

6. Motiv und Geschäftsgrundlage.

Verträge können ihre Berechtigung verlieren, indem ihre Grundlage wegbricht, etwa wenn die Parteien nach einer über 50jährigen Friedenszeit von einer stabilen Währung ausgehen und sich in der Hyperinflation der 20er Jahre wiederfinden. In solchen Situationen stellt sich die Frage, ob das Prinzip der Bindung an den Vertrag unbedingt aufrechterhalten werden kann. Im deutschen Recht ist es seit den bahnbrechenden Untersuchungen Oertmanns⁴⁵ anerkannt, dass in solchen Konstellationen der Grundsatz des *pacta sunt servanda* der Korrektur bedarf. Seit der Schuldrechtsreform von 2002 ist dies auch positiv geregelt:

§ 313 Störung der Geschäftsgrundlage: (1) Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.

⁴⁵ P. OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig, 1921.

DER BEGRIFF DES VERTRAGES IM DEUTSCHEN PRIVATRECHT*

INHALTSANGABE: 1. Vertrag, Rechtsgeschäft, Willenserklärung. 2. Begriff des Vertrages und Abgrenzungen; Schuldverhältnisse mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 und „Sonderverbindungen“. 3. Schuldrechtliche Verträge. 4. Dinglicher Vertrag und Abstraktionsprinzip. 5. *Causa* und Vertrag. 6. Motiv und Geschäftsgrundlage. 7. Familienrechtliche Verträge. 8. Erbrechtliche Verträge. 9. Sonderformen des Vertrages. 10. Die Bedeutung von Treu und Glauben für Verträge.

1. Vertrag, Rechtsgeschäft, Willenserklärung.

Spricht man von „Vertrag“, so denkt man hierbei zu allererst an den schuldrechtlichen Vertrag, also den Vertrag zum Kauf einer Ware (§ 433 BGB¹) oder über die entgeltliche Überlas-

* Dieser Artikel ist Teil des „Proyecto Anillo de investigación asociativa SOC 1111“. Eine italienische Vorfassung dieses Artikels erscheint unter dem Titel „La nozione di contratto nel diritto privato tedesco“ in *La nozione di contratto nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali didattici*, a cura di S. Cherti, Padova, 2010, 135-165; besprochen von: P. Pasquino, in *Gazz. For.*, VI, 2010, 181 f. und T. Dalla Masara, in *Index*, XL, 2012, 750-772.

¹ Im folgenden sind alle §§, soweit nicht anders angegeben, solche des BGB. § 433 (1) Durch den Kaufvertrag wird der

sung einer Wohnung (Mietvertrag, § 535²). Dies hat historische Gründe, war doch bis hinauf zu Savigny – mit ihm verändern sich die Anschauungen in diesem Punkte – der Vertragsbegriff auf das Schuldrecht beschränkt.³ Seit Savigny gibt es neben dem dinglichen Vertrag weitere Verträge, wie weiter unten darzustellen sein wird.

Der Vertrag ist eine der ganz grundlegenden Kategorien des deutschen Privatrechts, aber er ist nicht seine abstrakteste Kategorie: Im Gegensatz zu vielen anderen europäischen Rechtsordnungen kennt die deutsche Rechtsordnung in diesem Zusammenhang noch zwei weitere Begriffe: Rechtsgeschäft und Willenserklärung. Das Rechtsge-

Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen. (2) Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen.

² § 535 (1) Durch den Mietvertrag wird der Vermieter verpflichtet, dem Mieter den Gebrauch der Mietsache während der Mietzeit zu gewähren. Der Vermieter hat die Mietsache dem Mieter in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten. Er hat die auf der Mietsache ruhenden Lasten zu tragen. (2) Der Mieter ist verpflichtet, dem Vermieter die vereinbarte Miete zu entrichten.

³ F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, III, Berlin, 1840, §§ 140 ff. Hierzu W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*⁴, Berlin-Heidelberg-New York, 1992, § 33, 1.

Rechtsgeschäft konzipiert ist (dinglicher Vertrag plus Übergabe; § 929 Satz 1), ist es kein Problem, sie unter eine Bedingung zu stellen.

Bislang behandelt wurde nur die sog. äußere Abstraktion, d.h. die Frage, ob eine Zuwendung Bestand hat, weil es einen Grund für die Zuwendung gibt. Hiervon zu unterscheiden ist die Frage der inneren Abstraktion (nach richtiger Auffassung gehören beide Fragen eng zusammen⁴⁴):

A will dem B 100 € als Darlehen geben, B akzeptiert sie als Schenkung. A und B konsentieren hier darüber, dass eine Leistung i.H.v. 100 € an B erfolgen soll, sie dissentieren freilich über deren Zweck. In dieser Situation wird der Zweck als Inhalt des gesamten Geschäftes gesehen und nicht davon ausgeblendet. Da keine Einigung über den Zweck vorliegt, behandeln wir in diesem Fall das gesamte Geschäft als nichtig, obwohl es durchaus denkbar gewesen wäre, auch hier zu sagen, 100 € seien geschuldet, denn hierüber bestand ja ein Konsens.

Die Einigung über Gegenstand, Zeit und Ort der Leistung ist also nicht abstrakt, sondern kausal, da insoweit eine Einigung über die *causa* vorliegen muss, damit das Geschäft insgesamt wirksam ist.

mit diesem Zeitpunkt tritt der frühere Rechtszustand wieder ein.

⁴⁴ G. JAHR, *Romanistische Beiträge zur modernen Zivilrechtswissenschaft*, in *AcP*, CLXVIII, 1968, 14 ff.

vertrag abgeschlossen wird, so kann der Schuldner des abstrakten Schuldversprechens eine Einrede geltend machen (der ungerechtfertigten Bereicherung) oder aber das abstrakte Schuldversprechen dergestalt kondizieren, dass der Gläubiger die Schuld erlassen muss. Bedeutung hat das abstrakte Schuldversprechen, wenn darüber ein Wertpapier ausgestellt wird (Wechsel). Dem Erwerber dieses Wertpapiers gegenüber kann sich der Schuldner nicht darauf berufen, die Forderung auf die hin das abstrakte Schuldversprechen abgegeben worden sei, habe in Wahrheit nicht bestanden.

Die grundsätzlich abstrakten Verfügungsgeschäfte können im Rahmen der Privatautonomie durch Parteivereinbarung kausal gemacht werden. Häufigstes Beispiel hierfür ist der Eigentumsvorbehalt: Kreditiert der Verkäufer dem Käufer den Kaufpreis, kann er sich das Eigentum solange vorbehalten, bis der Käufer den Kaufpreis gezahlt hat. Funktional gesehen handelt es sich hierbei um ein besitzloses Pfandrecht, technisch gesehen um ein durch die vollständige Zahlung des Kaufpreises bedingtes Verfügungsgeschäft (§§ 929 Satz 1, 158⁴³). Da die Übereignung als

⁴³ § 158 (1) Wird ein Rechtsgeschäft unter einer aufschiebenden Bedingung vorgenommen, so tritt die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung mit dem Eintritt der Bedingung ein. (2) Wird ein Rechtsgeschäft unter einer auflösenden Bedingung vorgenommen, so endet mit dem Eintritt der Bedingung die Wirkung des Rechtsgeschäfts;

schäft dient dazu, alle von der Privatautonomie getragenen Handlungen zu erfassen. Neben dem Vertrag rechnen hierzu beispielsweise auch die Kündigung (eine Gestaltungserklärung) oder das Testament. Dementsprechend unterscheidet man einseitige Rechtsgeschäfte, z.B. das Testament, zweiseitige, z.B. den Kaufvertrag, und mehrseitige Rechtsgeschäfte wie den Gesellschaftsvertrag. Einer vielfach verwendeten Definition zufolge ist das Rechtsgeschäft „eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, der nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist“⁴. Der Begriff Rechtsgeschäft ist weiter als der Begriff Vertrag und umfasst diesen vollständig: alle Verträge sind Rechtsgeschäfte, aber bei weitem nicht alle Rechtsgeschäfte sind Verträge.

Der Begriff der Willenserklärung wiederum hat eine analytische Funktion hinsichtlich von Rechtsgeschäften und vor allem von Verträgen. Ein Vertrag besteht nämlich mindestens aus zwei Willenserklärungen, Angebot und Annahme. Mehrseitige Verträge, z.B. Gesellschaftsverträge, bestehen gegebenenfalls aus mehr als zwei Willenserklärungen. Die Willenserklärung ist gewissermaßen das kleinste Element jedes Rechtsgeschäfts: dieses muss mindestens eine Willenserklärung enthalten, bei Verträgen mindestens zwei;

⁴ *Motive zum ersten Entwurf des BGB*, in B. Mugdan (Hg.), *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, I, Berlin, 1899, 421.

hinzutreten können weitere Erfordernisse wie der Realakt der Übergabe bei der Übereignung⁵. Der Kaufvertrag ist ein Rechtsgeschäft, aber auch die Willenserklärung ist ein Rechtsgeschäft. Erklärt der Käufer den Rücktritt vom Vertrag, weil die Sache mangelhaft ist, so ist diese Rücktrittserklärung eine Willenserklärung und gleichzeitig ein Rechtsgeschäft. Die Begriffe Rechtsgeschäft und Willenserklärung sind also weitestgehend identisch, doch ist ihre Funktion unterschiedlich: Der Begriff Rechtsgeschäft soll allgemeine Aussagen über die vom Willen der Privatrechtssubjekte getragenen Handlungen erlauben, so bezieht sich z.B. der die guten Sitten regelnde § 138⁶ auf Rechtsgeschäfte und nicht auf Willenserklärungen. Der Begriff Willenserklärung hingegen ist der Anknüpfungspunkt für Zurechnungssysteme wie der Stellvertretung und die Pathologie des Rechtsgeschäfts: Irrtum, Drohung etc. Für diese Zwecke wäre der Begriff Rechtsgeschäft oder Vertrag nicht geeignet, da diese beiden Begriffe gewissermaßen das Geschäft als Ganzes im Blick haben, aber nicht seine einzelnen Elemente. Und

⁵ W. FLUME, *Rechtsgeschäft*, § 2, 3.

