

Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung anzunehmen (→ § 138 Rn. 10). Zur Sittenwidrigkeit von Stundenlohn bei Tarifvertrag Mohr BB 2008, 1065 ff.; sa Bayreuther NJW 2007, 2022 f. Zweifelhaft ist, ob ein **Wucherdarlehen** 9
angemessenen Zins aufrechterhalten werden kann. Dafür spricht, dass die auf § 817 S. 2 gestützte Übermaßreaktion der hM (BGH NJW 1989, 3218 [für §§ 134, 138 I]) vermieden wird, wonach der Bewucherte das Darlehen *unentgeltlich* bis zum (unwirksam vereinbarten) Rückzahlungstermin behalten darf. Andere (zB Staudinger/Lorenz § 817 Rn. 12 mN; zur Problematik Bunte NJW 1983, 2676 f.) wollen das Ergebnis der hM so vermeiden, dass § 817 S. 2 seinen Strafcharakter verliert und gem. § 818 II marktgerechter Zins zu zahlen ist. Das ist halbherzig; denn damit hält man am Strafcharakter der *Totalnichtigkeit* (BGHZ 68, 207; krit. 107, 358) fest, obwohl sie hier weder von § 134 iVm § 291 StGB noch von § 138 gefordert wird. Bei Nichtigkeit gem. § 134 (→ § 138 Rn. 19) wegen Wuchers ist § 139 ausgeschlossen (s. oben), der angemessene Zins ergibt sich aus § 246 (dafür iVm §§ 819 I, 818 IV, 291; BGH NJW 1989, 3218 [erst] ab Fälligkeit der einzelnen Rate), § 352 I HGB. Bei Nichtigkeit *wucherähnlicher Darlehen* gem. § 138 I (→ § 138 Rn. 16) greift § 139 ein, sa § 494 (aA H. Roth ZHR 153, 440 ff.). Zum Problem → § 817 Rn. 17; Hübner FS Wieacker, 1978, 408 f. **bb) Sittenwidrigkeit wegen überlanger Laufzeit** 10
zeit hängt von vertragstypischen und von Umständen des Einzelfalls ab (BGHZ 143, 115 f.), zB ob und in welchem Umfang der Nutznießer der Laufzeit Investitionen zugunsten des anderen Teils geleistet hat, etwa Gewährung eines zinsgünstigen Darlehens (BGH NJW-RR 2006, 615 f.). Liegt Sittenwidrigkeit vor, so greift § 139 analog ein (Möglichkeit **geltungserhaltender Reduktion**; s. allg. BGH NJW-RR 2007, 1258 f.; 2009, 1495). So kann überlanger *Bierbezugsvertrag* im Einzelfall auf maximal 20 Jahre begrenzt werden, sofern mutmaßlicher Parteiwille iSv § 139 zu bejahen (BGH NJW-RR 1990, 816 mN und dem Hinweis auf RsprTendenzen, unter 20 Jahre zu gehen; NJW 2000, 1112 f.). Die Laufzeitreduzierung beseitigt das Missverhältnis von Leistung – Gegenleistung, daher bleibt Vertrag iÜ („eigentlich“ gegen den Parteiwillen; → Rn. 13) unverändert (BGH NJW 1992, 2146). Laufzeiten aufeinander folgender Verträge werden bei innerem Zusammenhang zusammen gerechnet (BGH NJW-RR 1990, 816 f.; aA Götz BB 1990, 1218 ff.). Entspr. Laufzeitbegrenzung gilt für *Tankstellenbelieferungsvertrag* (BGH NJW 1998, 160); für vertragliche Bindung an RA-Sozietät (OLG Düsseldorf NJW-RR 2005, 289, 291); für *vertragliches Wettbewerbsverbot*, sofern es nicht weitergehende belastende Regelungen enthält, zB auch in räumlicher oder gegenständlicher Hinsicht das notwendige Maß übersteigt, wenn etwa Konkurrenz- als Tätigkeitsverbot wirkt (dann keine geltungserhaltende Reduktion, BGH NJW 1997, 3089 f.; NJW-RR 2007, 1259 für Freiberufler-Sozietät); für *Ankaufspflicht* im Rahmen eines Erbbaurechtsvertrags (BGHZ 114, 339); für *Betriebsführungsvertrag* (BGH ZIP 1982, 584); für *Dienstvertrag* (BGH NJW 1997, 2944); für gesellschaftsvertraglich vereinbartes *unbefristetes Kündigungsrecht* (BGHZ 105, 220 ff.; sa 107, 355 ff.); für gesellschaftsvertraglich vereinbartes Hinauskündigungsrecht ohne sachlichen Grund (Reduktion auf maximal 3 Jahre, ie BGH NJW-RR 2007, 1258); nicht ohne weiteres für zeitlich unbegrenzten Werkvertrag (BGH NJW-RR 1993, 1460 f.). Ist die **Laufzeit aus anderen Gründen** 11
überlang, so gilt Entspr: für *Miet- oder Pachtvertrag*, der auf eine iSv § 1822 Nr. 5, § 1643 I genehmigungsfreie Zeit herabsetzbar ist (LM Nr. 24); für *Lebensversicherungsvertrag* (BGHZ 28, 83 f. verneint generell nur den hypothetischen Parteiwillen, nicht die Teilbarkeit, zu beidem → Rn. 8), sa § 11 I VVG. Sa ges. Laufzeitbegrenzung (20 Jahre) für Wegenutzungsverträge in § 46 II EnWG.

