

# **Wirtschaftsrecht**

## **WS 2020/21**

**Dr. Susanne Fessel**

**Rechtswissenschaft**

## **Kapitel 1**

### **Das Privatrecht als Teil des Rechtssystems**

- 1. Bürgerliches Recht, Privatrecht, Öffentliches Recht**
- 2. Materielles Recht und Verfahrensrecht**
  - 2.1 Inhaltliche Unterscheidung
  - 2.2 Aufbau der Gerichte
  - 2.3 Individualklage und Verbandsklage

## 1. Bürgerliches Recht, Privatrecht, Öffentliches Recht

(1) Das deutsche Recht wird herkömmlich in das Privatrecht und das öffentliche Recht unterteilt:

- Das **Privatrecht** regelt im wesentlichen die Rechtsbeziehungen der **Menschen** und **Unternehmen untereinander**; es legt fest, welche Freiheiten, Rechte, Pflichten und Risiken die (natürlichen oder juristischen) Personen zueinander haben.
- Beim **öffentlichem Recht** geht es hingegen um das **Verhältnis** zwischen den **Bürgern** (Unternehmen) und dem **Staat** sowie dessen Einrichtungen, z.B. wenn die Polizei einen randalierenden Demonstranten auf die Wache mitnimmt, bei der Baubehörde eine Baugenehmigung beantragt wird oder gegen ein marktbeherrschendes Unternehmen von der Kartellbehörde eine Missbrauchsverfügung verhängt wird.

(2) Zum **öffentlichen Recht** gehört eine Vielzahl von Rechtsgebieten, so u. a. das **Verfassungsrecht** und das **Verwaltungsrecht**.

(3) Auch diese Teilgebiete sind wiederum mehrfach ausdifferenziert:

- So untergliedert sich das **Verfassungsrecht** in zahlreiche Teilbereiche, u. a. in den **Grundrechtsteil** und das **Staatsorganisationsrecht**.

Die einzelnen **Grundrechte** finden sich im ersten Abschnitt des **Grundgesetzes (Art. 1-19 GG)**.

Außerdem gibt es Vorschriften, die den Grundrechten gleichstehen: Art. 20 Abs.4, 33, 38, 101, 103, 104 GG. Die in diesen Bestimmungen den Bürgern gewährten Rechte werden als grundrechtsähnliche Rechte bezeichnet.

Das **Staatsorganisationsrecht** findet sich in den übrigen elf Abschnitten des Grundgesetzes:

Es besteht aus jenen Bestimmungen, die den Aufbau, die Grundlagen und das Funktionieren des Staates betreffen. Dies sind insbesondere die **Staatszielbestimmungen**, sprich: die verfassungsgestaltenden Strukturentscheidungen, so z.B. das **Rechtsstaatsprinzip**, das **Demokratie-**, **Bundesstaats-**, **Sozialstaats-** und **republikanische Prinzip**.

Ferner gehören in diesen Zusammenhang die Bestimmungen, die das Verhältnis zwischen Bund und Ländern betreffen, sowie die Vorschriften über die **Verfassungsorgane** wie vor allem den **Bundespräsidenten**, den **Bundestag**, den **Bundesrat**, die **Bundesregierung** und das **Bundesverfassungsgericht**.

- Das Verwaltungsrecht besteht aus dem **allgemeinem** und dem **besonderen** Verwaltungsrecht.

Beim **allgemeinem** Verwaltungsrecht geht es um Grundsätze, die für das gesamte Verwaltungsrecht gelten, so z. B. die Handlungsformen der Verwaltung, das Verwaltungsverfahren, die Verwaltungsvollstreckung und Staatshaftung.

Zum **besonderen** Verwaltungsrecht gehören die einzelnen Sachgebiete, vor allem das Kommunalrecht, das Polizei- und Ordnungsrecht, das Öffentliche Dienstrecht, das Beamtenrecht, das Baurecht, das Raumordnungs- und Landesplanungsrecht, das Straßen- und Wegerecht, das Wasserrecht, das Wirtschaftsverwaltungsrecht, das **Sozialrecht**, das **Steuerrecht** und als relativ neues Querschnittsgebiet das **Umweltrecht**.

All diese Rechtsgebiete sind in einer Vielzahl von **Spezialgesetzen** geregelt. Neben diesen Spezialgesetzen kommt ergänzend das allgemeine Verwaltungsrecht zur Anwendung.

(4) In (formal) vergleichbarer Weise untergliedert ist das **Privatrecht**, das die **Rechtsbeziehungen zwischen den Bürgern** und sonstigen Rechtssubjekten (z.B. Gesellschaften) regelt. Gleichsam am Anfang steht die „große Kodifikation“ des **Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB)** sowie seine Nebengesetze, z.B. das Produkthaftungsgesetz, das Wohnungseigentumsgesetz, das Lebenspartnerschaftsgesetz oder die BGB-Informationspflichten-Verordnung.

(5) Zudem gibt es eine Vielzahl von **Sonderprivatrechten**:

- a) Das **Handelsrecht** regelt die Rechtsbeziehungen unter Kaufleuten und weist von allen Sonderprivatrechten die größte Verwandtschaft mit dem BGB auf.
- b) Das **Gesellschaftsrecht** bezieht sich auf das Recht der Handelsgesellschaften, beispielsweise auf das Recht der Aktiengesellschaft (AG), der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) oder der offenen Handelsgesellschaft (oHG).
- c) Um die Anerkennung geistiger Leistungen geht es im **Urheberrecht** sowie im **gewerblichem Rechtsschutz**, zu dem beispielsweise das Patentrecht gehört.
- d) Eine erhebliche Eigenständigkeit weist (zwischenzeitlich) das **Verbraucherrecht** auf, das bis vor nicht allzu langer Zeit in **vielen Einzelgesetzen** niedergelegt war,

so z.B. im Recht zur Regelung der allgemeinen Geschäftsbedingungen, dem Haustürwiderrufgesetz und dem Verbraucherkreditgesetz.

Vornehmlich geht es darum, die **strukturelle (allgemeine) Unterlegenheit des Verbrauchers** in bestimmten Bereichen auszugleichen.

All diese Vorschriften wurden durch die Schuldrechtsmodernisierung vom 01.01.2002 in das **BGB integriert**,

das in **§ 13** den Verbraucher und in **§ 14** den **Unternehmer** definiert.

Auf diese Weise hat das BGB ein anderes „Leitbild“ bekommen.

e) Sehr stark durch öffentlich-rechtliche Elemente geprägt ist das sog. **Wirtschaftsrecht**.

Sein Gegenstandsbereich kann unterschiedlich beschrieben werden:

Bezieht man die „gesamte Wirtschaft“ ein, ist auch das BGB erfasst, da es wesentliche Teile des Wirtschaftens - so z.B. den Abschluss von Verträgen - regelt (vgl. §145 ff. BGB).

Üblich ist jedoch, den Begriff enger zu fassen und nur solche Regeln einzubeziehen, mit denen der **Staat** das wirtschaftliche Geschehen durch **Eingriffe in die Märkte** unmittelbar zu beeinflussen versucht.

Dazu gehört insbesondere das **Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB**, Umgangssprachlich oft als „Kartellgesetz“ bezeichnet).

Auch das **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)** gehört hierher.

Schließlich ist angesprochen der weite Bereich des Subventionsrechts, des Vergaberechts in Gestalt von Aufträgen durch den Staat (z.B. Straßenbau, Rüstung, Infrastrukturmaßnahmen) sowie der Technologieförderung.

f) Aus öffentlich-privatrechtlichen Elementen besteht auch das **Versicherungsrecht**.

Zivilrechtlichen Mustern folgt das Versicherungsvertragsgesetz (VVG),

während das Pflichtversicherungsgesetz, das den Halter eines Kraftfahrzeugs zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung verpflichtet (PfIVG), und das Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) vornehmlich dem öffentlichem Recht zuzuordnen sind.

g) Noch nicht als eigene Disziplin herausgebildet hat sich das **Kapitalmarktrecht**.

Dennoch gibt es besondere Regelungen, die sich auf den Kapitalmarkt beziehen; sie sind beispielsweise im Börsengesetz (von 2002) und im Kreditwesengesetz niedergelegt.

h) Eine starke Eigenständigkeit weist das **Arbeitsrecht** auf.

Öffentlich-rechtliche Elemente finden sich insbesondere im Arbeitsschutzrecht, z.B. im Mutterschutz und Jugendarbeitsschutz.

Allgemein wird zwischen dem **Individualarbeitsrecht** und dem **kollektiven** Arbeitsrecht unterschieden.

Hierzu sei kurz angemerkt:

Das Recht der Arbeitsverhältnisse und das Arbeitsschutzrecht bezeichnet man als **Individualarbeitsrecht**, weil beide Rechtskomplexe den einzelnen Arbeitnehmer in den Mittelpunkt stellen. Für ihn und gegen ihn werden privatrechtliche bzw. öffentlich-rechtliche Rechte und Pflichten begründet.

Im Koalitions-, Tarifvertrags- und Arbeitsvertragsrecht sowie im Betriebsverfassungsrecht und Mitbestimmungsrecht wird dagegen der einzelne Arbeitnehmer nur mittelbar als Mitglied einer Koalition (Gewerkschaft) der Belegschaft des Betriebes erfasst. Auf der Arbeitgeberseite steht beim Tarifvertrag entweder ein Verband (Arbeitgeberverband) oder ein oder mehrere Arbeitgeber, im Betriebsverfassungsrecht selbstverständlich nur ein Arbeitgeber, nämlich der Inhaber des Betriebes. Auf Seiten der Arbeitnehmer steht aber immer ein Kollektiv. Das gilt auch für das Mitbestimmungsrecht, wenn Arbeitnehmerrepräsentanten in den Organen des Unternehmens vertreten sind. Deshalb wird die Regelung all dieser Rechtsbeziehungen als kollektives Arbeitsrecht bezeichnet.

**Fragen/Aufgaben:**

1. Was versteht man unter Privatrecht?
2. Welche Rechtsregeln gehören zum öffentlichen Recht?
3. Bringen Sie einige Beispiele für das Vorliegen privatrechtlicher bzw. öffentlich-rechtlicher Rechtsbeziehungen.
4. Benennen sie einige Grundrechte.
5. Verdeutlichen Sie den Stellenwert von einigen Grundrechten an Beispielen.
6. Belegen Sie an einigen Beispielen, dass die Bundesrepublik Deutschland ein Rechtsstaat ist.
7. Warum leben die Bürger in der Bundesrepublik in einer Demokratie?
8. Was versteht man unter einem Bundesstaat?
9. Benennen Sie einige staatliche Maßnahmen, die deutlich machen, dass Sie in einem Sozialstaat leben.
10. Benennen Sie einige Verfassungsorgane und umschreiben Sie (in drei, vier Sätzen) deren Aufgabe.
11. Zwischen welchen beiden Bereichen des Verwaltungsrechts wird unterschieden?
12. Benennen sie einige Rechtsgebiete, die dem besonderen Verwaltungsrecht zuzuordnen sind.
13. Wie heißt die wichtigste Zivilrechtskodifikation?
14. Benennen sie einige Sonderprivatrechte.
15. Was versteht man unter Verbraucherrecht?
16. Bilden Sie einige Beispiele zum GWB rsp. UWG.
17. Was heißt individuelles rsp. kollektives Arbeitsrecht?

## 2. Materielles Recht und Verfahrensrecht

### 2.1 Inhaltliche Unterscheidung

(1) Das Privatrecht regelt das **materielle** Recht, nicht – vom Fall der Selbsthilfe (§§ 229, 859) abgesehen – seine **Durchsetzung im Streitfall**. Die einschlägigen Bestimmungen sind im Zivilprozessrecht, geregelt in der **Zivilprozessordnung (ZPO)**, enthalten.

So bestimmt z. B. § 433 Abs.1 S. 1 BGB, dass der Verkäufer verpflichtet ist, die Sache dem Käufer zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen.

Wird nun der Verkäufer wortbrüchig und weigert sich, diese Sache zu liefern, so muss der Käufer ihn auf Übereignung **verklagen**, und § 253 ZPO sagt ihm dann, welche Angaben er in seiner Klageschrift machen muss.

An anderer Stelle der ZPO geht es um die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen, und in den §§ 803 ff. ZPO z.B. ist die **Zwangsvollstreckung** geregelt, falls der Käufer ein (rechtskräftiges) Urteil erstritten hat.

(2) Zu einer Auseinandersetzung kommt es nicht so sehr, weil die Parteien in einer Rechtsfrage unterschiedlicher Ansicht sind.

Zumeist streiten sie über **Fakten**, über das **tatsächliche Geschehen**, über den sog. **Sachverhalt**.

Beispielhaft verdeutlicht:

Der Unternehmer V bestreitet, die Ware – den Gebrauchtwagen, den goldenen Ring oder das antike Gemälde – verkauft zu haben.

Oder: Der Käufer behauptet, den Kaufpreis von 3000 Euro bereits gezahlt zu haben.

Der Autofahrer H macht geltend, der von ihm verletzte Fußgänger habe vorschriftswidrig die Strasse überqueren wollen, obwohl die Ampel bereits „Rot“ gezeigt habe.

Der Produzent eines fehlerhaften Produktes – eines Kraftfahrzeugs oder Arzneimittels – stellt ein Verschulden in Abrede. Hinsichtlich seiner Belegschaft versucht er sich zu „entschuldigen“, indem er vorträgt, er habe seine Mitarbeiter sorgfältig ausgewählt und überwacht.

(3) In all diesen Fällen ist ausschlaggebend, welche Partei die **Beweislast** trägt,

spricht: das Risiko trägt, dass sich der **entscheidungserhebliche Umstand** letztlich (auch nach einer Beweisaufnahme, z.B. durch Vernehmung von Zeugen, Sachverständigengutachten) **nicht klären lässt**.

Trägt der **Kläger** die Beweislast, so wird seine Klage bei verbleibenden Zweifeln abgewiesen.

Liegt die Beweislast hingegen beim **Beklagten**, so wird er bei verbleibenden Zweifeln verurteilt.

(4) Im **Ausgangspunkt** gilt: Derjenige, der etwas fordert, ist beweislspflichtig. In aller Regel ist daher der **Kläger** (Gläubiger) in der Pflicht, und daher wird seine Klage bei verbleibenden Zweifeln abgewiesen.

Beispielhaft verdeutlicht:

Verlangt K die Übereignung eines Fahrzeugs von einem Händler, so muss er nachweisen, dass der Händler ihm den Wagen (wirksam) verkauft hat.

Eine Klage auf Zahlung des Kaufpreises ist nur erfolgreich, wenn der Verkäufer den Abschluss eines Kaufvertrages nachweist.

Bei einem Verkehrsunfall muss der Verletzte nachweisen, dass der Unfall beim Betrieb des Wagens des (verklagten) Halters/Fahrers entstanden ist.

(5) Von dieser Regel gibt es jedoch **Ausnahmen**.

So u.a. bezüglich des vielfach geforderten **Verschuldens**:

Hier geht der Gesetzgeber – ganz im Interesse des Opfers (= Klägers) und zugleich zu Lasten des Schädigers (= Beklagten) – vielfach von einer **Verschuldensvermutung** aus.

Der Beklagte wird daher verurteilt, wenn er die Richter nicht davon zu überzeugen vermag, dass man ihm keine Vorwürfe machen kann. Und der Kläger gewinnt den Prozess; er bekommt seinen Schaden ersetzt.

Beweislastregeln sind der Sache nach ein Problem der Durchsetzung des Rechts. Gleichwohl finden sich die **Regeln** über die **Beweislast** durchweg im materiellen Recht: So bestimmt **§ 280 Abs.1 S. 2 BGB**, dass eine Schadensersatzpflicht entfällt („gilt nicht“), wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten (= verschuldet) hat.

Und ebenso ist in **§ 286 Abs. 4 BGB** bestimmt: „Der Schuldner kommt nicht in Verzug, solange die Leistung in Folge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat.“

Beispiele:

Der Steuerberater/Wirtschaftsprüfer gibt eine objektiv unrichtige Auskunft, und daher kommt ein Mandant zu Schaden.

Der Getreidehändler V liefert dem Bauern K Tierfutter, das – aus welchen Gründen auch immer – vergiftet ist. Infolge dessen verenden die Tiere.

In beiden Fällen liegt die Schadensursache im Verantwortungsbereich des Schuldners (Schädigers).

Dieser muss daher (gem. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB) nachweisen, dass er die Pflichtverletzung nicht verschuldet hat.

## 2.2 Aufbau der Gerichte

(1) Die Durchsetzung von Ansprüchen liegt in einem **Rechtsstaat** in der Hand **staatlicher Gerichte**. Die Parteien können freilich in den meisten vermögensrechtlichen Streitigkeiten ein **Schiedsgericht** einsetzen, dessen Entscheidung dann nur noch begrenzt überprüft werden kann (vgl. Einzelheiten in §§ 1025 ff. ZPO).

Insbesondere Unternehmen, die in dauerhafter geschäftlicher Beziehung zueinander stehen, machen häufig von dieser Möglichkeit Gebrauch:

Man verständigt sich auf Schiedsrichter, die sich in der Branche gut auskennen.

Außerdem sind Schiedsverfahren regelmäßig kurzfristig, während gerichtliche Verfahren vielfach Jahre in Anspruch nehmen.

Besonders weit verbreitet sind Schiedsgerichte im internationalen Handelsverkehr.

(2) Grundsätzlich können zivilrechtliche Ansprüche nur im Wege einer **Klage** vor den **ordentlichen Gerichten** (gem. § 13 Gerichtsverfassungsgesetz (GVG)) durchgesetzt werden.

(3) Es beginnt mit der „**ersten Instanz**“:

- Bei Ansprüchen bis zur Höhe von 5000 Euro sind die **Amtsgerichte** (kurz: AG) anzurufen (§ 23 GVG). Es entscheidet ein einzelner Richter.
- Geht es um einen höheren Betrag, sind die **Landgerichte** (kurz: LG) zuständig. Auch hier entscheidet in der Regel ein **Einzelrichter**, ausnahmsweise eine aus drei Berufsrichtern bestehende „**Kammer**“.



Anmerkung:

Alle Richter sind sog. **Volljuristen**, die zwei Staatsexamina abgelegt haben, und dies durchweg mit einem sog. Prädikatsexamen von „voll befriedigend“ oder „gut“.

Sogenannte **Laienrichter** – wie sie die **Arbeitsgerichtsbarkeit** kennt – sind der ordentlichen Gerichtsbarkeit weitgehend fremd.

(4) Wer in „erster Instanz“ unterliegt, kann das **Rechtsmittel der Berufung** einlegen. Voraussetzung ist, dass das Urteil um mehr als 600 Euro vom Antrag einer Partei zu ihren Lasten abweicht oder dass die Berufung von den Richtern wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zugelassen wurde.

Beispiel:

V klagt gegen K auf Zahlung von 4000 Euro vor dem Amtsgericht. K beantragt, die Klage abzuweisen.

Der Amtsrichter spricht 500 Euro zu und weist die Klage in Höhe von 3500 Euro ab.

Hier kann der Kläger in die Berufung gehen, nicht aber der Beklagte.

Über die Berufung **entscheidet** die „**zweite Instanz**“. Dies ist das LG für alle Streitigkeiten, für die in erster Instanz das AG zuständig war. Hatte ein LG in erster Instanz entschieden, ist ein Oberlandesgericht (kurz: OLG) zuständig.

In der Berufungsinstanz kann der ganze Fall **nochmals in vollem Umfang aufgerollt** werden, und zwar in rechtlicher wie in tatsächlicher Hinsicht (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

In der Berufungsinstanz wird mithin überprüft, ob die Richter der Vorinstanz „richtig“ subsumiert haben, ferner, ob sie von einem zutreffenden Sachverhalt ausgegangen sind. Mithin können nochmals Zeugen benannt werden, die Stein und Bein schwören, dass der Kaufpreis beispielsweise zurückgezahlt wurde.

(5) Gegen das Urteil eines OLG ist **Revision** an den **Bundesgerichtshof** (BGH) zulässig, wenn sie wegen grundsätzlicher Bedeutung oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zugelassen wurde. Letzteres ist z.B. geboten, wenn das OLG von einer Entscheidung des BGH oder eines anderen OLG abgewichen ist.

