

НЕДЕЛЯ НЕМЕЦКОГО ПРАВА В МОСКВЕ

23–27 НОЯБРЯ 2009 ГОДА



WOCHE DES DEUTSCHEN RECHTS IN MOSKAU

23. – 27. NOVEMBER 2009

Московская государственная юридическая
академия имени О.Е. Кутафина

Juristische Fakultät der Universität Potsdam

НЕДЕЛЯ НЕМЕЦКОГО ПРАВА В МОСКВЕ

23–27 ноября 2009 года

WOCHE DES DEUTSCHEN RECHTS IN MOSKAU

23. – 27. November 2009



МОСКВА – 2010

MOSKAU – 2010

ББК 67.3(4 ГЕМ)

Н 42

Редакционная коллегия сборника:

д-р юрид. наук, профессор **И.М. Мацкевич** (МГЮА имени
О.Е. Кутафина),

д-р юрид. наук **Г.А. Есаков** (МГЮА имени О.Е. Кутафина),
Univ.-Prof. Dr. iur. **Детлев В. Беллинг** (Потсдамский университет)

Неделя немецкого права в Москве 23–27 ноября 2009 года.
Woche des deutschen Rechts in Moskau 23. – 27. November 2009.
— М.: ООО «Издательство “Элит”», 2010. —260 с.

Сборник содержит материалы прошедшей в Московской государственной юридической академии имени О.Е. Кутафина с 23 по 27 ноября 2009 г. «Недели немецкого права в Москве». В рамках этого мероприятия ведущие преподаватели юридического факультета Потсдамского университета прошли целый ряд лекций на немецком языке по различным отраслям немецкого права, в том числе: введение в немецкое право, уголовное право, семейное и наследственное право, международное право и права человека, гражданское право и обязательственное право, третейский суд, конституционное право, церковное право, юрисдикция конституционного и административного судов.

Публикуемые на немецком языке материалы будут представлять несомненный интерес для студентов, аспирантов и профессорско-преподавательского состава высших учебных заведений, а также всех, интересующихся современным немецким правом.

ISBN 978-5-902405-63-4

© МГЮА имени О.Е. Кутафина, 2010

© Juristische Fakultät der Universität Potsdam, 2010

ПРЕДИСЛОВИЕ

В ноябре 2009 г. в стенах Московской государственной юридической академии имени О.Е. Кутафина проходила «Неделя немецкого права». В рамках Недели студентам и преподавателям был прочитан цикл интересных лекций по различным областям юридических знаний, печатный вариант которых предлагается в настоящем сборнике.

Здесь и вопросы теории права, и вопросы уголовного права, и семейное и наследственное право, и международное право и права человека, и гражданское право (включая обязательственное право), и проблемы, связанные с деятельностью третейского суда, и государственное церковное право, и юрисдикция административных судов, и, разумеется, все самое важное в работе Конституционного Суда ФРГ.

Общеизвестно, что российская правовая школа строилась (и продолжает строиться) во многом на германском континентальном праве. Некоторые ранее принятые и современные правовые акты у нас имеют на себе определенное влияние соответствующих законодательных актов ФРГ. Во всяком случае, признано, что Конституционный Суд Российской Федерации по своему правовому положению мало чем отличается от Конституционного Суда Германии.

Особую ценность сборнику придает то, что лекции германских профессоров представлены на немецком языке. Это позволит читателям, изучающим немецкий юридический язык, лучше понять все его особенности и тонкости. А людям, владеющим немецким языком, позволит в полной мере ощутить особый дух континентального права, уровень развития которого справедливо считается одним из самых высоких не только в Европе, но и в мире.

Между профессорами Потсдамского университета и Московской государственной юридической академией сложились особые доверительные отношения. Отрадно, что по многим юридическим проблемам (не только в области науки, но и образования) мы находим общий язык. Что, впрочем, в силу сложившихся традиций и общей правовой школы, неудивительно.

Хотелось бы пожелать, чтобы сборник имел не только продолжение, но и стал бы выходить регулярно. В век глобализации обмен информацией – один из мощных стимулов движения вперед, к взаимопониманию и обогащению.

*Проректор по научной работе
МГЮА имени О.Е. Кутафина,
д-р юрид. наук, профессор
И.М. Мацкевич*

Der Allgemeine Teil und das Recht der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuchs

A. Die Entstehungsgeschichte des BGB

Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch ist Teil des Privatrechts. Es regelt die rechtlichen Positionen von rechtlich gleichgestellten (natürlichen und juristischen) Personen. Im Privatrecht werden das bürgerliche Recht als allgemeines Privatrecht und die Sonderprivatrechte unterschieden. Die Letzten enthalten spezielle Regelungen für bestimmte Sachgebiete, unter anderem das Handelsrecht, das Wirtschaftsrecht, das Immaterialgüterrecht und das Arbeitsrecht².

Das bürgerliche Recht ist das Kerngebiet des Privatrechts. Es ist seit dem Jahr 1900 im BGB geregelt. Der bedeutende deutsche Jurist *Friedrich Carl von Savigny* hatte im Jahr 1815 der Schaffung eines allgemeinen Privatrechts noch widersprochen, weil die deutsche Rechtswissenschaft auf diese Aufgabe nicht genügend vorbereitet sei³. Seit der Gründung des Zweiten Deutschen Reichs im Jahr 1870 war man sich aber aus politischer und wissenschaftlicher Sicht einig darüber, dass die bis dahin herrschende Rechtszersplitterung in das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten das sächsische und das französischbadische Recht sowie das gemeine Recht⁴ – überwunden und ein einheitliches Privatrecht für ganz Deutschland geschaffen werden sollte⁵. 1873 ist dem Bund zu diesem Zweck (durch Art. 4 Nr. 13 Reichsverfassung) eine umfassende Gesetzgebungszuständigkeit für das gesamte bürgerliche Recht eingeräumt worden⁶. Anfang 1874 wurde zunächst eine Vorkommission damit beauftragt, die Grundzüge des BGB und das einzuschlagende Verfahren auszuarbeiten. In ihr wurden

¹ Unter Mitarbeit von Assessor *Marek Kneis*.

² Palandt/*Heinrichs*, Einl, Rn. 1.

³ *Von Savigny*, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Wissenschaft, 1814.

⁴ Staudinger/*Coing/Honsell*, Einl zum BGB, Rn. 24.

⁵ MüKo/Säcker, Einl, Rn. 8; Enneccerus/Nipperdey § 11 II–IV.

⁶ Staudinger/*Coing/Honsell*, Einl zum BGB, Rn. 74.

wichtige Vorentscheidungen getroffen. Grundlage des BGB sollte das gemeine deutsche Recht bilden; Materien wie das Handels-, Verlags- und Versicherungsrecht sollten in ihm nicht enthalten sein¹. Ein halbes Jahr später wurde die Erste Kommission einberufen. Ihr gehörten elf Juristen an, unter ihnen war der bekannte Romanist *Bernhard Windscheid*. Er hatte 1861 ein Lehrbuch zum in Deutschland rezipierten römischen Recht – dem Pandektenrecht – publiziert. Nach 13 Jahren legte die Kommission den ersten Entwurf vor. Er wurde 1888 in den «Motiven» zum BGB veröffentlicht². Wegen des maßgeblichen Einflusses von *Windscheid* war der Entwurf dem äußeren Zuschnitt und dem Inhalt nach stark an sein Pandektenkompendium angelehnt³. Es hat vor allem im Ersten und Zweiten Buch des BGB seinen Niederschlag gefunden, während das Gewohnheitsrecht der einzelnen Volksstämme – das deutsche Recht – unter anderem das Sachenrecht maßgeblich geprägt hat⁴. Mehrere Rechtswissenschaftler, unter ihnen *Otto von Gierke*, lehnten den Entwurf völlig ab. *Von Gierke* hatte sich eine stärkere Orientierung am germanischen Recht gewünscht⁵. Bekannt ist seine Bemerkung, dem Entwurf fehle ein «Tropfen sozialistischen Oeles». Von Gierke verband seine Kritik aber auch mit stark konservativen Forderungen, unter anderem nach der Berücksichtigung der ständischen Unterschiede⁶ und der Beibehaltung der ehelichen Muntgewalt im Familienrecht⁷. Er schrieb wörtlich: «Lieg denn aber wirklich ein triftiger Grund zu diesem vollständigen Bruch mit dem im größten Teil Deutschlands erhaltenen deutschen Rechte vor? Ist es unabweisliches Bedürfnis, die Ehefrau, welche nicht Handels- und Gewerbefrau ist, in den Geschäftsverkehr einzuführen, ihr dieselbe

¹ Staudinger/Coing/Honsell, Einl zum BGB, Rn. 75.

² MüKo/Säcker, Einl, Rn. 8.

³ Vgl. Bekker, System und Sprache eines bürgerlichen Gesetzbuches (1888). S. 61.

⁴ Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, Rdnr. 23 f.

⁵ Von Gierke, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht (1889). S. 2 f.

⁶ Von Gierke, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht (1889). S. 85.

⁷ Staudinger/Coing/Honsell, Einl zum BGB, Rn. 80.

Verpflichtungsfähigkeit [...] zu verleihen, den Ehemann zum passiven Zuschauen bei allen möglichen geschäftlichen Operationen seiner Frau zu verurteilen?»¹. Der überwiegende Teil der Rechtswissenschaftler beschränkte sich demgegenüber auf einzelne Änderungswünsche, hielt den Entwurf aber grundlegend für geeignet², auch wenn er überwiegend als sprachlich schwerfällig und hölzern empfunden wurde³. 1890 ist nach einer Phase der Ungewissheit über die Fortführung der Gesetzgebungsarbeiten die zweite Kommission unter Leitung von *Gottlieb Planck* einberufen worden. Der Kommission gehörten auch Nichtjuristen und Parlamentarier an. Ihre Mitglieder sahen den Entwurf paragrafenweise durch, nahmen viele Änderungen im Einzelnen vor, hielten aber an der Grundkonzeption und auch dem Sprachstil des ersten Entwurfs fest⁴. Die Kritik zum Ersten Entwurf aufgreifend, wurden Regelungen zum Schutz von wirtschaftlich Schwächeren angestrebt⁵. Die Arbeit wurde Ende des Jahres 1895 abgeschlossen und der endgültige Entwurf II dem Reichskanzler und dem Bundesrat überreicht⁶. Veröffentlicht wurde er in den «Protokollen». Nach einigen Änderungen, die vor allem das Vereinsrecht betrafen, legte der Bundesrat den aus den Beratungen hervorgegangenen Entwurf III im Januar 1896 dem Reichstag vor⁷. Dort fanden Debatten zum Vereinsrecht und Ehrerecht sowie über Regelungen zum Schutz des Schwächeren statt. Am 1. Juli 1896 wurde der Entwurf mit 222 gegen 48 Stimmen bei 18 Enthaltungen angenommen. Der Bundesrat stimmte kurze Zeit später zu. Im August 1896 wurde das Gesetz ausgefertigt und publiziert. Es trat am 01.01.1900 in Kraft⁸. Aus diesem Anlass wurde den älteren Richtern der Übertritt in

¹ *Von Gierke*, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht (1889), S. 403.

² Staudinger/*Coing/Honsell*, Einl zum BGB, Rn. 80.

³ Palandt/*Heinrichs*, Einl, Rn. 5.

⁴ Staudinger/*Coing/Honsell*, Einl zum BGB, Rn. 84; Palandt/Heinrichs, Einl, Rn. 5.

⁵ Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, Rdnr. 21.

⁶ Staudinger/*Coing/Honsell*, Einl zum BGB, Rn. 84.

⁷ MüKo/Säcker, Einl, Rn. 9.

⁸ Staudinger/*Coing/Honsell*, Einl zum BGB, Rn. 87 f.

den Ruhestand erleichtert¹. Man ging davon aus, dass das Einarbeiten in den großen neuen Rechtsstoff an die Richter ganz enorme Anforderungen stellen würde und dass diesen viele ältere Richter nicht gewachsen sein würden.

B. Die Grundlagen des BGB

I. Die Privatautonomie und die Rechtsgleichheit

Das BGB ist durch wirtschaftlichen Liberalismus und Individualismus geprägt; es gilt der Grundsatz der Privatautonomie: Der Einzelne soll in die Lage versetzt werden, seine Lebensverhältnisse ohne staatliche Bevormundung frei zu gestalten. Zu diesem Zweck wird ihm Vertragsfreiheit gewährt. Sie äußert sich darin, dass jeder sowohl über den Abschluss des Vertrags als auch seinen Inhalt frei entscheiden kann. Daneben ergibt sich aus dem BGB die Freiheit des Einzelnen, mit seinem Eigentum nach Belieben zu verfahren und das Recht, zu bestimmen, wer ihn beerben soll (Testierfreiheit, § 1937 BGB)². Bei der Ausgestaltung des Erbrechts werden allerdings auch familiäre Bindungen berücksichtigt. Deshalb haben der von der Erbfolge ausgeschlossene Ehegatte und Abkömmlinge Anspruch auf einen Pflichtteil. Die Privatautonomie wird durch den Grundsatz der Rechtsgleichheit komplementiert. Er bedeutet, dass alle Bürger Inhaber derselben Rechte und Adressat derselben Gesetze sind³.

II. Der Aufbau des BGB und Klammertechnik

Das BGB ist – dem Pandektensystem folgend – in fünf Bücher untergliedert:

Vorangestellt ist ein Allgemeiner Teil mit gemeinsamen Regelungen für die in den folgenden Büchern enthaltenen besonderen Rechtsverhältnisse. Nach mathematischem Vorbild wurden diese Regelungen genauso wie im Zivilgesetzbuch der russischen Föderation vor die Klam-

¹ Gesetz-Samml. f.d. Königlich Preußischen Staaten 1899, S. 27; *Aschrott*, DJZ 1899, 243.

² Zum Ganzen: *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, Rdnr. 25.

³ *Schwab/Löhnig*, Einführung in das Zivilrecht, Rdnr. 72.

mer gezogen. Dem lag das Bestreben zugrunde, das BGB nicht zu umfangreich werden zu lassen¹. Zu den vorgezogenen, allgemeinen Regelungen gehört z.B. die Frage, wie Verträge zustande kommen. Die in den Büchern 2 bis 5 enthaltenen schuldrechtlichen, sachenrechtlichen, familienrechtlichen und erbrechtlichen Verträge (z.B. der Kaufvertrag, der Ehevertrag oder der Erbvertrag) sagen dazu nichts. Diese allen Verträgen gemeinsame Frage ist in den §§ 145 ff. BGB kodifiziert. Die im Allgemeinen Teil enthaltenen Vorschriften gelten aber nur, soweit in den übrigen Büchern keine abweichenden Sonderregelungen enthalten sind.

