



HEMMER / WÜST

BGB-AT II

Das Scheitern des Primäranspruchs

Das Prüfungswissen

- für Studium
- und Examen

16. Auflage

E-BOOK SKRIPT BGB AT II

Das Scheitern des Primäranspruchs

Autoren: Hemmer/Wüsti/Tyroller

16. Auflage 2020

ISBN: 978-3-86193-963-4

INHALTSVERZEICHNIS

E-BOOK SKRIPT BGB AT II

§ 1 EINLEITUNG

A. Mängel des Rechtsgeschäfts

B. Prüfung von Einwendungen und Einreden im Anspruchsaufbau

I. Rechtshindernde Einwendungen

II. Rechtvernichtende Einwendungen und rechtshemmende Einreden

III. Aufbauschema

§ 2 DIE RECHTSHINDERNDEN EINWENDUNGEN IM EINZELNEN

A. § 105 BGB

I. Nichtigkeit nach § 105 I BGB

1. Die Betreuung volljähriger Geschäftsunfähiger

2. Geschäfte des täglichen Lebens volljähriger Geschäftsunfähiger, § 105a BGB

II. Nichtigkeit nach § 105 II BGB

III. Vertretung und entsprechende Anwendung von § 105 BGB

IV. Exkurs: Prozessfähigkeit des Geschäftsunfähigen

B. §§ 108 I, 111 BGB

I. Schwebende Unwirksamkeit

II. Rechtsfolgen bei Willenserklärungen beschränkt Geschäftsfähiger

1. Rechtlich vorteilhafte Willenserklärungen

2. Rechtlich nachteilige Willenserklärungen

a) Rechtsfolge bei einseitigen Rechtsgeschäften

b) Rechtsfolge bei mehrseitigen Rechtsgeschäften

III. Zustimmungsfreie Geschäfte nach § 107 BGB

1. Höchstpersönliche Rechtsgeschäfte

2. Rechtlich vorteilhafte Rechtsgeschäfte

IV. Zustimmungsbedürftige Geschäfte

1. Vertretungsmacht des Zustimmenden

2. Formen der Zustimmung

a) Einwilligung

b) Genehmigung und schwebende Unwirksamkeit: § 108 BGB

3. Wirkung der Zustimmung

V. Notwendigkeit der Genehmigung des Familiengerichts nach §§ 1643, 1821, 1822 BGB

1. Zweck

2. Genehmigung i.S.v. § 1643 BGB

3. Einwand der schwebenden Unwirksamkeit

VI. Sonderprobleme

1. Vererbung eines Handelsgeschäfts auf Erbengemeinschaft mit Beteiligung Minderjähriger und fehlerhafte Gesellschaft

2. Fehlerhaftes Arbeitsverhältnis

C. § 116 S. 2 BGB, geheimer Vorbehalt

- I. Anwendungsbereich
- II. Beachtlichkeit des Vorbehalts

D. § 117 BGB, Scheinerklärung

- I. Anwendungsbereich
- II. Rechtsfolgen
 1. Nichtigkeit des Scheingeschäfts
 2. Wirksamkeit des verdeckten (dissimulierten) Geschäfts
- III. Abgrenzung zum Treuhand-, Strohmann- und Umgehungsgeschäft
 1. Treuhandgeschäft
 2. Strohmangeschäfte
 3. Umgehungsgeschäft

E. § 118 BGB, Scherzerklärung

- I. Anwendungsbereich
- II. Rechtsfolge

F. § 125 BGB, Formunwirksamkeit

- I. Funktionen der Formbedürftigkeit
- II. Voraussetzungen der Formnichtigkeit
 1. Anordnung eines Formerfordernisses
 - a) Schriftform
 - b) Elektronische Form, § 126a BGB
 - c) Textform, § 126b BGB
 - d) Notarielle Beurkundung, § 128 BGB
 - e) Öffentliche Beglaubigung, § 129 BGB
 - f) Rechtsgeschäftlich begründetes Formerfordernis, § 127 BGB
 - g) Sonderformen
 2. Ausnahmen vom Formerfordernis
- III. Umfang des Formerfordernisses
 1. Nebenabreden
 2. „Einseitige“ Formbedürftigkeit
 3. Änderungen und Ergänzungen eines formbedürftigen Vertrages
 4. Abschluss eines Vorvertrages
 5. Erteilung einer Vollmacht zum Abschluss eines formbedürftigen Vertrages
 6. Aufhebung eines formbedürftigen Rechtsgeschäfts
 7. Sonderfragen der Formbedürftigkeit
 - a) Abtretung von Auflassungsansprüchen
 - b) Formbedürftigkeit von Gesellschaftsverträgen
 - c) Formbedürftigkeit, Andeutungstheorie und „falsa demonstratio“
- IV. Rechtsfolgen bei Nichtbeachtung der Form
 1. Gesetzliches Formerfordernis
 2. Rechtsgeschäftlich vereinbartes Formerfordernis
 3. Durchbrechung des § 125 BGB durch Treu und Glauben
 - a) Bewusste Nichtbeachtung der Form
 - b) Täuschung über Formbedürftigkeit

c) Versehentliche Nichtbeachtung der Form

G. § 134 BGB, Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot

I. Anwendungsbereich

II. Voraussetzungen

1. Verbotsgesetz
2. Verstoß gegen Verbotsgesetz
3. Verbotsgesetz erfordert Nichtigkeit
 - a) Ordnungsvorschriften
 - b) Inhaltsverbote
 - c) Einzelne Verbotsgesetze i.S.d. § 134 BGB
 - d) Verstoß gegen SchwArbG als „Examensklassiker“
4. Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäfts
5. Umgehungsgeschäfte

III. Schadensersatz bei verbotswidrigen Rechtsgeschäften

H. § 138 BGB, Sittenwidrigkeit

I. Anwendungsbereich

1. Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft
2. Einseitige Rechtsgeschäfte
3. Besonderheiten im Gesellschaftsrecht
4. Verhältnis von § 138 BGB zu anderen Vorschriften

II. Voraussetzungen

1. Sittenverstoß
2. Subjektive Vorwerfbarkeit
3. Fallgruppen des § 138 I BGB
 - a) Sittenwidriges Verhalten gegenüber dem Geschäftspartner
 - b) Sittenwidriges Verhalten gegenüber der Allgemeinheit
 - c) Sittenwidriges Verhalten gegenüber Dritten

III. Wucher, § 138 II BGB

1. Voraussetzungen
 - a) Auffälliges Missverhältnis
 - b) Zwangslage des Bewucherten
 - c) Ausnutzen der Zwangslage durch Wucherer
2. Rechtsfolge

I. § 311b II BGB: Vertrag über künftiges Vermögen

I. Normzweck und Anwendungsbereich

II. Voraussetzungen

1. Verpflichtungsvertrag
2. Künftiges Vermögen als Vertragsgegenstand
3. Vermögensübertragung

III. Rechtsfolgen

J. § 311b IV BGB: Vertrag über Nachlass eines lebenden Dritten

I. Anwendungsbereich

II. Voraussetzungen

1. Schuldrechtlicher Vertrag

2. Nachlass eines lebenden Dritten

3. Ausnahmen

K. § 1365 BGB: Einschränkung der Verfügungsmacht über Vermögen im Ganzen

I. Allgemeines

II. Voraussetzungen

1. Güterstand der Zugewinnngemeinschaft

2. Vermögen im Ganzen

a) Nahezu gesamtes Vermögen

b) Kenntnis des Erwerbers

3. Einwilligung

III. Rechtsfolgen

L. § 1369 BGB: Verfügungen über Haushaltsgegenstände

I. Allgemeines

II. Voraussetzungen

1. Haushaltsgegenstände

2. Problem: Eigentum am Haushaltsgegenstand

3. Ohne Zustimmung

III. Rechtsfolgen

M. § 2302 BGB: Unbeschränkbarkeit der Testierfreiheit

I. Anwendungsbereich

II. Ausnahmen

SCHON GEWUSST?

