



Skripten von Alpmann Schmidt – das komplette Examenswissen, systematisch und klausurtypisch aufbereitet

BGB AT 2
20. Auflage 2017

Die Regelungen des BGB AT bilden die absolute Grundlage für die Erlernung und Beherrschung des gesamten Zivilrechts. Sie betreffen u.a. die Nichtigkeit von Willenserklärungen insbesondere aufgrund der Anfechtung oder aufgrund Formmängeln. Im engen Zusammenhang dazu stehen die AGB-Regelungen (§§ 305 ff. BGB).

Dieses Skript stellt diese Inhalte und weitere Regelungsbereiche so dar, wie Sie sie in **Ihrer Examensklausur** brauchen. Es vermittelt Ihnen die vielfältigen Vernetzungen und Strahlwirkungen des BGB AT in das gesamte Zivilrecht, weit über dem für eine Semesterabschlussklausur ausreichenden Grundwissen. Zu diesem Zweck wurde das Skript gegenüber der Voraufgabe umfassend überarbeitet, selbstverständlich unter Einbeziehung aktuellster Rechtsprechung.

Als Lernbuch, das auf Studierende zugeschnitten ist, enthält das Skript neben dem erforderlichen Fachwissen:

- **13 Fälle** auf Klausurniveau für die optimale Verknüpfung von Fachwissen und Falllösung
- **Übersichten**, die Sie bei der Erfassung des Stoffes unterstützen und eine schnelle Wiederholung erleichtern
- **Aufbauschemata**, die es Ihnen ermöglichen, die grundlegenden Elemente vom dargestellten Fall zu lösen und auf Ihre Examensklausur zu übertragen
- **Strukturübersichten**, die Ihnen die Einordnung der behandelten Probleme in das Gesamtsystem erleichtern



S

2017



Skripten

Alpmann/Lüdde

BGB AT 2

BGB AT 2

20. Auflage 2017

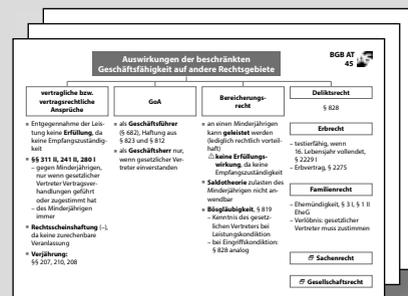
Alpmann Schmidt

Alpmann Schmidt



KK Karteikarten

Passend zu jedem S-Skript!



- Komprimierte Darstellung des examensrelevanten Stoffs
- **Übersichten, Schaubilder und Schemata** ermöglichen das schnelle Erfassen, Verstehen und Wiederholen des Rechtsgebiets



Weitere Musterkarten online

DL Digitales Lernen

Passend zu jedem S-Skript!



- Überall lernen, im Browser oder in der App, auch offline
- **Frage-Antwort-Modus** (Freitext und Multiple-Choice)
- Individuell editierbar
- Wissenschaftlich erprobtes Wiedervorlagesystem

Alpmann Schmidt Jura App:
kostenlos zum Download



Die Lernkarten **passend zu diesem Skript** finden Sie hier:



powered by 

Mündliche Kurse – auch in Ihrer Nähe!



Weitere Informationen unter
www.alpmann-schmidt.de/repetitorium/kursorte.aspx

Alpmann Schmidt



BGB AT 2

2017

Josef A. Alpmann

Dr. Jan Stefan Lüdde
Rechtsanwalt und Repetitor

Zitiervorschlag: Alpmann/Lüdde, BGB AT 2, Rn.

Alpmann, Josef A.
Lüdde, Dr. Jan Stefan
BGB AT 2
20. Auflage 2017
ISBN: 978-3-86752-498-8

Verlag Alpmann und Schmidt Juristische Lehrgänge
Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Münster

Die Vervielfältigung, insbesondere das Fotokopieren,
ist nicht gestattet (§§ 53, 54 UrhG) und strafbar (§ 106 UrhG).
Im Fall der Zuwiderhandlung wird Strafantrag gestellt.

Unterstützen Sie uns bei der Weiterentwicklung unserer Produkte.
Wir freuen uns über Anregungen, Wünsche, Lob oder Kritik an:
feedback@alpmann-schmidt.de.

INHALTSVERZEICHNIS

1. Teil: Nichtigkeit der Willenserklärung und des Vertrags	1
1. Abschnitt: Mangelnde Geschäftsfähigkeit	1
A. Geschäftsunfähigkeit, § 104	2
B. Nichtigkeit der Willenserklärung nach § 105 Abs. 2	3
C. Beschränkte Geschäftsfähigkeit, §§ 106 ff.	4
I. Wirksame Rechtsgeschäfte	4
1. Teilgeschäftsfähigkeit, §§ 112 u. 113	4
2. Lediglich rechtlich vorteilhaftes und neutrales Rechtsgeschäft, § 107	5
a) Für das Verfügungsgeschäft gilt	6
b) Verpflichtungsverträge	7
c) Gesamtbetrachtung von Verpflichtungs- und Verfügungsvertrag?	8
Fall 1: Geschenkte Belastung	8
d) Einseitige Rechtsgeschäfte	11
e) Neutrale Geschäfte	11
3. Einwilligung, § 107	12
4. Bewirken mit eigenen Mitteln, § 110	13
II. (Schwebend) unwirksame Rechtsgeschäfte	14
1. Unwirksamkeit einseitiger Rechtsgeschäfte, § 111	14
2. Schwebende Unwirksamkeit von Verträgen, §§ 108, 109	14
a) Genehmigung oder deren Verweigerung, § 108	14
Fall 2: Günstige Briefmarkensammlung	15
b) Beendigung der schwebenden Unwirksamkeit durch Widerruf, § 109	17
D. Gesetzliche Vertretung	17
I. Beschränkung der Vertretungsmacht, §§ 1643 Abs. 1, 1821, 1822	17
II. Ausschluss von der gesetzlichen Vertretung, §§ 1629 Abs. 2 S. 1, 1795	18
E. Sonstige Rechtshandlungen, Realakte und Wissenszurechnung	20
■ Zusammenfassende Übersicht: Beschränkte Geschäftsfähigkeit.....	22
2. Abschnitt: Nichtigkeit nach §§ 134, 138	23
A. Gesetzliches Verbot, § 134	23
I. Verhältnis zu anderen Normen	23
II. Verbotsgesetz	23
III. Verstoß gegen das Verbotsgesetz	24
IV. Rechtsfolgen	24
1. Nichtigkeit, wenn sich nicht ein anderes aus dem Gesetz ergibt	24
a) Beiderseitiger Verstoß	24
b) Einseitiger Verstoß	25
c) Beispiele	25
2. Gesamtnichtigkeit und Teilnichtigkeit	27

B. Nichtigkeit nach § 138	28
I. Konkurrenz zu anderen Normen	28
II. Wucher, § 138 Abs. 2	29
1. Auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung	29
2. Defizit des Bewucherten	30
3. Ausbeutung des Bewucherten	31
4. Rechtsfolgen	31
III. (Allgemeine) Sittenwidrigkeit, § 138 Abs. 1	31
1. Objektiver Tatbestand	32
a) Missbräuchliche Ausnutzung einer Machtposition	32
b) Verstoß gegen die herrschende Rechts- und Sozialmoral	32
c) Wucherähnliche Rechtsgeschäfte, insbesondere Kreditverträge	33
d) Kreditsicherung	34
2. Subjektiver Tatbestand	36
3. Rechtsfolge	36
■ Zusammenfassende Übersicht: Verstoß gegen ein Verbotsgesetz, § 134; Wucher und Sittenwidrigkeit	37
3. Abschnitt: Formerfordernisse und Formnichtigkeit	38
A. Formerfordernisse	38
I. Die wichtigsten gesetzlichen Formerfordernisse	38
1. Grundstücksgeschäfte, § 311 b Abs. 1 S. 1	39
a) Übertragungs- bzw. Erwerbsverpflichtung	39
Fall 3: Auftrag zum Grundstückserwerb	40
b) Umfang des Formerfordernisses	41
c) Abänderung, Ergänzung und Aufhebung	42
2. Weitere wichtige Formerfordernisse	43
II. Vertraglich vereinbarte Form	44
B. Wahrung des Formerfordernisses, §§ 126–129	44
I. Gesetzliche Schriftform, § 126	44
II. Elektronische Form, § 126 a	46
III. Textform, § 126 b	46
IV. Vereinbarte Formen, insbesondere vereinbarte Schriftform, § 127	46
V. Notarielle Beurkundung, §§ 128, 127 a	47
VI. Öffentliche Beglaubigung, § 129	47
C. Rechtsfolgen des Formmangels	48
I. Nichtigkeit, § 125 S. 1 u. 2	48
II. Heilung des Formmangels	48
III. Unzulässiges Berufen auf den Formmangel	49
1. Existenzgefährdung	49
2. Schwerer Treueverstoß	50
a) Verhinderung des formgerechten Vertragsschlusses	50
b) Treuwidriges Verhalten bei Vertragsdurchführung	51