Im Schuldrecht und damit im zweiten Buch des BGB sind vertragliche und gesetzliche Sonderverbindungen zwischen einzelnen Personen geregelt. Auch innerhalb des zweiten Buchs hat der Gesetzgeber von der Klammertechnik Gebrauch gemacht: Den einzelnen Schuldverhältnissen ist ein allgemeiner Teil vorangestellt. Dieser enthält Normen, die für sämtliche oder wenigstens einen Teil der nachfolgend geregelten Schuldverhältnisse gelten und die darüber hinaus auf Schuldverhältnisse aus anderen Büchern anwendbar sind. Selbst die Regelungen zu den einzelnen Schuldverhältnissen orientieren sich an diesem Aufbau. Beim Mietvertrag sind z.B. zunächst die allgemeinen, für sämtliche Mietverhältnisse geltenden Vorschriften kodifiziert, bevor speziellere Regeln zu Mietverhältnissen über Wohnraum und andere Sachen folgen.

Im dritten Buch des BGB ist das Sachenrecht geregelt: Es ordnet die Beziehungen von Personen zu Sachen und stellt Regeln über Besitz, Eigentum und beschränkt dingliche Rechte, wie die Hypothek, auf.

Das Familienrecht ist im vierten Buch des BGB enthalten. Hier finden sich Normen zu Ehe, Verwandtschaft sowie Vormundschaft, rechtliche Betreuung und Pflegschaft.

Das Erbrecht ist Gegenstand des fünften und letzten Buchs. Es befasst sich damit, welche vermögensrechtlichen Konsequenzen der Tod eines Menschen hat.

III. Das Zivilrecht und das Grundgesetz

Auch wenn das BGB lange vor Inkrafttreten des Grundgesetzes im Jahr 1949 bestand, wirkt die sich aus den Grundrechten ergebende objektive Werteordnung des Grundgesetzes auf die im BGB enthaltenen

¹ Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, Rdnr. 37.

Regelungen ein: Sie sind verfassungskonform auszulegen. Ist das nicht möglich, können die entsprechenden Vorschriften vom Bundesverfassungsgericht für nichtig erklärt werden. In der Vergangenheit betraf das vor allem Vorschriften aus dem Familienrecht, die aufgrund der historischen Wurzeln des BGB vielfach gegen das Grundrecht der Gleichbehandlung von Mann und Frau verstießen. Die Grundrechte, welche primär Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat sind, strahlen aber auch auf andere Weise in das BGB aus. Sie werden zum Teil als subjektive Rechte des Einzelnen vor Eingriffen von Privatpersonen geschützt. So gewährt § 823 Abs. 1 BGB Schadenersatz bei rechtswidrigen und schuldhaften Eingriffen in das allgemeine Persönlichkeitsrecht (das im Grundgesetz in den Art. 2 Abs. 1 und 1 Abs. 1 verankert ist). Die Grundrechte wirken schließlich über die zivilrechtlichen Generalklauseln (§§ 138, 157, 242, 307, 826, 1666 BGB) und die in ihnen enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe in das Privatrecht hinein¹; sie sind bei ihrer Auslegung als Richtlinien zu berücksichtigen. Beachtet der an die Grundrechte gebundene Zivilrichter die sich aus ihnen ergebenden Modifikationen des Privatrechts nicht, verletzt er als Träger der öffentlichen Gewalt durch sein Urteil das Grundrecht, auf dessen Beachtung der Bürger einen Anspruch hat². Über § 242 BGB, der eine Pflicht zu gegenseitiger Rücksichtnahme statuiert, wirkt beispielsweise das Grundrecht der Religionsfreiheit (Art. 4 GG) zugunsten des Arbeitnehmers auf das Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitgeber ein und gewährt diesem ein Recht, auch während der Arbeitszeit zu beten. Da sich auch der Arbeitgeber auf Grundrechte berufen kann, unter anderem die Berufsfreiheit und die Eigentumsgarantie (Art. 12, 14 GG), besteht das Recht auf Gebetspausen aber nur, wenn es dadurch nicht zu Störungen im Betriebsablauf kommt³.

IV. Der Schutz des Schwächeren

Eine freie Gestaltung der eigenen Lebensverhältnisse mittels der vom BGB gewährten Vertragsfreiheit ist nur möglich, wenn die sich gegenüberstehenden Vertragspartner gleich stark sind. Das ist auf typisch

¹ Palandt/Heinrichs, § 242, Rdnr. 8.

² BVerfGE 7, 198, 206 f.

³ LAG Hamm, NJW 2002, 1970.

unvollkommenen Märkten nicht der Fall. Unterschiedliche Besitzstände können zur strukturellen Ungleichheit der Marktmacht zwischen den Kontrahenten führen, so dass die individuelle Vertragsfreiheit zu Lasten einer Partei eingeschränkt wird. Die damit verbundenen faktischen Einengungen der Freiheit sind typisch für bestimmte Teilmärkte. Zu ihnen gehören z.B. der Arbeits- aber auch der Wohnungsmarkt¹. Im BGB gab es deshalb von Anfang an Vorschriften zum Schutz von Schwächeren, wie § 138 Abs. 2 BGB, der wucherische Rechtsgeschäfte für nichtig erklärt. Seit Inkrafttreten des Grundgesetzes begründen auch die Grundrechte die Aufgabe des Staats, auf Grundrechtsgefährdungen oder -eingriffe, die durch Private – sei es auch durch Ausübung ihrer Privatautonomie – entstehen, mit der Schaffung ausreichender Schutzbestimmungen zu reagieren². Im Laufe der Zeit sind deshalb weitere Schutzzvorschriften dazugekommen. So gibt es z.B. Vorschriften zum Schutz von Arbeitnehmern, Verbrauchern und Mietern. Nicht alle sind in das BGB integriert; zum Teil sind sie Gegenstand der Sonderprivatrechte.

V. Der Einfluss des Europäischen Rechts

Ein Teil des BGB und des Privatrechts insgesamt basiert auf EG-Richtlinien. Diese enthalten verbindliche Vorgaben der Europäischen Union, die von den Mitgliedstaaten in nationales Recht umgesetzt werden müssen. Ziel der Richtlinien ist die Vereinheitlichung des gemeinsamen Marktes und die Verwirklichung der europäischen Grundfreiheiten³. Vor allem im Bereich des Vertrags- und des Schuldrechts ist der Einfluss von EG-Richtlinien groß⁴. Im Jahr 2001 hat der Gesetzgeber die europäischen Richtlinien zum Verbrauchs-güterkauf (1999/94/EG), E-Commerce (2000/31/EG) und zum Zahlungsverzug (2000/35/EG) als Anlass dafür genommen, das seit Inkrafttreten des BGB im Wesentlichen unveränderte Schuldrecht zu modernisieren. Das Recht der Leistungsstörungen und das Kaufvertragliche Gewährleistungsrecht wurden umfassend überarbeitet. Ein Teilder schon

¹ Belling, Das Günstigkeitsprinzip im Arbeitsrecht. S. 1 ff.

² Belling, ZfA 1999, 547, 572.

³ Schwab/Löhnig, Einführung in das Zivilrecht, Rdnr. 35.

⁴ MüKo/Säcker, Einleitung, Rdnr. 196.

vorher auf europarechtliche Vorgaben zurückgehenden Verbraucherschutzgesetze – unter ihnen z.B. Fernabsatzgesetz – wurden im Zuge der Schuldrechtsreform in das BGB integriert.

In der EU gibt es – initiiert durch das Europäische Parlament – Bestrebungen, die sich zum Teil stark unterscheidenden nationalen Rechte in einer einheitlichen europäischen Zivilrechtskodifikation zu vereinigen. Der gemeinsame Binnenmarkt der EU führt zu Vertragsbeziehungen zwischen Bürgern und Unternehmen, welche in unterschiedlichen Mitgliedstaaten angesiedelt sind. Deshalb ist vor allem im Bereich des Vertragsrechts eine Vereinheitlichung erforderlich. Mit diesem Ziel hat eine nicht offiziell beauftragte Kommission für europäisches Vertragsrecht (Lando-Kommission) auf rechtsvergleichender Basis einen Entwurf über das europäische Vertragsrecht (Principles of European Contract Law) ausgearbeitet. Auf dessen Grundlage wurde von der Study Group on a European Civil Code und der European Research Group on Existing EC Private Law (Acquis Group) ein Draft Common Frame of Reference erstellt, der am 20. Oktober 2009 in seiner endgültigen Fassung erschienen ist. Ob diese Vorarbeiten tatsächlich zu einem einheitlichen europäischen Schuldrecht führen werden, bleibt abzuwarten. Jedenfalls wurden die zum Zeitpunkt der bereits angeprochenen Schuldrechtsreform existierenden PECL im Gesetzgebungsverfahren eingehend berücksichtigt¹.

VI. Das Trennungs- und Abstraktionsprinzip

Zu den Grundprinzipien des BGB gehört das Trennungs- und das Abstraktionsprinzip. Es ist eine deutsche Besonderheit und geht auf *von Savigny* und seine Analyse des römischen Rechts zurück². Diese gilt heute allerdings nicht mehr als unangefochten. Vielfach wird davon ausgegangen, dass *von Savigny* irrte, als er das römische Recht als Quelle des Trennungs- und Abstraktionsprinzips ansah³. Dennoch sind beide Prinzipien fest im deutschen Zivilrecht verankert. Kennzeichnend ist die Unterscheidung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften.

¹ Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Rn. 43.

² Von Savigny, System des heutigen römischen Rechts III, 312 ff.

³ Füller, Eigenständiges Sachenrecht? S. 123, m.w.N.; Wesel, Juristische Weltkunde. S. 93.

Verpflichtungsgeschäfte sind alle Rechtsgeschäfte, die ein Schuldverhältnis und damit mindestens einen Anspruch des Gläubigers auf ein Tun oder Unterlassen des Schuldners begründen. Unter Verfügungsgeschäften versteht man dagegen solche Rechtsgeschäfte, die auf eine Rechtsänderung, z.B. die Übertragung des Eigentums an einer Sache, gerichtet sind.

Das Trennungsprinzip besagt, dass durch ein Verpflichtungsgeschäft noch keine Rechtsänderung herbeigeführt wird. Es begründet zunächst nur einen Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner auf Vornahme der Rechtsänderung. Dieser Anspruch wird erst durch die Vornahme des jeweiligen Verfügungsgeschäfts erfüllt. So führt ein Kaufvertrag über eine Sache nicht zum Übergang des Eigentums an der Sache, der Käufer hat darauf lediglich einen Anspruch. Dieser muss noch durch das entsprechende Verfügungsgeschäft erfüllt werden. Bei einem Kaufvertrag über eine bewegliche Sache ist z.B. eine Übereignung der Kaufsache nach § 929 S. 1 BGB erforderlich.

Das Abstraktionsprinzip geht noch einen Schritt weiter: Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte sind unabhängig voneinander wirksam. Deshalb berührt die Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäfts – z.B. des Kaufvertrags – die Wirksamkeit des Verfügungsgeschäfts nicht. Ist der Kaufvertrag – gleich aus welchen Gründen nichtig – bleibt der Käufer, dem das Eigentum an der Kaufsache bereits übertragen wurde, weiter Eigentümer. Die dadurch entstehende rechtsgrundlose Vermögensverschiebung kann allerdings durch das Bereicherungsrecht, welches in den §§ 812 ff. BGB geregelt ist, rückgängig gemacht werden.

Auf diese Weise dient das Trennungs- und Abstraktionsprinzip primär dem Verkehrsschutz und der Rechtssicherheit. Die Eigentumslage lässt sich relativ leicht feststellen. Auf das anfällige Verpflichtungsgeschäft muss dafür nicht rekuriert werden. Der Erwerber einer Sache oder eines Rechts ist in der Lage, diese weiter zu übertragen, selbst wenn das zugrundeliegende Verpflichtungsgeschäft nichtig ist. In einer Erwerbskette muss der Letzterwerber also nicht befürchten, dass er den erworbenen Gegenstand verliert, wenn sich ein schuldrechtlicher Vertrag über diesen Gegenstand, den zwei Personen in der Vergangenheit geschlossen haben, als nichtig herausstellt.

Kritisiert wird, dass sich der Schutz des Trennungs- und Abstraktionsprinzips weitgehend auch über Vorschriften über den Gutglaubenserwerb verwirklichen ließe. Vor allem bei der Übertragung von Rechten durch Abtretung nach den §§ 398 ff. BGB bewirkt das Abstraktionsprinzip aber einen zusätzlichen Schutz, weil es dort einen Gutglaubenserwerb nicht gibt. Das gleiche gilt für die Zwangsvollstreckung. Schließlich bringt das Trennungs- und Abstraktionsprinzip auch beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt Vorteile¹. Möchte der Käufer die Kaufsache nicht sofort bezahlen, wäre es für den Verkäufer zu riskant, dem Käufer bereits das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Eine ausreichende dingliche Sicherung des Verkäufers kann aber dadurch erreicht werden, dass dem Käufer die Sache zwar sofort übergeben wird, die Einigung über den Eigentumsübergang aber unter der aufschiebenden Bedingung (§ 158 Abs. 1 BGB) erfolgt, dass der gesamte Kaufpreis bezahlt wurde. Bis zum Eintritt der Bedingung bleibt der Verkäufer Eigentümer der Kaufsache, danach geht das Eigentum ohne weiteres an den Käufer über².

Dennoch sind mit dem Trennungs- und Abstraktionsprinzip auch Nachteile verbunden. Der gesteigerte Verkehrsschutz geht zu Lasten desjenigen, der ohne wirksamen Kausalvertrag verfügt. Denn eine Rückabwicklung der rechtsgrundlosen Verfügung über das Bereicherungsrecht ist nicht immer erfolgversprechend. Vor allem bei Weiterveräußerung des empfangenen Gegenstands durch den Empfänger und bei Pfändung der erlangten Sache im Rahmen einer Zwangsvollstreckung kann der rechtsgrundlos Verfügende leer ausgehen, wenn der Empfänger zwischenzeitlich vermögenslos geworden ist³.

Dazu kommt, dass durch das Trennungs- und Abstraktionsprinzip ein einheitlicher Lebenssachverhalt in künstliche Teile zerlegt wird. Für juristische Laien ist das schwer verständlich. In der universitären Ausbildung ist die Vermittlung des Trennungs- und Abstraktionsprinzips deshalb vor allem zu Beginn des Studiums mit einem Aufwand verbunden.

¹ Larenz/Wolf, § 23, Rdnr. 88.

² Zum Kauf unter Eigentumsvorbehalt s. Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, § 7, Rdnr. 21 ff.

³ Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, Rdnr. 121.

C. Der Allgemeine Teil des BGB

Der Allgemeine Teil des BGB enthält Vorschriften, welche für die in den folgenden Büchern geregelten Rechtsverhältnisse gelten.