In der Revisionsinstanz wird lediglich überprüft, ob Verfahrensmängel vorliegen oder ob das Urteil auf einem **Verstoß gegen materielles Recht** beruht. Die **Tatsachenfeststellungen**, die das OLG getroffen hat, können hingegen grundsätzlich **nicht mehr in Frage gestellt werden**.

Berufung und Revision werden als „**Rechtsmittel**“ bezeichnet. Den Weg vom unteren zum höheren Gericht nennt man „**Instanzenzug**“.

(6) Ist eine unterlegene Partei der Ansicht, sie sei durch ein **rechtskräftiges** (also **nicht mehr mit Rechtsmitteln angreifbares**) Urteil **in ihren Grundrechten verletzt**, kann sie beim Bundesverfassungsgericht **Verfassungsbeschwerde** einlegen.

Statistisch gesehen sind die Erfolgsaussichten freilich äußerst gering.

Und dies zu Recht; denn das **Bundesverfassungsgericht** ist **keine Superrevisionsinstanz**, will sagen:

Es prüft **nicht**, ob die Fachgerichte, z.B. das Amtsgericht, Landgericht oder Oberlandesgericht, richtig entschieden haben, also z.B. die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches richtig angewandt haben.

### 2.3 Individualklage und Verbandsklage

(1) Dem (liberalen) **Modell** einer (freien) Gesellschaft entspricht es, dass **ebenbürtige** Parteien einander gegenüberstehen. Dies gilt nicht nur für den Abschluss eines Vertrages, sondern auch für die gerichtliche Auseinandersetzung.

(2) Die **Realität** sieht jedoch anders aus: nicht nur bei Abschluss eines Vertrages, sondern auch bei gerichtlichen Auseinandersetzungen ist eine Partei häufig **tatsächlich unterlegen**.

So hat ein größeres Unternehmen häufig eine eigene Rechtsabteilung mit qualifizierten Juristen, die genau beurteilen können, ob ein Käufer die Zahlung des Kaufpreises verweigern darf. Auch kennen sie sich in der obergerichtlichen Rechtsprechung (des BGH) aus und wissen, welche Klauseln in den Lieferbedingungen „gerade noch“ akzeptiert werden.

Für den „kleinen Mann“, z.B. die Schreibkraft oder den Fahrer, ist die „Juristerei“ eine fremde Welt. Er hat Scheu, sich auf eine Klage einzulassen, muss notfalls einen Anwalt aufsuchen, der dann auch noch einen Kostenvorschuss verlangt.

(3) Um diese **strukturelle Unterlegenheit** einer Partei auszugleichen, gibt es **Erleichterungen im Verfahrensrecht**,

so z.B. eine kostenlose Rechtsberatung für Minderbemittelte (aufgrund des Beratungshilfegesetzes), oder die Möglichkeit einer Prozesskostenhilfe (gem. §§ 114 ff. ZPO).

Möglicherweise hat eine Partei auch eine Rechtsschutzversicherung abgeschlossen oder es ist eine außergerichtliche Streitschlichtung vorgesehen, so z.B. die Einrichtung eines „Banken-Ombudsmannes“.

(4) Mit Rücksicht auf die strukturelle Unterlegenheit einer Partei gibt es schließlich in manchen Bereichen eine sog. **Verbandsklage**:

Außer dem Einzelnen können Wirtschaftsvereine und Kammern, z.B. Industrie- und Handelskammern, Handwerkskammern, insbesondere aber **Verbraucherverbände** eine Klage erheben, und zwar bei Verstößen gegen **verbraucherschutzrechtliche Normen, Wettbewerbsverstöße** und Klauseln in **Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§§ 1 ff. Unterlassungsklagengesetz, § 8 UWG, § 33 GWB)**.

Ein Unternehmen, das nach wie vor unzulässige Klauseln in seinen Geschäftsbedingungen verwendet, kann daher von einem Verbraucherverband auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Ebenfalls kann nach § 13 Abs. 2 UWG Klage gegen ein Unternehmen erhoben werden, das gegen die Grundsätze des redlichen Wettbewerbs verstößt.

Im **US-amerikanischen Recht** ist es sogar möglich, dass sich eine größere Zahl von Personen zu einer Sammelklage, einer sog. **class action**, zusammenschließt, z.B. um eine Diskriminierung zu unterbinden oder einen Produktschaden zu liquidieren. Auf ein positives Urteil können sich dann auch jene Bürger berufen, die am Verfahren nicht teilgenommen haben.

**Fragen/Aufgaben:**

1. Welches Gesetz beschäftigt sich mit der Frage, wie Rechtsansprüche im Einzelfall gerichtlich durchzusetzen sind?
2. Was ist unter Beweislastrisiko zu verstehen? Verdeutlichen Sie diese Frage an einigen Beispielen.
3. Wie ist im Ausgangspunkt die Beweislast zwischen einem Kläger und einem Beklagten verteilt?
4. Wie steht es mit den Erfolgsaussichten einer Schadensersatzklage, wenn sich die Frage des Verschuldens (gem. § 276) nicht klären lässt?
5. Welche beiden Vorschriften des BGB formulieren zu Lasten des Schädigers eine Verschuldensvermutung?
6. Verdeutlichen Sie die praktische Bedeutsamkeit dieser Vorschriften anhand von lebensnahen Beispielen.

- 
7. Kennzeichnend für einen Rechtsstaat ist u.a. ...
  8. Warum finden sich im kaufmännischen Verkehr recht häufig Schiedsgerichtsklauseln?
  9. In welcher Weise sind in aller Regel zivilrechtliche Ansprüche durchzusetzen?
  10. Bei welchen Gerichten der „ersten Instanz“ ist regelmäßig eine Klage anhängig zu machen? Was versteht man unter dem Rechtsmittel der Berufung? Welche Gerichte kommen als Berufungsgerichte in Betracht? In welchem Umfang entscheiden die Gerichte über den Streitfall?
  11. In welchen Fällen kann der Bundesgerichtshof angerufen werden? Was überprüft der BGH, was überprüft der Gerichtshof hingegen nicht?
  12. Was versteht man unter einer Verfassungsbeschwerde?
  13. Warum ist das Verfassungsgericht keine Superrevisionsinstanz?

- 
14. Inwieweit kann eine Partei bei einer gerichtlichen Auseinandersetzung tatsächlich unterlegen sein?
  15. Inwieweit hat der Gesetzgeber (in verschiedenen Gesetzen) die strukturelle Unterlegenheit einer Partei „relativiert“?
  16. Was versteht man unter einer Verbandsklage? Welchen Institutionen wurde ein solches Recht eingeräumt? In welchen Fällen kann eine Verbandsklage erhoben werden?

## **2. Kapitel**

### **Ornungsaufgaben des Privatrechts, verdeutlicht an einer Fallstudie**

#### **1. Allgemeiner Überblick**

#### **2. Zwingendes Vertragsrecht durch den Gesetzgeber**

#### **3. Die Korrektur unbilliger Vertragsergebnisse durch die Gerichte mittels der Generalklauseln (§§ 138, 242)**

- 3.1 Die einst umstrittene Sicherungspraxis der Kreditinstitute:  
Bürgschaftserklärungen von Familienangehörigen (bei ungeprüften Einkommens- und Vermögensverhältnissen)
- 3.2 Unterschiedliche Gerichtsurteile (der Instanzgerichte sowie der Senate des BGH)
- 3.3 Die Grundsatzentscheidung des BVerfG vom 19.10.1993 zur Inhaltskontrolle von Bürgschaften einkommens- und vermögensloser Familienangehöriger,  
zugleich allgemein: Die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie bei strukturell gestörter Vertragsparität

## 1. Allgemeiner Überblick

(1) Das Privatrecht legt fest, welche Freiheiten, Rechte, Pflichten und Risiken die Menschen im Verhältnis zueinander haben. Es gewährleistet die **Privatautonomie**, sprich: die Freiheit des Einzelnen, seine Rechtsbeziehungen in **Selbstbestimmung** (Selbstverantwortung) zu regeln. Dafür stellt es geeignete Handlungsformen zur Verfügung, allen voran den **Vertrag**.

(2) Außerdem gewährleistet das Privatrecht den **Schutz bestimmter Güter**, z.B. des Lebens, der Gesundheit, des Eigentums, des Vermögens.

Wird ein Fußgänger in einen Verkehrsunfall verwickelt, kann er den Halter des Kraftfahrzeuges auf Zahlung der Heilungskosten und auf Verdienstausfall verklagen. Die Anspruchsgrundlagen finden sich in den §§ 823 ff. BGB, ferner in den §§ 7 ff. Straßenverkehrsgesetz (StVG).

(3) Kennzeichnend für das Privatrecht ist (mithin) die **Zuerkennung von Ansprüchen**, mithin von Rechten, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (§ 194 Abs. 1). Insoweit stellt der Staat seine Gerichtsorganisation zur Verfügung. Dem Einzelnen bleibt es jedoch überlassen, ob und wie er seine Ansprüche geltend macht. Der **Staat** greift also mit seiner Privatrechtsordnung **nicht selbst** in den Austausch und Schutz der Güter **ein**; er legt lediglich den allgemeinen Rahmen fest.

(4) Somit bedingen **Privatrecht** und **Marktwirtschaft** einander. Je mehr der Staat die Produktion und Verteilung der Wirtschaftsgüter **reguliert**, um so weniger ist Raum für das Privatrecht.

(5) Nach heutigem Verständnis kann sich der **Staat** nicht darauf beschränken, lediglich formale Regelungen für den Wirtschaftsverkehr zu formulieren. Er muss vielmehr als **Sozialstaat** eingreifen, sofern ernste Gefahren für die soziale Gerechtigkeit bestehen. Es darf **nicht das Recht des Stärkeren** gelten. Keine Partei darf ein so starkes Übergewicht haben, dass sie den Vertragsinhalt (einseitig) diktieren kann. Besteht eine **strukturelle (allgemeine) Unterlegenheit** eines Vertragsteils, und sind die **Folgen des Vertrages** für die unterlegene Partei **ungewöhnlich** belastend, so muss die Zivilrechtsordnung reagieren und Korrekturen ermöglichen.

(6) Prinzipiell stehen **zwei Möglichkeiten** zur Verfügung, um die strukturelle Unterlegenheit einer Vertragspartei auszugleichen:

- Zum einen können die **Gerichte** mit Hilfe der **Generalklauseln** (§§ 138, 242) unbillige Verträge als unwirksam verwerfen.
- Zum anderen kann der **Gesetzgeber zwingende Vorschriften** zugunsten der unterlegenen Partei erlassen.

## 2. Zwingendes Vertragsrecht durch den Gesetzgeber

(1) Ein marktwirtschaftliches System ist durch verschiedene Merkmale gekennzeichnet: durch die Konkurrenz selbständiger Unternehmen, die Souveränität der Konsumenten, die Trennung von Staat und Wirtschaft, nicht zuletzt durch die **Privatautonomie** mit ihren Ausprägungen: **Eigentumsfreiheit** (vgl. § 903 BGB), **Testierfreiheit** (§ 1937 BGB) und **Vertragsfreiheit** (vgl. § 311 BGB).

(2) Das Prinzip der **Vertragsfreiheit** lässt sich wiederum untergliedern in:

- **Abschlussfreiheit**, will sagen: die Freiheit darüber zu befinden, **ob** und **mit welcher Partei** ein Vertrag abgeschlossen wird.
- **Gestaltungsfreiheit**, d.h. die Autonomie, den **Inhalt** des Vertrages, z.B. den Preis, die Qualität, die Konditionen und Rechtsregeln auszuhandeln.

(3) Im **Modell** bilden die Vorschriften lediglich Vorschläge des Gesetzgebers. Die Parteien können von ihnen abweichen, wenn sie es für sinnvoll halten; die Vorschriften stehen zur Disposition.

(4) Die Bundesrepublik ist jedoch ein „**sozialer Rechtsstaat**“, und das heißt: die Vertragsfreiheit ist zwar verbürgt, sie ist jedoch nicht schrankenlos. Zum Schutz einer unterlegenen Partei kann der **Gesetzgeber zwingende Vorschriften** erlassen.

(5) **Beispielhaft** sei verwiesen auf die folgenden gesetzgeberischen Aktivitäten:

- **Mietverhältnisse** über Wohnraum: → §§ 549 ff.
- **Reisevertrag** zwischen Veranstalter und Reisenden (Pauschalreise): → §§ 651 ff.
- Kontrolle **allgemeiner Geschäftsbedingungen** (von Unternehmen/Verbänden):
  - materiellrechtliche Vorschriften → §§ 305 ff. BGB (Integration des AGB-Gesetzes von 1977 im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung vom 01.01.2002)
  - ergänzend: verfahrensrechtliche Vorschriften: Unterlassungsklagegesetz vom 26.11.2001
- **Schutzgesetze zugunsten des Verbrauchers**: Haustürgeschäfte (§ 312), Verbraucherdarlehensvertrag (§§ 491 ff.), nicht zuletzt Verbrauchsgüterkauf (§§ 474 ff.)

(6) Allein, nicht nur der Gesetzgeber kann den schwächeren Parteien „zu Hilfe kommen“. Auch die Gerichte können „im Namen des Sozialstaats“ auf den Plan treten und unbillige Vertragsergebnisse für unwirksam erklären. Davon soll im folgenden in Gestalt einer Fallstudie im einzelnen die Rede sein.

### 3. Die Korrektur unbilliger Vertragsergebnisse durch die Gerichte mittels der Generalklauseln (§§ 138, 242)

#### 3.1 Die einst umstrittene Sicherungspraxis der Kreditinstitute:

##### **Bürgschaftserklärungen von Familienangehörigen (bei ungeprüften Einkommens- und Vermögensverhältnissen)**

(1) Das Bankvertragsrecht ist nicht gesetzlich geregelt. Es richtet sich nach allgemeinen **Geschäftsbedingungen**, in denen die Kreditinstitute ihre Dienstleistungen nahezu vollständig und einheitlich geregelt haben. Bei der Kreditgewährung verwenden sie weitgehend übereinstimmende Formularverträge. Koordinierend wirkt ein zentraler Kreditausschuss, dem als Mitglieder die Verbände der Kreditinstitute angehören.

(2) In der Sicherungspraxis der Kreditinstitute war es einst üblich, dass bei Konsumentenkrediten und Geschäftskrediten, die an mittelständische Unternehmen vergeben wurden, Bürgschaftsverträge mit Familienangehörigen geschlossen wurden. Angeblich ging es **nicht ausschließlich** darum, die **Haftungsmasse zu erweitern**. Vielmehr sollte auch **Vermögensverschiebungen** begegnet werden; zudem sollten die Kreditnehmer durch die Einbeziehung ihrer Angehörigen zu einem sorgfältigen Wirtschaften veranlasst werden.

(3) Solche Verträge gerieten ins Kreuzfeuer der Kritik. Zunehmend beschäftigten sich auch die Gerichte mit Fällen, in denen (**formaljuristisch volljährige**) **Angehörige** in ausweglose Überschuldung geraten waren, weil sie für hohe Bankkredite ihrer Partner oder Eltern gebürgt hatten, obwohl sie nur über geringfügige Einkünfte verfügten.

(4) Nach Ansicht des **Bankenfachverbandes** war gegen die Wirksamkeit solcher Verträge nichts einzuwenden:

Die Festsetzung einer objektiven Grenze zulässiger Verschuldung, so wurde geltend gemacht, hätte zur Konsequenz, dass Kredite für Existenzgründungen oder sogar schon für die Reparatur beruflich dringend benötigter Kraftfahrzeuge verweigert werden müssten, wenn die Rückzahlungsraten zusammen mit anderen Verpflichtungen das Existenzminimum überstiegen. Das widerspreche dem Interesse des Kreditnehmers und sei auch unnötig, weil die Kreditgeber schon aus wirtschaftlichen Gründen selbst auf die Leistungsfähigkeit ihrer Schuldner achteten. Sollte tatsächlich einmal der Fall einer **bereits bei Vertragsabschluss aussichtslosen Situation** vorliegen und dies **dem Kreditgeber erkennbar** gewesen sein, so sei durch Anwendung des § 138 BGB und ähnlicher Regelungen abzuwehren. Im übrigen habe der Gesetzgeber durch **Pfändungsschutzvorschriften (gem. §§ 811 ff., 850 ff. ZPO)** das notwendige Existenzminimum zwingend verbürgt.

(5) Auch der **Bundesverband deutscher Banken** hielt solche Bürgschaftsverträge regelmäßig für rechters:

a) Ein Konflikt mit der (im Grundgesetz verbürgten) **Vertragsfreiheit** sowie dem **Sozialstaatspostulat** bestand nach seiner Ansicht nicht:

Kreditnehmer könnten die Grenzen ihrer Belastbarkeit **selbst beurteilen** und müssten für den Regelfall auch die Folgen ihres eigenverantwortlichen Handelns tragen. Das schließe nicht aus, dass in besonderen Fällen (u. a. bei **besonderer** Unerfahrenheit des Schuldners, **vollständiger** Aussichtslosigkeit der Kreditrückführung oder Verschleierung des Umfangs der monatlichen Belastung) § 138 BGB eingreife. Außerdem seien von der Rechtsprechung Beratungs- und Aufklärungspflichten entwickelt worden, die einen Schutz der Kreditnehmer bewirkten. Die Grundsätze über die Störung der Geschäftsgrundlage sowie das Institut des Verschuldens bei Vertragsabschluss böten gegebenenfalls weitere rechtliche Hilfen. Die Rechtsprechung halte die Möglichkeit einer am **Einzelfall** orientierten Überprüfung offen, ohne eine wirtschaftlich sinnvolle und interessengemäße Kreditaufnahme zu verhindern. -- **In rechtstatsächlicher** Hinsicht wurde geltend gemacht: Bürgschaften würden nicht wahllos oder routinemäßig verlangt. Allerdings könnten bei **Konsumentenkredit** vielfach keine anderweitigen Sicherheiten zur Verfügung gestellt werden. Es entspreche aber bewährter Kreditsicherungspraxis, nur "werthaltige" Sicherheiten anzunehmen. Die Bürgschaft einer dauernd vermögenslosen Person habe für die Bank zwar im allgemeinen kein Interesse; das

führe aber noch nicht zu ihrer Unwirksamkeit. Die Einbeziehung eines Dritten als Bürgen oder Gesamtschuldner sei vor allem dann angemessen, wenn dieser durch den Kredit unmittelbare wirtschaftliche Vorteile erhalte. Nicht selten sei die Kreditgewährung nur in Hinblick auf das gemeinsame Einkommen beider Ehepartner vertretbar. Daher hätten auch beide Ehepartner für die Rückzahlung des Kredits einzustehen.

- b) Zugleich versprach der Verband, zukünftig noch **intensiver darauf zu achten**, ob im Einzelfall die Bürgschaft einer Person ohne Vermögen (oder Einkommen) wirklich notwendig und wirtschaftlich sinnvoll sei:

Das sei anzunehmen, falls der Bürge voraussichtlich demnächst über eigene Einkünfte verfügen werde (Existenzgründung, Abschluss der Ausbildung, Wiedereintritt ins Berufsleben). Ferner seien Sicherungsverträge angebracht, sofern der zusätzlich Haftende von dem Kredit unmittelbar profitiere (insbesondere bei Darlehensaufnahme für einen gemeinsam genutzten Gegenstand oder für einen gemeinsam geführten Geschäftsbetrieb). Auch gelte es, Vermögensverschiebungen vorzubeugen. Schließlich spiele die Erwägung eine Rolle, dass Kreditnehmer bei Einbeziehung ihres Ehepartners sorgfältiger und zielstrebigere wirtschafteten. -- Zudem wurde darauf verwiesen, dass die Vergabepaxis der einzelnen Bankhäuser bei Existenzgründungen höchst unterschiedlich sei: Der Anteil der Kredite, bei denen Angehörige, insb. Ehegatten, einbezogen würden, betrage vielfach lediglich etwa 35 - 40 %. Außerdem würden vielfach Förderprogramme zur Gründung selbständiger Existenzen in Anspruch genommen, und die hierbei eingeschalteten Institute schrieben in ihren Förderrichtlinien zumeist die Übernahme der Mithaftung durch den Ehepartner vor.