WIEDERHOLUNGSFRAGEN / RANDNR.

STICHWORTVERZEICHNIS

§ 1 EINLEITUNG

A. Mängel des Rechtsgeschäfts

Haben die Parteien eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung geschlossen, so ist damit noch lange nicht gesagt, dass die daraus resultierenden Forderungsrechte auch tatsächlich entstanden sind oder erfolgreich durchgesetzt werden können.

1

Das Rechtsgeschäft kann mit Mängeln von unterschiedlicher Art und Schwere behaftet sein. Diesen Mängeln trägt das Zivilrecht in Form von Einreden und Einwendungen Rechnung.

hemmer-Methode: Der Unterschied zwischen Einwendungen und Einreden wird allgemein darin gesehen, dass Erstere von Amts wegen zu berücksichtigen sind, Einreden dagegen vom Schuldner geltend gemacht werden müssen. Jedoch werden Einreden und Einwendungen auch unter dem Oberbegriff der Einwendungen i.w.S. zusammengefasst. Der Sprachgebrauch ist nicht immer einheitlich.

Die Einwendungen unterteilt man in rechtshindernde und rechtsvernichtende Einwendungen, während man bei den Einreden zwischen dauernd und nur vorübergehend rechtshemmenden Einreden unterscheidet. Letztere Unterscheidung erlangt Bedeutung für den Kondiktionsanspruch aus § 813 I S. 1 BGB, welcher nur bei dauernden Einreden gegeben ist.¹ Beachten Sie aber bitte, dass das Gesetz teilweise diese Begriffe nicht sauber verwendet. So sprechen z.B. die §§ 404, 359 BGB, 129 I HGB von *Einwendungen*. Nach allgemeiner Ansicht gelten diese Vorschriften auch (§§ 404, 359 BGB) bzw. gerade (§ 129 I HGB) für die *Einreden*.

- Rechtshindernde Einwendung

Auf der ersten Ebene stehen rechtshindernde Einwendungen. Rechtsfolge von rechtshindernden Einwendungen ist die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts, d.h. der Anspruch gelangt erst gar nicht zur Entstehung.

2

Bsp.: Ein Anspruch aus § 433 I, II BGB entsteht nicht, sofern eine gesetzliche Formvorschrift nicht eingehalten wurde, § 125 I BGB, falls eine der Vertragsparteien geschäftsunfähig war, §§ 104, 105 I BGB, oder der Vertrag gegen die guten Sitten verstößt, § 138 I, II BGB.

Rechtshindernde Einwendungen entstehen aus Normen mit einem zwingenden Schutzzweck. Der Schutzzweck dieser Normen steht aufgrund seines zwingenden Charakters auch *nicht zur Disposition* der Parteien. Gleichwohl können diese Mängel ihre Beachtlichkeit verlieren, wenn die Parteien *später* einen Tatbestand verwirklichen, hinter welchem der Schutzzweck der Vorschrift dann zurücktritt, vgl. § 311b I S. 2 BGB, §§ 766 S. 3, 518 II, 2301 II BGB. Mit dem heilenden Vorgang verliert der Formmangel seine Relevanz; das Rechtsgeschäft wird voll wirksam.

3

hemmer-Methode: Rechtshindernde Einwendungen stören den Anspruch bereits in seiner Entstehung. Er ist damit gescheitert. Im Prozess sind rechtshindernde Einwendungen von Amts wegen zu beachten. Es ist nicht notwendig, dass sich die Partei darauf beruft. Die tatsächlichen Umstände der Einwendung allein bewirken, dass das geltend gemachte Recht untergraben wird.

- Rechtsvernichtende Einwendung

Während rechtshindernde Einwendungen den Anspruch nicht entstehen lassen, führen rechtsvernichtende Einwendungen zur nachträglichen Zerstörung eines zunächst wirksam entstandenen Anspruchs.

4

Rechtsfolge einer rechtsvernichtenden Einwendung ist, dass ein zunächst entstandener Anspruch nachträglich untergeht.

Bsp.: Ein Anspruch aus einem Kaufvertrag auf Zahlung des Kaufpreises nach § 433 II BGB geht unter, wenn der Schuldner zahlt, § 362 I BGB, wenn der Gläubiger dem Schuldner die Schuld erlassen hat, § 397 BGB, oder wenn der Schuldner gegen

1 Vgl. Hemmer/Wüst, Bereicherungsrecht, Rn. 292.

den geltend gemachten Anspruch mit einer eigenen Forderung aufgerechnet hat, §§ 387-389 BGB.

hemmer-Methode: Da rechtshindernde Einwendungen einen Anspruch gar nicht erst entstehen lassen, sind sie in der Klausur stets vor den rechtsvernichtenden Einwendungen zu prüfen: Grundsätzlich kann nur ein bestehender und wirksamer Anspruch wieder vernichtet werden. Eine scheinbare Ausnahme von diesem Grundsatz bildet jedoch der Fall der sog. Doppelnichtigkeit (bzw. der sog. Kipp'schen Lehre von der Doppelwirkung im Recht):² Danach kann auch ein nichtiges Rechtsgeschäft noch angefochten werden, was insbesondere in der Praxis dann von Bedeutung ist, wenn die Anfechtbarkeit (z.B. arglistige Täuschung) leicht zu beweisen ist, die Nichtigkeit (z.B. wegen Sittenwidrigkeit, § 138 BGB) jedoch nicht. Auch bei Fragen des gutgläubigen Erwerbs §§ 932, 142 II BGB wirkt die Anfechtung stärker als die Nichtigkeit wegen fehlender Geschäftsfähigkeit. Sie sollten aber auch in diesem Fall der Systematik entsprechend die rechtshindernden vor den rechtsvernichtenden Einwendungen prüfen.

Die rechtsvernichtende Einwendung ist ebenfalls *von Amts wegen* zu beachten. Dennoch haben einige Einwendungen ihre Grundlage in subjektiven (Gestaltungs-)Rechten.

So steht die Aufrechnung im Belieben des Schuldners. Er kann sich von der gegen ihn gerichteten Forderung durch Erklärung der Aufrechnung befreien. Diese Befugnis ist *Inhalt seines Gestaltungsrechts*, das er mittels einer empfangsbedürftigen Willenserklärung ausüben kann, § 388 S. 1 BGB. Hat er aber eine solche Aufrechnungserklärung abgegeben, dann bewirkt diese das Erlöschen der Forderung in dem Umfang, in welchem sie sich mit der Gegenforderung summenmäßig deckt, § 389 BGB. Diese Zerstörung der Forderung ist eine Tatsache, die der Richter von Amts wegen zu beachten hat.