I. Die natürlichen und juristischen Personen

Der Allgemeine Teil beginnt mit Regelungen über die Rechtssubjekte des Privatrechts und unterteilt diese in natürliche und juristische Personen. Natürliche Personen sind Menschen. Juristische Personen sind Personenvereinigungen oder rechtlich verselbständigte Zusammenfassungen von Vermögenswerten. Bei beiden stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen sie ihre Rechtsfähigkeit erwerben und damit Träger von Rechten und Pflichten sein können. Die Rechtsfähigkeit einer natürlichen Person beginnt mit *Vollendung der Geburt* (§ 1 BGB), d.h. dem vollständigen Austritt des lebenden Kindes aus dem Mutterleib. Sie endet mit dem (Hirn-) Tod. Die Rechtsfähigkeit der juristischen Personen wird durch *staatlichen Hoheitsakt* begründet, z. B. durch Registereintragung (§§ 55 ff. BGB, § 7 Abs. 1 GmbHG, § 36 Abs. 1 AktG) oder durch Anerkennung (§ 80 S. 1 BGB). Sie endet mit deren Auflösung. Im BGB finden sich lediglich Vorschriften über juristische Personen des Privatrechts; im Allgemeinen Teil sind das der Verein und die Stiftung. Viele Personengesellschaften sind außerhalb des BGB geregelt, unter ihnen die Aktiengesellschaft (§ 1 Abs. 1 S. 1 AktG) und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (§ 13 Abs. 1 GmbHG).

II. Die Geschäftsfähigkeit

Die Rechtsfähigkeit führt nicht automatisch auch zur Geschäftsfähigkeit eines Menschen. Unter *Geschäftsfähigkeit* wird die Fähigkeit verstanden, Rechtsgeschäfte wirksam vorzunehmen. Das Gesetz geht von dem Grundsatz aus, dass jeder Mensch geschäftsfähig ist. In den §§ 104 ff. BGB sind aber Fälle geregelt, in denen die Geschäftsfähigkeit nicht oder nicht uneingeschränkt angenommen werden darf.

Geschäftsunfähig ist, wer das siebente Lebensjahr noch nicht vollendet hat oder unter einer dauerhaften, krankhaften Störung seines Geisteszustands leidet (§ 104 BGB). Die Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen ist *nichtig* (§ 105 Abs. 1 BGB), selbst wenn es sich um ein für den Geschäftsunfähigen ausschließlich vorteilhaftes Geschäft

handelt. Er kann daher beispielsweise keine Schenkungsofferte annehmen. Eine im Zustand der Bewusstlosigkeit oder vorübergehenden Störung der *Geistestätigkeit abgegebene Willenserklärung ist ebenfalls nichtig* (§ 105 Abs. 2 BGB). Einen Einfluss auf die Geschäftsfähigkeit des Betroffenen haben diese nur zeitweiligen Zustände aber nicht.

Minderjährige sind mit Vollendung des siebenten Lebensjahrs beschränkt geschäftsfähig (§ 106 BGB). Die volle Geschäftsfähigkeit tritt mit der Volljährigkeit, d.h. der Vollendung des 18. Lebensjahres (§ 2 BGB) ein. Eine weitere Unterteilung, wie im Zivilgesetzbuch der Russischen Föderation gibt es nicht. Die Rechtsfolgen der beschränkten Geschäftsfähigkeit hängen davon ab, um welche Art von Rechtsgeschäft es sich handelt:

Lediglich rechtlich vorteilhafte Rechtsgeschäfte kann der beschränkt Geschäftsfähige selbst vornehmen. Darunter sind Rechtsgeschäfte zu verstehen, die keine persönlichen Pflichten des Minderjährigen begründen und auch keine vorhandenen Rechte des Minderjährigen aufheben oder mindern. Unter den Verpflichtungsgeschäften gehört dazu vor allem die Schenkung zugunsten des Minderjährigen, aber auch alle Verfügungsgeschäfte zugunsten des Minderjährigen (z. B. Eigentumserwerb) fallen in diese Kategorie. Zustimmungsfrei sind daneben die sog. neutralen Geschäfte, die für den Minderjährigen weder rechtlich von Vorteil noch nachteilig sind. Ein solches Geschäft liegt z. B. vor, wenn der Minderjährige als Vertreter mit Vertretungsmacht, zu deren Erteilung es keiner vollen Geschäftsfähigkeit des Vertreters bedarf (§ 165 BGB), für den Geschäftsherrn handelt.

Beidseitig verpflichtende Verträge, wie der Kaufvertrag, begründen Verpflichtungen zu Lasten des Minderjährigen und sind niemals lediglich rechtlich vorteilhaft. Das gleiche gilt für unvollkommen zweiseitig verpflichtende Verträge, zu denen der Leihvertrag gehört. Er begründet eine Rückgabepflicht des Entleihers (§ 604 Abs. 1 BGB), die für den Minderjährigen einen rechtlichen Nachteil darstellt. Auch Verfügungen zu Lasten des Minderjährigen führen dazu, dass vorhandene Rechte aufgehoben oder gemindert werden.

Zum Schutz des beschränkt Geschäftsfähigen bedürfen nicht lediglich rechtlich vorteilhafte Geschäfte der Zustimmung des gesetz-

lichen Vertreters. Wird sie nicht erteilt, ist der Vertrag unwirksam (§ 108 Abs. 1 BGB). Einen Spezialfall der Zustimmung nämlich den Fall einer konkludent erteilten Einwilligung — regelt der sog. *Taschengeldparagraph* (§ 110 BGB). Der Minderjährige kann danach wirksam einen Vertrag schließen, wenn er die vertragsgemäße Leistung mit Mitteln bewirkt, die ihm zu diesem Zweck oder zur freien Verfügung überlassen wurden. Für den selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts und das Eingehen eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses kann dem Minderjährigen sogar eine Teilgeschäftsfähigkeit eingeräumt werden. Sie führt dazu, dass er für diesen Bereich voll geschäftsfähig ist und die damit zusammenhängenden Rechtsgeschäfte auch ohne Zustimmung seiner gesetzlichen Vertreter abschließen kann.

III. Das Rechtsgeschäft und die Willenserklärung

Zu den zentralen Regelungen des Allgemeinen Teils gehören die Vorschriften über das Zustandekommen von Rechtsgeschäften. Diese werden im deutschen Zivilrecht als Tatbestände definiert, welche mindestens eine Willenserklärung enthalten und Rechtsfolgen auslösen, weil sie gewollt sind. Kernstück des Rechtsgeschäfts ist damit die Willenserklärung. Sie ist die Äußerung eines auf einen Rechtserfolg gerichteten Willens. Die Willenserklärung enthält auf objektiver Seite einen *tatsächlichen Erklärungsakt*, der auf den Willen, eine bestimmte Rechtsfolge herbeiführen zu wollen, schließen lässt. Ob ein entsprechender Rechtsbindungswille erkennbar ist, muss durch Auslegung ermittelt werden (§§ 133, 157 BGB). Auf der subjektiven Seite werden Handlungswille, Erklärungsbewusstsein und Geschäftswille unterschieden. Beim ersten handelt es sich um den Willen, überhaupt eine Handlung im Rechtssinne vorzunehmen. Er fehlt z.B. bei Reflexen. Das *Erklärungsbewusstsein* meint das Bewusstsein des Handelnden, irgendeine rechtsgeschäftliche Erklärung abzugeben. Der Geschäftswille ist schließlich der Wille, ein ganz bestimmtes Rechtsgeschäft vorzunehmen. Einigkeit besteht darüber, dass ein vorhandener Geschäftswille keine notwendige Voraussetzung für die Wirksamkeit einer Willenserklärung ist. Denn bei Auseinanderfallen von Geschäftswillen und dem tatsächlich Erklärten ist die Willenserklärung lediglich anfechtbar nach den §§ 119 ff. BGB.

Umstritten ist allerdings, ob auch das Erklärungsbewusstsein eine notwendige Voraussetzung für das Vorliegen einer wirksamen Willenserklärung ist. Anlass für diesen Streit gab der bereits 1899 von *Hermann Isay* veröffentlichte Fall der Trierer Weinversteigerung¹: Während der Teilnahme an einer Weinversteigerung entdeckt A den ihm bekannten B und winkt ihm zu. Er erhält daraufhin den Zuschlag für den gerade versteigerten Posten Wein. Problematisch war, ob A durch das Winken eine wirksame, auf einen Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung abgegeben hat, denn er handelte schon nicht mit der Absicht, überhaupt rechtsgeschäftlich tätig zu werden. Ihm fehlte das Erklärungsbewusstsein. Zwei der dazu vertretenen Theorien betonen jeweils einseitig die Interessen des Erklärenden bzw. des Erklärungsempfängers: Eine Ansicht geht davon aus, dass ohne Erklärungsbewusstsein keine Willenserklärung vorliegt. Grund dafür sei die Schutzwürdigkeit der Privatautonomie des Erklärenden. Die Gegenansicht bejaht trotz fehlenden Erklärungsbewusstseins den Tatbestand einer Willenserklärung. Sie möchte vorrangig das Vertrauen des Erklärungsempfängers in den objektiven Erklärungstatbestand des Erklärenden schützen. Die inzwischen herrschende Meinung geht einen zwischen diesen beiden, das BGB prägenden Grundprinzipien vermittelnden Weg: Das Erklärungsbewusstsein ist zwar notwendiges Tatbestandsmerkmal einer Willenserklärung. Wenn der Erklärende aber bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkennen und vermeiden können, dass er den objektiven Tatbestand einer Willenserklärung setzt, muss er sich sein Verhalten auch bei fehlendem Erklärungsbewusstsein als Willenserklärung zurechnen lassen, wenn der Erklärungsempfänger auf den objektiven Tatbestand der Erklärung vertraut und deshalb schutzwürdig ist. Im Fall der Trierer Weinversteigerung musste A damit rechnen, dass sein Winken als Gebot aufgefasst wird. Das Winken wird ihm also als Willenserklärung zugerechnet und es kommt – zunächst – ein wirksamer Vertrag zwischen ihm und B zustande.

Die Tatbestandsmerkmale von Willenserklärungen haben keine unmittelbare Grundlage im Gesetz. Gesetzlich geregelt sind dagegen der Zugang von Willenserklärungen und das Zustandekommen des Vertrags

¹ *Isay*, Die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts. S. 25.

durch Antrag und Annahme (§§ 145 ff. BGB). Der Antrag ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung und muss inhaltlich so bestimmt sein, dass der Erklärungsgegner bloß noch zustimmen muss. Das ist der Fall, wenn es die wesentlichen Punkte eines Vertrags (z.B. beim Kaufvertrag den Kaufgegenstand, den Kaufpreis und die Vertragsparteien) enthält. Die Annahmeerklärung muss inhaltlich mit dem Angebot übereinstimmen. Jede Änderung ist als Ablehnung aufzufassen; sie gilt nach § 150 Abs. 2 BGB als neuer Antrag. Beide Willenserklärungen müssen nicht ausdrücklich, sondern können auch konkludent erklärt werden. Das Angebot kann nur innerhalb einer bestimmten Frist (§§ 147—149 BGB) angenommen werden, danach erlischt es.

IV. Die Anfechtung von Willenserklärungen

Zu den wichtigsten Rechtsinstituten des Allgemeinen Teils zählen die Vorschriften über die Anfechtung von Willenserklärungen. Der Irrtum über den Inhalt des Rechtsgeschäfts führt nicht automatisch zur Nichtigkeit der auf den Vertragsschluss zielen Willenserklärung, weil der Geschäftswille – wie dargelegt – kein notwendiges Tatbestandsmerkmal der Willenserklärung ist. Der durch irrtümliche Erklärung zustande gekommene Konsens bleibt zunächst unberührt.

Die Willenserklärung des Irrenden ist aber unter bestimmten Voraussetzungen anfechtbar. Bei der Ausgestaltung der Anfechtungsregeln hat der Gesetzgeber das Risiko des Irrtums zwischen den Vertragsparteien verteilt. Nicht jeder Irrtum berechtigt zur Anfechtung; denn die Selbstverantwortung des Irrenden, das Vertrauen des Gegners und die Verkehrssicherheit stehen der Beachtlichkeit des Willensmangels gegenüber¹.

Mit Bedacht hat der Gesetzgeber die Anfechtung nur aus den folgenden Gründen zugelassen:

1. Der Erklärungssirrhum

Anfechtbar sind zunächst Willenserklärungen, die auf einem Erklärungssirrhum (§ 119 Abs. 1 Fall 2 BGB) basieren: Darunter werden Irrtümer in der Erklärungshandlung verstanden. Der Erklärende wählt unbewusst einen falschen Ausdruck und will eine Erklärung des verlaut-

¹ BGHZ 91, 324, 330; zum Meinungsstand *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen, München 1995. S. 58—60; ablehnend ders., S. 61—64.

barten Inhalts überhaupt nicht abgegeben. Typische Fälle sind das Versprechen, Verschreiben, Vergreifen.

2. Der Inhaltsirrtum

Auch der sog. Inhaltsirrtum (§ 119 Abs. 1 Fall 1 BGB) berechtigt zur Anfechtung. Er ist gegeben, wenn der Erklärende bei der Abgabe der Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtum war (Irrtum über die Erklärungsbedeutung). Der Erklärende irrt über die inhaltliche Bedeutung seiner Erklärung, er misst ihr einen anderen Sinn bei, als sie in Wirklichkeit hat. Schulbeispiel ist ein 1978 vom Landgericht Hanau entschiedener Fall¹: Die Konrektorin einer Mädchenschule bestellte 25 Gros Rollen Toilettenpapier in der Annahme, dass «Gros» eine Verpackungsangabe sei. Dass es sich in Wirklichkeit um die handelsübliche Bezeichnung von 12x12 handelte, erkannte sie nicht. Umso größer war ihr Erstaunen, als sie insgesamt (12x12x25=) 3.600 Rollen Toilettenpapier geliefert bekam. Ihr Irrtum über die konkrete Bedeutung des von ihr verwendeten Erklärungszeichen «Gros» ermöglichte ihr aber die Anfechtung des Vertrags wegen Inhaltsirrtums.

3. Der Motivirrtum

Im Gegensatz zum Inhalts- und Erklärungsirrtum können Willenserklärungen, die auf einem Motivirrtum beruhen, grundsätzlich nicht angefochten werden. Beim Motivirrtum stimmen Wille und Erklärung überein, der Wille ist aber auf einer fehlerhaften Grundlage gebildet worden. Der Erklärende geht irrtümlich von falschen Umständen, Erwartungen, Hoffnungen oder Beweggründen aus. Als Beispiel kann der Käufer eines Hochzeitsgeschenks angeführt werden, der noch nicht weiß, dass die Hochzeit abgesagt wurde.