4. Wirkung. a) IdR Totalnichtigkeit, Hs. 1. Grund: Das als Ganzes gewollte RGeschäft soll nicht als ungewollter Torso den Parteien aufgedrängt werden (BGH NJW-RR 2002, 1527). **b) Ausnahmsweise** bleibt der vom Nichtigkeitsgrund nicht betroffene Teil bestehen, wenn ihn die Parteien nach ihrem *mutmaßlichen Willen* zzt. der Vornahme des RGeschäfts (BGH NJW-RR 1989, 801), dh in Kenntnis der Nichtigkeit und im Hinblick auf den mit dem RGeschäft erkennbar verfolgten 12

Zweck, vernünftigerweise vorgenommen hätten (zur Lage bei Beschränkung des sittenwidrigen Übermaßes [→ Rn. 8] s. Lindacher BB 1983, 156). Andernfalls – dh wenn die Aufrechterhaltung des restlichen Geschäfts trotz der salvatorischen Klausel vom Parteiwillen (ermittelt nach §§ 133, 157) nicht getragen wird (BGH NJW 2010, 1661; → Rn. 14) – ist das restliche Geschäft ebenfalls nichtig (vgl. LM Nr. 42). Vermutlicher Parteiwille ist nur relevant, wenn *wirklicher Parteiwille* nicht erkennbar (BGH NJW 1994, 1653). *Wirklicher Wille* ist erkennbar bei Vorsorge für Teilnichtigkeit (salvatorische [Erhaltungs-]Klausel: „Rest soll gelten“ wandelt Vermutung der Totalnichtigkeit in die der Restgültigkeit um, mit Verlagerung der Darlegungs- und Beweislast auf die Partei, die das RGeschäft in toto für nichtig hält (BGH NJW 2007, 3203; 2010, 1366; → Rn. 14). Der wirkliche Wille ist auch erkennbar bei Vereinbarung einer Ersetzungsklausel (eine nichtige Bestimmung ist durch eine solche zu ersetzen, die dem wirtschaftlich Gewollten in zulässiger Weise am nächsten kommt, BGH NJW 2005, 2226) oder bei Abschluss in Kenntnis der Teilnichtigkeit (Keim NJW 1999, 2866 ff.). Im letztgenannten Fall aA die hM (RGZ 122, 140 ff.; BGHZ 45, 379 mN; abw. BGH NJW 1976, 238; 1995, 449): § 139 sei unanwendbar, weil kein teilnichtiges, sondern insoweit nur ein Schein-RGeschäft (→ Vor § 104 Rn. 17) vorliege; die Folgen dieser unzutr. Ansicht versuchen BGH NJW 1975, 205 f.; 1985, 2423 zu korrigieren. Bevorzugt die Teilnichtigkeit nur den einen Vertragspartner, so hat der andere die (entspr. § 350 befristet vorzunehmende) Wahl, beim teilgültigen Vertrag stehenzubleiben oder für Totalnichtigkeit zu optieren, sog. *Vorteilsregel* (ie Ulmer FS Steindorff, 1990, 799 ff.; BGH NJW 2009, 1137: Berufung auf § 139 verstieße gegen § 242).

- 13 5. Ausschluss. a)** Soll **nach dem wirklichen Parteiwillen** (→ Rn. 2) der Rest bestehen bleiben, so führen nur bes. Umstände zur Totalnichtigkeit, allg. BGH NJW-RR 1997, 685 (Bsp: Teilnichtigkeit wegen Sitten- oder Gesetzwidrigkeit [BGH NJW 1994, 1653; 2000, 1335]; trotz salvatorischer Klausel deckt Parteiwille nicht das Restgeschäft [BGH NJW 1996, 774; 2010, 1661]). Entscheidend ist der Zweck der Verbotsnorm; daher kann trotz Verstoßes das Restgeschäft bestehen bleiben (Bsp: BAG BB 2004, 447 f., entspr. → § 117 Rn. 5; allg. → § 134 Rn. 15).
- 14 b) Für Erbrecht** Sonderregeln in §§ 2085, 2298. **c) Wortlaut, Sinn und Zweck** der Nichtigkeitsanordnung können die Aufrechterhaltung des restlichen Geschäfts gebieten (vgl. BGHZ 89, 319 f.; BAG ZGS 2003, 325 f.); dann ist § 139 nur aus anderen Gründen anwendbar (BGHZ 71, 39 f.). Aufrechterhaltung ist geboten bei Verstoß gegen Vorschriften, die den *Schutz eines Vertragsteils* vor bestimmten Vertragsklauseln bezwecken, ihm iÜ aber den Vertrag erhalten wollen (Bsp: §§ 276 III, 444, 475 I, 536d, 547 II, 551 IV, 557a [BGH NJW 2006, 2697], 571 III, 572 II, 573c IV, 574 IV, 639; 611a, 612 III, 612a; § 89 HGB [BGHZ 40, 239]; § 21 IV AGG). Hier tritt an die Stelle des teilnichtigen Geschäfts das zwingende G. Für **AGB** gilt § 306 (→ § 306 Rn. 1, 3, 6), ebenso für **Verbraucherverträge** iSv § 310 III (→ § 310 Rn. 4 ff.). – Zum Ausschluss von § 139 bei *Verstoß gegen Preisvorschriften* vgl. → § 134
- 15 Rn. 15, bei Wuchergeschäften** → Rn. 9. **d) Bei autonom geschaffenen normähnlichen Regelungen** lässt Teilnichtigkeit die sinnvolle, in sich geschlossene Restregelung unberührt, so bei *Tarifverträgen* (BAG BB 1986, 1777); *Betriebsvereinbarungen* (BAG DB 1984, 723); Satzungen und anderen körperschaftsrechtlichen *Vereinsnormen*, zB einer Ehrengerichtsordnung (BGHZ 47, 179 ff.); *Gesellschaftsverträgen* (vgl. Ulmer NJW 1979, 85 mN). **e) Gem. § 242** kann die Berufung auf § 139 treuwidrig und unzulässig sein, zB Berufung auf § 139 wegen Nichtigkeit einer Bestimmung, die bei der Vertragsdurchführung irrelevant war (BGH NJW 1991, 107), ferner → Rn. 13.

