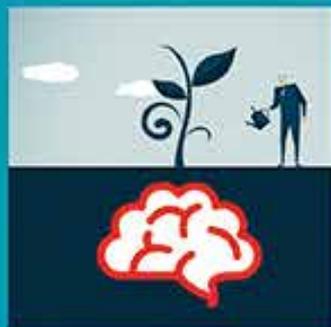


05/2025

28. Jahrgang
Seiten 289 - 360



IHR EXAMENSWISSEN EXAMENSRELEVANTE ENTSCHEIDUNGEN KLAUSURTYPISCH AUFBEREITET

ZIVILRECHT

- Höchstpersönlicher Anspruch ≠ höchstpersönliches Rechtsgeschäft: Vertretung ist daher möglich!
- Pflicht zur Lastenfreistellung und Pflicht, die Lastenfreistellung zu sichern. Unterschied?
- Tücken im Leasingrecht: Aufrechnungsprobleme in einer Dreierbeziehung
- kompakt: Annahmeverzug ohne Besitzaufgabe ist keine Rückgabe der Mietsache!
- kompakt: Die Renaissance der Schriftsatzkündigung durch § 130e ZPO bzw. § 46h ArbGG
- kompakt: Auffahrunfall und Anscheinsbeweis: auch ohne Berührung?

STRAFRECHT

- Versuch und Regelbeispiel: Was ist möglich und was nicht?
- Fehlende Vereidigung des Dolmetschers kann einen Revisionsgrund darstellen

ÖFFENTLICHES RECHT

- Eilrechtsschutz gegen Beschränkungen einer Versammlung: Hinreichend bestimmte Gefahrenprognose?
- Baurecht: Beseitigungsanordnung bzgl. einer verfahrensfreien Werbeanlage

TYPISCHE KLAUSURPROBLEME

- Das Problem: Bewusstes Auseinanderfallen von Wille und Erklärung - §§ 116 bis 118 BGB

GRUNDFÄLLE

- Die Gewährleistung beim Rechtskauf
- Die Kasse des Eisverkäufers

HEMMER.LIFE

- Examenserfolg durch effektives Wiederholungsmanagement



AKTUELL

FALLORIENTIERT

PROFESSIONELL

E-BOOK LIFE&LAW MAI 2025

Autoren: Tyroller/Berberich/d'Alquen/Grieger

INHALTSVERZEICHNIS

ZIVILRECHT

1 HÖCHSTPERSÖNLICHER ANSPRUCH ≠ HÖCHSTPERSÖNLICHES RECHTSGESCHÄFT: VERTRETUNG IST DAHER MÖGLICH!

A) Sound

B) Problemaufriss

I. Voraussetzungen des § 164 I S. 1 BGB

II. Unzulässigkeit der Stellvertretung

1. Höchstpersönliche Rechtsgeschäfte

2. Gesetzliche Vertretungsverbote

3. Gewillkürte Höchstpersönlichkeit

C) Lösung

I. Entstehung des Anspruches aus Ziffer XVII. des Überlassungsvertrages

1. Gestaltungsrechtskonstruktion

2. Bedingungskonstruktion, § 158 I BGB

II. Erlöschen des Anspruches aufgrund Versäumung der Jahresfrist

1. Für Geltendmachung eines Anspruches als rechtsgeschäftsähnliche Handlung gelten die §§ 164 ff. BGB analog

2. Ausschluss der Vertretung aufgrund gewillkürter Höchstpersönlichkeit?

a) Höchstpersönlicher Anspruch muss von höchstpersönlicher Willenserklärung unterschieden werden

aa) Bei Gestaltungsrechtskonstruktion läge höchstpersönliches Rechtsgeschäft vor

bb) Höchstpersönlicher Anspruch schließt hingegen Vertretung grds. nicht aus

(1) Höchstpersönlichkeit nach § 399 BGB steht Vertretung nicht entgegen

(2) Vertragliche Höchstpersönlichkeit eines Anspruches schließt Vertretung nur aus, wenn Geltendmachung des Anspruches als höchstpersönlich vereinbart wurde

b) Ergebnis

III. Endergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

2 PFLICHT ZUR LASTENFREISTELLUNG UND PFLICHT, DIE LASTENFREISTELLUNG ZU SICHERN. UNTERSCHIED?

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. Anspruch aus § 812 I S. 1 Alt. 1 BGB

1. Erlangtes Etwas durch Leistung

2. Ohne Rechtsgrund?

a) Rechtsgrund Kaufvertrag

b) Durch vorherige Aufrechnung entfallen?

c) Aufrechenbarer Gegenanspruch?

aa) Nichtleistung trotz Fälligkeit bzgl. Pflicht zur lastenfreien Übereignung

bb) Nichtleistung bzgl. der Pflicht zur Sicherung der Lastenfreiheit

(1) Nach e.A. reine Bemühenspflicht

(2) Nach a.A. ist Erfolg i.S.d. Vorlage geschuldet

cc) Fälligkeit der Pflicht zur Sicherung der Lastenfreiheit

dd) Mahnung, § 286 I S. 1 BGB

ee) Vertretenmüssen

(1) Eigenes Verschulden (-)

(2) § 278 S. 1 Alt. 2 BGB einschlägig?

(a) e.A.: § 278 S. 1 Alt. 2 BGB (+)

(b) BGH: § 278 S. 1 Alt. 2 BGB (-)

II. Endergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

3 TÜCKEN IM LEASINGRECHT: AUFRECHNUNGSPROBLEME IN EINER DREIER-BEZIEHUNG

A) Sounds

B) Problemaufriss

I. Einordnung des Vertragstypus

I. Die sog. leasingtypische Abtretungskonstruktion

III. Rückabwicklung des Leasingvertrages bei wirksamer Abtretungskonstruktion

C) Lösung

I. Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises gegen V

1. Wirksame Übertragung des Rücktrittsrechts

1. Mangel bei Gefahrübergang, §§ 434 I, 446 S. 1 BGB, und Fristsetzung, §§ 437 Nr. 2, 323 I BGB

3. Ausschlussgründe und Rücktrittserklärung

II. Erlöschen des Anspruchs durch Aufrechnung, § 389 BGB?

1. Problem: keine Gegenseitigkeit

2. Aufrechnung auch nicht gem. § 406 BGB möglich

- a) Sinn und Zweck des § 406 BGB
- b) Sinn und Zweck vorliegend nicht betroffen
- c) LN klagt, um § 313 BGB hinsichtlich des Leasingvertrages auszulösen

III. Endergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

4 KOMPAKT: ANNAHMEVERZUG OHNE BESITZAUFGABE IST KEINE RÜCKGABE DER MIETSACHE!

A) Sound

B) Problemaufriss

I. Einseitige Erledigungserklärung

II. Übereinstimmende Erledigung des Rechtsstreits, § 91 ZPO

III. Zusammenfassung

C) Lösung Ausgangsfall

I. Wirksame übereinstimmende Erledigungserklärung, § 91a I S.1 ZPO

II. Zulässigkeit der Klage

III. Begründetheit der Klage

1. Beendigung des Mietverhältnisses

2. Erfüllung des Rückgabeanspruchs durch M?

- a) Keine vollständige und unzweideutige Besitzaufgabe des M zugunsten des V
- b) Auch kein anderes Ergebnis wegen des Annahmeverzugs des V

3. Ergebnis

IV. Endergebnis

5 KOMPAKT: DIE RENAISSANCE DER SCHRIFTSATZKÜNDIGUNG DURCH § 130E ZPO BZW. § 46H ARBGG

A) Sound

B) Problemaufriss

C) Lösung Ausgangsfall

I. § 126 I BGB wurde nicht beachtet

II. Ersetzung der Schriftform durch die elektronische Form gem. §§ 126 III, 126a I BGB?

- a) Es fehlt an qualifizierter Signatur
- b) Außerdem genügt Weiterleitung eines Ausdrucks in Papierform nicht

III. Fiktion der Formwahrung gemäß § 130 S. 1 ZPO

IV. Ergebnis zum Ausgangsfall

D) Lösung Abwandlung

6 KOMPAKT: AUFFAHRUNFALL UND ANSCHEINSBEWEIS: AUCH OHNE BERÜHRUNG?

A) Sound

B) Lösung

- I. Anspruch aus § 7 I StVG dem Grunde nach gegeben
- II. Kein Ausschluss gem. § 17 III StVG
- III. Anrechnung der eigenen Betriebsgefahr
- IV. Ergebnis

STRAFRECHT

7 VERSUCH UND REGELBEISPIEL: WAS IST MÖGLICH UND WAS NICHT?

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

- I. Strafbarkeit des B gemäß §§ 263 I, II, III S. 2 Nr. 2, 22, 23 I StGB
 1. Vorprüfung
 2. Tatentschluss
 3. Unmittelbares Ansetzen
 3. Rechtswidrigkeit
 4. Schuld
 5. Besonders schwerer Fall, § 263 III StGB
 - a) Das Grunddelikt ist versucht, das Regelbeispiel ist erfüllt.
 - b) Das Grunddelikt ist vollendet, das Regelbeispiel ist nicht erfüllt, der Täter wollte dieses aber verwirklichen.
 - c) Das Grunddelikt ist versucht, das Regelbeispiel ist nicht erfüllt, der Täter wollte dies jedoch verwirklichen.
5. Kein Rücktritt
6. Ergebnis
- II. Strafbarkeit des A gemäß §§ 263 I, II, 22, 23 I, 27 I StGB
 1. Objektiver Tatbestand
 2. Subjektiver Tatbestand
 3. Rechtswidrigkeit
 4. Schuld
 5. Kein Rücktritt

5. Ergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfragen

F) Zur Vertiefung

8 FEHLENDE VEREIDIGUNG DES DOLMETSCHERS KANN EINEN REVISIONS-GRUND DARSTELLEN

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

1. Verstoß gegen § 189 GVG

2. Beruhen des Urteils auf der Gesetzesverletzung

a) Grundsatz

b) Ausnahmen

c) Beurteilung im konkreten Fall

3. Ergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

ÖFFENTLICHES RECHT

9 EILRECHTSSCHUTZ GEGEN BESCHRÄNKUNGEN EINER VERSAMMLUNG: HINREICHEND BESTIMMTE GEFAHRENPROGNOSE?

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. Sachentscheidungs Voraussetzungen

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

2. Statthafte Antragsart

3. Antragsbefugnis

4. Rechtsschutzbedürfnis

a) Vorheriger Antrag bei der zuständigen Behörde

b) Vorherige Klageerhebung

c) Verfristung der Hauptsache

5. Sonstige Sachentscheidungsvoraussetzungen

II. Begründetheit

1. Passivlegitimation

2. Interessenabwägung

a) Rechtsgrundlage

b) Formelle Rechtmäßigkeit

aa) Zuständigkeit

bb) Verfahren und Form

c) Materielle Rechtmäßigkeit

aa) Ziff. 1 des Bescheids

(1) Versammlung

(2) Öffentlich und unter freiem Himmel

(3) Unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung

(4) Maßnahmenrichtung, Art. 9 LStVG analog

(5) Verhältnismäßigkeit, Art. 8 LStVG analog

(a) Legitimer Zweck

(b) Geeignetheit

(c) Erforderlichkeit

(d) Angemessenheit

(6) Rechtsfolge

bb) Ziff. 2 des Bescheids

(1) Vorliegen einer öffentlichen Versammlung unter freiem Himmel

(2) Hinreichende Bestimmtheit

III. Ergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfragen

F) Zur Vertiefung

10 BAURECHT: BESEITIGUNGSANORDNUNG BEZÜGLICH EINER VERFAHRENS-FREIEN WERBEANLAGE

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

II. Zulässigkeit der Klage

1. Statthafte Klageart

2. Klagebefugnis

4. Klagefrist

5. Vorverfahren

6. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

III. Begründetheit der Klage

1. Passivlegitimation, § 78 I Nr. 1 VwGO
2. Rechtmäßigkeit der Beseitigungsanordnung

IV. Ergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfragen

F) Zur Vertiefung

KLAUSURRELEVANTE PROBLEME

DAS PROBLEM: BEWUSSTES AUSEINANDERFALLEN VON WILLE UND ERKLÄRUNG - §§ 116 BIS 118 BGB

A) Einleitung

B) Der geheime Vorbehalt, § 116 BGB

- I. Abgrenzung zur arglistigen Täuschung, zu § 311a BGB und zu § 242 BGB
- II. Rechtsfolgen des § 116 BGB
- III. Geheimer Vorbehalt und Vertretung
 1. Geheimer Vorbehalt bzgl. Willenserklärung
 2. Geheimer Vorbehalt bzgl. Handeln im fremden Namen: Abgrenzung von § 164 II BGB zu § 116 S. 1 BGB
- IV. Bewusst mehrdeutige Erklärung

