

Skripten Zivilrecht - Alpmann-Schmidt

Skript BGB AT 1

2018

Bearbeitet von
Von Dr. Jan Stefan Lüdde, Rechtsanwalt und Repetitor

1. Teil: Einleitung

A. Regelungsinhalte des BGB AT und ihre Darstellung

Die allgemeinen Regeln des Zivilrechts sind im 1. Buch des BGB („BGB AT“) enthalten. Sie sind **„vor die Klammer“ gezogen** und gelten als *leges generales* im gesamten Zivilrecht, soweit keine vorrangigen Sonderregeln (*leges speciales*) aus den Büchern 2 bis 5 des BGB oder aus anderen Spezialgesetzen (insbesondere dem HGB) eingreifen.

1

Beispiele:

Für das Zustandekommen des Kaufvertrags durch Angebot und Annahme gelten die §§ 145 ff. Bei der Berechnung der Verjährungsfrist des § 438 gelten die §§ 186 ff.

Die Übereignung einer Sache erfordert eine vertragliche Einigung (§ 929 S. 1: „einig sind“; § 873 Abs. 1: „Einigung“). Die beiden hierfür erforderlichen Willenserklärungen können nach Maßgabe der §§ 164 ff. durch Stellvertreter abgegeben und nach Maßgabe der §§ 142 Abs. 1, 119 ff. angefochten werden.

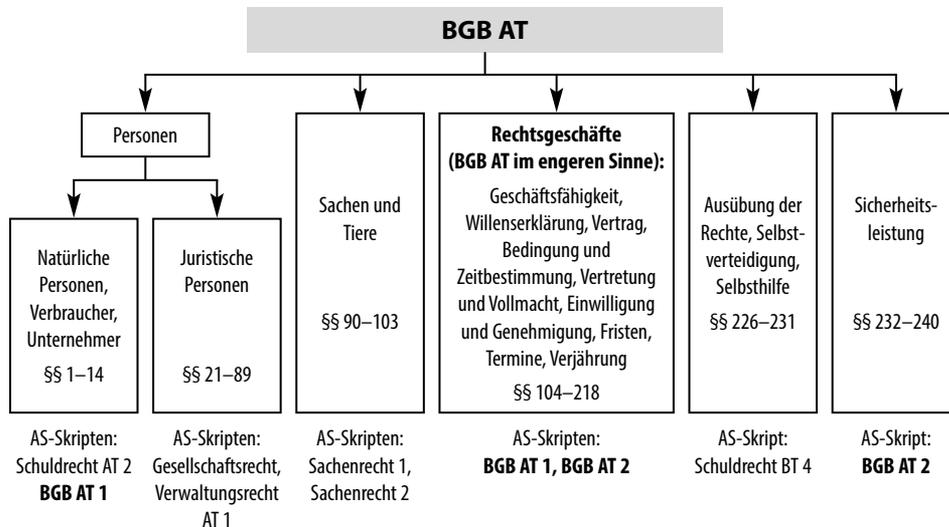
Eheverträge (§§ 1408 ff.) dürfen weder gegen gesetzliche Verbote verstoßen (§ 134) noch sittenwidrig sein (§ 138). Ist ein Teil des Ehevertrags nichtig, richtet sich die Wirksamkeit des Restes nach § 139.

Auch ein Testament ist eine Willenserklärung. Daher findet grundsätzlich BGB AT Anwendung, allerdings gibt es in erheblichem Umfang Sonderregeln: Als Sonderform der Geschäftsfähigkeit (§§ 104 ff.) ist die Testierfähigkeit in § 2229 geregelt. Eine Stellvertretung (§§ 164 ff.) ist gemäß § 2064 ausgeschlossen. Die Anfechtung richtet sich nicht nach §§ 142 Abs. 1, 119 ff., sondern nach §§ 2078 ff.

Gemäß § 137 S. 1 kann die Verfügungsbefugnis über ein Recht (z.B. das Eigentum oder eine Forderung) nicht ausgeschlossen werden. Bei einer Forderung ist aber gemäß § 399 Var. 2 ein solcher Ausschluss grundsätzlich doch möglich. Hinsichtlich bestimmter Geldforderungen erklärt jedoch § 354a Abs. 1 S. 1 HGB den Ausschluss für unbeachtlich (wobei § 354a Abs. 2 HGB wiederum eine Rückausnahme enthält).

Einige Regelungsbereiche des BGB AT lassen sich gleichwohl besser **im Zusammenhang mit spezielleren Regelungen** darstellen. Das ist allgemein so üblich:

2



B. Rechtsfähigkeit und Rechtssubjekte; Rechtsobjekte

- 3 Die Rechtsfähigkeit bezeichnet die **Fähigkeit eines Subjekts, Träger von Rechten und Pflichten**, also **Rechtssubjekt** zu sein.¹

Manche Rechtssubjekte sind **Verbraucher** (§ 13), **Unternehmer** (§ 14) oder **Kaufmann** (§§ 1 ff. HGB). Dies sind aber lediglich personenbezogene Tatbestandsmerkmale bestimmter Normen,² die die Rechtsfähigkeit des Subjekts an sich unberührt lassen.

- 4 Rechtssubjekte sind klassischerweise Menschen, also **natürliche Personen**. Bereits mit der **Vollendung der Geburt** erwirbt der Mensch die **Rechtsfähigkeit** im zivilrechtlichen Sinne, § 1. Bereits ein Säugling kann z.B. Partei eines Kaufvertrags, Eigentümer einer Sache, Erbe eines Verstorbenen und Gesellschafter einer Gesellschaft sein.

Strafrechtlichen Schutz (§§ 211 ff., 223 ff. StGB) besteht bereits ab **Beginn der Eröffnungswehen**.³

- 5 Ferner sind **juristische Personen** rechtsfähige Rechtssubjekte.⁴

Beispiele: GmbH, § 13 Abs. 1 GmbHG; AG, § 1 Abs. 1 S. 1 AktG; e.V., § 21

Auch **Personengesellschaften bzw. -vereinigungen** können generell bzw. partiell rechtsfähige Rechtssubjekte sein.

