

## Sachverhalt

### **Adel verpflichtet**

Herr Maus ist seit 35 Jahren Angestellter in der Buchhaltung des renommierten Antiquitätenhändlers Freiherr von Öxle.

Auf der Weihnachtsfeier des Betriebes fragte ihn sein Chef, ob er nicht für 20.000 DM ein Schrebergartengrundstück kaufen wolle, das er kürzlich geerbt hatte. Maus bejahte. Man ging kurz in das Büro des Chefs und fixierte den Vertrag schriftlich. Maus wies seinen Chef darauf hin, dass Grundstückskaufverträge notariell beurkundet werden müssen. Diese Bemerkung hielten sowohl Freiherr von Öxle als auch der anwesend Prokurist Dr. Bock und seine Sekretärin für reichlich despektierlich. Freiherr von Öxle antwortete daher barsch, er kenne die Formvorschriften ebenfalls, aber er sei von Adel und deshalb gelte sein Wort auch ohne jene notarielle Form, die „das Gesetzbuch, das bürgerliche“ vorsehe.

Maus wagte nicht zu widersprechen.

Wieder zurückgekehrt zur Weihnachtsfeier setzte er sich an seinen Platz und unterschrieb, noch etwas aufgeregt über das Gespräch, eine nicht näher gekennzeichnete Liste, in die sich eintragen sollte, wer an der bevorstehenden betrieblichen Geburtstagsfeier für den Chef teilnehmen wolle. Tatsächlich war es eine Liste des Verlages „Noblesse oblige“, in die sich eintragen konnte, wer für 50 DM den Bildband „100 Jahre Antiquitäten aus dem Hause Freiherr von Öxle“ kaufen wolle. Das war kurz zuvor auch ausdrücklich vom Betriebsratsvorsitzenden über das Saalmikrophon mitgeteilt worden. Leider war Maus zu diesem Zeitpunkt im Büro des Freiherrn gewesen.

### **Frage 1:**

Freiherr von Öxle hat bald nach diesen Vorgängen einen Käufer für sein Schrebergartengrundstück gefunden, der 30.000 DM zu zahlen bereit ist. Er fragt nun, ob er das Grundstück an Maus übereignen muss, da Maus hierauf besteht.

### **Frage 2:**

Als Maus den Bildband mit einer Rechnung über 50 DM zugeschickt bekommt, erkennt er sein Versehen. Er ruft sofort beim Verlag „Noblesse oblige“ an und berichtet, wie es zu seiner Unterschrift kam. Dort besteht man jedoch auf der Bezahlung der Rechnung.

Hilfswise fragt der Verlag an, ob er von Maus die Bezahlung von 28,80 DM verlangen kann, und zwar 20 DM als entgangener Gewinn und 8,80 DM als Ersatz für die Portokosten.

## Gliederung

Sachverhalt	I
Gliederung	II
Literaturverzeichnis	IV

## Gutachten

### Frage 1: Ansprüche des Maus

<b>Anspruch auf Übereignung gemäß § 433 I</b>	1
<i>a) Angebot und Annahme</i>	1
<i>b) Formmangel</i>	1
<i>c) Heilung</i>	1
<i>aa) Strenge Theorie</i>	1
<i>bb) Erfüllungstheorie</i>	3
<i>cc) Beschränkende Theorie</i>	4
<i>dd) Enumerative Theorie</i>	4
<i>ee) Stellungnahme</i>	6
<i>d) Ergebnis</i>	7

### Frage 2: Ansprüche des Verlages gegen Maus

<b>A) Anspruch auf Bezahlung des Kaufpreises gemäß § 433 II</b>	7
<i>a) Angebot und Annahme</i>	8
<i>aa) Bewusstseinstheorie</i>	8
<i>bb) Vertrauensstheorie</i>	9
<i>cc) Zurechenbarkeitstheorie</i>	10

<i>dd) Stellungnahme</i>	12
<i>b) Zwischenergebnis</i>	13
<i>c) Anfechtung</i>	13
<i>d) Zwischenergebnis</i>	14
<b>B) Anspruch des Verlags auf Schadenersatz gemäß § 122 I</b>	14
<b>C) Anspruch auf Schadenersatz aus culpa in contrahendo</b>	15
<b>D) Ergebnis</b>	15

## **Literaturverzeichnis**

**Battes, Robert**

**Erfüllungsansprüche trotz beiderseits bewussten Formmangels?**

JZ 1969, S. 683 – 691  
(zitiert als: Battes, JZ 1969)

**Brehmer, Nikolaus**

**Willenserklärung und Erklärungsbewußtsein – BGHZ 91, 324**

JuS 1986, S. 440 – 445  
(zitiert als: Brehmer, JuS 1986)

**Brox, Hans**

**Allgemeiner Teil des BGB**

23. Auflage, Köln 1999  
(zitiert als: Brox, AT)

**Brox, Hans**

**Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung**

Karlsruhe 1960  
(zitiert als: Brox, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung)

**Bydlinsky, Franz**

**Erklärungsbewußtsein und Rechtsgeschäft**

JZ 1975, S. 1 – 6  
(zitiert als: Bydlinsky, JZ 1975)

**Canaris, Claus-Wilhelm**

**Die Vertauenshaftung im deutschen Privatrecht**

München 1971  
(zitiert als: Canaris)

**Diederichsen, Uwe**

**Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches**

5. Auflage, Heidelberg 1984  
(zitiert als: Diederichsen, AT)

**Erman, Walter/Westermann, Harm Peter**

**Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**

9. Auflage, Münster 1993  
(zitiert als: Erman/Bearbeiter)

**Flume, Werner**

**Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts**

Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft  
3. Auflage, Berlin 1979  
(zitiert als: Flume, AT)

