

Prütting · Wegen · Weinreich

# BGB

Kommentar

5. Auflage



Luchterhand



Prütting · Wegen · Weinreich  
BGB Kommentar

5. Auflage



Prütting/Wegen/Weinreich

# BGB

## Kommentar

Herausgegeben von

**Prof. Dr. Hanns Prütting**

Professor der Universität zu Köln,  
Direktor des Instituts für Verfahrensrecht

**Prof. Dr. Gerhard Wegen, LL.M. (Harvard)**

Attorney-at-law (New York)  
Honorarprofessor der Universität Tübingen,  
Rechtsanwalt, Stuttgart

**Gerd Weinreich**

Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht Oldenburg

5., neu bearbeitete und erweiterte Auflage

 Luchterhand 2010

## 5. Auflage 2010

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek  
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation  
in der Deutschen Nationalbibliografie;  
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet  
über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-472-07713-8

Zitierweise: PWW/ <i>Bearbeiter</i> § ... Rn ...
--

[www.wolterskluwer.de](http://www.wolterskluwer.de)  
[www.luchterhand-fachverlag.de](http://www.luchterhand-fachverlag.de)

Alle Rechte vorbehalten.

Luchterhand – eine Marke von Wolters Kluwer Deutschland GmbH.

© 2010 by Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Luxemburger Str. 449, 50939 Köln.

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

Umschlagkonzeption: Martina Busch, Fürstenfeldbruck

Satz: TypoScript GmbH, München

Druck: L.E.G.O. S.p.A. – Lavis, Italy

© Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem und chlorfreiem Papier.

## Vorwort

Schon seit dem Erscheinen der 1. Auflage im Jahre 2006 haben es sich Herausgeber, Autoren und Verlag zum Ziel gesetzt, den vorliegenden Kommentar jährlich jeweils zum Anwaltstag in einer neuen Auflage herauszubringen. Wir sind sehr stolz, dieses Ziel nun bereits zum fünften Mal pünktlich erreicht zu haben. Der Kommentar kann damit weiterhin seinem Wunsch gerecht werden, der Praxis in einem einbändigen Werk eine moderne und stets aktuelle Hilfestellung auf hohem wissenschaftlichen Niveau anzubieten. Freilich wird es angesichts der vielfältigen Bemühungen des Gesetzgebers, den Text des BGB und des EGBGB zu modernisieren, zu überarbeiten und zu ergänzen, immer schwieriger, den Umfang des Werkes in einem einzigen Band zu erhalten.

Ein besonderes Augenmerk hat diese Neuauflage wiederum auf die unionsrechtlichen Entwicklungen gelegt. Dies zeigt sich neben der Einarbeitung des Lissabon-Vertrages vor allem im Bereich der Rom-I-VO und der Rom-II-VO zu den vertraglichen und den gesetzlichen Schuldverhältnissen im Rahmen des internationalen Privatrechts. Durch diese Verordnungen werden das deutsche Kollisionsrecht und das Kollisionsrecht aller Mitgliedstaaten im Bereich der Schuldverhältnisse durch ein unmittelbar geltendes Unionsrecht überlagert. Die Bedeutung dieser Neuregelung für den europaweiten Privatrechtsverkehr kann nicht hoch genug eingeschätzt werden.

Im Bereich des deutschen Zivilrechts waren insbesondere die nachhaltigen gesetzgeberischen Veränderungen im Vereinsrecht durch die Gesetze vom 24. und vom 28. September 2009 zu berücksichtigen, ferner das Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts vom 24. September 2009 und das Gesetz zur Strukturreform des Versorgungsausgleichs vom 03. April 2009 sowie das Gesetz zur Änderung des Zugewinnausgleichs- und Vormundschaftsrechts. Eine weitere nachhaltige Überarbeitung war durch die umfassende Neuregelung des rechtlichen Bereichs des Zahlungsverkehrs durch das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkredite und des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdienstrichtlinie vom 11. Juni 2009. Zu berücksichtigen war ferner die Reform durch das am 01. September 2009 in Kraft getretene neue FamFG sowie durch das Gesetz zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs im Grundbuchverfahren. Die Bemühungen, auch die dem Bürgerlichen Recht zuzuordnenden Nebengesetze intensiv zu kommentieren, haben durch die verstärkte Kommentierung des Wohnungseigentumsgesetzes einen besonderen Niederschlag gefunden. Jenseits aller dieser einzelnen Veränderungen hat auch die Rechtsprechung eine große Zahl von Fortentwicklungen gebracht, die sorgfältig einzuarbeiten waren. Darüber hinaus ist das gesamte Werk überarbeitet und konsolidiert.

Die Herausgeber sprechen allen Autoren und dem Verlag ihren besonderen Dank aus. Alle am Werk Beteiligten haben den Kommentar mit großer Intensität und herausragendem Engagement überarbeitet und erneuert. Dennoch gilt auch für die vorliegende Neuauflage die Bitte der Herausgeber an die Fachöffentlichkeit, kritische Hinweise, Anregungen und Verbesserungsvorschläge zu übermitteln, die die Qualität, Konsistenz und Homogenität dieses Werks verbessern helfen, gerne auch per E-Mail unter: [redaktion.bgbkcommentar@wolterskluwer.de](mailto:redaktion.bgbkcommentar@wolterskluwer.de)

Köln, Stuttgart und Oldenburg, im Februar 2010

Hanns Prütting  
Gerhard Wegen  
Gerd Weinreich



## Die Bearbeiter

**Prof. Dr. Martin Ahrens**

Professor der Universität Göttingen

**Prof. Dr. Martin Avenarius**

Professor der Universität zu Köln

Direktor des Instituts für Römisches Recht

**Prof. Dr. Andreas Bauer**

Professor der Evangelischen Fachhochschule Bochum

**Prof. Dr. Klaus Peter Berger, LL.M. (Virginia)**

Professor der Universität zu Köln

**Priv.-Doz. Dr. Moritz Brinkmann, LL.M. (McGill)**

Wissenschaftlicher Assistent der Universität zu Köln

**Dr. Eckart Brödermann, LL.M. (Harvard)**

Maitre en droit (Paris V), Attorney-at-law (New York)

Rechtsanwalt, Hamburg

Lehrbeauftragter an der Universität Hamburg

**Prof. Dr. Petra Buck-Heeb**

Professorin der Universität Hannover

**Dr. Gunter Deppenkemper, LL.M., LL.M. (beide Osnabrück)**

Staatsanwalt, Staatsanwaltschaft Mannheim

**Dr. Hoimar von Ditfurth**

Rechtsanwalt, Frankfurt

**Dipl. jur. Jan Ehling, MLE**

Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Göttingen

**Prof. Dieter Eickmann**

Professor der Hochschule für Wirtschaft und Recht, a.D., Berlin

**Dr. Oliver Elzer**

Richter am Kammergericht, Berlin

**Prof. Dr. Klaus Englert**

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Schrobenhausen

**Prof. Dr. Oliver Fehrenbacher**

Professor der Universität Trier

**Dr. Peer Feldhahn**

Rechtsanwalt, Hamburg

**Prof. Dr. Robert Freitag, Maitre en droit (Bordeaux)**

Professor der Universität Hamburg

**Brigitte Frensch**

Rechtsanwältin, Düsseldorf

**Dr. Peter Friederici**

Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht Naumburg, a.D.

**Dr. Rainer Hoppenz**

Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht Karlsruhe, a.D.

**Dr. Christoph Huhn**

Notar, Troisdorf

**Dr. Sibylle Kessal-Wulf**

Richterin am Bundesgerichtshof Karlsruhe

**Dr. Christian Kessler**

Notar, Düren

**Dr. Norbert Kleffmann**

Fachanwalt für Familienrecht, Hagen, Rechtsanwalt und Notar

**Hubertus Kramarz**

Vorsitzender Richter am Landgericht Oldenburg  
Lehrbeauftragter an der Universität Oldenburg

**Dr. Joachim Kummer**

Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof, Ettlingen

**Dr. Reiner Lemke**

Richter am Bundesgerichtshof, Karlsruhe

**Stefan Leupertz**

Richter am Bundesgerichtshof Karlsruhe  
Lehrbeauftragter für Bauvertragsrecht der Universitäten Dortmund und Marburg

**Dr. Stefan Lingemann**

Fachanwalt für Arbeitsrecht, Rechtsanwalt und Notar, Berlin

**Prof. Dr. Martin Löhnig**

Professor der Universität Regensburg

**Prof. Dr. Dieter Martiny**

Professor der Universität Frankfurt (O.)

**Prof. Dr. Dres. h.c. Dieter Medicus**

Professor (em.) der Universität München

**Dr. Juliana Mörsdorf-Schulte, LL.M. (Berkeley)**

Lehrbeauftragte der Universität Mannheim  
Richterin

**Prof. Dr. Hans-Friedrich Müller, LL.M. (Bristol)**

Professor der Universität Erfurt

**Tanja Müller-Tegethoff**

Fachwältin für Familienrecht, Mediatorin, Hannover

**Dr. h.c. Gerd Nobbe**

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof a.D., Karlsruhe

**Prof. Dr. Thomas Pfeiffer**

Professor der Universität Heidelberg  
Direktor des Instituts für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht  
Richter am Oberlandesgericht a.D.

**Klaus Pieper**

Rechtsanwalt, Richter am Oberlandesgericht a.D., Düsseldorf

**Prof. Dr. Hanns Prütting**

Professor der Universität zu Köln,  
Direktor des Instituts für Verfahrensrecht

**Prof. Dr. Hans Rausch †**

Richter am Amtsgericht a.D.  
Professor der Fachhochschule für Rechtspflege NRW, Bad Münstereifel

**Kirsten Reimers**

Fachwältin für Familienrecht, Mediatorin, Hannover

**Prof. Dr. Oliver Remien**

Professor der Universität Würzburg

**Dr. Olaf Riecke**

Richter am Amtsgericht Hamburg-Blankenese

**Prof. Dr. Renate Schaub, LL.M. (Bristol)**

Professorin der Ruhr-Universität Bochum

**Prof. Dr. Gottfried Schiemann**

Professor der Universität Tübingen

**Dr. Michael J. Schmid**

Richter am Bayerischen Obersten Landesgericht a.D., München

**Dr. Detlef Schmidt**

Rechtsanwalt und Notar, Berlin

**Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel**

Professor am European Legal Studies Institute der Universität Osnabrück

**Prof. Dr. Martin Schöpflin, LL.M. (Northumbria)**

Professor der Norddeutschen Fachhochschule für Rechtspflege, Hildesheim

**Dr. Jürgen Soyka**

Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht Düsseldorf

**Dr. Ursula Tschichoflos**

Rechtsanwältin, Mediatorin (DAA), Esslingen

Lehrbeauftragte der Berufsakademie Karlsruhe und der Ev. Fachhochschule Ludwigsburg

**Prof. Dr. Barbara Völmann-Stickelbrock**

Professorin der Fernuniversität Hagen

**Dr. Wolfram Waldner, M.A.**

Notar, Bayreuth

Lehrbeauftragter der Universität Erlangen-Nürnberg

**Prof. Dr. Gerhard Wegen, LL.M. (Harvard)**

Attorney-at-law (New York)

Honorarprofessor der Universität Tübingen

Rechtsanwalt, Stuttgart

**Gerd Weinreich**

Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht Oldenburg

**Theo Ziegler**

Vorsitzender Richter am Landgericht Landshut

**Prof. Dr. Brigitta Zöchling-Jud**

Professorin der Universität Wien



## Im Einzelnen haben bearbeitet:

### BGB

Einleitung	Prof. Dr. Hanns Prütting
§§ 1–14	Prof. Dr. Hanns Prütting
§§ 21–89	Prof. Dr. Martin Schöpflin
§§ 90–113	Prof. Dr. Barbara Völzmann-Stickelbrock
§§ 116–144	Prof. Dr. Martin Ahrens
§§ 145–163	Dr. Moritz Brinkmann
§§ 164–185	Brigitte Frensch
§§ 186–240	Dr. Christian Kessler
§§ 241–248	Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel
§§ 249–255	Prof. Dr. Dres. h.c. Dieter Medicus
§§ 256–274	Prof. Dr. Brigitta Zöchling-Jud
§§ 275–292	Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel
§§ 293–304	Prof. Dr. Brigitta Zöchling-Jud
§§ 305–310	Prof. Dr. Klaus Peter Berger
§§ 311–360	Prof. Dr. Dres. h.c. Dieter Medicus
§§ 362–397	Prof. Dr. Thomas Pfeiffer
§§ 398–432	Prof. Dr. Hans-Friedrich Müller
§§ 433–480	Dr. Detlef Schmidt
§§ 481–487	Dr. Michael J. Schmid
§§ 488–515	Dr. Sibylle Kessal-Wulf
Anh zu §§ 488–515: Finanzierungsleasing	Brigitte Frensch
§§ 516–534	Dr. Rainer Hoppenz
§ 535	Dr. Oliver Elzer
§§ 536–536d	Dr. Peer Feldhahn
§ 537	Dr. Michael J. Schmid
§§ 538–542	Dr. Olaf Riecke
§§ 543–547	Dr. Peer Feldhahn
§ 548	Dr. Olaf Riecke
§ 549	Dr. Peer Feldhahn
§ 550	Dr. Michael J. Schmid
§§ 551–553	Dr. Olaf Riecke
§ 554	Dr. Oliver Elzer
§§ 554a–555	Dr. Olaf Riecke
§§ 556–556b	Dr. Michael J. Schmid
§§ 557–559b	Dr. Oliver Elzer
§ 560	Dr. Michael J. Schmid
§ 561	Dr. Oliver Elzer
§§ 562–567b	Dr. Olaf Riecke
§§ 568–572	Dr. Oliver Elzer
§§ 573–577a	Dr. Olaf Riecke
§§ 578–580	Dr. Michael J. Schmid
§§ 580a – 597	Dr. Olaf Riecke
§§ 598–609	Dr. Rainer Hoppenz
§§ 611–630	Dr. Stefan Lingemann
§§ 631–651	Stefan Leupertz
§§ 651a–m	Dr. Gunter Deppenkemper
§§ 652–655	Prof. Dr. Oliver Fehrenbacher
§§ 655a–e	Dr. h.c. Gerd Nobbe
§ 656	Dr. Peter Friederici
§§ 657–661	Dr. Ursula Tschichoflos
§ 661a	Dr. Juliana Mörsdorf-Schulte
§§ 662–704	Prof. Dr. Oliver Fehrenbacher
§§ 705–758	Dr. Hoimar von Ditfurth
§§ 759–779	Dr. Eckart Brödermann
§§ 780–811	Prof. Dr. Petra Buck-Heeb
§§ 812–822	Stefan Leupertz
§§ 823–838	Prof. Dr. Renate Schaub

§§ 839–839a	Hubertus Kramarz
§§ 840–841	Prof. Dr. Renate Schaub
§§ 842–846	Prof. Dr. Dres. h.c. Dieter Medicus
§§ 848–853	Prof. Dr. Renate Schaub
§§ 854–872	Prof. Dr. Hanns Prütting
§§ 873–902	Dr. Christoph Huhn
§§ 903–924	Dr. Reiner Lemke
§§ 925–928	Dr. Christoph Huhn
§§ 929–984	Prof. Dr. Hanns Prütting
§§ 985–1011	Prof. Dr. Klaus Englert
§§ 1018–1112	Prof. Dieter Eickmann
§§ 1113–1203	Dr. Wolfram Waldner
§§ 1204–1296	Dr. h.c. Gerd Nobbbe
Vor §§ 1297 ff	Gerd Weinreich
§§ 1297 – 1302	Gerd Weinreich/Prof. Dr. Hans Rausch
§§ 1303–1312	Dr. Peter Friederici/Prof. Dr. Hans Rausch
§§ 1313–1320	Klaus Pieper
§§ 1353–1357	Gerd Weinreich
§ 1359	Gerd Weinreich
§§ 1360–1361	Dr. Norbert Kleffmann
§§ 1361a – 1390, 1408 I	Gerd Weinreich
§ 1408 II	Kirsten Reimers/Tanja Müller-Tegethoff
§§ 1409–1568b	Gerd Weinreich
§§ 1569–1577	Dr. Norbert Kleffmann
§§ 1578–1579	Dr. Jürgen Soyka
§§ 1580–1586b	Dr. Norbert Kleffmann
§§ 1587	Kirsten Reimers/Tanja Müller-Tegethoff
§§ 1588–1590	Gerd Weinreich
§ 1589	Gerd Weinreich/Prof. Dr. Hans Rausch
§§ 1591–1600e	Klaus Pieper
§§ 1601–1615o	Dr. Jürgen Soyka
§§ 1616–1625	Klaus Pieper
§§ 1626–1698b	Theo Ziegler
§§ 1712–1772	Dr. Peter Friederici
§§ 1773–1921	Prof. Dr. Andreas Bauer
§§ 1922–2063	Dr. Ursula Tschichoflos
§§ 2064–2099 (ohne 2077)	Prof. Dr. Martin Löhnig
§ 2077	Prof. Dr. Martin Löhnig /Prof. Dr. Hans Rausch
§§ 2100–2146	Dr. Joachim Kummer
§§ 2147–2228	Prof. Dr. Gottfried Schiemann
§§ 2229–2273	Prof. Dr. Martin Avenarius
§§ 2274–2385	Dr. Gunter Deppenkemper
<b>EGBGB</b>	
Überblick zum EGBGB	Prof. Dr. Gerhard Wegen
Art 1–12 EGBGB	Dr. Juliana Mörsdorf-Schulte
Art 13–24 EGBGB	Prof. Dr. Dieter Martiny
Art 25–26 EGBGB	Dr. Robert Freitag
<b>Rom I-VO</b>	
Präambel	Dr. Eckart Brödermann, Prof. Dr. Gerhard Wegen
Art 1–4 Rom I-VO	Dr. Eckart Brödermann, Prof. Dr. Gerhard Wegen
Art 5–6 Rom I-VO	Prof. Dr. Oliver Remien
Art 7 Rom I-VO	Dipl. jur. Jan Ehling
Art 8 Rom I-VO	Dr. Stefan Lingemann
Art 9 Rom I-VO	Prof. Dr. Oliver Remien
Art 10 Rom I-VO	Dr. Eckart Brödermann, Prof. Dr. Gerhard Wegen
Art 11 Rom I-VO	Dr. Juliana Mörsdorf-Schulte
Art 12 Rom I-VO	Dr. Eckart Brödermann, Prof. Dr. Gerhard Wegen
Art 13 Rom I-VO	Dr. Juliana Mörsdorf-Schulte
Art 14–15 Rom I-VO	Prof. Dr. Hans-Friedrich Müller
Art 16–20 Rom I-VO	Dr. Eckart Brödermann, Prof. Dr. Gerhard Wegen

Art 21 Rom I-VO	Dr. Juliana Mörsdorf-Schulte
Art 22–29 Rom I-VO	Dr. Eckart Brödermann, Prof. Dr. Gerhard Wegen
<b>EGBGB</b>	
Vor ex Art 27 – ex 28 EGBGB	Dr. Eckart Brödermann, Prof. Dr. Gerhard Wegen
ex Art 29, 29 a EGBGB	Prof. Dr. Oliver Remien
ex Art 30 EGBGB	Dr. Stefan Lingemann
ex Art 31, 32 EGBGB	Dr. Eckart Brödermann, Prof. Dr. Gerhard Wegen
ex Art 33 EGBGB	Prof. Dr. Hans-Friedrich Müller
ex Art 34 EGBGB	Prof. Dr. Oliver Remien
ex Art 35–37 EGBGB	Dr. Eckart Brödermann, Prof. Dr. Gerhard Wegen
<b>Rom II-VO</b>	
Präambel	Prof. Dr. Renate Schaub
Art 1–8 Rom II-VO	Prof. Dr. Renate Schaub
Art 9 Rom II-VO	Dr. Stefan Lingemann
Art 10 Rom II-VO	Prof. Dr. Oliver Fehrenbacher
Art 11 Rom II-VO	Prof. Dr. Oliver Fehrenbacher
Art 12–15 Rom II-VO	Prof. Dr. Renate Schaub
Art 16 Rom II-VO	Prof. Dr. Oliver Remien
Art 17–18 Rom II-VO	Prof. Dr. Renate Schaub
Art 19–20 Rom II-VO	Prof. Dr. Hans-Friedrich Müller
Art 21–25 Rom II-VO	Prof. Dr. Renate Schaub
Art 26 Rom II-VO	Dr. Juliana Mörsdorf-Schulte
Art 27–32 Rom II-VO	Prof. Dr. Renate Schaub
<b>EGBGB</b>	
Vor Art 38 EGBGB	Prof. Dr. Renate Schaub
Art 38 EGBGB	Prof. Dr. Oliver Fehrenbacher
Art 39 EGBGB	Prof. Dr. Oliver Fehrenbacher
Art 40–42 EGBGB	Prof. Dr. Renate Schaub
Art 43–46a EGBGB	Dr. Moritz Brinkmann
Art 46 b EGBGB	Prof. Dr. Oliver Remien
Art 46 c EGBGB	Dipl. jur. Jan Ehling
Art 47 EGBGB	Dr. Juliana Mörsdorf-Schulte
Art 229 EGBGB (Auszug) als Anlage Vor § 194	Dr. Christian Kessler
Art 229 EGBGB (Auszug) als Anlage Vor §§ 241 ff	Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel
Art 247 EGBGB	Dr. h. c. Gerd Nobbe
<b>AGG</b>	Dr. Stefan Lingemann
<b>GewSchG</b>	Gerd Weinreich
<b>LPartG</b>	Gerd Weinreich
<b>ProdukthaftungsG</b>	Prof. Dr. Renate Schaub
<b>WEG</b>	Dr. Oliver Elzer, Dr. Olaf Riecke
<b>VersAusglG</b>	Tanja Müller-Tegethoff, Kirsten Reimers
<b>VBVG</b> als Anh zu § 1836	Prof. Dr. Andreas Bauer



# Bürgerliches Gesetzbuch

v. 18.8.1896 (RGBl. S. 195) in der Fassung der Bekanntmachung v. 2.1.2002 (BGBl. I 42), berichtigt am 22.5.2003 (BGBl. I 738), zuletzt geändert durch Gesetz zur Begrenzung der Haftung von ehrenamtlich tätigen Vereinsvorständen v. 28.9.2009 (BGBl. I 3161)

## Einleitung

### Literatur:

**1. Kommentare:** *BaRoth* BGB, 3 Bände, 2. Aufl 07/08; *Dauner-Lieb/Heidel/Ring* Anwaltkommentar zum BGB, 6 Bände, 1. Aufl 04/05; *Erman* BGB, 2 Bände, 12. Aufl 08; *Jauernig* BGB, 13. Aufl 09; *Juris-Praxiskommentar*, BGB, 7 Bände, 4. Aufl 08; *Münchener Kommentar zum BGB*, 10 Bd, 5. Aufl 06 ff.; *Palandt* BGB, 69. Aufl 10; *Reichsgerichtsrätekommentar*, BGB, in Teilbänden, 12. Aufl 74–96; *Schulze* ua BGB, 6. Aufl 09; *Soergel* BGB, 12. Aufl 87 – 07 in 12 Bd; 13. Aufl 99 ff. in 24 Bd; *Staudinger* BGB, 12. Aufl in Teilbänden 78 – 98; ab der 13. Bearbeitung in Einzellieferungen 94 ff.

**2. Lehrbücher:** *Bork* Allgemeiner Teil des BGB, 2. Aufl 06; *Enneccerus/Nipperdey* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2 Bände, 15. Aufl 59/60; *Flume* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band I 1, Die Personengesellschaft, 77; Band I 2, Die juristische Person, 83; Band II, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl 92; *Hübner* Allgemeiner Teil des BGB, 2. Aufl 96; *Larenz/Wolf* Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl 04; *Medicus/Petersen* Bürgerliches Recht, 22. Aufl 09; *von Tuhr* Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 3 Bände, 1910/1914/1918.

**3. Materialien:** Vorlagen der Redaktoren für die 1. Kommission, hrsg von *W. Schubert* seit 81; 1. Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, 1888; Motive, 5 Bände, Amtl Ausgabe, 1888; 2. Entwurf 1895; Protokolle der Kommission für die 2. Lesung, 7 Bände, 1897–1899; 1., 2. und 3. Beratung des Entwurfs eines BGB im Reichstag, Stenografische Berichte, 1896; *Mugdan* Die gesamten Materialien zum BGB, 5 Bände, 1899; Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches in systematischer Darstellung der unveröffentlichten Quellen, hrsg von *H. H. Jakobs* und *W. Schubert* seit 78; *Staudinger* BGB-Synopse, 1896-2000, Neubearbeitung 2000, hrsg von *Reppen*, *Schulte-Nölke*, *Strätz*; *Schmoeckel/Rückert/Zimmermann* Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd I, 03.

**A. Entstehung und Fortentwicklung des BGB. I. Ausgangspunkte.** Entscheidende Grundlage der Entwicklung eines Bürgerlichen Rechts war das Römische Recht (insb *corpus iuris civilis* von 529/534 n Chr). Ab dem 11./12. Jahrhundert kam es zur Rezeption des Römischen Rechts und anschließend über Jahrhunderte zur wissenschaftlichen Bearbeitung (Glossatoren, Postglossatoren). Trotz dieser Basis im Gemeinen Recht führte die Entwicklung zu einer außerordentlich starken Rechtszersplitterung schon in der frühen Neuzeit, insb aber auch seit Untergang des Alten Reiches (1806). Neben dem Gemeinen Recht bestimmten wichtige landesrechtliche Kodifikationen (Preußisches ALR von 1793, Badisches Landrecht von 1809, Bayerischer Codex von 1756, Sächsisches BGB von 1865 sowie der französische Code Civile im Rheinland) die Praxis. Die Idee der Rechtsvereinheitlichung wurde allgemeinpolitisch von der Nationalstaatsidee (s.u. Rn 5) und in Deutschland speziell durch die Reichsgründung 1870/71 stark gefördert (s.u. Rn 5, 6). Hinzu kam eine ökonomische Entwicklung des 19. Jahrhunderts im Übergang von einer Agrar- zur Industriegesellschaft, die zusammen mit massivem Bevölkerungswachstum Fortschritte in der einheitlichen Rechtsentwicklung notwendig erscheinen ließ (Entwickelte Zollvereine nach 1815, insb Allgemeiner Zollverein 1833, Allgemeine Deutsche Wechselordnung 1848, ADHGB 1861).

