Forderungsverlust ist nur eine mittelbare Folge des "Tilgungsaktes" und lässt diesen deshalb nicht als nachteilig i.S. von § 107 erscheinen.

Dieses Ergebnis vermeidet die h.M., indem sie – auf der Grundlage der Theorie der realen Leistungsbewirkung – die Befreiung des Schuldners davon abhängig macht, dass der Gläubiger auch „empfangszuständig“, d.h. zur Entgegennahme der Leistung befugt ist.<sup>48</sup> Diese Befugnis kann fehlen, wenn der Gläubiger nicht (voll) geschäftsfähig ist. Dann tritt nach h.M. die Erfüllungswirkung bei Entgegennahme der Leistung durch den Minderjährigen nur ein, wenn die gesetzlichen Vertreter hierin eingewilligt haben (vgl. § 107 BGB). Ist dies nicht der Fall, dann ist zwar die Übereignung an den Minderjährigen als lediglich rechtlich vorteilhaft wirksam.<sup>49</sup> Sie führt aber nicht zur Erfüllungswirkung i.S.v. § 362 BGB.<sup>50</sup>

<sup>43</sup> Vgl. u.a. BROX/WALKER, § 12 Rn. 14 ff.; HÜBNER, Rn. 709; WACKE, JuS 1978, 80 mit Nachw.

<sup>44</sup> Vgl. HARDER, JuS 1977, 149, 151 f.

<sup>45</sup> Vgl. LARENZ, Schuldrecht, Bd. 1, § 18 I 5; MünchKomm/FETZER, § 362 Rn. 10; a.A. SOERGEL/ZEISS, Vor § 362 Rn. 7.

<sup>46</sup> So SOERGEL/ZEISS, Vor § 362 Rn. 7.

<sup>47</sup> HARDER, JuS 1977, 149.

<sup>48</sup> GRÜNEBERG/GRÜNEBERG, § 362 Rn. 4.

<sup>49</sup> GRÜNEBERG/ELLENBERGER, § 107 Rn. 4.

<sup>50</sup> GRÜNEBERG/ELLENBERGER, § 107 Rn. 2; RÜTHERS/STADLER, § 23 Rn. 31.

## 6. Die Auflösung des Schwebezustandes gemäß §§ 108, 109

Wie schon erwähnt (vgl. oben S. 23), ist eine Willenserklärung, die ein Minderjähriger ohne Einwilligung seiner gesetzlichen Vertreter abgibt, schwebend unwirksam (§ 108 Abs. 1). Dieser Schwebezustand kann durch die Genehmigung oder die Verweigerung derselben durch die gesetzlichen Vertreter beendet werden, was im erstgenannten Fall das **rückwirkende Wirksamwerden** des Geschäftes (§ 184 Abs. 1), im letztgenannten die endgültige Unwirksamkeit desselben zur Folge hat.

Gemäß § 182 Abs. 1 können die gesetzlichen Vertreter die Genehmigung dem Minderjährigen oder dem Geschäftspartner gegenüber erklären. Die Genehmigung ist formlos (§ 182 Abs. 2) und an keine Frist gebunden. Das gleiche gilt für die Verweigerung.

Häufig verhalten sich die gesetzlichen Vertreter überhaupt nicht zu einem vom Minderjährigen geschlossenen Geschäft: sie erteilen zwar keine Genehmigung, sie verweigern sie aber auch nicht. In vielen Fällen unterbleibt ein Handeln der gesetzlichen Vertreter schon deswegen, weil sie von dem Abschluss eines Rechtsgeschäfts durch den Minderjährigen gar nichts wissen. Der deshalb andauernde Schwebezustand beschränkt den Geschäftspartner des Minderjährigen in seiner Dispositionsfreiheit. **§ 108 Abs. 2** gibt ihm allerdings die Möglichkeit, den für ihn lästigen Schwebezustand zu beenden. Der Geschäftspartner kann eine baldige Entscheidung der gesetzlichen Vertreter dadurch herbeiführen, dass er sie zur **Erklärung über die Genehmigung auffordert**. Diese Aufforderung, die nach herrschender Meinung eine empfangsbedürftige und formfreie Willenserklärung ist,<sup>51</sup> hat zur Folge, dass die Entscheidung über die Genehmigung - über ihre Erteilung ebenso wie über ihre Verweigerung - **nur noch gegenüber dem Geschäftspartner** erfolgen kann. § 108 Abs. 2 S. 1, 2. HS knüpft an die den gesetzlichen Vertretern gegenüber abgegebene Aufforderung sogar noch eine weitere Rechtsfolge: eine dem Minderjährigen gegenüber vor der Aufforderung erklärte Genehmigung wird ebenso unwirksam wie eine gegenüber dem Minderjährigen erklärte Verweigerung derselben. Im letztgenannten Fall wird also der – eigentlich bereits beendete – Zustand der schwebenden Unwirksamkeit erneut hergestellt.

§ 108 Abs. 2 S. 2 setzt eine **Ausschlussfrist**: Die Genehmigung der gesetzlichen Vertreter kann nur bis zum Ablauf von zwei Wochen nach dem Empfang der Aufforderung dem Geschäftspartner gegenüber erklärt werden; erfolgt keine Erklärung, so wird das Nichtklären als Verweigerung der Genehmigung gewertet (= Fiktion einer WE).

Wird ein Minderjähriger während des Schwebezustandes **volljährig**, geht das Recht, die schwebend unwirksame Willenserklärung durch eine Genehmigung wirksam werden zu lassen, gemäß **§ 108 Abs. 3** auf die nun volljährig und damit vollgeschäftsfähig gewordene Person über. Zu beachten ist, dass eine schwebend unwirksame Willenserklärung nicht automatisch mit dem Eintritt der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit wirksam wird. Es bedarf vielmehr einer Genehmigung durch den bis zu diesem Zeitpunkt Minderjährigen, die auch durch schlüssiges Verhalten erklärt werden kann. Eine Genehmigung durch schlüssiges Verhalten setzt allerdings voraus,

<sup>51</sup> vgl. STAUDINGER/KNOTHE, § 108 Rn. [12](#).

dass der Erklärende sich der schwebenden Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts bewusst ist oder mindestens mit ihr gerechnet hat.<sup>52</sup> Eine konkludente Genehmigung kann z.B. dadurch erfolgen, dass der nunmehr Volljährige Käufer den Kaufpreis überweist oder der Kaufgegenstand übereignet wird.

Der **Geschäftspartner** soll während des Schwebezustandes nicht einseitig an den Vertrag gebunden sein. Er kann den Vertrag deshalb gem. **§ 109 widerrufen**. Dieser Widerruf ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Adressat derselben sind die gesetzlichen Vertreter oder der Minderjährige selbst (§ 109 Abs. 1 S. 2.)

**Fall:** Am 2. September 2023 schließt der 17jährige M ohne Einwilligung seiner Eltern mit dem Händler H schriftlich einen Vertrag über den Kauf eines Smartphones zum Preise von € 1.300,— ab. Nach diesem Verträge soll das Smartphone am 17. September 2023 unter Eigentumsvorbehalt geliefert werden, falls M bis zum 16. September 2023 € 500,— angezahlt hat; der Restkaufpreis soll in monatlichen Raten von je € 100,— gezahlt werden. Am 12. September 2023 wird M 18 Jahre alt. Er beschließt, den Führerschein zu machen und sich ein Auto zu kaufen. Da es ihm an Geld mangelt, schreibt er am 13. September 2023 an H, er (der M) nehme nunmehr von dem Vertrag vom 2. September 2023 Abstand, weil er das Geld dringend für andere Zwecke benötigte. Als die Eltern des M von dem Geschehenen hören, schreiben sie unter dem Datum des 20. September 2023 an H und teilen ihm mit, sie bäten ihn wegen des Verhaltens ihres Sohnes M um Entschuldigung; selbstverständlich genehmigten sie den Vertrag vom 2. September 2023. Beide Schreiben sind dem H zugegangen.

H ist der Auffassung, er habe gegen M einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises wie vereinbart. Zu Recht?

### Aufgabe 1:

Bitte lösen Sie diesen Fall in einem schriftlichen Gutachten und vergleichen Sie Ihre Ausführungen anschließend mit der Lösung am Ende dieser Kurseinheit!

## 7. Der Sondertatbestand des § 110

Gemäß § 110 sind ausnahmsweise auch ohne Zustimmung der gesetzlichen Vertreter geschlossene Verträge des Minderjährigen von Anfang an durch Erfüllung wirksam, wenn er sie mit Mitteln **bewirkt**, die ihm von den gesetzlichen Vertretern oder mit deren Zustimmung von einem Dritten zu diesem Zwecke oder zur freien Verfügung überlassen worden sind.

Die gesetzliche Regelung des § 110 enthält allerdings nach h.M. keine Ausnahme von dem Grundsatz des § 107, wonach der Minderjährige zu einer Willenserklärung, durch die er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, der Einwilligung seiner gesetzlichen Vertreter bedarf. § 110 trägt vielmehr den praktischen Bedürfnissen des Wirtschaftslebens Rechnung und gestattet lediglich, dass die "Einwilligung durch Überlassung gewisser Mittel an den Minderjährigen vom Vertreter im allgemeinen erklärt" wird; das vom Minderjährigen geschlossene Geschäft wird also "auch ohne besondere Zustimmung sowohl nach der dinglichen wie nach der schuldrechtlichen

<sup>52</sup> Vgl. BGHZ 53, 174, [178](#).

Seite von Anfang an wirksam", wenn es vom Minderjährigen erfüllt wird.<sup>53</sup> Auch in den Fällen des § 110 wird also auf die – hier: **schlüssig erklärte – Einwilligung des gesetzlichen Vertreters** abgestellt. Das bedeutet umgekehrt: Rechtsgeschäfte gegen den erklärten Willen der gesetzlichen Vertreter können nicht nach § 110 als wirksam gelten.

**Beispiel:** Der 15jährige J kauft von seinem Taschengeld eine "Softair"-Waffe für 20 Euro, obwohl seine Eltern erklärte Waffengeegner sind und das Spielen mit diesen Waffennachbildungen strikt ablehnen. Auch wenn J die Zahlung des Kaufpreises aus den ihm zur Verfügung gestellten Mitteln bewirkt, gilt der Vertrag nicht nach § 110 BGB als wirksam. Die durch die Überlassung des Taschengeldes konkludent von den Eltern erklärte Einwilligung hat nicht den Erwerb von Softair-Waffen erfasst.

**Def.: Bewirkt** i.S. des § 110 bedeutet: Der Minderjährige muss den Vertrag mit den ihm zu diesem Zweck oder zur freien Verfügung überlassenen Mitteln i.S. des **§ 362 erfüllt** haben.

Deshalb sind insbesondere **Teilzahlungsgeschäfte** mit Minderjährigen, denen die Abrede zugrunde liegt, dass der vereinbarte Kaufpreis nicht auf einmal, sondern in mehreren aufeinander folgenden Raten gezahlt werden soll, für den Verkäufer risikobehaftet. Bei einem Teilzahlungsgeschäft sind Leistung *und* Gegenleistung *nicht* teilbar; deshalb ist eine Teilerfüllung durch den Minderjährigen nicht möglich. Ein zwischen einem Verkäufer und einem Minderjährigen ohne Einwilligung der gesetzlichen Vertreter abgeschlossenes Teilzahlungsgeschäft, das mit Mitteln bewirkt werden soll, die dem Minderjährigen zur freien Verfügung überlassen sind, ist also schwebend unwirksam, bis die letzte Rate und damit der vollständige Kaufpreis gezahlt ist.

**Beispiel:** Der 16jährige M kauft ohne Einwilligung seiner Eltern bei R ein Notebook zum Preis von € 300,—. Es wird vereinbart, dass M € 75,— anzahlt (was auch geschieht) und dass der Restkaufpreis in monatlichen Raten zu je € 25,— gezahlt werden soll. M zahlt nur noch eine Rate. Anzahlung und Rate stammen aus Mitteln, die die Eltern dem M zur freien Verfügung überlassen haben. Der Kaufvertrag zwischen M und R ist noch nicht wirksam, sondern schwebend unwirksam, weil M noch nicht bewirkt, d.h. erfüllt hat. M ist deshalb auch nicht verpflichtet, die noch ausstehenden Raten zu zahlen. Tut er es dennoch, so wird der Vertrag rückwirkend zum Zeitpunkt des Abschlusses wirksam.

<sup>53</sup> So RGZ 74, 234, [235](#).

## 8. Die Surrogationsgeschäfte

Ob der Minderjährige über das, was er mit den ihm zu freien Verfügung überlassenen Mitteln erworben hat (sog. Surrogat), ebenfalls frei verfügen kann, hängt davon ab, "ob unter Berücksichtigung des Erziehungsgesichtspunktes angenommen werden kann, dass sich die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters auch auf die Verfügung über das Erworbenere erstreckt".<sup>54</sup> Das bedeutet, dass letztlich durch Auslegung zu ermitteln ist, ob die Einwilligung der gesetzlichen Vertreter auch die Verfügung über die Surrogate erfasst, letzteres wird der Regelfall sein. Davon ausgenommen dürften im Zweifel solche Surrogate sein, die den Wert der überlassenen Mittel erheblich übersteigen.

**Beispiel:** Das Reichsgericht (RGZ 74, 234 ff.) hatte folgenden Fall zu entscheiden: Ein siebzehnjähriger Schüler erwarb von seinem wöchentlich 3 Mark betragenden Taschengeld ein Lotterielos und gewann damit 4.000 Mark. Von diesem Gewinn kaufte er für 3.200 Mark einen PKW und bezahlte den Kaufpreis bar. Das Reichsgericht hat angenommen, dass in diesem Fall die in der Überlassung des Taschengeldes zur freien Verfügung liegende Einwilligung den Kauf des PKW aus einem Lotteriegewinn nicht mit umfasste.

## 9. Die partielle Geschäftsfähigkeit

### a) Der selbständige Betrieb eines Erwerbsgeschäftes

Mit § 112 sollten die rechtlichen Voraussetzungen dafür geschaffen werden, dass ein Minderjähriger als Selbständiger im Erwerbsleben tätig sein kann. Erwerbsgeschäft kann nach allgemeinen Regeln jede berufsmäßig ausgeübte und auf Gewinnerzielung gerichtete selbstständige Tätigkeit sein. Beispielsweise können darunter insbesondere auch App-Entwickler, Kinder-Influencer oder YouTuber fallen.<sup>55</sup>

Nach § 112 kann ein Minderjähriger allerdings nur für einen bestimmten, abgegrenzten Kreis von Rechtsgeschäften mit der vollen Geschäftsfähigkeit ausgestattet werden. Für alle übrigen Rechtsgeschäfte fehlt ihm die volle Geschäftsfähigkeit.

Die Genehmigung der Eltern ist eine an den Minderjährigen gerichtete Willenserklärung. Mit der Genehmigung in § 112 ist jedoch die familiengerichtliche „Genehmigung“ (§§ 1643, 1850–1854) gemeint.<sup>56</sup>

### b) Dienst- oder Arbeitsverhältnisse von Minderjährigen

Ähnlich wie § 112 schafft § 113 die Möglichkeit, einem Minderjährigen die volle Geschäftsfähigkeit für einen bestimmten Kreis von Rechtsgeschäften zu verleihen. Dieser Kreis ist durch die **Eingehung und Aufhebung** eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses und durch die Erfüllung der sich daraus ergebenden Verpflichtungen **begrenzt**. Weiter geht die Vorschrift nicht; sie führt nicht zu einer "allgemeinen Geschäftsfähigkeit".

<sup>54</sup> So SOERGEL/HEFERMEHL, § 110 Rn. 5; WILLEMS, MMR 2018, 707 710 f.

<sup>55</sup> WILLEMS, MMR 2018, 707 710 f.

<sup>56</sup> HEIDEL/HÜBTEGE/MANSEL/NOACK, BGB Allgemeiner Teil / EGBGB, BGB § 112 Rn. [12](#).



keit" im Dienst- oder im Arbeitsverhältnis; im Übrigen fehlt dem Minderjährigen vielmehr die volle Geschäftsfähigkeit. Aus § 113 lässt sich nicht ableiten, dass der an den Minderjährigen gezahlte Arbeitslohn diesem zur freien Verfügung steht.<sup>57</sup>

**Beispiel:** Die Eltern haben ihrem 17jährigen Sohn M gestattet, ein Arbeitsverhältnis seiner Wahl einzugehen. M arbeitet, nachdem er einen entsprechenden Arbeitsvertrag abgeschlossen hat, in einem Betrieb der metallverarbeitenden Industrie und tritt in die Industriegewerkschaft Metall ein. Die Eltern verbieten dem M den Eintritt in die Gewerkschaft. Die Frage, ob M überhaupt Mitglied der IG–Metall geworden ist, ist unter Anwendung des § 113 zu beantworten. Dabei ist darauf abzustellen, ob der Eintritt in eine Gewerkschaft zur "Erfüllung der sich aus einem solchen Verhältnis (gemeint ist das Arbeitsverhältnis) ergebenden Verpflichtungen" i.S. des § 113 gehört. Wegen des engen Zusammenhanges zwischen Arbeitsverhältnis und Gewerkschaftszugehörigkeit ist dies zu bejahen, weil die Gewerkschaft für die Arbeitnehmer die Arbeitsbedingungen aushandelt und sie in ihrer Stellung als Arbeitnehmer berät.<sup>58</sup>

**Beachte:** Berufsausbildungsverträge sollen von § 113 nicht erfasst sein. Das gilt für Lehrverträge ebenso wie für Volontär- und Praktikantenverhältnisse, weil insoweit der Ausbildungszweck im Vordergrund steht.<sup>59</sup>

## 10. Das Wirksamwerden einer dem Minderjährigen zugehenden Willenserklärung (§ 131 Abs. 2)

Da an den Zugang von Willenserklärungen Rechtsfolgen geknüpft sind, hat das BGB den Schutz der beschränkt Geschäftsfähigen dadurch konsequent durchgeführt, dass eine einer beschränkt geschäftsfähigen Person gegenüber abgegebene Willenserklärung grundsätzlich nicht wirksam wird, bevor sie dem gesetzlichen Vertreter zugeht. Nur wenn die Erklärung der in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt oder der gesetzliche Vertreter seine Einwilligung erteilt, wird dieselbe mit Zugang an den beschränkt Geschäftsfähigen wirksam (§ 131 Abs. 2).

Die Einwilligung, also die vorherige Zustimmung des gesetzlichen Vertreters gemäß § 131 Abs. 2 S. 2, bezieht sich auf den Wirksamkeitseintritt der empfangenen Willenserklärung. Die Einwilligung muss also zu diesem Zeitpunkt bestehen. Eine solche Einwilligung kann in der Regel auch darin gesehen werden, dass der gesetzliche Vertreter mit dem Abschluss eines zweiseitigen Rechtsgeschäfts sein Einverständnis erklärt hat.<sup>60</sup>

**Beispiel:** Wenn die Mutter auch den Antrag auf Abschluss einer Haftpflichtversicherung unterschrieben hat, liegt darin zugleich die Einwilligung, dass die dem Minderjährigen gegenüber abgegebene Annahmeerklärung wirksam wird.

<sup>57</sup> So mit Recht HÜBNER, Rn. 726; Jauernig/Mansel, BGB § 113 Rn. 6.

<sup>58</sup> So inzwischen die herrschende Meinung, vgl. u.a. LG Essen, NJW 1965, 2302; LG Frankfurt, FamRZ 1967, 680; STAUDINGER/KNOTHE, § 113 Rn. 13 mit Nachw.

<sup>59</sup> BeckOK/Wendtland, BGB § 113 Rn. 9.

<sup>60</sup> Vgl. STAUDINGER/SINGER, § 131 Rn. 6.

**Fall:** Der 17jährige M erwirbt bei Juwelier J ohne Wissen seiner Eltern einen Ring zum Preis von € 150,—, um ihn seiner 16jährigen Freundin F zum Geschenk zu machen. M, der von seinem monatlichen Taschengeld in Höhe von € 50,— heimlich € 100,— gespart hat, zahlt diesen Betrag auf den Kaufpreis an und kommt mit J, der ihn gut kennt, überein, den Restkaufpreis in monatlichen Raten von je € 10,— zu zahlen. J übergibt den Ring an M, der ihn am Tage darauf der F schenkt. Als die Eltern des M von dem Geschehenen hören, missbilligen sie sowohl den Erwerb des Ringes als auch die Zuwendung an F und fordern M auf, alles rückgängig zu machen.

1. Wer ist gegenwärtig Eigentümer des Ringes?
2. Welche Ansprüche hat J gegen M?

Aufgabe 2:

Beantworten Sie diese Fragen in einem schriftlichen Gutachten und vergleichen Sie Ihre Ausführungen anschließend mit der Lösung am Ende dieser Kurseinheit!

