

## Anhang zu § 12

## Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht

<b>A. Begriff und verfassungsrechtliche Verankerung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts (APR)</b>	
<b>I. Begriff des APR</b> . . . . .	1
<b>II. Zivilrechtliches APR und die Verfassung</b> . . . . .	2
1. Die durch Schutzpflichten vermittelte Drittwirkung des verfassungsrechtlichen APR . . . . .	3
2. Das Verhältnis zw zivilrechtlichem und verfassungsrechtlichem APR . . . . .	4
3. Maßgebliche Abwägungsgrundsätze . . . . .	5
4. Grundrechtsschutz und Verfassungsbeschwerde: Die Intensität der verfassungsgerichtlichen Überprüfung	
a) Grundregel: Die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts . . . . .	6
b) Ausnahmen . . . . .	7
<b>B. Entstehungsgeschichte und Entwicklung des APR</b>	
<b>I. Der Persönlichkeitsschutz im BGB</b> . . . . .	8
<b>II. Die Anerkennung eines APR in der Leserbrief-Entscheidung und seine Weiterentwicklung</b> . . . . .	9
<b>C. Struktur und dogmatische Herleitung des APR</b>	
<b>I. Die Legitimation des APR</b> . . . . .	10
<b>II. Der Rechtscharakter des APR</b> . . . . .	11
<b>D. Inhalt und Schutzbereiche des APR</b>	
<b>I. Das APR und die besonderen Persönlichkeitsrechte</b>	
1. Das Verhältnis zw APR und besonderen Persönlichkeitsrechten . . . . .	12
2. Die besonderen Persönlichkeitsrechte	
a) Das Recht am eigenen Bild . . . . .	13
b) Das Namensrecht . . . . .	14
c) Das Urheberpersönlichkeitsrecht (UPR) . . . . .	15
<b>II. Die ideellen und kommerziellen Bestandteile des APR</b> . . . . .	16
<b>III. Systematisierungsversuche der Rechtsprechung</b>	
1. Die Sphärentheorie	
a) Schutzbereiche der Sphären . . . . .	17
b) Bedeutung der Sphärenbildung . . . . .	23
2. Fallgruppenbildung: Strukturierung des Fallrechts . . . . .	24
3. Normative Leitung durch Systematisierung? Offener Tatbestand vs Indikation der Rechtswidrigkeit . . . . .	25
4. Systematisierung anerkannter Ausprägungen des zivilrechtlichen APR . . . . .	26
a) Das Recht der persönlichen Ehre . . . . .	27
b) Schutz vor ungewollten Indiskretionen und ungewollter Publizität . . . . .	28
c) Schutz der selbstbestimmten und unverfälschten Darstellung . . . . .	29
d) Schutz vor kommerzieller Verwertung . . . . .	30
e) Schutz vor Belästigungen . . . . .	31
f) Freiheitsschutz . . . . .	32
<b>IV. Der Einfluss der Europäischen Menschenrechtskonvention</b>	
1. Persönlichkeitsrechtsschutz in der EMRK . . . . .	33
2. Relevanz der EMRK und Rechtswirkung von Urteilen des EGMR . . . . .	34
3. Der Schutz durch Art 8 EMRK . . . . .	35
4. Der Schutz der Meinungs- und Pressefreiheit, Art 10 EMRK . . . . .	36
5. Kasuistik zum Spannungsverhältnis zw Art 8 und Art 10 EMRK . . . . .	37
6. Die Entscheidung <i>Caroline v Hannover</i> gegen Deutschland	
a) Verstoß gegen Art 8 EMRK . . . . .	38
b) Die Urteilsgründe im Einzelnen	
aa) Kritik an der Figur der absoluten Person der Zeitgeschichte . . . . .	39
bb) Das Kriterium der „örtlichen Abgeschiedenheit“ . . . . .	40
cc) Informationsinteresse vs Befriedigung der Neugier . . . . .	41
dd) Permanente Belästigung . . . . .	42
c) Bewertung . . . . .	43
d) Auswirkungen auf die deutsche Rechtsprechungspraxis	
aa) Die Urteilsreihe des BGH v 6.3.2007 . . . . .	44
bb) Das Urte des BVerfG v 26.2.2008 . . . . .	45