5

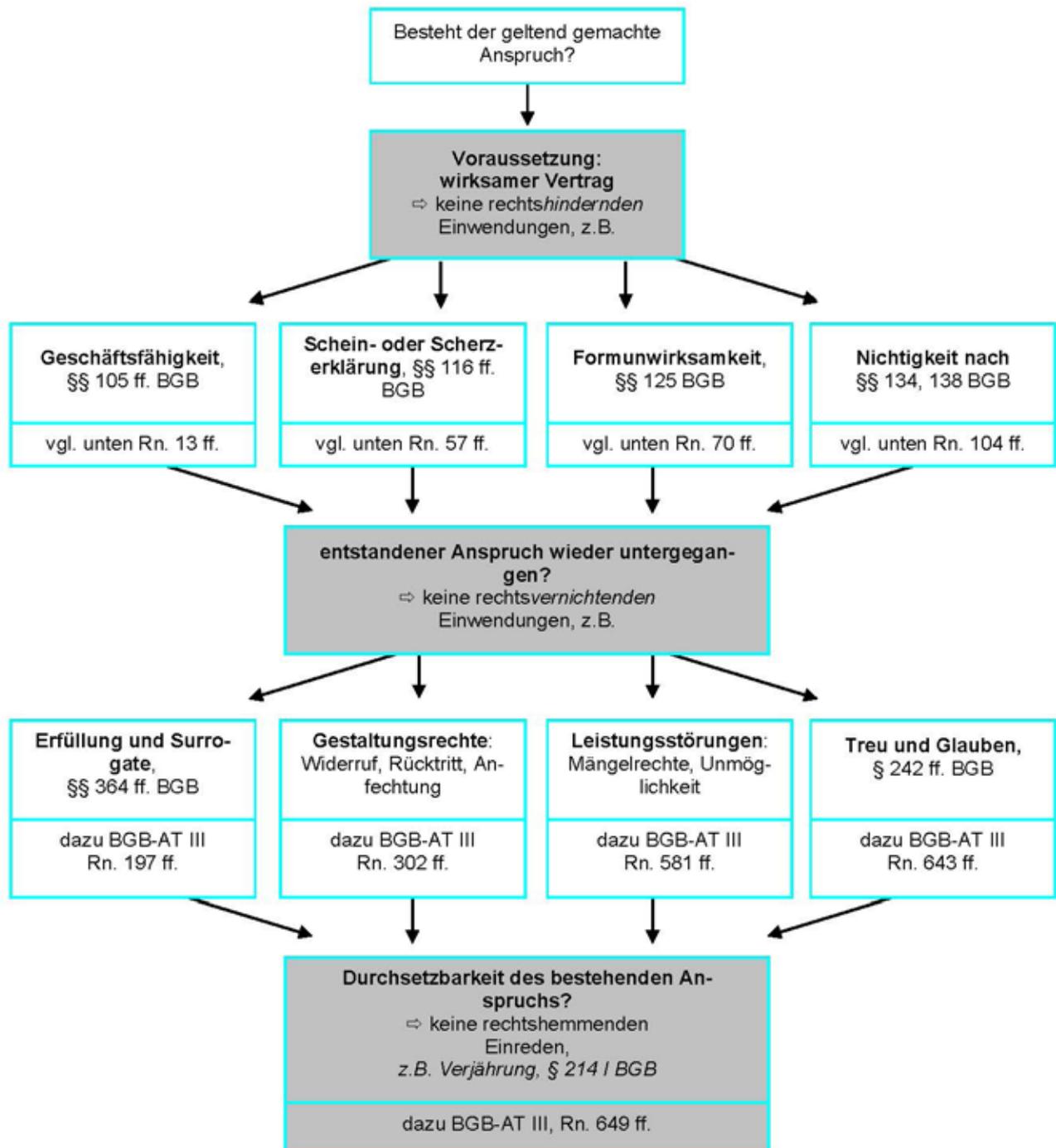
hemmer-Methode: Soweit rechtsvernichtende Einwendungen einer Handlung bedürfen (z.B. Anfechtungs- oder Aufrechnungserklärung), kommt es auf die geschickte Auslegung des Sachverhaltes an: Meistens ergibt sich aus dem Parteivorbringen ein Anhaltspunkt. Sofern die Klausur auf die entsprechenden Folgeprobleme angelegt ist, sollten Sie aber eine Anfechtung z.B. nicht einfach an der fehlenden Anfechtungserklärung scheitern lassen. Liegt überhaupt keine Erklärung vor, ergeben sich Folgeprobleme, wie §§ 812 ff. BGB, nur durch die dann zu unterstellende Anfechtungserklärung. Denken Sie auch an die sog. laieungünstige Auslegung, §§ 133, 157 BGB analog³. Erklärt z.B. der Anfechtende, „ich fechte den Kaufvertrag an und verlange Rückgabe“, so bezieht sich die Anfechtungserklärung auch auf die dingliche Einigung als selbständigen Vertrag. Der Laie will nicht nur die Rückabwicklung gem. §§ 812 ff. BGB. Ihm ist vielmehr auch an dem dinglichen Anspruch aus § 985 BGB gelegen.

Wer das BGB nur „von vorne nach hinten“ durcharbeitet, um einzelne Paragraphen und deren Voraussetzungen auswendig zu lernen, entwickelt kein Verständnis für Zusammenhänge. Hüten Sie sich deshalb vor einer Übervereinfachung beim Lernen! Das BGB ist eine komplexe Materie, die anwendungsspezifisch verstanden sein will.

Wichtig ist deshalb, im Rechtsfolgesystem zu denken und - vor allem in der Klausur - im Rechtsfolgesystem den Fall nachvollziehbar zu strukturieren! Dazu gehört auch die Verwendung der richtigen Begrifflichkeiten wie die Unterscheidung von „Einwendungen“ und „Einreden“. Die Skripten Hemmer/Wüst, BGB-AT II und III orientieren sich genau an diesen Begrifflichkeiten und schaffen damit das für eine erfolgreiche Klausurbearbeitung notwendige Know-how!

2 Dazu näher Palandt, Überblick vor § 104, Rn. 35.

3 § 157 BGB kann nur analog angewendet werden, da die Anfechtung ein einseitiges Rechtsgeschäft ist. Aufgrund der Empfangsbedürftigkeit der Erklärung und der damit verbundenen Schutzwürdigkeit des Empfängers, besteht aber eine vergleichbare Interessenlage. Es entspricht jedoch mittlerweile nahezu allgemeiner Meinung, dass § 157 BGB auch bei einseitigen Rechtsgeschäften auf empfangsbedürftige Willenserklärungen analog angewendet werden kann.



- **Rechtshemmende Einreden**

Im Gegensatz zu den Einwendungen zerstört eine Einrede den Anspruch nicht. Sie stellt ein subjektives Recht dar, um die *Durchsetzung* eines Anspruchs gegen den Schuldner zu hindern. *Die Einrede ist ein negatives Gestaltungsrecht*. In der Hand des Einredoberechtigten wird sie zu einem Verteidigungsinstrument, mit welchem er einen gegen ihn gerichteten Anspruch abwehren kann. Der Anspruch ist nicht durchsetzbar und damit gescheitert.

6

Während die Einwendungen von Amts wegen zu berücksichtigen sind, werden Einreden im Prozess *nur* berücksichtigt, wenn sich der Berechtigte, zu dessen Gunsten die Einrede gegeben ist, ausdrücklich darauf beruft. Ein Indiz für das Vorliegen einer Einrede ist in der Regel bereits die Formulierung des Tatbestands: Im Gesetz heißt es dann, der Verpflichtete „kann ... verweigern“ oder „ist berechtigt, ... zu verweigern“.

Lesen Sie diesbezüglich z.B. § 214 I BGB, § 853 BGB (Einreden) und im Gegensatz dazu §§ 105 I, 362 I, 125 BGB (Einwendungen).

Bsp.: Innerhalb eines gegenseitigen Vertrages, wie zum Beispiel dem Kauf, braucht der Käufer nur Zug um Zug gegen Lieferung

der Kaufsache zu zahlen, § 320 I S. 1 BGB.

Fehlt ein gegenseitiges Austauschverhältnis, so gewährt § 273 BGB dem in Anspruch genommenen Schuldner ein Zurückbehaltungsrecht.