**Gernhuber, Joachim**

**Festschrift zum 70. Geburtstag von Walter Schmidt-Rimpler**

Bonn 1957

(zitiert als: Gernhuber, Festschrift Schmidt-Rimpler)

**Häsemeyer, Ludwig**

**Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte**

Göttingen 1971

(zitiert als: Häsemeyer)

**Jauring, Othmar**

**Bürgerliches Gesetzbuch**

9. Auflage, München 1999

(zitiert als: Jauring, BGB)

**Larenz, Karl/Wolf, Manfred**

**Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts**

8. Auflage, München 1997

(zitiert als: Larenz, AT)

**Larenz, Karl**

Lehrbuch des Schuldrechts  
14. Auflage, München 1987

(zitiert als: Larenz, SAT)

**Lorenz, Werner**

**Das Problem der Aufrechterhaltung formnichtiger Schuldverträge**

AcP 156, 1957, S. 381 – 413

(zitiert als: Lorenz, AcP)

**Lorenz, Werner**

**Rechtsfolgen formnichtiger Schuldverträge**

JuS 1966, S. 429 – 436

(zitiert als: Lorenz, JuS 1966)

**Matthießen**

**Juristische Wochenschrift 1938**

Anmerkung, S. 2426 – 2427

(zitiert als: Matthießen, JW 1938)

**Medicus, Dieter**

**Allgemeiner Teil des BGB**

7. Auflage, Heidelberg 1997

(zitiert als: Medicus, AT)

**Medicus, Dieter**

**Bürgerliches Recht**

18. Auflage, Köln 1999

**Palant, Otto**

**Bürgerliches Gesetzbuch**

59. Auflage, München 2000  
(zitiert als: Palant-Bearbeiter)

**Rebmann, Kurt/Säcker, Franz Jürgen**

**Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**

Band 1. Allgemeiner Teil  
3. Auflage, München 1993  
(zitiert als: Bearbeiter, Münchener Kommentar)

**Schwab, Dieter**

**Einführung in das Zivilrecht**

13. Auflage, Heidelberg 1997  
(zitiert als: Schwab, AT)

**Singer, Reinhard**

**Geltungsgrund und Rechtsfolgen der fehlerhaften Willenserklärung**

JZ 1989, S. 1030 – 1035  
(zitiert als: Singer, JZ 1989)

**Soergel, Hans Theodor**

**Bürgerliches Gesetzbuch**

12. Auflage, Stuttgart 1987  
(zitiert als: Soergel-Bearbeiter)

**Staudinger, Julius von**

Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch  
13. Bearbeitung, Berlin 1995  
(zitiert als: Staudinger-Bearbeiter)

**Thiele, Wolfgang**

**Zu einem Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Rechts**

JZ 1969, S. 405 – 407  
(zitiert als: Thiele, JZ 1969)

**Westermann, Harm Peter**

**Grundbegriffe des BGB**

14. Auflage, Stuttgart 1994  
(zitiert als: Westermann)

**Wieacker, Franz**

**Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts**

JZ 1967, S. 385 – 391

(zitiert als: Wieacker, JZ 1967)

**Wolf, Ernst**

**Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts**

3. Auflage, Köln 1982  
(zitiert als: Wolf, AT)

**Gutachten**

**Fragen 1: Ansprüche des Maus**

**Anspruch auf Übereignung gemäß § 433 I**

Maus könnte gemäß § 433 I einen Anspruch gegen Öxle auf Auflassung des Grundstückes haben.

*a) Angebot und Annahme*

Fraglich ist, ob zwischen Maus und Öxle ein Vertrag zustande gekommen ist. Ein Vertrag setzt zwei übereinstimmende Willenserklärungen voraus. Öxle hat Maus das Grundstück zum Kauf angeboten. Maus hat dieses Angebot auch angenommen. Somit liegen hier zwei übereinstimmende Willenserklärungen vor.

*b) Formmangel*

Fraglich ist, ob der Vertrag die gesetzlich vorgeschriebenen Formerfordernisse erfüllt. Nach § 313 bedarf ein Vertrag der zum Erwerb oder zur Veräußerung eines Grundstückes dient, der notariellen Beurkundung. Maus und Öxle haben ihren Vertrag nicht notariell beurkunden lassen. Somit ist der Vertrag gemäß § 125 S. 1 nichtig.

*c) Heilung*

Ein formnichtiger Vertrag über eine Grundstücksveräußerung wird, gemäß § 313 S. 2, mit Auflassung und Eintragung in das Grundbuch wirksam. Das Grundstück wurde jedoch weder

aufgelassen, noch ins Grundbuch eingetragen. Somit ist keine Heilung eingetreten. Streitig ist jedoch ob die Formnichtigkeit durch Treu und Glauben eingeschränkt werden kann.