4. Der Eigenschaftsirrtum

Von der grundsätzlichen Unbeachtlichkeit des Motivirrtums macht die Anfechtbarkeit wegen Eigenschaftsirrtums (§ 119 Abs. 2 BGB) eine Ausnahme. Danach berechtigt auch der Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften der Person oder Sache zur Anfechtung eines Vertrags. Verkehrswesentliche Eigenschaften einer Sache sind alle gegenwärtigen Verhältnisse, die ihr für eine gewisse Dauer anhaften und für ihre Wert-

¹ LG Hanau, NJW 1979, 721.

schätzung im Rechtsverkehr von Bedeutung sind. Keine Eigenschaft ist der Wert oder Preis einer Sache, weil er kein wertbildender Faktor der Sache selbst ist, sondern von Gegebenheiten des Markts abhängt. Zu beachten ist, dass die Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtums durch die kaufvertraglichen Gewährleistungsvorschriften (§§ 437 ff. BGB) verdrängt wird. Grundsätzlich können weder Käufer noch Verkäufer anfechten, wenn die Eigenschaft, hinsichtlich derer ein Irrtum besteht, gleichzeitig einen Sachmangel darstellt.

5. Die arglistige Täuschung

Eine weitere Ausnahme von der Unanfechtbarkeit von Motivirrtümern ergibt sich aus § 123 Abs. 1 Fall 1 BGB. Dieser ermöglicht die Anfechtung von Willenserklärungen, die auf arglistigen Täuschungen beruhen. Unabhängig von der Art des Irrtums (Inhalts-, Erklärungs-, Eigenschafts- oder Motivirrtum)¹ soll sich der Täuschende nicht darauf verlassen können, Rechte erworben zu haben. Täuschungen können durch positives Tun, aber auch durch Unterlassen begangen werden, wenn eine Rechtpflicht zur Aufklärung besteht. Ohne Nachfrage muss nur über Umstände aufgeklärt werden, die für den Willentschluss des anderen Teils von erkennbar entscheidender Bedeutung sind und über die nach der Verkehrsanschauung Aufklärung auch ohne besondere Nachfrage erwartet werden darf. Dazu gehört z.B. die Frage, ob es sich bei einem zum Verkauf stehenden, gebrauchten PKW um einen Unfallwagen handelt.

Die Täuschung muss widerrechtlich sein. Widerrechtlichkeit scheidet aus, wenn für die Täuschung ein Rechtfertigungsgrund besteht. Ein solcher kann vor allem bei unzulässigen Fragen gegeben sein; denn in ihnen liegen rechtswidrige Angriffe, gegen die Notwehr (§ 227 BGB) durch «Lüge» geübt werden kann. So darf ein potentieller Arbeitgeber eine Bewerberin bei der Einstellung nicht nach einer bestehenden Schwangerschaft fragen. Tut er das dennoch, muss die Bewerberin die Frage nicht wahrheitsgemäß beantworten. Eine Anfechtung des Arbeitsvertrags wegen arglistiger Täuschung ist dem Arbeitgeber nicht möglich.

Die Täuschung muss schließlich kausal für die Abgabe der Willenserklärung und in dem Bewusstsein vorgenommen sein, dass der

¹ MüKo/Kramer, § 123, Rdnr. 13.

Getäuschte die Willenserklärung ohne die Täuschung nicht, nicht so oder nicht zu diesem Zeitpunkt abgegeben hätte. Anders als der Begriff der Arglist vermuten lässt, muss der Täuschende nicht mit Schädigungsvorsatz gehandelt haben.

6. Die widerrechtliche Drohung

Auch Verträge, die durch widerrechtliche Drohung zustande gekommen sind, können angefochten werden. Eine Drohung ist das Inaussichtstellen eines künftigen Übels, auf dessen Eintritt der Drogende einen Einfluss zu haben vorgibt. Die Rechtswidrigkeit der Drohung kann sich ergeben aus der Widerrechtlichkeit des Mittels, aus der Widerrechtlichkeit des Zwecks sowie aus der Inadäquanz von Mittel und Zweck.

7. Die unrichtige Übermittlung einer Willenserklärung durch einen Boten

Anfechtungsgrund ist schließlich die unbewusste, unrichtige Übermittlung einer Willenserklärung durch einen Boten (§ 120 BGB). Die bewusste Falschübermittlung ist für den Erklärenden unverbindlich, er braucht sie nicht anzufechten.

8. Die weiteren Voraussetzungen der Anfechtung

Eine wirksame Anfechtung erfordert neben dem Vorliegen eines Anfechtungsgrundes auch eine Anfechtungserklärung, die innerhalb der gesetzlich vorgeschriebenen Anfechtungsfrist erfolgen muss. Eine Klage, wie sie die Art. 178 und 179 ZGB der Russischen Föderation vorsehen, ist nicht erforderlich. Die Dauer der Anfechtungsfrist ist von der Art des Anfechtungsgrundes abhängig. Verträge, die auf einem Erklärungs-, Inhalts- oder Eigenschaftsirrtum sowie der falschen Übermittlung durch einen Boten beruhen, können nur unverzüglich nach Kenntniserlangung von dem Irrtum bzw. der unrichtigen Übermittlung angefochten werden (§ 121 BGB). Arglistige Täuschung und widerrechtliche Drohung berechtigen dagegen zur Anfechtung innerhalb eines Jahres nach Kenntniserlangung von der Täuschung bzw. dem Wegfall der Zwangslage bei der widerrechtlichen Drohung (§ 124 BGB).

9. Die Rechtsfolgen der Anfechtung

Das Anfechtungsrecht ist ein Gestaltungsrecht. Die Anfechtung einer Willenserklärung führt nach § 142 Abs. 1 BGB dazu, dass die Willenserklärung und der durch sie geschlossene Vertrag rückwirkend auf den

Zeitpunkt der Erklärung nichtig sind. Bei vollzogenen Arbeits- und Gesellschaftsverhältnissen wirkt die Anfechtung dagegen grundsätzlich nur ab dem Zeitpunkt des Zugangs der Anfechtungserklärung.

Bei der Anfechtung wegen Erklärungs-, Inhalts- oder Eigenschaftsirrtum sowie der falschen Übermittlung durch einen Boten ist der Anfechtende gegenüber dem Anfechtungsgegner zum Ersatz des Vertrauensschadens verpflichtet (§ 122 Abs. 1 BGB).

V. Die Stellvertretung

Von herausgehobener Bedeutung sind im Allgemeinen Teil des BGB auch die Regeln über die (unmittelbare) Stellvertretung. Sie sind in den §§ 164 ff. BGB enthalten. Die Stellvertretung erweitert den Handlungsspielraum natürlicher Personen und ermöglicht juristischen Personen, welche nur durch ihre Organvertreter handeln können, überhaupt erst die Teilnahme am Rechtsverkehr.

Die Wirkungen der Stellvertretung treffen nicht denjenigen, der die Willenserklärung abgegeben hat (Vertreter), sondern *ipso iure* den Vertretenen (§ 164 Abs. BGB).

Die Stellvertretung ist nur bei Willenserklärungen zulässig. Auf geschäftsähnliche Handlungen, wie die Mahnung (§ 286 Abs. 1 BGB), können sie aber analog angewendet werden. Bei Realakten und unerlaubten Handlungen ist Stellvertretung ausgeschlossen. Das gleiche gilt für höchstpersönliche Rechtsgeschäfte, zu denen beispielsweise die Eheschließung (§ 1311 BGB) gehört. Auch bei der gewillkürten Höchstpersönlichkeit, d.h. dem vertraglichen Ausschluss der Stellvertretung, ist sie unzulässig.

Folgende Voraussetzungen müssen für eine wirksame Stellvertretung erfüllt sein. Dabei gibt es durchaus Parallelen zur Regelung der §§ 184 ff. ZGB der Russischen Föderation.

1. Die eigene Willenserklärung des Vertreters

Der Stellvertreter muss eine eigene Willenserklärung abgeben. Das Tatbestandsmerkmal dient der Abgrenzung zur Botenschaft, bei der lediglich eine fremde Willenserklärung übermittelt wird. Eine eigene Willenserklärung des Vertreters liegt vor, wenn er einen eigenen Entscheidungsspielraum hat. Die Abgrenzung, ob eine Hilfsperson im Einzelfall als Vertreter oder als Bote gehandelt hat, erfolgt danach, wie

sie nach außen aufgetreten ist. Vertreter ist, wer äußerlich als entscheidungsberechtigt über das «ob» und/oder «wie» der konkreten Willenserklärung erscheint. Bote ist dagegen derjenige, von dem der Geschäftspartner den Eindruck hat, er nehme nur eine Übermittlungsfunktion wahr.

2. Das Handeln in fremden Namen

Der Vertreter muss bei der Abgabe seiner Willenserklärung grundsätzlich die Vertretung deutlich machen. Er muss zu erkennen geben, dass die Rechtsfolgen des Geschäfts nicht ihn, sondern den Vertretenen treffen sollen. Das kann ausdrücklich erklärt werden oder sich aus den Umständen ergeben (§ 164 Abs. 1 Satz 2 BGB). Gelingt dem Vertreter das nicht, wird er selbst berechtigt und verpflichtet (§ 164 Abs. 2 BGB). Ausnahmen bestehen vor allem bei Bargeschäften des täglichen Lebens, bei denen es dem Vertragspartner gleichgültig ist, wer sein Vertragspartner wird.

3. Im Rahmen der Vertretungsmacht

Der Vertreter muss mit Vertretungsmacht handeln. Diese kann gesetzlich angeordnet sein, etwa bei der Vertretung des Kindes durch die Eltern (§ 1629 Abs. 1 BGB); sie kann auf der Stellung als Organ einer juristischen Person beruhen. Schließlich kann die Vertretungsmacht auch rechtsgeschäftlich erteilt werden – entweder gegenüber dem Vertreter oder dem Dritten, gegenüber dem die Vertretung stattfinden soll (§ 167 BGB). Möglich ist auch eine Vollmachterteilung durch öffentliche Bekanntmachung (§ 171 BGB). Unter bestimmten Voraussetzungen bestehen Rechtscheinvollemmachten, die den guten Glauben des Dritten an das Bestehen oder Fortbestehen einer Vollmacht schützen.

Eine Vollmacht gewährt dem Vertreter lediglich die Rechtsmacht, mit Wirkung für und gegen den Vertretenen Rechtsgeschäfte abzuschließen. Sie ist von dem ihr zugrundeliegenden Rechtsverhältnis zu unterscheiden. Aus diesem ergeben sich die im Innenverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem bestehenden Rechte und Pflichten. Es kann beispielsweise ein Auftrag (§§ 662 ff. BGB) oder ein Dienstvertrag (§§ 611 ff. BGB) sein. Ebenso wie beim Verhältnis zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft gelten für die Bevollmächtigung und das ihr zugrundeliegende Rechtsverhältnis das Trennungs- und das Abstraktions-

prinzip. Die Vollmacht ist daher als selbständiges Rechtsgeschäft von der Wirksamkeit des Grundverhältnisses unabhängig. Sie bleibt auch bestehen, wenn das zugrundeliegende Rechtsgeschäft von Anfang an nichtig ist. Für das Erlöschen der Vollmacht durchbricht das Gesetz das Abstraktionsprinzip: Die Vollmacht erlischt mit ihrem Grundverhältnis. Sie kann aber auch unabhängig vom Fortbestand des Grundverhältnisses jederzeit widerrufen werden (§ 168 BGB).

Handelt ein Vertreter ohne Vertretungsmacht entweder, weil eine Vollmacht nicht besteht oder der Rahmen einer erteilten Vollmacht überschritten wurde, so ist der Vertrag zunächst schwebend unwirksam. Seine Wirksamkeit hängt von der Genehmigung des Vertretenen ab (§ 177 BGB). Genehmigt der Vertretene den Vertrag nicht, haftet der Vertreter (gemäß § 179 Abs. 2, 3 BGB) als sog. Vertreter ohne Vertretungsmacht auf Schadenersatz. Einseitige Geschäfte sind von vornherein nichtig (§ 180 S. 1 BGB).

VI. Die weiteren Regelungen des Allgemeinen Teils

Der Allgemeine Teil des BGB enthält neben den behandelten Regelungsschwerpunkten unter anderem Vorschriften zu Bedingung und Befristung, Fristberechnung, Verjährung, Sittenwidrigkeit von Rechtsgeschäften und Wucher sowie mehrere zivilrechtliche Rechtfertigungsgründe.

D. Das Schuldrecht

Das Schuldrecht untergliedert sich – der Klammertechnik folgend – in einen allgemeinen Teil mit für alle Schuldverhältnisse geltenden Regelungen und einen besonderen Teil, in dem einzelne vertragliche und gesetzliche Schuldverhältnisse geregelt sind. Wegen des Grundsatzes der Vertragsfreiheit besteht im Schuldrecht kein Typenzwang. Die Parteien können auch Verträge schließen, für die es keine speziellen Regelungen gibt. Beispiele dafür sind der Leasing- und der Factoringvertrag.

I. Das Allgemeine Schuldrecht

Das Allgemeine Schuldrecht erstreckt sich über die §§ 241 bis 432 BGB. Es enthält Vorschriften über den Inhalt von Schuldverhältnissen, ihr Erlöschen, den Verbraucherschutz bei Fernabsatzverträgen und Haustürgeschäften, die Verantwortlichkeit des Schuldners, Störungen im

Schuldverhältnis, Art und Umfang des Schadenersatzes, die Abtretung von Forderungen, den Gläubigerverzug, die Beteiligung Dritter am Schuldverhältnis sowie die Mehrheit von Schuldern und Gläubigern.

1. Der Inhalt von Schuldverhältnissen

§ 241 BGB unterscheidet zwei Kategorien schuldrechtlicher Pflichten: die Leistungs- und die Rücksichtnahmepflichten. Leistungspflichten sind klagbar und begründen einen Anspruch des Gläubigers auf ein Tun oder Unterlassen. Ihr Inhalt richtet sich vorrangig nach der Vereinbarung der Parteien. Rücksichtnahmepflichten verpflichten die Parteien eines Schuldverhältnisses demgegenüber zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils. Sie haben ihre Grundlage in der besonderen Nähebeziehung, die aus den gesteigerten Einwirkungsmöglichkeiten auf die Rechtsgüter des anderen Teils eines Schuldverhältnisses folgt. Anders als die Leistungspflichten können Schutzpflichten nicht gerichtlich durchgesetzt werden, ihre Verletzung kann aber zu Schadenersatzansprüchen führen.

2. Das Recht der Leistungsstörungen

Herzstück des Schuldrechts ist das mit der Schuldrechtsreform von 2002 reformierte Leistungsstörungsrecht. Es regelt, unter welchen Voraussetzungen bei Vorliegen einer Leistungsstörung die sich aus dem Vertrag ergebenden Leistungspflichten erlöschen und ob der Gläubiger Schadenersatz verlangen kann.

Das deutsche Leistungsstörungsrecht kennt vier verschiedene Arten von Pflichtverletzungen. Sie lassen sich einteilen in die Verletzung von Leistungspflichten (§ 241 Abs. 1 BGB) und die Verletzung der sich aus § 241 Abs. 2 BGB ergebenden Rücksichtnahme- bzw. Schutzpflichten. Die Verletzung der Leistungspflichten wird weiter unterteilt: Es werden Unmöglichkeit, Verzögerung der Leistung und Schlechtleistung unterschieden.