Beispiele: OHG, § 123 HGB; KG, §§ 123, 161 Abs. 2 HGB; GbR i.S.d. §§ 705 ff. (nicht normiert, aber h.M.)

- 6 Von der Rechtsfähigkeit sind andere Eigenschaften **abzugrenzen**:

- Die **Geschäftsfähigkeit** bestimmt, ob eine natürlich Person Rechtsgeschäfte selbstständig vollwirksam vornehmen kann, vgl. § 105 Abs. 1.⁵ Diese Fähigkeit haben grundsätzlich nur geistig gesunde Menschen, die bei Bewusstsein sowie volljährig sind, vgl. §§ 104, 105 Abs. 2. Die Volljährigkeit tritt gemäß § 2 mit Vollendung des 18. Lebensjahres ein, vorher besteht Minderjährigkeit. Minderjährige sind **beschränkt geschäftsfähig**. Von Ihnen abgeschlossene Rechtsgeschäfte sind nach Maßgabe der §§ 107 ff. wirksam bzw. unwirksam.

Hinweis: Die **Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts nach §§ 104 ff.** wird im AS-Skript BGB AT 2 zusammen mit den anderen Unwirksamkeitsgründen ausführlich dargestellt. Auch für einen nicht (voll) Geschäftsfähigen kann ein **Stellvertreter** Geschäfte abschließen, dazu näher in diesem AS-Skript Rn. 278 ff. sowie ebenfalls im AS-Skript BGB AT 2.

- Die **Deliktsfähigkeit** bestimmt, ob eine natürliche Person deliktisch (insbesondere nach den §§ 823 ff.) haftet. Dies richtet sich nach den §§ 827 und 828.⁶
- Im Zivilprozessrecht müssen Ihnen die Begriffe **Parteifähigkeit, Prozessfähigkeit, Prozessführungsbefugnis und Postulationsfähigkeit** bekannt sein.⁷ Die Parteifähigkeit ist dabei das Pendant zur Rechtsfähigkeit, denn parteifähig ist gemäß § 50 Abs. 1 ZPO jedenfalls derjenige, der rechtsfähig ist.

1 Palandt/Ellenberger, Einf v § 1 Rn. 1.

2 Näher zum Verbraucher und Unternehmer AS-Skript Schuldrecht AT 2 (2018), Rn. 151 ff.; siehe dort in Rn. 150 auch den Überblick über die Darstellung des Verbraucherschutzes in den AS-Skripten. Näher zum Kaufmann AS-Skript Handelsrecht (2017), Rn. 1ff.

3 Siehe näher AS-Skript Strafrecht BT 2 (2017), Rn. 11 ff.

4 Näher zu juristischen Personen und Personengesellschaften bzw. -vereinigungen AS-Skript Gesellschaftsrecht (2018).

5 Palandt/Ellenberger Einf v § 104 Rn. 3.

6 Näher zur Deliktsfähigkeit AS-Skript Schuldrecht BT 4 (2017), Rn. 211 ff.

7 Näher zu den zivilprozessualen Begriffen AS-Skript ZPO (2017), Rn. 17 f. u. 133 ff.

Gegenpart zu den Rechtssubjekten sind die **Rechtsobjekte**. Dies sind alle Vermögenswerte, an denen ein Rechtssubjekt ein Recht haben kann. **7**

Beispiele: Sachen und Tiere (§§ 90, 90 a S. 3) sowie unkörperliche Gegenstände

C. Ansprüche sowie Einwendungen und Einreden gegen diese

Ansprüche machen einen ganz wesentlichen Teil der Rechte und Pflichten aus, die ein rechtsfähiges Rechtssubjekt innehaben bzw. denen es ausgesetzt sein kann. Sie spielen daher nicht nur eine große Rolle in der Praxis, sondern sind in beiden **Examina** oft das „Gewand“, in welchem Sie **zivilrechtliche Fragestellungen** erörtern müssen. **8**

Gelegentlich sind die Fragestellungen enger und zielen nur auf die **Inhaberschaft eines Rechts** ab („Ist A Eigentümer?“). In der Regel gilt es aber, diese Rechte (und überhaupt die gesamten zivilrechtlichen Normen) **inzident in einem Anspruch** zu prüfen. So kann die Eigentumlage beispielsweise im Rahmen des § 985, des § 812 Abs. 1 (als erlangtes Etwas), des § 823 Abs. 1 (als verletztes Rechtsgut) und sogar im Rahmen des § 433 Abs. 1 S. 1 Var. 2 (Erlöschen des Anspruchs gemäß § 362 Abs. 1 durch wirksame Übereignung der Kaufsache an den Käufer) zu prüfen sein.

I. Ansprüche

Die Legaldefinition des Anspruchs liefert Ihnen § 194 Abs. 1: Als Anspruch wird das **Recht** bezeichnet, **von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen**. **9**

Die Merkformel für die Anspruchsprüfung lautet **„Wer will was von wem woraus?“**

- **„Wer“** meint das rechtsfähige Rechtssubjekt, das Inhaber des Anspruchs ist, also den **Gläubiger**.
- **„von wem“** meint das rechtsfähige Rechtssubjekt, das zur Erfüllung des Anspruchs verpflichtet ist, also den **Schuldner**.
- **„was“** meint die Rechtsfolge des Anspruchs (auch genannt: **Anspruchsinhalt**), also das geschuldete Tun oder Unterlassen.
- **„woraus“** meint die **Anspruchsgrundlage**. Das kann
 - eine **gesetzliche Norm** (z.B. § 122; §§ 280 ff.; §§ 812 ff.; §§ 823 ff.; § 985) oder
 - eine **vertragliche Vereinbarung** sein. Aufgrund der **Vertragsfreiheit**, welche Ausfluss der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) ist und in § 311 Abs. 1 einfachgesetzlich deklaratorisch erwähnt wird, steht es rechtsfähigen Rechtssubjekten frei, Verträge zu schließen.