§ 140 Umdeutung

Entspricht ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts, so gilt das letztere, wenn anzunehmen ist, dass dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde.

1. Allgemeines. Umdeutung (Konversion) gem. § 140 dient, wie die Aufrechterhaltung eines teilnichtigen Geschäfts (§ 139), der *Durchsetzung des mutmaßlichen Parteiwillens* (LM Nr. 9), begrenzt durch den feststehenden wahren Parteiwillen (→ Rn. 5). Liegen die Voraussetzungen (→ Rn. 2–5) vor, so gilt das umgedeutete RGeschäft kraft Ges., nicht erst auf Grund richterlichen Gestaltungsakts (BAG NJW 2002, 2973; schieß BGHZ 19, 273 f.; unentschieden LM Nr. 4).

2. Voraussetzungen. a) Nichtigkeit (Begriff: → Vor § 104 Rn. 18) des gesamten RGeschäfts (Unterschied zu § 139: dort [zunächst] *Teilnichtigkeit*; erst wenn sie, wie idR, zur *Totálnichtigkeit* wird, ist § 140 anwendbar). § 140 erfasst auch angefochtene (§ 142 I; aA MüKo-BGB/Busche Rn. 14 mN), ferner ehemals schwebend, jetzt endgültig unwirksame Geschäfte (BGHZ 40, 222 f.). Ist das RGeschäft wegen Formverstößes nichtig, so ist Umdeutung nur möglich, wenn damit der Formzweck nicht vereitelt wird (BGH NJW 1980, 2517 zu § 34 GWB aF). Tritt Nichtigkeit ein, weil der mit dem RGeschäft erstrebte Erfolg von der Rechtsordnung missbilligt wird (Hauptfälle: §§ 134, 138), so ist Umdeutung ausgeschlossen, sonst bliebe die rechtliche Missbilligung praktisch wirkungslos. Einer Umdeutung unzugänglich sind anfechtbare (aber nicht angefochtene), schwebend oder relativ unwirksame sowie bestätigte (§ 141) Geschäfte. **b) Auslegung geht Umdeutung vor.** Daher ist Nichtigkeit erst zu bejahen und Umdeutung möglich, wenn Auslegung (§§ 133, 157) nicht zu einem gültigen, wenn auch uU anfechtbaren Geschäft geführt hat. **c) Das nichtige RGeschäft** muss *alle wesentlichen Merkmale* des anderen, zulässigen (BGH NJW-RR 2004, 874) RGeschäfts, in das umgedeutet werden soll, mit (annähernd) gleichen, aber nicht weitergehenden Wirkungen wie das nichtige aufweisen (BGH NJW 1986, 2945). **d) Das umgedeutete RGeschäft** (→ Rn. 4) muss dem *mutmaßlichen Parteiwillen* zzt. der Vornahme des nichtigen Geschäfts (BGH NJW 1980, 2517) entsprechen. Zu *bejahen*, wenn die Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit und im Hinblick auf den mit dem nichtigen Geschäft verfolgten Zweck das umgedeutete Geschäft vernünftigerweise vorgenommen hätten (vgl. LM Nr. 8); ausschlaggebend ist der Wille der durch die Umdeutung benachteiligten Vertragspartei (BayObLG NJW-RR 1999, 621). Zu *verneinen*, wenn feststeht, dass auch nur eine Partei das umgedeutete Geschäft nicht wollte (BGHZ 19, 273 f.; → 174, 47), insbes. auf Grund eindeutiger Erklärungen bei Abschluss des nichtigen Vertrags (LM Nr. 8), oder dass die Parteien die Nichtigkeit kannten (vgl. BGHZ 125, 364).

