

Prof. Dr. Georg Bitter

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Vorlesung BGB AT

Allgemeine Rechtsgeschäftslehre

§ 6 Schranken der Wirksamkeit von Rechtsgeschäften

www.georg-bitter.de

VORLESUNG BGB AT
Rechtsgeschäftslehre

Gliederung der Vorlesung

1. Einführung ins BGB + Grundlagen (§§ 1 + 2)
2. Aufbau juristischer Gutachten + Technik der Fallbearbeitung (§§ 3 + 4)
3. Rechtsgeschäfte, insbesondere Verträge (§ 5)
4. Trennungs- und Abstraktionsprinzip (§ 5 II 5)
- 5. Schranken der Wirksamkeit von Rechtsgeschäften (§ 6)**
6. Willenserklärung – Tatbestand und Auslegung (§ 7 I + II)
7. Willensmängel + Anfechtung (§ 7 III + IV)
8. Bedingung + Befristung (§ 8)
9. Geschäftsfähigkeit (§ 9)
10. Stellvertretung (§ 10)

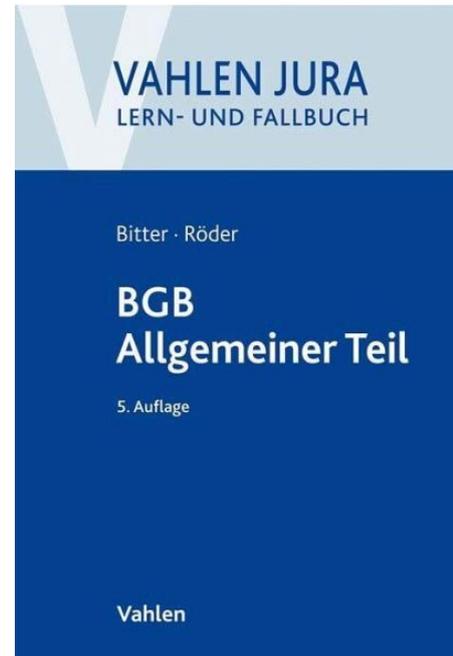
Hinweis: Die Angaben zu den §§ beziehen sich auf das Lehrbuch
von *Bitter/Röder*, BGB Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020 ⇒ Folie 3

Begleitlektüre:

Bitter/Röder, BGB Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020

Die Vorlesung und dieser Foliensatz beruhen auf dem o.g. Lehrbuch. Alle auf den Folien erwähnten durchnummerierten Fälle finden sich mit vollständig ausformulierter Lösung in diesem Buch.

Die auf den Folien rechts (oben) in **roter Schrift** angegebenen Fundstellen beziehen sich auf dieses Buch. An der angegebenen Stelle des Buchs kann der Inhalt der Folie vertieft werden.



Schranken der Wirksamkeit von Rechtsgeschäften (Überblick)

§ 6 Rn. 1

- Privatautonomie nicht grenzenlos
- Willenserklärungen und Rechtsgeschäfte daher u.U. nichtig nach
 - § 125 BGB bei Formverstoß ⇒ Folien 5 ff.
 - § 134 BGB bei Verstoß gegen Verbotsgesetz ⇒ Folien 22 ff.
 - § 138 BGB bei Sittenwidrigkeit ⇒ Folien 33 ff.
 - §§ 105, 106 BGB bei Geschäftsunfähigkeit oder beschränkter Geschäftsfähigkeit → später in § 9 zur Geschäftsfähigkeit
- weitere Grenzen der Privatautonomie z.B. bei vorformulierten Vertragsbedingungen (AGB; §§ 305 ff. BGB) und im Verbraucherschutzrecht (§§ 312 ff., 355 ff., 491 ff. BGB) ⇒ Schuldrecht AT

1. Sinn und Zweck der Formgebote

- Grundsatz: Rechtsgeschäfte können formlos vorgenommen werden
- teilweise bestehen Formgebote
 - schuldrechtliche Verträge: z.B. §§ 311b, 518, 766 BGB
 - dingliche Verträge: z.B. § 925 I BGB
 - streng einseitige Rechtsgeschäfte: z.B. § 2247 BGB
- v.a. Schutz vor Übereilung und Beweisfunktion
- bei notarieller Beurkundung auch Beratungsfunktion
- Schutz von Drittinteressen (Steuern, Notargebühren)

2. Arten der Form

a) gesetzliche Form

- Schriftform (§ 126 BGB)
 - ⇒ Urkunde muss schriftlich abgefasst sein; Herstellung gleichgültig
 - ⇒ Unterzeichnung macht den Aussteller der Urkunde erkennbar. Sie stellt eine unzweideutige Verbindung zwischen der Urkunde und dem Aussteller her (**Identitätsfunktion**), gewährleistet, dass die Erklärung inhaltlich vom Unterzeichner herrührt (**Echtheitsfunktion**) und ermöglicht dem Empfänger die Prüfung, wer die Erklärung abgegeben hat und ob die Erklärung echt ist (**Verifikationsfunktion**).
 - (–) bei elektronischem Schreibtablett (OLG München NJW 2012, 3584, 3585)