Der Bürge kann die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange der Gläubiger nicht versucht hat, die Hauptschuld einzutreiben, § 771 BGB.

Die Einrede richtet sich nur gegen die Geltendmachung des Rechts. Sie entkräftet das Recht, bewirkt dagegen nicht seinen Untergang. Die auf einen einredebehafteten Anspruch erbrachte Leistung kann daher nicht mit der Begründung zurückgefordert werden, sie sei rechtsgrundlos erfolgt. Jedoch gewährt § 813 I BGB einen speziellen Kondiktionsanspruch, falls dem Anspruch als Rechtsgrund eine dauernde Einrede (z.B. §§ 821, 853 BGB; nicht jedoch § 214 I BGB, vgl. §§ 813 I S. 2, 214 II BGB!) entgegenstand.

7

Bsp.: Einen ursprünglich verjährten Anspruch kann man befriedigen, etwa weil es einem peinlich ist, sich wegen Bezugnahme auf den bloßen Ablauf einer gewissen Zeit seiner Leistungspflicht zu entziehen. Hat man auf einen verjährten Anspruch geleistet, so kann man die Leistung nicht zurückverlangen, §§ 813 I 2, 214 II S. 1 BGB. Der Schuldner hat eine bloße Naturalobligation erfüllt. Beruft er sich dagegen sofort auf die Einrede der Verjährung, so ist er nicht zur Leistung verpflichtet. Eine Klage würde abgewiesen.

Leistet der Schuldner dagegen auf einen formnichtigen Kaufvertrag (§ 125 BGB ist Einwendung) oder zahlt nach Erfüllung nochmals, so kann der Schuldner das Geleistete grundsätzlich nach § 812 I S. 1, 1. Alt. BGB zurückverlangen.

Zusammenfassung: Einreden sind selbständige Gegenrechte mit dem Zweck, die Hemmung des Anspruchs in das Belieben des Schuldners zu stellen.

8

Bsp.: Der Gläubiger stundet dem Schuldner eine bereits am 02.07. fällige Forderung bis zum 10.10. Verlangt der Gläubiger vor Ablauf der Stundungsfrist Zahlung, kann sich der Schuldner selbständig entscheiden, ob er sich auf die Stundung berufen oder lieber zahlen will. Der Richter darf im Prozess die Stundungsabrede nur berücksichtigen, wenn sie vom Schuldner in der mündlichen Verhandlung (vgl. § 128 I ZPO) geltend gemacht wird; andernfalls hat der Richter ihn entsprechend dem Klageantrag zur Zahlung zu verurteilen.

B. Prüfung von Einwendungen und Einreden im Anspruchsaufbau

I. Rechtshindernde Einwendungen

Beim Anspruchsaufbau werden an erster Stelle die anspruchsbegründenden Normen erörtert. (Frage: Ist zwischen den Parteien ein Vertrag zustande gekommen? Ist der Primäranspruch entstanden?). Neben den positiven Anspruchsvoraussetzungen⁴ stellen die Einwendungen *negative Anspruchsvoraussetzungen* dar: So darf für die Wirksamkeit eines vertraglichen Anspruchs neben den übereinstimmenden Willenserklärungen der Vertragspartner (positive Voraussetzungen) auch nicht auf einer der Seiten z.B. Geschäftsunfähigkeit (negative Voraussetzung) vorliegen.

9

Rechtshindernde Einwendungen betreffen direkt die Anspruchsgrundlage und können nicht vorliegen, wenn der Sachverhalt den Anspruch als entstanden angibt. Geht der Sachverhalt also von einem entstandenen Anspruch aus, so ist für die Prüfung von rechtshindernden Einwendungen kein Raum mehr. In diesem Fall beschränkt sich die Prüfung auf die Verteidigungsmöglichkeiten des Schuldners, auf rechtsvernichtende Einwendungen und rechtshemmende Einreden.

II. Rechtsvernichtende Einwendungen und rechtshemmende Einreden

Eine feststehende Regel für die Reihenfolge bei der Prüfung von rechtsvernichtenden Einwendungen und rechtshemmenden

4 Vgl. ganz allgemein dazu Hemmer/Wüst, BGB-AT I, Rn. 1 ff.

hemmer-Methode: Denken und argumentieren Sie *immer* von der Rechtsfolge aus. Wichtig ist, bei der Prüfung von Einwendungen und Einreden stets von der Norm auszugehen, die die rechtsvernichtende oder rechtshemmende Wirkung begründet (Bsp.: § 142 I BGB, § 214 BGB) und nicht von der Norm, aufgrund derer z.B. die Anfechtung erfolgen (§ 123 BGB) oder die Verjährungseinrede erhoben werden kann (§ 195 BGB).

Ziehen Sie die Rechtsfolge in Ihrer Prüfung vor. Geben Sie so dem Korrektor den einzuschlagenden Weg vor. So wurde z.B. in einer Examensklausur eine Überschrift „Anspruch infolge Rücktritts gem. § 323 I BGB“ als „Anfängerfehler abgestraft. Zitiert werden müsste § 346 I BGB, da dort der Rückabwicklungsanspruch steht und nicht im Rücktrittsrecht des § 323 I BGB.

Wegen ihrer stärkeren Wirkung sind regelmäßig Einwendungen den Einreden vorrangig. Denn eine Forderung, die durch Erfüllung erloschen ist, kann nicht mehr verjähren. In Zweifelsfällen, insbesondere wenn Gestaltungsrechte noch nicht ausgeübt sind, kann man sich merken:

Das dem Schuldner *günstigste* Verteidigungsmittel ist *zuerst* zu erörtern. Dies ergibt sich i.d.R. nicht aus dem Sachverhalt. Unter diesem Gesichtspunkt kann eine Einrede auch einmal gegenüber einer rechtsvernichtenden Einwendung vorrangig sein: So kostet z.B. die Aufrechnung als rechtsvernichtende Einwendung den Schuldner seine Forderung. Die Erhebung der Verjährungseinrede verlangt dem Schuldner dagegen keine Opfer ab.

Bsp.: Gebrauchtwagenhändler V verlangt nach fünf Jahren von K den Kaufpreis für einen Oldtimer (§ 433 II BGB). Umgekehrt verlangt K von V Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I BGB, da V den K - wie er gerade erst bemerkte - arglistig über einen Mangel des Pkw getäuscht hat. K, der den Wagen behalten will, fragt Rechtsanwalt R, ob es günstiger ist, den Vertrag nach § 123 BGB anzufechten oder ob es seinen Interessen entspricht, wenn er sich gem. § 214 i.V.m. § 195 BGB auf Verjährung der Kaufpreisforderung beruft.

Würde K den Kaufvertrag nach §§ 142, 143, 123, 124 BGB anfechten, so würde der Rechtsgrund für die Eigentumsübertragung des Fahrzeugs entfallen. V könnte den Wagen somit von K nach § 812 BGB kondizieren. Das entspricht aber nicht der Interessenlage des K, denn er will den Wagen behalten.

Es ist für ihn auch günstiger, den Vertrag nicht anzufechten. Nur so kann er auch nach §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I BGB Schadensersatz verlangen. Dieser Anspruch ist wegen § 438 III i.V.m. § 199 I, III BGB auch noch nicht verjährt⁵, denn V hat den Mangel arglistig verschwiegen. Im Ergebnis sollte sich K folglich nur auf die Verjährung berufen.⁶

III. Aufbauschema

Aufbautechnisch ist die Lösung aufgrund der Unterschiede von Einwendungen und Einreden durch eine Art *gedankliche Pendelbewegung* zwischen subjektiven Rechten und von Amts wegen zu berücksichtigenden Einwendungen zu erarbeiten.