Hinweis: Bei im Schuldrecht BT näher ausdefinierten **typischen Verträgen**, hat es sich eingebürgert, als **Anspruchsgrundlage** nicht (nur) die Vereinbarung zu nennen, obwohl streng genommen allein diese den Anspruch entstehen lässt. Es wird trotzdem (auch) die entsprechende Norm aus dem Schuldrecht BT angeführt oder sogar in den Vordergrund gestellt. Der Anspruch des Verkäufers gegen den Käufer auf Kaufpreiszahlung wird z.B. üblicherweise aus § 433 Abs. 2 Var. 1 (i.V.m. dem Kaufvertrag) hergeleitet.

Klausurhinweis: Im **Gutachten** müssen sowohl Ihr **Obersatz** als auch Ihr korrespondierender **Ergebnissatz** die vier genannten Elemente beinhalten, z.B.: „Die V-GmbH könnte gegen den K keinen Anspruch auf Herausgabe des Teppichs aus § 985 haben. ... Die V-GmbH hat somit gegen K (k)einen Anspruch auf Herausgabe des Teppichs aus § 985.“

■ Dienstvertrag, Werkvertrag, vgl. § 611, § 631: Parteien, Leistungspflicht

Eine **Gegenleistung** muss nicht vereinbart werden. Sie gilt ohnehin als **stillschweigend vereinbart**, wenn der Dienst/das Werk nur gegen Vergütung zu erwarten ist (§ 612 Abs. 1, § 632 Abs. 1).

Es genügt, dass der Vertragsgegenstand **bestimmbar** vereinbart wird, falls **vereinbarte oder gesetzliche Wertmaßstäbe** vorhanden sind. Diese können auch außerhalb der Vereinbarung liegen. Es ist also nicht erforderlich, dass im Zeitpunkt der Einigung bereits die Leistungsverpflichtung eindeutig bestimmt ist. 84

Beispiele: Verpflichtung zur Lieferung einer Kaufsache mittlerer Art und Güte beim Gattungskauf gemäß § 243 Abs. 1, soweit nichts anderes vereinbart; Vereinbarung, dass später der Leistungsinhalt bestimmen werden soll, nach Maßgabe der Vereinbarung und hilfsweise nach Maßgabe der §§ 315 ff.

Ergeben sich aus der Vereinbarung der Parteien oder aus dem Gesetz **keine ausreichenden Wertmaßstäbe** für die Bestimmung der Leistung, ist die Vereinbarung mangels Bestimmtheit **unwirksam**.

Beispiel:⁹² M mietet von V „in dem Gebäude, das auf dem Grundstück der ehemaligen Red Apple-Zigarettenfabrik derzeit errichtet wird, Gewerberäume (Größe ca. 400 m² bis 500 m²)“. – Mangels Geschäftswillens sowohl des M als auch des V besteht kein Mietvertrag. Sie haben die Mietsache weder im Vertrag bestimmt, noch ist sie aufgrund einer gesetzlichen Norm oder einer (ergänzenden) Auslegung des Vertrags bestimmbar. Gerade noch zu errichtende Gebäude oder Räume müssen, wenn sie Vertragsgegenstand werden sollen, präzise beschrieben werden, damit sie nach Fertigstellung eindeutig identifiziert und der Vereinbarung zugeordnet werden können.

Bestimmbarkeit genügt auch für die **Abtretung** nach § 398. Die Abtretung ist zwar eine Verfügung, aber gleichwohl steht sie im Schuldrecht und wirkt nur inter partes.

Beispiel für Bestimmbarkeit: Abtretung aller Forderungen A gegen B aus der Aufstellung des Steuerberaters; **Gegenbeispiel:** Abtretung aller Forderungen „bis auf irgendeine“⁹³

bb) Sachenrecht und Bestimmtheit

Wesentliche Vertragsbestandteile einer sachenrechtlichen Verfügung sind (neben den **Parteien**) die aus dem numerus clausus der gesetzlich zugelassenen Verfügungen ausgewählte **Art der Verfügung** und das von ihr betroffene **Recht**. Da Verfügungen an Sachen absolut gegenüber jedermann wirken, genügt die Bestimmbarkeit der Sache(n) nicht, sie muss vielmehr **in der Einigung bestimmt** werden. Das ist der Fall, wenn sich im Zeitpunkt der Übergabe für jeden, der die Einigung kennt, alleine aus der Einigung ergibt, um welche Sache(n) es exakt geht. 85

Beispiel für Bestimmtheit: „alle Teppiche im Haus des D“; **Gegenbeispiel:** „5 Tonnen Getreide aus dem insgesamt 200 Tonnen fassenden Getreidesilo“⁹⁴

II. Innerer Erklärungstatbestand und Zurechnung

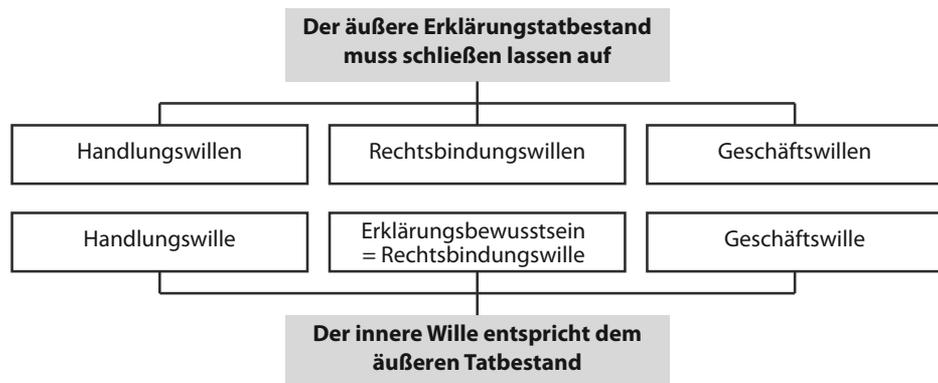
Bei einer **fehlerfreien Willenserklärung** stimmen innerer und äußerer Erklärungstatbestand überein. Der innere Wille hat korrekt in der Erklärung Ausdruck gefunden. 86

⁹² Nach KG NJW-RR 2007, 519.

