
I. Das Zustandekommen des Individualvertrages

1. Das Modell des Vertragsschlusses durch Angebot und Annahme

Verträge sind **mehrseitige Rechtsgeschäfte**. In der Regel handelt es sich um zweiseitige Rechtsgeschäfte, die aus **zwei übereinstimmenden Willenserklärungen** bestehen. Kennzeichnend für den Vertragsschluss ist, dass die Parteien Willenserklärungen abgeben, die sich inhaltlich „decken“ und die besagen, dass eine bestimmte Regelung gelten solle. Eine bloße Willenseinigung („meeting of the minds“) genügt also nicht. Die Willensübereinstimmung muss sich auch darauf beziehen, dass der Abrede rechtliche Verbindlichkeit zukommen soll. Die Parteien können durch ihre übereinstimmenden Willenserklärungen ihre rechtlichen Beziehungen zueinander gestalten. Wesentliches Merkmal dieser „Rechtsgestaltung durch Vertrag“ ist der Konsens der Parteien. Legt man das zu Grunde, was wir bereits über die Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen gemäß §§ 133, 157 BGB gelernt haben, so ist klar, dass Konsens der Parteien nicht notwendigerweise auch bedeuten muss, dass der innere Wille der Parteien übereinstimmt. Vielmehr kommt es im Regelfall darauf an, dass die Willenserklärungen mit dem Inhalt, den sie bei einer Auslegung nach dem Empfängerhorizont auf objektiver Grundlage erfahren haben, übereinstimmen (so genannter „normativer Konsens“).

Das BGB kennt keine allgemeine Bestimmung, in der geregelt ist, wie sich der Vertragsschluss technisch vollzieht. Allerdings hat es in den §§ 145 ff. einige mit dem Vertragsschluss zusammenhängende Probleme geregelt. Aus dieser Regelung kann man entnehmen, wie sich das BGB den Mechanismus des Vertragsschlusses vorstellt. Grundsätzlich kommt ein Vertrag danach durch Angebot und Annahme zu Stande, also durch einen rechtlich verbindlichen Vorschlag einer Partei, dem die andere Partei vorbehaltlos zustimmt („Modell der sukzessiven Perfektion des Vertrages“).

Allerdings kommen in der Rechtswirklichkeit Verträge auch abweichend von diesem Mechanismus zu Stande. So kann es vorkommen, dass die Parteien nach längerer, kontroverser Verhandlung gemeinsam einen Vertragstext formulieren, dem sie dann durch ihre Unterschrift zustimmen. Ebenso kommt es häufig vor, dass die Parteien einen Dritten (z.B. einen Notar) damit beauftragen, einen Vertragsentwurf vorzubereiten, dem sie dann anschließend zustimmen. Wollte man in diesen Fällen des Vertragsschlusses das „Angebot-Annahme-Schema“ zu Grunde legen, so liefe das auf eine Fiktion hinaus: Jede Partei wäre dann Antragender und Annehmender zugleich. In diesen Fällen kommt es dann zum Vertragsschluss durch „Zustimmung der Parteien zu einem Vertragsentwurf“. Daraus kann man ableiten, dass der Vertragsschluss zwar in der Regel durch Angebot und Annahme erfolgt, dass aber andererseits dieser Mechanismus nicht die einzig mögliche Form des Vertragsschlusses ist. Für das Zustandekommen eines Vertrages ist somit nicht ein bestimmter Mechanismus ausschlaggebend, sondern alleine, dass die Parteien zwei übereinstimmende Willenserklärungen abgegeben haben.

a. Das Vertragsangebot

Das **Angebot** (auch Antrag oder Offerte genannt) ist eine **empfangsbedürftige Willenserklärung**. Vergegenwärtigt man sich den soeben erläuterten Mechanismus des Vertragsschlusses durch Angebot und Annahme, so ist einleuchtend, dass das Vertragsangebot inhaltlich so bestimmt sein muss, dass der Vertrag durch eine einfache, vorbehaltlose Annahmeerklärung zu Stande kommen kann. Dieses Erfordernis wird häufig auf die Kurzformel gebracht, dass ein Vertragsangebot dann **hinreichend inhaltlich bestimmt** ist, wenn es so formuliert ist, dass es mit einem bloßen „Ja“ der anderen Partei angenommen werden kann. Das setzt voraus, dass das Angebot alle regelungsbedürftigen Hauptpunkte, die für den jeweiligen Vertragstyp konstituierend sind (so genannte „essentialia negotii“), abdeckt. Bietet demnach der Verkäufer im Antiquariat dem Käufer ein bestimmtes Buch zum Kauf an, ohne einen Kaufpreis zu nennen, so hat der Verkäufer noch kein Vertragsangebot abgegeben, da der Kaufpreis zum konstituierenden

Mindestinhalt eines Kaufvertrages gehört (vgl. § 433 BGB). Dies könnte nur dann anders sein, wenn der Erklärung des Verkäufers durch Auslegung zu entnehmen wäre, dass er die Bestimmung des Kaufpreises dem Käufer oder einem Dritten (§§ 315 ff. BGB) überlassen wollte. Dies kommt jedoch nach der Interessenlage nur in seltenen Fällen einmal in Betracht.

Neben der hinreichenden inhaltlichen Bestimmtheit ist für ein Angebot erforderlich, dass die Erklärung erkennen lässt, dass der Antragende sich mit dieser Erklärung rechtlich binden will, dass er also den Vertrag mit dem Inhalt des Antrages gelten lassen will, wenn das Angebot angenommen wird („**Rechtsbindungswille**“). Dies ist dann nicht der Fall, wenn der Erklärende lediglich eine Einladung bzw. Aufforderung zur Abgabe von Angeboten (so genannte „**invitatio ad offerendum**“) abgeben will. Ob der Erklärende mit Rechtsbindungswillen gehandelt und damit nicht lediglich eine invitatio abgegeben hat, lässt sich, wie bereits im Verlaufe der Vorlesung erörtert, mithilfe der Auslegung (§§ 133, 157 BGB) ermitteln. Meist kommt es hierbei entscheidend auf die Verkehrssitte und die Interessenlage des Antragenden an. Typische **Beispiele** für eine invitatio ad offerendum sind z.B. die „Angebote“ in Katalogen, Reklamezetteln, Postwurfsendungen, Zeitungsinseraten, Schaufensterauslagen oder Speisekarten. Der fehlende Rechtsbindungswille wird in diesen Fällen damit begründet, dass der Anbieter wegen der unübersehbaren Zahl der Erklärungsadressaten sich erkennbar noch nicht binden will, da er sonst unter Umständen Verträge abschließen muss, die seine Warenvorräte oder sonstigen Kapazitäten weit übersteigen, so dass er sich wegen Nichterfüllung schadensersatzpflichtig macht.

Umstritten ist insbesondere, ob schon im Aufstellen von Waren im Supermarkt ein Vertragsangebot gesehen werden kann. Dies soll verdeutlicht werden an folgendem **Fall**:

Die Großhandelskette „A-Markt“ überrascht Kunden und Wettbewerber kurz vor dem Einsetzen des Weihnachtsgeschäfts mit dem „Angebot“ eines leistungsfähigen Personalcomputers zu einem sehr günstigen Preis. Der Computerfachhändler C ärgert sich darüber maßlos, weil er zu Recht befürchtet, dass ihm dadurch das bevorstehende Weihnachtsgeschäft „vermasselt“ wird. Kurz entschlossen begibt er sich mit einigen Mitarbeitern zur Filiale des „A-Markts“ in seiner Heimatstadt, transportiert alle noch vorhandenen Computer zur Kasse und erklärt der verdutzten Verkäuferin V, er wolle alle Geräte kaufen. Der alsbald hinzu gerufene Filialleiter F erklärt, man wolle C keine Computer verkaufen. C ist dagegen der Auffassung, es sei längst ein Vertrag zu Stande gekommen. Wer hat Recht ?

Wenn man bereits im Aufstellen der mit einem Preis ausgezeichneten Waren in einem Selbstbedienungsladen ein Vertragsangebot sieht, dann kommt in diesen Läden ein Kaufvertrag regelmäßig dadurch zu Stande, dass der Käufer die Ware an der Kasse vorlegt; das Herausnehmen der Ware aus dem Regal genügt dagegen noch nicht, weil dieses Verhalten bei objektiver Betrachtung noch keinen hinreichenden Schluss auf die Kaufabsicht des Kunden zulässt, es vielmehr diesem nach der Verkehrssitte unbenommen bleibt, die Ware bis zum Vorzeigen an der Kasse jederzeit wieder in das Regal zurückzulegen. Durch das Vorzeigen aller noch vorhandenen Computergeräte an der Kasse hätte C somit nach dieser Auffassung das Kaufvertragsangebot des „A-Marktes“ angenommen.

Es ist allerdings äußerst fraglich, ob man bereits dem Aufstellen von Waren im Selbstbedienungsladen durch Auslegung (§§ 133, 157 BGB) die Bedeutung eines rechtlich verbindlichen Angebotes entnehmen kann. Dagegen spricht alleine schon der Umstand, dass es sich in einem Geschäft - wie auch der Kunde weiß - nie ganz vermeiden lässt, dass es zu Falschauszeichnungen kommt. In diesem Fall will der Geschäftsinhaber aber erkennbar noch die Möglichkeit haben, von dem Geschäft zu diesen Bedingungen Abstand zu nehmen. Darüber hinaus ist es auch nicht ganz auszuschließen, dass der Geschäftsinhaber mit einem bestimmten Kunden keinen Vertrag schließen will, etwa weil dieser z.B. wegen vorangegangener Ladendiebstähle oder Beleidigungen des Personals Hausverbot hat oder aber weil er wie in unserem Fall als Konkurrent Sonderangebote durch Massenaufkauf zunichte machen will. Es ist zwar zuzugeben, dass diese Vorkommnisse in dem meist nahezu anonymen Geschäftsbetrieb die Ausnahme darstellen und dass der Geschäftsinhaber potentiell mit allen Kunden „ins Geschäft kommen“ will, doch ändert dies nichts daran, dass der Geschäftsinhaber ein schutzwürdiges Interesse daran hat, nicht in jedem Falle schon durch das Aufstellen der Ware gebunden zu sein. Legt man diese Interessenlage zu Grunde, so spricht sehr vieles dafür, mit der herrschenden Meinung in dem Aufstellen der ausgezeichneten Ware lediglich eine *invitatio ad offerendum* zu sehen. Der Vertragsschluss in einem Selbstbedienungsladen vollzieht sich dann also dadurch, dass der Kunde durch das Vorzeigen der Ware an der Kasse ein Angebot abgibt, das die Kassiererin durch das Verbuchen des Preises in der Registrierkasse annimmt.

Folgt man dieser Auffassung, so hat der „A-Markt“ alleine durch das Aufstellen der Computer in den Verkaufsräumen noch kein Angebot abgegeben. Damit ist in der Erklärung des C an der Kasse auch noch keine Annahmeerklärung sondern ein Vertragsangebot zu sehen, das der „A-Markt“ nicht angenommen hat und auch nicht anzunehmen verpflichtet war. Es ist somit kein Kaufvertrag zwischen C und dem A-Markt zu Stande gekommen.

Das Vertragsangebot kann an eine bestimmte Person, aber auch an eine unbestimmte Vielzahl von Personen gerichtet sein. Im letzteren Fall ist aber dem Angebot meist durch Auslegung eine konkludente Beschränkung der Leistungspflicht auf den vorhandenen Warenvorrat zu entnehmen. Man spricht in diesen Fällen von einer **Offerte „ad incertas personas“**. Ein typisches Beispiel für ein solches Angebot an einen unbestimmten Personenkreis stellt die Aufstellung eines Warenautomaten dar. Die ganz herrschende Meinung sieht in der Aufstellung eines Warenautomaten ein Angebot auf Abschluss eines Kaufvertrages an jedermann, das auf den Vorrat beschränkt ist und unter Bedingung abgegeben wird, dass der Apparat funktioniert und dass der Kunde den Automaten ordnungsgemäß bedient (vgl. dazu den Fall „Der Warenautomat“).

Da das Vertragsangebot eine Willenserklärung ist, kann es nach dem, was wir bereits über Willenserklärungen gelernt haben, auch konkludent abgegeben werden. Ein wichtiger Sonderfall konkludent abgegebener Vertragsangebote sind die so genannten **„Realofferten“**, bei denen die angebotene Ware dem potentiellen Vertragspartner rein tatsächlich zugänglich gemacht wird, sodass er durch ihre Verwendung ebenfalls konkludent die Vertragsannahme erklärt. Ein Beispiel für Realofferten sind etwa die Brezeln oder Semmeln am Gasthaustisch, der Betrieb eines Warenautomaten oder aber die Zusendung unbestellter Waren.

Der Antrag löst gemäß § 145 BGB eine Bindung für den Antragenden aus, es sei denn, dass er die Gebundenheit ausgeschlossen hat. Die **Bindungswirkung des Antrags** äußert sich nicht nur in der Unwiderruflichkeit des Antrages bis zu dessen Erlöschen (§ 146 BGB), sondern nach herrschender Meinung darüber hinaus in einem aus der Bindungswirkung resultierenden gegenseitigen **Vertrauensverhältnis mit gegenseitigen Sorgfaltspflichten**, deren Verletzung eine Haftung aus culpa in contrahendo (cic) begründet. Wird der Vertragsgegenstand von dem Antragenden trotz bestehender Bindungswirkung schuldhaft zerstört, so haftet er dem Angebotsempfänger auf Schadensersatz. Dabei ist allerdings umstritten, ob der Antragende analog § 160 BGB auf das positive Interesse haftet, d.h. den Angebotsempfänger so stellen muss, wie er bei ordnungsgemäßer Vertragserfüllung stünde oder ob er lediglich auf das negative Interesse haftet, d.h. den Angebotsempfänger so stellen muss, wie dieser stünde, wenn er das Angebot nie erhalten hätte. Jedenfalls verleiht die Bindungswirkung dem Angebotsempfänger die durch den Antragenden nicht mehr einseitig entziehbare Möglichkeit, den Vertragsschluss durch die Annahmeerklärung herbeizuführen (Annahmeposition).

Der Antragende kann also ein **Interesse** daran haben, die **Bindungswirkung** des Antrages gemäß § 145 BGB letzter Halbsatz **auszuschließen** oder zu begrenzen.

Hierzu werden in der Praxis gerne Formulierungen wie „freibleibend“, „ohne obligo“ oder „unverbindlich“ gewählt. Da diese Wendungen aber zum Ausdruck bringen, dass sich der Erklärende nicht nur die Möglichkeit offen halten möchte, den Antrag gegebenenfalls zu widerrufen, sondern dass er darüber hinaus auch noch nach dem Zugang der Annahmeerklärung frei darüber entscheiden möchte, ob es zum Vertragsschluss kommt oder nicht, qualifiziert die ganz herrschende Meinung eine mit diesen Wendungen versehene Erklärung nicht als Antrag, bei dem die Gebundenheit ausgeschlossen ist, sondern als **invitatio ad offerendum**. Allerdings bewirkt eine solche Erklärung immerhin eine Erklärungsobliegenheit. Das bedeutet, dass das Schweigen des Erklärenden auf ein Angebot, das ihm auf sein „unverbindliches Angebot“ hin gemacht wird, nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte als Annahme gewertet werden kann. Der Antragende kann seinen Antrag aber auch gemäß § 145 BGB letzter Halbsatz mit einem „**Widerrufsvorbehalt**“ versehen. In diesem Fall kann der Antragende sein Angebot jederzeit bis zum Zugang der Annahmeerklärung widerrufen. Ob der Erklärende nur eine invitatio ad offerendum oder aber schon einen Antrag mit Widerrufsvorbehalt abgegeben hat, ist durch Auslegung zu ermitteln. Ein Antrag mit Widerrufsvorbehalt wird insbesondere bei der Klausel „Zwischenverkauf vorbehalten“ angenommen.

Die mit der Bindungswirkung des Antrags verbundenen Folgen begründen ein Interesse des Antragenden, nicht auf ewig sein Vertragsangebot aufrechterhalten zu müssen, zumal er es bei Nichtannahme unter Umständen einem anderen Interessenten unterbreiten möchte. Die Bindungswirkung des Angebotes ist beseitigt und das Angebot kann auch nicht mehr angenommen werden, wenn der Antrag erlischt. Dies ist gemäß § 146 1. Alt. BGB dann der Fall, wenn der Antrag dem Antragenden gegenüber abgelehnt wird. Der Antrag erlischt aber auch (§ 146 2. Alt. BGB), wenn er nicht rechtzeitig angenommen wurde.

Der einfachste Fall **nicht rechtzeitiger Annahme** ist der, dass der Antragende eine **Frist** bestimmt hat, die die andere Partei nicht einhält. Die Fristsetzung ist für den Antragenden vorteilhaft, da sie für alle Beteiligten klarstellt, wann die Bindungswirkung des Antrages erlischt. Die Fristsetzung ist ein rechtsgeschäftlicher Akt, bei dem der Antragende völlig frei ist. Die Frist kann also nicht auf ihre Angemessenheit hin überprüft und gegebenenfalls korrigiert werden. Sie wird in der Regel ausdrücklich erklärt, kann aber auch konkludent erklärt werden. Eine solche konkludente Angebotsbefristung kann sich aus der Natur des angestrebten Rechtsgeschäfts ergeben. Ein Paradebeispiel hierfür ist das Angebot zum Kauf eines Loses, das für den Erklärungsempfänger erkennbar die Befristung erhält, dass es nur bis zur Ziehung des Loses angenommen werden kann. Hat der

Antragende keine Frist bestimmt, so ist gemäß § 147 BGB zu entscheiden, innerhalb welcher Zeitspanne das Angebot angenommen werden kann.

Hierbei wird - wie schon beim Zugang - wieder die Frage relevant, ob die Willenserklärung unter Anwesenden oder unter Abwesenden abgegeben wurde. Wie wir bereits im Rahmen der Vorlesung erfahren haben, versteht das BGB unter „Anwesenheit“ die Möglichkeit unmittelbarer Kommunikation der Parteien. Daher ist ein Antrag auch dann einem Anwesenden gegenüber abgegeben, wenn er mittels Fernsprecher von Person zu Person gestellt wurde, wie § 147 Abs. 1 Satz 2 BGB beispielhaft hervorhebt.

Wird das **Angebot einem Anwesenden gegenüber** abgegeben, so kann es von diesem nur „sofort“ angenommen werden. Dabei bedeutet sofort zwar nicht, dass das Angebot „in Sekundenschnelle“ angenommen werden muss, wohl aber, dass die Annahme so schnell wie objektiv möglich erfolgen muss. Selbst schuldloses Zögern verhindert also bei einem Antrag unter Anwesenden das Zustandekommen eines Vertrages. Der **einem Abwesenden gemachte Antrag** kann dagegen noch bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten konnte (§ 147 Abs. 2 BGB). Zur Ermittlung dieses Zeitraums hat es sich als sinnvoll erwiesen, die Zeit seit der Abgabe des Angebots in die jeweilige Transportfrist von Angebot und Annahme und in eine Überlegungsfrist zu unterteilen. Wie diese Fristen jeweils zu bemessen sind, hängt naturgemäß sehr vom Einzelfall ab, wobei sowohl die allgemeinen Umstände (z.B. Streik der Post, normale Beförderungsdauer eines Briefes) als auch die dem Antragenden bekannten besonderen Umstände auf Empfängerseite (z.B. Krankenhausaufenthalt, urlaubsbedingte Abwesenheit) zu berücksichtigen sind. Im Hinblick auf die Überlegungsfrist spielen insbesondere Art und Inhalt des Antrages eine wichtige Rolle. Dabei muss man z.B. mit einer längeren Zeit rechnen, wenn das Angebot einen komplexen Inhalt hat, der Empfänger noch Erkundigungen einholen oder Berechnungen anstellen muss oder wenn das Geschäft mit erheblichen Risiken verbunden ist.

Die **Transportfrist der Annahmeerklärung** hängt auch stark davon ab, welches Transportmedium die antwortende Partei wählen wird. Dabei kann der Antragende im Zweifel von dem Grundsatz der „Korrespondenz der Beförderungsmittel“ ausgehen. Dies bedeutet, dass der Antragende mit einer Antwort per E-Mail rechnen kann, wenn er seinerseits das Angebot per E-Mail übermittelt hat, dass er aber grundsätzlich nicht davon ausgehen kann, sein per Briefpost übersandtes Angebot werde per E-Mail beantwortet.

Geht die Annahmeerklärung dem Antragenden verspätet zu (§§ 147 Absatz 2, 148 BGB), so kann sie keinen Vertragsschluss mehr herbeiführen. Die verspätete Annahme eines Antrages gilt vielmehr als neuer Antrag (§ 150 Absatz 1 BGB). Dieser Grundsatz erfährt aber dann eine Ausnahme, wenn die dem Antragenden verspätet zugegangene Annahmeerklärung für diesen erkennbar auf verkehrüblichem Wege dergestalt abgesendet worden ist, dass sie dem Antragenden bei regelmäßiger Beförderung rechtzeitig zugegangen sein würde. In diesem Fall wird nämlich der rechtzeitige Zugang der Annahmeerklärung gemäß § 149 Satz 2 BGB fingiert, wenn nicht der Antragende ohne schuldhaftes Zögern eine Verspätungsanzeige an den Annehmenden absendet.

b. Die Vertragsannahme

Die Annahme eines Angebotes erfolgt **durch eine an den Antragenden gerichtete**, grundsätzlich **empfangsbedürftige Willenserklärung**. Der Inhalt einer Annahmeerklärung besteht in einer einschränkungslosen Bejahung des Antrages. Erfolgt die „Annahmeerklärung“ dagegen unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Änderungen, so gilt diese Erklärung gemäß § 150 Absatz 2 BGB als Ablehnung verbunden mit einem neuen Antrag. § 150 Absatz 2 macht damit deutlich, dass die Annahme inhaltlich mit dem Antrag übereinstimmen muss. Ob dies der Fall ist, muss durch Auslegung (§§ 133, 157 BGB) sowohl des Antrags wie der auf ihn folgenden Willenserklärung der anderen Partei ermittelt werden. Dies wird in Lehrbüchern häufig am Beispiel der Bestellung einer vom Angebot abweichenden Warenmenge diskutiert.

Bestellt die auf das Angebot antwortende Partei weniger als in dem Antrag angeboten wurde, so hängt es alleine von der Auslegung des Vertragsangebotes ab, ob diese Willenserklärung eine Annahme darstellt. Ist dem Angebot nämlich zu entnehmen, dass die in ihm genannte Menge lediglich eine Höchstmenge darstellen sollte, dass der Antragende aber auch mit jeder Annahme, die unter dieser Höchstmenge bleibt, einverstanden ist, dann kommt auch durch die Bestellung einer geringeren als der im Angebot genannten Warenmenge ausnahmsweise ein Vertrag zu Stande. Bestellt der Antragsempfänger dagegen eine größere als die im Angebot genannte Menge, so entscheidet die Auslegung der „Bestellung“ darüber, ob diese zum Vertragsschluss führt. Dies ist dann der Fall, wenn die Erklärung „teilbar“ ist, d.h. wenn man ihr entnehmen kann, dass sie als mit einem Angebot über die Restmenge verbundene Annahmeerklärung zu verstehen ist.