### 11. Die Regelung des § 1825 BGB

Wie bereits erwähnt, stellt das Gesetz solche volljährigen Personen, für die eine Betreuung mit Einwilligungsvorbehalt gem. §§ 1814, 1825 angeordnet ist, im Ergebnis einem Minderjährigen gleich. Insbesondere gelten die §§ 108 bis 113 entsprechend (§ 1825 Abs. 1 S. 2), soweit der Einwilligungsvorbehalt reicht (vgl. §§ 1823, 1825 Abs. 2). § 1825 Abs. 3 S. 1 enthält eine dem § 107 entsprechende Regelung; darüber hinaus sind Willenserklärungen, die geringfügige Angelegenheiten des täglichen Lebens betreffen, ohne Einwilligung des Betreuers wirksam (§ 1825 S. 2).

Wichtige Entscheidungen:

BGHZ 47, 352, [359 f.](#)

BGHZ 78, 28, [31 ff.](#)

RGZ 74, [234](#)



## § 12 Die Form

**Schrifttum:** ARMBRÜSTER, Treuwidrigkeit der Berufung auf Formmängel, NJW 2007, [3317](#); BLASCHE, Notarielle Beurkundung, öffentliche Beglaubigung und Schriftform, JURA 2008, 890; CANARIS, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971; HÄSEMAYER, Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte, 1971; ders., Die Bedeutung der Form im Privatrecht, JuS 1980, 1 ff.; KEIM, § 313 BGB und die Beurkundung zusammengesetzter Verträge, DNotZ, 2001, 827; LÜTZEN, „Schriftlich“ und „Schriftform“ – der unbekannte Unterschied, NJW 2012, [1627](#); LARENZ, Das Problem der Aufrechterhaltung formnichtiger Schuldverträge, AcP 156 [1965], 381 ff.

### I. Das Prinzip der Formfreiheit

Im Privatrecht können Rechtsgeschäfte grundsätzlich ohne Beachtung einer bestimmten Form, also formlos abgeschlossen werden (**Prinzip der Formfreiheit**). Das bedeutet: Das Gesetz schreibt den am Rechtsverkehr Beteiligten in der Regel nicht vor, dass sie Rechtsgeschäfte wirksam nur unter Beachtung einer bestimmten Form tätigen können. Es ist also für die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäftes gleichgültig, ob die Beteiligten ihren Willen schriftlich, mündlich, durch Gebärden oder elektronische Signale ausdrücken. Nur ausnahmsweise ist für bestimmte Rechtsgeschäfte eine besondere Form vorgeschrieben.

In den Fällen, in denen das Gesetz eine Form zwingend vorschreibt, sollen bestimmte **Zwecke** erreicht werden, wie z.B.:

- **Beweissicherung** im Hinblick auf später auftretende Streitigkeiten;
- **Warnfunktion:** Die Parteien sollen vor einem leichtfertigen Geschäftsabschluss geschützt werden, z.B. bei der Übertragung des gesamten Vermögens oder Bürgschaften;
- **Beratungsfunktion:** Durch den Zwang zur notariellen Beurkundung eines Rechtsgeschäfts sollen die daran Beteiligten durch eine juristische Beratung auf die möglichen Konsequenzen aufmerksam gemacht werden, z.B. bei Grundstückskaufverträgen;
- **Wahrung öffentlicher Interessen** über den Schutz der Parteien hinaus durch eine inhaltliche Überwachung des Rechtsgeschäfts oder eine behördliche Kontrolle desselben. Beispielsweise die Hinweispflichten der Notare an die Finanzverwaltung gem. §§ 18, 20, 21 GrEStG, 102 Abs. 4 AO, 34 ErbStG, 7 und 8 ErbStDV, 54 EStDV über die Gründung, Kapitalerhöhung oder -herabsetzung, Umwandlung oder Auflösung von Kapitalgesellschaften oder Rechtsgeschäfte, die die Übereignung eines Grundstücks begründen.

Rechtsgeschäfte unterliegen nur dann einem Formzwang, wenn

- a) das Gesetz eine bestimmte Form vorschreibt oder
- b) die Parteien vereinbaren, dass auch für Rechtsgeschäfte, die nach dem Gesetz formfrei sind, eine bestimmte Form eingehalten werden soll (gewillkürte Form, § 127).

Ein Kaufvertrag über eine bewegliche Sache oder über ein Recht kann also mündlich abgeschlossen werden, ebenso ein Leihvertrag oder ein Darlehensvertrag und viele andere Rechtsgeschäfte. Selbst Gesellschaftsverträge für eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, für eine offene Handelsgesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft

können mündlich abgeschlossen werden. In der Praxis wird von den Beteiligten gleichwohl häufig die Schrift- oder zumindest die Textform gewählt; denn der Abschluss und der Inhalt eines mündlichen Vertrages sind schwieriger zu beweisen als das Zustandekommen und der Inhalt eines schriftlich oder "digital" fixierten Vertrages.

## II. Die vom Gesetz vorgeschriebene Form

Das Gesetz schreibt je nach dem verfolgten Zweck verschiedene Formen vor. Die gesetzlichen Formvorschriften sind zwingendes Recht. Deshalb können die Parteien sich in der Regel nicht im Wege der Vereinbarung ohne weitreichende Konsequenzen über sie hinwegsetzen.

Das Gesetz kennt u.a.: die einfache Schriftform, die elektronische Form, die Textform, die öffentliche Beglaubigung, die notarielle Beurkundung, die völlige Eigenhändigkeit einer Urkunde (Holographie).

### 1. Die einfache Schriftform

Die einfache Schriftform ist gewahrt, wenn eine Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift unterzeichnet wird (§ 126 Abs. 1). Der Aussteller muss den Urkundentext nicht selbst unterschreiben. Es ist ausreichend, zugleich aber auch notwendig, dass der Erklärende die Urkunde unterschreibt. Man kann deshalb davon sprechen, dass die einfache Schriftform nur *Unterschriftsform* bedeutet.<sup>61</sup> Der Unterzeichnung wird Abschluss- und Deckungswirkung zugemessen.<sup>62</sup> Das bedeutet, dass die Unterzeichnung den Text der Urkunde abschließen muss und nur das vor der Unterschrift Stehende durch die Unterschrift gedeckt wird. Bedarf ein Vertrag der Schriftform, müssen die beteiligten Parteien auf derselben Urkunde unterzeichnen (§ 126 Abs. 2).

Die einfache Schriftform ist u.a. erforderlich bei:

- a) der Bürgschaftserklärung (§ 766),
- b) einem Verbraucherdarlehensvertrag (§§ 491 f.),
- c) einem Mietvertrag über ein Grundstück (auch eine Wohnung), der für längere Zeit als ein Jahr abgeschlossen wird (§ 550).

Zweifelhaft war früher, ob die Schriftform i.S. des § 126 auch bei der Übersendung eines unterschriebenen Dokuments per Telefax eingehalten wird. Dies ist zu verneinen; denn das Telefax enthält keine *eigenhändige* Unterschrift, sondern nur die Kopie des Originals.<sup>63</sup> Aus denselben Gründen wahren eingescannte Unterschriften, die in ein Dokument hineinkopiert werden, nicht die Schriftform.

---

<sup>61</sup> So HÜBNER, Rn. 854.

<sup>62</sup> Vgl. BROX/WALKER, § 13 Rn. 8 ff.

<sup>63</sup> BGHZ 121, 224, 229; OLG Frankfurt, NJW 1991, 2154; OLG Hamburg, NJW 1990, 1613; GRÜNEBERG/ELLENBERGER, § 126 Rn. 8.

## 2. Elektronische Form und Textform

### a) Überblick

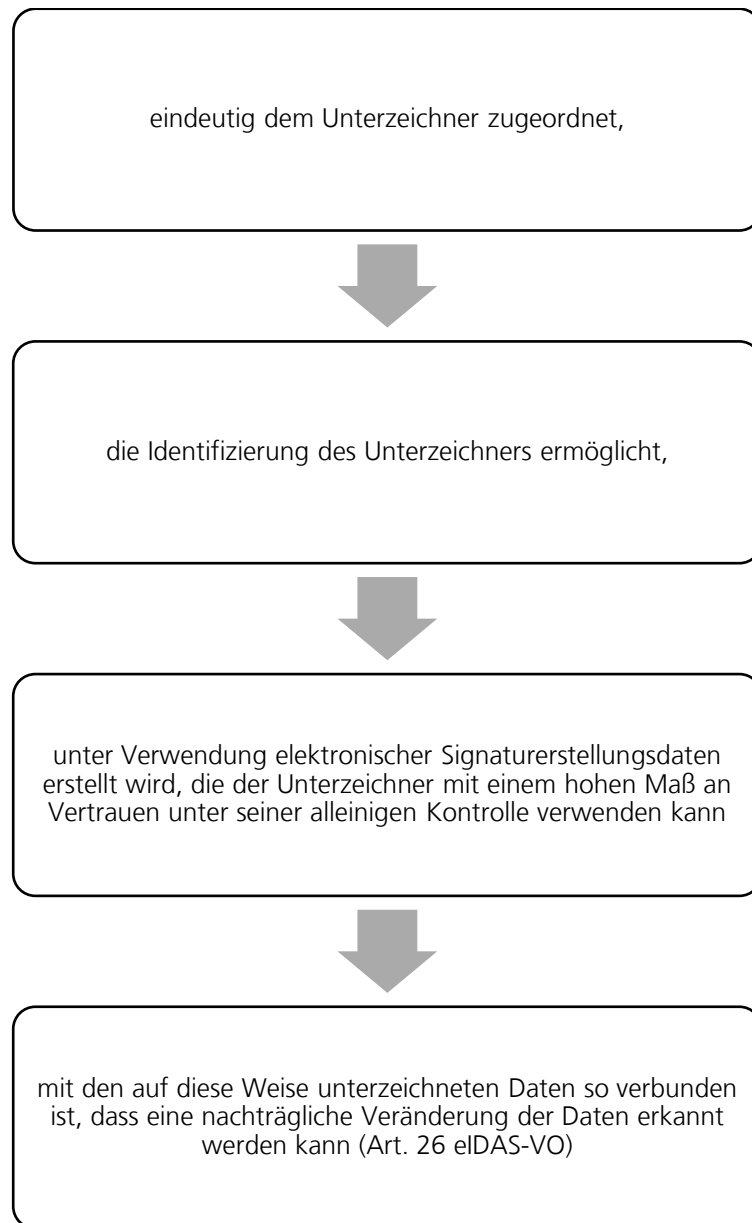
Die Frage nach der Einhaltung der Schriftform stellt sich auch bei E-Mails und anderen Textnachrichten, z.B. in Chats. Durch den "Computerausdruck" können solche Nachrichten zwar verkörpert werden. Ebenso wie früher beim Telefax fehlt aber die handschriftliche Unterzeichnung des Schriftstücks, so dass dem Schrifterfordernis nicht genügt wird.

Vor dem Hintergrund der wachsenden Bedeutung digitaler Kommunikationstechniken hat der Gesetzgeber neue Vorschriften über die für manche Rechtsgeschäfte notwendige Form geschaffen. Auf europäischer Ebene wurde die "Verordnung über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt" (VO [EU] 910/2014) erlassen; im deutschen Recht wurden die allgemeinen Vorschriften über die Form durch die §§ 126a und 126b sowie mit dem "Vertrauensdienstegesetz (VDG) ergänzt.

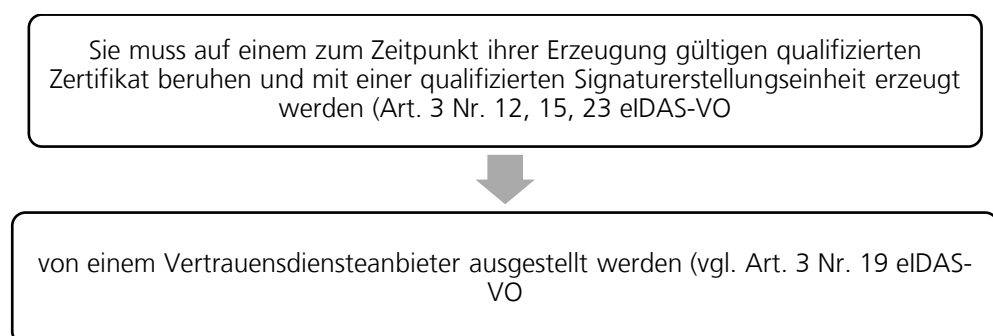
### b) Die elektronische Form (§ 126a)

§ 126 a schafft in Verbindung mit § 126 Abs. 3 die Möglichkeit, die vorgeschriebene Schriftform durch die elektronische Form zu ersetzen. Dies geschieht dadurch, dass der Aussteller der Erklärung derselben seinen Namen hinzufügt und das elektronische Dokument **mit einer qualifizierten elektronischen Signatur** versieht (§ 126 a).

Für eine qualifizierte elektronische Signatur bedarf es einer fortgeschrittenen elektronischen Signatur. Diese liegt vor, wenn folgende Voraussetzungen kumulativ vorliegen:



Zusätzlich hierzu muss die fortgeschrittene elektronische Signatur folgende Voraussetzungen erfüllen:



Nicht in jedem Fall kann die Schriftform durch die elektronische Form ersetzt werden. So schließt § 766 S. 2 dies z.B. für die Bürgschaft aus. Der Ausschluss muss allerdings ausdrücklich im Gesetz stehen, vgl. § 126 Abs. 3.

Ob darüber hinaus auch eine Ersetzbarkeit durch Rechtsgeschäft erfolgen kann, ist umstritten. Ursprünglich war vorgesehen, dass die Schriftform nur bei ausdrücklicher oder schriftlicher Zustimmung des Erklärungsempfängers ersetzt werden kann. Zwar lässt sich dies nicht aus dem Wortlaut der Norm entnehmen, war allerdings in der Gesetzesbegründung erwähnt. Es ist jedenfalls davon auszugehen, dass bei fehlender Zustimmung dem Erklärungsempfänger nicht die Pflicht auferlegt werden kann, den Empfang elektronischer Erklärungen mit entsprechenden Vorrichtungen zu gewährleisten.

### **c) Die Textform (§ 126 b)**

Manche gesetzlichen Bestimmungen schreiben die Textform vor, z. B. in §§ 613a Abs. 5; 555c Abs. 1. Nach § 126 b S. 1 ist die Abgabe einer lesbaren Erklärung, in der die Person des Erklärenden genannt ist, auf einem dauerhaften Datenträger erforderlich. Ein "dauerhafter Datenträger" ist gemäß § 126 Satz 2 ist jedes Medium, das (1) "es dem Empfänger ermöglicht, eine auf dem Datenträger befindliche, an ihn persönlich gerichtete Erklärung so aufzubewahren oder zu speichern, dass sie ihm während eines für ihren Zweck angemessenen Zeitraums zugänglich ist", und (2) "geeignet ist, die Erklärung unverändert wiederzugeben". Dauerhafte Datenträger sind also z.B. Papier, USB-Sticks, CD-ROMs, Speicherkarten und auch E-Mails.<sup>64</sup> Mit der Umsetzung des Gesetzes zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von Verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts<sup>65</sup> zum 01.10.2016 ist § 309 Nr. 13 BGB neu formuliert worden und erlaubt nun auch die abweichende Formvereinbarung, z.B. für Kündigungen, per Textform (§ 126 b BGB), also z.B. per E-Mail<sup>66</sup>. Die Vereinbarung einer strengeren Form als der Textform ist hingegen in diesen Fällen unwirksam.<sup>67</sup>

## **3. Die öffentliche Beglaubigung**

Die öffentliche Beglaubigung (§ 129) bezieht sich nur auf die Unterschrift, nicht aber auf den Inhalt der Urkunde. Sie ist deshalb ein amtliches Zeugnis über die Identität des Unterzeichners. Die Beglaubigung setzt voraus, dass der Notar die Echtheit der Unterschrift unter einer schriftlichen Erklärung bezeugt (§ 129). Auch in elektronischer Form abgegebene Erklärungen können notariell beglaubigt werden (§ 129 Abs. 1 Nr. 2).

Praktische Bedeutung hat die öffentliche Beglaubigung z.B. für die Anmeldungen zum Vereinsregister (§ 77), bei der Abtretung von Forderungen (§§ 403, 411) und im ehelichen Güterrecht (§§ 1491 und 1492).

<sup>64</sup> Vgl. GRÜNEBERG/ELLENBERGER, § 126b Rn. 3.

<sup>65</sup> BGBl. I, 2016, 233.

<sup>66</sup> BGH NJW 2016 3713, Rn. 28.

<sup>67</sup> Vgl. insgesamt zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Kursskript Teil 4, § 7.

#### 4. Die notarielle Beurkundung

Die notarielle Beurkundung gemäß § 128 ist die Niederschrift über die Verhandlung der Beteiligten vor einem Notar, die ihn und die Beteiligten genau bezeichnet. Sie enthält das gesamte Rechtsgeschäft, also die entsprechenden Willenserklärungen der Beteiligten. Die Niederschrift wird den Beteiligten in Gegenwart des Notars vorgelesen und von ihnen genehmigt. Die Beteiligten und der Notar unterschreiben sie eigenhändig. Das Verfahren der notariellen Beurkundung richtet sich nach dem Beurkundungsgesetz. Danach ist nicht nur die klassische "Papier-Beurkundung" möglich, sondern in bestimmten Fällen (etwa im Gesellschaftsrecht) auch die Erstellung einer elektronischen notariellen Urkunde.

Werden Verträge vor dem Notar beurkundet, so ist eine gleichzeitige Anwesenheit der vertragsschließenden Parteien vor dem Notar nur in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen, wie z.B. beim Ehevertrag (§ 1410) notwendig. Im Regelfall ist es ausreichend, wenn zuerst das Angebot zum Abschluss eines Vertrages und später die Annahme desselben beurkundet wird. Im Zweifel kommt der Vertrag dann gemäß § 152 mit der Beurkundung der Annahme zustande.

Die notarielle Beurkundung ist u.a. vorgesehen:

- a) bei der Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück, z.B. Grundstückskaufvertrag (§ 311 b Abs. 1),
- b) bei der Verpflichtung zur Übertragung des gesamten gegenwärtigen Vermögens (§ 311 b Abs. 3),
- c) für den Abschluss eines Gesellschaftsvertrages bei der Gründung einer GmbH (§ 2 GmbHG).

**Beispiel** für den Anfang eines notariell beurkundeten Vertrages:

1376 der Urkundenrolle für 2023

Verhandelt zu Altheim, den 13. September 2023

Vor dem unterzeichnenden Notar

Dr. Hans Neumann in Altheim

erschieden heute von Person bekannt:

1. Herr Hans Berger, geb. am 13.6.1979, wohnhaft in Altheim, Im Tal 16

2. Herr Dirk Schulz, geb. 31.3.1967, wohnhaft in Altheim, Schützenstr. 9

Die Erschienenen erklärten...

(es folgt der Text des Vertrages)

#### 5. Die Eigenhändigkeit einer Urkunde

Die gesamte Urkunde muss in ihrem vollen Wortlaut eigenhändig, d.h. mit der Hand, niedergeschrieben und unterschrieben sein, wie z.B. das eigenhändig geschriebene und unterschriebene Testament (§ 2247).

Der Begriff der Eigenhändigkeit i.S. des § 2247 Abs. 1 ist mehrdeutig. Er ist deshalb auszulegen. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass mit den Vorschriften des BGB über die Formen, in denen letztwillige Verfügungen getroffen werden können, neben anderen Zielen der Zweck verfolgt wird, "den wirklichen Willen des Erblassers zur Geltung kommen zu lassen, indem sie die Selbständigkeit dieses Willens nach Möglichkeit verbürgen und die Echtheit seiner Erklärungen so weit wie möglich sicherstellen sollen".<sup>68</sup> Die vorgeschriebene Form der Eigenhändigkeit soll einen Beitrag dazu leisten, "verantwortliches Testieren zu fördern und Streitigkeiten über den Inhalt letztwilliger Verfügungen hintanzustellen".<sup>69</sup> Daraus ergibt sich, dass der Begriff der Eigenhändigkeit eng auszulegen ist. Als eigenhändig geschrieben ist deshalb lediglich ein Testament anzusehen, das nicht nur vom Erblasser persönlich verfasst und niedergelegt, "sondern von ihm in der ihm eigenen Schrift geschrieben und damit in einer Art und Weise errichtet worden ist, welche die Nachprüfung der Echtheit des Testaments aufgrund der individuellen Züge, die die Handschrift jedes Menschen aufweist, gestattet".<sup>70</sup> Deshalb sind solche Testamente nichtig, die der Erblasser mit der Schreibmaschine oder auf andere mechanische Weise errichtet, da sie den Schluss von der Schrift auf den Urheber nicht zulassen.<sup>71</sup>

### III. Die gewillkürte Schriftform

Das BGB gestattet es, den Formzwang auch durch Rechtsgeschäft zu begründen. Die Parteien können deshalb gemäß § 127 vereinbaren, dass für ein bestimmtes Rechtsgeschäft eine bestimmte Form eingehalten werden soll. Die Parteien haben sich dann selbst unter Formzwang gesetzt.

### IV. Die Folgen des Formmangels

#### 1. Die gesetzlich vorgeschriebene Form

Wird die gesetzlich vorgeschriebene Form nicht eingehalten, ist das Rechtsgeschäft nichtig (§ 125 S. 1).