Es empfiehlt sich dabei folgender Prüfungsaufbau:

1. Ist der Anspruch wirksam entstanden?
 - Liegen alle positiven Anspruchsvoraussetzungen vor?
 - Fehlen alle negativen Anspruchsvoraussetzungen?

5 Vgl. zum Mängelrecht im Kauf- und Werkvertragsrecht Hemmer/Wüst, Schuldrecht BT I und zum Gewährleistungsrecht im Miet- und Reisevertragsrecht Hemmer/Wüst, Schuldrecht BT II.

6 Zu den Fragen der Verjährung vgl. Hemmer/Wüst, BGB-AT III, Rn. 649.

-> Wenn ja:

2. Ist der entstandene Anspruch ggf. erloschen?

Bestehen rechtsvernichtende Einwendungen?

-> Wenn nein:

3. Kann der Schuldner gegen die Durchsetzung des Anspruchs Gegenrechte geltend machen?

Bestehen rechtshemmende Einreden?

§ 2 DIE RECHTSHINDERNDEN EINWENDUNGEN IM EINZELNEN

Ein vertraglicher Anspruch kann aus verschiedenen Gründen nicht zur Entstehung gekommen sein: So kann z.B. der Wirksamkeit einer Willenserklärung die rechtshindernde Einwendung der Geschäftsunfähigkeit (§ 105 I BGB), der fehlenden Genehmigung des von einem beschränkt Geschäftsfähigen vorgenommenen Rechtsgeschäfts (§ 108 BGB), die Einwendung, bei dem getätigten Rechtsgeschäft handle es sich um ein Scheingeschäft (§ 117 I BGB), der Einwand der Formnichtigkeit (§ 125 S. 1 BGB), des Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz (§ 134 BGB), der Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) neben anderen möglichen Einwendungen entgegenstehen. Das getätigte Rechtsgeschäft ist dann von Anfang an nichtig.

12

hemmer-Methode: Systematischer Standort für die Prüfung rechtshindernder Einwendungen ist die Frage, ob der geltend gemachte Anspruch überhaupt entstanden ist: Sofern eine rechtshindernde Einwendung besteht, existiert schon gar kein Anspruch.

Die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts bedeutet aber nicht, dass sich an dieses gar keine Rechtsfolgen anknüpfen können: Besteht beispielsweise der zur Nichtigkeit führende Sittenverstoß in einem Verhalten gegenüber dem Geschäftspartner, hat dieser in der Regel einen Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB und aus § 280 I i.V.m. § 311 II BGB.

A. § 105 BGB

I. Nichtigkeit nach § 105 I BGB

Nach § 105 I BGB sind die Willenserklärungen eines Geschäftsunfähigen nichtig. Das bedeutet, dass das von oder mit einem Geschäftsunfähigen vorgenommene Rechtsgeschäft die nach seinem Inhalt bezweckten Wirkungen von Anfang an nicht hervorbringen kann.⁷

13

Hat der Geschäftsunfähige z.B. einen Dritten bevollmächtigt, so ist die Vollmacht nichtig, § 105 I BGB. Der Dritte handelt dann gem. §§ 177 ff. BGB als Vertreter ohne Vertretungsmacht. Zwar wird durch die Nichtigkeit der Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen der Verkehrsschutz, d.h. das Vertrauen des Rechtsverkehrs in die Wirksamkeit einer abgegebenen Willenserklärung, durchbrochen. Dies gilt insbesondere für die Fälle, in denen der Grund der Geschäftsunfähigkeit nicht erkennbar ist (z.B. unerkannte Geisteskrankheit).⁸ Aber dies muss hingenommen werden, da der Schutz des Geschäftsunfähigen Vorrang vor den Belangen der Geschäftspartner verdient.

§ 105 I BGB erfasst jedes von dem Geschäftsunfähigen getätigte Rechtsgeschäft. Die Unwirksamkeit betrifft damit sowohl das Verpflichtungsgeschäft als auch das Erfüllungsgeschäft. Auch nach Wegfall des Nichtigkeitsgrundes bleibt das Rechtsgeschäft unwirksam. Um es gültig zu machen, bedarf es einer Neuvernahme oder Bestätigung i.S.v. § 141 BGB. Eine rückwirkende Kraft hat § 141 BGB nicht.

Sind Willenserklärungen gegenüber einem Geschäftsunfähigen abzugeben, werden sie erst mit Zugang an den gesetzlichen Vertreter wirksam, § 131 I BGB.

Wer geschäftsunfähig ist, ist *abschließend* in § 104 BGB bestimmt.

a) Geschäftsunfähig ist der Minderjährige, der das 7. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, § 104 Nr. 1 BGB.

14

Die Geschäftsunfähigkeit von Kindern unter sieben Jahren besteht unabhängig von deren geistiger Entwicklung und endet mit dem Beginn des Geburtstages, an dem das Kind 7 Jahre alt wird, § 187 II S. 2 BGB.⁹

b) Geschäftsunfähig ist nach § 104 Nr. 2 BGB auch derjenige, der sich wegen krankhafter Störung der Geistestätigkeit in einem **dauerhaften**, die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand befindet. Gleichgültig ist, unter welchen medizinischen Begriff die Geistesstörung fällt.¹⁰

aa) § 104 Nr. 2 BGB greift nur ein, wenn ein *dauernder* Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit vorliegt. Ist der Zustand

7 Palandt, Überblick vor § 104, Rn. 27.

8 Vgl. BGH, NJW 1991, 2566-2567 = jurisbyhemmer in einem Fall der unerkannten Geisteskrankheit eines GmbH-Geschäftsführers.

9 Palandt, § 104, Rn. 2.

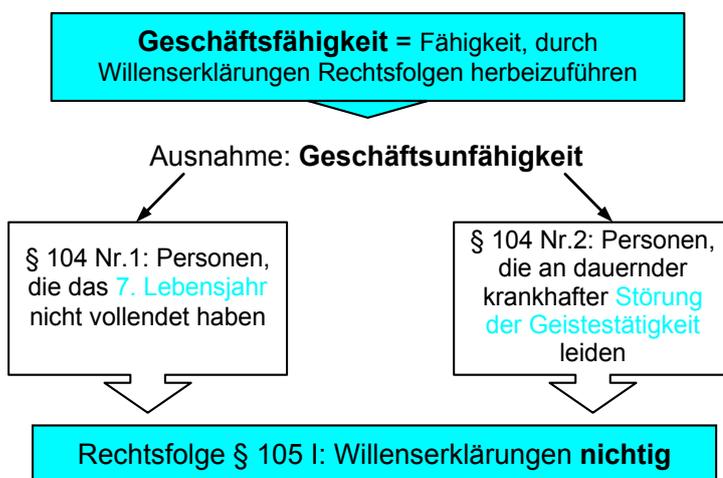
10 Palandt, § 104, Rn. 3.

Während § 104 Nr. 2 BGB die völlige Geschäftsunfähigkeit für die gesamte Dauer des Störungszustandes zur Folge hat, ist im Fall des § 105 II BGB nur die im Zustand vorübergehender Störung der Geistestätigkeit abgegebene Willenserklärung nichtig. Daher liegt im Fall des § 105 II BGB keine Geschäftsunfähigkeit, sondern allenfalls punktuelle Geschäftsunfähigkeit vor.

Eine dauerhafte Störung ist auch dann anzunehmen, wenn ein die freie Willensbildung ausschließender Zustand als Folge schwerer, durch Einwirkung von außen hervorgerufener Verletzungen eingetreten ist.