D. Auslegung formbedürftiger Erklärungen	52
I. Andeutungstheorie	52
II. Übereinstimmende Falschbezeichnung (falsa demonstratio)	52
Fall 4: Mitverkaufte Parzelle	53
III. Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit	54
■ Zusammenfassende Übersicht: Das formbedürftige Rechtsgeschäft	55
4. Abschnitt: Nichtigkeit wegen Anfechtung, §§ 142 Abs. 1, 119 ff.	56
A. Überblick	56
B. Zulässigkeit der Anfechtung	57
I. Familien- und Erbrecht	57
II. Einzutragende Gründungs- und Beitrittserklärungen	58
III. Schweigen und Rechtsscheinstatbestände	58
C. Anfechtungsgründe des § 119 Abs. 1	58
I. Nichtübereinstimmung zwischen Erklärtem und Gewolltem	58
II. Unbewusstheit	59
III. Zeitpunkt des Irrtums und Kausalität	60
IV. Fallgruppen des Irrtums nach § 119 Abs. 1	60
1. Irrtum über die Bestandteile des Rechtsgeschäfts	60
a) Irrtum über den Vertragspartner bzw. den Erklärungsgegner	60
b) Irrtum über die Vertragsart	61
Fall 5: Geschenkt, gekauft?	61
c) Irrtum über den Vertragsgegenstand	64
d) Irrtum über den Preis	64
e) Irrtum bei einseitigen Rechtsgeschäften	64
2. Irrtum über Rechtsfolgen	64
3. Kalkulationsirrtum	65
a) Interner Kalkulationsirrtum	66
Fall 6: Berechnungsfehler der Software	66
b) Externer (offener) Kalkulationsirrtum	69
4. Irrtum bei der invitatio ad offerendum und automatisierten Erklärungen	71
Fall 7: Automatisierte Erklärungen	71
■ Zusammenfassende Übersicht: Anfechtung gemäß § 119 Abs. 1	74
D. Anfechtungsgründe des § 119 Abs. 2	75
I. Verkehrswesentliche Eigenschaft einer Sache, § 119 Abs. 2 Var. 2	75
1. Anwendbarkeit	75
a) Vorrang des Gewährleistungsrechts	75
b) Vorrang des § 313 beim Doppelirrtum	76
2. Sache	77
3. Eigenschaft	78
a) Merkmale	78
b) Von gewisser Dauer und gegenwärtig	78
c) Wertbildend	78
d) In der Sache selbst begründet	79

4. Verkehrswesentlichkeit im konkreten Fall	79
5. Error in objecto	79
II. Verkehrswesentliche Eigenschaft einer Person, § 119 Abs. 2 Var. 1	80
1. Person	80
2. Eigenschaft	80
3. Verkehrswesentlichkeit im konkreten Fall	80
4. Error in persona	81
■ Zusammenfassende Übersicht: Anfechtung gemäß § 119 Abs. 2	82
E. Anfechtungsgrund des § 120	83
F. Anfechtungsgründe des § 123	84
I. Arglistige Täuschung, § 123 Abs. 1 Var. 1	85
1. Täuschung	85
a) Tatsachen	85
b) Handlung: Vorspiegeln, Unterstellen oder Unterdrücken	85
c) Widerrechtlichkeit	87
2. Kausalität	87
3. Arglist	87
II. Täuschung durch einen Dritten, § 123 Abs. 2 S. 1	88
Fall 8: Treuherzige Eheleute	89
III. Ansprüche des Getäuschten gegen den Arglistigen	90
Fall 9: Bagateltschaden?	91
IV. Widerrechtliche Drohung, § 123 Abs. 1 Var. 2	95
1. Drohung	95
2. Kausalität	96
3. Widerrechtlichkeit	96
4. Vorsatz	97
Fall 10: Bedrohte Ehefrau	97
■ Zusammenfassende Übersicht: Anfechtung gemäß § 123	99
G. Ausübung und Rechtsfolgen der Anfechtung	100
I. Ausübung	100
1. Anfechtungsberechtigter und Anfechtungsgegner	100
2. Anfechtungserklärung	100
3. Anfechtungsfrist	101
4. Kein Ausschluss der Anfechtung nach § 144 oder § 242	102
II. Rechtsfolgen der Anfechtung	103
1. Nichtigkeit der Willenserklärung gemäß § 142 Abs. 1	103
2. Kenntnis/Kennenmüssen der Anfechtbarkeit, § 142 Abs. 2	104
3. Ansprüche nach wirksamer Anfechtung	104
■ Zusammenfassende Übersicht: Anfechtung gemäß § 119 ff.	105
5. Abschnitt: Teilnichtigkeit, Umdeutung und Bestätigung	106
A. Teilnichtigkeit, § 139	106
I. Nichtigkeit eines Teils	106
II. Teilbarkeit des Rechtsgeschäfts	106

III. Einheitliches Rechtsgeschäft	106
IV. Kein entgegenstehender hypothetischer Parteiwille	107
B. Umdeutung, § 140	108
C. Bestätigung, § 141	109
2. Teil: Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)	110
1. Abschnitt: Anwendbarkeit der §§ 305 ff. gemäß § 310 Abs. 4	110
2. Abschnitt: Begriff der AGB, § 305 Abs. 1 u. § 310 Abs. 3 Nr. 1 u. 2	111
A. Vertragsbedingung	111
B. Vorformuliert	111
C. Für eine Vielzahl von Verträgen	112
D. Einseitiges Stellen vs. beidseitiges Aushandeln	112
3. Abschnitt: Einbeziehung der AGB als Vertragsbestandteil	113
A. Einbeziehung gegenüber Verbrauchern	113
I. Einbeziehung im Einzelfall, § 305 Abs. 2	113
II. Einbeziehung aufgrund Rahmenvereinbarung, § 305 Abs. 3	115
B. Einbeziehung gegenüber Unternehmern u.a., § 310 Abs. 1 S. 1	115
I. Hinweispflicht	115
II. Möglichkeit der Kenntnisnahme	116
C. Einbeziehung in Fällen der Daseinsvorsorge, § 305 a	116
D. Vorrang der Individualabrede, § 305 b	116
E. Überraschende Klauseln, § 305 c Abs. 1	116
F. Umgehungsverbot, § 306 a	117
4. Abschnitt: Auslegung und Inhaltskontrolle	117
A. Auslegung	118
I. Grundsatz der objektiven Auslegung	118
II. Unklarheitenregel des § 305 c Abs. 2	118
B. Inhaltskontrolle gemäß §§ 307–309	119
I. Eröffnung der Inhaltskontrolle, § 307 Abs. 3	119
1. Abweichung oder Ergänzung von Rechtsvorschriften	119
2. Verweis auf das Transparenzgebot	120
II. Inhaltskontrolle nach § 309	120
III. Inhaltskontrolle nach § 308	123
IV. Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 u. 1	124
1. Wesentlicher Grundgedanke, § 307 Abs. 2 Nr. 1	124
2. Unangemessene Benachteiligung, § 307 Abs. 2 Nr. 2	125
Fall 11: Waschschäden	125
3. Sonstige unangemessene Benachteiligung, § 307 Abs. 1	127
V. Inhaltskontrolle im unternehmerischen Bereich	128

5. Abschnitt: Rechtsfolgen der Nichteinbeziehung und der Unwirksamkeit	129
A. Rechtsfolgen nach § 306	129
B. Widersprüchliche AGB zweier Verwender	130
Fall 12: AGB im Widerspruch	130
C. Verbandskontrolle nach dem UKlaG	133
Fall 13: Die Garantiekarte	133
■ Zusammenfassende Übersicht: Allgemeine Geschäftsbedingungen	137
3. Teil: Fristen, Termine, Verjährung	138
1. Abschnitt: Fristen und Termine, §§ 186 ff.	138
A. Termine	138
B. Fristen	138
I. Kündigungsfristen	138
II. Fristberechnung	139
III. Samstag als Werktag	140
2. Abschnitt: Verjährung	141
A. Rechtsfolgen, §§ 214 ff.	141
B. Berechnung, insbesondere Regelverjährung nach §§ 195, 199	143
I. Beginn und Dauer nach §§ 195, 199 Abs. 1 u. 5	144
II. Höchstfristen, § 199 Abs. 2–4	145
C. Vereinbarungen über die Verjährung, § 202	146
D. Hemmung, Ablaufhemmung und Neubeginn	147
I. Hemmung, §§ 203–209	147
1. Verhandlungen, § 203	147
2. Rechtsverfolgung, § 204	148
3. Vertragliches Leistungsverweigerungsrecht, § 205	149
II. Ablaufhemmung, §§ 203 S. 2, 210, 211	150
III. Neubeginn, § 212	150
3. Abschnitt: Verwirkung, § 242	151
Stichwortverzeichnis	153