- (6) Auch der **Deutsche Sparkassen- und Giroverband** hatte hinsichtlich der Wirksamkeit der Bürgschaftsverträge keine grundsätzlichen Bedenken:

Unter anderem im Hinblick auf das in Art. 1 GG geschützte Grundrecht der Menschenwürde trug er vor, nach dem Grundgesetz habe ein jeder Mensch die Autonomie, selbst darüber zu entscheiden, ob und in welchem Maße er Risiken finanzieller Art eingehen wolle. Das gelte auch dann, wenn er seine finanziellen Verhältnisse überfordere. Ein über die Pfändungsfreibeträge hinausgehender Schutz sei nur in Ausnahmefällen angebracht.

- (7) Anders hingegen die Position der "**Arbeitsgemeinschaft der Verbraucherverbände**". Sie hielt den Kreditinstituten eine unzulässige Bagatellisierung des Bürgenrisikos vor. Einkommenslosigkeit des Bürgen führe im Regelfall zu einer Perspektivlosigkeit der Betroffenen.

- a) Zur Begründung wurde zum einen abgestellt auf die **Folgen der Familienhaftung**, und zwar insb. im Hinblick auf die **Situation der Frauen**:

In der Bundesrepublik, so wurde vorgetragen, erhalte praktisch **keine verheiratete Person** einen Kredit ohne **Unterschrift des Ehepartners**. Der Kreditnehmer könne sich gegen eine "zweite Unterschrift" nicht zur Wehr setzen, da ihm andernfalls der Kredit verweigert werde. Diese Praxis treffe besonders hart **geschiedene Frauen**, die noch Kinder zu versorgen hätten. Der Hauptverdiener sei nach der Ehescheidung zum Unterhalt verpflichtet, müsse aber außerdem den Kredit tilgen. Dies mache es für ihn weitgehend uninteressant, einer Arbeit nachzugehen, da ihm nur der Pfändungsfreibetrag verbleibe. Stelle er die Arbeit ein oder beschränke er sich auf Schwarzarbeit, so erhalte die Ehefrau keine Unterhaltsleistung. Sie bleibe dennoch zivilrechtlich Schuldnerin der gesamten Rückzahlungssumme. Nähme sie nun ihrerseits eine Arbeit auf, um nicht auf Sozialhilfe angewiesen zu sein, beginne die Bank mit der Lohnpfändung ihres Einkommens. -- Die rechtliche Problematik solcher Fallkonstellationen sei dadurch charakterisiert, dass **übermächtige, faktisch und rechtlich kartellartig organisierte Unternehmen die Vertragsfreiheit systematisch in einer Weise** nutzten, die zu einer prinzipiellen Gefährdung des Instituts der Ehe und Familie führe und den Gleichberechtigungsgrundsatz verletze. Die Banken seien Institutionen, denen der Gesetzgeber in § 1 Abs. 1 Ziffer 2 KWG ein Monopol auf dem Gebiet der Darlehenskredite eingeräumt und die er gem. § 102 Abs. 1 Ziffer 1 GWB vom allgemeinen Kartellverbot ausgenommen habe. Daraus ergebe sich eine besondere Verantwortung u.a. für die Respektierung der Grenzen der Vertragsfreiheit in einem sozialen Rechtsstaat.

- b) Zudem wurde die übermäßige Verschuldung **junger Erwachsener** als Folge der Mithaftung für Bankkredite herausgestellt:

Sofern zur Rechtfertigung der Wirksamkeit der Bürgschaftsverträge auf die formal vorliegende volle Geschäftsfähigkeit verwiesen werde, werde das **verfassungsrechtlich verbürgte allgemeine Persönlichkeitsrecht** der jungen Menschen verkannt. Personen, die gerade volljährig geworden seien, verfügten regelmäßig nur über begrenzte geschäftliche Erfahrungen. Mit Kreditgeschäften und Einstandsverpflichtungen könnten sie erst nach Erreichen der Volljährigkeit Erfahrung sammeln und adäquate Verhaltensformen entwickeln. Es ginge nicht an, dass junge Menschen mit einer einzigen Unterschrift auf einem banküblichen Formular aus altruistischen oder familiären Motiven in eine so hohe Verschuldung gerieten, dass ihnen der Aufbau einer eigenen wirtschaftlichen Existenz lebenslang verbaut werde. Ihre individuelle Selbstbestimmung gehe in finanzieller und sozialer Hinsicht verloren. -- Kritikabel sei insbesondere die **Weite der Sicherungsklauseln** in den üblichen Bankformularen: Diese decke praktisch alle Steigerungen der Haupt-



schuld ab, ohne dass dieses Risiko dem unerfahrenen Bürgen ersichtlich sei. Dieser werde zumeist davon ausgehen, dass er aus der Bürgschaft nicht in Anspruch genommen werde. Das Bürgschaftsverhältnis verpflichtet das Kreditinstitut nach dem Dogma strenger Einseitigkeit nicht einmal zu den wichtigsten Informationen über die Entwicklung der Hauptschuld. In den üblichen Vertragsformularen der Banken würden dispositive Schutznormen des Bürgschaftsrechts weitgehend außer Kraft gesetzt.

### 3.2 Unterschiedliche Gerichtsurteile (der Instanzgerichte sowie der Senate des BGH)

(1) Die **Instanzgerichte** (Landgerichte und Oberlandesgerichte) zeigten sich "verbraucherfreundlich" und verwarfen überwiegend die Bürgschaftsverträge (unter Verweis auf **§ 138 Abs. 1** bzw. **§ 242 BGB**) als **unwirksam**:

- So bewerteten z.B. die Oberlandesgerichte Düsseldorf, Frankfurt und Köln sowie das Landgericht Hamburg die Haftungserweiterung auf geschäftlich unerfahrene Ehepartner und sonstige Familienangehörige bei absehbarer Einkommens- und Vermögenslosigkeit als sittenwidrig. Das Landgericht Lübeck beanstandete sogar jede Verpflichtung als sittenwidrig, die von vornherein und erkennbar die monatlichen Pfändungsbeiträge des Schuldners übersteigt.
- Das Oberlandesgericht Stuttgart stützte sein Verdikt auf § 138 BGB, indem es dieser Vorschrift - über den Wortlaut hinausgehend - die Bedeutung beimaß, das Individuum gegen den Verlust des "unveräußerlichen Menschenrechts auf Hoffnung und auf Streben nach Glück" zu schützen. Deshalb sei eine vertragliche Verpflichtung nichtig, wenn der Gläubiger von vornherein erkennen könne, dass die Haftung zu einer ausweglosen Überschuldung führen müsse.
- Andere Oberlandesgerichte hielten den Kreditinstituten vor, ihre (aus § 242 BGB resultierenden) Aufklärungs- und Rücksichtspflichten verletzt zu haben. Vergleichbar argumentierten die Oberlandesgerichte Celle und Hamm, die Zahlungsklagen gegen mithaftende Familienangehörige mit der Begründung abwiesen, die klagenden Banken hätten Missverständnisse nicht in der gebotenen Weise ausgeräumt, daher ihre Hinweispflichten verletzt und sich schadenersatzpflichtig gemacht.

(2) **Anders** hingegen entschied der **IX. Zivilsenat des BGH**, ebenso der **III. Zivilsenat**: Sie verwarfen die instanzgerichtliche Inhaltskontrolle der Bürgschaftsverträge und akzeptierten die Verträge für den Regelfall als wirksam:

Bürgschaftsverträge - so die Grundüberlegungen der BGH-Richter - können nicht deshalb als sittenwidrig angesehen werden, weil sie voraussichtlich zu einer Überschuldung führen. Die **Freiheit der Vertragsgestaltung** umfasst für jeden voll Geschäftsfähigen auch die Rechtsmacht, Verpflichtungen zu übernehmen, die nur unter besonders günstigen Bedingungen erfüllbar sind. Die geschäftliche Unerfahrenheit eines Bürgen war nach Ansicht der Richter kein Grund, die Kreditinstitute mit Aufklärungs- und Beratungspflichten zu belasten. Ein **Volljähriger** wisse im **allgemeinen auch ohne besondere Hinweise**, dass die Abgabe einer Bürgschaftserklärung ein **riskantes Geschäft** darstelle. Die Bank könne deshalb davon ausgehen, dass derjenige, der eine Bürgschaftsverpflichtung übernehme, die Tragweite seines Handelns kenne und sein Risiko selbstverantwortlich einschätze. Etwas anderes gelte allenfalls dann, wenn die Bank - durch eigenes Verhalten und für sie erkennbar - bei dem Bürgen einen Irrtum erzeuge, durch den das Haftungsrisiko erhöht werde.

(3) Im wissenschaftlichen **Schrifttum** hat diese Rechtsprechung (der beiden BGH-Senate) ein unterschiedliches Echo gefunden: Teilweise stimmte man den BGH-Senaten (zurückhaltend) zu, hielt dem BGH jedoch eine allzu pauschale Begründung vor und vermisste eine sorgfältige Gesamtwürdigung des Einzelfalles. Überwiegend wurde die BGH-Judikatur jedoch abgelehnt.

(4) Zu Beginn der 90er Jahre wurde der **XI. Zivilsenat** des BGH ausschließlich für den Bereich des Bankrechts zuständig. Er modifizierte die Rechtsprechung des IX. und III. Zivilsenates und vertrat die folgende Grundposition:

Bei **gestörter Vertragsparität** ist der Richter zu einer Inhaltskontrolle von Bürgschaftsverträgen mit Hilfe der Generalklauseln des Bürgerlichen Gesetzbuches verpflichtet. Die Mithaftung für hohe Bankschulden von Angehörigen sei unter bestimmten Voraussetzungen als unwirksam zu verwerfen.

(5) Damit war freilich das letzte Wort noch nicht gesprochen. Abschließend beschäftigte sich das Bundesverfassungsgericht (**BVerfG**) mit Beschluß vom 19.10.1993 mit der Problematik, und zwar in **verfassungsrechtlicher Perspektive**:

- Allgemein ging es um die Grenzen der Vertragsfreiheit in einem sozialen Rechtsstaat.
- Ausdrücklich wurde den Zivilgerichten die **Pflicht zur Inhaltskontrolle** von Verträgen auferlegt, die einen der beiden Vertragspartner **ungewöhnlich stark belasten** und das Ergebnis **strukturell ungleicher Verhandlungsstärken** sind.

Anmerkung zur Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde gegen Zivilrechtsurteile:

Das BVerfG hat im Ausgangspunkt nicht die Möglichkeit, die Auslegung und Anwendung des "einfachen" Rechts nachzuprüfen. Ihm obliegt es lediglich, die Beachtung der grundrechtlichen Normen und Maßstäbe durch die ordentlichen Gerichte sicherzustellen. Daher kann es einer rechtskräftigen zivilrechtlichen Entscheidung nicht schon dann entgegenreten, wenn es selbst bei der Beurteilung widerstreitender Grundrechtspositionen die Akzente anders gesetzt und daher anders entschieden hätte.

Die Schwelle eines Verfassungsverstoßes, den das BVerfG zu korrigieren hat, ist freilich überschritten, wenn das Urteil des Zivilgerichts Auslegungsfehler erkennen lässt, die auf einer prinzipiell unrichtigen Auffassung von der Bedeutung eines Grundrechts, insbesondere vom Umfang seines Schutzbereiches, beruhen und für den konkreten Rechtsfall von einigem Gewicht sind.

### 3.3 Die Grundsatzentscheidung des BVerfG vom 19.10.1993 zur Inhaltskontrolle von Bürgschaften einkommens- und vermögensloser Familienangehöriger, zugleich allgemein: Die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie bei strukturell gestörter Vertragsparität

#### a) Sachverhalte der (beiden) Verfassungsbeschwerden

##### (1) Der ersten Verfassungsbeschwerde lag der folgende Konflikt zugrunde:

Der **Vater** der Beklagten war zunächst als Immobilienmakler tätig; er errichtete und verkaufte Eigentumswohnungen. Im Jahre 1982 beehrte er von der Stadtparkasse C. eine Verdoppelung seines Kreditlimits von DM 50.000,- auf DM 100.000,-. Als die Stadtparkasse eine Sicherheit verlangte, unterzeichnete die damals **21-jährige** Beklagte am 29.11.1982 eine vorgedruckte Bürgschaftsurkunde mit einem Höchstbetrag von DM **100.000,-** zzgl. Nebenleistungen. Daraufhin wurde die Krediterhöhung bewilligt. Die Beklagte erhielt für das Kreditkonto ihres Vaters ein Zeichnungsrecht, verfügte selbst aber über **kein Vermögen**. Sie hatte **keine Berufsausbildung**, war überwiegend arbeitslos und verdiente zur Zeit der Bürgschaftserklärung in einer Fischfabrik **DM 1.150,-** monatlich netto. Im Oktober 1984 gab der Vater der Beklagten sein Immobiliengeschäft auf und betätigte sich nunmehr als Reeder. Die Stadtparkasse finanzierte den Kauf eines Schiffes mit DM 1,3 Mio. Im Dezember 1986 kündigte sie die offenstehenden Kredite (etwa DM 2,4 Mio.) und teilte der Bf. mit, dass sie aus der Bürgschaft in Anspruch genommen werde.

Der "Marsch durch die Instanzen" war "wechselvoll":

- Das Landgericht (LG) hielt den Bürgschaftsvertrag für wirksam und verurteilte die Beklagte auf Zahlung von DM 100.000,-.
- Anders hingegen das Oberlandesgericht (OLG), das die Stadtparkasse (unter dem Aspekt des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen) für verpflichtet erklärte, die Beklagte aus der Bürgschaft zu entlassen.
- Der Bundesgerichtshof (BGH) hob die Entscheidung des OLG auf, hielt mithin den Bürgschaftsvertrag für wirksam und verwies u.a. darauf, dass eine nach dem Gesetz volljährige Person im allgemeinen auch ohne besondere geschäftliche Erfahrungen wisse, dass die Abgabe einer Bürgschaftserklärung Haftungsrisiken begründe.

Mit dem BGH-Urteil gab sich die Beklagte nicht zufrieden, sie rief das **BVerfG** an und rügte mit ihrer Beschwerde die Verletzung ihrer **Grundrechte** aus Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 2 i.V.m. dem **Sozialstaatsprinzip**. Ein wenig näher:

LG und BGH hätten die in diesen Grundrechtsnormen begründeten Schutz- und Fürsorgepflichten des Staates verletzt. Bei einer Bürgschaftssumme i.H. von DM 100.000,- und bei einem Zinssatz von 8,5 % ergebe sich eine jährliche Zinslast von DM 8.500,- mithin monatlich etwa DM 708,-. Allein um diese Zinslast tragen zu können, müsse sie - die Bf. - nach der geltenden amtlichen Tabelle zu § 850 c ZPO etwa DM 1.800,- netto monatlich verdienen. Ein solches Einkommen habe sie noch nie erzielt. Zum Zeitpunkt der Bürgschaftserklärung habe ihr pfändbares Einkommen DM 413,70 betragen. Seit Oktober 1991 sei sie allein erziehende Mutter eines Sohnes, sie lebe von Sozialhilfe und Erziehungsgeld. Bis Januar 1992 sei ein rechnerischer Schuldenaldo i.H. von DM 160.000,- aufgelaufen. Es sei nicht damit zu rechnen, dass sie eine derartige Verbindlichkeit jemals ablösen könne.

##### (2) Im zweiten Fall ging es um folgende Haftungssituation:

Die Beklagte verbürgte sich 1979 gegenüber der klagenden Bank selbstschuldnerisch zur Sicherung eines sog. Versicherungsdarlehens, das ihrem **Ehemann** in Höhe von insgesamt **DM 30.000,-** gewährt worden war. Zum Zeitpunkt der Bürgschaftserklärung war sie **ohne Einkommen und Vermögen**. Sie betreute als Hausfrau ihre zwei in den Jahren 1971 und 1978 geborenen Kinder. Als ihr Ehemann mit den Zinszahlungen in Verzug geriet, kündigte die Bank im Jahre 1988 das Darlehen. Der Schuldenaldo betrug damals rund DM 32.000,-. Durch die Einbeziehung des Rückkaufwertes der Lebensversicherung wurde er auf rund DM 16.000,- zurückgeführt. In Höhe dieses Betrages erhob die Bank Klage gegen die Beklagte

Das LG hatte hinsichtlich der Wirksamkeit des Bürgschaftsversprechens keine Bedenken und gab daher der Zahlungsklage der Bank statt. Die Berufung der Beklagten blieb erfolglos, das OLG wies sie unter Verweis auf die Gründe der landgerichtlichen Entscheidung zurück.

Gegen die OLG-Entscheidung legte die Beklagte Verfassungsbeschwerde ein, verwies auf ihre Grundrechte aus Art. 1 und Art. 2 GG, und trug in tatsächlicher Hinsicht vor:

Der Bank sei bekannt gewesen, dass sie als Mutter zweier kleiner Kinder in absehbarer Zeit nicht werde erwerbstätig sein können. Bei der ihr jetzt zumutbaren Erwerbstätigkeit werde sie niemals in der Lage sein, sich von der Bürgschaftsschuld zu befreien. Vielmehr müsse die Verschuldung trotz regelmäßiger Zahlungen ständig steigen. Die daraus folgende Vernichtung jeglicher Zukunftsperspektive begründe den Verfassungsverstoß.