cc) Der BGH als Diener zweier Herren . . . . .	47
dd) Aktuelle Kasuistik . . . . .	48
e) Wortveröffentlichungen und das Herstellen von Bildnissen . . . . .	49
f) Aktuell anhängige Beschwerdeverfahren . . . . .	50
<b>E. Die Träger des APR</b>	
<b>I. Natürliche Personen</b>	
1. Die Grundregel . . . . .	51
2. Sonderproblem: Kollektivbezeichnungen	
a) Grundsatz . . . . .	52
b) Kasuistik . . . . .	53
c) Der Schutz von Personenvereinigungen . . . . .	55
d) Abgeleitete Betroffenheit . . . . .	56
<b>II. Persönlichkeitsrechtsschutz für Personenvereinigungen: Vom Persönlichkeits- zum Imageschutz</b>	
1. Persönlichkeitsrechtsschutz für Personenvereinigungen? . . . . .	57
2. Schutzzumfang und dogmatische Herleitung . . . . .	58
a) Kein Schutz durch verfassungsrechtliches APR . . . . .	59
b) Schutz von Personenvereinigungen durch zivilrechtliches APR . . . . .	60
3. Anerkannte Schutzbereiche	
a) Das Recht am gesprochenen Wort . . . . .	62
b) Das Recht am eigenen Bild . . . . .	63
c) Schutz vor unbefugter Namensnutzung . . . . .	64
d) Schutz des wirtschaftlichen Rufes („wirtschaftliche Ehre“)	
aa) Ehrenschrift für jur Personen? . . . . .	65
bb) Anerkannte Schutzbereiche im Einzelnen . . . . .	66
cc) Ehrenschrift für jur Personen des öffentlichen Rechts . . . . .	67
4. Besonderheiten im Sanktionensystem: Kein Anspruch auf Ersatz von Nichtvermögensschäden . . . . .	68
<b>III. Postmortaler Persönlichkeitsrechtsschutz</b>	
1. Verfassungsrechtlicher postmortaler Persönlichkeitsrechtsschutz	
a) Grundlage des Schutzes . . . . .	69
b) Schutzzumfang . . . . .	70
2. Zivilrechtlicher Schutz des postmortalen APR	
a) Unterscheidung zw ideellen und kommerziellen Bestandteilen . . . . .	73
b) Postmortaler Schutz der kommerziellen Bestandteile . . . . .	74

## Anh § 12

Allgemeiner Teil Personen

c) Postmortaler Schutz der ideellen Bestandteile . . . . .	76	4. Diskretionsschutz durch Sphärenschutz	
d) Postmortaler Persönlichkeitsrechtsschutz Minderjähriger . . . . .	78	a) Informationen aus der Intimsphäre . . . . .	122
3. Verletzung der Persönlichkeitsrechte von Angehörigen . . . . .	79	b) Informationen aus dem Bereich der Geheimsphäre . . . . .	125
4. Kein postmortaler Schutz des Namensrechts . . . . .	80	c) Informationen aus der Privatsphäre	
5. Die Hinterlassenschaft von Briefen und Tagebüchern . . . . .	81	aa) Der thematische Schutzbereich . . . . .	126
6. Weitere gesetzliche Regelungen zum Schutz des Verstorbenen . . . . .	82	bb) Der räumliche Schutzbereich . . . . .	126a
7. Der Schutz des Körpers und seiner Teile nach dem Tode . . . . .	83	d) Informationen aus dem Bereich der Sozialsphäre . . . . .	127
<b>IV. Aktivlegitimation: Individuelle Betroffenheit . . . . .</b>	<b>84</b>	5. Recht auf informationelle Selbstbestimmung . . . . .	128
<b>F. Die Passivlegitimation</b>		6. Schutz des geschriebenen Wortes . . . . .	130
<b>I. Die Störereigenschaft . . . . .</b>	<b>85</b>	7. Schutz des gesprochenen Wortes . . . . .	131
<b>II. Behaupten und Verbreiten als Grundlage der Störerhaftung</b>		8. Verfügungsrecht über die Darstellung des eigenen Lebensbildes	
1. Grundsätze der Verbreiterhaftung . . . . .	86	a) Kontext Kommunikationsfreiheiten . . . . .	132
2. Einschränkungen der Verbreiterhaftung . . . . .	88	b) Kontext Kunstfreiheit . . . . .	133