*aa) Strenge Theorie*

Ein Formmangel führt immer gemäß § 125 S. 1 zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes. Insbesondere soll dies der Fall sein, wenn beide Seiten Kenntnis der Formbedürftigkeit hatten. Denn wenn jemand um das Fehlen einer rechtlichen Bindung weiß, und lediglich auf die Bereitschaft des anderen, freiwillig zu erfüllen, vertraut, kann er sich nicht beklagen, wenn die Rechtsordnung, deren Schutz er erst verschmäht hat, ihm nunmehr ihre Unterstützung versagt. Hierfür wird angeführt, dass ein rechtliches Verhältnis nur dann entsteht, wenn sein Entstehungstatbestand vollständig vorliegt. Anderenfalls entsteht es nicht. Ein Gericht kann deshalb nur urteilen, ob eine Rechtswirkung eingetreten ist, oder nicht. Es kann nicht durch seinen Spruch ein, wegen Unvollständigkeit des Tatbestandes nicht entstandenes Rechtsverhältnis, durch Urteil nachträglich herstellen. Deshalb scheitern durch § 125 S. 1 auch keine vertraglichen Ansprüche, da nie welche entstanden sind. Lässt man durch bloße Berufung auf Treu und Glauben einen Anspruch entstehen, legt man dem § 242 eine Bedeutung bei, die seine Kräfte übersteigt. Er ist sicherlich nicht dazu geschaffen, formnichtige Verträge zur rechtlichen Wirksamkeit zu verhelfen. Ansonsten hätte der Gesetzgeber zu § 125 S. 1 hinzugefügt, „sofern nicht im Einzelfall Treu und Glauben etwas anderes gebieten“. Wer nämlich die Formvorschriften zugunsten von Treu und Glauben aufweicht, vergisst, dass sich der Gesetzgeber im Konflikt zwischen „ius strictum“ und der Billigkeit sich für ersteres entschieden hat. Es ist ein Irrtum anzunehmen, dass das Gesetz in jedem Einzelfall eine billige Entscheidung ermöglichen müsse, sondern das Gegenteil ist der Fall. Keine Rechtsordnung ist in der Lage, immer für billige Entscheidungen zu sorgen, wenn ihr das Moment der Rechtssicherheit etwas bedeutet. Deshalb muss die Berufung auf Treu und Glauben gegenüber der Formvorschriften versagt werden, denn sonst werden diese bald ausgehöhlt und bedeutungslos. Außerdem sei es rechtmäßig nicht möglich den § 125 durch den § 242 einzuschränken oder zu korrigieren, da Gerichte und Rechtslehre an Gesetz und Recht gebunden sind, und weil der vermeidlich das ganze Recht beherrschende Grundsatz von Treu und Glauben nicht existiert. Als weitere Einschränkung des § 125 wird oft das Handeln gegen eigenes Verhalten (*venire contra factum proprium*) angeführt. Doch muss bezweifelt werden, ob das Verdikt widersprüchlichen Verhaltens die Schwelle zwischen rechts-geschäftlicher Vertrauenshaftung und rechtsgeschäftlicher Erfüllungs-haftung überwinden kann. Geht man davon aus, dass dem formnichtigen Geschäft jede

rechtsgeschäftliche Verbindlichkeit fehlt, und damit auch keine rechtsgeschäftsähnlichen Folgen begründet, so kann auch nicht eine Zurechnung des Vorverhaltens zu einer quasirechtsgeschäftlichen Haftung führen. Auch die von der Rechtsprechung entwickelte Annahme, das es in bestimmten Fällen arglistig sei, und deshalb unzulässig, sich auf § 125 S.1 zu berufen, geht fehl. Denn die Formnichtigkeit muss von Amtswegen beachtet werden, gleichgültig ob sich eine Partei darauf beruft oder nicht. Desweiteren unterscheidet die Rechtsprechung zwischen einem „nur harten“ und einem „schlechthin untragbaren“ Ergebnis. Dies ist aber objektiv nicht möglich und führt zwangsläufig zur Rechtsunsicherheit.

#### *bb) Erfüllungstheorie*

Nach dieser Theorie führt ein Verstoß gegen § 125 auch immer zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes. Jedoch können unter Umständen aus dem Verhalten das die Parteien anlässlich der Verhandlungen zeigen, Ansprüche entstehen. Diese stehen als rechtlich relevant neben dem Vertragsschluss. Somit entsteht ein einseitiger Anspruch für denjenigen, der auf die Rechtsgültigkeit des Vertrages vertraut hat, denn die treuwidrige Ausnutzung der Formnichtigkeit bei Vornahme eines formbedürftigen Rechtsgeschäftes darf nicht zugelassen werden. Die beiderseitige Kenntnis der Formnichtigkeit schließt eine rechtliche Bindung nicht automatisch aus, da sich der Wille der Parteien auf Begründung eines Rechtsverhältnisses beschränkt haben kann. Es müssen jedoch besondere Umstände vorliegen, die es rechtfertigen das Vertrauen einer Partei auf die Erfüllungsbereitschaft der anderen zu schützen. Dies ist der Fall, wenn eine Partei aufgrund ihrer Autorität, ihres wirtschaftlichen und persönlichen Ansehens, Druck auf die andere Partei ausgeübt hat, um einen formlosen Vertragsschluss zu erreichen. Zur Begründung wird angeführt, dass Vertrauen ein Komplementärwert der Treue ist. Jedoch ist hier ein besonders hoher Grad an Vertrauen zu fordern, und es muss weiterhin ein begründeter Anlass für das Vertrauen bestehen, dann, und auch nur dann, ist die andere Partei schutzwürdig. In diesem Falle stellt das Vertrauen auf die tatsächliche Erfüllungsbereitschaft nicht einen zustandekommenden Vertrag dar, wohl aber eine eigene Erfüllungsgrundlage.

#### *cc) Beschränkende Theorie*

Diese Theorie hält zwar grundsätzlich an der Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes bei Formmangel fest, lässt jedoch in Einzelfällen eine Beschränkung des § 125 S. 1 durch Treu und Glauben zu. Diese Einschränkungen müssen jedoch auf extrem gelagerte Fälle beschränkt bleiben, namentlich wenn es den gesamten Umständen nach dem Grundsatz von Treu und Glauben widersprechen würde, die Vertragsansprüche am Formmangel scheitern zu lassen.