3. Bsp. Umdeutung bejaht. Pfandrechtsbestellung an Hypothek in vertragliches Zurückbehaltungsrecht am Hypothekenbrief (RGZ 66, 26 f.); Erbschaftskauf (§§ 2371 ff.) in Erbaueinandersetzung gem. § 2042 (RGZ 129, 123); Schuldbeitritt in selbstschuldnerische Bürgschaft (BGHZ 174, 46; BeckRS 2013, 18631 Rn. 22 mN); OHG-Vertrag in BGB-Gesellschaftsvertrag (BGHZ 19, 272 ff.); Zusage von Grundstücksmit- und Wohnungseigentum in Einräumung eines Dauerwohnrechts (LM Nr. 4); Übertragung des Erbanteils bei Lebzeiten des Erblassers (§ 311b IV) in Erbverzicht zugunsten der ins Auge gefassten Erwerber des Erbanteils (LM Nr. 9); Erbvertrag in Schenkung unter Lebenden (BGH NJW 1978, 423 f.; krit. Schubert JR 1978, 289 f.; Tiedtke NJW 1978, 2572 f.) oder Testament (BayObLG NJW-RR 1996, 8); Abtretung in Einziehungs- (BGH NJW 1977, 848, 849 f.) oder Kündigungsermächtigung (BGH NJW 1998, 897 f.), → § 894 Rn. 8, → § 985 Rn. 10, → § 1059 Rn. 7; unzulässige Voraus- in zulässige Pauschalzahlung von Betriebskosten (BGH NJW 2011, 1222 Rn. 17); unwirksame außerordentliche in ordentliche Kündigung eines Arbeits- (BAG NJW 2002, 2973 f.; zur materiell- und prozessrechtlichen Problematik Schmidt NZA 1989, 661 ff.), Dienst- (BGH NJW-RR 2000, 988 mN), Gesellschafts- (BGH NJW 1998, 1551) oder Pachtvertrags (BGH NJW 1981, 977), fristlose in ordentliche Kündigung eines Mietvertrags (BGH NJW 2003, 3054; NZM 2018, 515 Rn. 27; nicht bei fester Vertragslaufzeit BGH NJW-RR 2004, 874; → Rn. 4), jeweils bei eindeutig erklärtem Willen, den Vertrag auf jeden Fall aufzulösen. – Gemeinschaftliches Testament in Einzeltestamente (OLG München NJW-RR 2014, 1354). – Entspr. Anwendung im Prozessrecht, zB im

- Falle einer Umdeutung einer unzulässigen Hauptberufung in unselbstständige Anschlussberufung (BGH NJW-RR 2016, 445). IdR **verneint**: unberechtigte fristlose Kündigung eines Mietvertrags in Angebot eines Aufhebungsvertrags (BGH NJW 1981, 977; NJW-RR 2014, 1423 Rn. 25 f.). Allerdings kann Kündigungserklärung ausnahmsweise in ein Angebot zur Vertragsaufhebung umgedeutet werden, wenn der Erklärung des Kündigenden zu entnehmen ist, dass er mit einer Stellungnahme des Erklärungsgegners rechnet oder wenn eine Umdeutung den beiderseitigen Interessen entspricht (BGH NJW-RR 2014, 1423 Rn. 33 ff.); generell verneint: einseitige formnichtige rechtsgestaltende Willenserklärung (nach § 6 NutzungsentgeltVO aF) in annahmbedürftiges Angebot zum Abschluss einer Vereinbarung (BGH NJW-RR 2007, 1383); nichtige Verschmelzung in Vermögensübertragung (BGH NJW 1996, 660); Umdeutung kann erforderliche Zuständigkeit der Hauptversammlung einer Gesellschaft nicht begründen, daher keine Umdeutung einer entschädigungslosen Ausschlussmöglichkeit durch Kündigung auf Grund einer schuldrechtlichen Abrede (BGH NJW-RR 2013, 410 Rn. 20); → § 1008 Rn. 2. – **Keine Verallgemeinerungen**, jeder Fall ist auf seine Eigenheiten hin zu prüfen.

§ 141 Bestätigung des nichtigen Rechtsgeschäfts

(1) Wird ein nichtiges Rechtsgeschäft von demjenigen, welcher es vorgenommen hat, bestätigt, so ist die Bestätigung als erneute Vornahme zu beurteilen.

(2) Wird ein nichtiger Vertrag von den Parteien bestätigt, so sind diese im Zweifel verpflichtet, einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn der Vertrag von Anfang an gültig gewesen wäre.

- 1 **1. Allgemeines.** § 141 beruht darauf, dass ein nichtiges RGeschäft bei späterem Wegfall des Nichtigkeitsgrundes nichtig bleibt (vgl. → Vor § 104 Rn. 18).
- 2 **2. Voraussetzungen. a) Nichtigkeit** (Begriff: → Vor § 104 Rn. 18) des RGeschäfts (Grund gleichgültig, § 142 I genügt). Entspr. Anwendung bei Unwirksamkeit durch Genehmigungsverweigerung, zB nach → § 177 Rn. 6 (BGH NJW 1999, 3705).
- 3 **b) Bestätigung durch Neuvernahme** des nichtigen RGeschäfts seitens derjenigen, die es ursprünglich abgeschlossen haben, I. Neuvernahme bedeutet: **aa) Weder der alte noch ein neuer Nichtigkeitsgrund** darf vorliegen. Bei Nichtigkeit gem. § 134 darf daher das ges. Verbot (BGHZ 11, 60), bei § 138 der Sittenverstoß nicht mehr bestehen (BGH NJW 1982, 1981 f.; aber → § 138 Rn. 3). **bb) Formvorschriften** sind bei Neuvernahme einzuhalten, auch wenn das fr. RGeschäft die vorgeschriebene Form gewahrt hat und deshalb keine Formnichtigkeit vorliegt (BGH NJW 1985, 2580). AA Staudinger/Roth Rn. 16 mit 1, 13, da „Bestätigung“ nur die Wirkung einer Neuvernahme habe; insoweit zust. BGH NJW 1999, 3705. **cc) Alle sonstigen Tatbestandsmerkmale** (zB Willensübereinstimmung beim Vertrag, BGH NJW 1999, 3705) und Wirksamkeitsvoraussetzungen des RGeschäfts (→ Vor § 104 Rn. 3) müssen vorliegen. **c) Bestätigungswille** setzt bei allen Beteiligten zumindest Zweifel an der Gültigkeit des RGeschäfts voraus (BGHZ 140, 173; BAG NJW 2005, 2334), nicht nur bei schlüssiger Bestätigung (so aber BGHZ 138, 348). Der Wille muss nach außen erkennbar in Erscheinung treten. Das ist unproblematisch bei *ausdr. Bestätigung* (zB Neuvernahme eines formgebundenen Geschäfts), problematisch bei Bestätigung durch (zulässiges, BGHZ 11, 60) *schlüssiges Verhalten* (Problem: Abgrenzung zum Festhalten an unerkanntem nichtigem Geschäft). Hier muss Verhalten für alle Beteiligten eindeutig als Bestätigung des nichtigen RGeschäfts zu verstehen sein (BGH NJW 1971, 1800). Daran fehlt es, wenn das Verhalten anders, zB als bloße Erfüllung des unheilbar nichtigen Geschäfts, erklärt werden kann (RGZ 150, 389 f.).
- 5 **3. Wirkung. a) Erst ab Neuvernahme** (Bestätigung) wirkt das bestätigte RGeschäft für die Zukunft (BAG NJW 2005, 3596). **b) II gibt Auslegungsregel** für