**Beispiel:** Eine mündlich gegebene Bürgschaftserklärung ist nichtig (§§ 766 S. 1, 125 S. 1).

Eine Ausnahme vom Grundsatz des § 125 ist die Sondervorschrift des § 550, die auch auf den Pachtvertrag anwendbar ist (§ 581 Abs. 2). Danach ist ein ohne Beachtung der vorgeschriebenen Schriftform geschlossener Mietvertrag wirksam. Er gilt als auf unbestimmte Zeit geschlossen und kann frühestens zum Schluss des ersten Jahres gekündigt werden (§ 550).

In einigen anderen Fällen wird der Formmangel durch die Ausführung des zunächst formnichtigen Geschäfts geheilt (vgl. §§ 311 b Abs. 1, 518, 766).

<sup>68</sup> So BGHZ 47, 68, [70](#).

<sup>69</sup> BGHZ 80, 246, [251](#).

<sup>70</sup> So BGHZ 47, 68, [70](#).

<sup>71</sup> Vgl. BGHZ 47, 68, [70](#).

Zu dem vorhergehenden **Beispiel**: Wird der Bürge in Anspruch genommen und leistet er das vom Gläubiger Geforderte, wird der Bürgschaftsvertrag wirksam.

In diesem Beispiel ist das gewollte Rechtsgeschäft nichtig (§ 125). Die Formnichtigkeit kann allerdings dadurch geheilt werden, dass der Schuldner die im nichtigen Vertrag versprochene Leistung erbringt.

## 2. Die rechtsgeschäftlich vereinbarte (gewillkürte) Form

Wird die gemäß § 127 vereinbarte Form nicht eingehalten, so ist nach § 125 S. 2 im Zweifel anzunehmen, dass Rechtsgeschäfte, die ohne Beachtung dieser vereinbarten Form abgeschlossen werden, nichtig sind.

**Beispiel**: Zwei Unternehmen, die häufig miteinander Geschäfte abwickeln, vereinbaren, dass Verträge, die sie untereinander abschließen, nur wirksam sein sollen, wenn sie schriftlich fixiert und von beiden Seiten unterschrieben sind (einfache Schriftformklausel). Wird nun mündlich ein Kaufvertrag abgeschlossen, so ist dieser Vertrag grundsätzlich gemäß §§ 127, 126, 125 nichtig.

Es ist allerdings möglich, dass die Parteien durch den mündlichen Abschluss des Kaufvertrages konkludent die Schriftformklausel aufgegeben haben. Das kommt in Betracht, wenn sich ihre Willenserklärungen gem. §§ 133, 157 BGB dahingehend auslegen lassen, nicht mehr am Schriftformerfordernis festhalten zu wollen. Um ein solches Ergebnis möglichst, können die Parteien eine sog. *qualifizierte oder auch doppelte Schriftformklausel* vereinbaren, z.B.: "Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages bedürfen der Schriftform. Das gilt auch für eine Änderung dieses Schriftformerfordernisses." Auch hier bleibt freilich ein gewisses Risiko, dass die Schriftformklausel wirkungslos ist.

Nicht nur Verträge, sondern auch einseitige Rechtsgeschäfte wie z.B. die Kündigung können durch rechtsgeschäftliche Vereinbarung unter Formzwang gestellt werden.<sup>72</sup>

Durch Rechtsgeschäft kann nicht nur die einfache Schriftform, sondern auch jede andere Form vereinbart werden, z.B. die Form des eingeschriebenen Briefes für Kündigungen.

Bei Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die Formvereinbarungen betreffen, ist zu beachten, dass gemäß § 309 Nr. 13 für Anzeigen und Erklärungen in einem Vertrag, für den durch Gesetz notarielle Beurkundung vorgeschrieben ist, eine strengere Form als die Schriftform nicht wirksam vereinbart werden kann.

Probleme können entstehen, wenn mehrere Rechtsgeschäfte vorgenommen werden, von denen eines formbedürftig ist. Dann ist fraglich, ob die Rechtsgeschäfte insgesamt diesem Formerfordernis genügen müssen. Diese Frage stellt sich in der Praxis vor allem bei Grundstücksgeschäften. Die Rechtsprechung (u.a. BGHZ 89, 41, 43; 104, 18, 22) stellt auf den Parteiwillen ab: Die Formbedürftigkeit erstreckt sich auf alle Vereinbarungen, aus denen sich nach dem Willen der Parteien das schuldrechtliche Veräußerungsgeschäft zusammensetzt.<sup>73</sup> Bei Grundstücksgeschäften bedeutet dies: Der Beurkundungszwang erstreckt sich auf alle Vereinbarungen, aus denen sich nach dem Willen der Vertragspartner das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft zusammensetzt; dabei können auch solche Vereinbarungen dem Formzwang unterliegen,

<sup>72</sup> Vgl. STAUDINGER/HERTEL, § 125 Rn. 121 f.

<sup>73</sup> So BGHZ 63, 359, 361; 89, 41, 43.



die für sich allein zwar formfrei möglich wären, nach dem Willen der Vertragspartner aber so eng mit dem Grundstücksveräußerungsgeschäft zusammenhängen, dass sie nur mit diesem zusammen gelten sollen.<sup>74</sup> Letztlich wird also darauf abgestellt, ob die vertragsschließenden Parteien den Willen hatten, die Rechtsgeschäfte zu einer rechtlichen Einheit zu verbinden.<sup>75</sup>

Auch spätere Änderungen und Ergänzungen eines Vertrages, der dem Formerfordernis unterliegt, bedürfen der Form.<sup>76</sup>

## V. Die Überwindung des Formmangels gemäß § 242

Dass sich jemand auf die Formnichtigkeit gemäß § 125 beruft, wenn eine Formvorschrift nicht beachtet wurde, ist in der Regel nicht nur das "gute Recht" des Beteiligten, sondern auch legitim. Schon das Reichsgericht<sup>77</sup> hat allerdings den Grundsatz aufgestellt, dass hiergegen im Einzelfall der *Einwand der unzulässigen Rechtsausübung* erhoben werden könne: dies kommt in Betracht, wenn sich der Geschäftspartner, dem die Formnichtigkeit entgegengehalten wird, über die rechtliche Notwendigkeit der Formlichkeit geirrt hat und wenn dieser Irrtum vom Geschäftsgegner schuldhaft (also mindestens fahrlässig, § 276 Abs. 1 S. 1) verursacht worden war.

Später ist das RG<sup>78</sup> noch etwas weiter gegangen: ein Vertragschließender könne sich dem anderen gegenüber nicht auf die Formnichtigkeit des Vertrages berufen, wenn dies unter Berücksichtigung seines früheren Verhaltens gegen die guten Sitten oder gegen Treu und Glauben verstoße; dies gelte insbesondere dann, wenn der eine Vertragschließende den anderen durch sein Verhalten, wenn auch ohne böse Absicht, in den Irrtum versetzt oder in dem Irrtum gehalten habe, dass der Vertrag auch formlos gültig sei.

Der BGH hat sich in vielen Entscheidungen zu dieser Problematik geäußert. So sah er z.B. in einem Fall in dem Einwand des Geschäftsgegners gegen die Wirksamkeit des Formmangels eine besondere Gestaltung des Falles, weshalb "von Amts wegen dem Mangel der Form die Rechtsfolge der Nichtigkeit mit Rücksicht auf Treu und Glauben zu versagen sei".<sup>79</sup> In einer weiteren Entscheidung ging der BGH davon aus, dass bei einem wegen Mangels der Form (hier des § 313 a.F., 311 b Abs. 1 n.F.) nichtigen Vertrag die Beteiligten nach Treu und Glauben (§ 242) gebunden und zur Vertragserfüllung verpflichtet sein können.<sup>80</sup> In anderen Entscheidungen sah der BGH in der Berufung auf den Formmangel den Tatbestand einer unzulässigen Rechtsausübung.<sup>81</sup> Sehr weit hat sich der BGH<sup>82</sup> schließlich in einer Entscheidung vorgewagt, in der er ausführt, dass der Verkäufer eines Grundstücks ausnahmsweise an einen wegen Formmangels nichtigen Kaufvertrag nach Treu und Glauben gebunden ist, "wenn die

---

<sup>74</sup> So BGHZ 89, 41, [43](#).

<sup>75</sup> Vgl. BGHZ 89, 41, [43](#); 104, 18, [22](#).

<sup>76</sup> Vgl. GRUENBERG/ELLENBERGER, § 125 Rn. 10 m.w.N..

<sup>77</sup> RGZ 117, 121, [124](#).

<sup>78</sup> RGZ 170, 203, [204 f.](#) mit Nachw.

<sup>79</sup> BGHZ 16, 334, [337](#).

<sup>80</sup> BGHZ 20, [338 ff.](#)

<sup>81</sup> BGHZ 26, 142, [151](#); 29, 6, [10 f.](#)

<sup>82</sup> BGHZ 48, 396, [398](#).

Nichtanerkennung des Vertrages zu einem für den Käufer untragbaren, nicht etwa nur zu einem harten Ergebnis führen würde".<sup>83</sup>

Mit Recht ist die Formel des BGH vom "untragbaren Ergebnis" auf Kritik gestoßen, weil sie geeignet ist, in der Praxis nicht nur Schwierigkeiten zu bereiten, sondern auch Rechtsunsicherheit herbeizuführen.<sup>84</sup>

Einigkeit besteht darüber, dass der Formmangel eines Rechtsgeschäfts nur ganz ausnahmsweise wegen unzulässiger Rechtsausübung unbeachtlich sein kann, weil sonst die Formvorschriften des bürgerlichen Rechts ausgehöhlt würden.<sup>85</sup> Der BGH hat das Verhalten einer Partei als treuwidrig angesehen, die über längere Zeit aus einem nichtigen Vertrag Vorteile gezogen hatte und sich anschließend ihren Verpflichtungen unter Berufung auf den Formmangel entziehen wollte.<sup>86</sup>

In einem weiteren Urteil hält der BGH erneut fest, dass Formvorschriften im Interesse der Rechtssicherheit nicht aus bloßen Billigkeitserwägungen außer Acht gelassen werden dürfen, sondern die zwei oben schon erwähnten Fallgestaltungen anzunehmen seien, bei denen ausnahmsweise ein Außerachtlassen zulässig sei: die Fälle der Existenzgefährdung des einen Teils und die Fälle einer besonders schweren Treupflichtverletzung des anderen Teils.<sup>87</sup>

Gestritten wird darüber, ob bei einem Mangel der Form und bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 242 entweder der Vertrag als gültig anzusehen ist und der Erfüllungsanspruch auf eine vertragliche Grundlage gestützt wird oder ob dem Geltendmachen der Formnichtigkeit gemäß § 242 wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben lediglich der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegengehalten werden kann.

Im Anschluss an manche der oben erwähnten Entscheidungen des BGH vertritt HÜBNER<sup>88</sup> die Auffassung, dass, wenn die Formverfehlung ausnahmsweise unbeachtlich sei, aufgrund des vorliegenden Konsenses die Vereinbarung als solche zur Grundlage dienen könne; aus dieser Vereinbarung als dem Kern des Rechtsgeschäfts sei für den mit dem untragbaren Ergebnis Belasteten der Erfüllungsanspruch herzuleiten. Festzuhalten bleibt jedenfalls, dass § 125 keine Ausnahme von der Nichtigkeitsfolge vorsieht und der formnichtige Vertrag nicht als Vertrag aufgrund von Umständen wirksam wird, von denen man meint, dass sie nach Treu und Glauben relevant seien.<sup>89</sup> Eine Inanspruchnahme des Vertragspartners kann allenfalls darauf gestützt werden, dass man ein gesetzliches Schuldverhältnis (etwa aus culpa in contrahendo gemäß §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 u. 3, 280 Abs. 1) bejaht oder das Berufen auf den Formmangel als unzulässige Rechtsausübung ansieht.

Unbedenklich ist ein Hinwegsetzen über den Formmangel z.B. dann, wenn auf der Seite dessen, der der Geltendmachung der Formnichtigkeit entgegentritt, ein Irrtum über die rechtliche Notwendigkeit der Form vorgelegen hat und dieser Irrtum vom

<sup>83</sup> Zur Einordnung und Bewertung der Rechtsprechung siehe u.a. CANARIS, S. 305 ff. und STAUDINGER/HERTEL, § 125 Rn. 110.

<sup>84</sup> Vgl. MÜNCHKOMM/EINSELE, § 125 Rn. 62)

<sup>85</sup> So BGHZ 121, 224, 233; BGH NJW 1996, 1467, 1469.

<sup>86</sup> BGH NJW 1996, 1467, 1469.; BGH NJW 1998, [2350 f](#)

<sup>87</sup> BGH NJW 2005, [844 ff.](#); BGH NJW 1998, [2350 f](#).

<sup>88</sup> Rn. 872.

<sup>89</sup> So zutreffend FLUME, § 15 III 4.

Geschäftsgegner schuldhaft, mindestens fahrlässig verursacht worden ist.<sup>90</sup> Gleiches muss auch für den Fall gelten, dass derjenige, der sich nun auf den Formmangel beruft, zuvor eine Haltung eingenommen hat, "die mit einem früher von ihm betätigten Verhalten nach Treu und Glauben unvereinbar ist".<sup>91</sup>

In allen diesen Fällen wird der mit einem Formmangel behaftete Vertrag nicht dadurch unwirksam, dass der eine Partner gegen § 242 verstößt. Der Vertrag ist vielmehr gemäß § 125 nichtig. Allerdings kann der andere Beteiligte unter den oben genannten Voraussetzungen ausnahmsweise die Ansprüche geltend machen und durchsetzen, die ihm bei Wirksamkeit des Vertrages zustehen würden,<sup>92</sup> weil einem Berufen auf den Formmangel der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegengesetzt werden kann, insbesondere wenn ein Verstoß gegen das Verbot des "venire contra factum proprium" vorliegt.<sup>93</sup>

**Beispiel** (in Anlehnung an BGHZ 48, 396): Die Weststahl AG verkauft an Kurz in einem privatschriftlichen Vertrag ein Grundstück. Die Weststahl AG, ein bedeutendes wirtschaftliches Unternehmen, hat beim Abschluss des Vertrages den Käufer, einen früheren Angestellten, unter Einsatz des Gewichts und des Ansehens des Unternehmens sowie mit dem Hinweis, sie pflege privatschriftliche Verträge und notariell beurkundete als gleichwertig anzusehen, dazu veranlasst, auf eine notarielle Beurkundung des Kaufvertrages zu verzichten. Später beruft sich die Weststahl AG auf die Formnichtigkeit des Vertrages. Der BGH hat darin zu Recht eine unzulässige Rechtsausübung gesehen, weil derjenige, der sich nun auf den Formverstoß berufe, eine Haltung einnehme, "die mit einem früher von ihm betätigten Verhalten nach Treu und Glauben unvereinbar ist" (BGHZ 48, 396, 399).

Bei eingehender Betrachtung handelt es sich hier um einen Fall, in dem die Weststahl AG gegen das Verbot des "venire contra factum proprium" verstoßen hat.

Wichtige Entscheidungen:

BGHZ 47, [68 ff.](#)

BGHZ 104, 18, [22 f.](#)

BGHZ 138, 339, [348](#)

<sup>90</sup> So zutreffend RGZ 117, 121, [124](#).

<sup>91</sup> So BGHZ 48, 396, [399](#).

<sup>92</sup> Vgl. BGHZ 85, 315, [318](#).

<sup>93</sup> Vgl. zu letzterem SOERGEL/HEFERMEHL, § 125 Rn. 44.

## § 13 Die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften

**Schrifttum:** Armbrüster, Verbotsnichtigkeit von Kaufverträgen über abgasmanipulierte Fahrzeuge, NJW 2018, [3481 ff.](#); DASTIS, ebay-»Schnäppchen« – sittenwidrig und rechtsmissbräuchlich?, JURA 2015, 376; J. GRÜNBERGER, Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und zur Änderung anderer Gesetze, NJW 1995, 14 ff.; HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999 (zit.: Hesse); H. HONSELL, Die zivilrechtliche Sanktion der Sittenwidrigkeit, JA 1986, 573 ff.; derselbe, Bürgschaft und Mithaftung einkommens- und vermögensloser Familienmitglieder, NJW 1994, 565 ff.; KÖHLER, Einschränkungen der Nichtigkeit von Rechtsgeschäften, JuS 2010, 665.; Majer, Sittenwidrigkeit und das Prostitutionsgesetz bei Vermarktung und Vermittlung, NJW 2008, [1926](#); MAYER-MALY, Die guten Sitten als Maßstab des Rechts, JuS 1986, 596 ff.; derselbe, Was leisten die guten Sitten, AcP 194 [1994], 105 ff.; OTTE, Die Nichtigkeit letztwilliger Verfügungen wegen Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit, JA 1985, 192 ff.; PETER, Probleme bei der Behandlung und Rückabwicklung wegen Verstoßes gegen § 134 BGB nichtiger Dienst- und Werkverträge, JA 2014, 248, 333; U. PREIS, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, 1993, S. 249 f.; REIFNER, Die Mithaftung der Ehefrau in Bankkredit, Bürgschaft und Gesamtschuld im Kreditsicherungsrecht, ZIP 1990, 427 ff.; REUTER, Wirtschaftsethische Einflüsse auf die Auslegung wirtschaftsrechtlicher Generalklauseln, ZGR 1987, 489 ff.; SACK, Das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden und die Moral als Bestimmungsfaktoren der guten Sitten, NJW 1985, 761 ff.; SCHREIBER, Veräußerungsverbote, JURA 2008, 261; Ulrici, Verbotsgesetz und zwingendes Gesetz, JuS 2005, [1073](#); Zöllner, Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht, AcP 196 [1996], 1 ff.

### I. Einführung

Die Rechtsordnung stellt an das Zustandekommen von Rechtsgeschäften, insbesondere von Verträgen, bestimmte Anforderungen. Wird eine dieser Anforderungen nicht erfüllt, ist das angestrebte Rechtsgeschäft in der Regel entweder nichtig, schwebend unwirksam oder anfechtbar.

Ist ein Rechtsgeschäft *schwebend unwirksam*, wie z.B. gemäß § 177, so bedeutet dies: Das Rechtsgeschäft ist noch nicht wirksam; es kann durch die Genehmigung desjenigen, der sie erteilen kann, wirksam werden. Wird die Genehmigung verweigert, ist das Rechtsgeschäft nichtig.

Die *Anfechtung* eines Rechtsgeschäfts, wie z.B. wegen arglistiger Täuschung gemäß § 123 Abs. 1, bedeutet: Der Anfechtungsberechtigte kann durch eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung seine anfechtbar abgegebene Willenserklärung mit rückwirkender Kraft vernichten. Die wirksam angefochtene Willenserklärung ist von Anfang an (ex tunc) nichtig (§ 142). Die Anfechtung ist eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass Verträge eingehalten werden müssen (pacta sunt servanda). Die (vergleichsweise wenigen) im Gesetz geregelten Anfechtungstatbestände sind daher abschließend.

Ist ein Rechtsgeschäft *nichtig*, dann treten die mit dem Rechtsgeschäft angestrebten Folgen nicht ein; das Rechtsgeschäft ist dauernd unwirksam. Das angestrebte oder nichtige Rechtsgeschäft ist allerdings kein reines Nullum, denn es existiert ein äußerer

Tatbestand.<sup>94</sup> Dieser vermag aber nicht diejenigen Wirkungen herbeizuführen, die seine Verursacher beabsichtigten.

Die wichtigsten Gründe dafür, dass ein Rechtsgeschäft von Anfang an (ganz oder teilweise, vgl. § 139; s. dazu auch unten III 1 b) nichtig ist, sind:

- a) die Geschäftsunfähigkeit desjenigen, der eine Willenserklärung abgegeben hat (§§ 104, 105; vgl. oben),
- b) der Verstoß gegen eine gesetzlich vorgeschriebene oder vereinbarte Form (§ 125; vgl. oben ff.),
- c) der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134; vgl. im Folgenden II.),
- d) die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts (§ 138; vgl. unten ff.).
- e) Verstöße gegen Vorschriften der §§ 307 ff., wie z.B. die Klauselverbote der §§ 308 und 309 sowie die Generalklausel des § 307. Allerdings werden nur diejenigen Klauseln von der Nichtigkeitsfolge erfasst, die gegen diese Vorschriften verstoßen. Der Rest des Vertrages bleibt – anders als nach der Grundregel des § 139 BGB – gemäß § 306 Abs. 1 bestehen.

## **II. Der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134)**

### **1. Die gesetzliche Regelung**

Die vertragsschließenden Parteien genießen nach dem Prinzip der Privatautonomie weitgehende Freiheit, den Inhalt der Verträge zu gestalten. Diese Freiheit wird allerdings u.a. durch § 134 begrenzt.