⁶ § 138 (1) Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig. (2) Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen.

auch die sich aus ihr ergebenden Ansprüche weg. Man kann also sagen, im Gegensatz zum dinglichen Zuwendungsgeschäft trägt das obligatorische Verpflichtungsgeschäft seine *causa* in sich und daher gilt: *cessante causa cessat effectus*. Es ist allerdings nicht so, dass man sagen könnte, alle dinglichen Geschäfte seien abstrakt, die obligatorischen kausal. Es gibt nämlich auch im Schuldrecht abstrakte Geschäfte: die Abtretung, die Bestellung von Rechten an Forderungen und den Erlass einer Forderung. Die Verträge zur Begründung einer Forderung hingegen sind alle kausal, mit Ausnahme von abstraktem Schuldversprechen und Schuldanerkennnis (§§ 780 f.⁴²). Dieser abstrakte Schuldvertrag des BGB lässt sich am Besten mit einer *stipulatio* des römischen Rechts vergleichen. Besteht freilich das Schuldverhältnis nicht, auf das hin der abstrakte Schuld-

⁴² § 780 Zur Gültigkeit eines Vertrags, durch den eine Leistung in der Weise versprochen wird, dass das Versprechen die Verpflichtung selbständig begründen soll (Schuldversprechen), ist, soweit nicht eine andere Form vorgeschrieben ist, schriftliche Erteilung des Versprechens erforderlich. Die Erteilung des Versprechens in elektronischer Form ist ausgeschlossen. § 781 Zur Gültigkeit eines Vertrags, durch den das Bestehen eines Schuldverhältnisses anerkannt wird (Schuldanerkennnis), ist schriftliche Erteilung der Anerkennungserklärung erforderlich. Die Erteilung der Anerkennungserklärung in elektronischer Form ist ausgeschlossen. Ist für die Begründung des Schuldverhältnisses, dessen Bestehen anerkannt wird, eine andere Form vorgeschrieben, so bedarf der Anerkennungsvertrag dieser Form.

samt⁴⁰. Auch dingliche Verträge können in diesem Sinne aufgehoben werden⁴¹.

5. ‚Causa‘ und Vertrag.

Bislang ist der schuldrechtliche (Kauf-) Vertrag nur als *causa* des dinglichen (Zuwendungs-) Vertrages behandelt worden. Wir hatten festgestellt, dass das dingliche Geschäft in seinem Bestand von der *causa* vollkommen unabhängig ist. Der Erwerber erwirbt volles Eigentum, auch wenn der Kaufvertrag nichtig ist: *cessante causa non cessat effectus*.

Neben einem Vertrag kann *causa* einer Überlegung ein gesetzlicher Tatbestand sein oder aber beispielsweise ein Legat. Die *causa* ist also zunächst eine Rechtfertigung dafür, dass der Empfänger das ihm Zugewendete behalten darf und diese Rechtfertigung kann, muss aber nicht, in einem schuldrechtlichen Vertrag bestehen. Das dingliche Vollzugsgeschäft stellt die Frage nach der *causa* nicht. Umgekehrt gibt es aber sehr wohl Rechtsgeschäfte, die ihrer Natur nach kausal sind, Paradigma ist der Kaufvertrag. Kraft des Kaufvertrages erwirbt der Käufer den Anspruch darauf, die Sache übereignet und übergeben zu bekommen. Diese Ansprüche haben ihre *causa* im Kaufvertrag. Ist diese *causa* unwirksam, so fallen

⁴⁰ W. FLUME, *Rechtsgeschäft*, § 33, 5.

⁴¹ W. FLUME, *Rechtsgeschäft*, § 33, 5.

diese vergrößernde Betrachtung ist notwendig, um bestimmen zu können, wer sich in einem Irrtum befand oder wessen Willenserklärung über Stellvertretung zugerechnet werden muss.

Aus diesen Überlegungen ergibt sich ein wesentlicher Unterschied des BGB zu anderen Zivilrechtskodifikationen: Die hochabstrakten Kategorien Rechtsgeschäft und Willenserklärung sind notwendige Voraussetzungen der Regelungstechnik und auch des Aufbaus des BGB: Das BGB kennt einen Allgemeinen Teil, der „vor die Klammer gezogene“ Regelungen für das gesamte Privatrecht enthält. Im Allgemeinen Teil finden sich also Regelungen, welche für die Kündigung gelten, für die Anfechtung eines Kaufvertrages und für die Auslegung eines Testaments. Dies ist nur möglich, wenn man diese Regelungen auf einer sehr hohen Abstraktionsebene trifft. Um diese Abstraktionsebene erreichen zu können, braucht man die Kategorien Rechtsgeschäft und Willenserklärungen. So kommt es, dass nach BGB nicht ein Vertrag wegen Irrtums angefochten wird, sondern eine Willenserklärung (§ 119⁷).

⁷ § 119 (1) Wer bei der Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtum war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, kann die Erklärung anfechten, wenn anzunehmen ist, dass er sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde. (2) Als Irrtum über den Inhalt der Erklärung gilt auch der Irrtum über solche Eigenschaften der Person oder der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden.

Fällt diese infolge der Anfechtung weg, so fehlt dem Vertrag einer der notwendigen Bestandteile und damit ist er insgesamt hinfällig. Viele Themen, die in anderen Rechtsordnungen als typisch vertragsrechtlich gelten (etwa die Bestimmtheit des Vertrages), sind im deutschen Recht Themen der Willenserklärung und haben deshalb Relevanz nicht nur für das Vertragsrecht, sondern für das gesamte Privatrecht.

2. *Begriff des Vertrages und Abgrenzungen; Schuldverhältnisse mit Pflichten nach § 241 Abs. 2⁸ und „Sonderverbindungen“.*

Nun zum Begriff des Vertrages selbst. Nach einer Definition des Standard-Kommentars zum BGB, des Palandt, ist ein Vertrag die „von zwei oder mehreren Personen erklärte Willensübereinstimmung über die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges“⁹. Schärfer wird die Kontur des Vertrages, wenn man sich veranschaulicht, was alles nicht unter den Begriff des Vertrages fällt.

⁸ § 241 (1) Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen. (2) Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten.

⁹ J. ELLENBERGER, in *Palandt, Otto (Begr.), Beck'scher Kurzkommentar Bürgerliches Gesetzbuch*⁷⁵, München, 2014, vor § 145 Rz. 1; Gleichsinnig W. FLUME, *Rechtsgeschäft*, § 33, 2.

rungsrecht in gewisser Weise der Mülleimer des Abstraktionsprinzips ist.

Der dingliche Vertrag kann mit dem Kausalgeschäft zeitlich zusammenfallen, muss dies aber nicht. Es gibt nach deutscher Auffassung sehr wohl Fälle gestreckter Erwerbstatbestände, bei denen das dingliche Vollzugsgeschäft erst lange nach dem Kausalgeschäft abgeschlossen wird. Das ist etwa der Fall bei einem Kaufvertrag über künftige Sachen.

Wesensverwandt mit den dinglichen Verträgen sind die Verträge, welche die Aufhebung zum Gegenstand haben oder eine bestehende Forderung aus einem Schuldverhältnis erlassen, übertragen oder belasten. Sie unterscheiden sich von den schuldrechtlichen Verträgen dadurch, dass sie keine Regel in Geltung setzen, aus denen Forderungen erwachsen, sondern vielmehr bestehende Forderungen betreffen. Mit den dinglichen Verträgen gemeinsam haben sie, dass sie eine Berechtigung des Handelnden voraussetzen und dass sie abstrakt sind. Ihre Geltung ist (also) nicht vom Bestehen des Kausalgeschäftes abhängig³⁸. Die einvernehmliche Aufhebung eines Vertrages, der sog. Aufhebungsvertrag, ist ein Vertrag im vollen Sinn des Wortes³⁹. Der Aufhebungsvertrag ist nicht nur auf die Beseitigung der aus dem Vertrag sich ergebenden Verpflichtung gerichtet, sondern auf die Aufhebung des Vertrages insge-

³⁸ W. FLUME, *Rechtsgeschäft*, § 33,3.

³⁹ J. BUSCHE, in *MünchKomm BGB*, vor § 145 Rz. 28.

Bestand des obligatorischen Kausalgeschäftes unabhängig ist (Abstraktionsprinzip). Ist also der Kaufvertrag nichtig und liegt der Tatbestand des dinglichen Geschäfts vor, dann geht das Eigentum über. Da die *causa* fehlt, lässt sich dieser Eigentumsübergang freilich durch Kondiktion wieder rückgängig machen.

Beim Kaufvertrag waren A und B vollkommen betrunken (§§ 104 f.) bei den – in diesem Falle – zeitlich nachfolgenden, auf die Eigentumsübertragung gerichteten, Handlungen sind sie wieder nüchtern: B wird Eigentümer, A kann gem. § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1³⁶ kondizieren, das heißt Rückübereignung und Wiedereinräumung des Besitzes verlangen.

Der Bereicherungsausgleich ist das notwendige Korrelat des abstrakten Zuwendungsgeschäfts.³⁷ Die Erfahrung der Rechtsvergleichung zeigt, dass der ungewöhnlich breite Raum, den das Bereicherungsrecht im deutschen Rechtsleben einnimmt, da herrührt, dass das Bereiche-

³⁶ § 812 (1) Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet. Diese Verpflichtung besteht auch dann, wenn der rechtliche Grund später wegfällt oder der mit einer Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt. (2) Als Leistung gilt auch die durch Vertrag erfolgte Anerkennung des Bestehens oder des Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses.

³⁷ W. FLUME, *Rechtsgeschäft*, § 12, I, 4.

- Nicht unter den Begriff des Vertrages fällt, wenn z.B. mehrere Mieter ihren gemeinschaftlich geschlossenen Mietvertrag gemeinschaftlich kündigen. In rechtlicher Betrachtung handelt es sich um eine Summe von Einzelkündigungen.¹⁰

- Ebenfalls keine Verträge sind Beschlüsse einer Bruchteilsgemeinschaft, einer Personengesellschaft oder einer juristischen Person, da hier beherrschend das Prinzip der Mehrheit gilt und nicht das der Willensübereinstimmung.¹¹

- Unter dem Begriff des ‚Gesamtaktes‘ diskutiert werden vor allem zwei Erscheinungen, Tarifvertrag sowie Organisationsverträge bzw. Satzungen (Paradigma: Gründung einer jur. Person). Tarifverträge¹² bestimmen in den meisten Fällen die Bedingungen der Arbeitsleistung von Arbeitnehmern. Sie werden von den Tarifparteien ausgehandelt; diese sind Verbände der Arbeitgeber und der Gewerkschaften. Nach § 1 Abs. 1 des Tarifvertragsge-

¹⁰ So W. FLUME, *Rechtsgeschäft*, § 33, 2; K. LARENZ, M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*⁹, München, 2004, § 23 Rz. 6.

¹¹ Gleichsinnig W. FLUME, *Rechtsgeschäft*, § 33, 2; teilweise abweichend K. LARENZ, M. WOLF, *Allgemeiner Teil*, § 23 Rz. 17.