Die Annahme kann als Willenserklärung wie das Angebot auch **konkludent** erklärt werden. Dabei braucht die Annahme nicht einmal gegenüber dem Antragenden erklärt zu werden, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie verzichtet hat (§ 151 Satz 1 BGB). Unter

den Voraussetzungen des § 151 Satz 1 BGB ist also die Annahmeerklärung ausnahmsweise nicht empfangsbedürftig. Dies macht es möglich, dass die **Annahme durch Erfüllungs-, Aneignungs- oder Gebrauchshandlungen** erklärt werden kann. Eine Annahme durch eine Erfüllungshandlung kommt z.B. dann in Betracht, wenn das Versandunternehmen auf eine Bestellung eines Kunden hin, die an den Besteller adressierte Ware zur Post aufgibt oder wenn der Hotelbesitzer auf eine kurzfristige, telegraphische Bestellung hin, den Gast in das Gästeverzeichnis einträgt und andere Gäste abweist. Im ersteren Fall greift § 151 Satz 1 BGB deshalb ein, weil im Versandhandel eine entsprechende Verkehrssitte besteht, im letzteren Fall, weil der Kunde, der so kurzfristig ein Hotelzimmer bestellt, konkludent auf den Zugang der Annahmeerklärung verzichtet hat.

Eine Annahme durch Aneignungs- oder Gebrauchshandlungen ist etwa anzunehmen, wenn der Empfänger unbestellt zugesandter Waren, diese in Gebrauch nimmt, z.B. indem er seinen Namen in ein zugesandtes Buch schreibt und es liest (vgl. dazu den Fall „Unbestellte Ware“). Die Vertragsannahme durch Aneignungs- oder Gebrauchshandlungen wird daher in erster Linie bei Realofferten in Betracht kommen. Einer Realofferte wird man regelmäßig auch einen konkludent erklärten Verzicht auf den Zugang der Annahme im Sinne des § 151 Satz 1 2. Alt. BGB entnehmen können.

Die Rechtsnatur der nach § 151 Satz 1 BGB nicht empfangsbedürftigen Annahme ist streitig. Überwiegend wird in einer solchen Annahme eine ganz normale Willenserklärung gesehen, die eben nur nicht empfangsbedürftig ist. Damit ließen sich die obigen Beispiele der Annahme durch Erfüllungs-, Gebrauchs- oder Aneignungshandlungen ganz einfach als konkludente Willenserklärungen einordnen. Demgegenüber wird aber auch vertreten, bei der nicht empfangsbedürftigen Annahme handele es sich nicht um Willenserklärungen, sondern um davon zu unterscheidende „Willensbetätigungen“. Dies wird damit begründet, dass die Willenserklärung ihrer Grundstruktur nach einen Kundgabezweck verfolge, während die Willensbetätigung lediglich durch Herstellung eines tatsächlichen Zustandes Rechtsfolgen herbeiführe, ohne dass es dabei auf die Willenskundgabe des Erklärenden ankomme. Diesem Streit kommt jedoch keine praktische Relevanz zu, da die Willensbetätigungen im Wesentlichen nach den gleichen Regeln wie die Willenserklärungen behandelt werden sollen.

Vergegenwärtigt man sich noch einmal, dass eine Annahmeerklärung die vorbehaltlose Zustimmung zum Vertragsangebot erfordert, dann kann bei „sich überkreuzenden Anträgen“ in keiner der Willenserklärungen eine Annahmeerklärung gesehen werden, auch wenn eine der Erklärungen der anderen zeitlich nachfolgt. So liegt es z.B. wenn A dem B einen Brief schreibt, in dem er

ihm seinen Pkw für 10.000 Euro anbietet und B, ohne den Brief des A zu kennen, dem A schreibt, er wolle den Pkw des A für 10.000 Euro erwerben. Da in diesem Fall in keiner der Erklärungen die auf den Antrag der einen Partei Bezug nehmende Zustimmung der anderen Partei gesehen werden kann, kommt es hier nicht zum Vertragsschluss durch Angebot und Annahme. Es wird daher die Ansicht vertreten, dass bei inhaltlich übereinstimmenden sich überkreuzenden Willenserklärungen kein Vertrag zu Stande komme, da ein Vertragsschluss auf jeden Fall voraussetze, dass die Willenserklärungen der Parteien mit Bezug aufeinander abgegeben werden. Es genüge demnach für den Vertragsschluss nicht, dass die Erklärungen ohne Bezug nebeneinander herlaufen. Demgegenüber wird kritisch eingewandt, dass der Vertragsschluss lediglich zwei sich inhaltlich deckende Willenserklärungen der Parteien voraussetze. Für den Vertragsschluss durch sich überkreuzende, aber übereinstimmende Erklärungen komme es demnach nur darauf an, dass innerhalb der Annahmefrist der jeweiligen Anträge von der anderen Partei der Wille erklärt werde, die vertragliche Regelung in Geltung zu setzen.

Ein **zusätzliches Problem** des Vertragsschlusses kann daraus resultieren, dass der **Antragende nach der Abgabe der Willenserklärung stirbt**. Man könnte annehmen, dass in diesem Fall eine Willenserklärung, die dem Empfänger noch nicht zugegangen ist, unwirksam wird. Das BGB hat in § 130 Abs. 2 aber genau das Gegenteil angeordnet: „Auf die Wirksamkeit der Willenserklärung ist es ohne Einfluss, wenn der Erklärende nach der Abgabe stirbt oder geschäftsunfähig wird“. § 130 Abs. 2 BGB ist seinem Wortlaut nach auch dann erfüllt, wenn der Erklärende Vorkehrungen getroffen hat, durch die der Zugang der Erklärung bewusst auf die Zeit nach seinem Tod hinausgeschoben wird. Die ganz herrschende Meinung belässt es denn auch grundsätzlich bei diesem Ergebnis und macht lediglich für den Fall des Widerrufs bestimmter bindend gewordener Verfügungen von Todes wegen (Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament nach §§ 2271 Abs. 1 Satz 1, 2296 BGB; Rücktritt vom Erbvertrag nach §§ 2293, 2296 BGB) eine Ausnahme (vgl. nur Roth, Andreas, NJW 1992, 791).

Im Allgemeinen hindert also der Tod des Erklärenden das Wirksamwerden einer vor seinem Tode abgegebenen Erklärung mit deren Zugang nicht. Damit ist aber noch nicht gesagt, ob ein Vertragsangebot auch noch angenommen werden kann, wenn der Antragende nach der Abgabe der Willenserklärung gestorben ist. Dies hängt gemäß § 153 BGB vom Willen des Antragenden ab. Dabei ist grundsätzlich davon auszugehen, dass das Angebot auch im Falle des zwischenzeitlichen Versterbens des Antragenden fortgelten soll, es sei denn, dass ein anderer Wille des Antragenden anzunehmen ist. Dabei ist fraglich, was unter dem „Willen“ des Antragenden zu verstehen ist. Davon hängt wiederum ab, wie dieser Wille zu ermitteln ist. Nach der herrschenden Meinung handelt es sich bei dem „Willen“ im

Sinne des § 153 BGB um den hypothetischen Willen des Antragenden (vgl. MüKo-Kramer, § 153 Rdnr. 3). Nach dieser Auffassung ist also aus den tatsächlichen Umständen (z.B. durch Befragung von Zeugen) zu ermitteln, ob der Antragende das Angebot auch dann hätte gelten lassen wollen, wenn er bei der Abgabe vorausschauend seinen Tod bedacht hätte. Da es bei dieser Betrachtungsweise nur auf den Willen des Erklärenden ohne Rücksicht darauf ankommt, ob dieser Wille für den Erklärungsempfänger auch erkennbar war, wird von den Vertretern dieser Auslegung dem Empfänger ein Ersatz des Vertrauensschadens analog § 122 BGB zugebilligt, wenn er im Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrages bereits Dispositionen getroffen hat, die sich im Nachhinein als nutzlos erweisen.

Demgegenüber versteht eine beachtliche Mindermeinung unter dem „Willen“ im Sinne des § 153 BGB den durch Auslegung der Willenserklärung nach §§ 133, 157 BGB zu ermittelnden normativen Willen des Erklärenden (vgl. so etwa MüKo-Kramer, § 153 Rdnr. 3). Danach müsste man den Willen danach ermitteln, ob der Empfänger der Erklärung nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte entnehmen konnte, dass der Antragende die Erklärung auch für den Fall seines Todes aufrechterhalten wollte.

Welcher Auffassung man sich letztlich auch anschließen will, so ist nach allen Auffassungen § 153 BGB jedenfalls zu entnehmen, dass man im Zweifel von der Annahmefähigkeit einer vor dem Tode des Erklärenden abgegebenen Willenserklärung auszugehen hat.

Typische **Beispiele** eines beim Tode des Antragenden ausnahmsweise nicht annahmefähigen Antrages sind etwa Bestellungen für den persönlichen Bedarf oder Angebote persönlich zu erbringender Leistungen (Beispiel: Schlagersänger bietet einen Auftritt in einer Fernsehsendung an und verstirbt nach Absendung des Angebotes).

2. Einigungsmängel

Vom Vertragsschluss durch übereinstimmende Willenserklärungen, dem **Konsens**, ist die Nichtübereinstimmung zweier Willenserklärungen, der **Dissens**, zu unterscheiden. Diese Unterscheidung ist deshalb wichtig, weil in der juristischen Diskussion gelegentlich Willens- und Einigungsmängel miteinander verwechselt werden, so dass etwa dann, wenn der Erklärende an einem durch Auslegung ermittelten (§§ 133, 157 BGB) Erklärungsinhalt festgehalten wird, der mit seinem inneren Willen nicht übereinstimmt, wenn also ein normativer Konsens vorliegt, hin und wieder in einem untechnischen Sinne von Dissens gesprochen wird (so genannter „Scheindissens“). Von Dissens kann man also nur dann sprechen, wenn

kein Konsens der Parteien durch Übereinstimmung ihres wirklichen Willens oder wenigstens durch Übereinstimmung des durch Auslegung ermittelten objektiven Erklärungsgehaltes ihrer Erklärungen vorliegt. Bevor ein Dissens festgestellt werden kann, müssen demnach die Erklärungen der Parteien ausgelegt werden. Dieses Verhältnis von Auslegung und Dissens wird immer wieder gerne an folgendem **Fall** verdeutlicht, den es in der Welt des Euro nicht mehr geben wird:

Der Brüsseler Weinhändler B verhandelt in deutscher Sprache mit dem französischen Winzer F am Rande einer in Frankfurt stattfindenden Fachmesse über die Lieferung einer bestimmten Menge Wein. Beide einigen sich auf einen Kaufpreis von „5000 Francs“. Als F den Wein liefert und von B Zahlung verlangt, stellen sie fest, dass B von belgischen Francs und F von französischen Francs ausgegangen ist, da jeder meinte, sein Gegenüber drücke den Preis in seiner Landeswährung aus. Haben B und F sich tatsächlich über einen Kaufpreis von 5000 belgischen Francs geeinigt oder handelt es sich hier um einen typischen Fall des Dissenses?

Dieses Beispiel zeigt deutlich, dass man nicht vorschnell behaupten sollte, dass ein Dissens vorliegt, sondern dass man vielmehr zuallererst die Erklärungen nach dem Empfängerhorizont gemäß §§ 133, 157 BGB auslegen muss. Dabei wird deutlich, dass man die Frage, ob sich die Parteien über französische oder belgische Francs geeinigt haben, wegen der objektiven Mehrdeutigkeit, den der Begriff „Francs“ auf deutschem Boden hatte, nicht ohne weitere Informationen über die tatsächlichen Umstände entscheiden kann. So würde z.B. für eine bestimmte Währung sprechen, wenn die Parteien bereits mehrfach miteinander Geschäfte in dieser Währung ausgehandelt hätten oder wenn F an einem Verkaufsstand stünde, an dem er alle Weinpreise in einer bestimmten Währung angegeben hätte, so dass für jeden Kunden ersichtlich wäre, dass F seine Preise nur auf der Basis dieser Währung kalkuliert. Ein anderer Gesichtspunkt, der bei der Auslegung der Erklärungen eine Rolle spielen könnte, wäre der übliche Marktpreis der Ware, so dass eine Währung, bei der der Kaufpreis exorbitant über den Marktpreis hinausschießen würde oder bei der der Kaufpreis erheblich unter dem Marktpreis liegen würde, dann ausscheiden müsste, wenn die Parteien sich offensichtlich am Marktpreis orientiert haben, was man schon dann bejahen könnte, wenn sie sich sehr rasch über den Kaufpreis verständigt haben. Schließlich könnte der Ort des Vertragsschlusses eine Rolle spielen. Würde der obige Fall z.B. in Frankreich oder in Belgien spielen, so könnte man mangels abweichender Umstände nach der Verkehrssitte davon ausgehen, dass die Landeswährung gemeint war. Wenn aber in dem vorliegenden Fall keine solchen besonderen Umstände aus dem Kontext der Erklärung vorliegen, die es ermöglichen, durch Auslegung der Erklärungen gemäß §§ 133, 157 BGB einen eindeutigen objektiven Erklärungsinhalt zu ermitteln, dann liegt wegen der objektiven Mehrdeutigkeit der Erklärungen des F und des B und wegen

ihres unterschiedlichen Geschäftswillens ein Dissens vor (so genannter „**Scheinkonsens**“).

F und B haben sich nicht über den Kaufpreis als einen für den Kaufvertrag konstituierenden, regelungsbedürftigen Punkt geeinigt. Damit ist zwischen ihnen kein Kaufvertrag zustande gekommen. Wenn die Parteien überhaupt keine Einigung oder wie hier keine Einigung bezüglich der *essentialia negotii* erzielt haben, dann spricht man von einem Totaldissens oder einem logischen Dissens. Allerdings war F und B der Einigungsmangel nicht bewusst. Je nachdem, ob den Parteien der Einigungsmangel bewusst ist oder nicht, **unterscheidet** man zwischen **offenem und verstecktem Dissens**. Der offene Dissens ist in § 154 Abs. 1 BGB geregelt, der versteckte Dissens in § 155 BGB. Dabei besagen diese Vorschriften pauschal gesprochen, dass Verträge beim offenen Dissens im Zweifel nicht geschlossen sind, während ein Vertrag beim versteckten Dissens ausnahmsweise zustande kommen kann, wenn anzunehmen ist, dass dies dem mutmaßlichen Willen der Parteien bei Vertragsschluss entspricht.

a. §§ 154, 155 BGB und essentialia negotii

Hält man sich diese Aussagen der §§ 154, 155 BGB vor Augen, so ist sehr fraglich, ob diese Vorschriften auf den Dissens bezüglich wesentlicher Vertragsbestandteile (*essentialia negotii*) anwendbar sind.

Dies würde nämlich bedeuten, dass etwa ein Kaufvertrag, bei dem sich die Parteien über den Kaufpreis nicht einig sind, nur „im Zweifel“ nicht geschlossen wäre, so dass selbst bei einer fehlenden Einigung der Parteien über den Kaufpreis ein Kaufvertrag jedenfalls dann zustande kommen könnte, wenn die Parteien sich rechtlich binden wollen. Diese Ansicht wird in der Tat in der Literatur unter Berufung auf eine Entscheidung des OLG Hamm vertreten (so etwa Musielak, Grundkurs BGB, Rdnr. 136). Der Entscheidung des OLG Hamm (in: NJW 1976, 1212 f.) lag folgender - für die Zwecke der Vorlesung leicht abgewandelter - **Sachverhalt** zugrunde:

A verkauft dem B durch notariell beurkundeten Kaufvertrag ein mit einem neu errichteten Einfamilienhaus bebautes Grundstück. Da A zunächst selbst beabsichtigt hat, in das Haus einzuziehen, ist es bereits mit Einrichtungsgegenständen im Gesamtwert von 20.000 DM ausgestattet, die z.T. besonders auf die Raumverhältnisse des Neubaus zugeschnitten sind. Er ist daher bestrebt, dem B auch diese Einrichtungsgegenstände, für die er selbst keine Verwendung mehr hat, zu verkaufen. Allerdings können A und B sich nicht auf einen Kaufpreis einigen. B bezieht schließlich das Haus und nimmt die Einrichtungsgegenstände in Gebrauch. Nachdem sich A und B auch im weiteren

Verlauf ihrer Verhandlungen nicht einigen können, erhebt A gegen B Klage auf Zahlung von 20.000 DM Kaufpreis.

A hat aus § 433 Abs. 2 BGB einen Anspruch auf Zahlung von 20.000 DM, wenn zwischen A und B ein Kaufvertrag über die Einrichtungsgegenstände zu diesem Kaufpreis zustande gekommen ist.

Der Kaufvertrag könnte bei der Übertragung des Besitzes an den Einrichtungsgegenständen von A an B zustande gekommen sein. Dann müsste man in der Besitzüberlassung der Möbel von A an B einen konkludenten Antrag des A auf Abschluss eines Kaufvertrages über die Einrichtungsgegenstände sehen. Das OLG Hamm bejaht dies, in dem es den Rechtsbindungswillen des A aus den Umständen durch Auslegung des Verhaltens des A ermittelt: B habe wegen des mit der Benutzung der Möbel unvermeidlich verbundenen Wertverlustes nicht davon ausgehen können, dass A ihm die Möbel unentgeltlich überlässt. Vielmehr habe er bei einer Auslegung des Verhaltens des A gemäß §§ 133, 157 BGB die Besitzüberlassung gerade auch im Hinblick darauf, dass A das Grundstück nicht ohne die Einrichtungsgegenstände verkaufen wollte, nach Treu und Glauben als konkludenten Antrag zum Abschluss eines Kaufvertrages „bei offener und noch festzulegender Kaufpreishöhe“ verstehen müssen. Diesen Antrag habe der B auch konkludent angenommen, indem er die Möbel benutzt habe. Allerdings setzt diese Lösung des OLG Hamm voraus, dass man einen Kaufvertrag überhaupt ohne Einigung über den Kaufpreis, der immerhin ein den Vertragstyp „Kaufvertrag“ konstituierender wesentlicher Bestandteil ist, schließen kann. Das OLG Hamm bejaht dies unter Hinweis auf § 154 Absatz 1 Satz 1 BGB, aus dem folge, dass der offene Dissens nur „im Zweifel“ den Vertragsschluss hindere, so dass es bei einer diesen Zweifel ausräumenden Auslegung der Willenserklärungen der Parteien zum Vertragsschluss kommen könne. Im übrigen gebiete auch die Vertragsfreiheit, „daß die Parteien auch wesentliche Punkte - wie hier die Höhe des Kaufpreises - offenlassen können, ohne daß dies einer von den Parteien gewollten vertraglichen Bindung entgegensteht“ (NJW 1976, 1212).

Diese Argumentation des OLG Hamm setzt voraus, dass § 154 Absatz 1 Satz 1 BGB überhaupt auf die **essentialia negotii** anwendbar ist. Dies wird jedoch in der Literatur überwiegend abgelehnt (vgl. nur Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 3. Auflage 1979, § 34 6 b; Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage 2004, § 29 Rdnrn. 74 bis 83). Danach sind die §§ 154, 155 BGB nur auf vertragliche Nebenpunkte (*accidentalia negotii*) zugeschnitten, da sie erkennbar auf dem Gedanken beruhen, dass ein Vertragsschluss nicht an der fehlenden Einigung über unwesentliche Punkte scheitern soll, wenn dies dem Willen der Parteien entspricht. Wenn sich die

Parteien demgegenüber etwa nicht über einen wesentlichen Vertragsbestandteil (z.B. den Kaufpreis) einigen könnten, dann komme eben wegen Totaldissenses kein Vertrag zustande, auch wenn die Parteien trotz der Lücke im Vertrag eine rechtliche Bindung gewollt hätten.

Für diese Ansicht spricht, dass es nicht angehen kann, dass das Gericht im Wege „**ergänzender Vertragsauslegung**“ anstelle der Parteien, die sich auf Grund ihrer Unentschlossenheit nicht über den Kaufpreis einigen konnten, den Kaufpreis festlegt, denn eine ergänzende Vertragsauslegung kommt schon begrifflich nur dort in Betracht, wo es überhaupt etwas zu ergänzen gibt, wo also bereits ein Vertrag geschlossen wurde. Dies folgt schon daraus, dass das Gericht bei der ergänzenden Vertragsauslegung die Lücke im Vertrag durch Rückgriff auf den hypothetischen Parteiwillen schließen muss, was aber nur möglich ist, wenn überhaupt „vertragliche Wertungen vorhanden sind, die es dem Gericht erlauben, auf einen hypothetischen Parteiwillen zu schließen“ (so Jung, JuS 1999, 28, 29). Ansonsten könnten die Parteien über den gesetzlichen Aufgabenbereich des Gerichtes bestimmen und das Gericht zu ihrem „Preisfinder“ bestimmen, obwohl der gesetzliche Aufgabenbereich der Gerichte gerade nicht der Parteidisposition unterliegt. Die Parteien „können nicht eine vertraglich zu treffende Regelung dem Richter überlassen. Der Richter ist vielmehr nach den §§ 315 ff. BGB erst sekundär zur Entscheidung berufen“ (Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 3. Auflage 1979, § 34 6 e). Entscheidend gegen die Lösung des OLG Hamm könnte schließlich sprechen, dass das Zustandekommen eines Kaufvertrages nach § 433 Absatz 1 BGB gerade - anders als etwa beim Dienst- oder beim Werkvertrag (vgl. §§ 612 Absatz 2, 632 Absatz 2 BGB) - zwingend voraussetzt, dass die Parteien sich über den Kaufgegenstand und den Kaufpreis als wesentliche Vertragsbestandteile geeinigt haben oder dass sie wenigstens nach §§ 315 ff. BGB eine Bestimmung darüber getroffen haben, wer den Kaufpreis für sie bindend festlegen soll (Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 3. Auflage 1979, § 34 6 b).

Da sich die Parteien gerade nicht über den Kaufpreis geeinigt haben, käme hier nur noch in Betracht, dass dem Gläubiger A ein Bestimmungsrecht eingeräumt worden ist. Nach einer in der Literatur vertretenen Ansicht soll dies im vorliegenden Fall aus § 316 BGB folgen (Jung, JuS 1999, 28, 32). Nach dieser Vorschrift steht für den Fall, dass „der Umfang der für eine Leistung versprochenen Gegenleistung nicht bestimmt ist, die Bestimmung im Zweifel“ dem Gläubiger der Gegenleistung zu. Dem Wortlaut nach wäre also § 316 BGB tatsächlich einschlägig, wenn man annimmt, dass A und B sich bereits über die Leistung (Möbel) und die Verpflichtung des B zur Gegenleistung geeinigt haben, wobei lediglich der Umfang des Kaufpreises offengeblieben ist.