⁹³ Weitere Beispiele und näher zur Bestimmbarkeit der Abtretung AS-Skript Schuldrecht AT 2 (2018), Rn. 369.

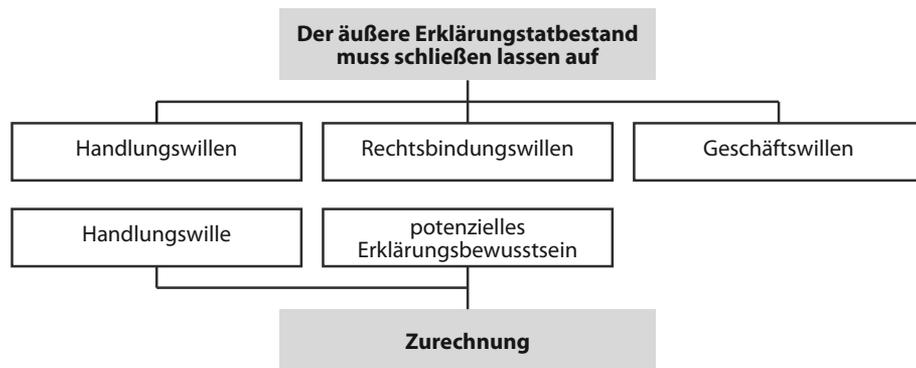
⁹⁴ Weitere Beispiele und näher zur Bestimmtheit insbesondere der Übereignung AS-Skript Sachenrecht 1 (2017), Rn. 305 ff.

Tatbestand einer fehlerfreien Willenserklärung



- 87 Die Erklärung wird aber nach h.M. **bereits bei potenziellem Erklärungsbewusstsein und ohne Geschäftswillen** dem Erklärenden **zugerechnet** und ist daher wirksam.

Mindesttatbestand einer Willenserklärung (h.M.)



- 88 Der Erklärende kann allerdings, wenn die Willenserklärung nur den Mindesttatbestand erfüllt und nicht fehlerfrei ist, diese nach §§ 142 Abs. 1, 119 Abs. 1 (analog) **anfechten** (dazu 1.-3.). Einen Sonderfall bildet die **Blankoerklärung** (dazu 4.).

§ 119 Abs. 1 zeigt deutlich, dass der **innere und der äußere Tatbestand nicht zwingend übereinstimmen müssen**. Würden sie sich immer decken, so wäre § 119 Abs. 1 ohne Bedeutung.

1. Innerer Handlungswille

- 89 Unstreitig erforderlich ist der innere Handlungswille. Wenn der, der äußerlich als „Erklärender“ erscheint, die Erklärung **nicht willensgesteuert oder überhaupt nicht abgegeben** hat, so liegt **keine Willenserklärung** vor.⁹⁵

- Bei willensbrechender Gewalt (**vis absoluta**) fehlt der innere Handlungswille. Das Risiko ihres Vorliegens trägt also der Erklärungsempfänger.

Beispiel: S führt die Hand des A und zwingt ihn, eine Bürgschaftsurkunde zu „unterschreiben“. – Es liegt keine Willenserklärung des A vor. Äußerlich liegt aus Sicht eines objektiven Empfängers, der die Urkunde betrachtet, zwar Handlungswille vor. Innerlich hatte A diesen Willen aber nicht.

⁹⁵ MünchKomm/Armbrüster, Vor § 116 Rn. 22; Palandt/Ellenberger Einf v § 116 Rn. 16.

- Bei nur zwingender Gewalt durch Drohung (**vis compulsiva**) besteht ein – wenn auch erzwungener – innerer Handlungswille. Allerdings ist diese gemäß § 123 Abs. 1 Var. 2 anfechtbar. § 122 Abs. 1 sieht keine Schadensersatzpflicht vor.

Beispiel: A unterschreibt eine Bürgschaftsurkunde, weil S dies mit gezückter Pistole verlangt.

Hat ein **Dritter** die Willenserklärung ohne Einverständnis des vermeintlich „Erklärenden“ so formuliert, dass es so aussieht, als habe dieser die Erklärung selbst abgegeben (**Handeln unter fremdem Namen**), so wird die Erklärung dem „Erklärenden“ mangels inneren Handlungswillens nicht zugerechnet. Dies gilt selbst dann, wenn er es durch fahrlässiges Verhalten ermöglicht hat, dass die Erklärung in den Verkehr gelangt ist – anders als in den sogleich unter 3. und 4. dargestellten Konstellationen.

90

Beispiel: N bestellt Waren und benutzt dabei den Namen des E, damit dieser die Rechnung erhält. – Äußerlich liegt Handlungswille des E vor, innerlich aber nicht. Es liegt keine Willenserklärung des E vor.

Hinweis: Während beim **Handeln in fremdem Namen** (also als Stellvertreter, §§ 164 ff.) offenkundig ist, dass ein Dritter handelt, ist dies beim **Handeln unter fremdem Namen** nicht erkennbar. Derjenige, unter dessen Namen gehandelt wird, kann die Erklärung allerdings nach h.M. analog § 177 Abs. 1 genehmigen, wenn der Dritte nicht zwecks bloßer **Namens-täuschung**, sondern zwecks **Identitätstäuschung** handelt. Näher dazu Rn. 311 ff.

2. Innerer Geschäftswille

Wenn der Erklärende inneren Handlungswillen und Erklärungsbewusstsein hat, aber sein **innerlich gebildeter Geschäftswille** über den Geschäftsinhalt **vom äußerlich erkennbaren Geschäftswillen abweicht**, so liegt unstreitig eine **Willenserklärung** vor.