## b) **Zentralaussagen des BVerfG zum Stellenwert der Privatautonomie in der "sozialen Marktwirtschaft" sowie zur Verpflichtung der Zivilgerichte zur Inhaltskontrolle "ungerechter" Verträge**

### (1) **Zur Pflicht des Gesetzgebers zur Ausgestaltung der Privatrechtsordnung unter Berücksichtigung des Grundgesetzes (NJW 1994, 38):**

Nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG ist die Gestaltung der Rechtsverhältnisse durch den Einzelnen nach seinem Willen ein Teil der allgemeinen **Handlungsfreiheit**. Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet die **Privatautonomie** als „Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben“. Die Privatautonomie ist **notwendigerweise begrenzt** und bedarf der rechtlichen Ausgestaltung. Privatrechtsordnungen bestehen deshalb aus einem differenzierten System aufeinander abgestimmter Regelungen und Gestaltungsmittel, die sich in die verfassungsmäßige Ordnung einfügen müssen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Privatautonomie zur beliebigen Disposition des Gesetzgebers stünde und ihre grundrechtliche Gewährleistung infolge dessen leer liefe. Vielmehr ist der **Gesetzgeber** bei der gebotenen Ausgestaltung an die objektiv-rechtlichen Vorgaben der Grundrechte gebunden. ...“

### (2) **Zur verfassungsrechtlich gebotenen Begrenzung sozialökonomischer Macht heißt es:**

„Am Zivilrechtsverkehr nehmen gleichrangige Grundrechtsträger teil, die unterschiedliche Interessen und vielfach gegenläufige Ziele verfolgen. Da alle Beteiligten des Zivilrechtsverkehrs den Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG genießen und sich gleichermaßen auf die grundrechtliche Gewährleistung ihrer Privatautonomie berufen können, darf **nicht nur das Recht des Stärkeren gelten**. Die kollidierenden Grundrechtspositionen sind in ihrer Wechselwirkung zu sehen und so zu begrenzen, dass sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden. Im Verfahrensrecht ergibt sich der sachgerechte Interessenausgleich aus dem übereinstimmenden Willen der Parteien. Beide binden sich und nehmen damit zugleich ihre individuelle Handlungsfreiheit wahr. **Hat einer der Vertragsteile ein so starkes Übergewicht, dass er den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen kann, bewirkt dies für den anderen Vertragsteil Fremdbestimmung**. Allerdings kann die Rechtsordnung **nicht für alle** Situationen Vorsorge treffen, in denen das Verhandlungsgleichgewicht mehr oder weniger beeinträchtigt ist. Schon aus Gründen der **Rechtssicherheit** darf ein Vertrag nicht bei jeder Störung des Handlungsgleichgewichts nachträglich in Frage gestellt und korrigiert werden. Handelt es sich jedoch um eine **typisierte Fallgestaltung**, die eine **strukturelle Unterlegenheit** des einen Vertragsteils erkennen lässt, und sind die Folgen des Vertrages für den unterlegenen Vertragsteil ungewöhnlich belastend, so muss die Zivilrechtsordnung darauf reagieren und Korrekturen ermöglichen. Dass folgt aus der grundrechtlichen Gewährleistung der Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1 GG) und dem **Sozialstaatsprinzip** (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG).“

### (3) **Der Ausgleich gestörter Vertragsparitäten gehört zu den Hauptaufgaben des Zivilrechts:**

„Die **Schöpfer des BGB** gingen zwar, auch wenn sie verschiedene Schutznormen für den im Rechtsverkehr Schwächeren geschaffen haben, von einem Modell formal **gleicher Teilnehmer** am Privatrechtsverkehr aus, aber schon das Reichsgericht (RG) hat diese Betrachtungsweise aufgegeben und „in eine materiale Ethik sozialer Verantwortung zurückverwandelt“. Heute besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass die **Vertragsfreiheit** nur im Falle eines annähernd **ausgewogenen Kräfteverhältnisses** als Mittel eines angemessenen Interessenausgleichs taugt und dass der Ausgleich gestörter Vertragsparität zu den Hauptaufgaben des geltenden Zivilrechts gehören.“

**(4) In diesem Zusammenhang haben die Generalklauseln des BGB zentrale Bedeutung:**

„Der Wortlaut des **§ 138 Abs. 2** BGB bringt das besonders deutlich zum Ausdruck. Darin werden typische Umstände bezeichnet, die zwangsläufig zur Verhandlungsunterlegenheit des einen Vertragsteils führen und zu denen auch dessen Unerfahrenheit gerechnet wird. Nutzt der überlegene Vertragsteil diese Schwäche aus, um seine Interessen in auffälliger Weise einseitig durchzusetzen, so führt das zur Nichtigkeit des Vertrages. **§ 138 Abs. 1** BGB knüpft ganz allgemein die Nichtigkeitsfolge an einen Verstoß gegen die guten Sitten. Differenzierte Rechtsfolgen ergeben sich aus **§ 242** BGB. Die Zivilrechtswissenschaft ist im Ergebnis darüber einig, dass der Grundsatz von Treu und Glauben eine immanente Grenze vertraglicher Gestaltungsmacht bezeichnet und die Befugnis zu einer richterlichen Inhaltskontrolle des Vertrages begründet. Über die Voraussetzungen und die Intensität dieser Inhaltskontrolle besteht zwar im juristischen Schrifttum Streit. Für die verfassungsrechtliche Würdigung genügt jedoch die Feststellung, dass das geltende Recht jedenfalls **Instrumente** bereithält, die es ermöglichen machen, auf **strukturelle Störungen der Vertragsparität angemessen zu reagieren**.“

**(5) Die Zivilgerichte haben daher darauf zu achten, dass Verträge nicht als Mittel der Fremdbestimmung „missbraucht“ werden:**

„Haben die Vertragspartner eine an sich zulässige Regelung vereinbart, so erübrigt sich regelmäßig eine gerichtliche Inhaltskontrolle. Ist aber der Inhalt des Vertrages für eine Seite **ungewöhnlich belastend** und als Interessensausgleich **offensichtlich unangemessen**, so dürfen sich die Gerichte nicht mit der Feststellung begnügen: „Vertrag ist Vertrag“. Sie müssen vielmehr klären, ob die Regelung eine Folge **strukturell ungleicher Verhandlungsstärke** ist, und ggfls. im Rahmen der Generalklauseln des geltenden Zivilrechts korrigierend eingreifen. Wie sie dabei zu verfahren haben und zu welchem Ergebnis sie gelangen müssen, ist in erster Linie eine Frage des einfachen Rechts, dem die Verfassung einen weiten Spielraum lässt. Einen Verstoß gegen die grundrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie kommt aber dann in Betracht, wenn das **Problem gestörter Vertragsparität gar nicht gesehen** oder seine Lösung mit untauglichen Mitteln versucht wird.“

**c) Was folgt aus solchen grundsätzlichen Überlegungen für die beiden (einleitend skizzierten) Bürgschaftsfälle?**

(1) Im ersten Fall – der Bürgschaftserklärung der 21-jährigen (vermögenslosen) Tochter – hatte der BGH die Bürgschaftserklärung so gewürdigt, als wäre ein normaler Vertrag mit korrespondierenden Interessen und überschaubarem Risiko geschlossen worden. Das Problem einer gestörten Vertragsparität war vollkommen übersehen worden, und demgemäß hielt das BVerfG dem BGH vor:

„Alle Argumente, mit denen die Beklagte ihre Verhandlungsschwäche belegen wollte, wurden mit dem Hinweis zurückgewiesen, sie sei **volljährig** gewesen und habe sich über die entstehenden Risiken **selbst vergewissern** müssen. Das reicht nicht aus. Das **Haftungsrisiko**, das die Beklagte mit dem umstrittenen Bürgschaftsvertrag **ohne eigenes wirtschaftliches Interesse** übernahm, war **ungewöhnlich hoch**. Es war darüber hinaus außerordentlich schwer abschätzbar. Der festgelegte Bürgschaftsvertrag bezeichnete nur für die Hauptforderung eine Höchstgrenze; die beachtlichen Kosten und Zinsen des Kredits sollten hinzugerechnet werden, ohne dass deren Berechnungsgrundlage im Bürgschaftsvertrag ausgewiesen wurde. Vor allem aber **fehlte jede Begrenzung** der gesicherten Geschäftsverbindlichkeiten. Berücksichtigt man ferner die Abdingung bürgschaftsrechtlicher Schutzvorschriften, so wird deutlich, dass die Beklagte praktisch wie eine Teilhaberin ihres Vaters haften sollte. Bedeutung und Ausmaß dieses Risikos hätten selbst geschäftlich erfahrene Personen kaum abschätzen können; für die erst 21-jährige Beklagte, die über keine qualifizierte Berufsausbildung verfügte, waren sie praktisch undurchschaubar.

Bei so ausgeprägter Unterlegenheit eines Vertragspartners kommt es entscheidend darauf an, **auf welche Weise der Vertrag zustande gekommen** ist und wie sich insbesondere der überlegene Vertragspartner verhalten hat. Dennoch verneint der BGH jegliche Aufklärungs- und Hinweispflicht des Kreditinstituts. Sogar das Drängen des Bankangestellten mit dem Zusatz „Sie gehen keine große Verpflichtung ein“, hält der BGH für unerheblich. Er sieht darin lediglich eine vorläufige Bonitätsauskunft, die auf die Verhandlungsposition der Beklagten keinen Einfluss haben konnte. Das wird der Problematik des Ausgangsfalls nicht gerecht und verfehlt die grundrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie so prinzipiell, dass die Entscheidung (des BGH) keinen Bestand haben kann.“

(2) Im zweiten Fall – der auf 16.000 DM zurückgeführten Bürgschaftserklärung der (vermögenslosen) Ehefrau – ging das BVerfG hingegen von der **Wirksamkeit** der Bürgschaft aus:

„Hier ging es **nicht** um die Übernahme eines **hohen** und schwer **abschätzbaren** Unternehmerrisikos. Die Bürgschaft betraf einen **Konsumkredit**, dessen Höhe nicht ungewöhnlich war, wenn man die Anschaffungskosten bei der Gründung eines Hausstandes berücksichtigt. Kreditnehmer war der Ehemann, so dass davon ausgegangen werden durfte, dass die Beklagte selbst an der Kreditgewährung unmittelbar interessiert war.

Auch die Begleitumstände des Vertragsschlusses gaben keinen Anlass zu dem Verdacht, die Beklagte sei zu ihrer Bürgschaftserklärung gedrängt oder auf andere Weise in ihrer Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt worden.

Für ein etwaiges Beratungsverschulden des Kreditinstituts fehlen ebenfalls Anhaltspunkte. Die Bank hatte zwar die Kreditgewährung von der Sicherung durch eine Bürgschaft abhängig gemacht, dabei aber nach den Feststellungen des LG keine Auskunftspflichten verletzt, insbesondere das **Haftungsrisiko nicht beschönigt**.

Bei der Beurteilung dieses Sachverhalts hat sich das LG mit den Generalklauseln der §§ 138 und 242 BGB eingehend befasst. Das ist die grundrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie verkannt hätte, ist nicht ersichtlich.....“

Fragen/Aufgaben:

- **Allgemeiner Überblick/Zwingendes Vertragsrecht durch den Gesetzgeber:**

1. Was versteht man unter Privatautonomie?
2. Welches ist das vornehmliche Instrument der Selbstbestimmung?
3. Welche Rechtsgüter schützt das Privatrecht?
4. Was ist unter Ansprüchen zu verstehen?
5. Inwieweit bedingen sich Marktwirtschaft und Privatrecht?
6. Welche Möglichkeit hat der Gesetzgeber (= Parlament), um einer (allgemein) unterlegenen Partei zu Hilfe zu kommen?
7. Welche Gestaltungsmöglichkeiten haben die Gerichte?
8. Welche (drei) Ausprägungen hat die Privatautonomie?
9. Was ist unter Eigentumsfreiheit, Testierfreiheit und Vertragsfreiheit zu verstehen?
10. Was versteht man unter Abschlussfreiheit? Was meint der (juristische) Begriff der Gestaltungsfreiheit?
11. Nennen Sie einige Gesetze, in denen es augenscheinlich um den Schutz einer (allgemein) unterlegenen Vertragspartei geht?
12. Benennen sie einige Verbraucherschutzgesetze.

- **Zur Korrektur unbilliger Vertragsergebnisse durch die Gerichte mittels der Generalklauseln (§§ 138, 242 BGB):**

13. Wo finden sich die Rechtsregeln, die für das Bankvertragsrecht gelten?
14. Wie wurden einst Bürgschaftsverträge mit Familienangehörigen von interessierter Seite gerechtfertigt?
15. Mit welchen Argumenten rechtfertigte der Bankenfachverband einst die Wirksamkeit der Verträge mit (formal-juristisch volljährigen) Angehörigen?
16. Wie lautete die Rechtfertigung des Bundesverbandes Deutscher Banken? Weshalb hatte (auch) der deutsche Sparkassen- und Giroverband hinsichtlich der Wirksamkeit der Bürgschaftsverträge keine Bedenken?
17. Wie hingegen lautete die Einschätzung der Arbeitsgemeinschaft der Verbraucherverbände?
18. Inwieweit waren einst die Instanzgerichte (Landgericht und Oberlandesgericht) „verbraucherfreundlich“?
19. Welche Ansicht vertrat hingegen der Bundesgerichtshof?
20. Welche Ansicht favorisierte (zu Beginn der 90er Jahre) der 11. Senat des BGH?
21. Versuchen Sie die Sachverhalte der beiden Verfassungsbeschwerden mit eigenen Worten wiederzugeben.
22. Wie lauteten die Zentralaussagen des Bundesverfassungsgerichts zum Stellenwert der Privatautonomie in der „sozialen Marktwirtschaft“ sowie zur Verpflichtung der Zivilgerichte zur Inhaltskontrolle „ungerechter“ Verträge? – Formulieren Sie fünf Thesen und begründen Sie (mindestens zwei) Thesen genauer.
23. Was für Konsequenzen haben diese Thesen für den ersten Bürgschafts-Fall, in dem sich eine 21jährige (vermögenslose) Tochter für Verbindlichkeiten des Vaters „stark gemacht“ hatte.
24. Warum ging das Bundesverfassungsgericht im zweiten Fall, in dem eine (vermögenslose) Ehefrau sich verbürgt hatte, von der Wirksamkeit des Vertrages aus?

### **3. Kapitel**

#### **Das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) – ein Blick zurück**

- 1. Zur Entstehung des BGB**
- 2. Das BGB als liberale Marktverfassung**
- 3. „Fremdkörper“ in Spezialgesetzen**
- 4. Entwicklungstendenzen im letzten (20.) Jahrhundert**
  - 4.1 Drei große Strömungen**
  - 4.2 Materialisierung des Vertragsrechts**



## 1. Zur Entstehung des BGB

(1) Im Jahre **1871** wurde das **Deutsche Reich gegründet**.

(2) Zu jener Zeit galten in den deutschen **Teilstaaten unterschiedliche Privatrechtsordnungen**: es gab französisches, preußisches, bayrisches, sächsisches, österreichisches, dänisches und gemeines (= römisches) Recht.

Ein wenig detaillierter:

In Preußen galt das Allgemeine Landrecht von 1794 (ALR), in Sachsen das Sächsische BGB von 1863, in vielen linksrheinischen Gebieten galt der französische Code civil, und im großen „Rest“, zu dem u.a. Bayern, Württemberg, Hessen und Mecklenburg zählten, galt das sog. Gemeine Recht. Dieses war der Sache nach römisches Recht, das im Laufe der Jahrhunderte zwar überarbeitet worden war, prinzipiell jedoch nach wie vor in seiner Originalsprache galt. Hinzu kamen das badische Landrecht von 1808/1809 sowie zahlreiche Partikularrechte, also Gesetzgebungsakte oder Gewohnheitsrechtsnormen von Einzelstaaten, die im Bereich des ALR wie des Gemeinen Rechts existierten. In kleineren Randbereichen galt schließlich Dänisches bzw. Österreichisches Recht.

**Einheitliches** Recht gab es nur auf zwei Teilgebieten des Handelsverkehrs: in Form der **Wechselordnung** von 1848 (WO) sowie des Allgemeinen Deutschen **Handelsgesetzbuches** von 1861 (ADHGB).

(3) Wie groß die Rechtszersplitterung war, wird besonders deutlich bei einem Vergleich der beiden wichtigsten Einzelrechte:

a) Da war zum einen das **Allgemeine Landrecht (ALR)**, das in Preußen galt:

Das ALR war ein monumentales Werk, das nicht weniger als **19000 Paragraphen** umfasste; nicht nur das Zivilrecht, sondern die **gesamte Rechtsordnung** sollte kodifiziert werden. In seiner ursprünglichen Fassung schrieb es die Schollengebundenheit des Bauern fest, des weiteren die Zunftverfassung in den Städten und andere föderalistische Rechtsinstitute bis hin zum Züchtigungsrecht, das dem Gutsherrn gegenüber seinem „Gesinde“ eingeräumt war.

Von zentralem Interesse war die „strenge“ Verpflichtung des Richters auf das Gesetz:

Den Richtern war eine jegliche Rechtsfortbildung untersagt.

Auch auf die „Meinung der Wissenschaft“ durfte keine Rücksicht genommen werden; so gab es auch keine Kommentare.

Der Richter war ausschließlich auf den Gesetzestext verwiesen. Blieben Unklarheiten, so musste eine vom König beauftragte Gesetzgebungskommission eingeschaltet werden.

b) Da war zum anderen das **Gemeine Recht**, das in den südlichen Ländern (u.a. Bayern, Württemberg, Hessen und Mecklenburg) galt und anders strukturiert war:

Hier ging es nicht um Rechtstexte, die in Paragraphenform gegossen waren, sondern um – knapp formulierte – **Falllösungen**, aus denen allgemeine Aussagen abgeleitet wurden. Dank solcher Struktur war das Gemeine Recht ein bevorzugter Gegenstand wissenschaftlicher Untersuchungen. Freilich waren der „Kreativität“ der Richter und Kommentatoren Grenzen gesetzt. Jedenfalls zum Zeitpunkt der Reichsgründung (von 1871) dominierte ein „**positivistischer**“ **Umgang mit den Rechtsquellen**:

Der „Rechtsstoff“ wurde als vorgegeben angesehen; die Hauptaufgabe lag darin, ihn zu systematisieren und **Gesetzeslücken zu schließen**.

(4) Eine solche (territoriale und inhaltliche) **Rechtszersplitterung** widersprach dem (mit der Reichsgründung von 1871 sich herausbildenden) **Nationalgefühl**.

Sie widersprach ferner den Interessen der aufstrebenden Industrie, des sich entfaltenden Handels sowie des Verkehrswesens an einem **einheitlichen Wirtschaftsraum**. Notwendig wurde ein **deutscher „Binnenmarkt“**, auf dem die Waren zu den **gleichen rechtlichen „Spielregeln“** hergestellt und **ausgetauscht werden** konnten.

(5) So kam es bereits in den siebziger Jahren zu den ersten Vorarbeiten, in der Folgezeit zu mehrjährigen Kommissionsarbeiten, die letztlich dazu führten, dass der **Reichstag** im Jahre **1896** mit großer Mehrheit (mit 222 gegen 48 Stimmen) das BGB annahm. Sozialdemokratische Initiativen zu Gunsten einer verstärkten Berücksichtigung sozialer Elemente wurden zurückgewiesen.

(6) Zu den **Vorarbeiten** zum BGB sei ergänzend angemerkt:

- Anfang **1874** wurde eine aus fünf Personen bestehende **Vorkommission** eingesetzt, die die Arbeit der „eigentlichen“ Kommission vorstrukturieren sollte. Ihr führender Kopf – **Levin Goldschmidt** – war **Handelsrechtler** und daher mit den Erfordernissen gut funktionierender Märkte wohl vertraut. So erzielte man schnell Konsens, dass „im wesentlichen das Gegebene zu kodifizieren sei“. Bei der Bereinigung von Unterschieden sollten in erster Linie „Bedürfnis und Zweckmäßigkeit“ den Ausschlag geben.
- Die Ende 1874 eingesetzte sog. **Erste Kommission** bestand **ausschließlich aus (11) Juristen**, aus sechs Richtern, drei Ministerialbeamten sowie zwei Professoren, den beiden namhaftesten Vertretern der sog. Pandektenwissenschaften. Die Kommission ließ sich Zeit; erst **nach 13 Jahren** legte sie einen Entwurf vor, der einschließlich der Begründung („Motive“) im Jahre 1888 veröffentlicht wurde.
- Dieser Entwurf blieb nicht ganz ohne **Kritik**: so forderte u.a. Otto von Gierke in seiner Schrift „Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und das Deutsche Recht“, Leipzig 1889, zahlreiche Veränderungen, die man heute unter dem Stichwort eines „**sozialstaatlichen**“ **Zivilrechts** abhandeln würde. Dazu gehörten etwa ein verstärkter Schutz von sozialökonomisch schwachen Bevölkerungsschichten sowie mehr „soziale Fürsorge“.
- Vornehmlich mit Rücksicht auf die Kritik von Gierkes setzte die Reichsregierung eine **zweite Kommission** ein, der auch Nationalökonomien und Repräsentanten der Wirtschaftsverbände angehörten. Sie trat 1890 zusammen und legte nach fünf Jahren einen sog. zweiten Entwurf vor. Einzelne Kritikpunkte wurden berücksichtigt, das Gesamtkonzept jedoch blieb unverändert.

(7) Am 18. August **1896** wurde das **Bürgerliche Gesetzbuch vom Kaiser ausgefertigt**. Am **01. Januar 1900 trat es in Kraft**.

Und mit ihm die anderen großen Kodifikationen des Zivilrechts, so insbesondere die Konkursordnung, das Gerichtsverfassungsgesetz sowie die Zivilprozessordnung.

## 2. Das BGB als liberale Marktverfassung

(1) Der Inhalt des BGB ist geprägt von den Vorstellungen und Interessen jener **Gesellschaftsschicht**, die im Kaiserreich (1871-1918) den Ton angab:

des Bürgertums, das auf Besitz (Vermögen) und Bildung verweisen konnte.

Der **Hochadel** wusste sich zunächst noch seine Sonderstellung durch reichsrechtliche Vorbehalte im Einführungsgesetz zum BGB zu bewahren; damit wurde jedoch im Jahre 1918, dem Inkrafttreten der Weimarer Rechtsverfassung, Schluss gemacht. Die **Arbeiterschaft** war politisch noch nicht stark genug, um ihre Interessen zur Geltung zu bringen. Sie erstarkte zur politischen und ökonomischen Gegenmacht erst mit der **Weimarer Reichsverfassung** (ab 1918).

