

E1

Examenskurs
1. Examen

Kurs-Info

Alpmann Schmidt





Das Repetitorium

Münster

Das Original
seit
1957

Mit Sicherheit zum 1. Examen

MONTAG

03. JUNI
18:00 UHR

INFOVERANSTALTUNG

in Präsenz + Livestream



Kursbeginn

Montag

07.10.24

**Wir bringen Dich mit unserem
Jahreskurs sicher ins Examen**

Dein Rundum-Sorglos-Paket

Präsenzunterricht + Livestream + Aufzeichnungen
+ RÜ-Rechtsprechungsübersicht + Klausurenkurs
mit Korrektur + Skripten + Lern-App

ab 12 x 169 €
(alles inklusive),

Frühbucherrabatt

bis 30.06.2024





Das Repetitorium

Münster

Monat	Zivilrecht I	Zivilrecht II	Öffentliches Recht	Strafrecht
10/2024	BGB AT	Delikts/SchadensR	StaatsorgaR/GrundR	StrafR AT
11/2024	BGB AT	Delikts/SchadensR	StaatsorgaR/GrundR	StrafR AT
12/2024	BGB AT/SchuldR AT	GoA/Regress	StaatsorgaR/GrundR	StrafR AT
01/2025	SchuldR AT	BereicherungsR	VerwR AT/VwGO	StrafR AT
02/2025	SchuldR AT	FamilienR	VerwR AT/VwGO	VermögensD
03/2025	SchuldR BT	ErbR	VerwR AT/VwGO	VermögensD
04/2025	SchuldR BT	ZPO I	VerwR AT/VwGO	VermD/NichtvermD
05/2025	SchuldR BT	ZPO II	Polizei-/OrdnR	NichtvermD
06/2025	SachenR	HandelsR	Polizei-/OrdnR	NichtvermD
07/2025	Probeklausurexamen			
08/2025	SachenR	GesellschaftsR	Öffentliches BauR	StPO
09/2025	SachenR	ArbeitsR/IPR	KommunalR	EuropaR

Wir bieten Dir:

- ▶ **3 Kurstage pro Woche**
- ▶ **Gruppengröße:** max. 50 Personen
(keine Massenveranstaltung wie das UniRep)
- ▶ **völlig flexibel:** Präsenzunterricht und Livestream, Aufzeichnungen drei Wochen lang verfügbar
- ▶ mit **Klausurbesprechungen** und vielen weiteren **Spezialveranstaltungen**
- ▶ **Kursunterlagen:** immer topaktuell
- ▶ **Kursfreie Zeiten:** Ostern (2 Wochen), Sommer (4 Wochen), Weihnachten (2 Wochen)



Kursdauer

12 Monate

Preis

ab 12 x 169 €
(alles inklusive)

Frühbucher- und Gruppenrabatte



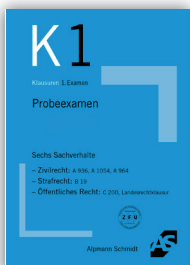
20 S-Skripten zu den Kerngebieten

- ▶ BGB AT 1+2, SchuldR AT 1+2, SchuldR BT 1-4, SachenR 1+2, ZPO
- ▶ GrundR, StaatsorgaR, VerwR AT 1+2, VwGO
- ▶ StrafR AT 1+2, StrafR BT 1+2



RÜ RechtsprechungsÜbersicht

- ▶ abonenntenstärkste juristische **Ausbildungszeitschrift** in Deutschland
- ▶ **aktuelle Urteile**, die oftmals zu Original-Examensklausuren werden
- ▶ alle Urteile im **Gutachtenstil** gelöst



Über 120 Examensklausuren

alle Klausuren mit **Korrekturflatrate**

- ▶ eine kursbegleitende Klausur/Woche, korrigiert von Deinem **persönlichen Coach**
- ▶ jeden Monat sechs **examenstypische Klausuren**, auch zum nordrhein-westfälischen Landesrecht



Über 1.800 digitale Lernkarten

- ▶ Wissen unterwegs vertiefen
- ▶ Die ideale Wiederholungshilfe



- A. Das Entstehen der Personengesellschaften**
- I. Die Arten der Personengesellschaften**
- II. Die OHG, §§ 105 ff. HGB**
- III. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), §§ 705 ff. BGB**
- 1. Abgrenzung zur Bruchteilsgemeinschaft**
- 2. Rechtsnatur der GbR, Haftungssystematik**



Fall 3: Gesellige Rechtsanwälte

Die Rechtsanwälte A und B betreiben ihre Kanzlei in der Form einer GbR. Nach dem Gesellschaftsvertrag ist jeder Gesellschafter alleinvertretungsberechtigt. Aufgrund des steten Zuwachses an Mandanten wird bald eine Erweiterung erforderlich. Rechtsanwältin R, Fachanwältin für Familienrecht, die B noch aus seiner Studienzeit kennt, tritt daher zum März in die GbR als Gesellschafterin ein. Die K, von der die GbR ihr Büromaterial bezieht und die auf Bestellung des A noch im Dezember des Vorjahres Ware zum Preis von 200 € geliefert hatte, fragt nach ihren Ansprüchen, da der Kaufpreis noch nicht bezahlt wurde. R meint, das sei vor ihrer Zeit gewesen und lehnt jede Zahlung ab.

1. Ansprüche der K gegen die GbR?
2. Ansprüche der K gegen die Gesellschafter?
3. Kann ein Gesellschafter im Falle einer erfolgreichen Inanspruchnahme Erstattung von der GbR verlangen?

Abwandlung

Rechtsanwalt A ist seit mehreren Jahren als „Einzelkämpfer“ tätig. Er betreut seinen Großmandanten K in allen Rechtsangelegenheiten. Anfang März nimmt er Rechtsanwalt B als Sozius in seine Kanzlei auf, die nunmehr als GbR betrieben wird. Kurz darauf stellt sich heraus, dass A im letzten Jahr Mandantengelder des K über 200.000 € veruntreut hat. A ist inzwischen untergetaucht. K nimmt B auf Schadensersatz in Anspruch. B meint, er hafte nicht, da er zur Zeit der schadensbegründenden Handlung noch kein Gesellschafter gewesen sei, da er erst ab März als Sozius tätig gewesen sei.

AS-Skript Gesellschaftsrecht (2024), 69 ff.

BGH NJW 2022, 2280 (Zulässigkeit einer Partnerschaft zwischen Tierarzt und Betriebswirt)

BGH RÜ 2019, 755 (Haftungsausschluss in einer Partnerschaft)

BGH NJW 2017, 2752 (GbR als Verbraucher?)

Weidlich/Federle NJW 2023, 3321 (Gesellschaftsanteile im Erbrecht – Auswirkungen des MoPeG)

Freiherr von Proff NZG 2023, 147 (Ausscheiden statt Auflösen: Handlungs- und Beratungsbedarf infolge des MoPeG bei der GbR in der Übergangsphase)

Rubner/Leuering NJW-Spezial 2023, 15 (Das neue GbR-Recht nach MoPeG)

Stürner Jura 2021, 463 (20 Jahre Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts)

Hell JA 2021, 12 (Grundzüge und Modernisierung des Rechts der GbR)



Entstehung der Personengesellschaften [ab 01.01.2024]

	Handelsgesellschaften	BGB-Gesellschaften
<p>OHG, §§ 105 ff. HGB</p> <p>I. Gesellschaftsvertrag</p> <ol style="list-style-type: none"> Mindestinhalt (§ 105 Abs. 1, 3 HGB, § 705 Abs. 1 BGB) <ol style="list-style-type: none"> Person der Gesellschafter alle Gesellschafter haften unbeschränkt gemeinsamer Zweck: <ul style="list-style-type: none"> § 105 Abs. 1 HGB: Handelsgewerbe i.S.v. § 1 Abs. 2 HGB § 107 Abs. 1 S. 1, 1. Var. HGB: Kleingewerbe, sofern eingetragen (§ 2) § 107 Abs. 1 S. 1, 2. Var. HGB: Vermögensverwaltung, sofern eingetragen § 107 Abs. 1 S. 2 HGB: Freier Beruf, sofern eingetragen Beiträge: Festlegung der Pflicht der Gesellschafter fakultativer Inhalt Aufgabenverteilung, Vertretungsmacht etc. Wirksamkeit des Vertrages <ol style="list-style-type: none"> GesellschaftsV formlos möglich §§ 104 ff BGB → aber Grds. zur fehlerhaften Gesellschaft <p>II. Entstehungszeitpunkt</p> <ol style="list-style-type: none"> Grds.: mit Eintragung ins HR, §§ 123 Abs. 1 S. 1, 106 HGB Ausn.: mit Geschäftsbeginn vor Eintragung, § 123 Abs. 1 S. 2 HGB, wenn Handelsgewerbe i.S.v. § 1 Abs. 2 HGB und alle Gesellschafter dem Geschäftsbeginn zugestimmt haben 	<p>KG, §§ 161 ff. HGB</p> <p>I. Gesellschaftsvertrag</p> <ol style="list-style-type: none"> Mindestinhalt (§§ 161, 105 Abs. 1, 3 HGB, § 705 Abs. 1 BGB) <ol style="list-style-type: none"> Person der Gesellschafter <ol style="list-style-type: none"> Kommanditisten Haftung nur mit Kommanditeinlage Komplementäre unbeschränkte Haftung gemeinsamer Zweck dto. Beiträge: dto. fakultativer Inhalt: dto. Wirksamkeit des Vertrages: dto. <p>II. Entstehungszeitpunkt</p> <p>→ §§ 161 Abs. 2, 123 HGB</p>	<p>GbR, §§ 705 ff. BGB</p> <p>I. Gesellschaftsvertrag</p> <ol style="list-style-type: none"> Mindestinhalt (§ 705 Abs. 1 BGB) <ol style="list-style-type: none"> Person der Gesellschafter <ol style="list-style-type: none"> gemeinsamer Zweck (konkret und begrenzt) <ul style="list-style-type: none"> wirtschaftlich/ideell materieller/immaterieller Erfolg einmaliger Zweck/auf Dauer Haben/Halten von Sachen grds. nicht ausreichend Beiträge: Festlegung der Pflicht der Gesellschafter zur Zweckförderung fakultativer Inhalt → Aufgabenverteilung, Vertretungsmacht etc. Wirksamkeit des Vertrages <ol style="list-style-type: none"> GesellschaftsV formlos möglich §§ 104 ff. BGB → aber Grds. zur fehlerhaften Gesellschaft beachten Entstehungszeitpunkt <ol style="list-style-type: none"> Mit Teilnahme am Rechtsverkehr (§ 719 Abs. 1 1. Var. BGB) Spätestens mit Eintragung im Gesellschaftsregister (§ 719 Abs. 1 2. Var. BGB) [anderenfalls nur <i>BGB-Innungsgesellschaft</i>, § 705 Abs. 2 2. Var. BGB]



Außenverhältnis der Personengesellschaften

[ab 01.01.2024]

– Vertretung und Haftung –

	OHG	KG	GbR
Vertretung durch Gesellschafter	<p>Grds.:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Einzelvertretung, § 124 Abs. 1 HGB <p>Ausn.:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Gesamtvertretung, § 124 Abs. 2 HGB • unechte Gesamtvertretung (mit Prokurist) § 124 Abs. 3 HGB 	<p>Grds.:</p> <ul style="list-style-type: none"> • dto. § 161 Abs. 2 i.V.m. § 124 Abs. 1 HGB • außer Kommanditist, § 170 Abs. 1 HGB <p>Ausn.:</p> <p>dto. § 161 Abs. 2 i.V.m. § 124 Abs. 2, 3 HGB</p>	<p>Grds.:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Gesamtvertretung § 720 Abs. 1 BGB <p>Ausn.:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Vereinbarungen der Gesellschafter (§ 720 Abs. 1 BGB)
Vertretung durch Dritte	<ul style="list-style-type: none"> • §§ 164 ff. BGB • handelsrechtliche Stellvertretung: <ul style="list-style-type: none"> – Prokura, §§ 48 ff. HGB – Handlungsvollmacht, § 54 HGB – Ladenangestellte, § 56 HGB 	dto.	<ul style="list-style-type: none"> • §§ 164 ff. BGB
Haftung der Gesellschaft	Haftung gem. § 105 Abs. 2 HGB	dto. § 161 Abs. 2 i.V.m. § 105 Abs. 2 HGB	<ul style="list-style-type: none"> • GbR haftet, wenn rechtsfähig (= Teilnahme am Rechtsverkehr oder Eintragung, §§ 705 Abs. 2 1. Var., 719 Abs. 1 BGB)
Haftung der Gesellschafter	<p>Akzessorische Eigenhaftung, § 126 HGB</p> <ul style="list-style-type: none"> • Erfüllungstheorie (h.M.): <ul style="list-style-type: none"> – Grds.: Erfüllung wie von Gesellschaft geschuldet – Ausn.: rechtlich/tatsächlich unmöglich • Haftungstheorie (M.M.): Haftung nur auf Geldinteresse 	<ul style="list-style-type: none"> • Komplementäre dto. § 161 Abs. 2 i.V.m. § 126 HGB • Kommanditisten <ul style="list-style-type: none"> – beschränkt, § 171 HGB – unbeschränkt, § 176 HGB 	Akzessorische Eigenhaftung, § 721 S. 1 BGB



Fall 3: Gesellige Anwälte

Frage 1: Ansprüche der K auf Bezahlung gegen die GbR?

K könnte ein Anspruch gegen die GbR auf Kaufpreiszahlung **aus § 433 Abs. 2 BGB** zustehen.

I. Dazu ist das **Bestehen einer rechtsfähigen GbR zum Zeitpunkt der Begründung der Verbindlichkeit** erforderlich.

1. Dies setzt eine **wirksame Einigung i.S.v. § 705 BGB** voraus.

a) Ein **Gesellschaftsvertrag über die Gründung einer GbR** erfordert danach zumindest eine (konkludente) Einigung mehrerer Personen über die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks und die Vereinbarung von Förderungspflichten.

A und B haben sich über das gemeinschaftliche Betreiben einer Sozietät, also einen gemeinsamen Zweck, geeinigt. Rechtsanwälte sind Freiberufler und betreiben folglich kein Gewerbe, sodass kein Handelsgewerbe und somit keine Einigung über die Gründung einer OHG i.S.v. § 105 HGB vorliegt. Die Förderungspflicht besteht in der Pflicht zur Mitarbeit in der Kanzlei.

Somit ist eine Einigung i.S.v. § 705 BGB gegeben.

b) Die Einigung muss auch **wirksam** sein. In §§ 705 ff. BGB sind keine Formvorschriften vorhanden, sodass der Abschluss eines Gesellschaftsvertrages **formlos** möglich ist, und Unwirksamkeitsgründe i.S.v. **§§ 104 ff. BGB** sind nicht ersichtlich.

Infolgedessen besteht eine wirksame Einigung i.S.v. § 705 BGB.

2. Die Kanzlei ist im Geschäftsverkehr tätig geworden, sodass die GbR **durch Vollzug nach außen** auch existent geworden ist.

Somit bestand z.Z. der Begründung der Verbindlichkeit eine wirksame GbR.

II. Ferner muss eine **wirksame Verpflichtung der GbR aus § 433 Abs. 2 BGB gegenüber K** bestehen.

1. Dies setzt zunächst voraus, dass die **GbR ein haftungsfähiges Rechtssubjekt** darstellt.

Während bei der OHG in § 124 HGB und bei der Partnerschaft in § 7 Abs. 2 PartGG eine Haftungsfähigkeit angeordnet ist, fehlt für die GbR in den §§ 705 ff BGB eine entsprechende Vorschrift, sodass die Haftungsfähigkeit der GbR zweifelhaft ist.

a) Nach einer Ansicht¹ – der sog. **individualistischen Theorie** – ist die **GbR nicht haftungsfähig**. Das Gesellschaftsvermögen ist danach Sondervermögen der Gesellschafter, das von deren Privatvermögen zu trennen ist. Gläubiger und Schuldner ist danach nicht die GbR, sondern nur die Gesellschafter. Die Gesellschafter haften dann mit ihrem Privatvermögen und ihrem Anteil am Gesellschaftsvermögen.

Begründet wird die fehlende Rechtsfähigkeit der GbR insbesondere damit, dass es **an einer gesetzlichen Anordnung wie in § 124 HGB fehlt**. Zwar heißt es in § 709 BGB „Die Führung der Geschäfte der Gesellschaft“, jedoch wird in § 714 BGB deutlich gemacht, dass die „anderen Gesellschafter“ vertreten werden. Auch spricht der § 718 BGB vom gemeinschaftlichen Vermögen „der Gesellschafter“. Das Gesetz vermeidet daher jede Formulierung, die darauf hindeuten könnte, die Gesellschaft sei ein von den Gesellschaftern zu trennendes Rechtssubjekt. **Mangels Rechtsfähigkeit haftet daher die BGB-Gesellschaft nicht**.

Danach besteht kein Anspruch gegen die Gesellschaft als solche aus § 433 Abs. 2 BGB.

b) Nach der heute ganz **h.M.**² – der sog. **kollektivistischen Theorie** oder **Gruppenlehre** – muss der **GbR eine Rechtsfähigkeit zuerkannt** werden, sodass sie als solche berechtigt und verpflichtet wird.



⊙ **Problem:**
Rechtsfähigkeit der GbR

Beachte:
In § 705 Abs. 2 BGB nF (*gültig ab 01.01.2024*) ist nun geregelt, dass die GbR eine rechtsfähige Gesellschaft ist, wenn sie nach dem gemeinsamen Willen der G'fter am Rechtsverkehr teilnehmen soll.

¹ BGHZ 17, 340, 342; 23, 307, 313; RGRK/v.Gamm § 705 Rn. 4, § 705 Rn. 4, § 714 Rn. 1, 9; Jauernig/Stürner § 705 Rn. 1.

² BGH NJW 2001, 1056; BGH NJW 2003, 1445; Bamberger/Roth/Schöne, § 705 Rn. 142 ff.; Habersack BB NJW 2001, 477 ff.; Hk-BGB/Saenger § 705 Rn. 4; MünchKomm/Ulmer/Schäfer § 705 Rn. 303 ff.; Grüneberg/Sprau, § 705 Rn. 24 ff; Schmidt NJW 2001, 993; Timm NJW 1995, 3209.



Durch das **Gesamthandsprinzip** wird die Gesellschaft i.S.d. Gesellschafter in ihrer Verbundenheit als handlungsfähige Gruppe im Rechtsverkehr anerkannt. Sie nimmt eine Art Mittelstellung ein zwischen natürlichen und juristischen Personen. Wie die Letztgenannten bildet sie eine besondere Personenvereinigung oder „Wirkungseinheit“, ohne sich freilich so vollständig wie eine juristische Person gegenüber ihren Mitgliedern zu verselbstständigen.

Die GbR besitzt daher Rechtsfähigkeit und kann (vertreten durch ihre Gesellschafter) eigene Rechte und Pflichten begründen.

Als weitere Argumente sind anzuführen:

- Es kann **kein Sondervermögen ohne einen entsprechenden Rechtsträger** geben. Die Anerkennung eines Gesellschaftsvermögens setzt die Existenz einer verselbständigten Personengruppe voraus.
- Dass §§ 714, 718 BGB nicht von der GbR, sondern von den „Gesellschaftern“ sprechen, so auch § 736 ZPO für die Zwangsvollstreckung, liegt daran, dass die Vorschriften unverändert aus dem 1. Entwurf des BGB übernommen wurden und damals das Gesamthandsprinzip nicht bekannt war.
- § 124 HGB spricht der Personenhandelsgesellschaft Rechtsfähigkeit zu. Wegen des **Grundsatzes der Identität der Personengesellschaften** muss auch die GbR die Fähigkeit besitzen, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, denn die GbR wird automatisch zur OHG, sobald sie nach Art und Umfang kaufmännische Einrichtungen erfordert, § 105 Abs. 1 i.V.m. § 1 HGB.
- In den §§ 191 Abs. 2 Nr. 1, 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG geht der Gesetzgeber davon aus, dass die GbR Rechtsträger sein kann. In § 14 BGB und in § 1059 a BGB findet sich der Ausdruck „rechtsfähige Personengesellschaft“. § 11 Abs. 2 InsO erklärt die GbR für insolvenzfähig. **Neuere gesetzliche Regelungen sprechen daher dafür, dass auch der Gesetzgeber mittlerweile von der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ausgeht.**

Danach ist die GbR rechtsfähig und damit haftungsfähiges Rechtssubjekt.

c) Stellungnahme: Für die Rechtsfähigkeit der GbR spricht insbesondere der Grundsatz der Identität der Personengesellschaften, wonach die verschiedenen Personengesellschaftsformen ineinander übergehen können. Dies verlangt eine identische Struktur dieser Gesellschaften, sodass auch der GbR trotz fehlender gesetzlicher Anordnung Rechtsfähigkeit zuerkannt werden muss.

Anmerkung:

Anders dagegen die individualistische Theorie: Da diese Theorie eine Rechtsfähigkeit der GbR ablehnt, kann hiernach der handelnde Gesellschafter nicht die GbR vertreten, sondern vertritt stets seine Mitgesellschafter, was ggf. durch Auslegung erreicht wird.

2. Fraglich ist, ob die GbR Vertragspartei eines Kaufvertrages mit K geworden ist.

Zwar ist die GbR nach der nunmehr ganz vorherrschenden Auffassung rechtsfähig, sie kann jedoch (wie eine OHG) als Denkgebilde keinen Vertrag abschließen. Daher muss eine Stellvertretung durch die Gesellschafter als natürliche Person erfolgen.

Die GbR ist daher Vertragspartei des Kaufvertrages mit K geworden, wenn eine **wirksame Stellvertretung durch A erfolgt ist, § 164 Abs. 1 BGB**.

a) Eine **eigene Willenserklärung des A** liegt vor.

b) Ferner muss A **im Namen der GbR** gehandelt haben.

Die Offenkundigkeit kann sich auch aus den Umständen ergeben, vgl. § 164 Abs. 1 S. 2 BGB, sodass dies gegenüber K, die die Umstände kannte, angenommen werden kann.

c) Schließlich muss A **innerhalb seiner Vertretungsmacht gehandelt** haben.

Gemäß **§ 714 BGB besteht Vertretungsmacht im Außenverhältnis**, sofern der Gesellschafter auch Befugnis zur Geschäftsführung im Innenverhältnis hat.

aa) Nach § 709 BGB besteht grundsätzlich nur gemeinschaftliche Geschäftsführungsbefugnis. Daraus folgt, dass auch im Außenverhältnis über § 714 BGB grundsätzlich nur Gesamtvertretungsmacht bestünde, sodass A dann nicht allein vertretungsberechtigt gewesen wäre.

bb) Jedoch sind die vorgenannten **Vorschriften abdingbar**, was **auch konkludent** unter den Gesellschaftern, z.B. durch Aufgabenverteilung geschehen kann.



Nach dem Gesellschaftsvertrag ist jeder Gesellschafter alleinvertretungsberechtigt, sodass A Vertretungsmacht hatte. Der Umstand, dass § 714 BGB noch von einer Vertretung der „Gesellschafter“ spricht, ist dann unerheblich, da der Gesetzestext, der aus dem ersten Entwurf des BGB entnommen wurde, überholt ist, (s.o.).