Dies ist jedoch nicht schon dann gegeben, wenn der Formmangel auf das Verhalten einer Partei zurückzuführen ist. Zwingend ist, dass die Folgen nicht nur hart, sondern schlechthin untragbar sind. Bringt eine Partei die andere dazu, unter Einbringung ihres Gewichtes und Ansehens und mit der Behauptung, sie sehe einen privatwirtschaftlichen Vertrag einem Notariellen als gleichgestellt an, so stellt die spätere Berufung auf diesen Formmangel eine unzulässige Rechtsausübung dar. Weiterhin soll § 125 eingeschränkt werden, wenn sich die Partei, die sich auf den Form-verstoß beruft, eine Haltung eingenommen hat, die mit einem früher von ihr bestätigten Verhalten unvereinbar ist (*venire contra factum proprium*). Denn in diesem Falle ist eine Berufung auf den Formmangel mit dem Grundsatz von Treu und Glauben unvereinbar.

*dd) Enumerative Theorie*

Die Enumerative Theorie stimmt mit der Beschränkenden Theorie insoweit überein, dass sie eine Einschränkung des § 125 durch § 242 zulässt. Diese Einschränkung darf aber nur in Ausnahmefällen gelten. Weiterhin reicht es nicht aus, dass ein schlechthin untragbares Ergebnis entstehen würde, sondern die Voraussetzungen des § 242 müssen tatbestandlich präzisiert sein, denn die Formel von einem schlechthin untragbaren Ergebnis hat keinen Begründungswert. Weicht man der Fallanalyse aus und flüchtet sich nur in Billigkeitsformeln, wonach ein nur hartes Ergebnis nicht genügt, sondern erst ein schlechthin untragbares Ergebnis derjenige Punkt ist, an welchem die völlige Durchführung einer vertraglichen Vereinbarung nicht mehr am Formmangel scheitern darf, so gibt es keine Rechtssicherheit mehr. Denn die Ansichten, was nur hart und was schlechthin untragbar ist, würden auseinandergehen. Deshalb versucht die Enumerative Theorie in Fallgruppen zu untergliedern. Einigkeit herrscht über die erste Fallgruppe. Ein Partner hat bei Vertragsschluss den anderen bewusst und arglistig von der Wahrung der Form abgehalten, um sich später auf die Formnichtigkeit berufen zu können (*dolus praeteritus*). Ein solches Rechtsgeschäft ist als gültig anzusehen. Streitig ist jedoch wie das Rechtsgeschäft zu behandeln ist, wenn beide Parteien die Formvorschriften kannten. Ein Teil der Literatur vertritt den Standpunkt, dass niemand aus seinem eigenen Fehlverhalten, einen rechtlichen Vorteil ziehen darf. Dieser Grundsatz hat Vorrang vor der Form. Denn die gesetzliche Form ist lediglich eine Wirksamkeitsbedingung. Somit kann die Rechtsordnung in bestimmten Fällen zugunsten einer Partei auf dieses Wirksamkeitserfordernis verzichten, wenn anderenfalls das Ergebnis Treu und Glauben widerspricht. Die Lösung des Problems der Aufrechterhaltung formnichtiger Schuldverträge sollte auch nicht außerhalb des Vertragsrechts, d.h. in einem

„überbordwerfen“ des Vertragsbegriffs’ gesucht werden. Dies bedroht sonst die soziale Ordnungsfunktion der Formvorschriften. Es sollte vielmehr danach gefragt werden, ob mit der Beachtung der Formnichtigkeit dem verfolgten Zweck des Gesetzgebers noch gedient ist. Denn der Normzweck macht zwar die Form noch nicht zu einem konstitutiven Element des Rechtsgeschäfts, jedoch erfordert er eine Einschränkung auf deutlich begrenzbare Fallgruppen. Hat nun die eine Partei unter Ausnutzung ihrer wirtschaftlichen Überlegenheit, oder auch durch die Ausnutzung eines Abhängigkeitsverhältnisses, die andere davon abgehalten auf die Einhaltung der Form zu bestehen, so spielt es keine Rolle, ob sich diese Partei von vorneherein eine „Hintertür“ offen halten wollte, oder anfangs Erfüllungsbereit war. Das Rechtsgeschäft ist in solchen Fällen als gültig zu behandeln. Denn wenn sich eine Partei gegenüber der anderen, zu ihrem früheren Verhalten in Widerspruch setzen würde, stellt dies einen Verstoß gegen § 242 dar. Hinzuweisen ist weiterhin auf § 162, denn wer wider Treu und Glauben verhindert, dass die Rechtsbedingung, von der die Gültigkeit des Vertrages abhängt, erfüllt wird, muss sich so behandeln lassen, als sei sie erfüllt. Ein anderer Teil der Literatur vertritt die Auffassung, dass eine beiderseitige Kenntnis des Formverstoßes keinen Raum für die Anwendung des § 242 lässt. Dies soll auch dann gelten, wenn ein Beteiligter den formgerechten Abschluss im Hinblick auf sein Ansehen, seine Rechtschaffenheit oder seine Bedeutung im Wirtschaftsleben ausdrücklich für überflüssig hält und die Erfüllung des formnichtigen Vertrages nachdrücklich in Aussicht stellt. Dies muss so hingenommen werden, da kein Kontrahierungszwang besteht.