¹² M. FRANZEN, in R. Müller-Glöge et al. (Hg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*¹⁴, München, 2014, 600 Rz. 1 ff.

setzes regelt der Tarifvertrag „die Rechte und Pflichten der Tarifparteien [schuldrechtlicher Teil] und enthält Rechtsnormen, die den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen ordnen können [normativer Teil]“. Der schuldrechtliche Teil ist ein normaler Vertrag. In dem normativen Teil hingegen setzen die Parteien Normen für die jeweils Betroffenen. Der Tarifvertrag wird allgemein als Vertrag im Sinne des BGB begriffen, was an seiner Besonderheit nichts ändert und über diese auch nicht hinwegtäuschen sollte. Die Gründung einer jur. Person geht insoweit über einen normalen Vertrag hinaus, als dass ein solcher Vertrag nicht dazu dient, die Verhältnisse zweier Personen zueinander zu regeln, sondern dazu eine neue, jur. Person zu erschaffen und dieser die Marschroute vorzugeben. Insoweit spricht man auch hier von Normsetzung.¹³

- Damit eine Vereinbarung zweier Personen zum Vertrag wird, muss beiderseits der Wille vorhanden sein, eine rechtlich relevante Regelung in Geltung zu set-

¹³ Nachweise bei J. BUSCHE, in K. Rebmann et. al. (Hg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, I, *Allgemeiner Teil*, §§ 1 – 240⁶, München, 2012, vor § 145 Rz. 36.

dafür aber der Tatbestand der Eigentumsübertragung, so geht Eigentum über (zur Kondizierbarkeit siehe unten).

Das Rechtsgeschäft der Eigentumsübertragung hat zwei Tatbestandsmerkmale: den Realakt der Übergabe (es gibt auch Übergabesurrogate, die hier außer Betracht bleiben können) und den *dinglichen Vertrag* („und beide darüber *einig sind*, dass das Eigentum übergehen soll“). Der dingliche Vertrag ist nach deutschem Verständnis ein normaler Vertrag,³⁵ der freilich nicht auf die Begründung einer Verpflichtung gerichtet ist, wie dies beim Kaufvertrag der Fall ist, sondern auf die unmittelbare Begründung, Übertragung, Inhaltsänderung (Belastung) oder Aufhebung eines dinglichen Rechts (Eigentum oder beschränkt dingliche Rechte). Dinglicher Vertrag ist also neben der Eigentumsübertragung die Einräumung eines Grundpfandrechts oder die Übertragung desselben, die Einräumung einer Dienstbarkeit oder die Einigung über die Aufhebung derselben usw. Mit den übrigen Verträgen hat der dingliche Vertrag gemein, dass die normalen Regeln für Verträge auch für ihn gelten, so z.B.: Stellvertretung, Irrtum, Geschäftsfähigkeit usw.

Die Selbständigkeit und Bestandfestigkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts und damit auch des dinglichen Vertrages wird erheblich dadurch unterstützt, dass das dingliche Geschäft von dem

³⁵ Nachweise zur Gegenauffassung bei H. COING, in *Staudinger*, vor §§ 145 ff. Rz. 12.

4. Dinglicher Vertrag und Abstraktionsprinzip.

Um zu verstehen, was mit dinglichem Vertrag gemeint ist, muss man sich zunächst vergegenwärtigen, dass nach deutschem Recht das Kausalgeschäft, im Standardfall der Kaufvertrag, absolut keine rechtlichen Konsequenzen für den Eigentumsübergang in sich birgt.

Wenn also A dem B eine Sache verkauft, dann hat der Kaufvertrag selbst keine dingliche Wirkung: A bleibt infolge des Kaufvertrages Eigentümer der Kaufsache und kann ungehindert einem Dritten das Eigentum an ihr verschaffen, ohne dass es sich hierbei um einen Fall gutgläubigen Eigentumserwerbs handeln würde. Das Eigentum geht erst dann von A auf B über, wenn der Tatbestand eines eigenen Rechtsgeschäfts erfüllt ist, nämlich des dinglichen Geschäfts, von dem der dingliche Vertrag ein Bestandteil ist. So heißt es in § 929 S. 1 BGB: „Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, dass der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, dass das Eigentum übergehen soll“.

Die Eigentumsübertragung ist also ein Rechtsgeschäft, welches sich das BGB als vom Kaufvertrag vollkommen gesondert vorstellt. Liegt der Tatbestand eines Kaufvertrages vor, nicht aber der Tatbestand der Eigentumsübertragung, so geht kein Eigentum über; liegt umgekehrt der Tatbestand des Kaufvertrages nicht vor,

zen. Bei einer Verabredung im bloß gesellschaftlichen Verkehr wie zum Kino oder zum Essen liegt der erforderliche Rechtsbindungswille nicht vor und damit auch kein Vertrag. Man bezeichnet diese außerrechtlichen oder vorrechtlichen Formen der Einigung als Gefälligkeitsverhältnisse.¹⁴

- Gleichfalls rechtlich nicht verbindlich und damit keine Verträge sind Vereinbarungen, bei denen die Parteien eine rechtlich verbindliche Regelung nicht in Geltung setzen wollen („auf Ehrenwort“, Gentleman’s Agreement u.ä.m.).¹⁵

- Ebenfalls keine Verträge sind die Schuldverhältnisse im Sinne von § 311 Abs. 2 u 3:

(2) Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 entsteht auch durch

1. die Aufnahme von Vertragsverhandlungen,
2. die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter

¹⁴ J. BUSCHE, in *MünchKomm BGB*, § 145 Rz. 31.

¹⁵ W. FLUME, *Rechtsgeschäft*, § 7, 8.

und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut, oder

3. ähnliche geschäftliche Kontakte.

(3) Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 kann auch zu Personen entstehen, die nicht selbst Vertragspartei werden sollen. Ein solches Schuldverhältnis entsteht insbesondere, wenn der Dritte in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst.

Diese Schuldverhältnisse begründen nämlich „nur“ sog. nichtleistungsbezogene Nebenpflichten im Sinne von § 241 Abs. 2: Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten“. Freilich löst die Verletzung solcher aus einem außervertraglichen Schuldverhältnis herrührenden Nebenpflicht einen Schadensersatzanspruch nach § 280¹⁶ aus (früher: *culpa in contrahendo*). Neben den

¹⁶ § 280 (1) Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. (2) Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung kann der Gläubiger nur unter der zusätzlichen Voraussetzung des § 286 verlangen. (3) Schadensersatz statt der Leistung kann der Gläubiger nur unter den zusätzli-

Konsensualvertrag verwandelt (§§ 488, 607³⁴). Damit hat diese Unterscheidung jede Bedeutung verloren.

- Ziel- und Dauerschuldverhältnis: Paradigma des Zielschuldverhältnisses ist der Kaufvertrag. Mit Erfüllung ist sein Zweck erreicht. Ein Dauerschuldverhältnis ist z.B. die Miete.

³⁴ § 488 (1) Durch den Darlehensvertrag wird der Darlehensgeber verpflichtet, dem Darlehensnehmer einen Geldbetrag in der vereinbarten Höhe zur Verfügung zu stellen. Der Darlehensnehmer ist verpflichtet, einen geschuldeten Zins zu zahlen und bei Fälligkeit das zur Verfügung gestellte Darlehen zurückzuerstatten. (2) Die vereinbarten Zinsen sind, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, nach dem Ablauf je eines Jahres und, wenn das Darlehen vor dem Ablauf eines Jahres zurückzuerstatten ist, bei der Rückerstattung zu entrichten. (3) Ist für die Rückerstattung des Darlehens eine Zeit nicht bestimmt, so hängt die Fälligkeit davon ab, dass der Darlehensgeber oder der Darlehensnehmer kündigt. Die Kündigungsfrist beträgt drei Monate. Sind Zinsen nicht geschuldet, so ist der Darlehensnehmer auch ohne Kündigung zur Rückerstattung berechtigt. § 607 (1) Durch den Sachdarlehensvertrag wird der Darlehensgeber verpflichtet, dem Darlehensnehmer eine vereinbarte vertretbare Sache zu überlassen. Der Darlehensnehmer ist zur Zahlung eines Darlehensentgelts und bei Fälligkeit zur Rückerstattung von Sachen gleicher Art, Güte und Menge verpflichtet. (2) Die Vorschriften dieses Titels finden keine Anwendung auf die Überlassung von Geld.

pflicht, wohingegen die andere Seite keine korrespondierende Pflicht trägt, wie z.B. ein Entgelt zu entrichten (Leihe).

- **Zweiseitig verpflichtende/einseitig verpflichtende Verträge:** Bei den zweiseitig verpflichtenden Verträgen übernehmen beide Seiten Leistungspflichten (auch bei der unentgeltlichen Leihe); einseitig verpflichtend ist die Schenkung. Bei den zweiseitig verpflichtenden Verträgen wird danach unterschieden, ob die Leistungsverpflichtungen im Synallagma stehen (z.B. Kauf) oder nicht (unvollkommen zweiseitige Verträge); letzteres ist der Fall beim Auftrag (§ 662³¹) oder der Leihe (§ 598³²).

- **Konsensual- u. Realverträge:** Unter Realverträgen versteht man Verträge, bei denen die Rückgabeverpflichtung der einen Seite erst entsteht, wenn die andere Seite die Sache hingegeben hat. Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hat das Darlehen endgültig³³ in einen reinen

³¹ § 662 Durch die Annahme eines Auftrags verpflichtet sich der Beauftragte, ein ihm von dem Auftraggeber übertragenes Geschäft für diesen unentgeltlich zu besorgen.

³² § 598 Durch den Leihvertrag wird der Verleiher einer Sache verpflichtet, dem Entleiher den Gebrauch der Sache unentgeltlich zu gestatten.

³³ Die Frage war vorher trotz der realvertraglichen Konzeption des BGB von 1900 umstritten.

gesetzlich geregelten vorvertraglichen Schuldverhältnissen gehen Rechtsprechung und Lehre ganz allgemein davon aus, dass jede „Sonderverbindung“ reicht, um Pflichten nach § 241 Abs. 2 und § 242¹⁷ auszulösen. So begründen z.B. nichtige Verträge oder die Haftung aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis, überhaupt jeder „qualifizierte soziale Kontakt“¹⁸ eine Sonderverbindung in diesem Sinne. Ziel dieser Konstruktion einer Sonderverbindung ist, die Vorzüge der vertraglichen gegenüber der deliktischen Haftung auch dort zugänglich zu machen, wo ein Vertrag eben nicht besteht. Diese Vorzüge sind a) die Anwendbarkeit von § 278¹⁹, der im Gegensatz zu § 831²⁰ ei-

chen Voraussetzungen des § 281, des § 282 oder des § 283 verlangen.

¹⁷ § 242 Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

¹⁸ CH. GRÜNEBERG, in *Palandt*, § 242 Rz. 5.

¹⁹ § 278 Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden. Die Vorschrift des § 276 Abs. 3 findet keine Anwendung.

