

Praxishandbuch Gestaltung von Wirtschaftsverträgen

Unwirksame Vertragsklauseln und Verträge vermeiden

von
Christoph Schmitt

1. Auflage

De Gruyter 2015

Verlag C.H. Beck im Internet:
www.beck.de
ISBN 978 3 11 033034 2

Kapitel 2

Effiziente Vertragsgestaltung und -umsetzung

A. Grundsätze der Vertragsgestaltung

Mit dem Begriff des Vertrages wird meist nicht allzu viel Positives assoziiert. Viele 1 denken an seitenlange Stolperfallen in kleinster Schrift und komplizierten Floskeln. Dabei sollen Verträge gerade der **Rechtssicherheit** dienen und beide Parteien informieren „woran man ist“. Dennoch lösen sie bei den meisten Menschen Unbehagen aus. Wer einen Vertrag vorgesetzt bekommt, fragt sich: „Wo ist der Haken?“. Wer aber einen Vertrag erstellt, sieht sich selbst vor einer ganz anderen Herausforderung: dem **Blick in die Zukunft**.

Anders als ein Richter, der die Rechtslage anhand eines bereits feststehenden 2 Sachverhalts klären soll, obliegt es den Vertragsgestaltenden die Rechtslage für noch nicht eingetretene Ereignisse im Vorhinein zu klären. Diese schwierige Aufgabe wird in der Praxis nicht mit einem Blick in die Kristallkugel, sondern mit **allgemeiner Lebenserfahrung** gelöst. Denn oftmals sind es ähnliche Fragen, die die Parteien beschäftigen:

- Ab wann soll eine bestimmte Summe gezahlt werden?
- Wie kann ich den Vertrag kündigen?
- Wer haftet im Schadensfall?
- etc.

Im Folgenden finden Sie eine Einführung in das Thema „Verträge“. Wozu 3 dient ein Vertrag, woraus besteht er im wesentlichen und wie kommt er zu stande (I.)? Zudem wird erläutert, wie ein Vertrag ausgelegt und gelesen wird (II.) und wo der Gesetzgeber dem Recht auf freie Vertragsgestaltung Schranken setzt (III.). Abschließend wird ein Überblick über wesentliche Punkte gegeben, über die man sich bei Vertragsgestaltung grundsätzlich Gedanken machen sollte (IV.).

I. Der Vertrag

1. Funktion des Vertrages

Unter Vertrag ist nicht zwingend ein Schriftstück zu verstehen, das einen Geschäfts- 4 abschluss beinhaltet und von beiden Parteien unterschrieben wird. Es ist vielmehr die Vereinbarung selbst, die durch ein Dokument verkörpert werden kann, aber nicht muss. Jeder von uns schließt täglich Verträge mit verschiedenen Leuten ab, egal ob es nun um den Zeitungskauf im Kiosk, die Fahrt mit dem Taxi oder den Eintritt ins Kino geht. Dabei herrscht in Deutschland der **Grundsatz der Privatau-**

tonomie. Das heißt, dass jeder einzelne grundsätzlich die Freiheit hat, seine privaten Rechtsbeziehungen **frei** zu gestalten.



Beispiel

A möchte seinen gebrauchten Fernseher verkaufen, fragt seinen Freund B, ob er Interesse hat und sagt: „Für 500 € würde ich ihn Dir überlassen.“ B antwortet: „Okay! Ich hol ihn dann morgen mit dem Auto ab und bring Dir das Geld vorbei.“

- 5 Unter die Privatautonomie fällt auch die Vertragsfreiheit, die umfasst, dass jeder selbst entscheiden kann, **ob** und **mit wem** er einen Vertrag abschließt, welchen **Inhalt** dieser hat und ob er schriftlich, mündlich oder in einer anderen **Form** geschlossen wird. Die Gesetze sind insofern sehr liberal und in solch simplen Fällen wie dem angeführten Beispiel kann oftmals auch schon der juristische Laie anhand gesunden Menschenverstands das gesetzlich vorgegebene „Ergebnis“ erahnen.



Beispiel

B kommt am nächsten Tag mit dem Geld zu A. Dieser weigert sich ihm den Fernseher zu überlassen, da sein Arbeitskollege C ihm mittlerweile 600 € für das Gerät angeboten hat. Muss A trotzdem den Fernseher an B zum vereinbarten Preis übergeben?

Weil er schon am Tag zuvor mündlich einen Kaufvertrag mit B abgeschlossen hat, ist A verpflichtet, B den Fernseher für 500 € zu übergeben. Ob B tatsächlich so weit geht und sein Recht klageweise geltend macht oder es zähneknirschend dem Frieden zuliebe unterlässt, ist Bs Entscheidung. Für einen Richter müsste die Bewertung des Falles selbstverständlich noch in die einschlägigen Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) eingekleidet werden. Dieses Beispiel zeigt auch den Unterschied zwischen „Recht haben“ und „Recht bekommen“.

- 6 Innerhalb des marktwirtschaftlichen Systems ist die Vertragsfreiheit elementarer Bestandteil. Zum einen dient sie dem Wettbewerb und dem **Interessenausgleich** einzelner durch frei ausgehandelte Vereinbarungen. Zum anderen kümmert sich jeder selbst um die von ihm benötigten Güter wie Nahrung, Kleidung und Wohnung. Es kommt zu einer optimalen **Bedarfsverteilung**.
- 7 Doch auch die Vertragsfreiheit als Ausdruck der Privatautonomie und allgemeinen Handlungsfreiheit aus Artikel 2 des Grundgesetzes findet ihre Grenzen in der Freiheit anderer. So kann es bei Vertragsverhandlungen zwischen zwei Personen nicht nur auf den Willen eines Beteiligten ankommen. Beide Parteien wollen möglichst wenig leisten und dafür möglichst viel bekommen. Durch solche Verhandlungen zweier gleich starker Vertragspartner werden gerechte Ergebnisse erzielt, die von der Rechtsordnung anerkannt werden. Bei (wirtschaftlich) unterschiedlich starken Beteiligten wird die Privatautonomie in einigen Bereichen beschränkt (vgl. Rn 57 Kap. 2 Grenzen der Privatautonomie).

2. Bestandteile des Vertrages

Juristen definieren einen Vertrag als ein **Rechtsgeschäft** bestehend aus zwei inhaltlich übereinstimmenden, mit Bezug aufeinander abgegebenen **Willenserklärungen** (Angebot und Annahme). Eine Willenserklärung ist eine private Willensäußerung, die auf die Erzielung einer Rechtsfolge gerichtet ist. Es müssen sich also beide Vertragspartner einigen, bestimmte Rechtsfolgen herbeizuführen.

a) Innerer Wille

Um eine wirksame Willenserklärung abzugeben, muss man zunächst **innerlich** Handlungs-, Erklärungs- und Geschäftswillen bilden. Für gewöhnlich läuft die Willensbildung fehlerfrei ab und wird in Gerichtsverhandlungen gar nicht weiter thematisiert. Falls aber doch Probleme bei der Willensbildung vorlagen, ist zu klären, ob ein Vertrag überhaupt zustande kam und wenn ja, ob dieser dann nicht durch Anfechtung rückwirkend unwirksam gemacht werden kann.

Unter **Handlungswillen** versteht man das Bewusstsein, überhaupt zu handeln. In der Praxis entstehen selten an dieser Stelle Probleme, da glücklicherweise Vertragsverhandlungen nicht besonders häufig mit schlafenden oder hypnotisierten Personen geführt werden.