Allerdings scheint zumindest der Rechtsprechung das Ergebnis dann doch nicht ganz geheuer zu sein, da sie ausdrücklich darauf hinweist, dass es sich bei § 316 BGB um eine Auslegungsregel handle, die nur „im Zweifel“ angewendet werden dürfe, so dass ein entgegenstehender Wille der Parteien die Anwendbarkeit der Vorschrift auch dann bereits hindere, wenn es sich bei diesem Willen nur um den mutmaßlichen Willen handle. Einen entgegenstehenden mutmaßlichen Willen entnimmt der BGH dann im Falle eines Maklervertrages der Interessenlage der Parteien, wobei seine Argumentation ohne weiteres ebenso bei einem Kaufvertrag eingreifen würde: Ein Bestimmungsrecht des Gläubigers nötige den Schuldner dazu, sich mit jedem Betrag abzufinden, der die „unter Umständen nicht unbedeutende Spanne der Billigkeit noch nicht überschreitet“. Hierin läge ein so großes Entgegenkommen des Schuldners an den Gläubiger, dass im allgemeinen nicht angenommen werden könne, der Schuldner sei dazu bereit (so BGHZ 94, 98, 102 f.). Daher will der BGH dann zwar trotz des noch offenen Kaufpreises ein Zustandekommen des Vertrages bejahen, jedoch statt eines Bestimmungsrechts des Gläubigers dem Willen der Parteien entnehmen, dass das Gericht den Kaufpreis im Wege ergänzender Vertragsauslegung bestimmen soll (so jedenfalls versteht Jung, JuS 1999, 28, 32 den BGH).

Das allerdings führt zu der problematischen Ersetzung der Einigung der Parteien durch eine gerichtliche Preisbestimmung. Fragen wir den Gesetzgeber! Das Ergebnis ist überraschend: Der Gesetzgeber hat das Problem gesehen, es erörtert und bewusst so entschieden, dass er gerade für die fehlende Vereinbarung über die Höhe des Preises beim Kaufvertrag den Kaufvertrag mit der Anordnung der Auslegungsregel, dass im Zweifel der Verkäufer den Preis nach § 316 BGB bestimmen können solle, retten wollte (vgl. die Dokumentation bei Jakobs/Schubert, Die Beratung des BGB, Recht der Schuldverhältnisse I, 1978, S. 422 ff.). Dabei funktioniert die Auslegungsregel so: Es geht um den Inhalt der vertraglichen Vereinbarung, wenn zwar über die Entgeltlichkeit nicht aber über die Höhe des Entgelts eine Einigung erzielt worden ist. Hier sollen die Erklärungen der Parteien im Zweifel so zu verstehen sein, dass der Gläubiger der noch unbestimmten Forderung die Leistung bestimmen können soll. Die Zweifelsregelung bedeutet, dass der Vertragsteil, der eine andere Regelung behauptet und geltend macht, die andere Regelung beweisen muss. Der Beweis kann durchaus dahin gehen, dass eine einseitige Leistungsbestimmung nicht gewollt gewesen ist. Wenn dann die Leistungsbestimmung ausscheidet, ist die Feststellung des Nichtzustandekommens eines Vertrages so gut wie unausweichlich.

b. Offener Dissens (§ 154 Abs. 1 BGB)

Haben die Parteien sich zwar bereits über die wesentlichen Vertragsbestandteile geeinigt, jedoch über vertragliche Nebenpunkte noch keine Einigung erzielt und sind sie sich dessen auch bewusst (offener Dissens), so kommt es auf den **Willen der Parteien** an, ob der Vertrag bereits geschlossen ist oder ob sie sich erst dann rechtlich binden wollten, wenn über den noch offen gebliebenen Nebenpunkt eine Einigung erzielt worden ist. Der Wille der Parteien ist durch Auslegung zu ermitteln (§§ 133, 157 BGB). Dabei ist ein wichtiger Gesichtspunkt, welche Bedeutung die Parteien dem noch offenen Punkt beimessen. Kommt es etwa einer Partei erkennbar auf die Regelung dieses Punktes in ihrem Sinne an, so spricht dies gegen einen Vertragsschluss. Umgekehrt ist in der Regel von einem Vertragsschluss auszugehen, wenn der Nebenpunkt als so nebensächlich ansehen, dass sie daran das Zustandekommen des Vertrages nicht scheitern lassen wollen. Häufig kann sich ein Rechtsbindungswille trotz offenen Dissenses dem Verhalten der Parteien entnehmen lassen. Dies kommt insbesondere dann in Betracht, wenn die Parteien bereits in beiderseitigem Einvernehmen mit der Vertragsdurchführung beginnen. Unter Kaufleuten ist bei der Auslegung von Erklärungen gemäß § 346 HGB auch auf Handelsbräuche Rücksicht zu nehmen. So hat z.B. das OLG Frankfurt (NJW 1977, 1015, 1016) entschieden, dass es im internationalen Mineralölhandel handelsüblich ist, Verträge nach der Einigung der Parteien über wesentliche Punkte als geschlossen zu betrachten, und daher in einem Fall, in dem sich die Parteien über die Menge des zu liefernden Benzins und den Preis (also über die essentialia negotii eines Kaufvertrages) einig waren, einen Vertragsschluss bejaht, obwohl die Parteien keine Einigung über die Zahlungsbedingungen erzielen konnten.

Erst wenn sich der Parteiwille nicht durch Auslegung eindeutig ermitteln lässt, greift die Auslegungsregel des § 154 Abs. 1 Satz 1 BGB ein, nach der der Vertrag beim offenen Dissens „im Zweifel“ nicht geschlossen ist. Daran ändert dann auch nach der klarstellenden Vorschrift des § 154 Abs. 1 Satz 2 BGB der Umstand nichts, dass die Punkte, über die die Parteien bereits Verständigung erzielt hatten, aufgezeichnet worden sind (Aufzeichnung über einzelne Vertragspunkte = „Punktation“).

c. Versteckter Dissens (§ 155 BGB)

Beim versteckten Dissens im Sinne des § 155 BGB glauben die Parteien, sich bereits vollständig und rechtlich bindend geeinigt zu haben, obwohl das nicht zutrifft. Die irrtümliche Annahme der Parteien kann etwa darauf beruhen, dass die Parteien während der Verhandlungen einen regelungsbedürftigen Punkt vergessen

oder übersehen („verdeckte oder verborgene Unvollständigkeit“), dass sie inhaltlich voneinander abweichende Erklärungen abgeben, ohne dies zu bemerken, weil sie sich z.B. beide verhehlen („Erklärungsdissens“) oder dass sie wie in dem obigen „Francs-Beispiel“ einen objektiv mehrdeutigen Begriff benutzen, den sie jeweils anders verstehen und dessen Inhalt sich auch nicht durch Auslegung eindeutig ermitteln lässt („Scheinkonsens“).

Nach den bisher vorgestellten allgemeinen Regeln über den Vertragsschluss käme beim versteckten Dissens kein Vertrag zustande. Hier greift § 155 BGB ein, der diese Rechtslage insoweit modifiziert. Gemäß § 155 BGB kommt beim versteckten Dissens bezüglich vertraglicher Nebenpunkte ein Vertrag dann zustande, wenn nach dem hypothetischen Willen der Parteien bei Vertragsschluss der Vertrag auch ohne Einigung über den offenen Punkt geschlossen worden wäre. Lässt sich ein solcher hypothetischer Wille nicht ermitteln, so kommt eben infolge des Dissenses kein Vertrag zustande. Führt die Ermittlung des hypothetischen Willens dazu, dass ein Vertragsschluss bejaht werden kann, dann muss die wegen des Dissenses bestehende Vertragslücke durch ergänzende Vertragsauslegung oder durch Rückgriff auf das dispositives Gesetzesrecht ausgefüllt werden.

3. Bedingungen und Befristungen

a. Begriff und Bedeutung

Die Parteien können die Wirksamkeit ihrer Rechtsgeschäfte von Bedingungen oder Befristungen abhängig machen. Die Bedeutung der rechtsgeschäftlich bestimmten Bedingung oder Befristung liegt darin, dass sie den Parteien die Möglichkeit eröffnet, die Gleichzeitigkeit von Rechtsgeschäft und Rechtsentstehung zu durchbrechen. Dadurch können sie schon bei Geschäftsabschluss gewissen oder ungewissen künftigen Umständen Rechnung tragen und die rechtsgeschäftliche Regelung den sich verändernden Umständen anpassen. Die Bedingung ist daher ein beliebtes Mittel der Vertragsgestaltung, das sich insbesondere bei Dauerschuldverhältnissen anbietet.

Unter einer **Bedingung** im Sinne des § 158 BGB versteht man sowohl die in ein Rechtsgeschäft eingefügte Bestimmung, die die **Rechtswirkungen** des Geschäfts **von einem zukünftigen, ungewissen Ereignis abhängig** macht, als auch dieses Ereignis selbst. Demnach hat der Begriff der „Bedingung“ im Rechtssinne eine vom allgemeinen Sprachgebrauch erheblich abweichende Bedeutung. Im Alltag und selbst in der Rechtssprache (vgl. nur den Abschnitt „Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine

Geschäftsbedingungen“, §§ 305 ff. BGB) versteht man unter „Bedingung“ nämlich oft lediglich die von den Parteien ausgehandelten Vertragsbestimmungen, wie dies etwa in häufig gebrauchten Worten wie z.B. „Zahlungsbedingungen“, „Lieferbedingungen“, „allgemeine Geschäftsbedingungen“ etc. zum Ausdruck kommt. Bei diesen Vertragsbedingungen handelt es sich aber ebenso wenig um ungewisse, künftige Ereignisse wie bei den so genannten Rechtsbedingungen (vgl. hierzu den Fall „Bedingte Aufrechnung“). Hierunter versteht man in Abgrenzung zu den rechtsgeschäftlich begründeten Bedingungen die tatbestandlichen Voraussetzungen, die eine Rechtsnorm für die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts aufstellt. Als Beispiel hierfür kann man etwa das Erfordernis einer Genehmigung eines von einem Minderjährigen abgeschlossenen Vertrages durch den gesetzlichen Vertreter (§ 108 Abs. 1 BGB) anführen. Schließen daher der Minderjährige A und der Volljährige B einen Kaufvertrag „unter der Bedingung, dass die Eltern des A den Vertrag genehmigen“, dann haben sie keine Bedingung i.S. des § 158 Abs. 1 BGB vereinbart, sondern verweisen lediglich deklaratorisch auf das von Gesetzes wegen bestehende Genehmigungserfordernis des § 108 Abs. 1 BGB.

Da der Eintritt einer rechtsgeschäftlich vereinbarten Bedingung unmittelbaren Einfluss auf die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts hat, kann man „**aufschiebende Bedingungen**“, bei denen das Rechtsgeschäft beim Eintritt der Bedingung wirksam wird (§ 158 Abs. 1 BGB), von „**auflösenden Bedingungen**“ unterscheiden, bei denen mit dem Eintritt der Bedingung die Wirkung des Rechtsgeschäfts endet (§ 158 Abs. 2 BGB).

Inhaltlich kann das zukünftige Ereignis ganz unterschiedlicher Art sein. Dabei kann es sich sowohl um vom menschlichen Willen unabhängige Ereignisse (wie z.B. Naturereignisse) als auch um die Handlung eines Dritten oder sogar der Parteien selbst handeln. Wenn die Bedingung allein in einer Handlung besteht, die vom Willensentschluss einer der Vertragsparteien abhängt, dann spricht man von einer „**Potestativbedingung**“. Die Potestativbedingung ist grundsätzlich zulässig, kann aber im Einzelfall sittenwidrig sein (§ 138 Abs. 1 BGB), wenn durch sie in den Kernbereich der Entscheidungsfreiheit einer Person, insbesondere bei höchstpersönlichen Entscheidungen eingegriffen wird. Dies wird z.B. angenommen, wenn ein Schenkungsversprechen unter der Bedingung abgegeben wird, dass der andere die Konfession wechselt oder sich von seiner Ehefrau scheiden lasse.

Von der Potestativbedingung ist die „**Wollensbedingung**“ zu unterscheiden, bei der die Geltung eines Rechtsgeschäfts davon abhängig gemacht wird, ob ein Vertragspartner später erklärt, dass er das Geschäft gelten lassen will, wobei die Entscheidung darüber in sein freies Belieben gestellt ist. Fraglich ist, ob die

vertragliche Vereinbarung einer solchen Wollensbedingung überhaupt möglich ist. Dagegen spricht, dass die Auslegung einer Erklärung, bei der es einer Partei vorbehalten bleibt zu erklären, ob der Vertrag gelten soll oder nicht, ergibt, dass dieser Partei gerade der für das Vorliegen einer Willenserklärung erforderliche Rechtsbindungswille fehlt; sie will sich vielmehr erst dann binden, wenn sie ihre Geltungserklärung abgibt, die dann die Annahmeerklärung zu dem bis dahin annahmefähigen Angebot der anderen Partei darstellt. Da es also zum Zeitpunkt der Vereinbarung der Wollensbedingung noch kein Rechtsgeschäft gibt, das von einer Bedingung abhängig gemacht werden könnte, ist erst recht für eine derartige Bedingung kein Raum. Die Vereinbarung einer Wollensbedingung ist daher konstruktiv nicht möglich.

In Abgrenzung zur Bedingung versteht man unter einer **Befristung** die vertragliche Bestimmung, die die **Rechtswirkungen des Geschäfts von einem gewissen, zukünftigen Ereignis abhängig** macht. Entsprechend der Terminologie bei der Bedingung kann man auch bei der Befristung danach unterscheiden, ob das Rechtsgeschäft mit dem Eintritt des Ereignisses wirksam werden soll (aufschiebende Befristung, §§ 163, 158 Abs. 1 BGB) oder ob die Wirkung des Rechtsgeschäfts mit dem Eintritt des Ereignisses enden soll (auflösende Befristung, §§ 163, 158 Abs. 2 BGB). Allerdings ist die Abgrenzung zwischen Bedingung und Befristung nicht immer so einfach, wie es auf den ersten Blick erscheint. So kann z.B. ein Ereignis hinsichtlich des „Ob“ unsicher, hinsichtlich des „Wann“ aber sicher sein. So liegt es z.B. wenn der Enkel seinem Großvater verspricht, ihm zum 80. Geburtstag eine Weltreise „zu schenken“. In diesem Fall steht das Datum des 80. Geburtstages bereits fest, nicht aber, ob der Großvater diesen Geburtstag auch erlebt. Handelt es sich dann um ein aufschiebend bedingtes oder um ein aufschiebend befristetes Schenkungsversprechen?

Eindeutig fällt die Abgrenzung zwischen Bedingung und Befristung lediglich dann aus, wenn das zukünftige Ereignis hinsichtlich „Ob“ und „Wann“ sicher ist (z.B. Angabe eines bestimmten Datums), denn handelt es sich eindeutig um eine Befristung, oder wenn es hinsichtlich „Ob“ und „Wann“ unsicher ist (z.B. Schenkungsversprechen für den Fall des bestandenen Exams oder für den Fall des Lottogewinns), denn dann handelt es sich eindeutig um eine Bedingung. Schwierigkeiten bereiten demnach lediglich die Fälle, in denen entweder nur das „Ob“ oder nur das „Wann“ unsicher ist. Dabei ist man sich für den Fall, dass lediglich das „Wann“ unsicher ist, einig, dass von einer Befristung auszugehen ist. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Eintritt bestimmter Rechtswirkungen vom Tod abhängig gemacht wird, denn dass der Tod eintreten wird, ist immer gewiss. Demgegenüber ist die Einordnung umstritten, wenn nur das „Ob“ ungewiss ist. Dies ist streng genommen immer dann der Fall, wenn das Wirksamwerden bzw.

Unwirksamwerden eines Rechtsgeschäfts davon abhängig gemacht wird, dass eine Person ein bestimmtes Alter erreicht.

Ein typisches **Beispiel** hierfür ist die in Arbeitsverträgen häufig anzutreffende Vereinbarung, dass der Vertrag bei Erreichen des 65. Lebensjahres durch den Arbeitnehmer beendet wird. Auch unser Fall, in dem der Enkel seinem Großvater eine Schenkung für seinen 80. Geburtstag verspricht, wäre ein Beispiel für diese Fallgruppe. Weit verbreitet ist bei diesen Fällen die Ansicht, die die Einordnung solcher Bestimmungen als Bedingung oder Befristung vom Parteiwillen abhängig macht (vgl. Hromadka, NJW 1994, 911). Danach wäre wie folgt zu differenzieren: Gehen die Beteiligten davon aus, dass die Person das Alter auf jeden Fall erreichen wird, so soll es sich um eine Befristung handeln, im anderen Fall um eine Bedingung. Ist im Falle der 65-Jahresgrenze im Arbeitsvertrag oder des Schenkungsversprechens für den Großvater der jeweilige Geburtstag zeitlich sehr nah, so ist danach von einer Befristung auszugehen, liegt er dagegen noch in ferner Zukunft so handelt es sich um eine Bedingung. Demgegenüber wird in der Literatur aber auch die Auffassung vertreten, dass es sich bei diesen Fällen immer um eine Befristung handele, deren Wirksamkeit lediglich von der Voraussetzung („unechte Bedingung“) abhängt, dass eine bestimmte Person ein bestimmtes Lebensalter erreicht (Hromadka, NJW 1994, 911 f.).

b. Zulässigkeit von Befristungen und Bedingungen

Der gesetzlichen Regelung der §§ 158, 163 BGB kann man entnehmen, dass Rechtsgeschäfte entsprechend dem Grundsatz der Privatautonomie grundsätzlich unter Bedingungen oder Befristungen vorgenommen werden können, also bedingungs- und befristungsfreundlich sind. Demgegenüber gibt es aber auch Ausnahmen, die man als **bedingungs- bzw. befristungsfeindliche Rechtsgeschäfte** bezeichnet. Die in der Bedingungs- bzw. Befristungsfeindlichkeit liegende Einschränkung der Privatautonomie kann unterschiedliche rechtfertigende Gründe haben. Am einfachsten liegt es, wenn das **Gesetz** selbst die Bedingungs- bzw. Befristungsfeindlichkeit anordnet. Hierbei handelt es sich regelmäßig um Rechtsgeschäfte, die gegenüber einer Vielzahl von Personen Wirkungen entfalten, so dass der Gesetzgeber im öffentlichen Interesse die mit der Zulassung von Bedingungen bzw. Befristungen verbundene Rechtsunsicherheit ausschließen wollte. Ein wichtiges **Beispiel** hierfür ist die dingliche Einigung zur Übertragung des Eigentums an Grundstücken (Auflassung), die der Gesetzgeber in § 925 Abs. 2 BGB für bedingungs- und befristungsfeindlich erklärt hat. Auch in unserer heutigen Wirtschaftsordnung zählen Grundstücke zu den besonders wichtigen Wirtschaftsgütern, bei deren Übertragung und damit auch deren rechtlicher Zuordnung keinerlei Unsicherheiten bestehen sollen.

Typische **Beispiele** für kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung befristungs- und bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte sind auch familienrechtliche Rechtsgeschäfte, die den persönlichen Status eines Menschen betreffen. Auch diese Rechtsgeschäfte führen Rechtsfolgen herbei, die im Rechtsverkehr von jedermann beachtet werden müssen. Im Übrigen liegt der Grund für die Befristungs- und Bedingungsfeindlichkeit dieser Rechtsgeschäfte darin, dass sie von großer Bedeutung für das weitere Leben des von ihnen betroffenen Menschen sind, der daher zu jedem Zeitpunkt Gewissheit über die Wirksamkeit dieser Rechtsgeschäfte haben soll. Beispiele für solche befristungs- und bedingungsfeindliche familienrechtliche Rechtsgeschäfte sind die Eheschließung (§ 1311 Satz 2 BGB), die Anerkennung der Vaterschaft zu Gunsten eines Kindes, dessen Eltern nicht miteinander verheiratet sind (§ 1594 Abs. 3 BGB), die Begründung der gemeinsamen elterlichen Sorge für ein solches Kind (§ 1626 b Abs. 1 BGB) oder die Einwilligung des Kindes und seiner leiblichen Eltern in die Adoption des Kindes (§§ 1746, 1747, 1750 Abs. 2 Satz 1 BGB).

Die gesetzliche Anordnung der Befristungs- und Bedingungsfeindlichkeit kann ihren Grund aber auch alleine in den Interessen des Erklärungsempfängers haben. Dies ist insbesondere bei einseitigen Rechtsgeschäften der Fall, die in fremde Vermögensverhältnisse eingreifen und an denen der Erklärungsempfänger selbst nicht mitwirkt. Als Beispiel hierfür kann man die Aufrechnungserklärung anführen, die gemäß § 388 Satz 2 BGB unwirksam ist, wenn sie unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung abgegeben wird. Der der Vorschrift des § 388 Satz 2 BGB zugrunde liegende Gedanke ist darin zu sehen, dass derjenige, der es hinnehmen muss, dass ein anderer einseitig ein Rechtsverhältnis gestalten kann, an dem der Erklärungsempfänger beteiligt ist, dann wenigstens eindeutig wissen soll, woran er ist. Dieser Gedanke ist jedoch über die Aufrechnungserklärung hinaus verallgemeinerungsfähig, da der Erklärungsempfänger in seinem Interesse an Gewissheit über die Rechtslage auch bei anderen Gestaltungserklärungen nicht weniger schutzbedürftig ist als bei der Aufrechnungserklärung. Daher wird allgemein angenommen, dass auch die Anfechtungs-, Rücktritts- und Kündigungserklärung befristungs- und bedingungsfeindlich sind, obgleich das BGB dies nicht ausdrücklich anordnet.

Nimmt man den Gedanken ernst, dass die grundsätzliche Befristungs- und Bedingungsfeindlichkeit von Gestaltungserklärungen allein dem Schutz des Erklärungsempfängers zu dienen bestimmt ist, dann folgt daraus, dass bedingte oder befristete Gestaltungserklärungen dann zulässig sind, wenn der Erklärungsempfänger ausnahmsweise nicht schutzbedürftig ist. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn die Parteien die Zulässigkeit befristeter oder bedingter Rechtsgeschäfte vereinbart haben, da der Erklärungsempfänger dann auf

seinen Schutz selbst verzichtet hat. Der Erklärungsempfänger ist darüber hinaus auch dann nicht schutzbedürftig, wenn trotz Befristung/Bedingung der Gestaltungserklärung für ihn überhaupt keine Unklarheit über die Rechtslage eintreten kann (vgl. hierzu den Fall „Bedingte Aufrechnung“). Das wird man insbesondere bei Potestativbedingungen annehmen können, bei denen die Wirksamkeit einer Gestaltungserklärung vom Verhalten des Erklärungsempfängers abhängig gemacht wird. Eine Gestaltungserklärung kann daher wirksam unter einer Potestativbedingung abgegeben werden. Ein praktisch wichtiges Beispiel hierfür ist die sogenannte Änderungskündigung, die vor allem im Arbeitsrecht eine große Rolle spielt. Zum Mittel der Änderungskündigung greift eine Vertragspartei dann, wenn sie ein bestehendes Vertragsverhältnis ändern möchte, dies aber alleine nicht durchsetzen kann. Steht ihr in dieser Situation ein Kündigungsgrund zur Verfügung, so kann die Partei ihrem Vertragspartner kündigen und ihr zugleich anbieten, das Vertragsverhältnis zu den von ihr gewünschten veränderten Bedingungen fortzusetzen. Eine solche Änderungskündigung kommt konstruktiv in zwei Formen vor: Entweder ist in ihr eine unbedingte Kündigung verbunden mit einem Angebot auf Abschluss des Vertrages zu anderen Bedingungen zu sehen oder aber eben eine Kündigung unter der zulässigen aufschiebenden Potestativbedingung, dass der Erklärungsempfänger die vorgeschlagene Vertragsänderung nicht annimmt.