Somit ist aufgrund wirksamer Stellvertretung die GbR Vertragspartner des K geworden.

Die Einigung ist auch wirksam, sodass K ein Kaufpreisanspruch gegen die GbR gemäß § 433 Abs. 2 BGB zusteht.

Frage 2: Ansprüche gegen die Gesellschafter

1. Teil: K könnte ein Kaufpreiszahlungsanspruch **gegen die Gesellschafter A und B gemäß § 433 Abs. 2 BGB** zustehen.

Zwar besteht innerhalb der kollektivistischen Theorie Einigkeit, dass neben der rechtsfähigen GbR auch die Gesellschafter haften. Wie dies jedoch technisch erreicht wird, wird innerhalb der h.M. unterschiedlich beurteilt:

A. Früher wurde innerhalb der h.M. überwiegend die **Theorie der Doppelverpflichtung** vertreten:³

Hiernach werden sowohl die GbR als auch die Gesellschafter vertraglich durch Willenserklärung verpflichtet. Dementsprechend verlangt diese Meinung, dass der handelnde Gesellschafter bei Abschluss des Vertrages einerseits die Willenserklärung im Namen der GbR, andererseits aber auch die Willenserklärung im Namen der Mitgesellschafter und zugleich die Willenserklärung für sich selber abgibt. Diese Auffassung spricht von einer „dreigespaltenen“ Willenserklärung und formuliert dann für die Stellvertretung ein Handeln **auch** im Namen der GbR. Eine derartige Erklärung wird dann durch Auslegung erreicht.

I. Der Gesellschafter A gibt eine **Willenserklärung im Namen der GbR** ab, (s.o.).

II. Gleichzeitig gibt der vertragsschließende Gesellschafter A eine Willenserklärung **auch für seine Mitgesellschafter** ab (Auslegung). Die Vertretungsmacht für die Mitgesellschafter ergibt sich aus § 714 BGB (der jetzt sogar vom Wortlaut her passt).

III. Gleichzeitig gibt der vertragsschließende Gesellschafter A **auch eine Willenserklärung für sich selber ab**.

Dementsprechend werden alle Gesellschafter ebenfalls Vertragspartei und können von K aus § 433 Abs. 2 BGB in Anspruch genommen werden. Alle Gesellschafter haften gesamtschuldnerisch gemäß § 421, 427 BGB.

B. Heute wird innerhalb der **h.M.**⁴ ganz überwiegend die **Akzessorietätstheorie** vertreten.

Diese geht davon aus, dass lediglich die Gesellschaft als solche vertreten und daher allein Vertragspartei wird; die **Gesellschafter haften** aber für die vertraglichen Verbindlichkeiten der GbR akzessorisch – per Gesetz – **analog § 128 HGB**, so wie OHG-Gesellschafter.

Nach der Akzessorietätstheorie haften A und B gegenüber K aus § 433 Abs. 2 BGB i.V.m. § 128 HGB analog.

C. Eine Stellungnahme ist entbehrlich, da beide Auffassungen zu einer gesamtschuldnerischen Haftung der Gesellschafter A und B gelangen.

Ergebnis: Somit hat K einen Anspruch auf Kaufpreiszahlung gegen A und B.

⊙ **Problem:**
Dogmatische Begründung der Haftung der Gesellschafter

Beachte:
In § 721 BGB nF (*gültig ab 01.01.2024*) ist nun geregelt, dass die G'fter der GbR nach dem Vorbild der Akzessorietätstheorie haften.

³ BGH NJW 1983, 1905; 1985, 1828.

⁴ BGH BB 2001, 374, 379; NJW 2002, 368, 369; NJW 2003, 1445; Habersack BB 2001, 477, 481; Saenger, GesellschaftsR, Rn. 194; K. Schmidt NJW 2001, 993, 998; Windbichler, GesellschaftsR, § 8 Rn. 12.



2. Teil: K könnte ein Kaufpreiszahlungsanspruch **gegen die eingetretene Gesellschafterin R aus § 433 Abs. 2 BGB** zustehen.

A. Nach der **Doppelverpflichtungstheorie** scheidet eine Haftung der R für die vor ihrem Eintritt begründete Verbindlichkeit aus, da sie bei Abschluss des Kaufvertrags noch nicht Gesellschafterin der GbR gewesen und daher nicht über eine Stellvertretung des A mitverpflichtet worden ist und sie bei ihrem Eintritt auch keine Schuldbeitrittserklärung abgegeben hat.

B. Die nunmehr ganz vorherrschende **Akzessorietätstheorie** wendet bei der Haftung der GbR-Gesellschafter **§ 128 HGB analog** an. Da die **Verbindlichkeit vor Eintritt** der R **begründet** wurde, ist fraglich, ob nunmehr auch **§ 130 HGB analog** angewandt werden kann.

I. Z.T. wird die analoge Anwendung der strengen Haftungsnorm auf GbR-Gesellschafter **verneint**, da die GbR in außerordentlich vielgestaltigen Erscheinungsformen vorkommt und nicht nur als Erwerbsgesellschaft, sodass eine generelle Haftung des Eintretenden für Altschulden unbillig sei.⁵

II. Nach mittlerweile **h.M., insbesondere auch des BGH** ist **§ 130 HGB analog anzuwenden**.⁶ Zur Begründung wird angeführt, dass die persönliche Haftung der Gesellschafter dem Wesen der Personengesellschaften und ihren Haftungsverhältnissen entspreche, da die Gesellschaft kein eigenes, zugunsten der Gläubiger gebundenes garantiertes Haftungskapital habe. Das Gesellschaftsvermögen stehe dem Zugriff der Gesellschafter jederzeit und sanktionslos offen. Diese Zugriffsmöglichkeit haben auch neu eintretende Gesellschafter und zwar auch bzgl. des Kapitals, das vor ihrem Beitritt erwirtschaftet wurde. Folglich sei es im Hinblick auf den **Gläubigerschutz** nur konsequent **und für den neu eintretenden Gesellschafter auch zumutbar**, wenn er auch für Altverbindlichkeiten hafte, da er andererseits von dem bereits erworbenen Vermögen, der Marktstellung sowie den Kundenbeziehungen profitiere.

III. Stellungnahme: Da die Akzessorietätstheorie eine Haftung des GbR-Gesellschafters über die analoge Anwendung des § 128 HGB annimmt, erscheint es nur konsequent, auch den § 130 HGB analog auf den eintretenden Gesellschafter anzuwenden (**Grundsatz der Identität der Personengesellschaften**).

Somit haftet die R nach der Akzessorietätstheorie gemäß § 433 Abs. 2 BGB i.V.m. § 130 HGB analog für "Altlasten" der GbR.

C. Stellungnahme: Gegen die Doppelverpflichtungstheorie spricht ihre gekünstelte Konstruktion über eine „dreigespaltene“ Willenserklärung des Handelnden. Daher wird der Akzessorietätstheorie gefolgt, sodass R gemäß § 433 Abs. 2 BGB i.V.m. § 130 HGB analog haftet.

Frage 3: Welche Erstattungsansprüche hat der zahlende Gesellschafter gegen die GbR?

In Betracht kommt ein **Ausgleichsanspruch gegen die GbR aus § 713 BGB** (= § 716 Abs. 1 BGB n.F.) **i.V.m. § 670 BGB**.

Gemäß § 713 BGB i.V.m. § 670 BGB hat der Gesellschafter einen Aufwendungsersatzanspruch, falls er in Gesellschaftsangelegenheiten „Aufwendungen“ getätigt hat, die er den Umständen nach für erforderlich halten durfte.

I. Dann müssen **Aufwendungen**, also **freiwillige Vermögensopfer**, getätigt worden sein.

Der Gesellschafter ist nach dem oben Erörterten selbst zur Zahlung gegenüber K verpflichtet. Insofern ist fraglich, ob es sich bei der Zahlung an R um ein freiwilliges Opfer handelt. Die Freiwilligkeit beurteilt sich aber danach, ob der Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrag im **Innenverhältnis** zu den Aufwendungen verpflichtet ist. Nach dem Innenverhältnis im Gesellschaftsvertrag besteht grundsätzlich keine Verpflichtung des Gesellschafters zur Tilgung von Gesellschaftsschulden. Somit lag ein freiwilliges Vermögensopfer vor, und damit eine Aufwendung.

II. Die Verbindlichkeit war fällig und durchsetzbar, sodass der zahlende Gesellschafter sie auch für **erforderlich** halten durfte.

© **Problem:**
§ 130 HGB analog auf GbR anwendbar?

Beachte:
In § 721a BGB nF (*gültig ab 01.01.2024*) ist nun geregelt, dass der eintretende G'fter gleich den anderen G'ftern nach Maßgabe des § 721 BGB und damit nach dem Vorbild der Akzessorietätstheorie haftet.

⁵ Lange NZG 2002, 401. ff.

⁶ BGH NJW 2003, 1803.



III. Als **Rechtsfolge** kann der zahlende Gesellschafter Ersatz des **gesamten Betrages** beanspruchen, ohne sich den Anteil abziehen lassen zu müssen, den er als Mitgesellschafter selbst zu tragen hätte.

Somit besteht ein Erstattungsanspruch in voller Höhe.

Abwandlung

I. K könnte gegen B ein Anspruch auf Schadensersatz **aus § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. § 28 Abs. 1 S. 1 HGB i.V.m. § 128 S. 1 HGB analog** (= § 721 BGB n.F.) für die in der Kanzlei des bisherigen Einzelanwalts A begründeten Verbindlichkeiten.



1. Gründet ein Einzelkaufmann eine Handelsgesellschaft, in die er sein Handelsgeschäft als Einlage einbringt, so haftet gemäß § 28 Abs. 1 S. 1 HGB „die Gesellschaft für alle im Betrieb des Geschäfts entstandenen Verbindlichkeiten des früheren Geschäftsinhabers“. Für diese Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften gemäß § 128 S. 1 HGB (= § 721 BGB n.F.) „die Gesellschafter den Gläubigern als Gesamtschuldner persönlich“.

§ 28 Abs. 1 S. 1 HGB setzt voraus, dass jemand als Neugesellschafter in das „Geschäfts eines Einzelkaufmanns“ eintritt. **Rechtsanwalt A** betreibt als Freiberufler jedoch schon **kein Gewerbe** (vgl. § 2 Abs. 2 BRAO) und folglich auch kein Handelsgewerbe, sodass er bei Begründung der Sozietät mit B **kein Einzelkaufmann** gewesen ist.

2. Möglicherweise kann § 28 Abs. 1 S. 1 HGB analog angewendet werden.

a) Dafür spricht, dass der neu eintretende Gesellschafter mit dem Erwerb seiner Gesellschafterstellung dieselben Zugriffsmöglichkeiten auf das Gesellschaftsvermögen erlangt wie der ursprüngliche Alleininhaber des Geschäfts. Angesichts seiner Entnahmefreiheit, die nicht durch Kapitalerhaltungsregeln zugunsten der Gläubiger eingeschränkt ist, kann es geboten sein, seine Zugriffsmöglichkeit auf das Gesellschaftsvermögen durch Einbeziehung des neu Eintretenden in die bei seinem Eintritt begründeten Geschäftsverbindlichkeiten auszugleichen.⁷ Da der neu Eintretende mit Gründung der Gesellschaft Anteil an dem Vermögen, der Marktstellung sowie den Mandantenbeziehungen erwirbt, die der Alleininhaber des Geschäfts durch seine bisherige wirtschaftliche Tätigkeit begründet hat, ist es auch **nicht unangemessen**, wenn er im Gegenzug auch in die Verbindlichkeiten eintritt, die der bisherige Alleininhaber im Zuge seiner auf Erwerb dieser Vermögenswerte gerichteten wirtschaftlichen Tätigkeit begründet hat. Des Weiteren bietet die Mithaftung des neuen Gesellschafters für die vor seiner Aufnahme begründeten Verbindlichkeiten des Betriebsinhabers den **Vorteil**, „**dass sich der Gläubiger nicht auf einen gerade in der Gesellschaft bürgerlichen Rechts in Ermangelung jedweder Registerpublizität unter Umständen besonders heiklen Streit über die Zeitpunkte des Entstehens seiner Forderung und der Mitgliedschaft des in Anspruch genommenen Gesellschafters einlassen muss.**“

⊙ **Problem:**
§ 28 HGB analog auf
GbR anwendbar?

b) Nach Ansicht des IX. Zivilsenats des BGH⁸ kommt gleichwohl im Streitfall keine analoge Anwendung des § 28 HGB in Betracht.

Ein Übergang der Haftung auf die später von Rechtsanwalt A und dem B begründete Sozietät in analoge Anwendung des § 28 Abs. 1 S. 1 HGB ist **wegen der besonderen Ausgestaltung der zwischen einem Einzelanwalt und seinen Mandanten bestehenden Rechtsverhältnisse** abzulehnen.

Das Rechtsverhältnis zwischen einem Rechtsanwalt und einem Mandanten ist - selbst wenn sich der Anwalt mit anderen zur beruflichen Zusammenarbeit verbunden hat - in erster Linie durch die persönliche und eigenverantwortliche anwaltliche Dienstleistung geprägt.⁹ Das einem Einzelanwalt erteilte Mandat ist in besonderem Maße dadurch gekennzeichnet, dass die

⁷ BGH NJW 2003, 1803 für die Altschuldenhaftung analog § 130 HGB.

⁸ BGH RÜ 2004, 179.

⁹ BVerfG NJW 2003, 2520.



zu erbringende Dienstleistung an die Person des beauftragten Anwalts geknüpft ist. Der Mandant, der gerade keine Sozietät von mehreren Anwälten beauftragt, darf bei Auftragserteilung davon ausgehen, dass der beauftragte Anwalt die ihm **aufgrund besonderen Vertrauens** (vgl. § 627 Abs. 1 S. 1 BGB) übertragene Dienstleistung persönlich erbringt (vgl. § 664 Abs. 1 S. 1 BGB). Soll aber das Vertragsverhältnis nach dem Willen der Vertragsparteien **persönlicher Art** sein, wovon bei der Beauftragung eines Einzelanwalts auszugehen ist, dann greift der Gedanke einer auf die Kontinuität eines Unternehmens gestützten Haftungserstreckung nicht. Da die persönliche Leistungserbringung die berufliche Tätigkeit des Einzelanwalts insgesamt charakterisiert, sind nicht etwa nur einzelne Rechtsverhältnisse oder Verbindlichkeiten von einem Übergang der Haftung auszunehmen, zudem es ist eine analoge Anwendung des § 28 Abs. 1 S. 1 HGB auf den Eintritt in das „Geschäft“ eines Einzelanwalts grundsätzlich zu verneinen.

Die Anwendung des § 28 Abs. 1 S. 1 HGB auf den Zusammenschluss von bisher als Einzelanwälten tätigen Rechtsanwälten zu einer Rechtsanwaltssozietät ist ferner deshalb abzulehnen, weil ihnen nicht wie den Gesellschaftern einer offenen Handelsgesellschaft (§ 28 Abs. 2 HGB) die Möglichkeit offensteht, einer abweichenden Vereinbarung durch Eintragung in das Handelsregister Dritten gegenüber Geltung zu verleihen. Anderenfalls wären Nichtkaufleute schlechter gestellt als Kaufleute.

Eine **analoge Anwendung des § 28 Abs. 1 S. 1 HGB scheidet aus.**

II. Daher muss B für die von A begangene Pflichtverletzung nicht mit seinem Privatvermögen einstehen. Es besteht kein Anspruch des K gegenüber B auf Schadensersatz **aus § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. § 28 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 128 S. 1 HGB analog** (= § 721 BGB n.F.) für die in der Kanzlei des bisherigen Einzelanwalts A begründeten Verbindlichkeiten.

Anm.: Für sonstige Altverbindlichkeiten (z.B. Miete für die Kanzleiräume, Löhne für das Büropersonal) hat das OLG Naumburg¹⁰ eine analoge Anwendung des § 28 HGB bejaht:

¹⁰ OLG Naumburg, RÜ 2006, 240, 244.



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

BGB AT 1
25. Auflage 2023

Die Regelungen des BGB AT bilden die absolute Grundlage für die Erlernung und Beherrschung des gesamten Zivilrechts. Sie betreffen u.a. das Zustandekommen und die Auslegung von Willenserklärungen und Verträgen, auch unter Einschaltung von Stellvertretern und Boten.

Dieses Skript stellt diese Inhalte 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. Die aktuelle Rechtsprechung wurde selbstverständlich eingearbeitet.

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

- **27 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

ISBN: 978-3-86752-885-6



€ 19,90

Sie erhalten die Karteikarten BGB AT zu einem vergünstigten Preis, wenn Sie sie zusammen mit diesem Skript erwerben.

Erhältlich bei jedem teilnehmenden Buchhändler.

Im Paket
günstiger!



Alpmann Schmidt

BGB AT 1

2023

S



Skripten

Lücke

BGB AT 1

Willenserklärung, Vertragsschluss, Stellvertretung u.a.

25. Auflage 2023

Alpmann Schmidt



1. Teil: Einleitung

A. Regelungsinhalte des BGB AT und ihre Darstellung

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

1

Beispiel: Für das Zustandekommen des Kaufvertrags durch Angebot und Annahme gelten die §§ 145 ff.¹ Bei der Berechnung der Verjährungsfrist des § 438 gelten die §§ 186 ff.

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

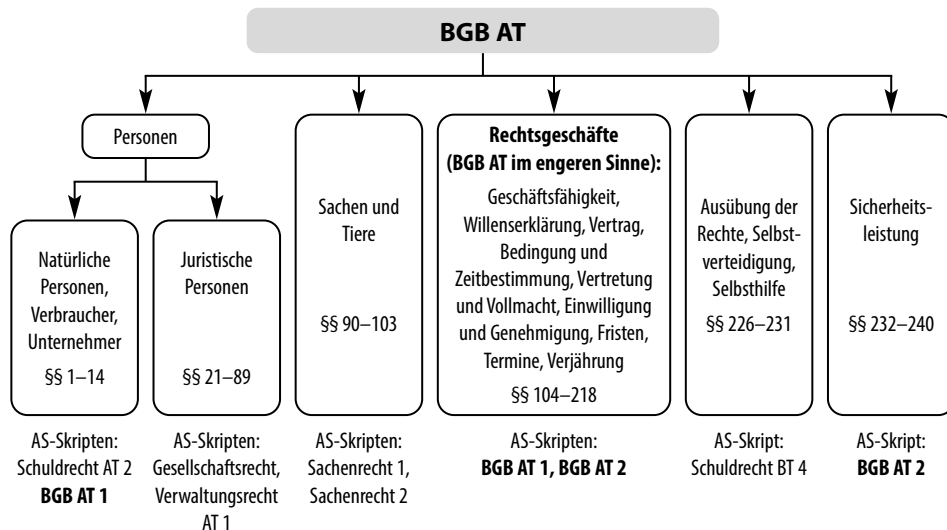
Beispiel: Eheverträge (§§ 1408 ff.) dürfen weder gegen gesetzliche Verbote verstoßen (§ 134) noch sittenwidrig sein (§ 138). Sind sie teilweise nichtig, richtet sich die Wirksamkeit des Restes nach § 139.

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

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

Einige Regelungsbereiche des BGB AT lassen sich gleichwohl besser **im Zusammenhang mit spezielleren Regelungen** darstellen:

2



¹ Paragraphen ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

B. Rechtsfähigkeit und Rechtssubjekte; Rechtsobjekte

- 3 Die Rechtsfähigkeit bezeichnet die **Fähigkeit eines Subjekts, Träger von Rechten und Pflichten**, also **Rechtssubjekt** zu sein.²

Manche Rechtssubjekte sind **Verbraucher** (§ 13), **Unternehmer** (§ 14) oder **Kaufmann** (§§ 1 ff. HGB). Dies sind aber lediglich personenbezogene Tatbestandsmerkmale bestimmter Normen,³ die die Rechtsfähigkeit des Subjekts an sich unberührt lassen.

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

Strafrechtlichen Schutz (§§ 211 ff., 223 ff. StGB) besteht bereits ab **Beginn der Eröffnungswehen**.⁴

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

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

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

Beispiele: OHG, § 105 Abs. 2 HGB (ab 01.01.2024); KG, §§ 105 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB (ab 01.01.2024); GbR (ab 01.01.2024 normiert in § 705 Abs. 2)

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

- Die **Geschäftsfähigkeit** bestimmt, ob eine natürlich Person Rechtsgeschäfte selbstständig vollwirksam vornehmen kann, vgl. § 105 Abs. 1.⁶ Diese Fähigkeit haben grundsätzlich nur geistig gesunde Menschen, die bei Bewusstsein sowie volljährig sind, vgl. §§ 104, 105 Abs. 2. Die Volljährigkeit tritt gemäß § 2 mit Vollendung des 18. Lebensjahres ein, vorher besteht Minderjährigkeit. Minderjährige sind **beschränkt geschäftsfähig**. Von Ihnen abgeschlossene Rechtsgeschäfte sind nach Maßgabe der §§ 107 ff. wirksam bzw. unwirksam.

***Hinweis:** Die **Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts nach §§ 104 ff.** wird im AS-Skript BGB AT 2 zusammen mit den anderen Unwirksamkeitsgründen ausführlich dargestellt. Auch für einen nicht (voll) Geschäftsfähigen kann ein **Vertreter** Geschäfte abschließen, dazu näher in diesem AS-Skript Rn. 296 ff. sowie ebenfalls im AS-Skript BGB AT 2.*

- Die **Deliktsfähigkeit** bestimmt, ob eine natürliche Person deliktisch (insbesondere nach den §§ 823 ff.) haftet. Dies richtet sich nach den §§ 827 und 828.⁷
- Im Zivilprozessrecht müssen Ihnen die Begriffe **Parteifähigkeit, Prozessfähigkeit, Prozessführungsbefugnis und Postulationsfähigkeit** bekannt sein.⁸ Die Parteifä-

2 Grüneberg/Ellenberger, Einf v § 1 Rn. 1.

3 Näher zum Verbraucher und Unternehmer AS-Skript Schuldrecht AT 2 (2022), Rn. 172 ff.; s. dort in Rn. 171 auch den Überblick über die Darstellung des Verbraucherschutzes in den AS-Skripten. Näher zum Kaufmann AS-Skript Handelsrecht (2022), Rn. 5 ff.

4 S. näher AS-Skript Strafrecht BT 2 (2022), Rn. 10 ff.

5 Näher zu juristischen Personen und Personengesellschaften bzw. -vereinigungen AS-Skript Gesellschaftsrecht (2021).

6 Grüneberg/Ellenberger Einf v § 104 Rn. 3.

7 Näher zur Deliktsfähigkeit AS-Skript Schuldrecht BT 4 (2023), Rn. 213 ff.

8 Näher zu den zivilprozessualen Begriffen AS-Skript ZPO (2022), Rn. 17, 133 ff. und 143 ff.

higkeit ist dabei das Pendant zur Rechtsfähigkeit, denn parteifähig ist gemäß § 50 Abs. 1 ZPO jedenfalls derjenige, der rechtsfähig ist.