(2) Das Bürgertum hatte die „Fesseln“ der alten ständischen Ordnung abgestreift, sich der staatlichen Bevormundung entzogen und war als **Träger des Fortschritts in Handel und Industrie** – neben den Grundbesitzern – **zur führenden Gesellschaftsschicht** aufgestiegen. Sie bekannte sich zu den Werten der **Freiheit** und **Gleichheit**, und zwar in Form von Rechtspositionen, die dem Staat abgerungen waren.

(3) So wird das BGB (in seiner ursprünglichen Version) zutreffend als „**ein spät geborenes Kind des klassischen Liberalismus**“ bezeichnet (Wieacker). Und das heißt zweierlei:

Seine Leitideen verwiesen auf den (politischen und ökonomischen) **Liberalismus**.

Vielfach hatte jedoch der Staat bereits in das Wirtschaftsgeschehen eingegriffen, sei es in Gestalt strukturpolitischer Subventionen oder in Gestalt der Etablierung eines Systems der Sozialversicherungen zugunsten der Arbeiterschaft (Krankenversicherung, Unfallversicherung).

Es hatte sich nämlich gezeigt, dass das „freie Spiel der Kräfte“ keine herrschaftsfreie und soziale Arbeitsverfassung brachte. Wer nicht den Anschluss an das Bürgertum fand, sank auf das Niveau der bisherigen unterständischen Schichten, die zwar **formal** frei, aber außerhalb der ständischen Ordnung ohne jeglichen sozialen Schutz

waren: aus dem Pöbelstand entwickelte sich das **Proletariat**. Ihm gegenüber hatte das Recht (des freien Arbeitsvertrages) lediglich die Bedeutung eines Herrschaftstitels.

(4) Die liberale Grundidee bestand darin, dass **ein jeder Bürger „seines Glückes Schmied“** war. Die aus der französischen Revolution und dem französischen „Code Civil“ herrührende Grundhaltung des **„laissez faire, laissez aller, laissez passer“** schlug sich auch im BGB nieder. Demgemäß bekennt sich das Gesetz zum Grundaxiom der „freien“ Marktwirtschaft, der **Privatautonomie** mit seinen **drei Grundfreiheiten**:

- Da ist zum einen das Prinzip der **Vertragsfreiheit** (vgl. § 311); d.h. der einzelne Bürger ist prinzipiell darin frei, ob, mit wem und zu welchen Konditionen er einen Vertrag abschließt. Eine Kontrolle des Vertragsinhalts ist weitgehend ausgeschlossen (vgl. §§ 134, 138).
- Da ist ferner die Freiheit des **Eigentums**, will sagen: Der Eigentümer kann mit seiner Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen, soweit nicht Gesetz und Rechte Dritter dies verbieten (vgl. § 903).
- Da ist schließlich das Prinzip der **Testierfreiheit (§ 1937)**: Der Erblasser kann also grundsätzlich nach seinem Belieben über sein Vermögen verfügen, sei es in Form eines Testaments oder eines Erbvertrages. Die Schranken der Testierfreiheit sind ebenfalls unbedeutend.

Sie finden sich vor allem im Pflichtteilsrecht: wenn der Erblasser andere Personen als seine unmittelbaren Angehörigen als Erben einsetzt, können die Angehörigen den sog. Pflichtteil fordern (§§ 2303 ff.), der die Hälfte des gesetzlichen Erbteils ausmacht.

(5) Gegenüber den **Inhalten** der Rechtsgeschäfte, insbesondere der Verträge verhielt sich das BGB **neutral**. Es formulierte **keine Gerechtigkeitsvorstellungen**. Ob eine Gegenleistung „angemessen“ war, interessierte nicht. Ebenso erschien es unzulässig, eine Belastungs-, insbesondere eine Preisobergrenze zu markieren. Und schließlich: selbst wenn sich die Verhältnisse nach Vertragsabschluss wesentlich verändern sollten, dann blieb es bei den Konditionen; denn Verträge waren nun einmal zu halten, mochte auch eine Partei noch so hart getroffen sein (Slogan; „pacta sunt servanda“ = Verträge sind bindend).

(6) In personeller Hinsicht galt das Leitbild des „**homo oeconomicus**“, in deutscher Sprache: das **„Leitbild des vernünftigen, selbstverantwortlichen und urteilsfähigen Rechtsgenossen“** (Wieracker).

(7) So beschränkte sich das BGB in seiner ursprünglichen Version (vom 01.01.1900) durchweg auf **Verfahrensregeln**, die für (formal) **gleiche und freie Marktteilnehmer** gedacht waren:

- Gefordert wurde lediglich – gleichsam als Eintrittskarte – die **Mündigkeit der Rechtssubjekte**: sie sollten voll geschäftsfähig sein, bei beschränkter Geschäftsfähigkeit wurde die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters gefordert (vgl. §§ 104 ff.).
- Auch dürften die Willenserklärungen **nicht irrtumsbehaftet** sein (vgl. § 116 ff.), war dies ausnahmsweise der Fall, so konnte der Irrtum durch eine (gestaltende) Anfechtung aus der Welt geschafft werden (§§ 142).
- Ansonsten galt das Konzept des **dispositiven Rechts**, sprich: die (schuldrechtlichen) Bestimmungen des BGB bildeten lediglich **unverbindliche Spielregeln**; von ihnen konnten die Parteien abweichen; es galt das Prinzip der (inhaltlichen) **Vertragsfreiheit**.
- **Staatliche Interventionen** wurden lediglich für **Extremsituationen** zugelassen, sei es in Gestalt eines vereinzelt **zwingenden** Rechts (vgl. § 276 Abs. 3; früher Abs. 2), sei es in Gestalt der Generalklauseln (der §§ 138, 242).

(8) So blieb der **Erwerb** von Vermögen weitgehend den Parteien anheim gestellt. Anders hingegen, wenn es um den Besitz und die Rechte an Sachen ging. Hier galt ein **formstrenge**s und **zwingendes Sachenrecht** (§§ 854 ff.).

(9) Entsprechend klar wurden auch die **Rechtsgüter geschützt**:

- **§ 823 Abs. 1** gewährt Schadensersatz für die verschuldete Verletzung überschaubarer (absoluter) Rechte, als da sind: das Leben, der Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges (dingliches) Recht.
- **§ 823 Abs. 2** ergänzt diesen Schutz in Hinblick auf Rechtspositionen, die aufgrund sonstiger Gesetze eingeräumt werden.
- Sodann folgen eine Vielzahl von Sondervorschriften (**§§ 824 ff.**)

### 3. „Fremdkörper“ in Spezialgesetzen

(1) Bereits während der Beratungen (in den Jahren von 1874 bis 1896) wurde (gelegentlich) die soziale „Schlagseite“ des BGB **kritisiert**.

So hielt von **Giercke** dem Gesetz seine „individualistische und einseitig kapitalistische Tendenz reinsten Manchesteriums“ vor, des weiteren seine „gemeinschaftsfeindliche, auf die Stärkung des Starken gegenüber dem Schwachen zielende, in Wahrheit antisoziale Richtung“ (der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und das Deutsche Recht, 1889, S. 22).

Und der **Marxist Menger** schrieb u.a.: „kaum in irgendeinem anderen Gesetzbuch der neusten Zeit haben die herrschenden und besitzenden Klassen ihre privatrechtliche Machtstellung so vollständig wie in diesem behauptet“ (Das Bürgerliche Gesetzbuch und die besitzlosen Volksklassen, 1904, S. VI).

(2) Von solcher Kritik nahmen die Verfasser des BGB weitgehend **keine Kenntnis**. Verwiesen wurde darauf, dass bereits aus konzeptionellen Gründen soziale Korrekturen **außerhalb des BGB** – in **eigenen (besonderen) Gesetzen** (Spezialgesetzen) – anzubringen seien.

„Eine bestimmte soziale Aufgabe in diesem Sinne hat das Bürgerliche Gesetzbuch nicht. Freilich gibt es im Gebiet des Privatrechts der Fragen genug, bei welchen die hervorgehobenen speziellen Interessen in Betracht kommen. Das Bürgerliche Gesetzbuch darf aber niemals das Interesse der einen oder anderen Klasse vorzugsweise berücksichtigen, sondern muss unter Abwägung aller in Betracht kommenden Interessen, die dem wohl des Ganzen am besten entsprechende Bestimmung treffen. ... Soziale Neuerungen sind ... der **Spezialgesetzgebung** des Reiches und der einzelnen Bundesstaaten zu überlassen („Blanck, Zur Kritik des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, AcP 1889, 327, 405 ff.).

(3) So blieb denn auch im Reichstag (Parlament) geäußerte Kritik **weitgehend folgenlos**. Lediglich einige Generalklauseln, also z.B. der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242), wurden erweitert, des weiteren wurde dem Richter die Möglichkeit eingeräumt, eine Vertragsstrafe herabzusetzen (§ 343). Hinzu kamen einige Schutzbestimmungen im Mieter- und Arbeitnehmerschutzrecht.

So wurde z.B. der Arbeitgeber (in § 618) zu einigen Schutzmaßnahmen verpflichtet:

- Er hatte Räume, Vorrichtungen oder Gerätschaften, die er zur Verrichtung der Dienste zu beschaffen hatte, so einzurichten und zu unterhalten und Dienstleistungen, die unter seiner Anordnung oder seiner Leitung vorzunehmen waren, so zu regeln, dass der Verpflichtete gegen Gefahr für Leben und Gesundheit soweit geschützt wurde, als die Natur der Dienstleistung es gestattete.
- War der Verpflichtete in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen (!), so hatte der Dienstherr in Ansehung des Wohn- und Schlafrums, der Verpflegung sowie der Arbeits- und Erholungszeit diejenigen Einrichtungen und Anordnungen zu treffen, welche mit Rücksicht auf die Gesundheit, die Sittlichkeit und die Religion des Verpflichteten erforderlich waren.

(4) So entschied sich der Gesetzgeber letztlich für ein **ergebnisneutrales System formaler Gleichheit/Freiheit**.

(5) Zugleich wurden wichtige Regelungsbereiche, teilweise sogar zentrale Lebensbereiche **aus dem BGB „verbannt“**: Das gilt insbesondere für das **Recht der abhängigen Arbeit**. Das **Arbeitsrecht** wurde vom BGB weitgehend ignoriert. Ein erster nennenswerter Schutz war außerhalb des BGB vorgesehen.

Bereits die Gewerbeordnung von 1869 enthielt sowohl Vorschriften zum sozialen Schutz (z.B. der Begrenzung von Kinderarbeit), als auch zum Vertragsschutz, z.B. dem Verbot, den Arbeiter in „Naturalien“ für die geleistete Arbeit zu entlohnen.

Außerdem befasste sich das Deutsche Reich (als erster Staat auf der Welt) mit den mannigfaltigen Risiken eines Arbeitslebens. Sollte insbesondere der Grundsatz „Ohne Arbeit keinen Lohn“ ausnahmslos aufrechterhalten werden? Oder galt es ihn abzumildern, zugunsten **alter, invalider und kranker Arbeitnehmer**? So schuf Bismarck auf Grund der „Kaiserlichen Botschaft“ von 1881 die **Sozialversicherung**.

Mittels einer solchen Arbeiterschutzgesetzgebung versuchte der Staat zunächst die sozialen Probleme zu lösen. Entscheidend war aber, dass die Arbeiter sich zu kollektiver Selbsthilfe in Gestalt von **Gewerkschaften** zusammenschlossen. Dadurch wurde es ihnen möglich, **Arbeitskämpfe** mit Erfolg zu führen und durch den Abschluss von **Tarifverträgen** Einfluss auf die Gestaltung der Arbeitsbedingungen zu nehmen.

Erst in der **Weimarer Zeit** (ab 1918) entfaltete sich das Arbeitsrecht, und zwar vornehmlich dank der kollektiven Beziehungen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die erstmalig eine angemessene rechtliche Ordnung erhielten: Durch die Tarifvertragsordnung vom 23.12.1918 wurde der **Vorrang des Tarifvertrages vor dem individuellen Arbeitsvertrag** anerkannt. Durch das Betriebsrätegesetz vom 04.02.1920 wurde erstmalig eine **Betriebsverfassung** geschaffen. Der Arbeitgeber sollte nicht mehr länger „Herr im eigenen Haus“ sein. Die Betriebsvertretung – der Betriebsrat – erhielt deshalb im sozialen und personellen Bereich Mitwirkungsrechte.

(6) Nicht nur das Arbeitsrecht wurde aus dem BGB „ausgeblendet“.

Auch der „kleine Mann“ in seiner **Rolle als Konsument** wurde erstmalig geschützt, und zwar in Gestalt des **Abzahlungsgesetzes von 1894**.

Mit diesem Gesetz wurde erstmalig ein **Verbraucherschutzgesetz** geschaffen.

Vornehmlich ging es um den Schutz gegen den Verfall bereits geleisteter Raten bei Zahlungsverzug. Zugleich ging es um den Schutz von Kleinhändlern gegenüber großen Warenhäusern, die allein in der Lage waren, Ratenverkäufe im großen Umfang zu organisieren (vgl. zum heutigen Verbraucherdarlehensvertrag: §§ 491 ff.).

(7) Auch im Recht der **unerlaubten Handlungen** – im **Deliktsrecht** (gem. §§ 823 ff. BGB) – gab es bereits bei der Verabschiedung des BGB einen weitreichenden Bruch,

und zwar mit der **Verschuldensdoktrin**,

spricht: dem Regelerfordernis, dass ein Schädiger nur bei **Vorsatz** oder **Fahrlässigkeit** für den Schaden einzustehen hat (vgl. § 276).

Gemeint ist das **Reichshaftpflichtgesetz** von 1871, das den Betreiber einer Eisenbahn für Personenschäden verschuldens**unabhängig** in die Pflicht nahm (sog. **Gefährdungshaftung**).

## 4. Entwicklungstendenzen im letzten (20.) Jahrhundert

### 4.1 Drei große Strömungen

(1) Das BGB ist selbstverständlich – 100 Jahre nach seinem Inkrafttreten – nicht mehr das gleiche Recht wie zu Beginn des 20. Jahrhunderts (konkret: am 01.01.1900).

In mannigfaltigen Formen hat es auf die ökonomischen, sozialen und ideellen Veränderungen reagiert.

U.a. kann festgestellt werden, dass just jene Aspekte vertieft wurden, die ursprünglich noch als „Anomalien“ erschienen und daher lediglich in Spezialgesetzen (außerhalb des BGB) kodifiziert wurden.

Substantiell geht es um drei große Strömungen, die umschrieben werden können mit den Stichworten „Spezialisierung“, „Materialisierung“ und „Objektivierung“:

- **Spezialisierung** meint, dass es mit zunehmender Ausdifferenzierung der Gesellschaft zu einer Vielzahl von Spezialregeln außerhalb des BGB gekommen ist, zu einem vielfältigen **Sonderprivatrecht**, z.B. dem Arbeitsrecht, dem Wettbewerbsrecht oder auch dem Verbraucherschutzrecht.
- **Materialisierung** bedeutet die Ablösung der (formal) freiheitlichen Vertragskonzeption des BGB, die unterstellte, dass die Vertragsparteien einander ebenbürtig waren; Schutz der schwächeren Vertragspartei – so lautete seit geraumer Zeit die allgemeine Devise.
- **Objektivierung** heißt Ausbau der Haftung für Schäden, unabhängig davon, ob einer Person ein Vorwurf gemacht werden kann. Von der (deliktischen) Verschuldenshaftung zur (verschuldensunabhängigen) Gefährdungshaftung – so lautet hier die Devise. Zugleich ist festzustellen, dass mit zunehmender Entfaltung des industriellen Gefahrenpotentials die individuelle Haftung abgelöst wurde durch ein kollektives System der Versicherung sowie der staatlichen Vorsorge.

(2) Ausschließlich thematisiert werden soll im folgenden die Materialisierung des Vertragsrechts.

### 4.2 Materialisierung des Vertragsrechts

(1) Diese Umschreibung verweist auf eine veränderte Aufgabenstellung des Vertragsrechts:

An die Stelle eines „**formalen**“ Verständnisses ist eine **ergebnisorientierte** Betrachtung getreten.

Zum „Herzstück“ der Zivilrechtsentwicklung geworden ist: die **Begrenzung der Vertragsfreiheit** im Interesse gesellschaftlicher Ziele, insbesondere zum **Schutz der unterlegenen Vertragspartei**.

(2) Der größte Teil dieser Schutzrechte ist auf **Eingriffe** des (staatlichen) **Gesetzgebers** zurückzuführen. Allen voran sei genannt das **Arbeitsrecht**, das sich weitgehend aus dem BGB „entfernt“.

Angesichts der existentiellen Bedeutung von Arbeit für den größten Teil der Bevölkerung ist das Arbeitsrecht zweifellos der wichtigste Bereich, in dem das marktwirtschaftliche Grundaxiom der **Vertragsfreiheit begrenzt** wurde. Das erfolgte in doppelter Weise:

- Zum einen schuf der Staat unmittelbar zwingendes Recht (Arbeitsvertragsrecht, insbesondere Kündigungsschutzrecht, Arbeitsschutzrecht).
- Zum anderen ist das Arbeitsrecht gekennzeichnet durch das **kollektive** Arbeitsrecht, durch Gewerkschaften, Tarifverträge, nicht zuletzt durch Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte in sozialen, personellen und wirtschaftlichen Angelegenheiten.

Außerdem sind viele Einzelfragen trotz umfangreicher gesetzlicher Regelungen **höchststrichterlich** geprägt, so z.B. einige Abweichungen von den allgemeinen Vorschriften des BGB; beispielhaft verdeutlicht:

- So wirkt die Anfechtung eines Arbeitsvertrages nicht rückwirkend, sondern nur für die Zukunft.
- Dem Arbeitgeber werden auch unverschuldete Leistungsstörungen unter dem Gesichtspunkt des sog. Betriebsrisikos als Annahmeverzug zugerechnet; er muss also den Lohn auch zahlen, wenn die Belegschaft nicht arbeiten kann.
- Die Haftung des Arbeitnehmers für Schlechtleistung wird – mit weiteren Modifikationsmöglichkeiten – auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt.

(3) Für die **Mieter von Wohnungen** gilt ein soziales Mietrecht mit Kündigungsschutz und Preisbegrenzung (vgl. §§ 549 ff.).

Gem. § 573 kann der Vermieter nur **kündigen**, wenn er ein **berechtigtes Interesse** an der Beendigung des Mietverhältnisses hat. Die Kündigung zum Zweck der Mieterhöhung ist ausgeschlossen.

Ein berechtigtes Interesse an der Beendigung des Mietverhältnisses hat der Vermieter nur in bestimmten Fällen, so z.B., wenn der Mieter seine Pflichten schuldhaft nicht unerheblich verletzt hat oder der Vermieter die Wohnung für sich oder seine Familienangehörigen benötigt (sog. Eigenbedarfskündigung).

Wird die Wohnung vom Vermieter an einen Dritten veräußert, so braucht sich der Mieter keine Sorgen zu machen; denn der Kauf bricht nicht die Miete; der Erwerber tritt in die Rechtsposition des Vermieters (§ 566).

Hinsichtlich der **Wohnungsmiete** ist zu unterscheiden zwischen dem sog. **sozialen** Wohnungsbau, bei dem die Mieten gebunden sind, und dem **frei** finanzierten Wohnungsbau:

- Im „sozialen Wohnungsbau“, der staatlich gefördert wurde, darf die Miete die sog. durchschnittliche Kostenmiete nicht übersteigen (vgl. das WohnungsbindungsG und die NeubaumieterVO).
- Für **frei finanzierte** Wohnungen gilt:

Die **erstmalige** Vereinbarung der Miethöhe ist frei. Eine Obergrenze enthält jedoch (jedenfalls auf dem Papier) § 5 des Wirtschaftsstrafgesetzes: danach gelten Mieten, die die ortsübliche Vergleichsmiete um mehr als 20% übersteigen, unter bestimmten Umständen als „unangemessen hoch“ (mit der Folge einer bußgeldbewehrten Ordnungswidrigkeit).

**Mieterhöhungen** sind nur zulässig im Rahmen ortsüblicher Vergleichsmieten (§§ 558 ff. BGB) bzw. einer vereinbarten Staffelmiete (§ 557 a BGB). Hierzu werden von den Gemeinden erstellte Mietspiegel zu Grunde gelegt (vgl. § 558 c BGB). Hinzu kommen zwingende Bestimmungen zur Festlegung der Heizkosten auf Grund der HeizkostenVO.