Die Rechtsordnung versucht, die Vornahme bestimmter Rechtsgeschäfte ihres besonderen Inhalts wegen zu verhindern. Sie definiert diese missbilligten Geschäfte in den Gesetzen und bestimmt, dass sie, falls sie vorgenommen werden, nichtig sind. Tatbestandsvoraussetzung von § 134 ist also das Vorliegen eines Verbotsgesetzes. Um ein Verbotsgesetz handelt es sich, wenn ein Rechtsgeschäft seines Inhalts wegen unterbunden werden soll.<sup>95</sup>

Wenn ein Rechtsgeschäft gegen ein im Gesetz ausgesprochenes Verbot verstößt, ist es damit nicht automatisch nichtig. Gemäß § 134 soll die Nichtigkeitsfolge vielmehr nur eintreten, "wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt". Dieser Formulierung ist zu entnehmen: § 134 führt nicht schlechthin zur Nichtigkeit des angestrebten Rechtsgeschäfts, sondern stellt nur eine *Auslegungsregel* auf. Nach der Rechtsprechung des BGH<sup>96</sup> bleibt in jedem Fall zu prüfen, ob das Verbotsgesetz nach seinem Sinn und Zweck die endgültige Unwirksamkeit (Nichtigkeit) des verbotenen Geschäfts erfordert. Man kann dem Gesetzeswortlaut des § 134 sogar entnehmen, dass andere Rechtsfolgen als die der Nichtigkeit vorgehen sollen (Subsidiarität der Nichtigkeit).<sup>97</sup>

<sup>94</sup> Vgl. HÜBNER, Rn. 929.

<sup>95</sup> Vgl. STAUDINGER/FISCHINGER/HENGSTBERGER, § 134 Rn. 1.

<sup>96</sup> BGHZ 45, 322, [326](#).

<sup>97</sup> So STAUDINGER/FISCHINGER/HENGSTBERGER, § 134, Rn. 4, [57 ff.](#)

## 2. Verbotsgesetze im Sinne des § 134

Verbotsgesetze i.S. des § 134 finden sich im Zivilrecht und im öffentlichen Recht einschließlich des Strafrechts. Als Verbotsgesetze kommen in erster Linie die Straftatbestände des StGB in Betracht. Strafvorschriften sind zwar nicht ausnahmslos, aber im Zweifel Verbotsgesetze im Sinne des § 134. Maßgebend für die Annahme des Verbotsscharakters sind in jedem Fall Sinn und Zweck des Gesetzes.<sup>98</sup>

Durchweg handelt es sich bei den in Betracht zu ziehenden Vorschriften des BGB um solche, die die rechtsgeschäftliche Gestaltungsfreiheit einschränken. Viele solcher Normen ordnen die Nichtigkeit oder Unwirksamkeit eines entgegenstehenden Rechtsgeschäftes ausdrücklich an. Dazu zählen z.B. §§ 925 Abs. 2, 1136 und 1229. Andere Vorschriften, wie z.B. § 276 Abs. 3 und § 1111 gebrauchen lediglich die Wendung "kann nicht" oder "kann nur". Verstöße dagegen führen ebenfalls zur Nichtigkeit.

Zivilrechtliche Verbotsgesetze außerhalb des BGB finden sich vor allem im Gesellschaftsrecht und im Wettbewerbsrecht. Verbotsgesetze sind z.B. § 136 Abs. 1 AktG und § 47 Abs. 4 GmbHG (Verbot der Stimmabgabe in eigener Sache).<sup>99</sup>

Ein Verbotsgesetz im Sinne von § 134 ist auch § 16 Abs. 2 UWG.<sup>100</sup> Diese Vorschrift ist als Straftatbestand formuliert und lautet:

Entsprechende Vereinbarungen zwischen einem Veranstalter und dem Kunden sowie zwischen diesem und weiteren Kunden sind nach § 134 (und auch nach § 138) nichtig.<sup>101</sup>

Es existiert auch eine Reihe von arbeitsrechtlichen Verbotsgesetzen, wie z.B. die in § 613 a für den Fall des Betriebsübergangs aufgestellten Verbote, insbesondere die Kündigungsverbote (vgl. BAG DB 1985, 1842, 1844) sowie Vorschriften des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit.<sup>102</sup>

Ein weiteres Verbotsgesetz im Sinne von § 134 ist § 299 StGB.<sup>103</sup> Diese Vorschrift lautet: "Wer als Angestellter oder Beauftragter eines geschäftlichen Betriebes im geschäftlichen Verkehr einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er einen anderen bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen in unlauterer Weise bevorzuge, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Ebenso wird bestraft, wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs einem Angestellten oder Beauftragten eines geschäftlichen Betriebes einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er ihn oder einen anderen bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen in unlauterer Weise bevorzuge."

<sup>98</sup> So BGHZ 115, 123, [125](#).

<sup>99</sup> Vgl. GRÜNEBERG/ELLENBERGER, § 134 Rn. 14.

<sup>100</sup> Vgl. BORNKAMM, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 16 Rn. 51.

<sup>101</sup> BORNKAMM, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 16 Rn. 51 unter Verweis auf u. a. BGH, 22.05.1978 – III ZR 153/76, BGHZ 71, 358, [366](#) – Golden Product.

<sup>102</sup> So BGHZ 85, [39](#).

<sup>103</sup> MünchKomm/ARMBRÜSTER, BGB § 134 Rn. 61.

**Beispiel:** Ein zwischen dem bei der Drogerie M tätigen Angestellten A und dem Seifenhersteller K abgeschlossener Vertrag, in dem A als Gegenleistung für den Einkauf größerer Mengen Seifen bei K für ein Jahr ein monatlicher "Gehaltszuschuss" von € 175,— versprochen wird, ist wegen Verstoßes gegen § 299 StGB gemäß § 134 nichtig.

Gestritten wird darüber, ob und gegebenenfalls welche Grundrechtsartikel des Grundgesetzes Verbotsgesetze im Sinne von § 134 darstellen können. Unbestritten ist, dass die Grundrechte über den Schutz des Einzelnen gegen hoheitliche Eingriffe hinausgehen und das Grundgesetz in den Grundrechten eine objektive Werteordnung enthält, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten muss und auch das bürgerliche Recht beeinflusst.<sup>104</sup>

Im rechtsgeschäftlichen Bereich wird den Grundrechtsartikeln vor allem auf dem Wege über die Generalklauseln der §§ 138, 242 und 249 Rechnung getragen.<sup>105</sup> Rechtsprechung und Literatur haben – wenn auch behutsam – bereits anerkannt, dass einige der bedeutsamsten Grundrechte "für das rechtsgeschäftliche Handeln der Staatsbürger untereinander unmittelbar wirksame Verbotsschranken darstellen"; dagegen verstoßende Rechtsgeschäfte sollen gemäß § 134 nichtig sein.<sup>106</sup> So hatte es der BGH<sup>107</sup> z.B. für möglich gehalten, dass ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz gemäß § 134 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG zur Nichtigkeit einer vertraglichen Vereinbarung führen kann. So ist beispielsweise eine Konto-Kündigung einer politischen Partei (nicht verboten) nichtig, die mit der Begründung erfolgt, diese habe eine verfassungsfeindliche Zielsetzung.<sup>108</sup> Mit der Einführung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes wurde der Gleichbehandlungsgrundsatz im privaten Bereich konkretisiert.

### 3. Die Folgen eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot

Wie oben (vgl. oben f.) bereits dargestellt, folgt aus dem Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot i.S. des § 134 nicht automatisch die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts. Die Frage, ob der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot gemäß § 134 zur Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts führt, ist nach Sinn und Zweck der einzelnen Verbotsvorschriften zu entscheiden.<sup>109</sup> Schon aus den Motiven zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches (Band I, § 105) geht hervor, dass Verträge in solchen Fällen in der Regel nicht ungültig sein sollen, in denen das Verbot nur einen Vertragsbeteiligten trifft.<sup>110</sup>

Richtet sich ein gesetzliches Verbot an beide Geschäftspartner, so ist das Rechtsgeschäft also in der Regel nichtig. Richtet sich das Verbot hingegen lediglich gegen einen der beiden Geschäftspartner, so ist das Geschäft in der Regel nicht wegen Gesetzesverstoßes nichtig.<sup>111</sup>

<sup>104</sup> BVerfGE 7, 198, [205](#) und BVerfGE 73, 261, [269](#); dazu SOERGEL/HEFERMEHL, § 134 Rn. 7.

<sup>105</sup> Vgl. STAUDINGER/FISCHINGER/HENGSTBERGER, § 134 Rn. [41](#), [241 ff.](#)

<sup>106</sup> So SOERGEL/HEFERMEHL, § 134 Rn. 7 mit ausführlichen Hinweisen.

<sup>107</sup> BGHZ 65, 284, 287.

<sup>108</sup> BGH NJW 2003, 1658, [1659](#); MünchKomm/ARMBRÜSTER, BGB § 134 Rn. [45](#).

<sup>109</sup> Vgl. BGHZ 93, 264, [267](#) mit Nachw.

<sup>110</sup> Vgl. dazu BGHZ 46, 24, [26](#).

<sup>111</sup> Vgl. BGHZ 71, 358, [360](#); 46, 24, [26](#).



Nach der Rechtsprechung des BGH<sup>112</sup> ist die Frage, ob der in einem Rechtsgeschäft liegende Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot nach § 134 zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts führt, wenn eine ausdrückliche Regelung fehlt, nach Sinn und Zweck der jeweiligen Verbotsvorschrift zu beantworten. Entscheidend soll sein, ob das Gesetz sich nicht nur gegen den Abschluss des Rechtsgeschäfts wendet, sondern auch gegen den privatwirtschaftlichen Erfolg. Der Umstand, dass eine Handlung unter Strafe gestellt oder als Ordnungswidrigkeit mit einer Buße bedroht ist, kann dabei nicht unabweislich die Nichtigkeit des bürgerlich-rechtlichen Geschäfts bewirken; vielmehr sind für jede einzelne Vorschrift Normrichtung und Normzweck zu ermitteln und zu werten.<sup>113</sup>

Nach Auffassung des BGH<sup>114</sup> sind Verträge, durch deren Abschluss beide Vertragspartner ein gesetzliches Verbot verletzen, im allgemeinen nichtig; eine für alle Beteiligten geltende Straf- oder Bußgeldandrohung soll einen gewichtigen Hinweis darauf geben, dass die Rechtsordnung einem das Verbot missachtenden Vertrag die Wirksamkeit versagen will.<sup>115</sup> Betrifft das Verbot hingegen nur eine der vertragsschließenden Parteien, so soll ein Vertrag in der Regel wirksam sein.<sup>116</sup> Ausnahmsweise soll nach Ansicht des BGH<sup>117</sup> ein Rechtsgeschäft auch dann als nichtig angesehen werden, wenn sich das Verbot nur gegen einen der Vertragspartner richtet. Das soll dann der Fall sein, wenn es " mit dem Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes unvereinbar wäre, die durch das Rechtsgeschäft getroffene rechtliche Regelung hinzunehmen und bestehen zu lassen."

Ein Beispiel dafür, dass in den gesetzlichen Vorschriften häufig eine ausdrückliche Bestimmung darüber fehlt, ob ein Verstoß gegen das Verbot zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts führen soll, war das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit vom 30.3.1957 (BGBl. I, S. 315) in der Fassung vom 6.2.1995 (BGBl. I, S. 165),<sup>118</sup> das kein ausdrückliches Verbot der Schwarzarbeit enthielt. Wurden Rechtsgeschäfte abgeschlossen, die gegen dieses Verbot verstoßen haben, war bei der Prüfung der Frage, ob solche Rechtsgeschäfte nichtig sind, darauf abzustellen, ob es mit Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes unvereinbar wäre, die durch das Rechtsgeschäft getroffene rechtliche Regelung hinzunehmen und bestehen zu lassen.<sup>119</sup>

Inzwischen sieht der Wortlaut des Gesetzes ein eindeutiges Verbot vor. In einer späteren Entscheidung stellt der BGH erneut den Sinn und Zweck des Schwarzarbeitsgesetzes klar: Ziel des Gesetzes sei es, „die Schwarzarbeit schlechthin zu verbieten und den Leistungsaustausch zwischen den „Vertragspartnern“ zu verhindern“. Es wolle „...nicht nur den tatsächlichen Vorgang der Schwarzarbeit eindämmen, sondern im Interesse der wirtschaftlichen Ordnung den zugrunde liegenden Rechtsgeschäften die rechtliche Wirkung nehmen.“ Dies gelte für sowohl von Anfang in der Form vereinbarte Verträge als auch für Verträge, die im Nachhinein abgeändert worden sind. Dass

<sup>112</sup> BGHZ 93, 264, [267](#); 118, 142, [144 f.](#)

<sup>113</sup> Vgl. BGHZ 118, 142, [144 f.](#)

<sup>114</sup> Vgl. BGHZ 118, 142, [145](#).

<sup>115</sup> Vgl. auch BGHZ 115, 123, [125](#).

<sup>116</sup> BGHZ 46, 26; 78, [271](#); 89, 373; BGH NJW 2000, [1186](#).

<sup>117</sup> Vgl. BGHZ 118, 142, [145](#).

<sup>118</sup> Insgesamt dazu vgl. GRÜNBERGER, NJW 1995, 14 ff.

<sup>119</sup> So BGHZ 85, 39, [43](#) mit weiteren Nachweisen.



nicht auch der ursprünglich wirksame Geschäft, sondern nur die Änderungsvereinbarung, die den Teil des Geschäfts, welches gegen § 134 verstoße, beinhalte, unwirksam sei, könne nicht überzeugen, da „...diese – isoliert betrachtet – nicht die Voraussetzungen einer Schwarzarbeit nach § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG erfüllt und deshalb auch nicht iVm § 134 BGB nichtig ist. § 1 II SchwarzArbG setzt die Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen voraus. Die inkriminierte Änderungsvereinbarung betrifft jedoch nur die Umstände der Zahlung (keine Rechnung, keine Umsatzsteuer, Barzahlung) verbunden mit einer Verringerung des Entgelts. Erst die Verknüpfung mit der zu erbringenden Dienst- oder Werkleistung macht den Vorgang zur Schwarzarbeit. Gerade deshalb hat die Schaffung des Schwarzarbeitstatbestands des § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG umgekehrt dazu geführt, dass die Verstöße gegen steuerrechtliche Pflichten bereits ohne Weiteres zur Nichtigkeit des gesamten zugrunde liegenden Werkvertrags führen.“<sup>120</sup>

Ein Beispiel dafür, dass ein Verbot sich an nur einen Vertragspartner richtet und der Vertrag deshalb wirksam bleibt, ist der Verstoß gegen § 3 Abs. 2 S. 1 des Tarifvertrags für den Öffentlichen Dienst (TVöD), wonach der Angestellte Belohnungen und Geschenke in Bezug auf seine dienstliche Tätigkeit nur mit Zustimmung des Arbeitgebers annehmen darf. Nach Ansicht des BGH<sup>121</sup> richtet sich dieses Verbot einseitig an den tarifvertraglich gebundenen Angestellten, der eine Zustimmung des Arbeitgebers zur Annahme der Schenkung bzw. der Belohnung nicht eingeholt hat. Nur unter besonderen Umständen findet das Verhalten des Zuwendenden eine rechtliche Missbilligung (§§ 333 ff. StGB). Der bloße Verstoß gegen § 3 Abs. 2 S. 1 TVöD erfordert dagegen nicht die Unwirksamkeit des Zuwendungsgeschäfts. Es greift daher nicht die in § 134 BGB vorgesehene Rechtsfolge, d.h. die Schenkung und das Vollzugsgeschäft sind wirksam.

**Fall:** B aus Augsburg beschließt mit einigen Freunden, ein Gelage zu veranstalten. Da es bereits 21.00 Uhr ist, klingelt er bei dem ihm bekannten Lebensmittelhändler L. Auf Drängen des B verkauft L ihm verschiedene Lebensmittel aus seinem Geschäft, die B auch gleich mitnimmt, aber mangels Kleingeldes noch nicht bezahlt. Kann L, als B sich später auf das Gesetz über den Ladenschluss beruft, Bezahlung der Lebensmittel verlangen?

**Anmerkung:** § 3 des Gesetzes über den Ladenschluss, das nur noch in Bayern gilt lautet: "Verkaufsstellen müssen zu folgenden Zeiten für den geschäftlichen Verkehr mit Kunden geschlossen sein: ... 2. montags bis samstags bis 6 Uhr und ab 20 Uhr..."

### Aufgabe 3:

Beantworten Sie diese Frage bitte in einem schriftlichen Gutachten und vergleichen Sie anschließend Ihre Ausführungen mit der Lösung am Ende dieser Kurseinheit!

<sup>120</sup> BGH NJW 2017, 1808, [1809 f.](#)

<sup>121</sup> Vgl. BGH NJW 2000, [1186 ff.](#)

#### 4. Umgehungsgeschäfte

Es kommt häufig vor, dass einer oder beide Vertragsschließende erkennen, dass der Vertrag, den sie abschließen möchten, gegen ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 verstoßen würde. In der Absicht, die Nichtigkeitsfolge auszuschließen, vereinbaren sie anstelle des vom Gesetz verbotenen Rechtsgeschäfts ein anderes, mit dem der im Wesentlichen gleiche wirtschaftliche Erfolg erreicht wird, ohne dass die Tatbestandsmerkmale der umgangenen gesetzlichen Vorschriften vorliegen.<sup>122</sup>

Wenn das Verbotsgesetz lediglich die Vornahme eines Geschäfts bestimmter Art, nicht aber den rechtlichen oder wirtschaftlichen Erfolg verhindern will, ist das diesen Erfolg in zulässiger Weise herbeiführende Geschäft wirksam.<sup>123</sup> Soll mit dem Verbotsgesetz allerdings der mit dem Rechtsgeschäft bezweckte rechtliche oder wirtschaftliche Erfolg schlechthin verhindert werden, ist § 134 auch auf das andere Rechtsgeschäft anzuwenden, gleichgültig, welche rechtsgeschäftliche Gestaltung funktionswidrig zur Erreichung des verbotenen Erfolgs benutzt wird.<sup>124</sup> Das gilt auch dann, wenn eine Umgehungsabsicht nicht einmal vorliegt.<sup>125</sup>

**Beispiel** (in Anlehnung an OLG Hamburg, MDR 1975, 141): Nachdem die Bundesprüfstelle wegen Verstoßes gegen das Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften (GJS) pornographische Presseerzeugnisse des X-Verlages wiederholt indiziert hatte, gründeten die Inhaber des X-Verlages die so genannte Deutsche Sex-Partei und den Deutschen Sex-Partei-Verlag. Auf diese Weise sollte es ermöglicht werden, dass pornographische Verlagsprodukte zu politischen Zeitungen und zu Zeitschriften wurden, die nicht indizierbar sind. In der Gründung der Partei und des dazugehörigen Verlages sind Rechtsgeschäfte zu sehen, die auf die Umgehung des Gesetzes über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften (= Verbotsgesetz im Sinne des § 134) abzielen. Da der mit den Rechtsgeschäften bezweckte rechtliche und wirtschaftliche Erfolg durch das GJS schlechthin verhindert werden sollte, waren die Rechtsgeschäfte als nichtig anzusehen.

### III. Sittenwidrige Geschäfte (§ 138)

Zu den wichtigsten Vorschriften, die der Privatautonomie, insbesondere in Gestalt der Vertragsfreiheit, Grenzen setzen, gehört § 138.

Der Hauptzweck des § 138 wird darin gesehen, "die Geltung von Rechtsgeschäften zu verhindern, die für eine Rechtsgemeinschaft unerträglich sind, weil sie von ihren ethischen Grundlagen abweichen".<sup>126</sup> Wenn die in einer Rechtsordnung vorhandenen Grundwerte verteidigt werden sollen, ist eine Vorschrift wie die des § 138 zweckmäßig.<sup>127</sup>

<sup>122</sup> BeckOGK/HAGER, BGB 134 Rn. 74 ff.

<sup>123</sup> So schon RGZ 125, 209, 212; dazu GRÜNEBERG/ELLENBERGER, § 134 Rn. 28.

<sup>124</sup> BGHZ 34, 200, 205; BGH LM Nr. 19 zu § 134.

<sup>125</sup> BeckOGK/HAGER, BGB 134 Rn. 74 ff.

<sup>126</sup> MünchKomm/ARMBRÜSTER, BGB § 138 Rn. 1.

<sup>127</sup> MünchKomm/ARMBRÜSTER, BGB § 138 Rn. 1.

## 1. Die Generalklausel des § 138 Abs. 1

### a) Generalklauseln und die Wandlung von Inhaltsbestimmungen

§ 138 Abs. 1 enthält eine Generalklausel. Das BGB definiert nicht, was "**gegen die guten Sitten verstößt**".