Verträge, wonach sich die Parteien iZw so zu stellen haben, wie sie bei anfänglicher Gültigkeit stünden (schuldrechtliche Rückwirkung: BAG NJW 2005, 3596).

4. Abgrenzungen. Keine Bestätigung iSv § 141 sind **a) Heilung** durch Erfüllung (§§ 311b I 2, 518 II; vgl. → § 125 Rn. 12), die keinen Bestätigungswillen (→ Rn. 4) verlangt; **b) Bestätigung** eines anfechtbaren, also (noch) nicht nichtigen RGeschäfts (§ 144 mit § 142 I); **c) Genehmigung** schwebend unwirksamer RGeschäfte (§ 184), die idR durch Dritte geschieht (§ 182; abw. zB § 108 III); **d) Ergänzung** eines unvollständigen RGeschäfts, zB nach Entdeckung eines versteckten Dissenses (§ 155).

§ 142 Wirkung der Anfechtung

(1) **Wird ein anfechtbares Rechtsgeschäft angefochten, so ist es als von Anfang an nichtig anzusehen.**

(2) **Wer die Anfechtbarkeit kannte oder kennen musste, wird, wenn die Anfechtung erfolgt, so behandelt, wie wenn er die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts gekannt hätte oder hätte kennen müssen.**

1. Allgemeines zur Anfechtung. **a) Begriff** der Anfechtbarkeit: → Vor § 104 Rn. 22. **b) Teilanfechtung** nur bei Teilbarkeit des RGeschäfts iSv § 139 (→ § 139 Rn. 5, 6) möglich, BGH NJW 2010, 290. Ob Teil- oder Totalnichtigkeit eintritt, bestimmt § 139 (BGH BB 1983, 928). **c)** Zu Irrtum, Täuschung, Drohung bei **Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft** vgl. → § 123 Rn. 18. **d)** Zur Bedeutung und Durchbrechung des **Abstraktionsprinzips** bei Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäfts gem. I vgl. → Vor § 854 Rn. 13–16. **e) Anfechtbarkeit nichtiger RGeschäfte:** → Vor § 104 Rn. 22. **f)** Anfechtung wegen Irrtums/arglistiger Täuschung ist nach § 242 ausgeschlossen, wenn die Rechtslage des Getäuschten zzt. des Anfechtungserklärung durch den Irrtum/die Täuschung nicht (mehr) beeinträchtigt ist (BGHZ 178, 29); → Rn. 3.

2. Vor erklärter Anfechtung. Anfechtbares RGeschäft ist gültig (→ Vor § 104 Rn. 22). Anfechtbarkeit gewährt einem (mit-)haftenden Dritten, nicht dem Anfechtungsberechtigten (→ § 143 Rn. 1), ein Leistungsverweigerungsrecht (Einrede), vgl. §§ 770, 1137, 1211; §§ 129 II, 130 I, 161 II, 176 HGB, § 8 I 2 PartGG. Mit Ablauf der Anfechtungsfrist erlöschen Anfechtungsrecht und Einrede. Zum **Ausschluss** der Anfechtung wegen Irrtums (§ 119) nach § 242 → § 119 Rn. 4 ff.; zum Ausschluss der Nichtigkeit(sfolgen) gem. § 242 → Rn. 3.

3. Nach wirksamer Anfechtung. RGeschäft ist idR (→ Vor § 104 Rn. 22) als *von Anfang an* (dh rückwirkend, ex tunc) **nichtig** anzusehen, **I.** Das bedeutet: Von nun an ist das RGeschäft so zu bewerten, als sei es seit jeher nichtig. Die Nichtigkeit wirkt absolut; zB verliert der Zessionar die Forderung, wenn der Forderungserwerb seines Zedenten von dessen Zedenten wirksam angefochten wird. Einseitige Wiederherstellung des nichtigen RGeschäfts durch Zurücknahme der Anfechtung ist ausgeschlossen (RGZ 74, 3), möglich aber durch Anfechtung der Anfechtungserklärung. Die **Berufung auf die Nichtigkeit** verstößt gegen **Treu und Glauben**, wenn der Gegner das bereits angefochtene RGeschäft so, wie vom Irrenden (§ 119) gemeint, gelten lässt (das entspricht dem Ausschluss der Anfechtung vor deren Erklärung, → § 119 Rn. 4 ff.). Das gilt nicht, wenn gem. § 123 angefochten ist (sa BGH NJW 2000, 2894 für Wegfall des Anfechtungsgrundes). – Zur Bestätigung des wirksam angefochtenen Geschäfts vgl. § 141.

