

## § 11 Nichtigkeit und Unwirksamkeit

### I. Begriff der Nichtigkeit und Abgrenzung zur Unwirksamkeit

Willenserklärungen oder Rechtsgeschäfte können aus unterschiedlichen Gründen fehlerbehaftet sein. Diese Mängel können zudem von verschiedener Schwere sein. Man differenziert dabei zwischen

- voll **wirksamen** und damit gültigen,
- **anfechtbaren**, also wirksamen, aber mit einem Fehler behafteten, der zur Nichtigkeit führen kann,
- fehlerhaften und deshalb **unwirksamen**
- sowie fehlerhaften und aus diesem Grund **nichtigen** Willenserklärungen oder Rechtsgeschäften.

#### 1. Nichtigkeit

Nichtigkeit ist gesetzlich nicht definiert.

Man versteht darunter, dass ein Rechtsgeschäft bzw. eine Willenserklärung an einem derart schweren Fehler leidet, dass die beabsichtigten Rechtsfolgen nicht eintreten können/nicht eintreten dürfen.

Nichtige Willenserklärungen und Rechtsgeschäfte sind damit zwar **tatsächlich, aber nicht rechtlich existent**:

- z.B. Willenserklärungen geschäftsunfähiger (von 0 bis 6 Jahren oder bei dauerhafter Geistesstörung, § 104 Nrn. 1 und 2 BGB) nach **§ 105 Abs. 1 BGB** oder vorübergehend in der Geistestätigkeit gestörter Personen gemäß **§ 105 Abs. 2 BGB** [ dazu noch § 12 II. 2. der Gliederung ],
- Rechtsgeschäfte, die eine vorgeschriebene Form nicht beachten gemäß **§ 125 S. 1 und 2 BGB** [ dazu noch § 13 der Gliederung ]
- gesetzeswidrige Rechtsgeschäfte nach **§ 134 BGB** und sittenwidrige Rechtsgeschäfte gemäß **§ 138 Abs. 1 und 2 BGB** [ dazu noch § 14 III. und IV. der Gliederung ]
- angefochtene Rechtsgeschäfte gemäß **§ 142 Abs. 1 BGB** [ dazu noch § 15 der Gliederung ]
- usw., vgl. etwa §§ 116 S. 2, 117 Abs. 1, 118, 248 Abs. 1, 311b Abs. 2 S. 1 oder Abs. 4 S. 1 BGB.

Nur **ausnahmsweise** sieht das Gesetz zur Vermeidung von Rückforderungsansprüchen die Möglichkeit der **Heilung** nichtiger Willenserklärungen oder Rechtsgeschäfte vor, so etwa

- wenn formnichtige Grundstückskaufverträge § 311b Abs. 1 S. 2 BGB,
- formnichtige Verbraucherdarlehensverträge § 494 Abs. 2 BGB,
- formnichtige Schenkungsversprechen § 518 Abs. 2 BGB
- oder formnichtige Bürgschaftserklärungen dennoch erfüllt werden § 766 S. 3 BGB [ dazu noch § 13 III. der Gliederung ]

- sowie bei der Bestätigung eines angefochtenen und damit nichtigen Rechtsgeschäfts nach § 141 Abs. 1 BGB [ dazu noch § 15 II. 1. c) der Gliederung ].

Das Gesetz verwendet teilweise (leider) auch die Bezeichnung „unwirksam“, wenn damit „nichtig“ gemeint ist, so etwa

- in den §§ 306 Abs. 1 und 2, 307 Abs. 1 S. 1 und Abs. 3 S. 2, 308 und 309 BGB bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB),
- in § 111 S. 1 und 2 BGB bei einseitigen Rechtsgeschäften von beschränkt geschäftsfähigen Minderjährigen
- oder in den §§ 174 S. 1 und 180 S. 1 BGB bei einseitigen Rechtsgeschäften eines Bevollmächtigten oder eines Vertreters ohne Vertretungsmacht etc.,

womit **Abgrenzungsschwierigkeiten** vorprogrammiert sind:

## 2. Unwirksamkeit

Denn unwirksame Erklärungen und Geschäfte im eigentlichen Sinn sind nicht bloß ein rein faktisches Geschehen, sondern erfüllen den Tatbestand einer Willenserklärung oder eines Rechtsgeschäfts. Sie sind auf Grund eines fehlenden Wirksamkeitserfordernisses allerdings **(noch) nicht vollendet** und daher auch **(noch) ohne** die gewollten **Rechtsfolgen**.

So sind etwa

- Verträge beschränkt Geschäftsfähiger im Alter von 7 bis 17 Jahren
- oder Verträge eines Vertreters ohne Vertretungsmacht

schwebend unwirksam.