#### *ee) Stellungnahme*

Gegen die Strenge Theorie spricht, dass sie in Einzelfällen in der Tat zu schlechthin untragbaren Ergebnissen führen kann, namentlich wenn die Existenz der Betroffenen vernichtet würde, obwohl sie unverschuldet die Form des Rechtsgeschäftes nicht eingehalten haben. Desweiteren sollte es vermieden werden außergesetzliche Ansprüche zu konstruieren, wie die Erfüllungstheorie. Denn der Gesetzgeber hat ausreichend andere Möglichkeiten zur Verfügung gestellt. Auch lässt sich kein Argument finden, warum zugunsten der Einzelfallgerechtigkeit nicht ausnahmsweise ein Vertrag als gültig behandelt werden kann, statt durch eine künstliche Konstruktion außervertraglicher Haftung nur seine Rechtsfolgen eintreten zu lassen. Deshalb ist die Erfüllungstheorie abzulehnen. Vorzugswürdig ist die Enumerative Theorie. Zwar kann auch durch die Beschränkende Theorie dem Einzelfall Rechnung getragen werden, wenn das Ergebnis schlechthin untragbar ist. Dies ist jedoch nur eine sehr verschwommene Formel, unter die nicht subsumiert werden kann, da es wohl verschiedene Ansichten geben dürfte, was nur hart und was bereits untragbar ist. Die gesamte Rechtsordnung steht unter dem Grundsatz von Treu und Glauben. Jedoch bedarf es immer einer genauen Abwägung, nach Sinn und Zweck der Formvorschriften, um zu entscheiden ob diese im jeweiligen Falle für oder gegen die Aufrechterhaltung des Rechts-geschäftes sprechen.

Für Maus muss dies notwendigerweise heißen, dass er keinen Anspruch auf Auflassung hat. Zwar hat Öxle, unter Ausnutzung seiner Machtposition und seines Ansehens, Maus dazu gebracht auf die Form zu verzichten, jedoch kannten beide die Formvorschriften sehr genau. Maus ist nicht schutzwürdig, da er auf die Einhaltung der Form hätte bestehen, oder vom Vertrag Abstand nehmen, müssen. Die Nichtigkeit des Vertrages bringt Maus auch nicht in eine wirtschaftliche Notlage, so dass ihm ein Anspruch auf Erfüllung verweigert werden muss. Der Fall von Maus liegt auch nicht mehr innerhalb der eng begrenzten Einschränkungen des Grundsatzes von Treu und Glauben. Dies muss im Interesse der gesetzlichen Formvorschriften so gehandhabt werden, da diese sonst bald nutzlos und überflüssig wären.

*d) Ergebnis*

Öxle muss Maus das Grundstück nicht übereignen.

## **Frage 2: Ansprüche des Verlages gegen Maus**

### **A) Anspruch auf Bezahlung des Kaufpreises gemäß § 433 II**

Der Verlag könnte gegen Maus einen Anspruch auf Abnahme der Ware und Zahlung des Kaufpreises gemäß § 433 II haben.

*a) Angebot und Annahme*

Fraglich ist, ob zwischen Maus und dem Verlag ein Vertrag zustande gekommen ist. Ein Vertrag kommt durch sich inhaltlich entsprechende, im Bezug aufeinander abgegebene Willenserklärungen, von mindestens zwei Personen, durch Antrag und Annahme zustande. Der Mitteilung des Betriebsratsvorsitzenden fehlt es als bloßer Verlautbarung an die Anwesenden Mitarbeiter erkennbar der Geschäftswille, zumal der Betriebsratsvorsitzende nicht als Stellvertreter des Verlages handelte. Es liegt damit keine Willenserklärung, sondern lediglich eine Aufforderung zur Offerte (*invitatio ad offerendum*) vor. Fraglich ist jedoch, ob in der Eintragung des Maus in die Liste ein Antrag zum Abschluss eines Kaufvertrages zu sehen ist. Als die Liste dem Verlag zugehen musste sie als wirksame Offerte aufgefasst werden, da aus ihr das Verlangen, den Bildband zu erwerben, hervorging. Der Verlag durfte davon ausgehen, dass Maus einen solchen Bildband erwerben wollte. Es ist jedoch fraglich, ob ein wirksamer Antrag des Maus vorliegt, da dieser beim Ausfüllen der Liste nicht den Willen hatte, ein bindendes Vertragsangebot abzugeben. Er wollte sich vielmehr für die betriebliche Geburtstagsfeier anmelden. Fraglich ist nun, ob Maus eine Willenserklärung abgegeben hat, da er sich nicht rechtlich binden wollte, wohl aber den Schein einer Willenserklärung gesetzt hat. Dies ist wie eine Willenserklärung ohne Erklärungsbewusstsein zu behandeln. Maus war sich über die Bedeutung seiner Erklärung nicht im klaren, eine konstitutive rechtsgeschäftliche Äußerung war nicht gewollt. Dennoch wurde beim Verlag der falsche Eindruck einer Willenserklärung hervorgerufen. Streitig ist jedoch, wie der Fall des fehlenden Erklärungsbewusstseins zu behandeln ist.