²⁰ § 831 (1) Wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Person und, sofern er Vorrichtungen oder Gerätschaften zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat, bei der Beschaffung oder der Leitung die im Verkehr

ne Exkulpation nicht zulässt, womit der Partner einer Sonderverbindung sich sämtliches Handeln seiner Leute zurechnen lassen muss, b) die Beweislastumkehr in § 280 Abs. 1 Satz 2: Nicht der Anspruchsinhaber, sondern der Anspruchsgegner muss beweisen, dass er nicht schuldhaft gehandelt hat; c) die volle Ersetzbarkeit von reinen Vermögensschäden, welche über § 823 Abs. 1²¹ nicht liquidiert werden können.

3. Schuldrechtliche Verträge.

Wie bereits gesagt ist eine der wichtigsten Erscheinungsformen des Vertrages der schuldrechtliche Vertrag. Die deutsche Zivilrechtskodifikation sowie andere Nebengesetze (Handelsgesetz-

erforderliche Sorgfalt beobachtet oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde. (2) Die gleiche Verantwortlichkeit trifft denjenigen, welcher für den Geschäftsherrn die Besorgung eines der im Absatz 1 Satz 2 bezeichneten Geschäfte durch Vertrag übernimmt.

²¹ § 823 (1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. (2) Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.

- Abstrakte/kausale Verträge: Siehe hierzu die Ausführungen zum dinglichen Vertrag und zum Abstraktionsprinzip.
- Entgeltlich/unentgeltliche Verträge: Die entgeltlichen Verträge sind auf den Austausch von Gütern gerichtet (Kauf). Diese sind insoweit synallagmatisch als dass die Leistungspflichten in ihrer Begründung, in ihrem Bestand und in ihrer gerichtlichen Durchsetzung voneinander abhängig sind. Bei den unentgeltlichen Verträgen trägt eine Seite eine Leistungs-

²⁹ § 414 Eine Schuld kann von einem Dritten durch Vertrag mit dem Gläubiger in der Weise übernommen werden, dass der Dritte an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt. § 415 (1) Wird die Schuldübernahme von dem Dritten mit dem Schuldner vereinbart, so hängt ihre Wirksamkeit von der Genehmigung des Gläubigers ab. Die Genehmigung kann erst erfolgen, wenn der Schuldner oder der Dritte dem Gläubiger die Schuldübernahme mitgeteilt hat. Bis zur Genehmigung können die Parteien den Vertrag ändern oder aufheben. (2) Wird die Genehmigung verweigert, so gilt die Schuldübernahme als nicht erfolgt. Fordert der Schuldner oder der Dritte den Gläubiger unter Bestimmung einer Frist zur Erklärung über die Genehmigung auf, so kann die Genehmigung nur bis zum Ablauf der Frist erklärt werden; wird sie nicht erklärt, so gilt sie als verweigert. (3) Solange nicht der Gläubiger die Genehmigung erteilt hat, ist im Zweifel der Übernehmer dem Schuldner gegenüber verpflichtet, den Gläubiger rechtzeitig zu befriedigen. Das Gleiche gilt, wenn der Gläubiger die Genehmigung verweigert.

³⁰ CH. GRÜNEBERG, in *Palandt*, vor § 311, Rn. 6.

solchen Vertrag nicht auf Erfüllung geklagt werden, diese ist ja nicht möglich, aber die Nichterfüllung der unmöglichen Leistung gibt dem Gläubiger die Möglichkeit, Schadensersatz oder Ersatz seiner Aufwendungen zu verlangen, wenn der Schuldner das Leistungshindernis kannte, ihm also ein Vorwurf gemacht werden kann.

Für gewöhnlich werden die Schuldverträge wie folgt klassifiziert:

- Verpflichtende u. verfügende Verträge: Der verpflichtende Vertrag begründet ein Schuldverhältnis i.S.v. § 241, der verfügende Vertrag des Schuldrechts (zu sachenrechtlichen siehe unter „Dingliche Verträge“) ändert oder erfüllt das Schuldverhältnis, hebt es auf oder überträgt es: Abänderungs- oder Aufhebungsverträge, Erlass (§ 397²⁷), Forderungsabtretung (§ 398²⁸), Schuldübernahme (§§ 414 f.²⁹) und Aufrechnungsvertrag³⁰.

Satz 2 und 3 und Abs. 5 findet entsprechende Anwendung.

²⁷ § 397 (1) Das Schuldverhältnis erlischt, wenn der Gläubiger dem Schuldner durch Vertrag die Schuld erlässt. (2) Das Gleiche gilt, wenn der Gläubiger durch Vertrag mit dem Schuldner anerkennt, dass das Schuldverhältnis nicht bestehe.

²⁸ § 398 Eine Forderung kann von dem Gläubiger durch Vertrag mit einem anderen auf diesen übertragen werden (Abtretung). Mit dem Abschluss des Vertrags tritt der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers.

buch) stellen eine große Anzahl von Vertragstypen zur Auswahl. Je nach dem, welches wirtschaftliche Ziel die Parteien verfolgen, fällt ihre Vereinbarung in aller Regel unter einen dieser Vertragstypen. Geschmeidig für den Einzelfall gemacht werden diese an sich starren Regelungen einmal dadurch, dass man a) unter ihnen auswählen kann; b) dass sie in weiten Teilen dispositiv sind, die Parteien also störende Elemente wegschneiden und durch ihre Vorstellungen ersetzen können; c) durch die sog. Generalklauseln wie § 242 (Treu und Glauben) oder § 826²² (vorsätzliche sittenwidrige Schädigung); d) durch das Instrument der ‚ergänzenden Vertragsauslegung‘. Hierunter versteht man folgendes: Haben die Parteien an einen bestimmten Fall nicht gedacht, so ist der Vertrag mit dem zu ergänzen, was sie, d.h. die konkreten Parteien, vereinbart hätten, wenn sie vorausschauend die Lücke bedacht hätten.²³

Sofern das wirtschaftliche Ziel der Parteien nicht durch einen der vorhandenen Vertragstypen befriedigt werden kann, steht es ihnen frei, einen neuen Vertragstyp zu kreieren (etwa Leasing) oder verschiedene vorhandene Vertragstypen miteinander zu vermischen.

²² § 826 Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.

²³ K. LARENZ, *Schuldrecht*¹⁴, München, 1987, 1 ff.

Aus dem in Geltung gesetzten Vertrag entsteht ein Schuldverhältnis, vermöge dessen der Gläubiger eine Leistung fordern und der Schuldner diese erbringen muss. Bei den zweiseitigen Verträgen (Kauf) sind beide Seiten sowohl Gläubiger als auch Schuldner. Bei den einseitig verpflichtenden Schuldverhältnissen (Leihe) ist nur der eine (Verleiher) Gläubiger und der andere nur Schuldner (Leihnehmer). Erfüllt der Schuldner seine Verpflichtung nicht freiwillig, so kann der Gläubiger ihn verklagen und den solchermaßen erworbenen Titel im Wege der Zwangsvollstreckung durchsetzen.

Bislang noch nicht erörtert ist die Bestimmtheit des Vertrages. Dies ist nach der Anlage des BGB auch keine Frage des Vertragsrechts, sondern des Allgemeinen Teils. Es geht darum, ob die auf Abschluss des Vertrages gerichteten Willenserklärungen bestimmt sind oder nicht. Der Antrag auf Abschluss des Vertrages muss so hinreichend bestimmt sein, dass er mit einfachem „ja“ angenommen werden kann, er muss also die *essentialia negotii* bezeichnen, also Vertragsgegenstand, Vertragstyp, Vertragsparteien und die Gegenleistung. Die Gegenleistung kann offenbleiben, wenn sie mangels einer vertraglichen Regelung nach dem Verkehrsüblichen bestimmt werden kann.²⁴ Ein Angebot auf Abschluss eines

²⁴ H. DILCHER, in *Julius von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen*,

Vertrages kann sich auch *ad incertas personas* richten, klassischer Fall ist die Aufstellung eines Automaten.²⁵ Diese Konstellation ist abzugrenzen von der *invitatio ad offerendum*: Ist es für den Schuldner der Sachleistung, also den Verkäufer z.B. oder den Wirt, zu riskant, Angebote an eine theoretisch unbegrenzte Anzahl von Personen zu machen – schließlich kann er sich nicht sicher sein, alle dann einfach durch Annahme zustandekommenden Verträge auch erfüllen zu können – so wird man sein Verhalten als Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes deuten können. Der Kunde eines Warenhauses oder Gast eines Wirtshauses macht dann das Angebot – „Einmal Schnitzel mit Salat, bitte“ – das die andere Seite dann annehmen wird, wenn sie noch Schnitzel hat.

Seit der Schuldrechtsreform von 2002 sind auf eine unmögliche Leistung gerichtete Verträge wirksam (§ 311a²⁶). Natürlich kann aus einem

*Erstes Buch Allgemeiner Teil §§ 90-240*¹², Berlin, 1980, § 145 Rz. 17.

²⁵ H. DILCHER, in *Staudinger*, § 145 Rz. 19.

²⁶ § 311a (1) Der Wirksamkeit eines Vertrags steht es nicht entgegen, dass der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten braucht und das Leistungshindernis schon bei Vertragsschluss vorliegt. (2) Der Gläubiger kann nach seiner Wahl Schadensersatz statt der Leistung oder Ersatz seiner Aufwendungen in dem in § 284 bestimmten Umfang verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner das Leistungshindernis bei Vertragsschluss nicht kannte und seine Unkenntnis auch nicht zu vertreten hat. § 281 Abs. 1

(2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen.

(3) Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauer-schuldverhältnisse das Recht zur Kündigung.