LITERATURVERZEICHNIS

- Bork
Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs
4. Auflage 2016
- Brox/Walker
Allgemeiner Teil des BGB
36. Auflage 2014
- Erman
Handkommentar zum Bürgerlichen Recht
1. Band (1–853)
14. Auflage 2014
- Flume
Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts
2. Band Das Rechtsgeschäft
4. Auflage 1992
- Jauernig
Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar
16. Auflage 2015
- Medicus/Petersen
Allgemeiner Teil des BGB
11. Auflage 2016
(zitiert: Medicus/Petersen AT)
- Medicus/Petersen
Bürgerliches Recht
25. Auflage 2015
(zitiert: Medicus/Petersen BR)
- Münchener Kommentar
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Band 1, 1. Halbband Allgemeiner Teil (§§ 1–240)
7. Auflage 2015
Band 2 Schuldrecht Allgemeiner Teil
(§§ 241–432)
7. Auflage 2016
Band 8 Familienrecht II
(§§ 1589–1921)
7. Auflage 2017
- Palandt
Bürgerliches Gesetzbuch
76. Auflage 2017
- Soergel
Bürgerliches Gesetzbuch
Band 1 Allgemeiner Teil 1 (§§ 1–103)
13. Auflage 2000
Band 2 Allgemeiner Teil 2 (§§ 104–240)
13. Auflage 1999

Staudinger	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Erstes Buch: Allgemeiner Teil §§ 90–124; 130–133 (2017) §§ 134–138; Anh zu § 138: ProstG (2011) §§ 139–163 (2015) §§ 164–240 (2014) §§ 255–304 (2014) §§ 305–310 (2013) §§ 311 b, 311 c (2012) §§ 535–562 d (2014; Updatestand: 29.07.2016) §§ 812–822 (2007) §§ 883–902 (2013) §§ 1922–1966 (2017)
Thomas/Putzo	ZPO 37. Auflage 2016
Wolf/Neuner	Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts 11. Auflage 2016

1. Teil: Nichtigkeit der Willenserklärung und des Vertrags

Auch wenn ein Vertrag durch übereinstimmende Willenserklärungen geschlossen wurde oder eine einseitige Erklärung abgegeben wurde, treten die erstrebten Rechtsfolgen nicht ein, wenn Nichtigkeitsgründe vorliegen. Die Nichtigkeitsgründe verhindern, außer im Falle der Anfechtung, das Entstehen der mit dem Rechtsgeschäft erstrebten Rechtsfolgen. Es handelt sich daher um rechtshindernde Einwendungen. Als **Nichtigkeitsgründe** kommen in Betracht:

- Die **mangelnde Geschäftsfähigkeit** (§§ 104 ff.¹) – 1. Abschnitt.
- Der Verstoß gegen ein **gesetzliches Verbot** (§ 134), sowie die **Sittenwidrigkeit** (§ 138 Abs. 1) und der **Wucher** (§ 138 Abs. 2) – 2. Abschnitt.
- Die **mangelnde Form** (§ 125) – 3. Abschnitt.
- Die **Anfechtung** (§ 142 Abs. 1), diese setzt grundsätzlich das Entstehen des Rechtsgeschäfts voraus. Durch die Anfechtung wird das entstandene Rechtsgeschäft gemäß § 142 Abs. 1 rückwirkend vernichtet – 4. Abschnitt.

Teilnichtigkeit, Umdeutung und **Bestätigung** werden im 5. Abschnitt behandelt.

Sind **Allgemeine Geschäftsbedingungen** wirksam in den Vertrag einbezogen worden und halten einzelne Vertragsbestimmungen der Inhaltskontrolle nicht stand, so sind diese einzelnen Vertragsbestimmungen unwirksam, doch bleibt die Wirksamkeit des Vertrags im Übrigen unberührt (§ 306 Abs. 1, vgl. dazu im 2. Teil).

1. Abschnitt: Mangelnde Geschäftsfähigkeit

Im Zivilrecht gilt der Grundsatz der Privatautonomie. Jede Person kann ihre Rechtsbeziehungen zu einer anderen Person entsprechend ihren Bedürfnissen und Interessen durch Abgabe von **Willenserklärungen** regeln. Um die Rechtsfolgen der abgegebenen Willenserklärungen abschätzen zu können, ist eine gewisse Einsichtsfähigkeit erforderlich. Daher ist der Erklärende an seine Willenserklärung nur gebunden, wenn er geschäftsfähig ist. Die **Geschäftsfähigkeit** ist die Fähigkeit, durch Abgabe von Willenserklärungen Rechtsfolgen herbeizuführen. Im Interesse der Rechtssicherheit ist eine Generalisierung erforderlich: Im Gesetz ist bestimmt, dass die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit mit der Vollendung des 18. Lebensjahres gegeben ist (§§ 2, 106).

Sonderfälle der Geschäftsfähigkeit sind die Ehefähigkeit (§ 1303) und die Testierfähigkeit (§ 2229 Abs. 1), bei denen das Gesetz den Zeitpunkt der Mündigkeit vorverlegt.

Derjenige, der das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, ist **minderjährig**. Die Minderjährigkeit ist der Gegenbegriff zur Volljährigkeit (§ 2). Innerhalb der Minderjährigkeit muss unterschieden werden zwischen der Geschäftsunfähigkeit (§ 104 Nr. 1) und der beschränkten Geschäftsfähigkeit (§ 106).

- Die Willenserklärung ist nichtig, wenn sie von einem **Geschäftsunfähigen** abgegeben worden ist (**§ 105 Abs. 1**) – dazu A.

¹ §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

- Willenserklärungen sind auch nichtig, wenn sie im Zustand der Bewusstlosigkeit oder vorübergehenden Störung der Geistestätigkeit abgegeben werden (§ 105 Abs. 2) – dazu B.
- Für die Willenserklärung einer in der **Geschäftsfähigkeit beschränkten** Person gelten die §§ 106 ff. – dazu C.
- Der nicht voll Geschäftsfähige – Geschäftsunfähige und beschränkt Geschäftsfähige –, der keine wirksamen Willenserklärungen abgeben kann, wird vom **gesetzlichen Vertreter** vertreten – dazu D.
- Die Deliktsfähigkeit ist in den §§ 827, 828 geregelt. Im Gesetz ist nicht geregelt, inwieweit der nicht voll Geschäftsfähige andere Rechtshandlungen wirksam vornehmen kann – dazu E.

A. Geschäftsunfähigkeit, § 104

4 Nach § 104 ist geschäftsunfähig,

- wer das **7. Lebensjahr noch nicht vollendet** hat (Nr. 1) oder
- wer sich **nicht nur vorübergehend** in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand **krankhafter Störung der Geistestätigkeit** befindet (Nr. 2).

Ein Zustand, der die freie Willensbestimmung ausschließt, ist gegeben, wenn jemand nicht imstande ist, seinen Willen frei und unbeeinflusst von der vorliegenden Geistesstörung zu bilden und der Einsicht gemäß zu handeln. Abzustellen ist dabei darauf, ob eine sachliche Prüfung, die inhaltlich nicht unbedingt zu einem richtigen Ergebnis kommen muss, überhaupt stattfinden konnte.²

Im Rahmen des § 104 Nr. 2 sind **lichte Momente (lucida intervalla)** zu beachten. Soweit die geistige Störung zeitliche Unterbrechungen erfährt, in denen Urteils- und Motivationsvermögen normal sind, ist während dieser Zwischenzeiten auch die Geschäftsfähigkeit vorhanden.

- 5 Nach h.A. gilt § 104 Nr. 2 auch für die **partielle Geschäftsunfähigkeit**, d.h. dann, wenn dem Erklärenden für einen bestimmten, gegenständlich abgegrenzten Kreis von Geschäften die erforderliche Einsichtsfähigkeit fehlt. Die Anerkennung der partiellen Geschäftsunfähigkeit rechtfertigt sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Es wäre unbillig, jemanden, der nur in bestimmten Bereichen unter Zwangsvorstellungen steht, generell für geschäftsunfähig zu erklären.³
- 6 Im Gegensatz zur partiellen Geschäftsunfähigkeit, die sich auf bestimmte Lebensgebiete bezieht, wird die **relative Geschäftsunfähigkeit** für besonders schwierige Geschäfte von der h.M. abgelehnt, weil es zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit führen würde, wenn die Geschäftsfähigkeit einer Person je nach der Schwierigkeit des einzelnen Geschäfts abgestuft werden müsste.⁴
- 7 Die Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen ist gemäß **§ 105 Abs. 1 nichtig**.

² BGH, Urt. v. 05.12.1995 – XI ZR 70/95, NJW 1996, 918.

³ BVerfG, Beschl. v. 18.12.2002 – 1 BvL 14/02, NJW 2003, 1382; Wolf/Neuner § 34 Rn. 5.

⁴ BayObLG NJW 1989, 1679; BGH NJW 1970, 1680; a.A. Flume § 13, 5.

Bei einem **volljährigen Geschäftsunfähigen** gilt sie ausnahmsweise gemäß **§ 105 a S. 1** unter folgenden Voraussetzungen **als wirksam**: **8**

- Ein **volljähriger Geschäftsunfähiger** muss das Geschäft abschließen.
- Vorliegen eines **Geschäfts des täglichen Lebens** (z.B. Kauf von Lebensmitteln).
- Das Geschäft muss mit **geringwertigen Mitteln** bewirkt werden können. Maßgeblich ist das durchschnittliche Preis- und Einkommensniveau.⁵
- **Leistung und Gegenleistung** müssen bereits **bewirkt** sein.
- Es darf **keine erhebliche Gefahr** für die Person oder das Vermögen des Geschäftsunfähigen bestehen, § 105 a S. 2.