Schließlich ist es auch zulässig, dass eine Partei im Prozess das Gestaltungsrecht „hilfsweise“ ausübt. Dies kommt immer dann in Betracht, wenn der Beklagte im Prozess bestreitet, dass dem Kläger eine Forderung gegen ihn zusteht, er aber, falls die Forderung doch bestünde, sich durch Anfechtung seiner Willenserklärung oder durch Aufrechnung mit einer Forderung verteidigen könnte. In einer solchen Konstellation erklärt der Beklagte sinnvollerweise die Anfechtung bzw. die Aufrechnung „unter der Bedingung, dass das Gericht zu dem Ergebnis kommt, dass die Forderung des Klägers besteht“. Man spricht dann von einer „Eventualanfechtung“ bzw. einer „Eventualaufrechnung“. Diese wird alleine deswegen allgemein für zulässig erachtet, weil es sich bei ihr nicht um eine Bedingung im Rechtssinne, nämlich um ein ungewisses, zukünftiges Ereignis, sondern um eine bloße Rechtsbedingung handelt. Der Anfechtende/Aufrechnende macht die Wirksamkeit seiner Gestaltungserklärung von der im Zeitpunkt der Erklärung bereits objektiv feststehenden Rechtslage abhängig, die lediglich für die Parteien ungewiss ist. Der Erklärungsempfänger ist dann auch nicht schutzbedürftig, da die Rechtslage nicht in der Schwebe bleibt, sondern gerade vom Gericht geklärt wird.

c. Schutz des bedingt Berechtigten

i. Schutz des bedingt Berechtigten durch einen Schadensersatzanspruch bei Vereitelung oder Beeinträchtigung des bedingten Rechts

§ 160 Abs. 1 BGB gewährt demjenigen, der unter einer aufschiebenden Bedingung berechtigt ist, einen Schadensersatzanspruch, wenn die Bedingung eintritt und der Vertragspartner in der Schwebezeit das von der Bedingung abhängige Recht vereitelt oder beeinträchtigt.

Für den Fall, dass es sich bei dem bedingten Rechtsgeschäft um ein **Verpflichtungsgeschäft** handelt, wird der Vorschrift des § 160 Abs. 1 BGB allgemein lediglich klarstellende Bedeutung beigemessen (vgl. etwa Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, 3. Auflage 1979, § 40 2 c). Schließen die Parteien z.B. einen aufschiebend bedingten Kaufvertrag ab, dann besteht zwar vor Eintritt der Bedingung noch keine Hauptleistungspflicht, doch ist weitgehend anerkannt, dass es außer Hauptleistungspflichten auch noch Nebenpflichten geben kann, die bereits eingreifen können, wenn die Hauptleistungspflicht selbst noch nicht wirksam entstanden ist. Solche Nebenpflichten, die den aufschiebend bedingt Verpflichteten zwar noch nicht zur Erbringung der Hauptleistung verpflichten, ihn wohl aber dazu verpflichten, sich die Leistung nicht unmöglich zu machen, kann man einem aufschiebend bedingten Verpflichtungsgeschäft in der Regel auch dann bereits entnehmen, wenn die Bedingung noch nicht eingetreten ist. Es handelt sich bei diesen Nebenpflichten um vertragliche Verhaltenspflichten („Erhaltungspflichten“), die gewährleisten sollen, dass das vereinbarte Geschäft bei Bedingungseintritt auch durchgeführt werden kann. Man kann also § 160 BGB entnehmen, dass bei Bedingungseintritt die Haftung aus einem bedingten Geschäft der Haftung aus einem unbedingten Geschäft gleichsteht („Vorwirkung“).

Dogmatisch interessant ist § 160 Abs. 1 BGB aber dann, wenn es sich bei dem aufschiebend bedingten Rechtsgeschäft um ein **Verfügungsgeschäft** handelt. Denn anders als ein Verpflichtungsgeschäft, das auch Nebenleistungs- und Treuepflichten begründen kann, erschöpft sich der Rechtserfolg eines Verfügungsgeschäfts darin, unmittelbar eine Rechtsänderung herbeizuführen. Daher ist es mit dem Wesen des Verfügungsgeschäfts eigentlich unvereinbar, dass aus ihm auch schuldrechtliche Verhaltenspflichten folgen. Da der Wortlaut des § 160 Abs. 1 BGB aber auch auf Verfügungsgeschäfte passt, nimmt die ganz herrschende Ansicht aber dennoch an, dass aus der bedingten Verfügung für den Verfügenden die Verhaltenspflicht folge, das bedingte Recht nicht zu beeinträchtigen oder zu vereiteln (Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen

Rechts, Zweiter Band, § 40 2 b; MüKo-H.P. Westermann, § 160 Rdnr. 3). Es ist allerdings fraglich, ob man dieses dogmatische Eingeständnis an den Wortlaut des § 160 Abs. 1 BGB erbringen muss, wenn man bedenkt, dass der bedingten Verfügung regelmäßig ein Verpflichtungsgeschäft zugrunde liegen wird, aus dem sich diese Verhaltenspflicht wie bereits erörtert ohnehin schon ergibt.

ii. Schutz des bedingt Berechtigten vor Zwischenverfügungen

Wenn der Eigentümer sein Recht unter einer aufschiebenden Bedingung überträgt und dem Erwerber die Sache übergibt, erwirbt dieser bei Eintritt der Bedingung das Eigentum (§§ 929 S. 1, 158 Abs. 1 BGB). Hat der Eigentümer dagegen sein Recht auflösend bedingt übertragen, so erwirbt er es bei Eintritt der Bedingung zurück (§§ 929 S. 1, 158 Abs. 2 BGB). In der Zeit bis zum Eintritt der Bedingung („Schwebezeit“) besteht aber die Gefahr, dass der bis zum Bedingungseintritt „Noch-Berechtigte“ über das Eigentum erneut verfügt und es dabei endgültig auf einen anderen überträgt („**Zwischenverfügung**“) oder dass seine Gläubiger in die Sache vollstrecken. Hier soll § 161 BGB helfen. Diese Vorschrift ordnet an, dass die Verfügungen des „Noch-Berechtigten“ „im Falle des Eintritts der Bedingung insoweit unwirksam sind, als sie die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen würde“ (§ 161 Abs. 1, 2 BGB). Dies bedeutet, dass derjenige, der unter einer aufschiebenden Bedingung über sein Eigentum verfügt hat bzw. dem das Eigentum auflösend bedingt übertragen wurde, solange die Bedingung noch nicht eingetreten ist, ohne weiteres wirksam als Berechtigter über das Eigentum verfügen kann; der „**Zwischenerwerber**“ (Zweiterwerber) erwirbt dann das Eigentum. Tritt aber nach dieser Zwischenverfügung die Bedingung ein, dann ist die Verfügung (nur) dem bedingt Berechtigten gegenüber unwirksam (so genannte relative Unwirksamkeit). Er kann von dem Zwischenerwerber (Zweiterwerber) die Sache aus § 985 BGB herausverlangen. Allerdings ist der Schutz des bedingt Berechtigten vor Zwischenverfügungen nicht lückenlos. Es besteht nämlich die Möglichkeit, dass der Zwischenerwerber nichts von der Verfügungsbeschränkung des Veräußerers weiß, ohne dass ihm deswegen grobe Fahrlässigkeit zur Last gelegt werden könnte. In diesem Fall kann er gemäß §§ 161 Abs. 3, 932 ff. BGB das Eigentum gutgläubig ohne die „Belastung“ mit der Verfügungsbeschränkung zu Gunsten des bedingt Berechtigten erwerben.

Fasst man die Rechtsposition des bedingt Berechtigten bei einem bedingten Verfügungsgeschäft zusammen, so fällt auf, dass der Veräußerer den Rechtserwerb des Erwerbers nicht mehr einseitig verhindern kann: Verfügt er während des Schwebezustandes an einen Dritten, dann ist die Verfügung dem Erwerber gegenüber bei Bedingungseintritt unwirksam, wenn der Dritte nicht im Hinblick auf die Verfügung gutgläubig ist. Verhindert der Veräußerer dagegen treuwidrig

den Eintritt der Bedingung (und damit den Rechtserwerb), dann wird der Bedingungseintritt durch § 162 Abs. 1 BGB fingiert (dazu sogleich). Die aus diesen Vorschriften folgende rechtlich gesicherte Erwerbssaussicht des bedingt Berechtigten wird „**Anwartschaft**“ genannt. Rechtsprechung und herrschende Lehre leiten aus dieser gesicherten Rechtsposition sogar ein subjektives Recht her, das sie als **Anwartschaftsrecht** bezeichnen. Dieses Anwartschaftsrecht wird dabei als Vorstufe des bedingt übertragenen Rechts bezeichnet, das im Verhältnis zu diesem kein aliud, sondern ein „wesensgleiches Minus“ sei (zusammenfassend dazu Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, § 50 Rdnrn. 73 ff.).

iii. Schutz des bedingt Berechtigten vor Vereitelung der Bedingung durch die andere Partei

§ 162 Abs. 1 BGB vervollständigt den Schutz des bedingt Berechtigten dadurch, dass der **Eintritt der Bedingung fingiert wird**, wenn er „von der Partei, zu deren Nachteil er gereichen würde, wider Treu und Glauben verhindert“ wird. Die Vorschrift des § 162 Abs. 1 BGB enthält somit, wie bereits aus ihrem Wortlaut hervorgeht, eine Konkretisierung des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB). Sie ist dabei Ausdruck des allgemeinen Rechtsgedankens, dass niemand aus einem treuwidrig von ihm herbeigeführten Ereignis Vorteile ziehen darf.

Ein plastisches **Beispiel** für die Anwendung des § 162 Abs. 1 BGB in der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist folgender vom BGH entschiedener Fall, der für die Zwecke der Vorlesung etwas vereinfacht wurde (BGH, NJW 1982, 2552 f.):

A und B haben einen Jagdbezirk von der Gemeinde G für die Dauer von neun Jahren gepachtet. Dabei haben die beiden Mitpächter A und B zugleich einen Vertrag miteinander abgeschlossen, in dem sie unter anderem vereinbart haben, dass jede Vertragspartei verpflichtet ist, der anderen Partei für den Fall, dass sie nach Ablauf des Jagdpachtvertrages den Jagdbezirk erneut von der Gemeinde G anpachtet, ein Mitpachtrecht einzuräumen. Kurz nach Ablauf des Pachtvertrages von A und B mit der Gemeinde G pachtet die Ehefrau E des A, nachdem A sie dazu beauftragt hatte, im eigenen Namen aber auf Rechnung des A den Jagdbezirk wiederum für neun Jahre von der Gemeinde G an. Als B dies erfährt, ist er empört und verlangt daraufhin von A, dass er ihm das Mitpachtrecht verschafft. Mit Recht?

Der B könnte einen Anspruch auf Verschaffung des Mitpachtrechtes gegen A haben, wenn die in dem Vertrag mit A vereinbarte Bedingung, dass eine Vertragspartei den Jagdbezirk erneut von der Gemeinde G pachtet, eingetreten ist.

Da die E nicht Partei des zwischen A und B geschlossenen Vertrages war, ist dadurch, dass E den Jagdbezirk von G gepachtet hat, die Bedingung nicht eingetreten.

Allerdings könnte der Eintritt der Bedingung nach § 162 Abs. 1 BGB fingiert werden, wenn der Abschluss des Pachtvertrages von E mit G im Auftrag und auf Rechnung des A eine treuwidrige Vereitelung des Bedingungseintrittes durch A darstellt. Dies könnte sich aus dem Sinn und Zweck der von A und B getroffenen Abrede ergeben, der erkennbar darin liegt, dass für den Fall, dass einer von ihnen nach Ablauf des Pachtvertrages mit G weiterhin den Jagdbezirk zu Jagdzwecken nutzen darf, weil es ihm gelungen ist, die Gemeinde erneut zum Vertragsschluss zu bewegen, der andere an diesem „Verhandlungserfolg“ teilhaben soll. Auf diese Weise wollen A und B die Chance, den Jagdbezirk auch nach Ablauf des Pachtvertrages weiter nutzen zu können, erhöhen. Dabei kam es den Parteien natürlich nicht entscheidend darauf an, dass A oder B persönlich Vertragspartner der G werden sollten, sondern darauf, dass es ihnen gelang, auf Grund einer - wie auch immer gestalteten Vereinbarung mit G - weiterhin den Jagdbezirk nutzen zu dürfen. Genau dies ist A aber gelungen, indem er seine Ehefrau, wie der BGH es formuliert, „als Strohhalm vorschob“. Allerdings konnte A durch diese Vorgehensweise, wie erörtert, formal verhindern, dass die Bedingung eintrat und B an seinem Verhandlungserfolg teilhatte. Diese Bedingungsverweigerung muss aber im Hinblick auf den oben beschriebenen Zweck der Abrede zwischen A und B als treuwidrig gewertet werden, da A faktisch Pächter geworden ist und er lediglich einen geschickten Weg eingeschlagen hat, um den B „um sein Recht zu bringen“. Die Voraussetzungen des § 161 Abs. 1 BGB sind somit erfüllt, so dass, obgleich die Bedingung formal nicht eingetreten ist, ihr Eintritt doch fingiert werden kann. Demnach hätte B also nach der vertraglichen Abrede mit A einen Anspruch auf Einräumung eines Mitpachtrechtes.

Einem solchen Anspruch könnte A jedoch entgegenhalten, dass seine Erfüllung ihm (rechtlich) unmöglich ist, da er selbst nicht Pächter ist und somit auch nicht die Rechtsmacht hat, dem B ein Pachtrecht einzuräumen. Der Anspruch des B würde dann wegen anfänglichen Unvermögens entfallen, A von vorneherein nur auf Schadensersatz haften.

Der Einwand des A wäre aber nur erheblich, wenn B von A auch tatsächlich Einräumung eines Mitpachtrechtes verlangen würde. Genau dies tut er aber nicht. Vielmehr verlangt B von A, dass A ihm das Mitpachtrecht verschafft. Fraglich ist, somit lediglich, ob A dem B auch zur Verschaffung des Pachtrechts verpflichtet ist. Legt man die Abrede zwischen A und B aus (§§ 133, 157 BGB), so kann man ihr entnehmen, dass jede Partei verpflichtet sein sollte, die andere an ihrem

Verhandlungserfolg mit G teilnehmen zu lassen, wie auch immer die rechtliche Konstruktion einer „Abmachung mit G“ (z.B. öffentlich-rechtlicher Vertrag statt privatrechtlicher Pachtvertrag) im Einzelnen aussah. Somit kann man der Abrede von A und B durch ergänzende Vertragsauslegung entnehmen, dass A für den Fall, dass er zwar nicht die Rechtsmacht hat, B ein Mitpachtrecht einzuräumen, es ihm aber möglich ist, ein Pachtrecht, das er selber (faktisch) ausübt, zu verschaffen, er eben zur Verschaffung des Pachtrechts verpflichtet ist.

Somit kommt es entscheidend darauf an, ob es dem A rechtlich möglich ist, dem B das Mitpachtrecht zu verschaffen. Dazu muss man die rechtlichen Beziehungen zwischen A und seiner Ehefrau näher untersuchen. Dadurch dass A die E gebeten hat, den Jagdbezirk unentgeltlich für seine Rechnung von G zu pachten, und E dieses Vertragsangebot angenommen hat, ist zwischen beiden ein Auftragsvertrag (§§ 662 ff. BGB) zustande gekommen. Aus diesem Auftragsvertrag heraus ist die E verpflichtet, den Weisungen des A folge zu leisten (vgl. § 665 BGB). Es ist dem A also rechtlich möglich, die E bindend anzuweisen, B ein Mitpachtrecht einzuräumen. A ist die Verschaffung des Mitpachtrechts also rechtlich möglich. Demnach hat B einen Anspruch gegen A auf Verschaffung eines Mitpachtrechts in dem früher von ihnen gemeinsam bewirtschafteten Jagdbezirk

4. Widerrufsmöglichkeiten in Verbrauchergeschäften

Ein Vertrag kommt durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen (Angebot und Annahme) zustande. Aus diesen resultieren unmittelbar die vertraglichen Verpflichtungen, es sei denn, der Vertrag wurde unter einer Bedingung geschlossen. Die Verpflichtungen gelten auf Dauer. Bei Verbrauchergeschäften kann das anders sein. Durch **Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft** war der deutsche Gesetzgeber gehalten, für bestimmte Arten von Geschäften zwischen Unternehmern und Verbrauchern dem Verbraucher eine Überlegungsfrist einzuräumen, innerhalb deren der Verbraucher sich von dem abgeschlossenen Vertrag durch Widerruf lossagen kann. Das gilt für **Haustürgeschäfte, Verbraucherkredite, Geschäfte im Fernabsatz und andere Geschäfte**. Die einschlägigen Regelungen finden sich inzwischen im BGB. Das gilt sowohl für die Fälle des Widerrufs (§§ 312, 312d, 485, 495, 503 BGB) wie für seine Folgen (§§ 355 bis 359 BGB).

Während nach einem früheren Modell die Willenserklärungen erst Wirksamkeit erlangten, wenn sie nicht widerrufen wurden, ist das (neue) Modell des Widerrufsrechts **dem Rücktritt angenähert** und auch systematisch in das Rücktrittsrecht integriert worden. Nach ihm ist der Vertrag im Einklang mit der

Rechtsgeschäftslehre von Anfang an wirksam. Der Verbraucher hat allerdings die Möglichkeit, sich durch Widerruf vom Vertrag zu lösen.

Wir werden das neue Modell - systematisch korrekt - bei den rechtsgeschäftlichen Vertragsbeendigungsmöglichkeiten behandeln.

II. Das Zustandekommen des AGB-Vertrages

1. Bedeutung, Begriff und Abgrenzung zum Individualvertrag

Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist **seit dem 1.1.2002 im BGB in den §§ 305 bis 310 BGB** normiert. Im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht geregelte, für den Rechts- und Wirtschaftsverkehr aber wichtige Vertragstypen (z.B. Girovertrag, Leasing, Factoring) wurden durch Allgemeine Geschäftsbedingungen entwickelt und ausgestaltet. Ebenso wurden unzweckmäßige Regelungen des BGB in Allgemeinen Geschäftsbedingungen durch Neuregelungen fortentwickelt, so etwa bis zum 31.12.2001 das Gewährleistungsrecht des Kaufvertrages durch Einführung eines Nachbesserungsanspruchs. Der Begriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist in § 305 Abs. 1 BGB legal definiert. Danach sind Allgemeine Geschäftsbedingungen alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss des Vertrages stellt. Durch die Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen soll ein gewisser Rationalisierungseffekt erreicht werden. Unternehmen oder Dienstleistungsbetriebe, die stets gleichartige Verträge abschließen, verwenden einheitliche Bedingungen, die an die besonderen Bedürfnisse des jeweiligen Geschäfts angepasst sind.

Oft werden Formularverträge von Verbänden ausgearbeitet und den Mitgliedern zur Verfügung gestellt. Für die Anwendbarkeit der besonderen Regeln des BGB ist es unerheblich, ob der Verwender selbst oder ein Dritter die Vertragsbedingungen vorformuliert hat. Ebenso ist nicht erforderlich, dass die Allgemeine Geschäftsbedingungen bereits zuvor verwendet wurden. Es entscheidet lediglich der Zweck, sie für eine Vielzahl von Verträgen zu verwenden. Die Regeln sind folglich auch anwendbar, wenn ein Verwender nur ein einziges Mal auf vorformulierte Vertragsbedingungen eines Verbandes zurückgreift oder zum ersten Mal eigene, für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen verwendet. Nicht erforderlich ist eine unbestimmte Vielzahl von beabsichtigten Verwendungsfällen. Allgemeine Geschäftsbedingungen sind demnach auch die für

eine bestimmte Zahl von Verträgen entworfenen Vertragsbedingungen, wobei die untere Grenze bei drei bis fünf beabsichtigten Verwendungsfällen liegt.

Die Vertragsbedingungen müssen vom Verwender gestellt worden sein. Dies unterscheidet Allgemeine Geschäftsbedingungen vom Individualvertrag. Ein Vertragspartner stellt dem anderen die Vertragsbedingungen dann, wenn er sie ihm einseitig auferlegt. Ein Vertrag wird nicht dadurch zum Individualvertrag, dass sich der Partner des AGB-Verwenders über den Vertragsinhalt vollständig im Klaren ist. Auch der ausdrückliche Hinweis des Verwenders auf die Bedeutung der Erklärung macht diese nicht zur Individualabrede. Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen gemäß § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB dann nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind. Bei vorformulierten Vertragsbedingungen kommt es zu einer Individualabrede, wenn der Verwender dem Vertragspartner die ernsthafte Möglichkeit einer inhaltlichen Änderung der Bestimmung eingeräumt hat (vgl. BGHZ 104, 232 (236)). Für die Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen scheidet der vom üblichen Sprachgebrauch abweichende gemeinsame Sprachgebrauch der an einem einzelnen Geschäft beteiligten Parteien als Richtigkeitskriterium aus. Das Bedingungswerk richtet sich an eine Vielzahl von Geschäftspartnern. Es wird in seiner inhaltlichen Ausgestaltung nicht von einem gemeinsamen Willen getragen, sondern allein vom Willen des Verwenders. Ihn trifft die Erklärungsverantwortung. Deren erster Ausfluss ist die Maßgeblichkeit des Sprachgebrauchs der Verkehrskreise, an die sich der Verwender des Bedingungswerks richtet. Allein für den Fall, dass über eine Bedingung und deren Bedeutung ausdrücklich gesprochen worden sein sollte, kommt eine Abweichung von diesem Sprachgebrauch in Betracht, sei es, weil diese Bedingung in den Rang einer Individualabrede gehoben worden ist (§ 305b BGB), für die ohnehin andere Auslegungsgrundsätze gelten, sei es, dass die Erklärungsverantwortung auf den konkreten Gesprächspartner spezifiziert wird. Unklarheiten bei der Auslegung gehen zulasten des Verwenders, der sie hätte vermeiden sollen (§ 305c Abs. 2 BGB).

2. Einbeziehungsvorgang

Der Einbeziehungsvorgang ist gesetzlich in § 305 Abs. 2 BGB festgelegt. Die Einbeziehungsvereinbarung setzt voraus, dass der Verwender die andere Vertragspartei ausdrücklich auf die AGB hinweist. Wenn der ausdrückliche Hinweis wegen der Art des Vertragsabschlusses nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich ist, dann genügt ein deutlich sichtbarer Aushang am Ort des Vertragsabschlusses als Hinweis. Hauptanwendungsfall sind die konkludent geschlossenen Massenverträge, bei denen ein Hinweis schon wegen des fehlenden

persönlichen Kontakts unmöglich ist (z.B. bei automatischen Schließfächern oder der Parkhausbenutzung). Die Ausnahme gilt darüber hinaus auch für sonstige Geschäfte des Massenverkehrs, bei denen ein ausdrücklicher Hinweis zwar möglich wäre, aber eine unverhältnismäßige und im Grunde überflüssige Erschwerung der Massenabfertigung darstellen würde (BGH NJW 1985, 850). Der bloße Abdruck der Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf der Rückseite des Vertragsangebotes ohne ausdrücklichen Hinweis genügt zur Einbeziehung in den Vertrag ebenso wenig wie ein Hinweis nach Vertragsschluss auf der Rechnung, dem Lieferschein oder der Eintrittskarte beispielsweise.