Wenn in ein Gesetz Generalklauseln aufgenommen worden sind, hat der Gesetzgeber entweder ganz auf die Fixierung von Einzeltatbeständen verzichtet, oder er hat *neben* geregelten Einzeltatbeständen allgemeine Richtlinien aufgestellt, anhand derer der Richter im Streitfall den Tatbestand einer Norm erst zu konkretisieren hat. Es gehört zu den Aufgaben der Gerichte, unter Beachtung von Sinn und Zweck des Gesetzes die Generalklauseln auszufüllen. Die Konkretisierung des Rechtsgehaltes des § 138 Abs. 1 nach Maßgabe der Sozialgeltung sittlicher Regeln schließt es allerdings aus, dass der jeweils entscheidende Richter seine persönlichen Anschauungen zum Maßstab der Rechtsmoral erheben kann.<sup>128</sup> Deshalb ist immer dann, wenn Generalklauseln angewandt werden müssen, ein gewisses Maß an Rechtsunsicherheit vorhanden. Generalklauseln geben, wie insbesondere die Zeit der NS-Diktatur gezeigt hat, auch die Gelegenheit zum Missbrauch. Nach der nationalsozialistischen Rechtstheorie und Rechtspraxis dienten Generalklauseln, wie sie in §§ 138 und 242 enthalten sind, dem Zweck, das bürgerliche Recht im Sinne der nationalsozialistischen Weltanschauung zu verändern.<sup>129</sup>

Andererseits haben Generalklauseln den Vorteil, dass ein vor langer Zeit erlassenes Gesetz anpassungsfähig bleibt, wenn moderne Entwicklungen bei der Rechtsfindung berücksichtigt werden. Hätte das BGB zu definieren versucht, was "sittenwidrig" ist, so hätten es die Rechtsanwendenden heute - vorausgesetzt, das BGB wäre in diesem Punkte nicht geändert worden - mit einem Begriff der Sittenwidrigkeit zu tun, der den Vorstellungen des ausgehenden 19. Jahrhunderts entspricht, in der das BGB geschaffen wurde.

Da die Auffassung von Moral und Sitte wie auch andere Grundwertungen sich im Laufe vieler Jahre verändert haben, konnten Rechtswissenschaft und Rechtsprechung diese Wandlungen - wenn auch behutsam - berücksichtigen. Wie die ordentlichen Gerichte sich ihre Überzeugung von der Sittenwidrigkeit bilden, welche Erkenntnisquellen sie dabei benutzen, muss ihnen grundsätzlich überlassen bleiben. Sie haben auch darüber zu befinden, wann ein *Wandel der für § 138 Abs. 1 maßgebenden Wertanschauungen* erfolgt ist.<sup>130</sup>

Nach herrschender Meinung<sup>131</sup> verweisen die Sittenwidrigkeitsklauseln des BGB auf die Gebote der Ethik, Moral und Sittlichkeit. Demnach setzt ein Verstoß gegen die guten Sitten ein unsittliches oder unmoralisches Verhalten, also einen Verstoß gegen ethisch fundierte Verhaltensnormen voraus. Dabei ist abzustellen auf die in der staatlichen Gemeinschaft anerkannten moralischen Anschauungen. Inhaltlich bestimmt wird der Begriff der guten Sitten letztlich durch die herrschende Rechts- und Sozial-

<sup>128</sup> Vgl. STAUDINGER/FISCHINGER/RIEBLE, § 138 Rn. 16.

<sup>129</sup> So RG, JW 1943, 610.

<sup>130</sup> So BVerfG WM 1984, 985.

<sup>131</sup> Vgl. SACK, NJW 1985, 761, 765 mit Nachw.

moral.<sup>132</sup> Dabei ist insbesondere das im Grundgesetz verkörperte Wertesystem zu berücksichtigen, das über § 138 Abs. 1 in das Privatrecht einwirkt.<sup>133</sup>

## **b) Anwendungsbereich und Rechtsfolge**

### **(a) Der Anwendungsbereich**

Der Anwendungsbereich des § 138 ist breit. Er beschränkt sich nicht auf den Bereich des bürgerlichen Rechts. § 138 ist z.B. auch anwendbar auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts.<sup>134</sup> Auch auf öffentlich-rechtliche Verträge kann § 138 Anwendung finden.<sup>135</sup>

### **(b) Die Rechtsfolge**

Verstößt ein Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten, so ist es gemäß § 138 nichtig. Grundsätzlich erfasst die Nichtigkeit das gesamte Rechtsgeschäft.

Ob dann, wenn lediglich ein Teil eines gesamten Rechtsgeschäfts nichtig ist, ausnahmsweise nur dieser Teil oder aber das Rechtsgeschäft in seiner Gesamtheit nichtig ist, muss nach § 139 entschieden werden.

**Beispiel** (nach OLG Celle, NJW 1959, 1971): G verpachtet ein kleines Lebensmittelgeschäft an P. Enthält der Pachtvertrag u.a. eine Klausel, die besagt, dass nach Beendigung des Pachtverhältnisses P im Umkreis von 100 km kein anderes Lebensmittelgeschäft betreiben darf, so ist die Klausel gemäß § 138 Abs. 1 nichtig, denn sie schränkt die wirtschaftliche Freiheit des P in sittlich zu missbilligender Weise ein. Hier kann der restliche Pachtvertrag - dem ein Sittenverstoß nicht vorzuwerfen ist - über § 139 aufrechterhalten werden, wenn die Voraussetzungen des § 139 vorliegen.

**Beispiel:** Verkauft jemand einem anderen unter Ausnutzung von dessen Unerfahrenheit ein Kraftfahrzeug zu einem stark überhöhten Preis, so ist der Vertrag gemäß § 138 ohne weiteres nichtig. Der Vertrag kann nicht etwa dergestalt teilweise gemäß § 139 aufrechterhalten werden, dass der Kaufpreis auf einen noch zulässigen Betrag "reduziert" wird. Ansonsten könnte der Verkäufer ohne Bedenken und Risiken jeweils überhöhte Preise vereinbaren, ohne Konsequenzen fürchten zu müssen, denn ein "angemessener" Kaufpreis würde ihm jedenfalls zugesprochen. In diesem Beispiel bleibt es vielmehr bei dem Grundsatz, dass bei einem Verstoß gegen § 138 die Nichtigkeit das gesamte Rechtsgeschäft erfasst. Eine Herauslösung der sittenwidrigen Abrede, wie das im vorangegangenen Beispiel möglich war, kommt hier nicht in Betracht.

Ergänzt wird § 138 durch § 826: Wer vorsätzlich einem anderen durch eine sittenwidrige Handlung Schaden zufügt, ist zum Ersatz dieses Schadens verpflichtet.

<sup>132</sup> So OLG Hamm NJW 1986, 781, [782](#).

<sup>133</sup> So BVerfGE 7, 198, [206](#); BGHZ 70, 313, [324](#); vgl. dazu unten f.

<sup>134</sup> Vgl. BeckOK/WENDTLAND, BGB § 138 Rn. [3](#).

<sup>135</sup> Vgl. BeckOK/WENDTLAND, BGB § 138 Rn. [3](#).

## 2. Die Bestimmung der Sittenwidrigkeit eines Geschäfts

### a) Die Definition der Sittenwidrigkeit

Der Generalklausel des § 138 Abs. 1 lässt sich nicht entnehmen, was unter "guten Sitten" oder "Sittenwidrigkeit" zu verstehen ist. Die guten Sitten sind ein unbestimmter, der Konkretisierung bedürftiger und fähiger Rechtsbegriff.<sup>136</sup> Rechtswissenschaftliche Literatur und Rechtsprechung haben stets große Mühe gehabt, diese Konkretisierung vorzunehmen, zumal die Auffassung über das, was "gute Sitten" sind, im Laufe der Zeit nicht unverändert geblieben ist.<sup>137</sup>

Das Reichsgericht hat die Formel entwickelt und sich auch - mit Modifizierungen - daran gehalten, dass bei dem, was in § 138 Abs. 1 gemeint sei, es sich um das in der Übung zutage tretende sittliche Empfinden, um das "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" handle.<sup>138</sup> Dem hat sich zunächst auch der BGH angeschlossen und festgestellt, es seien "stets die besonderen Umstände des einzelnen Falles darauf zu prüfen, ob der Vertrag mit dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden übereinstimmt".<sup>139</sup> Diese Formel ist mit Recht auf Kritik gestoßen, weil sie keine brauchbare Definition der guten Sitten enthält, sondern lediglich die Definitionsebene verschiebt. Definiert werden muss nun nämlich - folgt man Reichsgericht und BGH -, wer eigentlich die "billig und gerecht Denkenden" sind.<sup>140</sup> Immerhin hat der BGH aber schon versucht zu bestimmen, wer billig und gerecht denkt, und dazu ausgeführt: "Dabei sind vor allem die Anschauungen der in Betracht kommenden beteiligten Kreise, hier der ehrbaren Kaufmannschaft, zu berücksichtigen, wobei das Durchschnittsmaß von Redlichkeit und Anstand zugrunde zu legen ist. Etwaige Missbräuche, die sich in bestimmten Kreisen gebildet haben, sind nicht zu beachten".<sup>141</sup>

Im Bewusstsein der Unzulänglichkeit der oben wiedergegebenen "einfachen" Formel hat der BGH später nach anderen Kriterien gesucht und, an die bisherige Definition anknüpfend, auf eine Gesamtwürdigung des Rechtsgeschäfts abgestellt: Ein Vertrag sei dann sittenwidrig, "wenn er nach dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden und nach seinem aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter den guten Sitten zuwiderläuft".<sup>142</sup>

Wie problematisch die Konkretisierung der guten Sitten sein kann, zeigt die Entscheidung BGHZ 34, 169, in der es um die Wirksamkeit eines Kaufvertrages zwischen deutschen Kaufleuten ging und der die Umgehung amerikanischer Embargo-Bestimmungen durch eine vereinbarte Täuschung amerikanischer Dienststellen zum Inhalt hatte. Hier wurde der Sittenverstoß u.a. mit der Verletzung der "Interessen des gesamten freiheitlichen Westens" begründet; die Embargo-Bestimmungen sollten der "Aufrechterhaltung des Friedens und der freiheitlichen Ordnung des Westens dienen".<sup>143</sup>

<sup>136</sup> Vgl. MünchKomm/ARMBRÜSTER, BGB § 138 Rn. 11 mit Hinweisen.

<sup>137</sup> Vgl. zu alledem MAYER-MALY, AcP 194 [1994], 105 ff.

<sup>138</sup> So RGZ 80, 219, 221; 120, 144, 148.

<sup>139</sup> BGHZ 10, 228, 232.

<sup>140</sup> Vgl. zur Kritik für viele: NEUNER, § 46, Rn. 8.

<sup>141</sup> BGHZ 10, 228, 232.

<sup>142</sup> BGHZ 34, 169, 176; ähnlich BGHZ 43, 46, 50.

<sup>143</sup> So BGHZ 34, 169, 177; kritisch dazu MünchKomm/ARMBRÜSTER, BGB § 138 Rn. 17.

Ein *Fluchthelfervertrag*, d.h. ein Vertrag, durch den sich jemand verpflichtete, dem anderen Vertragsteil für die so genannte Ausschleusung eines Einwohners der ehemaligen DDR ein Entgelt zu zahlen, verstößt nach Auffassung des BGH <sup>144</sup> nicht gegen die guten Sitten, weil der Flüchtende von der in Art. 11 GG allen Deutschen gewährleisteten Freizügigkeit Gebrauch machte; trotz der Verletzung von Gesetzen der ehemaligen DDR widerstreite die Verletzung dieser Bestimmungen nicht den "allgemein zu achtenden Interessen aller Völker". <sup>145</sup>

Die Inhaltsbestimmung des § 138 Abs. 1 durch die Rechtsprechung ist in der Literatur im Großen und Ganzen auf vorsichtige Zustimmung gestoßen. <sup>146</sup> Aus ihr lässt sich immerhin entnehmen, dass die Frage danach, ob ein Vertrag gemäß § 138 Abs. 1 nichtig ist, in der Regel aufgrund einer *umfassenden Gesamtwürdigung* und "unter Berücksichtigung aller Umstände, die ihn kennzeichnen, der objektiven Verhältnisse, unter denen er zustande gekommen ist, seiner Auswirkungen sowie der subjektiven Merkmale, wie dem verfolgten Zweck und dem zugrunde liegenden Beweggrund beurteilt werden [kann]". <sup>147</sup>

**Beispiel** (nach LG Bremen, MDR 1974, 134): Eine Vereinssatzung enthält u.a. folgende Bestimmungen:

"... Mitglieder können nur ausländische Arbeitnehmer sein ...; über die Aufnahme von Mitgliedern, die zu zahlenden Mitgliedsbeiträge und die Einberufung der zumindest alle 10 Jahre abzuhaltenden Mitgliederversammlung entscheidet allein der Vorstand ...; der Vorstand besteht aus einem auf Lebenszeit zu wählenden Mitglied."

Jede einzelne Bestimmung dieser Satzung stellt für sich allein noch keinen Verstoß gegen § 138 Abs. 1 dar, denn jede Bestimmung kann bei bestimmter Ausgestaltung eines Vereins durchaus seine sachliche Rechtfertigung haben und letztlich dem Interesse der einzelnen Mitglieder dienen. Im zu erörternden Fall führt aber die Gesamtwürdigung der Umstände zu einer Knebelung der Mitglieder und damit zu einem Verstoß gegen § 138 Abs. 1. Durch das Zusammenspiel der einzelnen Satzungsvorschriften werden die Mitglieder, die als Ausländer meist die deutsche Sprache nicht hinreichend beherrschen und daher geschäftlich ungewandt sind, dem Vorstand, bei dem diese Merkmale nicht gegeben sind, ausgeliefert.

Der Grundsatz, wonach sich ein Verstoß gegen § 138 Abs. 1 aufgrund einer umfassenden Gesamtwürdigung des Rechtsgeschäftes ergibt, schließt aber nicht aus, dass bereits *ein* Element eines Rechtsgeschäftes sittlich derart zu missbilligen ist, dass daraus allein sich schon ein Verstoß gegen § 138 Abs. 1 ergibt. <sup>148</sup>

<sup>144</sup> BGHZ 69, [295](#).

<sup>145</sup> BGHZ 69, 295, [298](#).

<sup>146</sup> Vgl. dazu u.a. MünchKomm/ARMBRÜSTER, BGB § 138 Rn. [27 ff.](#); BeckOGK/HAGER, BGB § 138 Rn. [87 ff.](#)

<sup>147</sup> BeckOGK/HAGER, BGB § 138 Rn. [87 ff.](#)

<sup>148</sup> FLUME, § 18, 2b und c.

**Beispiel:** Gewährt jemand einer ihm fremden Frau ein Darlehen, vereinbart aber gleichzeitig mit ihr, dass sie bei nicht rechtzeitiger Rückzahlung verpflichtet ist, sich seinen sexuellen Wünschen zu fügen, so ist der Vertrag schon allein aufgrund der letztgenannten Abrede sittenwidrig, selbst wenn alle anderen Umstände des Vertrages ansonsten nicht verwerflich sein sollten.

### b) Das Bewusstsein der Sittenwidrigkeit

Wenn Rechtsgeschäfte wegen ihres objektiven Inhalts gegen die guten Sitten verstoßen, so sind sie nichtig. Nach herrschender Meinung müssen die Beteiligten *nicht* das Bewusstsein gehabt haben, sittenwidrig oder verwerflich gehandelt zu haben.<sup>149</sup> Mit Recht wird darauf hingewiesen, dass dann, wenn man bei den Geschäftspartnern ein "Bewusstsein der Sittenwidrigkeit" fordern würde, diejenigen, deren Sittenauffassung weniger streng ist, gegenüber denjenigen bevorteilt würden, deren sittliche Vorstellungen strenger sind.<sup>150</sup>

Wenn auch nicht verlangt werden kann, dass die Geschäftspartner sich der Sittenwidrigkeit des Geschäfts bewusst sind, so kann ein Verstoß gegen die guten Sitten doch nur vorliegen, wenn die Beteiligten Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis von den Tatumständen haben, aus denen sich die Sittenwidrigkeit ergibt.<sup>151</sup>

Dem steht nicht entgegen, wenn es in BGHZ 32, 361, 366 heißt: "§ 138 BGB ist nur anwendbar, wenn die am Rechtsgeschäft Beteiligten auch subjektiv in zu missbilligender Gesinnung handeln, wenn ihnen ihre persönliche Einstellung zum sittlichen Vorwurf gemacht werden muss." In einer späteren Entscheidung hat der BGH<sup>152</sup> unter Hinweis auf die herrschende Auffassung in der Literatur noch einmal betont, dass Rechtsgeschäfte, die schon nach ihrem objektiven Inhalt sittlich-rechtlichen Grundsätzen widersprechen, ohne Rücksicht auf die Vorstellungen der das Rechtsgeschäft vornehmenden Personen nichtig sind. Es genügt, wenn beide Teile die die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände kennen; nicht erforderlich ist, dass sie selbst verwerflich gehandelt haben oder sich der Sittenwidrigkeit des Geschäfts bewusst waren.<sup>153</sup> Dabei ist zu berücksichtigen, dass in den Fällen, in denen ein Rechtsgeschäft schon seinem Inhalt nach rechtswidrig ist, die Parteien stets die Sittenwidrigkeit der begründenden Umstände kennen.<sup>154</sup>

### c) Die Drittwirkung der Grundrechte und § 138 Abs. 1

Nachdem das Bundesverfassungsgericht<sup>155</sup> festgestellt hat, dass der Grundrechtsabschnitt des Grundgesetzes ein Wertesystem enthalte, das auch das bürgerliche Recht insofern beeinflusse, als keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift im Widerspruch zu ihm stehen dürfe, sondern vielmehr in seinem Geiste ausgelegt werden müsse, geht die herrschende Lehre in der rechtswissenschaftlichen Literatur davon aus, dass gerade die Generalklauseln des BGB, zu denen § 138 Abs. 1 zählt, die Möglichkeit dazu bie-

<sup>149</sup> GRÜNEBERG/ELLENBERGER, § 138 Rn. 8; BeckOK/WENDTLAND, BGB § 138 Rn. 22; RÜTHERS/STADLER, § 26 Rn. 34.

<sup>150</sup> MEDICUS, AT, Rn. 689.

<sup>151</sup> MünchKomm/ARMBRÜSTER, BGB § 138 Rn. 48; BGHZ 94, 268, 272 f.

<sup>152</sup> BGHZ 94, 268, 272.

<sup>153</sup> Vgl. auch OLG Hamm NJW 1986, 781 f.

<sup>154</sup> So zutreffend BGHZ 94, 269, 273.

<sup>155</sup> BVerfGE 7, 198 und BVerfGE 73,



ten, dem Einfluss der Grundrechte auf das Privatrecht in der notwendigen Differenzierung gerecht zu werden.<sup>156</sup> Zutreffend ist § 138 Abs. 1 als eines der "privatrechtlichen Einfallstore der Grundrechte" bezeichnet worden.<sup>157</sup>

Der BGH<sup>158</sup> hat sich grundsätzlich zu dieser Auffassung bekannt und im Hinblick auf § 138 ausgeführt: "Für das Verständnis dessen, was heute unter "guten Sitten" im Sinne von § 138 Abs. 1 zu verstehen ist, hat allerdings die Wertordnung des Grundgesetzes, wie sie insbesondere auch in den Grundrechten niedergelegt ist, wesentliche Bedeutung".

Als Beispiel dafür, auf welche Art und Weise § 138 Abs. 1 als "privatrechtliches Einfallstor der Grundrechte" genutzt werden kann, sei eine Entscheidung des OLG Düsseldorf<sup>159</sup> genannt. Das OLG hat einen Darlehensvertrag, den ein Ausländer mit einer Deutschen schließt, um diese zum Abschluss einer Scheinehe zwecks Täuschung der Ausländerbehörden zu bewegen, wegen Verstoßes gegen die guten Sitten gemäß § 138 Abs. 1 als nichtig angesehen und dies wie folgt begründet: Die Scheinehe stelle eine Missachtung des durch Art. 6 GG unter den Schutz der staatlichen Ordnung gestellten Instituts der Ehe dar; sie widerspreche der allgemeinen Rechtsmoral und verletze die Gemeinschaftsordnung, weil die Allgemeinheit ein Interesse daran habe, dass die Ehe als Grundlage der Familie und Lebensgrundlage der menschlichen Gemeinschaft nicht ausgehöhlt werde.

Wenn auch die Berücksichtigung der Wertungen des Grundgesetzes bei der Konkretisierung der guten Sitten i.S. des § 138 Abs. 1 legitim und gar geboten ist, so ist doch stets zu berücksichtigen, dass mit der freien Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) auch die rechtsgeschäftliche Gestaltungsfreiheit eine im Grundgesetz verankerte Anerkennung gefunden hat, die auf das Privatrecht einwirkt.<sup>160</sup> So würde z.B. die schrankenlose Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf private Rechtsgeschäfte die Vertragsfreiheit weitgehend aushöhlen.<sup>161</sup>

Das Bundesverfassungsgericht<sup>162</sup> hat anhand der §§ 138 und 242 eine Inhaltskontrolle des Bürgschaftsvertrages vorgenommen und dabei noch einmal betont, dass auch die Privatautonomie notwendigerweise begrenzt sei und der rechtlichen Ausgestaltung bedürfe. Aus der grundrechtlichen Gewährleistung der Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1 GG) und dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 GG) folge auch, dass die Zivilrechtsordnung dann, wenn eine typisierbare Fallgestaltung eine strukturelle Unterlegenheit des einen Vertragsteils erkennen lasse und die Folgen des Vertrages für den unterlegenen Vertragsteil ungewöhnlich belastend seien, darauf reagieren und Korrekturen anbringen müsse. Es bestehe heute weitgehende Einigkeit darüber, dass die Vertragsfreiheit nur im Falle eines annähernd ausgewogenen Kräfteverhältnisses der Partner als Mittel eines angemessenen Interessenausgleichs taue und der Ausgleich gestörter Vertragsparität zu den Hauptaufgaben des geltenden Zivilrechts gehöre.