Rechtsobjekte sind Vermögenswerte, an denen ein Rechtssubjekt ein Recht haben kann. **7**

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

C. Ansprüche sowie Einwendungen und Einreden gegen diese

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

Gelegentlich sind die Fragestellungen enger und zielen nur auf die **Inhaberschaft eines Rechts** ab („Ist A Eigentümer?“). In der Regel gilt es aber, diese Rechte (und überhaupt die gesamten zivilrechtlichen Normen) **inzident in einem Anspruch zu prüfen**. So kann die Eigentumsfrage beispielsweise im Rahmen des § 985, des § 812 Abs. 1 (als erlangtes Etwas), des § 823 Abs. 1 (als verletztes Rechtsgut), des § 823 Abs. 2 i.V.m. § 242 StGB (Fremdheit der Sache) und des § 433 Abs. 1 S. 1 Var. 2 (Erlöschen des Anspruchs gemäß § 362 Abs. 1 durch wirksame Übereignung der Kaufsache an den Käufer) zu prüfen sein.

I. Ansprüche

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

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

- **„Wer“** meint das rechtsfähige Rechtssubjekt, das Inhaber des Anspruchs ist, also den **Gläubiger**.
- **„von wem“** meint das rechtsfähige Rechtssubjekt, das zur Erfüllung des Anspruchs verpflichtet ist, also den **Schuldner**.
- **„woraus“** meint die **Anspruchsgrundlage**. Das kann
 - eine **gesetzliche Norm** (z.B. § 122; §§ 280 ff.; §§ 812 ff.; §§ 823 ff.; § 985) oder
 - ein **Verpflichtungsvertrag** (dazu auch Rn. 22) sein. Aufgrund der **Vertragsfreiheit**, welche Ausfluss der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) ist und in § 311 Abs. 1 einfachgesetzlich deklaratorisch erwähnt wird, steht es rechtsfähigen Rechtssubjekten frei, Verträge zu schließen.

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

- **„was“** meint die Rechtsfolge des Anspruchs (auch: **Anspruchsinhalt**). Dies ist häufig
 - ein **Realakt** (Tun, Dulden oder Unterlassen) oder
 - eine rechtsgeschäftliche **Verfügung** (dazu auch Rn. 23) über ein Rechtsobjekt.

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

II. Einwendungen und Einreden

- 10 Auch wenn die Voraussetzungen der Anspruchsgrundlage isoliert betrachtet erfüllt sind, kann es dem Gläubiger verwehrt sein, den Anspruch geltend zu machen.

Hinweis: Es folgt ein **knapper Überblick** über die **Begrifflichkeiten** und die **Systematik**. Die einzelnen Einwendungen und Einreden werden ausführlich im Zusammenhang mit der jeweiligen Materie in den AS-Skripten dargestellt.

- 11 ■ **Einwendungen** greifen kraft Gesetzes (ipso iure). Sie werden von den Gerichten von Amts wegen berücksichtigt, soweit ihre Voraussetzungen vorliegen.

- **Rechtshindernde Einwendungen** lassen den Anspruch bereits nicht entstehen.

Beispiele: Formnichtigkeit, § 125; Sittenwidrigkeit, § 138

- **Rechtsvernichtende Einwendungen** vernichten den Anspruch im Nachhinein.

Beispiele: Erfüllung, § 362 Abs. 1; Aufrechnung, § 389

Obgleich ein **Gestaltungsrecht** (z.B. Aufrechnung, Widerruf i.S.d. §§ 355 ff.) erst nach seiner Ausübung durch **Gestaltungserklärung** (vgl. § 388; § 355 Abs. 1 S. 2) Wirkung entfaltet, ergibt sich auch aus diesen eine **Einwendung, sobald sie ausgeübt werden**. Denn die unmittelbaren Auswirkungen auf den Anspruch ergeben sich nicht aus der Gestaltungserklärung, sondern aus dem Gesetz (vgl. § 389; § 355 Abs. 1 S. 1).

- 12 ■ **Rechtshemmende Einreden** wirken nur, soweit der Schuldner sich auf sie beruft (**Merksatz:** „Über Einreden muss man reden.“). Sie lassen den Anspruch nicht erlöschen, sondern hemmen nur seine Durchsetzbarkeit.

- **Dilatorische Einreden** (lat. dilatio: Verzögerung) hemmen die Durchsetzbarkeit des Anspruchs nur für eine gewisse Zeit.

Beispiele: Zurückbehaltungsrechte (insbesondere § 273 und § 320); Stundung (aufgrund Vertragsfreiheit zulässig, in § 205 hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf die Verjährung erwähnt)

- **Peremptorische Einreden** (lat. peremptio: Vernichtung) hemmen die Durchsetzbarkeit des Anspruchs hingegen dauerhaft

Beispiele: Verjährung (§ 214 Abs. 1); Einrede der Bereicherung (partiell in § 821 erwähnt); Arglisteinrede (partiell in § 853 erwähnt)

§ 275 Abs. 1 enthält eine rechtshindernde bzw. rechtsvernichtende Einwendung (je nachdem, wann die Unmöglichkeit eintritt). § 275 Abs. 2 u. 3 enthält unstreitig Einreden, aber nach h.M. ausnahmsweise nicht mit bloß hemmender, sondern mit vernichtender Wirkung („rechtsvernichtende Einrede“).⁹

⁹ Vgl. AS-Skript Schuldrecht AT 1 (2021), Rn. 124.

Die vorstehende Einteilung ist kein unnötiges dogmatisches Wissen, sondern **extrem relevant** für das zivilrechtliche **Grundverständnis** und für die **konkrete Falllösung**. Beispielsweise in diesen Fällen führen Ungenauigkeiten zum falschen Ergebnis: 13

- Im **Bereicherungsrecht**¹⁰ ergibt sich bei rechtshindernden Einwendungen ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1, bei rechtsvernichtenden Einwendungen hingegen aus § 812 Abs. 1 S. 2 Var. 1. Im Falle einer peremptorischen Einrede liefert grundsätzlich § 813 Abs. 1 S. 1 den Anspruch (nicht jedoch bei der Leistung auf eine verjährte Forderung, §§ 813 Abs. 1 S. 2, 214 Abs. 2). Die Leistung auf eine Forderung, der nur eine dilatorische Einrede entgegensteht, ist hingegen regelmäßig nicht kondizierbar.

Es ist umstritten, ob die **Anfechtung** unter § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 (h.M.) oder § 812 Abs. 1 S. 2 Var. 1 fällt, wenn sie nach der Leistung erklärt wird, denn sie führt gemäß § 142 Abs. 1 rückwirkend zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts.¹¹ Auf eine Entscheidung dieses Streits kommt es an, wenn § 814 erfüllt ist, da dieser nur auf den Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 Anwendung findet.

- Die **Abtretung** einer Forderung ist nicht möglich, wenn diese aufgrund einer Einwendung im Zeitpunkt der Abtretung nicht (mehr) existiert, denn mit Ausnahme des § 405 **findet der gutgläubige Erwerb einer nicht bestehenden Forderung nicht statt**. Entsteht die Einwendung hingegen erst nach Abtretung oder besteht nur eine Einrede, so kann die Forderung abgetreten werden. Allerdings gelten die Einwendungen und Einreden dann gemäß **§ 404** auch gegenüber dem neuen Gläubiger.¹²

- Besteht für die Forderung eine **akzessorische Sicherheit**,¹³ so richtet sich auch deren Schicksal nach der Klassifizierung des Verteidigungsmittels gegen die Forderung.

Beispiele: Die **Bürgschaft** erlischt bei Einwendungen gegen die Forderung (§ 767 Abs. 1 S. 1), ist aber bei Einreden gegen die Forderung nur einredebehaftet (§ 768 Abs. 1 S. 1). Auch die **Hypothek** ist bei Einreden gegen die Forderung einredebehaftet (§ 1137 Abs. 1 S. 1 Var. 1), bei Einwendungen gegen die Forderung entsteht aber eine Eigentümergrundschuld (§§ 1163 Abs. 1, 1177 Abs. 1).

Beachten Sie, dass das Gesetz mitunter mit dem Begriff „Einwendung“ **Einwendungen** 14
im weiteren Sinne meint, also sowohl Einwendungen als auch Einreden.

Beispiel: § 404

III. Dreistufiger Aufbau (Entstehung, Erlöschen, Durchsetzbarkeit)

Zum Studienbeginn werden Sie Bekanntschaft mit dem **dreistufigen Anspruchsaufbau** gemacht haben. Er besagt, dass zuerst zu erörtern sei, ob der Anspruch entstanden ist, also ob die Voraussetzungen der gesetzlichen Anspruchsgrundlage bzw. eine vertragliche Einigung vorliegen und ob keine rechtshindernden Einwendungen entgegenstehen. Dann sei zu prüfen, ob der Anspruch aufgrund einer rechtsvernichtenden Einwendung untergegangen ist. Schließlich sei zu erörtern, ob der Anspruch aufgrund einer rechtshemmenden Einrede (derzeit oder für immer) nicht durchsetzbar ist. – Auch Alpmann Schmidt verwendet in den Reihen B-Basiswissen und F-Fälle, die sich an **Studenten in den unteren Semestern** richten, aus **didaktischen Gründen** diesen Aufbau. 15

¹⁰ Das Bereicherungsrecht wird ausführlich im AS-Skript Schuldrecht BT 3 dargestellt.

¹¹ Vgl. für weitere Nachweise AS-Skript Schuldrecht BT 3 (2021), Rn. 124 in der Fußnote.

¹² Vgl. AS-Skript Schuldrecht AT 2 (2022), Rn. 585 ff.

¹³ Die Kreditsicherheiten sind nur partiell und über das BGB verstreut normiert. Sie werden daher im jeweiligen Zusammenhang in den AS-Skripten Schuldrecht AT 2, Schuldrecht BT 2, Sachenrecht 1 und Sachenrecht 2 dargestellt.

Als **Denkschema** hat dieser Aufbau auch einen gewissen Wert, selbst für berufserfahrene Praktiker. Dieser liegt aber lediglich darin, Sie „für die Selbstverständlichkeit zu sensibilisieren, dass [Sie] **auf das mögliche Vorliegen von Einwendungen und Einreden im Sachverhalt achten** sollen. **Einen darüber hinausgehenden Wert hat das Schema ... nicht.**“¹⁴ Wesentlich wichtiger als dieses Denkschema ist, dass Sie die unter II. dargestellte **Differenzierung beherrschen**.

- 16** Spätestens in den **Klausuren zum 1. Examen** sollten Sie daher in dem von Ihnen zu verfassenden **Gutachten** dieses Schema allenfalls **dezent im Hintergrund durchschimmern** lassen. Anderenfalls droht die Gefahr, dass Sie abwegige Aspekte zu ausführlich ansprechen anstatt **Schwerpunkte zu setzen**, was aber für eine juristische Leistung im Prädikatsbereich zwingend erforderlich ist. Zudem werden Ihnen ansonsten laien- und anfängerhafte Floskeln ohne jeden Sinn und Mehrwert unterlaufen. Sie müssen stattdessen nach Möglichkeit vom **Wortlaut der Normen** ausgehen.

Beispiel: Zu prüfen ist ein Anspruch auf Kaufpreiszahlung. Der Sachverhalt enthält Probleme zur Einigung der Parteien, zu ihrer Sittenwidrigkeit und zur Erfüllung. Einreden bestehen offensichtlich nicht.

Ein **gutes, auf Schwerpunkte ausgelegtes Gutachten** sieht auszugsweise etwa so aus:

„V könnte gegen K einen Zahlungsanspruch aus § 433 Abs. 2 Var. 1 (i.V.m. einem Kaufvertrag) haben.

I. V und K müssten sich über den Abschluss einen Kaufvertrags geeinigt haben. ... [Problemerörterung] ... V und K haben sich somit über den Abschluss eines Kaufvertrags geeinigt.

II. Die Einigung könnte sittenwidrig und daher gemäß § 138 Abs. 1 nichtig sein. ... [Problemerörterung] ... Die Einigung ist also nicht sittenwidrig und daher nicht gemäß § 138 Abs. 1 nichtig.

III. Der Anspruch ist aber gemäß § 362 Abs. 1 durch Erfüllung erloschen, soweit die geschuldete Leistung an V bewirkt wurde ... [Problemerörterung] ... Der Anspruch wurde mithin nicht erfüllt und ist daher nicht gemäß § 362 Abs. 1 erloschen.

V hat somit gegen K einen Anspruch auf Kaufpreiszahlung aus § 433 Abs. 2 Var. 1 (i.V.m. dem zwischen K und V bestehenden Kaufvertrag).“

Es ist hier zwar sprachlich möglich, aber **überflüssig und zeitraubend**, die Punkte I. und II. mit einem weiteren Obersatz („Der Anspruch müsste entstanden sein.“) und einem weiteren Ergebnissatz („Der Anspruch ist somit entstanden.“) einzurahmen. Ebenso wenig besteht ein Anlass dafür, zwischen die Ausführungen zu III. und den Ergebnissatz einen Satz zur Durchsetzbarkeit („Dem Anspruch stehen keine Einreden entgegen, sodass er auch durchsetzbar ist.“) einzuschieben. Solche Sätze haben **keinen zusätzlichen Informationsgehalt**. Sie zeugen im Gegenteil von einer **Unsicherheit**, die durch die Erwähnung von Einreden „vorsichtshalber, damit der Prüfer nicht denkt, ich wüsste nicht, dass man auch Einreden prüfen muss“ kaschiert werden soll. **Lassen Sie diese Sätze weg!**

Die Benutzung des Verbs „erlöschen“ unter III. ist hingegen sogar **geboten**. Der **Wortlaut** des § 362 Abs. 1 legt die Rechtsfolge mit diesem Verb fest, dann dürfen und sollten auch Sie es **verwenden**.

- 17** **Klausurhinweis:** Die gekonnte Verwendung des **Anspruchsaufbaus** und des **Gutachtenstils** (sowie der ebenso gekonnte **Verzicht auf sie**) ist nur einer von vielen **methodischen Aspekten**. Eine **Prädikatsnote** erzielt nur, wer sein **Fachwissen methodisch gekonnt und sprachlich ansprechend** präsentiert sowie unvermeidbare **Lücken im Fachwissen mit methodisch sauberer Gesetzesauslegung** schließt. Sie werden im **Examen bei weitem nicht Ihr gesamtes Fachwissen benötigen, aber auf die Methodik kommt es in jeder Klausur an**.

¹⁴ Fervers, ZJS 2015, 454, 459, Hervorhebungen durch den Autor.

Sie müssen daher spätestens bei Beginn der Examensvorbereitung Ihre methodischen Kenntnisse ausmotten und auffrischen (oder endlich erwerben), z.B. mit dem **B-Basiswissen „Methodik der Fallbearbeitung im Studium und Examen – Wie schreibe ich eine Klausur?“** von Alpmann Schmidt. In diesem wird das **Handwerkszeug** dargestellt, welches ab dem ersten Semester passiv bekannt und **aktiv (!) beherrscht** werden sollte. Erfahrungsgemäß haben hier aber **viele Examenskandidaten unglaublich große Defizite**. Das Werk führt daher auch in der Examensvorbereitung in der Regel zu einem erheblichen Erkenntnisgewinn. Sodann müssen Sie den Umgang mit dem Handwerkszeug **üben**, etwa mit dem staatlich zugelassenen **K1-Klausurenkurs** zum ersten Examen von Alpmann Schmidt inklusive Korrekturflatrate.

auch noch nach sechs Monaten konkludent durch die Zahlungsaufforderung gegenüber C annehmen. Da A auf den Zugang dieser Annahme verzichtet hatte, haben A und B sich in diesem Moment zugleich über die Abtretung geeinigt. Gemäß § 398 S. 2 ist B dadurch Inhaber der Forderung gegen C geworden.

III. Vertragsschluss bei Online-Auktionen

- 179 Online-Auktionen, z.B. bei eBay, weisen (nicht nur zum Vertragsschluss) einige **Besonderheiten** auf (vgl. zum Rechtsbindungswillen bereits Rn. 52).¹⁹⁰

Hinweis: Der folgende Fall ist die knappe Essenz aus mehreren Urteilen zu der Thematik. Sie sind allesamt ausführlich in der Rechtsprechungsübersicht – RÜ dargestellt.¹⁹¹

Fall 10: Das Stratocaster-Schnäppchen

Hobbymusiker V startet bei eBay (E) eine Online-Auktion über eine Stratocaster-Gitarre (Wert: 666 €) zum Startpreis von nur 1 €, um Gebühren zu sparen. Instrumentenhändler K gibt ein Maximalgebot, bis zu welchem automatisch geboten werden soll, i.H.v. 10 € ab. V bricht die Auktion ab und veräußert sodann die Gitarre an X für 555 €. Bei Abbruch lag das aktuelle Höchstgebot bei 1 €, durch K.

Laut den AGB von E ist der Start einer Auktion ein verbindliches Angebot. Der Kaufvertrag kommt sowohl bei Ablauf der Auktionszeit als auch bei vorzeitiger Rücknahme des Angebots mit dem Höchstbietenden zum aktuellen Höchstgebot zustande, es sei denn, der Anbieter ist kraft Gesetzes oder wegen Verlustes der Kaufsache ohne sein Verschulden zur Rücknahme des Angebots berechtigt.

K verlangt von V die Gitarre oder zumindest Geld. V weigert sich, weil K in jüngster Zeit – was zutrifft – bei über 1.000 Auktionen Maximalgebote jeweils deutlich unter dem objektiven Wert und i.H.v. insgesamt über 50.000.000 € abgegeben habe, die er nie hätte aufbringen können. Es sei K daher von Anfang an nie um die Gitarre, sondern um die Provokation eines Auktionsabbruchs und eines Schadensersatzanspruchs gegangen. K wendet ein, es könne ihm nicht zum Nachteil gereichen, dass er gezielt nach günstigen Schnäppchen jage. Er sei – was zutrifft – bei den allermeisten Auktionen überboten worden und die von ihm günstig ersteigerten Sachen habe er allesamt vollständig und unverzüglich bezahlt.

Ansprüche des K gegen V, wenn X die Gitarre auf keinen Fall herausgeben will?

- 180 A. Ein Anspruch des K gegen V auf **Übergabe und Übereignung** der Gitarre aus **§ 433 Abs. 1 S. 1** scheitert jedenfalls daran, dass X Besitz und Eigentum an der Gitarre nicht wieder aufgeben will, sodass dem V seine Leistungspflichten **unmöglich** und der Anspruch daher gemäß **§ 275 Abs. 1 BGB** untergegangen ist.

Die **Vertragsfreiheit** erlaubt es V, mehrere **Kaufverträge** über eine Gitarre zu schließen – selbst anfängliche Unmöglichkeit steht der Wirksamkeit eines Vertrags gemäß § 311 a Abs. 1 nicht entgegen. Wegen des **Trennungs- und Abstraktionsprinzips** ist unabhängig von den schuldrechtlichen Verträgen die erste **Übereignung** der Sache (hier: an X) wirksam. Weitere Übereignungen des V scheitern grundsätzlich an seiner fehlenden Berechtigung (**Prioritätsprinzip**).

¹⁹⁰ Überblick bei Föhlisch/Stariradef NJW 2016, 353.

¹⁹¹ BGH RÜ 2012, 341; BGH RÜ 2014, 205; BGH RÜ 2015, 205; BGH RÜ 2017, 51; BGH RÜ 2018, 208; BGH RÜ 2019, 749 mit RÜ-Video 12/19 unter bit.ly/36gLCtX.

B. K könnte gegen V einen **Schadensersatzanspruch** aus **§§ 280 Abs. 1 u. 3, 283, 251 Abs. 1** haben.

I. Ein **Schuldverhältnis** zwischen V und K könnte als Kaufvertrag vorliegen.

1. Trotz der Bezeichnung als „Online-Auktion“ kommt der Vertrag **nicht durch Angebot und Zuschlag gem. § 156** zustande, denn E ist kein Versteigerer, sondern als Plattformbetreiber **nur Vermittler** zwischen Käufer und Verkäufer. Ferner ist die Mitteilung des E über den Gewinner der Auktion **keine Willenserklärung** in Form eines Zuschlags, sondern eine **reine Wissenserklärung**. **181**

2. Vielmehr müssen V und K **Angebot und Annahme** erklärt haben. Ihr Verhalten ist aus Sicht eines objektiven Empfängers nach der Verkehrssitte auszulegen, §§ 133, 157. Zur **Verkehrssitte** bei der Benutzung einer Internetplattform gehören auch die **AGB** ihres Betreibers, soweit die Benutzer von diesen AGB nicht erkennbar abrücken.¹⁹² Weder V noch K sind von den AGB erkennbar abgerückt, sodass diese mithin die maßgebliche Verkehrssitte definieren. **182**

Klausurhinweis: Wegen der **Relativität der Schuldverhältnisse** gelten die AGB unmittelbar nur zwischen V und E und zwischen K und E. Über das Merkmal „**Verkehrssitte**“ wirken sie aber mittelbar grundsätzlich auch zwischen K und V.

Ausweislich der AGB ist der **Auktionsstart** durch V nicht etwa eine bloße Aufforderung zur Angebotsabgabe (invitatio ad offerendum) ohne Rechtsbindungswillen, sondern **ein rechtsverbindliches Angebot**. Ihm lässt sich der **hinreichend bestimmte Geschäftswille** entnehmen, mit dem bei Auktionsende Höchstbietenden zu kontrahieren, wer auch immer dies sein mag (offerta ad incertas personas). Das **Höchtsgebot** des K stellt also seine **Annahme** dar.

Klausurhinweis: Andere Plattformen haben bzw. hatten in ihren AGB festgelegt, dass das Auktionsgebot des Käufers das Angebot und der **Auktionsstart durch den Verkäufer die zeitlich vorverlagerte (antezipierte/antizipierte) Annahme** sein sollen. Wichtig ist, dass Sie Ihr Gutachten nach den konkreten AGB ausrichten. Sind diese nicht abgedruckt, so können Sie den Ablauf des Vertragsschlusses nach Erwähnung der beiden Möglichkeiten offenlassen, wenn für die weitere Lösung ohnehin nur wichtig ist, ob („irgendwie“) ein Vertrag zustande gekommen ist.¹⁹³

3. Allerdings steht laut den AGB das Angebot des V unter dem **Vorbehalt** i.S.d. § 145 Hs. 2, dass er es **nicht berechtigterweise zurücknimmt**. Ausweislich der AGB besteht eine solche Berechtigung zum einen, wenn V die Kaufsache ohne sein Verschulden verliert. V hat aber die Gitarre vorsätzlich an den X veräußert. Zum anderen kann sich eine Berechtigung aus einer **gesetzlichen Vorschrift** ergeben, die im weitesten Sinne die „Rücknahme“ des Angebots erlaubt. **183**

Insofern sind die AGB nur **deklaratorisch**. Wenn V bereits kraft (zwingender bzw. disponibler, aber nicht abbedingener) gesetzlicher Regelungen das Recht hat, sich von seiner Willenserklärung zu lösen, dann gilt das unabhängig von inhaltsgleichen Ausführungen in AGB.

¹⁹² BGH NJW 2017, 1660 (eBay); BGH RÜ 2018, 208 (Paypal).

¹⁹³ Vgl. die Darstellung von BGH RÜ 2014, 205, 207, im Gutachtenstil.