3. Behaupten durch zu eigen machen . . . . .	89	aa) Vermutung für die Fiktionalität . . . . .	134
4. Verantwortlichkeit für Anzeigen und Leserbriefe . . . . .	91	bb) Kein Recht, nicht zur Vorlage einer Romanfigur zu werden . . . . .	135
5. Rechtsfolgen . . . . .	92	cc) Erkennbarkeitsmaßstab . . . . .	136
6. Äußerungsformen . . . . .	93	dd) Bewertung im Einzelfall	
<b>G. Einzelne Schutzbereiche des zivilrechtlichen APR</b>		(1) Allgemeines Persönlichkeitsrecht . . . . .	137
<b>I. Ehrenschutz</b>		(2) Postmortales Allgemeines Persönlichkeitsrecht . . . . .	140
1. Rechtsgrundlagen . . . . .	94	ee) Fazit . . . . .	141
2. Umfang des Ehrenschutzes		9. Schutz vor der Herstellung von Bildaufnahmen	
a) Innere Ehre . . . . .	95	a) Kein Schutz durch das KUG . . . . .	143
b) Äußere Ehre . . . . .	96	b) Schutz des höchstpersönlichen Lebensbereichs, § 201a StGB . . . . .	144
c) Der normativ-faktische Ehrbegriff . . . . .	97	c) Schutz durch das APR . . . . .	145
3. Tatsachenbehauptungen und Meinungsäußerungen		10. Schutz der Anonymität im Kontext der Kriminalitätsberichterstattung	
a) Definitionen und Kriterium der Abgrenzbarkeit . . . . .	98	a) Allgemeine Grundsätze der Kriminalitätsberichterstattung	
b) Funktion der Unterscheidung . . . . .	99	aa) Die Unantastbarkeit der Menschenwürde . . . . .	146
c) Schutz durch Art 5 I GG . . . . .	100	bb) Die Unschuldsvermutung . . . . .	147
d) Die Abgrenzung im Einzelnen		b) Verdachtsberichterstattung/Berichterstattung über Ermittlungsverfahren	
aa) Kriterium der Beweisbarkeit . . . . .	101	aa) Allgemeine Grundsätze der Verdachtsberichterstattung . . . . .	148
bb) Schwerpunktsuche im Einzelfall am Maßstab eines unvoreingenommenen und verständigen Publikums . . . . .	102	bb) Namensnennung des mutmaßlichen Täters im Rahmen eines Verdachts/Ermittlungsverfahrens . . . . .	152
cc) Verdeckte Aussagen . . . . .	103	c) Sonstige identifizierende Bildberichterstattung im Rahmen eines Verdachts/Ermittlungsverfahrens . . . . .	154
dd) Unvollständige Berichterstattung . . . . .	104	c) Berichte über Strafverfahren	
ee) Verdachtsäußerungen/Äußerungen über innere Tatsachen . . . . .	105	aa) Grundsätze für die Medienberichterstattung . . . . .	155
ff) Fragen . . . . .	106	bb) Namensnennung des mutmaßlichen Täters bei Bericht über Strafverfahren . . . . .	156
gg) Testberichte . . . . .	107	cc) Ton- und Bildaufnahmen aus dem Sitzungssaal . . . . .	157
hh) Verwendung rechtlicher Begriffe . . . . .	108	dd) Berichterstattung und Namensnennung des Täters nach Verurteilung . . . . .	159
ii) Gutachten von Sachverständigen . . . . .	109	ee) Berichterstattung und Namensnennung nach Freispruch . . . . .	161
4. Deutung einer Äußerung: Bestimmung des Erklärungsinhalts . . . . .	110	d) Namensnennung von Opfern und Zeugen . . . . .	162
5. Die Beurteilung mehrdeutiger Äußerungen		e) Informationsverhalten von Gerichten, Staatsanwaltschaften und Behörden . . . . .	163
a) Mehrdeutigkeit . . . . .	111	aa) Öffentlichkeitsarbeit der Gerichte . . . . .	164
b) Variantenlehre . . . . .	112	bb) Pressemitteilungen sowie Presseauskünfte der Staatsanwaltschaft . . . . .	165
c) Ausnahme im Bereich von Unterlassungsansprüchen: Die „Stolpe-Doktrin“ . . . . .	113	f) Online-Archive . . . . .	166