<sup>156</sup> So HESSE, Rn. 351 ff.

<sup>157</sup> Vgl. MünchKomm/ARMBRÜSTER, BGB § 138 Rn. 20.

<sup>158</sup> BGHZ 70, 313, 324.

<sup>159</sup> MDR 1983, 932.

<sup>160</sup> So mit Recht MünchKomm/ARMBRÜSTER, BGB § 138 Rn. 20.

<sup>161</sup> So zutreffend BGHZ 70, 313, 324 f.

<sup>162</sup> BVerfGE 89, 214 ff.



### 3. Die Anwendung des § 138 Abs. 1 in der Praxis

Der Grundsatz, dass ein Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten verstößt, wenn es sich nach seinem, aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck ergebenden Gesamtcharakter als sittenwidrig darstellt, ist bei der Anwendung im praktischen Einzelfall häufig nur schwer zu konkretisieren. Um die Anwendung des § 138 Abs. 1 in der Praxis zu erleichtern, haben Rechtsprechung und Literatur so genannte Hauptfallgruppen gebildet, die für das Wirtschaftsleben von besonderer Bedeutung sind.<sup>163</sup> Von diesen so genannten Hauptfallgruppen seien im Folgenden nur einige beispielhaft genannt und erläutert.<sup>164</sup>

#### a) Rechtsgeschäfte, die die wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit einschränken

Auch wenn die Freiheitsbeschränkung ein wesentliches Element jedes Verpflichtungsgeschäftes ist, darf sie doch nicht so weit gehen, dass sie als sittenwidrig anzusehen ist.<sup>165</sup> Ein Verstoß gegen die guten Sitten ist anzunehmen, wenn ein Rechtsgeschäft eine so weitgehende Beschränkung der Freiheit des Betroffenen bewirkt, dass dieser seine geschäftliche Selbständigkeit verliert.<sup>166</sup> Man bezeichnet solche Verträge auch als *Knebelungsverträge*, die zutreffend als Verträge charakterisiert werden, durch die eine Vertragspartei die andere durch die im Verträge verankerten Bedingungen so einengt, dass ihre wirtschaftliche Bewegungsfreiheit gelähmt ist und sie dadurch in eine sittlich zu missbilligende Abhängigkeit gerät.<sup>167</sup> Auch der BGH<sup>168</sup> spricht in diesem Zusammenhang von Knebelung. So hat er eine verlagsrechtliche Optionsvereinbarung ("Vorrechtsvertrag"), die einen Verfasser verpflichten sollte, künftige Werke zuerst einem bestimmten Verleger zum Abschluss eines Verlagsvertrages anzubieten, als sittenwidrig und damit nichtig angesehen, weil sie ohne zeitliche oder gegenständliche Beschränkung für das gesamte künftige Schaffen des Verfassers gelten sollte und der Verleger für die Einräumung des Optionsrechtes keine angemessene Gegenleistung übernommen hatte. Der BGH<sup>169</sup> betont in diesem Zusammenhang, in den "beteiligten Kreisen" habe sich mehr und mehr die Überzeugung durchgesetzt, dass eine solche einseitige Bindung des Autors durch eine für alle Zeiten und seine gesamte künftige schriftstellerische Produktion getroffene Optionsabrede "die künstlerische und gewerbliche Freiheit des Autors in unzumutbarer Weise beschränkt und deshalb in der Regel eine *sittenwidrige Knebelung* des Autors darstellt".

Zu den langfristigen Verträgen, bei denen häufig geprüft worden ist, ob es sich um Knebelungsverträge handelt, gehören auch die sogenannten Bierlieferungs- oder Bierbezugsverträge. Diese werden zwischen einer Brauerei und einem Gastwirt abgeschlossen. Die Brauerei gewährt dem Gastwirt ein Darlehen, damit dieser eine Gastwirtschaft einrichten kann; der Gastwirt übernimmt die – regelmäßig langfristige – Verpflichtung, nur bei der Brauerei Bier zu beziehen.

<sup>163</sup> Vgl. zur Bildung solcher Fallgruppen beispielhaft die Kommentierung zu § 138 in: MünchKomm/ARMBRÜSTER, BGB § 138 Rn. [44 ff.](#) und SOERGEL/HEFERMEHL, § 138 Rn. 86 ff.

<sup>164</sup> Zur Kritik an der Fallgruppenmethode siehe MAYER-MALY, AcP 194 [1994], 105, 122 ff.

<sup>165</sup> Vgl. MünchKomm/ARMBRÜSTER, BGB § 138 Rn. [113 ff.](#)

<sup>166</sup> Vgl. MünchKomm/ARMBRÜSTER, BGB § 138 Rn. [113 ff.](#)

<sup>167</sup> Vgl. MünchKomm/ARMBRÜSTER, BGB § 138 Rn. [113](#).

<sup>168</sup> BGHZ 22, 347, [355](#).

<sup>169</sup> BGHZ 22, 347, [355](#).

**Beispiel** (in Anlehnung an OLG Karlsruhe, MDR 1968, 493): Die Brauerei B gewährt dem Gastwirt E ein Darlehen, mit dessen Hilfe er seine Gastwirtschaft einrichten kann. Die Brauerei B sichert sich vertraglich neben dem Verzinsungs- und Rückzahlungsanspruch ein ausschließliches Bierlieferungsrecht und eine gleichzeitige Bierabnahmepflicht. Der Vertrag soll eine Dauer von 18 Jahren haben. Das ist der Zeitraum, in dem das – im Vergleich zu ähnlichen Krediten günstige – Darlehen zurückgezahlt werden muss. Gegen den langen Zeitraum des Vertrages bestehen keine Bedenken, weil die Dauer der Bierbezugs- und Bierabnahmefrist sich mit der Frist deckt, innerhalb derer das – günstige – Darlehen zurückzuzahlen ist. Ein langfristiger Vertrag dieser Art, in dem lang dauernde Verpflichtungen mit der Gewährung eines größeren – günstigen – Darlehens gekoppelt sind, wurde bisher von der Rechtsprechung weder nach § 138 Abs. 1 noch nach Abs. 2 für nichtig erachtet.

In der Rechtsprechung ist die Tendenz erkennbar, eine Grenze bei 15 bis 20 Jahren zu ziehen: Verträge, die Bindungen von 20 Jahren oder mehr vorsehen, müssen durch besondere Umstände (z.B. ungewöhnliche Gegenleistungen) gerechtfertigt werden.<sup>170</sup>

Besonders häufig kommen Knebelungsverträge im Rahmen von Rechtsgeschäften vor, die eine Kreditsicherung zum Gegenstand haben (so genannte Sicherungsgeschäfte). Solche Rechtsgeschäfte dienen dazu, den Gläubiger einer Forderung davor zu schützen, dass er einen Verlust erleidet, wenn der Schuldner nicht leisten will oder nicht leisten kann. Im Kreditgeschäft ist die persönliche Vertrauenswürdigkeit einer Person in der Regel keine ausreichende Grundlage für die Gewährung eines Kredits. Der Kreditgeber ist meist nur dann bereit, Kredit zu gewähren, wenn er bestimmte Rechte an Gegenständen des Schuldners erhält, die es ihm für den Fall, dass der Schuldner seine Verpflichtungen nicht erfüllt, ermöglichen, die Gegenstände so zu verwerten, dass er wegen seiner Forderung befriedigt wird. Das Interesse der Gläubiger geht naturgemäß dahin, sich möglichst weitgehend abzusichern. In Verfolgung dieses Interesses lassen die Gläubiger sich häufig im Rahmen von Sicherungsübereignungen wesentlich mehr übereignen, als zur Absicherung notwendig ist. Man spricht dann von einer so genannten *Übersicherung*. Gegen die guten Sitten im Sinne des § 138 verstoßen Rechtsgeschäfte, die zu einer unerträglichen, die eigene wirtschaftliche Stellung vernichtenden Abhängigkeit des Schuldners vom Gläubiger führen; es handelt sich dann um so genannte Knebelungsgeschäfte, durch die die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Schuldners gelähmt und durch die er in eine sittlich zu missbilligende Abhängigkeit gerät.

**Beispiel** (in Anlehnung an KG, LZ 1919, 413): Die D-Bank gewährt dem Textilgroßhändler T ein Darlehen in Höhe von € 10.000,--. Zur Sicherung der Darlehensrückzahlungsforderung übereignet T der D-Bank alle gegenwärtig und künftig zu seinem Eigentum gehörenden Waren und sein gesamtes Geschäftsinventar. Der gegenwärtige Lagerbestand hat einen Wert von € 100.000,--. Das Geschäftsinventar verkörpert einen Verkaufswert von € 25.000,--. Außerdem räumt T in dem mit der D-Bank geschlossenen Sicherungsvertrag der D-Bank ein Mitwirkungsrecht bei der Leitung des Geschäfts und eine Generalvollmacht ein. Die genannten Vereinbarungen sind Gegenstand des Sicherungsvertrages. Einer zu sichernden Forderung in Höhe von € 10.000,-- steht ein Sicherungsgut im Wert von € 125.000,-- gegenüber. Es

<sup>170</sup> Vgl. BGH NJW 1979, 865 u. MünchKomm/ARMBRÜSTER, BGB § 138 Rn. 113 ff mit Nachw.; STAUDINGER/FISCHINGER/RIEBLE, § 138 Rn. 276.

handelt sich also um einen Fall der Übersicherung. Außerdem lähmen die zusätzlichen Abreden den T in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit und bringen ihn in eine sittlich zu missbilligende Abhängigkeit vom Gläubiger. Wegen Verstoßes gegen die guten Sitten ist der Sicherungsvertrag gemäß § 138 Abs. 1 nichtig.

In Fällen dieser Art verbindet sich das Sittenwidrigkeitselement "Freiheitsbeschränkung" häufig noch mit anderen Elementen, wie z.B. Äquivalenzstörungen (= Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung), der Ausnutzung von Übermacht und der Schädigung Dritter.<sup>171</sup>

Im Hinblick auf das Problem der *Knebelung durch Sicherungsverträge* hat der BGH<sup>172</sup> herausgestellt, dass die Grenze zur Sittenwidrigkeit überschritten wird, wenn dem Schuldner nicht mehr so viel wirtschaftliche Bewegungsfreiheit eingeräumt ist, "dass er in der Lage bleibt, auch in einem seinen Verhältnissen angemessenen Rahmen durch freiwillige Leistung auch andere Gläubiger zu befriedigen"

Ein solcher Fall kann insbesondere dann vorliegen, wenn die Übertragung der Vermögenswerte auf den Kreditgeber in einem Zeitpunkt erfolgt, in dem das Unternehmen des Kreditnehmers entweder schon insolvenzreif ist (Insolvenzverschleppung) oder in dem sich eine Zahlungsunfähigkeit abzeichnet, das Unternehmen also in einem Maße verschuldet ist, dass Verbindlichkeiten in absehbarer Zeit nicht erfüllt werden können

<sup>173</sup>

Wegen Gläubigerbenachteiligung ist auch solch ein Vertrag sittenwidrig und gemäß § 138 Abs. 1 nichtig, durch den ein Schuldner sein letztes zur Gläubigerbefriedigung taugliches Vermögen einem bestimmten Gläubiger überträgt, wenn dadurch gegenwärtige oder künftige Gläubiger über die Kreditwürdigkeit des Schuldners getäuscht werden und beide Vertragspartner bei dieser Täuschung zusammengewirkt haben. Allerdings muss diese Täuschung nicht der Zweck des Handelns gewesen sein; es kann genügen, wenn die Vertragspartner nur mit der Möglichkeit gerechnet haben, dass andere Gläubiger geschädigt werden.<sup>174</sup>

## **b) Sogenannte „Geliebtentestamente“**

Gegenstand der Erörterungen im Rahmen des § 138 Abs. 1 ist immer wieder die Frage gewesen, ob die Bestimmungen in einem Testament, mit der ein verheirateter Mann seiner Freundin Zuwendungen machen will, sittenwidrig im Sinne des § 138 Abs. 1 ist mit der Rechtsfolge der Nichtigkeit dieser Bestimmungen in der letztwilligen Verfügung.

Während das Reichsgericht dazu neigte, testamentarische Bestimmungen dieser Art für sittenwidrig zu halten, hat der BGH der inzwischen gewandelten Auffassung von Moral und Sitte insbesondere dort, wo das Verhältnis der Geschlechter zueinander berührt wird, Rechnung getragen. Der BGH hat ausgeführt, es müssten schon besondere Umstände vorliegen, die dem Erblasser eine sittliche Verpflichtung auferlegten,

<sup>171</sup> Vgl. dazu MünchKomm/ARMBRÜSTER, BGB § 138 Rn. [113 ff.](#) mit Hinweisen.

<sup>172</sup> BGHZ 19, 12, [18](#).

<sup>173</sup> So OLG Köln WM 1986, 452, 453.

<sup>174</sup> So BGH ZIP 1995, 630 ff.

die seiner Testierfreiheit Schranken setzt.<sup>175</sup> So sei das Rechtsgeschäft der Erbeinsetzung einer Frau, mit der der Erblasser außerhalb der Ehe jahrelang wie Mann und Frau zusammengelebt habe, selbst dann nicht ohne weiteres als sittenwidrig mit der Folge der Nichtigkeit zu erachten, wenn "besondere achtenswerte Beweggründe für die Zuwendung nicht festgestellt werden können, sofern nicht erwiesen ist, dass der Erblasser durch die Zuwendung die Bedachte allein zur Fortsetzung der geschlechtlichen Hingabe bestimmen oder sie hierfür belohnen wollte".<sup>176</sup>

Der BGH hat diese Tendenz zur Liberalisierung fortgesetzt und dabei dem Stellenwert des Grundsatzes der Testierfreiheit stärkere Bedeutung beigemessen. Nach Ansicht des BGH<sup>177</sup> kann die Sittenwidrigkeit und damit die Nichtigkeit einer letztwilligen Verfügung nur in besonders herausragenden Ausnahmefällen angenommen werden. Ausschlaggebend soll nach Ansicht des BGH<sup>178</sup> sein, ob in der letztwilligen Verfügung selbst eine unredliche (also verwerfliche) Gesinnung des Erblassers zum Ausdruck kommt und eine Verwirklichung erstrebt. Der BGH hat in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass eine letztwillige Verfügung wegen Verstoßes gegen § 138 Abs. 1 nichtig sein *kann*, wenn sie "lediglich als Entgelt für sexuelle Hingabe gedacht gewesen sei". Dabei besteht jedoch keine allgemeine Vermutung dahingehend, dass eine Zuwendung an eine(n) Geliebte(n) ausschließlich dem Zweck diene, die geschlechtliche Hingabe zu belohnen oder zu fördern.<sup>179</sup>

Durch das Inkrafttreten des Prostitutionsgesetzes kann die letztwillige Verfügung auch dann nicht nichtig sein, wenn lediglich als Entgelt für sexuelle Hingabe gedacht gewesen ist, da gemäß § 1 ProstG sexuelle Handlungen, die gegen ein vorher vereinbartes Entgelt vorgenommen werden, eine rechtswirksame Forderung begründen.

#### 4. Der Wucher

In § 138 Abs. 2 ist der Wucher als ein Sonderfall eines gegen die guten Sitten verstößenden Rechtsgeschäfts geregelt. Wird bejaht, dass Wucher i.S. des § 138 Abs. 2 vorliegt, ist damit die Sittenwidrigkeit festgestellt. In der gutachterlichen Prüfung ist § 138 Abs. 2 also, soweit nicht völlig fernliegend, vor § 138 Abs. 1 zu prüfen.

Falls ein Tatbestandsmerkmal des Wuchers nicht voll verwirklicht ist, soll der Rückgriff auf die Generalklausel des § 138 Abs. 1 nur dann zulässig sein, wenn ein neues, außerhalb des Tatbestandes des § 138 Abs. 2 liegendes Sittenwidrigkeitselement, das z.B. in einer besonders verwerflichen Gesinnung bestehen kann, hinzukommt.<sup>180</sup>

<sup>175</sup> BGHZ 53, 369, [382](#).

<sup>176</sup> BGHZ 53, 369, [382](#).

<sup>177</sup> NJW 1983, 674, [675](#); BGHZ 77, 55, [59](#); 112, 259, [262](#).

<sup>178</sup> NJW 1983, 674, [675](#).

<sup>179</sup> STAUDINGER/FISCHINGER/RIEBLE, § 138 Rn. [646 ff.](#)

<sup>180</sup> BGH WM 1979, 1294, 1295; vgl. dazu MünchKomm/ARMBRÜSTER, BGB § 138 Rn. [267 ff.](#)

Der Tatbestand des Wuchers (§ 138 Abs. 2) ist gegeben, wenn

ein Rechtsgeschäft vorliegt, durch das jemand sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt,



ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht,



derjenige, der die Gegenleistung, die in einem auffälligen Missverhältnis zur empfangenen Leistung steht, erbringen muss (= der Bewucherte), unerfahren ist, an Willensschwäche oder einem Mangel an Urteilsvermögen leidet oder sich in einer Zwangslage befindet



und der Wucherer die Situation des Bewucherten, seine Zwangslage, Unerfahrenheit etc. ausbeutet.

**Beachte:** alle genannten Voraussetzungen müssen *kumulativ* vorliegen!

Der Wuchertatbestand wird stark geprägt von dem *auffälligen Missverhältnis von Leistungen und Gegenleistungen*. Bei den Ermittlungen dazu ist der objektive Wert der Leistungen zu vergleichen; es ist das verkehrsübliche Äquivalent zugrunde zu legen und nicht ein subjektives Interesse eines Vertragsteils, wenn auch Risikofaktoren veranschlagt werden können.<sup>181</sup>

Eine *Zwangslage* i.S. des § 138 Abs. 2 ist eine nicht notwendigerweise durch wirtschaftliche Bedrängnis hervorgerufene Lage, in der ein dringendes Bedürfnis nach Sach- und Geldleistungen besteht. Auch psychische Zwangslagen kommen in Betracht,<sup>182</sup> wenn sie tatsächlich und nicht nur vermeintlich vorhanden sind.<sup>183</sup> Das Problem, ob eine Zwangslage bestand oder nicht, stellt sich insbesondere bei der Kreditgewährung. Nach Ansicht des BGH<sup>184</sup> begründet ein anderweitig nicht zu befriedigender Kreditbedarf nicht in jedem Fall eine Zwangslage im Sinne des § 138

<sup>181</sup> Vgl. MünchKomm/ARMBRÜSTER, § 138 Rn. [268 ff.](#)

<sup>182</sup> Vgl. BGHZ 50, 63, [71](#).

<sup>183</sup> Vgl. MünchKomm/ARMBRÜSTER, § 138 Rn. [273](#).

<sup>184</sup> NJW 1994, [1726 f.](#)

Abs. 2; allerdings soll es genügen, wenn dem Kreditbedürftigen durch die Nichtgewährung ein schwerer wirtschaftlicher Nachteil droht. Dabei muss es sich aber stets um eine Gefährdung des Bestehenden handeln; es reicht nicht aus, wenn ohne den Kredit bloße Zukunftspläne scheitern würden.