**II. Kodifikationsprobleme.** Im 19. Jahrhundert bildete sich überall in Europa im Zusammenhang mit der Nationalstaatsidee auch der Grundgedanke der Kodifizierung des Rechts sehr stark aus. Die Kodifikationsidee enthielt also sowohl politische Aspekte als auch den Wunsch nach einem einheitlichen Rechtswissenschaftlichen System. Auch in Deutschland wurde bereits zu Beginn des 19. Jahrhunderts die Schaffung einer zivilrechtlichen Kodifikation gefordert (*Thibaut* Über die Notwendigkeit eines all bürgerlichen Rechts für Deutschland, 1814). Der berühmte Widerspruch von *Friedrich Carl von Savigny* („Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“, 1814) verzögerte diese Entwicklung, ohne sie letztlich aufhalten zu können. Die im politischen Bereich vielfach beklagte späte deutsche nationalstaatliche Entwicklung führte so im Bereich des Privatrechts am Ende des 19. Jahrhunderts zu einer ausgereiften Kodifikation, die in ihren Grundlagen noch heute Geltung besitzt und die Vorbild für vielfältige ausländische Entwicklungen geworden ist (s.u. Rn 12).

**III. Äußerer Gang der Entwicklung.** Unmittelbar nach der Reichsgründung 1870/71 begann der Prozess der Schaffung des BGB. 1873 wurde zunächst die Gesetzgebungskompetenz des Reiches geschaffen (lex Miquel-Lasker). Über die Einsetzung einer Vorkommission und einer 1. Kommission im Jahre 1874 führte der Weg zum 1. Entwurf des Jahres 1888, der zusammen mit den Motiven veröffentlicht wurde. Die vielfältige und

scharfe Kritik an diesem 1. Entwurf (insb von *Gierke, Menger*) führte 1890 zur Einsetzung einer 2. Kommission, deren Arbeit 1895 mit einem 2. Entwurf (zusammen mit den Protokollen) endete. Schließlich wurde dieser Entwurf 1896 im Reichstag eingebracht (sog 3. Entwurf) und nach längeren Verhandlungen am 1.1.1896 verabschiedet. Das BGB ist am 1.1.1900 in Kraft getreten.

- 7 **IV. Fortentwicklung. 1. Die Zeit von 1900 bis 1945.** Während das BGB im Kaiserreich nahezu unverändert blieb, ergaben sich im Zuge des verlorenen 1. Weltkriegs und in der Zeit der Weimarer Republik eine Reihe von Änderungen (insgesamt 15 Novellierungen). Auch die Zeit des Nationalsozialismus führte rein äußerlich nicht zu grundlegenden Veränderungen des BGB. Geplant war, das Gesamtsystem des Bürgerlichen Rechts zu beseitigen und durch ein Volksgesetzbuch zu ersetzen, das jedoch nie in Kraft getreten ist. Die massiven Veränderungen des Bürgerlichen Rechts in der nationalsozialistischen Zeit vollzogen sich weitgehend im ideologischen Rechtsdenken und in der Rspr (vgl *Rüthers* Die unbegrenzte Auslegung, Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 1968). Daneben ist die nationalsozialistische Sondergesetzgebung zu erwähnen (EheG, TestG, VerschG, BlutschutzG, ReichsbürgerG).
- 8 **2. Die Zeit von 1945 bis 2001.** Nach 1945 wurden zunächst durch Kontrollratsgesetze alle nationalsozialistischen Rechtsregeln beseitigt. Unter der Herrschaft des Grundgesetzes wurde ab 1949 das BGB in seiner Fassung vor 1933 wiederum zur Grundlage des Privatrechts. In der Folgezeit wurde das BGB vielfach novelliert (135 Novellen zwischen 1949 und 2000). Hervorzuheben sind das GleichberG 1957, das FamRÄndG 1961, die vielfältigen Mietrechtsgesetze, das NichtehelichenG von 1969, das 1. EhreformG von 1976, das AdoptionsG von 1976, das G zur Neuregelung der elterlichen Sorge von 1979, das BetreuungsG von 1990, die Änderungen des Namensrechts, das KindschaftsreformG 1997 sowie als vorläufiger Höhepunkt der Änderungen das Schuldrechtsmodernisierungsg 2001 (s.u. Rn 9).
- 9 **3. Die Zeit von 2002 bis heute.** Die stärksten Eingriffe in das Gesamtsystem des BGB seit seinem Inkrafttreten hat das G zur Modernisierung des Schuldrechts v 26.11.01 (BGBl I 3138) gebracht, das zum 1.1.02 in Kraft getreten ist und zu einer Neubekanntmachung des BGB v 2.1.02 geführt hat (BGBl I 02, 42, ber. 2902 und BGBl I 03, 738). Diese Novellierung war zwar durch drei Richtlinien der EU veranlasst (s.u. § 13 Rn 2 u vor § 241 Rn 8), ging aber weit darüber hinaus („große Lösung“) und wollte insgesamt als eine grundlegende Überarbeitung des gesamten Schuldrechts (sowie des Verjährungsrechts) verstanden wissen werden. Dabei war es das erklärte Ziel des Gesetzgebers, zu einem einfacher handhabbaren und übersichtlicheren Recht zu gelangen (BTDrs 14/6040, S 98; *Däubler-Gmelin* NJW 01, 2281). Ob dies gelungen ist, darf füglich bezweifelt werden. Jedenfalls hat das deutsche Bürgerliche Recht durch diese Reform einen Europäisierungsschub erhalten, der es zu einer stetigen gesetzlichen Baustelle machen wird (vgl *Dauner-Lieb* AnwBl 04, 597, 601 und JZ 04, 1431). Seit Anfang 2002 hat das BGB dementsprechend bis Sommer 2005 bereits 19 weitere Veränderungen erfahren, darunter auch mehrfach Reparaturmaßnahmen zur Schuldrechtsreform. Bis 2009 kamen wichtige Änderungen im Vereinsrecht, im Verjährungsrecht, im Recht des Zahlungsverkehrs, im Familien- und Erbrecht sowie durch das FamFG hinzu.
- 10 **4. Fazit.** Insgesamt kann rückblickend auf die 110-jährige Geschichte des BGB gesagt werden, dass der Allgemeine Teil, das Sachenrecht und (mit meist familienrechtlich bedingten Abstrichen) auch das Erbrecht in ihren Grundstrukturen und allen wesentlichen Regelungen unverändert geblieben sind, während das Familienrecht und zuletzt im Jahre 2001 das Schuldrecht grundlegende Eingriffe und Umgestaltungen hinnehmen mussten. So muss die am BGB immer wieder geübte Kritik der Lückenhaftigkeit und der (nicht immer zu Recht genannten) sozialen Unausgewogenheit (dazu Rn 20 aE) deutlich hinter dem positiven Votum einer außerordentlich anpassungsfähigen Kodifikation des gesamten Bürgerlichen Rechts zurückstehen.
- 11 **V. Perspektiven.** Heute und in der weiteren Zukunft werden die Entwicklung des BGB sowie des gesamten Privatrechts außerordentlich stark von der **europäischen Rechtsentwicklung** beeinflusst und geprägt (s.u. Rn 28 ff). Die moderne Komplexität sozialer Beziehungen sowie die darauf aufbauende Komplexität zivilrechtlicher Normzusammenhänge (Stichwort: Verrechtlichung aller Lebensbereiche) führen zu einer ständig wachsenden Verfeinerung der Regelungen und Aufblähung des Rechtsstoffes. Im Zusammenhang mit der Neigung des Gesetzgebers, viele sonderprivatrechtliche Aspekte in das BGB zurückzuführen (AGB-Recht, Verbraucherschutzrecht), wird das G zunehmend unübersichtlicher, ohne an Geschlossenheit zu gewinnen. Die moderne Entwicklung macht so recht deutlich, wie gut gelungen insgesamt die Grundstruktur und die Systematik des BGB gewesen waren (das Familienrecht, das Arbeitsrecht und das Mietrecht aus naheliegenden Gründen einmal ausgenommen). Auch künftig werden die Entwicklungslinien aber wohl von den drei Tendenzen der Materialisierung (s. hier Rn 11 sowie Rn 39, 43), der Konstitutionalisierung (Rn 25 ff) und der Europäisierung (Rn 28 ff) geprägt sein.
- 12 **VI. Die Ausstrahlungswirkung des BGB.** Das BGB ist ein (später) Teil einer großen europäischen Kodifikationswelle, die von Preußen (ALR 1794), Österreich (ABGB 1811) und Frankreich (Code Civil 1804) ausging und die im 19. Jahrhundert zur Schaffung von Zivilgesetzbüchern in weiten Teilen Europas führte (zB Nie-

derlande 1838, Italien 1865, Portugal 1833/67, Spanien 1888/89, Schweiz 1907/12). Dabei hatte über lange Zeit insb das französische Recht eine gewisse Vorbildfunktion. Das deutsche BGB hat mit seiner exzellenten Systematik und abstrakten Begrifflichkeit sodann im 20. Jahrhundert eine erhebliche Ausstrahlung auf die internationale Rechtswelt ausgeübt und in seiner Vorbildfunktion das französische Recht teilweise abgelöst. Hingewiesen sei auf die weitgehende Rezeption des deutschen Rechts in Griechenland (1940), in Japan (1898) und China (1930) sowie den prägenden Einfluss bei Teil- und Neukodifikationen in Österreich (1914), in Italien (1942), in Portugal (1966) und in den Niederlanden (1992). Zu erwähnen sind ferner die Einflüsse in Osteuropa, va in den baltischen Staaten, in der Türkei, Brasilien (1916), Argentinien (1869), Mexiko (1928) und in Ostasien (Japan, Korea, China).

**B. Bürgerliches Recht als Kernbereich des Privatrechts; Begriff und Abgrenzungen. I. Begriff.** Das Privatrecht wird im Allgemeinen als Oberbegriff für alle normativen Regelungen verstanden, die nicht dem Öffentlichen Recht (s.u. Rn 14) unterfallen. Soweit die Bezeichnung Zivilrecht nicht identisch mit Privatrecht gebraucht wird, wird es einschränkend neben dem Wirtschaftsrecht und dem Arbeitsrecht als Kern und Schwerpunkt des Privatrechts verstanden. Bürgerliches Recht kann demgegenüber noch einmal deutlich einschränkend als das Allgemeine Zivilrecht (Privatrecht) in Abgrenzung zum Sonderprivatrecht gesehen werden (s.u. Rn 15). 13

**II. Abgrenzung zum Öffentlichen Recht.** Dem Privatrecht steht als Gegensatz das Öffentliche Recht ggü, das im Wesentlichen das Staats- und Verwaltungsrecht, das Sozialrecht, das Steuerrecht, das Strafrecht sowie die Verfahrensrechte umfasst. Für den Gerichtszugang (§ 13 GVG, § 40 VwGO), für die Rechtsträger sowie die Rechtsfolgen des Handelns und die Handlungsformen ist die Unterscheidung von zentraler Bedeutung. Öffentliches Recht ist geprägt durch das Tätigwerden von Trägern hoheitlicher Gewalt, wobei aus öffentlich-rechtlichen Normen nur derjenige berechtigt oder verpflichtet wird, der selbst Hoheitsträger oder ein Rechtssubjekt ist, das durch Hoheitsakt zur Wahrnehmung gemeinsamer Angelegenheiten einer über individuelle Beziehungen hinausgehenden Personenvielfalt verpflichtet ist (neuere oder **modifizierte Subjektstheorie**, Sonderrechtstheorie). Deutlich wird der Unterschied im Alltag häufig dadurch, dass sich im Privatrecht die Beteiligten in einem Verhältnis der Gleichordnung gegenüberstehen, während im Öffentlichen Recht ein Über-Untergeordnetungsverhältnis besteht (Subjektionstheorie, Subordinationstheorie; krit zu den Theorien *Leisner* JZ 06, 869). Typische Handlungsformen im Privatrecht sind daher die Willenserklärung und der Vertrag, während im Öffentlichen Recht die am häufigsten zu beobachtende Handlungsform der Verwaltungsakt ist. 14

**III. Allgemeines Privatrecht und Sonderprivatrechte.** Kennzeichnend für das Bürgerliche Recht ist der Grundgedanke eines allg Privatrechts, das jeden Bürger betrifft. Dem stehen Sonderbereiche für Kaufleute, Arbeitnehmer und andere Privatpersonen ggü, deren spezifischer Rechtskreis nur dort angesprochen ist, wo das privatrechtliche Verhalten gerade in seiner Sondereigenschaft vor sich geht. Daher trennt man zwischen dem Bürgerlichen Recht als dem allg Privatrecht und den Sonderprivatrechten (Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Arbeitsrecht, Wettbewerbsrecht, Gewerblicher Rechtsschutz, Privatversicherungsrecht, Urheberrecht, Kartellrecht usw). 15

**IV. Bürgerliches Recht und Verfahren.** Die prozessuale Durchsetzung von Rechten ist in Deutschland geprägt durch eine Aufteilung in insgesamt 5 Zweige der Gerichtsbarkeit (ordentliche Gerichtsbarkeit, Arbeitsgerichtsbarkeit, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Sozialgerichtsbarkeit, Finanzgerichtsbarkeit). Unter dem Dach der ordentlichen Gerichtsbarkeit sind aus rein historischen Gründen die Zivilgerichtsbarkeit, die Strafgerichtsbarkeit und die Freiwillige Gerichtsbarkeit eingeordnet. Das Verfahren in bürgerlichen Streitigkeiten ist der ZPO und in einigen Teilen daneben dem FamFG zugeordnet. Ausgenommen ist das gesamte Arbeitsrecht, das im ArbGG eigene Gerichte und eine eigene Verfahrensordnung aufweist. Verfahrensrecht als formelles Recht (im Unterschied zum materiellen Recht) ist zwar generell öffentliches Recht, das Zivilprozessrecht hat jedoch didaktisch und organisatorisch zwangsläufig eine große Nähe zum materiellen Privatrecht aufzuweisen (Gedanke des formellen und materiellen Justizrechts). Entscheidend für die Trennung von materiellem und formellem Recht ist der Grundgedanke, wonach materielles Recht Rechtsverhältnisse entstehen und subjektive Rechte erwerben lässt, formelles Recht dagegen der Feststellung sowie Verwirklichung oder Sicherung dieser Rechte dient. Die Unterscheidung von formellem und materiellem Recht weist dogmatische sowie praktische Bedeutung auf. Die Begriffe, Inhalte und Ziele beider Rechtsgebiete sind teilw unterschiedlich, auch im Unterschied von Landes- und Bundesrecht, im Geltungsbereich der Normen sowie iRd Revisibilität folgen beide Bereiche unterschiedlichen Regelungen. 16

**C. Aufbau und Grundprinzipien. I. Äußere Einteilung und Systematik.** Das BGB ist in 5 Bücher eingeteilt. Zusammen mit dem EGBGB enthält es die nach ihrem Regelungsgehalt voneinander deutlich abgegrenzten Bereiche des Schuldrechts, des Sachenrechts, des Familienrechts und des Erbrechts sowie des Kollisionsrechts. Dagegen ist das 1. Buch des BGB (Allgemeiner Teil) ein besonderes Beispiel für abstrakt-generelle Tatbestände, die „vor die Klammer“ gezogen sind. Dieser Gesetzesstil wird auch innerhalb des 1. Buches sowie in den weiteren Büchern vielfältig verwendet. Dadurch enthält das 1. Buch des BGB die Grundstrukturen des gesamten Privatrechts und geht in seiner Bedeutung teilweise sogar darüber hinaus. Der Preis für 17

diese Regelung ist ein hoher Abstraktionsgrad, der die Aufzählung konkreter Fallbeispiele idR vermeidet und sich durch abstrakt-generelle Tatbestände, durch Legaldefinitionen sowie durch Verweisungen und Generalklauseln auszeichnet. Die strikte juristische Fachsprache des BGB hat die Langlebigkeit und Flexibilität dieser Kodifikation erst ermöglicht, im krassen Gegensatz etwa zum Preußischen Allgemeinen Landrecht. Die Übernahme der von der Pandektistik entwickelten Systematik des Privatrechts sollte Rechtsklarheit und Rechtsvereinheitlichung herbeiführen, nicht dagegen vollkommen neues Recht schaffen.

- 18 II. Privatautonomie.** Auf der Basis einer bürgerlich-liberalen Grundhaltung und einem sehr individualistischen Menschenbild hat sich das BGB ganz selbstverständlich für die Privatautonomie als Grundprinzip der Privatrechtsordnung entschieden. Das BVerfG bezeichnet die Privatautonomie als „Strukturelement einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung“ (BVerfGE 81, 242, 254). Wesentliche Ausprägung dieser Entscheidung ist die **Vertragsfreiheit** (s. u. vor § 145 Rn 12) in ihren Teilaspekten der Abschlussfreiheit und der Inhaltsfreiheit (vgl auch die Eigentumsfreiheit, die Eheschließungsfreiheit sowie die Testierfreiheit). Diese allen Rechtssubjekten eingeräumte Befugnis, ihre privatrechtlichen Angelegenheiten selbständig und eigenverantwortlich sowie nach dem eigenen Willen zu gestalten, ist heute in Art 2 GG verankert. Zentrale Handlungsform dieser Rechtsgestaltung ist die Willenserklärung bzw der Vertrag. Dieses Instrumentarium sichert zugleich das entscheidende Steuerungsinstrument der Rechtssubjekte in einer Marktwirtschaft ab. Andererseits ist in der durch Verträge gestalteten Privatautonomie zugleich die Erwartung enthalten, dass die Vertragsfreiheit systemgerecht funktioniert und damit auch einen Ausgleich entgegengesetzter Interessen iSd Richtigkeitsgewähr des Vertrages zustande bringt (s. u. Rn 20). Damit ist das zentrale Problem des BGB angesprochen, das der Gesetzgeber im Laufe der vergangenen 100 Jahre und in jüngerer Zeit verstärkt durch Sondergesetze und gesetzliche Teilmaßnahmen absichern will. Typisch für diese Entwicklung ist die Entstehung und Ausbreitung eines eigenständigen Arbeitsrechts iRv Sondergesetzen (seit 1919), die Schaffung eines eigenständigen Kartellrechts (1957), die gesetzliche Regelung der Problematik der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (1976) sowie die umfangreichen Sonderregelungen im Mietrecht (Wohnraumbewirtschaftung nach 1945 sowie Schaffung eines sozialen Mietrechts). Trotz dieser vielfältigen Maßnahmen und der intensiven Verstärkung des Verbraucherschutzes in neuerer Zeit bleibt der Grundsatz der Privatautonomie von prägender Bedeutung. Wo er in Gefahr ist, seine grundlegende Bedeutung zu verlieren (vgl die Diskussion um das AGG v 14. 8. 06), muss der Gesetzgeber höchste Vorsicht walten lassen.
- 19 III. Verantwortlichkeit.** Die im Privatrecht bestehende grds Handlungsfreiheit der Rechtssubjekte kann nicht schrankenlos gewährt sein. Sie muss vielmehr mit einer entspr Verantwortlichkeit allen Tuns einhergehen. Echte privatrechtliche Gestaltungsfreiheit ohne eigenverantwortliches Handeln ist nicht denkbar. Daher ist es ein weiteres selbstverständliches Grundprinzip des BGB, dass jedes Rechtssubjekt für die Folgen seines privatrechtlichen Handelns (sei es nach Vertrag oder G) verantwortlich ist. Typische Ausprägung dieser generellen Verantwortlichkeit ist die Bindung des Rechtssubjekts an abgegebene Willenserklärungen und geschlossene Verträge (*pacta sunt servanda*). Im Deliktsrecht ist die Verantwortlichkeit des Rechtssubjekts durch den Grundsatz geprägt, dass jedermann für die schuldhaft Verletzung der Rechtsgüter einstehen muss (§§ 823 ff). Im Falle eines Schadeneintritts ohne zurechenbares Handeln gilt dagegen der Satz „*casum sentit dominus*“. Dem widerspricht es nicht, dass der Gesetzgeber in besonders gelagerten Fällen auch Tatbestände der Gefährdungshaftung geschaffen hat (Tierhalter, Kfz-Halter, Produktgefahr, Arzneimittelhaftung). In allen diesen Fällen wird nämlich keine Zufallshaftung statuiert, sondern es wird eine Haftung für eine besondere Gefahrenquelle geschaffen, für die der Haftende die Verantwortung trägt.
- 20 IV. Sozial- und Verbraucherschutz.** Die dem BGB zu Grunde liegende Privatautonomie (s. o. Rn 18) kann nicht schrankenlos gewährt werden. Wo die Erwartung des BGB versagt, dass privatrechtliche Selbstbestimmung zu einem Ausgleich entgegengesetzter Interessen führen werde, dort muss auf normativem Wege der Schutz des Schwächeren abgesichert werden. Angesichts des im GG verankerten Sozialstaatsprinzips (Art 20 I GG) ist auch dies eine Selbstverständlichkeit. Freilich darf Sozial- und Verbraucherschutz nur dort eingreifen, wo anderenfalls ein Mindestmaß an Vertragsgerechtigkeit verloren geht. Daher ist es richtig, wenn das Privatrecht dem Minderjährigen starken Schutz gewährt, wenn im Arbeitsrecht, im Mietrecht und im Bereich des Verbraucherschutzes typische Sozialschutzelemente vorhanden sind und wenn darüber hinaus durch Generalklauseln sichergestellt ist, dass extreme Übervorteilung einzelner Rechtssubjekte vermieden wird (vgl §§ 134, 138, 226, 826). Dagegen ist eine Übersteigerung des Verbraucherschutzgedankens ebenso gefährlich wie der Versuch, jedes privatrechtliche Ungleichgewicht durch die Rspr zu verhindern. Es bleibt jedermann unbenommen, auch risikoreiche Geschäfte abzuschließen und sich zu Leistungen zu verpflichten, die ihn völlig überfordern (BGHZ 137, 329, 335; 120, 272, 274; 106, 269, 272). Nicht überzeugen kann deshalb die Rspr im Bürgschaftsrecht, wonach sich jeder Volljährige, der sehenden Auges ein Risikogeschaft wie die Bürgschaft abgeschlossen hat, dann ohne weiteres vom Vertrag lösen kann, wenn er einkommens- und vermögenslos ist (vgl § 765 Rn 21 ff). Zwar hat der BGH den Schutz des Bürgen neben der Vermögenslosigkeit auch von einem strukturellen Ungleichgewicht abhängig gemacht, er hat dies im Wege einer tatsächlichen Vermutung aber bereits dann bejaht, wenn der Bürge in einer engen familienrechtlichen Bindung zum

Hauptschuldner steht. Die Zielrichtung des Schutzgedankens dieser Rspr, eine dauerhafte Überschuldung einzelner Personen zu vermeiden, muss im Vollstreckungs- und Insolvenzrecht Beachtung finden. Daher hat der Gesetzgeber zu Recht im Jahre 1999 in der Insolvenzordnung die Möglichkeit einer Restschuldbefreiung statuiert. Diese gesetzgeberische Entscheidung müsste an sich zu einer Veränderung der Bürgschaftspr führen (dagegen BGH NZI 09, 609, 611). Dem hier vertretenen Grundgedanken von Privatautonomie als Basis des Zivilrechts und dem Sozial- sowie Verbraucherschutz als Sonderregel steht eine andere Auffassung diametral ggü, wonach Vertragsfreiheit den Schutz des angemessenen Vertrags bedeutet (*Thüsing*). IÜ enthielt bereits das ursprüngliche BGB wichtige soziale Elemente und gewährte keineswegs eine schrankenlose Freiheit. Nicht einmal der oft zitierte § 903 gewährt ein schrankenloses Eigentumsrecht (vgl §§ 903, 905, 906, 909 ff). Dazu nunmehr *Reppen* Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 01.

**V. Vertrauensschutz.** Ein weiteres Grundprinzip des BGB ist der im rechtsgeschäftlichen Bereich an vielen Stellen verankerte Gedanke des Vertrauensschutzes. Im Interesse eines funktionsfähigen Rechtsverkehrs muss sich jedes Rechtssubjekt auf das rechtserhebliche Verhalten anderer ebenso verlassen können wie auf Rechtsverhältnisse, die die Basis für weitergehende Rechtsfolgen darstellen können. Typische Ausprägungen dieses Grundsatzes des Vertrauensschutzes sind daher die vermutete Richtigkeit öffentlicher Register, der zulässige Schluss von Besitzverhältnissen auf das Eigentum, das Vertrauen auf die Gültigkeit und die Richtigkeit von Erklärungen, der Schutz bestehender Vertretungsmacht im Rahmen vertrauenswürdiger Umstände usw.

**D. Geltungsbereich. I. Zeitlicher Geltungsbereich.** Das BGB ist am 1.1.1900 in Kraft getreten (Art 1 EGBGB). Die damaligen zeitlichen Übergangsregelungen sind in Art 153 ff EGBGB enthalten. Soweit nach 1900 Änderungen des BGB eingetreten sind, sind die jeweiligen Übergangsvorschriften in den Art 219 ff EGBGB enthalten. Insb sind die Überleitungsvorschriften zum neuen Schuldrecht in Art 229 EGBGB niedergelegt. Für die **neuen Bundesländer** ist das BGB in seiner damaligen Fassung am 3. 10. 90 in Kraft getreten (vgl Art 230 EGBGB sowie für die Übergangsregelungen Art 231 ff EGBGB).

**II. Räumlicher Geltungsbereich.** Grds beschränkt sich der räumliche Geltungsbereich des BGB auf das Staatsgebiet der Bundesrepublik Deutschland. Soweit allerdings ein Rechtsfall Auslandsberührungen persönlicher, sachlicher oder räumlicher Art aufweist, stellt sich für die Frage der Anwendung des materiellen Rechts eine kollisionsrechtliche Vorfrage. Dieser Bereich des sog Internationalen Privatrechts ist in den Art 3 ff EGBGB geregelt (iE s. dort). Theoretisch kann es auch innerhalb des deutschen Staatsgebietes zu Kollisionsfragen kommen (interlokales Privatrecht). So hat sich insb vor 1990 im Verhältnis zur DDR ein Problem des innerdeutschen Kollisionsrechts ergeben. Die DDR hatte zwar nach 1949 ebenfalls das BGB beibehalten, es allerdings seit der Babelsberger Konferenz 1958 (dazu *Schaefer* JZ 08, 703) in seinem Stellenwert stark verändert und im Jahre 1975 durch ein eigenes Zivilgesetzbuch ersetzt. Seit dem 3.10.90 ist diese Problematik aber beseitigt (vgl Art 230 ff EGBGB).

**III. Sachlicher Geltungsbereich.** Grds enthält das BGB diejenigen Normen, die die allg privatrechtlichen Beziehungen zwischen den Rechtssubjekten regeln. Insofern steht es im Gegensatz zum gesamten Bereich des Öffentlichen Rechts (s.o. Rn 14). Soweit einzelne Normen grenzüberschreitend wirken (vgl insb § 839), hat der Gesetzgeber diese Grenzziehung bewusst durchbrochen. Auch die Gerichtszuständigkeit nimmt nicht selten auf solche Durchbrechungen Rücksicht (vgl § 40 II VwGO). Im Ergebnis setzt daher die Anwendung des BGB die Qualifizierung eines rechtlichen Sachverhalts als privatrechtlich voraus, ohne dass dieser Sachverhalt in spezieller Weise durch Sonderbestimmungen geregelt wäre (Sonderprivatrecht). Das Bürgerliche Recht gilt im gesamten Bereich der Bundesrepublik Deutschland als Bundesrecht. Landesrecht kann es im Einzelfall nur insoweit geben, als der Bundesgesetzgeber von seiner bestehenden konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit keinen Gebrauch gemacht hat (vgl Art 72 I, Art 74 I Nr 1 GG). Soweit vor dem Jahr 1900 privatrechtliches Landesrecht bestanden hat, ist es gem Art 55 EGBGB außer Kraft getreten. ZT gilt dieses Landesrecht allerdings kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung auch heute noch fort (vgl Art 56 ff EGBGB).