C) Das Scheingeschäft, § 117 BGB

- I. Anwendungsbereich
- II. Rechtsfolgen
 1. Nichtigkeit des Scheingeschäfts
 2. Wirksamkeit des verdeckten Geschäfts, wenn dessen Voraussetzungen vorliegen
 3. Sonderfall: Das „misslungene“ Scheingeschäft
- III. Abgrenzung zum Treuhand-, Strohmänn- und Umgehungsgeschäft
 1. Treuhandgeschäft
 2. Strohmänngeschäft
 3. Umgehungsgeschäft

D) Die Scherzerklärung, § 118 BGB

- I. Anwendungsbereich
- II. Rechtsfolge
 1. Grundsatz
 2. Ausnahme: § 242 BGB

GRUNDFÄLLE

DIE GEWÄHRLEISTUNG BEIM RECHTSKAUF

A) Sound

B) Gliederung

C) Lösung

Minderungsrecht des K gem. §§ 453 I S. 1, 437 Nr. 2, 441 BGB

1. Kaufvertrag (§§ 453 I S. 1, 433 BGB)
2. Mangelhaftigkeit der Forderung bzw. der Hypothek?
3. Ergebnis

D) Zusammenfassung

E. Zur Vertiefung

AUSZUG AUS DEN 44 WICHTIGSTEN FÄLLEN STRAFRECHT BT I, STRAFRECHT

DIE KASSE DES EISVERKÄUFERS

A) Sound

B) Gliederung

C) Lösung

Strafbarkeit des R

- I. Versuchter Diebstahl in einem besonders schweren Fall, §§ 242 I, II, 22, 23 I i.V.m. § 243 I S. 2 Nr. 2 StGB
 1. Vorprüfung
 2. Tatentschluss
 3. Unmittelbares Ansetzen
 4. Rechtswidrigkeit und Schuld
 5. Kein Rücktritt
 6. Besonders schwerer Fall, § 243 I S. 2 Nr. 2 StGB
- II. Ergebnis

D) Zusammenfassung

E) Zur Vertiefung

HEMMER.LIFE

ZIVILRECHT

BGH, URTEIL VOM 06.12.2024, V ZR 159/23 = JURISBYHEMMER

1 HÖCHSTPERSÖNLICHER ANSPRUCH ≠ HÖCHSTPERSÖNLICHES RECHTSGESCHÄFT: VERTRETUNG IST DAHER MÖGLICH!

+++ Grundstücksüberlassungsvertrag +++ Rückübertragung des Eigentums +++ Unterscheidung zwischen höchstpersönlichem Anspruch und höchstpersönlichem Rechtsgeschäft +++ Zulässigkeit der Stellvertretung +++ § 164 BGB +++

Sachverhalt (leicht abgewandelt): V und M übertrugen mit notariellem Überlassungsvertrag vom 14. Juni 2012 ihrem Sohn S ein Hausgrundstück und ließen sich von ihm im Gegenzug ein Wohnrecht auf Lebensdauer an der im Erdgeschoss gelegenen Wohnung einräumen. S bewohnte mit seiner Familie die Wohnung im ersten Obergeschoss.

Der Überlassungsvertrag enthält unter Ziffer XVII. („Rückauflassungsanspruch“) folgende Regelung:

„1. V und M sind berechtigt, den Vertragsgrundbesitz von S unentgeltlich zurückzuverlangen, wenn S vor dem Letztversterbenden der beiden Veräußerer V und M verstirbt.

....

3. Der Anspruch ist höchstpersönlicher Natur und nur übertragbar und vererblich, wenn er von V und M zu Lebzeiten geltend gemacht wurde. Der Anspruch erlischt, wenn er nicht binnen eines Jahres nach Kenntnis vom Vorliegen des Anspruchsgrundes geltend gemacht wird.“

Der Vertrag wurde vollzogen. Am 9. Juli 2021 verstarb S. Er wurde von seiner Ehefrau B allein beerbt. Der Tod ihres Sohnes war V und M seit dem 9. Juli 2021 bekannt.

Mit eingeschriebenem Brief vom 2. August 2021 forderte Rechtsanwältin R im Namen der noch lebenden V und M von B die Rückübertragung des Grundstücks.

Da B auf dieses und weitere Schreiben der R nicht reagierte, erhoben V und M, vertreten durch R, am 10. September 2022 Klage auf Rückübereignung beim zuständigen Landgericht.

Ist die Klage von V und M begründet?

A) Sound

Wird in einem Grundstücksüberlassungsvertrag der Anspruch des Veräußerers auf Rückübertragung des Grundstücks als „höchstpersönlich“ bezeichnet, hindert dies regelmäßig nicht die Stellvertretung bei der Geltendmachung des Anspruchs.

B) Problemaufriss

Im Rechtsverkehr werden Verträge oft nicht von den Vertragsparteien persönlich abgeschlossen. Häufig handeln auf einer oder auf beiden Seiten Vertreter für die Vertragsparteien.¹

¹ Zur Vertretung vgl. Hemmer/Wüst/Tyroller, BGB-AT I, Rn. 182 ff.

Die Willenserklärungen des Vertreters wirken nach § 164 I S. 1 BGB für und gegen den Vertretenen.

Für den Vertreter ist das Rechtsgeschäft rechtlich neutral. Dies wird an § 165 BGB deutlich, wonach auch ein beschränkt Geschäftsfähiger im fremden Namen wirksam eine Willenserklärung abgeben kann.

I. Voraussetzungen des § 164 I S. 1 BGB

Damit die Erklärung des Vertreters dem Geschäftsherrn über § 164 I S. 1 BGB zugerechnet werden kann, muss der Vertreter

- eine *eigene Willenserklärung* abgeben und nicht lediglich - wie der Bote - eine Erklärung des Geschäftsherrn übermitteln,
- *im fremden Namen* handeln, also nach außen offenkundig kenntlich machen, dass er für eine andere Person auftritt und
- mit *Vertretungsmacht* gehandelt haben.