91

Der **Inhalt** der Willenserklärung richtet sich auch in diesem Fall nach dem **äußeren Geschäftswillen**, um den Rechtsverkehr zu schützen. Allerdings kann der Erklärende seine Willenserklärung gemäß §§ 142 Abs. 1, 119 Abs. 1 Var. 2 **anfechten**. Er schuldet dann allerdings **Schadensersatz** nach Maßgabe des § 122.

Beispiel: Der M besichtigt zwei Wohnungen des V mit drei bzw. vier Zimmern und erklärt, er werde sich in den nächsten Tagen entscheiden. M will die 3-Zimmer-Wohnung mieten. Er schreibt dem V, er nehme die Wohnung im Obergeschoss. Dort befindet sich aber die 4-Zimmer-Wohnung. – Äußerlich liegt der Tatbestand einer Willenserklärung vor. Ausgelegt nach dem objektiven Empfängerhorizont (§§ 133, 157) bezieht sich der äußere Geschäftswille auf die 4-Zimmer-Wohnung im Obergeschoss. Innerlich hatte M Handlungswillen und Erklärungsbewusstsein, also liegt eine wirksame Willenserklärung bezüglich der 4-Zimmer-Wohnung vor. Wegen des abweichenden inneren Geschäftswillens ist die Erklärung aber nur schwebend wirksam und gemäß §§ 142 Abs. 1, 119 Abs. 1 Var. 2 anfechtbar.

Der Anfechtungsgrund des **§ 119 Abs. 1 Var. 1** greift hingegen, wenn innerer und äußerer Geschäftswille sich decken, aber der Erklärende über die Bedeutung oder Tragweite der Erklärung irrt. Die Anfechtung wird ausführlich behandelt in AS-Skript BGB AT 2.

3. Inneres (zumindest potenzielles) Erklärungsbewusstsein

Wollte der Handelnde mit seinem willentlichen Verhalten überhaupt **keine Willenserklärung abgeben**, so fehlt ihm das innere Erklärungsbewusstsein. Dieses entspricht also inhaltlich dem äußeren Rechtsbindungswillen. **Hätte** der Handelnde allerdings bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt **erkennen können**, dass sein Handeln von außen betrachtet als Erklärung mit Rechtsbindungswillen aufgefasst werden kann, so hat er zwar kein „echtes“, aber immerhin **potenzielles Erklärungsbewusstsein**. Dessen Folgen sind umstritten:

92

Vertragsschluss**Angebot und Annahme**

- Angebot/Antrag: einseitige Willenserklärung, auf Vertragsschluss gerichtet; inhaltlich so bestimmt/bestimmbar, dass Annahme durch „Ja“ erfolgen kann
 - Tod/Geschäftsunfähigkeit unbeachtlich, §§ 130 Abs. 2, 153
 - „freibleibend“: im Zweifel nur invitatio ad offerendum, im Einzelfall verbindliches Angebot mit Widerrufsvorbehalt (§ 145 Hs. 2)
- Annahme: uneingeschränkte Zustimmung zum Angebot
 - verspätete Annahme = neues Angebot (§ 150 Abs. 1); Frist kann vom Erklärenden (§ 148) oder gesetzlich (§ 147) festgelegt sein; Verspätung unbeachtlich bei für Anbietenden erkennbarer rechtzeitiger Absendung ohne Anzeige (§ 149)
 - Annahme mit Änderungen = Ablehnung und neues Angebot (§ 150 Abs. 2)
 - Zugang (nicht auch die Abgabe!) der Annahme kann entbehrlich sein (§ 151)

Willensübereinstimmung

- Totaldissens bzgl. essentialia negotii: kein Vertrag
- §§ 154, 155 bzgl. accidentalia negotii bei offenem oder verstecktem Dissens: Vertrag im Zweifel nicht geschlossen

Sonstiges Verhalten

- Fortsetzung eines Vertrags
- Realofferte und sozialtypisches Verhalten (Massengeschäfte, Daseinsvorsorge)
- Schweigen hat grundsätzlich keinen Erklärungswert; Ausnahmen:
 - Vereinbarung (beredtes Schweigen)
 - gesetzliche Anordnung
 - Pflicht zur Gegenerklärung aus § 242
 - kaufmännisches Bestätigungsschreiben

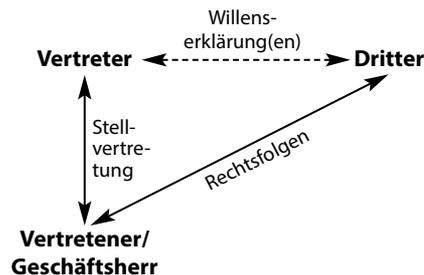
4. Teil: Vertretung, §§ 164 ff.

- 278 Die mit der Willenserklärung erstrebte Rechtsfolge tritt grundsätzlich in der Person des Erklärenden ein. Nach dem **Repräsentationsprinzip** kann das aber auseinanderfallen. Nach Maßgabe der §§ 164 ff. wirken Erklärungen des Vertreters (**Erklärungsvertretung** oder **Aktivvertretung**, § 164 Abs. 1) bzw. Zugänge bei ihm (**Empfangsvertretung** oder **Passivvertretung**, § 164 Abs. 3) nicht für und gegen ihn, sondern für und gegen den Vertretenen, der auch als **Geschäftsherr** bezeichnet wird.

Aufbauschema § 164 Abs. 1 u. 3

- **Zulässigkeit** der Stellvertretung
- **eigene Willenserklärung** des Vertreters **im Namen des Vertretenen**
Bei **Passivvertretung** spiegelbildlich eigene **Empfangszuständigkeit** des Vertreters (s. Rn. 125)
- mit **Vertretungsmacht**

279



Neben Vertreter und Vertretenen tritt oft ein **Dritter** auf. Bei der Empfangsvertretung gibt es stets einen Erklärenden und bei der Erklärungsvertretung bezüglich empfangsbedürftiger Willenserklärungen stets einen Adressaten. Bei Verträgen ist diese Person der **Vertragspartner** des Vertretenen, allgemeiner wird sie als **Geschäftspartner** oder **Geschäftsgegner** des Vertretenen bezeichnet.