- Schriftform (§ 126 BGB) – Fortsetzung
 - ⇒ bei Vertrag: Unterzeichnung auf derselben Urkunde
 - Ausnahme z.B. § 492 I 2 BGB beim Verbraucherkredit
 - ⇒ bei einseitig verpflichtendem Vertrag ggf. Form nur für die Erklärung des sich Verpflichtenden
 - Beispiel: Bürgschaft (§ 766 BGB)
 - ⇒ gesetzliche Ausnahme vom Formgebot: § 350 HGB
 - Vorlesung Handelsrecht
- ⇒ *Fall Nr. 26 – Papas Bester*

Fall Nr. 26 – Papas Bester

Student S ist froh darüber, einen Studienplatz in Mannheim bekommen zu haben. Er hat von den tollen Parties auf dem Schneckenhof gehört und von dem regen Nachtleben, welches sich in den Clubs und Bars in Mannheim abspielt. Als beliebte Anlaufstellen wurden ihm unter anderem die „Onkel Otto Bar“ im Jungbusch, das „S.U. I. T. E.“ am Bahnhof und für die After-Schneckenhof-Party „Das Zimmer“ in den Quadraten genannt. Er schaut sich den Stadtplan von Mannheim an und fasst den Entschluss, eine Wohnung in den Quadraten zu mieten, da er von dort aus all diese „Locations“ gut erreichen kann. Selbstverständlich gehören die Wohnungen dort nicht zu den günstigsten und auch die Vermieter haben mitunter keine guten Erfahrungen gemacht mit partywütigen Studenten, die ihre Miete nicht zahlen können, weil sie mal wieder zu viel Geld für Freizeitaktivitäten ausgegeben haben. Daher verlangt Vermieter X, der eine freie Wohnung hat (34 m², 380 EUR Kaltmiete monatlich), die S sehr gut gefällt, eine Mietbürgschaft für drei Kaltmieten. S kann seinen Vater V, einen Apotheker, überzeugen, die von X verlangte Mietbürgschaft zu übernehmen. V unterschreibt handschriftlich eine Bürgschaftserklärung, in der er angibt, für den Betrag von drei Kaltmieten bürgen zu wollen. Diese Bürgschaftserklärung sendet er per Fax an X, wo die Erklärung ohne Antwort an V abgeheftet wird.

Es kommt, wie es kommen muss: S macht gleich im ersten Semester den „großen Schneckenhof-schein“ und tanzt und trinkt sich vorwiegend durch die Nächte. Darunter leidet sein Budget derart, dass er mittlerweile mit drei Monatsmieten in Verzug ist. Daraufhin besorgt sich X einen vollstreck-baren Titel und schickt den Gerichtsvollzieher los. S hat allerdings in seiner Wohnung ganze Arbeit geleistet: die IKEA-Möbel, die er zum Einzug gekauft hatte, sind mittlerweile in einem desolaten Zustand, da er sie nicht pfleglich behandelte. Wertgegenstände befinden sich nicht in der Wohnung, abgesehen von den leeren Mehrweg-Bierflaschen, die große Teile des Bodens bedecken. Der Gerichtsvollzieher muss unverrichteter Dinge abziehen und X die Nachricht überbringen, dass er keine Wertgegenstände pfänden konnte. Daraufhin wendet sich X an V und verlangt Zahlung von 1.140 EUR (= 3 x 380 EUR). Zu Recht?

Abwandlung: Macht es einen Unterschied, wenn V die Bürgschaftserklärung auf dem Briefpapier seiner Apotheke an X faxt?

- elektronische Form (§ 126a BGB) § 6 Rn. 10-11a
 - ⇒ kann die Schriftform ersetzen (§ 126 III BGB ⇔ § 766 Satz 2 BGB), wenn der Erklärungsempfänger einverstanden ist (auch konkludent)
 - ⇒ qualifizierte elektronische Signatur nach Signaturgesetz erforderlich
- ⇒ Fall 27 – *Miete & Mails*
- Textform (§ 126b BGB)
 - ⇒ Lesbarkeit; keine Unterschrift erforderlich; Person des Erklärenden muss aber genannt werden; dauerhafter Datenträger
 - ⇒ Beispiele: §§ 312h a.E., 477 II, 558a, 613a V BGB
 - ⇔ nur ein dauerhafter Datenträger wird gefordert in §§ 492 V, 504 II 2, 505 I 1, II BGB
- ⇒ Fall Nr. 28 – *Mobilfunkvertrag auf Irrwegen*

Fall Nr. 27 – Miete & Mails

Vermieter V kündigt Mieter M per E-Mail den Mietvertrag über dessen Wohnung. V hatte dazu die Kündigung in eine Textdatei gepackt, diese mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen und seinen Namen hinzugefügt. Die Parteien hatten auch in der Vergangenheit nahezu die gesamte Korrespondenz über E-Mail abgewickelt. Beispielsweise wurde die Verlängerung des Mietvertrages, der ursprünglich befristet war, per E-Mail und einer Textdatei, versehen mit qualifizierten elektronischen Signaturen, vereinbart. M stellt sich nun auf den Standpunkt, die Kündigung sei unwirksam. Zu Recht?