Diese Vorschrift findet nur subsidiär Anwendung (vorrangig z.B. § 490⁴⁶ beim Darlehen). Die Regeln über die Unmöglichkeit und Gewährleis-

⁴⁶ § 490 (1) Wenn in den Vermögensverhältnissen des Darlehensnehmers oder in der Werthaltigkeit einer für das Darlehen gestellten Sicherheit eine wesentliche Verschlechterung eintritt oder einzutreten droht, durch die die Rückerstattung des Darlehens, auch unter Verwertung der Sicherheit, gefährdet wird, kann der Darlehensgeber den Darlehensvertrag vor Auszahlung des Darlehens im Zweifel stets, nach Auszahlung nur in der Regel fristlos kündigen. (2) Der Darlehensnehmer kann einen Darlehensvertrag, bei dem für einen bestimmten Zeitraum ein fester Zinssatz vereinbart und das Darlehen durch ein Grund- oder Schiffspfandrecht gesichert ist, unter Einhaltung der Fristen des § 489 Abs. 1 Nr. 2 vorzeitig kündigen, wenn seine berechtigten Interessen dies gebieten. Ein solches Interesse liegt insbesondere vor, wenn der Darlehensnehmer ein Bedürfnis nach einer anderweitigen Verwertung der zur Sicherung des Darlehens beliehenen Sache hat. Der Darlehensnehmer hat dem Darlehensgeber denjenigen Schaden zu ersetzen, der diesem aus der vorzeitigen Kündigung entsteht (Vorfalligkeitsentschädigung). (3) Die Vorschriften der §§ 313 und 314 bleiben unberührt.

tungen gehen § 313 vor. Streit besteht darüber, ob Fälle der „Zweckstörung“ und der „wirtschaftlichen Unmöglichkeit“ zur Unmöglichkeit oder zu § 313 gehören. Bei einseitigem Irrtum gehen die Regeln über die Irrtumsanfechtung (§§ 119 ff.⁴⁷) vor; der beiderseitige Motivirrtum ist

⁴⁷ § 119 (vgl. Fn. 7). § 120 Eine Willenserklärung, welche durch die zur Übermittlung verwendete Person oder Einrichtung unrichtig übermittelt worden ist, kann unter der gleichen Voraussetzung angefochten werden wie nach § 119 eine irrtümlich abgegebene Willenserklärung. § 121 (1) Die Anfechtung muss in den Fällen der §§ 119, 120 ohne schuldhaftes Zögern (unverzüglich) erfolgen, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt hat. Die einem Abwesenden gegenüber erfolgte Anfechtung gilt als rechtzeitig erfolgt, wenn die Anfechtungserklärung unverzüglich abgesendet worden ist. (2) Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn seit der Abgabe der Willenserklärung zehn Jahre verstrichen sind. § 122 (1) Ist eine Willenserklärung nach § 118 nichtig oder auf Grund der §§ 119, 120 angefochten, so hat der Erklärende, wenn die Erklärung einem anderen gegenüber abzugeben war, diesem, andernfalls jedem Dritten den Schaden zu ersetzen, den der andere oder der Dritte dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere oder der Dritte an der Gültigkeit der Erklärung hat. (2) Die Schadensersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Beschädigte den Grund der Nichtigkeit oder der Anfechtbarkeit kannte oder infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte (kennen musste). § 123 (1) Wer zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist, kann die Erklärung anfechten. (2) Hat ein Dritter die Täuschung verübt, so ist eine Erklärung, die einem anderen gegenüber

tratto’, di gran lunga più svariati rispetto agli altri ordinamenti giuridici europei.

JAKOB FORTUNAT STAGL
Catedrático de Derecho Romano
Universidad Bernardo O’Higgins
Santiago de Chile
E-mail: jakob.stagl@yahoo.de

Holzbetrieb weigert sich, einem Händler Sperrholzplatten zu liefern, da dieser die Platten zu Wucherpreisen (§ 138 Abs. 2¹⁰¹) weiterzuverkaufen gedenkt (RGZ 99, 157).

Korrekturfunktion. Diese ist heute weitestgehend in der gesetzlichen Regelung des Wegfalls der Geschäftsgrundlage aufgefangen.

ABSTRACT

Der Beitrag erläutert den Begriff ‚Vertrag‘ im deutschen Recht, indem zunächst das Verhältnis dieses Begriffes zum ‚Rechtsgeschäft‘ und zur ‚Willenserklärung‘ geklärt wird und von diesem Ausgangspunkt die - gegenüber anderen europäischen Rechtsordnungen - mannigfaltigen Anwendungsbereiche des ‚Vertrages‘ analysiert werden.

Nel saggio viene esaminato il concetto di ‘contratto’ nel diritto tedesco, anzitutto confrontandolo con i concetti di ‘negoziio giuridico’ e di ‘dichiarazione di volontà’. Alla luce di ciò vengono delineati gli ambiti di applicazione del ‘con-

¹⁰¹ Vgl. Fn. 6.

nummehr durch Abs. 2 des § 313 als Fall des Wegfalls der Geschäftsgrundlage ausdrücklich normiert.

Unter dem Begriff der Geschäftsgrundlage versteht man die nicht zum eigentlichen Vertragsinhalt erhobenen, aber bei Vertragsschluss zutage getretenen gemeinschaftlichen Vorstellungen beider Parteien oder die dem Geschäftspartner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Vertragspartei vom Vorhandensein, künftigen Eintritt oder Fortbestand gewisser vertragswesentlicher Umstände, auf denen der Geschäftswille der Parteien beruht⁴⁸. Geschäftsgrundlage können daher sowohl objektive als auch subjektive Umstände sein. Nicht zur Geschäftsgrundlage gehören Motive des Vertrags-

abzugeben war, nur dann anfechtbar, wenn dieser die Täuschung kannte oder kennen musste. Soweit ein anderer als derjenige, welchem gegenüber die Erklärung abzugeben war, aus der Erklärung unmittelbar ein Recht erworben hat, ist die Erklärung ihm gegenüber anfechtbar, wenn er die Täuschung kannte oder kennen musste. § 124 (1) Die Anfechtung einer nach § 123 anfechtbaren Willenserklärung kann nur binnen Jahresfrist erfolgen. (2) Die Frist beginnt im Falle der arglistigen Täuschung mit dem Zeitpunkt, in welchem der Anfechtungsberechtigte die Täuschung entdeckt, im Falle der Drohung mit dem Zeitpunkt, in welchem die Zwangslage aufhört. Auf den Lauf der Frist finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften der §§ 206, 210 und 211 entsprechende Anwendung. (3) Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn seit der Abgabe der Willenserklärung zehn Jahre verstrichen sind.

⁴⁸ RGZ 103, 328, 332.

schlusses, wie z.B. die Verlobung im Hinblick auf den Kauf von Wäsche für die Aussteuer (BGHZ 83, 283 ff.). Als Motiv wird man die Verlobung vor allem deshalb bezeichnen können, weil sie nur auf der einen Seite des Kaufvertrages eine Rolle spielt.

Vergleichbar BGH NJW 1985, 2693 ff.: G betreibt eine Gastwirtschaft auf dem von V gepachteten Grundstück. Er schließt mit der Brauerei B einen längerfristigen Vertrag über die Lieferung von Bier. V kündigt den Pachtvertrag, G bleibt gegenüber B in der Pflicht: der Fortbestand des Pachtvertrages war sein Risiko.

Die Geschäftsgrundlage fehlt hingegen, wenn die Genehmigung für die Inbetriebnahme einer bestimmten Industrieanlage nicht erteilt wird und damit das ganze Geschäft keinen Sinn mehr hat (BGH NJW 1972, 152 f.). Gleichfalls zur Geschäftsgrundlage gehören Ereignisse wie Krieg, Inflation, Naturkatastrophe u.ä. So fiel z.B. durch die Revolution im Iran die Geschäftsgrundlage für einen Vertrag über die Lieferung von Bier weg (BGH NJW 1984, 1746). Ebenfalls zur Geschäftsgrundlage gehört die Kaufkraft bei feststehenden Geldbeträgen in längerfristigen Verträgen, vor allem dann, wenn das Geschäft keinen spekulativen Charakter hatte und es um Zwecke der Versorgung geht (Pensionen)⁴⁹.

⁴⁹ Übersicht bei D. MEDICUS, J. PETERSEN, *Bürgerliches Recht*²², Köln, 2009, Rz. 166 s.

lich geregelt: „Der Schuldner kann die Leistung ferner verweigern, wenn er die Leistung persönlich zu erbringen hat und sie ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht zugemutet werden kann“. Beispiel: Der türkische Arbeitnehmer kann die Leistung von Diensten (Arbeitsvertrag) verweigern, wenn er in der Türkei zum Wehrdienst einberufen ist und bei Nichtbefolgen dieses Befehls mit einer schweren Strafe zu rechnen hat (BAG NJW 1983, 2782). Über die Geschäftsgrundlage (siehe oben) werden die Fälle „moralischer Unmöglichkeit“ gelöst: Ein jüdischer Drucker weigert sich den Satz einer Zeitschrift mit nationalsozialistischem Inhalt herzustellen (BAG JZ 1960, 545). Unzumutbar und damit über § 242⁹⁸ nicht durchsetzbar ist eine Leistungspflicht, wenn der Schuldner im Falle der Erfüllung ein verbotenes (§ 134⁹⁹) oder unsittliches (§ 138¹⁰⁰) Vorhaben unterstützen würde: Ein

⁹⁸ Vgl. Fn. 17.

⁹⁹ § 134 Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.

¹⁰⁰ Vgl. Fn. 6.

könnte aber seinerseits aus dem Vertrag und aus dem Gesetz (§ 985⁹⁵) vom Mieter wiederum sofort die Wiedereinräumung des eigenmächtig verschafften Besitzes verlangen. Daher ist der Anspruch des Mieters aus § 861⁹⁶ nicht durchsetzbar.

- Die Erfüllung kann unter Umständen aus persönlichen Gründen unzumutbar sein; dies ist bei persönlich zu erbringenden Leistungen der Fall; nunmehr in § 275 Abs. 3⁹⁷ gesetz-

Besitzer oder dessen Rechtsvorgänger gegenüber fehlerhaft war und in dem letzten Jahre vor der Entziehung erlangt worden ist.

⁹⁵ § 985 Der Eigentümer kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen.

⁹⁶ Vgl. Fn. 97.

⁹⁷ § 275 (1) Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist. (2) Der Schuldner kann die Leistung verweigern, soweit diese einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht. Bei der Bestimmung der dem Schuldner zuzumutenden Anstrengungen ist auch zu berücksichtigen, ob der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hat. (3) Der Schuldner kann die Leistung ferner verweigern, wenn er die Leistung persönlich zu erbringen hat und sie ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht zugemutet werden kann. (4) Die Rechte des Gläubigers bestimmen sich nach den §§ 280, 283 bis 285, 311a und 326.

7. Familienrechtliche Verträge.

Nach deutschem Verständnis ist auch der Eheschluss ein Vertrag. Durch einen sog. Ehevertrag ist es darüber hinaus möglich, vor oder nach dem Eheschluss eine Auswahl unter den gesetzlichen Güterständen zu treffen (Zugewinngemeinschaft, Gütergemeinschaft und Gütertrennung) sowie diese Güterstände zu modifizieren. Diese Befugnis erstreckt sich auf die Rechtsfolgen einer möglichen Scheidung, §1408⁵⁰ (sog. Scheidungsfolgenvereinbarung). Es ist also möglich, durch Vertrag die gesetzlich vorgesehenen Rechtsfolgen einer Scheidung *ex ante* zu modifizieren. Im Einzelnen:

- Gesetzlich vorgesehen ist die Wahl des Güterstandes in § 1408 Abs. 1: Bestimmung eines Wahlgüterstandes (Gütertrennung, Gütergemeinschaft) oder Modifizierung des gesetzlichen Güterstandes der Zugewinngemeinschaft. Beim Güterstand der Zugewinngemeinschaft bleiben die Vermögen der beiden Ehegatten getrennt, nach der Beendigung der Ehe hat

⁵⁰ § 1408 (1) Die Ehegatten können ihre güterrechtlichen Verhältnisse durch Vertrag (Ehevertrag) regeln, insbesondere auch nach der Eingehung der Ehe den Güterstand aufheben oder ändern. (2) Schließen die Ehegatten in einem Ehevertrag Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich, so sind insoweit die §§ 6 und 8 des Versorgungsausgleichsgesetzes anzuwenden.

freilich ein Ausgleich stattzufinden. Der netto gegenüber dem anderen erzielte Mehrgewinn ist zu halbieren. Bei der Gütertrennung bleiben die Vermögen der Ehegatten vollkommen getrennt, wohingegen bei der Gütergemeinschaft beide Vermögen miteinander verschmelzen.