1. Abschnitt: Zulässigkeit

- 280 Die Vertretung ist bei allen **nicht höchstpersönlichen Rechtsgeschäften** zulässig.

A. Rechtsgeschäft

- 281 Die §§ 164 ff. gelten nur für Rechtsgeschäfte **Willenserklärungen** (vgl. Wortlaut § 164 Abs. 1 S. 1 und Rn. 18 f.) und für rechtsgeschäftsähnliche Handlungen (vgl. Rn. 234).

Insbesondere gibt es **keine Stellvertretung**:

- bei der Ausführung von **Realakten**,
Beispiel: Der Eigentumserwerb gemäß §§ 946 ff. tritt unabhängig davon ein, wer die Verbindung vorgenommen hat und welchen Willen der Handelnde hatte.
- bei dem **Erwerb** oder der **Übertragung des Besitzes**
Die **dinglichen Einigung** nach § 929 S. 1 besteht aus zwei Willenserklärungen. Daher ist eine Stellvertretung möglich. Die von § 929 S. 1 geforderte **Übergabe** per Besitzübertragung ist hingegen keine Willenserklärungen, sondern ein Realakt. Eine Stellvertretung ist bei ihr nicht möglich. Stattdessen können Hilfspersonen nach anderen Regeln eingesetzt werden (**Besitzdiener**, § 855; **Besitzmittler**, § 868; **Geheißperson**, nicht normiert).²⁶⁶
- und bei **rechtswidrigen Handlungen**, dort gelten §§ 278 S. 1, 831, 31, 89.

²⁶⁶ Näher zu den Hilfspersonen bei der Übergabe AS-Skript Sachenrecht 1 (2017), Rn. 123 ff.

B. Höchstpersönlichkeit

Tritt jemand bei einem höchstpersönlichen Rechtsgeschäft als Vertreter auf, so ist die von ihm abgegebene Willenserklärung **ohne Genehmigungsmöglichkeit nichtig**. 282

Personen können vereinbaren, dass Rechtsgeschäfte zwischen ihnen höchstpersönlich getätigt werden müssen (**gewillkürte Höchstpersönlichkeit**).²⁶⁷ Ferner ist vor allem im Familien- und Erbrecht die Höchstpersönlichkeit **gesetzlich** angeordnet.

Beispiele: Eheschließung, § 1311; Anfechtung der Vaterschaft, § 1600 a Abs. 1; Errichtung einer Verfügung von Todes wegen, § 2064; Widerruf und Rücknahme eines Testaments, §§ 2254, 2064, 2256 Abs. 2 S. 2; Erbverzicht, §§ 2247 Abs. 2, 2351

2. Abschnitt: Eigene Willenserklärung im fremden Namen

Erklärungsvertreter ist nur, wer eine **eigene Willenserklärung** abgibt. Überbringt der Handelnde hingegen eine Erklärung des Geschäftsherrn, so ist er Bote (dazu A.). 283

Spiegelbildlich muss bei der **Passivvertretung** der Handelnde empfangszuständig sein.

Der Vertreter muss zudem **im fremden Namen** handeln. Er muss zum Ausdruck bringen, dass die Rechtsfolge seiner Willenserklärung nicht ihn, sondern den Geschäftsherrn treffen soll. Versäumt er dies, so wirkt die Erklärung für und gegen ihn (§ 164 Abs. 2; dazu B.).

A. Eigene Willenserklärung: Vertreter oder Bote?

Der Vertreter gibt eine eigene Willenserklärung ab, wohingegen der Bote lediglich eine fremde Willenserklärung überbringt. Eine eigene Willenserklärung einen **eigenen Entscheidungsspielraum** des Vertreters bezüglich der Frage, **ob** das Rechtsgeschäft überhaupt abgeschlossen werden soll, der Auswahl des **Geschäftspartners** und/oder des **Inhalts** des Rechtsgeschäfts. 284

Ist unklar, ob jemand als Vertreter oder Bote tätig geworden ist, ist sein Handeln **auszulegen**. Es ist auf das **äußere Auftreten** des Handelnden aus Sicht eines **objektiven Empfängers** abzustellen.²⁶⁸

- **Bote** ist danach derjenige, von dem der Geschäftspartner den Eindruck haben muss, er nehme nur eine **Übermittlungsfunktion** wahr.
- Sieht es hingegen so aus, dass der Handelnde eine **eigene, selbstständig formulierte Willenserklärung** abgibt, so liegt Vertretung selbst dann vor, wenn dem Vertreter diese Willenserklärung im Innenverhältnis zum Geschäftsherrn in allen Einzelheiten vorgegeben war (**Vertreter mit gebundener Marschroute**).

Im Zweifel ist von einer **Vertretung** auszugehen, insbesondere wenn ein Bote nicht wirksam auftreten könnte. 285

Beispiel: V schließt mit K formgerecht einen Kaufvertrag über ein Grundstück. In derselben Urkunde bevollmächtigt V den Bürovorsteher B des Notars, die Auflassungserklärung für ihn abzugeben. Nach Kaufpreiszahlung teilt V dem B mit, dass die Auflassung erfolgen könne. B erklärt daraufhin im Namen des V vor dem Notar die Auflassung gegenüber K. K wird als Eigentümer eingetragen. –

²⁶⁷ Palandt/Ellenberger Einf v § 164 Rn. 4.

²⁶⁸ Staudinger/Schilken Vorbem. zu §§ 164 ff. Rn. 74.

1. K ist gemäß §§ 873, 925 Eigentümer des Grundstücks geworden. Neben der Eintragung ist auch eine formgültige Auflassung erfolgt. § 925 Abs. 1 S. 1 verlangt keine höchstpersönlichen Erklärungen, aber **gleichzeitige Anwesenheit** der Personen, die die Erklärungen abgeben, also der Parteien oder ihrer **Vertreter**. B war als Vertreter des V anwesend. Obwohl dem B bezüglich des Inhalts der Auflassung und auch darüber, ob er die Auflassung erklären wollte, keine eigene Entscheidungsfreiheit zustand, hat er nach außen eine eigene Erklärung (namens des V) abgegeben.