Der **Erklärungswille** umschreibt das Bewusstsein, dass die eigene Handlung überhaupt irgendeine rechtserhebliche Erklärung darstellt. Auch an diesem Punkt tauchen in der Praxis kaum Probleme auf.

Beispiel

Der ortsfremde A winkt während einer Versteigerung seinem Freund B zu, der auf der anderen Seite des Raumes steht. A bekommt den Zuschlag für die zu versteigernden Weinfässer.

In diesem Schulbeispiel mangelt es A an dem Bewusstsein, durch das Heben des Armes eine rechtserhebliche Erklärung abzugeben. Solche Situationen lassen sich meist durch Aufklärung des Missverständnisses ohne Gerichtsverhandlung aus der Welt schaffen.



Zuletzt bedarf es für eine Willenserklärung des **Geschäftswillens**. Darunter versteht man den Willen, mit der Erklärung eine konkrete Rechtsfolge herbeizuführen.

Beispiel

A will bei B 500 Postkarten bestellen, vertippt sich aber und schickt versehentlich eine Bestellung von 5.000 Postkarten an B.

A hatte zwar Geschäftswillen, aber nur für die Anzahl von 500 Postkarten.



Mängel bei der Willensbildung, also beim Handlungs-, Erklärungs- oder Geschäftswillen, führen nicht zwingend zur Nichtigkeit eines Vertrages. Waren Verträge in solchen Fällen immer nichtig, würde dies zu immenser **Rechtsunsicherheit** führen. Unter bestimmten Umständen können Verträge, die auf einer unwirksamen Wil-

lenserklärung beruhen, vom Erklärenden **angefochten** werden, §§ 119 ff. BGB. Bei erfolgreicher Anfechtung wird der Vertrag für von Anfang an nichtig erklärt, § 142 BGB.

b) Äußere Erklärung

- 14 Interessant wird es, wenn es um die **Erklärung** als dem **äußeren** Erscheinen des Willens geht, bestehend aus den drei oben genannten Merkmalen. Dieses kann auf verschiedene Weise erfolgen.
- 15 Die Willenserklärung kann **ausdrücklich** abgegeben werden. Dafür bedarf es keinerlei juristischer Fachbegriffe. Erforderlich ist nur, dass derjenige, dem die Erklärung gilt, verstehen kann, welche Rechtsfolge der Erklärende erreichen möchte.
- 16 Sie kann auch **konkludent**, das heißt durch schlüssiges Verhalten, erfolgen. Auch hier gilt als Maßstab, dass der Empfänger verstehen müssen muss, welche rechtliche Folge gesetzt werden soll.
- 17 In einigen Ausnahmefällen können auch durch **Schweigen** die Rechtsfolgen einer Willenserklärung herbeiführen. Dies gilt, wenn die Parteien es so vereinbart haben, oder in den wenigen Fällen, in denen es der Gesetzgeber vorgeschrieben hat. Besondere Aufmerksamkeit gilt hier dem § 362 HGB. Danach kann das Schweigen eines **Kaufmannes** (zur Kaufmannseigenschaft, vgl. §§ 1ff. HGB) als Annahme eines Antrages gelten, also als Willenserklärung.

c) Geschäftsgrundlage

- 18 Als Geschäftsgrundlage werden all jene **Umstände** bezeichnet, die zwar für die Parteien zur Entscheidung für den Vertragsschluss **entscheidend** waren, selbst aber **nicht Vertragsbestandteil** geworden sind.



Beispiel

A will von B ein seltes antikes Schwert aus dem Nahen Osten kaufen. Dieses müsste B einfliegen lassen. B bedenkt, dass die Kosten dafür 2.000 € betragen und bietet dem A den Kauf für 3.000 € an. A willigt ein.

Obwohl bei Vertragsschluss die Anschaffungskosten der Antiquität nicht Teil des Vertrages waren, stellen sie für B die Geschäftsgrundlage dar.

- 19 Bei einer Störung der Geschäftsgrundlage soll nach § 313 Abs. 1 BGB ein **Ausgleich** geschaffen werden zwischen dem Interesse des begünstigten Teils am Bestand des Vertrages und dem Interesse des benachteiligten Teils an Anpassung oder Kündigung. Eine Anfechtung ist in solchen Fällen regelmäßig nicht möglich, da nur die **Vertragsbestandteil gewordenen** Willenserklärungen angefochten werden können. Dazu zählt die Geschäftsgrundlage grade nicht.

Allerdings kommen bei Änderung der Geschäftsgrundlage bestimmte Ansprüche und Rechte der betroffenen Vertragspartei in Betracht. Dazu muss sich ein Umstand selbst oder die Vorstellung über einen solchen Umstand, der **wesentliche Vertragsgrundlage** war, geändert haben. Zudem muss die Annahme zu bejahen sein, dass die Parteien bei dieser veränderten Lage den Vertrag **nicht oder so nicht geschlossen** hätten. Außerdem darf die Umstandsänderung nicht im **Risikobereich** derjenigen Vertragspartei liegen, die sich auf die Störung der Geschäftsgrundlage beruft. Zuletzt muss den Parteien das Festhalten am Vertrag **unzumutbar** sein. Liegen diese Voraussetzungen vor, wird zunächst eine **Vertragsanpassung** angestrebt. Ist eine solche nicht möglich, erhalten die Parteien aus § 313 Abs. 3 BGB die Möglichkeit zu **Rücktritt** oder **Kündigung**.¹

Beispiel



Bevor B das antike Schwert einfliegen lassen konnte, kommt es in der Region zu bürgerkriegsähnlichen Zuständen, wodurch die Einfuhr erschwert wird und die Kosten dafür auf 4.000 € steigen. B will daher den Kaufpreis auf 5.000 € erhöhen, aber A pocht auf den vereinbarten Preis.

Zwar waren die Anschaffungskosten Geschäftsgrundlage für B, jedoch liegt das Beschaffungsrisiko allein in seiner Sphäre. Sein interner Kalkulationsirrtum ist als ein bloßer Motivirrtum unbedeutlich. Das Interesse des A an der Vertragstreue überwiegt.

Hätte B nicht nur sein Berechnungsergebnis, sondern auch seinen Berechnungsweg gegenüber A erklärt, würde dieser offene Kalkulationsirrtum die Möglichkeit einer Vertragsanpassung eröffnen.

Eine Störung der Geschäftsgrundlage wird nur unter diesen engen Voraussetzungen angenommen, bietet aber als Ausdruck des **Grundsatzes von Treu und Glauben** eine flexible Anpassungsmöglichkeit bei unzumutbar gewordenen Verhältnissen.

3. Zustandekommen des Vertrages

Die Willenserklärungen, aus denen der Vertrag besteht, werden Angebot und Annahme genannt, vgl. §§ 145 BGB. Stimmen sie inhaltlich überein, haben sich die Vertragspartner geeinigt und der Vertrag kommt wirksam zustande.

a) Grundsätze

Unter einem **Angebot** versteht man eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die dem anderen in der Gestalt herangetragen wird, dass das Zustandekommen des Vertrages nur noch von dessen Einverständnis abhängt. Das Angebot muss demnach so vollständig sein und die **wesentlichen Punkte** (essentialia negotii) enthalten, dass der Vertragspartner nur noch mit einem simplen „Ja“ antworten müsste.

¹ Vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 175.