- Gem. § 1408 Abs. 2 S. 1 kann der Versorgungsausgleich durch Ehevertrag (Form § 1410⁵¹: notarielle Beurkundung) ausgeschlossen werden (aber nur mindestens ein Jahr vor Stellung eines Scheidungsantrags).

- Vereinbarungen über nachehelichen Unterhalt für den Fall der Scheidung sind nach § 1585c S. 1⁵² möglich, sie bedürfen vor Rechtskraft der Scheidung der notariellen Beurkundung (§ 1585c S. 2), danach sind sie formfrei möglich.

In den letzten Jahren hat die Inhaltskontrolle von Eheverträgen besondere Bedeutung erlangt:

⁵¹ § 1410 Der Ehevertrag muss bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile zur Niederschrift eines Notars geschlossen werden.

⁵² § 1585c Die Ehegatten können über die Unterhaltspflicht für die Zeit nach der Scheidung Vereinbarungen treffen. Eine Vereinbarung, die vor der Rechtskraft der Scheidung getroffen wird, bedarf der notariellen Beurkundung. § 127a findet auch auf eine Vereinbarung Anwendung, die in einem Verfahren in Ehesachen vor dem Prozessgericht protokolliert wird.

längeren Zeitraum hinweg seine Forderung nicht durchsetzt und so der Schuldner darauf vertraut, der Gläubiger werde den Anspruch auch nicht für die Zukunft geltend machen⁹¹. Entscheidend ist das Vertrauen des Schuldners. – Diese Fallgruppe ist unter Geltung der alten regelmäßigen Verjährungsfrist von 30 Jahren entstanden. Ob sie so fortgeschrieben werden wird, ist sehr fraglich, da die regelmäßige Verjährung nunmehr 3 Jahre beträgt (§ 195⁹²).

- Forderungen sind dann nicht durchsetzbar, wenn die Leistung dem Schuldner sofort wieder rückerstattet werden muss: *dolo agit qui petit quod statim redditurus est*⁹³: Der Vermieter nimmt nach Beendigung des Mietverhältnisses dem Mieter die gemietete Sache weg. Zwar könnte der Mieter hier Wiedereinräumung des Besitzes verlangen, § 861⁹⁴. Der Vermieter

⁹¹ BGHZ 96, 103 ff.; 122, 308 ff.

⁹² § 195 Die regelmäßige Verjährungsfrist beträgt drei Jahre.

⁹³ BGH 116, 311 ff.

⁹⁴ § 861 (1) Wird der Besitz durch verbotene Eigenmacht dem Besitzer entzogen, so kann dieser die Wiedereinräumung des Besitzes von demjenigen verlangen, welcher ihm gegenüber fehlerhaft besitzt. (2) Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der entzogene Besitz dem gegenwärtigen

nicht möglich, unter Berufung auf § 266⁸⁷ die Zahlung von 499 Euro zu verweigern, wenn 500 geschuldet waren.

Ergänzung. § 242⁸⁸ ist die Grundlage ergänzender Nebenleistungspflichten oder Verhaltenspflichten des Schuldners wie auch anderer Beteiligter, hierher rühren Pflichten zur Treue, Mitwirkung, Schutz, Obhut, Aufklärung und Anzeige. Diese Verhaltenspflichten gelten nicht nur vorvertraglich, sondern auch nachvertraglich; ihre Verletzung führt zu Schadensersatzansprüchen aus § 280 Abs. 2⁸⁹.

Schranken. Treu und Glauben kann zur Aufhebung von Rechtspositionen führen, insoweit deren Durchsetzung eine unzulässige Rechtsausübung bedeuten würde. Es sind verschiedene Fallgruppen zu unterscheiden:

- In den Fällen des *venire contra factum proprium* setzt sich die eine Partei in Widerspruch zu ihrem sonstigen Verhalten.⁹⁰ Hierhin gehört nach Meinung des BGH der „Hamburger Parkplatz-Fall“ (siehe oben).
- Bei der Verwirkung geht es darum, dass der Gläubiger über einen

⁸⁷ § 266 Der Schuldner ist zu Teilleistungen nicht berechtigt.

⁸⁸ Vgl. Fn. 17.

⁸⁹ Vgl. Fn. 16.

⁹⁰ BGHZ 93, 64 ff.; 94, 344 ff.; 108, 380 ff.

Eheverträge werden häufig dazu benutzt, das gesetzliche Schutzsystem der Scheidungsfolgenregelungen einzuschränken (z. B. Ausschluss des Zugewinnausgleichs für den Scheidungsfall) oder insgesamt auszuschließen. Es fragt sich, inwieweit solche Ausschlüsse trotz ihres stark benachteiligenden Charakters wirksam sind. Der Bundesgerichtshof hatte in seiner älteren Rechtsprechung den Parteien weitestgehende Vertragsfreiheit zugestanden⁵³. Auf Grundlage einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts⁵⁴ hat der Bundesgerichtshof in einer grundlegenden Entscheidung einen sehr viel strengeren Maßstab für die Inhaltskontrolle von Eheverträgen entwickelt⁵⁵. Nach der vom Bundesgerichtshof entwickelten Kernbereichslehre kommt es bei der Beurteilung einer Vertragsklausel am Maßstab der guten Sitten darauf an, ob ein Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts betroffen ist, wobei verschiedene Stufen zu unterscheiden sind. Je höher die Stufe ist, desto stärkerer Rechtfertigung bedarf ein Eingriff in die gesetzliche Regelung:

- 1. Stufe: Betreuungsunterhalt nach § 1570⁵⁶

⁵³ BGH FamRZ 1996, 1536, 1537.

⁵⁴ BVerfGE 103, 89 = FamRZ 2001, 343.

⁵⁵ BGHZ 158, 81 = NJW 2004, 930 = FamRZ 2004, 601.

⁵⁶ § 1570 (1) Ein geschiedener Ehegatte kann von dem anderen wegen der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes für mindestens drei Jahre nach der Geburt Unterhalt verlangen. Die Dauer des Unterhaltsanspruchs verlängert sich, solange und soweit dies der Billig-

- 2. Stufe: Alters- und Krankheitsunterhalt (§§ 1571⁵⁷, 1572⁵⁸); Versorgungsausgleich (§ 1587⁵⁹)

keit entspricht. Dabei sind die Belange des Kindes und die bestehenden Möglichkeiten der Kinderbetreuung zu berücksichtigen. (2) Die Dauer des Unterhaltsanspruchs verlängert sich darüber hinaus, wenn dies unter Berücksichtigung der Gestaltung von Kinderbetreuung und Erwerbstätigkeit in der Ehe sowie der Dauer der Ehe der Billigkeit entspricht.

⁵⁷ § 1571 Ein geschiedener Ehegatte kann von dem anderen Unterhalt verlangen, soweit von ihm im Zeitpunkt 1. der Scheidung, 2. der Beendigung der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes oder 3. des Wegfalls der Voraussetzungen für einen Unterhaltsanspruch nach den §§ 1572 und 1573 wegen seines Alters eine Erwerbstätigkeit nicht mehr erwartet werden kann.

⁵⁸ § 1572 Ein geschiedener Ehegatte kann von dem anderen Unterhalt verlangen, solange und soweit von ihm vom Zeitpunkt 1. der Scheidung, 2. der Beendigung der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes, 3. der Beendigung der Ausbildung, Fortbildung oder Umschulung oder 4. des Wegfalls der Voraussetzungen für einen Unterhaltsanspruch nach § 1573 an wegen Krankheit oder anderer Gebrechen oder Schwäche seiner körperlichen oder geistigen Kräfte eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann.

⁵⁹ § 1587 Nach Maßgabe des Versorgungsausgleichsgesetzes findet zwischen den geschiedenen Ehegatten ein Ausgleich von im In- oder Ausland bestehenden Anrechten statt, insbesondere aus der gesetzlichen Rentenversicherung, aus anderen Regelsicherungssystemen wie der Beamtenversorgung oder der berufsständischen Versorgung, aus der betrieblichen Altersversorgung oder aus der privaten Alters- und Invaliditätsvorsorge.

nehmen lassen, so die Rechtsprechung⁸³. Wenn die Parteien sich dazu verpflichten, demnächst eine Handelsgesellschaft zu gründen, aber die Rechtsform nicht benennen, kann die Festlegung der richtigen Gesellschaftsform nicht dem Vorvertrag entnommen werden.⁸⁴ In einem solchen Fall ist der Vorvertrag rechtlich bedeutungslos.

10. Die Bedeutung von Treu und Glauben für Verträge.

Das Prinzip von Treu und Glauben (§ 242⁸⁵) hat überragende Bedeutung für das Schuldrecht (das rechtsschöpferische Potential von Treu und Glauben soll hier nicht untersucht werden). Man kann vier Funktionen unterscheiden: Konkretisierung, Ergänzung, Schranken bestimmter Rechte und Korrektur gesetzlicher oder vertraglicher Regelungen.

Konkretisierung. Schuldrechtliche Pflichten sind oftmals nicht präzise gefasst. Hier hilft § 242⁸⁶ dabei, dem Vertrag den richtigen Inhalt zu geben, wenn es im Detail zu Schwierigkeiten kommt. So ist es dem Gläubiger zum Beispiel

⁸³ RGZ 66, 116 ff.

⁸⁴ RGZ 106, 174 ff.

⁸⁵ Vgl. Fn. 17.

⁸⁶ Vgl. Fn. 17.