Rechtsfolge des § 105 a ist nach h.M., dass die Wirksamkeit der **Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte** des Geschäftsunfähigen fingiert wird. Er wird verpflichtet und erwirbt bzw. verliert das Eigentum an der Leistung bzw. der Gegenleistung.⁶ **9**

Umstritten ist, welche Rechte der volljährige Geschäftsunfähige bei **Vertragsverletzungen seitens des Geschäftspartners** geltend machen kann. Zum Teil wird die Auffassung vertreten, dass keine vertraglichen Sekundärleistungsansprüche bestünden. Da kein Verpflichtungsvertrag im Rechtssinne, sondern nur eine Fiktion vorliege, könnten vertragliche Ansprüche auch nicht entstehen. Es könnten allerdings Ansprüche wegen Verletzung eines rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnisses aus §§ 311 Abs. 2 Nr. 3, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 entstehen.⁷ Nach der Gegenauffassung stehen dem Geschäftsunfähigen im Falle des § 105 a S. 1 alle vertraglichen Folgeansprüche zu. Hierunter fielen insbesondere Gewährleistungsrechte, aber auch das Anfechtungsrecht.⁸

Für den **Zugang**⁹ von Willenserklärungen gegenüber einem Geschäftsunfähigen gilt **§ 131 Abs. 1**: Die Erklärung wird erst wirksam, wenn sie dem gesetzlichen Vertreter zugeht. Dafür ist erforderlich, dass die Willenserklärung an den gesetzlichen Vertreter gerichtet oder zumindest für diesen bestimmt ist und dass sie in seinen Machtbereich gelangt ist. Die bloße Kenntnisnahme durch den gesetzlichen Vertreter reicht nicht aus. **10**

Beispiel:¹⁰ Der Arbeitgeber kündigt einem geschäftsunfähigen Arbeitnehmer. Die Kündigung muss dann an den Betreuer des Arbeitnehmers gerichtet sein und in dessen Machtbereich gelangen.

B. Nichtigkeit der Willenserklärung nach § 105 Abs. 2

Nach § 105 Abs. 2 ist auch eine Willenserklärung nichtig, die der Erklärende, ohne geschäftsunfähig zu sein, im Zustand der **Bewusstlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit** abgibt. Die vorübergehende Störung der Geistestätigkeit und die Bewusstlosigkeit (Rausch, Fieberwahn) bewirken keine Geschäftsunfähigkeit, es tritt aber dieselbe Rechtsfolge ein. **11**

5 BR-Drucks. 107/02, S. 16.

6 Palandt/Ellenberger § 105 a Rn. 6 m.w.N.

7 Staudinger/Knothe § 105 a Rn. 12.

8 Palandt/Ellenberger § 105 a Rn. 4; MünchKomm/Schmitt § 105 a Rn. 20.

9 Näher zum Zugang von Willenserklärungen AS-Skript BGB AT 1 (2017), Rn. 91.

10 Nach BAG, Urt. v. 28.10.2010 – 2 AZR 794/09, NJW 2011, 872.

Die Nichtigkeit einer während dieses Zustandes abgegebenen Erklärung tritt nur ein, wenn die Störung ein solches Ausmaß erreicht, dass die **freie Willensbestimmung ausgeschlossen** ist. Das ist zwar in § 105 Abs. 2 nicht erwähnt, aber aus § 104 zu ergänzen.¹¹

12 Beim **Zugang** der Willenserklärung bei einer solchen Person ist zu unterscheiden:¹²

- Die **mündliche Erklärung** gegenüber demjenigen, der sich im Zustand des § 105 Abs. 2 befindet, wird nicht wirksam, da er sie nicht verstehen kann.
- Die **schriftliche Erklärung** wird dagegen mit ihrem Zugang wirksam, z.B. Einwurf eines Briefes in den Briefkasten des sinnlos betrunkenen Empfängers.

C. Beschränkte Geschäftsfähigkeit, §§ 106 ff.

13 Beschränkt geschäftsfähig sind **Minderjährige nach Vollendung des 7. Lebensjahres** (§ 106).

Es empfiehlt sich diese, sogleich näher dargestellte **Prüfungsreihenfolge**:

- Folgende Rechtsgeschäfte des Minderjährigen sind **wirksam**:
 - Nach § 112 und § 113 ist der Minderjährige für einen **bestimmten Teilbereich** unbeschränkt geschäftsfähig.
 - Der Minderjährige kann alle Rechtsgeschäfte allein wirksam tätigen, die **lediglich rechtlich vorteilhaft oder neutral** i.S.d. § 107 sind.
 - Rechtlich nachteilige Rechtsgeschäfte sind wirksam, wenn sie mit **Einwilligung (vorheriger Zustimmung)** des gesetzlichen Vertreters geschehen (§ 107).
 - Die ohne eine solche Einwilligung getätigten Rechtsgeschäfte sind wirksam, wenn der Minderjährige die Leistung **mit Mitteln bewirkt**, die ihm **zur freien Verfügung überlassen** wurden (§ 110).
- Greifen die oben aufgeführten Regeln nicht, sind **einseitige Rechtsgeschäfte** gemäß § 111 S. 1 (endgültig) **unwirksam. Verträge** sind **schwebend unwirksam**:
 - Nach § 108 werden Verträge wirksam, wenn der gesetzliche Vertreter (oder der volljährig Gewordene) die Genehmigung erteilt. Sie werden endgültig unwirksam, wenn die Genehmigung verweigert wird.
 - Bis zur Genehmigung besteht ein Widerrufsrecht des Vertragspartners im Rahmen des § 109.

I. Wirksame Rechtsgeschäfte

1. Teilgeschäftsfähigkeit, §§ 112 u. 113

14 Der Minderjährige kann **für bestimmte Lebensbereiche** mit Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters (im Fall des § 112 auch des Familiengerichts) volle Geschäftsfähigkeit – sog. Teilgeschäftsfähigkeit – erhalten:

¹¹ Palandt/Ellenberger § 105 Rn. 3.

¹² Erman/Arnold § 131 Rn. 11.

Nach § 112 ist der Minderjährige, wenn er vom gesetzlichen Vertreter mit Genehmigung des Familiengerichts zum **selbstständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts** ermächtigt worden ist, für solche Rechtsgeschäfte, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt, unbeschränkt geschäftsfähig. Er kann jedoch keine Rechtsgeschäfte tätigen, die der gesetzliche Vertreter nur mit Genehmigung des Familiengerichts vornehmen darf, §§ 112 Abs. 1 S. 2, 1643, 1821 f. Die Abschlussberechtigung des Minderjährigen kann nicht weitergehend sein als die des gesetzlichen Vertreters.

Beispiel: Der Minderjährige kann in seinem Erwerbsgeschäft gemäß §§ 112 Abs. 1 S. 2, 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 11 keine Prokura erteilen.

Wenn der Minderjährige vom gesetzlichen Vertreter zur **Eingehung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses** ermächtigt wird, so ist er gemäß § 113 für solche Geschäfte unbeschränkt geschäftsfähig, welche die Eingehung oder Aufhebung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses der gestatteten Art oder die Erfüllung der sich aus einem solchen Verhältnis ergebenden Pflichten betreffen. Dabei sind jedoch – wie in § 112 Abs. 1 S. 2 – solche Geschäfte ausgenommen, zu denen der gesetzliche Vertreter der Genehmigung des Familiengerichts bedarf (§ 113 Abs. 1 S. 2).

2. Lediglich rechtlich vorteilhaftes und neutrales Rechtsgeschäft, § 107

Gemäß § 107 bedarf der Minderjährige der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters für jede Willenserklärung, durch die er **nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil** erlangt. Abzustellen ist allein auf die rechtlichen Folgen eines Rechtsgeschäfts, nicht auf die wirtschaftlichen Auswirkungen. Die Formulierung „nicht lediglich rechtlich vorteilhaft“ wird allerdings als misslungen angesehen, da mit ihr **auch neutrale Rechtsgeschäfte** erfasst werden, die nach ihrer rechtlichen Bedeutung keiner Zustimmung durch den gesetzlichen Vertreter bedürfen. Das Erfordernis der Einwilligung besteht gemäß § 107 für alle Rechtsgeschäfte, die **rechtlich nachteilig** sind.

Auch mit einer Beschränkung auf rechtliche Nachteile ist der Wortlaut des § 107 nach einhelliger Ansicht zu weit, da jeder noch so geringfügige rechtliche Nachteil erfasst wird. Umstritten ist, wie eine **weitere Einschränkung** des § 107 vorzunehmen ist.

- Nach einer Ansicht¹³ sind nur die **unmittelbaren** rechtlichen Folgen für die Bewertung entscheidend. Die **mittelbaren** Rechtsnachteile, die als weitere Rechtsfolge der Willenserklärung eintreten, ohne dass der Wille darauf gerichtet sein müsste, bleiben außer Betracht. Als mittelbare Rechtsnachteile werden z.B. die Vertragskosten, die steuerrechtlichen Folgen, die Polizeipflichtigkeit bezüglich der Sache und die öffentlichen Abgaben angesehen.
- Insbesondere der BGH¹⁴ lehnt diese Differenzierung ab. Es komme nicht darauf an, ob ein rechtlicher Nachteil Gegenstand der zwischen den Parteien getroffenen rechtsgeschäftlichen Abrede oder nur deren mittelbare Folge sei. Denn das Vermö-

¹³ Staudinger/Knothe § 107 Rn. 6.