*aa) Bewusstseinstheorie*

Die Bewusstseinstheorie nimmt eine wirksame Willenserklärung nur dann an, wenn der Erklärende auch Erklärungsbewusstsein hat, sprich wenn er durch seine Handlung eine rechtsgeschäftliche Erklärung, wenigstens irgendeines Inhalts, abgeben wollte. Zur Begründung wird angeführt, dass auch wenn dem Handelnden die objektive Bedeutung seines Verhaltens zurechenbar, und er dafür Verantwortlich ist, es damit noch nicht getan sein kann. Denn diese Momente mögen eine Schadenersatzpflicht begründen, die Geltung des Erklärten lässt sich aus ihnen aber nicht folgern, ohne das Prinzip der Privatautonomie preiszugeben,

denn bei aller Verantwortung für das eigene Tun, muss doch ein Mindestmaß an Selbstbestimmung vorhanden sein, um rechts-geschäftliche Bindungen legitimieren zu können. Denn das Erklärungs-bewusstsein ist essentialer Bestandteil einer Willenserklärung. Ist sich jemand nicht bewusst eine rechtsgeschäftliche Erklärung abgegeben zu haben, so hat er auch nicht in Selbstbestimmung ein Rechtsverhältnis gestaltet. Auch die Vertrauenshaftung darf grundsätzlich nicht dazu führen, dass der gutgläubige Geschäftspartner aus einem Missgeschick oder durch Zufall Profit schlägt, den er ohne das Missgeschick niemals realisiert hätte. Desweiteren wird angeführt, dass der § 118, bei dem der Erklärende auch keine rechtsgeschäftliche Erklärung abgeben will, als gesetzlicher Regelungsplan klar stellt, dass äußere Erklärungen, bei denen es am Erklärungsbewusstsein mangelt, überhaupt nicht als Gestaltungsakte zugerechnet werden. Es wird also eine Analogie zu § 118 gezogen, mit der Begründung, dass wenn eine nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung nichtig ist, dann doch erst recht eine bei der das Erklärungsbewusstsein fehlt.

#### *bb) Vertrauenstheorie*

Diese Theorie verzichtet auf das Erklärungsbewusstsein als zwingender Bestandteil einer Willenserklärung, und stellt gänzlich auf das Vertrauen ab, das beim Erklärungsempfänger entstanden ist. Denn wer im rechtsgeschäftlichen Verkehr gegenüber einem anderen willentlich ein äußeres Verhalten zeigt, das in dem Geschäftspartner die gerechtfertigte Zuversicht erweckt, ihm gegenüber sei eine bestimmte Willenserklärung abgegeben worden, kann sich nicht dadurch aus seiner Verantwortung befreien, dass er sich auf das Fehlen seines Erklärungsbewusstseins beruft. Er muss sich sein Verhalten als Willenserklärung zurechnen lassen. Begründet wird dies damit, dass für den Erklärungsgegner die Willenserklärung in diesen Fällen den Anschein eines vollgültigen Erklärungsakts hat. Deshalb ist für ihn die Interessenlage die gleiche, wie allgemein in den Fällen des Erklärungsirrtums. Aber auch für die Haftung des Erklärenden ist die Lage derjenigen Fälle des Erklärungsirrtums gleich. Die Vertrauenstheorie lehnt vor allem die Analogie zu § 118 ab. Denn bei der nicht ernstlich gemeinten Willens-erklärung hat der Erklärende die Nichtgeltung gewollt, und soll daher auch nicht die Möglichkeit haben, das Geschäft, durch Unterlassen der Anfechtung, gelten zu lassen. Dagegen hat sich der Erklärende ohne Erklärungsbewusstsein über das Geschäft zunächst keine Meinung gebildet. Er soll deshalb, wie der Irrende, noch nachträglich über die Geltung entscheiden dürfen. Denn im Falle des § 118 besteht keine Veranlassung dem Erklärenden das Wahlrecht zu lassen, ob er, je nachdem wie vorteilhaft diese für ihn ist, die Erklärung gelten lässt, oder sie durch Anfechtung vernichtet. Da er die Nichtigkeit wollte, soll er das Geschäft nicht für sich in Anspruch nehmen können. Hingegen soll im Falle des fehlenden Erklärungsbewusstseins der Erklärende die Möglichkeit haben, das Geschäft aufrecht zu erhalten, wenn es ihm vorteilhaft erscheint oder es mit der Anfechtung vernichten und dann auch für den Schaden aufkommen. Weiterhin wird angeführt, dass allein beim bewussten Fehlen des Erklärungswillens es berechtigt sei, dem Erklärenden mögliche Vorteile einer Willenserklärung abzuschneiden und ihm die Haftung nach § 122 aufzubürden, wie dies im Falle des § 118 geschieht. Bei unbewusstem Fehlen jedoch soll der Erklärende die Wahl zwischen stehen bleiben bei der gültigen Erklärung oder der Anfechtung und somit auch einer Haftung nach §§ 119, 122 haben.

#### *cc) Zurechenbarkeitstheorie*

Die Zurechenbarkeitstheorie setzt für eine gültige Willenserklärung zwar auch das Vorhandensein eines Erklärungsbewusstseins voraus, nimmt aber eine Willenserklärung bereits dann an, wenn der Erklärende die Möglichkeit eines solchen Missverständnisses, bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt, erkennen und vermeiden hätte können. Das heißt zugunsten des Empfängers wird der Erklärende so behandelt, als habe er eine Willenserklärung abgegeben. Es bleibt ihm lediglich die Möglichkeit der Anfechtung wegen