(4) Seit den 70er Jahren entwickelte sich ein „neues“ Rechtsgebiet – das **Verbraucherschutzrecht**. Auf unterschiedliche Weise wird der vielfach anzutreffenden Unterlegenheit der Verbraucher entgegen gewirkt.

So geht es um den **Schutz vor unangemessenen Vertragsbedingungen** vor allem im **AGB-Recht** (vgl. §§ 305 ff. BGB) aber auch im Recht des Verbraucherdarlehens (vgl. §§ 491 f.), nicht zuletzt beim Reisevertrag (vgl. §§ 651 a ff.).

Ein wenig näher zum **Reisevertrag**:

Dieser Vertragstyp wurde bereits 1979 in das BGB aufgenommen, und zwar Dank der EG-Richtlinie über Pauschalreisen 90/3147/EWG.

Ein Reisevertrag kommt zustande zwischen einem Veranstalter, der sich sog. Leistungsträger zur Durchführung der Reise bedient, und dem Reisenden. Die Leistungsträger gelten als Erfüllungsgehilfen gem. § 278 BGB.

Hauptpflicht des Veranstalters ist es, die Reise als Gesamtheit aller Reiseleistungen fehlerfrei zu erbringen, der Reisende muss den Reisepreis bezahlen (§ 651 a BGB).

Mit den Vorschriften über den Reisevertrag sollen die Rechte der Reisenden vor, während und nach der Reise gestärkt werden (vgl. z.B. § 651 i: Rücktritt vor Reisebeginn; § 651 c: Abhilfe bei Mängel während der Reise; § 651 d Abs. 1: Minderungsrecht).

Der Veranstalter ist verpflichtet, dem Reisenden gewisse Mindestinformationen über die Reise zu geben (vgl. §§ 4 bis 8 der BGB-InfoVO).

Das Reiserecht kodifiziert auch die in der Rechtsprechung entwickelte Möglichkeit des Schadensersatzes wegen Beeinträchtigung des Reisegenusses (§ 651 f BGB).

Den Veranstalter trifft eine Verkehrssicherungspflicht für die ausreichende Überprüfung des von ihm ausgesuchten Hotels.

Eine Begrenzung der Haftung ist im Rahmen des § 651 h auf das dreifache des Reisepreises möglich, nicht jedoch für die in aller Regel weitreichenden Körperschäden. Für Reisende gibt es eine spezielle Insolvenzsicherung in Gestalt eines Sicherungsscheins (§ 651k).

Branchenweit gelten im Reisegewerbe allgemeine Geschäftsbedingungen, die sich gleichermaßen an den strikten Vorgaben des AGB-Rechts (§ 305 ff.) sowie des Reisevertragsrechts orientieren müssen (vgl. § 651m).

Insgesamt ist festzustellen, dass das Verbraucherschutzrecht der Bereich des Zivilrechts ist, der mit Abstand am nachhaltigsten durch das **Recht der Europäischen Gemeinschaft vorgeprägt** ist. Um die Verwirklichung des Europäischen **Binnenmarktes** zu fördern, wurden seit Mitte der 80er Jahre nicht weniger als 10 Richtlinien erlassen, welche zu einer **Harmonisierung** zahlreicher Teilaspekte des mitgliedstaatlichen Verbraucherschutzrechts geführt haben.

(5) Diese Vielfalt zwingender gesetzlicher Vorschriften bedeutet nun keineswegs eine Absage an das Prinzip der Vertragsfreiheit:

Aufgegeben wurde lediglich ein formales Freiheitsverständnis. In der Tat, der **Vertrag** ist ein **Instrument der Selbstbestimmung**, freilich ein Instrument **beider** Vertragspartner.

Nur wenn die Parteien einander ökonomisch, sozial und intellektuell Paroli bieten können, mithin keine **strukturelle** Vertragsdisparität besteht, spricht eine Vermutung dafür, dass die ausgehandelten Ergebnisse auch „richtig“ („gerecht“) sind.

In der Diktion des Bundesverfassungsgerichtes (NJW 1994, 36: Mittellose Bürgin) :

„Die Schöpfer des BGB gingen zwar, auch wenn sie verschiedene Schutznormen für den im Rechtsverkehr Schwächeren geschaffen haben, von einem Modell formal gleicher Teilnehmer am Privatrechtsverkehr aus, aber schon das Reichsgericht hat diese Betrachtung aufgegeben und in eine „materiale“ Ethik sozialer Verantwortung zurückverwandelt (Wieacker, Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, 1974, S. 24). Heute besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass die Vertragsfreiheit nur im Falle eines **annähernd ausgewogenen Kräfteverhältnisses** der Partner als Mittel eines angemessenen Interessenausgleichs taugt und dass der **Ausgleich gestörter Vertragsparität zu den Hauptaufgaben des geltenden Zivilrechts** gehört.



**Fragen/Aufgaben:****- Entstehung des BGB**

1. Wann wurde das Deutsche Reich gegründet?
2. Wie sahen die Rechtsordnungen in den einzelnen Teilstaaten aus?
3. Wodurch unterschied sich das Allgemeine Landrecht vom Gemeinen Recht?
4. Welches „Gefühl“ sprach für eine Rechtsvereinheitlichung?
5. Welche politisch-ökonomischen Interessen machten eine einheitliche Rechtsordnung notwendig?
6. Was fällt Ihnen auf, wenn Sie sich mit den Vorarbeiten zum BGB beschäftigen?
7. Wie hieß der Kaiser, der 1896 das BGB ausfertigte?

**- Das BGB als liberale Marktverfassung**

8. Welche führende Gesellschaftsschicht hatte ein unmittelbares Interesse an einem „freiheitlichen“ BGB?
9. Inwieweit ist das BGB „ein spät geborenes Kind des Liberalismus“?
10. Wie lautet das Grundaxiom der „freien“ Marktwirtschaft?
11. Umschreiben Sie die drei zentralen Losungen der Privatautonomie.
12. Inwieweit war das BGB lediglich im Ergebnis neutral, kümmerte sich mithin nicht darum, ob die geschlossenen Verträge „gerecht“ waren?
13. Wie kann (hingegen) allgemein das Sachenrecht (§§ 854 ff.) umschrieben werden?
14. Skizzieren Sie in drei Sätzen den (deliktsrechtlichen) Schutz zentraler Rechtsgüter.

**- „Fremdkörper“ in Spezialgesetzen**

15. Warum sind im BGB (in seiner ursprünglichen Version) lediglich einige unbedeutende Korrekturen zu finden?
16. Welches zentrale Rechtsgebiet wurde bereits frühzeitig aus dem BGB „verbannt“?
17. Skizzieren Sie in einigen Sätzen die soziale Lage des „vierten Standes“ (Proletariats/der Arbeiter).
18. Wie lautet das erste Verbraucherschutzgesetz? An welcher Stelle im BGB finden wir es (in erweiterter Form) wieder?
19. Nach welchen beiden Prinzipien können Unfälle reguliert werden? Zu welchem Prinzip hat sich das BGB bekannt? Welche weitere Form der Haftung gab es aber bereits vor mehr als 130 Jahren?

**- Entwicklungstendenzen im letzten (20sten) Jahrhundert**

20. Was heißt Spezialisierung?
21. Was verstehen Juristen unter Materialisierung?
22. Was heißt Objektivierung der Haftung?
23. Verdeutlichen Sie an einigen Beispielen aus dem Arbeitsrecht die Materialisierung des Vertragsrechts.
24. Inwieweit sind die Rechte des Mieters von Wohnraum „sozial“ ausgestaltet?
25. Was versteht man unter Allgemeinen Geschäftsbedingungen? Wo finden sich die einschlägigen Schutzvorschriften? Verdeutlichen Sie die Zulässigkeit/Unzulässigkeit einiger Klauseln an Beispielen.
26. Was versteht man unter einem Reisevertrag? Woran erkennt man den zwingenden Charakter des Reisevertragsgesetzes?

27. Welche Rechte hat ein Reisender, wenn die Reise einen Mangel hat? Bringen Sie Beispiele für mangelhafte Reiseleistungen.
28. Worauf sind die zahlreichen Aktivitäten im Verbraucherschutzrecht zurückzuführen?
29. Skizzieren Sie in vier/fünf Sätzen die Funktion/die Grenzen der Vertragsfreiheit in einer „sozialen“ Marktwirtschaft.

## 4. Kapitel

### Das BGB im Überblick

#### Aufbau – Sprache – Regelungstechnik

#### I. Systematik und Grundbegriffe

1. Allgemeiner Teil
2. Recht der Schuldverhältnisse
3. Sachenrecht

## I. Systematik und Grundbegriffe

Das BGB gliedert sich nach wie vor – ungeachtet aller Reformen aus jüngster Zeit – in fünf Bücher: den Allgemeinen Teil, das Recht der Schuldverhältnisse, das Sachenrecht, das Familienrecht und das Erbrecht.

### 1. Allgemeiner Teil

(1) Der Allgemeine Teil (§§ 1 – 240) bringt vornehmlich – weitgehend noch auf den Pfaden des römischen Rechts – Vorschriften über natürliche und juristische Personen, Sachen und Rechtsgeschäfte. Dann folgen Vorschriften über Fristen und Termine, Anspruchsverjährung, Rechtsausübung und Sicherheitsleistung.

(2) Das BGB unterscheidet zwischen drei Voraussetzungen der Teilnahme am Rechtsverkehr:

- Da ist zum einen die **Rechtsfähigkeit**, mithin die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein (§ 1).
- Unter **Geschäftsfähigkeit** versteht man die Fähigkeit, durch eigenes Handeln Rechte zu erwerben oder Pflichten einzugehen (§§ 104 ff.).
- Die **Deliktsfähigkeit** beantwortet die Frage, unter welchen Voraussetzungen jemand für sein schädigendes Verhalten zur Verantwortung gezogen werden kann (vgl. §§ 827, 828).

(3) Rechtsfähig ist eine jede **natürliche** Person, ein jeder **Mensch** (§ 1), und zwar unabhängig von seinem Alter, seinem Reifegrad, seiner Intelligenz und seiner Einsichtsfähigkeit. Auch ein Säugling kann – kraft gesetzlicher Regelung oder durch Handeln seiner Eltern – bereits Rechte erwerben.

- Erst die uneingeschränkte Rechtsfähigkeit macht den Menschen – als Rechtssubjekt – **existent**. Nur wer rechtsfähig ist, kann **am gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Leben** teilnehmen.
- **Rechtsfähigkeit und politisches System:**

Indem § 1 die Rechtsfähigkeit eines jeden Menschen voraussetzt, verarbeitet das BGB **geschichtliche Erfahrungen:**

**Früher** war die Rechtsfähigkeit abhängig von bestimmten „Mitgliedschaften“. Sklaven, Neugeborene, Geisteskranke, Fremde und Frauen hatten keine oder nur eine beschränkte Rechtsfähigkeit. Wer geächtet und damit vogelfrei war, verlor seine Rechtsfähigkeit. Wer jemanden aus dieser Gruppe tötete, vernichtete – rechtlich gesehen – keinen Menschen, sondern eine herrenlose Sache und machte sich daher nicht strafbar.

Im **Nationalsozialismus** gelangte man zu einer „selektiven Rechtsfähigkeit“ durch folgende Definitionen:

„Rechtsgenosse ist, wer Volksgenosse ist. Volksgenosse ist, wer deutschen Blutes ist.“

Und weiter

„Rechtstammschaft besitzt, wer artgleich ist, ständig in die Arbeitsfront des schaffenden Volkes eingegliedert ist und die überlieferten Werte und Güter der Nation achtet“.

Auf diese Weise wurde z.B. den **Juden** die volle Rechtsfähigkeit abgesprochen; sie besaßen zwar die deutsche Staatsbürgerschaft. Nach der Nationalsozialistischen Rassenlehre waren sie jedoch nicht „artgleich“, nicht „deutschen Blutes“. Daher konnte man sie – rechtstechnisch problemlos – unter ein „Sonderrecht“ stellen. Sie konnten somit nicht mehr am Geschäftsverkehr teilnehmen. Verträge mit ihnen brauchten nicht gehalten zu werden.

Sie konnten nicht erben, durften keine Grundstücke erwerben etc.

Auf gleiche Weise konnten all jene Menschen, die nicht „arbeitsam“ waren und die „überlieferten“ Werte der Nation nicht achteten vom Rechtsverkehr ausgeschlossen werden, so insbesondere die Sinti und Roma.

Diese geschichtliche Erfahrung macht deutlich, dass die Ausgestaltung der Rechtsfähigkeit das **Bild vom Menschen** widerspiegeln, das der vorherrschenden Rechtsordnung zu Grunde lag.

Mit der ungeteilten Rechtsfähigkeit (in § 1) verbürgt das BGB eine elementare Rechtsschutzgarantie der **Gleichheit und Würde** aller Menschen.

Zugleich wird deutlich, dass das Privatrecht keineswegs „wertneutral“ ist. Ohne weiteres kann es politisch, ethisch und sittlich instrumentalisiert werden.

Regelmäßig ist der Begriff der Rechtsfähigkeit unproblematisch. In Einzelfällen kann er jedoch eine weitreichende (verfassungskonforme) Interpretation notwendig machen.

Dazu der Fall:

Fall: A fährt mit seinem Wagen (fahrlässig) die schwangere F an. Dabei wird der Embryo verletzt. Das Kind kommt mit einer Behinderung auf die Welt.

Kann das Kind (vom Halter/Fahrer bzw. der Kfz-Haftpflichtversicherung) Schadensersatz verlangen?

Lösung:

Nach dem eindeutigen **Wortlaut** (des § 1) beginnt die Rechtsfähigkeit des Menschen mit **Vollendung** der Geburt.

K war im Zeitpunkt des Unfalls noch nicht geboren, und daher konnte es (an sich) noch keine eigenen Rechte erwerben, z.B. Schadensersatzansprüche nach §§ 823 ff. oder nach den §§ 7 ff. Straßenverkehrsgesetz (StVG).

Gleichwohl entscheidet die Rechtsprechung zugunsten des Kindes und gewährt einen Schadensersatzanspruch.

Zu bedenken wird gegeben, dass § 1 BGB im Lichte der **Wertung des Grundgesetzes** auszulegen ist.

Wollte man den Embryo vom Schutzbereich der Rechtsfähigkeit ausnehmen, so wäre dies mit der verfassungsrechtlich verbürgten **Würde des Menschen** unvereinbar (**Art. 1, 2 GG**). Das ungeborene Kind ist bei Verletzungen, die zu dauerhaften Schäden führen, genauso schützwürdig, wie ein bereits geborenes Kind.

Im Ergebnis wird daher die Rechtsfähigkeit des Menschen zeitlich vorverlagert, freilich unter der Voraussetzung, dass der Embryo später lebend zur Welt kommt.

Auch **andere Rechtsordnungen** entscheiden ähnlich: So kennt auch **Frankreich** eine Vorverlagerung der grundsätzlich mit der Geburt einsetzenden Rechtsfähigkeit, allerdings abhängig von der „Lebensfähigkeit“ des Kindes. Diese Vorverlagerung gilt für Schenkungen, die Erbfähigkeit sowie die Berechtigung zum Schadensersatz.

(4) Zum Rechtsstatus von **Tieren** sei „fallorientiert“ angemerkt:

Der exzentrische Modezar hinterlässt bei seinem Tode ein formgültiges Testament, in dem er seinen Lieblingshund zum Alleinerben bestimmt. Der Neffe N – sein einzig überlebender Verwandter – ist darüber nicht besonders erfreut und möchte wissen, ob er – ungeachtet der letztwilligen Verfügung seines Onkels – **gesetzlicher Erbe** geworden ist.

Lösung:

Ein Testament, das etwas rechtlich Unmögliches anordnet, ist unwirksam. In einem solchen Fall tritt an die Stelle der (unwirksamen) testamentarischen Verfügung die gesetzliche Erbfolge (§§ 1924 ff., 1937).

Um erben zu können, muss man – wie bei jeder Teilnahme am Rechtsverkehr – rechtsfähig sein, mithin die Fähigkeit haben, Träger von Rechten und Pflichten zu sein.

Tiere sind zwar keine Sachen. Auf sie sind die Vorschriften über Sachen jedoch entsprechend anzuwenden (vgl. § 90a).

Tiere sind mithin **Rechtsobjekte, nicht Rechtssubjekte**; sie können daher **nur Gegenstand, nicht aber Träger von Rechten** sein. Folglich ist das Testament des Modezaren unwirksam.

Und das bedeutet zugleich: N hat seinen Onkel beerbt (§ 1922 Abs. 1 i.V.m. 1925).

Der Wille des Erblassers ist aber nicht völlig unbeachtlich. Im Wege der Auslegung (siehe § 2284) kann die nichtige Einsetzung des Hundes als Erbe in eine **Auflage für den gesetzlichen Erben** umgedeutet werden, den Hund gut zu versorgen (vgl. § 1940).

(5) Rechtsfähig können nicht nur natürliche Personen (Menschen) sein, sondern **auch juristische Personen** (§§ 21 ff.).

Mit dieser Rechtsfigur wird ein wichtiger Beitrag des Rechts zur **Organisation komplexer gesellschaftlicher Systeme** geleistet.

Ein selbständiger juristischer Zuordnungspunkt für Rechte und Pflichten wird „erfunden“.

Auf diese Weise können **Zusammenschlüsse** von Personen zu den verschiedensten Zwecken als **selbständige Rechtsträger** organisiert werden – eine für den modernen Rechtsverkehr unerlässliche Voraussetzung.

(6) Es gibt juristische Personen des privaten Rechts und des öffentlichen Rechts:

- Zu den juristischen Personen des **Privatrechts** gehören:

die Aktiengesellschaft (**AG**), die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (**GmbH**), die Stiftung, die Kommanditgesellschaft auf Aktien (**KGaA**), die **Genossenschaft** sowie der eingetragene **Verein**.

- zum **öffentlichen Recht** gehören:

**Anstalten**, z.B. Rundfunkanstalten, Bundesbank, Studentenwerke, Körperschaften, **Gebietskörperschaften** wie der Bund, die Länder und Gemeinden, Hochschulen; schließlich die Stiftungen des öffentlichen Rechts, z.B. Stiftung Preußischer Kulturbesitz.

(7) Während der Mensch mit der Geburt rechtsfähig wird, muss die Rechtsfähigkeit den juristischen Personen (des privaten Rechts) durch einen **staatlichen Hoheitsakt verliehen** werden:

Dies geschieht etwa beim (nichtwirtschaftlichen) Idealverein durch die Eintragung ins Vereinsregister (§ 21),

beim wirtschaftlichen Verein durch staatliche Verleihung (§ 22),

bei den Kapitalgesellschaften wie AG oder GmbH durch Eintragung ins Handelsregister.

Fall:

- V möchte sein Grundstück an die AG „W-AG“ verkaufen, mit deren Vorstand er einen notariell beurkundeten **Kaufvertrag** abschließt (§ 311 b Abs. 1). Wer wird, wenn zudem die **Auflassung** (§ 925) erklärt wurde, als neuer Eigentümer ins Grundbuch eingetragen?

- Ohne weiteres kann die „W-AG“ als neue Eigentümerin ins Grundbuch eingetragen werden; denn sie ist als juristische Person des Privatrechts rechtsfähig und wird durch Auflassung und Eintragung ins Grundbuch (§§ 873, 925) Eigentümerin des Grundstücks.

Die Vereinfachung für den Rechtsverkehr liegt auf der Hand: Ohne Rechtsfähigkeit der AG müssten alle (!) Mitglieder (= Aktionäre) als Eigentümer ins Grundbuch eingetragen werden.

(8) Neben der Unterscheidung zwischen natürlichen und juristischen Personen ist auf Grund der neueren Verbraucherschutzgesetzgebung die Unterscheidung zwischen **Verbraucher und Unternehmer** bedeutsam geworden. Entsprechende **Legaldefinitionen** finden sich in den **§§ 13 und 14**.