4. Anfechtung von Verfügungsgeschäften. Anfechtung nimmt dem Verfügungsempfänger (zB Zessionar, Eigentumserwerber) rückwirkend die Berechtigung. Verfügt er bereits vor der Anfechtung zugunsten eines Dritten weiter, so ist er in diesem Zeitpunkt Berechtigter, erst ab Anfechtung wird er rückwirkend Nichtberechtigter (→ Rn. 3). Daher kann der Dritte zZ der Verfügung nicht bösgläubig

bzgl. der Berechtigung sein. Deshalb macht **II** zum *Gegenstand der Bösgläubigkeit* die Anfechtbarkeit des (später angefochtenen) RGeschäfts. Erwerb ist aber auch über **II** nur möglich, soweit Erwerb vom Nichtberechtigten vorgesehen ist (zB §§ 892 f., 932 ff., 1138, 1155, 1207 f., 1244), für Forderungen und andere Rechte (§ 413) also nur ausnahmsweise (Bsp: § 2366). Die *subj. Voraussetzungen* der Bösgläubigkeit (Kenntnis, schuldhaftes Unkenntnis) bestimmen sich nach den entspr. anzuwendenden Vorschriften über den Erwerb vom Nichtberechtigten, so dass zB bei §§ 892, 2366 nur Kenntnis, bei § 932 auch grobfahrlässige Unkenntnis der Anfechtbarkeit schadet (BGH NJW-RR 1987, 1457).

- 5 **5. Anfechtung von Verpflichtungsgeschäften.** **II** hat Bedeutung für §§ 819 I, 818 IV (Mangel des rechtlichen Grundes = Anfechtbarkeit des Verpflichtungsgeschäfts).

§ 143 Anfechtungserklärung

(1) **Die Anfechtung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner.**

(2) **Anfechtungsgegner ist bei einem Vertrag der andere Teil, im Falle des § 123 Abs. 2 Satz 2 derjenige, welcher aus dem Vertrag unmittelbar ein Recht erworben hat.**

(3) ¹Bei einem einseitigen Rechtsgeschäft, das einem anderen gegenüber vorzunehmen war, ist der andere der Anfechtungsgegner. ²Das Gleiche gilt bei einem Rechtsgeschäft, das einem anderen oder einer Behörde gegenüber vorzunehmen war, auch dann, wenn das Rechtsgeschäft der Behörde gegenüber vorgenommen worden ist.

(4) ¹Bei einem einseitigen Rechtsgeschäft anderer Art ist Anfechtungsgegner jeder, der auf Grund des Rechtsgeschäfts unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt hat. ²Die Anfechtung kann jedoch, wenn die Willenserklärung einer Behörde gegenüber abzugeben war, durch Erklärung gegenüber der Behörde erfolgen; die Behörde soll die Anfechtung demjenigen mitteilen, welcher durch das Rechtsgeschäft unmittelbar betroffen worden ist.

- 1 **1. Allgemeines.** Vgl. zunächst → § 142 Rn. 1. *Anfechtungsberechtigt* ist idR nur der Irrende, Getäuschte, Bedrohte; abw. §§ 166 I, 318 II 1, 2080, 2285. *Anfechtungsfristen*: §§ 121, 124, 318 II 2, 3; 2082, 2283. Sonderregeln in §§ 1955, 2081, 2282, 2308 II.
- 2 **2. Voraussetzungen. Anfechtungserklärung** ist formfreie, empfangsbedürftige Willenserklärung (Begriff → Vor § 104 Rn. 8), I, die unzweideutig erkennen lässt, dass sie rückwirkend beseitigt werden soll. Die Erklärung muss eindeutig erkennen lassen, dass das RGeschäft *wegen eines Willensmangels* von Anfang an (ex tunc, str.; aA MüKo-BGB/Busche Rn. 3) nicht gelten soll (nur so ist schlüssige Anfechtungs- von schlüssiger Rücktrittserklärung zu unterscheiden, vgl. RGZ 105, 207 f.); das Wort „Anfechtung“ muss nicht fallen (BGHZ 91, 331 f.; NJW 2017, 175, 177 Rn. 16). Es kann nach den Umständen genügen, wenn eine Verpflichtung, die nach dem objektiven Erklärungswert der – gegebenenfalls durch schlüssiges Handeln getätigten – Willensäußerung übernommen worden ist, bestritten oder nicht anerkannt wird oder wenn ihr sonst widersprochen wird. Erforderlich ist nur, dass sich unzweideutig der Wille ergibt, das Geschäft gerade wegen des Willensmangels nicht bestehen lassen zu wollen (BGH NJW 2017, 1660, 1663 Rn. 29; BGHZ 88, 240, 245; BGHZ 91, 324, 331 f.; NJW-RR 1995, 859 unter 1 b). Anfechtung ist Ausübung eines Gestaltungsrechts, daher bedingungs- (→ § 158 Rn. 11) und befristungsfeindlich (→ § 163 Rn. 3); Eventualanfechtung zB für den Fall (in eventum), dass das RGeschäft gültig sein sollte, ist zulässig (BGH NJW 1991, 1674; ferner