Bsp.: Ein Verkehrsunfall des B hat ein Schädeltrauma zur Folge, sodass wochenlange Bewusstlosigkeit besteht, während der eine künstliche Beatmung und Ernährung erfolgt.¹¹

Von § 104 Nr. 2 BGB werden auch Störungen erfasst, die heilbar sind, deren Behandlung aber längere Zeit in Anspruch nimmt. In diesen Fällen fehlt das z.B. einer Bewusstlosigkeit und Ohnmacht innewohnende Merkmal „vorübergehend“. Eine schwere Hirnverletzung mit anschließender wochenlangem Intensivbehandlung ist nicht mehr von vorübergehender Natur.



bb) Die Geschäftsunfähigkeit nach § 104 Nr. 2 BGB ist zu verneinen, wenn der Handelnde einen *lichten Augenblick* (lucidum intervallum) hat. Dann befindet er sich nicht - wie von § 104 Nr. 2 BGB gefordert - in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand. In diesem Falle besteht volle Geschäftsfähigkeit.¹²

Beachten Sie jedoch, dass die Voraussetzungen des § 104 Nr. 2 BGB schon gar nicht vorliegen, wenn die Störung der Geistestätigkeit ohnehin nur periodisch auftritt, da es dann an dem Erfordernis des dauerhaften Zustandes fehlt.

Bsp.: K leidet an *Zyklomanie*. Dies ist eine Krankheit, bei der der Betroffene abwechselnd in mehr oder weniger regelmäßigen Abständen in Phasen übersteigter Euphorie und Depression gerät. K kauft bei V ein Fahrrad.

Die Wirksamkeit des Vertragsschlusses könnte an §§ 105 I, 104 Nr. 2 BGB scheitern. Dazu müsste sich K in einem dauerhaften Zustand der Geistesstörung befinden.

Da K jedoch zwischen den Krankheitsphasen völlig normale intellektuelle Funktionen aufweist, ist er auch nicht nach § 104 Nr. 2 BGB geschäftsunfähig. Die Wirksamkeit der Willenserklärung des K hängt somit gem. § 105 II BGB davon ab, ob er diese während oder außerhalb einer Krankheitsphase abgegeben hat. Sofern dies außerhalb einer solchen geschah, ist der Kaufvertrag wirksam zustande gekommen.

cc) Die Geschäftsunfähigkeit im Sinne des § 104 Nr. 2 BGB gilt grundsätzlich für jedes Rechtsgeschäft. Anerkannt ist aber, dass sich die Geschäftsunfähigkeit auf einen bestimmten gegenständlichen abgegrenzten Kreis von Angelegenheiten beschränken kann

11 OLG München, MDR 1989, 361 = jurisbyhemmer. (Wenn dieses Logo hinter einer Fundstelle abgedruckt wird, finden Sie die Entscheidung online unter „juris by hemmer“: www.hemmer.de).

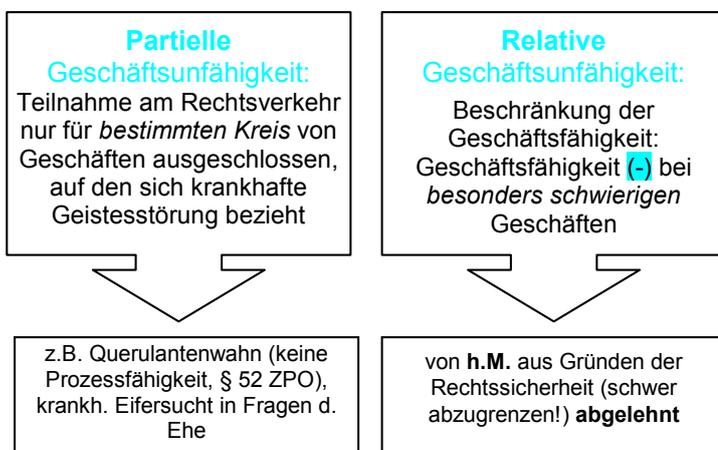
12 Palandt, § 104, Rn. 4.

Bsp.: Querulantenwahn führt zur Geschäftsunfähigkeit bei der Führung von Prozessen. Krankhafte Eifersucht hat Geschäftsunfähigkeit für Fragen der Ehe zur Folge.¹³

Für alle übrigen Geschäfte besteht volle Geschäftsfähigkeit. Ein Fall der partiellen Geschäftsunfähigkeit liegt vor, wenn es um eine Angelegenheit geht, bei der der Betroffene auf Grund einer geistigen Störung außerstande ist, seinen Willen frei und unbeeinflusst von ihr zu bilden und nach zutreffend gewonnenen Einsichten zu handeln. Ausschlaggebend ist hierbei nicht so sehr die Verstandesfähigkeit der Person, sondern vor allem die fehlende Freiheit der Willensbildung auf einem bestimmten Gebiet.

Partielle Geschäftsfähigkeit liegt vor, wenn sich die Geschäftsunfähigkeit auf die Erledigung einzelner Angelegenheiten beschränkt und es sich gerade um eine Angelegenheit aus diesem Gebiet handelt.

Abzugrenzen ist die partielle von der *relativen Geschäftsunfähigkeit*, deren Existenz lediglich von einer Mindermeinung angenommen wird.¹⁴ Relative Geschäftsunfähigkeit ist in dem Sinne zu verstehen, dass eine Person für besonders schwierige wirtschaftliche Entscheidungen geschäftsunfähig, für einfache jedoch geschäftsfähig wäre.



Bsp.: Der geistig geschwächte X, dessen Geschäftsfähigkeit erheblichen Schwankungen unterliegt, schließt mit C einen Kaufvertrag über ein Baugrundstück für 250.000 € ab. Als C den Kaufpreis einfordert, beruft sich X darauf, dass er die komplizierten Einzelbestimmungen nicht hätte begreifen können und der Vertrag deshalb nichtig sei.

Ein Anspruch des C könnte sich aus § 433 II BGB ergeben. Dann müsste ein wirksamer Kaufvertrag zwischen C und X geschlossen worden sein.

Sichere Hinweise dafür, dass der Vertrag nach § 105 II BGB wegen vorübergehender Geistesschwäche des X nichtig wäre¹⁵, liegen nicht vor.

Der Vertrag könnte aber nach § 105 I, 104 Nr. 2 BGB nichtig sein. Von § 104 Nr. 2 BGB kann aber vorliegend nur ausgegangen werden, wenn eine dauernde, also nicht nur vorübergehende krankhafte Störung vorlag. Für den Fall besteht die Möglichkeit einer nur teilweisen Geschäftsunfähigkeit des X, wenn diese auch die Unfähigkeit umfassen würde, besonders schwierige Geschäfte - so wie im Fall - abzuschließen. Man spricht dabei von so genannter relativer Geschäftsunfähigkeit.

Die relative Geschäftsunfähigkeit ist von der h.M.¹⁶ aber nicht anerkannt: Wer unklug oder kurzsichtig handelt, müsse noch nicht geschäftsunfähig sein. Die relative Geschäftsunfähigkeit würde außerdem zu Abgrenzungsproblemen und damit zu Unsicherheiten für den Rechtsverkehr führen. Daneben biete die Möglichkeit der Anfechtung ausreichend Schutz für die Betroffenen. Demnach kann für einen bestimmten, gegenständlich abgegrenzten Bereich eine Person immer nur insgesamt geschäftsunfähig oder geschäftsfähig sein.

hemmer-Methode: Eine relative Geschäftsunfähigkeit nur für besonders schwierige Geschäfte gibt es nach h.M. im Zivilrecht

13 Palandt, § 104, Rn. 6.
14 Z.B. OLG Köln, NJW 1960, 1389 = jurisbyhemmer.
15 Vgl. dazu im Einzelnen unten, Rn. 21.
16 BGH, NJW 1970, 1680 = jurisbyhemmer.