Des Weiteren muss der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschafft werden, in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen. Problematisch ist dies beim fernmündlichen Vertragsschluss. Das Vorlesen der AGB würde den Anforderungen des Gesetzes zwar entsprechen, ist in der Regel aber sehr unpraktisch. Ein Zuschicken der AGB ermöglicht dem Vertragspartner zwar die Kenntnisnahme, allerdings erst nach Vertragsschluss, so dass auch diese Möglichkeit ausscheidet. Der Vertragspartner hat jedoch die Möglichkeit, auf die Kenntnisnahme zu verzichten. Ebenso kann der Vertrag fernmündlich unter der aufschiebenden Bedingung geschlossen werden, dass der Vertragspartner die ihm zu übermittelnden AGB genehmigt. Des Weiteren müssen die AGB übersichtlich dargestellt und für einen Durchschnittskunden mühelos lesbar sein, ansonsten scheidet die Einbeziehung an der Möglichkeit des Vertragspartners, in zumutbarer Weise Kenntnis zu nehmen. Letztlich muss der Vertragspartner ausdrücklich oder konkludent zu verstehen geben, dass er mit der Geltung der AGB einverstanden ist.

Auch im kaufmännischen Geschäftsverkehr setzt die Einbeziehung von AGB in den Einzelvertrag voraus, dass die Vertragspartner ihre Anwendung ausdrücklich oder stillschweigend vereinbaren, die Voraussetzungen des § 305 Abs. 2 BGB müssen jedoch gemäß § 310 Abs. 1 BGB nicht vorliegen. Problematisch ist der Fall, bei dem beide Parteien auf ihre widersprechenden AGB verweisen. Die frühere Rechtsprechung sah die letzte Verweisung als maßgeblich an (Theorie des letzten Wortes), was jedoch nicht zu überzeugen vermag, da den Parteien auch bei der Durchführung des Vertrages nicht unterstellt werden kann, sie wären mit den AGB des Vertragspartners einverstanden. Vielmehr werden nach dem Prinzip der Kongruenzgeltung die übereinstimmenden Klauseln Vertragsbestandteil. Bezüglich der anderen Klauseln liegt an sich ein Dissens vor, der aber nach dem Rechtsgedanken des § 306 BGB die Wirksamkeit des Geschäftes dann nicht verhindert, wenn die Parteien dem streitigen Punkt keine so große Bedeutung beimessen, dass sie den Vertrag daran scheitern lassen wollen. Davon ist auszugehen, wenn die Parteien einverständlich mit der Durchführung des Vertrages beginnen. Für die AGB bedeutet das, dass sie so weit Vertragsbestandteil geworden

sind, als sie sich decken oder nebeneinander Bestand haben können. Widersprechen sie sich hingegen, so gelten weder die einen noch die anderen Klauseln. Insoweit ist dann auf dispositives Gesetzesrecht zurückzugreifen.

3. Einbeziehungsgrenzen

Selbst wenn den Bestimmungen des § 305 Abs. 2 BGB genüge getan wurde, so werden Klauseln dennoch nicht Vertragsbestandteil, wenn sie nach den Umständen, insbesondere dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrages, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner mit ihnen nicht zu rechnen braucht (§ 305c Abs. 1 BGB). Es soll damit verhindert werden, dass Klauseln in einem unübersichtlichen Vertragswerk versteckt werden, wo sie vom Vertragspartner nicht erwartet werden können.

Beispiele:

- Die Erweiterung der Haftung durch eine formularmäßige Bürgschaftserklärung, die ein Bürge aus Anlass der Gewährung eines Tilgungsdarlehens durch eine Bank abgibt, auf alle bestehenden und künftigen Verbindlichkeiten des Hauptschuldners ist grundsätzlich überraschend (BGHZ 126, 174).
- Ebenso ist die Bestimmung in einem Grundstückserwerbsvertrag, wonach der Gesamterwerbspreis schon von einem Tage an verzinst werden soll, der mehrere Monate vor Vertragsschluss, also vor dem Zeitpunkt liegt, zu dem der Erwerbspreis frühestens fällig werden kann, so ungewöhnlich, dass der Erwerber mit ihr nicht zu rechnen braucht (BGH NJW 1986, 1805).

Gemäß § 305b BGB gehen individuelle Vertragsabreden den Allgemeinen Geschäftsbedingungen vor.

Fall:

In einem Bürgschaftsformular ist vorgesehen, dass jede Ergänzung des Bürgschaftsvertrages der Schriftform bedürfe und auf dieses Erfordernis nur durch schriftliche Erklärung verzichtet werden dürfe. V, ein bevollmächtigter Vertreter des G, schließt mit B mittels dieses Formulars einen Bürgschaftsvertrag ab. Dabei ergänzen sie den Vertrag mündlich. Ist diese Ergänzung wirksam?

Derartige formlose Zusatzvereinbarungen stellen Individualvereinbarungen dar, die nach § 305b BGB Vorrang vor der Schriftformklausel in AGB haben. § 305b BGB kann durch eine Schriftformklausel in AGB nicht abbedungen oder eingeschränkt werden. Die Parteien können ihre Autonomie zur formfreien

Vereinbarung nicht endgültig bindend aufgeben. Soll eine Schriftformklausel bewirken, dass der Vorrang der Individualabrede unterlaufen oder ausdrücklich aufgehoben wird, so wäre diese Klausel letztlich nach § 307 Abs. 2 BGB unwirksam.

4. Inhaltsschranken

Um der einseitigen Gestaltungsmacht des Verwenders Grenzen zu setzen, enthält das BGB in den §§ 307 bis 309 bestimmte Klauselverbote, welche die Geltung der AGB dort einschränken, wo die gesetzlichen Regeln einseitig zu Gunsten des Verwenders abbedungen werden. Das BGB enthält einzelne Klauselverbote in den §§ 308, 309 BGB und eine Generalklausel in § 307 BGB.

a. Spezielle Klauselverbote

Die in § 309 BGB genannten Klauseln sind stets, also unabhängig von einer richterlichen Wertung unwirksam, wohingegen die in § 308 BGB genannten Klauseln nur dann unwirksam sind, wenn sie auch im Einzelfall zu einer unangemessenen Benachteiligung führen. Die Verbote des § 309 BGB stellen in der Mehrzahl Konkretisierungen der in § 307 Abs. 2 BGB enthaltenen Rechtsgedanken dar. Sie betreffen also Klauseln, die mit den wesentlichen Grundgedanken der Privatrechtsordnung nicht in Einklang zu bringen sind oder auf eine Aushöhlung von wesentlichen Rechten und Pflichten hinauslaufen. Für die Verbote des § 308 BGB ist kennzeichnend, dass sie unbestimmte Rechtsbegriffe verwenden, die Feststellung der Unwirksamkeit also eine richterliche Wertung erfordern. Sie sind in der Regel Konkretisierungen des § 307 Abs. 1 BGB, einzelne Verbote knüpfen aber auch an die in § 307 Abs. 2 BGB enthaltenen Rechtsgedanken an.

b. Genereller Kontrollmaßstab

§ 307 BGB enthält eine Generalklausel und stellt demgemäß einen Auffangtatbestand dar. Ist keiner der Tatbestände der §§ 308 oder 309 BGB erfüllt, so ist die Generalklausel in § 307 BGB zu prüfen. § 307 BGB verbietet Klauseln, die den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Im Zweifel ist eine unangemessene Benachteiligung anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks

gefährdet ist (§ 307 Abs. 2 BGB). Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist und damit gegen das Transparenzgebot verstößt (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB).

Beispiele:

Eine Klausel in einem Formularmietvertrag über Wohnraum, nach welcher der Mieter Kleinreparaturen selbst vorzunehmen hat, benachteiligt diesen auch dann unangemessen, wenn die Reparaturpflicht gegenständlich und betragsmäßig in dem gebotenen Zustand beschränkt ist (BGHZ 118, 149).

Eine AGB-Klausel, durch die der Ausgeber einer Kundenkreditkarte das Missbrauchsrisiko ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Kunden auf diesen abwälzt, verstößt gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Dasselbe gilt für eine Klausel, durch die eine Haftung des Kunden für grobe Fahrlässigkeit über den Zeitpunkt der Verlustanzeige beim Kartenausgeber hinaus begründet wird (BGHZ 114, 238).

c. Umgehungsverbot

§ 306a BGB soll in erster Linie verhindern, dass die Verfasser von Allgemeinen Geschäftsbedingungen versuchen, den Katalog der unzulässigen Klauseln gemäß den §§ 308, 309 BGB zu umgehen. In diesen Fällen greift in aller Regel bereits § 307 BGB ein, so dass die praktische Bedeutung eher gering ist. Einschlägig wird § 306a BGB aber dann, wenn ein Händler beispielsweise mit einem Kunden statt einzelner Kaufverträge einen Gesellschaftsvertrag abschließt, der seine AGB enthält. Die Bestimmungen über AGB sind gemäß § 310 Abs. 4 BGB auf Gesellschaftsverträge unanwendbar. Das Gesetz greift jedoch über § 306a BGB trotzdem ein, wenn durch den Gesellschaftsvertrag das AGB-Regelungen umgangen werden. Das Umgehungsverbot ist unabhängig von einer Umgehungsabsicht des Verwenders.

5. Folgen aus Nichteinbezug und Unwirksamkeit

Die Rechtsfolgen bei Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit sind in § 306 BGB geregelt. Sind allgemeine Geschäftsbedingungen ganz oder teilweise nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam, so bleibt der Vertrag im Übrigen wirksam (§ 306 Abs. 1 BGB). Dies ist eine andere Wertung als sie im BGB in den §§ 154 Abs. 1 Satz 1, 139 zu finden ist, bei denen prinzipiell beim Scheitern einzelner Vertragspunkte das gesamte Geschäft unwirksam ist. An die Stelle der unwirksamen oder nicht einbezogenen Bestimmungen treten die dispositiven gesetzlichen Regelungen (§ 306 Abs. 2 BGB). Stehen konkrete gesetzliche Regelungen zur Ausfüllung der durch Unwirksamkeit einer Klausel entstandenen

Lücke nicht zur Verfügung und führt die ersatzlose Streichung der unwirksamen Klausel nicht zu einer angemessenen, den typischen Interessen des Klausel-Verwenders und des Kunden Rechnung tragenden Lösung, so kann die Lücke nach der Rechtsprechung und der herrschenden Meinung im Schrifttum im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung geschlossen werden (BGHZ 90, 69; dazu ablehnend Rüßmann, Die „ergänzende Auslegung“ Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Betriebsberater 1987, 843 bis 848).

Jedoch ist es inzwischen gefestigte Rechtsprechung des BGH, Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die gegen die §§ 307 bis 309 BGB verstoßen, grundsätzlich als insgesamt unwirksam zu behandeln und sie nicht auf dem Wege einer so genannten „geltungserhaltenden Reduktion“ auf den Restbestand zurückzuführen, mit dem sie nicht im Widerspruch zu §§ 307 bis 309 BGB stehen. Zweck der besonderen AGB-Regelung ist es nämlich, den Vertragspartner vor der Verwendung ungültiger Klauseln zu schützen und auf einen den Interessen beider Seiten gerecht werdenden Inhalt derartiger Formularbedingungen hinzuwirken. Dieses Ziel würde unterlaufen, wenn es dem Verwender möglich bliebe, seine AGB einseitig in seinem Interesse auszugestalten, um es dann der Initiative seines Vertragspartners und den Gerichten zu überlassen, dass derartige Klauseln auf das gerade noch zulässige Maß zurückgeführt werden.

Dem Prinzip, dass die Benutzung von Formularbedingungen stets auf das Risiko des Verwenders geht, entspricht es vielmehr in aller Regel, eine das Interesse des Verwenders im Übermaß herausstellende und deshalb nach §§ 307 bis 309 BGB verbotene Klausel nach Maßgabe des § 306 Abs. 2 BGB insgesamt als ungeschrieben zu behandeln und an ihrer Stelle diejenige gesetzliche Regelung maßgebend sein zu lassen, die durch die in Frage stehende Klausel abbedungen werden sollte. Lediglich in den Fällen, in denen die Unwirksamkeit der beanstandeten Klausel eine Lücke in der gesetzlichen Regelung offenbart, die die beteiligten Interessen beider Seiten unangemessen geregelt sein lässt, erscheint nach dem dargelegten Sinn der Regelung der Versuch des Richters zulässig, eine angemessene Interessenlösung auf dem Wege der ergänzenden Vertragsauslegung anzustreben (BGHZ 96, 19 (25 f.)). Ehrlicher wäre es auch hier, zu einer Fortbildung des dispositiven Gesetzesrechts zu schreiten.

Sollte das Festhalten an dem Vertrag für eine Partei eine unzumutbare Härte darstellen, so ist gemäß § 306 Abs. 3 BGB der gesamte Vertrag nichtig.

6. Verbraucherverträge

Durch § 310 Abs. 3 BGB wird die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen vom 5.3.1993 in deutsches Recht umgesetzt.

Nach dieser Vorschrift gilt die AGB-Regelung auch für einen Vertrag zwischen einem Unternehmer und einer natürlichen Person, die den Vertrag zu einem Zweck abschließt, der weder einer gewerblichen noch einer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann (Verbraucher), jedoch mit folgenden Besonderheiten:

Es wird davon ausgegangen, dass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die dem Vertrag zu Grunde gelegt werden, vom Unternehmer gestellt wurden. Dies bedeutet eine Beweislastumkehr zu Gunsten des Verbrauchers (§ 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB).

§ 305c Abs. 2 und die §§ 307 bis 309 BGB sind auf vorformulierte Vertragsbedingungen auch dann anzuwenden, wenn diese nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind und soweit der Verbraucher auf Grund der Vorformulierung auf ihren Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte (§ 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB). Im Gegensatz dazu liegen Allgemeine Geschäftsbedingungen nach ihrer Definition nur dann vor, wenn die Klauseln für eine Vielzahl von Verwendungen bestimmt sind.

Außerdem sind bei der Beurteilung der unangemessenen Benachteiligung nach § 307 BGB auch die den Vertragsschluss begleitenden Umstände zu berücksichtigen (§ 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB).

III. Formvorschriften

Das Bürgerliche Gesetzbuch geht vom Prinzip der Formfreiheit aus. Die Formfreiheit ist eine Folge der Privatautonomie. Die Privatautonomie lässt dem Erklärenden die Wahl, in welcher Art und Weise er seinen Willen äußern möchte. Ausnahmsweise jedoch gebietet das Gesetz die Einhaltung einer bestimmten Form. Diese Einschränkung der Privatautonomie findet ihre Rechtfertigung in den Formzwecken.

1. Formzwecke

Die Formbedürftigkeit des Rechtsgeschäfts, die entweder auf Gesetz oder auf Parteivereinbarung beruht, kann verschiedenen Zwecken dienen. Meistens liegen den Formvorschriften mehrere Erwägungen zugrunde.

a. Schutzfunktion

Bei bestimmten Geschäften verlangt das Gesetz die Einhaltung einer Form, um den Beteiligten die wirtschaftliche Bedeutung des Geschäfts und das damit verbundene Risiko vor Augen zu führen (z.B. §§ 766, 780, 781 BGB). Formvorschriften, die vor allem dieser Schutzfunktion dienen, erkennt man daran, dass ein Kaufmann nach dem HGB nicht daran gebunden ist (§ 350 HGB). Dahinter steht der Gedanke, dass ein Kaufmann bei der Führung seiner Geschäfte so erfahren ist, dass er eines derartigen Schutzes nicht bedarf.

b. Beweisfunktion

Beweiszwecken dient insbesondere das Erfordernis der Handschriftlichkeit beim eigenhändigen Testament (§ 2247 BGB). Ansonsten erleichtern alle Formvorschriften wegen der Verkörperung der Erklärung den Beweis. Eine Vorschrift, die den Beweis durch Schriftstücke zwingend erfordert, gibt es im deutschen Recht nicht. In Frankreich hingegen erfordert Art. 1341 Code civil ab einem summenmäßig bestimmten Streitwert (5.000,00 FF laut Dekret vom 15. Juli 1980) einen Beweis durch Schriftstücke. Ein Zeugenbeweis ist dann nicht mehr zulässig. Interessant ist dabei, dass die Schriftform keine Wirksamkeitsvoraussetzung der Erklärung ist. Auch das amerikanische Recht kennt mit dem statute of frauds Regeln, welche die Durchsetzung vertraglicher Verpflichtungen an ein vom Verpflichteten unterschriebenes Schriftstück binden.

c. Beratungsfunktion

In den Fällen, in denen als Form für die Willenserklärung eine notarielle Beurkundung vorgeschrieben ist, steht die Beratungsfunktion im Vordergrund (§§ 311b Abs. 1, 3 und 5, 518, 1410, 2276 BGB). Der Erklärende muss vom Notar hinsichtlich der rechtlichen Folgen und der Bedeutung des Geschäfts beraten und belehrt werden (§ 17 ff BeurkG, § 24 BNotO).

2. Arten der Formen

a. Schriftform (§ 126 BGB)

Verlangt das Gesetz die Schriftform, so muss die Urkunde vom Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden (§ 126 Abs. 1 BGB).

(1) Eine **Urkunde** ist die schriftliche Verkörperung einer Erklärung. Das gesamte formbedürftige Rechtsgeschäft muss in einer Urkunde enthalten sein. Besteht die Urkunde aus mehreren Blättern, so muss deren Zusammengehörigkeit durch körperliche Verbindung oder in sonstiger Weise erkennbar gemacht werden.

(2) Die **Unterzeichnung** muss den Text der Urkunde räumlich abschließen. Ein Nachtrag erfordert eine neue Unterschrift. Ein über dem Urkudentext stehender Namenszug („Oberschrift“) ist auch bei durchgestalteten Formularen, die eine Unterzeichnung am oberen Rand vorsehen, keine Unterschrift im Sinne der ZPO §§ 416 und 440 Abs. 2 (BGHZ 113, 48).

(3) Das Erfordernis „durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens“ dient dem Zweck, dass der Aussteller zweifelsfrei festgestellt werden kann. Dabei genügt die Unterzeichnung mit dem Familiennamen oder die Verwendung eines Pseudonyms, wenn der Erklärende dadurch sicher ermittelt werden kann.

(4) Die Unterschrift muss stets **eigenhändig** vom Erklärenden selbst und mit der Hand geleistet werden. Deshalb genügt die Übermittlung einer Urkunde durch Telefax nicht der Schriftform (BGH NJW 1993, 1126). Eine Vertretung ist grundsätzlich möglich und wird in aller Regel durch die Zusätze i.V. oder i.A. kenntlich gemacht. Es ist ebenso anerkannt, dass der Vertreter mit dem Namen des Vertretenen unterschreiben darf.

b. Öffentliche Beglaubigung (§ 129 BGB)

Bei der öffentlichen Beglaubigung kommt zur Schriftform noch hinzu, dass ein Notar die Echtheit der Unterschrift oder des Handzeichens mittels eines auf die Urkunde gesetzten Vermerks bestätigt (§ 129 Abs. 1 BGB, §§ 39, 40 BeurkG). Der Notar bezeugt dadurch, dass die Unterschrift oder das Handzeichen in seiner Gegenwart zu dem angegebenen Zeitpunkt von dem Erklärenden vollzogen oder anerkannt worden ist (z.B. §§ 1154, 1155, 1945 BGB, § 29 GBO).

c. Notarielle Beurkundung (§ 128 BGB)

Hier wird die gesamte Erklärung und nicht lediglich die Unterschrift von einem Notar beurkundet. Der Notar bezeugt, dass die in der Urkunde benannte Person in seiner Gegenwart eine Erklärung des beurkundeten Inhalts abgegeben hat. Für bestimmte Fälle sieht das Gesetz vor, dass die Erklärung bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile abgegeben werden muss (z.B. §§ 925, 1410, 2276 BGB).

d. Besondere Formerfordernisse

In manchen Fällen sieht das Gesetz besondere Formerfordernisse vor. So muss z.B. die Willenserklärung zur Eheschließung vor dem Standesbeamten bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Eheschließenden persönlich erklärt werden (§§ 1310, 1311 BGB). Besondere Vorschriften gelten auch für das Testament (§ 2232 BGB für das öffentliche, § 2247 BGB für das privatschriftliche Testament).

e. Textform und elektronische Form

Der heutige Geschäftsverkehr bedient sich vielfach elektronischer Kommunikationsmöglichkeiten, die keiner der vorgestellten Formen genügen. Das gilt sowohl für das Telefax wie für die elektronische Post und das Ausfüllen von Bestellformularen im Internet. Soweit es um Rechtsgeschäfte geht, die formfrei sind, bringt das jedenfalls für die Gültigkeit der Geschäftsabschlüsse keine Probleme mit sich. Die Frage ist aber, ob nicht auch formbedürftige Rechtsgeschäfte über das Netz abgeschlossen können werden sollen, wenn es für den elektronischen Austausch von Willenserklärungen der Unterschriftsleistung und ihren Funktionen vergleichbare Verfahren geben sollte.

Die Frage ist inzwischen durch den Gesetzgeber beantwortet worden. In § 126 Abs. 3 BGB heißt es seit dem 1.8.2001:

Die schriftliche Form kann durch die elektronische Form ersetzt werden, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.

Wie das Ersetzen der schriftlichen Form durch die elektronische Form erfolgt, bestimmt § 126a Abs. 1 BGB:

Soll die gesetzlich vorgeschriebene schriftliche Form durch die elektronische Form ersetzt werden, so muss der Aussteller der Erklärung dieser seinen Namen hinzufügen und das elektronische Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz versehen.

Das Signaturgesetz verweist uns auf ein asynchrones Verschlüsselungsverfahren unter Verwendung von Schlüsselpaaren aus öffentlichen und privaten Schlüsselteilen, das man qualifiziert nennt, wenn das Schlüsselpaar und die dazu gehörige Chipkarte von einem vom Bundesamt für Sicherheit im Internet (BSI) zertifizierten Anbieter stammen.

3. Rechtsfolgen des Formmangels

Ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nichtig (§ 125 S. 1 BGB), also von Anfang an nicht wirksam (Nichtigkeit *ex tunc*). Die Nichtigkeit kann jedoch durch besondere Anordnungen aufgehoben werden. Man spricht insoweit von der Heilung von Formmängeln. Zu erwähnen sind hier insbesondere die §§ 311b Abs. 1 S. 2, 518 Abs. 2 BGB, 494 Abs. 2 BGB und 503 Abs. 3 Satz 2 BGB. Der gemeinsame Gedanke dieser Heilungsmöglichkeiten liegt in den ersten beiden Fällen darin, dass der keines Schutzes mehr bedarf, der die Leistung erbracht hat. Denn spätestens dieses Opfer musste ihm zeigen, auf was er sich da eingelassen hat. In den beiden zuletzt genannten Fällen des Verbraucherkredites greifen diese Erwägungen nicht. Hier wird dem Gedanken Rechnung getragen, dass mit dem Erhalt der Kreditleistung dem Verbraucher auch der Kredit verbleiben soll. Allerdings werden die Kreditkonditionen dem Informationsstand des Verbrauchers angepasst.

Ist eine **Nebenabrede** eines formbedürftigen Rechtsgeschäfts formlos abgeschlossen worden, dann ist die Nebenabrede gemäß § 125 S. 1 BGB nichtig. Die Wirksamkeit des an sich formgültig abgeschlossenen Hauptteils richtet sich nach § 139 BGB. Danach ist das gesamte Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne die nichtige Nebenabrede vorgenommen sein würde.