¹⁴ BGH, Beschl. v. 25.11.2004 – V ZB 13/04, RÜ 2005, 57; BGH, Beschl. v. 03.02.2005 – V ZB 44/04, NJW 2005, 1430; Palandt/Ellenberger § 107 Rn. 3

Verstoß gegen ein Verbotsgesetz, § 134; Wucher und Sittenwidrigkeit, § 138**Verstoß gegen ein Verbotsgesetz, § 134**

- Verbotsgesetze sind alle Rechtsnormen, die die Vornahme eines Rechtsgeschäfts generell verbieten („rechtliches Dürfen“).
- § 134 erfasst auch Umgehungsgeschäfte.
- Rechtsfolge des Verstoßes: Nichtigkeit, „wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt“.
 - Beiderseitiger Verstoß führt grundsätzlich zur Nichtigkeit, es sei denn, Sinn und Zweck des Gesetzes erfordern dies nicht, weil andere Sanktionsmöglichkeiten bestehen.
 - Bei einem einseitigen Gesetzesverstoß ist das Rechtsgeschäft grundsätzlich wirksam, es sei denn, der Zweck des Gesetzes ist nur durch die Nichtigkeitsanordnung zu verwirklichen.

Wucher, § 138 Abs. 2

- Auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung.
- In § 138 Abs. 2 aufgeführtes Defizit.
- Ausbeutung, d.h. Kenntnis von Missverhältnis und Defizit
- Rechtsfolge:
 - Grundsätzlich Gesamtnichtigkeit; bei Mietwucher Fortführung des Vertrags mit höchstzulässiger Miete (str.).
 - Beim wucherischen Darlehen besteht wegen § 817 S. 2 kein Zinsanspruch

Sittenwidrigkeit, § 138 Abs. 1

- Ein Rechtsgeschäft verstößt gegen die guten Sitten, wenn dadurch das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ verletzt wird.
- Die objektive Sittenwidrigkeit kann gegeben sein,
 - weil das Zustandekommen des Rechtsgeschäfts anstößig ist,
 - weil der Inhalt des Vertrags verwerflich ist, beispielsweise
 - Missbrauch von Macht- oder Monopolstellung oder ein Knebelungsvertrag,
 - Verstoß gegen die herrschende Rechts- und Sozialmoral,
 - wucherähnliche Kreditverträge,
 - krasse finanzielle Überforderung des Sicherungsgebers; anfängliche Übersicherung; Verleitung zum Vertragsbruch.
- Kenntnis der die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände

2. Teil: Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)

- 273** Verwendet eine Person dieselben Vertragsbedingungen mehrmals, so hat sie oft **besondere Kenntnisse** und eine **gewisse Marktmacht** in diesem Bereich. Daher bedarf der Geschäftspartner eines gewissen Schutzes, der besonders stark ausgestaltet ist, wenn er Verbraucher ist (vgl. § 310 Abs. 1 u. 3).

Hinweis: Die §§ 305–306 a u. 310 regeln insbesondere die **Einbeziehung, Auslegung und die Folgen der Unwirksamkeit** solcher Vertragsbedingungen. Dies sind – ungeachtet ihrer Verortung im 2. Buch des BGB – klassische Themen des BGB AT, die im Fokus der folgenden Ausführungen stehen. Die §§ 307–309 regeln hingegen die **Inhaltskontrolle** dieser Vertragsbedingungen. Dies ist eine Frage des jeweiligen Sachzusammenhangs, oft des Schuldrecht AT und BT. Im Folgenden werden hierzu daher nur die allgemeingültigen Strukturen und erforderlichen Kenntnisse erörtert. Detailliertere Ausführungen zu den zulässigen Inhalten finden Sie in den jeweiligen AS-Skripten zum jeweiligen Regelungsbereich.³³⁹

- 274** Im Groben bietet sich die folgende **Prüfreihefolge** an, an der sich auch die weiteren Ausführungen orientieren.

Eine **detaillierte Zusammenfassung** finden Sie (wie gewohnt) am Ende der Ausführungen.

Prüfung von AGB (Überblick)

- I. Anwendbarkeit**, § 310 Abs. 4
- II.** Vorliegen von **AGB**, § 305 Abs. 1; beachte § 310 Abs. 3 Nr. 1 u. 2
- III. Einbeziehung** in den Vertrag, § 305 Abs. 2 u. 3; beachte § 310 Abs. 1; Sonderfälle in §§ 305 a, 305 b, 305 c Abs. 1, 306 a
- IV. Auslegung**, beachte § 305 c Abs. 2
- V. Inhaltskontrolle:** § 307 Abs. 3 => § 309 => § 308 => § 307 Abs. 1 u. 2; beachte § 310 Abs. 1 u. Abs. 3 Nr. 3.
- VI. Rechtsfolgen** nach § 306 (ggf. i.V.m. § 1 UKlaG)

1. Abschnitt: Anwendbarkeit der §§ 305 ff. gemäß § 310 Abs. 4

- 275** Gemäß § 310 Abs. 4 S. 1 finden die §§ 305 ff. **keine Anwendung** bei Verträgen auf dem Gebiet des **Erb-, Familien- und Gesellschaftsrechts**. Gleiches gilt gemäß §§ 310 Abs. 4 S. 3, 307 Abs. 3 S. 1 für **Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen**.

Gemäß § 310 Abs. 4 S. 2 sind bei der Anwendung der §§ 305 ff. auf **Arbeitsverträge** die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen und § 305 Abs. 2 u. 3 findet keine Anwendung.

§ 310 Abs. 1–3 regelt nicht die generelle Anwendbarkeit der §§ 305 ff., sondern er modifiziert einzelne Regelungen. Er ist daher erst im Zusammenhang mit der modifizierten Regelung anzusprechen.

³³⁹ Z.B. zu Arbeitsverträgen im AS-Skript Arbeitsrecht (2016), Rn. 143 ff.

2. Abschnitt: Begriff der AGB, § 305 Abs. 1 u. § 310 Abs. 3 Nr. 1 u. 2

Gemäß § 305 Abs. 1 liegen AGB unter **folgenden Voraussetzungen** vor:

276

A. Vertragsbedingung

Nur Vertragsbedingungen, d.h. Regelungen, die **rechtlich verbindlich** sein sollen, können AGB sein. Bloße Empfehlungen oder unverbindliche Vorgaben werden von § 305 Abs. 1 nicht umfasst. Ob Rechtsverbindlichkeit gewollt ist, ist alleine aufgrund einer **objektiven Auslegung** nach §§ 133, 157 zu ermitteln. § 305 c Abs. 2 (s. Rn. 297) findet hierbei keine Anwendung, denn sein Tatbestand verlangt eine AGB, deren Vorliegen hier aber gerade erst geprüft wird.³⁴⁰

277

Beispiel:³⁴¹ In einem Supermarkt befindet sich folgender Aushang: „Wir bitten Sie höflich, Ihre Taschen an der Information vor dem Betreten des Marktes abzugeben. Anderenfalls weisen wir Sie höflich darauf hin, dass wir an der Kasse gegebenenfalls Taschenkontrollen durchführen müssen.“ – Der erste Satz beinhaltet eine reine Bitte ohne rechtliche Folgen. Der zweite Satz soll hingegen, wenn auch durch Höflichkeiten kaschiert, dem Supermarkt das Recht einräumen, eine verdachtsunabhängige Taschenkontrolle durchzuführen. Der zweite Satz ist daher eine Vertragsbedingung. (Diese ist übrigens gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 unwirksam. Sie weicht vom Grundgedanken der §§ 229, 859 ab, die private Gewalt nur beim objektiven Vorliegen der Entwendung von Waren zulassen. (Selbst der Staat darf solche Maßnahmen gemäß § 102 StPO nur durchführen, wenn ein hinreichender Tatverdacht besteht.)

B. Vorformuliert

Die Vertragsbestimmung gleich welchen Umfangs ist vorformuliert, wenn sie in irgendeiner Form **vor der Anbahnung des Vertragsschlusses** formuliert wurde, § 305 Abs. 1 S. 1 u. 2

278

Oft handelt es sich um schriftliche Klauseln, sei es in der Vertragsurkunde selbst oder in einer gesonderten Urkunde, vgl. § 305 Abs. 1 S. 2. Doch auch eine „**geistig**“ **vorformulierte** Erklärung ist ausreichend. Es genügt, wenn die Vertragsbestimmung zum Zweck künftiger wiederholter Einbeziehung „im Kopf des Verwenders“ gespeichert ist,³⁴² anderenfalls wäre § 305 Abs. 1 leicht zu umgehen (arg. § 306 a).

Wird ein schriftlich vorbereiteter Vertrag (insbesondere **handschriftlich**) **ergänzt**, so bleibt der AGB-Charakter erhalten, wenn diese Ergänzung nur eine bereits vorhandene Regelung verdeutlicht, wenn es sich also um eine unselbstständige Ergänzungsregel handelt bzw. diese in einem vorbestimmten Sinne vervollständigt wird.³⁴³

Gemäß § 305 Abs. 1 S. 3 liegt keine Vorformulierung bei **Aushandlung im Einzelnen** vor, s. Rn. 281.