Eine Mindermeinung¹⁸ versucht dagegen die relative Geschäftsfähigkeit insbesondere über folgenden Umkehrschluss zu begründen: Wenn schon die Geschäfte eines Geistesschwachen, die er in einem lichten Moment abschließt, wirksam sind¹⁹, dann muss er umgekehrt dadurch geschützt werden, dass jene Geschäfte, die er aufgrund geistiger Schwäche nicht voll erfassen kann, nichtig sind. Unsicherheiten im Rechtsverkehr wären auch im Falle des § 105 II BGB gegeben; das diesbezügliche Argument der h.M. sei folglich nicht ausreichend.

Je nachdem, welcher Ansicht man im Fall folgt, ist der Anspruch des C gegeben oder nicht.

hemmer-Methode: Grundsätzlich überzeugender ist in diesem Fall die h.M. Berücksichtigen Sie aber bei Ihrer Entscheidung für die eine oder andere Meinung weitere Einzelheiten des Sachverhalts. Unter Umständen ist es aus klausurtaktischen Gründen erforderlich, sich der M.M. anzuschließen, wenn sich mit der h.M. bestimmte Folgeprobleme (z.B. Ansprüche aus §§ 812 ff. BGB) nicht eröffnen würden. Anders als im richtigen Leben gilt: Probleme schaffen, nicht wegschaffen.

1. Die Betreuung volljähriger Geschäftsunfähiger

Mit dem Inkrafttreten des Betreuungsgesetzes zum 1.1.1992 wurde die früher in § 104 Nr. 3 BGB geregelte Entmündigung abgeschafft. Nunmehr gibt es nur noch das Institut der *Betreuung*, geregelt in §§ 1896 ff. BGB: Wesentliche Änderung ist, dass auch ein unter Betreuung Stehender grundsätzlich *geschäftsfähig* bleibt. Selbst im Fall der sog. Betreuung unter Einwilligungsvorbehalt gem. § 1903 BGB wird der Betreute lediglich ähnlich wie ein beschränkt Geschäftsfähiger behandelt.

19

Probleme können sich beim Zusammentreffen von Betreuung unter Einwilligungsvorbehalt (§ 1903 BGB) und § 104 Nr. 2 BGB ergeben, da das Inkrafttreten des Betreuungsgesetzes nichts an der Existenz des § 104 Nr. 2 BGB geändert hat.

20

Wichtig ist dabei, dass § 1903 BGB die §§ 104 Nr. 2, 105 II BGB nicht überwinden kann: War der Betreute zum Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung nicht im Vollbesitz seiner geistigen Kräfte, ist die Willenserklärung gem. § 105 II BGB *nichtig* und wird auch durch eine Einwilligung des Betreuers nicht wirksam.

Diese kann nur die schwebende Unwirksamkeit überwinden, die Folge des angeordneten Einwilligungsvorbehaltes ist.

hemmer-Methode: Denkbar wäre eine Umdeutung (§ 140 BGB) der Einwilligung des Betreuers in die Abgabe einer eigenen Willenserklärung des Betreuers. Dieser hat gem. § 1902 BGB die Stellung eines gesetzlichen Vertreters für den Betreuten; er kann somit selbständig für den Betreuten Geschäfte abschließen.

Bei der Prüfung einer Umdeutung ergeben sich dann aber zwei Probleme: Zum einen würde die Umdeutung nur dann funktionieren, wenn die Neuvornahme gegenüber dem Geschäftspartner des Betreuten erklärt wurde.

Regelmäßig wird die Einwilligung aber allein dem Betreuten gegenüber erklärt worden sein. Der Betreute müsste also quasi nachträglich zum Boten der Erklärung des Betreuers umfunktioniert werden, damit eine eigene Erklärung des Betreuers gegenüber dem Dritten angenommen werden könnte. Dies ist nicht anzunehmen.

Zum anderen müsste eine Umdeutung eines „weniger“ (Einwilligung) in ein „mehr“ (Neuvornahme des Betreuers) vorgenommen werden, was den Grundprinzipien des § 140 BGB zuwiderliefe.²⁰

Dem Gesetzgeber wird daher Täuschung des Rechtsverkehrs vorgeworfen.

2. Geschäfte des täglichen Lebens volljähriger Geschäftsunfähiger, § 105a BGB²¹

17 BayObLG, MDR 1989, 352-353 = jurisbyhemmer.

18 Z.B. OLG Köln, a.a.O. = jurisbyhemmer.

19 S.o. Rn. 16.

20 Diesbezüglich scheinen die Ansichten aber nicht einheitlich zu sein, vgl. Palandt, § 1903, Rn. 19.

21 Vgl. dazu auch Schneider, „Gedanken zum neuen § 105a BGB“, Life&Law 2003, 51-53. Jousen, „Die Rechtsgeschäfte des Geschäftsunfähigen – der neue § 105a BGB“, ZGS 2003, 101 ff.; sehr anschaulich auch Casper, „Geschäfte des täglichen Lebens - kritische Anmerkungen zum neuen § 105a BGB“, NJW 2002, 3425-3430. [Unser Service-Angebot an Sie: kostenlos hemmer-club-Mitglied werden \(www.hemmer-club.de\) und Entscheidungen der Life&Law lesen und downloaden.](#)

aa) Mit Wirkung zum 01.08.2002 ist § 105a BGB in Kraft getreten. Nach dieser Vorschrift sind Geschäfte des täglichen Lebens, die ein volljähriger Geschäftsunfähiger mit geringwertigen Mitteln bewirken kann, in Ansehung von Leistung (und evtl. Gegenleistung) als wirksam anzusehen, wenn Leistung (und ggfs. Gegenleistung) bewirkt sind. Unerheblich ist dabei, ob der Geschäftsunfähige als Käufer oder Verkäufer auftritt.

20a

hemmer-Methode: Es bleibt damit zwar grundsätzlich bei der Nichtigkeit des Vertrags. Nach der Erbringung von Leistung und Gegenleistung gilt der Vertrag jedoch in Ansehung eben dieser Leistungen als wirksam.

Auf Minderjährige, die gem. § 104 Nr. 1 BGB geschäftsunfähig sind, kann § 105a BGB angesichts des eindeutigen Wortlautes auch nicht analog angewendet werden.²²

hemmer-Methode: Fraglich ist, ob § 105a BGB auch dann eingreift, wenn zwei volljährige Geschäftsunfähige miteinander einen alltäglichen Vertrag schließen. Dies ist etwa dann denkbar, wenn der Geschäftsunfähige dem unerkannt geisteskranken Nachbarn einen Teebeutel abkauft. Man wird diese Frage bejahen können, da Schutzzweckerwägungen nicht entgegenstehen.

Dies gilt jedoch nicht, wenn dadurch eine erhebliche Gefahr für die Person oder das Vermögen des Geschäftsunfähigen besteht, § 105a S. 2 BGB.

hemmer-Methode: Dadurch wird der aus § 1903 I BGB bekannte Grundgedanke übernommen, dass der Betreute unter Umständen vor sich selbst geschützt werden muss. Ein denkbare Anwendungsbeispiel könnte der Kauf billiger, aber gefährlicher Feuerwerkskörper darstellen bzw. der Kauf von Alkohol durch einen Alkoholkranken.²³

bb) Der sachliche Anwendungsbereich fordert zum einen, dass es sich um ein Geschäft des täglichen Lebens handelt. Insoweit wird man sich an der zu § 1903 III S. 2 BGB entwickelten Kasuistik orientieren können, in der es um die Entbehrlichkeit des Einwilligungsvorbehalts bei alltäglichen Geschäften des Betreuten geht.