Dem Formzwang unterliegen alle Vereinbarungen, die nach dem Willen der Parteien zu dem formbedürftigen Geschäft gehören. Das gilt grundsätzlich auch für **Änderungen** des formbedürftigen Rechtsgeschäfts. Eine Ausnahme davon kommt in Betracht, wenn durch eine nachträgliche Vereinbarung nur unvorhergesehen auftretende Schwierigkeiten bei der Vertragsabwicklung beseitigt werden sollen und wenn die zu diesem Zweck getroffene Vereinbarung die beiderseitigen Verpflichtungen aus dem Vertrag nicht wesentlich verändert.

Werden durch eine Abänderung Verpflichtungen eines Vertragspartners eingeschränkt, dann kommt es auf die Formzwecke an, ob die Änderung formbedürftig ist. Bezweckt die Form lediglich den Schutz der Vertragspartei,

deren Verpflichtungen eingeschränkt werden, dann ist die Abänderung auch formlos wirksam. Dient sie allerdings noch Beweis Zwecken, dann müssen die Formanforderungen auch hier erfüllt werden.

Sofern für den Abschluss eines Vertrags eine Formvorschrift besteht, ist diese grundsätzlich auch für den **Vorvertrag** (ein Vertrag, durch den sich eine oder mehrere Parteien verpflichten, einen Hauptvertrag abzuschließen, aus dem sich dann erst die unmittelbare Pflicht zur Erbringung der eigentlich erstrebten Hauptleistung ergibt) einzuhalten. Allerdings kommt es auch auf die Funktion der jeweiligen Formvorschrift an. Dient sie lediglich der Beweissicherung, ist die Einhaltung der Form beim Hauptvertrag ausreichend.

Der Formzwang des § 311b Abs. 1 S. 1 BGB gilt auch für einen Vertrag, mit dem über die Vereinbarung eines empfindlichen Nachteils ein mittelbarer Zwang ausgeübt werden soll oder wird, Immobilien zu erwerben oder zu veräußern (z.B. in einem Maklervertrag). Eine solche Vereinbarung liegt insbesondere dann vor, wenn mit einem Vertragsstrafeversprechen oder einer ähnlichen Zusage in dem Maße Druck ausgeübt werden kann, dass der Schutzzweck des § 311b Abs. 1 S. 1 BGB gefährdet wird (BGH NJW 1987, 54 (54)). Aus ähnlichen Gründen bedarf in bestimmten Fällen auch die Vollmachtserklärung einer besonderen Form. Maßgebend ist, ob der Vollmachtgeber bereits durch die Erteilung der Vollmacht rechtlich und tatsächlich in gleicher Weise gebunden wird wie durch den Abschluss des formbedürftigen Rechtsgeschäfts selbst. In diesen Fällen wird § 167 Abs. 2 BGB, der an sich die Formfreiheit der Vollmachtserteilung vorsieht, teleologisch reduziert. Das gilt etwa für die unwiderrufliche Vollmacht und für eine Vollmacht, bei der der Bevollmächtigte von dem Verbot des Selbstkontrahierens (§ 181 BGB) befreit ist.

Es gilt der Grundsatz, dass die gesetzlichen Formvorschriften im Interesse der Rechtssicherheit unbedingt eingehalten werden müssen, und es geht nicht an, sie aus allgemeinen Billigkeitserwägungen außer Anwendung zu lassen. Ausnahmen hiervon sind nur in ganz besonders liegenden Fällen statthaft, sofern es nach den Beziehungen der Beteiligten und nach den gesamten Umständen mit Treu und Glauben unvereinbar wäre, vertragliche Vereinbarungen wegen Formmangels unausgeführt zu lassen (BGH NJW 1965, 812 (813)). Hierzu nun einige Erläuterungen:

a. Bewusste Nichtbeachtung der Form

Fall (vgl. Edelmanfall RGZ 117, 121):

A verspricht dem B als Belohnung für seine Dienste ein Grundstück. Auf das Verlangen des B nach notarieller Beurkundung (wegen § 313 S. 1 BGB a.F.) entgegnete A, B könne ganz beruhigt sein, er sei ein Mann von Adel und sein Edelmannswort genüge. Letztlich entpuppt sich A jedoch keineswegs als Edelmann und denkt gar nicht daran, dem B das Grundstück zu übereignen.

Das Reichsgericht konnte weder einen Verstoß gegen Treu und Glauben noch einen gegen die guten Sitten erkennen (RGZ 117, 121 (124)). A und B haben in Kenntnis des gesetzlichen Formerfordernisses ihre Vereinbarung formlos getroffen. Wissen die Parteien bei Vertragsabschluss, dass ein Teil ihrer Abmachungen wegen Nichtbeachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Form unwirksam ist, so wird das Rechtsgeschäft lediglich von den übrigen Vertragsbestimmungen gebildet (BGHZ 45, 376). A und B haben demnach die Folgen der Nichtigkeit zu tragen, was in diesem Falle zu Lasten des B geht.

In einem späteren, dem Edelmannfall ähnlich gelagerten Fall (Ein bedeutendes wirtschaftliches Unternehmen hat unter Einsatz seines Gewichts und seines Ansehens sowie durch den Hinweis, dass es einen privatschriftlichen Vertrag einem notariellen als gleichwertig anzusehen pflege, einen ehemaligen Mitarbeiter zum Absehen von der Einhaltung der notariellen Form veranlasst – BGHZ 48, 396.) ist der BGH von diesen klaren Regeln abgewichen. Das Unternehmen habe unter Einsatz seiner Bedeutung und seines Ansehens sowie unter Hinweis auf die Geschäftsgepflogenheiten in so nachdrücklicher Weise die Erfüllung des formnichtigen Vertrages in Aussicht gestellt, dass es sich ohne Verstoß gegen Treu und Glauben nicht von dem Vertrag lossagen könne. Seine spätere Berufung auf die Formnichtigkeit des Vertrages stelle ohne Rücksicht darauf, dass sich der Vertragspartner nicht in einem Irrtum über dessen Formbedürftigkeit befunden habe, eine unzulässige Rechtsausübung dar (BGHZ 48, 396 (399/400)).

Ein Vertrag, der den gesetzlichen Formvorschriften nicht entspricht, kann demnach dann nicht als nichtig angesehen werden, wenn die Nichtanerkennung zu einem für einen Vertragspartner untragbaren, nicht etwa nur zu einem harten Ergebnis führen würde.

b. Täuschung über die Formbedürftigkeit

Ein Absehen vom Formzwang ist insbesondere berechtigt, wenn derjenige, der im Hinblick auf die Nichterfüllung der Form die Einhaltung seines Versprechens verweigert, arglistig die Einhaltung der Form verhindert hat, seinen Vertragspartner also über das Formerfordernis getäuscht hat. Dahinter steht der Grundsatz, dass niemand aus seinem arglistigen Verhalten einen Vorteil ziehen darf. Dem

Getäuschten steht es indes frei, sich seinerseits auf den Formmangel zu berufen oder am Vertrag festzuhalten.

c. Versehentliche Nichtbeachtung der Form

Ist die Nichtbeachtung der Form auf die Unkenntnis der Parteien über die Formbedürftigkeit zurückzuführen, oder ist ihre Einhaltung versehentlich unterblieben, dann ist ein Abweichen von § 125 BGB und damit von der Nichtigkeit wiederum nur bei einem gänzlich untragbaren Ergebnis zulässig. Hat allerdings ein Vertragspartner den Formmangel dem anderen gegenüber zu verantworten, weil er dessen Vertrauen in Anspruch genommen hat, so führt dies zu einer Schadensersatzpflicht wegen vorwerfbarer Verletzung vorvertraglicher Sorgfalts- und Aufklärungspflichten (*culpa in contrahendo*).

4. Durch Rechtsgeschäft bestimmte Form

Die Parteien können auch für formfreie Rechtsgeschäfte eine Form (in aller Regel ist es die Schriftform) vereinbaren. Eine solche Formvereinbarung kann je nach dem Willen der beteiligten Parteien konstitutive oder deklaratorische Bedeutung haben. Konstitutiven Stellenwert hat die Vereinbarung, wenn die Parteien dem Geschäft nur dann Gültigkeit beimessen wollen, wenn die vereinbarte Form eingehalten wurde. Dagegen ist es auch denkbar, dass die Parteien nur zum Zwecke der Beweissicherung die Schriftform vereinbart haben, ihre Nichteinhaltung die Gültigkeit des Geschäfts aber nicht berühren soll (deklaratorische Bedeutung). Nach § 125 S. 2 BGB hat der Mangel der durch Rechtsgeschäft bestimmten Form im Zweifel ebenso die Nichtigkeit zur Folge. Die Formvereinbarung hat also konstitutive Wirkung, wenn die Parteien nichts anderes vereinbart haben.

Die vereinbarte Schriftformklausel kann nach herrschender Meinung formfrei aufgehoben werden. Dazu genügt auch ein schlüssiges Verhalten. Zur Aufhebung eines vereinbarten, konstitutiv wirkenden Formzwanges genügt es jedoch nicht, dass die Parteien die Geltung der nicht den Formvorschriften entsprechenden Vereinbarung ernstlich gewollt haben. Sie müssen sich vielmehr im Bewusstsein des Formerfordernisses über dieses hinweggesetzt haben (vgl. BGHZ 66, 378 (380/381)). Ansonsten hebt natürlich auch eine ausdrückliche Aufhebungserklärung den Formzwang auf. Wenn die rechtsgeschäftliche Schriftformklausel nur Klarstellungszwecken dient, dann sieht der BGH sogar ganz von der Notwendigkeit einer Aufhebungsvereinbarung ab (BGHZ 49, 364 (367)). Problematisch ist hierbei sicherlich, dass die beabsichtigte Beweissicherung

weitgehend verloren geht. Man muss dann letztlich im Prozess strenge Anforderungen an den Beweis einer formlosen Vereinbarung stellen.

5. Formerfordernisse in gerichtlichen Verfahren

Auch gerichtliche Verfahren unterliegen Formerfordernissen. Schon aus der Notwendigkeit der Aktenführung ergibt sich, dass Eingaben an das Gericht schriftlich erfolgen müssen. Und so finden wir denn in den Verfahrensvorschriften eigenständige Formregeln. Werfen wir einen Blick in die Zivilprozessordnung, die das Verfahren in der streitigen Zivilgerichtsbarkeit regelt, so treffen wir in § 130 ZPO auf eine Regelung für Schriftsätze, die in Nr. 6 das Erfordernis der Unterschrift festschreibt. Danach müssten auch im gerichtlichen Verkehr Schriftsätze durch Telefax an sich ausgeschlossen sein. Denn das Telefax enthält nur die Kopie eines (unterschiedenen) Schriftstücks nicht aber auch selbst eine Unterschrift. Hier hat sich jedoch die Rechtsprechung über das Unterschriftserfordernis hinweggesetzt und das Telefax jedenfalls zur Fristwahrung ausreichen lassen. Läuft mithin eine Frist am Montag ab, so reicht es zur Fristwahrung, wenn am Montag ein Telefax bei Gericht eingeht und das eigentliche Schriftstück erst nach Fristablauf zu den Akten kommt. Darüber wird heute nicht mehr gestritten.

Streit herrschte allerdings über die Frage, ob auch ein Computerfax mit eingescannter Unterschrift zur Fristwahrung ausreicht. Der Bundesgerichtshof wollte das nicht ausreichen lassen. Er verlangte ein Fax vom ausgedruckten und unterschriebenen Original. Das Bundesverwaltungsgericht und das Bundessozialgericht sahen das anders. Um zu einer einheitlichen Entscheidung dieser Rechtsfrage zu kommen, hatte in einem Vorlagebeschluss der Bundesgerichtshof die Frage dem Gemeinsamen Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes vorgelegt. Der Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes hat entschieden, dass das Computerfax mit eingescannter Unterschrift zur Fristwahrung ausreicht.

Der Streit ist heute nur noch von historischer Bedeutung, weil der Gesetzgeber der ZPO im Jahre 2001 in § 130 ZPO das Fax ausdrücklich berücksichtigt und in § 130a ZPO sogar eine Regelung für elektronische Schriftsätze getroffen hat.

IV. Elektronische Willenserklärungen

Eine Willenserklärung setzt auch im Internet die Äußerung eines auf die unmittelbare Herbeiführung einer Rechtsfolge gerichteten Willens voraus. Ob in einer elektronischen Erklärung per e-mail oder Mausklick eine solche Willenserklärung zu sehen ist, beurteilt sich nach den allgemeinen Auslegungsregeln der §§ 133, 157 BGB. Hierbei sind keine Besonderheiten gegenüber Willenserklärungen in herkömmlichen Formaten zu beachten.

So richtet sich beispielsweise auch die bei Internetofferten immer wieder angesprochene Frage, ob es sich im Einzelfall um ein bindendes Vertragsangebot oder um eine bloße invitatio ad offerendum handelt, wie bei herkömmlichen Geschäften danach, ob die Auslegung einen Rechtsbindungswillen des Anbieters ergibt. Folglich wird bei einer reinen Warenpräsentation zumeist von einer bloßen invitatio auszugehen sein, da der in seinen Kapazitäten eingeschränkte Warenanbieter sich nicht gegenüber allen potentiellen Bestellern verpflichten möchte. Zudem wird der Anbieter oftmals erst die Bonität des Kunden prüfen wollen. Etwas anderes kann aber schon dann gelten, wenn die angebotene Ware in Software besteht, die in einer unbegrenzten Zahl von Fällen heruntergeladen werden kann, und die Bonität durch die eingegebene Kreditkartennummer belegt oder eine andere elektronische Zahlung erfolgt ist. Weiterhin gilt für den Fall einer Internetauktion das Argument der begrenzten Kapazität jedenfalls dann nicht, wenn nur ein Gegenstand angeboten wird und zuvor bestimmt ist, dass ausschließlich ein Angebot an denjenigen gemacht wird, der innerhalb der festgelegten Auktionszeit das höchste Gebot abgibt.

Auch so genannte automatisierte elektronische Erklärungen, also Erklärungen, die von einer EDV-Anlage aufgrund ihrer Programmierung vollautomatisch erstellt und versandt werden, können – je nach ihrem Inhalt – verbindliche Willenserklärungen darstellen. Zwar erscheint aufgrund ihrer automatisierten Erstellung ohne unmittelbare menschliche Beteiligung zunächst die Äußerung eines menschlichen Willens fraglich. Letztlich ist aber zu beachten, dass die Erklärungen nur aufgrund der durch den Menschen durchgeführten und freigeschalteten Programmierung erfolgen und somit auch einem Menschen zugeordnet werden können. Damit liegt auch bei den automatisierten Erklärungen zumindest mittelbar eine Äußerung eines menschlichen Willens und – entsprechenden Inhalt vorausgesetzt – eine Willenserklärung vor.

Neben dem genannten Inhalt setzt eine wirksame Willenserklärung Abgabe und – soweit es sich um empfangsbedürftige Willenserklärungen handelt, wie dies bei

Vertragsangeboten und –annahmen der Fall ist – Zugang voraus. Hier tauchen bei elektronischen Willenserklärungen einige spezifische Fragestellungen auf. Dabei ist bei elektronischen Erklärungen in der Regel von einem Rechtsgeschäft unter Abwesenden auszugehen.

1. Die Abgabe

Die Abgabe einer Erklärung liegt vor, wenn der Erklärende alles getan hat, was seinerseits erforderlich war, um die Wirksamkeit der Erklärung herbeizuführen. Diese Voraussetzung ist bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen erfüllt, wenn der Erklärende die Erklärung nicht nur abgefasst, sondern sie auch an den Empfangsberechtigten abgesandt hat, indem er die Erklärung derart in den Rechtsverkehr gebracht hat, dass er mit ihrem Zugang beim Empfangsberechtigten rechnen konnte. Dies gilt auch für elektronische Willenserklärungen. Bei elektronischen Dokumenten, die telekommunikativ übermittelt werden, ist die Erklärung damit abgegeben, wenn der Erklärende den letzten von ihm auszuführenden Schritt vollzogen hat, um die Erklärung auf den elektronischen Weg zu bringen. Die Abgabe erfolgt also beispielsweise bei einer e-mail mit der Erteilung des endgültigen Senden-Befehls. Will der Erklärende die bereits fertiggestellte, z.B. im PC gespeicherte und möglicherweise schon elektronisch signierte Erklärung jedoch nicht weiterleiten und geht sie dem Erklärungsempfänger trotzdem zu, weil ein anderer den Senden-Befehl ohne Willen des Erklärenden aktiviert hat, so gilt die Erklärung als nicht abgegeben. Zweifelhaft ist, ob dasselbe gilt, wenn die Senden-Taste vom Verfasser der Nachricht versehentlich gedrückt wird. Auch hier fehlt es eigentlich an einer willentlichen Entäußerung der Erklärung. Andererseits kommt in Betracht, das versehentliche Inverkehrbringen jedenfalls dann dem willentlichen Absenden gleichzusetzen, wenn der Absender das Versehen zu vertreten hat (was bei versehentlichem Drücken der Senden-Taste eigentlich immer der Fall sein dürfte).

2. Der Zugang

Zugang liegt vor, wenn die Willenserklärung derart in den Machtbereich des Empfängers gelangt, dass der Empfänger bei Annahme gewöhnlicher Umstände die Möglichkeit der Kenntnisnahme hat. Soweit ein direkter elektronischer Kontakt besteht, wird ein Eintreten in den Machtbereich mit Passieren der Schnittstelle des Rechners zu bejahen sein.

Uneinigkeit besteht hinsichtlich der Frage, wann der Eintritt in den Machtbereich gegeben ist, wenn die e-mail über einen Provider des Empfängers abgegeben wird. Teilweise wird hier Zugang schon dann bejaht, wenn die e-mail beim Provider zum Abruf durch den Empfänger bereit liegt. Andere fordern, dass die e-mail auf dem Rechner des Empfängers ankommt, bejahen also erst dann Zugang, wenn dieser seine elektronische Post beim Provider abgerufen hat.

Fraglich ist auch, wann mit Kenntnisnahme der in den Machtbereich gelangten Erklärungen zu rechnen ist. Kann davon ausgegangen werden, dass e-mails regelmäßig abgefragt werden? Kann dies sogar verlangt werden? Ist hier ein Unterschied zwischen Geschäftleuten und Privatleuten zu machen? Ist dies mit einem wirkungsvollen Verbraucherschutz in Einklang zu bringen?

3. Widerruf und Anfechtung

Aufgrund der hohen Übertragungsgeschwindigkeit können auf elektronischem Wege übermittelte Willenserklärungen vor oder gleichzeitig mit Zugang i. S. v. § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB praktisch kaum noch widerrufen werden. Auch die Regeln über Haustürgeschäfte sind bei elektronischen Willenserklärungen nicht anwendbar, da der erforderliche Überraschungseffekt fehlt. Allerdings gibt es bei Fernabsatzverträgen für den Verbraucher gemäß § 312d BGB ein Widerrufsrecht.

Elektronisch abgegebene und übermittelte Willenserklärungen können gemäß § 119 Abs. 1 BGB wegen eines Inhalts- oder Erklärungsirrtums angefochten werden. Vertippt sich z.B. der Erklärende bei Abgabe der Erklärung, so liegt - vergleichbar dem Verschreiben - ein Erklärungsirrtum vor, der zur Anfechtung berechtigt. Allerdings hat der Anfechtende den Vertrauensschaden nach § 122 BGB zu ersetzen.

Der Schutz des Erklärenden hinsichtlich der Vermeidung von Erklärungsfehlern wird im Übrigen durch die in § 312e BGB umgesetzte E-Commerce-Richtlinie verbessert. Hiernach hatten die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass - außer im Fall abweichender Vereinbarungen zwischen Parteien, die nicht Verbraucher sind - der Diensteanbieter dem Nutzer angemessene, wirksame und zugängliche technische Mittel zur Verfügung stellt, mit denen er Eingabefehler vor Abgabe der Bestellung erkennen und korrigieren kann (Art. 11 Abs. 2). Deutschland hat das durch § 312e BGB getan.

4. Digitale Signaturen

Die elektronische Kommunikation birgt eine Reihe von Sicherheitsrisiken in sich. Man weiß nie, ob eine elektronische Nachricht wirklich von dem stammt, von dem zu stammen sie vorgibt. Man kann sich auch nicht sicher sein, dass die elektronische Nachricht nicht auf dem Weg zum Empfänger abgefangen und geändert worden ist. Vielleicht mag man es auch nicht gern, dass andere eine Nachricht mitlesen können.

Eine Lösung für die genannten Schwierigkeiten wird in der Verwendung digitaler Signaturen gesehen. Digitale Signaturen ermöglichen, dass Manipulationen am Inhalt elektronischer Nachrichten erkannt und Sender und Empfänger einer Nachricht identifiziert werden können. Die digitale Signatur entstand aus dem Bedürfnis heraus, eine sichere elektronische Kommunikation zwischen mehreren Parteien zu gewährleisten. Dieses Bedürfnis nach Sicherheit ist bei jeder Kommunikation über Medien gegeben, also bei jeder Kommunikation, bei welcher nicht zwei persönlich miteinander bekannte Personen direkt miteinander sprechen.

a. Funktionsweise digitaler Signaturen

Man stelle sich die Situation vor ca. zwei Jahrtausenden vor. Julius Cäsar schickt einen Befehl an seinen Truppenkommandeur irgendwo im römischen Reich. Im Befehl steht „Rückzug“. Woher weiß der Kommandant, dass der Befehl „echt“ ist? Es gibt die Möglichkeit, die Nachricht zu verschlüsseln, und die, sie zu signieren. Die Signatur ermöglicht die Authentifizierung, jedoch birgt sie die Gefahr, dass der signierte Text auf seinem Weg verändert wurde. Zum Beispiel könnte ein „Niemals“ vor dem „Rückzug“ kunstvoll aus dem Pergament entfernt worden sein, während der Bote in einer Taverne dem Wein zu heftig zusprach. Die Verschlüsselung bietet die Möglichkeit, den Inhalt der Botschaft für Unbefugte unleserlich zu machen. Die Verschlüsselung hat aber auch eine gewisse Signaturfunktion: Sofern es nur zwei Leute gibt, die den Entschlüsselungscode kennen, weiß der Empfänger einer derart codierten Nachricht, dass die Nachricht vom jeweils anderen stammt, da nur dieser in der Lage ist, die Nachricht anhand des geheimen Codes zu verschlüsseln.

i. Symmetrische Verschlüsselung

Die Problematik sowohl der digitalen Signatur als auch der Verschlüsselung liegt in der Notwendigkeit der Nutzung eines gemeinsamen Codes und der daraus folgenden Erforderlichkeit, einen solchen Code zu verabreden. Kommt es zwei

Parteien darauf an, sich ständig geheime Botschaften zu schicken, so könnten sie sich treffen, um einen geheimen Code zu vereinbaren, den sie fortan immer nutzen. Dies ist soweit unproblematisch – eine ausreichend starke Verschlüsselung vorausgesetzt. Will aber jemand in der heutigen Zeit – im Zeitalter der Rechtsgeschäfte per Internet – über Ländergrenzen und Kontinente hinweg jemandem eine vertrauliche Information zukommen lassen (zum Beispiel die viel zitierte Kreditkartennummer samt Gültigkeitsdatum), dann steht dieser jemand vor dem Problem, nicht mal schnell mit dem Gegenüber einen sicheren Code vereinbaren zu können.

ii. Asymmetrische Verschlüsselung

Hier setzt die Public-Key-Verschlüsselung an. Dieses Verfahren arbeitet mit mathematischen Gesetzmäßigkeiten. Es wird anhand von Zufallszahlen ein komplexes Zahlenpaar gebildet, bei dem sichergestellt ist, dass man mit Hilfe der einen nicht die andere und mit Hilfe der anderen nicht die eine Zahl errechnen kann. Beide Zahlen passen jedoch „aufeinander“.