Eine **Abweichung** von gesetzlichen Vorschriften kann im Einzelfall wirksam oder unwirksam sein. Ist in den AGB etwa festgelegt, dass eine Anfechtung nur bei Zustimmung der anderen Partei zulässig sein soll, so ist dies hinsichtlich § 123 Abs. 1 bereits unwirksam, weil diese Norm nicht disponibel ist. § 119 ist zwar disponibel, aber eine derartige Abweichung von ihm in AGB ist gemäß § 307 Abs. 1 u. Abs. 2 Nr. 1 unwirksam.¹⁹⁴

- a) Ein Rücknahmegrund i.d.S. ist die **Anfechtung**, welche gemäß § 142 Abs. 1 das Angebot des V rückwirkend vernichtet. Es liegt aber kein Anfechtungsgrund vor, insbesondere kein in § 119 genannter Irrtum des V.
- b) Der Vertrag ist über das Internet als **Fernkommunikationsmittel** im Rahmen des **Vertriebssystems** von E zustande gekommen. Also könnte V das Angebot gemäß §§ 312 g Abs. 1, 355 Abs. 1 S. 1, 312 c **widerrufen** haben.
 - aa) Dieses Widerrufsrecht ist zwar **nicht gemäß § 312 g Abs. 2 S. 1 Nr. 10 ausgeschlossen**, denn dieser Tatbestand gilt nur für Versteigerungen mit präsenten Interessenten und Vertragsschluss durch Angebot und Zuschlag i.S.d. § 156,¹⁹⁵ während hier – wie ausgeführt – ein Vertragsschluss durch Angebot und Annahme vorliegt.
 - bb) Ein Fernabsatzvertrag liegt aber gemäß §§ 312 Abs. 1, 310 Abs. 3 nur bei **Verbraucherverträgen** vor, bei welchen der Unternehmer dem Verbraucher eine entgeltliche Leistung anbietet. Nur dann ist der Verbraucher in seinem Bedürfnis schutzwürdig, die Leistung zunächst zu prüfen und dann über den Fortbestand des Vertrags zu entscheiden. Vorliegend bot aber **umgekehrt V als Verbraucher** i.S.d. § 13 die Leistung entgeltlich an und **K als Unternehmer** i.S.d. § 14 verpflichtete sich zur Entgeltzahlung. Mangels Verbrauchervertrags in Form eines Fernabsatzvertrags konnte V sein Angebot nicht widerrufen.

184

- 4. Der Kaufvertrag könnte **sittenwidrig** und gemäß **§ 138 Abs. 1** nichtig sein.
 - a) Das erfordert ein **grobes Missverhältnis** zwischen Leistung und Gegenleistung, welches regelmäßig ab einer Diskrepanz von 200% bis 300% besteht. Der Kaufvertrag schreibt einen Kaufpreis i.H.d. aktuellen Höchstgebots, also von 1 € für die Gitarre im Wert von 666 € fest, das ist eine Diskrepanz von 66.600%. Würde man auf das Maximalgebot des K (10 €) abstellen, so wären es immer noch 6.660%. Ein grobes Missverhältnis liegt also vor.
 - b) Es müssen aber **weitere Umstände** hinzutreten, die die Gesinnung des K als **verwerflich** erscheinen lassen. Es liegt aber gerade im **Wesen einer Versteigerung** (sei es auf klassischem Wege oder im Internet), dass der Käufer einen Schnäppchenpreis erzielen kann. Umgekehrt besteht für ihn das Risiko (und für den Verkäufer die Chance), dass mehrere Käufer sich durch gegenseitiges Überbieten anstacheln und so ein hoher Kaufpreis zustande kommt. Daher handelte K nicht in verwerflicher Gesinnung. Der Kaufvertrag ist nicht sittenwidrig und nicht nach § 138 Abs. 1 nichtig.

Zwischen K und V besteht mithin ein wirksamer Kaufvertrag.

¹⁹⁴ Vgl. Sutschet NJW 2014, 1041, zusammengefasst von Lüdde RÜ 2014, 366, 367.

¹⁹⁵ Grüneberg/Grüneberg § 312 g Rn. 13.

- II. Mit der Übereignung und Übergabe an X und dessen Herausgabeverweigerung ist es V nachträglich i.S.d. § 275 Abs. 1 **unmöglich** geworden, seine Pflichten aus § 433 Abs. 1 S. 1 zu erfüllen, sodass eine **Pflichtverletzung** vorliegt. **185**

Diese Pflichten bestehen zwar nicht und wären daher auch nicht verletzbar, soweit **§ 762 Abs. 1 S. 1** greift. Allerdings erfordert ein **Spiel** eine nicht ernsthafte Erklärung bezüglich eines zufälligen Ereignisses zwecks Unterhaltung und/oder Gewinnerzielung. Eine **Wette** liegt nur vor, wenn die Parteien zur Untermauerung sich widersprechender Behauptungen ihre Wetteinsätze abgeben.¹⁹⁶ Eine Versteigerung verfolgt hingegen den ernsthaften Zweck, den marktgerechten Preis einer Sache zu ermitteln. Es gibt dabei kein „richtig oder falsch“ und keinen „Gewinner oder Verlierer“, sondern nur das Ergebnis der ernsthaften Sondierung von Angebot und Nachfrage. Sie ist daher weder Spiel noch Wette.¹⁹⁷ Die Pflichten aus dem Kaufvertrag wurden daher begründet, § 762 Abs. 1 S. 1 greift nicht.

§ 762 Abs. 1 und auch § 656 regeln **unvollkommene Verbindlichkeiten**. Nach dem jeweiligen Satz 1 entsteht **kein einklagbarer Anspruch**. Wettschulden sind also nur Ehrenschulden. Wird aber freiwillig geleistet, so kann nach dem jeweiligen Satz 2 die Leistung nicht nach § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 mit der Begründung zurückgefordert werden, es bestehe kein Rechtsgrund. Genehmigte Glücksspiele (z.B. Lotto) begründen aber gemäß § 763 S. 1 Ansprüche.

- III. V hat die Gitarre **vorsätzlich** an X weitergegeben, sodass V die Unmöglichkeit i.S.d. §§ 280 Abs. 1 S. 2, 276 Abs. 1 **zu vertreten** hat. **186**

- IV. **Inhalt** des Anspruches ist, dass V den K so **wie ohne das schädigende Ereignis stellen** muss, und zwar gemäß § 249 Abs. 1 grundsätzlich in Natur. Es ist dem V aber – wie ausgeführt – nicht möglich, dem K Eigentum und Besitz an der Gitarre zu verschaffen. Daher schuldet V gemäß § 251 Abs. 1 Var. 1 **Geldentschädigung**. **187**

Ohne Veräußerung von V an X hätte K von V Eigentum und Besitz an der Gitarre (Wert: 666 €) gegen Zahlung von 1 € erhalten. V muss K i.H.v. 665 € entschädigen.

- V. K ist die Geltendmachung dieses Anspruchs gemäß **§ 242** verwehrt, soweit sie **rechtsmissbräuchlich** ist und daher gegen Treu und Glauben verstößt. Dieser Vorwurf ist aber **nur** dem „**Abbruchjäger**“ zu machen, der bereits bei Gebotsabgabe kein Interesse an der Kaufsache, sondern nur an der Provokation eines Abbruchs und des damit einhergehenden Schadensersatzanspruchs hat. Ein „**Schnäppchenjäger**“ **hingegen**, der unter Ausnutzung der beiderseitig eingegangenen Risiken und Chancen einer Versteigerung einen Vorteil in Form eines (auch extrem) günstigen Preises zu erlangen versucht, handelt **redlich**.¹⁹⁸ **188**

Vorliegend mag K bei unzähligen Auktionen deutlich über seine finanziellen Verhältnisse geboten haben. Das macht ihn aber nicht zum Abbruchjäger, weil seine Maximalgebote stets deutlich unter dem Wert der Kaufsache lagen und er daher damit rechnen durfte, in den meisten Fällen überboten zu werden – wie es dann auch tatsächlich geschehen ist. Ihm war daher bewusst, dass er zumeist weder einen Anspruch auf die Kaufsache noch auf Schadensersatz erlangen wird. Dass K



RÜ-Video 12/19

¹⁹⁶ Grüneberg/Sprau § 763 Rn. 2 f.

¹⁹⁷ Vgl. BGH NJW 2002, 363, 365 (Ricardo.de).

¹⁹⁸ BGH RÜ 2019, 749, mit RÜ-Video 12/19 unter bit.ly/36gLCtX; „Abbruchjäger“ ist O-Ton des BGH.

nur auf Schnäppchenjagd war und ein echtes Interesse an den Kaufsachen hatte, wird dadurch untermauert, dass er diese im Erfolgsfall stets und pünktlich zahlte.

V aber ist (zwecks Einsparung von Gebühren) ganz bewusst das Risiko eines für ihn niedrigen Startpreises eingegangen. Außerdem hat V aus freien Stücken die Auktion einzig zu dem Zweck abgebrochen, die Gitarre an den X veräußern zu können. Der Vorwurf einer Treuwidrigkeit trifft also eher V, keinesfalls aber K. K ist es daher nicht gemäß § 242 verwehrt, seinen Anspruch geltend zu machen.

Indiz für einen Abbruchjäger ist insbesondere, wenn der Käufer auf eine Vielzahl von Auktionen bietet und dann von einem Verkäufer, der die Auktion aufgrund eines Irrtums abbricht und **sogleich korrigiert startet, gleichwohl Schadensersatz verlangt, anstatt auf das neue Angebot zu bieten**. Er zeigt nämlich, dass er kein Interesse an der Kaufsache selbst hat.¹⁹⁹

K hat gegen V einen Anspruch i.H.v. 665 € aus §§ 280 Abs. 1 u. 3, 283, 251 Abs. 1.

- 189 C. Daneben hat K gegen V aus **§ 285 Abs. 1** einen Anspruch auf Herausgabe des **stellvertretenden commodums**, also der 555 €, die X an V gezahlt hat.

Dieser Anspruch steht zu §§ 280 Abs. 1 u. 3, 283 in **elektiver Konkurrenz**. K hat ein **ius variandi**, d.h. er darf wahlweise einen der beiden Ansprüche geltend machen.²⁰⁰ Soweit er den Anspruch aus § 285 Abs. 1 geltend macht, mindert sich gemäß § 285 Abs. 2 der Schadensersatzanspruch. Insgesamt kann K also 665 € verlangen.

Wenn K (wirtschaftlich unvernünftig) den Anspruch aus § 285 Abs. 1 wählen würde, dann würde der **Anspruch des V aus § 433 Abs. 2 Var. 1** auf Zahlung von 1 € gemäß **§ 326 Abs. 3** in Ausnahme zu § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 **nicht untergehen**. K würde also im Ergebnis nur 554 € erhalten.

- 190 Manche wollen das **Prinzip der Preisbildung** bei Online-Auktionen **umgehen**.²⁰¹

- 191 ■ Beim **Bid Shielding** **schirmt ein Käufer** sein Angebot mit dem Angebot eines anderen Accounts ab, um seine **Konkurrenten abzuschrecken**. Es kommt gleichwohl ein **Kaufvertrag mit einem Kaufpreis i.H.d. Gebots mit dem zweiten Account** zustande. Dieses Gebot ist wirksam. Insbesondere ist es nicht nach § 130 Abs. 1 S. 2 widerrufbar, da bereits zugegangen. Ein geheimer Vorbehalt ist nach § 116 S. 1 unbeachtlich und § 117 Abs. 1 führt nicht zur Nichtigkeit, da der Verkäufer nicht mit dem zweiten Gebot einverstanden war. Auch hat der Verkäufer keinen Grund, an dessen Ernstlichkeit zu zweifeln, sodass § 118 nicht greift. Schließlich kann mangels Anfechtungsgrundes das zweite Gebot auch nicht nach § 142 Abs. 1 vernichtet werden.

Beispiel: K bietet für eine Sache des V, deren objektiver Wert 400 € ist und für die das Höchstgebot derzeit 30 € beträgt, 600 €. eBay setzt den K als Höchstbietenden mit 30,50 € ein. K bietet sodann mit einem anderen Account 605 €. eBay setzt den anderen Account als Höchstbietenden mit 601 € ein. Andere Interessenten werden von weiteren Geboten abgeschreckt. Wenige Sekunden vor Auktionsende zieht K das zweite Gebot zurück. eBay zeigt wieder 30,50 € als Höchstgebot an. – Zwischen K und V besteht ein Kaufvertrag über 601 €.

199 Vgl. LG Görlitz, Urt v. 29.07.2015 – 2 S 213/14, BeckRS 2016, 08624; BGH RÜ 2017, 51 hat nachfolgend die Klage bereits mangels Prozessführungsbefugnis als unzulässig abgewiesen und daher die materielle Rechtslage nicht betrachtet.

200 Grüneberg/Grüneberg § 285 Rn. 10.

201 Vgl. zum Folgenden Sutschet NJW 2014, 1041, zusammengefasst mit Beispielen von Lüdde RÜ 2014, 366.

- Beim **Shill Bidding** bietet der **Verkäufer oder ein von ihm Beauftragter (Shill)** auf die eigene Auktion, um bei dieser **den Preis hochzutreiben**. Der Verkäufer kann aber nicht mit sich selbst kontrahieren (vgl. § 145 „einem anderen“; ebenso auch die AGB von eBay) bzw. das Gebot des Beauftragten ist nach § 117 Abs. 1 nichtig. Zum selben Ergebnis gelangt man über den Rechtsgedanken des § 162.

Daher kommt ein **Kaufvertrag mit dem letzten redlichen Bieter** zustande, selbst wenn dieser zuletzt vom Verkäufer bzw. vom Shill überboten wurde. Der **Kaufpreis** richtet sich laut **BGH²⁰² nicht nach dem Höchstgebot**. Der Verkäufer darf nach Treu und Glauben (und auch nach den bei der Auslegung zu berücksichtigenden AGB von eBay) die Auktion nicht manipulieren und daher nicht darauf vertrauen, den hochgetriebenen Preis zu erhalten. Maßgeblich für den Kaufpreis hält der BGH vielmehr

- wenn **kein Dritter mitbietet** das **letzte Gebot des Höchstbietenden vor Beginn der Manipulation**. Zwar war der Käufer bereit, auch den zuletzt gebotenen Preis zu zahlen, aber ohne Manipulation hätte er die späteren Gebote nicht abgegeben;
- wenn jedoch ein **redlicher Dritter mitbietet** das **unmittelbar an den Dritten anschließende nächste Gebot** des Höchstbietenden. Dieses Gebot beruht nämlich auf dem vorhergegangenen redlichen und daher wirksamen Gebot des Dritten. Dass dieses Gebot des Dritten seinerseits auf der Preistreiberei beruht und daher nichtig bzw. anfechtbar sein kann, verleiht dem Höchstbietenden keinen Schutz.

Nach **a.A.** kommt der Kaufvertrag zum **Höchstgebot** zustande, allerdings kann der Käufer die Differenz nach **§§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2** zurückfordern.²⁰³

Hätte **beispielsweise** im Fall 10 nach dem ersten Gebot des K von 1 € der V die Gebote des K auf 700 € hochgetrieben, so würde sich nach Ansicht des BGH nichts ändern: Der Kaufvertrag käme zu 1 € zustande. Hätte hingegen der redliche D nach Preistreiberei des K 300 € geboten und K den Zuschlag für 301 € erhalten, so käme der Kaufvertrag zu 301 € zustande. Nach der a.A. käme in beiden Fällen ein Kaufvertrag zu 700 € zustande, aber K hätte gegen V aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 einen Anspruch auf 699 €, mit welchem er aufrechnen kann (§ 389).

Für den Fall, dass der Käufer sich **anderweitig eingedeckt** hat und daher an der Sache nicht mehr interessiert ist, wird vorgeschlagen, **§ 156 S. 2 Var. 1 analog** anzuwenden, sodass das Gebot des Käufers erlischt und daher keinerlei Kaufvertrag zustandekommt.²⁰⁴

B. Übereinstimmung von Angebot und Annahme – Konsens und Dissens

Die Einigung reicht – wie ausgeführt – nur soweit, wie **Angebot und Annahme inhaltlich übereinstimmen**. Die Annahme setzt eine uneingeschränkte Zustimmung zu dem Angebot voraus. Eine Annahme unter Einschränkungen oder Änderungen gilt gemäß § 150 Abs. 2 als Ablehnung (verbunden mit einem neuen Antrag).

Stimmen die beiden Erklärungen nicht offensichtlich überein, so ist **zunächst** zu klären, ob Missverständnisse, Widersprüche oder Unvollständigkeiten sich **primär** durch **Auslegung** (näher Rn. 267 ff.) oder **sekundär** durch **dispositives Recht** beseitigen lassen.

²⁰² BGH RÜ 2017, 210.

²⁰³ OLG Stuttgart MMR 2015, 577 (zusammengefasst in der Schlussbemerkung zu BGH RÜ 2017, 210, 215); Sutschet NJW 2014, 1041, zusammengefasst von Lüdde RÜ 2014, 366, 367 f.

²⁰⁴ Sutschet NJW 2014, 1041, zusammengefasst von Lüdde RÜ 2014, 366, 367 f.

RechtsprechungsÜbersicht

Deine Examensfälle von morgen

Zivilrecht

BGH	Erfüllung der Aufklärungspflichten durch Einstellen von Unterlagen in einen virtuellen Datenraum
BGH	Widerrufsrecht bei Vertragsannahme außerhalb von Geschäftsräumen nach Angebot am Vortag
OLG Celle	Keine rückwirkende Heilung des Schriftformmangels nach Kündigung des Mietvertrags
BGH	Untervermietung bei einer aus beruflichen Gründen genutzten Nebenwohnung
OLG Bremen	Kein Schmerzensgeld für schwere Verletzung eines blinden Mannes nach Sturz über quer abgestellte E-Scooter
OLG Frankfurt a.M.	Totalschaden wegen herabfallenden Astes – Bäume müssen regelmäßig kontrolliert werden!
BGH	Rückwärtsfahren in der Einbahnstraße ist generell verboten

Strafrecht

BVerfG	Rechtskräftig freigesprochene Mörder können wieder ruhig schlafen
BGH	Heimtückische Tötung eines Kleinkindes
BGH	Bei Erreichung eines außertatbestandlichen Ziels ist der Rücktritt nicht ausgeschlossen
BGH	Der Messereinsatz gegen einen flüchtenden Angreifer ist mangels Erforderlichkeit nicht gerechtfertigt
BGH	Garantenpflicht aus Ingerenz infolge Mitwirkung an einer rechtswidrigen Absprache
BGH	Ein Strafantrag kann ausnahmsweise auch ohne eigenhändige Unterschrift wirksam sein

Öffentliches Recht

OVG NRW, BVerwG	Sichere Übermittlung elektronischer Dokumente
BayVGH	Keine einstweilige Anordnung ohne vorherigen Antrag bei der Behörde
OVG NRW	Keine Wohnungsverweisung ohne Anhörung des Täters
OVG Saar	Zustandsverantwortlichkeit des Opfers einer Naturgefahr
OVG Saar, OVG NRW	Ermessensausübung bei Erteilung einer straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis für die Außengastronomie

§§ 7, 8 FStrG; §§ 42, 43 VwGO

Ermessensausübung bei Erteilung einer straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis für die Außengastronomie

OVG Saar, Beschl. v. 11.10.2023 – 1 B 60/23, BeckRS 2023, 27971
 OVG NRW, Urt. v. 30.08.2023 – 11 A 3130/20, BeckRS 2023, 25194

Fall

E ist Eigentümer des Grundstücks X-Straße 7 in der Stadt S, das aus den Flurstücken 1170 und 1171 besteht. Auf dem Flurstück 1170 befindet sich ein Kiosk, den E an P verpachtet hat. Das Flurstück 1171, das unmittelbar an die Straße grenzt, war ursprünglich unbebaut, seit 2014 führt darüber aufgrund eines Vermessungsfehlers ein Teil des Gehwegs der X-Straße. Die X-Straße wurde seinerzeit zum Teil verkehrsberuhigt ausgebaut. Das Flurstück 1171 ist im zugrunde liegenden Bebauungsplan als „multifunktionale Mischfläche (M)“ ausgewiesen, die ausdrücklich auch „Aufenthaltsflächen“ gestattet. In der Widmungsverfügung vom 03.02.2014, die am 14.02.2014 öffentlich bekanntgemacht wurde, heißt es: „Die in S zwischen der K 30 und der K 223 gebaute X-Straße wird gemäß § 2 Abs. 1 FStrG von km 0,000 (Einmündung Kreisverkehr K 30) bis km 2,384 (Einmündung Kreisverkehr L 223) ohne Beschränkung als Gemeindestraße dem öffentlichen Verkehr gewidmet.“

P möchte auf dem Flurstück 1171 vor dem von ihm gepachteten Kiosk zwei kleine Tische mit jeweils 2 Stühlen aufstellen. Das Ordnungsamt der Stadt S weist ihn darauf hin, dass hierfür eine Sondernutzungserlaubnis erforderlich sei, die P schon deshalb nicht erteilt werden könne, weil E den Pachtvertrag für den Kiosk gekündigt habe. Nach ordnungsgemäßem Vorverfahren hat P beim Verwaltungsgericht Klage erhoben, mit der er die Feststellung begehrt, dass das Aufstellen der Tische und Stühle keiner Sondernutzungserlaubnis bedürfe, da die Widmung bzgl. des Flurstücks 1171 mangels Zustimmung des E unwirksam sei. Es handele sich daher gar nicht um einen Teil der öffentlichen Straße. Hilfsweise sei die Behörde verpflichtet, ihm die Sondernutzungserlaubnis zu erteilen, da die Tische und Stühle für die funktionsgerechte Bewirtschaftung des Kiosks erforderlich seien. Zwar handele es sich bei der X-Straße nicht um eine Fußgängerzone, in der von S für die Außengastronomie in ständiger Verwaltungspraxis Tische und Stühle in angemessenem Umfang zugelassen werden; die Festsetzung als multifunktionale Mischfläche zu Aufenthaltszwecken entspreche jedoch faktisch einer Fußgängerzone. Hat die Klage Aussicht auf Erfolg?

Hinweis: Es gelten die Vorschriften des FStrG und des VwVfG.

Lösung

Die Klage hat Erfolg, soweit sie zulässig und begründet ist.

1. Teil: Hauptantrag auf Feststellung der Erlaubnisfreiheit

A. Zulässigkeit der Klage

I. Der **Verwaltungsrechtsweg** ist gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet. Streitentscheidend sind die öffentlich-rechtlichen Vorschriften in §§ 7, 8 FStrG, sodass eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegt, die auch keinem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen ist.

II. Statthafte Klageart ist die allgemeine **Feststellungsklage** (§ 43 Abs. 1 Alt. 1 VwGO). Der Streit um die Erlaubnispflicht betrifft ein **konkretes Rechtsverhältnis**, nämlich die Frage, ob P berechtigt ist, die Tische und Stühle auf dem Geh-
















Leitsätze

1. Der Inhalt einer straßenrechtlichen Widmung ist anhand einer Auslegung nach dem Empfängerhorizont (§ 133 BGB entsprechend) zu ermitteln.
2. Liegt eine Fläche auf anliegenden Privatgrundstücken, kann die Eigenschaft als Straßenbestandteil maßgeblich dafür sein, wie weit sich die „Straße“ auf das Grundstück erstreckt. Enthält die Widmung keinerlei flächenmäßige Einschränkungen, gilt sie im Zweifel für die gesamte hergestellte Straßenanlage.
3. Fehlt die Zustimmung des Eigentümers zur Widmung, ist die Widmung i.d.R. nur rechtswidrig und nur ausnahmsweise nichtig, wenn die Behörde z.B. die Widmung bewusst rechtswidrig ohne Zustimmung des Eigentümers vollzogen hat.
4. Ein Anspruch auf Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis besteht nur, wenn das Ermessen der Behörde auf die Erteilung der beantragten Erlaubnis als einzig rechtmäßige Entscheidung reduziert ist, mithin jede andere Entscheidung als die Erteilung der begehrten Sondernutzungserlaubnis rechtswidrig wäre, wobei das der Behörde eröffnete Ermessen sich an Gründen zu orientieren hat, die einen sachlichen Bezug zur Straße aufweisen.
5. Aus Art. 3 Abs. 1 GG in Verbindung mit der bisherigen Verwaltungspraxis kann sich eine Ermessensreduzierung auf Null ergeben.