→ § 121 Rn. 2). Mit Ausübung **erlischt** das Recht. Str. ist, ob die Erklärung nur bei **Angabe des Anfechtungsgrundes** wirksam ist (vgl. MüKo-BGB/Busche 3 Rn. 7 ff.). Bejaht man das, so ist das „Nachschieben“ anderer Gründe eine weitere Anfechtung (mit eigener Frist!). Abl. zum Nachschieben mit Rücksicht auf den Anfechtungsgegner bei angegebenen oder erkennbaren Gründen BAG NJW 2008, 940 mN.

3. Anfechtungsgegner. a) Bei einem Vertrag der andere Teil (bei mehreren 4 Personen: alle, vgl. BGHZ 137, 260), Ausnahme bei § 123 II 2: **II. b) Bei einseitigen empfangsbedürftigen** RGeschäften der Empfänger, **III 1**, auch wenn RGeschäft wahlweise gegenüber Behörde vorgenommen werden konnte und wurde, **III 2** (Bsp. §§ 875 I 2, 876 S. 3, 1183 S. 2). c) Für **einseitige nicht empfangsbedürftige** RGeschäfte (zB § 959) vgl. **IV 1**. Für **amtsempfangsbedürftige** RGeschäfte vgl. **IV 2 Hs. 1**; Mitteilung nach Hs. 2 ist keine Wirksamkeitsvoraussetzung. 6

§ 144 Bestätigung des anfechtbaren Rechtsgeschäfts

(1) Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn das anfechtbare Rechtsgeschäft von dem Anfechtungsberechtigten bestätigt wird.

(2) Die Bestätigung bedarf nicht der für das Rechtsgeschäft bestimmten Form.

1. Allgemeines. Vgl. zunächst → § 142 Rn. 1. Bestätigung betrifft ein *gültiges* 1 RGeschäft, da Anfechtung nicht erfolgt ist (BGH WM 1979, 237). Bestätigung gilt daher (abw. von § 141) nicht als Neuvernahme, → Rn. 2b.

2. Bestätigung. a) Sie ist ein RGeschäft (einseitig; nichtempfangsbedürftig; 2 formfrei, II), das ersichtlich in Kenntnis oder im Bewusstsein der Möglichkeit eines Anfechtungsrechts (BGHZ 129, 377) vorgenommen wird. An die Ersichtlichkeit und damit an das Vorliegen einer Bestätigung sind im Falle *schlüssigen Verhaltens* strenge Maßstäbe anzulegen, jede andere nach den Umständen einigermaßen verständliche Bedeutung des Verhaltens muss ausscheiden (BGH NJW 2010, 3363, str.; → § 141 Rn. 4). Die Bestätigung muss zwar nicht dem Anfechtungsgegner (§ 143) gegenüber erklärt werden (RGZ 68, 399 f., hM; aA MüKo-BGB/Busche Rn. 4 mN), aber ihm, nicht nur einem Dritten, erkennbar sein (sa Windel AcP 199, 442 f.). b) Bestätigung als **Ausschluss der Anfechtung** (I) wirkt wie ein Verzicht auf das Anfechtungsrecht (RGZ 68, 400). Das Recht erlischt (LM Nr. 16 zu § 123), soweit Bestätigung reicht (BAG NJW 1991, 2725). Bestätigung als solche schließt etwaige Schadensersatzansprüche des Anfechtungsberechtigten (zB aus cic gemäß §§ 280 I, 241 II, 311 II, nach §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 BGB I 3, II, aus § 826 bzw. § 823 II iVm § 263 StGB) nicht aus, wobei jedoch die Bestätigungserklärung regelmäßig als konkludentes Angebot auf Abschluss eines Erlassvertrages im Hinblick auf solche Schadensersatzansprüche auszulegen ist (BGH DNotZ 2016, 265, 269 Rn. 25 f. mAnm Riehm JuS 2016, 739). Jedenfalls wäre ansonsten regelmäßig der Einwand widersprüchlichen Verhaltens (s. → § 242 Rn. 48) gegeben, soweit die anderen Rechtsbehelfe eine Beseitigung des Vertrags zum Ziel haben oder voraussetzen (dazu Thelen LMK 2016, 376390; Riehm JuS 2016, 739, 741).

Titel 3. Vertrag

Vorbemerkungen

1. Anwendungsbereich. Die §§ 145–156 enthalten Vorschriften über das 1 Zustandekommen von Verträgen jeder Art. Zum schrittweisen Vertragsschluss auf Grund von „Letter of Intent“ s. Lutter, Der Letter of Intent, 3. Aufl. 1998.