- 24 Eine **Annahme** ist eine mit Bezug auf das Angebot abgegebene Willenserklärung, durch die der Vertrag begründet wird. Wird das Angebot nur **mit Änderungen angenommen** („Ja, aber...“), gilt die Willenserklärung nicht als Annahme, sondern als neues **abgeändertes Angebot**, das seinerseits vom Vertragspartner angenommen werden müsste (§ 150 Abs. 2 BGB). Ein abgegebenes Angebot ist innerhalb einer **angemessenen Annahmefrist** anzunehmen. Die Länge der Frist hängt von dem gewählten Kommunikationsweg, beispielsweise direktes Gespräch oder Postweg, ab. Eine verspätet zugegangene Annahme gilt als neues Angebot (§ 150 Abs. 1 BGB).
- 25 Beide Willenserklärungen müssten ordnungsgemäß abgegeben und zugegangen sein. Eine Willenserklärung wurde **abgegeben**, wenn sie willentlich in der Art und Weise in den Rechtsverkehr gelangt ist, dass nach allgemeiner Lebenserfahrung mit dem Zugang gerechnet werden kann. **Zugegangen** ist eine Willenserklärung, wenn sie in der Gestalt in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, dass man bei verständiger Würdigung von der Kenntnisnahme ausgehen darf. Auf die tatsächliche Kenntnisnahme kommt es nicht an.



Beispiel

A weiß, dass er in den kommenden Tagen eine hohe Zahlungsaufforderung erhalten wird und leert absichtlich nicht seinen Briefkasten.
Die Aufforderung gilt dennoch als dem A zugegangen, da man von der täglichen Leerung eines Briefkastens ausgehen darf.

- 26 Ob eine Willenserklärung, beispielsweise eine Kündigung, zugegangen ist oder nicht, hat derjenige nachzuweisen, dessen Anspruch sich auf den Zugang der Willenserklärung stützt, im Beispiel der Kündigende.



Praxistipp

Um die Einhaltung von Fristen und den Zugang von schriftlichen Willenserklärungen nachzuweisen, empfiehlt es sich, sich eine Empfangsbestätigung zusenden zu lassen oder den Brief per Einschreiben mit Rückschein abzuschicken.

- 27 Schweigen gilt für Nicht-Kaufmänner nur dann ausnahmsweise als Willenserklärung, wenn die Parteien es so vereinbart haben oder die Verkehrssitte es so erfordert, beispielsweise jahrelange Geschäftsbeziehungen zueinander gepflegt werden, vgl. § 151 BGB.

b) Ausnahmen für Kaufleute

- 28 Das Schweigen eines Kaufmannes (§§ 1ff. HGB) kann darüber hinaus im Falle des **§ 362 HGB** und bei einem **kaufmännischen Bestätigungsschreiben** als Annahme gelten.

Nach § 362 Satz 1 HGB gilt das Schweigen eines Kaufmannes, dessen Handels- 29 gewerbe die **Besorgung von Geschäften** für andere mit sich bringt, auf einen **Antrag mit dem Inhalt einer solchen Geschäftsbesorgung**, als Annahme. Dieser Ausnahmetatbestand begründet sich mit dem Vertrauensschutz von Kaufleuten in lange bestehenden Geschäftsbeziehung. Dafür müsste der Kaufmann mit dem Antragenden jedoch auch in **ständiger Geschäftsbeziehung** stehen, also in der Vergangenheit schon häufiger Geschäfte dieser Art zwischen den Parteien abgeschlossen worden sein. Unter der Besorgung von Geschäften sind Verträge im Bereich **kaufmännischer Dienstleistungen** wie Lager, Fracht, Kommission, Spedition, Bank- und Börsengeschäfte zu verstehen.

Hat ein Kaufmann zuvor eine werbende **Einladung zum Geschäftsabschluss** an 30 einen konkreten potentiellen Vertragspartner geschickt und schickt dieser **daraufhin** dem Kaufmann ein **Angebot**, so gilt das Schweigen des Kaufmannes auf das Angebot als Annahme gemäß § 362 Satz 2 HGB. Eine solche Einladung oder Aufforderung zum Geschäftsabschluss (invitatio ad offerendum) muss sich dabei **individualisiert** an den nun Antragenden gerichtet haben. Eine bloße Reaktion auf massenartige Werbung über Funk- und Fernsehen reicht dafür nicht aus. Durch diese Regelung soll das Vertrauen im Rechtsverkehr auf die vorherige Geschäftseinladung geschützt werden.

Eine weitere Ausnahme gilt bei Schweigen als Reaktion des Kaufmannes auf ein 31 **kaufmännisches Bestätigungsschreiben**. Dies ist ein Schreiben, welches ein Kaufmann dem anderen mit **Bezug auf vorherige Verhandlungen** mit Klärungsbedarf, zum Beispiel mündliche oder telefonische Verhandlungen, geschickt hat. Dieses Bestätigungsschreiben muss den **wesentlichen Inhalt** der Vertragsverhandlungen wiedergeben und in **zeitlicher Nähe** zu den Verhandlungen zugegangen sein. Antwortet der Kaufmann auf ein solches Schreiben nicht und weicht es von den tatsächlichen vorherigen Verhandlungen ab, so gilt der Inhalt des kaufmännischen Bestätigungsschreibens als **vereinbarter Vertragsinhalt**. Eine Ausnahme hiervon gilt nur dann, wenn die Abweichung so wesentlich ist, dass ein Festhalten an diesen Konditionen für den Kaufmann **unzumutbar** oder der Absender des Schreibens **nicht schutzwürdig** ist. Zu achten ist darauf, dass es sich bei dem Schreiben inhaltlich tatsächlich um ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben und nicht etwa um eine Auftragsbestätigung handelt. Aus einem kaufmännischen Bestätigungsschreiben muss hervorgehen, dass der Absender bereits von einem **Vertragsschluss bei den vorherigen Verhandlungen** ausgeht und nur nochmals den Inhalt wiedergibt, während bei einer Auftragsbestätigung erst **durch Zusendung der Auftragsbestätigung** selbst ein Vertragsabschluss zustande kommen soll.

II. Vertragsauslegung

Schon bei der Vertragsgestaltung sollte der Verfasser mit der Auslegung von Verträgen vertraut sein. Zu wissen unter welchen Maßstäben ein bereits geschlossener 32

Vertrag bei Streitpunkten gelesen und interpretiert wird, kann dem Verfassen helfen, das Gewollte für den Empfänger **deutlicher** hervorzuheben.

1. Ziel der Auslegung

- 33 Der Gedanke hinter einer Vertragsauslegung ist der Ausgleich zweier Interessenpole: Beachtung des **wirklichen Willen des Erklärenden** einerseits und dem **Vertrauenschutz des Empfängers** nach Treu und Glauben und unter Beachtung der Verkehrssitte andererseits. Geregelt sind diese Ziele in den Paragraphen 133 und 157 BGB. Diese zwei allgemeinen Regelungen werden im Gesetz an einigen Stellen von subsidiären Zweifelsregelungen ergänzt, z.B. §§ 154 Abs. 2, 271 Abs. 2 BGB.
- 34 Da ein Vertrag aus zwei mit Bezug aufeinander abgegebenen Willenserklärungen besteht, ist es allgemein anerkannt, den auf Willenserklärungen bezogenen § 133 BGB und den auf Verträge bezogenen § 157 BGB **gemeinsam** zur Auslegung von Verträgen heranzuziehen. Letztlich ist Ziel der Auslegung nicht nur die Antwort auf die Frage, wie der Vertrag bzw. einzelne Passagen zu verstehen sind, sondern auch auf die Frage, wer bei Auseinanderfallen von wirklichem und objektiv erklärttem Willen das **Risiko** trägt.