Prüfungsschema: Haupt- und Hilfsantrag

- Hauptantrag
 - Zulässigkeit
 - Begründetheit
- Hilfsantrag, wenn innerprozessuale Bedingung greift
 - Zulässigkeit
 - Objektive Klagehäufung, § 44 VwGO
 - Begründetheit

Landesrecht

			
§§ 13, 16 StrG	Art. 14, 18 BayStrWG	§§ 10, 11 StrG	§§ 14, 18 BbgStrG
			
§§ 15, 18 LStrG	§§ 16, 19 HWG	§§ 14, 16 HStrG	§§ 21, 22 StrWG M-V
			
§§ 14, 18 NStrG	§§ 14, 18 StrWG NRW	§§ 34, 41 LStrG	§§ 14, 18 StrG
			
§§ 14, 18 SächsStrG	§§ 14, 18 StrG LSA	§§ 20, 21 StrWG SH	§§ 14, 18 ThürStrG

OVG NRW

Nach § 41 Abs. 4 S. 3 VwVfG gilt der VA grds. zwei Wochen nach der ortsüblichen Bekanntmachung als bekannt gegeben.

OVG NRW

weg ohne Sondernutzungserlaubnis aufzustellen. Diese Frage kann auch nicht durch eine Gestaltungs- oder Leistungsklage geklärt werden, sodass die Feststellungsklage gemäß § 43 Abs. 2 VwGO **nicht subsidiär** ist. Zwar kann P Verpflichtungsklage auf Erteilung der Erlaubnis erheben (und hat dies auch in Form des Hilfsantrags getan), dies entspricht jedoch nicht seinem mit dem Hauptantrag verfolgten Begehren auf Feststellung der Erlaubnisfreiheit.

III. Das Feststellungsinteresse (§ 43 Abs. 1 VwGO) ergibt sich in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht daraus, dass P die Tische und Stühle nur aufstellen darf, wenn es sich dabei um ein legales Verhalten handelt.

IV. Weitere besondere Sachurteilsvoraussetzungen bestehen bei der allgemeinen Feststellungsklage nicht, insbes. ist **kein Vorverfahren** durchzuführen und **keine Klagefrist** zu beachten. Allerdings verlangt die Rspr. zur Vermeidung einer Popularklage eine **Klagebefugnis** analog § 42 Abs. 2 VwGO. Insoweit kann P geltend machen, durch die von der Behörde behauptete Erlaubnispflicht in seiner Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzt zu sein.

Somit ist die allgemeine Feststellungsklage zulässig.

B. Begründetheit der Feststellungsklage

Die (negative) Feststellungsklage ist begründet, wenn das streitige Rechtsverhältnis nicht besteht, hier also das **Aufstellen der Tische und Stühle nicht erlaubnispflichtig** ist. Eine Erlaubnispflicht kann sich nur aus § 8 Abs. 1 S. 2 FStrG ergeben, wenn eine **öffentlich-rechtliche Sondernutzung** vorliegt.

I. Dann müsste das Flurstück 1171 Teil einer **öffentlichen Straße** sein. Nach § 2 Abs. 1 FStrG erhält eine Straße die Eigenschaft einer öffentlichen Straße durch **Widmung**. Diese erfolgt durch Verwaltungsakt in Form der **Allgemeinverfügung** gemäß § 35 S. 2 Fall 2 VwVfG (Bestimmung der öffentlich-rechtlichen Eigenschaft einer Sache).

„[58] Die Widmung einer Straße begründet die öffentlich-rechtliche Sachherrschaft über sie. Durch sie wird das Eigentum an dem Straßengrundstück zwar nicht entzogen. Die öffentlich-rechtliche Sachherrschaft überlagert das Eigentumsrecht jedoch und schränkt es kraft der staatlichen Hoheitsgewalt ein (sogenannter **Grundsatz des modifizierten Privateigentums**). Dem Träger der Straßenbaulast steht, wenn er nicht selbst Eigentümer des Straßengrundstücks ist, die Ausübung der Rechte des Eigentümers insoweit zu, als dies die Aufrechterhaltung des Gemeingebrauchs und die Verwaltung und Unterhaltung erfordern.“

1. Hier ist die **Widmung** durch Allgemeinverfügung vom 03.02.2014 erfolgt, die gemäß § 41 Abs. 3 u. Abs. 4 VwVfG öffentlich bekannt gemacht und damit gemäß § 43 Abs. 1 VwVfG **wirksam geworden** ist.

2. Inhaltlich müsste die Widmung auch das Flurstück 1171 umfassen.

„[64] Eine Widmung unterliegt als Allgemeinverfügung der Auslegung entsprechend § 133 BGB. Insoweit ist nach dem Empfängerhorizont zu ermitteln, welche Verkehrsfläche und Bestandteile von einer Widmung erfasst und aufgrund dessen zu einer öffentlichen, dem Gemeingebrauch dienenden Straße werden. Aus dem Widmungstext und gegebenenfalls den erkennbaren äußeren Umständen müssen sich mit hinreichender Bestimmtheit (vgl. § 37 Abs. 1 VwVfG ...) sowohl der Umfang des Gemeingebrauchs als auch der räumliche Umfang der gewidmeten Fläche ergeben. [65] ... Notwendig, aber auch hinreichend für eine Widmungsverfügung ... ist es, dass die widmende Behörde eine Formulierung wählt, die es dem Adressatenkreis dieser Allgemeinverfügung ermöglicht, **die im jeweiligen Einzelfall betroffene Verkehrsfläche**, die die Eigenschaft einer öffentlichen Straße erhalten soll, **zu identifizieren**.“

Hier bezog sich die Widmung auf die „**gebaute**“ X-Straße von km 0,000 (Einmündung Kreisverkehr K 30) bis km 2,384 (Einmündung Kreisverkehr L 223).

„[67] Dabei ist grundsätzlich davon auszugehen, dass alle Teile, die **technische Bestandteile** der Straße sind, auch gewidmet sein sollen. Liegt eine Anlage oder Fläche auf **anliegenden Privatgrundstücken**, kann die Eigenschaft als Straßenbestandteil maßgeblich dafür sein, wie weit sich die ‚Straße‘ auf das Grundstück erstreckt. Enthält eine Widmung keinerlei flächenmäßige Einschränkung, gilt sie im Zweifel für die **gesamte hergestellte Straßenanlage**.“

Die Widmung bezieht sich daher auch auf das im Eigentum des E stehende Flurstück 1171, auf dem P die Tische und Stühle aufstellen will.

3. Voraussetzung für die Widmung ist gemäß § 2 Abs. 2 FStrG grds., dass der Träger der Straßenbaulast Eigentümer des der Straße dienenden Grundstücks ist, oder der Eigentümer und ein sonst zur Nutzung Berechtigter der Widmung zugestimmt hat. Daran fehlt es hier, insbes. liegt **keine Zustimmung** des Eigentümers E vor.

a) Unwirksam ist die Widmung nach § 43 Abs. 3 VwVfG aber nur, wenn sie nichtig ist. Gemäß § 44 Abs. 1 VwVfG ist ein Verwaltungsakt **nichtig**, soweit er an einem besonders schwerwiegenden Fehler leidet und dies bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offensichtlich ist.

„[75] In diesem Sinne leidet ein Verwaltungsakt an einem besonders schwerwiegenden Fehler, wenn dieser Fehler den Verwaltungsakt **schlechterdings unerträglich** erscheinen lässt, also mit tragenden Verfassungsprinzipien oder der Rechtsordnung immanenten wesentlichen Wertvorstellungen unvereinbar ist. Hierfür genügt ein bloßer Verstoß auch gegen Rechtsnormen von herausragender Bedeutung wie die Bindung der Verwaltung an Gesetz und Recht gemäß Art. 20 Abs. 3 GG nicht, weil diese Vorschrift keine Fehlerfolge normiert, sondern sich diese nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz richtet. Der Fehler muss schlechthin unerträglich für die Rechtsordnung sein und die an eine ordnungsgemäße Verwaltung zu stellenden Anforderungen in einem solchem Maß verletzen, dass der Verwaltungsakt gleichsam für jedermann augenscheinlich den **‚Stempel der Nichtigkeit auf der Stirn‘** trägt.“

aa) Nach der **Lehre vom Gesamtakt** regeln § 2 Abs. 1 und Abs. 2 FStrG zusammen die Bestandteile des Widmungsvorgangs. Danach ist die Widmung nur wirksam, wenn (auch) die Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 FStrG vorliegen. Bei Fehlen der Eigentümerzustimmung wäre die Widmung schon gar **nicht wirksam zustande gekommen**.

bb) Nach herrschendem Verständnis regelt § 2 Abs. 2 FStrG dagegen keine Wirksamkeits-, sondern eine **Rechtmäßigkeitsvoraussetzung** der Widmung. Bei einem Verstoß ist die Widmung zwar rechtswidrig, nichtig aber nur in den Fällen des § 44 VwVfG.

„[76] Fehlt die Zustimmung des Privateigentümers zur Widmung der sich in seinem Eigentum befindlichen Grundstücksflächen, führt dies ... zwar zur Fehlerhaftigkeit und damit Anfechtbarkeit, jedoch nicht grundsätzlich zur Nichtigkeit der Widmung. [77] Nichtig ist eine Widmung jedoch dann, wenn sie **bewusst rechtswidrig ohne Zustimmung des Eigentümers** vorgenommen wird. Die ohne Zustimmung erfolgende Widmung stellt einen erheblichen Eingriff in das Eigentumsgrundrecht des Grundstückseigentümers aus Art. 14 Abs. 1 GG dar, die einem enteignungsgleichen Eingriff ähnlich ist. ... Wird dem Eigentümer seine Eigentumsposition vorsätzlich faktisch unter Umgehung des Enteignungsverfahrens entzogen, liegt ein besonders schwerwiegender Fehler vor, der eine Willkürmaßnahme darstellt.“

OVG NRW

Vgl. auch § 1 Abs. 4 FStrG bzw. entspr. Landesrecht (z.B. Art. 2 Nr. 1 b BayStrWG, § 2 Abs. 2 Nr. 1 b StrG BW, § 2 Abs. 2 Nr. 1 HStrG, § 2 Abs. 2 Nr. 1 b StrWG NRW), wonach zur öffentlichen Straße nicht nur die Fahrbahn, sondern der gesamte Straßenkörper gehört, also z.B. auch die Gehwege.

OVG NRW

Salzwedel, in: Erichsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, (10. Aufl. 1995), § 43 Rn. 8

Papier, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht (15. Aufl. 2016), § 40 Rn. 25

OVG NRW

Dann dürfte sich die Nichtigkeit auch aus § 44 Abs. 2 Nr. 6 VwVfG (Verstoß gegen die guten Sitten) ergeben.

Bei Bestandskraft der wirksamen Widmung steht dem Eigentümer des mit der Straße überbauten Grundstücks kein Folgebeseitigungsanspruch zu. Der geschaffene Zustand ist nicht rechtswidrig. Der Eigentümer ist aufgrund der bestandskräftigen Widmung zur Duldung verpflichtet (OVG NRW a.a.O. Rn. 54 ff.)

Ein weiterer Fall des weiten Verkehrsbegriffs ist mit Blick auf Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG der **kommunikative Gemeingebrauch** (Austausch von Informationen und Meinungen im Straßenraum).

Zur Sondernutzung in vergleichbaren Fällen AS-Skript Verwaltungsrecht AT 1 (2022), Rn. 539 und VGH BW RÜ 2014, 400, 40

Andernfalls besteht nur ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung (vgl. § 113 Abs. 5 S. 2 VwGO).

OVG Saar

OVG Saar (LS 4)

Allgemein zur Ermessungsausübung bei Erteilung einer straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis VGH BW RÜ 2022, 536, 539 f. und AS-Skript Verwaltungsrecht AT 1 (2022), Rn. 541 ff.

b) Dieser Ausnahmefall liegt hier ersichtlich nicht vor. Vielmehr ist das Flurstück 1171 aufgrund eines Vermessungsfehlers überbaut und lediglich irrtümlich in die Widmung einbezogen worden. Die Widmung ist damit zwar **rechtswidrig**, aber **nicht nichtig**, sondern **wirksam** und hat die öffentlich-rechtliche Eigenschaft des Flurstücks 1171 als Teil der öffentlichen Straße begründet.

II. Eine Erlaubnis nach § 8 Abs. 1 S. 2 FStrG benötigt P nur, wenn eine (öffentlich-rechtliche) **Sondernutzung** vorliegt.

1. Sondernutzung ist die Benutzung der Straße über den Gemeingebrauch hinaus (§ 8 Abs. 1 S. 1 FStrG). **Gemeingebrauch** ist nach § 7 Abs. 1 FStrG der Gebrauch der Straße im Rahmen der Widmung und der verkehrsbehördlichen Vorschriften zum Verkehr. Wegen Art. 14 Abs. 1 GG wird davon auch der sog. **Anliegergebrauch** umfasst (z.B. Kontakt nach außen, Zufahrt, Hinweisschilder). Die gegenständliche Inanspruchnahme des Straßenraums, zu dem auch der Gehweg gehört (s.o.), durch Aufstellen von Gegenständen ist zur Nutzung des Eigentums aber nicht zwingend erforderlich und führt i.d.R. zu einer nicht ganz unerheblichen Behinderung des übrigen Verkehrs, sodass auch bei Anliegergewerbebetrieben eine **Sondernutzung** vorliegt.

2. Diese bedarf nach § 8 Abs. 1 S. 2 FStrG der Erlaubnis, sodass der Hauptantrag auf Feststellung der Erlaubnisfreiheit unbegründet ist und keinen Erfolg hat.

2. Teil: Hilfsantrag auf Erteilung der Sondernutzungserlaubnis

A. Der Hilfsantrag ist als **Verpflichtungsklage** gemäß §§ 40 Abs. 1 S. 1, 42 Abs. 1 Fall 2, 42 Abs. 2, 68 Abs. 2, 74 Abs. 2 VwGO **zulässig**.

B. Es liegt eine nach § 44 VwGO zulässige **objektive Klagehäufung** vor

C. Begründet ist die Verpflichtungsklage, soweit die Ablehnung der Erlaubnis rechtswidrig, der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt und die Sache spruchreif ist (§ 113 Abs. 5 S. 1 VwGO). Das ist der Fall, wenn P einen **Anspruch** auf Erteilung der Sondernutzungserlaubnis hat.

I. Voraussetzungen für die Erteilung oder Versagung der Sondernutzungserlaubnis sind in § 8 Abs. 1 S. 2 FStrG nicht geregelt. Wird der Behörde eine Handlungsermächtigung eingeräumt, ohne dass das Gesetz dazu nähere Voraussetzungen aufstellt, steht die Erlaubnis im **Ermessen** der Behörde.

II. Ein **Anspruch** auf Erteilung der Sondernutzungserlaubnis besteht daher nur im Fall der **Ermessensreduzierung auf Null**. Diese kann sich insbes. aus Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. der bisherigen Verwaltungspraxis ergeben (sog. **Selbstbindung der Verwaltung**). Hier hat die Stadt das Aufstellen von Tischen und Stühlen in Fußgängerzonen in angemessenem Umfang bislang stets erlaubt. Zwar ist die X-Straße nicht als Fußgängerzone gewidmet.

„[4] ... [S] übersieht ..., dass [der Bebauungsplan] die für die Außenbestuhlung vorgesehene Fläche als Verkehrsfläche besonderer Zweckbestimmung in Gestalt einer ‚multifunktionalen Mischfläche‘ ... festsetzt und für diese ausdrücklich auch ‚Aufenthaltsflächen‘ gestattet. Es liegt mithin fern, dass die vom [P] beabsichtigte Außenbestuhlung (in dem hier beantragten Umfang) im Widerspruch zu den bauplanerischen Festsetzungen und dem Gestaltungskonzept [der Stadt] stehen könnte.“

Andere entgegenstehende Gesichtspunkte sind nicht ersichtlich.

„Ein anhängiger Mietrechtsstreit stellt keine straßenbezogene Ermessenserwägung dar und vermag eine Erlaubnisversagung nicht zu rechtfertigen.“

Auch mit Blick auf den geringen Umfang der Sondernutzung (nur zwei kleine Tische mit jeweils zwei Stühlen) ist das Ermessen der Behörde auf Null reduziert und P hat einen Anspruch auf Erteilung der Sondernutzungserlaubnis.

Ergebnis: Der Hilfsantrag auf Verpflichtung der S zur Erteilung der Sondernutzungserlaubnis ist begründet und hat Erfolg.

RA Horst Wüstenbecker

K1

Klausuren 1. Examen

Probeklausur
A 935

Alpmann Schmidt



**Ausgangsfall:**

Janina Löde (J) bewohnt eine Altbauwohnung im schönen Düsseldorfer Stadtteil Düsselal, unweit des malerischen Zooparks. J ist als Rechtsanwältin in der internationalen Großkanzlei Hulk & Hatells angestellt, wo sie einen Großteil ihrer Lebens- und mitunter auch Schlafenszeit verbringt. J erhält zwar eine üppige Vergütung und arbeitet an prestigeträchtigen Mandaten, aber gleichwohl ist sie nicht glücklich.

J sehnt sich zurück nach Münster, der Stadt ihres Studiums und Referendariats. Da J keine Möglichkeit sieht, ihre Situation kurzfristig zu ändern, beschließt sie, sich zumindest ein Stück Münster in ihre Wohnung zu holen. J erledigt üblicherweise alle ihre Einkäufe im Internet, abgesehen von Lebensmittelkäufen, die sie gegen 23 Uhr tätigt, wenn sie ab und zu „früh“ Feierabend hat. Sie stößt bei eBay auf eine Nachbildung des „Goldenen Hahns“ der Stadt Münster, einem Trinkgefäß, aus welchem hochrangige Gäste der Stadt bei offiziellen Anlässen einen Begrüßungsschluck nehmen dürfen. J bietet kurz vor Auktionsende 95 €, wird mit eben dieser Summe als Höchstbietende aufgeführt, hält gespannt die Luft an – und gewinnt. Sie erhält eine E-Mail mit den Kontodaten der Verkäuferin, Lara Heysendampf (L).

J, die sich der Nutzung von Onlinebanking nach wie vor verweigert, trägt auf einem Überweisungsträger Namen und Kontodaten der L sowie als Betreff „eBay Kauf Hahn“ ein. Als Betrag will sie „100,00 €“ angeben, um der L ein kleines Trinkgeld zu gewähren, wobei sie versehentlich das Komma weit unterhalb der Betragszeile platziert, sodass es wie ein zusätzliches „l“ im Überweisungsbetrag aussieht. J wirft den Überweisungsträger bei ihrer Hausbank (B) ein. Das Konto der J wird i.H.v. 10.000 € belastet und L erhält eine entsprechende Gutschrift.

L, die sich mit dem Verkauf von Repliken ihr Kunst- und Geschichtsstudium finanziert und deren Konto mit 100 € im Minus war, fällt aus allen Wolken, als sie den Geldeingang sieht. Sie vermutet sofort, dass etwas nicht stimmt und schreibt der J daher: „Sie haben sich vertan. Sie haben mir statt 95,00 Euro ganze 10.000 Euro überwiesen. Wenn ich das nicht als üppiges Trinkgeld verstehen soll, schicken Sie mir bitte Ihre Kontodaten, damit ich Ihnen das Geld zurücküberweisen kann.“

Gleichwohl kann L, die eigentlich in der nächsten Zeit trotz ihres hohen Einkommens sparsam leben und keine unnötigen Ausgaben tätigen wollte, um sich eine Immobilie zu kaufen, nicht widerstehen und hebt die 10.000 € von ihrem Konto ab. Sie gönnt sich sofort eine Wellnessbehandlung für 200 €.

J liest tags darauf die E-Mail der L, während sie gerade im Zeiterfassungsprogramm mit dem zynischen Namen „carpe diem“ ihre Tätigkeit der letzten Tage möglichst verklausuliert beschreibt, um den Mandanten den Eindruck zu vermitteln, dass die veranschlagten hohen Stundensätze ihre Berechtigung haben. Sie überfliegt die E-Mail, wundert sich, wie viel Geld doch 5 € für manche Menschen sein müssen, und schreibt zurück: „Nein, das passt schon so.“ L kann ihr Glück nicht fassen und antwortet: „Vielen Dank! Ich bin sprachlos. Darf ich den Grund für Ihre Großzügigkeit erfahren?“

L schießt nun alle Sparpläne in den Wind und kauft sich noch am gleichen Tag ein überteuertes, wenn auch hochwertiges Werkzeugset zur Metallbearbeitung im Wert von 500 € für 600 €. L beschließt zudem, den Geldsegen mit Tilo Heysendampf (T), ihrem Ehemann, zu teilen. Sie kauft einige kleine Boxen des Musiksystems Sonos, mit dessen Anschaffung T schon lange liebäugelt, für 1.000 €. Sie berichtet T von den Ereignissen, gibt ihm die Lautsprecher und überweist ihm weitere 1.500 €, um ihm für die vergangenen und die hoffentlich zahlreichen künftigen gemeinsamen Jahre zu danken. T gibt sogleich zur Vollständigkeit seiner Sammlung 1.400 € für eine Soundbar und einen Subwoofer von Sonos aus. Die restlichen 100 € verspielt er im Casino.

J liest einige Tage später die Antwort der L und wird daraufhin doch stutzig. Sie sieht ihre Kontoauszüge ein und bemerkt den Fehler. J benachrichtigt nicht die B, weil sie bei der B demnächst einen großen Kredit zur Finanzierung des Kaufs einer Villa an der Düsseldorfer Tiergartenstraße beantragen und diese daher nicht verärgern möchte. Stattdessen schreibt sie sofort der L und schildert ihr alle Umstände. Das alles sei ein großes Versehen ihrerseits und sie verlange die Rückzahlung. Es müsse jedem klar sein, dass niemand einen solchen Betrag als Trinkgeld gebe. Auch sei es nicht möglich, eine Schenkung erst im Nachhinein, d.h. erst nach Zahlungserhalt zu vereinbaren.

L und T halten dem entgegen, dass auch bezüglich eines üppigen Trinkgeldes gelte „Geschenkt ist geschenkt, wiederholen ist gestohlen.“. Ferner stünde allenfalls B, nicht jedoch J ein Anspruch zu. Zudem hätten sie das Geld zum Teil bereits ausgegeben. T ist ebenfalls blank und müsste die Lautsprecher

– womöglich mit Verlust – verkaufen, um an J zu zahlen. Er ist daher allenfalls bereit, sämtliche Lautsprecher an J herauszugeben.