6. Das Recht der persönlichen Ehre als Schranke der Kommunikationsfreiheiten . . . . .	116	11. Schutz vor unberechtigter Verbreitung und öffentlicher Zurschaustellung von Bildnissen: Das Recht am eigenen Bild	
<b>II. Schutz vor ungewollten Indiskretionen und ungewollter Publizität</b>		a) Rechtsgrundlage und Rechtsnatur . . . . .	167
1. Indiskretionsschutz . . . . .	117	b) Das abgestufte Schutzsystem der §§ 22ff KUG . . . . .	168
2. Recht auf Anonymität . . . . .	118	c) Der Verbotstatbestand des § 22 I KUG	
3. Allgemeine Kriterien für die Schutzbereichsbestimmung sowie für die Güter- und Interessenabwägung		aa) Bildnis . . . . .	169
a) Besondere Wirkkraft und potenzierte Öffentlichkeit der Massenmedien . . . . .	120	bb) Abbildungen von Grundstücken, Häusern und sonstigen Sachen . . . . .	171
b) Vorverhalten . . . . .	121		

cc) Verbreiten und öffentliches Zurschaustellen . . . . .	173	9. Verhältnis zu anderen Schutzbereichen des APR . . . . .	215
dd) Der Einwilligungsvorbehalt . . . . .	174	<b>V. Der Schutz vor Belästigungen</b>	
d) Ausnahmetatbestand: Bildnisse aus dem Bereich der Zeitgeschichte § 23 I Nr 1 KUG . . . . .	175	1. Unerwünschte Werbung	
aa) Die Kategorien „absolute“ und „relative Person der Zeitgeschichte“ . . . . .	176	a) Briefkastenwerbung . . . . .	216
bb) Relativierung der absoluten PdZ (abgestuftes Schutzkonzept) . . . . .	179	b) Telefonwerbung . . . . .	217
cc) Der Informationswert der Berichterstattung/Einbeziehung der Wortberichterstattung . . . . .	180	c) Unerwünschte Werbung durch Fax, E-Mail oder SMS . . . . .	218
dd) Abwägung der verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechte und Interessen . . . . .	181	2. Nachstellen und Stalking . . . . .	219
ee) Auswirkungen der „Relativierung“ der absoluten PdZ auf die sog. „Begleiterrechtsprechung“ . . . . .	182	3. Schutz vor Mobbing . . . . .	220
ff) Abbildung von Kindern . . . . .	183	4. Schutz vor ideellen Immissionen . . . . .	221
gg) Abbildung zu Werbezwecken und das Informationsinteresse . . . . .	184	5. Raucherfreiheit und Rauchverbote . . . . .	222
e) Abbildungsfreiheit als Beiwerk einer Landschaft oder sonstigen Örtlichkeit . . . . .	185	<b>VI. Das APR und Freiheitsschutz</b>	
f) Abbildungsfreiheit im Rahmen von Versammlungen, Aufzügen uÄ . . . . .	186	1. Freiheitsschutz nach § 823 I . . . . .	223
g) Abbildungsfreiheit für Kunst und Wissenschaft . . . . .	187	2. Schutz vor Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit . . . . .	224
h) Schranken-Schranke: Ausschluss der Abbildungsfreiheit . . . . .	188	3. Ärztliche Heileingriffe . . . . .	225
i) Postmortaler Schutz . . . . .	189	4. Die Entnahme menschlicher Organe und Körpersubstanzen . . . . .	226
j) Öffentlich-rechtliches Eingriffsrecht (§ 24 KUG) . . . . .	190	<b>H. Berechtigte (Gegen-)Interessen und Rechtfertigungsgründe – Vorgaben für die Güter- und Interessenabwägung</b>	
k) Rechtsgeschäftliche Übertragungsmöglichkeiten . . . . .	191	<b>I. Rechtswidrigkeit und Rechtfertigungsgründe . . . . .</b>	228
l) Rechtsfolgen . . . . .	192	<b>II. Die rechtfertigende Einwilligung</b>	
<b>III. Schutz der selbstbestimmten und unverfälschten Darstellung</b>		1. Charakter und Rechtsnatur der rechtfertigenden Einwilligung . . . . .	229
1. Recht auf Selbstdarstellung . . . . .	193	2. Abgabe, Zugang und Auslegung	