Bei der *Unmöglichkeit* besteht ein dauerhaftes, unüberwindbares Leistungshindernis. Die Leistung kann aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen von niemandem, zumindest aber dem Schuldner nicht mehr erbracht werden.

Im Gegensatz dazu ist dem Schuldner die Leistung bei der Verzögerung der Leistung grundsätzlich möglich, er erbringt sie aber

nicht zum vereinbarten Termin. Das kann z.B. darauf beruhen, dass der Schuldner seinen Warenvorrat nicht rechtzeitig aufgestockt hat.

Schlechtleistung bedeutet, dass der Schuldner die Leistung zwar rechtzeitig, aber nicht wie geschuldet erbringt. Die Leistung ist mit Mängeln behaftet.

Die Interessenlagen in den verschiedenen Konstellationen sind unterschiedlich. Sowohl für das Erlöschen der Leistungspflichten als auch die Ansprüche auf Schadenersatz hat der Gesetzgeber deshalb ein differenziertes Regelungssystem geschaffen.

a. Das Erlöschen von Leistungs- und Gegenleistungspflicht

Von den in Betracht kommenden Rechtsfolgen soll zunächst auf die Frage eingegangen werden, unter welchen Voraussetzungen die Leistungs- und die Gegenleistungspflicht erlöschen.

i. Die Unmöglichkeit

Im Fall der Unmöglichkeit kann die Leistung nicht mehr erbracht werden, die Leistungspflicht erlischt deshalb ohne weiteres durch Gesetz (§ 275 Abs. 1 BGB). Das gleiche gilt grundsätzlich auch für die Gegenleistungspflicht, z.B. die Kaufpreiszahlungspflicht des Käufers. Unter bestimmten Voraussetzungen wird die Gegenleistungspflicht aufrechterhalten, unter anderem, wenn der Gläubiger für die Unmöglichkeit allein oder weit überwiegend verantwortlich ist.

ii. Die Verzögerung der Leistung

Bei der Verzögerung der Leistung sind beide Vertragspartner in der Regel daran interessiert, dass der Leistungsaustausch noch stattfindet. Die korrespondierenden Leistungspflichten erlöschen deshalb nicht automatisch. Der Gläubiger kann aber vom Vertrag zurücktreten. Damit der Schuldner bei bestehendem Rücktrittswunsch des Gläubigers noch eine Gelegenheit erhält, seine vertraglichen Pflichten zu erfüllen (und dadurch auch in den Genuss der Gegenleistung zu kommen), ist ein Rücktritt aber erst nach erfolgreichem Ablauf einer angemessenen Frist möglich, die der Gläubiger dem Schuldner setzen muss (§ 323 Abs. 1 BGB). In bestimmten Fällen kann die Fristsetzung auch entbehrlich sein, so z.B., wenn der Schuldner seine Leistung ernsthaft und endgültig verweigert.

iii. Die Schlechtleistung

Die Interessenlage bei der Schlechtleistung unterscheidet sich nicht wesentlich von der Verzögerung der Leistung. Die Rücktrittsregelung ist

deshalb identisch. Sie ist in derselben Vorschrift geregelt (§ 323 BGB). Auch in den Fällen der Schlechtleistung muss der Gläubiger dem Schuldner vor dem Rücktritt grundsätzlich eine angemessene Frist zur Leistungserbringung gesetzt haben.

iv. Die Verletzung von Schutzpflichten

Etwas anders stellt sich die Interessenlage bei der Verletzung von Rücksichtnahmeflichten dar. Als Beispiel für eine derartige Pflichtverletzung kann die Beschädigung eines Teppichs durch einen Maler angeführt werden. Auch hier sind beide Parteien grundsätzlich weiter am fortgesetzten Leistungsaustausch – im Beispiel: der Fertigstellung der Malerarbeiten – interessiert. Die sich aus dem Vertrag ergebenden Leistungspflichten können nur durch den Rücktritt des Gläubigers zum Erlöschen gebracht werden. Da die Pflichtverletzung aber in keinem Zusammenhang mit den Leistungspflichten steht, ist das Erfordernis der Fristsetzung unpassend. Ein Rücktritt ist vielmehr davon abhängig, dass dem Gläubiger ein Festhalten am Vertrag wegen der Verletzung der Rücksichtnahmepflicht unzumutbar ist. Maßgeblich dafür sind die Schwere der Pflichtverletzung und des Verschuldens sowie die Wahrscheinlichkeit von Wiederholungen.

b. Der Schadenersatz

Pflichtverletzungen können selbstverständlich auch zu Schadenersatzansprüchen führen. Die schuldrechtlichen Schadenersatzansprüche sind in den §§ 280 ff. BGB geregelt. § 280 Abs. 1 BGB enthält den Grundtatbestand. Er setzt neben dem Bestehen eines Schuldverhältnisses lediglich eine Pflichtverletzung, das Vertretenmüssen der Pflichtverletzung und einen kausal verursachten Schaden voraus. Hinsichtlich des Vertretenmüssens ergibt sich aus dem Gesetz eine Beweislastumkehr, so dass der Schuldner beweisen muss, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.

Für die unterschiedlichen Arten von Pflichtverletzungen sehen die dem § 280 BGB folgenden Normen Modifikationen vor. Bei den Schadenersatzansprüchen wird unterschieden zwischen Schadenersatz, der neben der primären Leistung geltend gemacht werden kann, und solchen Schadenersatzansprüchen, die an die Stelle der Leistung treten.

i. Der Schadenersatz neben der Leistung

Schadenersatz neben der Leistung ist in zwei Konstellationen denkbar. Zum einen kann der Schuldner im Fall von Rücksichtnahmef-

pflichtverletzungen den dadurch entstandenen Schaden (sein Integritätsinteresse) unter den Voraussetzungen des in § 280 Abs. 1 BGB geregelten Grundtatbestands ersetzt verlangen. Im oben geschilderten Beispielfall wäre das der Ersatz für den beschädigten Teppich.

Bei der Verzögerung der Leistung entsteht häufig bereits durch die Verzögerung ein entsprechender Schaden, den der Gläubiger neben der fortbestehenden Leistungspflicht ersetzt verlangen kann. Die nicht rechtzeitige Lieferung eines Mähdreschers kann beispielsweise dazu führen, dass der Gläubiger für einen Überbrückungszeitraum eine Ersatzmaschine anmieten muss. Die dafür aufgewendeten Kosten sind als Schaden neben der Leistung ersatzfähig. Anders als bei der Verletzung von Rücksichtnahmepflichten kann der Gläubiger bei der Verzögerung der Leistung den Verzögerungsschaden aber grundsätzlich nur verlangen, wenn er beim Schuldner vorher die Leistung angemahnt, ihn also eindeutig und bestimmt zur Leistung aufgefordert hat (§ 286 Abs. 1 BGB). In einigen Fällen ist die Mahnung entbehrlich (§ 286 Abs. 2 BGB). So unter anderem, wenn für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist oder der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert.

ii. Der Schadenersatz statt der Leistung

Mit Schadenersatzansprüchen statt der Leistung kann der Gläubiger das Erfüllungsinteresse ersetzt verlangen. Voraussetzung für diese Art von Schadenersatz ist, dass neben dem Grundtatbestand des § 280 Abs. 1 BGB die zusätzlichen Voraussetzungen der §§ 281—283 BGB gegeben sind. Die Normen differenzieren zwischen den verschiedenen Arten von Pflichtverletzungen und sind parallel zu den bereits besprochenen Vorschriften über den Rücktritt ausgestaltet.

Für die Verzögerung der Leistung und die Schlechtleistung wird deshalb neben den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 BGB zusätzlich der erfolglose Ablauf einer angemessenen Frist gefordert.

Ist eine Rücksichtnahmepflichtverletzung gegeben, hängt das Bestehen des Schadenersatzanspruchs davon ab, ob dem Gläubiger die Leistung durch den Gläubiger noch zuzumuten ist.

Bei Unmöglichkeit kann der Gläubiger dagegen ohne zusätzliche Voraussetzungen Schadenersatz statt der Leistung fordern (§ 283 BGB),

denn die Unmöglichkeit führt ohne weiteres zum Erlöschen der Leistungspflicht gemäß § 275 Abs. 1 BGB.

h. Die weiteren Ansprüche

Anstelle des Schadenersatzes statt der Leistung – und unter den jeweils gleichen Voraussetzungen – kann der Gläubiger Ersatz der Aufwendungen verlangen, die er im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht hat (§ 284 BGB).

Im Fall der Unmöglichkeit kann der Gläubiger auch Herausgabe des durch den Schuldner für den geschuldeten Gegenstand erlangten Ersatzes verlangen. Der Herausgabeanspruch mindert etwaige Ansprüche auf Schadenersatz statt der Leistung (§ 285).

i. Der Geltungsbereich des Leistungsstörungsrechts

Das Leistungsstörungsrecht gilt grundsätzlich für alle vertraglichen Schuldverhältnisse. Dazu gehören vor allem die im Besonderen Schuldrecht geregelten Vertragstypen. Zu beachten ist, dass die Vorschriften über den Rücktritt nur auf gegenseitige Verträge – also solche Verträge bei denen sich Leistung und Gegenleistung gegenüberstehen – anwendbar sind und dass die besonderen Schuldverhältnisse teilweise Modifikationen des Leistungsstörungsrechts vorsehen.

II. Das Besondere Schuldrecht

Das Besondere Schuldrecht ist im 8. Abschnitt des zweiten Buches geregelt. Es enthält sowohl vertragliche als auch gesetzliche Schuldverhältnisse.

1. Die Vertraglichen Schuldverhältnisse

Die vertraglichen Schuldverhältnisse sind im Gesetz nicht abschließend geregelt, der Gesetzgeber hat sich für die Kodifikation von den Schuldverhältnissen entschieden, die er für besonders wichtig hielt. Sie lassen sich nach der Art der geschuldeten Leistung systematisieren¹. Angeführt werden sie von den Veräußerungsverträgen, unter ihnen der Kaufvertrag, der Tausch und die Schenkung. Es folgen Überlassungsverträge, wie der Mietvertrag, die Pacht und die Leihe. Daran schließen sich die sog. Tätigkeitsverträge an. Zu ihnen gehören vor allem der Dienst- und der Werkvertrag. Weitere Vertragstypen betreffen die Zusammenarbeit mehrerer Personen, Verträge über Risiken, Verträge zu

¹ Looschelders, Schuldrecht Besonderer Teil, Rdnr. 2 ff.

Sicherung und Feststellung von Forderungen und einige dem Wertpapierrecht zugeordnete Verträge.

a. Der Abschluss und die Rechtsnatur des Kaufvertrags

Der Kaufvertrag ist ein gegenseitig verpflichtender Vertrag. Er ist in den §§ 433 ff. BGB geregelt und kommt nach den Vorschriften des Allgemeinen Teils des BGB durch Angebot und Annahme zustande. Die Einigung muss mindestens den Kaufgegenstand, den Kaufpreis und die Frage, wer Vertragspartner werden soll, umfassen.

b. Die Primäransprüche beim Kaufvertrag

Der Verkäufer einer Sache wird durch den Kaufvertrag verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen (§ 433 Abs. 1 S. 1 BGB). Eine Änderung der Eigentumslage tritt durch den Kaufvertrag noch nicht ein. Der Kaufvertrag begründet als Verpflichtungsgeschäft lediglich einen Anspruch des Käufers gegen den Verkäufer auf Übergabe und Übereignung der Kaufsache. Die Änderung der sachenrechtlichen Zuordnung bedarf nach dem bereits erörterten Trennungsprinzip der Übereignung nach den Vorschriften des Sachenrechts.

Der Käufer muss dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zahlen und die Kaufsache abnehmen (§ 433 Abs. 2 BGB).

Gegenstand des Kaufvertrags können nicht nur Sachen, sondern auch Rechte und sonstige Gegenstände – z.B. Strom, Gas, Wasser, Wärme oder Wertpapiere – sein. Die Vorschriften über den Sachkauf finden auf den Rechtskauf entsprechende Anwendung (§ 453 BGB). Auch beim Rechtskauf geht das betroffene Recht nicht schon mit Kaufvertragsschluss auf den Käufer über. Es muss erst durch das Verfügungsgeschäft der Abtretung (§§ 398 ff. BGB) auf den Käufer übertragen werden.

c. Die Rechte des Käufers bei Sach- und Rechtsmängeln

i. Der Sachmangel

Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen (§ 433 Abs. 1 S. 2 BGB).

Ob ein Sachmangel vorliegt, bestimmt sich nach § 434 BGB. Dieser knüpft primär daran an, ob die Sache bei Gefahrübergang die vereinbarte Beschaffenheit hat. Unter Beschaffenheit versteht man den physischen

Zustand der Sache einschließlich aller ihr anhaftenden Eigenschaften (z.B. «neu», «gebraucht», Material, Größe oder Gewicht; bei Kfz: Kraftstoffverbrauch, Motorleistung). Erfasst werden darüber hinaus Beziehungen der Sache zur Umwelt, die ihren Grund in der tatsächlichen Beschaffenheit der Kaufsache haben.

Ein Sachmangel ist aber auch gegeben, wenn sich die Sache nicht für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet.

Haben sich die Parteien weder über eine bestimmte Beschaffenheit noch einen bestimmten Verwendungszweck geeinigt, kommt es darauf an, ob sich die Sache für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine übliche Beschaffenheit aufweist.

Die unsachgemäße Montage, eine mangelhafte Montageanleitung, eine aliud-Lieferung und eine Minderlieferung sind ebenfalls Kriterien, die einen Sachmangel begründen oder diesem gleichgestellt sind.

ii. Der Rechtsmangel

Nicht nur Sach- sondern auch Rechtsmängel lösen Gewährleistungsrechte aus. Ein Rechtsmangel ist gegeben, wenn der Käufer über die Sache nicht frei von Rechten Dritter verfügen kann. Rechte Dritter stellen nur dann keinen Rechtsmangel dar, wenn sie im Kaufvertrag berücksichtigt wurden (§ 435 BGB).

iii. Die einzelnen Gewährleistungsrechte

Bei Mängelhaftigkeit der Kaufsache stehen dem Käufer die in § 437 Nr. 1 bis 3 BGB genannten Rechte zu. Sie umfassen: (1) den Anspruch auf Nacherfüllung, (2) das Rücktrittsrecht, (3) das Minderungsrecht, (4) den Schadenersatzanspruch und (5) den Aufwendungsersatzanspruch. Mit der Regelung knüpft das Gewährleistungsrecht an das im allgemeinen Schuldrecht enthaltene Recht der Leistungsstörungen an, modifiziert es aber.