2. Methode und Anhaltspunkte

- 35 Gegenstand der Auslegung ist die Frage, ob ein bestimmtes Verhalten als Willenserklärung zu betrachten ist und wie es verstanden werden kann. Zur Auslegung einer Vertragsklausel kann folgende Checkliste herangezogen werden.



Checkliste

- Einzelne Willenserklärungen ohne Willensmängel
- Übereinstimmung der Willenserklärungen in wesentlichen Punkten
- Wirklicher Wille des Erklärenden (Vertragszweck)
- Was durfte der Empfänger verstehen (Umstände, Verkehrssitte)
- Keine Ausnahme (Kennen oder Kennen müssen)
- Auslegungsergebnis bestimmt genug

- 36 Bevor der Vertrag als Ganzes betrachtet wird, richtet sich ein kurzer Blick auf die **einzelnen Willenserklärungen** der Vertragsparteien. Wurden die Willenserklärungen frei von **Willensmängeln** abgegeben (vgl. Rn 8 Kap. 2 Bestandteile des Vertrages)? Stimmen sie in den **wesentlichen** Punkten überein? Wenn die Parteien unterschiedliche Erklärungen dazu abgegeben haben wer was von wem zu welcher Gegenleistung bekommt, dann kann es sein, dass der Vertrag **mangels Einigung** gar nicht erst zustande gekommen ist. Ob die Parteien in diesen wesentlichen Punkten übereinstimmen, kann ebenfalls durch Auslegung ermittelt werden.

Zu beachten ist hierbei, dass gemäß § 133 BGB der **wirkliche Wille** zu erfor- 37 schen ist und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks festgehalten werden muss. Wichtig für die Auslegung ist der angestrebte **Vertragszweck**.

Beispiel

In einem schriftlichen Vertrag einigen sich A und B auf den Verkauf des Hauses mit der Hausnummer 31. Tatsächlich haben sich beide vertan und meinten das Haus mit der Nummer 32. Trotz des entgegenstehenden Wortlauts, haben sich die Parteien über den Verkauf des Hauses 32 geeinigt (bloße Falschbezeichnung, sogenannte falsa demonstratio).



Mit der Erklärung als Ausgangspunkt wird anschließend untersucht, wie der Emp- 38 fänger der Willenserklärung, sprich der Vertragspartner, diese verstehen konnte. Dabei heranzuziehen sind auch die äußeren Umstände und die **Verkehrssitte** bei Abschluss des Vertrages. Entscheidend ist, was aus Sicht des Empfängers bei zutreffbarer Anstrengung als **verbindlich** erklärter Wille zu verstehen war.

Dieser Gedanke zeigt sich auch in den §§ 116, 117 BGB. Nach § 116 BGB ist eine 39 Erklärung nicht schon deshalb nichtig, weil eine Partei **insgeheim** einen Vorbehalt gegen den Vertrag hatte. Der Vertragspartner darf darauf vertrauen, dass schon so gemeint war, was der Erklärende sagte. Ebenso ist nach § 117 BGB ein Rechtsgeschäft nicht schon deswegen nichtig, weil eine Vertragspartei es **nur zum Schein** abschließen wollte.

In diesen Konstellationen wird angedeutet, dass es auch **Ausnahmen von der 40 Schutzwürdigkeit** des Empfängers gibt. Schutzwürdig ist nämlich nicht wer den wirklichen Willen des anderen **kennt**. Kennt eine Partei den geheimen Vorbehalt der anderen, so ist das Rechtsgeschäft nichtig, § 116 BGB. Weiß eine Partei, dass die andere das Geschäft nur zum Schein abschließen will, ist das Scheingeschäft nichtig, vgl. § 117 BGB.

Ebenso wenig ist der Empfänger schutzwürdig, wenn er sich aufdrängende 41 Zweifel an der Deutung der Willenserklärung ignoriert. Wer die Abweichung des tatsächlich gewollten vom objektiv Erklärten nicht kennt, aber **hätte kennen müssen**, der muss nicht von der Rechtsordnung geschützt werden. Beispielhaft zeigt sich dies in § 118 BGB. Hat jemand eine scherhafte Erklärung in dem Glauben abgegeben, dass jeder Anwesende den Mangel an Ernstlichkeit erkenne, dann kommt es nicht darauf an, ob die Anwesenden tatsächlich den Scherz darin erkannt haben. Sie hätten ihn zumindest erkennen müssen. Folglich ist die Willenserklärung nichtig.

Entscheidend ist somit nicht das vom Empfänger tatsächlich Verstandene. In 42 der Praxis stellt man darauf ab, was ein umsichtiger, unbefangener, **objektiver Dritter**, der mit den äußeren Umständen des Vertrages vertraut ist, im konkreten Einzelfall verstanden hätte.

Eine allgemeingültige Regel, wonach bestimmte Interessen stets überwiegen, 43 lässt sich nicht festlegen. Grundsätzlich kann man sagen, dass **je bedeutsamer**

die Willenserklärung für den Rechtsverkehr ist, **desto eher** der Empfänger auf die Richtigkeit des objektiv Erklärten **vertrauen darf**. Letztlich kommt es bei der Auslegung zweifelhafter Vertragsformulierungen jedoch stets auf den Einzelfall an.

- 44 Stimmen bei der Erklärung der subjektive Wille und das objektiv zu Verstehende überein, so gilt diese Auslegung. Bleibt der fragliche Vertragsteil bis zuletzt zu unbestimmt, dann ist er nichtig. Gleiches gilt, wenn das Gesetz die Nichtigkeit der Vereinbarung vorsieht, vgl. Rn 61 Kap. 2 Gestaltungsverbote. Unter Umständen kann sich durch die Abgabe einer nichtigen Erklärung ein Schadensersatzanspruch ergeben, vgl. §§ 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB. **Im Zweifel** ist diejenige Auslegung des Vertrages vorzuziehen, die die Nichtigkeit des Vertrages vermeidet.

3. Ergänzende Vertragsauslegung

- 45 Wie zu Beginn erläutert, ist es bei Vertragsgestaltung, -verhandlung und -vereinbarung ohne übernatürliche Fähigkeiten schwer, in die Zukunft zu sehen und die rechtlichen Verhältnisse für alle möglicherweise eintretenden Fälle zu regeln. Häufig kommt es dazu, dass die Parteien bei Vertragsabschluss an eine bestimmte Situation **nicht gedacht** haben und der Vertrag diesbezüglich eine Lücke aufweist. Manchmal wird eine solche Lücke auch **bewusst** im Vertrag belassen, um in der Situation selbst die Handhabung neu zu vereinbaren und flexibel zu reagieren. Liegt eine **Regelungslücke** vor ist sie durch Gesetz oder die Ermittlung des **hypothetischen Parteiwillens** zu schließen.