2. Geschützte Interessen: Identität und Authentizität . . . . .	194	a) Abgabe und Zugang . . . . .	230
3. Anerkannte Fallgruppen		b) Stillschweigende Einwilligungserklärungen . . . . .	231
a) Schutz vor erfundenen Interviews . . . . .	195	c) Umfang und Reichweite – die Auslegung von Einwilligungserklärungen . . . . .	232
b) Schutz vor der Wiedergabe unrichtiger Zitate und der Unterschiebung nicht getaner Äußerungen (Recht am eigenen Wort) . . . . .	196	3. Widerruflichkeit . . . . .	233
c) Schutz vor der fälschlichen Zuschreibung von Mitgliedschaften . . . . .	197	4. Die Einwilligung Minderjähriger sowie Geschäftsunfähiger . . . . .	234
d) Schutz gegen Veränderungen von Bild und Stimme . . . . .	198	5. Willensmängel . . . . .	235
e) Schutz gegen Verfälschungen des Lebensbildes . . . . .	199	6. Stellvertretung . . . . .	236
f) Schutz gegen die unbefugte werbende Verwendung . . . . .	200	7. Sittenwidrigkeit . . . . .	237
<b>IV. Schutz vor kommerzieller Verwertung</b>		8. Die informierte Einwilligung . . . . .	238
1. Die Kommerzialisierung von Persönlichkeitsmerkmalen . . . . .	201	9. Formulareinwilligung . . . . .	239
2. Nebeneinander von ideellen und vermögenswerten Bestandteilen des APR . . . . .	202	<b>III. Die Wahrnehmung berechtigter Interessen, § 193 StGB . . . . .</b>	240
3. Übertragbarkeit der kommerziellen Bestandteile . . . . .	203	<b>IV. Kommunikationsfreiheiten und das APR, insb Ehrenschatz</b>	
4. Einfach-rechtlicher Schutz der kommerziellen Bestandteile . . . . .	206	1. Schutz durch die Kommunikationsfreiheiten . . . . .	244
5. Spezielle Fallgruppen des Schutzes vor kommerzieller Verwertung		2. Der Ehrenschatz als Schranke der Kommunikationsfreiheiten . . . . .	248
a) Schutz gegen die ungenehmigte Verwendung der Stimme . . . . .	207	3. Vorgaben für die Interessenabwägung	
b) Schutz gegen die ungenehmigte Verwendung des Namens . . . . .	208	a) Wechselwirkungslehre: Die dreifache Berücksichtigung . . . . .	249
c) Schutz gegen die ungenehmigte Verbreitung und öffentliche Zurschaustellung von Bildnissen zu Werbezwecken . . . . .	209	b) Der Kommunikationszusammenhang . . . . .	250
6. Rechtswidrigkeit . . . . .	210	c) Das Recht zum Gegenschlag . . . . .	251
7. Rechtfertigungsmöglichkeiten . . . . .	211	d) Die Vermutung für die freie und spontane Rede . . . . .	252
8. Verschulden . . . . .	214	e) Der Grundsatz der Reizüberflutung . . . . .	253
		f) Schmähkritik und Formalbeleidigungen	
		aa) Allgemeine Grundsätze . . . . .	254
		bb) Kasuistik zur Schmähkritik . . . . .	255
		cc) Formalbeleidigungen . . . . .	258
		<b>V. Die Kunstfreiheit und das APR</b>	
		1. Der Gewährleistungsgehalt der Kunstfreiheit . . . . .	259
		2. Schranken der Kunstfreiheit . . . . .	260
		3. Die kunstspezifische Betrachtung . . . . .	261
		4. Schwerwiegende Beeinträchtigung des APR . . . . .	262
		5. Karikatur und Satire . . . . .	263
		6. Realität und Fiktion in der Kunst . . . . .	264
		7. Theater- und Kunstkritik . . . . .	265
		<b>VI. Wissenschaftsfreiheit und das APR</b>	
		1. Der Gewährleistungsgehalt der Wissenschaftsfreiheit . . . . .	266

## Anh § 12

Allgemeiner Teil Personen

2. Das APR als Schranke der Wissenschafts-		2. Anspruchsvoraussetzungen	
freiheit . . . . .	267	a) Unwahre Tatsachenbehauptung . . . . .	294