(1) Der Anspruch auf Nacherfüllung

Bei Lieferung einer mangelhaften Sache steht dem Käufer in erster Linie ein Anspruch auf Nacherfüllung zu (§§ 437 Nr. 1, 439 BGB). Auf diesen Anspruch ist der Käufer nach der gesetzgeberischen Konzeption grundsätzlich zunächst beschränkt. Der Verkäufer erhält dadurch ein «Recht zur zweiten Andienung». Die soeben erwähnte Beschränkung ergibt sich aus den zusätzlichen Voraussetzungen, die das Gewährleistungsrecht für die anderen Rechtsbehelfe aufstellt.

Der Nacherfüllungsanspruch ist ein modifizierter Erfüllungsanspruch. Die im Zuge der Nacherfüllung entstehenden Kosten, wie Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten, hat der Verkäufer zu tragen (§ 439 Abs. 2 BGB). Der Käufer kann grundsätzlich zwischen zwei Formen der Nacherfüllung wählen: der Beseitigung des Mangels – auch Nachbesserung genannt – und der Lieferung werden mangelfreien Sache, mit anderen Worten der Nachlieferung (§ 439 Abs. 1 BGB). Die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung kann vom Verkäufer unter anderem verweigert werden, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist (§ 439 Abs. 3 S. 1 BGB). Der Verkäufer kann unter den gleichen Voraussetzungen sogar auch beide Arten der Nacherfüllung verweigern. Vollständig ausgeschlossen ist der Nacherfüllungsanspruch auch dann, wenn Unmöglichkeit der Nacherfüllung eingetreten ist.

(2) Das Rücktrittsrecht

Für die Entstehung eines Rücktrittsrechts des Käufers verweist das Gewährleistungsrecht auf die Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts (§§ 323 und 326 Abs. 5 BGB, daneben auf § 440 BGB). Voraussetzung für den Rücktritt ist damit grundsätzlich, dass der Käufer dem Verkäufer erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat. Durch diese Voraussetzung soll der Vorrang des Nacherfüllungsanspruchs sichergestellt werden. Der Verkäufer soll eine (letzte) Gelegenheit erhalten, seine vertraglichen Pflichten noch zu erfüllen. Ausnahmen bestehen z.B., wenn die Nacherfüllung unmöglich (§ 326 Abs. 5 BGB) oder fehlgeschlagen ist (§ 440 BGB). Eine Fristsetzung wäre in diesen Fällen sinnlos. Der Käufer kann sofort zurücktreten.

Das Rücktrittsrecht ist ein Gestaltungsrecht. Es bedarf daher einer wirksamen Rücktrittserklärung durch den Käufer, um den Kaufvertrag in ein Rückabwicklungsschuldverhältnis umzuwandeln.

Das Rücktrittsrecht ist unter anderem ausgeschlossen, wenn der Mangel unerheblich ist (§ 323 Abs. 5 S. 2 BGB). Eine Rückabwicklung des gesamten Kaufvertrags wäre in diesen Fällen nicht angemessen.

(3) Das Minderungsrecht

Statt zurückzutreten, kann der Käufer den Kaufpreis mindern (§ 437 Nr. 2 Fall 2 i.V.m. § 441 BGB). Das Minderungsrecht ist ebenso wie das Rücktrittsrecht ein Gestaltungsrecht. Es wird durch einseitige Erklärung

gegenüber dem Verkäufer wahrgenommen (§ 441 Abs. 1 S. 1 BGB). Für eine Minderung müssen sämtliche Voraussetzungen des Rücktrittsrechts vorliegen. Die Unerheblichkeit des Mangels führt aber anders als beim Rücktrittsrecht nicht zum Ausschluss des Minderungsrechts. Das gestörte Äquivalenzverhältnis soll auch bei kleineren Mängeln angepasst werden können.

Die wirksame Ausübung eines Minderungsrechts hat zur Folge, dass der Kaufpreis in dem Verhältnis «herabzusetzen» ist, in welchem zur Zeit des Vertragsschlusses der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde (§ 441 Abs. 3 S. 1 BGB). Hat der Käufer bereits mehr als den geminderten Kaufpreis gezahlt, kann er vom Verkäufer den Mehrbetrag erstattet verlangen (§ 441 Abs. 4 S. 1 BGB).

(4) Die Ansprüche auf Schaden- und Aufwendungsersatz

(a) Der Schadenersatz statt der Leistung

Auch hinsichtlich der Entstehung von Schadenersatzansprüchen verweist das Gewährleistungsrecht (§ 437 Nr. 3 BGB) auf das allgemeine Leistungsstörungsrecht. Wegen der parallelen Ausgestaltung der Rücktritts- und Schadenersatznormen im allgemeinen Schuldrecht ist für die Geltendmachung des Anspruchs auf Schadenersatz statt der Leistung ebenso wie beim Rücktritt grundsätzlich der erfolglose Ablauf einer durch den Käufer gesetzten Frist zur Nacherfüllung erforderlich (§ 281 Abs. 1 S. 1 BGB). Die Fristsetzung kann aber entbehrlich sein, so in den Fällen der Unmöglichkeit der Nacherfüllung (dann gelten § 283 oder § 311a Abs. 2 BGB) oder ihrer berechtigten (§ 440 BGB) wie unberechtigten Verweigerung (§ 281 Abs. 2 Var. 1 BGB).

Im Unterschied zum Rücktritt ist Voraussetzung des Schadenersatzanspruchs das Vertreten müssen des Verkäufers (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB). Es kann sich auf die ursprüngliche Lieferung der mangelhaften Sache oder auf die unterbliebene Nacherfüllung beziehen¹.

Außerdem muss dem Käufer ein Schaden entstanden sein. Beim Kaufvertrag fallen in die Kategorie Schadenersatz statt der Leistung vor allem der Mangelschaden, d.h. der mangelbedingte Minderwert der Kauf-

¹ Str., näher: *Brox/Walker*, Besonderes Schuldrecht, § 4, Rdnr. 84 m.w.N.

sache, aber z.B. auch ein etwaiger entgangener Gewinn aus einer geplanten Weiterveräußerung. Allgemein sind alle Schadenspositionen ersatzfähig, die das Erfüllungsinteresse des Käufers berühren. Der Käufer hat in diesem Zusammenhang die Wahl, ob er den mangelhaften Gegenstand behält und den Minderwert geltend macht (sog. kleiner Schadenersatz) oder den mangelhaften Gegenstand zurückgibt und sein gesamtes Erfüllungsinteresse verlangt (sog. großer Schadenersatz). Das Letzte ist jedoch nur möglich, wenn der Mangel erheblich ist (§ 281 Abs. 1 S. 3 BGB).

(b) Der Schadenersatz neben der Leistung

Begeht der Käufer Ersatz wegen Verletzung sonstiger Rechtsgüter – den sog. Mangelfolgeschaden –, ist eine Fristsetzung nicht erforderlich (Anspruchsgrundlage sind die §§ 437 Nr. 3 BGB, 280 Abs. 1 BGB). In die Gruppe der Mangelfolgeschäden fallen beispielsweise durch eine defekte Waschmaschine verursachte Wasserschäden am sonstigen Eigentum des Käufers. Die auf Ersatz dieser Posten gerichteten Ansprüche können neben dem Anspruch auf Nacherfüllung geltend gemacht werden.

Der Käufer kann schließlich auch ein Interesse am Ersatz von Schäden haben, die auf einer Verzögerung der Nacherfüllung beruhen (§§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 2, 286 BGB). Erfasst sind von dieser Anspruchsgrundlage z. B. Kosten für die Ersatzanmietung eines Mietwagens. Voraussetzung ist aber, dass der Käufer die Nacherfüllung angemahnt hat. Unter bestimmten Voraussetzungen kann die Mahnung entbehrlich sein, etwa wenn der Verkäufer die Nacherfüllung ernsthaft und endgültig verweigert.

(c) Der Aufwendungsersatz

Statt Schadenersatz statt der Leistung kann der Käufer Aufwendungsersatz verlangen. Dafür müssen sämtliche Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruchs statt der Leistung vorliegen. Darüber hinaus muss der Käufer im Vertrauen auf die Mangelfreiheit der Leistung Aufwendungen gemacht haben, deren Zweck infolge der Mangelhaftigkeit der Kaufsache verfehlt worden ist.

iv. Der Ausschluss der Gewährleistungsrechte

Die Rechte des Käufers aus § 437 BGB können aus verschiedenen Gründen ausgeschlossen sein. Möglich ist vor allem ein vertraglicher Gewährleistungsausschluss. Der Verkäufer kann sich darauf aber nicht

berufen, wenn er den Mangel arglistig verschwiegen oder eine entsprechende Beschaffenheitsgarantie übernommen hat (§ 444 BGB).

Das Gewährleistungsrecht ist auch ausgeschlossen, wenn der Käufer bei Vertragsschluss den Mangel kennt oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kennt. Bei grob fahrlässiger Unkenntnis bestehen Gewährleistungsrechte aber wiederum in den Fällen des arglistigen Verschweigens und der Übernahme einer Beschaffenheitsgarantie (§ 442 BGB).

v. Die Beschaffenheitsgarantie

Die soeben angesprochene Beschaffenheitsgarantie kann zwischen Verkäufer und Käufer vereinbart werden, um den Umfang der Einstandspflicht des Verkäufers zu erweitern oder eine Einstandspflicht Dritter – z.B. des Herstellers – zu begründen. Bei der Beschaffenheitsgarantie übernimmt der Verkäufer oder der Dritte die Gewähr dafür, dass der Kaufgegenstand i.d.R. zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs bestimmte Eigenschaften aufweist. Davon abzugrenzen ist die ebenfalls mögliche Haltbarkeitsgarantie, welche die Gewähr umfasst, dass der Kaufgegenstand eine Beschaffenheit über einen bestimmten Zeitraum behält. Beide Garantieformen sind in § 443 BGB geregelt.

d. Die Rechte des Verkäufers im Fall der Störung der Käuferpflichten BGB

Erfüllt der Käufer die ihm obliegenden Pflichten unzureichend, so stehen dem Verkäufer die Rechte aus dem allgemeinen Schuldrecht zu. Das Kaufrecht enthält insofern keine Sonderregelungen.

e. Der Verbrauchsgüterkauf (§§ 474 ff. BGB)

Im Rahmen der Schuldrechtsreform wurde das gesamte Kaufrecht der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie der EU angepasst. Eine gesonderte, umfassende Regelung des Verbrauchsgüterkaufs enthält das deutsche BGB deshalb nicht. Vielmehr sind grundsätzlich die allgemeinen Vorschriften der §§ 433 ff. BGB auch auf den Verbrauchsgüterkauf anwendbar. Gleichwohl hat der Gesetzgeber – in Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie – einige zusätzliche Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf geschaffen (§§ 474 ff. BGB), in denen punktuell wirkende Sonderregelungen enthalten sind.

Voraussetzung für ihre Anwendbarkeit ist, dass ein Verbraucher von einem Unternehmer eine bewegliche Sache kauft (§ 474 Abs. 1 S. 1, 13,

14 BGB). Zu den wichtigsten Rechtsfolgen gehört die Beweislastumkehr hinsichtlich der Mängelhaftigkeit der Kaufsache bei Gefahrübergang (§ 476 BGB) und die Beschränkung der Disponibilität bestimmter Mängelrechte des Käufers (§ 475 BGB). Vor allem der oben angesprochene vertragliche Gewährleistungsausschluss ist beim Verbrauchsgüterkauf nicht möglich¹.

2. Die gesetzlichen Schuldverhältnisse

Abschließend soll noch ein Teil der gesetzlichen Schuldverhältnisse vorgestellt werden. Sie entstehen nicht durch Vertrag, sondern durch die Verwirklichung des jeweiligen gesetzlichen Tatbestands. Im Besonderen Schuldrecht zählen zu den gesetzlichen Schuldverhältnissen die Geschäftsführung ohne Auftrag, das Bereicherungsrecht und das Deliktsrecht. Nur über die letzten beiden wird ein kurzer Überblick gegeben.

a. Das Bereicherungsrecht

Das in den §§ 812–822 BGB geregelte Bereicherungsrecht dient dem Ausgleich ungerechtfertigter Vermögensverschiebungen. Sie sollen beim Bereichertem zugunsten des Entreicherten wieder abgeschöpft werden.

Zu diesem Zweck gibt es im Bereicherungsrecht nicht etwa einen einheitlichen «Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung», sondern zahlreiche einzelne Anspruchsgrundlagen, die jeweils nur einen begrenzten Anwendungsbereich haben und sich in die Kategorien der ungerechtfertigten Bereicherung durch Leistung und der ungerechtfertigten Bereicherung in sonstiger Weise einteilen lassen. Den Anspruch auf Herausgabe einer durch Leistung erlangten Bereicherung bezeichnet man als Leistungskondiktion, bei Bereicherung in sonstiger Weise spricht man von einer Nichtleistungskondiktion. Während die erste vor allem der Rückabwicklung nichtiger Verträge und anderer fehlgeschlagener Leistungen dient, weist letztere eine größere Nähe zum Deliktsrecht auf².

i. Die Leistungskondiktion

Durch die Leistungskondiktion wird die Rückabwicklung gezielter, aber «fehlgeschlagener» Zuwendungen bezweckt. Die insgesamt vier Einzeltatbestände der Leistungskondiktion differenzieren nach dem Grund

¹Vgl. zu den Rechtsfolgen eingehend: *Brox/Walker*, Besonderes Schuldrecht, § 7, Rdnr. 1–20 und die Beispiele bei *Köhler/Lorenz*, PdW, Schuldrecht II, Nr. 61–70.

² *Looschelders*, Schuldrecht Besonderer Teil, Rdnr. 1013 m.w.N.

für das Fehlschlagen der Leistung¹, die sonstigen Tatbestandsmerkmale sind identisch:

(1) Etwas erlangt

Voraussetzung der Leistungskondiktion ist zunächst, dass der Schuldner «etwas» erlangt hat (§ 812 Abs. 1 S. 1 BGB). Dieses «etwas» kann jeder vermögenswerte Vorteil sein. Darunter fällt der Erwerb von Rechten, wie Eigentum oder Forderungen, aber auch die Anerkennung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses (§ 812 Abs. 2 BGB) und die Befreiung von einer Verbindlichkeit. Bei nichtkörperlichen Vorteilen, wie Nutzungs- und Gebrauchsvorteilen an einer Sache, liegt das Erlangte in der Ersparnis von Aufwendungen².

(2) Durch Leistung

Der Kondiktionsschuldner muss den Bereicherungsgegenstand durch eine Leistung des Gläubigers erlangt haben. Unter einer Leistung ist nach heute h.M. die bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens zu verstehen³.

Das Leistungsbewusstsein ist gegeben, wenn der Bereicherungsgläubiger bei Erbringung der Leistung weiß, dass er fremdes Vermögen mehrt. Es fehlt etwa, wenn jemand auf eine fremde Sache, die er irrig für seine eigene hält, Verwendungen macht⁴.