Checkliste

- Regelungslücke (regelungsbedürftige Situation nicht vom Vertrag erfasst)
- Keine Ausnahme von Regelungslücke (Vertrag gilt abschließend oder keine Einigung in Vertragsverhandlungen)
- Einschlägige Gesetzesnorm zur Lückenausfüllung (vorrangige Anwendung)
- Ergänzende Vertragsauslegung (hypothetischer Parteiwille nach angemessener Interessenabwägung nach Treu und Glauben)
- Keine Ausnahme von ergänzender Vertragsauslegung (Ausnahme wegen Widerspruch zum Vertragsinhalt, Nichtigkeit bei Auslegung, Veränderung des Vertragskern, Unbestimmtheit oder Zweifel an Vertragsauslegung)

a) Regelungslücke

- 46 Voraussetzung für eine ergänzende Vertragsauslegung ist zunächst das Bestehen einer **Lücke** im Vertrag. Eine Vertragslücke besteht dann, wenn eine regelungsbedürftige Situation nicht von dem objektiven Regelungsinhalt des Rechtsgeschäfts erfasst wird. Erforderlich ist eine **Vervollständigungsbedürftigkeit** in dem Sinne,

dass ohne die gebotene Vervollständigung eine angemessene, interessengerechte Lösung nicht zu erzielen ist.²

Eine Regelungslücke kann von **Anfang** an bestehen oder **nachträglich** entstehen.⁴⁷ Sie kann beispielsweise schon bei Vertragsabschluss durch Unwirksamkeit einer Vertragsvereinbarung entstehen.³

Eine bewusst nicht geregelte Situation kann ebenfalls grundsätzlich eine Regelungslücke begründen. Jedoch sind einige **Ausnahmen** zu beachten: Keine Regelungslücke liegt vor, wenn die Parteien sich nicht für eine bestimmte Regelung entschieden haben und der Vertrag dennoch **abschließend** sein soll.⁴ Wenn sich die Parteien bei Vertragsschluss **nicht einigen** konnten und daher den strittigen Punkt bewusst offen gelassen haben, wird ebenfalls keine Lücke angenommen. Es ist nicht gewollt, durch ergänzende Vertragsauslegung das Verhandlungsergebnis zu korrigieren und dasjenige durchzusetzen, worauf man sich in der Verhandlung nicht einigen konnte.⁵

Keine Lücke liegt vor, wenn sich die Parteien zwar geeinigt haben, das Ergebnis aber für eine Partei zu einer **stärkeren Belastung** führt. Im Wege der Privatautonomie kann jeder selbst entscheiden und verhandeln, welche Verträge abgeschlossen und wie diese ausgestaltet werden sollen. Die ergänzende Vertragsauslegung dient nicht dazu, ungünstige Verträge zu korrigieren.

b) Ausfüllung durch Gesetz

Besteht eine Regelungslücke im Vertrag, ist diese **vorrangig durch Gesetz** zu schließen. Gibt es also für die Lücke eine einschlägige Norm, so kommt es gar nicht erst zu einer ergänzenden Vertragsauslegung.

Eine Ausnahme von dieser Regel besteht, sofern man den konkreten Vertrag nicht einem gesetzlich geregelten Vertragstyp zuordnen kann, zum Beispiel dem Kaufvertrag oder Mietvertrag. Je stärker der Vertrag einem gesetzlich normierten Vertragstyp ähnelt, desto eher ist **dispositives** (d.h. vertraglich abdingbares) **Recht** anzuwenden. Je weiter sich der Vertrag von den gesetzlichen Typen unterscheidet, desto eher bedient man sich der **ergänzenden Vertragsauslegung**.

Da das Gesetz sehr allgemein bestimmte Vertragsverhältnisse regelt, kann es durch die Heranziehung dispositiven Rechts zu Ungerechtigkeiten kommen. In **Einzelfällen** wird eine ergänzende Vertragsauslegung daher auch bei einschlägigen Normen angewandt.⁶

² BGH NJW 1993, 2935, 2936.

³ BGH NJW 1984, 1177.

⁴ BGH NJW 2009, 1348, Rz. 12.

⁵ BGH NJW 2010, 527, Rz. 33.

⁶ BGH NJW 2010, 1135, Rn 9.

c) Ausfüllung durch ergänzende Vertragsauslegung

- 53 Ergänzende Vertragsauslegung heißt, dass zur Regelung der Lücke im Rechtsgeschäft der **hypothetische Parteiwille** ermittelt wird. Es kommt also darauf an, was die redlichen Vertragsparteien vereinbart hätten, wenn sie nach angemessener Interessenabwägung nach Treu und Glauben bei Vertragsschluss den regelungsbedürftigen Fall bedacht hätten.⁷
- 54 Als **Hinweise** gelten dabei die im Kontext des Vertrages geregelten Vereinbarungen, der Vertragszweck, die Grundsätze von Treu und Glauben und die Verkehrssitte.
- 55 Grenzen findet die ergänzende Vertragsauslegung in dem Gedanken der Privatautonomie. Das Auslegungsergebnis darf **nicht im Widerspruch** zum tatsächlichen Parteiwillen oder Vertragsinhalt stehen. Ebenso darf es nicht zur **Nichtigkeit** der getroffenen Vereinbarung führen. Es darf nicht etwas gänzlich Neues zum Vertrag hinzufügen, denn zu ergänzen ist nur der **Vertragsinhalt**, nicht aber der **Vertragswille**. Kommen mehrere Auslegungsmöglichkeiten in Betracht und ist **unklar**, welche die Parteien gewählt hätten, ist eine ergänzende Vertragsauslegung auch nicht möglich.⁸
- 56 Unter den oben angeführten Gesichtspunkten des **inneren Willens** und des **objektiv Erklärten** wird ein Vertrag im Nachhinein gedeutet. Durch ergänzende Vertragsauslegung kann es bei **regelungsbedürftigen Lücken** im Vertrag zu weiteren Rechten und Pflichten für die Vertragsparteien kommen.



Praxistipp

Um die Auslegung zu vereinfachen, ist es empfehlenswert, im Vertrag den angestrebten Zweck des Vertragsschlusses und wichtiger Regelungen zu umschreiben. Es sollte dabei klargestellt werden, dass es sich dabei um eine Motiverklärung und nicht etwa eine Bedingung handelt, vgl. Rn 94 Kap. 2 [S. 22] Bedingungen und Befristungen.

III. Grenzen der Privatautonomie

- 57 Die Vertragsfreiheit als Teil der Privatautonomie kann selbstverständlich **nicht schrankenlos** gewährt werden. Wirtschaftliche und intellektuelle Unterschiede führen häufig dazu, dass sich **ungleich starke** Verhandlungspartner gegenüberstehen. Es bestünde die Gefahr, dass der überlegene Teil den Leichtsinn, die wirtschaftliche Abhängigkeit etc. des Schwächeren **ausnutzt**. Ohne Einschränkungen und Regelungen zum Schutze der schwächeren Vertragspartei wäre die marktwirt-

⁷ BGH NJW 2010, 1742, Rn 18.

⁸ BGH NJW 2009, 1482, Rn 24.

schaftliche Regulierungsfunktion der Vertragsfreiheit nicht zu gewährleisten. Einige Grenzen der Privatautonomie sollen im vorliegenden Überblick aufgezeigt werden.

1. Allgemeine Grundsätze

In einigen Rechtsgebieten, dem Sachen-, Familien- und Erbrecht, ist die Vertragsfreiheit des Einzelnen durch den sogenannten **Typenzwang** eingeschränkt. So gibt es im Sachenrecht beispielsweise nur die darin beschriebenen Arten von Eigentum und Besitz. Die Parteien können nicht untereinander neue Formen ausgestalten.