- 2 **2. Begriff des Vertrags.** Der Vertrag ist der *Hauptfall des mehrseitigen RGeschäfts*.
a) Er besteht in jedem Fall aus (mindestens) *zwei aufeinander bezogenen* (korrelierenden) *Willenserklärungen* (Antrag, Annahme), die den wesentlichen Vertragsinhalt, sog. *essentialia negotii*, zumindest bestimmbar machen (durch Rückgriff auf ges. Regelung; § 375 HGB; §§ 315 ff.; ergänzende Vertragsauslegung, § 157). Zum Vertragsschluss bei **Internet-Auktion** → § 156 Rn. 1. Zum Vertrag(sschluss) im **elektronischen Geschäftsverkehr** § 312e; dazu Paal JuS 2010, 954 f.). Grundsätzlich gelten für elektronische Vertragsschlüsse dieselben Regeln wie für gewöhnliche Abschlüsse (MüKo-BGB/Busche Vor § 145 Rn. 37). Zum **Fernabsatzvertrag**
- 3 §§ 312b, 312c. **b) Weitere Tatbestandsmerkmale** müssen zuweilen hinzutreten, damit der beabsichtigte Rechtserfolg eintritt, zB Übergabe (§ 929 S. 1), Eintragung (§ 873 I); vgl. → Vor § 104 Rn. 2.
- 4 **3. Vertragstypen.** Die Typen der Verträge lassen sich unter verschiedenen Gesichtspunkten kategorisieren. **a) Nach dem Sachgehalt:** Schuldverträge (vgl. § 311 I), sachenrechtliche (insbes. die dingliche Einigung, → § 873 Rn. 17, → § 929 Rn. 4), familienrechtliche (zB § 1408), erbrechtliche (§§ 1941, 2346). **b)** Zur vertraglichen **Verpflichtung und Verfügung** vgl. → Vor § 104 Rn. 9, 10. Zur Untergliederung der Verpflichtungsverträge vgl. → Vor § 433 Rn. 4. **c) Vom Hauptvertrag** sind zu unterscheiden (vgl. Henrich, Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag, 1965), Terminologie schwankt (BGHZ 97, 151 f.): **aa) Der Vorvertrag** (Ritzinger NJW 1990, 1201 ff.): Er verpflichtet zum Abschluss des Hauptvertrags, der Schuldvertrag sein muss (BGH NJW-RR 1992, 977). Vertragliche Verpflichtung zu einer Verfügung ist Hauptvertrag (OLG Karlsruhe NJW 1995, 1562 mN). Ist der Hauptvertrag ges. formbedürftig, um vor Übereilung zu schützen (Warnfunktion: → § 125 Rn. 3 [aa]), so ist es auch der Vorvertrag (BGHZ 61, 48; NJW 2006, 2844; gilt zB nicht für Mietvorvertrag, BGH NJW 2007, 1817 zu § 566 aF = § 550 nF). Für vereinbarte Form gilt § 154 II. Der Inhalt des Hauptvertrags muss auf Grund des Vorvertrags mindestens gem. §§ 133, 157, 315 ff. (str.) bestimmbar sein (vgl. OLG Bremen NJW-RR 1995, 1453), so dass Leistungsklage auf Abschluss des Hauptvertrags (Annahme eines noch abzugebenden Angebots, BGH NJW 2001, 1286) erhoben werden kann und muss (BGH NJW-RR 1994, 1272 f.); ist der Hauptvertrag im Vorvertrag vollständig ausformuliert, so ist auf Annahme des vorgelegten Angebots zu klagen (BGH NJW 2001, 1273). Mit der Klage auf Abschluss des Hauptvertrags kann Klage auf künftige Leistung aus abzuschließendem Hauptvertrag verbunden werden (BGH NJW 2001, 1286). Das alles ist sehr kompliziert (s. nur BGH NJW 2006, 2845) wird aber kaum praktisch, da (Auslegung!) idR sofort der Hauptvertrag, selten ein Vorvertrag geschlossen wird (BGH NJW-RR 1989, 801; 1992, 977). UU können Ansprüche, die sich idR (BGH NJW 1986, 2824) erst aus dem Hauptvertrag ergeben, schon auf Grund des Vorvertrags bestehen (BGH NJW 1972, 1190 f. für Auflassungsanspruch; NJW 1990, 1233 für Erfüllungsinteresse).
- 6 **bb) Der Optionsvertrag** gewährt ein Gestaltungsrecht, durch einseitige Willenserklärung das vereinbarte Rechtsverhältnis in Wirkung zu setzen oder zu verlängern (BGHZ 94, 31). Das ist ein bes. Vertragstyp, kein durch die Erklärung aufschließend bedingter Hauptvertrag (→ § 158 Rn. 4). Mangels klarer abw. Abrede erlischt Optionsrecht durch Ausübung (BGH NJW-RR 1995, 714). Die Form des Optionsvertrags richtet sich nach der des Hauptvertrags. Die Gestaltungserklärung ist formbedürftig, wenn es auch die Vertragserklärung des Optionsberechtigten ist, wichtig zB für §§ 518 I, 766 S. 1 (vgl. Larenz, II 1, § 44 IV 3). AA (auf der Grundlage eines formbedürftigen aufschließend bedingten Hauptvertrags) für die einseitige Erklärung LM Nr. 16 zu § 433 (dazu BGHZ 71, 280); NJW 2006, 2844; formfrei. Vom Optionsvertrag ist *bindendes Vertragsangebot* zu unterscheiden (oft Optionsrecht genannt); Annahme ist formbedürftig, wenn für sie oder den Vertrag Form vorgeschrieben (vgl. BGH NJW 1975, 1170 f. mit abw. Terminologie). **cc) Der Rahmenvertrag** eröffnet auf Dauer angelegte Geschäftsverbindung, legt Einzelheiten künftiger Verträge fest, ohne dass auf deren Abschluss geklagt werden könnte, da