Fall Nr. 28 – Mobilfunkvertrag auf Irrwegen

Handybesitzerin H hat seit mehreren Jahren einen sehr vorteilhaften Mobilfunkvertrag bei dem Telefonanbieter P₃. Sie erhält einen Anruf vom Callcenter des Konkurrenzunternehmens K. Darin werden ihr die angeblich viel günstigeren Tarife von K erläutert. Zum Schluss des Gesprächs erklärt sich H mit einem Anbieterwechsel einverstanden. Die Mitarbeiterin des Callcenters bietet H, um ihr den Wechsel noch leichter zu machen, an, „die Formalitäten des Anbieterwechsels mit P₃ unmittelbar zu klären“. Dazu erteilt H am Telefon ihr Einverständnis.

Entsprechend erklärt K im Namen von H die Kündigung des Mobilfunkvertrags mit P₃. H erhält nur wenige Tage nach dem Telefonanruf eine neue SIM-Karte von K zugeschickt mit dem Hinweis, dass sie den Tarif „Future Light“ gebucht habe. Dies nimmt sie zum Anlass, sich auf der Homepage von K über jenen Tarif zu informieren und stellt dabei fest, dass der Tarif für ihr Nutzungsverhalten überhaupt nicht günstiger ist als ihr vorheriger Tarif bei P₃. Sie erklärt daher gegenüber K den Widerruf des neuen Mobilfunkvertrags gemäß § 312g I BGB und bittet P₃, den alten Vertrag fortzusetzen. Dort muss sie jedoch erfahren, dass ihr alter Tarif nicht mehr neu abgeschlossen werden kann und der Altvertrag nunmehr gekündigt sei. H besteht jedoch auf Fortsetzung des früheren Tarifs. Zu Recht?

Bearbeitervermerk: Es ist davon auszugehen, dass der Vertrag zwischen H und P₃ eine Kündigungs-möglichkeit vorgesehen hat und deren Voraussetzungen eingehalten wurden.

- Notarielle Beurkundung
 - ⇒ getrennte Beurkundung von Vertragserklärungen reicht (§ 128 BGB)
 - keine Anwendung, wenn nur eine der Erklärungen formbedürftig ist (z.B. bei § 518 BGB)
 - ⇒ bei einseitig verpflichtendem Vertrag ggf. Form nur für die Erklärung des sich Verpflichtenden
 - Beispiel: Schenkung (§ 518 BGB)
- ⇒ *Fall Nr. 29 – Das Geschwätz von gestern*
- Öffentliche Beglaubigung (§ 129 BGB)
 - ⇒ z.B. in §§ 77, 403, 411 BGB verlangt
- Eingeschriebener Brief
 - ⇒ z.B. in § 21 I 2 GmbHG verlangt (BGHZ 212, 104 = ZIP 2016, 2311)

Fall Nr. 29 – Das Geschwätz von gestern

Opa O schreibt an seinen Enkel E: „Mein lieber E, hiermit schenke ich dir mein Auto. Du kannst es dir holen, wann immer du willst. Ich werde meinen Führerschein abgeben und benötige es daher nicht mehr.“ E ist hocherfreut, ruft gleich bei O an und vereinbart den Übergabetermin für die nächste Woche. Als E dann bei O vorbeikommt, sagt dieser, er habe es sich anders überlegt. Er wolle seinen Führerschein doch behalten und benötige das Auto daher.

Kann E von O Übereignung des Autos verlangen?

Abwandlung: O hat E das Auto gegeben. Nach drei Wochen meint er jedoch, wieder Auto fahren zu wollen, und verlangt von E das Auto heraus.

Kann O von E Herausgabe des Autos verlangen?

b) Vereinbarte Form (§ 127 BGB)

- ein nicht formbedürftiges Geschäft kann durch Vereinbarung der Parteien formbedürftig werden (Privatautonomie)
- auch gesetzlich nicht vorgesehene Formarten können vereinbart werden
 - ⇒ z.B. Handschlag vor Zeuge unter Benennung des Vertragsinhalts
 - ⇒ in der Praxis häufig: „mittels eingeschriebenen Briefes“ ⇒ Auslegung, ob Übergabe-Einschreiben erforderlich oder Einwurf-Einschreiben genügt (vgl. BGHZ 212, 104, 107 f. = ZIP 2016, 2311, Rn. 11 ff.)
 - ⇒ im Zweifel gelten aber §§ 126 ff. BGB
 - ⇒ teilweise Formerleichterungen in § 127 II, III BGB

3. Folge eines Formverstoßes

a) Verstoß gegen gesetzliches Formgebot:

Nichtigkeit (§ 125 Satz 1 BGB)

- rechtshindernde Einwendung = Geschäft erzeugt keine Rechtswirkungen
- Nichtigkeitsfolge teilweise korrekturbedürftig; daher: Berufung auf Formunwirksamkeit u.U. Verstoß gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB)
 - ⇒ Rspr. verlangt, dass die Nichtigkeitsfolge „nicht nur hart, sondern schlechthin untragbar ist“ (BGH NJW-RR 2017, 596, Rn. 12)
 - etwa bei Ausnutzen einer Machtposition oder bei arglistiger Täuschung über das Formerfordernis
 - ❖ BGH NJW 2017, 3772 (Rn. 24): „schuldhaft von der Einhaltung der Schriftform abgehalten“