Bei **schuldrechtlichen Verträgen** genießen die Parteien jedoch viel Spielraum 59 für individuelle Vereinbarungen über den Leistungsaustausch. Begrenzt wird er nur durch allgemeine Grundsätze der Privatautonomie selbst. Beispielhaft hierfür ist die **Unwirksamkeit eines Vertrages zu Lasten Dritter**. Wenn jeder seine rechtlichen Beziehungen frei gestalten darf, dann kann es nicht sein, dass jemand ohne seine Mitwirkung an einen Vertrag gebunden wird, dem er nicht zugestimmt hat. Ein Vertrag zwischen zwei oder mehr Personen, der unmittelbar einen Dritten belastet, ist folglich unwirksam.

Beispiel

A und B einigen sich untereinander, dass A dem B seine Stereoanlage verkauft. Sie einigen sich, dass C, der davon nichts weiß, sie bezahlen soll.

Weil dies einen Vertrag zu Lasten Dritter darstellt, trifft C keine Zahlungspflicht.



Gleiches gilt bei Verträgen zu Lasten der Allgemeinheit, also einer „Mehrheit Dritter“. Dies kommt in **Genehmigungsvorbehalten** der Behörden, spezialgesetzlichen Regelungen oder aber auch in den allgemeinen Regelungen gemäß §§ 134, 138 BGB zum Ausdruck.

2. Gestaltungsverbote

Die Paragraphen 134 und 138 BGB stellen die wichtigsten, allgemeinen Gestaltungs- 61 verbote des BGB dar.

a) Gesetzliches Verbot, § 134 BGB

Nach § 134 BGB sind Rechtsgeschäfte, die gegen ein **gesetzliches Verbot** verstößen, 62 nichtig, sofern sich aus dem Gesetz nichts anderes ergibt. Diese Regelung umfasst den **Inhalt**, also den bezweckten Erfolg, und die **Vornahme**, die konkrete Erfüllungshandlung, des Rechtsgeschäftes.

Ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot führt nicht automatisch zur Nichtig- 63 keit des gesamten Rechtsgeschäftes. Es liegt nur ein gesetzliches Verbot gemäß § 134

BGB vor, wenn durch eine Norm ein grundsätzlich **mögliches** Rechtsgeschäft für **bestimmte Fälle** mit Blick auf seinen Inhalt, den bezweckten Erfolg oder seine Vornahme **untersagt** wird.

- 64 Liegt ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot vor, so ist zunächst auf den Sinn und Zweck des Verbotes abzustellen. Abhängig davon, wer durch das Verbot **geschützt** werden soll und wer **Kenntnis** von der Verbotswidrigkeit hat, kann das Rechtsgeschäft wirksam bleiben oder nichtig werden. Verstoßen nur einzelne Klauseln gegen ein Verbotsgebot, so können auch nur diese nichtig werden, sofern das Verbotsgebot den übrigen Vertrag **billigt**.



Beispiel

A und B schließen einen Darlehensvertrag ab und vereinbaren, dass Forderungen aus dem Vertrag nicht abgetreten werden können. B tritt seine Forderung dennoch an C ab. Hier liegt kein Verstoß gegen ein Verbotsgebot vor, weil die Abtretung bereits aufgrund einer Vereinbarung zwischen den Parteien nichtig ist (vgl. § 399 2. Alt. BGB). D und der Werkstattbetreiber E schließen einen Werkvertrag über die Reparatur von Ds Auto ab. E führt die Reparatur mangelhaft durch. Später stellt sich heraus, dass E seinen Betrieb nicht anmeldet hatte. D wusste hiervon nichts. Hier handelt es sich, weil D keinen entsprechenden Vorsatz hatte, um einen einseitigen Rechtsverstoß des E gegen das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit. Wäre das gesamte Rechtsgeschäft nichtig, wäre der schützenswerte D durch Verlust seiner Gewährleistungsrechte bestraft. D und E verabreden die Reparatur „ohne Rechnung“. E repariert den Wagen mangelhaft. Hier ist D nicht mehr schützenswert, weil ihm der Verstoß gegen das Schwarzarbeitsgesetz bewusst war. Das Rechtsgeschäft ist nichtig. D hat keine Gewährleistungsansprüche gegen E.

b) Sittenwidrigkeit und Wucher, § 138 BGB

- 65 Nach § 138 Abs. 1 BGB ist ein Rechtsgeschäft, das gegen die **guten Sitten** verstößt, als von Anfang an nichtig anzusehen. In Abs. 2 wird ein Rechtsgeschäft insbesondere dann für nichtig erklärt, wenn jemand **sich** oder einem **Dritten** unter **Ausbeutung** der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen für eine Leistung **Vermögensvorteile** versprechen oder gewähren lässt, die in einem **auffälligen Missverhältnis** zu der Leistung stehen.
- 66 § 138 BGB dient als **Auffangtatbestand** für all solche Rechtsgeschäfte, die zwar nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstößen, vgl. § 134 BGB, aber dennoch in einem solchen Ausmaß die Unterlegenheit des Vertragspartners ausnutzen, dass deren Wirksamkeit nicht mit dem **Minimum gemeinsamer Werte** unserer Gesellschaft vereinbar ist. Die Norm gebietet nicht, dass Verträge altruistisch geschlossen werden sollen. Jeder darf und soll in der Marktwirtschaft versuchen, in Verhandlungen einen Vorteil zu erlangen. Aber dies soll nicht um jeden Preis geschehen.
- 67 Die „guten Sitten“ werden als unbestimmter Rechtsbegriff von der Rechtsprechung ausgelegt und konkretisiert. Man versteht darunter „das **Anstandsgefühl**

aller billig und gerecht Denkenden“. Möchte man nun untersuchen, ob ein Sachverhalt unter diese Regelung fällt, ist diese Beschreibung genauso wenig hilfreich wie der Ausgangsbegriff. Sittenwidrigkeit soll vorliegen in Fällen eines **objektiven** Sittenverstoßes und einer dabei verwerflichen Gesinnung, einem **subjektiven** Sittenverstoß. Ein Plus in einen Bereich, kann ein Minus im anderen ausgleichen.

Ein Verstoß gegen die guten Sitten und eine damit einhergehende Nichtigkeit **68** nach § 138 BGB ist allerdings nicht bei jedem zweifelhaften Rechtsgeschäft, sondern nur bei **besonders krassen Missverhältnissen** anzunehmen.

Beispiel

Die Bank lässt sich eine Forderung in Höhe von 10.000 € durch eine Sicherungsübereignung von Sicherungsgut im Wert von 50.000 € sichern.

Die Sicherungsübereignung ist als sog. Übersicherung sittenwidrig wegen Gefährdung der Sicherungsmöglichkeiten anderer Gläubiger.

A vermietet an den illegalen Einwanderer B eine winzige Wohnung für 2.000 € im Monat.

Dies ist sittenwidrig wegen Ausnutzung der Zwangslage des B.

Die Bank hat eine Forderung in Höhe von 50.000 € gegen C. Cs arbeitsloser Vater soll dafür eine selbstschuldnerische Bürgschaft unterschreiben.

Die Sittenwidrigkeit kann sich hier aus der Ausnutzung der familiären Verbundenheit und dem notwendigen Schutz des mittellosen Bürgen ergeben.



3. Formerfordernisse

Grundsätzlich gilt im deutschen Zivilrecht die **Formfreiheit** von Verträgen. Es **69** steht den Parteien frei, eine besondere Form für den Abschluss ihrer Verträge zu wählen.