Irrtums. Zur Begründung wird angeführt, dass wenn der Handelnde beim Erklärungsempfänger einen falschen Eindruck verursacht, er sich sein Handeln auch zurechnen lassen muss. Denn Schutzbedürftig ist der Empfänger in seinem Vertrauen auf die ihm als Willenserklärung erscheinende Handlung, sofern er bei Anwendung der ihm zumutbaren Sorgfalt zu dem Auslegungsergebnis kommen durfte, dass es sich um eine Willenserklärung handelt. Auch ist nicht einsichtig, warum im Falle des fehlenden Erklärungsbewusstseins der Vertrauensschutz nicht genauso weit gehen soll, wie im Falle des Inhaltsirrtums. Denn auch dort wird das Erklärte, ohne den entsprechenden Willen, als gültig behandelt. Der Erklärungsempfänger ist schutzwürdiger als der Erklärende, wenn dieser hätte erkennen können, dass sein Verhalten als Willenserklärung aufgefasst werden konnte. Den Interessen des Erklärenden ist mit einer analogen Anwendung des § 119 I 2. Alt. hinreichend gedient. Im Gegensatz zur Bewusstseinstheorie hält die Zurechenbarkeitstheorie den Tatbestand einer Willenserklärung bereits dann für gegeben, wenn das äußere Verhalten objektiv auf die Verwirklichung eines Rechtsfolgwillens schließen lässt. Die Bedeutung seines Verhaltens als Willenserklärung muss dem Erklärenden selbst zurechenbar sein. Zurechenbar ist sie ihm dann, wenn er hätte erkennen können, dass sein Verhalten von anderen so verstanden werden musste. Es ginge zu weit, jemanden das Risiko aufzubürden, dass sein Verhalten von anderen als Willenserklärung gedeutet wird, wenn er selbst nicht mit dieser Deutung rechnen konnte. Ist jedoch die Zurechenbarkeit des äußeren Tatbestandes gegeben, so liegt eine Analogie zu § 119 I 2. Alt. vor. Denn in diesem Falle ist von einer anfechtbaren Willenserklärung auszugehen. Es liegt ein Verhalten vor, das nach der Verkehrssitte so auszulegen ist, als ob eine Willenserklärung getätigt wurde, wohingegen ein entsprechender Wille fehlt, wie im Falle des Inhaltsirrtums. Begründet wird dies damit, dass § 119 I 2. Alt. eine Willenserklärung anerkennt, obwohl die darin ausgedrückten Rechtsfolgen gerade nicht in Wirksamkeit gesetzt werden sollten. Bei fehlendem Erklärungsbewusstsein liegt genau dieselbe Konstellation vor. Dem Einwand, die bloße Zurechnung des Verhaltens als Willenserklärung würde keine rechtsgeschäftliche Bindung legitimiert und damit das Prinzip der Privatautonomie preisgeben, hält die Zurechenbarkeitstheorie entgegen, dass der Erklärende die Rechtsfolgen, wie er sie geäußert hat, nicht herbeiführen wollte. Dennoch hat er die Erklärung selbstbestimmt gesetzt. Der Einzelne ist Herr seines Erklärungsverhaltens, also Herr seiner Erklärungssorgfalt und ihrer Folgen. Denn Selbstbestimmung impliziert Selbstverantwortung, und deshalb ist auch die misslungene Erklärung eine selbstbestimmte Erklärung. Es liegt eine vorerst wirksame Willenserklärung vor, jedoch kann der Erklärende wählen ob er diese Willenserklärung gegen sich gelten lassen will, oder durch Anfechtung rückwirkend beseitigt. Diese Entscheidung ist Ausdruck seiner Selbstbestimmung. Dies räumt die Bedenken aus, dass ohne Erklärungsbewusstsein keine privatautonome Selbstbestimmung vorliege.

#### *dd) Stellungnahme*

Die Zurechenbarkeitstheorie ist der Bewusstseinstheorie und der Vertrauensstheorie vorzuziehen. Denn das Erklärungsbewusstsein ist für eine Willenserklärung grundsätzlich zu fordern. Jedoch muss sich die Bewusstseinstheorie vorhalten lassen, dass sie alleine den Erklärenden schützt. Der Erklärungsempfänger hingegen bleibt weitestgehend unberücksichtigt, auch wenn er nach Anwendung der im Verkehr gebotenen Sorgfalt darauf vertrauen durfte, dass eine Willenserklärung vorliegt. Gegen die Vertrauensstheorie spricht, dass sie von einer Willenserklärung kraft Zurechnung ausgeht. Es ist jedoch grundsätzlich ein Erklärungsbewusstsein als Bestandteil einer Willenserklärung zu fordern. Dies kann nur in Ausnahmefällen eingeschränkt werden, wenn der Erklärungsempfänger schutzwürdiger ist als der Erklärende. Die Vertrauensstheorie aber hält den Erklärungsempfänger grundsätzlich für schutzwürdiger und lässt den Erklärenden unberücksichtigt. Diese ist nicht zuletzt deshalb

abzulehnen, wegen der starken Einschränkung der Privatautonomie. Vorzuziehen ist deshalb die Zurechenbarkeitstheorie, da sie grundsätzlich ein Erklärungsbewusstsein für eine gültige Willenserklärung fordert, aber diese, in den Fällen in denen der Erklärungsempfänger schutzwürdiger erscheint, dennoch gelten lässt. Sie stellt somit ein ausgewogeneres und gerechteres Gleichgewicht zwischen Erklärendem und Erklärungsempfänger her. Denn durch die bestehende Freiheit in der Wahl der Erklärungshandlung entsteht für den Erklärenden eine Verantwortung für das Erklärte. Somit muss ihm, und nicht dem Erklärungsempfänger, sofern dieser schutzwürdig ist, das Risiko angelastet werden. Dies muss im Sinne des Verkehrsschutzes so gehandhabt werden.