340 BGH, Urt. v. 09.04.2014 – VIII ZR 404/12, Rn. 23, NJW 2014, 2269; BGH, Urt. v. 29.06.2016 – VIII ZR 191/15, NJW 2016, 3015.

341 Nach BGH, Urt. v. 03.07.1996 – VIII ZR 221/95, NJW 1996, 2574.

342 BGH, Urt. v. 13.05.2014 – XI ZR 170/13, Rn. 20, NJW-RR 2014, 1133.

343 Palandt/Grüneberg § 305 Rn. 8.

C. Für eine Vielzahl von Verträgen

- 279** Für eine Vielzahl von Verträgen sind Bestimmungen vorgesehen, wenn sie wiederholt angewandt werden sollen. Es muss die **Absicht der Mehrfachverwendung** bestehen. Besteht diese Absicht, so liegt **bereits bei der ersten Verwendung** eine AGB vor.

Bereits die Absicht der **dreimaligen Verwendung** einer bestimmten Klausel reicht aus, um diese als AGB anzusehen, der Begriff der „Vielzahl“ ist also eng zu verstehen. Unerheblich ist dabei, ob die Verwendung gegenüber verschiedenen Personen oder gegenüber derselben Person erfolgen soll.³⁴⁴

- 280** Auch eine **einmalige Verwendungsabsicht** reicht aus

- gemäß § 310 Abs. 3 Nr. 2 grundsätzlich bei **Verbraucherverträgen**, soweit es die Anwendbarkeit der §§ 305 c Abs. 2, 306, 307–309 betrifft, oder
- wenn der Verwender die Klauseln zwar nur einmalig verwenden will, jedoch **ein Dritter** sie zur mehrfachen Verwendung für mehrere Verwender formuliert hat.³⁴⁵

Beispiel: V erbt eine einzelne Wohnung. Er will diese langfristig vermieten und keinesfalls weiter ins Vermietergewerbe einsteigen. Er verwendet einen Standardmietvertrag, den er sich gegen ein geringes Entgelt aus dem Internet herunterlädt.

D. Einseitiges Stellen vs. beidseitiges Aushandeln

- 281** Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nur vor, wenn sie **vom Verwender gestellt** werden. Oft stellt eine Partei alle Bedingungen eines Vertrags, möglich ist aber auch, dass manche Bedingungen von der einen und manche Bedingungen von der anderen Partei gestellt werden. Gemäß § 305 Abs. 1 S. 3 liegt hingegen keine Vorformulierung vor, soweit eine Klausel **im Einzelnen ausgehandelt** wurde.

Unerheblich ist dabei, ob die Vertragsparteien die Klausel „von Null an“ gemeinsam aushandeln, oder ob sie einen Vorschlag der einen Partei gemeinsam ergänzen, verändern oder gar unverändert aufnehmen. Entscheidend ist im letztgenannten Fall aber, dass über den Vorschlag nicht lediglich verhandelnd gesprochen wird (was oft zur bloßen Beruhigung der anderen Seite, aber ohne ernsthafte Möglichkeit einer Änderung geschieht). Vielmehr muss ein echtes Aushandeln erfolgen, d.h. der Verwender muss seine Klausel **ernsthaft zur Disposition stellen**. Die andere Seite muss die **reale Möglichkeit** erhalten, zur Wahrung ihrer eigenen Interessen den **gesetzesfremden Kerngehalt** der Klausel zu beeinflussen.³⁴⁶ Dies ist regelmäßig zu bejahen,

- wenn der Kerngehalt einer Bestimmung **tatsächlich abgeändert** wurde,
- wenn an anderer Stelle der Gegenseite **anderweitige Vorteile eingeräumt** wurden, um den Nachteil aus der in Rede stehende Bestimmung zu kompensieren,
- wenn der Vertragspartner nach nicht nur vordergründiger Belehrung über den Inhalt der Klausel, sondern **nach Erörterung denkbarer Alternativen** die unveränderte Bestimmung als sach- und interessengerecht anerkennt oder

³⁴⁴ BGH, Urt. v. 27.09.2001 – VII ZR 388/00, NJW 2002, 138; BGH, Urt. v. 11.12.2003 – VII ZR 31/03, ZIP 2004, 315.

³⁴⁵ BGH, Urt. v. 23.06.2005 – VII ZR 277/04, BauR 2006, 106.

³⁴⁶ BGH, Urt. v. 17.02.2010 – VIII ZR 67/09, RÜ 2010, 273; BGH, Urt. v. 20.01.2016 – VIII ZR 26/15, NJW 2016, 1230; Palandt/Grüneberg § 305 Rn. 20 f. m.w.N.; MünchKomm/Basedow § 305 Rn. 43. m.w.N.

- nach umstrittener Ansicht³⁴⁷ unter **Unternehmern** nach Maßgabe ihrer individuellen Branchenkenntnis und Verhandlungsstärke selbst dann, wenn sie **nur einzelne Teile** eines Regelungskomplexes aushandeln oder bewusst und **einvernehmlich** auf ein Aushandeln **verzichten**.

Beispiel: V verpachtet dem P seine Kfz-Reparaturwerkstatt. Im Vertrag heißt es zum Schluss: „Ich bestätige ausdrücklich, dass ich vor Abschluss ausreichend Zeit gehabt habe, den heute mit V geschlossenen Pachtvertrag durchzulesen, die einzelnen Bestimmungen zu prüfen und zur Kenntnis zu nehmen. Ich erkläre mich vorbehaltlos mit allen Bestimmungen des Vertrags einverstanden und verzichte daher auf eine Abänderung des Vertrags.“ –

Unterstellt (!), P hat die aufgeführten Schritte tatsächlich ausgeführt, so liegt gleichwohl kein Aushandeln vor. Er hat die Klauseln lediglich zur Kenntnis genommen und geprüft, ohne Änderungswünsche anzubringen. Im Gegenteil nimmt er sie vorbehaltlos hin und verzichtet auf eine Abänderung.

Dritte, die den Vertrag für den Verwender als künftige Vertragspartei formulieren, sind diesem zuzurechnen (vgl. Rn. 280). Regelmäßig **neutrale Personen** (wie insbesondere Notare) werden hingegen nur zugerechnet, wenn sie den Vertrag offensichtlich einseitig im Interesse des Verwenders formulieren.³⁴⁸ **282**

Beispiel:³⁴⁹ V betreibt ein Einrichtungshaus. Von seinen Mitarbeitern wird bei Abschluss des Kaufvertrags ein Formular verwandt, das mit „Auftragsbestätigung und Rechnung“ überschrieben ist. In der Rubrik „Zahlung“ wird von den Mitarbeitern neben dem Zahlungsbetrag stets handschriftlich die Ergänzung „Restzahlung vor Lieferung“ oder eine inhaltsgleiche Formulierung eingetragen. – § 305 Abs. 1 ist erfüllt. Es handelt sich um eine inhaltlich im Kopf vorformulierte Bedingung, ungeachtet geringer sprachlicher Abweichungen. Sie soll mehrfach verwendet werden (und wird dies auch tatsächlich). V ist der Verwender, seine Mitarbeiter werden ihm zugerechnet. (Übrigens ist die Klausel gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 unwirksam, sie weicht vom Grundgedanken der §§ 320, 322 ab.)

Wer sich auf die §§ 305 ff. beruft, muss **beweisen**, dass die Gegenseite die in Rede stehende Bedingung gestellt hat. Bei **Verbraucherverträgen** gelten aber gemäß § 310 Abs. 3 Nr. 1 alle Bedingungen als vom Unternehmer gestellt, es sei denn, dass sie durch den Verbraucher in den Vertrag eingeführt wurden. Die Beweislast ist also umgekehrt. **283**

3. Abschnitt: Einbeziehung der AGB als Vertragsbestandteil

Das einseitige Stellen von AGB macht sie noch nicht zum Vertragsbestandteil. Sie müssen vielmehr auch in den Vertrag einbezogen werden, was bereits nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 145 ff. eine entsprechende **Einigung** voraussetzt.

A. Einbeziehung gegenüber Verbrauchern

Steht dem Verwender, sei er Verbraucher oder Unternehmer, eine nicht unter § 310 Abs. 1 S. 1 fallende Person, also ein **Verbraucher** gegenüber, so gilt § 305 Abs. 2 u. 3. **284**

I. Einbeziehung im Einzelfall, § 305 Abs. 2

Gemäß § 305 Abs. 2 a.E. werden AGB nur in den Vertrag einbezogen, soweit die Gegenseite mit ihnen **einverstanden** ist. Ein objektiver Empfänger muss dem Verhalten der **285**

347 Palandt/Grüneberg § 305 Rn. 22 m.w.N.; Berger ZGS 2004, 415; Pfeiffer ZGS 2004, 401.

348 Heinrichs NJW 1994, 1380, 1381; Palandt/Grüneberg § 305 Rn. 12.

349 Nach BGH, Urt. v. 10.03.1999 – VIII ZR 204/98, RÜ 1999, 325.

Stichwortverzeichnis

Die Zahlen verweisen auf die Randnummern.