(9) Die Personen (= Rechtssubjekte) können ihre **Rechtsbeziehungen zueinander durch Rechtsgeschäfte gestalten**:

- Das BGB hat diesen Begriff nicht definiert. Man versteht darunter allgemein einen Akt, der auf die Herbeiführung einer (bestimmten) **Rechtsfolge** gerichtet ist.

- Notwendiger Bestandteil eines jeden Rechtsgeschäfts ist die **Willenserklärung** (§§ 116 – 144).

- Ein Rechtsgeschäft kann aus **einer** Willenserklärung bestehen so z.B. die Kündigung. Sie kann aber auch **mehrere** Willenserklärungen umfassen, so beim Abschluss von Verträgen.

Bereits in der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts rückte die Theorie von der Willenserklärung in das Zentrum der Rechtsgeschäftslehre.

Auf ihr beruht in wesentlichen Teilen die Klammerfunktion des Allgemeinen Teils des BGB mit seinem hohen Abstraktionsniveau, das dem Laien sowie Studienanfängern verschlossen bleiben muss.

Eine solche „bürgerferne“ Gesetzeskonzeption **muss nicht sein**: So kennt insbesondere die französische Rechtsgeschäftslehre keinen so hohen Abstraktionsgrad. Der Code civil stellt – wie das englische Recht – den **Vertrag als Prototyp** des Rechtsgeschäfts in den Mittelpunkt und regelt dort auch allgemeine Fragen wie die Geschäftsfähigkeit oder die Folgen von Willensmängeln, die das deutsche Recht im allgemeinen Zusammenhang mit Willenserklärungen behandelt (vgl. §§ 104 ff. und §§ 116 ff.).

(10) Um wirksam am Geschäftsleben teilnehmen zu können, genügt die Rechtsfähigkeit nicht: hinzukommen muss die **Geschäftsfähigkeit**, mithin die **Fähigkeit, Rechtsgeschäfte, allen voran Verträge, selbstständig wirksam abschließen zu können** (vgl. §§ 104 – 113). Insofern geht der Gesetzgeber von folgenden Überlegungen aus:

- Erklärungen können nur Personen zugerechnet werden, die ein **Mindestmaß an Urteilsvermögen und Einsichtsfähigkeit** haben. Wer nicht über die notwendige geistige Reife verfügt, muss vor den Risiken von Rechtsgeschäften geschützt werden.
- Das BGB geht von dem Grundsatz aus, dass jeder Mensch geschäftsfähig ist und regelt in den **§§ 104 ff.** jene Fälle, in denen ausnahmsweise die **Geschäftsfähigkeit eingeschränkt** ist. Insofern stellt das Gesetz in erster Linie auf bestimmte Altersgrenzen ab (vgl. **§§ 104 Nr. 1, 106**) sowie auf **individuelle Geistesstörungen** (vgl. **§ 104 Nr. 2**) und differenziert nach Geschäftsfähigkeit, Geschäftsunfähigkeit und beschränkter Geschäftsfähigkeit.
- **Geschützt** werden sollen all jene Menschen, die **nicht voll geschäftsfähig** sind. Dieser Schutz hat absoluten Vorrang vor dem Vertrauensschutz des Rechtsverkehrs. Mag der Geschäftsgegner den Vertragspartner mit noch so guten Gründen für voll geschäftsfähig gehalten haben, mag dieser ihn sogar belogen haben, so ist der **Vertrag gleichwohl unwirksam**.

(11) **Voll geschäftsfähig** ist jeder Mensch, der das **18. Lebensjahr** vollendet hat, also **volljährig** ist (**§ 2 BGB**).

(12) Zur **Geschäftsunfähigkeit** sei angemerkt:

Zu diesem Personenkreis zählen Kinder, die das **siebente** Lebensjahr noch nicht vollendet haben; des weiteren (dauerhaft) **geisteskrank** Menschen (§ 104 Nr. 1 und 2).

Diese Personen können nicht selbständig am Rechtsverkehr teilnehmen, unabhängig davon, ob der Vertrag für sie (rechtlich oder ökonomisch) vorteilhaft ist.

Die Interessen des Geschäftsunfähigen nehmen **gesetzliche Vertreter – die Eltern** (§§ 1626 ff.), ein Vormund (§§ 1793 ff.) oder bei Volljährigen ein Betreuer (§§ 1896 ff.) – wahr.

(13) **Kinder/Jugendliche** im Alter von **sieben** bis **achtzehn** Jahren sind in ihrer **Geschäftsfähigkeit beschränkt** (§ 107). Insofern hält der Gesetzgeber die folgenden Regeln bereit:

- a) Für Willenserklärungen, durch die der Minderjährige **nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil** erlangt, bedarf er der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters (§ 107 BGB). Das sind regelmäßig die Eltern (§§ 1626 Abs. 1, 1629 Abs. 1).

Ob ein „lediglich rechtlicher Vorteil“ vorliegt oder ob ein rechtlicher Nachteil droht, ist nicht nach wirtschaftlichen, sondern **ausschließlich nach rechtlichen Gesichtspunkten** zu beurteilen. Die entscheidende Frage lautet: Bringt das Geschäft dem Jugendlichen rechtliche Pflichten oder verliert er ein Recht? So kann selbst das wirtschaftlich lukrativste Geschäft zustimmungspflichtig sein.

Beispiele:

- Der Kauf eines Buches (gem. § 433 BGB) ist in jedem Fall rechtlich nachteilig, selbst wenn der Minderjährige ein „Schnäppchen“ gemacht hat; denn als Käufer muss er gem. § 433 Abs. 2 den Kaufpreis zahlen.
- Auch der Abschluss eines Dienstvertrages (§ 611) ist rechtlich nachteilig, weil der Minderjährige verpflichtet ist, die versprochenen Dienste zu erbringen.
- Allgemein kann gesagt werden: **Alle schuldrechtlichen Verträge**, die den Minderjährigen in aller Regel **auch verpflichten**, stehen unter einem Genehmigungsvorbehalt der gesetzlichen Vertreter.

**Ausschließlich rechtlich vorteilhafte** Verträge kann der beschränkt Geschäftsfähige hingegen eigenständig schließen:

- So kann er ein Schenkungsversprechen annehmen, da durch den Schenkungsvertrag lediglich der Schenker verpflichtet wird (§ 516 BGB).
- Auch kann ein Minderjähriger **Eigentum** an beweglichen Sachen gem. § 929 S. 1 **erwerben**; denn der Eigentumserwerb ist für ihn juristisch ausschließlich vorteilhaft.

- b) Schließt ein beschränkt Geschäftsfähiger einen (rechtlich nachteiligen) Vertrag **ohne** die Einwilligung oder nachträgliche Zustimmung (= Genehmigung) seines gesetzlichen Vertreters, dann ist der Vertrag **unwirksam**. Bis zur Genehmigung ist das Geschäft jedoch **schwebend unwirksam** (§§ 108, 109 BGB).

Zur Klarstellung der Rechtslage kann der Vertragsgegner den gesetzlichen Vertreter des Minderjährigen zur Erteilung der Genehmigung auffordern. Dieser hat dann zwei Wochen Zeit, sich zu entschließen. Wird die Genehmigung nicht erteilt, gilt sie als verweigert (vgl. § 108 Abs. 2).

- c) Nun gibt es einige **generelle Einwilligungstatbestände**, bei denen die gesetzlichen Vertreter nicht „gefragt“ werden müssen, der Minderjährige mithin selbständig agieren kann:

Da ist einmal der sog. **Taschengeldparagraph (§ 110)**:

Werden dem Minderjährigen bestimmte Mittel zur freien Verfügung überlassen, so liegt darin eine **stillschweigende Einwilligung** des Vertreters. Auf diese Weise erhält der Minderjährige einen beachtlichen Handlungsspielraum. Zu den Mitteln, über die der Minderjährige wirksam verfügen kann, zählt nicht nur das Taschengeld, sondern **jedes Einkommen**, so z.B. auch der Lohn aus der Ferienarbeit, öffentlich-rechtliche Leistungen (BAFÖG) oder auch Geschenke Dritter.

Bezahlt ein Minderjähriger von seinem Taschengeld einen Computer, so ist der Kaufvertrag wirksam, da er über sein **gespartes Geld** – unabhängig vom elterlichen Willen – frei verfügen kann. Etwas anderes gilt nur, falls die Eltern der Anschaffung des Computers widersprochen haben. Dann ist die „freie Verfügung“ nach § 110 eingeschränkt.

Wirksam ist ein Vertrag, wenn der Minderjährige die vertragsmäßige Leistung mit überlassenen Mitteln **bewirkt**, mithin **ihn erfüllt**. **Kreditgeschäfte** sind „gefährlich“ und hinsichtlich der Gesamtbelastung „unüberschaubar“, daher immer nur schwebend unwirksam, selbst wenn der Minderjährige einzelne Raten mit den überlassenen Mitteln bezahlt. Sobald er jedoch die letzte Rate zahlt und die Schulden damit vollständig tilgt, wird der Vertrag (rückwirkend) wirksam.

Eine **Teilgeschäftsfähigkeit** hat der Gesetzgeber auch in den **§§ 112, 113** eingeräumt; man spricht auch von **Handels- und Arbeitsmündigkeit**:

So kann z.B. der Vertreter den Minderjährigen ermächtigen, in den Dienst oder in Arbeit zu treten, und zwar ohne vormundschaftliche Genehmigung (§ 113).

Dann kann der Minderjährige selbständig ein Gehaltskonto eröffnen und Barabhebungen vornehmen, eine Wohnung (am Arbeitsort) anmieten, einer Gewerkschaft beitreten sowie das Arbeitsverhältnis kündigen.

Schließlich kann ein Vertreter **allgemein** darin einwilligen, dass der Minderjährige in einem bestimmten Lebensbereich selbständig handeln kann (sog. partieller (teilweiser) Generalkonsens).



Beispiele:

- Die Eltern des 15-jährigen Internatsschülers willigen darin ein, dass dieser „einschlägige“ Verträge des täglichen Lebens schließen kann, also etwa Schreibwaren oder Schulbücher kauft.  
oder: die Eltern erlauben ihrem 17-jährigen Sohn eine Ferienreise; dann darf der Jugendliche ein Zimmer buchen und Speisen und Getränke bestellen.
- Sind die Eltern damit einverstanden, dass der Jugendliche ein **Girokonto** führt, dann muss die Bank (zum Schutz des Jugendlichen) Acht geben: Das Konto darf grundsätzlich nur im **Guthaben** geführt werden, Überziehungen sind unzulässig. Bei Krediten, die an Minderjährigen ausgelegt werden, ist gem. den §§ 107, 1643, 1822 Nr. 8 BGB die Genehmigung des Familien- bzw. Vormundschaftsgerichts notwendig.

(14) Ein weiterer (zivilrechtlicher) Grundbegriff lautet **Stellvertretung (§§ 164 ff.)**.

Darunter versteht man das **rechtsgeschäftliche Handeln im Namen einer anderen Person** (des Vertretenen), und zwar mit der **Wirkung**, dass die Rechtsfolgen unmittelbar die andere Person (den **Vertretenen**) treffen.

(15) Insgesamt gibt es nicht weniger als drei **verschiedene Arten** der Vertretung:

- a) Da sind zum einen die Fälle der **gesetzlichen** Vertretung; hier ergibt sich die Befugnis, andere Personen zu vertreten, aus dem Gesetz:
  - Eltern für ihre Kinder aus ihrem Sorgerecht §§ 1626, 1629 BGB;
  - Ehegatten im Rahmen der Schlüsselgewalt, § 1357 BGB;
  - der Vormund für das Mündel §§ 1733, 1793 BGB;
  - der Pfleger für den Pflegebefohlenen §§ 1909 ff. BGB;
  - der Betreuer für den Betreuten §§ 1896, 1902;
  - der Verwalter für die Wohnungseigentümer, §§ 27 Abs. 2 WEG.
- b) **Juristische Personen** handeln durch **ihre Organe**. Diese haben eine Vertretungsmacht, die sich aus der **Satzung** ergibt:
  - Gem. § 26 Abs. 2 BGB hat der **Vorstand** eines Vereins die Stellung eines gesetzlichen Vertreters;
  - die GmbH wird durch ihre **Geschäftsführer** gerichtlich und außergerichtlich vertreten (§ 35 Abs. 1 GmbH-G);
  - der **Vorstand** vertritt die **Aktiengesellschaft** (AG) gerichtlich und außergerichtlich (§ 78 Abs. 1 AktG);
  - die **Genossenschaft** wird durch ihren Vorstand gerichtlich und außergerichtlich vertreten (§ 24 Abs. 1 GenG);
  - die **offene Handelsgesellschaft** (oHG) wird gem. § 125 Abs. 1 HGB von jedem Gesellschafter vertreten;
  - die **KG** wird von jedem Komplementär (§§ 161 Abs. 2, 125 Abs. 1 HGB), die Partnerschaftsgesellschaft von jedem Partner (§ 7 Abs. 3 PartG) und die Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts von ihren Gesellschaftern (§§ 714, 709 BGB) vertreten.

c) Da ist schließlich die **rechtsgeschäftliche Vertretung**, bei der die Vertretungsmacht auf einer **Vollmacht** beruht (vgl. § 167):

- **Erteilt** wird die Vollmacht durch eine sog. **Bevollmächtigung**, die gegenüber dem zu Bevollmächtigenden (= Innenvollmacht) oder gegenüber dem Geschäftsgegner (= Außenvollmacht) erfolgen kann (vgl. § 167 Abs. 1).

Hinsichtlich der **Arten** kann unterschieden werden:

- Spezialvollmacht (nur für einen bestimmten Vertrag);
- Artvollmacht (für eine bestimmte Art von Rechtsgeschäften, vgl. etwa § 54 HGB)
- Gesamtvollmacht (mehrere Personen vertreten gemeinschaftlich; vgl. die §§ 48 Abs. 2 HGB, 714, 709 BGB).
- Das **Handelsrecht** kennt als besondere Vollmachten die **Prokura** (§§ 48 ff. HGB), die **Handlungsvollmacht** (§ 54 HGB) sowie die Vollmacht des **Ladenangestellten** (§ 56 HGB).

(16) Die Regeln der Stellvertretung (gem. §§ 164 ff. BGB) erfassen nur **rechtsgeschäftliches Handeln**, insbesondere den Abschluss von Verträgen.

Zudem muss der **Vertreter im fremden Namen handeln**, mithin zum Ausdruck bringen, dass sein Handeln eine andere Person betreffen soll (sog. **Offenkundigkeitsprinzip**).

Erfasst wird somit nur ein Teilbereich des Handelns für einen anderen. Diese Art von Tätigkeit ist von **ähnlichen Erscheinungsformen** abzugrenzen:

a) Sie ist einmal zu unterscheiden von der **mittelbaren** (verdeckten, indirekten) Stellvertretung, bei der der Vertreter zwar auch für fremde Rechnung, aber im **eigenen** Namen handelt.

Beispiel:

K bittet seinen Freund F, für ihn ein „edles“ Turnierpferd zu kaufen. K selbst will nicht als Käufer auftreten, er möchte unbekannt bleiben.

F erwirbt nun von V – ohne den K zu erwähnen – den Hengst H und stellt ihn vorübergehend auf seinen Hof unter.

Zwischen K und F wurde zunächst ein Auftragsverhältnis begründet (§ 662).

Ein **Kaufvertrag** kam zunächst zwischen **F und V** zustande, da F im **eigenen** Namen handelte.

Auch die **Übereignung** des Pferdes erfolgte zunächst von V an F gem. § 929 Satz 1: V und F haben sich geeinigt, dass **F** Eigentümer des Pferdes werden sollte; auch wurde ihm das Pferd übergeben.

Erst in einem zweiten „Akt“ wurde dann das Pferd von **F** an **K** weiterübereignet (wiederum gem. § 929 BGB).

Die mittelbare Stellvertretung ist im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht geregelt.

Sonderregelungen finden sich im **HGB**. So ist z.B. der **Kommissionär**, der gewerbsmäßig Waren oder Wertpapiere für Rechnung eines anderen im eigenen Namen kauft oder verkauft (§ 383 HGB), **mittelbarer** Stellvertreter.

(b) Auch der **Treuhänder** handelt im **eigenen** Namen; er wird jedoch nicht lediglich für ein bestimmtes, einzelnes Geschäft tätig, sondern für eine Vielzahl von Geschäften.

Der Treuhänder kann im **eigenen** Interesse handeln, dann spricht man von einer eigennützigen Treuhand, so z.B. bei der Sicherungsübereignung.

Geht es um **fremde** Interessen (des Treugebers), spricht man von einer fremdnützigen Treuhand, so z.B. bei einer Verwaltungstreuhand.

Der Treuhänder hat im **Außenverhältnis** – gegenüber der „Kundschaft“ – mehr Rechtsmacht als im **Innenverhältnis**, sprich: in seiner Beziehung gegenüber dem Treugeber. Verletzt er diese internen Pflichten, überschreitet er etwa die ihm eingeräumten Befugnisse, so ist er schadensersatzpflichtig.

Beispiel:

Die B-Bank lässt sich zur **Sicherung** eines Kredits, den sie dem Schuldner S gewährt, dessen PKW zur **Sicherheit übereignen** (gem. §§ 929, 930 (**eigennützige** Treuhand)).

Die Bank wird Eigentümerin des Wagens, darf aber über den PKW nur unter bestimmten Voraussetzungen verfügen, die gesetzlich oder im sog. Kleingedruckten (in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen) festgelegt sind.

Im Normalfall soll das Eigentum nach Rückzahlung des Darlehens an den Schuldner/Sicherungsgeber zurückübertragen werden.

Ein Beispiel für eine **uneigennützige** Treuhand:

X überträgt für die Dauer eines Auslandsaufenthaltes seine Anteile an einer Kapitalgesellschaft (treuhänderisch) an T.

T wird im Außenverhältnis voller Rechtsinhaber, ist intern aber durch die Interessenwahrung für X gebunden.

c) Der **Vermittlungsvertreter vermittelt** lediglich einen Vertrag.

Er handelt weder im eigenen noch im fremden Namen. Seine Aufgabe besteht darin, Informationen einzuholen und die Vertragsverhandlungen vorzubereiten.

Beispielhaft sei verwiesen auf den Makler gem. §§ 652 ff. sowie den Handelsmakler (§ 93 ff. HGB).

d) Bei der Vertretung geht es um den geschäftlichen Verkehr, z.B. die Bindung an Willenserklärungen, an Vertragsangebote, Kündigungen und dergleichen mehr.

Damit hat nichts zu tun die Frage, ob **im Rahmen von Verträgen für ein fremdes Verschulden einzustehen** ist, z.B. für die Unachtsamkeit eines Mitarbeiters oder eines (selbständigen) Handwerkers oder Subunternehmers.

In solchen Fällen geht es um die **Rechtsfigur des sog. Erfüllungsgehilfen** (§ 278).

Beispiel:

Der mit der Kfz-Reparatur beauftragte Geselle ist unachtsam, infolge dessen kommt es zu einem Unfall.

Der Betreiber der Werkstatt haftet in einem solchen Fall.

Er wird so behandelt, als habe er selbst die Reparatur schuldhaft (fahrlässig) durchgeführt (§§ 278, 276 Abs. 2 BGB),

und schuldet daher Ersatz wegen vertraglicher Pflichtverletzung (gem. §§ 634 Nr. 4 1. Alt, 280 Abs. 1).

e) Vom Vertretungsrecht ist schließlich abzugrenzen die Rechtsfigur des **Verrichtungsgehilfen**, für den der Geschäftsherr gem. **§ 831 deliktsrechtlich** einzustehen hat.

Beispiel:

Im obigen Beispiel muss der Werkstattinhaber unter Umständen auch einem **Verkehrsteilnehmer** (= **Dritter**) Schadensersatz leisten, der infolge der fehlerhaften Reparatur in einen Unfall verwickelt wurde.