Eine dieser Zahlen wird „öffentlicher Schlüssel“, die andere „privater Schlüssel“ genannt. Der öffentliche Schlüssel wird im Internet auf speziell dafür eingerichteten Computern allen Interessierten zugänglich gemacht, während der private Schlüssel unter strengstem Verschluss beim Inhaber des Schlüsselpaares bleibt (im Idealfall).

b. Sicherung der Vertraulichkeit

Wenn nun unser jemand (Bob) dem anderen (Alice) eine Mitteilung zukommen lassen will, sucht er auf dem Server den öffentlichen Schlüssel von Alice. Mit diesem verschlüsselt er seine geheime Nachricht und sendet sie ab. Aufgrund der mathematischen Beschaffenheit der Schlüssel kann diese Information jetzt nur noch mit dem privaten Schlüssel von Alice gelesen werden. Selbst die nochmalige Anwendung des öffentlichen Schlüssels bringt die vertrauliche Nachricht nicht wieder zum Vorschein. Sofern man nun davon ausgeht, dass Alice sehr gut auf ihren Schlüssel aufgepasst hat, wird man weiter davon ausgehen können, dass nur noch sie in der Lage ist, die Nachricht zu entziffern. Wenn sie Bob antworten möchte, sucht sie dessen Schlüssel auf dem öffentlichen Server und sendet ihre Nachricht ebenso wie Bob dies eben mit ihrem Schlüssel getan hat.

c. Sicherung der Authentizität (Echtheit)

Woher aber weiß nun Alice, dass die Nachricht wirklich von Bob kam? Alice' öffentlicher Schlüssel ist ja jedem zugänglich und daher kann auch jedermann diese Nachricht geschickt haben. Die Lösung liegt im privaten Schlüssel von Bob: Er signiert die Nachricht. Wie geht das vonstatten? Ganz einfach: Er schreibt seine geheime Nachricht. Dann verschlüsselt er sie mit Alice' öffentlichem Schlüssel. Die Nachricht ist nun sicher vor dem Zugriff anderer (und auch vor ihm selbst). Als dritten Schritt wendet er nun seinen eigenen privaten Schlüssel auf die verschlüsselte Nachricht an. Denn ebenso wie man den öffentlichen Schlüssel nur mit dem privaten Schlüssel wieder öffnen kann, so kann man den privaten Schlüssel nur mit dem öffentlichen öffnen.

Bob signiert also die verschlüsselte Botschaft mit seinem privaten Schlüssel. Alice bekommt die so signierte und verschlüsselte Botschaft und überprüft, ob die Nachricht von Bob stammt. Dazu wendet sie seinen öffentlichen Schlüssel auf die Botschaft an. Da der private Schlüssel von Bob sich nur von seinem öffentlichen Schlüssel wieder entschlüsseln lassen kann, weiß Alice sicher, dass die Nachricht von Bob ist, sofern ihr die Entschlüsselung mit dessen öffentlichen Schlüssel gelingt. Nun hat sie lediglich noch den Klartext der Botschaft mit ihrem eigenen privaten Schlüssel herzustellen.

d. Digitale Signatur

Geht es Bob nun aber nicht (primär) darum, seine Nachricht geheim zu halten, sondern möchte er nur ermöglichen, dass Manipulationen seiner Daten durch Dritte erkannt werden können, dann muss er seinen privaten Schlüssel nicht – wie eben geschildert - auf die gesamte zu versendende Nachricht anwenden. Da asymmetrische Verschlüsselungsverfahren relativ langsam sind, würde die Erzeugung einer Verschlüsselung des gesamten Textes einige Zeit in Anspruch nehmen. Unter anderem aus diesem Grund wird bei der Erzeugung einer digitalen Signatur – bei der es ja weniger auf die Geheimhaltung als auf die Authentifizierung sowie den Ausschluss von Manipulationsmöglichkeiten ankommt - zunächst auf Grund öffentlich verfügbarer Algorithmen ein sogenanntes Hash-Verfahren auf die unverschlüsselten Daten angewendet. Dabei wird ein Komprimat aus der zu sendenden Nachricht gebildet. Dies ist nichts anderes als eine Prüfsumme (Checksumme). Bob wendet anschließend seinen privaten Schlüssel nur noch auf die Prüfsumme an. Das Ergebnis dieses Vorgangs bildet dann die digitale Signatur, welche dem unverschlüsselten Text angefügt wird. Erhält Alice von Bob eine mit einer digitalen Signatur versehene Nachricht, so wendet sie hierauf den öffentlichen Schlüssel von Bob an. Dabei geschieht dann

zweierlei: Zum einen wird die digitale Signatur (= die verschlüsselte Prüfsumme) entschlüsselt und Alice erhält die von Bob erzeugte Prüfsumme im Klartext. Zum anderen wird aus dem unverschlüsselten Text der Nachricht erneut ein Hash-Komprimat gebildet. Stimmen das durch Alice neu gebildete Komprimat und die in der digitalen Signatur befindliche Prüfsumme überein, so kann Alice sicher sein, dass der Inhalt der von Bob gesendeten Nachricht nicht verändert wurde. Die Überprüfung eines Textes auf Manipulationen beruht also auf einem Prüfsummenvergleich. Wäre beim Transport der Nachricht auch nur ein einzelnes Bit verändert worden, so würden die beiden Prüfsummen bereits nicht mehr übereinstimmen. Das Ganze klingt natürlich nach einem sehr hohen Aufwand. In der Praxis stellt dies aber kein Problem dar, weil alle Vorgänge von der eingesetzten Signiertechnik automatisch erledigt werden.

i. Zuordnung der Schlüssel zu Personen

Problematisch wird nun, sicherzustellen, dass die auf den Servern „ausgelegten“ Schlüssel wirklich ihren vorgeblichen Inhabern gehören. Technisch gesehen ist es kein Problem, einen Schlüssel zu erzeugen, der den Eindruck erweckt, einem anderen zu gehören. Gängige Software erzeugt die Schlüsselpaare und fragt dann nach dem Namen des Anwenders. Wenn „Frieda“ den Schlüssel von „Bob“ vortäuschen will, wird sie dem Programm einfach als Namen „Bob“ eingeben und den öffentlichen Schlüssel so auf einen Server stellen. Befindet sich dort noch kein Schlüssel, wird jeder, der danach sucht, lediglich den „falschen“ Schlüssel von „Frieda“ sehen, der vorgibt, „Bob“ zu gehören. Befindet sich dort schon ein Schlüssel (richtig oder falsch) von „Bob“, dann wird der Suchende eben mehrere Schlüssel zur Auswahl haben und sich im Zweifel für den falschen entscheiden.

Also muss sichergestellt werden, dass die ausgelegten Schlüssel tatsächlich den richtigen Personen gehören. Wie macht man das?

Es gibt mehrere (unterschiedlich wirksame) Möglichkeiten.

ii. Web of trust

Die Schlüssel sind letztlich selbst nichts anderes als digitale Informationen. Diese kann man natürlich ebenfalls verschlüsselt irgendwo speichern. Dies empfiehlt sich wegen der höheren Sicherheit sogar. Man kann die Schlüssel aber auch signieren. Wenn Bob und Alice sich mal treffen und per Zufall ihre Schlüssel „dabei“ haben, kann Alice mit ihrem Privatschlüssel den öffentlichen Schlüssel von Bob signieren. Dies drückt für Peter, der später mit Bob Geschäfte machen will, aus, dass Alice davon überzeugt ist, dass der öffentliche Schlüssel von Bob wirklich zu Bob

gehört. Sollten nun zwei Schlüssel auf einem Server sein und einer davon ist von Alice signiert, dann wird Peter (hoffentlich) diesen wählen. Dies wird er um so lieber tun, wenn er Alice persönlich kennt und ihr vertraut. Natürlich kann Alice den Schlüssel von Bob aber auch signieren, ohne Bob jemals gesehen zu haben. Dies wäre aber jedoch fahrlässig, wenn man bedenkt, dass sich andere auf „das Wort“ von Alice verlassen, wie dies im obigen Beispiel Peter tat.

iii. Trustcenter

Im heutigen Rechtsverkehr wird es unwahrscheinlich sein, dass sich Unternehmen oder Behörden darauf verlassen, dass eine ihr Unbekannte namens Alice den Schlüssel von Bob signiert hat, wenn sie Bob eine wichtige Nachricht zustellen will und sichergehen will, dass diese Nachricht auch den Richtigen erreicht. Den Beteiligten wäre es lieber, wenn eine Institution diese Signatur von Schlüsseln „hoheitlich“ durchführen würde. Diese Institution sollte möglichst hohen Sicherheitsanforderungen entsprechen und möglichst einheitliche Standards wahren.

Im „richtigen Leben“ entspräche eine solche Institution der Passbehörde, die einen eindeutigen Nachweis der Identität – nämlich den Pass oder Personalausweis – ausstellt. Im „digitalen Leben“ sind solche Institutionen die so genannten „Trustcenter“. Diese Stellen garantieren entweder, dass die zur Verfügung gestellten Schlüssel wirklich zu den richtigen Personen gehören (zum Beispiel dadurch, dass sie einen Mitarbeiter vorbeisicken, der sich den Schlüssel abholt und sich gleichzeitig den Personalausweis der Person zeigen lässt), oder erstellen diese Schlüssel sogar selbst im Auftrag der Personen, nachdem diese sich mit Hilfe eines amtlichen Dokumentes ausgewiesen haben. Natürlich muss man voraussetzen, dass die Mitarbeiter des Trustcenters nicht selbst Interesse am Verfälschen der Schlüssel haben; aber dafür heißen diese Institutionen ja „Trustcenter“. Damit ein „Trustcenter“ „Trustcenter“ sein kann, muss es bestimmte Anforderungen erfüllen; diese sind in Deutschland im Signaturgesetz geregelt.

Das Signaturgesetz unterscheidet zunächst in § 2 Nrn. 1 bis 3 zwischen verschiedenen Arten elektronischer Signaturen. Gemäß § 2 Nr. 1 SigG sind zunächst „elektronische Signaturen“ Daten in elektronischer Form, die anderen elektronischen Daten beigefügt oder logisch mit ihnen verknüpft sind und die zur Authentifizierung dienen. Auf der nächsten Stufe (Nr. 2) stehen „fortgeschrittene elektronische Signaturen“. Dies sind elektronische Signaturen, die

- ausschließlich dem Signaturschlüssel-Inhaber zugeordnet sind,
- die Identifizierung des Signaturschlüssel-Inhabers ermöglichen,

- mit Mitteln erzeugt werden, die der Signaturschlüssel-Inhaber unter seiner alleinigen Kontrolle halten kann, und
- mit den Daten, auf die sie sich beziehen, so verknüpft sind, dass eine nachträgliche Veränderung der Daten erkannt werden kann,

Letztlich kennt das Gesetz noch „qualifizierte elektronische Signaturen“. Diese elektronische Signaturen müssen die Voraussetzungen der fortgeschrittenen elektronischen Signaturen erfüllen und zusätzlich

- auf einem zum Zeitpunkt ihrer Erzeugung gültigen qualifizierten Zertifikat beruhen und
- mit einer sicheren Signaturerstellungseinheit erzeugt werden.

Diese qualifizierten Signaturen, die auf einem qualifiziertem Zertifikat beruhen, bieten die höchste Sicherheit. Qualifizierte Zertifikate können nur so genannte Zertifizierungsdiensteanbieter (=Trustcenter) erteilen. Der Betrieb eines Zertifizierungsdienstes ist im Rahmen der Gesetze genehmigungsfrei (§ 4 Abs. 1 SigG). Allerdings muss derjenige, der den Betrieb eines Zertifizierungsdienstes aufnimmt, dies der zuständigen Behörde spätestens mit der Betriebsaufnahme anzeigen (§ 4 Abs. 3 S. 1 SigG). Zudem darf nur der einen Zertifizierungsdienst betreiben, der die für den Betrieb erforderliche Zuverlässigkeit und Fachkunde sowie eine Deckungsvorsorge nach § 12 SigG nachweist und die weiteren Voraussetzungen für den Betrieb eines Zertifizierungsdienstes nach diesem Gesetz und der Rechtsverordnung nach § 24 Nr. 1, 3 und 4 SigG gewährleistet (§ 4 Abs. 2 S. 1 SigG). Die erforderliche Zuverlässigkeit besitzt gemäß § 4 Abs. 2 S. 2 SigG, wer die Gewähr dafür bietet, als Zertifizierungsdiensteanbieter die für den Betrieb maßgeblichen Rechtsvorschriften einzuhalten. Die erforderliche Fachkunde liegt nach § 4 Abs. 2 S. 3 SigG vor, wenn die im Betrieb eines Zertifizierungsdienstes tätigen Personen über die für diese Tätigkeit notwendigen Kenntnisse, Erfahrungen und Fertigkeiten verfügen. Die weiteren Voraussetzungen für den Betrieb eines Zertifizierungsdienstes liegen vor, wenn die Maßnahmen zur Erfüllung der Sicherheitsanforderungen nach dem Signaturgesetz und der Rechtsverordnung nach § 24 Nr. 1, 3 und 4 SigG der zuständigen Behörde in einem Sicherheitskonzept aufgezeigt und geeignet und praktisch umgesetzt sind (§ 4 Abs. 2 S. 4 SigG). Vergabe, Inhalt sowie Sperrung qualifizierter Signaturen ist in den §§ 5 ff. SigG geregelt.

V. Der Vertragsschluss im UN-Kaufrecht

Das UN-Kaufrecht ist Teil des nationalen deutschen Rechts. Es ersetzt die Regelungen des BGB und des HGB als *lex specialis*, wenn die Voraussetzungen seiner Anwendbarkeit gegeben sind: ein grenzüberschreitender Kaufvertrag über Waren zwischen Unternehmen mit Sitz in Staaten, die das Abkommen ratifiziert haben, oder bei Anwendung des deutschen Privatrechts nach den Regeln des Internationalen Privatrechts. Deutsch gehört nicht zu den offiziellen Sprachen, in denen das völkerrechtliche Übereinkommen Verbindlichkeit erlangt hat. Aus diesem Grunde halte ich im Internet eine dreisprachige Fassung des UN-Kaufrechts vor, in der man immer die Möglichkeit hat, die fragliche Norm auch in zwei der offiziellen Sprachen (Englisch und Französisch) zu studieren.

Der Vertragsschluss ist im CISG in den Artikeln 14 bis 24 geregelt. Diese Regelung weist in ihren Grundstrukturen deutliche Parallelen zum BGB auf, obgleich im Detail einige Unterschiede bestehen. Im Folgenden soll die Regelung des Vertragsschlusses im CISG kurz vorgestellt und dabei gezeigt werden, wo das CISG Berührungspunkte zum BGB aufweist und wo es von der Regelung des BGB abweicht.

Art. 14 [Begriff des Angebots]

- (1) Der an eine oder mehrere bestimmte Personen gerichtete Vorschlag zum Abschluß eines Vertrages stellt ein Angebot dar, wenn er bestimmt genug ist und den Willen des Anbietenden zum Ausdruck bringt, im Falle der Annahme gebunden zu sein. Ein Vorschlag ist bestimmt genug, wenn er die Ware bezeichnet und ausdrücklich oder stillschweigend die Menge und den Preis festsetzt oder deren Festsetzung ermöglicht.
- (2) Ein Vorschlag, der nicht an eine oder mehrere bestimmte Personen gerichtet ist, gilt nur als Aufforderung, ein Angebot abzugeben, wenn nicht die Person, die den Vorschlag macht, das Gegenteil deutlich zum Ausdruck bringt.

Wie wir bereits bei der Erörterung des Vertragsschlusses nach dem Recht des BGB gesehen haben, geht das BGB wie fast alle Rechtsordnungen im Regelfall von dem Modell des Vertragsschlusses durch Angebot und Annahme aus. Auch das CISG hat diesen Weg beschritten. Dabei wurde sogar bei der Beratung des CISG erwogen, in einer eigenen Vorschrift klarzustellen, dass - nicht anders als z.B. im unvereinheitlichten deutschen Recht - auch ein auf anderem Wege als dem „Angebot-Annahme“-Schema erzielter Parteikonsens (z.B. die beiderseitige Zustimmung zu einem von einem Dritten erstellten Vertragsentwurf) für den Vertragsschluss ausreicht. Dies wurde dann wegen der „extreme difficulty of

formulating an acceptable text“ verworfen (Schlechtriem in: Schlechtriem/Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 4. Auflage 2004, Vor Artt. 14-24, Rdnr. 2). Dennoch geht man heute in der Literatur davon aus, dass alleine der Konsens für den Vertragsschluss entscheidend ist, ohne dass es auf die strenge Einhaltung des „Angebot-Annahme-Schemas“ ankommt (Schlechtriem in: Schlechtriem/Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. Vor Artt. 14 Rdnr. 5 mwN.).

Das BGB hat die materiellrechtlichen Anforderungen an ein Angebot nicht ausdrücklich normiert, sondern nimmt nur in einigen Vorschriften auf das nicht eigens geregelte Angebot Bezug (vgl. §§ 145 bis 151 BGB). Demgegenüber hat das CISG in Art. 14 den Antrag in einer eigenen Vorschrift geregelt. Dabei verlangt Art. 14 Abs. 1 in Übereinstimmung mit dem BGB, dass ein wirksames Angebot mit Rechtsbindungswillen abgegeben wurde und auch die essentialia negotii regelt. Als essentialia negotii des Kaufvertrages nennt Art. 14 Abs. 1 Satz 2 die Ware, deren Menge und den Kaufpreis. Damit stellt sich auch nach dem CISG die in der Vorlesung bereits für das deutsche Recht erörterte Frage, ob die Parteien einen Kaufvertrag wirksam schließen können, obgleich sie den Kaufpreis noch offen lassen. Diese Frage war bei der Entstehung des CISG außerordentlich umstritten und ist es eigentlich bis heute geblieben. Der Streit drückt sich auch deutlich im CISG selbst aus: Nimmt man nämlich den Wortlaut des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 ernst, dann kann ein wirksames Angebot ohne Festlegung eines bestimmten Kaufpreises nicht zustande kommen, liest man dagegen Art. 55, dann muss man gerade vom Gegenteil ausgehen.

Art. 55 bestimmt:

„Ist ein Vertrag gültig geschlossen worden, ohne daß er den Kaufpreis ausdrücklich oder stillschweigend festsetzt oder dessen Festsetzung ermöglicht, so wird mangels gegenteiliger Anhaltspunkte vermutet, daß die Parteien sich stillschweigend auf den Kaufpreis bezogen haben, der bei Vertragsschluß allgemein für derartige Ware berechnet wurde, die in dem betreffenden Geschäftszweig unter vergleichbaren Umständen verkauft wurde“.

Der zwischen diesen Vorschriften liegende Widerspruch wird naturgemäß unterschiedlich aufgelöst: Während einige Autoren von einem generellen Vorrang des Art. 55 ausgehen, vertreten andere einen absoluten Vorrang des Art. 14 Abs. 1 Satz 2. Daneben werden verschiedene differenzierende Ansätze vertreten (vgl. Schlechtriem in: Schlechtriem/Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 14 Rdnrn. 9-11; Reinhart, UN-Kaufrecht, 1991, Art. 14 Rdnr. 4). Im Ergebnis spricht insbesondere die systematische Auslegung dafür, dass Art. 55 als speziellere Vorschrift Art. 14 Abs. 1 Satz 2 ergänzt. Art. 55 führt dann nämlich

bei konsequenter Anwendung dazu, dass, wenn seine Voraussetzungen vorliegen, eben der Kaufpreis doch als „stillschweigend“ festgelegt gilt. Demnach würde Art. 55 für das CISG die gleiche Funktion übernehmen wie die §§ 315, 316 BGB im Recht des BGB. Dabei erscheint jedoch die Lösung des CISG, die auf den Marktpreis als von den Parteien hypothetisch gewollten Preis abstellt, gegenüber der Lösung der §§ 315, 316 BGB, die ausgerechnet dem Gläubiger das Preisbestimmungsrecht zuweist, interessengerechter und insgesamt vorzugswürdig.

Art. 14 Abs. 2 enthält die Auslegungsregel, dass ein an einen unbestimmten Personenkreis gerichtetes Angebot grundsätzlich nur eine invitatio ad offerendum darstellt, wenn nicht der Antragende das Gegenteil deutlich zum Ausdruck bringt. Eine solche Auslegungsregel kennt das BGB nicht. Allerdings wird die Auslegung von „Angeboten“ an einen unbestimmten Personenkreis nach §§ 133, 157 BGB in der Regel auch nach deutschem Recht zum gleichen Ergebnis führen, wobei der Rechtsanwender mangels Auslegungsregel jedoch flexibler ist. Allerdings macht Art. 14 Abs. 2 im Umkehrschluss deutlich, dass auch das CISG die dem unvereinheitlichten deutschen Recht so geläufige Offerte ad incertas personas anerkennt.

Art. 15 [Wirksamwerden des Angebots; Rücknahme]

- (1) Ein Angebot wird wirksam, sobald es dem Empfänger zugeht.
- (2) Ein Angebot kann, selbst wenn es unwiderruflich ist, zurückgenommen werden, wenn die Rücknahmeerklärung dem Empfänger vor oder gleichzeitig mit dem Angebot zugeht.

Art. 15 Abs. 1 entspricht der allgemeiner formulierten, für alle Willenserklärungen geltenden Vorschrift des § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB.

Auch Art. 15 Abs. 2 entspricht weitgehend § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB. Es besteht allerdings insoweit ein terminologischer Unterschied zwischen beiden Vorschriften als im CISG von „Rücknahme“ und im BGB von „Widerruf“ die Rede ist. Dieser terminologische Unterschied liegt darin begründet, dass das CISG den Begriff „Widerruf“ für den Fall der nachträglichen Beseitigung eines bereits wirksam gewordenen Angebots verwendet (vgl. Art. 16).

Eine dem § 130 Abs. 2 BGB entsprechende Vorschrift fehlt im CISG. Da bei der Entstehung des CISG eine solche Vorschrift erwogen wurde, man dann aber auf sie verzichtet hat, kann man davon ausgehen, dass der Einfluss des Todes oder des Wegfalls der Geschäftsfähigkeit auf die Wirksamkeit einer Willenserklärung

außerhalb des Regelungsbereiches des UN-Übereinkommens liegt (Schlechtriem in: Schlechtriem/Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 15 Rdnr. 8).

Art. 16 [Widerruf des Angebots]

(1) Bis zum Abschluß des Vertrages kann ein Angebot widerrufen werden, wenn der Widerruf dem Empfänger zugeht, bevor dieser eine Annahmeerklärung abgesandt hat.