1. Abwandlung

Nach den Ereignissen des Ausgangsfalls erhebt J anwaltlich vertreten eine zulässige Klage gegen L auf Zahlung von 9.905 €. Das Gericht stellt L die Klage zu und ordnet das schriftliche Vorverfahren an. Die Anwältin der L erwidert auf die Klage; die Anwältin der J reicht daraufhin eine Replik ein. Inhaltlich geht es in den Schriftsätzen vor allem darum, in welcher Höhe L sich auf eine Entreicherung berufen kann.

Es kommt zur mündlichen Verhandlung. In einer Pause schlägt die Anwältin der L auf dem Gerichtsflur vor, die Sache durch eine Zahlung von 3.500 € zu erledigen. Die Anwältin der J verlangt 6.000 €, nach einigem Hin und Her einigt man sich auf 4.700 €. Daraufhin gehen beide Anwältinnen zurück in den Gerichtssaal, teilen dem Gericht mit, man „bräuchte keine gerichtliche Hilfe mehr“, und fahren ohne weitere Worte nach Hause. Am nächsten Tag verweigert L aber gleichwohl die Zahlung.

2. Abwandlung

J kann im Ausgangsfall die Villa aus eigener Tasche bezahlen. Daher erklärt sie sofort nach Bemerken ihres Fehlers gegenüber der B, sie verlange wegen ihres Versehens bei der Kommasetzung die Rückgängigmachung der Überweisung. Sodann schreibt J wie im Ausgangsfall der L von ihrem Versehen.

Bearbeitervermerk:

Nehmen Sie in einem Gutachten unter Eingehung auf alle aufgeworfenen rechtlichen Probleme Stellung zu folgenden Fragen:

1. Welche Ansprüche hat J gegen L und T im Ausgangsfall? Gegenansprüche sind nicht zu prüfen.
2. Was muss die Anwältin der J in der 1. Abwandlung tun, um von L die Zahlung von 4.700 € zu erzwingen? Worauf hätte die Anwältin der J auf dem Gerichtsflur bestehen müssen, um die Zahlung auf einem einfacheren Weg erzwingen zu können?
3. Welche Ansprüche hat J gegen L und gegen T in der 2. Abwandlung? Gegenansprüche sind nicht zu prüfen.

Lösungs- skizze	Rückabwicklung von Anweisungen, Einigung und Anfechtung Entreicherung, verschärfte Haftung, § 822 BGB Prozessvergleich und materiell-rechtlicher Vergleich	A 935 07.06.2021
----------------------------	---	-----------------------------



Frage 1:

A. Anspruch J gegen L aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB?

- I. L hat Gutschrift über 10.000 € auf ihr Konto erlangt
- II. Durch Leistung der J?
 1. Leistungsbeziehungen (aus Sicht eines objektiven Empfängers)?
 - a) Aufteilung 95 € als Leistung auf Kaufvertrag, i.Ü. keine Leistung?
 - b) Einheitliche Leistung von 10.000 €?
 - c) Stellungnahme für einheitliche Leistung der J
 2. Korrektur über § 242 BGB: Trotzdem Direktkondition der B?
Rückabwicklung im unwirksamen Kausalverhältnis
 - a) Deckungsverhältnis J-B wegen wirksamer Autorisierung (§ 675 j BGB) wirksam
 - aa) Zahlungsauftrag unwiderruflich, daher Autorisierung unwiderruflich (§§ 675 j Abs. 2 S. 1, 675 p Abs. 2–4 BGB)
 - bb) § 142 Abs. 1 BGB (–), da jedenfalls keine Anfechtungserklärung gegenüber B (§ 143 Abs. 1 u. 3 S. 1 BGB)
 - b) Valutaverhältnis J-L wegen Anfechtung der J möglicherweise unwirksam
 3. **Zwischenergebnis:** Rückabwicklung (allenfalls) von L zu J; keine Direktkondition der B
- III. Ohne rechtlichen Grund?
 1. Kaufvertrag als Rechtsgrund bzgl. 95 €
 2. Bzgl. 9.905 € Schenkung?
 - a) Rechtsgrund nach Vollzug der Leistung vereinbar?
 - aa) Generell dagegen: Wortlaut § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 u. Abs. 1 S. 2 Var. 1 BGB; § 814 Var. 1 BGB
 - bb) Generell dafür: Erlass umständlicher; arg. § 812 Abs. 1 S. 2 Var. 1 BGB, § 814 Var. 1 BGB
 - cc) Bei Schenkung dafür: Fälle der §§ 516 Abs. 2 u. 331 BGB
 - b) Wirksame Einigung über Schenkung?
 - aa) Angebot und Annahme?
 - (1) Erste E-Mail der L als Angebot und E-Mail der J als Annahme?
 - (2) Jedenfalls E-Mail der J als Angebot und zweite E-Mail der L als Annahme
 - bb) Keine Formnichtigkeit nach §§ 125 S. 1, 518 Abs. 1 S. 1 BGB:
entweder Handschenkung oder § 518 Abs. 2 BGB
 - cc) Nichtigkeit der Erklärung der J gemäß § 142 Abs. 1 BGB wegen Anfechtung?
 - (1) Anfechtungsgrund § 119 Abs. 1 Var. 1 BGB, Irrtum über Umfang
 - (2) Anfechtungserklärung gegenüber L nach Auslegung, § 143 Abs. 1 u. 2 BGB
 - (3) Anfechtungsfrist § 121 Abs. 1 S. 1 BGB
 - (4) Beschränkung der Anfechtung auf 9.900 €, § 242 BGB; i.H.v. 5 € keine Anfechtung
 - c) **Zwischenergebnis:** Anspruch i.H.v. 9.900 € entstanden
 - IV. Rechtsfolge: Rücküberweisung 9.900 €, § 818 Abs. 3 BGB, §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1 BGB?
 1. I.H.v. 200 € für Wellness entreichert, aber verschärfte Haftung wegen Kenntnis
 2. I.H.v. 100 € bzgl. Werkzeug entreichert; weiterhin verschärfte Haftung?
 - a) Späterer Wegfall der Kenntnis fehlenden Rechtsgrunds nicht geregelt, aber verschärfte Haftung unbillig
 - b) Auch keine Kenntnis der Anfechtbarkeit (§ 142 Abs. 2 BGB)
 3. I.H.v. 2.500 € durch Weitergabe von Boxen und Überweisung an T entreichert

Ergebnis: Anspruch J gegen L aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB i.H.v. 7.300 €

B. Anspruch J gegen T aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB (–), Vorrang der Leistung L an T

C. Anspruch J gegen T aus § 822 BGB?

- I. Verpflichtung L gegenüber J aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB
- II. Ausschluss Verpflichtung gemäß § 818 Abs. 3 BGB i.H.v. 2.500 € durch Zuwendung an T
- III. Unentgeltliche Zuwendung, obwohl im Innenverhältnis L-T ehebedingte Zuwendung
- IV. Anspruchsinhalt?

1. Wortlaut: Das, was L erlangt hat; aber Systematik: Das, was L herausgeben müsste, also 2.500 € (kleine Boxen sind kein Surrogat i.S.v. § 818 Abs. 1 BGB)
 2. Wertung: Alternativ das, was T von L erlangt hat. Wahlrecht des T
 3. T wählt: Eigentum und Besitz an den kleinen Boxen und Besitz und Eigentum an 1.500 € in Bar
- V. Entreichung des T, § 818 Abs. 3 BGB?
1. Kleine Boxen noch vorhanden
 2. 1.400 € ausgegeben, aber dafür Subwoofer und Soundbar erhalten
 3. 100 € verspielt und keine verschärfte Haftung nach §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1, 142 Abs. 2 BGB
- Ergebnis:** Anspruch J gegen T aus § 822 BGB auf Rücküberweisung von 1.400 € und Besitz und Eigentum an kleinen Boxen

Frage 2:

Vollstreckung ist nur aus Vollstreckungstitel i.S.d. §§ 704, 794, 796 a ff. ZPO möglich

- A. Einigung auf Flur ist nur materiell-rechtlicher Vergleich (§ 779 Abs. 1 BGB), kein Vollstreckungstitel. Anwältin muss Titel erstreiten. (z.B. Prozess weiterführen; neu klagen; Vollstreckungsbescheid)
- B. Anwältin hätte auf Prozessvergleich (§ 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) im Gerichtssaal bestehen müssen.

Frage 3:

- A. **Anspruch J gegen L aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB? Oder stattdessen Direktkondition B-L?**
 - I. Sowohl Valuta- als auch Deckungsverhältnis wegen jeweiliger Anfechtung nichtig
 - II. Abwägung der Interessen und Schutzwürdigkeiten
 1. Wegen § 675 u S. 2 BGB stets Direktkondition? Kann offenbleiben, wenn auch 2. zu diesem Ergebnis kommt:
 2. Allgemeine Abwägung:
 - Zurechenbare Veranlassung der J
 - keine Schutzwürdigkeit der L wegen Kenntnis bzw. Erkennen KönnenDaher nach beiden Ansichten Direktkondition
 - III. **Ergebnis:** Kein Anspruch J gegen L
- B. **Kein Anspruch J gegen T aus § 822 BGB, weil J wegen Direktkondition nicht Gläubigerin der L**

Ein teurer Zeichensetzungsfehler

07.06.2021 Dr. Jan Stefan Lüdde

Schwerpunkte: BGB AT, Schuldrecht AT, Schuldrecht BT, Bereicherungsrecht

Vorrang der Leistungsbeziehungen und Korrektur in Anweisungsfällen

Nachträglicher Rechtsgrund (Schenkung/Erlass)

Auslegung von Willenserklärungen

Anfechtung wegen Irrtums über Quantität d. Erklärungsgegenstands u. Verschreibens

Entreicherung und verschärfte Haftung, insbesondere bei nachträglichem Kenntniswegfall

§ 822 BGB gegen den Beschenkten, rechtsgeschäftliches Surrogat des Erstbereicherten
Prozessvergleich und materiell-rechtlicher Vergleich

§§ 119 Abs. 1, (120), 133, 142, 143, (144), 157, (397), 516, 518, 675 j, 765 p, 675 u, 779

812, 818 Abs. 3, 819, 822 BGB

§§ 704, 794, 796 a ff. ZPO

Vorüberlegungen, nicht Teil der Lösung:

1. Es kommt es auf den genauen **zeitlichen Ablauf** an: Die Äußerungen der Beteiligten im letzten Absatz des Ausgangsfalls geben dem Bearbeiter (m/w/d) Anlass, sich näher mit dem zeitlichen Verhältnis zwischen der Einigung über die Schenkung und dem Vollzug selbiger auseinanderzusetzen. Zudem tätigt L ihre Ausgaben zu verschiedenen Zeiten, sodass eine Prüfung des § 819 Abs. 1 BGB (Ausschluss des Einwands der Entreicherung wegen Bösgläubigkeit) zu differenzierten Ergebnissen kommen kann. Es bietet sich daher die Anfertigung eines **Zeitstrahls** an:

- Kaufvertrag J-L
- Überweisung J an L
- Mail L an J „Sie haben sich vertan“
- Wellnessbehandlung der L (200 €)
- Mail J an L „Das passt schon.“
- Mail L an J „Vielen Dank!“
- Werkzeugkauf der L (Preis 600 €, Wert 500 €)
- Übergabe Boxen (1.000 €) und Überweisung 1.500 € von L an T
- Kauf Soundbar und Subwoofer (1.400 €) und Casinobesuch (100 €) des T
- Schreiben J an L „großes Versehen, Rückzahlung“

2. Es liegt zwischen J als Anweisende, B als Angewiesene und L als Empfängerin (nebst T als „Annex“ zu L) ein **Bereicherungsdreieck** vor. Folgende Umstände sprechen **klausurtaktisch** dafür, dass die Aufgabenstellung u.a. auf den **Bereicherungsausgleich in Anweisungsfällen** abzielt: L trägt vor, nicht J, sondern allenfalls B habe einen Anspruch; in der zweiten Abwandlung verändert der Aufgabensteller die Wirksamkeit des Deckungsverhältnisses B-J; „B“ hat einen eigenen Buchstaben zugewiesen bekommen und wird nicht bloß als „Bank“ bezeichnet.

3. Auch den anderen, von den Beteiligten angesprochenen Problemen sollte nachgegangen werden. Hierzu zählen die **Schenkungsabrede nach Vollzug**, die **Anfechtung** der Schenkungserklärung der J bzw. in der zweiten Abwandlung zudem der Anweisung, die **Entreicherung nebst verschärfter Haftung** sowie der Umfang des Anspruchs gegen T aus **§ 822 BGB**.

4. Die zwischengeschobene erste Abwandlung enthält eine **prozessuale Zusatzfrage**. Um bei diesen Fragen den richtigen Einstieg zu finden, muss – so wie auch bei materiell-rechtlichen Fragen – der Obersatz an der Fallfrage ausgerichtet werden. Gefragt ist nach der Erzwingbarkeit eines Handelns, auf das ein zivilrechtlicher Anspruch besteht. Das Handeln kann erzwungen werden, soweit der Anspruch in einem **Vollstreckungstitel** verbrieft ist. Hiervon ausgehend ist der Unterschied zwischen **materiell-rechtlichem Vergleich** und **Prozessvergleich** darzustellen.

Gutachten

Frage 1:

A. J könnte gegen L einen Anspruch auf Rückgewähr einer Kontogutschrift i.H.v. 10.000 € aus **§ 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB** haben.

I. L hat als **vermögenswertes Etwas** auf ihrem Konto eine Gutschrift i.H.v. 10.000 € erlangt.¹

II. Die Gutschrift muss eine **Leistung der J** sein, also eine **bewusste, zweckgerichtete Mehrung des Vermögens der L**.² Würde es sich demgegenüber nur um eine Leistung der B handeln, so hätte J wegen des Vorrangs der Leistungskondition keinerlei Ansprüche aus Bereicherungsrecht gegen L.

1. Fraglich ist, zwischen welchen Personen die **Leistungsbeziehungen** bestehen. Auf die **Tilgungsbestimmung** (vgl. § 366 Abs. 1 BGB), die der Zweckrichtung der Leistung inneohnt, als Willenserklärung sind die §§ 104 ff. BGB anzuwenden, sodass gemäß § 157 BGB die Beurteilung aus der Sicht eines **objektiven Empfängers** vorzunehmen ist. Auch der **Schutz des Rechtsverkehrs** gebietet sowohl bei Willenserklärungen als auch bei der Bestimmung der Leistungsbeziehungen die Heranziehung dieses objektiven Maßstabes.³

a) Es wäre denkbar, die Gutschrift in **zwei Teile aufzuspalten**. Ein objektiver Empfänger, der von dem Kauf des Hahns zu 95 € weiß und den Überweisungsbetrag kennt, würde dann 95 € als Leistung der J auf den Kaufvertrag ansehen. Die übrigen 9.905 € würde er womöglich der Schenkung eines Trinkgeldes zuordnen. Jedoch kündigte J weder per E-Mail noch im Überweisungsbetrag ausdrücklich eine solche Schenkung an. Zudem ist ein Trinkgeld, das mehr als das Hundertfache des Kaufpreises beträgt, keinesfalls üblich, sodass sich eine Schenkung auch nicht aus den Umständen ergibt. Hinsichtlich der 9.905 € läge also keinerlei Zweckrichtung und somit keine Leistung vor.

Konsequenz wäre, dass hinsichtlich der 9.905 € kein Anspruch der J gegen L aus Leistungskondition in Betracht käme, sondern ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB, und zwar entweder der J oder der B, je nachdem, wessen Rechte in ihrem Zuweisungsgehalt betroffen sind.

b) Bei **einheitlicher Betrachtung** läge demgegenüber wegen des eindeutigen Überweisungsbetrags eine (wenn auch deutlich zu hohe) Leistung der J auf den Kaufvertrag vor.

c) Eine Aufspaltung ist nur dann angebracht, wenn der Überweisende sie ausdrücklich so vorsieht oder wenn mehrere zu tilgende Schulden im Raum stehen und es daher im Ergebnis nur um die Frage geht, ob eine große oder mehrere kleine Leistungen vorliegen. Besteht hingegen nur eine Schuld, so ist davon auszugehen, dass die Überweisung ausschließlich zwecks Tilgung dieser einen Schuld erfolgt. Es wäre lebensfremd, dem Überweisenden zu unterstellen, dass er neben der Leistung in Höhe seiner Schuld eine zwecklose Aufwendung auf das Vermögen des Überweisungsempfängers vornimmt. Zwar kann eine Differenzierung erforderlich sein, um dem Überweisenden nur hinsichtlich eines Teils des überwiesenen Be-

S. **Schlussbemerkung 1** zum Originalfall, der dieser Klausur zugrunde liegt.

S. zur Relevanz der Leistungsbeziehungen für das Ergebnis näher **Schlussbemerkung 2**.

Die **Ausführung einer Überweisung** stellt grundsätzlich **sowohl eine Leistung der Bank an den Überweisenden** (arg. § 675 f Abs. 2 BGB) **als auch des Überweisenden an den Überweisungsempfänger** (arg. Erfüllung des zugrunde liegenden Verpflichtungsvertrags) dar. Eine Leistung der Bank an den Überweisungsempfänger liegt hingegen in aller Regel nicht vor.⁴

¹ Vgl. zum erlangten Etwas bei Überweisungen MünchKomm/Schwab, 8. Aufl. 2020, § 812 Rn. 11.

² BGH NJW 2019, 2608 Rn. 14; kritisch MünchKomm/Schwab § 812 Rn. 47.

³ So die h.M.; kritisch MünchKomm/Schwab § 812 Rn. 58, m.w.N.

⁴ S. ausführlich zu den Fallgruppen der Anweisungsfälle AS-Skript Schuldrecht BT 3 (2019), Rn. 233 ff.



trags einen Anspruch zuzusprechen, diese kann jedoch – wie zu zeigen sein wird – auf Ebene des Rechtsgrunds erfolgen. Daher ist von **einer einheitlichen Leistung der J** auszugehen.⁵

2. Grundsätzlich ist zwar die Bereicherung **innerhalb der Leistungsbeziehungen**, also von L an J, zurückzugewähren. Allerdings ist zu beachten, dass das Bereicherungsrecht in besonderem Maße von Treu und Glauben (**§ 242 BGB**) geprägt ist. Es **verbietet sich** daher insbesondere in Drei-Personen-Verhältnissen **jede schematische Lösung**.⁶

Vielmehr ist im Einzelfall danach zu fragen, ob der Bereicherungsschuldner darauf **vertrauen** darf, dass ihn nur der an ihn Leistende – oft sein ihm näher bekannter Vertragspartner – in Anspruch nehmen wird, oder ob es gerecht ist, einem Dritten den Anspruch zuzusprechen (sog. **Direktkondition**), gegen den der Bereicherungsschuldner oft keine vertraglichen Einreden haben wird. Die **Interessen und Schutzwürdigkeit** des Anweisenden (hier: J), des Angewiesenen (hier: B) und des Zuwendungsempfängers (hier: L) sind **abzuwägen**.⁷

Derjenige, der nicht selbst Partei eines unwirksamen Kausalverhältnisses ist, soll grundsätzlich nicht dem Bereicherungsausgleich ausgesetzt sein. Daher ist es geboten, **bei nur einem unwirksamen Kausalverhältnis innerhalb dieses Verhältnisses rückabzuwickeln**. Entscheidend ist also, welche der vorliegenden Kausalverhältnisse unwirksam sind.

a) Das **Deckungsverhältnis** zwischen der Anweisenden J und der Angewiesenen B könnte unwirksam sein. Dies beurteilt sich gemäß **§ 675 j Abs. 1 S. 1 BGB** danach, ob J die Überweisung an L **durch Zustimmung autorisiert** hat. Die Autorisierung ist eine **Willenserklärung**,⁹ sodass die Wirksamkeit der Autorisierung sich (auch) nach den Vorschriften des BGB AT beurteilt.

aa) J hat zunächst aus der maßgeblichen Sicht eines objektiven Empfängers, welcher das fehlgesetzte Komma nicht als solches erkennen konnte, mittels des Überweisungsträgers ihre Zustimmung zur Überweisung von 10.000 € abgegeben. Mit Zugang bei B ist diese Zustimmung auch wirksam geworden. Es liegt keine der Ausnahmen des § 675 p Abs. 2–4 BGB vor, sodass J seit dem Zugang gemäß § 675 p Abs. 1 BGB den Zahlungsauftrag und mithin gemäß **§ 675 j Abs. 2 S. 1 BGB** auch ihre Zustimmung **nicht mehr widerrufen** kann.

bb) Eine Unwirksamkeit der Zustimmung nach **§ 142 Abs. 1 BGB** wegen einer **Anfechtung** aufgrund eines möglichen Erklärungsirrtums nach § 119 Abs. 1 Var. 1 BGB erfordert gemäß § 143 Abs. 1 u. 3 S. 1 BGB eine Anfechtungserklärung der J gegenüber B. J hat jedoch gegenüber B **nicht die Anfechtung erklärt**, um sie nicht zu verärgern.

Daher ist die Autorisierung der Überweisung und somit das Deckungsverhältnis wirksam.

b) Das **Valutaverhältnis** zwischen der Anweisenden J und der Empfängerin L könnte demgegenüber aufgrund einer Anfechtung der J gegenüber L unwirksam sein.

3. Als **Zwischenergebnis** ist damit festzuhalten, dass (im Falle der Unwirksamkeit des Valutaverhältnisses) in der Leistungsbeziehung zwischen J und L rückabzuwickeln ist.¹⁰

III. Der Anspruch besteht allerdings nur, soweit L die Gutschrift der 10.000 € **ohne rechtlichen Grund**, also aufgrund eines **unwirksamen Valutaverhältnisses**, erlangt hat.

Nach a.A. ist die Autorisierung eine **rechtsge-
schäftsähnliche Hand-
lung**.⁸ Da auf diese die
Regelungen des BGB AT
analog anzuwenden sind,
hat der Streit hier keine
Auswirkung.

⁵ So im Ergebnis auch BGH RÜ 2008, 486.

⁶ Vgl. z.B. BGH RÜ 1999, 185, 187.

⁷ BGH RÜ 2008, 486, 489 f.

⁸ So noch MünchKomm/Casper, 6. Aufl. 2012, § 675 j Rn. 6, m.w.N.

⁹ So die h.M., vgl. MünchKomm/Jungmann, 8. Aufl. 2020, § 675 j Rn. 12, m.w.N.

¹⁰ Es handelt sich um die gleiche Fallgruppe wie in AS-Skript Schuldrecht BT 3 (2019), Rn. 235; vgl. auch MünchKomm/Schwab § 812 Rn. 84.

Längere Ausführungen zum **Abschluss des Kaufvertrags** wären verfehlt. Es spielt für die Lösung dieses Falls keine Rolle, ob man diesen mit dem BGH durch Angebot und Annahme oder nach § 156 BGB bejaht. Zudem besteht kein Anlass, den genauen zeitlichen Ablauf von Angebot und Annahme zu prüfen,¹¹ insbesondere sind die AGB von eBay nicht abgedruckt.

S. zur Schenkung eines Erlasses als **alternativen Lösungsweg** statt der nachträglichen Schenkung der Gutschrift
Schlussbemerkung 3.