- ⇒ Literatur bildet z.T. Fallgruppen
- arglistige Täuschung der einen Partei über Formerfordernis
⇒ keine Nichtigkeit
 - fahrlässige Unkenntnis beider Parteien vom Formerfordernis
⇒ Nichtigkeit
 - bei Kenntnis beider Parteien vom Formerfordernis
⇒ Nichtigkeit (selbst bei Ausnutzung einer Machtstellung)
(vgl. BGH NJW-RR 2017, 596, Rn. 15: grobe Fahrlässigkeit genügt)
- ⇒ *Fall Nr. 30 – Edelmannswort*

Fall Nr. 30 – Edelmannswort

K ist Kollege von V und möchte von diesem ein Hausgrundstück kaufen. Bei einem Ausritt einigt man sich mündlich auf einen Kaufpreis i. H. v. 100.000 EUR. Nach dieser Einigung fragt K mehrfach bei V nach, um sich von der Ernstlichkeit der Aussage von V zu überzeugen. V antwortete K darauf sinngemäß: Bei ihm „herrschten nicht die Sitten des Pöbels der Unterschicht, er sei von Adel“ und K könne sich auf das von ihm (V) gegebene Wort verlassen, denn er habe es noch nie gebrochen. Als K dann V aufsuchte, um mit ihm zum Notar zu gehen, sagte V, dass sein „Edelmannswort“ so gut sei wie ein Vertrag, daher sei die notarielle Beurkundung nicht nötig. Während des gesamten Zeitraums war sich K ebenso wie V über die Formbedürftigkeit des Grundstückskaufvertrages bewusst. V hatte auch bei Abgabe seiner Versprechen vorgehabt, das Grundstück aufzulassen, allerdings hatte er sich dann später anders entschieden. Als V keine Anstalten macht, das Grundstück aufzulassen, verklagt ihn K.

Kann K von V Auflassung (vgl. § 925 BGB) des Hausgrundstücks verlangen?

- Heilung eines Formverstoßes ist möglich
 - ⇒ § 311b I 2 BGB (Kaufvertrag über ein Grundstück)
 - ⇒ § 518 II BGB (Schenkungsversprechen)
 - ⇒ § 766 Satz 3 BGB (Bürgschaft)
 - ⇒ Voraussetzung der Heilung ist ein ansonsten – vom Formmangel abgesehen – wirksames Geschäft (BGH ZIP 2016, 2069, Rn. 29 f.)
 - ⇒ keine Heilung in anderen als den im Gesetz ausdrücklich bestimmten Fällen (BGH NJW 2017, 885 zu § 311b III BGB)
- ⇒ *Fall Nr. 29 – Das Geschwätz von gestern*

b) Verstoß gegen vereinbartes Formgebot: im Zweifel Nichtigkeit nach § 125 Satz 2 BGB

- vereinbartes Formgebot kann aufgehoben werden
- auch konkludente Aufhebung möglich
 - ⇒ Beispiel: Betriebliche Übung im Arbeitsrecht wird als konkludentes Vertragsangebot gewertet
 - Arbeitnehmer nimmt es konkludent an (§ 151 BGB beachten!)
 - einfache Schriftformklausel im Arbeitsvertrag kann Entstehen betrieblicher Übung nicht verhindern

§ 6 Rn. 24-24a

- doppelte Schriftformklausel: „Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages bedürfen der Schriftform. Dies gilt auch für die Änderung dieser Schriftformklausel.“
 - ❖ **BAG ZIP 2008, 2035**: mittels AGB vereinbarte doppelte Schriftformklausel kann Entstehung der betrieblichen Übung nicht verhindern (Argument: § 305b BGB)
 - ebenso BGH ZIP 2017, 2107 für die wirksame mündliche Änderung eines Gewerberaummietvertrags mit doppelter Schriftformklausel ⇒ Folge: § 550 BGB nicht eingehalten
 - ❖ **BAG NZA 2003, 1145**: individualvertraglich vereinbarte doppelte Schriftformklausel kann hingegen Entstehung betrieblicher Übung verhindern

§ 6 Rn. 25 ff.

1. Grundlagen

- Einschränkung der Privatautonomie
- Verbotsgesetz?
 - durch Auslegung ermitteln, ob Verbotsgesetz vorliegt
 - jedes materielle Gesetz kann Verbotsgesetz sein (Art. 2 EGBGB)
- Verbot kann sich gegen Inhalt oder Umstände des Geschäfts richten
- Gedanke: Einheit der Rechtsordnung ⇒ was verboten ist, soll nicht zum schuldrechtlichen Gebot werden

2. Prüfungsreihenfolge

- a) Liegt ein Verbotsgesetz vor?
- b) Verstößt das Geschäft gegen das Verbotsgesetz?
- c) Sieht das Gesetz die Nichtigkeit oder eine andere Rechtsfolge vor?
 - Enthält das Verbotsgesetz bereits selbst die Nichtigkeitsfolge oder eine andere Rechtsfolge?
 - Wenn nein, verlangen Sinn und Zweck (= Auslegung) des Verbotsgesetzes die Nichtigkeit des Geschäfts?