Der Gesetzgeber sieht nur in wenigen wichtigen Ausnahmefällen ein Form- **70** erfordernis für die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts vor, beispielsweise bei der Eigentumsübertragung von Grundstücken gemäß § 311b Abs. 1 BGB. Formerfordernisse können dazu dienen, den Vertragsbeteiligten bewusst zu machen, dass das Rechtsgeschäft möglicherweise negative Folgen haben könnte (**Warnfunktion**), der Fixierung der vertraglichen Vereinbarungen (**Beweisfunktion**), der Nachvollziehbarkeit des Vertrages durch Dritte (**Kontrollfunktion**) und einer eventuellen Beratung durch einen Notar (**Beratungsfunktion**).⁹

Praxistipp

Unabhängig von bestehenden (gesetzlichen oder vertraglichen) Formerfordernissen ist es zu empfehlen, bei Verträgen mit hohen Geldsummen oder bei längeren Geschäftsbeziehungen einen schriftlichen Vertrag aufzusetzen. So kann man im Streitfall sein Gegenüber an der Vereinbarung



⁹ Vertiefende Ausführungen ab Rn 40 Kap. 6.

festhalten und hat die Sicherheit, dass sich niemand durch einfaches Leugnen des mündlichen Vertrages herauswindet. Es sagte auch schon Goethe: „Was man schwarz auf weiß besitzt, kann man getrost nach Hause tragen.“

4. Verbraucherverträge

- 71 Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern werden als Verbraucherverträge bezeichnet, vgl. § 310 Abs. 3 BGB. Für sie gelten in einigen Konstellationen zusätzliche **verbraucherschützende gesetzliche Regelungen**.
- 72 **Verbraucher** ist dabei nach § 13 BGB jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.
- 73 **Unternehmer** ist gemäß § 14 BGB eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt.
- 74 Durch den ergänzenden Schutz soll dem **wirtschaftlichen Ungleichgewicht** von Verbrauchern und Unternehmern **entgegengewirkt** werden. Es zeigt sich beispielsweise in verstärkten Widerrufsmöglichkeiten, §§ 355ff. BGB, oder stärkeren Gewährleistungsrechten im Verbrauchsgüterkauf, §§ 474ff. BGB.

5. Kontrahierungszwang

- 75 Sogar die Freiheit, selbst entscheiden zu können, mit wem man Verträge abschließt, kann in wenigen Einzelfällen beschränkt werden. Fälle in denen ein solcher Kontrahierungszwang herrscht, man also zum Abschluss des Vertrages gezwungen wird, sind typischerweise solche von Monopolen.
- 76 **Monopolstellungen** haben zumeist öffentlich-rechtliche Versorgungsunternehmen. Sie stellen wichtige Güter und Dienstleistungen des täglichen Bedarfs bereit. Der Einzelne kann sich diesen Leistungen nicht entziehen oder auf einen Konkurrenten ausweichen. Der Kontrahierungszwang ergibt sich hier meist aus spezialgesetzlichen Vorschriften.
- 77 Er kann sich jedoch auch **mittelbar** aus einer **Schadensersatzpflicht** aus § 826 BGB ergeben. Hat der Kläger einen Anspruch auf Schadensersatz aus dieser Norm, ist er nach §§ 249ff. BGB so zu stellen, als wäre das schädigende Ereignis nicht eingetreten, sprich es ist ein Vertrag abzuschließen.
- 78 Zur Begründung dieses Anspruches bedarf es einer **sittenwidrigen Schädigung**. Diese kann zum Beispiel durch **Monopolmissbrauch** vorliegen. Gemeint sind dabei nicht nur die zuvor genannten öffentlich-rechtlichen Monopolbetriebe, sondern auch wichtige private Geschäfte und Dienstleister zur Deckung des Lebensbedarfs oder kultureller und sozialer Bedürfnisse. Ob ein Monopol tatsächlich vorliegt, zum Beispiel in Form des einzigen Supermarktes im Dorf oder des einzigen Stadttheaters im großen Umkreis, hängt dabei vom **Einzelfall** ab.

6. Antidiskriminierungsvorschriften

Die freie Auswahl des Vertragspartners wird insbesondere im Arbeitsrecht durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) und die Umsetzung von EU-Richtlinien eingeschränkt.¹⁰ Ziel ist es nach § 1 AGG, **Benachteiligungen** aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen.

Zu einem Kontrahierungzwang führen diese Regelungen zwar nicht, allerdings kann man sich durch Verstoß dieser Vorschriften bezüglich eines eventuellen materiellen Schadens nach §§ 15 Abs. 1 und 2, 21 Abs. 2 AGG **schadensersatzpflichtig** machen.

7. Spezialgesetzliche Regelungen

Nur erwähnt seien an dieser Stelle weiterer spezialgesetzliche Regelungen in Bezug auf bestimmte Vertragsausgestaltungen, zum Beispiel bei Heranziehung von **Allgemeinen Geschäftsbedingungen**, und auf einigen Rechtgebieten, wie dem **Kartell- und Wettbewerbsrecht**. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit diesen Themen finden Sie ab S. 121 in Kapitel 6 Rn 68, 276, 315.

IV. Überblick Vertragsgestaltung

So unterschiedlich einzelne Verträge sind, so haben die meisten doch einige Punkte gemein, an die bei Vertragsgestaltung stets gedacht werden sollte. Einige von den nun folgenden Aspekten werden im Verlauf des Buches noch im Detail beleuchtet und sollen hier nur zum besseren Überblick aufgezählt werden.

Checkliste



- Essentialia Negotii
 - Leistungszeitpunkte (Erfüllbarkeit/Fälligkeit)
 - Aufschiebende/Aufhebende Bedingungen und Befristungen
 - Verjährung
 - Fairnessgebot
 - Sprachliche Gestaltung
 - Salvatorische Klausel
 - Vertragstypische Merkmale
-

¹⁰ Vgl. Richtlinie 2000/43/EG; Richtlinie 2000/78/EG; Richtlinie 2002/73/EG; Richtlinie 2004/113/EG.

1. Essentialia Negotii

- 83 Der Begriff der „essentialia negotii“ (lat. „Notwendigkeiten des Geschäfts“) umschreibt die Kernpunkte eines jeden Vertrages, über die sich die Kontrahierenden geeinigt haben müssen. Es muss hervorgehen, wer von wem was für welche Leistung erhält. Andernfalls kommt kein Vertrag zustande.



Praxistipp

Die Vertragsparteien sollten zu Beginn eines schriftlichen Vertrages klar erkennbar mit Name und Anschrift genannt werden. Die Hauptleistungen beider Parteien sollten im Anschluss daran beschrieben werden.

- 84 Alle darüber hinausgehenden Fragen bezüglich Gewährleistung, Haftung, Fälligkeit etc. können im Vertrag selbst oder durch Auslegung bestimmt werden.

2. Leistungszeitpunkte

- 85 Ist im Vertrag kein Leistungszeitpunkt bestimmt oder den Umständen zu entnehmen, kann der Gläubiger die Leistung **sofort** verlangen und der Schuldner sie sofort bewirken, vgl. § 271 Abs. 1 BGB. Je nach Art der Leistung kann es sich allerdings anbieten, den Zeitpunkt der Fälligkeit und/oder Erfüllbarkeit im Vertrag zu bestimmen.

a) Erfüllbarkeit

- 86 Erfüllbarkeit ist der Zeitpunkt, zu dem der Schuldner an den Gläubiger leisten **darf**. Leistet er dennoch schon vor Erfüllbarkeit, muss der Gläubiger die Leistung nicht gegen sich gelten lassen.