**E. Einbettung in das Verfassungsrecht. I. Das BGB unter der Geltung des Grundgesetzes.** Seit dem Jahre 1949 muss sich auch das BGB dem GG unterordnen und den verfassungsrechtlichen Vorgaben entsprechen. Dies hat insb im Bereich des Familienrechts weitreichende Auswirkungen gehabt, gilt aber auch für alle übrigen Teile des BGB. In der Praxis am stärksten hat sich die Existenz des modernen Verfassungsrechts dadurch ausgewirkt, dass die Grundrechte auf das Privatrecht einwirken (s.u. Rn 26). Diese Entwicklung ist va durch das Verständnis der Grundrechte nicht nur als bloße Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat, sondern auch als Teilhaberechte sowie Ausdruck einer objektiven Wertordnung gefördert worden.

**II. Bindung an die Grundrechte (Drittwirkung).** Die Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rspr als unmittelbar geltendes Recht (Art 1 III GG). Daraus ergibt sich, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung von privatrechtlichen Normen seit 1949 an die Grundrechte gebunden ist. Soweit das vorkonstitutionelle Privatrecht mit dem GG unvereinbar ist, kann es nicht fortgelten. Diese legislative Bindung des Privatrechts an das GG ist anerkannt und unproblematisch. Innerhalb der Anwendung der Rechtsnormen des BGB ist aber

auch die Rspr von der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte betroffen. Daher haben die Gerichte zu Recht die wertorientierte Bedeutung der Grundrechte für die Auslegung und Fortbildung des Privatrechts anerkannt und in vielfältiger Weise ausgebaut (zur Bedeutung einzelner Grundrechte im Privatrecht s.u. Rn 27). Andererseits stellt die auf Art 2 I GG beruhende Privatautonomie die im Privatrecht handelnden Rechtssubjekte von der Beachtung der Grundrechte frei. Ein Rechtssubjekt kann ohne Bindung an Art 3 GG Verträge schließen (oder ablehnen). Diese Auffassung muss freilich dort Einschränkungen hinnehmen, wo grundrechtliche Einwirkungen auch im Privatrecht anzuerkennen sind. Der Streit über den Umfang dieser Einwirkungen wird seit 50 Jahren geführt und hat unter den Aspekten der unmittelbaren Drittwirkung (*Nipperdey, Leisner, Ramm*) contra **mittelbare Drittwirkung der Grundrechte** (*Dürig, Bachof, Flume, Raiser, Hübner* sowie das BVerfG in stRspr seit der Lüth-Entscheidung BVerfGE 7, 198; BVerfG ZIP 06, 60) der Lehre von den Schutzpflichten des Gesetzgebers zur Sicherung des objektiven Gehalts der Grundrechtsnormen (*Canaris, Stern, Hager, Höfling*, ferner BVerfGE 39, 1, 42; BVerfGE 81, 242) sowie der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte im Privatrecht vielfältige Kontroversen hervorgebracht. Heute besteht Einigkeit, dass eine Einwirkung der Grundrechte auf das Privatrecht anzuerkennen ist und dass sich diese Einwirkung va im Verständnis und bei der Auslegung der Generalklauseln (§§ 138, 242, 826), darüber hinaus aber auch im gesamten Privatrecht iRd Ausstrahlungswirkung der Grundrechte zeigt. Weiter ist festzuhalten, dass die Privatautonomie dort weichen muss, wo privatrechtliche Akte auf einer faktisch erzwungenen Zustimmung des Betroffenen beruhen. In diesem Bereich müssen nach heute allg Auffassung die Grundrechte zur Kontrolle privatrechtlichen Handelns herangezogen werden. Somit stellt sich heute als eigentliches Kernproblem der Einwirkung der Grundrechte auf das Privatrecht die Abwägung dar, ob im Einzelfall eine faktische Ausschaltung der Privatautonomie durch grundrechtsrelevantes Machtungleichgewicht vorliegt, das letztlich ein ergebnisorientiertes Heranziehen der Grundrechte erfordert. Diese Frage kann nur unter Abwägung aller Aspekte des Einzelfalles entschieden werden (so zu Recht auch MüKo/Säcker Einl Rz 65). Das bedeutet aber zugleich, dass nahezu jeder Fall von Grundrechtsanwendung zu einem Abwägungsproblem wird. Die Formeln von der „praktischen Konkordanz“ (*Konrad Hesse*) oder des „nach beiden Seiten hin schonenden Ausgleichs“ (*Peter Lerche*) beschreiben das Phänomen.

- 27 **III. Die Bedeutung einzelner Grundrechte im Privatrecht.** Die Einwirkung der Grundrechte auf das Privatrecht hat sich im Laufe der vergangenen 50 Jahre in einer unendlichen Fülle von Einzelentscheidungen ausgewirkt. Von herausragender Bedeutung ist die **Entwicklung des allg Persönlichkeitsrechts** auf der Basis von Art 1, 2 GG gewesen. Auch die grundrechtliche Absicherung der Privatautonomie und der Vertragsfreiheit in Art 2 I GG und ihre vielfältigen Auswirkungen sind hier zu nennen. Von grundlegender Bedeutung ist weiterhin die Ausgestaltung der Meinungs- und Pressefreiheit im Verhältnis zum allg Persönlichkeitsrecht und zum Ehrenschatz auf der Basis von Art 5 GG gewesen. Ebenfalls grundlegend für die Ausgestaltung und die vielfältigen Bindungen des Eigentums an die verfassungsrechtlichen Vorgaben (Sozialbindung) ist die Heranziehung von Art 14 GG. Hervorhebung verdient außerdem das Gleichbehandlungsgebot im Arbeitsrecht in seinen vielfältigen Schattierungen auf der Basis von Art 3 GG.
- 28 **F. Europäische Privatrechtsentwicklung. I. Europäisches Recht als Rechtsquelle des deutschen Privatrechts.** Eine wichtige Quelle des deutschen Privatrechts ist heute auch das Recht der europäischen Gemeinschaften (Gemeinschaftsrecht). Teilw ergibt sich dies aus der unmittelbaren Geltung des Gemeinschaftsrechts (1, 2). ZT kommt es zu einer mittelbaren Einwirkung des Gemeinschaftsrechts, insb durch Richtlinien (3). Schließlich dürfen die Einwirkungen der Rspr in diesem Zusammenhang nicht unterschätzt werden (4).
- 29 **1. Primäres Gemeinschaftsrecht und Verordnungen.** Unmittelbar gilt im deutschen Privatrecht insb das primäre Gemeinschaftsrecht. Dies besteht in erster Linie aus den Gründungsverträgen, va dem EG-Vertrag. Hinzu kommen die von den Mitgliedstaaten abgeschlossenen Änderungs- und Ergänzungsverträge sowie die allg Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts. Aus dem Bereich des sekundären Gemeinschaftsrechts haben unmittelbare Wirkung die **Verordnungen** (Art 249 II EG). Sie bedürfen daher keiner Umsetzung in nationales Recht, sind allerdings im Kernbereich des Privatrechts bisher selten anzutreffen.
- 30 **2. Grundfreiheiten.** IRd unmittelbaren Geltung des primären Gemeinschaftsrechts ragen die Grundfreiheiten des EG-Vertrags heraus. Besondere Bedeutung haben das allg Diskriminierungsverbot (Art 12 I EG), die Warenverkehrsfreiheit (Art 23, 25, 28 EG), die Freizügigkeit von Personen und insb von Arbeitnehmern (Art 39 EG), die Niederlassungsfreiheit (Art 43 EG), die Dienstleistungsfreiheit (Art 49 EG), die Kapitalverkehrsfreiheit (Art 56), schließlich die Regelungen über das Verbot mengenmäßiger Ausfuhrbeschränkungen (Art 29 EG), die Regelungen im Bereich des Wettbewerbs- und Kartellrechts sowie der verbotenen Beihilfen (Art 81, 87, 88 EG) und das Gebot gleichen Entgelts für Männer und Frauen (Art 141 I EG). Grundrechte enthält der EG-Vertrag bisher noch nicht. Allerdings hat die Rspr des EuGH Grundrechte bereits in vielfältiger Weise zur Geltung gebracht. Darüber hinaus nimmt Art 6 II des EU-Vertrages auf die Grundrechte der EMRK Bezug. Die EMRK selbst gilt in Deutschland als einfaches Gesetzesrecht.
- 31 **3. Richtlinien.** Von sehr großer Bedeutung sind im deutschen Privatrecht die europäischen Richtlinien, durch die die einzelnen Mitgliedstaaten verpflichtet werden, ihr nationales Recht an den Inhalt der Richtlinien anzupassen. Erst die Umsetzung dieser Richtlinien führt zur Angleichung und Rechtsanwendung. Die

Zahl der privatrechtsrelevanten Richtlinien ist sehr groß (zu einer Aufzählung vgl. MüKo/Säcker Einl Rz 214 ff.). Die Kenntnis der Richtlinien ist für die **europarechtskonforme Auslegung** des nationalen Rechts von großer Bedeutung (s.u. Rn 35). Bisher hat die Umsetzung der Richtlinien in Europa nur in sehr begrenztem Umfang eine Rechtsvereinheitlichung gebracht, weil die großen Spielräume bei der Umsetzung der Richtlinien dazu führen, dass die einzelnen Nationen sie sehr unterschiedlich ausfüllen (zur neueren Entwicklung v. Danwitz JZ 08, 697).

**4. Rechtsprechung.** Besondere Bedeutung für die europarechtliche Entwicklung des deutschen Privatrechts weist die Rspr des EuGH auf. Dieser ist über das Vorabentscheidungsverfahren gem Art 234 EG in der Lage, die Vereinbarkeit nationalen Rechts mit dem EG-Recht bindend zu prüfen und festzulegen. Darüber hinaus sind auch alle nationalen Gerichte verpflichtet, ihr Recht gemeinschaftskonform auszulegen. Dazu sind die Gerichte wie alle anderen Organe der Mitgliedstaaten gem Art 10 EG verpflichtet. In der Praxis kann die Bedeutung der Rspr des EuGH heute wohl kaum überschätzt werden. 32

**II. Die Anwendung des europäischen Rechts.** Für das unmittelbar geltende Gemeinschaftsrecht besteht ein **Anwendungsvorrang** (EuGH NJW 64, 2371; NJW 99, 2355; BVerfGE 73, 378). Die unmittelbar geltenden Normen des Gemeinschaftsrechts stehen im Rang auch über dem GG. Für das richtige Verständnis des Gemeinschaftsrechts sind die Textfassungen aller Amtssprachen gleichrangig zu berücksichtigen und autonom auszulegen (s.u. Rn 35). 33

**III. Auf dem Weg zu einem europäischen (internationalen) Einheitsrecht.** Über die bisherigen punktuellen Entwicklungen hinaus gibt es vielfältige Bestrebungen für ein europäisches Zivilgesetzbuch bzw für internationales Einheitsrecht. So hat das Europäische Parlament 1989 und 1994 die Organe der EG aufgefordert, mit der Vorbereitung eines einheitlichen europäischen ZGB zu beginnen. Die Kommission hat inzwischen einen Aktionsplan für ein europäisches Vertragsrecht vorgelegt und begonnen, einen gemeinsamen Referenzrahmen zu entwickeln (vgl. Brödermann ZEuP 07, 304; Leible NJW 08, 2558; Schulte-Nölke NJW 09, 2161). Weit- aus erfolgreicher sind bisher verschiedene nichtstaatliche Organisationen und private Arbeitsgruppen, die Vorschläge für ein Einheitsrecht erarbeiten. Hervorhebung verdienen die Lando-Gruppe, die „Principles of European Contract Law“ vorgelegt hat (Teil 1 95, Teil 2 00, Teil 3 03, Übersetzung in ZEuP 00, 675 und 03, 894), sowie die Arbeitsgruppe von UNIDROIT, die „Principles of International Commercial Contracts“ vorgelegt hat (1994, 2. Aufl 04; Text in ZEuP 97, 890). Alle diese Texte sind an sich privater Natur, sie wirken aber durch ihren Einfluss auf die nationalen Gesetzgeber mittelbar rechtsvergleichend. So haben zB die UNIDROIT Principles nachweislich bereits die Gesetzgeber in Deutschland, China, Estland, Litauen, Russland und Ungarn sowie die Kommission beeinflusst. 34

**IV. Die europarechtskonforme Auslegung.** Die deutschen Gerichte haben eine aus Art 10 EG herrührende Pflicht zur europarechtskonformen und insb zur richtlinienkonformen Auslegung. Diese Pflicht verlangt, die Auslegung des Rechts in einer Weise vorzunehmen, dass dabei soweit wie möglich die Vorgaben des unmittelbar geltenden Europarechts sowie der Richtlinien Beachtung finden. Dies setzt voraus, dass der Richter sich bei jeder Anwendung des Rechts auch des Inhalts der zu Grunde liegenden Richtlinie vergewissert und sodann die deutschen Regelungen im Lichte der europarechtlichen Vorgaben auslegt. Bei der Auslegung des europäischen Rechts und ebenso bei der Auslegung des gemeinschaftsrechtlich determinierten deutschen Privatrechts ergeben sich wichtige Abweichungen und Besonderheiten zur nationalen Rechtsauslegung. Zwar können grds auch hier diejenigen Kriterien herangezogen werden, die im nationalen Recht die Auslegung prägen, also die grammatische, die historische, die systematische und die teleologische Auslegung. In der Praxis sind zusätzlich die Präjudizien des EuGH für die Auslegung von eminent wichtiger Bedeutung. IE gelten allerdings wichtige Besonderheiten, die sich schon bei der Auslegung nach dem Wortlaut sehr deutlich zeigen. So kann der Richter nicht vom deutschen Gesetzestext ausgehen, sondern er muss berücksichtigen, dass die europarechtlichen Texte in allen Amtssprachen in gleicher Weise bedeutsam sind. Zusätzlich gilt es zu beachten, dass das europäische Recht autonom auszulegen ist und von einer autonomen Begrifflichkeit geprägt ist. Es können also normative deutsche Begriffe im deutschsprachigen Text nicht automatisch nach deutschem Rechtsinhalt verstanden werden. Dies gilt selbstverständlich, wenn ein gemeinschaftsrechtlicher Begriff in das nationale Recht eingefügt worden ist. Es entsteht in diesem Falle also eine gemeinschaftsrechtliche Prägung eines an sich deutschen Begriffs. Weitere Probleme ergeben sich, wenn der deutsche Gesetzgeber im Bereich europarechtlich geprägter Rechtsbereiche auf nationale Rechtsbegriffe verweist (Hybrid-Begriff). Auch hier wird die Auffassung vertreten, dass der nationale Rechtsbegriff nunmehr europarechtlich zu verstehen ist. Dies kann im Einzelfalle auch bedeuten, dass der Begriff entgegen dem deutschen Recht europarechtliche Beschränkungen erzwingt (vgl für § 13 den Streit, ob der Begriff des Verbrauchers auf natürliche Personen beschränkt ist). Ein weiteres Problem besteht bei einer überschießenden nationalen Gesetzgebung, die die Umsetzung von Richtlinien auf Sachverhalte ausdehnt, die nicht in deren Anwendungsbereich liegen. Auch hier ergibt sich die Frage, ob die Auslegung im Bereich dieser überschießenden Gesetzgebung europarechtlich zu erfolgen hat oder ob es zu einer gespaltenen Auslegung kommt. Überwiegend wird bisher die Auffassung vertreten, dass eine gesplattene Auslegung zulässig sei (vgl statt aller Koch JZ 06, 277, 283; Palandt/ 35

Heinrichs Einl Rz 44). Allerdings kann sich bereits aus innerstaatlichem Recht das Gebot zu einer einheitlichen und damit europarechtskonformen Auslegung ergeben.

- 36 In gleicher Weise wie die grammatische Auslegung ist auch die historische, die systematische und die teleologische Auslegung europarechtskonform vorzunehmen. Dabei hat iRd Argumentation nach dem Sinn und Zweck der Norm das Gemeinschaftsrecht eine überragende Bedeutung. Insb bei Richtlinien ergibt sich aus den vorangestellten Erwägungsgründen idR eine Fülle von Ansatzpunkten, um den Zweck der Richtlinie und damit des gesamten Normenkomplexes zu verdeutlichen. Darüber hinaus wird in der Rspr des EuGH iRd teleologischen Auslegung va auch der **effet utile** herangezogen und betont. Dies bedeutet, dass das Gemeinschaftsrecht so auszulegen ist, dass es seine volle gemeinschaftsrechtliche Wirkung entfalten kann. Es handelt sich bei diesem Auslegungskriterium also um den Grundsatz der Effektivität der Auslegung und Anwendung von Gemeinschaftsrecht. Ziel ist die praktische Durchsetzung einheitlicher und gemeinschaftsrechtlicher Positionen. Umfassend und vertiefend zur europäischen Privatrechtsentwicklung (mit umfangreichen Nachweisen) zuletzt *Gebauer/Wiedmann* Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 1. Aufl 05; MüKo/Säcker Einl Rz 196 ff; grundlegend ferner Roth in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 03, 25 ff.
- 37 **G. Anwendung, Auslegung und Fortbildung des Privatrechts. I. Das klassische Subsumtionsmodell.** Rechtsanwendung ist ohne ein methodisches (also kontrolliertes und kontrollierbares) Vorgehen nicht denkbar. Anderenfalls könnte Rechtsanwendung weder Rechtssicherheit gewähren noch gerichtliche Überprüfung ermöglichen. Dem Missbrauch des Rechts wäre Tür und Tor geöffnet, wie „die unbegrenzte Auslegung“ (Rüthers) in der NS-Zeit gezeigt hat. Eine wissenschaftlich kontrollierbare Rechtsanwendung geht bis heute vom klassischen Subsumtionsmodell aus. Dies bedeutet, dass ein Rechtssatz (also eine normative Regelung, ein Sollen) einem tatsächlichen Geschehen (Sachverhalt, Tatfrage, Sein) ggü gestellt wird. Anschließend wird iRd Syllogismus als eines logischen Schlussverfahrens aus der Gegenüberstellung des Rechtssatzes (Obersatz) und des Sachverhalts (Untersatz) ein Schlusssatz gefolgert. Dieser Schlusssatz ist die Rechtsfolge, die Konsequenz oder das Urteil aus der vorgenommenen Rechtsanwendung im konkreten Fall. Die dabei vorgenommene Subsumtion stellt einen Vergleich und eine Annäherung von Obersatz und Untersatz durch Definitionen, Auslegung und Konkretisierung des Obersatzes dar, bis letztlich das Enthaltensein des Untersatzes im Obersatz (oder dessen Negation) evident feststellbar wird. Daraus ergeben sich die für jede Rechtsanwendung klassischen Fragen und konkreten Konsequenzen. Es muss im Einzelfall ein passender Obersatz aus dem Gesamtstoff des Rechts gefunden werden. Dieser muss ausgelegt, konkretisiert und notfalls im Wege der Rechtsfortbildung hergestellt werden. Ferner bedarf es der Ermittlung des konkreten Sachverhalts, dessen wesentliche Sachverhaltsteile dem rechtlichen Merkmal gegenüberzustellen sind. Der sodann zu ziehende logische Schluss und damit die Erzielung der Rechtsfolge bildet den Abschluss der Rechtsanwendung.
- 38 Insgesamt ist das klassische Modell der Rechtsanwendung universell einsetzbar und zeitlos. Die wissenschaftliche Diskussion über die Methoden im Recht hat allerdings gezeigt, dass es eine zwingende Methodensicherheit und Richtigkeitsgewähr nicht gibt und nicht geben kann. Richterliche Entscheidung ist nicht endgültig und zwingend vorprogrammiert. Die eigentliche Streitfrage besteht darin, wie groß der freie richterliche Spielraum ist und wie weitgehend die Bindung an das G erfolgen kann.
- 39 **II. Die Rechtsgrundlagen: Norm und Richterrecht.** Gem Art 20 III GG besteht für die Exekutive und die Judikative eine generelle Bindung an G und Recht. Damit ist es zwingend die Aufgabe jedes Rechtsanwenders, das im konkreten Fall einschlägige Recht aufzusuchen. Dieses einschlägige Recht ist jedenfalls das gesetzte Recht, also jeder durch staatlich geregelter oder anerkanntes Verfahren geschaffene normative Satz. Hinzu kommt zwingend das Gewohnheitsrecht, also das nicht förmlich gesetzte, sondern durch längere tatsächliche Übung entstandene Recht, wobei die Übung eine dauernde und ständige, gleichmäßige und allg sein muss, und die Norm von den beteiligten Rechtsgenossen als verbindliche Rechtsnorm anerkannt werden muss (BVerfGE 22, 121). Neben dem gesetzten Recht und dem Gewohnheitsrecht werden richterrechtliche Entwicklungen bis heute allg nicht als Rechtsquelle anerkannt, sondern sie bilden nur eine Rechtserkenntnisquelle (Ausnahme § 31 BVerfGG). Auch wenn die faktisch sehr große Bedeutung des Richterrechts unbestritten ist, hat diese theoretische Position der Ablehnung von Richterrecht als Rechtsquelle wichtige Bedeutung: So kann die Rspr durch spätere Entscheidung eine frühere Auffassung jederzeit abändern, es entsteht dabei kein Rückwirkungsproblem, eine richterliche Entscheidung bedarf niemals der Aufnahme ins BGBI (Ausnahme Entscheidungen des BVerfG nach § 31 BVerfGG) und es gibt nach deutschem Recht keine strikte Präjudizienbindung. Das Aufsuchen der entscheidungserheblichen Rechtsnorm führt insb auch zu der Problematik des Vorrangs von Rechtsnormen, also zur **Normenpyramide**. Nach anerkannter Auffassung sind zunächst die allg Regeln des Völkerrechts (Art 25 GG) sowie das Völkergewohnheitsrecht zu beachten, sodann das Recht der Europäischen Union, weiterhin deutsches Bundesverfassungsrecht und erst danach das formelle Bundesrecht (Bundesgesetze, Gewohnheitsrecht, EMRK). Im Rang nach dem formellen Bundesrecht kommt sodann das materielle Bundesrecht (Verordnungen, Satzungen) und anschließend das Landesrecht (vgl Art 31 GG), also die jeweilige Landesverfassung, die Landesgesetze und schließlich Verordnungen und Satzungen eines Landes.

- III. Die Auslegung: Das richtige Normverständnis.** Die Auslegung einer Norm bedeutet, den Sinngehalt des jeweiligen Rechtssatzes richtig zu erfassen. Dabei helfen allg und anerkannte Auslegungsgrundsätze. Seit *Savigny* ist es üblich, die vier klassischen Auslegungsgrundsätze der grammatischen, historischen, systematischen und der teleologischen Auslegung zu trennen. Ausgangspunkt einer Auslegung ist stets der Wortlaut, der Wortsinn und der Satzbau einer Norm (grammatische Auslegung). Dabei helfen Legaldefinitionen sowie ein häufig vorhandener spezieller juristischer Sprachgebrauch, aber auch der allg übliche Sprachgebrauch, auf den die Rspr teilw zurückgreift (vgl BGH NJW 82, 1278 mit Zitat aus dem Duden). Von Bedeutung ist weiterhin die historische Auslegung, insb die Entstehungsgeschichte der Norm und die dabei niedergelegten Gesetzesmaterialien. Diese Auslegung ist allerdings niemals alleiniger Maßstab, da nach ganz hM im Konfliktfalle der objektivierte Wille des Gesetzgebers gilt, also eine objektive Normauslegung vorzuziehen ist. Ein wichtiger und selbstverständlicher Auslegungsgrundsatz ist der Systemzusammenhang, der dem Rechtsanwender vielerlei Hinweise geben kann. Das beginnt bei amtlichen Überschriften, bei gleichen Begriffen an verschiedenen Stellen, bei Schlussfolgerungen aus der Stellung innerhalb eines Gesetzbuchs, eines Rechtsgebiets oder umliegender Normen. Ferner können Schlussfolgerungen a minore ad maius sowie ein Umkehrschluss oder die Feststellung, dass bei anderer Auslegung eine benachbarte Norm überflüssig würde, typische systematische Folgerungen erlauben. Von zentraler praktischer Bedeutung bei der Auslegung ist die teleologische Auslegung, die also nach Sinn und Zweck einer Norm fragt. Dabei geht es stets um den Gesetzeszweck, nicht um die Interessen der beteiligten Personen. IRd Auslegung nach dem Gesetzeszweck sind auch allg Rechtsprinzipien zu berücksichtigen, ebenso kann eine Folgenabschätzung berücksichtigt werden.
- Zusätzlich zu den genannten vier klassischen Auslegungsmodalitäten ist auch die verfassungskonforme Auslegung zu berücksichtigen, die sich aus der Überordnung der Verfassung über das formelle Gesetzesrecht ergibt (s.o. Rn 39). Weiterhin ist die europarechtskonforme bzw richtlinienkonforme Auslegung zu beachten (s.o. Rn 35). Schließlich wird manchmal auch von der sog berichtigenden Auslegung gesprochen. Dabei handelt es sich nicht mehr um Auslegung im klassischen Sinn, sondern bereits um einen Schritt in Richtung auf die Rechtsfortbildung. So wird nicht selten der Wortlaut einer Norm durch teleologische Reduktion oder teleologische Extension eingengt oder ausgeweitet.
- IV. Die Arbeit am Sachverhalt: Die Tatfrage.** Der konkrete Sachverhalt bildet den Untersatz des Syllogismus iRd klassischen Subsumtionsmodells (s.o. Rn 37). Neben der Auffindung der einschlägigen Rechtsgrundlagen und ihrer Auslegung bedarf es also auch regelmäßig einer umfangreichen Sachverhaltsarbeit. Dabei sind insb drei Schritte zu beachten, nämlich die Auswahl und Konkretisierung des Sachverhalts nach seiner rechtlichen Relevanz, sodann die beweismäßige Feststellung dieses Sachverhalts (Überzeugungsbildung des Richters) sowie die Würdigung des bewiesenen relevanten Sachverhalts im Hinblick auf die vorhandenen Normen. Trotz dieser engen Verknüpfung von Rechtsfrage und Tatfrage iRd Subsumtion bedarf es einer strikten Trennung beider Bereiche. Dies wird insb bei der Beweislast sowie in der Revisionsinstanz als einer reinen Rechtsinstanz deutlich.
- V. Die Rechtsfortbildung.** Es ist heute allg anerkannt, dass jedes G notwendigerweise lückenhaft ist. Das betrifft insb die offenen Gesetzeslücken (Formulierungslücke) sowie die verdeckten Gesetzeslücken (planwidrige Wertungslücke). Solche Gesetzeslücken können im Normtext von Anfang an enthalten sein, sie können sich aber auch durch spätere Entwicklungen ergeben. Darüber hinaus ist nicht selten auch die Auslegung des Gesetzes bereits eine verdeckte Rechtsfortbildung (vgl *Fischer Topoi verdeckter Rechtsfortbildung im Privatrecht*, 07). Im Hinblick auf das verfassungsrechtliche Gebot an den Richter, eine Entscheidung in jedem Rechtsstreit zu treffen, ergibt sich zwangsläufig die Aufgabe, auch Rechtsfortbildung iSe Lückenschließung zu betreiben. Dabei kommt insb eine gesetzesimmanente Rechtsfortbildung, va durch Analogie in Betracht. Voraussetzung für eine Analogie ist das Vorliegen einer Regelungslücke, die planwidrig ist, sowie eine Analogiebasis und ein Analogieschluss. Daneben ist auch eine gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung zulässig (Rechtsfortbildung präter legem bzw extra legem, aber intra ius). Eine solche Rechtsfortbildung ist im Bedarfsfalle von jedem Richter zu leisten (vgl §§ 511 IV, 553 II, 574 II ZPO, § 132 IV GVG). Die Grenze zulässiger Rechtsfortbildung stellt eine Fortbildung contra legem dar. Allerdings ist im Einzelfall die Grenze zwischen zulässiger und unzulässiger Rechtsfortbildung nur sehr schwer zu ziehen. Im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Grundsätze der Gewaltenteilung, der Gesetzesbindung sowie die aus dem Rechtsstaatsprinzip fließenden Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes bedarf es aber trotz aller Schwierigkeiten einer Abgrenzung von zulässiger Rechtsfortbildung und verbotener Fortbildung contra legem.