Abänderung formbedürftiger Verträge.....	123	Unklarheitenregel.....	297
Ablaufhemmung.....	337	Verbandsprozess.....	297
Absicht der Mehrfachverwendung.....	279	verschuldensunabhängige Haftung.....	307
Abstraktionsprinzip.....	34, 91, 264	Verzinsklauseln.....	301
Abtretung		Vorformulierung.....	278
ärztliche oder anwaltliche Honorar-		Vorleistungsklauseln.....	301
forderungen.....	89	Vorleistungspflicht.....	304
Abwehrklausel.....	317	widersprechende AGB.....	316
Additionsklausel.....	95	Andeutungstheorie.....	156,158
Alkoholabhängigkeit.....	96	Anerkenntnis.....	133, 341
Allgemeine Geschäftsbedingungen.....	273	Anfechtung.....	160
Absicht der Mehrfachverwendung.....	279	Arbeitsverträge.....	253
Abwehrklausel.....	317	Arglist.....	228
Aufrechnungsverbot.....	304	arglistige Täuschung.....	221
Aushandeln.....	281	Beitrittserklärungen.....	163
Aushang.....	285	Doppelirrtum.....	204
Auslegung.....	296, 322	Drohung.....	238
Begriff.....	276	Erklärungsirrtum.....	166
deklaratorische Klauseln.....	300	erweiterter Inhaltsirrtum.....	184
Einbeziehung.....	283	fingierte Willenserklärungen.....	164
Einbeziehung gegenüber Unter-		gemäß § 119 Abs. 1.....	165
nehmern.....	288	gemäß § 119 Abs. 2.....	197
Einbeziehung in besonderen Fällen.....	291	gemäß § 120.....	216
Fälligkeitsklauseln.....	301	gemäß § 123.....	219
geltungserhaltende Reduktion.....	315	geschäftähnliche Handlungen.....	161
in notariellen Verträgen.....	282	Gesellschaftsverträge.....	253
Individualprozess.....	297	Gewährleistungsrecht.....	199, 201
Individualvereinbarung.....	292	Gründungserklärungen.....	163
Inhaltskontrolle.....	298	Inhaltsirrtum.....	167
kundenfeindlichste Auslegung.....	297	Rechtsfolgen.....	252
kundenfreundlichste Auslegung.....	297	Rechtsmissbrauch.....	201
Leistungsbeschreibungen.....	300	Rechtsscheinstatbestände.....	164
Leistungsverweigerungsrecht.....	304	Schweigen als Willenserklärung.....	164
Möglichkeit der Kenntnisnahme.....	286	Teilanfechtung.....	247, 256
Pauschalierung von Schadensersatz-		Vertrag.....	160
ansprüchen.....	304	Vertrauensschaden.....	258
Preisänderungsklauseln.....	301	Anfechtungsausschluss.....	250
Preis Anpassungsklauseln.....	304	Anfechtungsberechtigung.....	246
Preisvereinbarungen.....	300	Anfechtungserklärung.....	247
Rahmenvereinbarungen.....	287	Anfechtungsfrist.....	248
Rechtsfolgen der Unwirksamkeit.....	314	Anwartschaftsrecht.....	119
Schönheitsreparaturen.....	307	Arbeitnehmerbürgschaft.....	107
Schriftformklausel.....	307	Arbeitsvertrag, AGB.....	275
Stellen.....	281	Arglist.....	228
Transparenzgebot.....	303, 306, 311, 321, 322	Schädigungsabsicht.....	229
überraschende Klauseln.....	293	arglistige Täuschung.....	221, 230
unangemessene Benachteiligung.....	306, 308	Anspruchsgrundlagen.....	232

Aufhebung formbedürftiger Verträge	124	Doppelirrtum	204
Aufklärungspflicht	194	Dritter i.S.d. § 123 Abs. 2	231
Aufrechnungsverbot	304	Drogenabhängigkeit	96
Auftrag zum Eigentumserwerb	117	Drohung	239
Ausbeutung	96	Ehefähigkeit	2
Aushandeln	281	Eigenschaft	
Aushang	285	Baubeschränkungen	207
Auslegung	296	der Person	212
Andeutungstheorie	156	der Sache	206
formbedürftige Erklärungen	155	Eigentum	207
kundenfeindlichste	297	Gesundheitszustand	214, 215
kundenfreundlichste	297, 322	Herstellungsverfahren	207
Richtigkeitsvermutung	159	Konfessionszugehörigkeit	214, 215
Vollständigkeitsvermutung	159	Kreditwürdigkeit	215
Ausschluss der gesetzlichen Vertretung	61	Leistungsfähigkeit	214
Ausschlussfristen	325	Parteizugehörigkeit	214
Aussteller	131	Preis	208
Baubeschränkungen als Eigenschaft	207	Sachkunde	214
Beglaubigung, öffentliche	138	Schwangerschaft	215
Behauptung „ins Blaue hinein“	228	Verkehrswesentlichkeit	210, 215
Beitrittserklärungen, Anfechtung	163	Vermögensverhältnisse	214
Belehrungsfunktion, Formzweck	113	Vertrauenswürdigkeit	214
Berechnungsfehler, evidenten	181	Vorstrafen	214
Berechnungsirrtum <i>siehe Kalkulationsirrtum</i>		Wert	208
beschränkte Geschäftsfähigkeit	13	Zahlungsfähigkeit	215
beschränkter Generalkonsens	42	Eigenschaftsirrtum	197
Besitz	55, 64	Gattungskauf	211
Besitzerwerb	55	Eigentum als Eigenschaft	207
Besitzübertragung	55	Einbeziehung	284
Bestätigung	250, 272	gegenüber Privatpersonen	285
Betriebsvereinbarungen, AGB	275	gegenüber Unternehmern	288
Beurkundung, notarielle	137	Einheitlichkeitswillen	264
Beweisfunktion, Formzweck	114	einseitige Rechtsgeschäfte	51, 60
Bewirken der Leistung	45	Einsichtsfähigkeit	
Bewusstlosigkeit	11	mangelnde	96
Bierbezugsvertrag	122	natürliche	55
Börsenkursfälle	190	Einwilligung	41
Bösgläubigkeit des beschränkt		Elektronische Form	133
Geschäftsfähigen	64	Elektronische Signatur	134
Bürgschaft, finanzielle Überforderung	107	Eltern als gesetzliche Vertreter	58
Bürgschaftserklärung		Empfangsbote	217
Form	133, 151	Empfangszuständigkeit	65
culpa in contrahendo, c.i.c.	181	Erbvertrag, AGB	275
Dauerschuldverhältnis,		Erfüllung einer Verbindlichkeit	62
Preisankpassungsklausel	304	Erfüllung, Geschäftsfähigkeit	65
Deklaratorische Klauseln	300	Erfüllungsgeschäft	264
Dienstvereinbarungen, AGB	275	Erfüllungsinteresse	258
Dissens	173	Ergänzung formbedürftiger Verträge	123
Dokortitel	101	Erhaltungsklauseln	266
		Erhebliche Willensschwäche	96
		Erklärungsbote	217

Erklärungsirrtum.....	166	Geltungserhaltende Reduktion	315
Ersatzungsklauseln	266	Genehmigung	
Ersitzungsfristen	325	Beschränkungen der Vertretungsmacht	53
Erweiterter Inhaltsirrtum	184	des Familiengerichts.....	59
Erwerbsverpflichtung		des gesetzlichen Vertreters.....	53
bedingte	117	des Vormundschaftsgerichts.....	59
mittelbare.....	118	Generalkonsens, beschränkter	42
Existenzgefährdung	147	Gesamtnichtigkeit	90, 97, 265
Fälligkeitsklauseln.....	301	Geschäfte des täglichen Lebens.....	8
falsa demonstratio	157, 189	geschäftähnliche Handlungen.....	161
Familienvertrag, AGB.....	275	Geschäftsfähigkeit	2
Fehleridentität.....	255	beschränkte	13
Fieberwahn.....	11	Geschäftsgrundlage.....	181 f., 198, 204
finanzielle Überforderung.....	107	Geschäftsunfähigkeit.....	4
fingierte Willenserklärungen	164	partielle.....	5
Form		relative	6
Abänderung formbedürftiger		Gesellschaftsvertrag, AGB.....	275
Verträge	123	Gesellschaftsvertrag, Anfechtung	253
Aufhebung formbedürftiger		Gesetzesverstoß	67
Verträge	124	gesetzliche Vertretung	58
Auftrag zum Eigentumserwerb.....	117	Ausschluss	61
bedingte Erwerbsverpflichtung.....	117	Beschränkung der Vertretungsmacht	59
Bürgschaftserklärung.....	125, 132	Gestattung, Insichgeschäft.....	63
elektronische.....	133	Gesundheitszustand	214, 215
Ergänzung formbedürftiger Verträge.....	123	Gewährleistungsrecht.....	199, 201
mittelbare Erwerbsverpflichtung	118	Gründungserklärungen, Anfechtung	163
mittelbare Übertragungspflicht.....	118	Handeltreiben mit Betäubungsmitteln	91
Nebenabreden	120, 125	Heilung	142
Übertragung des Anwartschaftsrechts	119	Hemmung der Verjährung	337
vertraglich vereinbarte.....	126	Herstellungsverfahren als Sach-	
Vorkaufsrecht.....	116	eigenschaft.....	206
Vorvertrag	118	Individualprozess.....	297
zusammengesetzte Verträge	122	Individualvereinbarung	292
Formerfordernisse	114	Inhaltsirrtum	167
Umfang des Formerfordernisses	120	erweiterter	184
Formmangel		Inhaltskontrolle	298
Existenzgefährdung	148	Ausschluss	300
Heilung.....	142	im unternehmerischen Bereich	313
Treupflichtverletzung.....	149	mit Wertungsmöglichkeit.....	305, 313
Formzwecke.....	114	ohne Wertungsmöglichkeit	304, 313
Fragerecht		unangemessene Benachteiligung.....	306
Schwangerschaft.....	226	Insichgeschäft	63
Schwerbehinderung	226	Gestattung.....	63
Vorstrafen.....	226	Irrtum	
Fragerecht, Körperbehinderung.....	226	anderes Rechtsgeschäft.....	172
Frist, Definition.....	325	Doppelirrtum.....	204
Gattungskauf		Motivirrtum	162, 197
Eigenschaftsirrtum.....	211	über den Vertragspartner	171
Geheimhaltungspflichten,		über Eigenschaften	197
berufliche	89	über Rechtsfolgen	177