3. Rechtsfolgen eines Verstoßes

§ 6 Rn. 27-30

- von Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes her zu bestimmen
- mögliche Differenzierungen:
 - Inhalts- und Vornahmeverbote
 - ⇒ Inhaltsverbot richtet sich gegen den Erfolg des Geschäfts
Beispiel: Auftrag zum Mord
 - ⇒ Vornahmeverbot betrifft die missbilligten Begleitumstände
Beispiel: Verstoß gegen § 3 Satz 1 LadSchIG: allenfalls Vornahmeverbot
 - absolute und relative Verbote: ähnliche Unterscheidung wie zuvor
 - einseitige und beiderseitige Verbote ⇒ Folie 26
- ⇒ *Fall Nr. 31 – Pablo Escobars Erben*

Fall Nr. 31 – Pablo Escobars Erben

Junkie J ist in den Genuss einer Erbschaft gekommen. Er ruft seinen Dealer D auf einem seiner fünf Handys an und bestellt bei ihm ein Kilo Kokain.

Hat J einen Anspruch auf Übereignung und Übergabe von einem Kilo Kokain?

Abwandlung: D übergibt J das Kokain mit den Worten „Da, nimm es! Gehört dir. Viel Spaß damit!“ Wer ist Eigentümer des Kokains?

§ 29 I Betäubungsmittelgesetz (BtMG) lautet auszugsweise:

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

1. Betäubungsmittel unerlaubt anbaut, herstellt, mit ihnen Handel treibt, sie, ohne Handel zu treiben, einführt, ausführt, veräußert, abgibt, sonst in den Verkehr bringt, erwirbt oder sich in sonstiger Weise verschafft, ...

3. Rechtsfolgen eines Verstoßes

§ 6 Rn. 31-31d

- von Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes her zu bestimmen
 - bei *einseitigen* Verbotsgesetzen (Rechtsgeschäft nur für einen Teil verboten) ⇒ i.d.R. Wirksamkeit (Ausnahmen nach Sinn + Zweck möglich: Folie 27 und BGH ZIP 2016, 1443 zu § 43a Abs. 4 BRAO: an Rechtsanwälte gerichtetes Verbot, widerstreitende Interessen zu vertreten)
 - ⇒ **BGH NJW-RR 2004, 1545:** Anordnung des Reichsaufsichtsamts für Privatversicherung v. 8.3.1934 betreffend Lebensversicherung verbietet Versicherungsvertreter die Provisionsteilung ⇒ Verstoß führt nicht zur Nichtigkeit einer solchen Teilungsvereinbarung
 - bei *beiderseitigen* Verbotsgesetzen (Rechtsgeschäft für beide Teile verboten, insbes. strafbar) ⇒ i.d.R. Nichtigkeit
 - ⇒ Beispiel: Zahlungsverprechen für Tötung einer Person (§ 211 StGB)

3. Rechtsfolgen eines Verstoßes

§ 6 Rn. 31c

➤ Wichtiger Fall: **Schwarzarbeit**

- BGHZ 198, 141 = NJW 2013, 3167:
 - ⇒ § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG als Verbotsgesetz für Werkverträge ohne Erfüllung der steuerlichen Pflichten
 - ⇒ Nichtigkeit gemäß § 134 BGB, wenn der Unternehmer vorsätzlich handelt und der Besteller den Verstoß des Unternehmers kennt und bewusst zum eigenen Vorteil ausnutzt
 - ⇒ keine Mängelansprüche des Bestellers, auch nicht nach § 242 BGB
- BGHZ 201, 1 = NJW 2014, 1805:
 - ⇒ bei Verstoß auch kein bereicherungsrechtlicher Anspruch des Unternehmers gegen den Besteller auf Wertersatz ⇒ der Unternehmer bekommt kein Geld für seine erbrachte Leistung

3. Rechtsfolgen eines Verstoßes

§ 6 Rn. 31c

➤ Wichtiger Fall: **Schwarzarbeit**

- BGHZ 206, 69 = NJW 2015, 2406:
 - ⇒ Bei einem Verstoß des Werkvertrags gegen das Verbot des § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG steht dem Besteller, der den Werklohn bereits gezahlt hat, gegen den Unternehmer kein Rückzahlungsanspruch aus Bereicherungsrecht zu (§ 817 Satz 2 BGB).
- BGHZ 214, 228 = NJW 2017, 1808:
 - ⇒ Ein zunächst nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstoßender Werkvertrag kann auch dann nach § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG, § 134 BGB nichtig sein, wenn er nachträglich so abgeändert wird, dass er nunmehr von dem Verbot des § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG erfasst wird.

⇒ *Fall Nr. 32 – Schwarzes Bad*

Fall Nr. 32 – Schwarzes Bad

A lässt sich von B das Bad fliesen. Er weiß dabei nicht, dass B den Werklohn nicht versteuert, also „schwarz“ arbeitet, denn dies hatte B ihm nicht gesagt. Nach Fertigstellung der Arbeiten nimmt A das Bad ab. B hat allerdings mangelhaft gearbeitet, wie sich nach ein paar Tagen zeigt: Wasser dringt in die untere Etage durch und einige Fliesen fallen von der Wand. A verlangt von B, das nicht fachgerecht geflieste Bad in einen ordnungsgemäßen Zustand zu versetzen; B hingegen weigert sich, dies zu tun.

Kann A von B gemäß §§ 633, 634 Nr. 1, 635 BGB Nacherfüllung verlangen?