1. Im Zeitpunkt der Gutschrift bestand zwischen J und L ein **Kaufvertrag** zu einem Kaufpreis von **95 €**, sodass L in eben dieser Höhe die Gutschrift mit Rechtsgrund erlangt hat.

2. Hinsichtlich der übrigen **9.905 €** könnte eine **Schenkung** von J an L gemäß § 516 Abs. 1 BGB den Rechtsgrund bilden. Eine Schenkung war im Zeitpunkt der Gutschrift noch nicht vereinbart. Allenfalls nach der Gutschrift könnten J und L sich wirksam über eine Schenkung geeinigt haben.

a) Zweifelhaft ist, ob es überhaupt rechtlich möglich ist, einen **Rechtsgrund erst nach dem Bereicherungsvorgang** zu vereinbaren.

aa) **Generell dagegen** spricht, dass § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB nicht ein „Haben“ ohne einen (irgendwann entstandenen) Rechtsgrund, sondern ein „Erlangen“ ohne Rechtsgrund verlangt. Das impliziert eine vorgegebene Reihenfolge dergestalt, dass im Zeitpunkt des Erlangens der Rechtsgrund bereits bestanden haben muss. Zudem ist in § 812 Abs. 1 S. 2 Var. 1 BGB ausdrücklich der Fall des späteren Wegfalls des Rechtsgrunds geregelt. Der umgekehrte, hier relevante Fall des späteren Entstehens des Rechtsgrunds ist nicht geregelt, was den Schluss rechtfertigt, dass dies dann auch keinen Einfluss auf das im Zeitpunkt der Leistung erfüllte Merkmal „Erlangen ohne Rechtsgrund“ des § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB haben kann. Zudem ist auch der nur auf § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB anwendbare § 814 Var. 1 BGB nicht auf die Fälle eines nachträglichen Rechtsgrunds ausgerichtet, weil er auf die Kenntnis zum Zeitpunkt des Bereicherungsvorgangs abstellt.

bb) **Generell dafür** spricht, dass so auf dem einfachsten Wege dem Willen der Parteien entsprochen werden kann. Alternative mögliche Lösungswege, wie insbesondere die Schenkung eines Erlasses, würden zum gleichen Ergebnis, aber auf einem komplizierten Weg führen und müssten daher ausdrücklich vereinbart werden. Zudem lässt sich aus § 812 Abs. 1 S. 2 Var. 1 BGB schließen, dass es letztlich darauf ankommen muss, ob der Rechtsgrund im Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs vorliegt.¹² Unschädlich ist auch, dass § 814 Var. 1 BGB in dieser Konstellation nicht greift, denn es liegt gerade im Wesen eines Ausschlussgrundes, dass er nicht in allen Fällen den Anspruch vereitelt.

cc) **Speziell im Fall einer nachträglichen Schenkung** lässt sich **für** deren Einordnung als „rechtlichen Grund“ i.S.d. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB anführen, dass das Schenkungsrecht eine nachträgliche Schenkung in bestimmten Fällen ausdrücklich regelt: Zwar ist auch im Schenkungsrecht der von § 516 Abs. 1 BGB avisierte Regelfall derjenige der Vereinbarung der Schenkung vor deren Vollzug, vgl. auch § 518 Abs. 2 BGB. Anerkannt ist zudem, dass im Wege der (formfreien) Handschenkung Schenkungsabrede und -vollzug zeitlich zusammenfallen können.¹³ Daneben zeigt aber § 516 Abs. 2 BGB, dass die Schenkungsabrede auch erst nach der Zuwendung geschlossen werden kann. Außerdem entsteht im Fall des Vertrags zugunsten eines Dritten auf den Todesfall der Anspruch des Dritten (d.h. die Zuwendung i.S.d. § 516 Abs. 1 BGB) in der Regel bereits zum Zeitpunkt des Todes des Schenkenden. Die Schenkungsabrede hingegen kann in diesen Fällen anerkanntermaßen – u.a. über den Versprechenden als Boten des die Schenkung Anbietenden und über § 151 BGB bezüglich der Annahmeerklärung des Dritten¹⁴ – zu einem späteren Zeitpunkt zustande kommen. In diesen beiden Fällen bildet anerkanntermaßen die spätere Schenkungsabrede gleichwohl den Rechtsgrund für die vorherige Zuwendung.

Nach alledem ist die Vereinbarung einer nachträglichen Schenkung als Rechtsgrund rechtlich möglich.

¹¹ Ausführlich zum Vertragsschluss bei Onlineauktionen AS-Skript BGB AT 1 (2020), Rn. 179 ff.

¹² So zwar BeckOK/Wendehorst, 57 Edition (Stand: 01.02.2021) § 812 Rn. 139, allerdings für den Fall der Eingriffskondition (§ 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB), weil das Gesetz – anders als bei der Leistungskondition – bei dieser nicht zwischen dem von Anfang an nicht bestehenden und dem später wegfallenden Rechtsgrund differenziert. Den Fall des später entstehenden Rechtsgrunds spricht auch *Wendehorst* nicht an.

¹³ Palandt/Weidenkaff § 516 Rn. 1.

¹⁴ S. ausführlich zum Vertrag zugunsten Dritter (insbesondere auf den Todesfall) AS-Skript Schuldrecht AT 2 (2020), Rn. 327 ff.



b) J und L müssten sich über eine solche mögliche (nachträgliche) Schenkung der Gutschrift über 9.905 € aber auch **geeignet** haben.

aa) Eine solche Einigung kommt gemäß §§ 145 ff. BGB durch **Angebot und Annahme** zustande. Die jeweiligen Erklärungen sind dabei nach Maßgabe der §§ 133, 157 BGB **aus Sicht eines objektiven Empfängers auszulegen**.

(1) Zweifelhaft ist, ob bereits in der **ersten E-Mail der L** („Wenn ich das nicht als üppiges Trinkgeld verstehen soll...“) ein mit Rechtsbindungswillen abgegebenes **Angebot** auf Abschluss eines Schenkungsvertrags über 9.905 € zu sehen ist. Dann wäre die E-Mail der J („Nein, das passt schon so.“) die entsprechende Annahme.

(2) Denkbar wäre es auch, die erste E-Mail der L lediglich als ohne Rechtsbindungswillen formulierte Frage bzw. Aufforderung zur Äußerung über den Schenkungswillen der J – invitatio ad offerendum – zu sehen. Dann enthielte aber jedenfalls die **E-Mail der J ein Angebot** über die Schenkung i.H.v. 9.905 € und die zweite E-Mail der L („Vielen Dank!“) die entsprechende Annahme.

J und L haben sich also über eine Schenkung i.H.v. 9.905 € geeinigt.

bb) Die Einigung ist aber **unwirksam** gemäß **§ 125 S. 1 BGB**, wenn mindestens eine der beiden per E-Mail abgegebenen Erklärungen einem **gesetzlichen Formerfordernis nicht genügt**. Die Erklärung des Beschenkten ist zwar formlos möglich, das Schenkungsversprechen des Schenkenden muss hingegen grundsätzlich gemäß §§ 518 Abs. 1 S. 1, 128 BGB notariell beurkundet werden. Die Erklärung der J wurde zwar nicht beurkundet, allerdings hat L die Gutschrift bereits erhalten. Entweder sieht man daher die nachträgliche Schenkung als einen Fall der **Handschenkung**, bei der normalerweise Schenkung und Erfüllung zeitlich zusammenfallen, an. Dann wäre § 518 Abs. 1 S. 1 BGB bereits nicht anwendbar.¹⁵ Oder man nimmt eine sofortige **Heilung** des Formmangels gemäß § 518 Abs. 2 BGB aufgrund der bereits bewirkten Leistung – der Gutschrift auf dem Konto der L – an. Jedenfalls ist auch die Erklärung der J nicht gemäß § 125 S. 1 BGB unwirksam. Die Einigung ist wirksam.

cc) Jedoch ist die in der E-Mail der J enthaltene Willenserklärung der J – sei es ein Angebot oder eine Annahme – gemäß **§ 142 Abs. 1 BGB ex tunc nichtig**, soweit J ihre Willenserklärung erfolgreich angefochten hat. Die Nichtigkeit dieser Willenserklärung hätte insgesamt die Nichtigkeit der Schenkung zur Folge.

(1) J müsste einen **Anfechtungsgrund** auf ihrer Seite haben. In Betracht kommt ein **Inhaltsirrtum** nach § 119 Abs. 1 Var. 1 BGB, also ein Irrtum über den objektiven Inhalt der Willenserklärung der J. J müsste plakativ gesprochen **zwar gewusst haben, was sie sagt, aber nicht, was sie damit sagt**.

J wusste, dass sie mit ihren Worten „Nein, das passt schon so.“ der L unentgeltlich einen Behaltensgrund für die Gutschrift zuwendet, also schenkt. Allerdings ging J davon aus, der L nur eine Gutschrift in Höhe von 5 € zu schenken, während ihre Erklärung objektiv auf die Schenkung einer Gutschrift i.H.v. 9.905 € gerichtet war. Dieser Irrtum über den Umfang des Gegenstands der Schenkung stellt einen Inhaltsirrtum und mithin einen Anfechtungsgrund dar.

(2) J müsste gegenüber L als „anderem Teil“ des Schenkungsvertrags gemäß § 143 Abs. 1 u. Abs. 2 Var. 1 BGB die **Anfechtung erklärt** haben. J hat zwar **nicht ausdrücklich das Wort „Anfechtung“ benutzt**, jedoch genügt es auch wenn die J Volljuristin ist, dass sie zu erkennen gibt, dass sie ihre Schenkungserklärung wegen ihres Inhaltsirrtums nicht gelten lassen will.

J beschrieb der L die Umstände und erklärte, „alles“ sei ein Versehen. Durch ihr Rückzahlungsverlangen gab sie zu erkennen, dass sie die Schenkung nicht mehr gelten lassen will. J hat mithin die Anfechtung erklärt.

Häufiger Klausurfehler:
§ 142 Abs. 1 BGB erklärt unmittelbar nicht den Vertrag, sondern nur die angefochtene Willenserklärung für nichtig.

Im Schulfall der Bestellung von „25 Gros“ Toilettenpapier liegt ein vergleichbarer Irrtum über den **Umfang des Geschäftsgegenstands** vor.

§ 120 BGB (analog) spielt hier hingegen keine Rolle. Er käme in Betracht, wenn B einen Übermittlungsfehler begangen hätte und wenn J die von der B an L überbrachte Tilgungsbestimmung anfechten wollen würde.¹⁶ Hier ficht J aber ihre eigene spätere Erklärung aus ihrer E-Mail an.

¹⁵ Vgl. Palandt/Weidenkaff § 518 Rn. 1 u. 4.

¹⁶ S. hierzu Müller WM 2010, 1293, 1294 f.

Dieser Punkt kann auch schon beim **Anfechtungsgrund** angesprochen werden.

(3) J schrieb der L sofort nachdem sie den Fehler bemerkte, sodass sie ihre Erklärung auch unverzüglich i.S.d. § 121 Abs. 1 S. 1 BGB und daher **fristgemäß** abgab.

(4) Allerdings ist die **Rechtsfolge der Anfechtung** nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) einzuschränken, soweit sich der innere Wille der J mit ihrer Erklärung deckt und L den Vertrag insofern gelten lassen will. Dem wird zwar **vereinzelt** entgegengehalten, dass dies eine **unzulässige Reformation** des Rechtsgeschäfts durch die **ausschließlich kassierende Anfechtung** sei. Dem wird aber **vorherrschend** entgegengehalten, dass die Anfechtung **kein Reuerecht** sei, sodass das Geschäft soweit gelten müsse, wie der Erklärungsgegner auch mit dem wahren Willen des Anfechtungsberechtigten einverstanden ist.¹⁷

J wollte der L die Gutschrift (nur, aber immerhin) i.H.v. 5 € schenken und L war auch hiermit einverstanden. Daher ist die Anfechtung der Erklärung der J auf einen Betrag von 9.900 € beschränkt.

c) Als **Zwischenergebnis** steht damit fest, dass die Gutschrift aufgrund einer Schenkung i.H.v. 5 € mit Rechtsgrund erfolgte. In Höhe der übrigen 9.900 € liegt hingegen kein Rechtsgrund vor, sodass der Anspruch der J gegen L aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB entstanden ist.

IV. Rechtsfolge des Bereicherungsanspruchs der J ist die Herausgabe des Erlangten, und zwar grundsätzlich in Natur, § 812 Abs. 1 BGB. L schuldet der J daher die Verschaffung einer Gutschrift i.H.v. 9.900 € durch Rücküberweisung.

Allerdings ist dieser Anspruch gemindert, soweit L sich auf eine **Entreicherung** gemäß § 818 Abs. 3 BGB berufen kann. L kann sich auf eine Entreicherung berufen, soweit der herauszugebende Teil der **Gutschrift** (d.h. jenseits der 100 €, die sie behalten darf) oder ein hierfür adäquat-kausal¹⁸ erlangter **Ersatz nicht mehr in ihrem Vermögen vorhanden** ist. Bei **Bar- und Buchgeld** besteht die Besonderheit, dass dieses regelmäßig mit anderem Geld im Portemonnaie oder auf dem Konto (virtuell) vermischt und nicht mehr einzeln identifizierbar ist. Um eine Entreicherung festzustellen ist daher zu fragen, ob der Bereicherungsschuldner ohne die Bereicherung seine Ausgaben nicht getätigt hätte. Bei derartigen **Luxusaufwendungen** ist eine Entreicherung möglich. Bei ohnehin anfallenden und daher notfalls vom eigenen Geld zu bezahlenden Ausgaben ist § 818 Abs. 3 BGB hingegen nicht erfüllt.

L hatte vor der Überweisung ein Soll von 100 € auf ihrem Konto, sodass alleine Kaufpreis und Trinkgeld (100 € insgesamt) nicht zu einem positiven Kontostand geführt haben. Ihre Ausgaben hat L also aus dem grundsätzlich herauszugebenden Teil der Gutschrift (9.900 €) getätigt und sie **hätte sie ohne die Gutschrift nicht getätigt**, da sie eigentlich zunächst sparsam leben wollte. Es handelte sich also um Luxusaufwendungen, sodass L grundsätzlich entreichert sein kann.

L kann sich allerdings nicht auf eine Entreicherung berufen, wenn sie verschärft haftet. Eine **verschärfte Haftung** trifft die L, wenn sie – was hier nicht ersichtlich ist – im Zeitpunkt der Entreicherung verklagt war (§ 818 Abs. 4 BGB) oder den **Mangel des rechtlichen Grundes kannte** (§ 819 Abs. 1 BGB). Erforderlich ist Kenntnis der Tatsachen, aus denen sich der fehlende Rechtsgrund ergibt und der sich daraus ergebenden Rückgewährpflicht. Ein Kennenmüssen genügt nicht, ein „**bewusstes Sichverschließen**“ hingegen schon.¹⁹

1. Hinsichtlich der Zahlung von 200 € für die **Wellnessbehandlung**, deren Wert nicht mehr messbar im Vermögen der L vorhanden ist, ist L **zwar entreichert**. L könnte aber zu diesem Zeitpunkt den Mangel des rechtlichen Grundes gekannt haben und daher verschärft haften. Als L die 200 € zahlte, war ihr kein Grund für das Behaltendürfen der 9.900 € bekannt. Insbesondere war nicht ersichtlich, dass J das Geld verschenken wollte. Zudem ging L sofort von Unstimmigkeiten aus und bot der J sogar an, das Geld zurückzuüberweisen. L kannte also

Die **verschärfte Haftung** schließt einerseits die Anwendung des § 818 Abs. 3 BGB aus und führt andererseits zur Haftung nach den allgemeinen Vorschriften, d.h. insbesondere §§ 291 f., einschließlich des Verweises des § 292 Abs. 1 BGB in die §§ 987 ff.

Vorsicht bei Verwendung des Begriffs **Bösgläubigkeit**, s. **Schlussbemerkung 4**.

¹⁷ Palandt/Ellenberger § 119 Rn. 2; AS-Skript BGB AT 2 (2021), Rn. 381.

¹⁸ Palandt/Ellenberger § 818 Rn. 29.

¹⁹ Palandt/Sprau § 819 Rn. 2.



sowohl alle relevanten Tatsachen als auch ihre Rückgewährpflicht. L **haftet** daher **verschärft** und kann sich **hinsichtlich der 200 € nicht auf ihre Entreichung berufen**.

2. L hat zwar 600 € für ein **Werkzeugset** ausgegeben, allerdings hat sie dafür kausal-adäquat Eigentum und Besitz an Werkzeug im Wert von 500 € erlangt, sodass sie nur **i.H.v. 100 € entreichert** ist. Zweifelhaft ist aber, ob sie weiterhin verschärft haftet, obwohl sie zwischenzeitlich von J die Nachricht „Nein, das passt schon so.“ erhalten hatte. Denn es ist – wie dargelegt – entweder in diesem Zeitpunkt oder spätestens mit Zugang der zweiten E-Mail der L die Schenkung als Rechtsgrund entstanden und L wusste dies auch, sodass sie in diesem Moment keinen Mangel des rechtlichen Grundes mehr kannte.

a) § 819 Abs. 1 BGB regelt nur die Fälle der anfänglichen Kenntnis und der nachträglichen Kenntniserlangung des Mangels des rechtlichen Grundes. Der vorliegende Fall der **anfänglich bestehenden, aber später wegfallenden Kenntnis** ist in § 819 Abs. 1 BGB hingegen nicht geregelt. Die L deshalb aber auch nach dem Wegfall ihrer Kenntnis verschärft haften zu lassen, verstieße gegen das Prinzip von Treu und Glauben (§ 242 BGB), dessen Wahrung und Konkretisierung ein Hauptzweck der §§ 818 Abs. 3 u. 4, 819 Abs. 1 BGB ist. Nach dem Zweck der Normen soll derjenige verschärft haften, der sich entreichert, obwohl er weiß, dass er die Bereicherung dem Bereicherungsgläubiger herausgeben muss. Dementsprechend tritt die verschärfte Haftung ab Kenntnis ein (§ 819 Abs. 1 BGB), sie muss dann aber nach Treu und Glauben auch mit Wegfall der Kenntnis wieder entfallen.

b) Allerdings würde L aufgrund der zwischenzeitlich erfolgten Anfechtung durch J gemäß **§ 142 Abs. 2 BGB** ebenfalls verschärft haften, wenn sie **im Zeitpunkt des Werkzeugkaufs die Anfechtbarkeit der Schenkungserklärung der J kannte**. Jedoch war der L nicht bekannt, dass die J einem zur Anfechtung nach § 119 Abs. 1 Var. 1 BGB berechtigenden Inhaltsirrtum unterlag, als sie ihre E-Mail an L schrieb. Ob L den Irrtum hätte erkennen können, spielt auch im Rahmen des § 142 Abs. 2 BGB keine Rolle, weil dieser nur den Bezugspunkt einer Bösgläubigkeitsprüfung verändert, nicht aber deren Maßstab.

L kann sich somit i.H.v. 100 € auf Entreichung berufen.

3. Gleichsam ist L i.H.v. 1.500 € entreichert, die sie **T überwies**, ohne dafür eine Gegenleistung zu erhalten. Für weitere 1.000 € erhielt L zwar zunächst Eigentum und Besitz an den **kleinen Boxen** im gleichen Wert, wobei sie aber mit gegenleistungsloser Übergabe und Übereignung dieser Boxen an T auch insofern entreichert ist. Wie unter 2. dargelegt haftete L zu diesem Zeitpunkt auch nicht (mehr) verschärft, sodass sie sich i.H.v. insgesamt weiteren 2.500 € auf Entreichung berufen kann.

Von den grundsätzlich geschuldeten 9.900 € sind 2.600 € gemäß § 818 Abs. 3 BGB abzuziehen. J hat daher im **Ergebnis** gegen L einen Anspruch auf Rückgewähr der Kontogutschrift i.H.v. 7.300 € aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB.

B. Ein Anspruch der J gegen T aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB scheidet daran, dass T aufgrund des Vorrangs der Leistungskondition grundsätzlich darauf vertrauen darf, dass allenfalls L, die an ihn aufgrund einer Schenkung geleistet hat, ihn in Anspruch nehmen wird.

C. Ein Anspruch der J gegen T könnte sich aber aus **§ 822 BGB** ergeben.

I. Erforderlich ist zunächst eine **Verpflichtung des Empfängers zur Herausgabe der Bereicherung**. Empfängerin L hat – wie dargelegt – gegenüber J eine Pflicht zur Herausgabe der Bereicherung gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB.

II. Diese Verpflichtung der L ist – wie ebenfalls dargelegt – **infolge der Zuwendung** der kleinen Boxen und der Überweisung von L an T i.H.v. insgesamt 2.500 € gemäß § 818 Abs. 3 BGB **ausgeschlossen**.

III. Die Zuwendung der L an T muss **unentgeltlich**, d.h. ohne Gegenleistung erfolgt sein. Zwar werden **ehebedingte Zuwendungen** von Ehegatten untereinander nicht als unentgeltlich angesehen, weil sie im Vertrauen auf den Bestand der Ehe und daher letztlich als

Die Problematik **ähnel** **der oben dargestellten Problematik** bzgl. des nachträglich entstehenden Rechtsgrunds. Wie auch oben ist hier jedes Ergebnis vertretbar. Sie erhalten wie stets die **Punkte für das Erkennen, das Aufwerfen und die Diskussion des Problems**.

In § 822 BGB findet ebenso wie in § 816 Abs. 1 S. 2 BGB und § 988 BGB die **Schwäche des unentgeltlichen Erwerbs** Ausdruck. Der Beschenkte ist in seinem Vertrauen auf das Behaltendürfen des Erlangten weniger schutzwürdig, weil er keine Gegenleistung erbracht hat.

Gegenleistung für die Eingehung und Aufrechterhaltung selbiger gewährt werden. Auch L tätigt die Zuwendung an T wegen der und für die gemeinsame Ehe. Jedoch ist zu berücksichtigen, dass die Rechtsfigur der ehebedingten Zuwendungen **nur im Innenverhältnis** der Ehegatten rechtliche Auswirkungen entfalten soll, insbesondere bei ihrer Rückabwicklung nach Beendigung der Ehe. Außenstehende, wie hier J, sollen keinen Nachteil davon haben, dass der Beschenkte der Ehegatte des Schenkenden ist. Daher sind **im Rahmen des § 822 BGB auch ehebedingte Zuwendungen als unentgeltlich anzusehen**.²⁰ Die Zuwendung von L an T war folglich unentgeltlich i.S.d. § 822 BGB.

IV. Fraglich ist, was **Inhalt des Anspruchs** aus § 822 BGB ist.

1. Die Norm stellt nach ihrem **Wortlaut** auf das ab, was der **Erstbereicherte erlangt** hat, also auf die Bereicherung der L (und nicht etwa des T). L hat in Natur eine Gutschrift auf ihrem Bankkonto erlangt. Mit Blick auf § 818 Abs. 1 u. 2 BGB sind außerdem Nutzungen, Surrogate und der Wertersatz erfasst, sodass **in systematischer Erweiterung** des Wortlauts § 822 BGB auf das gerichtet ist, was der **Erstbereicherte** dem Bereicherungsgläubiger **herauszugeben hätte**, wenn er noch bereichert wäre.²¹

L hätte der J – wie dargelegt – die Gutschrift in Natur zurückzugewähren bzw. Wertersatz durch Bargeld in gleicher Höhe zu leisten. Besitz und Eigentum an den von L gekauften kleinen Boxen müsste L der J hingegen nicht verschaffen; insbesondere sind diese keine Surrogate i.S.d. § 818 Abs. 1 BGB, weil diese Norm rechtsgeschäftliche Surrogate nicht erfasst.²² Inhalt des Anspruchs aus § 822 BGB der J gegen T ist daher zunächst die Rückgewähr einer Bankgutschrift über 2.500 €, auch wenn T von L nur 1.500 € überwiesen bekommen und im Übrigen Besitz und Eigentum an den kleinen Boxen im Wert von 1.000 € erhalten hat.