## Buch 1 Allgemeiner Teil

### Abschnitt 1 Personen

#### Titel 1 Natürliche Personen, Verbraucher, Unternehmer

##### § 1 Beginn der Rechtsfähigkeit. Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt.

- 1 **A. Normzweck und Systematik.** Die Regelung des § 1, wie sie unverändert seit 1900 besteht, enthält nur eine konkrete Aussage über den Beginn der Rechtsfähigkeit des Menschen. Damit setzt diese Norm den Begriff der Rechtsfähigkeit (s.u. Rn 3) als solchen und das gesamte System der Rechtssubjekte voraus. Nach der Systematik des Privatrechts sind Zurechnungssubjekte für Rechte und Pflichten immer nur entweder Personen oder Gemeinschaften. Als Personen kennt das BGB nur die natürliche Person (§§ 1–14) und die juristische Person (§§ 21–89, also Vereine, Stiftungen und juristische Personen des öffentlichen Rechts). Die Regelung ist bezüglich der juristischen Personen sehr unvollständig. Hinzu kommen im Privatrecht noch die AG, die GmbH, die KG aA, die eingetragene Genossenschaft sowie der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit. Allen diesen Personen kommt kraft Definition Rechtsfähigkeit zu. Demgegenüber hat der Gesetzgeber den Gemeinschaften eine Rechtsfähigkeit nicht oder nur sehr eingeschränkt zuweisen wollen. Hier hat die Rspr in jüngerer Zeit starke Veränderungen vorgenommen (s.u. Rn 4, 5 und § 14 Rn 6). Als Gemeinschaften kennt das Privatrecht nur die Gesamthandsgemeinschaften (GbR, oHG, KG, Gütergemeinschaft, Erbengemeinschaft, Partnerschaftsgesellschaft, Partenreederei, EWIV) und die Bruchteilsgemeinschaft (§§ 741–758).
- 2 § 1 setzt neben dem System der Rechtssubjekte auch den Begriff der Rechtsfähigkeit als solchen voraus (s.u. Rn 3). Dabei geht die gesetzliche Regelung ganz selbstverständlich davon aus, dass Rechtsfähigkeit als Eigenschaft jeder natürlichen und jeder juristischen Person zukommt. Eine Person ohne Rechtsfähigkeit gibt es nicht (zu den Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit s.u. Rn 4, 5). Rechtsfähigkeit ist daher auch unabhängig von der Staatsangehörigkeit, der Religion, Abstammung, Beruf oder des Geschlechts. Allerdings bedeutet die Zuerkennung der allg Rechtsfähigkeit nicht, dass nicht spezielle Zuordnungen eine besondere Rechtsfähigkeit voraussetzen. So kann für einzelne Rechte und Pflichten ein bestimmtes Alter, Geschlecht, Verwandtschaft usw spezielle Voraussetzung sein. Dagegen sind besondere berufliche Voraussetzungen vom Begriff der Rechtsfähigkeit zu trennen. Zur Rechtsfähigkeit der Gemeinschaften s.u. § 14 Rn 6, zur Sonderstellung des nichtrechtsfähigen Vereins s.u. § 54 Rn 12, 16, zur Vorgesellschaft vgl § 11 GmbHG.
- 3 **B. Begriff der Rechtsfähigkeit des Menschen. I. Begriff.** Der Begriff der Rechtsfähigkeit ist im Gesetz nicht festgelegt, sondern er wird vorausgesetzt. Nach heute weithin anerkannter Auffassung wird Rechtsfähigkeit verstanden als die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein (abw früher *Fabricius* Relativität der Rechtsfähigkeit, 1963, 31 ff). Dieser allg und umfassende Begriff der Rechtsfähigkeit steht im Einklang mit Art 1 GG und der in den Grundrechten zum Ausdruck gekommenen Werteordnung. Er drückt insb auch die Unverzichtbarkeit dieser Eigenschaft für jeden Menschen und die gleichmäßige Rechtsfähigkeit aller Menschen aus. Der Gesetzgeber hat in § 14 II den Begriff der Rechtsfähigkeit nunmehr in gleicher Weise umschrieben.
- 4 **II. Teilrechtsfähigkeit.** Der Begriff der Teilrechtsfähigkeit ist missverständlich und sollte vermieden werden. Jedem Menschen (und jeder juristischen Person) steht die volle und gleiche Rechtsfähigkeit zu (*Lehmann* AcP 207, 233 ff). Soweit andere Gebilde wie die Gemeinschaften (insb die Gesamthandsgemeinschaften) in bestimmten Einzelbereichen Rechtsträger und damit Träger einzelner Rechte und Pflichten sein können, führt dies nicht zur vollen Rechtsfähigkeit, wie der Gesetzgeber diese den Personen zugedacht hat (aA im Hinblick auf die GbR nunmehr die hM, vgl BGHZ 146, 341; im Einzelnen s.u. Rn 5; § 14 Rn 6; zur Wohnungseigentümergeinschaft s. § 10 VI WEG; für die Erbengemeinschaft abl BGH ZIP 06, 2125; das G spricht aber weiterhin von Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit, so zB in § 11 II Nr 1 InsO). Soweit die überwiegende Meinung dies heute anders sieht, muss sie die Rechtsfähigkeit der Personen von der Rechtsfähigkeit der GbR (und anderer Gesamthandsgemeinschaften) trennen. So ist zB bis heute unklar, ob die GbR grundbuchfähig ist (§ 705 Rn 37; bejahend nunmehr BGH ZIP 09, 66; vgl ferner die Neufassung von § 47 GBO). Abzutrennen von der allg Rechtsfähigkeit der Personen ist auch die Frage, ob im Einzelfall besondere Voraussetzungen vorliegen müssen, um eine bestimmte Rechtsposition erwerben oder ausüben zu können (Alter, Geschlecht, Verwandtschaft). Solche und andere besonderen Merkmale schränken die Rechtsfähigkeit als solche nicht ein.
- 5 **III. Neues System.** Angesichts der in Rn 4 angedeuteten Entwicklung ist nunmehr eine Dreiteilung der Rechtssubjekte erforderlich (wie hier *Reuter* AcP 207, 763). Es gibt eine Rechtsfähigkeit mit Rechtspersönlichkeit (natürliche und juristische Personen), eine Rechtsfähigkeit ohne Rechtspersönlichkeit (oHG, KG, GbR, WEG) sowie nicht rechtsfähige Subjekte (Gütergemeinschaft, Erbengemeinschaft, Bruchteilsgemeinschaft).

**A. Normzweck und Bedeutung.** Die Vorschrift erweitert die Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen für den Bereich seines Arbeits- und Dienstverhältnisses. Durch die Ermächtigung zur Aufnahme eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses wird der Minderjährige für die mit diesem einhergehenden Rechtsgeschäfte von den Beschränkungen der §§ 107 ff befreit. Auch nach der Herabsetzung des Volljährigkeitsalters hat § 113 weiterhin praktische Bedeutung. Für den **Betreuten** gilt § 113 entspr wenn ein Einwilligungsvorbehalt angeordnet ist (§ 1903 I 2). Nach Sinn und Zweck kann § 113 aber im konkreten Fall ausgeschlossen sein, (LArbG Berlin RdLH 07, Nr 3, 33: Kündigung).

**B. Regelungsgehalt. I. Ermächtigung.** Die Ermächtigung der gesetzlichen Vertreter ist als einseitige empfangsbedürftige, formfreie Willenserklärung ggü dem Minderjährigen abzugeben. Sie kann von dem gesetzlichen Vertreter jederzeit zurückgenommen oder eingeschränkt werden (II). Im Unterschied zu § 112 bedürfen die Ermächtigung, ihre Einschränkung sowie ihre Rücknahme nicht der Genehmigung des Familiengerichts. Diese ist nur ausnahmsweise bei auch für den gesetzlichen Vertreter genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäften erforderlich (I 2).

**II. Umfang.** Die Ermächtigung umfasst alle Dienst- und Arbeitsverträge, aber auch Werkverträge. Auf die Art der Tätigkeit (selbständig oder unselbständig) kommt es nicht an. Die Tätigkeit eines Handelsvertreters fällt sowohl unter § 112 als auch unter § 113 (BAG NJW 64, 1641). Lehrverträge sind keine Dienst- oder Arbeitsverträge iSd Vorschrift, da hier der Ausbildungs- und Erziehungszweck überwiegt (LAG Kiel BB 55, 997; LAG Düsseldorf AP Nr 1 zu HandVO § 21; Soergel/Hefermehl § 113 Rz 3). Auf öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse findet § 113 entspr Anwendung (BVerwGE 34, 168; OVG Münster NJW 62, 758). Der Umfang der Rechtsgeschäfte, zu denen der Minderjährige ermächtigt ist erfasst alle Rechtsgeschäfte, die in sachlichem Zusammenhang mit dem Dienst- oder Arbeitsverhältnis stehen. Dazu gehören die Eingehung und Aufhebung eines Dienst- und Arbeitsverhältnis einschl sonstiger Nebenabreden sowie die gesamte Vertragsabwicklung. Der Minderjährige kann den Lohn entgegennehmen, ein zur Lohnzahlung erforderliches Girokonto eröffnen (*Capeller* BB 61, 454; *H P Westermann* FamRZ 69, 649; *Hagemeister* JuS 92, 842), auf Lohn verzichten, mit ihm aufrechnen, ihn stunden oder sich über ihn vergleichen (Soergel/Hefermehl § 113 Rz 5). Nicht ermächtigt ist er zur Vereinbarung eines Überziehungskredits (*Vortmann* WM 94, 967; *Kunkel* Rpfleger 97, I). Die Ermächtigung umfasst auch den Beitritt zu einer Gewerkschaft (LG Essen AP Nr 3; LG Frankfurt FamRZ 67, 680; *Gilles/Westphal* JuS 81, 899), nicht aber eine Darlehensaufnahme bei der Gewerkschaft (LG Münster MDR 68, 146).

**III. Ersetzung der Ermächtigung.** Die Ermächtigung kann durch den Minderjährigen nicht eingeklagt werden. Ist ein Vormund gesetzlicher Vertreter, kann er beim Familiengericht einen Antrag auf Ersetzung der Ermächtigung stellen. Sind die Eltern gesetzliche Vertreter, ist keine Ersetzung möglich (Soergel/Hefermehl § 113 Rz 9).

**C. Beweislast.** Derjenige, der sich auf die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes beruft, muss das Vorliegen der Ermächtigung beweisen. In Fällen, in denen ein Vertragspartner die Begrenzung der Ermächtigung auf einen Einzelfall behauptet, ist dieser nach der Vermutungsregel des § 113 IV beweispflichtig.

§§ 114–115 – weggefallen –

## Titel 2 Willenserklärung

### Vorbemerkungen vor §§ 116 ff

**A. Rechtsgeschäft. I. Privatautonomie.** Die Regelungen des Rechtsgeschäfts in den §§ 104 bis 185 bilden ein Kraftzentrum des Bürgerlichen Rechts. Vorausgesetzt ist das nicht im BGB definierte, im Kern aus den Art 2 I, 14 I GG (BVerfG NJW 94, 38) als Teil der Handlungsfreiheit abzuleitende Prinzip der **Privatautonomie**, das als Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den Einzelnen nach seinem Willen verstanden wird (*Flume* AT II, 1). Ein Rechtsgeschäft ist auf die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolgs gerichtet, der nach der Rechtsordnung eintritt, weil er gewollt ist (Motive I, 126).

Diese von ihren Funktionsvoraussetzungen abstrahierende rechtsgeschäftliche Freiheit steht in einem vielgestaltigen Spannungsverhältnis zu materiellen Gerechtigkeitsvoraussetzungen (*Schiemann* Eckpfeiler des Zivilrechts, 44), die etwa durch die Generalklauseln der §§ 138, 242 und die verbraucherschützenden Vorschriften konkretisiert werden. Zur Sicherung durch Begrenzung dieser Freiheit dienen die Wirksamkeitsvoraussetzungen des Rechtsgeschäfts, wie die Geschäftsfähigkeit, §§ 104 ff, Formerfordernisse, §§ 125 ff, Zustimmungen Dritter oder behördliche Akte.

**II. Rechtsgeschäft und Willenserklärung. 1. Tatbestand eines Rechtsgeschäfts.** Er erfordert eine Willenserklärung, die allein oder iVm zusätzlichen Willenserklärungen sowie ggf weiteren Elementen eine gewollte

Rechtsfolge herbeiführt (BGH NJW 01, 290). Die Begriffe Willenserklärung (Rn 16) und Rechtsgeschäft liegen dicht beieinander und werden teilweise synonym verwendet. So sprechen die §§ 119, 120, 123 von einer anfechtbaren Willenserklärung und § 142 handelt vom anfechtbaren und angefochtenen Rechtsgeschäft (dazu § 142 Rn 2). Die Termini sind jedoch nicht deckungsgleich. Ein einseitiges Rechtsgeschäft (Rn 9) besteht nur aus einer Willenserklärung, doch bildet nicht jede Willenserklärung ein Rechtsgeschäft, Bsp Vertragsofferte.

- 4 **2. Rechtsgeschäfte ohne Willenserklärung.** Sie sind ausgeschlossen. Die Lehren vom faktischen Vertrag bzw Verträgen durch sozialtypisches Verhalten (BGHZ 21, 319, 334) sind abzulehnen. Wer eine Leistung in Anspruch nimmt, aber nicht zahlen will, formuliert entweder einen nach dem Grundsatz der protestatio facto contraria unbeachtlichen Vorbehalt oder er bestreitet nicht den Vertragsschluss, sondern nur die Zahlungspflicht. Dann sind die §§ 612, 632 analog anwendbar (*Medicus AT Rz 249 f*). Zum Schweigen als Willenserklärung Rn 21.
- 5 **III. Abgrenzung. Realakte** sind Handlungen ohne Mitteilungs- oder Kundgabefunktion (*Larenz/Wolf AT § 22 Rz 20*), als rechtmäßige Handlungen, wie beim Besitzerwerb nach § 854 I, oder als unrechtmäßige, wie der unerlaubten Handlung gem § 823. Die Rechtsfolgen ergeben sich aus dem Gesetz, rechtsgeschäftliche Regeln sind prinzipiell unanwendbar.
- 6 **Gefälligkeitsverhältnisse** bestehen bei Handlungen, die in rechtsgeschäftlicher Gestalt vorgenommen werden könnten, bei denen den Beteiligten aber in concreto ein Rechtsbindungswille fehlt (BGHZ 21, 102, 106), zB Einladung zum Abendessen. Wichtige Indizien zur Bestimmung des Rechtsbindungswillens bilden die soziale Nähe, die Interessenlage der Beteiligten sowie die wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung der Angelegenheit (BGHZ 88, 373, 382). Eine Haftungsmilderung analog §§ 521, 599, 690 lehnt die Rspr ab, weil auch beim unentgeltlichen Auftrag eine Haftungsmilderung fehlt (BGH NJW 92, 2475); ggf kann ein konkludenter Haftungsausschluss vorliegen (BGH NJW 79, 415). Demgegenüber ist von einer Haftungsmilderung auszugehen, wenn sie bei Vorliegen eines Rechtsbindungswillens eingreifen würde (*Staudinger/Bork Vorbem zu §§ 145–156 Rz 86*), wobei auch an § 708 zu denken ist.
- 7 Als **rechtsgeschäftsähnliche Handlung** wird eine willentliche Erklärung bezeichnet, bei der die Rechtsfolge eintritt, weil das Gesetz sie anordnet und nicht, weil sie gewollt ist. Die Erklärungen werden vielfach auf Ansprüche oder Rechtsverhältnisse Bezug nehmen und im Bewusstsein der dadurch ausgelösten Rechtsfolgen ausgesprochen werden, doch müssen sie nicht unmittelbar darauf gerichtet sein (BGH NJW 01, 290). Hierzu gehören Willensäußerungen wie Mahnungen, § 286 I 1, Fristsetzungen, §§ 281 I 1, 323 I 1, Aufforderungen zur Genehmigung, §§ 108 II 1, 177 II 1, Abhilfverlangen, § 651c, die Anmeldung von Ansprüchen gem § 651g I 1 (BGH NJW 01, 290), sowie Wissensmitteilungen, zB nach den §§ 149, 409 I 1. Die Rechtsgeschäftsregeln sind grds analog anwendbar (BGHZ 47, 352, 357), doch kann im Einzelfall eine abweichende Beurteilung geboten sein. § 130 ist regelmäßig anwendbar (BGH NJW 87, 2236). § 174 gilt entspr für die Mahnung (BGH NJW 83, 1542), nicht aber für die Geltendmachung tariflicher Ansprüche (BAG NJW 03, 236). Die Anfechtungsregeln sind nur anwendbar, wenn an die Äußerung eine dem Mitteilenden ungünstige Folge geknüpft ist, zB § 171 (*Larenz/Wolf AT § 22 Rz 18*). **Keine** rechtsgeschäftsähnliche Handlung begründet die Geschäftsführung ohne Auftrag (*MüKo/Seiler, Vor § 677 Rz 5; aA LG Aachen NJW 63, 1253*).
- 8 Die **Einwilligung** in die Verletzung eines absolut geschützten Rechts(guts), insb in eine ärztliche Heilbehandlung, stellt kein Rechtsgeschäft dar. Im Einzelfall können rechtsgeschäftliche Regelungen anwendbar sein (§ 823 Rn 17). Beim einwilligungsfähigen Minderjährigen ist grds die doppelte Einwilligung des Minderjährigen und der Eltern (BGHZ 105, 48) zu verlangen. Nach der Rspr genügt für die Einwilligungsfähigkeit in den ärztlichen Heileingriff, ob der Einwilligende nach seiner geistigen Veranlagung und Entwicklung sowie seiner sittlichen Reife befähigt ist, die Erheblichkeit und möglichen Folgen des Eingriffs zu erkennen (BGHZ 29, 33, 37), s.a. § 40 IV Nr 3 AMG. Beim Schwangerschaftsabbruch ist grds allein auf die Einwilligung der Minderjährigen abzustellen.
- 9 **IV. Arten. 1. Ein- und mehrseitige Rechtsgeschäfte.** Rechtsgeschäfte können nach der Zahl der zu ihrer Begründung erforderlichen Willenserklärungen unterschieden werden. **Einseitige Rechtsgeschäfte**, wie Anfechtungs- oder Kündigungserklärungen, beinhalten eine Willenserklärung. Maßgebend ist die Singularität der Erklärung, unerheblich die Zahl der Erklärenden, vgl § 351. Regelmäßig ist die Willenserklärung empfangsbedürftig (vgl § 130 Rn 6 ff). Spezielle Vertragsvorschriften, §§ 108 ff, 177 ff, sind nicht anwendbar. Ist die Willenserklärung an keine bestimmte Person gerichtet und deswegen nicht empfangsbedürftig (vgl § 130 Rn 1), liegt ein streng einseitiges Rechtsgeschäft vor, §§ 657, 959, 2247.
- 10 Die wichtigste Gruppe der **mehrseitigen Rechtsgeschäfte** bilden die Verträge. Im Regelfall kommt ein **Vertrag** durch zwei aufeinander bezogene, sich inhaltlich entspr Willenserklärungen zustande. Am Vertragsschluss können mehrere Personen mit ihren Willenserklärungen beteiligt sein, wie vielfach beim Abschluss eines Gesellschaftsvertrags, § 705 (*Larenz/Wolf AT § 23 Rz 14*). Es gilt das Konsensprinzip. Mehrseitig ist auch der **Beschl** als Akt der innerorganisatorischen Willensbildung von Verbänden, vgl §§ 28, 32 ff, 712, 745 sowie HGB § 119, AktG §§ 77 II, 108, 119. Beschlüsse erfolgen durch gleichlautende Willenserklärungen und können auch diejenigen Mitglieder des Gremiums binden, die ihnen nicht zugestimmt haben (Mehrheitsprinzip), zB § 32 I 3.

- 2. Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte.** Eine Einteilung kann nach den Wirkungen erfolgen. Ein **Verpflichtungsgeschäft** begründet Ansprüche auf eine Leistung und einen Rechtsgrund für ihr Behaltendürfen. Regelmäßig ist dazu ein Vertrag erforderlich, ausnahmsweise genügt ein einseitiges Rechtsgeschäft, zB §§ 657, 2174 (*Bork AT Rz 448*). Differenziert wird weiter nach den Verpflichtungen. Beim einseitig verpflichtenden Geschäft ist nur ein Teil zur Leistung verpflichtet, so bei der Schenkung. Ein unvollkommen zweiseitiges Geschäft verpflichtet die eine Seite stets, die andere nur uU, zB Leihe oder Auftrag. Ein gegenseitig verpflichtendes Geschäft verpflichtet beide Teile in der Weise, dass die Leistung des einen die Gegenleistung für den anderen darstellt (vgl Vorbemerkung vor §§ 320 ff Rn 1).
- Die **Verfügung** ist ein Rechtsgeschäft, durch das unmittelbar auf ein Recht eingewirkt, es also übertragen (§§ 398, 873, 929), aufgehoben (§§ 397, 959), belastet (§§ 1115, 1192, 1205) oder inhaltlich geändert wird (BGHZ 101, 24, 26). Ihre wichtigsten Anforderungen sind die Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit (Spezialitätsgrundsatz), die Zuständigkeit, insb durch die Befugnis des Verfügenden, und (nur) im Sachenrecht die Publizität (*Medicus AT Rz 209 ff*). Zu den Verfügungen gehören auch die Gestaltungsrechte, wie die Anfechtung, § 143, der Rücktritt, § 349, die Aufrechnung, § 388, sowie der Widerspruch gem § 613a V 1 (BAG ZIP 04, 731). Verfügungen sind auch die im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung erfolgten Rechtsänderungen, vgl § 161 I 2.
- Nach dem Trennungsprinzip ist die schuldrechtliche Verpflichtung von ihrem dinglichen Vollzug, der Verfügung, zu unterscheiden. Das **Abstraktionsprinzip** besagt darüber hinaus, dass die Verfügung unabhängig davon wirkt, ob ihr eine wirksame Verpflichtung zugrunde liegt, ob sie also bereicherungsrechtlich beständig ist (*Schiemann Eckpfeiler des Zivilrechts*, 49). Durchbrochen wird das Abstraktionsprinzip bei einer Fehleridentität (vgl § 123 Rn 41, § 134 Rn 22, § 142 Rn 4), einem Bedingungs Zusammenhang (vgl § 139 Rn 12) oder einer Geschäftseinheit (§ 139 Rn 13, § 142 Rn 4).
- 3. Weitere Einteilungen.** Zwischen kausalen und abstrakten Geschäften wird danach unterschieden, ob das Geschäft selbst einen Rechtsgrund darstellt oder einen Rechtsgrund benötigt, um bereicherungsrechtlich Bestand zu haben. Diese Einteilung fällt meist, aber nicht stets, mit der in Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte zusammen. Abstrakte Verpflichtungen begründen die §§ 780, 781, 793 sowie die Verpflichtungen aus Scheck und Wechsel (*Erman/Palm Einl § 104 Rz 21*).
- Eingeteilt werden die Geschäfte auch nach den Rechtsgebieten in schuld-, sachen-, familien- und erbrechtliche Rechtsgeschäfte.
- B. Willenserklärung. I. Begriff, Geltungsgrund und Arten.** Die **Willenserklärung** ist essentieller Bestandteil eines Rechtsgeschäfts. Sie besteht in der Äußerung eines Willens, der unmittelbar auf die Herbeiführung einer Rechtswirkung gerichtet ist (BGH NJW 02, 364; 05, 54). Daran kann es bei der Abrede über den Gebrauch empfangnisverhütender Mittel fehlen (BGHZ 97, 372, 377 f; s.a. § 138 Rn 26). Damit bringt sie einen Rechtsfolgwillen zum Ausdruck, dh einen Willen, der auf die Begründung, inhaltliche Änderung oder Beendigung eines Rechtsverhältnisses abzielt (BGH NJW 01, 289, 290). Die Willenserklärung wird aus den beiden Elementen eines inneren Rechtsfolgwillens und seiner Kundgabe durch einen äußeren Erklärungstatbestand gebildet, deren Verhältnis nicht in letzter Hinsicht geklärt ist.
- Fallen Wille und Erklärung auseinander, ist der daraus resultierende Schutz- und Interessenkonflikt aus dem **Geltungsgrund** der Willenserklärung zu lösen. Weder die das Dogma des inneren Willens einseitig hervorhebende Willentheorie (*Savigny System III*, 258) noch die den Vertrauenstatbestand der Erklärung überbetonende Erklärungstheorie (*Bähr JherJb 14*, 401) können überzeugen. Auszugehen ist von der Geltungstheorie, die den Grund für das Eintreten der gewollten Rechtsfolge im Zusammenwirken von Wille und Erklärung sieht (*Larenz/Wolf AT § 24 Rz 29*). Präzisierend sind drei Funktionen zu bestimmen. Das Recht der Willenserklärung baut auf der Selbstbestimmung des Rechtsträgers auf und schützt in den §§ 119, 157 das Vertrauen des Erklärungsempfängers sowie die Verkehrssicherheit (BGHZ 91, 324, 330; *Staud/Singer Vorbem* zu § § 116–144 Rz 20 f).
- Eingeteilt werden die Willenserklärungen nach ihren von der **Empfangsbedürftigkeit**, vgl §§ 130–132, bestimmten Wirksamkeitsvoraussetzungen. Nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen, wie die Auslobung, § 657, die Eigentumsaufgabe nach § 959 und das Testament, § 2247, müssen abgegeben werden (zur Abgabe § 130 Rn 6 f), empfangsbedürftige Willenserklärungen darüber hinaus zugehen (zum Zugang § 130 Rn 8 ff). Amtsempfangsbedürftige Willenserklärungen sind gem § 130 III ggü einer Behörde abzugeben (§ 130 Rn 22). In einer anderen Einteilung wird bei der Willenserklärung **ad incertam personam** auf den unbestimmten Empfängerkreis abgestellt (BGH NJW 02, 364, Internetauktion; 07, 2912 Tz 9, Flaschenpfand).
- II. Tatbestand. 1. Erklärung. a) Ausdrücklich.** Bei einer ausdrücklichen Erklärung wird der Wille unmittelbar sprachlich in Wort oder Schrift zum Ausdruck gebracht (*Erman/Palm Vor § 116 Rz 6*). Gesetzlich wird eine ausdrückliche Erklärung etwa in den §§ 244 I, 700 II, 1059a I Nr 1 sowie HGB § 48 I und ZPO § 1031 IV verlangt. Davon zu unterscheiden ist die Auslegungsbedürftigkeit, denn auch eine ausdrückliche Erklärung kann mehrdeutig sein. Die Erklärung muss nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte als eine mit Bindungswillen abgegebene Äußerung aufgefasst werden dürfen (BGHZ 88, 373, 382; 97, 372, 377).