Beispiel

Die Bank gewährt A ein Darlehen über 10.000 €. Es soll frühestens nach fünf Jahren zurückgezahlt werden. A gewinnt währenddessen im Lotto und ist empört, als die Bank eine vorzeitige Rückzahlung nicht annehmen will.

Die Rückzahlungspflicht des A ist nicht vor Ablauf der fünf Jahre erfüllbar. Ob er dazu in der Lage ist oder nicht, ist nicht wichtig. Die Bank darf zu Recht darauf bestehen, die Rückzahlung des A erst nach Ablauf anzunehmen.

- 87 Die Bestimmung der Erfüllbarkeit ist zudem wichtig für einen eventuellen **Gläubigerverzug**. Für diesen muss zunächst Erfüllbarkeit eingetreten sein, der Schuldner muss die Leistung anschließend ordnungsgemäß angeboten haben und der Gläubiger muss die Annahme verweigert oder verzögert haben, vgl. §§ 293ff. BGB.
- 88 Der Schuldner hat die Leistung **ordnungsgemäß angeboten**, wenn er zur rechten Zeit, am rechten Ort als richtiger Schuldner an den richtigen Gläubiger vollständig

dig und mangelfrei die geschuldete Leistung erbracht hat. Nimmt der Gläubiger eine solche Leistung nicht oder nur verspätet an, befindet er sich ab diesen Zeitpunkt im Gläubigerverzug. Der Schuldner kann vom Gläubiger Ersatz der durch den Verzug entstandenen **Mehraufwendungen** verlangen, zum Beispiel Transport- und Lagerkosten. Zudem genießt er eine **Haftungsprivilegierung** und hat nur noch Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten. Zu einer **Befreiung** des Schuldners von der Hauptleistungspflicht kommt es dadurch selbstverständlich nicht.

Praxistipp

Eine Vereinbarung zur Erfüllbarkeit sollte aus dem Vertrag deutlich hervorgehen. Ist nämlich ein Zeitpunkt zur Leistung bestimmt, so ist im Zweifel davon auszugehen, dass der Gläubiger die Leistung zwar nicht vor diesem Zeitpunkt verlangen, der Schuldner sie aber schon erbringen darf, vgl. § 271 Abs. 2 BGB. Es sollte kein Raum für solche Zweifel gelassen werden.



Der Verzug endet mit Annahme der Leistung durch den Gläubiger oder mit dem **Untergang der Forderung**. Vertiefende Ausführungen dazu finden sich ab Rn 153 Kap. 8 „Verzug“.

b) Fälligkeit

Fälligkeit ist der Zeitpunkt, zu dem der Gläubiger die Leistung **verlangen** kann. Durch die Fälligkeit tritt **stets gleichzeitig Erfüllbarkeit** ein. Erfüllbarkeit kann jedoch, wie oben gesagt, schon vor Fälligkeit eintreten.

Beispiel

Nach Ablauf der fünf Jahre verlangt die Bank von A die Rückzahlung des Darlehens. A muss nun zahlen.



Eine Leistungspflicht ist grundsätzlich sofort fällig, vgl. § 271 Abs. 1 BGB, sofern die Parteien nichts Abweichendes vereinbart haben. Leistet der Schuldner dennoch nicht, kann er in den **Schuldnerverzug** versetzt werden. Dafür muss die fällige, noch mögliche und einredefreie Leistung des Schuldners nicht erbracht und der Schuldner gemahnt worden sein. Außerdem muss der Schuldner die nicht rechtzeitige Leistung zu vertreten haben.

Einredefrei ist ein Anspruch dann, wenn der Schuldner die Leistung **nicht verweigern** kann. Dies könnte er beispielsweise wegen Verjährung des Anspruchs oder Nichterbringung der ihm wiederum geschuldeten Gegenleistung.

Zudem muss der Schuldner vom Gläubiger **gemahnt** worden sein. Eine Mahnung ist die ernsthafte und ausdrückliche Aufforderung an den Schuldner, die Leistung zu erbringen. Was genau im Rahmen eines Schuldnerverzuges zu beachten ist und wie eine wirksame Mahnung gestaltet wird, wird ab Rn 184 Kap. 8 „Verzug“ erläutert.

3. Bedingungen und Befristungen

- 94 Eine weitere Möglichkeit, derer man sich bei Vertragsgestaltung bedienen kann, ist das Setzen von Bedingungen und Befristungen. Sie dienen dazu, den Eintritt oder den Wegfall der vertraglichen **Rechtswirkungen von dem Eintritt bestimmter Umstände oder von Terminen abhängig** zu machen. Sie können ein wichtiges Instrument der Vertragsgestaltung sein und dafür sorgen, dass Regelungslücken im Vertragswerk gar nicht erst entstehen.

a) Definition und Wirksamkeit

- 95 Unter **Bedingung** im Sinne von § 158 BGB ist ein objektiv **ungewisses** Ereignis zu verstehen. Die beiden Absätze des Paragraphen unterscheiden dabei zwischen aufschiebenden und auflösenden Bedingungen. Eine **aufschiebend** bedingte Vereinbarung entfaltet ihre Rechtswirkung erst mit Eintritt der Bedingung. Bei einer **auflösenden** Bedingung tritt die Rechtswirkung sofort ein, entfällt aber mit Bedingungseintritt. Bedingt wird können der gesamte Vertrag oder einzelne vertragliche Rechtswirkungen.
- 96 Soll die Rechtswirksamkeit dagegen von einem Ereignis abhängen, dessen Eintritt **gewiss** ist, so handelt es sich um eine **Befristung** nach § 163 BGB. Sie kann ebenfalls aufschiebende oder auflösende Wirkung haben. Um eine Befristung handelt es sich auch, wenn der Eintritt eines Ereignisses sicher ist, der genaue Zeitpunkt aber ungewiss (beispielsweise der Tod eines Menschen). Die Regelungen zur Bedingung gelten für die Befristung entsprechend.
- 97 Als ausschlaggebendes Ereignis kommt grundsätzlich **jedes künftige Ereignis** in Betracht, auch eine Handlung der Parteien (sogenannte Potestativbedingung) oder Dritter.¹¹ Die Vereinbarung einer Bedingung oder Befristung kann ausdrücklich oder auch konkludent erfolgen.
- 98 Einige Rechtsgeschäfte wurden vom Gesetzgeber für **bedingungsfeindlich** erklärt. So ist beispielsweise eine Bedingung oder Befristung bei der für die Übereignung eines Grundstückes erforderlichen Auflassung, vgl. § 925 Abs. 2 BGB, oder der Annahme oder dem Ausschlagen einer Erbschaft, vgl. § 1947 BGB, aus Gründen der Rechtssicherheit unwirksam.
- 99 Für die allgemeinen Wirksamkeitsvoraussetzungen des Rechtsgeschäftes, wie zum Beispiel Geschäftsfähigkeit, Willensmängel, Gutgläubigkeit oder insolvenzrechtliche Verfügungsbeschränkungen, kommt es auf den **Zeitpunkt des Vertragschlusses** an.

¹¹ OLG Frankfurt NJW-RR 1998, 1130, 1131.