**Fragen/Aufgaben:**

1. Was bedeutet Rechtsfähigkeit?
2. Was verstehen Juristen unter Geschäftsfähigkeit? Bilden Sie ein Beispiel zur Deliktsfähigkeit.
3. Inwieweit zeigt die geschichtliche Erfahrung, dass die Ausgestaltung der Rechtsfähigkeit ein (unterschiedliches) Bild vom Menschen widerspiegelt?
4. Verdeutlichen Sie den Begriff der Rechtsfähigkeit an einem „problematischen“ Fall, der letztlich (nur) durch Wertungen des Grundgesetzes (verfassungskonform) zu „lösen“ ist.
5. Welchen juristischen „Status“ haben Tiere?
6. Benennen Sie einige juristische Personen des Privatrechts.
7. Welche juristischen Personen aus dem Bereich des öffentlichen Rechts sind Ihnen bekannt?
8. In welcher Weise erlangen juristische Personen des (privaten) Rechts Rechtsfähigkeit?
9. Verdeutlichen Sie die Rechtsfähigkeit einer Aktiengesellschaft (bzw. einer GmbH) an einem Kaufvertrag oder einem sonstigen Rechtsgeschäft.
10. In welchen Paragraphen umschreibt der Gesetzgeber den Begriff der Verbraucher?
11. Wer ist im zivilrechtlichen Sinne Verbraucher?
12. Was versteht man (zivilrechtlich) unter einem Unternehmer?
13. Bringen Sie einige Beispiele für das Vorliegen von Rechtsgeschäften.
14. Wo steht geschrieben, wann ein Mensch voll geschäftsfähig ist?
15. Welche Menschen sind geschäftsunfähig?
16. Wer nimmt die Interessen dieses Personenkreises wahr?
17. Wie ist es um die Geschäftsfähigkeit von Kindern/Jugendlichen im Alter von sieben bis achtzehn Jahren bestellt?
18. Wann ist die Willenserklärung eines Minderjährigen – ungeachtet der Einwilligung eines gesetzlichen Vertreters – voll wirksam?
19. Bringen Sie Beispiele für die (regelmäßige) schwebende Unwirksamkeit des Vertrages eines Minderjährigen.
20. Was versteht man unter dem Taschengeldparagraphen?
21. Was ist der allgemeine Sinngehalt der §§ 112, 113?
22. Was meint teilweiser Generalkonsens?
23. Welche Vorschriften des BGB beschäftigen sich mit der Stellvertretung?
24. Was ist unter Stellvertretung zu verstehen?
25. Bringen Sie einige Beispiele zur gesetzlichen Vertretung.
26. Wie handeln juristische Personen? Welche Organe haben Vertretungsmacht beim Verein, bei der GmbH und AG sowie bei der OHG und KG?
27. Wann spricht man von Vollmacht? Wie wird die Vollmacht erteilt?
28. Zwischen welchen (drei) Arten der Vollmacht kann unterschieden werden?
29. Welche besonderen Vollmachten kennt das Handelsrecht?
30. Das BGB regelt nur die (offene, unmittelbare) Stellvertretung. Von welcher Form der Vertretung ist sie daher zu unterscheiden?
31. Verdeutlichen Sie die mittelbare (verdeckte, indirekte) Stellvertretung durch ein Beispiel.
32. Was verstehen Juristen unter einem Treuhänder?

33. Wann spricht man von einem Abschlussvertreter?
34. Wodurch unterscheidet sich der Stellvertreter von der Rechtsfigur des Erfüllungsgehilfen?
35. Wann spricht man von einem Verrichtungsgehilfen?

## 2. Das Recht der Schuldverhältnisse

(1) Das Zweite Buch des BGB beschäftigt sich mit dem Recht der Schuldverhältnisse (§§ 241 – 853).

Auch dieser Begriff ist ein Grundbegriff, daher höchst abstrakt und für den Laien unverständlich.

Vereinfacht formuliert: Eine Person muss einer anderen etwas schulden.

In der Sprache des Gesetzes: „Kraft des Schuldverhältnisses ist der **Gläubiger berechtigt**, von dem **Schuldner** eine **Leistung zu fordern**.“ (§ 241 Abs. 1, S. 1)

(2) Schuldverhältnisse können auf zweifache Weise begründet werden:

- Zum einen durch einen **Vertrag**

So können beispielsweise zwei Personen einen Kaufvertrag abschließen, der den Verkäufer verpflichtet, eine Ware zu liefern und zu übereignen, während der Käufer den Kaufpreis schuldet (§ 433).

Durch einen Pachtvertrag wird der Verpächter verpflichtet, dem Pächter den Gebrauch des verpachteten Gegenstandes zu überlassen, während der Pächter die vereinbarte Pacht entrichten muss (§ 581).

Der Werkvertrag berechtigt den Unternehmer, die Vergütung zu verlangen, und der Besteller kann das Werk fordern (§ 631).

Und schließlich: Ein Reisender ist berechtigt, vom Veranstalter eine Gesamtheit von Reiseleistungen (die Reise) zu fordern, während der Veranstalter den Reisepreis verlangen kann (§ 651a Abs. 1).

- Zum anderen kann ein Schuldverhältnis **gesetzlich** begründet sein, eben deshalb, weil – unabhängig von einem Willen der Parteien – gesetzliche Vorschriften dies anordnen.

So begründen z.B. die deliktischen Vorschriften (der §§ 823 ff.) eine Vielzahl von gesetzlichen Schuldverhältnissen,

so u.a dann, wenn ein Fahrradfahrer einen Fußgänger verletzt oder (unrichtige) kreditschädigende Tatsachen über eine andere Person verbreitet werden.

(3) Auch im Rahmen des Schuldrechts finden wir die übliche **Systematik**:

- So enthalten die §§ 241 bis 432 **allgemeine** Regeln, so z.B. eine Antwort auf die Frage, welche Folgen eintreten, wenn der Schuldner nicht rechtzeitig zahlt (§§ 286 ff.).

- Es folgen (in den §§ 433 bis 853) **einzelne** (vertragliche und gesetzliche) Schuldverhältnisse, so etwa der Kauf, die Miete, der Werkvertrag und die unerlaubten Handlungen.

(4) Für das Schuldverhältnis ist – jedenfalls noch im Ausgangspunkt – bedeutsam, dass seine **Vorschriften** (weitgehend) **dispositiv** sind. Die **Parteien können** sich daher über die Normen hinwegsetzen und **etwas anderes vereinbaren**, wenn sie es für sinnvoll halten.

In dieser Eigenart des Schuldrechts kommt die Wertvorstellung zum Ausdruck, von der sich ein **klassisch-liberaler Gesetzgeber** leiten lässt: der **Selbstbestimmung** der Beteiligten.

Dem Prinzip der **Privatautonomie (Vertragsfreiheit)** gebührt der Vorrang. Es liegt bei den Parteien, wie sie ihre Austauschverhältnisse gestalten.

(5) Allein, das „moderne“ Schuldrecht ist vielfach durch das Anliegen charakterisiert, die **schwächere Vertragspartei zu schützen**.

Ein solcher Schutz fordert **zwingende** Vorschriften, **Mindestrechte** zugunsten der unterlegenen Partei:

- So sind z.B. in der Realität des Wirtschaftslebens **Allgemeine Geschäftsbedingungen** allgegenwärtig.

Solche Bedingungen werden **nicht ausgehandelt**, sondern von einer Partei – durchweg von einem Unternehmen – der anderen Partei **gestellt (diktiert) (§ 305 Abs. 1, S. 1)**.

Mithin besteht die Gefahr, dass nur eine Partei ihre Interessen durchsetzt, und zwar in Gestalt von vorformulierten **Klauseln**, die den Kunden handfest (unangemessen) benachteiligen.

Hier ist der Gesetzgeber bereits vor Jahren auf den Plan getreten und hat zugunsten der unterlegenen Partei eine Vielzahl von (**zwingenden**) **Klauselverboten** aufgestellt (**vgl. §§ 307 ff.**).

(6) Auch die Vorschriften zur **Wohnungsmiete** sind „sozialstaatlich“ fundiert, bezwecken **den Schutz der Mieter** und begrenzen (in Gestalt zwingender Vorschriften) die Rechtsmacht des Vermieters.

Durchweg gibt es Mindestgarantien für den Mieter, beispielhaft sei verwiesen auf die §§ 551, 553, 554, 556, 556 a, 557, 557a, 557b, 558, 558b, 559, 559a, 559b, 560.

Durchweg ist im letzten, jeweils abschließenden Absatz zu lesen:

Eine zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarung ist unwirksam.

(7) Die Vorschriften zum **Kaufvertrag** sind im Ausgangspunkt **dispositiv**:

So ist es an sich ohne weiteres möglich, dass der Verkäufer dem Käufer die Gewährleistungsansprüche wegen eines Produktmangels nimmt (§ 444).

Unzulässig ist ein Haftungsausschluss nur in extremen Situationen, nur dann, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie übernommen hat.

Für den Vertrag zwischen einem **Unternehmen** und einem **Verbraucher** gilt diese Dispositivität jedoch **nicht**; für solche **Verbrauchsgüterkaufverträge** gilt:

Von den allgemeinen §§ 433 bis 435, 437, 439 bis 443 sowie von den speziellen Vorschriften zum Verbrauchsgüterkauf darf **zum Nachteil des Verbrauchers nicht abgewichen** werden; ein Unternehmer kann sich auf entsprechende Vereinbarungen nicht berufen (**§ 475 Abs. 1**).

(8) Des weiteren enthält das BGB (seit der Modernisierung von 2002) besondere Schutzvorschriften bei bestimmten **Vertriebsformen** (vgl. **§§ 312 ff.**).

Auch von diesen Vorschriften darf – wie es abschließend heißt (vgl. § 312 f.) – nicht zum Nachteil des Verbrauchers (oder Kunden) abgewichen werden (§ 312 f.)

(9) Im Jahre **1979** wurde – in Umsetzung der EG-Richtlinie über Pauschalreisen 90/3147 – der Reisevertrag als besonderer Vertragstyp im BGB kodifiziert (**§§ 651 a bis I BGB**):

- Dem Reisenden werden zahlreiche Rechte eingeräumt, durch die seine Position während und nach der Reise gestärkt wird, z.B. gem. § 651 c: Abhilfe bei Mängeln während der Reise; § 651 d Abs. 1: Möglichkeit der Minderung, sofern die Reise mangelhaft ist, ferner § 651 e: Kündigung des Vertrages, falls der Mangel erheblich ist; § 651 f Abs. 1 Schadensersatz des Veranstalters, falls er den Reisemangel zu vertreten hat; 651 f. Abs. 2: ein „immaterielles“ Schmerzensgeld (wegen nutzlos aufgewendeter Urlaubszeit), falls die Reise vereitelt oder erheblich beeinträchtigt wurde.

**Auch von diesen Vorschriften kann grundsätzlich nicht zum Nachteil des Reisenden abgewichen werden (§ 651m, S. 1).**

### 3. Das Sachenrecht

(1) Das Sachenrecht (§§ 854 – 1296) beschäftigt sich mit dem Besitz von sowie den Rechten an Sachen. Dabei knüpft es an den im Allgemeinen Teil umschriebenen Begriff der **Sache** an:

Gemäß § 90 sind Sachen nur **körperliche Gegenstände**.

Was darunter zu verstehen ist, hat der Gesetzgeber nicht gesagt.

Nach allgemeiner Ansicht bedeutet Körperlichkeit eine räumliche Ausdehnung, eine Festigkeit ist nicht erforderlich. So sind denn auch Flüssigkeiten und Gase körperliche Sachen, soweit sie in Behältnissen eingeschlossen und damit beherrschbar sind.

**Keine** Sachen hingegen sind Elektrizität, Licht- und Schallwellen.

Umstritten ist, ob die **Computersoftware** Sacheigenschaft hat. Die Rechtsprechung behandelt zumindest die auf einem körperlichen Datenträger gespeicherte Software (Diskette, CD-ROM) wie eine bewegliche Sache.

Im Jahre 1990 wurde § 90 a in das BGB integriert; seither sind **Tiere** keine Sachen mehr, sie werden allerdings entsprechend den Vorschriften für Sachen behandelt (Satz 3).

(2) Unterschieden wird zwischen dem Besitz einer Sache und dem Recht an ihr:

Der **Besitzer** beherrscht eine Sache **tatsächlich (§ 854)**,

der **Eigentümer** hat hingegen die **umfassende rechtliche Herrschaftsgewalt (§ 903)**.

So ist z.B. der **Vermieter** vielfach Eigentümer des Mietobjekts, z.B. der Wohnung oder des Wagens,

der **Mieter** hingegen bloßer (unmittelbarer) Besitzer.

Besitzer ist auch der Dieb, der die Sache dem Eigentümer gestohlen hat.

**Nicht** hingegen sind Besitzer die **Mitarbeiter eines Unternehmens**. Sie üben die tatsächliche Gewalt für das Unternehmen aus; der Gesetzgeber spricht vom **Besitzdiener** und weist den Besitz ausschließlich dem Unternehmen zu (§ 855).

(3) Bei der **Übertragung des Eigentums** unterscheidet das Gesetz:

- zwischen **beweglichen Sachen**:

diese werden in der Weise übertragen, dass der Eigentümer und Erwerber sich über den Eigentumsübergang **einigen** und der Eigentümer dem Erwerber die Sache **übergibt (§ 929 S. 1)**.

- und der Übereignung von **Grundstücken**;

Auch hier ist eine Einigung notwendig; sie wird als **Auflassung** bezeichnet (§ 925); an die Stelle der Übergabe tritt die **Eintragung** der Eigentumsübertragung in das **Grundbuch (§ 873)**.

(4) Für das Verständnis der sachenrechtlichen Regelungen (in ihrem Zusammenspiel mit den schuldrechtlichen Bestimmungen) ist (nach deutschem Recht) von wesentlicher Bedeutung die **Unterscheidung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft (Trennungsprinzip)**.

Zudem ist zu beachten, dass beide Rechtsgeschäfte in ihrer Wirksamkeit voneinander **unabhängig** zu beurteilen sind (**Abstraktionsprinzip**).



Beispielhaft verdeutlicht:

- Wenn ein **Kaufvertrag** über ein Fahrzeug geschlossen wird, handelt es sich um ein Verpflichtungsgeschäft: der Verkäufer verpflichtet sich (verspricht), dem Käufer den Wagen zu übergeben und ihm das Eigentum zu verschaffen (**§ 433 Abs. 1 S. 1**).

Durch den Kaufvertrag **verändert sich die Eigentumssituation** daher **noch nicht**, der Verkäufer bleibt noch Eigentümer, der Käufer erwirbt den Wagen noch nicht.

Erst wenn die Pflichten **erfüllt** werden, der Wagen dem Käufer übergeben wird und beide Parteien darin eins sind, dass der Wagen dem Käufer gehört, kommt es zum Eigentumswechsel (= Verfügungsgeschäft) (**§ 929**).

- Die Unterscheidung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft hat noch eine weitere Folge:

Stellt sich heraus, dass der Kaufvertrag unwirksam ist, z.B. infolge Irrtumsanfechtung des Verkäufers, so macht diese Anfechtung **nur den Kaufvertrag unwirksam, nicht hingegen die Übereignung**; der Käufer bleibt (zunächst einmal) Eigentümer der Ware.

Freilich ist er bei einem solchen „grundlosen“ Rechtserwerb gehalten, das Eigentum auf den Veräußerer zurückzuübertragen, und zwar unter dem Gesichtspunkt der „ungerechtfertigten Bereicherung“ (§ 812).

(5) Eine besondere Bedeutung haben die **beschränkten dinglichen Rechte**, und zwar vor allem als **Kreditsicherheiten**.

Insofern sind zu nennen

- **Pfandrechte** an beweglichen Sachen, sei es dass sie vereinbart wurden (§ 1204), sei es dass sie gesetzlich begründet sind, so z.B. das Vermieterpfandrecht (nach § 562).

- Außerdem hat sich in der Praxis die **Sicherungsübereignung** etabliert:

Ein rechtsgeschäftliches Pfandrecht ist nur möglich, wenn die Sache dem Pfandgläubiger **übergeben** wird (§ 1205). Der Schuldner muss also die Sache hergeben, der Pfandgläubiger den unmittelbaren Besitz an der Sache erlangen (§ 854).

Dieses sog. **Traditionsprinzip** ist unpraktisch, weil zur Sicherung zumeist nur Sachen in Betracht kommen, auf die der Schuldner angewiesen ist (Betriebsmittel oder Waren).

So hat die Sicherungsübereignung das Pfandrecht verdrängt; hier bleibt das Sicherungsgut im unmittelbaren Besitz des Schuldners (Sicherungsgebers), der weiterhin mit ihm „arbeiten“ kann.

- Ein weiteres Sicherungsmittel für Lieferanten, insbesondere für den Handel ist der **Eigentumsvorbehalt**, bei dem sich der Verkäufer das Eigentum an der Ware bis zur vollständigen Bezahlung vorbehält (**§ 449**).
- Bei unbeweglichen Sachen (**Grundstücken**) gibt es die **Grundpfandrechte** (Hypothek, Grund- und Rentenschuld), die durch Einigung und Eintragung in das Grundbuch bestellt werden (**§ 873**).
- Auch **Forderungen** können verpfändet werden (vgl. §§ 1273, 1274). Eine solche Verpfändung hat jedoch das „Handicap“, dass sie dem Schuldner angezeigt werden muss (§ 1280). Dadurch wird das Sicherungsgeschäft bekannt, und zwar in kreditschädigender Weise. Daher hat sich „in der Realität des Wirtschaftslebens“ die **Sicherungsabtretung** durchgesetzt; diese ermöglicht eine formlose Übertragung einer Forderung, ohne dass dies angezeigt werden muss (§ 398).

### Fragen/Aufgaben

#### - **Recht der Schuldverhältnisse:**

1. Womit beschäftigt sich das Zweite Buch des BGB?
2. Was bedeutet Schuldverhältnis?
3. Auf welche (beiden) Gründe kann ein Schuldverhältnis zurückgeführt werden?
4. Bringen Sie einige Beispiele für ein vertraglich begründetes Schuldverhältnis.
5. Benennen Sie einige Vorschriften, die ein gesetzliches Schuldverhältnis begründen.
6. Inwieweit finden wir auch im Rahmen des Schuldrechts die übliche BGB-Systematik?
7. Was versteht man unter dispositiven Vorschriften?
8. Auf welches liberale Grundprinzip sind solche Vorschriften letztlich zurückzuführen?
9. Was versteht man unter zwingenden Vorschriften?
10. Welchen allgemeinen Zweck verfolgt der Gesetzgeber mit ihnen?
11. Was haben Allgemeine Geschäftsbedingungen mit struktureller (allgemeiner) Unterlegenheit einer Partei zu tun?
12. Welche Vorschriften finden wir (nunmehr) im BGB?
13. Woran erkennt man, dass es bei der Wohnungsmiete dem Gesetzgeber darum geht, den Mieter zu schützen?
14. Wie ist es um die „Freiheit“ des Verkäufers beim Kaufvertrag bestellt?
15. Kann ein Unternehmer, der mit einem Verbraucher einen Kaufvertrag abschließt, von den gesetzlichen Vorschriften abweichen?
16. Bei welchen weiteren Vertragstypen finden wir ebenfalls (zwingende) Schutzvorschriften?

#### - **Sachenrecht**

17. Womit beschäftigt sich – allgemein gesprochen – das Sachenrecht?
18. Was ist unter einem Besitzer einer Sache zu verstehen? Bringen Sie einige Beispiele für das Vorliegen des unmittelbaren Besitzes.
19. Was verstehen Juristen unter Eigentum?
20. Wie wird das Eigentum an beweglichen Sachen übertragen?
21. Welche beiden Rechtsakte müssen vorliegen, um Eigentümer eines Grundstücks zu werden?
22. Was versteht man unter einem Verpflichtungsgeschäft? Benennen Sie einige Vertragstypen, die zu dieser Kategorie gehören.
23. Was versteht man unter einem Verfügungsgeschäft? Illustrieren Sie diese Kategorie (ebenfalls) an Beispielen.
24. Skizzieren Sie einige Kreditsicherheiten (= beschränkte, dingliche Rechte), die an beweglichen Sachen begründet werden können.
25. In welchen Formen können Grundstücke als Sicherheiten „hingegen“ werden?
26. In welchen (beiden) Formen können Forderungen, z.B. Kaufpreisforderungen gegen die Kunden, als Sicherheit gegeben werden?