- 20 **b) Konkludente Erklärung.** Regelmäßig ist weder eine ausdrückliche noch formgebundene Erklärung vorge-schrieben, weshalb dann eine konkludente Willenserklärung erfolgen kann. Dafür genügt jedes konkludente (schlüssige) Verhalten, das auf einen Rechtsfolgewillen schließen lässt (*Bork AT Rz 571*). Bsp: Der Münzein-wurf in einen Warenautomaten; das wortlose Ergreifen einer Zeitung und das Hinlegen des Geldes. Grds ist die Bedeutung des Verhaltens anhand der allg Auslegungsregeln zu bestimmen; zur konkludenten Auflassung (*Rostock NJW-RR 06, 1162*), zum konkludenten Auskunfts- und Beratungsvertrag (*BGHZ 100, 117, 118 f*). Strengere Maßstäbe gelten va für die Betätigung des Annahmewillens iSd § 151, für den es darauf ankommt, ob das Verhalten des Angebotsadressaten aufgrund aller äußeren Indizien auf einen wirklichen Annahmewil-len (§ 133) schließen lässt (*BGHZ 111, 97, 101; § 151 Rn 7 f*), für den konkludenten Abschluss eines Makler-vertrags (*BGH NJW 05, 3780; § 652 Rn 17 ff*) bzw einen Forderungsverzicht (*BGH NJW 94, 380*); zum Widerruf einer Vollmacht (*BGH NJW 95, 953*). Der Ausdruck stillschweigende Willenserklärung (*BGHZ 100, 117, 118 f; Palandt/Ellenberger Einf v § 116 Rz 6*) sollte nicht verwendet werden, weil er teils missverständlich andeutet, die fehlende Verbalisierung sei ausschlaggebend, teils verfehlt ist, weil Schweigen grds keine Erklä-rungsbedeutung besitzt.
- 21 **c) Schweigen.** Generell besitzt Schweigen keine Erklärungsbedeutung (*BGH NJW 02, 3630; Flume AT II, 64*). Es liegt keine Willenserklärung vor beim Schweigen auf das Angebot einer Versicherung, einen Aufhebungs-vertrag zu schließen (*BGH NJW-RR 99, 819*), auf eine Provisionsabrechnung gem § 87c HGB (*BGH NJW-RR 07, 248*), auf eine abstrakte Untermieterlaubnisanfrage (*Kobl NJW 01, 1948; s.a. Köln NZM 01, 39*). Aus-nahmsweise kann Schweigen einen **Erklärungswert** besitzen. Zuweilen wird es gesetzlich als Zustimmung normiert, so in den §§ 416 I 2, 455 2, 516 II 2, 1943, s.a. 545 und HGB § 362. Als Ablehnung ist es in den §§ 108 II 2, 177 II 2, 415 II 2, 451 I 2 ausgestaltet.
- 22 Von den Parteien kann eine rechtsgeschäftliche Bedeutung des Schweigens vereinbart werden. Ein Erklärungs-sinn kann sich zudem aus einer Übung der Parteien oder nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte ergeben (*BGH NJW 90, 1661 f*). Einen Sonderfall bildet das kaufmännische Bestätigungsschrei-ben, wonach bei Schweigen des Empfängers der Vertragsinhalt unter bestimmten Voraussetzungen durch das Bestätigungsschreiben fixiert wird (§ 148 Rn 5). Vereinzelt misst die Rspr dem Schweigen die Bedeutung einer schlüssigen Willenserklärung zu, wenn eine unmissverständliche Konkludenz vorliegt, so beim Schweigen in einer nach der Substraktionsmethode durchgeführten Abstimmung (*BGH NJW 02, 3630*). Für Erklärungsfikti-onen in AGB gilt § 308 Nr 5. IU kann Schweigen eine Verletzung va vorvertraglicher Pflichten darstellen, vgl § 663, und einen Schadensersatzanspruch gem § 280 I begründen (*Schiemann Eckpfeiler des Zivilrechts, 51*).
- 23 **d) Elektronische Erklärungen.** Elektronisch übermittelte (*BGH NJW 02, 364*), computergestützte und auto-matisierte Willenserklärungen sind echte Willenserklärungen (*Staud/Singer Vorbem zu §§ 116–144 Rz 57*).
- 24 **e) Betriebliche Übung.** Ein gleichförmiges und wiederholtes Verhalten des ArbG kann Ansprüche der ArbN auf eine Leistung begründen, wenn die ArbN aus dem Verhalten des ArbG schließen können, ihnen werde die Leistung auch künftig gewährt (*BAG NZA 97, 664, 665, stRspr*). Bei Gratifikationen ist dies grds nach dreimaliger Zahlung anzunehmen (*BAG NZA 97, 1008; 98, 424*). Gibt der ArbG über einen Zeitraum von drei Jahren zu erkennen, die betriebliche Übung ändern zu wollen, können Ansprüche aufgehoben werden (*BAG NZA 97, 1008; 99, 1163*). Rechtlich ist dies nicht aus einer Vertragskonstruktion (so die stRspr, zB *BAG NZA 03, 338*), sondern aus einer Vertrauenshaftung zu begründen (vgl *Schaub/Koch § 111 Rz 7*).
- 25 **2. Wille.** Die inneren oder subjektiven Elemente der Willenserklärung werden üblicherweise in Handlungs-wille, Erklärungsbewusstsein und Geschäftswille eingeteilt.
- 26 Als Form menschlichen Verhaltens verlangt die Willenserklärung eine Handlung, die eine bewusste Steue-rung voraussetzt (dazu *BGHZ 98, 135, 137*). Eine ohne **Handlungswillen** abgegebene Erklärung, zB Spre-chen im Schlaf, überwältigender physischer Zwang, wie beim gewaltsamen Führen der Hand, nicht aber die Drohung; dann § 123 I Alt 2, stellt keine Willenserklärung dar (*MüKo/Kramer Vor § 116 Rz 8*).
- 27 Weiteres Willenselement ist das **Erklärungsbewusstsein**, dh das Bewusstsein des Erklärenden, am rechtsge-schäftlichen Verkehr teilzunehmen und irgendeine rechtserhebliche Erklärung abzugeben. Wer einen Wechsel ungelesen in der Vorstellung unterschreibt, es handele sich um eine Abrechnungsquittung, handelt mit Erklä-rungsbewusstsein (*BGH NJW 68, 2103*). Beim unwissentlich fehlenden Erklärungsbewusstsein – § 118 betrifft das willentliche Fehlen – war lange Zeit umstr, ob das Erklärungsbewusstsein notwendiger Bestandteil der Willenserklärung ist (Übersicht bei *Soergel/Hefermehl Vor § 116 Rz 12*). Die neuere höchstrichterliche Rspr und ihr folgend die überwiegende Lehre rechnet eine Äußerung dem Erklärenden zu, wenn er bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen und vermeiden können, dass seine Äuße-rung nach Treu und Glauben sowie der Verkehrssitte als Willenserklärung aufgefasst wird und sie der Emp-fänger auch tatsächlich als Willenserklärung aufgefasst hat (*BGHZ 91, 324, 330; 109, 171, 177; H.-J. Ahrens JZ 84, 986; Medicus AT Rz 607 ff; Bork AT Rz 596; krit Canaris NJW 84, 2281*, der auf den ungelösten Gegen-satz zu § 118 verweist). Das Erklärungsbewusstsein bildet deswegen kein notwendiges Tatbestandsmerkmal der Willenserklärung. Dem Erklärenden bleibt analog der §§ 119, 121, 122 das Recht, seine Erklärung anzu-nehmen. Bei einem automatisch installierten Dialer fehlt ein Rechtsbindungswille. Die Rspr wendet diese

Grundsätze inzwischen auch auf konkludentes Verhalten ohne Erklärungsbewusstsein an (BGH NJW 02, 3630; s.a. § 133 Rn 10).

Der Geschäfts- oder Rechtsfolgewille ist auf die Herbeiführung eines bestimmten rechtlichen Erfolgs gerichtet und existiert auch bei Einsatz elektronischer Agenten (Hoeren/Sieber/Kitz Handbuch Multimedia-Recht 13.1 Rz 24). Er ist nicht notwendiger Bestandteil der Willenserklärung. Sein Fehlen begründet aber ein Anfechtungsrecht, § 119 I.

**§ 116 Geheimer Vorbehalt.** <sup>1</sup>Eine Willenserklärung ist nicht deshalb nichtig, weil sich der Erklärende insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen. <sup>2</sup>Die Erklärung ist nichtig, wenn sie einem anderen gegenüber abzugeben ist und dieser den Vorbehalt kennt.

**A. Normzweck.** Äußert der Erklärende einen Geschäftswillen, behält er sich aber insgeheim vor, die Rechtsfolge nicht zu wollen, bindet § 116 I den Erklärenden an seine Äußerung. Im Interesse des Verkehrsschutzes muss der geheim gehaltene Wille des Erklärenden bedeutungslos bleiben. Auf das Motiv kommt es nicht an. Kennt der Empfänger den Vorbehalt, gilt er als nicht schutzbedürftig und die Willenserklärung ist gem 2 nichtig.

**B. Voraussetzungen.** Die Regelung des 1 gilt für alle **Willenserklärungen**, unabhängig davon, ob es sich um 2 ausdrückliche, konkludente, empfangsbedürftige oder nicht empfangsbedürftige Erklärungen handelt. Auf rechtsgeschäftsähnliche Erklärungen ist die Bestimmung entspr anwendbar. Auch im öffentlichen Recht ist sie heranzuziehen (Erman/Palm § 116 Rz 3).

Ein **geheimer Vorbehalt** (Mentalreservation) liegt vor, wenn der Vorbehalt dem Erklärungsempfänger bzw 3 demjenigen verheimlicht wird, für den die Erklärung bestimmt ist. Der Vorbehalt darf keinen ausreichenden Ausdruck gefunden haben. Bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen kann der Vorbehalt auf eine andere Person zielen als den Empfänger. Bei einem Gebot unter der Hälfte des Grundstückswerts im ersten Zwangsversteigerungstermin ist der geheime Vorbehalt des fehlenden Erwerbswillens unschädlich, da ein solches Gebot nach § 85a I ZVG nicht zum Grundstückserwerb führen kann (BGH NJW 07, 3279 Tz 10, denkbar ist ein Rechtsmissbrauch; s.a. BGH NJW 06, 1355 Tz 14; *Hasselblatt* NJW 06, 1320). Für die Stellvertretung ist zu unterscheiden: Schließt der Vertreter das Geschäft im eigenen Namen, ist sein Vorbehalt, für den Vertretenen handeln zu wollen, bereits nach § 164 II wirkungslos. Behält sich der Vertreter insgeheim vor, im eigenen Namen zu handeln, ist sein Vorbehalt nach § 116 I unwirksam. Die kollusive Abrede eines Scheingeschäfts zwischen Vertreter und Geschäftsgegner, die dem Vertretenen ggü geheim bleiben soll, ist analog § 116 I unwirksam.

Hat der Empfänger den Vorbehalt durchschaut, fehlt seine Schutzbedürftigkeit. Die Willenserklärung ist nach 4 § 116 2 nichtig. Der Empfänger muss den Vorbehalt kennen, bedingter Vorsatz genügt. Kennenmüssen, § 122 II, ist nicht ausreichend. Bei einer Vollmachtserteilung ist die Kenntnis des Geschäftsgegners und nicht des Bevollmächtigten maßgebend (BGH NJW 66, 1916). Bei einer amtsempfangsbedürftigen Erklärung ist die Kenntnis des Beamten unerheblich (BayOBLG DtZ 92, 285). Ihrem Wortlaut nach gilt die Vorschrift nur für amts- bzw allg empfangsbedürftige Willenserklärungen. Auf nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen kann § 116 2 analog anwendbar sein. Dies ist anerkannt für die Auslobung (aA MüKo/Kramer § 116 Rz 12), str für letztwillige Verfügungen (einerseits Jauernig/Jauernig § 116 Rz 4; andererseits Erman/Palm § 116 Rz 3; Frank OLGR 93, 467). Für die Eheschließung gelten die §§ 1311, 1314. Auf Prozesshandlungen ist die Vorschrift unanwendbar.

**C. Rechtsfolgen.** Unter den Voraussetzungen von 1 ist der Vorbehalt unbeachtlich. Die Erklärung ist wirk- 5 sam, wie sie nach den allg Auslegungsregeln zu verstehen ist. Im Fall von 2 ist die Willenserklärung nichtig.

**D. Abgrenzung.** § 116 2 behandelt den Fall, dass der Erklärungsempfänger den geheimen Vorbehalt erkennt, 6 der Erklärende dies jedoch nicht weiß, während nach § 117 I über den Vorbehalt Konsens besteht. Erwartet der Erklärende, dass der Empfänger den mangelnden Ernst erkennt, greifen die §§ 118, 122 ein. Soll trotz mangelnder Ernstlichkeit die Erklärung ernst genommen werden (böser Scherz), ist § 116 anzuwenden. Gibt der Erklärende eine bewusst mehrdeutige Erklärung ab, um eine der Bedeutungen nicht gegen sich gelten zu lassen, liegt ein Dissens vor. Ein offener Vorbehalt, zB bei der protestatio facto contraria, unterliegt nicht § 116. Behält sich ein widerrechtlich Bedrohter, wie vom Drohenden erkannt, insgeheim die Nichtgeltung des Erklärten vor, ist die Erklärung gem § 116 nichtig (aA Staud/Singer § 116 Rz 12).

**E. Beweislast.** Wer sich auf die Nichtigkeit einer unter Mentalreservation abgegebenen Willenserklärung 7 beruft, muss den geheimen Vorbehalt und dessen Kenntnis beweisen.

**§ 117 Scheingeschäft.** (1) Wird eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, mit dessen Einverständnis nur zum Schein abgegeben, so ist sie nichtig.

(2) Wird durch ein Scheingeschäft ein anderes Rechtsgeschäft verdeckt, so finden die für das verdeckte Rechtsgeschäft geltenden Vorschriften Anwendung.

- 1 **A. Scheingeschäft, § 117 I. I. Bedeutung.** Beim Scheingeschäft wollen die Parteien einvernehmlich den äußeren Schein eines Rechtsgeschäfts hervorrufen, doch sollen die damit verbundenen Rechtswirkungen nicht eintreten (BGHZ 36, 87 f; 144, 331, 333; BGH NJW-RR 06, 1556; s.a. 07, 1210, Jagdpacht). Indem die übereinstimmend nicht gewollte Willenserklärung für nichtig erklärt wird, konkretisiert § 117 I die negative Seite der Privatautonomie (BGH NJW 00, 3127).
- 2 **II. Voraussetzungen. 1. Empfangsbedürftige Willenserklärung.** Die Vorschrift ist nach ihrem eindeutigen Wortlaut allein auf empfangsbedürftige Willenserklärungen anwendbar. Bei streng einseitigen Willenserklärungen fehlt ein Adressat, der mit dem Scheincharakter einverstanden sein könnte. § 117 gilt daher nicht für das Testament (BayOblLG FamRZ 77, 348; Frankf OLGR 93, 467). Auf amtsempfangsbedürftige Erklärungen, zB die Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft, ist die Vorschrift nicht anwendbar, weil die Behörde kein Einverständnis erklären kann. Für Prozesshandlungen gilt § 117 nicht. Eine einvernehmlich nur zum Schein erhobene Klage ist mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig.
- 3 **2. Vorgetäuschter Geschäftswille.** Da die Parteien nur den Schein eines Rechtsgeschäfts hervorrufen wollen, fehlt ihnen beim simulierten Geschäft der Geschäftswille (BGH NJW 80, 1573; LAG Hamm NZA-RR 07, 65, Berufsausbildungsvertrag), der für das verdeckte Geschäft regelmäßig vorliegt. Maßgebend ist, ob den Parteien zur Erreichung des mit dem Rechtsgeschäft angestrebten Erfolgs eine Simulation genügt oder ob die Parteien ein ernst gemeintes Rechtsgeschäft für notwendig halten – subjektiver Simulationsbegriff. Eine Täuschungsabsicht ist nicht erforderlich, doch werden die Parteien häufig einen Dritten (Finanzbehörde) täuschen wollen.
- 4 Ein bei Abschluss gewollter Vertrag wird nicht zum Scheingeschäft, weil der Erfolg in der Rechtsform nicht zu erreichen ist (BGH NJW-RR 06, 1556). Eine zur Rangsisicherung ernstlich gewollte, aber für eine Scheinforderung bestellte Hypothek entsteht wirksam als Eigentümergrundschuld (BGHZ 36, 88). Agenturge-schäfte im Gebrauchtwagenhandel sind keine Scheingeschäfte (BGH NJW 81, 388; zu §§ 474 ff jetzt NJW 05, 1039; 07, 759 Tz 15 f; zum Umgehungsgeschäft § 134 Rn 33). Zum Gebot unter der Hälfte des Grundstückswerts in der Zwangsversteigerung § 116 Rn 3. Entscheiden sich die Parteien aus steuerlichen Gründen für eine Rechtsgestaltung, existiert idR der erforderliche Rechtsbindungswille, denn eine vertragliche Vereinbarung kann nicht gleichzeitig als steuerrechtlich gewollt und zivilrechtlich nicht gewollt angesehen werden (BGH NJW 93, 2610; NJW-RR 06, 283). Enthält ein Grundstückskaufvertrag zur Erlangung steuerlicher Vorteile eine in Wahrheit nicht gewollte Regelung über die Sanierung des Objekts, ist der Vertrag wirksam (BGH NJW-RR 02, 1527).
- 5 Unrichtige Angaben einzelner Tatsachen und bloße Falschbezeichnungen, wie Vor- oder Rückdatierungen, lassen die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts unberührt, soweit das Geschäft wirklich gewollt ist. Über den rechtlichen Status eines ArbN entscheidet nicht die Bezeichnung, sondern die tatsächliche Durchführung des Vertrags (BAG NZA 03, 855 f).
- 6 **3. Einverständnis.** Zwischen den Parteien muss Einvernehmen über die Simulation herrschen. Es wird kein rechtsgeschäftlicher Wille verlangt, sondern nur das gemeinsame Bewusstsein, dass den Erklärungen kein Wille entspr soll (BGH NJW 99, 2882). Diese Vorstellung muss bei den am Rechtsgeschäft Beteiligten bestehen. Bei mehreren Erklärungsgegnern ist das Einverständnis aller erforderlich (Celle NJW 65, 399). Beim Vertretergeschäft ist ein Einverständnis mit dem Vertreter erforderlich, § 166 I (BGHZ 1, 184). Im Fall einer Gesamtvertretung genügt das Einverständnis eines Vertreters (BGH NJW 99, 2882). Bei einem beurkundeten Rechtsgeschäft muss das Einvernehmen zwischen den an der Beurkundung beteiligten Personen bestehen. Eine vorherige Absprache mit einem an der Beurkundung nicht beteiligten Vertreter genügt nicht, eine Wissensvertretung analog § 166 I scheidet aus. Das Rechtsgeschäft kann dann nach den Grundsätzen der falsa demonstratio wirksam sein (BGH NJW 00, 3128).
- 7 **III. Abgrenzungen. 1. Treuhandgeschäft.** Von einer Treuhand wird gesprochen, wenn der Treugeber dem Treunehmer ggü den Begrenzungen im Innenverhältnis eine überschießende Rechtsmacht einräumt (§ 164 Rn 5 ff). Ein wirksames fiduziarisches Rechtsgeschäft liegt vor, wenn die Beteiligten ein gültiges Rechtsgeschäft benötigen, auch wenn dieses nicht in allen Konsequenzen gewollt ist. § 117 I greift ein, wenn die Parteien ihre Zwecke bereits durch den bloßen Schein eines wirksamen Rechtsgeschäfts erreichen wollen.
- 8 **2. Strohmanngeschäft.** Um einen Sonderfall fiduziarischer Geschäfte handelt es sich beim Strohmann-geschäft (§ 164 Rn 13). Der Strohmann wird eingeschaltet, weil sonst der erstrebte wirtschaftliche Zweck nicht oder nicht in rechtsbeständiger Weise erreicht wird, insb nicht in der Person des Hintermanns eintreten kann. Nach dem Willen der Beteiligten soll das Geschäft den Strohmann binden (BGHZ 21, 382; NJW 82, 569 f; 95, 727; 02, 2031, Verbrauchereigenschaft; NJW-RR 07, 1210, zur Jagdpacht; Naumbg MDR 05, 741, Gaststättenpacht; s.a. Karlsr NJW 71, 619). Ein wirksames Rechtsgeschäft liegt auch vor, wenn dieser Umstand dem Vertragspartner bekannt ist. Will der Strohmann auch im Außenverhältnis die Pflichten nicht übernehmen, soll sich der Dritte also ausschl und unmittelbar an den Hintermann halten, liegt regelmäßig ein Scheingeschäft vor (BGH NJW 82, 570).

**3. Umgehungsgeschäft.** Bei einem Umgehungsgeschäft wollen die Beteiligten durch die Verwendung rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten einen Erfolg herbeiführen, der mit dem an sich zur Regelung des Tatbestands gebotenen Rechtsgeschäft nicht oder nicht in der gleichen Weise herbeigeführt werden könnte (Soergel/Hefermehl § 117 Rz 12). Da die Parteien den gesetzlich missbilligten Erfolg ernsthaft wollen, ist das Geschäft nicht nach § 117 I unwirksam. Ggf ergibt sich die Nichtigkeit aus § 134 (Rn 29 ff).

**4. Sonstiges.** Zum Verhältnis zu § 116 Rn 6; zu § 118 Rn 1. Spezielle Regelungen können die Anwendung von § 117 I ausschließen. Die Scheinehe ist gültig, aber aufhebbar, § 1314 II Nr 5. Die Anerkennung der Vaterschaft ist wirksam, § 1598 I, ebenso die Adoption.

**IV. Rechtsfolge.** Das Scheingeschäft ist ohne Weiteres ggü jedermann nichtig. Schließen Eheleute einen Arbeitsvertrag, bei dem ein Arbeitsentgelt ohne Arbeitsleistung anstelle des geschuldeten Unterhalts gezahlt wird, soll ein nichtiges Scheingeschäft vorliegen (BGH NJW 84, 2350). Diese Folge gilt auch ggü einem gutgläubigen Dritten, den die Parteien regelmäßig mit dem Scheingeschäft täuschen wollen.

Der **Schutz Dritter** ist nach den allg Vertrauensschutzregelungen zu gewährleisten (BaRoth/Wendtland § 117 Rz 17). Liegt die Nichtigkeit in seinem Interesse, wie bei einer beabsichtigten Gläubigerbeeinträchtigung, benötigt er keinen Schutz. Hat der Dritte gutgläubig auf die Wirksamkeit des Geschäfts vertraut, wird er im Fall des dinglichen Erwerbs etwa durch die §§ 892, 893, 932 ff, 1032, 1207 geschützt. Beim Erwerb einer Scheinforderung oder eines anderen Rechts unter Vorlage einer vom Schuldner ausgestellten Urkunde gelten die §§ 405 Alt 1, 413, s.a. 409. Wird mit dem Scheingeschäft ggü dem Dritten eine unerlaubte Handlung nach den §§ 823, 826 begangen, ist dieser Schadensersatzberechtigt. Ggf kann der Dritte auch die Arglistenrede erheben.

**Ausnahme:** Wird ein Gesellschaftsvertrag zum Schein geschlossen, ist § 117 bei einer in Vollzug gesetzten Gesellschaft im Außenverhältnis unanwendbar. Im Innenverhältnis gelten nicht die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft (BGH NJW 53, 1220).

**B. Verdecktes Geschäft § 117 II. I. Anwendungsbereich.** § 117 II regelt die Fälle, in denen die Parteien mit dem Scheingeschäft ein anderes, ernstlich gewolltes Geschäft (dissimuliertes Geschäft) verdecken wollen. Dann müssen die Wirksamkeitserfordernisse dieses Rechtsgeschäfts erfüllt sein. Hauptanwendungsfall ist die zur Kostenersparnis erfolgende Unterverbriefung beim Grundstückskauf (**Schwarzkauf**). Die zum Schein beurkundete Vereinbarung zum niedrigen Preis ist gem § 117 I nichtig. Der gewollte Vertrag über den höheren Grundstückspreis ist nicht beurkundet und deswegen nach den §§ 311b I 1, 125 1 nichtig. Mit Auflassung und Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch kann der Formmangel nach § 311b I 2 geheilt werden (BGHZ 89, 43 f).

**II. Voraussetzungen.** Übereinstimmend mit dem Parteiwillen behandelt § 117 II das dissimulierte Geschäft als gültig. Dazu müssen die Parteien einvernehmlich ein anderes Rechtsgeschäft gewollt haben. Außerdem müssen sämtliche Wirksamkeitsvoraussetzungen des Geschäfts, wie Formen und Genehmigungserfordernisse, erfüllt sein (BGH NJW 83, 1844). Das verdeckte Geschäft ist nicht bereits deshalb verwerflich, weil es verdeckt ist. Das Geschäft kann jedoch gegen die §§ 134, 138 verstoßen oder nach den Grundsätzen über ein Umgehungsgeschäft nichtig sein (LG Frankfurt/M NJW-RR 92, 715).