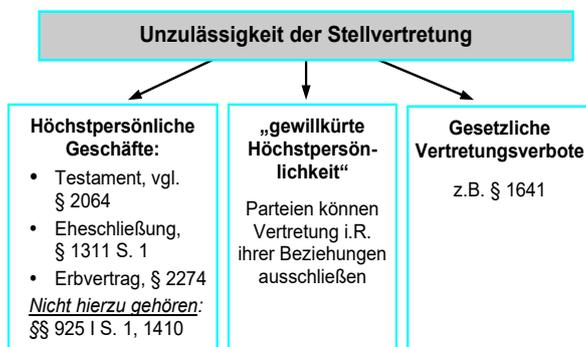
Ungeschriebene Voraussetzung für die Vertretung ist die **Zulässigkeit der Stellvertretung** bei der Vornahme des jeweiligen Rechtsgeschäfts.

II. Unzulässigkeit der Stellvertretung

Bei manchen Rechtsgeschäften ist Stellvertretung nicht zulässig.

Die Stellvertretung ist unzulässig bei

- **höchstpersönlichen** Rechtsgeschäften
- **gesetzlichen Vertretungsverböten** und
- bei **gewillkürter Höchstpersönlichkeit**.



1. Höchstpersönliche Rechtsgeschäfte

Hierzu zählen vor allem die höchstpersönlichen Geschäfte wie z.B. die Testamentserrichtung (§ 2064 BGB), der Erbvertrag (§§ 2274, 2282 I, 2284, 2296 I BGB), der Erbverzicht (§ 2347 S. 1 BGB) sowie die Eheschließung (§ 1311 BGB).

Kein höchstpersönliches Rechtsgeschäft ist hingegen die Auflassung nach § 925 I S. 1 BGB.

§ 925 I S. 1 BGB fordert zwar die gleichzeitige Anwesenheit beider Teile. Gemeint ist aber nicht die persönliche Anwesenheit, sondern die gleichzeitige Abgabe der Willenserklärungen. Daher können sich die Parteien - was in der Praxis üblich ist - vertreten lassen.

Hingegen ist die durch einen Boten abgegebene Auflassungserklärung ungenügend, da es an der Anwesenheit des Geschäftsherrn i.S.v. § 925 I S. 1 BGB fehlt.

Der Bote gibt eben keine eigene Erklärung mit Wirkung für den Geschäftsherrn ab, sondern überbringt nur die Erklärung des Geschäftsherrn.

hemmer-Methode: Auch der Abschluss eines Ehevertrages verlangt nach § 1410 BGB lediglich die gleichzeitige Anwesenheit beider Teile und ist daher wie die Auflassung kein höchstpersönliches Rechtsgeschäft. Daher kann man sich bei Abschluss eines Ehevertrages vertreten lassen.

2. Gesetzliche Vertretungsverbote

Zudem gibt es **gesetzliche Vertretungsverbote**. Hierzu gehört zum Beispiel § 1641 BGB.

Ein Verstoß gegen diese gesetzlichen Vertretungsverbote führt gem. § 134 BGB zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts.²

3. Gewillkürte Höchstpersönlichkeit

Zudem besteht die Möglichkeit, dass die Parteien einer Geschäftsbeziehung die Absprache treffen, im Rahmen ihrer Beziehungen keine Vertretung zuzulassen, **gewillkürte Höchstpersönlichkeit**.³

Anmerkung: Im Mittelpunkt des vorliegenden Falles steht die Frage, ob hinsichtlich der Geltendmachung des Rückkaufanspruchs in Ziffer XVII. des Überlassungsvertrages eine sog. gewillkürte Höchstpersönlichkeit vereinbart wurde. Wäre dies der Fall, wäre die Geltendmachung durch einen Stellvertreter nicht möglich. Der BGH hat diese Frage - anders als die Vorinstanz⁴ - mit überzeugender Begründung verneint.

C) Lösung

Die Klage wäre begründet, wenn V und M einen Anspruch auf Rückübereignung des Grundstücks gegen B hätten.

I. Entstehung des Anspruches aus Ziffer XVII. des Überlassungsvertrages

Fraglich ist, ob V und M überhaupt bzw. unter welchen Voraussetzungen ein Anspruch auf Rückübertragung des Grundstücks zusteht.

1. Gestaltungsrechtskonstruktion

Übertragen Eltern zu Lebzeiten ein Grundstück auf ein Kind, und behalten sie sich dabei vor, das Eigentum in bestimmten Fällen zurückzuverlangen (z.B. bei grobem Undank oder sonstigem Fehlverhalten des Kindes, bei eigener finanzieller Notlage oder - wie hier - bei Vorversterben des Kindes), kann den Eltern ein Rückforderungsrecht eingeräumt werden, dessen Ausübung den Anspruch auf Rückkauflassung des Grundeigentums erst entstehen lässt.

Oftmals wird im notariellen Überlassungsvertrag ein vertragliches Rücktrittsrecht vereinbart.

Das „Rückforderungsrecht“ besteht in diesem Fall daher zunächst nur als Gestaltungsrecht. Erst dessen Ausübung lässt den Rückkaufanspruch entstehen.

2. Bedingungskonstruktion, § 158 I BGB

Im vorliegenden Fall haben V und M diese Konstruktion aber gerade nicht gewählt.

Nach der hier zu beurteilenden vertraglichen Regelung ist die Rückforderung gerade nicht als Gestaltungsrecht ausgestaltet, das erst durch seine Ausübung den Rückkaufanspruch entstehen lässt.

Nach Ziffer XVII. des Überlassungsvertrages vom 14. Juni 2012 sind V und M vielmehr berechtigt, das an ihren Sohn S übereignete Grundstück unentgeltlich zurückzuverlangen, wenn S vor dem Letztversterbenden der beiden Veräußerer V und M verstirbt.

² Grüneberg/Götz, BGB, 84. Auflage 2025, § 1641, Rn. 1.

³ MüKoBGB/Schubert, 10. Auflage 2025, § 164, Rn. 110; BGH, NJW 1982, 1389 ff. = jurisbyhemmer.