Abwandlung 1: Wie wäre der Fall zu beurteilen, wenn A und B vereinbart hätten, dass B die Arbeiten für A „ohne Rechnung“ durchführt?

Abwandlung 2: Wie wäre es, wenn sich A und B erst nachträglich – nach Durchführung der Arbeiten – darauf geeinigt hätten, dass B dem A für die Arbeiten keine Rechnung schreibt und im Gegenzug ein Preisnachlass gewährt wird?

Auszug aus dem Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung:

§ 1 Zweck des Gesetzes

- (1) Zweck des Gesetzes ist die Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung.
- (2) Schwarzarbeit leistet, wer Dienst- oder Werkleistungen erbringt oder ausführen lässt und dabei
 1. als Arbeitgeber, Unternehmer oder versicherungspflichtiger Selbstständiger seine sich auf Grund der Dienst- oder Werkleistungen ergebenden sozialversicherungsrechtlichen Melde-, Beitrags- oder Aufzeichnungspflichten nicht erfüllt,
 2. als Steuerpflichtiger seine sich auf Grund der Dienst- oder Werkleistungen ergebenden steuerlichen Pflichten nicht erfüllt,
 3. als Empfänger von Sozialleistungen seine sich auf Grund der Dienst- oder Werkleistungen ergebenden Mitteilungspflichten gegenüber dem Sozialleistungsträger nicht erfüllt,
 4. als Erbringer von Dienst- oder Werkleistungen seiner sich daraus ergebenden Verpflichtung zur Anzeige vom Beginn des selbstständigen Betriebes eines stehenden Gewerbes (§ 14 der Gewerbeordnung) nicht nachgekommen ist oder die erforderliche Reisegewerbekarte (§ 55 der Gewerbeordnung) nicht erworben hat oder
 5. als Erbringer von Dienst- oder Werkleistungen ein zulassungspflichtiges Handwerk als stehendes Gewerbe selbstständig betreibt, ohne in der Handwerksrolle eingetragen zu sein (§ 1 der Handwerksordnung).
- (3) ...

§ 8 Bußgeldvorschriften

(1) Ordnungswidrig handelt, wer

1. ...

d) der Verpflichtung zur Anzeige vom Beginn des selbstständigen Betriebes eines stehenden Gewerbes (§ 14 der Gewerbeordnung) nicht nachgekommen ist oder die erforderliche Reisegewerbekarte (§ 55 der Gewerbeordnung) nicht erworben hat oder

e) ein zulassungspflichtiges Handwerk als stehendes Gewerbe selbstständig betreibt, ohne in die Handwerksrolle eingetragen zu sein (§ 1 der Handwerksordnung) und Dienst- oder Werkleistungen in erheblichem Umfang erbringt oder

2. Dienst- oder Werkleistungen in erheblichem Umfang ausführen lässt, indem er eine oder mehrere Personen beauftragt, die diese Leistungen unter vorsätzlichem Verstoß gegen eine in Nummer 1 genannte Vorschrift erbringen.

§ 6 Rn. 33-34

4. Gesetzesumgehung

- kein Verstoß gegen den Wortlaut des Verbotsgesetzes, aber das Ergebnis läuft ihm zuwider
- wenn keine Regelung vorhanden ist, muss eventuell das Verbotsgesetz analog angewandt werden
 - Beispiel: § 14 V HeimG verbietet den Mitarbeitern eines Pflegeheims, sich geldwerte Vorteile von Bewohnern gewähren zu lassen.
 - ⇒ Erbeinsetzung des Ehepartners eines Mitarbeiters als Umgehungsgeschäft gemäß § 134 BGB i.V.m. § 14 V HeimG analog nichtig

1. Grundtatbestand des § 138 I BGB

- Beschränkung der Privatautonomie, um deren Missbrauch zu verhindern
- Definition aus RGZ 48, 114, 124: Verstoß gegen das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“
- Ermittlung der herrschenden Moralvorstellungen ist offenes Wertungsproblem; dadurch hochgradig subjektive Ergebnisse
- Begriff der „guten Sitten“ unterliegt stetigem Wandel
 - ❖ Grenzfall: Vertrag zur Erbringung sexueller Leistungen durch eine Prostituierte; nach BGH NSTz 2015, 699 (Rn. 7) immer noch sittenwidrig; erst *nach* Erbringung der „Leistungen“ entstehe ein rechtswirksamer Entgeltanspruch (§ 1 Satz 1 ProstG)

- Subjektives Element bei § 138 I BGB
 - sittenwidrig Handelnder muss sein Verhalten nicht selbst als sittenwidrig einstufen
 - grundsätzlich reicht die Kenntnis von den die Sittenwidrigkeit begründenden Umständen
 - ⇒ Literatur z.T.: auf Kenntnis der Umstände kann es nur ausnahmsweise ankommen
 - ⇒ Literatur z.T. und Rspr. verlangen größtenteils Kenntnis oder lassen grob fahrlässige Unkenntnis der Umstände genügen