**III. Rechtsfolge.** Liegen die jeweiligen Wirksamkeitsvoraussetzungen vor, ist das verdeckte Geschäft unabhängig vom Scheingeschäft wirksam.

**C. Beweislast.** Die Beweislast für den Scheincharakter des Geschäfts gem § 117 I trägt, wer sich auf die Nichtigkeit beruft (BGH NJW 88, 2599; BAG NJW 03, 2930). Wer aus dem verdeckten Geschäft Rechtsfolgen ableiten will, muss dieses beweisen (vgl BGH NJW 91, 1617).

**§ 118 Mangel der Ernstlichkeit.** Eine nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung, die in der Erwartung abgegeben wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden, ist nichtig.

**A. Anwendungsbereich.** Systematisch betrifft die nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung den Bereich zwischen geheimen Vorbehalt und Scheingeschäft. Weder erwartet der Erklärende wie bei § 116, dass die Erklärung vom Empfänger ernst genommen wird, noch besteht ein Konsens über den Vorbehalt, so gem § 117. Neben Scherzen und Lehrbeispielen wird auch das misslungene Scheingeschäft von § 118 erfasst (BGH NJW 00, 3128; krit München NJW-RR 93, 1168). Der Erklärende erwartet, dass der Empfänger den Vorbehalt erkennen und nur zum Schein mit ihm zusammenwirken wird, während der Empfänger die Erklärung ernst nimmt.

**B. Voraussetzungen. I. Willenserklärung.** Es muss der objektive Tatbestand einer Willenserklärung vorliegen, dh eines Verhaltens, von dem aus der Empfänger berechtigterweise auf einen Rechtsfolgewillen schließen darf. Der objektive Erklärungstatbestand fehlt, wenn zu Ausbildungszwecken ein Beispiel gegeben wird (Larenz/Wolf AT § 35 Rz 15). § 118 gilt für empfangsbedürftige wie nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen (Testament: RGZ 104, 322).

- 3 **II. Fehlende Ernstlichkeit.** Subjektiv verlangt die Vorschrift Doppeltes. Die Erklärung darf nicht ernstlich gemeint sein. Außerdem muss der Erklärende erwartet haben, dass die mangelnde Ernstlichkeit erkannt wird. Dem Erklärenden fehlt damit willentlich das Erklärungsbewusstsein (Staud/Singer § 117 Rz 5). Die mangelnde Ernstlichkeit muss vom Empfänger weder erkannt noch für ihn objektiv erkennbar gewesen sein (Bork AT Rz 812). Es muss zwar nicht unbedingt eine scherzhafte Erklärung erfolgt sein, doch betrifft die unter Druck oder aufgrund einer Provokation abgegebene Willenserklärung („Schmerzenerklärung“) nicht § 118, sondern § 123 (*Medicus* AT Rz 596; *Weiler* NJW 95, 2608; aA *Tscherwinka* NJW 95, 308).
- 4 **C. Rechtsfolge.** Als Rechtsfolge ordnet § 118 – auch bei einem formbedürftigen Rechtsgeschäft (BGH NJW 00, 3128; *Thiessen* NJW 01, 3026; Palandt/*Ellenberger* Rz 1) – die Nichtigkeit der Willenserklärung an. Demjenigen, der auf die Erklärung vertraut, hat der Erklärende gem § 122 verschuldensunabhängig den Vertrauensschaden bis zur Grenze des Erfüllungsschadens zu ersetzen, es sei denn, der Empfänger hat die fehlende Ernstlichkeit fahrlässig verkannt. Bemerkt der Erklärende, dass der Empfänger den Mangel der Ernstlichkeit nicht erkannt hat, ist er zur Aufklärung verpflichtet. Sonst kann ggf die Berufung auf § 118 ausgeschlossen sein.
- 5 **D. Beweislast.** Wer sich auf die Nichtigkeit beruft, muss beide subjektiven Elemente beweisen, die mangelnde Ernstlichkeit sowie die Erwartung des Erklärenden, die fehlende Ernstlichkeit werde erkannt.

**§ 119 Anfechtbarkeit wegen Irrtums.** (1) Wer bei der Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtum war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, kann die Erklärung anfechten, wenn anzunehmen ist, dass er sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde.

(2) Als Irrtum über den Inhalt der Erklärung gilt auch der Irrtum über solche Eigenschaften der Person oder der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden.

- 1 **A. Bedeutung. I. Anfechtbarkeit.** Weicht bei einer Willenserklärung der Wille unbewusst von der Erklärung ab, muss der Erklärende als Ausdruck seiner Selbstverantwortung im Interesse des Verkehrsschutzes die Erklärung so gegen sich gelten lassen, wie sie der Empfänger gem §§ 133, 157 verstehen durfte. Da eine privatautonome Gestaltung von Rechtsverhältnissen voraussetzt, dass die erklärten Rechtsfolgen mit dem wirklichen Willen übereinstimmen, soll der Erklärende nicht in jedem Fall an seiner irrtümlichen Erklärung festgehalten werden. Die irrtumsbehaftete Willenserklärung ist wirksam, aber anfechtbar, dh der Erklärende kann sie rückwirkend vernichten.
- 2 **II. Anfechtungsgründe.** In einem mehrphasigen Modell mit vier gesetzlich geregelten Kategorien entlang den Stadien einer wirksamen Willenserklärung ermöglichen die §§ 119, 120 eine Anfechtbarkeit der Erklärung wegen Irrtums. Der bei der Willensbildung eingetretene Motivirrtum ist als Folge der Selbstverantwortung grds unerheblich, *argumentum e contrario* zu den geregelten Fällen (*Medicus* AT Rz 744). Ausnahmsweise ist er als Eigenschaftsirrtum nach § 119 II beachtlich (Rn 34); außerdem §§ 1949 I, 2078 f, 2281. Sodann können beim Inhaltsirrtum der Wille sowie die Vorstellung über das Erklärte und dessen rechtlich maßgebende Bedeutung auseinander fallen, § 119 I Alt 1 (Rn 24 ff). Beim Erklärungsirrtum liegt eine fehlerhafte Erklärungshandlung vor, § 119 I Alt 2 (Rn 23). Wird schließlich bei der Beförderung das Erklärte ggü dem Gewollten verändert, berechtigt für diesen Übermittlungsirrtum § 120 zur Anfechtung. Zwei andere Fälle sind mit der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung in § 123 I geregelt. Systematisch abw wird damit die Freiheit der Willensentschließung geschützt.
- 3 **III. Abdingbarkeit.** Durch Individualvereinbarung kann die Irrtumsanfechtung abbedungen werden (*MüKo/Kramer* § 119 Rz 141). Einschränkungen durch AGB verstoßen gegen § 307 II Nr 1 (BGH NJW 83, 1671). Erweiterungen durch Mistradeklauseln sind individualvertraglich zulässig (BGH NJW-RR 02, 1344), in AGB unzulässig, wenn sie § 121 ausschließen (*Schlesw ZIP* 04, 1846; *Fleckner/Vollmuth* WM 04, 1268 ff).
- 4 **B. Anwendungsbereich. I. Privatrecht. 1. BGB.** §§ 119, 120 gelten für alle Willenserklärungen, sofern keine Sonderregelungen eingreifen. Für die anfängliche, aber erst nach Vertragsschluss erkennbare, und die nachträgliche Zahlungsunfähigkeit enthält § 321 eine Sonderregelung. IU ist eine Anfechtung nicht ausgeschlossen (*Soergel/Hefermehl* § 119 Rz 42; *MüKo/Kramer* § 119 Rz 129; aA *Flume* AT, 487).
- 5 Sind die Voraussetzungen der **kaufrechtlichen Sachmängelgewährleistung** erfüllt, kommt nur eine Anfechtung nach §§ 119 I, 123 in Betracht. Eine Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtums ist sowohl für den Käufer, der auf die Rechte aus den §§ 437 ff beschränkt ist, als auch für den Verkäufer ausgeschlossen, der sich nicht seiner weitergehenden Haftung entziehen darf (BGH NJW 88, 2598). Das Anfechtungsrecht bleibt ausgeschlossen, auch wenn die Gewährleistungsrechte verjährt (RGZ 135, 341) oder wirksam abbedungen (BGHZ 63, 376 f) bzw vom Haftungsausschluss gem § 56 3 ZVG erfasst sind (BGH WM 1107, 2330 Tz 9). Vor Gefahrübergang lässt die Rechtsprechung eine Anfechtung des Käufers nach II auch dann zu, wenn er ausnahmsweise bereits die Gewährleistungsregeln geltend machen darf (BGHZ 34, 37). Dem ist zu widersprechen, da sonst das Nacherfüllungsrecht des Verkäufers und § 442 I 2 umgangen werden können (BaRoth/

rungsgegenstand resultieren kann (§ 818 III, s. dort Rn 24), im maßgeblichen **Zeitpunkt der unentgeltlichen Zuwendung** an den Dritten bereits eingetreten war oder dem Bereicherungsgläubiger wegen einer nach §§ 818 IV, 819, § 820 verschärften Haftung schon vor der Zuwendung nicht mit Erfolg hätte entgegengehalten werden können (MüKo/Schwab § 822 Rz 16; AnwK/Linke § 822 Rz 6; Erman/Westermann § 822 Rz 5; Staud/Lorenz § 822 Rz 11). Nach hM muss der Bereicherungsanspruch gegen den Ersterwerber gerade aus diesen **rechtlichen Gründen** ausgeschlossen sein. Das wird in der Lit zuweilen mit dem Hinweis als unbefriedigend empfunden, dass der Dritte beim Erwerb vom Bösgläubigen dann uU ohne sachlichen Grund besser stehe als beim Erwerb vom Gutgläubigen. Deshalb soll der Kondiktionsdurchgriff analog § 822 zumindest auch dann zulässig sein, wenn der Bereicherungsgläubiger den Ersterwerber **faktisch** nicht in Anspruch nehmen kann, etwa weil dieser **insolvent** geworden ist (Larenz/Canaris, Schuldrecht BT II/2, § 69 IV 1a; Medicus Schuldrecht BT, Rz 691; Knütel NJW 89, 2508). Das ist indes mit dem ausdrücklich an den **Ausschluss** der bereicherungsrechtlichen Haftung des Ersterwerbers anknüpfenden Wortlaut des § 822 kaum in Einklang zu bringen, zumal der Bereicherungsgläubiger nach dem Normzweck der Vorschrift nicht unter Umgehung der hierfür zu Gebote stehenden Möglichkeiten des Insolvenz- und Anfechtungsrechts (§§ 129 ff InsO, 1 ff AnfG) vor den all monetären Risiken der Hingabe eines Vermögensgegenstandes geschützt werden soll (vgl: BGH NJW 99, 1026, 1028; 69, 605; ebenso: MüKo/Schwab § 822 Rz 17 AnwK/Linke § 822 Rz 7 mwN; BaRoth/Wendehorst § 822 Rz 10; Kornblum JuS 70, 437, 441 f).

**C. Allgemeines. I. Verjährung.** Wenn man mit der hier vertretenen Auffassung davon ausgeht, dass § 822 **6** einen eigenständigen Bereicherungsanspruch gegen den unentgeltlichen Empfänger begründet (s.o. Rn 1 aE), so verjährt dieser notwendig selbständig in der **regelmäßigen Verjährungsfrist** von drei Jahren, beginnend mit der **Zuwendung an den Dritten** – §§ 195, 199 (AnwK/Linke § 822 Rz 10 mwN; aA – nur Rechtsfolgenstreckung unter Anrechnung der Verjährung des Primäranspruchs gegen den Ersterwerber: Reuter/Martinek 366; Erman/Westermann § 822 Rz 7; Knütel aaO; ausf zum Problem: Staud/Lorenz § 822 Rz 2, 14).

**II. Beweislast.** Der Bereicherungsgläubiger muss nach all Grundsätzen die tatbestandlichen Voraussetzungen **7** des § 822 darlegen und beweisen, also auch, dass der ursprünglich gegen den Ersterwerber gegebene Kondiktionsanspruch durch die unentgeltliche Weitergabe des Kondiktionsgegenstandes entfallen ist. Demgegenüber obliegt dem Dritten ebenfalls nach all Grundsätzen die Beweislast für solche tatsächlichen Umstände, aus denen sich der in seiner Sphäre eingetretene **Wegfall der Bereicherung** ergeben soll (BaRoth/Wendehorst § 812 Rz 13; AnwK/Linke § 822 Rz 11).

## Titel 27 Unerlaubte Handlungen

### Vorbemerkungen vor §§ 823 ff

**A. Grundlagen. I. Recht der unerlaubten Handlungen.** §§ 823 ff regeln die Haftung für rechtswidriges (und häufig – aber nicht notwendig – schuldhaftes, Soergel/Spickhoff Vor § 823 Rz 1) Verhalten. Die Rechtswidrigkeit ergibt sich – im Unterschied zur Pflichtverletzung iRe Sonderbeziehung – aus einem Verstoß gegen allgemeine Rechtsnormen. §§ 823 ff enthalten drei Grundtatbestände (§§ 823 I, 823 II, 826) sowie etliche Spezialtatbestände und ergänzende Regelungen. Ausgangspunkt ist eine verschuldensabhängige Haftung, die jedoch teilweise modifiziert wird. Die Grundtatbestände wurden durch die Rspr weiterentwickelt und ausgebaut. Sie stehen neben spezialgesetzlichen Haftungstatbeständen und werden durch andere Ausgleichssysteme, insb durch kollektive Systeme des Schadensausgleichs, partiell überlagert (s.u. Rn 13 f). Auch der Einfluss europäischen Rechts auf das deutsche Deliktsrecht nimmt zu (s.u. Rn 27 f).

**II. Funktionen des Deliktsrechts. Grundfunktion** des Deliktsrechts – wie des Privatrechts überhaupt – ist **2** der Ausgleich widerstreitender Interessen, hier der Handlungsfreiheit des Schädigers und des Integritätsschutzes des Geschädigten. Er wird jedoch – ebenso wie die im Folgenden spezifizierten Funktionen – durch kollektive Systeme des Schadensausgleichs überlagert.

Als wichtigste Funktion wird idR die **Ausgleichsfunktion** angesehen. Sie stellt vorrangig auf die Geschädigtenperspektive ab und ist kennzeichnend für die Ausgangsposition des gesamten Deliktsrechts. Praktische Bedeutung bei der Auslegung der §§ 823 ff hat sie va für den Haftungsumfang (s. insb BaRoth/Spindler Vor § 823 Rz 6). Für die Haftungsbegründung ist eine Ergänzung durch normative Elemente (wie insb das Verschuldensprinzip) erforderlich, denn die Ausgleichsfunktion setzt bereits das Bestehen eines Haftungssystems voraus. Sie wird teilw eingeschränkt durch Versicherungen sowie Systeme sozialer Sicherung. Manche mitunter zusätzlich genannten Funktionen, insb Befriedigungsfunktion und Rechtsverfolgungsfunktion (zB *Deutsch FS Medicus* 09 55, 62), können als besondere Ausprägungen der Ausgleichsfunktion betrachtet werden.

In zweiter Linie ist die **Präventionsfunktion** zu nennen: Das Bestreben, eine Ersatzpflicht zu vermeiden, soll **4** zu möglichst sorgfältigem Verhalten führen; diese Funktion ist daher va für die Haftungsbegründung von Bedeutung. Bei fahrlässigem Handeln bzw Unterlassen kommt sie jedoch allenfalls mit Einschränkungen zum

Zuge und wird ebenfalls durch Versicherungen und kollektive Systeme des Schadensausgleichs eingeschränkt (allerdings lassen sich auch versicherungsrechtliche Anreize zur Prävention setzen, zB durch Prämienabstufungen oder die Regressmöglichkeit des Versicherers bei grober Fahrlässigkeit des Versicherungsnehmers).

- 5 **Fraglich** und umstr. ist, ob dem Deliktsrecht auch **Straffunktion** zukommt. Wenngleich eine Bestrafung des Schädigers ursprünglich keine Funktion des zivilen Haftungsrechts war, lassen sich heute teilweise Sanktionselemente ausmachen, zB bei der Genugtuungsfunktion des Schmerzensgelds oder beim Schadensersatz wegen Verletzung von Persönlichkeits- oder Immaterialgüterrechten (zum „GEMA-Verletzerzuschlag“ insb BGHZ 17, 376, 383; 95, 285, 288 ff; GRUR 90, 353, 355 mwN; weiterhin Ddorf NJW-RR 99, 194, 195 f; GRUR-RR 06, 393, 394: Verdoppelung des Schadensersatzes als „Vertragsstrafe“ bei unbefugter Verwertung von Fotografien ohne Angabe der Bildquelle). Die Grenze zur Prävention ist schwer zu bestimmen, da Prävention – neben Vergeltung – auch eine Funktion von Strafe sein kann. Fraglich ist, ob die Straffunktion bei der Umsetzung europäischer Richtlinien, die häufig verlangen, dass Sanktionen „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sein müssen, an Bedeutung gewinnt (s. nur Art 15 2 RL 2000/43/EG, ABl EG 00, L 180/22; Art 17 2 RL 2000/78/EG, ABl EG 00, L 303/16; Art 8d II 1 RL 2002/73/EG, ABl EG 02, L 269/15; Art 3 II RL 2004/48/EG, ABl EU 04, L 157/45; Art 13 2 RL 2005/29/EG, ABl EU 05, L 149/22). Da die Richtlinien aber nicht ausschließlich auf zivilrechtliche Sanktionen abstellen, erfordern sie nicht die Einführung einer – im deutschen Zivilrecht noch immer als systemwidrig anzusehenden – Straffunktion in das Deliktsrecht.
- 6 **B. System der §§ 823 ff. I. Grundkonzeption und Regelungstechnik.** Das Spektrum denkbarer Regelungstechniken im Haftungsrecht reicht von der Fallgruppenbildung (wie etwa ursprünglich im englischen Recht) bis zur umfassenden Generalklausel (wie etwa im französischen Recht). In §§ 823 ff wurde ein Mittelweg gewählt, indem 3 „kleine“ (eingeschränkte) **Generalklauseln** sowie **Sondertatbestände** für einzelne Regelungsbereiche geschaffen wurden. Die erste, praktisch wichtigste Generalklausel in § 823 I betrifft die Verletzung bestimmter, grundlegender Rechtsgüter, die auch fahrlässig erfolgen kann. Nach § 823 II verpflichtet der Verstoß gegen bestimmte Schutzgesetze nach den für diese Vorschriften geltenden Regeln zum Schadensersatz. Diese Generalklausel ist für die Entwicklung neuer Schutzgesetze offen und somit besonders flexibel. § 826 schließlich regelt den Schadensersatz bei vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung, enthält also eine rechts- und sozialetische Komponente. Innerhalb der Generalklauseln besteht eine Tendenz zur **Fallgruppenbildung**, insb bei § 823 I iRd Schutzes „sonstiger Rechte“ und bei der Verletzung von Verkehrspflichten sowie bei § 826.
- 7 Daneben sind weitere **Fortentwicklungen** des Deliktsrechts **durch die Rspr** zu verzeichnen, insb eine Erweiterung des Anwendungsbereichs der §§ 823 ff (va durch die Rspr zum Allgemeinen Persönlichkeitsrecht und zum Recht am Unternehmen, § 823 Rn 82 ff, sowie durch die inhaltliche Ausweitung der Verkehrspflichten, § 823 Rn 107 ff) und beweisrechtliche Modifikationen. Alle diese Weiterentwicklungen laufen letztlich auf eine **Haftungsausweitung** hinaus, die va durch den Ausbau des Versicherungsschutzes möglich wurde. Festzuhalten bleibt die **große Bedeutung des Richterrechts** im Deliktsrecht.
- 8 **Grenzen der Rechtsfortbildung**, die der Vorhersehbarkeit der Haftung und damit der Rechtssicherheit für (potentielle) Schädiger dienen, stellen insb die enumerative Aufzählung der geschützten Rechtsgüter in § 823 I sowie die erhöhten subjektiven Voraussetzungen der §§ 823 II, 826 dar. Va besteht kein allg Schutz bei fahrlässig verursachten reinen Vermögensschäden (zu Streitfragen insb Staud/J Hager Vorbem zu §§ 823 ff Rz 20 ff).
- 9 **II. Formen der Deliktshaftung.** Überwiegend werden die unterschiedlichen Haftungsformen in mehrere Haftungs-„Spuren“ aufgeteilt (grundl Esser JZ 53, 129 ff; für die Zusammenführung in einem einzigen System hingegen Jansen 545 ff, dagegen wiederum Canaris VersR 05, 577, 578 ff). Heute lassen sich mehr als die ursprünglichen zwei Spuren (Verschuldens- und Gefährdungshaftung) ausmachen.
- 10 **1. Verschuldenshaftung.** §§ 823 ff beruhen auf dem **Verschuldensprinzip** und damit auf der individuellen Verantwortung (in Form von Vorsatz oder Fahrlässigkeit, § 276) des Schädigers (Ausn: §§ 829, 833 1). Das Grundmodell der Verschuldenshaftung wird teilweise modifiziert durch Beweiserleichterungen oder Beweislastumkehr (Haftung für vermutetes Verschulden, zB in §§ 831 f oder bei der Produkt- und Arzthaftung).
- 11 **2. Gefährdungshaftung.** Die verschuldensunabhängige **Gefährdungshaftung** beruht nicht auf der individuellen Verantwortung des Schädigers, sondern auf der Verwirklichung einer Gefahr, die im Einflussbereich des Ersatzpflichtigen zu lokalisieren ist (zB durch Eigentum oder Betreiben einer gefährlichen Sache). Grund der Risikozuweisung ist die **Beherrschung einer Gefahrenquelle**; die Haftung ist das Korrelat zur Ausweitung der Handlungsmöglichkeiten (Soergel/Spickhoff Vor § 823 Rz 45). Eine Gefährdungshaftung kommt nur für „besondere Gefahren“, die sich auch bei Anwendung größter Sorgfalt nicht vollständig vermeiden lassen, in Betracht (die Abgrenzung kann im Einzelfall problematisch sein). Daher gibt es keine allgemeine Regelung der Gefährdungshaftung, sondern es existieren nur einzelne (idR nicht analogiefähige – zu Nachw und evtl Ausn insb Staud/J Hager Vorbem zu §§ 823 ff Rz 29) Haftungstatbestände, überwiegend in Sondergesetzen. Häufige Charakteristika der Gefährdungshaftung sind Haftungshöchstbeträge sowie eine Versicherungsmöglichkeit oder -pflicht; eine konsensfähige Verallgemeinerung ist allerdings bislang nicht geglückt. Wichtige

Gefährdungshaftungstatbestände: §§ 833 1 BGB, 1 ff HpflG, 7 StVG, 33 LuftVG, 84 AMG, 25 f AtG, 114 ff BBergG, 32 GenTG, 1 UmweltHG; str ist der Gefährdungshaftungscharakter bei §§ 22 WHG, 1 ProdHaftG, 7 f BDSG, 302 IV 3, 600 II, 717 II, 945 ZPO.

**3. Aufopferungshaftung.** Neben Verschuldens- und Gefährdungshaftung steht die Aufopferungshaftung als **12** Einstandspflicht desjenigen, zu dessen Gunsten eine **Aufopferung** erfolgt ist. Hierunter wird ein rechtmäßiger Eingriff in ein Recht verstanden, den der Rechtsinhaber mit Blick auf überwiegende Interessen eines anderen ausnahmsweise zu dulden hat. Anknüpfungspunkt der Haftung ist nicht ein Verhalten des Begünstigten, sondern sein Vorteil (s. nur *Canaris* VersR 05, 577, 580). Bsp: §§ 904 2, 906 II 2 (unmittelbar sowie analog als nachbarrechtlicher Ausgleichsanspruch, § 906 Rn 41 ff), § 14 BImSchG.

**4. Versicherungen und kollektive Systeme des Schadensausgleichs.** Versicherungen und kollektive Systeme **13** des Schadensausgleichs (insb soziale Sicherungssysteme) werden mitunter als zusätzliche Spur des Haftungsrechts betrachtet (s. insb *Marschall v Bieberstein* VersR 68, 509 ff); va bei Unfallschäden ist häufig sogar von „Haftungsersetzung durch Versicherungsschutz“ die Rede (s. nur *Fleming/Hellner/v Hippel*). Eine **vollständige Ersetzung der Haftung durch Versicherungs- oder Versorgungsleistungen** ist im deutschen Recht die **Ausnahme**. Wichtigstes Bsp ist die gesetzliche Unfallversicherung bei Arbeitsunfällen nach §§ 104 ff SGB VII, aber selbst hier kann der Versicherungsträger ggf beim Unternehmer oder Dritten Regress nehmen, §§ 110 SGB VII, 116 SGB X. Ähnliche Regelungen finden sich in §§ 46 BeamtVG, 91a SVG, 81 ff BVG. Dieser Ansatz ist va dann problematisch, wenn der Umfang des Versicherungsschutzes hinter demjenigen der Deliktshaftung zurückbleibt. Häufiger ist die Situation, in der ein **Deliktsanspruch neben der Versicherungs- oder Versorgungsleistung bestehen bleibt**, aber idR auf denjenigen übergeht, der die Leistung an den Geschädigten erbracht hat, wie zB nach §§ 116 SGB X, 86 VVG, 6 EFZG, 76 BBG. Dieses Modell hat va Bedeutung bei Personenschäden, für die ein weit reichender Versicherungsschutz besteht. Es führt dazu, dass die Schadensabwicklung in der Praxis häufig zwischen Versicherungen erfolgt. Dabei spielen Schadensteilungs- und Regressverzichtsabkommen eine wichtige Rolle (dazu insb *AnwK/Katzenmeier* Vor §§ 823 ff Rz 47 ff). Sie führen letztlich zu einer „Kollektivierung“ der versicherten Schäden; das wird insb bei Verkehrsunfällen deutlich. Ausgangspunkt für die Beurteilung des **Verhältnisses zwischen Haftungsrecht und Versicherungsschutz** ist **14** das Trennungsprinzip, wonach Voraussetzungen und Umfang der Haftung unabhängig vom Bestehen eines Versicherungsschutzes sind. Neben der praktisch wichtigen *Ausn iRv* § 829 (§ 829 Rn 6) lässt sich eine Tendenz zur stärkeren Berücksichtigung des Versicherungsschutzes bei der Haftungsbegründung erkennen (*AnwK/Katzenmeier* Vor §§ 823 ff Rz 38 mN, jetzt auch BGH NJW 08, 1591 Rz 10 ff aE, s.u. § 823 Rn 163; *Armbrüster* NJW 09, 187 ff). Zurückhaltung ist insb bei Ansprüchen auf Ersatz immaterieller Schäden geboten (s. auch *Armbrüster* NJW 09, 187, 188 f), zumal diese idR nicht vom Versicherungsschutz erfasst werden. Eine stärkere Wechselwirkung ergibt sich bei der Normsetzung: Die Statuierung einer neuen Gefährdungshaftung ist häufig mit der Einführung einer entsprechenden Haftpflichtversicherung verbunden.