2. Hätte B hingegen keine eigene, sondern eine fremde Willenserklärung – die des V – abgegeben, also als **Bote** gehandelt, so wäre die Erklärung formnichtig gemäß § 125 S. 1, da der Erklärende (nämlich V) nicht anwesend war.

I. Relevanz der Abgrenzung

286 Grundsätzlich werden auf den Boten die §§ 164 ff. analog angewendet, sodass die Abgrenzung zwischen Bote und Vertreter **keine Rolle** spielt.²⁶⁹

Die Abgrenzung zwischen **Aktivvertreter** und -bote ist aber, neben dem Beispiel aus der vorherigen Randnummer, in folgenden Fällen **von Bedeutung**:

- Vertreter kann gemäß **§§ 165, 106, 2** auch ein **beschränkt Geschäftsfähiger**, nicht jedoch ein Geschäftsunfähiger (§ 104) sein. Bote kann dagegen selbst der Geschäftsunfähige sein, wenn er zur tatsächlichen Überbringung der Erklärung in der Lage ist.
- Ist ein Rechtsgeschäft **formbedürftig**, muss bei der Aktivvertretung die Willenserklärung des Vertreters, bei der Aktivbotenschaft die Willenserklärung des Geschäftsherrn der Form genügen.
- Kommt es auf **Willensmängel** oder die **Kenntnis** oder das **Kennenmüssen** (§ 122 Abs. 2) von Umständen an, ist gemäß **§ 166 Abs. 1** grundsätzlich auf den Vertreter abzustellen. Bei der Botenschaft ist die Person des Geschäftsherrn entscheidend.

Wie in Rn. 128 ausgeführt hat die Abgrenzung im Fall der **Passivvertretung** bzw. -botenschaft auf den **Zugang an sich** keine Auswirkung. Sie beeinflusst aber den **Zeitpunkt** des Zugangs und den für die Auslegung maßgeblichen **Empfängerhorizont**.

Klausurhinweis: Ein häufiger Fehler ist es, ausführlich die Unterscheidung zu erörtern, obwohl sie auf das Ergebnis keinen Einfluss hat. Wenn etwa ein voll Geschäftsfähiger eine Erklärung für seinen Auftraggeber lange Zeit vor Fristablauf erhält, dann geht sie dem Auftraggeber rechtzeitig und wirksam zu, egal ob Botenschaft oder Vertretung vorliegt.

II. Auftreten des Vertreters als Bote und des Boten als Vertreter

287 Tritt der Bote weisungswidrig als Vertreter oder der Vertreter weisungswidrig als Bote auf, ist die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts davon abhängig, ob das getätigte Rechtsgeschäft **von der Boten- bzw. Vertretungsmacht gedeckt** ist.

Hinweis: Zum Verständnis sei bereits hier erwähnt, dass zwei (regelmäßig, aber nicht immer deckungsgleiche) Grenzen für den Handelnden bestehen (näher Rn. 331). Welche Rechtsfolgen er im **Außenverhältnis** zum Geschäftsgegner herbeiführen **kann**, bestimmt die Boten- bzw. Vertretungsmacht. Ob er diese Rechtsfolgen im **Innenverhältnis** zum Geschäftsherrn

²⁶⁹ Palandt/Ellenberger Einf v § 164 Rn. 11 f.

herbeiführen **darf**, bestimmt der mit ihm bestehende Arbeitsvertrag, Auftrag o.ä. Die folgende Differenzierung richtet sich nach dem Außenverhältnis.

1. Rechtsgeschäft innerhalb der Boten- bzw. Vertretungsmacht

Wenn der Handelnde nach der Weisung des Geschäftsherrn **als Vertreter tätig werden soll**, er nach außen aber – bewusst oder unbewusst – **als Bote aufgetreten** ist, wirkt die Willenserklärung für und gegen den Geschäftsherrn, falls die Rechtsfolgen identisch sind mit denen, die im Falle des Handelns als Vertreter eingetreten wären. Obwohl weder der Geschäftsherr (er hat die Willenserklärung nicht formuliert) noch der Handelnde (er hat eine in Wahrheit nicht existente Willenserklärung überbracht) eine Willenserklärung abgegeben haben, wird eine Bindung des Geschäftsherrn bejaht. Ihm kommt es nicht darauf an, wie das Rechtsgeschäft zustande kommt, sondern dass es zustande kommt. Zudem enthält die Vertretungsmacht a maiore ad minus eine Botenmacht.²⁷⁰

Auch hier greifen aber die Grundsätze des **Missbrauchs der Vertretungsmacht** (näher Rn. 379 ff.), wenn die Vertretungsmacht zwar im Außenverhältnis das Geschäft deckt, aber der Handelnde seine Kompetenzen im Innenverhältnis überschreitet.

Wenn der Handelnde **als Bote auftreten soll**, er aber nach außen – bewusst oder unbewusst – **als Vertreter aufgetreten** ist, wirkt die Willenserklärung ebenfalls für und gegen den Geschäftsherrn, wenn der Handelnde bezüglich des Inhalts des Rechtsgeschäfts weisungsgemäß tätig geworden ist. Auch hier steht für den Geschäftsherrn nicht der Ablauf des Geschäftsabschlusses, sondern sein Ergebnis im Vordergrund.²⁷¹

2. Rechtsgeschäft außerhalb der Boten- bzw. Vertretungsmacht

Tritt der als Bote Eingesetzte – bewusst oder unbewusst – **als Vertreter auf** und weicht er von der Erklärung des Geschäftsherrn ab, so handelt er (zwar mit Botenmacht, aber) ohne Vertretungsmacht. Es greifen die §§ 177–179 (näher zu diesen Rn. 405).²⁷²

Beispiel: K verhandelt mit V über den Ankauf eines Gemäldes. Später beauftragt K den Angestellten B, dem V mitzuteilen, dass er, K, das Bild für 17.000 € kaufe. B verhandelt mit V über die Kaufbedingungen. Er schließt nach längerem Hin und Her im Namen des K einen Kaufvertrag über 30.000 € ab. – B handelte als Vertreter ohne Vertretungsmacht, daher besteht zwischen K und V ein schwebend unwirksamer Kaufvertrag. Genehmigt K den Vertragsschluss (§§ 177 Abs. 1, 182, 184), dann wird K Vertragspartei. Anderenfalls haftet B dem V nach Maßgabe des § 179.