⁴ OLG München (in Augsburg), Urteil vom 18. Juli 2023, Az.: 30 U 1190/23 e.

In **Ziff. XVII. Nr. 3** werden zunächst Einzelheiten zur Natur des Rückauffassungsanspruchs geregelt. So soll der Anspruch „höchstpersönlich“ und nur nach dessen Geltendmachung zu Lebzeiten übertragbar und vererblich sein.

Des Weiteren wurde eine Frist für seine Geltendmachung vereinbart („binnen eines Jahres nach Kenntnis vom Vorliegen des Anspruchsgrundes“).

Die Regelung setzt damit die Entstehung des Anspruchs selbst voraus.

Zudem wird die in **Ziff. XVII. Nr. 1.** genannte Bedingung des Vorversterbens des Erwerbers als „*Anspruchsgrund*“ formuliert, und nicht etwa als Rückforderungsrecht, mit dessen Ausübung der Anspruch auf Rückübertragung erst entstünde.

Das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen, ist nach der Legaldefinition des § 194 I BGB ein Anspruch.

Aus der gewählten Formulierung folgt also, dass der Rückauffassungsanspruch nicht erst mit der Ausübung eines Gestaltungsrechts, sondern unmittelbar mit dem Eintritt einer der genannten Bedingungen entsteht.

hemmer-Methode: Diese Ausgestaltung ist auch im Gesetz beim Rückforderungsanspruch des Schenkers aus § 528 I S. 1 BGB vorgesehen, der ähnlich formuliert ist („kann er von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenkes ... fordern“). Der Anspruch entsteht ebenfalls bereits mit dem Eintritt der Tatbestandsvoraussetzung (Notbedarf). Der Widerruf wegen groben Undanks (§ 530 I BGB) ist hingegen als Gestaltungsrecht geregelt.

Der Anspruch von V und M sollte daher mit dem Eintritt dieser im Vertrag genannten aufschiebenden Bedingung nach § 158 I BGB automatisch entstehen. Da S am 09.07.2021 gestorben ist und zu dieser Zeit V und M noch lebten, ist die im Überlassungsvertrag vereinbarte Bedingung eingetreten, sodass der Rückauffassungsanspruch gem. § 158 I BGB entstanden ist.

Dieser besteht gem. §§ 1922, 1967 BGB gegen B als der Alleinerbin nach S.

II. Erlöschen des Anspruchs aufgrund Versäumung der Jahresfrist

Der durch das Vorversterben des S entstandene Anspruch wäre aber erloschen, wenn er nicht von V und M innerhalb eines Jahres nach Kenntnis vom Vorliegen des Anspruchsgrundes geltend gemacht worden wäre.

Anmerkung: Der BGH spricht im Urteil (mehrfach) davon, dass der Anspruch von V und M nicht mehr „durchsetzbar“ wäre, wenn von ihnen die Frist versäumt worden wäre.

Aufgrund dieser Diktion scheint der BGH davon auszugehen, dass es sich bei der Jahresfrist um eine vereinbarte Verjährungsfrist handelt. Dann hätte der BGH aber wenigstens die Einrede des § 214 I BGB zitieren müssen, was er aber nicht tat.

Richtigerweise handelt es sich bei einer vertraglich vereinbarten Frist für die Geltendmachung eines Anspruches um eine sog. „Ausschlussfrist“, die zum Erlöschen eines Anspruches führt. Es handelt sich um eine rechtsvernichtende Einwendung, die von Amts wegen zu beachten ist. Der Schuldner muss sich nicht auf ihre Wirkung berufen. Bei der Verjährung als lediglich rechtshemmender Einrede muss sich der Schuldner hingegen auf das Leistungsverweigerungsrecht des § 214 I BGB berufen.

Deutlich wird der Unterschied zwischen Verjährung und versäumter Ausschlussfrist auch dann, wenn trotz versäumter Frist der Anspruch erfüllt wird.

Bei einem verjährten Anspruch kann das Geleistete nicht kondiziert werden, §§ 813 I S. 2, 214 II BGB.

Bei einem verfallenen Anspruch besteht hingegen ein Anspruch aus § 812 I S. 1 Alt. 1 BGB, wenn in Unkenntnis des Verfalls (vgl. § 814 Alt. 1 BGB) geleistet wurde.

Zur Zulässigkeit von Ausschlussfristen in einem Formulararbeitsvertrag lesen Sie den Aufsatz von Tyroller, *Life&LAW* 08/2019, 567 ff. sowie BAG, *Life&LAW* 02/2023, 78 ff. = NZA 2022, 1328 ff. = *juris*byhemmer.

Da V und M seit dem 9. Juli 2021 Kenntnis vom Tod ihres Sohnes S hatten, wäre die vertragliche Ausschlussfrist gem. §§ 187 I, 188 II Alt. 1 BGB grds. am 9. Juli 2022 abgelaufen. Da der 09.07.2022 aber ein Samstag war, lief die Frist gem. § 193 BGB erst am Montag, dem 11. Juli 2022 ab. Die klageweise Geltendmachung des Anspruches erfolgte aber erst am 10. September 2022 und damit nach dem Ablauf der Frist.

Der Anspruch von V und M wäre also nur dann nicht erloschen, wenn er durch das anwaltliche Anspruchsschreiben der R vom 2. August 2021 wirksam geltend gemacht worden wäre.

Dies wäre der Fall, wenn die Geltendmachung des Anspruches seitens der R gem. § 164 I S. 1 BGB für V und M wirken würde.

1. Für Geltendmachung eines Anspruchs als rechtsgeschäftsähnliche Handlung gelten die §§ 164 ff. BGB analog

Nach § 164 I S. 1 BGB wirkt eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgibt, unmittelbar für und gegen den Vertretenen.

Die Geltendmachung eines Anspruches ist keine Willenserklärung, sondern eine geschäftsähnliche Handlung.

hemmer-Methode: Eine *Willenserklärung* ist die Äußerung eines auf die Herbeiführung einer Rechtswirkung gerichteten Willens, die darauf abzielt, ein privates Rechtsverhältnis zu begründen, zu ändern oder zu beenden.⁵

Geschäftsähnliche Handlungen hingegen sind Handlungen, die zwar keine Willenserklärungen darstellen, aber dennoch Rechtsfolgen auslösen, die denen von Willenserklärungen ähneln. Ein wesentlicher Unterschied besteht darin, dass geschäftsähnliche Handlungen nicht zwingend einen Rechtsfolgewillen voraussetzen, sondern auch durch bloße Tatsachenhandlungen Rechtsfolgen eintreten können.