**III. Haftungsfolgen und -beschränkungen. 1. Haftungsfolgen.** Ansprüche aus unerlaubter Handlung richten sich idR auf Schadensersatz, also auf **nachträglichen Schadensausgleich**. Sein Umfang ergibt sich aus §§ 249 ff, ggf iVm §§ 842 ff, evtl begrenzt durch den Schutzzweck der jeweiligen Haftungsnorm. Ausnahmsweise kommen ergänzend **quasinegatorische Unterlassungs- oder Beseitigungsansprüche** in Betracht (grundl RGZ 48, 114, 118 ff; 60, 6, 7 f; weiterhin etwa BGHZ 122, 1, 2 ff; praktisch wichtig sind insb Ansprüche auf Widerruf unwahrer Tatsachenbehauptungen). Der Rechtsgedanke der §§ 12, 862, 1004 wird hier auf alle deliktsrechtlich geschützten Rechtsgüter ausgedehnt. Anspruchsvoraussetzungen sind: drohender Eingriff in ein durch Deliktsrecht geschütztes Rechtsgut, Rechtswidrigkeit (nicht aber Verschulden) und beim Unterlassungsanspruch Erstbegehungs- oder Wiederholungsgefahr. Letztere wird häufig vermutet, wenn bereits eine Verletzung vorliegt (*MüKo/Baldus* § 1004 Rz 134). Bei drohender Erstbeeinträchtigung sind zur Vermeidung einer „Popularklage“ (*Erman/Schiemann* Vor § 823 Rz 21) höhere Anforderungen zu stellen: Es muss eine konkrete und nachhaltige Bedrohung und es darf keine zumutbare Ausweichmöglichkeit für den Betroffenen vorliegen, ggf kann auf die Wertungen der §§ 907 f zurückgegriffen werden. Anspruchsgegner eines quasinegatorischen Unterlassungs- oder Beseitigungsanspruchs ist der (Handlungs- oder Zustands-)Störer. **15**

**2. Haftungsbeschränkungen. a) Haftungsausschluss oder -beschränkung durch Parteivereinbarung.** Die **16** Haftung kann **vor Begehung einer unerlaubten Handlung** ausgeschlossen oder beschränkt werden, wenn zwischen den Parteien des Deliktsanspruchs bereits vor der schädigenden Handlung eine Sonderbeziehung bestand und sich ein darauf bezogener Haftungsausschluss bzw eine Haftungsbeschränkung auch auf Deliktsansprüche erstreckt (zB BGHZ 67, 359, 366; NJW 79, 2148). Ansonsten kann die Haftung **nach Verwirklichung eines Deliktstatbestands** ausgeschlossen oder beschränkt werden. Grenzen ergeben sich insb aus §§ 276 III, 134, 138, 242, 307, 309 Nr 7 sowie häufig aus Spezialgesetzen, wie zB §§ 8a StVG, 7 HpflG, 14 ProdHaftG, 49c LuftVG, 92 AMG. An konkludente Haftungsausschlüsse oder -beschränkungen sind hohe Anforderungen zu stellen (s. nur *Staud/J Hager* Vorbem zu § 823 Rz 42 ff mwN). Wichtige Bsp sind Gefälligkeitsfahrten sowie die Mitwirkung an Mannschaftskampfsportarten (s.u. § 823 Rn 163 sowie *Staud/J Hager* Vorbem zu § 823 Rz 43, 48 ff); zu Wechselwirkungen mit Versicherungsschutz *Armbrüster* NJW 09, 187 ff mwN.

- 17 **b) Haftungsbeschränkung auch ohne besondere Vereinbarung?** Fraglich und str ist, ob in bestimmten Situationen die Deliktshaftung auch ohne besondere Vereinbarung beschränkt werden kann. Dies betrifft insb drei Fallgruppen: Bei **gleichzeitig vorliegendem Vertrag** gelten dessen Haftungsausschlüsse und -einschränkungen auch für konkurrierende Deliktsansprüche (zB BGH NJW 72, 475; BGHZ 46, 313, 316; 93, 23, 29; NJW 98, 2282, 2283); dies wird jedoch insb für den Straßenverkehr häufig eingeschränkt (zB BGHZ 46, 313, 317 f; 53, 352, 355 f; NJW 92, 1227, 1228). In Betracht kommende Haftungsausschlüsse bzw -einschränkungen sind insb: §§ 521, 599 (aA Jauernig/Mansel § 599 Rz 2; BGH NJW 92, 2474, 2475), 680, 690, 708, 1359, 300 I (Erman/Schiemann Vor § 823 Rz 26), weiterhin §§ 434 (unter Beachtung von II), 436, 486, 660 HGB (anders für § 430 HGB: BGHZ 46, 140, 144 ff; zu § 434 HGB Köln VersR 07, 1149, 1150) sowie die Haftung des Arbeitnehmers bei betrieblicher Tätigkeit (s. nur BAG BB 98, 107, 108). Str ist, ob darüber hinaus (etwa in Analogie zu §§ 521, 599, 690) eine Haftungsbeschränkung auf grobe Fahrlässigkeit oder eigenübliche Sorgfalt in Betracht kommt. In der Lit werden **Haftungsbeschränkungen bei Gefälligkeits-handeln** zunehmend befürwortet (zB *Larenz/Canaris* § 83 VI 2a; Erman/Schiemann Vor § 823 Rz 28), jedoch nicht für Gefälligkeitsfahrten (hier aber ggf Anwendung des § 254, Erman/Schiemann aaO). Die Rspr hat sie bisher weitgehend abgelehnt (zB RGZ 145, 390, 394 ff; BGH NJW 92, 2474, 2475), lässt jedoch eine Ausnahme für Probefahrten mit einem Vorführwagen zu, insb wenn kein Versicherungsschutz bestand (BGH NJW 79, 643, 644; 80, 1681, 1682 f; krit Erman/Schiemann aaO). Auch sonst ist häufig entscheidend, ob im konkreten Fall Versicherungsdeckung gegeben ist. Umfassend zum Diskussionsstand Staud/J Hager Vorbem zu §§ 823 ff Rz 42 ff. Die Anwendung einer **Haftungsmilderung unter Ehegatten** nach § 1359 wird in der Rspr bei Bestehen allgemeiner Sicherheitsstandards wie etwa im Straßenverkehr (BGHZ 53, 352, 355 f; 61, 101, 104 f; 63, 51, 57 f), aber auch zB für einen Unfall beim Wasserskifahren (BGH NJW 09, 1875 Rz 10 ff) zu Recht abgelehnt.– Schließlich wird beim **Handeln auf eigene Gefahr** (zB Mitnahme im Pkw, Sportausübung) die Möglichkeit von Haftungsbeschränkungen diskutiert (s. nur BGH NJW-RR 06, 672 Rz 11; 813 Rz 10 ff, beide mwN). Abgesehen davon, dass unter diesem Oberbegriff äußerst unterschiedliche Sachverhalte zusammengefasst werden (s. nur die Bsp bei Soergel/Spickhoff Vor § 823 Rz 105 ff), lässt sich hier das Ziel einer Haftungsreduzierung auch auf anderen Wegen erreichen, etwa durch Annahme einer rechtfertigenden Einwilligung (erwogen zB in BGHZ 34, 355, 363; abl BGHZ 63, 140, 144; krit auch Soergel/Spickhoff Vor § 823 Rz 108; umfassend zur Sportausübung § 823 Rn 163 sowie Staud/J Hager Vorbem zu §§ 823 ff Rz 50 ff; Soergel/Spickhoff Vor § 823 Rz 108 ff), über das Verbot des venire contra factum proprium (BGHZ 63, 140, 144 f) oder über § 254 (zB BGHZ 34, 355, 363 f; Erman/Schiemann Vor § 823 Rz 29).
- 18 **IV. Ökonomische Funktionen des Haftungsrechts.** Unter dem Blickwinkel der ökonomischen Analyse des Rechts dient das Haftungsrecht der Minimierung von Unfallkosten sowie der Schadensprävention (Assmann/Kirchner/Schanze/Assmann 17, 43). Aus dieser Perspektive ergeben sich zwei Gestaltungsmöglichkeiten: Das Haftungsrecht kann **Anreize zur Schadensvermeidung setzen** oder von vornherein das **Schadensrisiko unter den Beteiligten verteilen**. Dem ersten Ziel dient va die Verschuldenshaftung; der Gefährdungshaftung (dazu insb MüKo/Wagner Vor § 823 Rz 48 f mwN) oder versicherungsrechtlichen Lösungen kann in geringerem Maße ebenfalls Präventionswirkung zukommen (zB über Prämienabstufungen bei Versicherungen). Sinnvolle Prävention erfolgt durch Zuordnung des Risikos zum „cheapest cost avoider“: Die Schadensvermeidungskosten müssen geringer sein als die erwartete Höhe des drohenden Schadens, multipliziert mit der Wahrscheinlichkeit seines Eintritts (sog Learned Hand-Formel, *Schäfer/Ott* 158 f). Dagegen ist Ziel der Risikoverteilung iSe verschuldensunabhängigen Vorsorge für den Schadensausgleich die Risiko- zuordnung zum „cheapest insurer“, bei dem die Kosten einer Absicherung des Risikos am geringsten ausfallen. Eine solche Risikoverteilung kann insb erfolgen durch verschuldensunabhängige Haftung, Versicherungen oder andere Systeme kollektiven Schadensausgleichs. Daran zeigt sich, dass die ökonomische Analyse va für die Rechtssetzung Relevanz hat. Bei der Anwendung der §§ 823 ff spielt sie als Auslegungskriterium, insb bei der Bestimmung des Sorgfaltsmaßstabs, teilweise auch bei der Ermittlung des Umfangs des Schadensersatzes eine Rolle.
- 19 **C. Standort des Rechts der unerlaubten Handlungen. I. Verfassungsrechtliche Vorgaben.** Die Schadensersatzhaftung bedarf der Begründung, weil sie die allg Handlungsfreiheit nach Art 2 I GG berührt. Andererseits kann durch eine unerlaubte Handlung in Grundrechte des Geschädigten (zB das Recht auf körperliche Unversehrtheit, Art 2 II GG, oder das Eigentum, Art 14 GG) eingegriffen werden. Auch wenn die Einzelheiten der Bindungswirkung der Grundrechte im Privatrecht str sind (dazu insb Staud/J Hager Vorbem zu §§ 823 ff Rz 68 ff), lässt sich festhalten, dass die Haftungsregeln eine Balance zwischen den Grundrechten von Schädiger und Geschädigtem zu wahren haben, was bei §§ 823 ff grds der Fall ist. Daher sind die Grundrechte insb bei der Auslegung im Einzelfall zu berücksichtigen (s.a. BaRoth/Spindler Vor § 823 Rz 10).
- 20 **II. Verhältnis zum Strafrecht.** Wegen der gemeinsamen Ursprünge von zivilem Deliktsrecht und Strafrecht (s. nur MüKo/Wagner Vor § 823 Rz 2) ist die Differenzierung zwischen beiden mitunter problematisch (s.o. Rn 5). Praktisch kommt eine Verbindung iRd Adhäsionsverfahrens gem §§ 403 ff StPO sowie über § 823 II (s.u. § 823 Rn 237) in Betracht.

- III. Verhältnis zu anderen zivilrechtlichen Regelungen.** Ausgangspunkt für das Verhältnis zu **vertraglichen und vertragsähnlichen Ansprüchen** (§ 311 II, III) ist der **Grundsatz der Anspruchskonkurrenz**, dh Delikts- und Vertragsansprüche sind unabhängig voneinander (hM, grundl BGHZ 9, 310; 162, 86, 93 f mwN; Staud//Hager Vorbem zu §§ 823 ff Rz 38 ff mN auch zur aA). Das ist von Bedeutung wegen der Unterschiede beider Haftungsregime, insb wegen der zusätzlichen Voraussetzungen der Vertragshaftung (zB Nacherfüllungsrecht bei der Mängelgewährleistung) sowie wegen Unterschieden bei Gehilfenhaftung, Haftungserleichterungen, Beweislast, Verjährung und Umfang des Schadensersatzes. Teilweise sind Modifikationen der freien Anspruchskonkurrenz erforderlich (bereits RGZ 88, 433, 436), insb ist ein Vorrang des Vertragsrechts dort anzuerkennen, wo seine Regelungen sonst sinnentleert würden (BGHZ 46, 313, 316 f; BGH NJW-RR 08, 1359 Rz 12 ff). Zu einzelnen Vertragstypen BaRoth/*Spindler* Vor § 823 Rz 48 ff.
- Auch im Verhältnis zum **Bereicherungsrecht** besteht grds Anspruchskonkurrenz; Schadenskompensation und Bereicherungsabschöpfung stehen unabhängig nebeneinander. Über §§ 819 I, 818 IV, 292, 989 werden jedoch Bereicherungsansprüche durch deliktsrechtliche Wertungen beeinflusst. Überschneidungen sind insb denkbar, wenn Persönlichkeits- bzw Immaterialgüterrechte betroffen sind (Verletzung durch unbefugte Nutzung); hier können sich Ansprüche aus unerlaubter Handlung und Eingriffskondition wechselseitig beeinflussen (Staud//Hager Vorbem zu §§ 823 ff Rz 34 mN).
- Ansprüche aus **Eigentümer-Besitzer-Verhältnis** (§§ 987 ff) sind grds vorrangig ggü §§ 823 ff, § 993 I letzter Hs.
- Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche** (die kein Verschulden voraussetzen) stehen grds neben Deliktsansprüchen. Partielle Überschneidungen sind insb bei quasinegatorischen Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen denkbar (s.o. Rn 15).
- Eine **Gläubigeranfechtung** nach § 3 AnfG bzw §§ 129 ff InsO steht neben §§ 823 ff. Die Anfechtbarkeit aufgrund dieser Vorschriften verwirklicht grds nicht den Tatbestand einer unerlaubten Handlung (RGZ 74, 224, 226; BGH NJW 96, 2231, 2232), im Einzelfall können aber zusätzlich Ansprüche aus § 823 II, zB iVm § 288 StGB, oder § 826 in Betracht kommen (RGZ 74, 224, 226 ff; BGHZ 130, 314, 330 ff; NJW 96, 2231, 2232).
- IV. Sonderdeliktsrecht.** Neben §§ 823 ff existieren zahlreiche deliktsrechtliche Spezialregelungen im BGB und in anderen Gesetzen. Sie konkurrieren idR mit §§ 823 ff. Bei Ansprüchen aus **Gefährdungshaftung**, zB §§ 7 StVG, 33 LuftVG, 1 ff HpfVG, 84 AMG, 25 f AtG, 114 ff BBergG, 7 f BDSG, 32 GenTG, 1 UmweltHG, 22 WHG, 1 ProdHaftG (bei den beiden letzten ist str, ob es sich tatsächlich um Gefährdungshaftung handelt, s.a. Vor ProdHaftG Rn 4), ist die Anspruchskonkurrenz va wegen der häufig festgesetzten Haftungshöchstbeträge wichtig; sofern der Haftungsumfang nicht spezialgesetzlich geregelt ist, kommt evtl eine ergänzende Anwendung der §§ 842–846 in Betracht (zB bei § 22 WHG, BaRoth/*Spindler* Vor § 823 Rz 41). Bei **lauterkeitsrechtlichen Schadensersatzansprüchen** gem § 9 UWG ist zu prüfen, ob sie – insb wegen der abweichenden Verjährung – eine abschließende Sonderregelung darstellen, die §§ 823 ff vorgeht (s. nur BGH GRUR 74, 99, 100; BGHZ 130, 288, 290 mwN; ausf *Sack* FS Ullmann 825 ff mN zum Meinungsstand). Bei **Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung von Immaterialgüterrechten**, zB § 97 II UrhG, 42 II GeschmMG, 139 II PatG, 24 II GebrMG, 14 VI, 15 V, 128 II MarkenG, gilt Entsprechendes; zum Rechtsschutzbedürfnis beim Unterlassungsanspruch BGH I ZR 46/07 Rz 13 ff. Auch § 33 **GWB** dürfte nach Aufgabe des dort früher normierten Schutzgesetzfordernisses §§ 823 ff künftig weitgehend verdrängen.
- V. Europäisierung. 1. Europäisches Deliktsrecht.** Das Deliktsrecht hat Bedeutung im Hinblick auf den europäischen Binnenmarkt und den Verbraucherschutz: Unterschiedliche Haftungsregeln, va unterschiedliche Haftungsstandards (ggf iVm öffentlich-rechtlichen Sicherheitsanforderungen), können den freien Waren- oder Dienstleistungsverkehr (Art 34, 56 AEUV) behindern, va wenn sie im Zusammenhang mit der Wahrnehmung von Grundfreiheiten eingreifen (*Schaub* RabelsZ 02, 18, 22 mwN). Das betrifft va die Haftung für fehlerhafte Produkte, für Auskünfte, Persönlichkeitsrechtsverletzungen sowie Schadensersatz wegen Verletzung von Immaterialgüterrechten oder lauterkeitsrechtlichen Regelungen. Insb die Produkt- und Dienstleistungshaftung berühren auch den Verbraucherschutz.
- Trotzdem sind gemeinschaftsprivatrechtliche Regelungen im Deliktsrecht (als Kompetenznormen kommen va Art 114, 115, 169 AEUV in Betracht) bislang spärlich. Am bedeutsamsten ist die **Produkthaftungs-Richtlinie** (Vor ProdHaftG Rn 1). Sie entfaltet innerhalb ihres Anwendungs- und Regelungsbereichs nach der Rspr des EuGH grds Sperrwirkung ggü nationalem Recht (§ 15 ProdHaftG Rn 2). Auch die VO über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei Unfällen 2027/97/EG, ABl EG 97, L 285/1, geändert durch VO 889/02/EG, ABl EG 02, L 140/2, betrifft das Haftungsrecht; sie gilt – iVm §§ 45 ff LuftVG – unmittelbar. Dagegen begründet die **Umwelthaftungs-Richtlinie** 2004/35/EG, ABl EG 04, L 143/56, die eine Verursacherhaftung für Umweltschäden statuiert, nach Art 3 III keine Ansprüche Privater.
- 2. Rechtsangleichung.** Weiter fortgeschritten als das europäische Deliktsrecht sind Bestrebungen zur Angleichung nationaler Deliktsrechte. Bislang wurden drei Regelungsentwürfe vorgelegt: die **Principles of European Tort Law** (PETL) der European Group on Tort Law (ZEuP 04, 427 ff; dazu insb *Kozioł* ZEuP 04, 234 ff); der **Teilentwurf Deliktsrecht der Study Group on a European Civil Code** ([http://www.sgecc.net/pages/en/texts/index.draft\\_articles.htm](http://www.sgecc.net/pages/en/texts/index.draft_articles.htm); dazu insb *v Bar* ZEuP 01, 515 ff) und der Teilentwurf Deliktsrecht im **Draft Common Frame of Reference (DCFR)**. Alle Entwürfe bezwecken Schadensausgleich und Prävention. Sie

sind sehr allgemein gehalten und enthalten jeweils Elemente eines Beweglichen Systems; ihre praktische Bewährung steht noch aus.

- 30 **D. Verfahrensrecht. I. Zuständigkeit.** Der besondere **Gerichtsstand der unerlaubten Handlung** (§ 32 ZPO) tritt neben den allg Gerichtsstand (§ 12 iVm §§ 13 ff ZPO), sofern keine Spezialregelung (wie insb §§ 32a ZPO, 20 StVG, 94a AMG) einschlägig ist. Er betrifft die örtliche und – außerhalb des Anwendungsbereichs von EuGVVO, EuGVÜ und LugÜ – auch die internationale Zuständigkeit. Entscheidend ist der Begehungsort, dh der Handlungs- oder Erfolgsort der unerlaubten Handlung (s. insb BGHZ 124, 237, 245 mwN; 132, 105, 110 f), nicht der Ort des Schadenseintritts (BGHZ 52, 108, 111; einschr BGHZ 40, 391, 395 f). An diesem Gerichtsstand besteht grds eine umfassende Entscheidungskompetenz des Gerichts im Hinblick auf den gesamten Streitgegenstand (BGHZ 153, 173; KG NJW 06, 2336, 2337; krit Soergel/*Spickhoff* Vor § 823 Rz 125); bei der internationalen Zuständigkeit ist die Entscheidungsbefugnis jedoch auf Deliktsansprüche beschränkt (BGH aaO 180; Karlsru WM 06, 181, 182).
- 31 Nach **Art 5 Nr 3 EuGVVO** bzw den – im Verhältnis zu EFTA-Staaten bzw Dänemark anwendbaren – **Art 5 Nr 3 LugÜ und EuGVÜ** ist für die internationale Zuständigkeit der Ort, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist oder einzutreten droht, maßgeblich; bei Streudelikten hat der Kläger auch hier ein Wahlrecht zwischen den Gerichtsständen am Handlungs- und Erfolgsort, nicht aber am Ort des bloßen Schadenseintritts (EuGH Slg 76, 1735; 90, I-49; 95, I-2719).
- 32 Bei unerlaubten Handlungen mit Auslandsbezug ergibt sich das **anwendbare Recht** aus Art 4 ff der Rom II-VO bzw Art 40 ff EGBGB.
- 33 **II. Beweisfragen.** Grds hat der Geschädigte die anspruchsbegründenden Tatsachen darzulegen und zu beweisen. Ihm kommen aber häufig **Beweiserleichterungen** zugute: Wichtig sind im Deliktsrecht der Anscheinsbeweis sowie die freie Beweiswürdigung nach §§ 287 ff ZPO. Teilw wird der Kausalitätsbeweis durch Vermutungen erleichtert. Sofern die Rechtswidrigkeit indiziert ist (§ 823 Rn 11), trifft den Schädiger die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes. Bei der Haftung für vermutetes Verschulden wird die Beweislast im Hinblick auf das Verschulden umgekehrt.
- 34 **III. Verjährung und Verwirkung.** Die Verjährung von Ansprüchen aus unerlaubter Handlung richtet sich insb nach §§ 199, 203, die vielfach über Verweisungen auch auf spezialgesetzlich geregelte Deliktsansprüche anwendbar sind. Ganz ausnahmsweise kommt im Einzelfall eine Verwirkung in Betracht (LAG BW 13 Sa 30/07).

**§ 823 Schadensersatzpflicht.** (1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

(2) <sup>1</sup>Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. <sup>2</sup>Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.

Inhaltsübersicht	Rn		Rn
A. Überblick . . . . .	1–22	III. Freiheitsverletzung . . . . .	31, 32
I. Haftungstatbestände in § 823 . . . . .	1–3	IV. Eigentumsverletzung . . . . .	33–57
II. Deliktstatbestand und sonstige Haftungselemente . . . . .	4–22	1. Überblick . . . . .	33
1. Tatbestand . . . . .	5–9	2. Beeinträchtigung des Eigentumsrechts . . . . .	34–36
2. Rechtswidrigkeit . . . . .	10–18	3. Beeinträchtigung der Sachsubstanz . . . . .	37–52
a) Handlungs- und Erfolgsunrecht . . . . .	10–13	a) Allgemeines . . . . .	37
b) Rechtfertigungsgründe . . . . .	14–18	b) Mittelbare Substanzverletzungen . . . . .	38–40
aa) Gesetzliche Rechtfertigungsgründe . . . . .	15	aa) Beeinträchtigung bzw Unterbrechung von Versorgungseinrichtungen . . . . .	38
bb) Sonstige Rechtfertigungsgründe . . . . .	16, 17	bb) Wirkungslosigkeit eines sachschützenden Gegenstands . . . . .	39
cc) Keine Rechtfertigungsgründe . . . . .	18	cc) Vom Geschädigten auf Veranlassung des Schädigers herbeigeführte Eigentumsverletzungen . . . . .	40
3. Verschulden . . . . .	19	c) Konkurrenz zum Vertragsrecht, insbes „Weiterfresserschäden“ . . . . .	41–52
4. Sonstige Haftungselemente . . . . .	20–22	aa) Überblick . . . . .	41, 42
a) Ersatzberechtigter und -verpflichteter . . . . .	20		
b) Rechtsfolgen . . . . .	21, 22		
B. Rechtsgutverletzung iSd § 823 I . . . . .	23–106		
I. Verletzung des Lebens . . . . .	23		
II. Körper- oder Gesundheitsverletzung . . . . .	24–30		