2. Blicke es allerdings bei diesem streng am Wortlaut des § 822 BGB orientierten Ergebnis, so würde T das **Risiko der Verwertung** der kleinen Boxen tragen, die er von L erhalten hat. Das erscheint unbillig und zudem systemwidrig, weil der **Zweck des Bereicherungsrechts** darauf gerichtet ist, nur eine erlangte und **vorhandene Bereicherung abzuschöpfen**. Hier liegt gerade der Unterschied zum Schadensersatzrecht, welches dem Gläubiger über die §§ 249 ff. BGB eine (weitgehend) vollständige Kompensation materieller Schäden zuspricht.

Daher ist **dem T** nach dem das Bereicherungsrecht prägenden Grundsatz von Treu und Glauben **ein Wahlrecht einzuräumen**, ob er die J entweder durch eine Geldgutschrift i.H.v. 2.500 € oder aber durch eine Geldgutschrift i.H.v. 1.500 € sowie Verschaffung durch Besitz und Eigentum an den von L gekauften kleinen Boxen befriedigt. Auf diesem Weg erhält weder J – wenn T Rücküberweisung von 2.500 € wählt – einen Anspruch auf etwas, was sie gar nicht verloren hat, noch ist T – wenn er Rückgewähr von Besitz und Eigentum an den kleinen Boxen und Rücküberweisung von 1.500 € wählt – zur Herausgabe von etwas verpflichtet, was er von der Erstberechtigten L gar nicht erlangt hat.²³

3. Diese Überlegung gilt allerdings nur hinsichtlich der kleinen Boxen, die **T von L erhalten hatte**. Hinsichtlich der Soundbar und des Subwoofers, **die T mit dem von L erhaltenen Geld** kaufte, greift der Gedanke nicht. Insofern bleibt es bei dem Grundsatz, das T der J das von L Erlangte, also eine Gutschrift, zu gewähren hat. Insofern trifft den T das von § 822 BGB allgemein dem Beschenkten auferlegte Risiko, den Bereicherungsgegenstand in Natur herausgeben zu müssen.

Inhalt des Anspruchs der J gegen T ist somit die Gewährung einer Gutschrift über 1.500 € bzw. von Besitz und Eigentum an entsprechendem Bargeld sowie im Übrigen, wie von T gewählt, die Gewährung von Besitz und Eigentum an den anfänglich von L gekauften kleinen Boxen.

²⁰ Palandt/Sprau § 822 Rn. 6; BGH NJW 2000, 134.

²¹ BGH NJW 2004, 1314, 1314.

²² Vgl. Palandt/Sprau § 818 Rn. 15; BGH NJW 2004, 1314, 1314.

²³ So in vergleichbarem Fall BGH NJW 2004, 1314, 1314 f.



V. Die Verpflichtung des T geht aber nur soweit, wie er haften würde, **wenn er die Zuwendung von J ohne rechtlichen Grund erlangt hätte**. In diesem Fall würde T der J aus einer der Anspruchsgrundlagen des § 812 Abs. 1 BGB nur haften, soweit er sich nicht auf eine **Entreicherung** gemäß § 818 Abs. 3 BGB berufen kann.

1. Die **von L gekauften kleinen Boxen** befinden sich nach wie vor im Vermögen des T, insofern ist er nicht entreichert.

2. Für **1.400 €** hat T adäquat-kausal Eigentum und Besitz an der Soundbar und dem Subwoofer mit einem Wert in eben dieser Höhe erlangt, sodass T auch insofern nicht entreichert ist.

3. Schließlich hat T **100 €** im Casino verspielt, sodass er insofern i.S.d. § 818 Abs. 3 BGB entreichert ist. Da T den gleichen Kenntnisstand wie L hatte, kannte er im Zeitpunkt seines Casino-besuchs ebenso wie L weder die Nichtigkeit der Schenkungserklärung der J, noch deren Anfechtbarkeit (§ 142 Abs. 2 BGB). Demzufolge kannte T zudem auch seine eigene Rückgewährpflicht nicht. T **haftet daher nicht** nach §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1 BGB **verschärft** und kann sich **i.H.v. 100 € auf seine Entreicherung berufen**.

Als **Ergebnis** ist festzuhalten, dass J gegen T aus § 822 BGB einen Anspruch auf eine Gutschrift über 1.400 € bzw. Eigentum und Besitz an entsprechendem Bargeld sowie auf Über-eignung und Übergabe der von L gekauften kleinen Boxen hat.

Frage 2:

Die Anwältin der J kann eine Zahlung mit den Mitteln der Zwangsvollstreckung erzwingen, soweit und sobald sie einen **vollstreckbaren Titel** der J gegen L hat. Die Vollstreckungstitel sind zuvorderst in den **§§ 704, 794 ZPO** aufgelistet. Unter anderem sind dort das rechtskräftige oder für vorläufig vollstreckbar erklärte **Endurteil** (§ 704 ZPO) und der **Prozessvergleich**²⁴ (§ 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) genannt. Daneben kann auch aus einem für vollstreckbar erklärten **Anwaltsvergleich** vollstreckt werden, **§§ 796 a ff. ZPO**.

A. Die Anwältinnen als Stellvertreterinnen der L und J (§ 164 Abs. 1 u. 3 BGB) haben **einen Streit bzw. eine Ungewissheit** über die Entreicherung der L **durch gegenseitiges Nachgeben beseitigt**, sodass sie einen formlos möglichen **materiell-rechtlichen Vergleich**²⁵ i.S.d. § 779 Abs. 1 BGB geschlossen haben.

Ein **Prozessvergleich** liegt hingegen mangels **Abschluss vor einem Gericht** nicht vor. Für einen vollstreckbaren **Anwaltsvergleich** fehlt es sowohl an der **Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung** als auch an der **Hinterlegung** beim Amtsgericht (§ 796 a Abs. 1 ZPO) bzw. der **Verwahrung** durch einen Notar (§ 796 c Abs. 1 S. 1 ZPO).

Der Vergleich **entfaltet daher nur seine materiell-rechtlichen Wirkungen**. Er gestaltet das Rechtsverhältnis zwischen L und J dahingehend, dass im Hinblick auf die Ereignisse aus dem Ausgangsfall L der J 4.700 € schuldet. J kann diesen Anspruch aber, wie jeden anderen Anspruch auch, **erst nach Titulierung durchsetzen**. Ihre Anwältin muss daher nach wie vor einen Titel erstreiten. Sie kann dazu entweder zur Erlangung eines Endurteils den bisherigen Prozess weiterverfolgen, dazu muss allerdings keine oder eine zulässige Klageänderung vorliegen (§§ 263, 264, 267 ZPO). Oder sie erhebt eine neue Klage – bei einem Streitwert von 4.700 € vor dem örtlich zuständigen Amtsgericht, § 1 ZPO, § 23 Nr. 1 GVG – ebenfalls zwecks Erreichung eines Endurteils. Denkbar wäre auch das Anstreben eines Vollstreckungsbescheids (§ 794 Abs. 1 Nr. 4 ZPO) nach vorheriger Beantragung eines Mahnbescheids (§§ 699, 688 ff. ZPO).

B. Die Anwältin der J hätte sich sämtliche genannte Lösungsmöglichkeiten erspart, wenn sie sogleich am Tag der mündlichen Verhandlung darauf gedrängt hätte, dem auf dem Flur geschlossenen Vergleich **prozessuale Wirkung** zu verleihen. Aus einem Prozessvergleich hätte

²⁴ Siehe zum Prozessvergleich AS-Skript ZPO (2020), Rn. 260 ff.

²⁵ Siehe zum materiell-rechtlichen Vergleich AS-Skript SchuldR BT 2 (2020), Rn. 446 ff.

sie – wie dargelegt – sofort vollstrecken können. Sie hätte daher darauf bestehen müssen, **den Vergleich nochmals im Gerichtssaal vor dem Gericht** abzuschließen, vgl. § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO. Das Gericht hätte ihn dann **protokolliert** (§ 160 Abs. 1 Nr. 3 ZPO und § 278 Abs. 6 S. 1 Var. 3 ZPO) und durch **Beschluss** festgestellt (§ 278 Abs. 6 S. 2 ZPO).

Frage 3:

A. Ein Anspruch der J gegen L aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB könnte nunmehr zugunsten einer **Direktkondition B gegen L** ausscheiden.

Wie auch im Ausgangsfall gilt, dass zwar **grundsätzlich in der Leistungsbeziehung J-L rückabzuwickeln** ist, wobei sich allerdings **jede schematische Lösung verbietet**.

I. Während im Ausgangsfall wegen der Anfechtung der Erklärung aus der E-Mail der J nur das Valutaverhältnis J-L nichtig und daher auch in diesem Verhältnis rückabzuwickeln war, könnte nunmehr **auch das Deckungsverhältnis B-J nichtig** sein. Die für das Deckungsverhältnis maßgebliche **Autorisierung** i.S.d. § 675 j Abs. 1 S. 1 BGB könnte als Willenserklärung gemäß § 142 Abs. 1 BGB nichtig sein. J verschrieb sich beim Ausfüllen des Überweisungsträgers, sodass sie einem Erklärungsirrtum nach § 119 Abs. 1 Var. 2 BGB unterlag. Sie erklärte gegenüber J zudem fristgemäß die Anfechtung, §§ 121 Abs. 1 S. 1, 143 Abs. 1 u. 3 BGB. Die Autorisierung und somit das Deckungsverhältnis sind somit nichtig.

II. Wenn **sowohl das Valuta als auch das Deckungsverhältnis nichtig** sind,²⁶ so ist nach dem **Grundsatz des Vorrangs der Leistungsbeziehungen** weiterhin eine **Kondition übers Eck** vorzunehmen, d.h. vorliegend wie im Ausgangsfall von J gegenüber L und von B gegenüber J. Denkbar wäre aber **zur Abkürzung** auch eine **Direktkondition** der B gegen L aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB zuzulassen. Es ist im Einzelfall **abzuwägen**, welcher Weg den **Interessen und der Schutzwürdigkeit der Parteien** am besten Rechnung trägt.

1. Teilweise wird bei nicht autorisierten Banküberweisungen mit Hinweis auf § 675 u S. 2 BGB stets eine Direktkondition befürwortet:²⁷ Wenn die Bank ihrem Kunden stets und ohne Wertungsmöglichkeiten den Betrag erstatten muss, so muss sie die Möglichkeit haben, sich mittels einer Direktkondition nach § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB beim Empfänger schadlos zu halten.

Dem ist aber **entgegenzuhalten**,²⁸ dass dem § 675 u BGB damit ein Stellenwert im Bereicherungsrecht eingeräumt wird, der ihm nach seiner systematischen Stellung nicht zukommt. Außerdem könnte die Bank bei Bejahung der Direktkondition den Betrag bei fehlender oder angefochtener Autorisierung i.S.d. § 675 j BGB selbst dann vom Zahlungsempfänger zurückfordern, wenn im Verhältnis Kunde – Zahlungsempfänger ein Rechtsgrund besteht, sodass letztlich der Zahlungsempfänger vom Kunden nochmals Zahlung verlangen könnte, obwohl zuvor bereits Erfüllung (§ 362 Abs. 1 BGB) eingetreten war. Folgt man dieser Argumentation, so wäre auch im Fall der nicht autorisierten Banküberweisung die **übliche Einzelfallabwägung** vorzunehmen.

Eine Entscheidung dieser Streitfrage ist entbehrlich, wenn auch die Einzelfallabwägung zu einer Direktkondition führt.

2. Bei einer Direktkondition ist nämlich zu berücksichtigen, dass der Empfänger (hier L) sich gegenüber dem Angewiesenen (hier B) **nicht auf eventuelle Einreden berufen kann**, die er gegenüber dem an ihn leistenden Anweisenden (hier J) haben könnte. Andererseits wäre es unbillig, dem vermeintlich Anweisenden im Rahmen der Kondition übers Eck das **Insolvenz- und Entreicherungsrisiko des Empfängers** aufzuerlegen, wenn der Anweisende tatsächlich die Anweisung **nicht zurechenbar veranlasst** hat.

²⁶ Siehe zu dieser Fallgruppe AS-Skript Schuldrecht BT 3 (2019), allgemein Rn. 236 und zum Fehlen der Autorisierung ausführlich Rn. 237 ff.; vgl. auch ausführlich MünchKomm/Schwab § 812 Rn. 85 ff.

²⁷ Palandt/Sprau § 675 u Rn. 107; MünchKomm/Zetzsche § 675 u Rn. 29 ff., insbesondere Rn. 35, m.w.N. zu beiden Ansichten.

²⁸ So weitgehend MünchKomm/Schwab § 812 Rn. 127 ff. m.w.N.

Achtung, der **Anfechtungsgrund bezüglich der Autorisierung** ergibt sich aus anderen tatsächlichen und rechtlichen Umständen. Es wäre daher verfehlt, hier schlicht nach oben zu verweisen.



Ausgehend von den **Grundsätzen zur Rechtsscheinhaftung** ist daher eine Direktkondition geboten, wenn **der Überweisende den Rechtsschein einer wirksamen Anweisung objektiv zurechenbar veranlasst** hat und wenn der **Empfänger bösgläubig bezüglich seines Behaltendürfens** und daher nicht schutzwürdig ist.³⁰

J füllte den Überweisungsträger unachtsam aus und warf ihn ein, woraufhin B die Überweisung zugunsten der L in der objektiv aus dem Überweisungsträger hervorgehenden Höhe ausführte. J hat mithin den Rechtsschein einer Anweisung über 10.000 € zurechenbar veranlasst. Ferner spricht die erste Reaktion der L per E-Mail („Sie haben sich vertan. ...“) dafür, dass L sogar positiv erkannt hatte, dass sie keinen Anspruch auf den (vollen) Betrag hatte. Jedenfalls hätte sie bereits bei geringer gedanklicher Anstrengung erkennen können und müssen, dass ihr ein Anspruch über 95 € hinaus nicht zustand. L war daher bösgläubig und nicht schutzwürdig, sodass eine Direktkondition geboten ist.

III. Nach allen Lösungsansätzen erfolgt also eine Direktkondition B gegen L, sodass im **Ergebnis** J gegen L – anders als im Ausgangsfall – keinen Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB hat.

B. Der im Ausgangsfall bejahte **Anspruch der J gegen T aus § 822 BGB** erfordert u.a., dass **J Gläubiger eines Kondiktionsanspruchs gegen die Erstbereicherte** L ist. Wie soeben dargelegt ist aber in der zweiten Abwandlung nicht J (sondern allenfalls B) Gläubigerin eines Kondiktionsanspruchs gegen L. J hat also gegen T keinen Anspruch aus § 822 BGB.

Schlussbemerkungen, nicht Teil der Lösung:

1. Der **Sachverhalt** basiert auf einem Fall, der dem AG Trier vorlag,³¹ der um weitere Probleme ergänzt wurde. Das AG Trier hat zur Lösung des Falls nur die Angabe beigesteuert, dass ein Anspruch der J bestehe, soweit L bzw. T sich nicht auf eine Entreicherung berufen können. Um eine kostspielige Beweisaufnahme zu vermeiden, haben sich die Parteien daraufhin verglichen. Das AG Trier musste daher kein Urteil fällen, sodass für die Lösung des Falls keinerlei (im Examen ohnehin unverbindliche) Leitlinie besteht. Der Fall ist auch deshalb Grundlage dieser Klausur, weil **das AG Trier angekündigt haben soll, die Akte dem JPA Rheinland-Pfalz zwecks Erstellung einer Prüfungsaufgabe zu übersenden!**³² Wegen des **Ringtausches der Prüfungsämter** ist der Fall (obgleich diese Ankündigung schon etwas zurück liegt) auch für Examina in anderen Bundesländern interessant.

2. In einem **Zwei-Personen-Verhältnis** spielt es im Ergebnis keine große Rolle, ob eine Leistung vorliegt, weil der Anspruch sich entweder aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 bzw. aus § 812 Abs. 1 S. 2 Var. 1 BGB oder aber aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB ergibt. Zu beachten ist allerdings, dass der Ausschlussgrund des § 814 BGB nur bzgl. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB gilt.

In einem **Drei-Personen-Verhältnis** ist das Festlegen der Leistungsbeziehungen hingegen von großer Wichtigkeit, weil wegen des **Vorrangs der Leistungskondition** grundsätzlich nur innerhalb der Leistungsbeziehungen rückabzuwickeln ist. Die Überlegung, dies sei „im Ergebnis“ egal, weil unterm Strich jeder seine Vermögensbestandteile zurückerhalte, geht fehl. Denn der jeweilige Bereicherungsgläubiger trägt sowohl das **Insolvenz- als auch das Entreicherungsrisiko** seines jeweiligen Bereicherungsschuldners. Zudem kommt das **Prozessrisiko** hinzu.

3. Wer eine „nachträgliche Schenkung“ ablehnt, müsste prüfen, ob J und L sich über einen **Erläss** des Anspruchs aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB geeinigt haben. Ein Erläss i.S.d. § 397 BGB ist ein **Verfügungsvertrag** und führt zum Erlöschen der Forderung. Das Ergebnis dürfte sich nicht än-

An einer **zurechenbaren Veranlassung** fehlt es z.B. bei:²⁹

- Fälschung der Anweisung
- Geschäftsunfähigkeit des Anweisenden
- Überweisung durch Bank an andere Person
- Versehentliche doppelte Überweisung durch Bank aufgrund eines einzigen Überweisungsauftrags.

Im AS-Skript Schuldrecht BT 3 (2019), Rn. 240 werden anhand eines Falles die (hier nicht abgefragten) **Ansprüche der Bank gegen den Empfänger** dargestellt.

²⁹ Vgl. AS-Skript Schuldrecht BT 3 (2019), Rn. 239.

³⁰ Vgl. BGH RÜ 2008, 486 [Direktkondition verneint, weil der Empfänger Anspruch auf die volle Summe hatte und daher gutgläubig war] und BGH NJW 1987, 185 [Direktkondition bejaht, weil bei exakt 10-facher Überzahlung der Empfänger hätte erkennen müssen, dass er keinen Anspruch hat und eine versehentliche Kommaverschiebung vorliegt, also bösgläubig war].

³¹ Az. 31 C 422/13. Der vom Gericht mitgeteilte Sachverhalt ist unter Angabe des Az. leicht im Internet auffindbar.

³² Becker, SZ vom 15.03.2014, „Zu viele Nullen“.

dern, da sodann die **Anfechtung der Erlasserkklärung** der J zu prüfen wäre. Der bereicherungsrechtliche Anspruch würde dann wieder aufleben, soweit die Anfechtung Erfolg hat.

Theoretisch denkbar wäre es dann übrigens auch, nicht nur die Erlasserkklärung, sondern auch **die dem Erlass zu Grunde liegende Schenkungserklärung des Erlasses anzufechten**: Als Verfügung muss dem **Erlassvertrag ein Rechtsgrund** zu Grunde liegen, anderenfalls wäre er sogleich kondizierbar. Vorliegend gewährt J den Erlass ohne Gegenleistung, sodass eine Schenkung den Rechtsgrund bildet. [Achtung: Die Schenkung des Erlasses des Bereicherungsanspruchs ist zu unterscheiden von der oben bejahten Möglichkeit, die Gutschrift selbst (nachträglich) zu verschenken und so einen den Bereicherungsanspruch ausschließenden Rechtsgrund zu erzeugen.] J gibt Erlass- und Schenkungserklärung gleichzeitig ab und irrt sich bei beiden gleichermaßen. Beide Erklärungen sind daher aus dem gleichen Grund anfechtbar, es liegt sog. **Fehleridentität** vor.

Für die Lösung spielt es allerdings keine Rolle, ob J **nur die Erlasserkklärung oder zusätzlich auch die Schenkungserklärung anfecht**. In beiden Fällen erlischt der Erlass selbst ex tunc. Es ist dann unerheblich, ob für den nicht existenten Erlass noch eine Schenkung als Rechtsgrund existiert oder nicht. Komplizierter wäre es hingegen, wenn J **ausschließlich die Schenkungserklärung** anfechten würde. Dann ist der Erlass zwar nach wie vor wirksam, aber L hätte ihn ohne Rechtsgrund erlangt. J könnte daher den Erlass von L gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB bzw. § 812 Abs. 1 S. 2 Var. 1 BGB³³ kondizieren. Der Anspruch ist dann auf „Rückgewähr“ des Erlasses gerichtet, d.h. auf Wiederbegründung der erlassenen Forderung.³⁴

Der Weg der Musterlösung über die nachträgliche Schenkung ist aber der leichteste und am kürzesten darzustellen. **Alle Wege bringen gleich viele Punkte**, bei überzeugender Begründung und entsprechendem Aufbau.

4. § 819 Abs. 1 BGB verwendet die Begriffe **Bösgläubigkeit bzw. guter Glaube** nicht(!), weil anders als bei § 932 Abs. 2 BGB grob fahrlässige Unkenntnis nicht ausreicht. Wenn Sie diese Begriffe (bei dieser oder einer anderen Norm) verwenden, so sollten Sie immer für sich selbst und auch für den Prüfer im Obersatz klarstellen,

- was der **Maßstab** des Glaubens ist (Kenntnis, grob fahrlässige Unkenntnis oder leicht fahrlässige Unkenntnis [= Kennenmüssen, § 122 Abs. 2]),
- zu welchem **Zeitpunkt** der Glaube vorliegen muss (Jetzt; anfänglich; bestimmter Zeitpunkt?) und
- was sein **Bezugspunkt** ist (Eigentum; Recht zum Besitz; Rechtsgrund; Verfügungsbefugnis; Mangel des rechtlichen Grunds?).

Gerade der letzte Punkt wird oft vergessen. „Besonders beliebte“ Fehler sind es, im Rahmen von § 990 Abs. 1 BGB oder § 1007 Abs. 1 BGB nicht den guten Glauben an das Recht zum Besitz, sondern an das Eigentum zu prüfen oder im Rahmen der beiden Sätze des § 990 Abs. 1 nicht die beiden genannten Maßstäbe und Zeitpunkte zu differenzieren.

- - - - -

³³ Die Anspruchsgrundlage bei der Anfechtung ist umstritten. Der Streit wirkt sich auf das Ergebnis aus, wenn § 814 BGB erfüllt ist, weil dieser nur auf § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB Anwendung findet, vgl. AS-Skript BGB AT 1 (2020), Rn. 13.

³⁴ Palandt/Grüneberg § 397 Rn. 2.

Bundesweit juristische Repetitorien zum 1. Examen seit 1956



Die Wahl des richtigen Repetitoriums ist Vertrauenssache.
Vergleichen Sie! Probehören ist jederzeit möglich.
Wir sind sicher auch in Ihrer Stadt: bit.ly/2JywhcT