Kalkulationsirrtum.....	181	Preisänderungsklauseln.....	301
Kardinalpflichten	308	Preisanpassungsklauseln.....	304
Kausalgeschäft.....	264	Preisvereinbarungen.....	300
Knebelungsverträge	100	Prostituierten	98
Konfessionszugehörigkeit.....	215	Radarwarngerät	101
Konfessionszugehörigkeit als		Rausch	11
Eigenschaft.....	215	Realakte.....	64
Körperbehinderung, Fragerecht	226	Rechtsfolgenirrtum.....	177
Krasse finanzielle Überforderung	108	Rechtsgeschäfte, einseitige.....	60
Krasses Missverhältnis.....	103	Rechtsmissbrauch	200
Kreditwürdigkeit	215	Rechtsscheinstatbestände,	
Kundenfeindlichste Auslegung.....	297	Anfechtung.....	164
Kundenfreundlichste Auslegung.....	297	Reduktion, geltungserhaltende	315
Lediglich rechtlich vorteilhafte Rechts-		relative Geschäftsunfähigkeit	6
geschäfte.....	17	Richtigkeitsvermutung, Form.....	159
Leistungsbeschreibungen, AGB.....	300	Sache	
Leistungsfähigkeit als Eigenschaft	214	Eigenschaften	206
Leistungsverweigerungsrecht, AGB	304	i.S.d. § 119 Abs. 2	205
lichte Momente (lucida intervalla).....	4	Sachkunde als Eigenschaft.....	214
Machtstellung, Missbrauch	100	Sachverhaltsirrtum, unverschuldeter.....	243
mangelndes Urteilsvermögen	96	salvatorische Klauseln.....	266
Mehrvertretung	63	Schädigungsabsicht.....	229
Minderjährigkeit.....	3	Schenkungsvertrag.....	30, 173
Missbrauch einer Machtstellung.....	100	Schönheitsreparaturen	307
Missverhältnis, krasses.....	103	Schriftform	129
Mittelbare Rechtsnachteile	19	eigenhändige Unterschrift.....	129
Monopolstellung, Missbrauch	100	Telefax	132
Motivirrtum.....	162, 197	vereinbarte.....	136
Nachfristen.....	325	Vertreter	131
Naturalkomputation.....	327	Schriftformklausel	
natürliche Einsichtsfähigkeit	55	doppelte	127
Nebenabreden, Form	120, 125	einfache.....	127
Neubeginn der Verjährung	341	Schriftformklauseln, AGB.....	307
neutrale Rechtsgeschäfte	17, 39	Schuldbeitritt	108
Nichtigkeit		Schutzfunktion, Formzweck.....	113
Anfechtung	160	Schwangerschaft	
Formverstoß	113	Eigenschaft	215
Geschäftsunfähigkeit.....	7	Fragerecht	226
Gesetzesverstoß	67	schwebende Unwirksamkeit.....	52, 60
Wucher.....	94	Widerruf	57
Nichtigkeitsergründe	1	Schweigen als Willenserklärung	164
nichtkörperliche Gegenstände.....	205	Schwerbehinderteneigenschaft,	
notarielle Beurkundung	137	Fragerecht	226
Parteizugehörigkeit als Eigenschaft	214	Selbstkontrahieren	63
partielle Geschäftsunfähigkeit	5	Sexualmoral.....	98
Pauschalierung von Schadensersatz-		Sicherungsvertrag.....	122
ansprüchen	304	überraschende Klauseln.....	293
Preis als Eigenschaft.....	208	Signaturgesetz	134
		Sittenwidrigkeit.....	98
		Beurteilungszeitpunkt	111

Konkurrenzen	93	Handeltreiben mit Betäubungsmitteln.....	91
objektiver Tatbestand.....	99	Nichtigkeit	72
subjektiver Tatbestand.....	111	Teilnichtigkeit.....	90
Sozialmoral	101	Umfang der Nichtigkeitsanordnung.....	90
Stellen, AGB.....	281	Verletzung von Privatgeheimnissen	89
Steuerungsfähigkeit,		Verbraucherdarlehensverträge	133
mangelnde	96	Verbraucherschutzverein.....	321
Störung der Geschäfts-		Verbraucherverträge	276, 279, 281
grundlage.....	181 f., 198, 204	Verfügungsgeschäft	22, 264
Tarifvertrag, AGB	275	Verjährung	
Taschengeldparagraph.....	44	Hemmung.....	337
Bewirken der Leistung.....	45	Höchstfristen	334
Täuschung, arglistige.....	221, 230	Neubeginn.....	341
Täuschungshandlung.....	222	Regelverjährung.....	330
durch Dritte	230	Vereinbarungen.....	335
Widerrechtlichkeit.....	226	Verjährungsfristen	325
Teilanfechtung	247, 256	verkehrsrechtliche Eigenschaften	
Teilgeschäftsfähigkeit.....	14	der Person.....	214
Teilnichtigkeit.....	90, 112, 261	der Sache.....	210
Teilzeitwohnrechte.....	133	Verletzung von Privatgeheimnissen.....	89
Telefax	132	Vermögensverhältnisse als	
teleologische Reduktion.....	34	Eigenschaft.....	214
Tendenzbetriebe	215	Verpflichtung zum Grundstücks-	
Termin, Definition	327	erwerb	23
Testierfähigkeit	2	Verpflichtung zur Grundstücks-	
Textform	135	übertragung.....	115
Titelkauf	101	Verpflichtungsgeschäft	264
Transparenz-		Verpflichtungsverträge.....	29
gebot	303, 306, 311, 321, 322	verschuldensunabhängige	
Treuepflichtverletzung	149	Haftung.....	307
Treueverstoß.....	149	Verträge, zusammengesetzte	122
Trunkenheit.....	11	Vertragsbedingung, AGB	277
Überforderung, finanzielle	107	Vertrauensinteresse	258
Übermittlung, unrichtige	216	Vertrauensschaden	258
überraschende Klauseln	293	Vertrauenswürdigkeit	214
Übertragungspflicht.....	117	Vertretung, gesetzliche	58
mittelbare.....	118	Verweigerung der Genehmigung.....	53, 54
Umdeutung.....	267	Verzinsungsklauseln	301
Umgehungsgeschäfte.....	71, 275	Volljährigkeit	3
unangemessene Benach-		Vollständigkeitsvermutung	159
teiligung	306, 308	Vorformulierung, AGB.....	278
Unerfahrenheit.....	96	vorherige Zustimmung.....	59
Unklarheitenregel	297	Vorkaufsrecht	116, 145
Unterlassungsklagengesetz	320	Vorleistungsklauseln	301
Verbandsprozess.....	297	Vorleistungspflicht	304
Verbotsgesetz.....	68	Vormund	58, 61
beiderseitiger Verstoß	74	Vorstrafen	
einseitiger Verstoß.....	75	Eigenschaft.....	214
Erfüllungsgeschäft	91	Fragerecht	226
		Vorübergehende Störung der Geistes-	
		tätigkeit	11
		Vorvertrag.....	118, 145, 148

Warnfunktion, Formzweck	113	Ausbeutung	96
weite Zweckerklärung	294	Rechtsfolgen	97
Wert als Eigenschaft	208	Wucherähnliche Kreditverträge.....	102
wertbildende Merkmale.....	208		
Widerrechtlichkeit		Zahlungsfähigkeit	215
Drohung	240	Zivilkomputation	327
Widerruf	57	Zugang gegenüber Geschäfts-	
widersprechende AGB	316	unfähigen	10
Willensschwäche, erhebliche	96	zusammengesetzte Verträge	122
Wirksamkeitsfiktion	8	Zustimmung	
wirtschaftlicher Zwang	118	des Familiengerichts	41
Wucher	94	vorherige	59
auffälliges Missverhältnis.....	95	Zwangslage	96