- **Fallgruppenbildung** wegen Weite der Generalklausel **§ 6 Rn. 41 ff.**
- **Verträge mit deutlich überhöhtem Preis / Zins**
(wucherähnliches Geschäft; Problem: Verhältnis zu § 138 II BGB)
 - Darlehensverträge mit überhöhten Zinsen
 - ⇒ auffälliges Missverhältnis bei Überschreitung des Marktzinses relativ um 100 % (= Verdoppelung) oder absolut um 12 %
 - Beispiel 1: Marktzins: 3 %; Vertragszins: 7 %
 - Beispiel 2: Marktzins: 12 %; Vertragszins: 24 %
 - Beispiel 3: Marktzins: 13 %; Vertragszins: 25 %
 - BGH ZIP 2017, 170 (Rn. 32 f.): Mindestgebühr bei Kontoüberziehung von 2,95 € ⇒ bei Überziehung von 10 € für 1 Tag liegt der Zinssatz bei 10.767,5 % ⇒ § 138 BGB (+); Kritik: Marktvergleich in Bezug auf die Mindestgebühr erforderlich

- sonstige Verträge, bei denen der Wert der Leistung mindestens doppelt so hoch ist wie der Wert der Gegenleistung (BGH NJW 2012, 1570 [Rn. 8])**§ 6 Rn. 43a-43b**
 - ⇒ Verkehrswertüberschreitung von 90 %
 - ❖ BGH NJW 2014, 1652 (Rn. 8); NJW 2015, 1510 (Rn. 19)
 - ❖ m.E. besser, generell auf 100 % abzustellen
 - ⇒ Verkehrswertunterschreitung von 90 %
 - ❖ BGH NJW 2014, 1652 (Rn. 8); NJW 2015, 1510 (Rn. 19)
 - ❖ der Wert ist eindeutig falsch; richtig ca. 47 %; noch besser: 50 %

§ 6 Rn. 44-44a

- Unterschreitung des Tariflohns (Lohnwucher)
 - ⇒ auffälliges Missverhältnis, wenn die Arbeitsvergütung nicht einmal zwei Drittel eines in der betreffenden Branche und Wirtschaftsregion üblicherweise gezahlten Tariflohns erreicht
 - ❖ BAGE 130, 338 = NZA 2009, 837 (§ 138 I und II BGB)
 - ❖ BAGE 150, 223 (angestellter Rechtsanwalt)
- Honorare von Anwälten (BGH ZIP 2016, 2479)
 - ⇒ gesetzliche Gebühren nach RVG sind allein kein geeigneter Vergleichsmaßstab, weil sie nicht in allen Fällen die marktangemessene Vergütung abbilden (im Fall: 24.581,50 € ⇔ 3.733,03 €)
 - ⇒ bei Pauschalhonorar ist zu fragen, wie groß der Arbeitsaufwand *ex ante* erschien und ob der sich daraus ergebende (hypothetische) Stundensatz sittenwidrig überhöht wäre

§ 6 Rn. 43d

- andere wucherähnliche Geschäfte
- Achtung: Besonderheiten beim **Schnäppchenkauf**, z.B. auf Flohmärkten oder bei (Internet-)Auktionen
 - ⇒ zur Annahme einer verwerflichen Gesinnung sind weitere Umstände neben einem groben Missverhältnis erforderlich
 - ❖ BGH NJW 2015, 548 (Rn. 9): Ersteigerung eines KFZ im Wert von 5.250 € zum Preis von 555,55 €
 - ❖ BGHZ 211, 331, 346 f. = ZIP 2017, 21 (Rn. 43): Ersteigerung eines KFZ für 1,50 EUR statt 17.000 EUR wegen sog. „Shill Biddings“

- Bürgschaften von Familienangehörigen
 - Bürgschaft einer nicht erwerbstätigen Ehefrau bzw. eines Kindes für das Gewerbe des Ehemanns bzw. Vaters; bei krasser Überforderung (Ehefrau bzw. Kind kann nicht einmal die Zinsen bedienen) besteht eine Vermutung, dass die Bürgschaft nur aus familiärer Verbundenheit übernommen wurde und die Bank dies ausgenutzt hat
 - Details im Kreditsicherungsrecht
- Schmiergelder
- Knebelverträge (z.B. Bierlieferungsverträge mit 25 Jahren Laufzeit)
- offene Schneeballsysteme (*Bitter/Heim*, ZIP 2010, 1569, 1570 f.)
- Ausnutzung einer Monopolstellung

- **Problem:** Kollusion/Verleitung zum Vertragsbruch
 - Sittenwidrigkeit von Geschäften, durch welche die Vertragsparteien einen Dritten bewusst und gewollt schädigen (Kollusion)
 - keine Kollusion liegt allein darin, einen anderen zum Bruch seines Vertrags mit einem Dritten zu bewegen (BGH MDR 2018, 856, Rn. 24)
 - ❖ Beispiel: Angebot eines höheren Kaufpreises durch Zweitkäufer nach Erstverkauf und noch fehlender Übereignung der Kaufsache (*Fall Nr. 23 – Feine Freunde*)
 - aber Sittenwidrigkeit bei Vertragsgestaltung, durch die jemand verleitet wird, von vorneherein seine später abzuschließenden Verträge mit anderen Personen zu brechen, also betrügerisch i.S.v. § 263 StGB zu handeln (sog. Vertragsbruchtheorie; BGHZ 30, 149) ⇒ Details im Kreditsicherungsrecht