Ein bekanntes Beispiel für eine geschäftsähnliche Handlung ist die Mahnung, die keine Willenserklärung darstellt, aber dennoch rechtliche Konsequenzen wie den Verzugsseintritt auslöst.

Wegen der Ähnlichkeit von Willenserklärungen und geschäftsähnlichen Handlungen sind auf letztere die Vorschriften über Willenserklärungen und damit über die Stellvertretung nach §§ 164 ff. BGB analog anwendbar.⁶

Bei der Geltendmachung eines Anspruches, einer geschäftsähnlichen Handlung, konnten sich V und M daher grds. von R vertreten lassen, § 164 I S. 1 BGB analog.

Anmerkung: Zu dieser dogmatischen Feinheit findet sich im BGH-Urteil nichts. Sie können sich aber sicher sein, dass in einer Klausurlösung diese Differenzierung vorgenommen wird. Es handelt sich zwar nur um eine Kleinigkeit. Das Erkennen dieser Problematik wirkt sich für den Gesamteindruck Ihrer Klausur aber selbstverständlich positiv aus.

2. Ausschluss der Vertretung aufgrund gewillkürter Höchstpersönlichkeit?

Die Geltendmachung des Anspruches mit dem anwaltlichen Schreiben vom 2. August 2021 wäre nicht fristwährend gewesen, wenn der Rückkaufanspruch nach der vertraglichen Regelung höchstpersönlicher Natur und dadurch die Stellvertretung bei der Geltendmachung des Anspruches ausgeschlossen war.

Die Befugnis, sich durch einen Bevollmächtigten, also einen rechtsgeschäftlichen Vertreter (vgl. § 166 II S. 1 BGB) bei der Abgabe einer Willenserklärung bzw. analog § 164 I S. 1 BGB bei der Vornahme einer rechtsgeschäftsähnlichen Handlung vertreten zu lassen, wird durch das Gesetz insbesondere dort ausgeschlossen, wo es auf die höchstpersönliche Abgabe der Willenserklärung ankommt.

Solche Vertretungsverbote finden sich vor allem bei familien- und erbrechtlichen Rechtsgeschäften, etwa bei der Eheschließung (§ 1311 I BGB), bei letztwilligen Verfügungen (§§ 2064, 2274, 2284 BGB), beim Erbverzicht (§ 2347 S. 1 BGB) und beim Rücktritt vom Erbvertrag (§ 2296 I BGB).

Die Befugnis, sich durch einen Bevollmächtigten vertreten zu lassen, ist auch durch Rechtsgeschäft abdingbar (sog. gewillkürte Höchstpersönlichkeit).⁷

a) Höchstpersönlicher Anspruch muss von höchstpersönlicher Willenserklärung unterschieden werden

Daher muss im Wege der Auslegung nach §§ 133, 157 BGB ermittelt werden, ob der Überlassungsvertrag einen solchen Ausschluss der Stellvertretung enthält.

Hierzu muss differenziert werden, ob es sich um ein höchstpersönliches Rechtsgeschäft im Sinne einer höchstpersönlichen Willenserklärung oder lediglich um einen höchstpersönlichen Anspruch handelt.

Während die Qualifizierung eines Rechtsgeschäfts als „höchstpersönlich“ zum Inhalt hat, dass die Willenserklärung persönlich abgegeben werden muss und die Stellvertretung durch einen Bevollmächtigten ausgeschlossen ist, hat die Bezeichnung eines Anspruchs als „höchstpersönlich“ regelmäßig keine auf die Stellvertretung bezogene Bedeutung.

aa) Bei Gestaltungsrechtskonstruktion läge höchstpersönliches Rechtsgeschäft vor

5 Grüneberg/Ellenberger, BGB, 84. Auflage 2025, Einführung vor § 116, Rn. 1.

6 Grüneberg/Ellenberger, BGB, 84. Auflage 2025, Überbl v § 104, Rn. 7.

7 BGHZ 99, 90 (94) = jurisbyhemmer; BGHZ 121, 236 (240) = jurisbyhemmer (jeweils zur Vertretung in der Wohnungseigentümersammlung).

Hätten V und M das „Rückforderungsrecht“ als Gestaltungsrecht (Rücktritt) vereinbart und dessen Ausübung als höchstpersönlich ausgestaltet, so wäre die Vertretung im Zweifel ausgeschlossen.

Die Ausübung des Gestaltungsrechts bedarf einer Willenserklärung (Rücktrittserklärung). Diese kann vorbehaltlich der vertraglichen Ausgestaltung als höchstpersönliche Erklärung qualifiziert werden mit der Folge, dass die Stellvertretung insoweit ausgeschlossen ist.

Diese Konstruktion wurde aber vorliegend gerade nicht gewählt (s.o.), da der Anspruch mit dem Eintritt der im Vertrag genannten aufschiebenden Bedingung nach § 158 I BGB ohne weiteres entstehen und lediglich seine Durchsetzbarkeit an die Einhaltung einer bestimmten Form und Frist gebunden sein soll.

bb) Höchstpersönlicher Anspruch schließt hingegen Vertretung grds. nicht aus

Dagegen schließt ein höchstpersönlicher Anspruch die Vertretung für dessen Geltendmachung grds. nicht aus.

(1) Höchstpersönlichkeit nach § 399 BGB steht Vertretung nicht entgegen

Ein höchstpersönlicher Anspruch ist dadurch gekennzeichnet, dass er aufgrund seiner Natur oder der Natur des Rechtsverhältnisses nicht abtretbar ist, vgl. **§ 399 Alt. 1 BGB**.⁸

Hierzu zählen z.B. Unterhaltsansprüche nach Ehescheidung, die Urlaubsansprüche eines Arbeitnehmers und die Entschädigungsansprüche wegen der Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts.⁹

Solche Ansprüche sind zumeist auch nicht vererblich.¹⁰

Entsprechendes gilt, wenn die Abtretung durch Vereinbarung ausgeschlossen ist, vgl. **§ 399 Alt. 2 BGB**. Der Umstand, dass ein höchstpersönlicher Anspruch nicht an einen Dritten abtretbar ist, ändert aber nichts daran, dass er für den Anspruchsinhaber durch einen von ihm bevollmächtigten Dritten, namentlich einen Rechtsanwalt, außergerichtlich und gerichtlich geltend gemacht werden kann.