Handelt jemand als Bote und wird das Handeln nicht von der Boten- bzw. Vertretungsmacht gedeckt, so kann anstatt §§ 177–179 auch § 120 einschlägig sein: **291**

- **Weicht der Vertreter**, der als Bote auftritt, **unbewusst von der ihm erteilten Vollmacht ab**, gilt nach h.M.²⁷³ **§ 120**. Der Auftretende wird also so behandelt wie der als Bote Beauftragte. Die Willenserklärung wird dem Geschäftsherrn zunächst zugerechnet, §§ 177–179 sind nicht anwendbar. Er kann die Erklärung gemäß §§ 142 Abs. 1, 120 anfechten, haftet dann aber nach Maßgabe des § 122 auf Schadensersatz.

270 MünchKomm/Schubert § 164 Rn. 77.

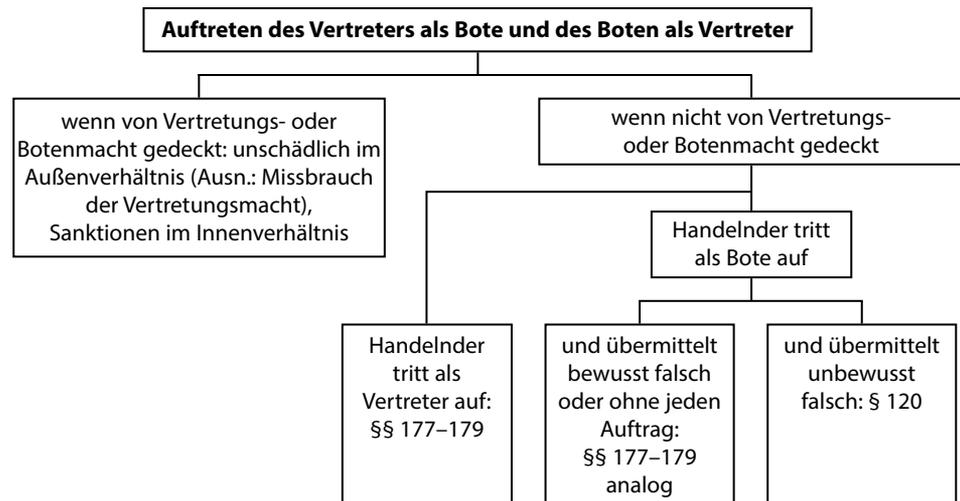
271 MünchKomm/Schubert § 164 Rn. 76.

272 MünchKomm/Schubert § 164 Rn. 78.

273 MünchKomm/Schubert § 164 Rn. 79 m.w.N.

- Wurde der als Bote Auftretende hingegen **überhaupt nicht beauftragt (Pseudobote)** oder wurde er **als Vertreter beauftragt und weicht er sodann bewusst ab** von seiner Vertretungsmacht, so sind die **§§ 177–179** nach h.M. **analog** anwendbar.²⁷⁴ Es besteht eine Regelungslücke, weil § 120 diese Fälle nicht erfasst. Ohne Beauftragung wird der Handelnde vom Geschäftsherrn nämlich nicht „zur Übermittlung verwendet“. Bei bewusster Abweichung „übermittelt“ der Handelnde zudem nicht eine fremde Erklärung „unrichtig“, sondern er verfälscht sie vorsätzlich.

Beispiel: H ist in begrenztem Umfang bevollmächtigt, für V Fahrzeuge zu verkaufen. H verhandelt namens V mit K über den Verkauf eines Pkw. Es kommt zu keiner Einigung. Einige Tage später ruft H bei K an und erklärt, sein Chef – V – lasse ausrichten, dass er an ihn, den K, das Fahrzeug zu den von K vorgeschlagenen Bedingungen verkaufe. Tatsächlich hat aber V den H weder konkret um die Übermittlung dieser Erklärung gebeten, noch ist sie allgemein von der Vollmacht des H gedeckt. – H ist zwar als Bote aufgetreten, aber bewusst von seiner Vertretungsmacht abgewichen, sodass § 120 nicht greift. Der Kaufvertrag ist aber mangels Vertretungsmacht ohnehin schwebend unwirksam, sodass auch **kein Bedürfnis** für V besteht, ihn **nach §§ 142 Abs. 1, 120 zu vernichten**. V kann vielmehr genehmigen (analog §§ 177 Abs. 1, 182, 184) und dadurch Vertragspartei werden. Andernfalls haftet H dem K nach Maßgabe des § 179 analog.



B. Offenkundiges Handeln im fremden Namen

- 292** Der Vertreter muss seinen Fremdwirkungswillen grundsätzlich **nach außen erkennbar äußern**. Es gilt das **Offenkundigkeitsprinzip**.
- 293** Eine nicht offengelegte sog. **mittelbare „Stellvertretung“** (z.B. durch einen Strohmännchen) ist also gerade kein Fall der §§ 164 ff. Sie entfaltet auf Verpflichtungsebene keine unmittelbaren Wirkungen zwischen dem „Vertretenen“ und dem Geschäftsgegner. Der „Vertreter“ muss die Folgen seines Geschäfts an den „Vertretenen“ weiterleiten.

Siehe Rn. 67 zur **Abgrenzung zu § 117 Abs. 1**. Ein weiteres **Beispiel** finden Sie in Rn. 439.

²⁷⁴ MünchKomm/Schubert § 164 Rn. 79 m.w.N.