- Folgen eines Verstoßes gegen § 138 I BGB
 - in der Regel nur Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäfts
 - Verfügungen sind grundsätzlich sittlich neutral; Ausnahmen sind aber denkbar (insbes. bei Sicherungsgeschäften, z.B. Übersicherung)
 - Gesamtnichtigkeit: das Rechtsgeschäft als Ganzes ist sittenwidrig
 - grundsätzlich gilt das Verbot geltungserhaltender Reduktion (wie im AGB-Recht); aber in Einzelfällen Möglichkeit der Teilaufrechterhaltung nach § 139 BGB
 - Heilung der Nichtigkeit durch spätere Anpassung des Vertragsinhalts ist möglich (BGH NJW 2012, 1570)

⇒ *Fall Nr. 33 – Die Geliebte, Fall Nr. 34 – Pecunia non olet*

Fall Nr. 33 – Die Geliebte

V ist verheiratet und hat zwei Kinder. Über die Jahre hat er sich emotional so von seiner Frau entfernt, dass er seit kurzem eine Geliebte (G) hat. Diese droht ihm bereits wenige Wochen, nachdem sie sich kennengelernt haben, die Beziehung zu beenden, sollte V sie nicht als Alleinerbin in seinem Testament einsetzen. Da V an der Fortführung der Beziehung vor allem aus sexuellen Interessen gelegen ist, setzt er ein formwirksames Testament auf, in dem er G zur Alleinerbin erklärt. Kurz darauf verstirbt V und es kommt zum Streit über die Erbschaft zwischen G und der Familie von V. Ist G Erbin von V geworden?

Abwandlung: G kennt V nicht erst seit ein paar Wochen, sondern schon seit Jahren. Sie hatte ihn auch während seiner Krankheit, der er schließlich erlag, gepflegt und V hatte sie aus Dankbarkeit und tief empfundener Zuneigung als Alleinerbin eingesetzt. Seine Familie wollte er nicht als Erben eingesetzt wissen, da sich diese nicht ausreichend um ihn gekümmert hätte. Ist das Testament wirksam?

Fall Nr. 34 – Pecunia non olet

A benötigt dringend Geld, um seine Schulden zu bezahlen. Seine Gläubiger haben ihm für den Fall der Nichtzahlung die Zwangsvollstreckung in sein Grundstück angedroht. Nachdem er bei verschiedenen Banken versucht hatte, ein Darlehen zu erhalten und jedes Mal abgewiesen wurde, geht er zur B-Bank (B) und erklärt dort dem Kundenberater K seine Notlage. Der Kundenberater erkennt die Ausweglosigkeit von A und macht diesem daher ein Angebot für ein Darlehen, dessen Zinssatz bei 21% p. a. liegt. Der marktübliche Zinssatz liegt hingegen bei 8%. Die Laufzeit beträgt zwei Jahre. Zuerst will A das Angebot zurückweisen, sieht aber dann ein, dass dies seine letzte Chance ist und willigt zähneknirschend ein. A weigert sich später, die erste Rate zu zahlen, B aber beharrt auf Zahlung. Hilfsweise verlangt sie den gesamten Darlehensbetrag heraus.

Frage 1: Kann B von A Begleichung der Darlehensraten verlangen?

Frage 2: Kann B von A Rückzahlung des kompletten Darlehens verlangen?

Abwandlung: Die Motivation des Bankmitarbeiters ist nicht mehr eindeutig nachzuvollziehen. Er vereinbarte das Darlehen aber zu den gleichen Konditionen.

Kann B von A Begleichung der Darlehensraten verlangen?

§ 6 Rn. 51-52

2. Wuchertatbestand des § 138 II BGB

- Sonderfall des § 138 I BGB
- objektiv erforderlich
 - auffälliges Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung
 - Zwangslage, Unerfahrenheit etc. beim Bewucherten
- erhöhte Anforderungen an den subjektiven Tatbestand
 - bewusste Ausbeutung erforderlich = Vorsatz
- subjektiver Tatbestand des § 138 II BGB ist schwer zu beweisen; deshalb wird weitgehend auf § 138 I BGB ausgewichen

b.w.

- Verstoß gegen § 138 II BGB führt zur Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäfts
- aber auch das Verfügungsgeschäft des Bewucherten ist nichtig
 - „... sich gewähren lässt...“
- insofern weitergehende Rechtsfolge als bei § 138 I BGB

3. Maßgeblicher Zeitpunkt

- Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts, da die Sittenwidrigkeit die Wirksamkeit der abgegebenen Willenserklärung betrifft
 - auffälliges Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung bestimmt sich nach dem objektiven Wert (Marktwert) im Zeitpunkt des Vertragsschlusses
 - spätere Erhöhung / Ermäßigung der Marktpreise ist unerheblich
- Relevanz nachträglicher Änderung des Preisgefüges
 - Das Geschäft kann bei einer Herabsetzung des Wucherpreises nachträglich wirksam werden (Voraussetzung: Bestätigung i.S.v. § 141 I BGB) und bei einer Erhöhung auf ein wucherisches Niveau nachträglich nichtig.
⇒ neuer Vertrag entscheidet

© 2020

Prof. Dr. Georg Bitter

Universität Mannheim

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,

Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Schloss Westflügel W 241/242

68131 Mannheim

www.georg-bitter.de