Verträge unterwirft die herrschende Meinung, wenn sie ihrem Inhalt nach dem Privatrecht angehören, den herkömmlichen Regeln über Verträge. Die heteronome Bildung des Vertragswillens einer Seite wird also nicht als wesentlich behandelt. Anders ist es in den Fällen der Zwangsbewirtschaftung (Festsetzung von Preisen, Einweisen von Mietern). Hier gestaltet die öffentliche Hand Rechtsverhältnisse aus eigener Kraft, so dass mangels privatautonomer Betätigung nicht mehr von einem Vertrag gesprochen werden kann.⁸²

IV. Vorvertrag.

Haben sich die Parteien über einen wesentlichen Punkt des ins Auge gefassten Vertrages nicht einigen können, sind sie aber gleichwohl zuversichtlich eine Einigung erzielen zu können, so ist es ihnen im Rahmen der Privatautonomie möglich einen sog. Vorvertrag zu schließen. Weigert sich dann eine der Parteien, den Hauptvertrag zu schließen, kann die Partei auf Abschluss des Hauptvertrages klagen. Wie aber ist der Hauptvertrag auszugestalten, da die Parteien ja ganz bewusst wichtige Punkte offen gelassen haben? Der Inhalt des Hauptvertrages müsse sich im Wege der Auslegung dem Vorvertrag ent-

⁸² W. FLUME, *Rechtsgeschäft*, § 33, 6, b; J. BUSCHE, in *MünchKomm BGB*, vor § 145, Rz. 12 ff.

- 3. Stufe: Unterhalt wegen Erwerbslosigkeit gem. § 1573⁶⁰

- 4. Stufe: Krankenvorsorge- und Altersvorsorgeunterhalt (§ 1578 Abs. 2 Var. 1, Abs. 3⁶¹)

⁶⁰ § 1573 (1) Soweit ein geschiedener Ehegatte keinen Unterhaltsanspruch nach den §§ 1570 bis 1572 hat, kann er gleichwohl Unterhalt verlangen, solange und soweit er nach der Scheidung keine angemessene Erwerbstätigkeit zu finden vermag. (2) Reichen die Einkünfte aus einer angemessenen Erwerbstätigkeit zum vollen Unterhalt (§ 1578) nicht aus, kann er, soweit er nicht bereits einen Unterhaltsanspruch nach den §§ 1570 bis 1572 hat, den Unterschiedsbetrag zwischen den Einkünften und dem vollen Unterhalt verlangen. (3) Absätze 1 und 2 gelten entsprechend, wenn Unterhalt nach den §§ 1570 bis 1572, 1575 zu gewähren war, die Voraussetzungen dieser Vorschriften aber entfallen sind. (4) Der geschiedene Ehegatte kann auch dann Unterhalt verlangen, wenn die Einkünfte aus einer angemessenen Erwerbstätigkeit wegfallen, weil es ihm trotz seiner Bemühungen nicht gelungen war, den Unterhalt durch die Erwerbstätigkeit nach der Scheidung nachhaltig zu sichern. War es ihm gelungen, den Unterhalt teilweise nachhaltig zu sichern, so kann er den Unterschiedsbetrag zwischen dem nachhaltig gesicherten und dem vollen Unterhalt verlangen.

⁶¹ § 1578 (1) Das Maß des Unterhalts bestimmt sich nach den ehelichen Lebensverhältnissen. Der Unterhalt umfasst den gesamten Lebensbedarf. (2) Zum Lebensbedarf gehören auch die Kosten einer angemessenen Versicherung für den Fall der Krankheit und der Pflegebedürftigkeit sowie die Kosten einer Schul- oder Berufsausbildung, einer Fortbildung oder einer Umschulung nach den §§ 1574, 1575. (3) Hat der geschiedene Ehegatte einen Unterhaltsanspruch nach den §§ 1570 bis 1573 oder § 1576, so gehören zum Lebensbedarf auch die Kosten einer angemessenen

- 5. Stufe: Ausbildungs- und Aufstockungsunterhalt (§§ 1575⁶², 1573 Abs. 2⁶³)
- 6. Stufe: Zugewinnausgleich (§ 1378 Abs. 1⁶⁴)

nen Versicherung für den Fall des Alters sowie der verminderten Erwerbsfähigkeit.

⁶² § 1575 (1) Ein geschiedener Ehegatte, der in Erwartung der Ehe oder während der Ehe eine Schul- oder Berufsausbildung nicht aufgenommen oder abgebrochen hat, kann von dem anderen Ehegatten Unterhalt verlangen, wenn er diese oder eine entsprechende Ausbildung sobald wie möglich aufnimmt, um eine angemessene Erwerbstätigkeit, die den Unterhalt nachhaltig sichert, zu erlangen und der erfolgreiche Abschluss der Ausbildung zu erwarten ist. Der Anspruch besteht längstens für die Zeit, in der eine solche Ausbildung im Allgemeinen abgeschlossen wird; dabei sind ehebedingte Verzögerungen der Ausbildung zu berücksichtigen. (2) Entsprechendes gilt, wenn sich der geschiedene Ehegatte fortbilden oder umschulen lässt, um Nachteile auszugleichen, die durch die Ehe eingetreten sind. (3) Verlangt der geschiedene Ehegatte nach Beendigung der Ausbildung, Fortbildung oder Umschulung Unterhalt nach § 1573, so bleibt bei der Bestimmung der ihm angemessenen Erwerbstätigkeit (§ 1574 Abs. 2) der erreichte höhere Ausbildungsstand außer Betracht.

⁶³ Vgl. Fn. 63.

⁶⁴ § 1378 (1) Übersteigt der Zugewinn des einen Ehegatten den Zugewinn des anderen, so steht die Hälfte des Überschusses dem anderen Ehegatten als Ausgleichsforderung zu. (2) Die Höhe der Ausgleichsforderung wird durch den Wert des Vermögens begrenzt, das nach Abzug der Verbindlichkeiten bei Beendigung des Güterstands vorhanden ist. Die sich nach Satz 1 ergebende Begrenzung der Ausgleichsforderung erhöht sich in den Fällen des § 1375 Absatz 2 Satz 1 um den dem Endvermögen hinzuzurechnen-

Problem, wie denn bei der Straßenbahnfahrt der Vertrag zustande kommt, löst man über die Lehre von den konkludenten Willenserklärungen.

Etwas anders gelagert sind die Fälle fehlerhafter (manchmal auch faktischer) Dauerschuldverhältnisse: Arbeitsvertrag und Gesellschaftsvertrag. Wird ein solcher Vertrag mit einem Geburtsfehler in Vollzug gesetzt, so kann die Unwirksamkeit nicht *ex tunc* geltend gemacht werden, sondern nur *pro futuro*. Dahinter stehen letztlich Praktikabilitätsüberlegungen. Wenn man nämlich diese Verhältnisse *ex tunc* als unwirksam behandeln würde, stünde man vor dem Problem, das möglicherweise über Jahre währende Schuldverhältnis komplett über wechselseitige Bereicherungsansprüche rückabwickeln zu müssen. Daher behandelt man diese Verhältnisse bis zum Streitfall als faktisch wirksam. Auf Mietverträge findet diese Lehre keine Anwendung.⁸⁰

III. Kontrahierungszwang: Diktierte Verträge.

Aufgrund Gesetzes, eines Verwaltungsakts oder aus einer Monopolstellung heraus kann eine (oder beide) der Parteien verpflichtet sein, einen Vertrag zu schließen (vor allem im Bereich der Daseinsvorsorge⁸¹). Solchermaßen erzwungene

⁸⁰ E.A. KRAMER, in *MünchKomm BGB*, Einl. Bd. 2, Rz. 64 ff., 32 ff.

⁸¹ Beispiel bei J. BUSCHE, in *MünchKomm BGB*, vor § 145 Rz. 15.

II. ‚Faktische Verträge‘.

Der Begriff geht zurück auf eine Monographie von Haupt „Über faktische Vertragsverhältnisse“. Diese Lehre geht davon aus, dass im modernen Massenverkehr (gemeint vor allem: öffentliche Verkehrsmittel), die Kunden keinen Willen hätten, einen Vertrag zu schließen, sondern lediglich den faktischen Erfolg einer Beförderung herbeiführen wollen. Da der Kunde nicht einen rechtlichen Erfolg herbeiführen wolle, gebe er auch keine Willenserklärung ab und entstehe infolgedessen auch kein Vertrag, sondern eben ein ‚faktisches Vertragsverhältnis‘.⁷⁸ Entfremdet wurde diese Lehre im „Hamburger Parkplatz-Fall“ (BGH 21, 319 ff.): Die Stadt Hamburg hatte einen Teil des Marktes vor dem Rathaus als gebührenpflichtigen Parkplatz gewidmet. Ein Benutzer meinte, das Parken gehöre nach wie vor zum Gemeingebrauch (wie die Nutzung öffentlicher Straßen auch) und verweigerte die Zahlung der Gebühr. Vielmehr fuhr er unter Protest gegen die Zahlungspflicht auf den Parkplatz und stellte das Auto ab. Der BGH entschied, dass hier ein – faktischer – Vertrag zustande gekommen sei; der Nutzer musste also zahlen. Diese Lehre wird heute allgemein abgelehnt und das Urteil des BGH gilt heute als falsch⁷⁹. Das dogmatische

⁷⁸ J. BUSCHE, in *MünchKomm BGB*, § 151 Rz. 9.

⁷⁹ Ausführlich D. MEDICUS, J. PETERSEN, *Bürgerliches Recht*, Rz. 188 ff., 88 ff.

8. Erbrechtliche Verträge.

Der Erblasser kann mit jedem Dritten (also nicht nur nahen Verwandten bzw. der Ehefrau) einen Vertrag schließen, vermöge dessen er jemanden zum Erben einsetzen oder ihm etwas vermachen kann (§§ 2274 ff.⁶⁵). Normalerweise

den Betrag. (3) Die Ausgleichsforderung entsteht mit der Beendigung des Güterstands und ist von diesem Zeitpunkt an vererblich und übertragbar. Eine Vereinbarung, die die Ehegatten während eines Verfahrens, das auf die Auflösung der Ehe gerichtet ist, für den Fall der Auflösung der Ehe über den Ausgleich des Zugewinns treffen, bedarf der notariellen Beurkundung; § 127a findet auch auf eine Vereinbarung Anwendung, die in einem Verfahren in Ehesachen vor dem Prozessgericht protokolliert wird. Im Übrigen kann sich kein Ehegatte vor der Beendigung des Güterstands verpflichten, über die Ausgleichsforderung zu verfügen.