Anmerkung: So ist etwa nach der Rechtsprechung des BGH der Anspruch auf Unterlassung einer Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts als sonstiges Recht i.S.d. § 823 I BGB i.V.m. Art. 2 I, 1 I GG ein höchstpersönlicher Anspruch. Gleichwohl kann der Verletzte den Unterlassungsanspruch analog § 1004 I S. 1 BGB durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt geltend machen lassen.

Auch der Anspruch auf Geldentschädigung wegen Persönlichkeitsrechtsverletzung ist grundsätzlich nicht vererblich, wenn er dem Geschädigten nicht noch zu Lebzeiten rechtskräftig zugesprochen wurde.¹¹

(2) Vertragliche Höchstpersönlichkeit eines Anspruches schließt Vertretung nur aus, wenn Geltendmachung des Anspruches als höchstpersönlich vereinbart wurde

Bei vertraglich höchstpersönlichen Ansprüchen wäre die Vertretung nur dann ausgeschlossen, wenn **auch die Geltendmachung** des Anspruchs höchstpersönlich vereinbart worden wäre.

Der Wortlaut der in Ziff. XVII. Nr. 3 des Überlassungsvertrags getroffenen Regelung spricht gegen die Annahme, dass der von V und M geltend gemachte Anspruch auf Rückauflassung des Grundstückseigentums von diesen höchstpersönlich innerhalb der vereinbarten Frist geltend gemacht werden musste und eine Stellvertretung durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt insoweit ausgeschlossen sein sollte.

(a) Da der Rückauflassungsanspruch nach der vertraglichen Regelung mit Eintritt der im Vertrag genannten Bedingungen bereits entstanden ist, lässt sich der Umstand, dass er höchstpersönlicher Natur sein soll, nach dem zuvor Gesagten nicht als Begründung dafür heranziehen, dass er von den Veräußerern nur höchstpersönlich innerhalb der vertraglich festgelegten Frist geltend gemacht werden kann.

Hierzu bedürfte es, zumal es sich um eine Ausnahme von dem in § 164 BGB geregelten Grundsatz handelte, vielmehr einer **ausdrücklichen Regelung**, die auch die Geltendmachung des Anspruchs als höchstpersönlich qualifiziert und auf diese Weise die Stellvertretung ausschließt.

In Ermangelung einer solchen Regelung ist davon auszugehen, dass die Nichteinhaltung der vorgegebenen Frist lediglich dazu dient, dem Zuwendungsempfänger innerhalb kurzer Zeit Klarheit darüber zu verschaffen, ob der Anspruch geltend gemacht werden soll. Dies wird auch durch ein Anspruchsschreiben eines bevollmächtigten Rechtsanwalts

8 BGH, NJW-RR 2010, 1235 ff.

9 Vgl. hierzu die Übersicht bei MüKoBGB/Kieninger, 9. Aufl. 2022, § 399 Rn. 9 ff. mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung.

10 Vgl. MüKoBGB/Leipold, 9. Aufl., § 1922 Rn. 19 ff.

11 BGH, **Life&LAW 10/2022, 658 ff.** = NJW 2022, 868 ff. = **jurisbyhemmer** („Kohl-Tagebücher“).

erreicht.

(b) Für dieses Verständnis der Regelung spricht auch die objektive Interessenlage der Vertragsparteien.

Übertragen die Eltern das in ihrem Eigentum stehende Hausgrundstück unter Vorbehalt eines lebenslangen Wohnrechts auf ihr Kind, dann mag dieses ein Interesse daran haben, dass die Eltern bei Eintritt einer der vertraglich vereinbarten Bedingungen höchstpersönlich die Entscheidung treffen, ob sie das Grundeigentum zurückfordern oder nicht.

Diesem Interesse ist aber weitgehend Rechnung getragen, wenn der Rückauflassungsanspruch – wie hier – vor seiner Geltendmachung nicht vererblich und nicht übertragbar und damit grundsätzlich auch nicht pfändbar (§ 851 I ZPO) ist.

Durch die Stellvertretung bei der Geltendmachung des Anspruchs wird die Entscheidung über das „Ob“ regelmäßig nicht auf einen Dritten verlagert, weil der Veräußerer diesem zunächst eine Vollmacht und im Falle der Bevollmächtigung eines Rechtsanwalts einen Auftrag zur Geltendmachung des Anspruchs erteilen muss.

(c) Andererseits besteht ein ersichtliches Interesse der Eltern daran, sich bei der Rückforderung des Grundeigentums vertreten lassen zu können.

Dies gilt zum einen für den Fall, dass ein Elternteil geschäftsunfähig wird und der andere Elternteil zusammen mit dem Betreuer die Rückforderung geltend machen muss, was ausgeschlossen wäre, wenn das Rückforderungsverlangen ein höchstpersönliches Rechtsgeschäft wäre.

Entscheidend besteht aber ein evidentes Interesse der Eltern daran, sich bei der Wahrnehmung ihrer Rechte in Bezug auf die Rückforderung ihres Grundeigentums anwaltlicher Hilfe zu bedienen. Denn gerade älteren Anspruchsinhabern kann es schwerfallen, den Anspruch - wie hier - gegenüber einem Erben geltend zu machen, der selbst nicht Abkömmling ist.

Dies gilt umso mehr, als dem juristischen Laien schon die korrekte Formulierung des Anspruchs auf Auflassung des Grundeigentums und Bewilligung der Eigentumsumschreibung im Grundbuch Schwierigkeiten bereiten wird.

b) Ergebnis

Aus den vorgenannten Gründen handelte es sich daher bei dem mit dem Tod des S entstandenen Rückauflassungsanspruch von V und M zwar um einen höchstpersönlichen und nur eingeschränkt vererblichen und übertragbaren Anspruch.

Die Stellvertretung für die fristgerechte Geltendmachung dieses höchstpersönlichen Anspruchs wurde hingegen nicht ausgeschlossen.