3. Wissenschaftskritik . . . . .	268	b) Widerrechtlichkeit . . . . .	295
<b>VII. Indemnitätsschutz . . . . .</b>	<b>269</b>	c) Verhältnismäßigkeit . . . . .	296
<b>VIII. Äußerungen in privaten Vertrauens-</b>		3. Inhalt und Form . . . . .	297
<b>beziehungen . . . . .</b>	<b>270</b>	4. Aktiv- und Passivlegitimation . . . . .	298
<b>IX. Äußerungen in gerichtlichen und außer-</b>		5. Verfahrensrechtliches . . . . .	299
<b>gerichtlichen Verfahren</b>		<b>IV. Der Gegendarstellungsanspruch</b>	
1. Äußerungen in gerichtlichen Verfahren . . . . .	271	1. Anspruchsgrundlagen . . . . .	300
2. Äußerungen in sonstigen Verfahren . . . . .	273	2. Anspruchsvoraussetzungen	
3. Haftung gerichtlicher Sachverständiger . . . . .	274	a) Erstmittlung . . . . .	301
<b>I. Verletzungen im Internet</b>		b) Verschulden . . . . .	302
<b>I. Die Haftungsprivilegierung des TMG . . . . .</b>	<b>275</b>	c) Unverzüglich . . . . .	303
<b>II. Einzelfragen . . . . .</b>	<b>276</b>	d) Schriftform . . . . .	304
<b>J. Das Internationale Privatrecht des APR . . . . .</b>	<b>277</b>	3. Inhalt und Umfang des Anspruchs . . . . .	305
<b>K. Rechtsfolgen</b>		<b>V. Der Schadensersatzanspruch</b>	
<b>I. Der Auskunftsanspruch . . . . .</b>	<b>278</b>	1. Anspruchsgrundlagen und Anspruchs-	
<b>II. Der Unterlassungsanspruch</b>		voraussetzungen . . . . .	306
1. Anspruchsgrundlage . . . . .	279	2. Ersatz materieller Schäden	
2. Anspruchsvoraussetzungen		a) Allgemeines . . . . .	307
a) Rechtswidrige Verletzung oder		b) Ersatz für eigene Abwehrmaßnahmen . . . . .	308
Gefährdung des APR . . . . .	280	c) Schadensberechnung	
b) Begehungs- und Wiederholungsgefahr . . . . .	282	aa) Dreifache Art der Schadens-	
3. Umfang des Unterlassungsanspruchs . . . . .	283	berechnung . . . . .	309
4. Veröffentlichung der Unterlassungsver-		bb) Angemessene Lizenzgebühr . . . . .	310
pflichtung . . . . .	285	d) Anspruchsberechtigter . . . . .	311
5. Darlegungs- und Beweislast . . . . .	286	e) Anspruchsverpflichteter . . . . .	312
6. Aktiv- und Passivlegitimation . . . . .	287	<b>VI. Der Geldentschädigungsanspruch</b>	
7. Rechtsweg . . . . .	288	1. Die Grundlagen des Anspruchs . . . . .	313
8. Zuständigkeit . . . . .	289	2. Die Funktionen des Anspruchs . . . . .	314
9. Abmahnung . . . . .	290	3. Voraussetzungen des Geldentschädigungs-	
10. Zwangsvollstreckung . . . . .	291	anspruchs . . . . .	315
<b>III. Der Berichtigungsanspruch (Widerrufs-</b>		a) Schwere Persönlichkeitsrechtsverletzung	
<b>anspruch)</b>		und/oder (schweres) Verschulden . . . . .	316
1. Anspruchsziel und Anspruchsgrundlagen . . . . .	292	b) Subsidiarität . . . . .	317
		4. Höhe des Geldentschädigungsanspruchs . . . . .	318
		5. Passivlegitimation . . . . .	319
		6. Aktivlegitimation . . . . .	320
		<b>VII. Der Bereicherungsanspruch . . . . .</b>	<b>321</b>