Durch das Kriterium der Zweckgerichtetheit soll verdeutlicht werden, dass jede bewusste Mehrung fremden Vermögens zu einem bestimmten Zweck erfolgt. Dieser Zweck kann in der Erfüllung einer Verbindlichkeit liegen, in der Begründung eines Rechtsverhältnisses oder in der Herbeiführung eines bestimmten Verhaltens, auf das der Leistende keinen Anspruch hat. Ob Zweckgerichtetheit gegeben ist und damit eine Leistung vorliegt, ist nach h.M. aus Sicht des Zuwendungsempfängers zu beurteilen⁵.

¹ *Jauernig/Stadler*, § 812, Rdnr. 12 ff.

² BGHZ 20, 270, 275; 55, 128, 130 – Flugreisefall/Hinflug; nach der h.M. im Schrifttum ist das Erlangte der Gebrauchsvorteil bzw. die Dienstleistung selbst – *Loewenheim*. S. 21 m.w.N.; *Teichmann*, JuS 1972, 247, 249.

³ Zuerst *Kötter*, AcP 153 (1954), 193 ff.; *Koppensteiner/Kramer*. S. 11; *Loewenheim*. S. 24, Fn. 29; BGHZ 58, 184, 18.

⁴ *Brox/Walker*, Besonderes Schuldrecht, § 37, Rdnr. 8.

⁵ BGHZ 40, 272, 278 mit Anmerkung *Baur/Wolf*, JuS 1966, 393; BGHZ 58, 184, 188; BGH, NJW 2005, 60.

(3) Ohne Rechtsgrund

Eine Leistung kann nach § 812 Abs. 1 S. 1 BGB nur kondiziert werden, wenn sie ohne rechtlichen Grund erbracht wurde. Im Anschluss an das römische und das gemeine Recht unterscheidet das BGB verschiedene Fallgruppen der Rechtsgrundlosigkeit:

Die *condictio indebiti* (§ 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB) erfasst Fälle, in denen der maßgebliche Rechtsgrund von vornherein fehlt, etwa weil der Vertrag aufgrund Sittenwidrigkeit oder Wuchers nichtig ist (vgl. § 138 BGB). Im Gegensatz dazu ist bei der sog. *condictio ob causam finitam* der rechtliche Grund zwar bei der Leistung vorhanden, er fällt aber später endgültig weg (§ 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB). Hauptanwendungsfälle sind die Bedingung, die Befristung und die einvernehmliche Aufhebung von Verträgen. Die *condictio ob rem* (§ 812 Abs. 1 S. 2 Fall 2 BGB) erfasst solche Leistungszwecke, welche die Herbeiführung eines vom Leistungsempfänger nicht geschuldeten Verhaltens zum Ziel haben, z.B. die Rücknahme eines Strafantrags¹. Die Vornahme dieser nicht erzwingbaren Gegenleistung ist «der mit der Leistung bezweckte Erfolg», der den Empfänger zum Behaltendürfen berechtigt. Voraussetzung ist aber, dass sich die Parteien zumindest konkludent über den Zweck der Leistungserbringung geeinigt haben, ohne dass die Einigung den Charakter einer vertraglichen Bindung hat². Ein Sonderfall der Leistungskondiktion regelt die *condictio ob turpem vel iniustum causam* (§ 817 S. 1 BGB). Danach kann eine Leistung kondiziert werden, wenn der Empfänger durch die Annahme gegen das Gesetz oder gegen die guten Sitten verstoßen hat. Sie hat nur eine eingeschränkte Bedeutung, weil Gesetzes- oder Sittenverstöße häufig bereits zur Nichtigkeit des Kausalgeschäfts führen, so dass bereits die *condictio indebiti* greift.

ii. Die Nichtleistungskondiktion

Unter dem Oberbegriff der Nichtleistungskondiktionen werden die Fälle zusammengefasst, in denen die Bereicherung nicht durch die «bewusste, zweckgerichtete Zuwendung eines Leistenden», sondern «in

¹ Vgl. Koppensteiner/Kramer, S. 57 m.w.N; umstritten ist, ob sie auch greift, wenn mit der Leistung zwar die Erfüllung einer Verbindlichkeit bezweckt und erreicht, aber ein weiterer, über die Erfüllung hinausgehender Zweck verfehlt wird – Erman/Westermann-/Buck-Heeb, § 812 Rdnr. 51 m.w.N.

² BGHZ 44, 321, 323; BGH, NJW 1973, 612, 613; 1992, 2690.

sonstiger Weise» (§ 812 Abs. 1 S. 1, 2. Fall BGB) zustande gekommen ist¹. Es gilt der Grundsatz des Vorrangs der Rückabwicklung in der Leistungsbeziehung, d.h. die Nichtleistungskondiktion kommt nur zum Zug, wenn der Bereicherungsschuldner den Bereicherungsgegenstand nicht durch Leistung erlangt hat².

Der Grundtatbestand der Nichtleistungskondiktion (§ 812 Abs. 1 S. 1 Fall 2 BGB) setzt voraus, dass der Anspruchsgegner etwas erlangt hat und zwar in sonstiger Weise auf Kosten des Gläubigers. Der dafür erforderliche Eingriff kann in der bewussten oder unbewussten Verletzung eines fremden Rechts durch den Bereicherungsschuldner selbst liegen. Unbeachtlich ist, ob der Schuldner dabei schuldhaft handelt. Selbst die Handlung eines Dritten oder Natureinwirkungen können zum Eingriff führen³. Der Eingriff muss auf Kosten des Bereicherungsgläubigers erfolgt sein. Das ist der Fall, wenn der vom Bereichertengen erlangte Vorteil von der Rechtsordnung ausschließlich dem Bereicherungsgläubiger zugewiesen ist⁴. Eine entsprechende Zuweisung besteht z.B. beim Eigentum und anderen absoluten Rechten. Auch der Eingriff muss ohne rechtlichen Grund erfolgt sein. Anders als bei der Leistungskondiktion folgt die Rechtsgrundlosigkeit des Erwerbs bei der Eingriffskondiktion aber nicht aus der Zweckverfehlung, sondern aus dem Widerspruch zu der im Einzelfall maßgeblichen rechtlichen Güterzuordnung. Für die Bereicherung besteht kein rechtlicher Grund, wenn der erlangte Vorteil nach der Rechtsordnung einem anderen gebührt⁵.

Auf die verschiedenen Spezialtatbestände der Eingriffskondiktion kann aus Zeitgründen nicht mehr eingegangen werden.

iii. Der Inhalt des Bereicherungsanspruchs

(1) Die Grundlagen

Der Bereicherungsanspruch richtet sich in erster Linie auf die Herausgabe des Bereicherungsgegenstands, also des «Erlangten». Dar-

¹ *Wieling*, S. 43.

² BGHZ 40, 272, 278; BGH, NJW 1992, 2084, 2085.

³ *Wieling*, S. 46.

⁴ BGHZ 82, 299, 306; 107, 117, 121; *Giesen*, Jura 1995, 234, 237.

⁵ *Brox/Walker*, Besonders Schuldrecht, § 38, Rdnr. 7.

über hinaus besteht die Pflicht zur Herausgabe von Nutzungen und Surrogaten (§ 818 Abs. 1 BGB). Ist die Herausgabe wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht möglich oder der Empfänger zur Rückgewähr nicht imstande, muss der Bereicherungsschuldner Wertersatz leisten. Bei teilweiser Unmöglichkeit der Herausgabe ist das Erlangte im gegenwärtigen Zustand herauszugeben und ergänzend Wertersatz zu leisten.

Auf ein Verschulden des Bereicherungsschuldners kommt es für die Pflicht zum Wertersatz nicht an. Zur Berechnung des Wertes wird nach h.M. auf den objektiven Verkehrswert des Erlangten abgestellt¹.

(2) Der Wegfall der Bereicherung

Die Pflicht des Bereicherungsschuldners zur Herausgabe bzw. zum Wertersatz entfällt, wenn er nicht mehr bereichert ist (§ 818 Abs. 3 BGB). Denn der Konditionsschuldner soll zwar das herausgeben müssen, was in seinem Vermögen «zu viel» ist², die Herausgabepflicht soll aber darüber hinaus nicht zu einer Verminderung seines Vermögens führen³. Das ergibt sich aus Vertrauensschutzerwägungen. Der gutgläubige Bereicherungsschuldner rechnet grundsätzlich nicht damit, das Erlangte wieder herausgeben zu müssen. Vermögensdispositionen im Vertrauen auf die Beständigkeit des Erwerbs sollen nicht zu Lasten seines eigenen Vermögens gehen⁴.

Der Schuldner ist entreichert, wenn sich weder der Bereicherungsgegenstand selbst noch dessen Wert in seinem Vermögen befinden. Das ist nicht nur der Fall, wenn der erlangte Gegenstand untergegangen ist, sondern grundsätzlich auch, wenn er verbraucht oder verschenkt wurde. Ein Wegfall der Bereicherung liegt aber nicht vor, wenn und soweit der Bereicherte durch die Weitergabe oder den Verbrauch des Erlangten eigene Aufwendungen erspart hat und der Bereicherungsgegenstand deshalb wertmäßig noch in seinem Vermögen vorhanden ist.

Auf Entreicherung kann sich etwa berufen, wer mit dem erlangten Geld eine Reise bezahlt hat, die ohne die Bereicherung nicht stattgefunden hätte.

¹ BGHZ 82, 299; Larenz/Canaris, § 72.III.2.b.

² Medicus, Schuldrecht II, § 128.IV.1.

³ BGHZ 55, 128, 131.

⁴ Looschelders, Schuldrecht Besonderer Teil, Rdnr. 1110

den hätte (Luxusreise). Auch die Aufwendung des Geldes für die eigenen Lebensbedürfnisse kann zur Entreicherung führen, wenn der Bereicherungsgegenstand nicht in anderer Form, etwa der Bildung von Ersparnissen, Tilgung von Schulden oder in Form von Anschaffungen noch im Vermögen vorhanden ist¹.

(3) Die Rückabwicklung beiderseits erfüllter gegenseitiger Verträge

Bei der Rückabwicklung eines nichtigen, aber von beiden Parteien erfüllten gegenseitigen Vertrags bestehen Bereicherungsansprüche beider Vertragspartner gegen die jeweils andere Vertragspartei. Nach der Rechtsprechung soll das synallagmatische Verhältnis der beiden Leistungspflichten auch bei der Rückabwicklung berücksichtigt werden. Dadurch soll das unbillige Ergebnis vermieden werden, dass im Fall der Entreicherung einer Partei diese trotzdem ihren eigenen Bereicherungsanspruch gegen die andere Partei durchsetzen kann.

Die sich daraus ergebende sog. Saldotheorie hat folgende Auswirkungen:

Sind die zu kondizierenden Leistungen beide noch vorhanden, kann bei ungleichartigen Bereicherungsansprüchen jeder Vertragspartner die Rückgewähr der hingegebenen Leistung nur Zug um Zug gegen Rückgabe der seinerseits empfangenen Leistung verlangen².

Bei gleichartigem Leistungsinhalt – praktisch nur bei Geld – besteht von vornherein nur ein Bereicherungsanspruch auf den Saldo, d.h. Leistung und Gegenleistung werden *de iure* – ohne Aufrechnungserklärung oder Berufung auf ein Zurückbehaltungsrecht – verrechnet, und nur der Vertragspartner, zu dessen Gunsten bei dieser Verrechnung ein Überschuss festgestellt wird, ist zu dessen Herausgabe verpflichtet.

Ist eine Partei entreichert und deshalb nicht mehr zur Rückgewähr der von ihr empfangenen Leistung verpflichtet, wird der Wert der untergegangenen Leistung vom Bereicherungsanspruch des Entreicherteren abgezogen³.

Keine Anwendung findet die Saldotheorie z.B. bei rechtsgrundloser Leistung an einen Geschäftsunfähigen (§ 104 BGB) oder einen besch-

¹ BGH, NJW 2003, 3271.

² BGH, NJW 1963, 1870, 1871; NJW 1988, 3011.

³ BGHZ 53, 144, 145; Schlechtriem, Schuldrecht BT, Rdnr. 794; Medicus/Petersen, BR, Rdnr. 225.

ränkt geschäftsfähigen Minderjährigen (§ 106 BGB) oder zugunsten einer Person, die arglistig getäuscht hat.

(4) Die verschärzte Haftung

Durch die Möglichkeit der Entreicherung soll das Vertrauen des Schuldners in die Rechtsbeständigkeit des rechtsgrundlosen Erwerbs geschützt werden. Fehlt dieses schützenswerte Vertrauen, wird der Bereicherungsschuldner einer sog. verschärften Haftung unterworfen. Sie greift ab Rechtshängigkeit einer Klage gegen den Bereicherungsschuldner (§ 818 Abs. 4 BGB), daneben ab dem Zeitpunkt, ab dem der Empfänger Kenntnis von der Rechtsgrundlosigkeit hat (§ 819 Abs. 1 BGB). Die bloße Kenntnis von Umständen, auf denen das Fehlen des Rechtsgrunds beruht, reicht grundsätzlich nicht aus. Vielmehr müssen dem Empfänger das Fehlen des Rechtsgrunds selbst und die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen bewusst gewesen sein¹. Die verschärzte Haftung gilt auch, wenn der Empfänger durch die Annahme der Leistung gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstößt (§ 819 Abs. 2 BGB) und schließlich in den Fällen der *condictio ob rem* bei ungewissem Erfolgseintritt (§ 820 BGB).

Rechtsfolge ist die Haftung nach den allgemeinen Vorschriften, im Rahmen derer sich der Bereicherungsschuldner nicht auf Entreicherung berufen kann.

b. Das Deliktsrecht

Das Deliktsrecht enthält Tatbestände, deren Verwirklichung eine unerlaubte Handlung darstellt und zu einer Schadenersatzpflicht führt. Dabei handelt es sich um die widerrechtliche Verletzung der allgemeinen, zwischen allen Personen bestehenden und gewissermaßen nachbarrechtlichen Rechtsbeziehungen, welche jeder zu beachten hat, weil sie die Grundlage des menschlichen Zusammenlebens darstellen².

Der Gesetzgeber hat in den §§ 823 ff. BGB Vorschriften zum Schutz des Einzelnen gegen widerrechtliche Eingriffe in seinen Rechtskreis geschaffen. Statt einer Generalklausel gibt es einzelne Deliktstatbestände.

Sie ermöglichen die weitestgehende Wahrung der allgemeinen Handlungsfreiheit und vermeiden Unsicherheiten in der Rechtsprechung. Darin sah der Gesetzgeber den entscheidenden Vorteil gegenüber einer

¹ OLG Naumburg, FamRZ 2005, 365; BGHZ 118, 383; BGH, NJW 1998, 2433 ff.

² BGHZ 34, 375, 380.

Generalklausel, die pauschal für jeden rechtswidrig und schuldhaft herbeigeführten Schaden eine Ersatzpflicht vorsehen würde. Das Gesetz enthält drei Grundtatbestände:

- die Verletzung von Persönlichkeitsgütern und Rechten nach § 823 Abs. 1 BGB,
- den Verstoß gegen ein Schutzgesetz, § 823 Abs. 2 BGB, und
- die Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung, § 826 BGB.