20b

hemmer-Methode: Unter den Begriff des Geschäfts sind Verträge zu subsumieren. Einseitige Rechtsgeschäfte dürften wohl nicht erfasst sein.

Für die Bewirkbarkeit mit *geringfügigen Mitteln* wird im Interesse der Rechtssicherheit auf das durchschnittliche Preis- und Einkommensgefälle und nicht auf die individuellen Vermögensverhältnisse beim Geschäftsunfähigen abgestellt.

Die Bewirkung von Leistung und Gegenleistung muss so erfolgen, wie eine wirksame Erfüllung vorzunehmen wäre. Auf die Wirksamkeit der Erfüllung, die dem Geschäftsunfähigen bislang nicht möglich war, kommt es nicht an, da ansonsten die Vorschrift leer laufen würde.

Bei gegenseitig verpflichtenden Verträgen müssen sowohl die Leistung als auch die Gegenleistung bewirkt werden, bevor die Wirksamkeitsfiktion des § 105a BGB eingreift.

hemmer-Methode: Dies kann in Vorleistungsfällen zu Wertungswidersprüchen führen. Kauft der Geschäftsunfähige beispielsweise²⁴ ein im Schaufenster ausgestelltes Buch und übereignet sofort das Geld, vereinbart aber mit dem Verkäufer, dass das Buch erst zwei Wochen später abgeholt werden soll, so könnte der Verkäufer anschließend die Übereignung des Buchs noch mit Hinweis auf die Nichtigkeit des Vertrages (§ 105 I BGB) verneinen.

Dies wäre aber ein mit dem Schutzzweck des Gesetzes kaum zu vereinbarendes Reuerecht, insbesondere dann nicht, wenn das Geschäft für den Geschäftsunfähigen wirtschaftlich vorteilhaft war.

Andererseits kann man angesichts des eindeutigen Gesetzeswortlauts nicht allein auf die Leistungserbringung durch den Geschäftsunfähigen abstellen.

Wie Sie sich hier in der Klausur entscheiden, ist im Ergebnis nicht von Bedeutung. Wichtig ist nur, dass Sie Ihr Ergebnis

22 Vgl. Palandt, § 105a, Rn. 2.

23 Vgl. Palandt, § 105a, Rn. 5 mit weiteren Beispielen.

24 Vgl. Casper, "Geschäfte des täglichen Lebens - kritische Anmerkungen zum neuen § 105a BGB", NJW 2002, 3425-3430 (3426).

begründen.

bb) Die interessanteren Fragen liegen auf der Rechtsfolgendeite.

20c

(1) Das Gesetz spricht davon, dass Leistung und Gegenleistung nach ihrer Bewirkung als wirksam gelten. Es soll also nicht zu einer Heilung des gesamten obligatorischen Vertrages kommen. Dieser bleibt vielmehr nichtig²⁵ (sog. „partielle Wirksamkeitsfiktion“).

Es wird lediglich die Wirksamkeit der Leistungserbringung fingiert. Die Neuregelung ordnet also, wie sich auch aus ihrer Begründung ergibt²⁶, lediglich einen **Rückforderungsausschluss** der bewirkten Leistung und Gegenleistung an.

Andere vertragliche Ansprüche, wie etwa Schadensersatz, sollen nicht begründet werden.

Bsp.: Der geschäftsunfähige V verkauft Vogelfutter für 3,- €, mit dem der Käufer seine wertvollen, exotischen Singvögel füttert, nachdem der Geschäftsunfähige behauptet hatte, das Futter eigne sich auch für exotische Singvögel.

Der Käufer kann nach der Konzeption des § 105a BGB den V nicht auf mehrere hundert Euro Schadensersatz nach §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB in Anspruch nehmen, wenn seine Singvögel mangels Eignung des Futters alle verenden.

Um dieses Ergebnis zu erzielen, hätte es allerdings nicht einer partiellen Wirksamkeitsfiktion bedurft. Selbst bei einem Wirksamwerden des gesamten Vertrags wäre eine Haftung des Geschäftsunfähigen infolge seiner Deliktsunfähigkeit nach §§ 276 I S. 2, 827 S. 1 BGB nicht in Betracht gekommen.

hemmer-Methode: Bereits jetzt umstritten ist die Frage, ob wenigstens zugunsten des volljährigen Geschäftsunfähigen vertragliche Folgeansprüche (Rücktrittsrecht wegen Schlechterfüllung; Schadensersatzansprüche etc.) bestehen können, wenn sich der Geschäftsunfähige in der Rolle des Käufers befindet.

Die in der Literatur zum Teil vertretene überzeugende Ansicht bejaht dies²⁷ und kommt damit zu einer „halbseitigen Wirksamkeit“ des alltäglichen Vertrages „zu Gunsten des Geschäftsunfähigen“.²⁸

Zu beachten ist allerdings, dass wegen § 433 I S. 2 BGB der Verkäufer mit einer mangelhaften Leistung nicht erfüllen kann. Sollten dem geschäftsunfähigen Käufer Mängelrechte zustehen, dann müsste zunächst begründet werden, dass die mangelhafte Lieferung zwar keine Erfüllung, aber eine Bewirkung der Leistung darstellen soll.

Diese kurzen Überlegungen zeigen bereits, dass es sich bei § 105a BGB um eine nicht gerade sorgfältig durchdachte Vorschrift handelt.

(2) Unklar ist auch die Auswirkung des § 105a BGB auf die dingliche Rechtslage. Nach bisherigem Recht war der Geschäftsunfähige nicht nur unfähig, einen wirksamen Verpflichtungsvertrag zu schließen, sondern konnte diesen auch nicht wirksam erfüllen, da er weder die Leistung übereignen noch die Übereignung der Gegenleistung annehmen konnte.

20d

Dass sich die Fiktionswirkung des § 105a BGB im Ergebnis auch auf das Erfüllungsgeschäft beziehen muss, dürfte aber unstrittig sein. Der Zweck der Regelung würde nämlich ausgehebelt, wenn zwar die bereicherungsrechtlichen Rückabwicklungsansprüche ausgeschlossen sind, der Verkäufer vom geschäftsunfähigen Käufer aber weiterhin nach § 985 BGB den gekauften und bezahlten Gegenstand herausverlangen könnte.

Fraglich ist aber, ob infolge der in § 105a BGB enthaltenen Fiktion nur der dingliche Herausgabeanspruch gegenüber dem jeweiligen Vertragspartner ausgeschlossen ist, oder ob der Geschäftsunfähige nach der Neuregelung nunmehr seinem Kontrahenten wirksam Eigentum verschaffen kann.

Bsp.: Der Geschäftsunfähige tauscht eine CD gegen ein Buch. Die CD wird bei seinem Vertragspartner gestohlen.

Kann nach der Sicherstellung der Beute der Geschäftsunfähige, den das Tauschgeschäft inzwischen reut, Herausgabe der CD verlangen?

Wird nur das Nichtbestehen des Herausgabeanspruchs fingiert, so bleibt der Geschäftsunfähige Eigentümer der CD und kann sie vom Dieb herausverlangen.

Geht man hingegen von einer dinglichen Wirkung aus, so könnte nur der andere Teil die Herausgabe verlangen, da ihm die CD infolge der Anwendung des § 105a BGB auf das Erfüllungsgeschäft wirksam übereignet worden ist.

25 A.A. ohne Begründung Palandt, § 105a, Rn. 6.

26 BT-DR 14/9266, S. 43.

27 Vgl. Casper, "Geschäfte des täglichen Lebens - kritische Anmerkungen zum neuen § 105a BGB", NJW 2002, 3425-3430 (3427 re.Sp.).

28 Auch Palandt, § 105a, Rn. 6.