⁶⁵ § 2274 Der Erblasser kann einen Erbvertrag nur persönlich schließen. § 2275 (1) Einen Erbvertrag kann als Erblasser nur schließen, wer unbeschränkt geschäftsfähig ist. (2) Ein Ehegatte kann als Erblasser mit seinem Ehegatten einen Erbvertrag schließen, auch wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist. Er bedarf in diesem Falle der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters; ist der gesetzliche Vertreter ein Vormund, so ist auch die Genehmigung des Familiengerichts erforderlich. (3) Die Vorschriften des Absatzes 2 gelten entsprechend für Verlobte, auch im Sinne des Lebenspartnerschaftsgesetzes. § 2276 (1) Ein Erbvertrag kann nur zur Niederschrift eines Notars bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile geschlossen werden. Die Vorschriften der § 2231 Nr. 1 und der §§ 2232, 2233 sind anzuwenden; was nach diesen Vorschriften für den Erblasser gilt, gilt für jeden der Vertragsschließenden.

sind letztwillige Verfügungen jederzeit frei widerruflich (§ 2253⁶⁶). Gleichwohl erlaubt das deutsche Erbrecht im Rahmen eines Erbvertrags, dass der Erblasser mit dem Erben oder einem Dritten eine bindende Verfügung von Todes wegen trifft. Es handelt sich insoweit um eine selbstverantwortete Einschränkung der Testierfreiheit, die anderen Rechtsordnungen unbekannt ist. Besondere Probleme bereitet die Rechtfertigung dieses Institutes: Kann man die wechselseitig bindende Verfügung zweier Personen füreinander noch mit dem Vertragsgedanken erklären, bleibt offen, wieso sich der Erblasser einem Dritten gegenüber binden können soll. Dieser Mangel an Rechtfertigung schlägt sich nieder in der erleichterten Lösung von vertraglich bindenden Verfügungen (hierzu sogleich).

Der Erbvertrag ist ein Vertrag *sui generis* bzw. ein zweiseitiges Rechtsgeschäft von Todes wegen. Es handelt sich nicht um einen dinglichen Vertrag, da infolge eines Erbvertrages die dingliche Rechtslage sich nicht ändert. Es handelt sich auch nicht um einen obligatorischen Vertrag, da durch den Erbvertrag keine Verpflichtung geschaffen

(2) Für einen Erbvertrag zwischen Ehegatten oder zwischen Verlobten, der mit einem Ehevertrag in derselben Urkunde verbunden wird, genügt die für den Ehevertrag vorgeschriebene Form.

⁶⁶ § 2253 Der Erblasser kann ein Testament sowie eine einzelne in einem Testament enthaltene Verfügung jederzeit widerrufen.

9. Sonderformen des Vertrages.

I. Allgemeine Geschäftsbedingungen.

Vor Inkrafttreten des Gesetzes über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen von 1978 gab es zwei Theorien, wie man Allgemeine Geschäftsbedingungen in Geltung setzen kann: Nach einer Auffassung müssen sie einen mit Gesetzen vergleichbaren Geltungsgrund haben (Normtheorien), nach der anderen Auffassung müssen sie kraft vertraglicher Vereinbarung gelten (Vertragstheorie). Das Gesetz von 1978 geht davon aus, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen nur kraft vertraglicher Vereinbarung gelten können⁷⁶. Die vertragliche Vereinbarung der allgemeineren Geschäftsbedingungen ist kein selbständiger Vertrag, sondern integraler Bestandteil des ‚Gesamtvertrages‘, bestehend aus dem – theoretisch – frei ausgehandelten Hauptvertrag oder Vertragskern und der Vereinbarung über die Geltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Diese unselbständige Natur der Vereinbarung über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen zeigt sich darin, dass diese Vereinbarung vom Bestehen des Hauptvertrages abhängt;⁷⁷ gleichwohl ist es aus praktischen Gründen möglich, die Geltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen gesondert vom Hauptvertrag zu vereinbaren.

⁷⁶ J. BUSCHE, in *MünchKomm BGB*, vor § 145 Rz. 36.

⁷⁷ CH. GRÜNEBERG, in *Palandt*, § 305 Rz. 42.

eingeschränkt wird, als es bei herkömmlichen Verträgen der Fall ist.

Durch die §§ 2286 ff.⁷⁵ ist der Vertragspartner davor geschützt, dass sich der Erblasser durch fraudulöse Verfügungen unter Lebenden seinen Verpflichtungen aus dem Erbvertrag entzieht.

⁷⁵ § 2286 Durch den Erbvertrag wird das Recht des Erblassers, über sein Vermögen durch Rechtsgeschäft unter Lebenden zu verfügen, nicht beschränkt. § 2287 (1) Hat der Erblasser in der Absicht, den Vertragserben zu beeinträchtigen, eine Schenkung gemacht, so kann der Vertragserbe, nachdem ihm die Erbschaft angefallen ist, von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenks nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern. (2) Die Verjährungsfrist des Anspruchs beginnt mit dem Erbfall. § 2288 (1) Hat der Erblasser den Gegenstand eines vertragsmäßig angeordneten Vermächtnisses in der Absicht, den Bedachten zu beeinträchtigen, zerstört, beiseite geschafft oder beschädigt, so tritt, soweit der Erbe dadurch außerstande gesetzt ist, die Leistung zu bewirken, an die Stelle des Gegenstands der Wert. (2) Hat der Erblasser den Gegenstand in der Absicht, den Bedachten zu beeinträchtigen, veräußert oder belastet, so ist der Erbe verpflichtet, dem Bedachten den Gegenstand zu verschaffen oder die Belastung zu beseitigen; auf diese Verpflichtung findet die Vorschrift des § 2170 Abs. 2 entsprechende Anwendung. Ist die Veräußerung oder die Belastung schenkweise erfolgt, so steht dem Bedachten, soweit er Ersatz nicht von dem Erben erlangen kann, der im § 2287 bestimmte Anspruch gegen den Beschenkten zu.

wird, eine letztwillige Verfügung zu treffen – ein solcher Vertrag wäre wegen § 2302⁶⁷ unwirksam –, sondern vielmehr die Verfügung getroffen wird. Dementsprechend sind auch die Vorschriften über schuldrechtliche Verträge nicht auf den Erbvertrag anwendbar.

Der Erbvertrag kann zwischen beliebigen Personen abgeschlossen werden, er bedarf zu seiner Wirksamkeit der notariellen Beurkundung.

Verträge sind ihrem Wesen nach bindend, doch wem gegenüber soll der Erbvertrag bindend sein, gegenüber dem Bedachten oder gegenüber dem Vertragspartner, der wie gesagt ein beliebiger Dritter sein kann? Die Bindungswirkung besteht nur gegenüber dem Vertragspartner, der Bedachte hat keine soweit geschützte Rechtsposition, dass man von einer Anwartschaft sprechen könnte, insbesondere ist der Erbvertrag auch kein verfügender Vertrag zugunsten Dritter. Dementsprechend können die Parteien einen Erbvertrag jederzeit aufheben (§ 2290⁶⁸).

⁶⁷ § 2302 Ein Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten oder nicht zu errichten, aufzuheben oder nicht aufzuheben, ist nichtig.

⁶⁸ § 2290 (1) Ein Erbvertrag sowie eine einzelne vertragsmäßige Verfügung kann durch Vertrag von den Personen aufgehoben werden, die den Erbvertrag geschlossen haben. Nach dem Tode einer dieser Personen kann die Aufhebung nicht mehr erfolgen. (2) Der Erblasser kann den Vertrag nur persönlich schließen. Ist er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf er nicht der Zustimmung

Ein Rücktritt vom Erbvertrag ist möglich, wenn sich die Parteien dies vorbehalten haben (§ 2293⁶⁹), bei schweren Verfehlungen des Bedachten (§ 2294⁷⁰) oder wenn eine synallagmatisch verknüpfte Verpflichtung der Gegenseite entfällt (§ 2295⁷¹). Der Erbvertrag kann indes auch we-

seines gesetzlichen Vertreters. (3) Steht der andere Teil unter Vormundschaft, so ist die Genehmigung des Familiengerichts erforderlich. Das Gleiche gilt, wenn er unter elterlicher Sorge steht, es sei denn, dass der Vertrag unter Ehegatten oder unter Verlobten, auch im Sinne des Lebenspartnerschaftsgesetzes, geschlossen wird. Wird die Aufhebung vom Aufgabenkreis eines Betreuers erfasst, ist die Genehmigung des Betreuungsgerichts erforderlich. (4) Der Vertrag bedarf der im § 2276 für den Erbvertrag vorgeschriebenen Form.

⁶⁹ § 2293 Der Erblasser kann von dem Erbvertrag zurücktreten, wenn er sich den Rücktritt im Vertrag vorbehalten hat.

⁷⁰ § 2294 Der Erblasser kann von einer vertragsmäßigen Verfügung zurücktreten, wenn sich der Bedachte einer Verfehlung schuldig macht, die den Erblasser zur Entziehung des Pflichtteils berechtigt oder, falls der Bedachte nicht zu den Pflichtteilsberechtigten gehört, zu der Entziehung berechtigen würde, wenn der Bedachte ein Abkömmling des Erblassers wäre.

⁷¹ § 2295 Der Erblasser kann von einer vertragsmäßigen Verfügung zurücktreten, wenn die Verfügung mit Rücksicht auf eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung des Bedachten, dem Erblasser für dessen Lebenszeit wiederkehrende Leistungen zu entrichten, insbesondere Unterhalt zu gewähren, getroffen ist und die Verpflichtung vor dem Tode des Erblassers aufgehoben wird.

gen Irrtums angefochten werden (§ 2281⁷²), und zwar vom Erblasser selbst oder denjenigen Personen, denen ein Wegfall der angefochtenen Personen zustatten käme (§ 2281). Damit findet auch § 2078 Abs. 2⁷³ auf die Anfechtung von erbvertraglichen Verfügungen Anwendung. Diese Vorschrift lässt eine Anfechtung wegen Motivirrtums in sehr viel weiterem Umfang zu, als es der für sonstige Willenserklärungen geltende § 119 Abs. 2⁷⁴ vorsieht. Bei letztwilligen Verfügungen ist gerade nicht auf den „Rechtsverkehr“ Rücksicht zu nehmen, sodass die Irrtumsanfechtung weniger

⁷² § 2281 (1) Der Erbvertrag kann auf Grund der §§ 2078, 2079 auch von dem Erblasser angefochten werden; zur Anfechtung auf Grund des § 2079 ist erforderlich, dass der Pflichtteilsberechtigte zur Zeit der Anfechtung vorhanden ist. (2) Soll nach dem Tode des anderen Vertragschließenden eine zugunsten eines Dritten getroffene Verfügung von dem Erblasser angefochten werden, so ist die Anfechtung dem Nachlassgericht gegenüber zu erklären. Das Nachlassgericht soll die Erklärung dem Dritten mitteilen.

⁷³ § 2078 (1) Eine letztwillige Verfügung kann angefochten werden, soweit der Erblasser über den Inhalt seiner Erklärung im Irrtum war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte und anzunehmen ist, dass er die Erklärung bei Kenntnis der Sachlage nicht abgegeben haben würde. (2) Das Gleiche gilt, soweit der Erblasser zu der Verfügung durch die irrtümliche Annahme oder Erwartung des Eintritts oder Nichteintritts eines Umstands oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist. (3) Die Vorschrift des § 122 findet keine Anwendung.

⁷⁴ Vgl. Fn. 7.