Die Verwirklichung eines Tatbestands der unerlaubten Handlung begründet ein gesetzliches Schuldverhältnis. Der Schädiger ist verpflichtet, dem Geschädigten Schadenersatz zu leisten.

Das deutsche Deliktsrecht wird vom Prinzip der Verschuldenshaftung beherrscht, das heißt, Schadenersatz ist nur bei schuldhafter, also vorsätzlicher oder zumindest fahrlässiger Erfüllung des haftungsbegründenden Tatbestands zu leisten. Eine Beweislastumkehr, wie bei den vertraglichen Schadenersatzansprüchen, gibt es – von einigen Spezialvorschriften abgesehen – nicht.

Neben der Verschuldenshaftung hat der Gesetzgeber als «zweite Spur» eine verschuldensunabhängige Haftung geschaffen. Sie beruht auf der Erwägung, dass jeder, dem ein gefährliches Verhalten gestattet wird, unabhängig von seinem Verschulden für die Schadensfolgen aufkommen muss, wenn sich das darin liegende typische Risiko verwirklicht. Beispiele dieser sog. Gefährdungshaftung sind die Tierhalterhaftung für Luxustiere (§ 833 S. 1 BGB) und die Haftung des Kraftfahrzeughalters (§ 7 StVG).

Im Folgenden soll lediglich ein Überblick über die im Deliktsrecht enthaltenen Grundtatbestände gegeben werden.

i. § 823 Abs. 1 BGB: Die Verletzung von Rechtsgütern und absoluten Rechten

Den wichtigsten Grundtatbestand enthält § 823 Abs. 1 BGB.

(1) Die Rechtsgutverletzung

Er setzt zunächst voraus, dass der Schädiger eines der in der Norm aufgeführten Rechtsgüter des Geschädigten verletzt hat. Für reine, nicht durch eine Rechtsgutsverletzung vermittelte Vermögensschäden kann deshalb nach dieser Vorschrift kein Ersatz verlangt werden. Zu den geschützten Rechtsgütern und Rechten gehören: das Leben, der Körper und die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum und die sog. sonstigen Rechte.

Das Rechtsgut Leben kann nur durch die Tötung eines anderen Menschen verletzt sein. Ersatzberechtigt sind in diesem Fall nur die mittelbar geschädigten Hinterbliebenen des Getöteten (§§ 844—846 BGB).

Eine Körperverletzung liegt bei einem äußerer Eingriff in die körperliche Unversehrtheit vor. Eine Gesundheitsverletzung ist dagegen bei einer medizinisch erheblichen Störung der körperlichen, geistigen oder seelischen Lebensvorgänge gegeben. Auch der zu Heilzwecken lege artis und mit Erfolg durchgeführte ärztliche Eingriff stellt (nicht nur im Zivilrecht) eine tatbestandsmäßige Körperverletzung dar. Soweit der Eingriff aber durch eine wirksame Einwilligung gedeckt ist, entfällt die Rechtswidrigkeit.

Die von § 823 Abs. 1 BGB geschützte Freiheit umfasst nur die körperliche Bewegungsfreiheit.

Das Eigentum ist verletzt, wenn der Eigentümer in seiner Befugnis, nach Belieben mit der Sache zu verfahren (§ 903 BGB), beeinträchtigt wird. Entsprechend kann das Eigentum verletzt werden durch: Zerstörung und Beschädigung, Entziehung, Eingriffe in die Gebrauchsfähigkeit oder Verwendungsmöglichkeit und Verfügungen eines Nichtberechtigten, die gegenüber dem Eigentümer wirksam sind¹.

Zu den sonstigen von § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechten zählen alle absoluten Rechte, d.h. solche, die sich gegen jedermann richten und von jedem zu beachten sind. Dazu werden z.B. gerechnet: Hypotheken, Pfandrechte, Patente, Gesellschaftsanteile einer GmbH, das Recht der Eltern auf Personensorge für ihre Kinder und der Besitz.

Geschützt wird auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht, d.h. das Recht des Einzelnen auf Achtung seiner Menschenwürde und auf Entfaltung seiner individuellen Persönlichkeit. Es umfasst den Schutz der Ehre², den Schutz vor Verletzung der Privat- und Intimsphäre³ und den Schutz vor unbefugtem Benutzen von Namen und Bildern zu Werbezwecken oder Plakataktionen⁴.

Schließlich fällt unter die sonstigen Rechte auch das Recht am eingereichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Gewerbe ist jede auf Dauer

¹ Jauernig/Teichmann, § 823, Rdnr. 10.

² BGHZ 39, 124.

³ BGHZ 27, 284.

⁴ BGHZ 20, 345; BGHZ 26, 349.

angelegte, mit Gewinnerzielungsabsicht ausgeübte Tätigkeit. Ein Eingriff in dieses Recht kann z.B. in geschäftsschädigender Kritik liegen, soweit sich diese nicht in den – sehr weit gehenden – Grenzen der Meinungsfreiheit hält. Vor allem die reine, auf die Diffamierung des Betroffenen abzielende Schmähkritik ist unzulässig¹. Auch Boykottmaßnahmen, Betriebsblockaden und rechtswidrige Streiks können einen Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb darstellen.

(2) Die weiteren Voraussetzungen von § 823 Abs. 1 BGB

Das Rechtsgut muss durch eine adäquatkausale und objektiv zurechenbare Verletzungshandlung des Schädigers verletzt worden sein. Auch das Unterlassen kann eine rechtlich relevante, zurechenbare Handlung darstellen, wenn der Haftende zum Tätigwerden mit dem Ziel der Erfolgsabweitung verpflichtet ist. Eine derartige Pflicht kann sich vor allem aus den sog. Verkehrssicherungspflichten ergeben. Derjenige, der eine Gefahrenquelle schafft oder unterhält – z.B. durch Eröffnung eines Ladengeschäfts –, hat die erforderlichen und zumutbaren Maßnahmen und Vorkehrungen zum Schutze Dritter zu treffen.

Die Verletzungshandlung muss widerrechtlich sein, wobei (nach der Lehre vom Erfolgsunrecht) die Widerrechtlichkeit durch die Verwirklichung des Tatbestands indiziert ist. Dieses Indiz wird widerlegt, wenn ein Rechtfertigungsgrund, etwa die Notwehr (§ 227 BGB) eingreift. In den Fällen der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und des Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs bedarf es demgegenüber einer positiven Feststellung der Rechtswidrigkeit. Bei beiden Rechtsgütern gehört die Rechtswidrigkeit zum Tatbestand. Sie wird im Rahmen einer umfassenden Güter- und Interessenabwägung festgestellt, bei der es darauf ankommt, ob das schädigende Verhalten gegen «Gebote der gesellschaftlichen Rücksichtnahme» verstößt².

Neben der Rechtswidrigkeit setzt ein deliktischer Anspruch ein schulhaftes Handeln voraus, was Schuldfähigkeit des Handelnden erfordert (§§ 827, 828 BGB). Formen des Verschuldens sind der Vorsatz und die Fahrlässigkeit (§ 276 BGB). Leichte Fahrlässigkeit des Schädigers reicht aus.

¹ Staudinger/Hager (1999), § 823, Rdnr. D 28.

² BGHZ 74, 9, 14; Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 41, Rdnr. 52 ff.

Schließlich muss dem Anspruchsteller ein Schaden entstanden sein, der sowohl materieller als auch immaterieller Natur sein kann. Materielle Schäden sind in Geld messbare Vermögensschäden. Immaterielle Schäden liegen vor, wenn der Geschädigte Einbußen an immateriellen Gütern, wie Körper, Gesundheit und Freiheit, erlitten hat. Selbstverständlich kann auch die Verletzung eines immateriellen Gutes einen materiellen Schaden, z.B. Artkosten, nach sich ziehen.

Während materielle Schäden ohne weiteres ersetzt werden können, trifft das auf immaterielle Schäden nicht zu. Ersatz gibt es nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen (§ 253 Abs. 1 BGB), etwa wegen Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung in Form von Schmerzensgeld (vgl. § 253 Abs. 2 BGB).

ii. § 823 Abs. 2 BGB: Die Verletzung eines Schutzgesetzes

§ 823 Abs. 1 wird durch § 823 Abs. 2 komplementiert. Nach dieser Vorschrift ist zum Schadenersatz auch verpflichtet, wer schuldhaft «gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt». Auf die Verletzung eines bestimmten Rechtsguts kommt es nicht an. Ersatzfähig sind die aus der Schutzgesetzverletzung resultierenden Vermögensschäden, aber auch für immaterielle Schäden kann Schadenersatz nach dieser Norm verlangt werden.

(1) Der Verstoß gegen ein Schutzgesetz

Schutzgesetz kann jede Rechtsnorm sein. Ein formelles Gesetz ist nicht erforderlich. Es genügen auch Verordnungen oder Satzungen (Art. 2 EGBGB).

Die Norm muss den Schutz eines anderen bezwecken. Das wird von der Rechtsprechung angenommen, wenn sie – neben dem Schutz der Allgemeinheit – jedenfalls auch dazu dienen soll, dem Einzelnen Schutz vor Verletzung seiner Rechte, Rechtsgüter oder rechtlich geschützten Interessen zu gewähren¹. Normen, die ausschließlich die Allgemeinheit schützen, z.B. der Straftatbestand der Urkundenfälschung², sind folglich auszuschließen.

Schutzgesetze sind die meisten Strafvorschriften, außerdem Vorschriften der Verfassung, des Bürgerlichen Rechts, des Handels- und Arbeitsrechts,

¹ BGHZ 12, 146; 46, 17, 23.

² BGHZ 100, 13.

des Prozessrechts sowie des sonstigen Öffentlichen Rechts. Soweit es unmittelbar wirkt, kommt auch EG-Recht als Schutzgesetz in Betracht.

Der Verstoß gegen das Schutzgesetz ist nach den Regeln zu prüfen, die das jeweilige Schutzgesetz aufstellt. § 823 Abs. 2 BGB enthält somit in vollem Umfang eine Verweisung auf die Merkmale des jeweiligen Schutzgesetzes, d. h., bei einer Strafnorm müssen Rechtswidrigkeit und Schuld gegeben sein.

(2) Die Schadenszurechnung

Durch den Verstoß gegen das Schutzgesetz muss ein Schaden adäquat kausal verursacht worden sein. Da der Schutz des § 823 Abs. 2 BGB nicht über den Schutzbereich des jeweiligen Schutzgesetzes hinaus reichen soll, ist der Schutzzweck der Norm jeweils zu ermitteln¹. Entsprechend muss der Verletzte zum geschützten Personenkreis gehören, darüber hinaus muss auch das vom Geschädigten geltend gemachte Interesse von der Norm geschützt werden.

(3) Die Rechtswidrigkeit

Soweit das Schutzgesetz ein Strafgesetz ist, muss die Rechtswidrigkeit bereits bei der Schutzgesetzverletzung geprüft werden. Aber auch dann, wenn das Schutzgesetz kein Strafgesetz ist, muss Rechtswidrigkeit gegeben sein, da es andernfalls an einer unerlaubten Handlung fehlt. Auch hier indiziert der Verstoß gegen das Schutzgesetz die Rechtswidrigkeit.

(4) Das Verschulden

Verlangt das Schutzgesetz kein Verschulden, muss zumindest Fahrlässigkeit vorliegen (§ 823 Abs. 2 S. 2 BGB). Das Verschulden braucht sich dabei nur auf den Verstoß gegen das Schutzgesetz selbst zu beziehen². Verlangt das Schutzgesetz selbst Verschulden, muss das vom Schutzgesetz vorausgesetzte Verschulden vorliegen.

iii. § 826 BGB: Die vorsätzliche sittenwidrige Schädigung

Zu den Grundtatbeständen gehört schließlich § 826 BGB. Danach ist schadenersatzpflichtig, wer in einer gegen die guten Sitten verstörenden Weise einem anderen vorsätzlich einen Schaden zufügt. Ebenso wie bei § 823 Abs. 2 BGB ist eine Rechts- oder Rechtsgutsverletzung nicht

¹ Insoweit wird auch vom Rechtswidrigkeitszusammenhang gesprochen, vgl. Medicus/Petersen, BR, Rdnr. 622.

² BGH, NJW-RR 1987, 1311.

erforderlich, vielmehr fällt jeder Schaden, auch ein bloßer Vermögensschaden, unter die Norm. Insoweit ist sie erheblich weiter gefasst als § 823 Abs. 1 BGB. Andererseits ist sie erheblich enger gefasst, weil die Schadenszufügung vorsätzlich und «in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise» erfolgen muss.

Sittenwidrig sind Handlungen, die gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstoßen. Erforderlich ist eine besondere Verwerflichkeit des Verhaltens. Zur Beurteilung der Sittenwidrigkeit sind alle Umstände des Einzelfalls zu einer Gesamtwürdigung heranzuziehen. Das Verwerfliche kann sich aus dem Zweck der Handlung, dem angewandten Mittel oder der Verknüpfung von beidem ergeben¹. Maßstab ist die zum Zeitpunkt der Handlung herrschende Sozialmoral, wobei den Grundwerten der Verfassung besondere Bedeutung zukommt².

Der Vorsatz muss sich auf die den Sittenverstoß begründenden Tatumstände beziehen, braucht die Sittenwidrigkeit als solche aber nicht zu erfassen. Da der Schaden mit zum haftungsbegründenden Tatbestand gehört, muss sich der Vorsatz auch auf ihn beziehen; Umfang und Verlauf des Schadens im Einzelnen braucht der Täter nicht vorherzusehen. Bedingter Vorsatz genügt.

Zu den von der Rechtsprechung unter § 826 BGB gefassten Fällen gehören unter anderem das Verleiten zum Vertragsbruch³, das Erteilen wissentlich falscher Auskünfte⁴ oder das Ausnutzen einer formalen Rechtsstellung zur Schädigung. Das letzte ist z.B. der Fall, wenn ein Gläubiger aus einem rechtskräftigen aber unrichtigen Urteil in Kenntnis der Unrichtigkeit die Vollstreckung betreibt⁵.

iii. Die weiteren Haftungstatbestände

Ergänzt werden die vorgestellten Grundtatbestände durch eine Reihe von Spezialtatbeständen, zu denen die Haftung für Verrichtungsgehilfen (§ 831 BGB) und die Haftung des Aufsichtspflichtigen (§ 832 BGB) zählen. Insoweit verweise ich auf meine Kommentierung im Staudinger⁶.

¹ Vgl. BGHZ 70, 277.

² Palandt/Sprau, § 826, Rdnr. 6.

³ BGH, FamRZ 1992, 1401, 1402.

⁴ BGH, NJW 1979, 1882.

⁵ Vgl. BGHZ 13, 71; 26, 391.

⁶ BGB, §§ 831, 832, 835-838, Berlin 2008.