	Rn		Rn
bb) „Weiterfresserschäden ieS“ . . . . .	43–50	2. Verletzung der Verkehrspflicht . . .	125–129
cc) „Weiterfresserschäden iwS“ . . . . .	51, 52	a) Sachlicher und persönlicher Schutzbereich . . . . .	125
4. Beeinträchtigung der Nutzungsmöglichkeit . . . . .	53–55	b) Sicherungspflichtiger . . . . .	126–129
5. Sonderfälle . . . . .	56, 57	aa) Grundsatz . . . . .	126
V. Verletzung eines sonstigen Rechts	58–81	bb) Delegation . . . . .	127, 128
1. Allgemeines . . . . .	58–61	cc) Organisationspflichten . . . . .	129
a) Dogmatik . . . . .	58	3. Verletzung eines Rechtsguts iSd § 823 I und haftungsbegründende Kausalität . . . . .	130
b) Keine sonstigen Rechte . . . . .	59–61	4. Rechtswidrigkeit . . . . .	131
2. Dingliche Rechte . . . . .	62–65	5. Verschulden . . . . .	132, 133
a) Beschränkte dingliche Rechte	62, 63	6. Schaden und haftungsausfüllende Kausalität . . . . .	134
b) Anwartschaftsrecht . . . . .	64	II. Einzelne Verkehrspflichtigen . . . . .	135–172
c) Verhältnis zu Ansprüchen des Eigentümers . . . . .	65	1. Verkehrswege . . . . .	136–143
3. Aneignungsrechte . . . . .	66	a) Allgemeines . . . . .	136–139
4. Besitz . . . . .	67, 68	b) Sonderfall: Räum- und Streu- pflicht . . . . .	140–143
5. Immaterialgüterrechte . . . . .	69	2. Gebäude, Grundstücke, Anlagen	144–158
6. Mitgliedschaftsrechte . . . . .	70	a) Allgemeines . . . . .	144–146
7. Familienrechte . . . . .	71–77	b) Gebäude mit Publikumsver- kehr . . . . .	147–155
a) Elterliches Sorgerecht . . . . .	72	aa) Gebäude, in denen ein Gewerbe betrieben wird	147–149
b) Ehe . . . . .	73–76	bb) Öffentliche Gebäude und Einrichtungen . . . . .	150–154
c) Recht der Totenfürsorge . . . . .	77	cc) Gefährliche Anlagen . . . . .	155
8. Weitere diskutierte Fallgruppen	78–81	c) Baustellen und Bauarbeiten	156–158
a) Recht am eigenen Arbeits- platz; Koalitionsfreiheit . . . . .	79	3. Straßenverkehr, Transport . . . . .	159–161
b) Recht am eigenen Datenbe- stand . . . . .	80	a) Allgemeines . . . . .	159
c) Umweltgüter . . . . .	81	b) Straßenverkehr . . . . .	160
VI. Verletzung des Rechts am Unter- nehmen . . . . .	82–105	c) Transport . . . . .	161
1. Grundlagen . . . . .	82, 83	4. Veranstaltungen, insb Freizeitge- staltung . . . . .	162–165
2. Tatbestandsvoraussetzungen . . . . .	84–87	a) Veranstaltungen . . . . .	162
a) Anwendbarkeit . . . . .	84	b) Sportanlagen, Sportveranstal- tungen und Sportausübung	163
b) Schutzobjekt . . . . .	85	c) Reisen . . . . .	164
c) Betriebsbezogener Eingriff . . . . .	86	d) Jagd . . . . .	165
d) Rechtswidrigkeit und Ver- schulden . . . . .	87	5. Umgang mit gefährlichen Gegen- ständen oder Stoffen . . . . .	166–169
3. Fallgruppen . . . . .	88–105	a) Gefährliche Gegenstände . . . . .	166
a) Unberechtigte Schutzrechts- verwarnung . . . . .	88–96	b) Gefährliche Stoffe . . . . .	167
b) Äußerungen über Unterneh- men . . . . .	97–101	c) Insbesondere: Umwelthaftung	168, 169
aa) Verbreitung von Tatsa- chen . . . . .	97, 98	6. Prüfungspflichten bei der Störer- haftung . . . . .	170
bb) Verbreitung von Wertur- teilen; Kritik . . . . .	99	7. Berufshaftung . . . . .	171, 172
cc) Warentests . . . . .	100, 101	a) Grundlagen . . . . .	171
c) Boykott . . . . .	102	b) Wichtige Fallgruppen . . . . .	172
d) Arbeitskampfmaßnahmen . . . . .	103	III. Produkthaftung . . . . .	173–200
e) Blockaden . . . . .	104	1. Grundlagen . . . . .	173–179
f) Sonstige Eingriffe . . . . .	105	a) Gesamtsystem der Produkthaf- tung . . . . .	173–178
VII. Verletzung des Allgemeinen Persön- lichkeitsrechts . . . . .	106	b) Charakteristika der Produkt- haftung nach § 823 I . . . . .	179
C. Verkehrspflichten . . . . .	107–222	2. Haftungsvoraussetzungen . . . . .	180–196
I. Grundlagen . . . . .	107–134	a) Verkehrspflichten des Produ- zenten . . . . .	180–185
1. Bestehen einer Verkehrspflicht . . . . .	108–124	aa) Konstruktion . . . . .	181
a) Entstehungsgründe . . . . .	108–113	bb) Fabrikation . . . . .	182
aa) Überblick . . . . .	108	cc) Instruktion . . . . .	183
bb) Einzelne Entstehungs- gründe . . . . .	109–113	dd) Produktbeobachtung . . . . .	184, 185
b) Umfang . . . . .	114–124	b) Verletzung der Verkehrspflicht	186–192
aa) Sicherungspflichtiger . . . . .	115–119	aa) Sachlicher Schutzbereich	186
bb) Gefährdeter . . . . .	120–122		
cc) Allgemeininteressen . . . . .	123, 124		

	Rn		Rn
bb) Persönlicher Schutzbereich . . . . .	187	c) Behandlung . . . . .	213
cc) Haftpflichtiger . . . . .	188–191	d) Organisation . . . . .	214
dd) Beweislast . . . . .	192	e) Dokumentation . . . . .	215
c) Rechtsgutverletzung und haftungsbegründende Kausalität . . . . .	193	3. Beweislast . . . . .	216–222
d) Rechtswidrigkeit . . . . .	194	a) Pflichtverletzung . . . . .	217
e) Verschulden . . . . .	195	b) Kausalität . . . . .	218–222
f) Schaden und haftungsausfüllende Kausalität . . . . .	196	D. Verletzung eines Schutzgesetzes iSd § 823 Abs 2 . . . . .	223–238
3. Beweislast . . . . .	197–200	I. Dogmatik . . . . .	223–234
IV. Bauwerkshaftung . . . . .	201	1. Funktion und Konzeption des § 823 II . . . . .	223, 224
V. Arzthaftung . . . . .	202–222	2. Prüfungsaufbau . . . . .	225–234
1. Grundlagen . . . . .	202–204	a) Vorliegen eines Schutzgesetzes . . . . .	225–229
a) Haftungsgrundlage . . . . .	202, 203	aa) Rechtsnorm . . . . .	225, 226
b) Dogmatische Ausgangspunkte . . . . .	204	bb) Schutzzweck . . . . .	227–229
2. Pflichten des Arztes . . . . .	205–215	b) Verletzung des Schutzgesetzes . . . . .	230
a) Untersuchung und Diagnosestellung . . . . .	206	c) Sachlicher und persönlicher Schutzbereich und Schutzzweckzusammenhang . . . . .	231
b) Aufklärung . . . . .	207–212	d) Rechtswidrigkeit . . . . .	232
aa) Selbstbestimmungsaufklärung . . . . .	207–210	e) Verschulden . . . . .	233
bb) Sicherungsaufklärung . . . . .	211	f) Schaden und haftungsausfüllende Kausalität . . . . .	234
cc) Aufklärung über wirtschaftliche Risiken der Behandlung . . . . .	212	II. Einzelne Schutzgesetze . . . . .	235–238

- 1 **A. Überblick. I. Haftungstatbestände in § 823.** Nach der **gesetzlichen Konzeption** enthält § 823 **zwei Haftungstatbestände**: einen rechtsgutsbezogenen in I (Haftungsgrund: Verletzung bestimmter Rechtsgüter) und einen verhaltensbezogenen in II (Haftungsgrund: Verstoß gegen bestimmte gesetzliche Verhaltensgebote). Dieses – durch § 826 vervollständigte (s.o. Vor § 823 Rn 6) – Grundmodell wird durch **Richterrecht** überformt und ergänzt: Zum einen durch den Schutz des Rechts am Unternehmen und des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts iRd § 823 I, zum anderen durch die Rspr zu den Verkehrspflichten.
- 2 **Verkehrspflichten** als Pflichten, die ein den Verkehrsanforderungen entsprechendes Gefahrsteuerungsverhalten zum Gegenstand haben (*Mertens* VersR 80, 397; zur Entwicklung im 20. Jh *Schiemann* FS Medicus 2009 447 ff), wurden ursprünglich im Zusammenhang mit der Haftung für Unterlassen entwickelt: Ein Unterlassen war nur tatbestandsrelevant, wenn eine Verkehrssicherungspflicht (Pflicht zur Vermeidung von Gefahren, die einer Sache oder einem sozialen Sachbereich immanent sind, *Mertens* aaO) verletzt wurde. Mit der späteren begrifflichen Wandlung von der Verkehrssicherungspflicht zur Verkehrspflicht ging ein Funktionswandel einher: Heute sind Verkehrspflichten auch für die Haftungsbegründung bei positivem Tun von Bedeutung, insb wenn der Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Rechtsgutverletzung kein unmittelbarer ist, sondern zusätzlicher Begründungselemente bedarf. Bei Verhalten, das grds rechtmäßig ist und nur in bestimmten Ausprägungen von der Rechtsordnung missbilligt wird, kommt eine Haftung nur im Falle der Verletzung einer Verkehrspflicht in Betracht. Die heute weit fortgeschrittene richterrechtliche Entwicklung der Verkehrspflichten stellt eine Einschränkung der Handlungsfreiheit dar (*Mertens* VersR 80, 397).
- 3 Die **Einordnung der Verkehrspflichten innerhalb des § 823** ist str: die hM lokalisiert sie bei I und beschränkt sie auf die dort genannten Rechtsgüter (zB BGH NJW 87, 2671, 2672; *Larenz/Canaris* § 76 III 2b; *Steffen* VersR 80, 409 ff). Das führt zu Schwierigkeiten bei der Integration der Verkehrspflichten in den herkömmlichen Deliktsaufbau. Nach einer Mindermeinung (insb *v Bar* Verkehrspflichten 157 ff) sind sie hingegen wegen ihrer strukturellen Ähnlichkeit mit Schutzgesetzen bei II einzuordnen. Problematisch hieran ist, dass dadurch § 823 II letztlich zu einem offenen Tatbestand und damit zu einer Art Generalklausel erweitert wird. Nach einer vermittelnden Ansicht (*Mertens* VersR 80, 397, 399) bezieht sich die Verkehrspflichtverletzung ausschließlich auf die Rechtsgüter des § 823 I, ist aber im Anspruchsaufbau nach dem Schema des § 823 II zu behandeln (zur genauen Einordnung im Deliktsaufbau s.u. Rn 107 ff). Da diese Ansicht die Verhaltensorientierung der Verkehrspflichten berücksichtigt und eine Ausuferung der Haftung vermeidet, ist ihr zu folgen. Auch wenn die Verkehrspflichten daher primär bei § 823 I zu verorten sind und lediglich die Methode der Rechtsanwendung an § 823 II orientiert ist, wird hier die Haftung für Verletzung von Verkehrspflichten wegen ihrer Besonderheiten neben den Haftungen nach § 823 I u II separat dargestellt.
- 4 **II. Deliktstatbestand und sonstige Haftungselemente.** Nach hM ist der **Deliktstatbestand dreistufig** und besteht aus Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Verschulden. Nicht dazu gehören Schaden und haftungsausfüll-

lende Kausalität; auf sie muss sich daher das Verschulden idR nicht erstrecken (sofern nicht ausnahmsweise bei § 823 II der Schaden bereits zum Tatbestand der Schutzgesetzverletzung gehört).

**1. Tatbestand.** Haftungsbegründend kann jedes bewusstseins- und willensgelenkte **Handeln oder Unterlassen** sein. Ein Unterlassen ist jedoch nur tatbestandsrelevant, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln (Verkehrssicherungspflicht in ihrer urspr Bedeutung, s.o. Rn 2) bestand.

Weiterhin erfordert der Tatbestand des § 823 die **Verletzung** eines der in I genannten Rechtsgüter, einer Verkehrspflicht zum Schutz dieser Rechtsgüter oder eines Schutzgesetzes iSd II.

Schließlich muss Kausalität zwischen Handlung bzw Unterlassung und Rechtsguts- bzw Verkehrspflicht- oder Schutzgesetzverletzung (**haftungsbegründende Kausalität**) vorliegen. Diese beurteilt sich nach Äquivalenz- und Adäquanztheorie iVm der Lehre vom Schutzzweck der Norm (dazu auch § 249 Rn 48 ff sowie eingehend *Lange/Schiemann* Schadensersatz, 3. Aufl 03, § 3); im Prozess gilt § 286 ZPO (BGHZ 4, 192, 196 f; NJW 87, 705 f mwN). Die Theorien wirken wie mehrere aufeinander folgende Filter: Nach der sehr weit gefassten **Äquivalenztheorie** muss die Handlung bzw Unterlassung *condicio sine qua non* für die (Rechtsguts-, Verkehrspflichten- oder Schutzgesetz-) Verletzung gewesen sein, dh die Handlung darf nicht hinweggedacht werden können, ohne dass der Erfolg entfiel (s. nur BGHZ 2, 138, 141; 25, 86, 88 f; 57, 245, 254; NJW 04, 1375) bzw bei einer Unterlassung hätte pflichtgemäßes Handeln den Erfolgseintritt mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verhindert. Zwar verlangen die Zivilgerichte mitunter sogar Sicherheit (s. nur BGHZ 34, 206, 215; NJW 84, 432, 434); wenn aber bereits im Strafrecht eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit ausreicht (s. zB BGH NJW 90, 2560, 2565; 00, 2754, 2757 mwN), sollte für die zivilrechtliche Haftung nichts anderes gelten (s.a. *Soergel/Spickhoff* § 823 Rz 20 aE). Probleme können bei Gesamtkausalität (von mehreren Ursachen ist jede allein für den Erfolg ursächlich) sowie Doppelkausalität (mehrere Ursachen führen erst durch ihr Zusammenwirken den Erfolg herbei) auftreten; sie unterstreichen, dass die Äquivalenztheorie für sich genommen noch keine angemessenen Ergebnisse ermöglicht, weil sie zu einer zu weit gehenden Zurechnung führen würde. Sie wird daher ergänzt durch Adäquanztheorie (die jedoch hauptsächlich iRd haftungsausfüllenden Kausalität eine Rolle spielt, s.u. Rn 22) und Lehre vom Schutzzweck der Norm. Nach der **Adäquanztheorie** muss die Rechtsgutverletzung für einen optimalen oder zumindest erfahrenen (zu dieser Differenzierung insb *Soergel/Spickhoff* § 823 Rz 23 aE) Beobachter objektiv vorhersehbar gewesen sein (zB BGHZ 3, 261, 266 ff; NJW 76, 1143, 1144 mwN – zur haftungsausfüllenden Kausalität), dh die Handlung oder Unterlassung muss im Allgemeinen und nicht nur unter besonders eigenartigen, unwahrscheinlichen und nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen geeignet gewesen sein, den fraglichen Erfolg herbeizuführen (s. nur BGH NJW 86, 1329, 1331; BGHZ 137, 11, 19; NJW 02, 2232, 2233, alle mwN) bzw die Wahrscheinlichkeit für den Eintritt eines solchen Erfolgs erheblich zu erhöhen (zB BGH NJW 52, 1010, 1011; BGHZ 26, 69, 76 f). iRd haftungsbegründenden Kausalität bei § 823 I spielt dieses Kriterium jedoch kaum eine Rolle, weil dadurch va ungewöhnliche Kausalketten „ausgefiltert“ werden, bei denen ein Anspruch idR auch am Fehlen von Rechtswidrigkeit bzw Verschulden scheitert (vgl zB *Soergel/Spickhoff* § 823 Rz 25; *MüKo/Wagner* § 823 Rz 310, beide mwN; aus der neueren Rspr Köln NJW 07, 1757, 1758: Ablehnung des Anspruchs mangels Verschuldens; für eine weiter reichende Anwendung auch bei der haftungsbegründenden Kausalität hingegen zB *Staud/Schiemann* § 249 Rz 23 mwN; *BaRoth/Schubert* § 249 Rz 47). Eine weitere Begrenzung der Zurechnung erfolgt bei der haftungsbegründenden Kausalität va durch die **Lehre vom Schutzzweck der Norm** (andere, weitgehend gleichbedeutend gebrauchte Bezeichnungen: Rechtswidrigkeitszusammenhang, Gefahrbereichs- oder Risikoverteilung). Danach ist entscheidend, ob der Verletzte gerade durch die verletzte Norm (hier also § 823 I bzw die verletzte Verkehrspflicht oder das Schutzgesetz iSd § 823 II) vor der eingetretenen Rechtsgutverletzung geschützt werden sollte, ob der eingetretene Erfolg also innerhalb des persönlichen und sachlichen Schutzbereichs der Norm lag (zB BGHZ 27, 138, 140; 32, 194, 205; 107, 359, 364; NJW 03, 1929, 1930 mwN). So ist etwa bei mittelbaren Schädigungen, wie zB in den „Stromkabelfällen“ (s.u. Rn 54 f), der Verletzungserfolg nur zurechenbar, wenn der Schädiger eine Verhaltenspflicht (insb eine Verkehrspflicht) verletzt hat (s.u. Rn 9), und bei psychisch vermittelter Kausalität (Dazwischentreten eines Dritten) wird darauf abgestellt, ob das Handeln des Dazwischentretenenden noch als Fortsetzung des ursprünglichen Verhaltens anzusehen ist (zB BGHZ 58, 162, 165 ff; NJW 79, 712, 713; 81, 113 f). Auch die Eingrenzungen des Ersatzes von Schockschäden naher Angehöriger (s.u. Rn 29) oder zufälliger Unfallzeugen (s. etwa BGH NJW 07, 2764 Rz 14 ff sowie insb *Stoll* FS Deutsch 2009 943 ff) werden letztlich mit der Lehre vom Schutzzweck der Norm begründet. Dabei wird deutlich, dass die Zurechnung ohne wertende Elemente nicht auskommt.

Als Frage der haftungsbegründenden Kausalität könnte man auf den ersten Blick auch die Problematik der **Störerhaftung** ansehen: Wer als mittelbarer Verletzer im Rahmen quasinegatorischer Ansprüche in Anspruch genommen werden kann, muss letztlich auch anhand wertender Kriterien bestimmt werden. Mit einer Einordnung als Kausalitätsfrage ist allerdings das Hauptproblem in diesem Bereich, die sinnvolle Eingrenzung des Kreises der Haftenden (die va wegen der Verschuldensunabhängigkeit der quasinegatorischen Ansprüche wichtig ist), nicht gelöst. Die Kausalitätstheorien liefern hierfür keine hinreichenden Kriterien: Ein äquivalent und adäquat kausaler Beitrag des mittelbaren Störers (zB eines Internet-Providers, der Möglichkeiten zur Veröffentlichung rechtswidriger Inhalte zur Verfügung stellt) liegt regelmäßig vor und auch der Schutzzweck

der verletzten Norm erlaubt idR keinen hinreichend sicheren Schluss auf die Eingrenzung des Kreises der Haftpflichtigen. Daher erscheint es sinnvoller, die Problematik – wie auch bei anderen mittelbaren Verletzungen – iRd Verkehrspflichten anzusiedeln (s.u. Rn 170).

- 9 Allgemein folgt für **mittelbare Verletzungen** aus einer Zusammenschau der haftungsbegründenden Elemente, dass bei ihnen ein Verhalten (gleichgültig, ob Handeln oder Unterlassen) nur dann tatbestandsrelevant ist, wenn dadurch zugleich eine Verkehrspflicht verletzt wurde. Zwar werden die **Verkehrspflichten** in diesem Zusammenhang teilw der Rechtswidrigkeit (Erfordernis einer positiven Feststellung der Rechtswidrigkeit bei Verletzung von Verkehrspflichten) oder dem Verschulden (iRd Fahrlässigkeitsdefinition, § 276 II) zugeordnet (vgl zB *Larenz/Canaris* § 76 III 2 b). Am sinnvollsten lassen sie sich aber schwerpunktmäßig bereits iRd Tatbestands des § 823 I erfassen. Die Rechtswidrigkeit ist bei ihrer Verletzung zwar nach der Lehre vom Handlungsunrecht (s.u. Rn 12) gesondert festzustellen und beim Verschulden ist die Verkehrsanschauung als für die Begründung von Verkehrspflichten wesentliches Merkmal für den objektivierten Fahrlässigkeitsmaßstab von Bedeutung, aber diese Elemente spielen nicht ausschließlich im Zusammenhang mit der Verletzung von Verkehrspflichten eine Rolle. Daher lassen sich die Spezifika von Verkehrspflichten am besten bereits beim Haftungstatbestand berücksichtigen. Bei der Haftung wegen Verkehrspflichtverletzung können insb in Bereichen, in denen die haftungsbegründende Kausalität schwer nachweisbar ist, Beweiserleichterungen zugunsten des Geschädigten zum Zuge kommen, so etwa bei der Umwelt-, Produkt- und Arzthaftung (s.u. Rn 169, 198 ff, 218 ff); für die Bauwerkshaftung sollte Entsprechendes gelten (s.u. Rn 201).
- 10 **2. Rechtswidrigkeit. a) Handlungs- und Erfolgsunrecht.** Die Beurteilung der Rechtswidrigkeit wird geprägt durch die Auseinandersetzung um Handlungs- oder Erfolgsunrecht, die sich insb bei mittelbaren Verletzungen und Unterlassungen auswirkt und sich teilw mit der Verkehrspflichtenproblematik überschneidet.
- 11 Nach der herkömmlichen Lehre vom **Erfolgsunrecht**, die an die kausale Handlungslehre anknüpft, wird die Rechtswidrigkeit durch die Tatbestandsverwirklichung indiziert, sofern nicht ausnahmsweise ein Rechtfertigungsgrund eingreift (zB *Jauernig/Teichmann* § 823 Rz 50; *Stoll* JZ 58, 137, 141 ff; *Weitnauer* KF 61, 28, 30 f). Der Angegriffene kann dann idR Beseitigung oder Unterlassung verlangen oder Notwehr üben. Diese traditionell iRd § 823 I angewandte Lehre führt allerdings bei Unterlassungen und mittelbaren Verletzungen zu Problemen und kann ohne zusätzliche Regulative zu einer starken Ausweitung der Haftung führen. Ausnahmen sind daher insb für sog offene Tatbestände anerkannt: Bei Verletzung des Rechts am Unternehmen oder des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist die Rechtswidrigkeit stets gesondert festzustellen.
- 12 Nach der Lehre vom **Handlungsunrecht**, die auf der finalen Handlungslehre aufbaut, ist hingegen ein Verhalten nur rechtswidrig, wenn es gegen eine Sorgfaltspflicht verstößt; nur dann stehen also dem Angegriffenen Gegenrechte zu. Diese Ansicht entspricht dem Modell des § 823 II; für sie wird insb angeführt, dass im Zeitpunkt des Handelns bereits feststehen muss, ob dieses erlaubt oder verboten ist (*Soergel/Spickhoff* § 823 Rz 5). Nach hM soll diese Lehre nur für fahrlässiges Handeln gelten (zB *Esser/Weyers* BT/2 § 55 II 3; *Brügge-meier* 52 ff), eine Mindermeinung will sie auch bei Vorsatz anwenden (*MüKo/Wagner* § 823 Rz 26 f; wN aaO Rn 5). Problematisch ist sie insb wegen der fließenden Übergänge zum Verschulden.
- 13 Da beide Ansätze nicht ohne Einschränkungen durchgehalten werden können, wählt die heute wohl hM eine **vermittelnde Lösung** und differenziert – in Anknüpfung an *v Caemmerer* (FS DJT II 49, 131 f) und *Larenz* (FS Dölle I 169, 193) – zwischen unmittelbaren und mittelbaren Verletzungen: Bei unmittelbaren Verletzungen wird die Rechtswidrigkeit indiziert, bei mittelbaren Verletzungen ist sie gesondert festzustellen (mit einer Ausnahme für vorsätzliche mittelbare Verletzungen, s. nur *Staud/J Hager* § 823 Rz H 16 mwN). Auch wenn die Grenzziehung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Verletzungen im Einzelfall problematisch sein kann, bildet diese Ansicht eine brauchbare Grundlage. Zu berücksichtigen ist ferner, dass bei der Haftung für Verletzung von Verkehrspflichten stets nur eine positive Feststellung der Rechtswidrigkeit iSd Lehre vom Handlungsunrecht in Betracht kommt.
- 14 **b) Rechtfertigungsgründe.** Rechtfertigungsgründe schließen die Rechtswidrigkeit und damit eine Haftung nach § 823 aus. Sie sind insb von Bedeutung, wenn die Rechtswidrigkeit nach den Grundsätzen über das Erfolgsunrecht indiziert wird. Soweit nach der hier vertretenen Ansicht die Rechtswidrigkeit nach den Regeln über das Handlungsunrecht gesondert festzustellen ist, können die Rechtfertigungsgründe jedoch auch für die Präzisierung der relevanten Verhaltenspflichten von Bedeutung sein.
- 15 **aa) Gesetzliche Rechtfertigungsgründe.** Rechtfertigungsgründe können sich aus dem BGB oder aus anderen Gesetzen ergeben, zB Notwehr (§ 227, § 32 StGB), Notstand (§§ 228, 904, § 34 StGB), Selbsthilfe (§§ 229 f, 562b I, 859 f, 910). Wichtig ist die Wahrnehmung berechtigter Interessen gem § 193 StGB bzw (als Spezialregelung) § 824 II, insb bei Äußerungsdelikten (Ehr- oder Persönlichkeitsrechtsverletzungen, Rufbeeinträchtigungen bei Unternehmen). In Betracht kommen nicht nur eigene (unmittelbare oder mittelbare), sondern auch öffentliche Interessen.
- 16 **bb) Sonstige Rechtfertigungsgründe.** Die **Inanspruchnahme gesetzlicher Verfahren** ist grds rechtmäßig und kommt daher als Rechtfertigungsgrund in Betracht (s. nur BGHZ 36, 18, 20 ff; NJW 04, 446, 447; NJW-RR 05, 315, 316 f mwN; BVerfG NJW 87, 1929); unberührt bleibt jedoch die Haftung auf Schadensersatz



## Mehr Informationen unter [www.BGB-PWW.de](http://www.BGB-PWW.de)

"Die Textgestaltung ist mustergültig. Die Autoren vermeiden Abkürzungen, so dass die Anmerkungen fließend lesbar sind. Das Schriftbild ist übersichtlich. Fettgedruckte Leitwörter führen den Leser durch den Text. Stoffreichen Paragraphen sind ausführliche Inhaltsverzeichnisse vorangestellt. Das Sachregister ist minutiös ausgearbeitet."

*Rechtsanwalt Dr. Egon Schneider in ZAP 2008/1067*

"... mit der 4. Auflage liegt einer der besten einbändigen Kommentare zum BGB vor. Mit dem Kommentar zu arbeiten, ist stets ein Gewinn."

*Rechtsanwalt Jürgen Niebling in ZMR 6/09*

Folgende Vorschriften werden vollständig kommentiert:

**BGB – AGG – GewSchG – LPartG – ProdHaftG – VersAusglG – VBVG – WEG – Art 1-46 EGBGB** inkl der **ex Art 27-37 EGBGB** mit den Verordnungen der **Rom I und II**

### Aktuell in der 5. Auflage:

- Ausweitung der Kommentierung des **WEG**
- Kommentierung der **Rom I und II-Verordnungen**
- Kommentierung der **ex Art 27-37 EGBGB**
- Kommentierung des **VersAusglG**
- Einarbeitung der familienrechtlichen Reformen (Versorgungsausgleich und Güterrechtsreform)
- Gesetzesänderung durch Erbrechtsreform
- Die Neuerungen im Zahlungsdienstleistungs- und Darlehensrecht
- Zugriff auf das Online-Portal [www.BGB-PWW.de](http://www.BGB-PWW.de)

Alle wesentlichen gesetzlichen Neuregelungen bis zum **1. März 2010** sind erfasst.

### DIE HERAUSGEBER

*Prof. Dr. Hanns Prütting*, Ordinarius an der Universität zu Köln, Direktor des Institutes für Verfahrensrecht.

*Prof. Dr. Gerhard Wegen*, LL.M. (Harvard), Rechtsanwalt in Stuttgart, Honorarprofessor der Universität Tübingen.

*Gerd Weinreich*, Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht Oldenburg.



€ 98,00

[www.luchterhand-fachverlag.de](http://www.luchterhand-fachverlag.de)

[www.wolterskluwer.de](http://www.wolterskluwer.de)