Unter *Ausbeutung* ist die bewusste Ausnutzung der Situation des Bewucherten zu verstehen. Derjenige, der die Situation ausnutzt, muss also jedenfalls Kenntnis von der Zwangslage, dem auffälligen Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung etc. gehabt und diese Situation bewusst ausgenutzt haben. Eine Ausbeutungsabsicht ist nicht erforderlich.<sup>185</sup> Allerdings kann eine tatsächliche Vermutung für das Vorliegen der subjektiven Tatbestandsmerkmale sprechen, wenn objektiv nicht nur ein auffälliges, sondern ein besonders grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung festzustellen ist.<sup>186</sup>

Gerade bei der Höhe der Kreditzinsen ist es häufig schwierig festzustellen, ob – bei Berücksichtigung des etwaigen Risikos des Kreditgebers – ein auffälliges Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung besteht. Diese Frage taucht oft bei mit hohen Risiken für den Kreditgeber behafteten Teilzahlungskrediten auf. In Rechtsprechung und Literatur hat es immer wieder Tendenzen gegeben, Obergrenzen für zulässige Zinsvereinbarungen festzulegen. Es ist aber zu berücksichtigen, dass Obergrenzen nach der Konzeption des BGB grundsätzlich nicht maßgeblich sein können.<sup>187</sup> Es ist vielmehr auf die jeweilige Kapitalmarktsituation und das Risiko im Einzelfall abzustellen.<sup>188</sup> Diese Auffassung hat auch der BGH<sup>189</sup> nachdrücklich bestätigt und betont, wenn auch § 138 nach den heutigen Rechtsvorstellungen die Funktion habe, mit den Grundsätzen der herrschenden Rechts- und Sozialmoral den wesentlichen Grundsätzen und grundlegenden Maßstäben der Rechtsordnung gegenüber einem Missbrauch der Vertragsfreiheit Achtung zu verschaffen, so seien der Rechtsordnung doch keine Grundsätze oder Maßstäbe zu entnehmen, nach denen das Sittenwidrigkeitsurteil nach § 138 bei Kreditgeschäften ohne jede Berücksichtigung anderer Umstände allein an die Höhe der Zinsen gebunden werden könne; mit der Einführung einer Kreditzinsbegrenzung (Preisgrenze), die auch unabhängig von individuell ausgehandelten Umständen (z.B. Sicherheiten) und ohne Rücksicht auf die sonstige Ausgestaltung des Vertrages und auf seine Rahmenbedingungen gelten soll, würden die Gerichte nicht die ihnen obliegende Aufgabe der Konkretisierung des § 138 erfüllen, sondern die ihnen im gewaltenteiligen Rechtsstaat gesetzten Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung überschreiten.<sup>190</sup>

Bei der Prüfung, ob zwischen Leistung und Gegenleistung ein auffälliges Missverhältnis besteht, stellt nach der Rechtsprechung des BGH<sup>191</sup> der *Marktvergleich* ein geeignetes Mittel dar. Demnach besteht in der Regel ein auffälliges Missverhältnis, wenn im konkreten Fall der effektive Jahreszins rund doppelt so hoch ist wie der übliche Marktzins. Rechnerisch wird der Vergleich in relativen (für Niedrigzinsphase) und in absoluten Zahlen (für Hochzinsphase) ausgedrückt; d.h. ein auffälliges Missverhältnis

<sup>185</sup> MünchKomm/ARMBRÜSTER, BGB § 138 Rn. 279; GRÜNEBERG/ELLENBERGER, § 138 Rn. 74.

<sup>186</sup> So BGH NJW 1994, 1726 f.

<sup>187</sup> Vgl. MünchKomm/ARMBRÜSTER, BGB § 138 Rn. 268 ff.

<sup>188</sup> Vgl. MünchKomm/ARMBRÜSTER, BGB § 138 Rn. 268 ff.

<sup>189</sup> BGHZ 80, 153 ff.

<sup>190</sup> BGHZ 80, 153, 158 f.

<sup>191</sup> BGHZ 80, 153, 162; 98, 174, 176 f.

liegt in relativen Zahlen vor, wenn der Zinssatz des gewährten Kredites den Zinssatz marktüblicher Kredite um ca. 100 % übersteigt;<sup>192</sup> in absoluten Zahlen liegt ein auffälliges Missverhältnis vor, wenn der Zinssatz des gewährten Kredites die Zinssätze marktüblicher Kredite um ca. 12 %-Punkte übertrifft.<sup>193</sup> Mit Hilfe eines solchen Marktvergleiches lässt sich das verkehrsübliche und wirtschaftlich noch tragbare Darlehensentgelt als Vergleichsmaßstab für den auf seine Sittenwidrigkeit zu untersuchenden Kreditvertrag ermitteln. Für einen solchen Marktvergleich ist wesentlich, welche Kreditgeschäfte als vergleichbar angesehen werden können und welche Leistungen und Gegenleistungen in die Beurteilung einzubeziehen sind.<sup>194</sup>

Gerade bei hochverzinslichen Teilzahlungs- und Ratenkrediten greift der Wuchertatbestand häufig jedoch nicht ein, weil es entweder an der erforderlichen Schwächesituation auf Seiten des Bewucherten (Zwangslage, Unerfahrenheit etc.) oder an einer Ausbeutung derselben fehlt. Auch wenn das Vorliegen des Wuchertatbestandes gemäß § 138 Abs. 2 zu verneinen ist, kann ein hochverzinsliches Darlehen gemäß § 138 Abs. 1 sittenwidrig sein. Der BGH<sup>195</sup> hat insbesondere im Hinblick auf hochverzinsliche Teilzahlungs- und Ratenkreditverträge von "wucherähnlichen Rechtsgeschäften" gesprochen und sie an § 138 Abs. 1 gemessen. Nach seiner Auffassung soll ein Darlehensvertrag nichtig sein, wenn "zwischen den Leistungen des Darlehensgebers und des Darlehensnehmers ein auffälliges Missverhältnis besteht und der Darlehensgeber die wirtschaftlich schwächere Lage des Darlehensnehmers, dessen Unterlegenheit, bei der Festlegung der Darlehensbedingungen bewusst zu seinem Vorteil ausnutzt". Bei der notwendigen Prüfung, ob zwischen Leistung und Gegenleistung ein auffälliges Missverhältnis besteht, stellt nach Auffassung des BGH<sup>196</sup> der *Marktvergleich* auch hier ein geeignetes Mittel dar, mit dessen Hilfe sich das verkehrsübliche und wirtschaftlich noch tragbare Darlehensentgelt als Vergleichsmaßstab für den auf seine Sittenwidrigkeit zu untersuchenden Kreditvertrag ermitteln lässt.<sup>197</sup>

Ist ein objektives Missverhältnis festgestellt, so sind bei Kreditinstituten auch die subjektiven Voraussetzungen – das mindestens fahrlässige Ausnutzen der Lage des Kunden – in aller Regel erfüllt.<sup>198</sup>

**Beispiel** (nach BGHZ 99, 333, 335): Beträgt der vereinbarte Zins (Vertragszins) 26,29 % und der Marktzins 8,52 %, so ergibt der Marktvergleich, dass der Vertragszins den Marktzins relativ um etwa 200 % übersteigt. Bei einem solchen Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung sind die objektiven und subjektiven Voraussetzungen des § 138 Abs. 1 erfüllt; der Kreditvertrag ist deshalb nichtig.

<sup>192</sup> BGHZ 99, 333, [336](#).

<sup>193</sup> BGHZ 110, 336, 338 f.; vgl. zum ganzen STAUDINGER/FISCHINGER/RIEBLE, § 138 Rn. [192 ff.](#)

<sup>194</sup> BGHZ 80, 153, [164](#).

<sup>195</sup> BGHZ 80, 153, [160](#).

<sup>196</sup> BGHZ 80, 153, [162](#).

<sup>197</sup> Zur Anerkennung des Marktvergleiches als wichtigstem Maßstab vgl. MünchKomm/ARMBRÜSTER, § 138 Rn. [268 ff.](#)

<sup>198</sup> BGHZ 98, 174, [178](#); GRÜNEBERG/ELLENBERGER, § 138 Rn. 30.



Ist ein Kreditvertrag nach § 138 nichtig, so kann der Kreditgeber keine Zinsen fordern; der Kreditnehmer hat die Darlehenssumme aber in der vertraglich vereinbarten Zeitfolge zurückzuzahlen.<sup>199</sup>

Zum Verhältnis des § 138 Abs. 2 (Wucher) zum § 138 Abs. 1 vertritt der BGH<sup>200</sup> folgenden Standpunkt: "Auch falls § 138 Abs. 2 BGB – wie hier – mangels Vorliegens der subjektiven Voraussetzungen nicht eingreift, können gegenseitige Verträge als wucherähnliche Rechtsgeschäfte nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig und daher nichtig sein, wenn zwischen Leistung und Gegenleistung objektiv ein auffälliges Missverhältnis besteht und eine verwerfliche Gesinnung des begünstigten Teils hervorgetreten ist, insbesondere wenn dieser die wirtschaftlich schwächere Lage des anderen Teils, dessen Unterlegenheit, bei der Festlegung der Vertragsbedingungen bewusst zu seinem Vorteil ausgenutzt oder sich zumindest leichtfertig der Erkenntnis verschlossen hat, dass sich der andere Teil nur aufgrund seiner schwächeren Lage auf die ihn beschwerenden Bedingungen eingelassen hat."

## 5. Sittenwidrige Bürgschaftsverträge

In der zweiten Hälfte der achtziger Jahre und am Anfang der neunziger Jahre ist eine intensive Diskussion um die Frage der Mithaftung einkommens- und vermögensloser Angehöriger, namentlich von Kindern und Ehegatten geführt worden. Im Wesentlichen ging es um Bürgschaftsverträge, die gerade volljährig gewordene einkommens- und vermögenslose Jugendliche zur Sicherung von Darlehensverpflichtungen ihrer Eltern mit Banken abgeschlossen hatten. Diese Debatte hat das Bundesverfassungsgericht mit seinem Beschluss aus dem Jahre 1994<sup>201</sup> jedenfalls vorläufig beendet.

Zahlreiche Instanzgerichte und Teile der Literatur<sup>202</sup> hatten diejenigen Bürgschaftsverträge, die auf eine lebenslange Beschränkung auf das Existenzminimums hinauslaufen, also ein "Leben im Schuldurm" bedeuten<sup>203</sup>, gemäß § 138 Abs. 1 für sittenwidrig erklärt und dabei insbesondere auf die Notwendigkeit der Interpretation der Generalklauseln der §§ 138 und 242 im Sinne der Grundrechte aus Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip hingewiesen.

Der BGH, insbesondere der IX. und der III. Zivilsenat, hatten demgegenüber eine nur schwer verständliche harte Linie vertreten, die sich wie folgt zusammenfassen lässt:

- jeder Gläubiger kann grundsätzlich davon ausgehen, dass ein voll Geschäftsfähiger, der eine Bürgschaftsverpflichtung übernimmt, sich über die Tragweite seines Handelns im Klaren ist, sein Risiko abschätzt und danach seine Entscheidung trifft;<sup>204</sup> davon sollte auch dann auszugehen sein, wenn der Bürge dem Hauptschuldner verwandtschaftlich eng verbunden ist;<sup>205</sup>

<sup>199</sup> BGH NJW 1983, 1420, [1422](#); GRÜNEBERG/ELLENBERGER, § 817 Rn. 21.

<sup>200</sup> BGHZ 128, 255, [257 ff.](#)

<sup>201</sup> BVerfGE 89, [214 ff.](#)

<sup>202</sup> Vgl. den Nachweis bei H. HONSELL, NJW 1994, [565](#).

<sup>203</sup> So REIFNER, ZIP 1990, 427.

<sup>204</sup> So BGHZ 106, [269 ff.](#); 107, 92, [102](#); 125, 206, [210](#).

<sup>205</sup> BGHZ 125, 206,



- jedem Volljährigen ist es aufgrund der Vertragsfreiheit als Teil der Privatautonomie unbenommen, auch risikoreiche Geschäfte abzuschließen;<sup>206</sup>
- darunter kann auch die Verpflichtung zu solchen Leistungen fallen, die den Vertragschließenden "schlechthin überfordern oder die von ihm nur unter besonders günstigen Bedingungen, notfalls sogar unter dauernder Inanspruchnahme des pfändungsfreien Einkommens, erbracht werden können".<sup>207</sup>

Das Bundesverfassungsgericht<sup>208</sup> hat demgegenüber anhand der §§ 138 und 242 eine Inhaltskontrolle des Bürgschaftsvertrages vorgenommen und dabei noch einmal betont, dass auch die Privatautonomie notwendigerweise begrenzt sei und der rechtlichen Ausgestaltung bedürfe. Aus der grundrechtlichen Gewährleistung der Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1 GG) und dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 GG) folge auch, dass die Zivilrechtsordnung dann, wenn eine typisierbare Fallgestaltung eine strukturelle Unterlegenheit des einen Vertragsteils erkennen lasse und die Folgen des Vertrages für den unterlegenen Vertragsteil ungewöhnlich belastend seien, darauf reagieren und Korrekturen anbringen müsse. Es bestehe heute weitgehende Einigkeit darüber, dass die Vertragsfreiheit nur im Falle eines annähernd ausgewogenen Kräfteverhältnisses der Partner als Mittel eines angemessenen Interessenausgleichs taue und der Ausgleich gestörter Vertragsparität zu den Hauptaufgaben des geltenden Zivilrechts gehöre. Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts kommt ein Verstoß gegen die grundrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie in Betracht, wenn das Problem der gestörten Vertragsparität gar nicht gesehen oder seine Lösung mit untauglichen Mitteln versucht werde. In diesem Zusammenhang komme den Generalklauseln des BGB zentrale Bedeutung zu. Nutze der überlegene Vertragsteil bei Verhandlungsunterlegenheit des anderen – u.U. auch noch unerfahrenen – Vertragsteils diese Schwäche aus, um seine Interessen in auffälliger Weise einseitig durchzusetzen, so führe das zur Nichtigkeit des Vertrages. § 138 Abs. 1 knüpfe ganz allgemein die Nichtigkeitsfolge an einen Verstoß gegen die guten Sitten; differenziertere Rechtsfolgen ergäben sich aus § 242. Nach allgemeiner Meinung markiert der Grundsatz von Treu und Glauben eine immanente Grenze vertraglicher Gestaltungsmacht und begründet die Befugnis zu einer richterlichen Inhaltskontrolle des Vertrages.<sup>209</sup> Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts<sup>210</sup> folgt für die Zivilgerichte daraus die Pflicht, bei der Anwendung und Auslegung der Generalklauseln darauf zu achten, dass Verträge nicht als Mittel der Fremdbestimmung dienen. Hätten die Vertragspartner eine an sich zulässige Regelung vereinbart, so werde sich regelmäßig eine weitergehende Inhaltskontrolle erübrigen. Sei aber der Inhalt des Vertrages für die eine Seite ungewöhnlich belastend und als Interessenausgleich offensichtlich unangemessen, so dürften sich die Gerichte nicht mit der Feststellung begnügen: "Vertrag ist Vertrag". Sie müssten vielmehr klären, ob die Regelung eine Folge ungleicher Verhandlungsstärke sei und gegebenenfalls im Rahmen der Generalklauseln des geltenden Zivilrechts korrigierend eingreifen.

<sup>206</sup> So BGHZ 106, 269, [272](#); 120, 272, [274](#); 125, 206, [209](#).

<sup>207</sup> So BGHZ 120, 272, [274](#); 125, 206, [209 f.](#)

<sup>208</sup> BVerfGE 89, [214 ff.](#)

<sup>209</sup> Vgl. dazu auch U. PREIS, S. 249 f.

<sup>210</sup> BVerfGE 89, 214, [234](#).

Damit hat das Bundesverfassungsgericht die Rechtsprechung des BGH korrigiert. Die praktischen Auswirkungen sind erheblich.<sup>211</sup>

Allerdings hatte der BGH<sup>212</sup> schon vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts seine Rechtsprechung geringfügig geändert. Er stellte fest, dass ein Bürgschaftsvertrag wegen Verstoßes gegen § 138 Abs. 1 nichtig sein könne, wenn der Bürge sich in einem Umfange verpflichte, der seine gegenwärtigen und zukünftig zu erwartenden Einkommens- und Vermögensverhältnisse weit übersteige, allerdings unter der Voraussetzung, dass der Bürge durch weitere Umstände in einer dem Gläubiger zu-rechenbaren Weise zusätzlich erheblich belastet werde, die zu einem unerträglichen Ungleichgewicht der Vertragspartner führe; nach Auffassung des BGH<sup>213</sup> können sich solche Belastungen insbesondere daraus ergeben, dass der Gläubiger die geschäftliche Unerfahrenheit oder eine seelische Zwangslage des Bürgen ausnutzt oder auf andere Weise ihn in seiner Entscheidungsfreiheit unzulässig beeinträchtigt.

Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts hat der BGH seine Rechtsprechung anpassen müssen und nun betont, das Begehren der Eltern an ihre erwachsen gewordenen, noch geschäftsunerfahrenen Kinder, aus familiärer Hilfsbereitschaft eine Bürgschaft zu leisten, die ihre finanzielle Leistungsfähigkeit voraussichtlich auf Dauer weit übersteigt, sei in aller Regel rechtlich und sittlich zu missbilligen; könne die Bank erkennen, dass das Kind wirtschaftlich nicht leistungsfähig ist und nur aus familiärer Hilfsbereitschaft handelt, sei eine auf Verlangen des Kreditgebers erteilte Bürgschaft grundsätzlich sittenwidrig.<sup>214</sup>

Zu einer differenzierenderen Beurteilung ist der BGH<sup>215</sup> im Hinblick auf Bürgschaften gelangt, die ein Ehegatte zugunsten des anderen übernommen hat.

Der BGH<sup>216</sup> hatte einen Fall zu entscheiden, in dem der Ehemann zusammen mit Partnern einen Gewerbebetrieb unterhielt. Als der Betrieb erweitert werden sollte, verlangte die kreditgewährende Bank Bürgschaften der Ehefrauen. Die Klägerin als Ehefrau des Erstgenannten hatte kein Vermögen; sie betreute als Hausfrau drei kleine Kinder. Der Familienunterhalt wurde allein aus den Einkünften des Gewerbebetriebes bestritten. Der BGH hat den Bürgschaftsvertrag nicht schon deshalb für nichtig i.S. des § 138 Abs. 1 angesehen, weil die Ehefrau bei Vertragsschluss wirtschaftlich nicht in der Lage war, die übernommene Verbindlichkeit zu erfüllen, und dies auch für die Zukunft nur unter besonders günstigen Voraussetzungen erwartet werden konnte. Nach Ansicht des BGH<sup>217</sup> ist die Verpflichtung des Bürgen in aller Regel erst dann unwirksam, wenn er durch weitere, dem Gläubiger zurechenbare Umstände in seinen berechtigten Interessen erheblich beeinträchtigt wird und so ein unerträgliches Ungleichgewicht zwischen den Vertragspartnern entsteht; solche Belastungen des Bürgen können sich nach Auffassung des BGH insbesondere daraus ergeben, dass der Gläubiger dessen geschäftliche Unerfahrenheit oder eine seelische Zwangslage ausnutzt oder ihn auf andere Art und Weise in seiner Entscheidungsfreiheit wesentlich beeinträchtigt. Die Erwägungen, die der BGH zur Übernahme von Bürgschaften durch

<sup>211</sup> Vgl. dazu H. HONSELL, NJW 1994, 565, [566](#); kritisch auch Zöllner, AcP 196 [1996], 1, 36.

<sup>212</sup> BGHZ 125, [206 ff.](#)

<sup>213</sup> BGHZ 125, 206, [210](#).

<sup>214</sup> So BGHZ 128, 230, [233](#).

<sup>215</sup> Vgl. u.a. BGHZ 128, [230 ff.](#) und BGH ZIP 1996, 495 ff.

<sup>216</sup> BGHZ 128, [230 ff.](#)

<sup>217</sup> BGHZ 128, 230, [232](#).

Kinder angestellt hat, will er nicht ohne weiteres auf die Bürgschaften von Ehegatten, die kein eigenes Einkommen oder Vermögen besitzen, übertragen. Der BGH<sup>218</sup> betont, die eheliche Lebensgemeinschaft (§ 1353 Abs. 1) umfasse die persönlichen ebenso wie die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Eheleute zueinander und sei vom Gesetz als eine Partnerschaft gleichen Rechts und gleicher Pflichten ausgestaltet. Der Gläubiger der Bürgschaft dürfe im Regelfall annehmen, dass Eheleute Angelegenheiten, die den Geschäftsbetrieb betreffen, aus dem die Familie ihren Unterhalt bezieht, vertrauensvoll miteinander erörtern, in allen anstehenden Fragen keinen unzulässigen Druck aufeinander ausüben und das Recht zur Entscheidung des Partners gegenseitig achten.

Im konkreten Fall hat der BGH<sup>219</sup> die Bürgschaft nicht als unwirksam angesehen, weil die Bank ohne besondere Anhaltspunkte keine Veranlassung hatte anzunehmen, ein Ehegatte, der eine Bürgschaft erteilt, die über seine voraussichtliche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit weit hinausgeht, sei zu dieser Entscheidung durch ein sittlich oder rechtlich zu missbilligendes Vorgehen des Partners veranlasst worden; die Ehe als eine alle Lebensbereiche betreffende personale Beziehung umfasse ihrer Bestimmung nach auch eine Wirtschafts- und Risikogemeinschaft der Partner. Von daher, meint der BGH, sei es im Ansatz nicht zu beanstanden, wenn auch die Ehefrau, die weder eigenes Einkommen noch Vermögen besitze, in die Haftung für Verbindlichkeiten aus Investitionen, die dem Familieneinkommen zugutekommen sollen, miteinbezogen werde; etwas anderes könne für solche Verbindlichkeiten gelten, die von Anfang an besonders risikoreich waren oder im Wesentlichen nur aus persönlichen Interessen des Hauptschuldners begründet wurden.