Sie **können** aber **(noch) wirksam werden**,

- wenn die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters nach **§ 108 Abs. 1 BGB** [ dazu noch § 12 II. 3. der Gliederung ]
  - bzw. des Vertretenen gemäß **§ 177 Abs. 1 BGB** [ dazu noch § 16 IV. 1. der Gliederung ]
- erfolgt.

### *§ 108 BGB: Vertragsschluss ohne Einwilligung*

*(1) Schließt der Minderjährige einen Vertrag ohne die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, so hängt die Wirksamkeit des Vertrags von der Genehmigung des Vertreters ab.*

*(2) ...*

*(3) ...*

### *§ 177 BGB: Vertragsschluss durch Vertreter ohne Vertretungsmacht*

*(1) Schließt jemand ohne Vertretungsmacht im Namen eines anderen einen Vertrag, so hängt die Wirksamkeit des Vertrags für und gegen den Vertretenen von dessen Genehmigung ab.*

*(2) ...*

Auch hier hält das Gesetz seine **Terminologie** jedoch nicht ausnahmslos ein. Denn wenn etwa in § 181 BGB die Rede davon ist, dass ein Vertreter ein Rechtsgeschäft „ohne Gestattung“ nicht mit sich oder mit sich als Vertreter eines Dritten vornehmen kann, ist damit ebenfalls gemeint, dass diese Rechtsgeschäfte schwebend unwirksam und daher genehmigungsfähig sind.

## II. Teilnichtigkeit § 139 BGB

### *§ 139 BGB: Teilnichtigkeit*

*Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde.*

Ist ein **Teil** eines Rechtsgeschäfts **nichtig**, so ist nach § 139 BGB **im Zweifel** das **ganze Rechtsgeschäft nichtig**, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde.

Dadurch soll verhindert werden, dass den Parteien anstelle des gewollten, aber teilweise nichtigen Rechtsgeschäfts durch Aufrechterhaltung der restlichen und an sich wirksamen Vereinbarungen ein Rechtsgeschäft abweichenden Inhalts aufgedrängt wird.

Da im Fall der **Unwirksamkeit** die gleiche Interessenlage besteht, ist **§ 139 BGB** über seinen Wortlaut hinaus daher **analog anwendbar**, wenn ein Teil eines Rechtsgeschäfts unwirksam ist. Dann ist im Zweifel ebenfalls das gesamte Rechtsgeschäft unwirksam.

Eine wichtige **Ausnahme** zu § 139 BGB gilt für unwirksame Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Ist eine **Klausel** der **AGB**

- nach §§ 305 bis 305c BGB nicht Vertragsbestandteil geworden
- oder gemäß §§ 309 bis 307 BGB unwirksam (also nichtig!),
  - so bleibt der **Vertrag im Übrigen wirksam, § 306 Abs. 1 BGB**
  - und an die Stelle der fehlenden oder unwirksamen Klausel tritt dann nach § 306 Abs. 2 BGB die gesetzliche Regelung.

### III. Umdeutung § 140 BGB

#### *§ 140 BGB: 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.*

**Entspricht ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts, so gilt nach § 140 BGB dieses andere Rechtsgeschäft, wenn anzunehmen ist, dass dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde.**

Diese Vorschrift dient ebenso wie § 139 BGB der Durchsetzung des Willens der Parteien. Der von ihnen angestrebte Erfolg soll auch dann verwirklicht werden, wenn sie eine nichtige und deshalb rechtlich unzulässige Regelung gewählt haben, aber ein zu einem annähernd gleichen Ergebnis führender Weg rechtlich zulässig ist.

#### **Beispiel:**

Die handelsrechtlichen Vollmachten Prokura und Handlungsvollmacht kann nur ein Kaufmann erteilen, §§ 48 Abs. 1, 54 Abs. 1 HGB.

Erteilt ein Nichtkaufmann einem Mitarbeiter Prokura oder Handlungsvollmacht, kann diese unzulässige und damit nichtige Prokura bzw. Handlungsvollmacht in eine bürgerlich-rechtliche Vollmacht umgedeutet werden, da diese gemäß § 167 Abs. 1 BGB von einem Nichtkaufmann erteilt werden kann und es dem Willen der Parteien entspricht, dass der Mitarbeiter den Nichtkaufmann vertreten können soll.

Die gleiche Interessenlage stellt sich im Fall der **Unwirksamkeit**. Daher ist **§ 140 BGB** ebenfalls **analog anwendbar**, wenn Rechtsgeschäfte unwirksam sind. Auch unwirksame Rechtsgeschäfte können somit in zulässige Rechtsgeschäfte umgedeutet werden.