Maus ist in diesem Falle nicht schutzwürdig, da er sich in eine Liste eingetragen hat, von der er nicht wusste, was sie zu bedeuten hatte. Er glaubte nur, dass dies die Liste für die Feier sei, wusste es jedoch nicht genau. Hätte er einen seiner Kollegen gefragt, was ein Eintrag in diese Liste für Folgen hat, so hätte er seinen Irrtum bemerkt. Dies wäre ihm auch zumutbar gewesen. Es bleibt ihm also nur die Anfechtung gemäß § 119 I 2. Alt., da das Problem des fehlenden Erklärungsbewusstseins unter den Erklärungsirrtum zu subsumieren ist

*b) Zwischenergebnis*

Es ist ein wirksamer Kaufvertrag gemäß § 433 zustande gekommen.

*c) Anfechtung*

Fraglich ist, ob Maus den Kaufvertrag durch Anfechtung gemäß § 119 I 2. Alt. rückwirkend vernichtet hat. Die Anfechtung ist ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. Sie braucht nicht den Ausdruck anfechten zu enthalten, sondern es genügt, wenn der Erklärungsempfänger aus der Erklärung entnehmen kann, der Erklärende wolle das Rechtsgeschäft wegen eines Willensmangels von Anfang an beseitigen. Weiterhin ist erforderlich, dass der Erklärende bei verständiger Würdigung des Falles, die Willenserklärung nicht abgegeben hätte. Maus hatte, nachdem er sein Versehen bemerkte, beim Verlag angerufen und berichtet wie es zu seiner Unterschrift kam. Aus dieser Berichtigung kann geschlossen werden, dass Maus das Rechtsgeschäft nicht gegen sich gelten lassen wollte, sondern es gerne beseitigt hätte. Somit hat Maus gegenüber dem Verlag seine Willenserklärung angefochten. Maus hätte die Willenserklärung bei verständiger Würdigung nicht abgegeben, da er sich nicht für das Buch interessierte, sondern sich nur in die Liste für die Feier eintragen wollte. Die Anfechtung erfolgte auch unverzüglich, nämlich sofort. Somit hat Maus den Vertrag mit dem Verlag von Anfang an (ex tunc) beseitigt.

*d) Zwischenergebnis*

Der Verlag hat gegen Maus keinen Anspruch auf Abnahme der Ware und Zahlung des Kaufpreises gemäß § 433 II.

**B) Anspruch des Verlags auf Schadenersatz gemäß § 122 I**

Der Verlag könnte gegen Maus einen Anspruch auf den Ersatz des entstandenen Schadens gemäß § 122 I haben. Maus hat seine Willenserklärung aufgrund § 119 I 2. Alt. angefochten und ist somit Ersatzverpflichteter. Der Verlag hat im Vertrauen auf die Gültigkeit der Willenserklärung Aufwendungen gemacht und ist somit Ersatzberechtigter. Fraglich ist, in welchem Umfang der Verlag Schadenersatz verlangen kann. Der Anspruch aus § 122 I richtet sich auf den Vertrauensschaden, also das negative Interesse. Der Ersatzberechtigte muss so gestellt werden, als ob die nichtige Willenserklärung nicht abgegeben worden wäre. Der Vertrauensschaden des Verlages besteht in den Portokosten. Diese hat Maus zu ersetzen, da er seine Willenserklärung angefochten hat. Fraglich ist ob der Verlag den entgangenen Gewinn von DM 20 von Maus verlangen kann. Der Ersatzanspruch aus § 122 I wird durch das Erfüllungsinteresse nach oben begrenzt. Will der Ersatzberechtigte jedoch auch den entgangenen Gewinn ersetzt, so müsste er nachweisen, dass er ein anderes Angebot, gerade

wegen des Vertrauens auf die Gültigkeit des Vertrages, ausgeschlagen hat. Aus dem Sachverhalt lässt sich nicht entnehmen, dass der Verlag das Buch ansonsten an jemand anders verkauft hätte. Somit beschränkt sich der Anspruch auf die Portokosten. Der Verlag kann von Maus die Bezahlung von DM 8,80 verlangen.

### **C) Anspruch auf Schadenersatz aus culpa in contrahendo**

Der Verlag könnte gegen Maus einen Anspruch auf Schadenersatz aus „c.i.c.“ haben. Da der Ersatzanspruch aus § 122 I keinen Fall der Verschuldenshaftung darstellt, schließt er eine Haftung aus c.i.c. nicht aus. Maus ist in diesem Falle ein Verschulden zur Last zu legen, da er bei gebotener Sorgfalt, die Liste nicht einfach unterschreiben durfte. Da er sich nicht sicher war, welchem Zweck diese Liste diene, hätte er nachfragen müssen. Somit ist ihm ein Verschulden zur Last zu legen. Maus hat folglich die Portokosten zu ersetzen. Fraglich ist ob der Verlag aufgrund „c.i.c.“ den entgangenen Gewinn von DM 20 verlangen kann. Der Ersatzberechtigte muss jedoch auch hier nachweisen, dass er im Vertrauen auf die Gültigkeit, ein anders Geschäft ausgeschlagen hat. Insofern gilt das oben bereits ausgeführte auch hier. Der Verlag kann den entgangenen Gewinn nicht verlangen.

### **D) Ergebnis**

Der Verlag kann von Maus nicht die Abnahme der Ware und Bezahlung des Kaufpreises verlangen. Der Verlag hat jedoch einen Anspruch auf DM 8,80 Schadenersatz gegen Maus. Den entgangenen Gewinn von DM 20 kann der Verlag nicht einfordern.