Der Anspruch von V und M wurde daher durch das Anwaltsschreiben der R vom 2. August 2021 nach § 164 I S. 1 BGB analog wirksam und daher fristgerecht geltend gemacht.

III. Endergebnis

Die Klage von V und M ist begründet, da der Anspruch auf Rückübereignung des Grundstücks gegen B entstanden ist und fristgerecht geltend gemacht wurde.

D) Kommentar

(mty). Das Urteil des BGH überzeugt im Ergebnis.

Die Begründungen des BGH lassen aber an der einen oder anderen Stelle - zumindest für einen Jurastudierenden – mehrere Fragen offen.

Unabhängig davon, dass die Begründung - wie so oft - wild hin und her springt, verwendet der BGH Begrifflichkeiten, die ungenau oder sogar falsch sind.

BGH unterscheidet nicht zwischen Ausschlussfrist und Verjährungsfrist

Wird für die Geltendmachung eines Anspruchs eine Frist vereinbart, kann es sich zum einen um eine vertraglich vereinbarte Verjährungsfrist des Anspruchs, aber auch um eine Ausschlussfrist handeln. Entscheidend für das eine oder andere ist die Formulierung der Frist:

Das BGB spricht bei Verjährung von „verjährt“, während es bei Ausschlussfristen Wendungen wie „kann nur erfolgen“, „das Recht erlischt“ oder „ist ausgeschlossen“ verwendet.¹²

Bei vereinbarten Fristen ist es eine Auslegungsfrage, ob sie als Ausschluss- oder Verjährungsfrist aufzufassen sind, §§

¹² Grüneberg/Ellenberger, BGB, 84. Auflage 2025, Überbl v § 194, Rn. 13.

133, 157 BGB.

Im Originalfall lautete **Ziffer XVII Nr. 3 Satz 2**: „Der Anspruch kann nur mittels eingeschriebenem Brief binnen eines Jahres nach Kenntnis vom Vorliegen des Anspruchsgrundes geltend gemacht werden.“

Diese Formulierung spricht eindeutig für die Vereinbarung einer Ausschlussfrist.

Die vom BGH mehrfach verwendete Formulierung, dass der Anspruch nicht mehr durchsetzbar sein könnte, ist daher schlicht und ergreifend falsch. Der Anspruch wäre nämlich bei Fristversäumung erloschen. Dies lernen Jurastudierende bereits in der ersten Vorlesungsstunde im Zivilrecht. Der Aufbau eines Anspruches erfolgt dreistufig nach folgendem Prinzip:

1. Anspruch entstanden -> Prüfungsstandort für etwaige rechtshindernde Einwendungen

2. Anspruch erloschen -> Prüfungsstandort für etwaige rechtsvernichtende Einwendungen.

3. Anspruch durchsetzbar -> Prüfungsstandort für etwaige rechtshemmende Einreden.

Die Versäumung einer Ausschlussfrist führt nun eben nicht dazu, dass der Anspruch nicht mehr „durchsetzbar“ (Prüfungspunkt 3.), sondern dazu, dass der Anspruch erloschen wäre (Prüfungspunkt 2.). Mit dieser Unterscheidung befasst sich das Urteil des BGH leider mit keiner Silbe. Im Examen würde Ihnen diese Schlamperei um die Ohren fliegen.

Bei Gestaltungsrechtslösung spricht BGH von rücktrittsähnlichem Gestaltungsrecht

Bei der Gestaltungsrechtslösung spricht der BGH wiederholt von einem Rückforderungsrecht, das den Charakter eines Gestaltungsrechts habe und dem Rücktrittsrecht vergleichbar sei.

Warum es sich nicht um ein Rücktrittsrecht handeln soll, wird vom BGH nicht erklärt. Bei der Schenkung kann - auch wenn es sich nicht um einen gegenseitigen Vertrag i.S.d. §§ 320 ff. BGB handelt - selbstverständlich und unstreitig ein Rücktrittsrecht vereinbart werden. Dies ergibt sich aus der allgemeinen Vertragsfreiheit (§ 311 I BGB), die es den Parteien erlaubt, individuelle Vereinbarungen zu treffen, solange diese nicht gegen gesetzliche Vorschriften verstoßen.

Ein vertragliches Rücktrittsrecht kann somit in den Schenkungsvertrag aufgenommen werden, und dessen Ausübung richtet sich dann nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 346 ff. BGB.

Bei der Bedingungslösung erwähnt der BGH § 158 I BGB nicht

Auch bei der Entscheidung, dass der Anspruch von V und M ohne Ausübung des Gestaltungsrechts entstanden ist, bemüht sich der BGH nicht, dieses Ergebnis mit § 158 I BGB zu begründen.

Fazit: Dem BGH ist im Ergebnis zuzustimmen. Die Begründung hätte aber etwas sorgfältiger ausfallen dürfen.

Für eine Examensklausur hat diese Entscheidung jedenfalls eine Menge Potential.

E) Wiederholungsfrage

• Warum schließt ein höchstpersönlicher Anspruch nicht die Geltendmachung durch einen Vertreter aus?

Während die Qualifizierung eines Rechtsgeschäfts als „höchstpersönlich“ zum Inhalt hat, dass die Willenserklärung persönlich abgegeben werden muss und die Stellvertretung durch einen Bevollmächtigten ausgeschlossen ist, hat die Bezeichnung eines Anspruchs als „höchstpersönlich“ regelmäßig keine auf die Stellvertretung bezogene Bedeutung.

Ein höchstpersönlicher Anspruch ist dadurch gekennzeichnet, dass er aufgrund seiner Natur oder der Natur des Rechtsverhältnisses nicht abtretbar ist, vgl. § 399 BGB. Der Umstand, dass ein höchstpersönlicher Anspruch nicht an einen Dritten abtretbar ist, ändert aber nichts daran, dass er für den Anspruchsinhaber durch einen von ihm bevollmächtigten Dritten, namentlich einen Rechtsanwalt, außergerichtlich und gerichtlich geltend gemacht werden kann.

F) Zur Vertiefung

Zur Stellvertretung nach §§ 164 ff. BGB

- Hemmer/Wüst/Tyroller, Skript BGB-AT I, Rn. 182 ff.