## **6. Haftung aus culpa in contrahendo bei schuldhafter Herbeiführung der Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäftes?**

Wie schon erwähnt<sup>220</sup>, hat die Rechtsprechung für bestimmte Sachverhaltsgestaltungen die Ansicht vertreten, dass bei einem unwirksamen Vertrag diejenige Partei wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen (culpa in contrahendo) schadenersatzpflichtig gemäß §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2, 280 Abs. 1 sein kann, die den Grund der Unwirksamkeit zu vertreten hat.<sup>221</sup> Eine Haftung aus culpa in contrahendo kann nach zutreffender Auffassung auch dann entstehen, wenn jemand einen ihn einseitig begünstigenden und deshalb gemäß § 138 Abs. 1 sittenwidrigen Vertrag verwendet und dem anderen Teil dadurch ein Schaden entsteht, dass er im Vertrauen auf die Wirksamkeit des Vertrages Aufwendungen macht. Der Haftungsgrund wird hier in der Verletzung der vorvertraglichen Pflicht zur Rücksichtnahme gegenüber dem anderen Vertragsteil gesehen, indem Vertrauen auf das Bestehen eines Vertragsverhältnisses erweckt wird. Voraussetzung für das Entstehen der Haftung für vorvertragliches Verhalten ist jedenfalls Verschulden, nicht aber ein auf sittenwidrige Schadenszufügung gerichteter Vorsatz.<sup>222</sup> Zu erörtern bleibt jedoch, ob der in § 122 Abs. 2 verankerte Rechtsgedanke entsprechend anwendbar ist.

<sup>218</sup> BGHZ 128, 230, [233](#).

<sup>219</sup> BGHZ 128, 230, [233 f.](#)

<sup>220</sup> Vgl. KE 3 § 6 III.

<sup>221</sup> Vgl. RGZ 104, 265, [268](#); BGHZ 6, 330, [333](#); 99, [101 ff.](#)

<sup>222</sup> So BGHZ 99, 101, [107](#); vgl. auch OLG Hamm, WM 1988, 1442, 1445.

#### IV. Die Nichtigkeit von Vertragsteilen nach den §§ 307 ff.

Besondere Regeln über die Nichtigkeit finden sich zudem in den Vorschriften über Allgemeine Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff.). § 307 enthält eine Generalklausel, die alle Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen für unwirksam erklärt, die den Vertragspartnern des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen.

In § 308 sind Klauseln zusammengefasst, die unbestimmte Rechtsbegriffe, wie z.B. "unangemessen", "sachlich gerechtfertigt", "unverhältnismäßig hoch" enthalten, die einen *Wertungsspielraum* gewähren. Bei der Überprüfung der Einzelklauseln ist stets zu berücksichtigen, ob die Gefahr eines gestörten Interessenausgleichs besonders nahe liegt und deshalb eine Angemessenheitsprüfung erfolgreich ist.

§ 309 enthält eine Reihe unzulässiger Klauseln *ohne Wertungsspielraum*. Das bedeutet: Die in § 309 genannten Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn die in den einzelnen Nummern des § 309 aufgeführten Tatbestände erfüllt sind. Es bedarf keiner Feststellung der Unangemessenheit oder sonstiger Abwägungen im Einzelfall.

In § 309 hat der Gesetzgeber die "gefährlichsten" AGB-Klauseln zusammengefasst und ohne Einschränkung für nichtig erklärt. Daraus ergibt sich auch die Prüfungsreihenfolge „von hinten nach vorne“ im Rahmen der Inhaltskontrolle von AGB. Die in § 309 aufgeführten Klauseln können nur dadurch wirksam werden, dass sie einzeln ausgehandelt werden. Ihre Vereinbarung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen ist nicht möglich.

**Beispiel** zu § 309 Nr. 1: B kauft bei S eine Waschmaschine. Als Lieferzeit werden drei Monate vereinbart. In den Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die Vertragsinhalt geworden sind, heißt es: "Im Falle von Kostensteigerungen kann der Verkäufer eine entsprechende Erhöhung des Preises verlangen". Bei der Lieferung verlangt S unter Berufung auf die Ergebnisse der letzten Tarifrunde einen Aufpreis von 7 %. Die AGB-Klausel, die S einen Anspruch auf Preiserhöhung einräumt, ist gemäß § 309 Nr. 1 nichtig. S muss deshalb zum ursprünglich vereinbarten Preis liefern.

§ 306 Abs. 1 enthält eine wichtige Sondervorschrift über die Rechtsfolgen der Nicht-einbeziehung oder Unwirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Anders als gem. § 139<sup>223</sup>, der im Falle der Teilnichtigkeit eines Rechtsgeschäfts im Zweifel die Nichtigkeit des gesamten Rechtsgeschäfts zur Folge hat, bleibt der Vertrag nach § 306 Abs. 1 ungeachtet der Nichtigkeit einzelner Klauseln grundsätzlich im Übrigen wirksam. Hierdurch wird der Vertragspartner des Verwenders der Allgemeinen Geschäftsbedingungen geschützt. Denn dem Vertragspartner sollen nicht durch die AGB-Widrigkeit einzelner Klauseln seine vertraglichen Ansprüche insgesamt entzogen werden.<sup>224</sup>

<sup>223</sup> Näheres zu 139 in KE 6 § 15.

<sup>224</sup> Vgl. hierzu ausführlicher in KE 4 § 7.

Wichtige Entscheidungen:

BGHZ 118, 142, [144 f.](#)

BGHZ 70, 313, [324 f.](#)

BGHZ 128, 255, [257 f.](#)

BGHZ 94, 268, [272 f.](#)

BGH NJW 2016, [2739 f.](#)

BGH WM 2024, [1218 f.](#)

BVerfGE 7, [198](#)

BVerfGE 89, [214 ff.](#)



## Lösungen zu den Selbsttestaufgaben

### Lösung zu [Aufgabe 1](#):

H könnte von M gemäß § 433 Abs. 2 BGB die Zahlung von € 1.300,— verlangen, wenn zwischen ihnen ein wirksamer Kaufvertrag über das Smartphone zustande gekommen ist.

Beide haben sich am 2. September 2023 schriftlich darüber geeinigt, dass H dem M ein Smartphone zum Preise von € 1.300,— verkauft.

Gegen die Wirksamkeit dieser Einigung könnte aber sprechen, dass der 17jährige M zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses minderjährig (§ 2 BGB) und daher nur beschränkt geschäftsfähig gewesen ist (§ 106 BGB). Da M den Kaufvertrag ohne Einwilligung seiner Eltern, also seiner gesetzlichen Vertreter (§ 1629 BGB), mit H abgeschlossen hat, könnte seine auf den Kaufvertragsabschluss gerichtete Willenserklärung gemäß §§ 107, 108 Abs. 1 BGB schwebend unwirksam sein, wenn M nicht durch sie lediglich einen rechtlichen Vorteil nach § 107 BGB erlangt hat.

Für das Vorliegen eines rechtlichen Vorteils kommt es allein auf die rechtlichen Folgen des Rechtsgeschäfts an. Eine wirtschaftliche Betrachtung findet hingegen nicht statt. M hat mit dem Abschluss des Kaufvertrages nicht nur gemäß § 433 Abs. 1 BGB einen (für ihn rechtlich vorteilhaften) Anspruch auf Übereignung des Smartphones erworben, sondern sich auch gleichzeitig gemäß § 433 Abs. 2 BGB zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet. Diese Zahlungsverpflichtung ist für M ein rechtlicher Nachteil. Somit ist der Kaufvertrag über das Smartphone für M nicht lediglich rechtlich vorteilhaft.

Die auf den Kaufvertragsabschluss gerichtete Willenserklärung war daher mangels Einwilligung der Eltern des M gemäß §§ 107, 108 Abs. 1 BGB zunächst schwebend unwirksam.

Möglicherweise könnte sie jedoch mit der Volljährigkeit und uneingeschränkten Geschäftsfähigkeit des M ab dem 12. September 2023 wirksam geworden sein. Der Eintritt der Volljährigkeit bedeutet aber nicht, dass eine schwebend unwirksame Willenserklärung automatisch wirksam wird. Vielmehr ist gemäß § 108 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 BGB erforderlich, dass der zwischenzeitlich unbeschränkt geschäftsfähig gewordene M das schwebend unwirksame Rechtsgeschäft genehmigt hat. M hat dem H am 13. September 2023 schriftlich mitgeteilt, dass er von dem Kaufvertrag Abstand nehme, und dadurch gegenüber H zum Ausdruck gebracht, dass er den Vertrag nicht genehmigen werde. Gemäß § 108 Abs. 3 BGB tritt das Erteilen oder Ablehnen einer Genehmigung durch M nach Eintritt seiner Volljährigkeit an die Stelle der Genehmigung seiner gesetzlichen Vertreter. Nach Eintritt der Volljährigkeit des M ist also allein dessen Genehmigung entscheidend für die Wirksamkeit des noch schwebend unwirksamen Kaufvertrags. Dass M's Eltern als seine gesetzlichen Vertreter den Kaufvertrag mit Schreiben vom 20. September 2023 genehmigt haben, macht daher den Vertrag nicht wirksam.

Somit ist die Willenserklärung des M und damit der mit H abgeschlossene Kaufvertrag endgültig unwirksam geworden.

H kann also nicht gemäß § 433 Abs. 2 von M die Zahlung der € 1.300,— verlangen.

**Lösung zu Aufgabe 2:**

## 1. Wer ist Eigentümer des Ringes?

Ursprünglich ist J Eigentümer des Rings gewesen.

- a) Er könnte sein Eigentum durch Übereignung des Rings gemäß § 929 S. 1 BGB an M verloren haben, wenn J ihm den Ring übergeben hat und sich beide hinsichtlich des Ringes über den Eigentumsübergang auf M geeinigt haben.

Die Einigung nach § 929 S. 1. BGB ist ein dinglicher Vertrag, bestehend aus zwei mit Bezug aufeinander abgegebenen Willenserklärungen (Angebot und Annahme nach §§ 145ff. BGB). Hier sind J und M sich darüber einig gewesen, dass M das Eigentum an dem Ring erhalten sollte. Eine Einigung liegt vor.

Bedenken gegen die Wirksamkeit der Einigung ergeben sich aber daraus, dass M minderjährig und damit gemäß §§ 2, 106 BGB nur beschränkt geschäftsfähig ist.

Der beschränkt Geschäftsfähige kann nach § 107 BGB wirksame Willenserklärungen allein abgeben, wenn sie ihm lediglich einen rechtlichen Vorteil bringen. Demnach müsste die auf die Übereignung gerichtete Willenserklärung des M für ihn gemäß § 107 BGB lediglich rechtlich vorteilhaft gewesen sein.

Bei der Beurteilung des rechtlichen Vorteils ist auf die rechtlichen und nicht auf die wirtschaftlichen Folgen des konkreten Geschäftes abzustellen. Einen lediglich rechtlichen Vorteil erlangt ein Minderjähriger durch solche Rechtsgeschäfte, die seine Rechtsstellung nur verbessern. Dagegen stellt es einen rechtlichen Nachteil dar, wenn mit dem Abschluss des Rechtsgeschäfts irgendwelche Verpflichtungen für ihn begründet werden.

Aufgrund einer Übereignung gemäß § 929 S. 1 BGB würde M das Eigentum an dem Ring erwerben, ohne dass dadurch irgendwelche Verpflichtungen für ihn entstehen. (Aufgrund des Trennungs- und Abstraktionsprinzips sind eventuell vereinbarte Gegenleistungen aus dem Verpflichtungsgeschäft unbeachtlich!)

Somit hat M mit seiner auf die Übereignung gerichteten Willenserklärung lediglich einen rechtlichen Vorteil gemäß § 107 BGB erlangt, so dass die Einwilligung seiner Eltern als seine gesetzlichen Vertreter (§ 1629 BGB) nicht erforderlich gewesen ist.

M und J haben sich also wirksam über den Eigentumsübergang geeinigt.

Es müsste eine Übergabe vorliegen. Eine Übergabe nach § 929 S.1 BGB setzt voraus, dass der Veräußerer jeglichen Besitz aufgibt und der Erwerber zumindest mittelbaren Besitz erlangt. Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Die Übergabe des Rings an M gemäß § 929 S. 1 BGB ist also erfolgt

Die Einigung bestand auch bei Übergabe noch fort.

Demnach hat M Eigentum am Ring des J gemäß § 929 S. 1 BGB erlangt.

- b) M könnte aber das Eigentum an dem Ring verloren haben, indem er es seinerseits gemäß § 929 S. 1 auf die F übertragen hat.



Die Übergabe des Rings an die F hat stattgefunden, und beide haben sich über den Eigentumsübergang geeinigt (§ 929 S. 1 BGB).

Auch hier könnte der Wirksamkeit der Einigung aber die beschränkte Geschäftsfähigkeit von M (§§ 2, 106 BGB) entgegenstehen. Mangels Einwilligung seiner Eltern als gesetzliche Vertreter (§ 1629 BGB) könnte seine gegenüber der F abgegebene Willenserklärung schwebend unwirksam gewesen sein (§§ 107, 108 Abs. 1 BGB), wenn nicht M hierdurch lediglich einen rechtlichen Vorteil gemäß § 107 BGB erlangt hat.

Die Übereignung des Rings an die F hat für M den Verlust seines Eigentums an dem Ring, also einen rechtlichen Nachteil zur Folge. Somit hat M durch seine Willenserklärung nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil gemäß § 107 BGB erhalten. Sie ist mithin schwebend unwirksam (§§ 107, 108 Abs. 1 BGB). In der von den Eltern geäußerten Missbilligung der Zuwendung des Rings von M an die F ist eine Verweigerung der notwendigen Genehmigung der Übereignung zu sehen. Daher ist die zunächst schwebend unwirksame Willenserklärung des M hinsichtlich der Übereignung des Ringes an F mangels Genehmigung der Eltern endgültig unwirksam.

Mangels wirksamer Einigung zwischen M und F hinsichtlich des Eigentumsüberganges ist das Eigentum an dem Ring nicht gemäß § 929 S. 1 BGB von M auf die F übergegangen. M ist also weiterhin Eigentümer des Ringes.

2. Welche Ansprüche hat J gegen M?

- a) J könnte von M gemäß § 433 Abs. 2 BGB die Zahlung der restlichen € 50,— verlangen, wenn zwischen ihnen ein wirksamer Kaufvertrag zustande gekommen ist.

Beide haben vereinbart, dass J dem M den Ring für € 150,— verkauft.

Gegen die Wirksamkeit dieser Einigung könnte sprechen, dass M als Minderjähriger gemäß §§ 2, 106 BGB beschränkt geschäftsfähig ist. Die auf den Kaufvertragsabschluss gerichtete Willenserklärung seitens des M könnte mangels Einwilligung seiner Eltern als seine gesetzlichen Vertreter schwebend unwirksam sein (§§ 107, 108 Abs. 1 BGB), falls nicht M durch sie lediglich einen rechtlichen Vorteil gemäß § 107 BGB erlangt hat.

Mit Abschluss des Kaufvertrages kann M nicht nur die Übertragung des Eigentums an dem Ring von J gemäß § 433 Abs. 1 verlangen. Gleichzeitig hat er sich zur Zahlung des Kaufpreises gemäß § 433 Abs. 2 verpflichtet. Aufgrund dieser Zahlungsverpflichtung ist der mit J abgeschlossene Kaufvertrag für M nicht lediglich rechtlich vorteilhaft gemäß § 107 BGB.

Demnach könnte seine auf den Kaufvertragsabschluss gerichtete Willenserklärung mangels Einwilligung seiner Eltern schwebend unwirksam sein.

Allerdings wäre der Kaufvertrag auch ohne ihre Zustimmung nach § 110 BGB wirksam, wenn M die vertragsmäßige Leistung mit Mitteln bewirkt hat, die ihm zu diesem Zweck oder zu freier Verfügung von seinen Eltern überlassen worden sind.

Gegen das Eingreifen von § 110 spricht aber, dass M die ihm obliegende kaufvertragliche Zahlungsverpflichtung in Höhe von € 50,— noch nicht gemäß § 362 erfüllt und damit nicht gem. § 110 BGB bewirkt hat. Eine Teilwirksamkeit des Kaufvertrags in Höhe der bereits gezahlten 100 € scheidet wegen der Unteilbarkeit des Ringes aus, sodass § 110 BGB auch nicht teilweise bejaht werden kann.

Somit ist die auf den Kaufvertragsabschluss gerichtete Willenserklärung des M mangels Einwilligung seiner Eltern schwebend unwirksam (§§ 107, 108 Abs. 1 BGB). Als die Eltern Kenntnis von dem Rechtsgeschäft erlangen, missbilligen sie ihre Zustimmung. Damit ist der Vertrag endgültig unwirksam, vgl. § 108 BGB.

Zwischen J und M ist also noch kein wirksamer Kaufvertrag gem. § 433 BGB zustande gekommen.

Demnach kann J nicht gemäß § 433 Abs. 2 BGB von M die Zahlung der restlichen € 50,— verlangen.

- b) J könnte jedoch gegen M einen Anspruch auf Rückübereignung und Rückgabe des Rings aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB haben.

Dazu müsste M durch Leistung des J etwas ohne rechtlichen Grund erlangt haben.

Erlangtes etwas i. S. der Vorschrift meint jeden vermögenswerten Vorteil. Hier hat M Eigentum und Besitz am Ring erlangt (s.o.). M hat also etwas erlangt.

Dies müsste durch Leistung des J geschehen sein. Leistung ist jede bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens. J übereignete dem M den Ring zur Erfüllung seiner vermeintlichen Verpflichtung aus dem Kaufvertrag, sie erfolgte also durch Leistung.

Der Kaufvertrag ist jedoch mangels Zustimmung der Eltern unwirksam (s.o.). Die Leistung erfolgte mithin ohne Rechtsgrund.

J hat daher einen Anspruch auf Rückübereignung und Rückgabe des Rings gegen M aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB.

**Lösung zu Aufgabe 3:**

L kann von B gemäß § 433 Abs. 2 BGB die Bezahlung der Lebensmittel verlangen, wenn zwischen ihnen ein wirksamer Kaufvertrag zustande gekommen ist.

Beide haben sich über das Zustandekommen eines Kaufvertrags gem. §§ 145 ff. geeinigt.

Der Vertrag könnte jedoch wegen Verstoßes gegen § 3 des Gesetzes über den Ladenschluss nach § 134 BGB nichtig sein.

Dann müsste diese gesetzliche Vorschrift ein Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB sein.

Um ein solches Verbotsgesetz handelt es sich, wenn ein Rechtsgeschäft wegen seines Inhalts unterbunden werden soll. § 3 LadenschlussG normiert, dass zu den genannten Zeiten Verkaufsstellen geschlossen sein sollen, Rechtsgeschäfte folglich zu diesen Zeiten nicht abgewickelt werden sollen, und ist daher als Verbotsgesetz zu qualifizieren.

Indem L dem B verschiedene Lebensmittel außerhalb der Ladenöffnungszeiten verkaufte, verstieß er gegen § 3 LadenschlussG. Ob aus diesem Verstoß auch die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts gem. § 134 folgt, bedarf hingegen genauerer Untersuchung. Es ist allgemein anerkannt, dass ein Rechtsgeschäft grundsätzlich dann nicht wegen Gesetzesverstoßes nichtig ist, wenn sich das Verbot lediglich gegen einen der beiden Geschäftspartner richtet.<sup>225</sup> Da sich das in § 3 des Gesetzes über den Ladenschluss normierte Verbot nur gegen den Verkäufer richtet, könnte der Kaufvertrag zwischen L und B gleichwohl wirksam sein.

Fraglich ist jedoch, ob nicht ausnahmsweise die Nichtigkeit des verbotenen Rechtsgeschäfts dann bejaht werden muss, weil es mit dem Zweck des Gesetzes über den Ladenschluss unvereinbar wäre, die durch den Kaufvertrag getroffene rechtliche Regelung hinzunehmen und bestehen zu lassen.

§ 3 des Gesetzes über den Ladenschluss ist eine gewerbepolizeiliche Ordnungsvorschrift. Sie will nicht den Eintritt der Rechtsfolgen verhindern, auf welche ein Kaufvertrag gerichtet ist, der außerhalb der vorgeschriebenen Ladenöffnungszeiten vereinbart und abgewickelt wird. Es wird vielmehr die Vertragsdurchführung an diesem Ort und zu dieser Zeit missbilligt, ohne dass dem unter diesen Umständen begründeten Privatrechtsverhältnis wegen seines Inhalts die Wirksamkeit versagt werden soll.

Somit stellt § 3 des Gesetzes über den Ladenschluss zwar ein Verbotsgesetz i.S.v. § 134 BGB dar, allerdings folgt aus einem Verstoß dagegen aus den o. g. Gründen nicht die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts mit der Folge, dass der Kaufvertrag gem. § 433 BGB zwischen L und B wirksam zustande gekommen ist.

L kann also von B die Bezahlung der Lebensmittel gemäß § 433 Abs. 2 verlangen.

<sup>225</sup> Z.B. GRÜNEBERG/ELLENBERGER, § 134 BGB Rn. 9.

Diese Seite bleibt aus technischen Gründen frei!



**2001625**  
**(04/25)**

**55101-05-S#1**



Alle Rechte vorbehalten  
© 2025 FernUniversität in Hagen  
Rechtswissenschaftliche Fakultät