(2) Ein Angebot kann jedoch nicht widerrufen werden,

wenn es durch Bestimmung einer festen Frist zur Annahme oder auf andere Weise zum Ausdruck bringt, daß es unwiderruflich ist, oder

wenn der Empfänger vernünftigerweise darauf vertrauen konnte, daß das Angebot unwiderruflich ist, und er im Vertrauen auf das Angebot gehandelt hat.

Art. 16 regelt das in § 145 BGB normierte Problem der Bindung des Antragenden an das Angebot. Dabei löst Art. 16 das Problem genau anders herum: Während im deutschen Zivilrecht, wie bereits erörtert, der Antragende nach § 145 BGB grundsätzlich an das Angebot gebunden ist, sobald es dem Adressaten zugegangen ist, kann das Angebot nach Art. 16 Abs. 1 so lange widerrufen werden, bis der Adressat eine Annahmeerklärung abgesandt hat. Damit haben sich in Art. 16 Abs. 1 die romanischen und angelsächsischen Vertragsstaaten, deren Rechtsordnungen eine dem deutschen Recht vergleichbare Bindung an das Angebot fremd ist, weitgehend durchgesetzt (Schlechtriem in: Schlechtriem/Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 16 Rdnr.1). Die Widerrufssperre nicht erst ab Vertragsschluss, sondern schon bei Absendung der Widerrufserklärung stammt aus dem Common Law (Schlechtriem in: Schlechtriem/Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 16 Rdnr. 4).

Art. 16 Abs. 2, der für bestimmte Fälle Ausnahmen von der generellen Widerruflichkeit des Angebots vorsieht, stellt demgegenüber ein Zugeständnis an das deutsche Recht und andere kontinentaleuropäische Rechtsordnungen dar (Reinhart, UN-Kaufrecht, Art. 16 Rdnr. 3).

Art. 17 [Erlöschen des Angebots]

Ein Angebot erlischt, selbst wenn es unwiderruflich ist, sobald dem Anbietenden eine Ablehnung zugeht.

Art. 17 entspricht ohne weiteres der Vorschrift des § 146 1. Alt. BGB. Der in §§ 146 2. Alt., 148 BGB geregelte Erlöschensgrund des Ablaufs einer im Angebot

gesetzten Annahmefrist ist im CISG nicht gesondert aufgeführt. Allerdings ergibt sich aus Art. 18 Abs. 2 Satz 2 mittelbar, dass auch nach dem CISG ein befristetes Angebot mit Fristablauf erlischt.

Art. 18 [Begriff der Annahme]

(1) Eine Erklärung oder ein sonstiges Verhalten des Empfängers, das eine Zustimmung zum Angebot ausdrückt, stellt eine Annahme dar. Schweigen oder Untätigkeit allein stellen keine Annahme dar.

(2) Die Annahme eines Angebots wird wirksam, sobald die Äußerung der Zustimmung dem Anbietenden zugeht. Sie wird nicht wirksam, wenn die Äußerung der Zustimmung dem Anbietenden nicht innerhalb der von ihm gesetzten Frist oder, bei Fehlen einer solchen Frist, innerhalb einer angemessenen Frist zugeht; dabei sind die Umstände des Geschäfts einschließlich der Schnelligkeit der vom Anbietenden gewählten Übermittlungsart zu berücksichtigen. Ein mündliches Angebot muß sofort angenommen werden, wenn sich aus den Umständen nichts anderes ergibt.

(3) Äußert jedoch der Empfänger aufgrund des Angebots, der zwischen den Parteien entstandenen Gepflogenheiten oder der Gebräuche seine Zustimmung dadurch, daß er eine Handlung vornimmt, die sich zum Beispiel auf die Absendung der Ware oder die Zahlung des Preises bezieht, ohne den Anbietenden davon zu unterrichten, so ist die Annahme zum Zeitpunkt der Handlung wirksam, sofern diese innerhalb der in Absatz 2 vorgeschriebenen Frist vorgenommen wird.

Ebenso wie auch im Falle des Antrages ist die Annahme im CISG anders als im BGB durch eine eigene Vorschrift geregelt. Dabei entspricht die Regelung in Art. 18 Abs. 1 der Rechtslage im Recht des BGB: Die Annahme ist eine Willenserklärung, die die Zustimmung zum Angebot ausdrückt und die sowohl durch eine ausdrückliche Erklärung als auch durch konkludentes Verhalten erfolgen kann (Art. 18 Abs. 1 Satz 1). Interessant ist insbesondere die Vorschrift des Art. 18 Abs. 1 Satz 2, die das Problem behandelt, inwiefern das Schweigen auf ein Angebot als Annahme gewertet werden kann. Im BGB gibt es für diesen Problemkreis keine eigene Vorschrift. Daher wird das Problem im deutschen Zivilrecht durch Rückgriff auf die allgemeinen Regeln für die Auslegung von Willenserklärungen gelöst (§§ 133, 157 BGB). Die dabei mit dem BGB nach allgemeiner Auffassung erzielten Ergebnisse stimmen mit der Regelung des Art. 18 Abs. 1 Satz 2 ohne weiteres überein: Schweigen oder Untätigkeit des Angebotsadressaten „allein“ kann nicht als Annahmeerklärung gewertet werden. Selbstverständlich kann das Schweigen aber wie jedes andere Verhalten sowohl nach dem CISG als auch nach dem BGB eine Annahmeerklärung darstellen, wenn besondere Umstände des Einzelfalles (z.B. vorherige Parteivereinbarung, dass

Schweigen als Willenserklärung behandelt werden soll) eine solche Wertung nahe legen. Nicht anders als im deutschen Privatrecht kann der Antragende daher auch bei Anwendbarkeit des CISG den Angebotsempfänger (z. B. durch Zusenden unbestellter Waren) nicht einseitig darauf festlegen, dass das Schweigen auf das Angebot als Annahme behandelt werden wird (Schlechtriem in: Schlechtriem/Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 18 Rdnr. 9).

Art. 18 Abs. 2 Satz 1 entspricht ebenso wie Art. 15 Abs. 1 der Vorschrift des § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB. Art. 18 Abs. 2 Satz 2 und 3 stimmen mit §§ 147, 148 weitgehend überein. Selbst da, wo die soeben angeführten Regelungen im BGB und im CISG dem Wortlaut nach deutlich voneinander abweichen (vgl. z.B. Art. 18 Abs. 2 Satz 2 1. HS: „angemessene Frist“ und § 147 Abs. 2 BGB: „Zeitpunkt, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf“), werden nahezu identische Ergebnisse erzielt (vgl. etwa: Schlechtriem in: Schlechtriem/Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 18 Rdnr. 15: „Im ganzen wird die „angemessene Frist“ nicht nennenswert von dem abweichen, was dem deutschen Juristen in Anwendung des § 147 II BGB vertraut ist“).

Art. 18 Abs. 3 regelt den Fall der Entbehrlichkeit des Zugangs der Annahmeerklärung. Wenn die Voraussetzungen des Art. 18 Abs. 3 vorliegen, dann kommt ein Vertrag auch alleine durch die Abgabe der Annahmeerklärung in Form konkludenten Verhaltens zustande. Damit übernimmt Art. 18 Abs. 3 die Funktion, die im unvereinheitlichten deutschen Recht § 151 BGB zukommt. Dabei sehen die beiden Vorschriften in der Sache (wenn auch nicht im Wortlaut) übereinstimmend vor, dass der Zugang der Annahmeerklärung für den Vertragsschluss dann entbehrlich ist, wenn eine entsprechende Verkehrssitte besteht oder wenn der Antragende in seinem Angebot auf den Zugang verzichtet hat. Darüber hinaus sieht Art. 18 Abs. 3 - ohne Entsprechung in § 151 BGB - vor, dass der Zugang auch dann entbehrlich ist, wenn sich dies aus den „zwischen den Parteien entstandenen Gepflogenheiten ergibt“. Im deutschen Zivilrecht wird man jedoch in einem solchen Fall fast immer einen konkludent erklärten Verzicht des Antragenden annehmen können, so dass sich aus dieser Abweichung des CISG im Ergebnis kaum Unterschiede zum BGB ergeben. Darüber hinaus weichen Art. 18 Abs. 3 und § 151 BGB jedenfalls theoretisch insoweit voneinander ab, als Art. 18 Abs. 3 seinem Wortlaut nach nur auf Annahmeerklärungen durch konkludentes Verhalten anwendbar ist. Daraus folgert auch die überaus h.M. zu Art. 18 Abs. 3, dass diese Vorschrift nicht auf verbale Annahmeerklärungen anwendbar sei (vgl. nur: Schlechtriem/Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Schlechtriem, Art. 18 Rdnr. 19 m.w.N.). § 151 BGB ist demnach seinem Wortlaut auf alle möglichen Annahmeerklärungen anwendbar. Allerdings wird es sich schon

vom geregelten Lebenssachverhalt her auch bei § 151 BGB fast immer nur um nichtverbale konkludente Annahmeerklärungen handeln (dementsprechend gliedert Kramer, in MüKo, § 151 Rdnr. 53 „die unter § 151 zu subsumierenden Fälle“ nur in folgenden Fallgruppen: Erfüllungshandlungen und Aneignungs- und Gebrauchshandlungen).

Art. 19 [Ergänzungen, Einschränkungen und sonstige Änderungen zum Angebot]

(1) Eine Antwort auf ein Angebot, die eine Annahme darstellen soll, aber Ergänzungen, Einschränkungen oder sonstige Änderungen enthält, ist eine Ablehnung des Angebots und stellt ein Gegenangebot dar.

(2) Eine Antwort auf ein Angebot, die eine Annahme darstellen soll, aber Ergänzungen oder Abweichungen enthält, welche die Bedingungen des Angebots nicht wesentlich ändern, stellt jedoch eine Annahme dar, wenn der Anbietende das Fehlen der Übereinstimmung nicht unverzüglich mündlich beanstandet oder eine entsprechende Mitteilung absendet. Unterlässt er dies, so bilden die Bedingungen des Angebots mit den in der Annahme enthaltenen Änderungen den Vertragsinhalt.

(3) Ergänzungen oder Abweichungen, die sich insbesondere auf Preis, Bezahlung, Qualität und Menge der Ware, auf Ort und Zeit der Lieferung, auf den Umfang der Haftung der einen Partei gegenüber der anderen oder auf die Beilegung von Streitigkeiten beziehen, werden so angesehen, als änderten sie die Bedingungen des Angebots wesentlich.

Art. 19 Abs. 1 stimmt mit § 150 Abs. 2 BGB überein. Diese Übereinstimmung des CISG mit dem Recht des BGB wird jedoch durch Art. 19 Abs. 2 insoweit relativiert, als durch diese Vorschrift die Anwendbarkeit von Art. 19 Abs. 1 auf „unwesentliche Abweichungen“ ausgeschlossen wird, wenn der Anbietende nicht die fehlende Übereinstimmung unverzüglich beanstandet. Art. 19 Abs. 2 ist dem Vorbild des amerikanischen Uniform Commercial Code nachgebildet (Reinhart, UN-Kaufrecht, Art. 19 Rdnr. 4).

Art. 20 [Annahmefrist]

(1) Eine vom Anbietenden in einem Telegramm oder einem Brief gesetzte Annahmefrist beginnt mit Aufgabe des Telegramms oder mit dem im Brief angegebenen Datum oder, wenn kein Datum angegeben ist, mit dem auf dem Umschlag angegebenen Datum zu laufen. Eine vom Anbietenden telefonisch, durch Fernschreiben oder eine andere sofortige Übermittlungsart gesetzte Annahmefrist beginnt zu laufen, sobald das Angebot dem Empfänger zugeht.

(2) Gesetzliche Feiertage oder arbeitsfreie Tage, die in die Laufzeit der Annahmefrist fallen, werden bei der Fristberechnung mitgezählt. Kann jedoch die Mitteilung der Annahme am letzten Tag der Frist nicht an die Anschrift des

Anbietenden zugestellt werden, weil dieser Tag am Ort der Niederlassung des Anbietenden auf einen gesetzlichen Feiertag oder arbeitsfreien Tag fällt, so verlängert sich die Frist bis zum ersten darauf folgenden Arbeitstag.

Art. 20 enthält Auslegungsregeln für die Berechnung der Annahmefrist. Eine dem Art. 20 vergleichbare Vorschrift, die eigens die Annahmefrist regelt, gibt es im BGB nicht. Daher muss man zur Berechnung der Annahmefrist im unvereinheitlichten deutschen Recht auf die allgemeinen Vorschriften über „Fristen“ in den §§ 186 ff. BGB zurückgreifen.

Art. 20 Abs. 1 enthält eine Auslegungsregel für die Bestimmung des Zeitpunktes, an dem eine Annahmefrist zu laufen beginnt, die der Antragende nicht kalendermäßig festgelegt hat. Dabei bestimmt die Vorschrift den Zeitpunkt des Fristbeginns danach, welches Kommunikationsmittel der Antragende verwendet hat. Eine solche nach Kommunikationsmitteln differenzierende Regelung gibt es in den §§ 186 ff. BGB nicht. Der Fristbeginn ist im BGB in § 187 geregelt. Allerdings enthält § 187 BGB keine Art. 20 Abs. 1 entsprechende Vorschrift, die bestimmt, zu welchem Zeitpunkt eine nicht kalendermäßig bestimmte (Annahme-)Frist zu laufen beginnt. § 187 Abs. 2 BGB bestimmt lediglich, dass bei einer Frist wie der Annahmefrist, bei der der Beginn eines Tages der für den Fristbeginn maßgebende Zeitpunkt ist, der die Frist auslösende Tag bei der Berechnung der Frist mitgerechnet wird. Trotz des Fehlens einer Art. 20 Abs. 1 entsprechenden Vorschrift geht die h.M. davon aus, dass auch im Recht des BGB eine nicht kalendermäßig bestimmte Frist entsprechend der Regelung in Art. 20 Abs. 1 Satz 1 bereits mit dem Datum des Antrages und nicht erst mit dessen Zugang zu laufen beginnt (Palandt/Heinrichs, § 148 Rdnr. 5). Dementsprechend müsste man auch wie in Art. 20 Abs. 1 Satz 2 bei telefonisch übermittelten Anträgen zweckmäßigerweise auf den Zeitpunkt des Zugangs der Erklärung abstellen.

Art. 20 Abs. 2 Satz 1 behandelt die Frage, ob gesetzliche Feiertage oder arbeitsfreie Tage, die in die Laufzeit der Annahmefrist fallen, bei der Fristberechnung mitgerechnet werden und bejaht sie. Der Sinn dieser Vorschrift liegt darin, Probleme zu vermeiden, die sich im grenzüberschreitenden Verkehr daraus ergeben können, dass gesetzliche Feiertage und arbeitsfreie Tage von Ort zu Ort sehr verschieden sein können (Schlechtriem in: Schlechtriem/Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 20 Rdnr. 5). Innerhalb Deutschlands stellt sich dieses Problem nicht mit der gleichen Schärfe, obgleich Feiertage hier auch von Bundesland zu Bundesland verschieden sein können. Daher enthält auch das BGB keine Art. 20 Abs. 2 Satz 2 entsprechende Vorschrift. Dennoch wird aus § 193 BGB, der bestimmt, dass an die Stelle des letzten Tages einer Frist ein Werktag tritt, wenn dieser letzte Tag ein Samstag, Sonntag oder Feiertag ist, von

der weitaus überwiegenden Meinung gefolgert, dass auch im deutschen Recht Sonn- und Feiertage, die innerhalb einer Annahmefrist liegen, bei der Fristberechnung mitgerechnet werden (MüKo, Grothe, § 193 Rdnr. 5; Soergel, Augustin, § 193 Rdnr. 2).

Art. 20 Abs. 2 Satz 2 entspricht wiederum weitgehend § 193 BGB. Die beiden Vorschriften unterscheiden sich aber z.B. darin, dass sich nach § 193 BGB die Frist automatisch verlängert, wenn der letzte Tag der Frist ein Sonn- oder Feiertag ist, während dies nach dem Wortlaut des Art. 20 Abs. 2 Satz 2 nur der Fall ist, wenn die Annahmeerklärung aus diesem Grunde nicht zugestellt werden kann. Dies wird man allerdings regelmäßig unterstellen können.

Art. 21 [Verspätete Annahme]

(1) Eine verspätete Annahme ist dennoch als Annahme wirksam, wenn der Anbietende unverzüglich den Annehmenden in diesem Sinne mündlich unterrichtet oder eine entsprechende schriftliche Mitteilung absendet.

(2) Ergibt sich aus dem eine verspätete Annahme enthaltenden Brief oder anderen Schriftstück, daß die Mitteilung nach den Umständen, unter denen sie abgesandt worden ist, bei normaler Beförderung dem Anbietenden rechtzeitig zugegangen wäre, so ist die verspätete Annahme als Annahme wirksam, wenn der Anbietende nicht unverzüglich den Annehmenden mündlich davon unterrichtet, daß er sein Angebot als erloschen betrachtet, oder eine entsprechende schriftliche Mitteilung absendet.

Art. 21 Abs. 1 findet im unvereinheitlichten deutschen Recht keine Entsprechung. Dort regeln vielmehr die §§ 146 2. Alt., 148 BGB, dass der Antrag nach Ablauf der Annahmefrist in jedem Falle erlischt und daher auch nicht mehr angenommen werden kann, selbst wenn der Antragende damit einverstanden wäre. Eine verspätete Annahme ist jedoch auch nach dem unvereinheitlichten deutschen Recht nicht unwirksam. Sie gilt vielmehr nach § 150 Abs. 1 BGB als neuer Antrag. Ist der Antragende mit der verspäteten Annahme einverstanden, dann kann demnach also doch noch ein Vertrag zustande kommen - nur ist der „verspätet Annehmende“ dann konstruktiv betrachtet Antragender.

Art. 21 Abs. 2 entspricht § 149 BGB.

Art. 22 [Rücknahme der Annahme]

Eine Annahme kann zurückgenommen werden, wenn die Rücknahmeerklärung dem Anbietenden vor oder in dem Zeitpunkt zugeht, in dem die Annahme wirksam geworden wäre.

Art. 22 stellt die Parallelvorschrift zu Art. 15 Abs. 2 dar. Demnach können nach dem CISG Angebot und Annahme unter den gleichen Voraussetzungen zurückgenommen werden. Damit entspricht Art. 22 ebenso wie Art. 15 Abs. 2 der Vorschrift des § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB, die allerdings anders als die beiden Normen des CISG auf alle Willenserklärungen anwendbar ist.

Art. 23 [Zeitpunkt des Vertragsschlusses]

Ein Vertrag ist in dem Zeitpunkt geschlossen, in dem die Annahme eines Angebots nach diesem Übereinkommen wirksam wird.

Liest man die bereits vorgestellten Vorschriften des CISG zum Vertragsschluss, insbesondere Art. 14 und Art. 18 Absätze 1 und 2, dann ist Art. 23 in der Tat eine „überflüssige Wiederholung“ (Reinhart, UN-Kaufrecht, Art. 23 Rdnr. 2). Andererseits macht diese Wiederholung gerade auch für den Laien deutlich, dass das CISG grundsätzlich vom Vertragsschluss durch Angebot und Annahme ausgeht und wann nach diesem Modell ein Vertragsschluss zu bejahen ist. Art. 23 kommt somit in erster Linie klarstellende Bedeutung zu. Auf eine solche Vorschrift hat man deshalb Wert gelegt, weil in zahlreichen Bestimmungen des UN-Kaufrechts auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abgestellt wird (vgl. Artt. 1 Abs. 2, 16 Abs. 1 etc.).

Da das BGB, wie man den §§ 145 ff. BGB entnehmen kann, ebenfalls regelmäßig von dem Modell des Vertragsschlusses durch Angebot und Annahme ausgeht, die „Technik“ des Vertragsschlusses selbst aber nicht regelt, gibt es auch keine Art. 23 entsprechende Vorschrift im BGB.

Art. 24 [Begriff des Zugangs]

Für die Zwecke dieses Teils des Übereinkommens „geht“ ein Angebot, eine Annahmeerklärung oder sonstige Willenserklärung dem Empfänger „zu“, wenn sie ihm mündlich gemacht wird oder wenn sie auf anderem Weg ihm persönlich, an seiner Niederlassung oder Postanschrift oder, wenn diese fehlen, an seinem gewöhnlichen Aufenthaltsort zugestellt wird.

Art. 24 definiert den Zugang. Eine solche Legaldefinition des Zugangs kennt das BGB nicht. Insbesondere § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB definiert den Begriff des Zugangs nicht, sondern setzt ihn lediglich voraus. Art. 24 stellt unterschiedliche Anforderungen an den Zugang je nachdem, ob die Willenserklärung dem Empfänger gegenüber „mündlich“ abgegeben oder ob sie ihm auf „anderem Wege“ zugestellt wird. Diese Differenzierung entspricht im Wesentlichen der aus der Dogmatik der Willenserklärung bekannten und im Wortlaut des § 130 Abs. 1

Satz 1 angelegten Differenzierung zwischen Willenserklärungen, die gegenüber Anwesenden und solchen, die gegenüber Abwesenden abgegeben werden. Es können lediglich deshalb geringfügige Unterschiede zwischen CISG und BGB auftreten, weil der Begriff des „Anwesenden“ nur die Möglichkeit unmittelbarer, zeitnaher Kommunikation voraussetzt, während der Begriff „mündlich“ diese unmittelbare Kommunikation auf das gesprochene Wort beschränkt und damit etwa durch Bildschirmtext übermittelte Erklärungen ausschließt (Schlechtriem in: Schlechtriem/Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 24 Rdnr. 4).

Welche Anforderungen an den Zugang einer mündlich abgegebenen Erklärung gemacht werden, regelt Art. 24 nicht. Ebenso wenig enthält das BGB eine Vorschrift, die den Zugang einer gegenüber Anwesenden abgegebenen Erklärung regelt. Dabei wird sowohl für das BGB als auch für das CISG heute ganz überwiegend die bereits im Verlaufe der Vorlesung vorgestellte eingeschränkte (modifizierte) Vernehmungstheorie vertreten.

Der Zugang einer „auf anderem Wege“ zugestellten Willenserklärung setzt entweder voraus, dass diese Erklärung dem Empfänger persönlich übergeben wird oder dass sie ihm an seiner Niederlassung oder seiner Postanschrift zugestellt wird. Letzteres setzt nach ganz herrschender Auffassung wie bei § 130 Abs. 1 Satz 1 voraus, dass die Erklärung in den Machtbereich des Empfängers gelangt. Ob darüber hinaus auch für Art. 24 ebenso wie im unvereinheitlichten deutschen Recht verlangt werden soll, dass der Empfänger die Möglichkeit der Kenntnisnahme hatte, ist umstritten. Dies ist vor allem für die Frage relevant, wann eine außerhalb der Geschäftszeiten, an Feiertagen oder außerhalb verkehrsüblicher Zeiten zugestellte Erklärung ihrem Empfänger zugeht. Es spricht einiges dafür, insoweit Art. 24 in Anlehnung an den Rechtsgedanken des Art. 20 Abs. 2 Satz 1 anders als § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB auszulegen, da es bei einem Gesetz, das grenzüberschreitende Sachverhalte erfassen soll, Sinn macht, nationale Feiertage und lokale Verkehrs- und Geschäftssitten unberücksichtigt zu lassen.