**Schrifttum:** Ahrens, Die Verwertung persönlichkeitsrechtlicher Positionen, 2002; Amelung, Der Schutz der Privatheit im Zivilrecht, 2002; Balthasar, Der Schutz der Privatsphäre im Zivilrecht, 2006; v Bar, Empfiehlt es sich, die Voraussetzungen der Haftung für unerlaubte Handlungen mit Rücksicht auf die gewandelte Rechtswirklichkeit und die Entwicklungen in Rechtsprechung und Lehre neu zu ordnen?, in Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, hrsg v Bundesminister der Justiz, Bd II 1983, 1753; Baston-Vogt, Der sachliche Schutzbereich des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts, 1997; Beuthien, Persönlichkeitsgüterschutz vor und nach dem Tode, 2002; Beuthien/Schmölz, Persönlichkeitschutz durch Persönlichkeitsgüterrechte, 1999; Brossette, Der Wert der Wahrheit im Schatten des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, 1991; Bruns, Informationsansprüche gegen Medien, 1997; Buchner, Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht, 2006; Canaris, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), 202; Canaris, Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, JuS 1989, 161; Canaris, Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht, JZ 1987, 993; Coing, Die Entwicklung des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, JZ 1958, 558; Damm/Rehbock, Widerruf, Unterlassung und Schadensersatz in den Medien, 3. Aufl 2008; Dasch, Die Einwilligung zum Eingriff in das Recht am eigenen Bild, 1990; Degenhart, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Art 2 I iVm 1 I GG, JuS 1992, 361; Dreier/Schulze, Urheberrecht, 3. Aufl 2008; Ehmann, Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, FS 50 Jahre BGH, 2000, Bd I, 613; Ehmann, Das Persönlichkeitsrecht als Wert, als Grundrecht und als absolut-subjektives Recht, FS Georgiades, 2006, 113; Ehmann, Zum kommerziellen Interesse von Politikerpersönlichkeiten – Oskar Lafontaine und Joschka Fischer, AfP 2007, 81; Ehmann, Informationsschutz und Informationsverkehr im Zivilrecht, AcP 188 (1988), 230; Engels/Stulz-Herrnstadt/Sievers, Aktuelle Rechtsfragen des Presseprozessrechts, AfP, 2009, 313; Forstel, Zur systematischen Erfassung und Abgrenzung des Persönlichkeitsrechts auf Individualität, FS Hubmann, 1985, 93; Geis, Der Kernbereich des Persönlichkeitsrechts, JZ 1991, 112; Götting/Schertz/Seitz, Handbuch des Persönlichkeitsrechts, 2008; Gottwald, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Ein zeitgeschichtliches Erklärungsmodell, 1996; Götting, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, 1995; Grimm, Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1995, 1697; Hager, Der Schutz der Ehre im Zivilrecht, AcP 196 (1996), 168; Halfmeier, Die Veröffentlichung privater Tatsachen als unerlaubte Handlung – Eine rechtsvergleichende Untersuchung, 2000; Helle, Besondere Persönlichkeitsrechte im Privatrecht, 1991; Helle, Grundlagen des Persönlichkeitssschutzes, in Handbuch Multimedia-Recht (Hrsg Hoeren/Sieber), Teil 8.1.2005; Helle, „Variantenlehre“ und Mehrdeutigkeit der verletzenden Äußerung, AfP 2006, 110; Helle, Die Einwilligung beim Recht am eigenen Bild, AfP 1985, 93; Heinz, Freiheit der Kunst und Schutz der Ehre, AfP 1999, 332; G. Herrmann, Zum Schutz der Persönlichkeit in der Rechtslehre des 16.–18. Jahrhunderts, ZUM 1990, 541; Hoffmann-Riem, Die Caroline II-Entscheidung des BVerfG – Ein Zwischenschritt bei der Konkretisierung des Kooperationsverhältnisses zwischen den verschiedenen betroffenen Gerichten, NJW, 2009, 20; Holzhauser, Zur Vorgeschichte des allgemeinen Persönlich-

keitsrechts, in Recht der Persönlichkeit (Hrsg Erichsen/Kollhosser/Welp), 1996, 51; *Hubmann*, Das Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl 1967; *Hubmann*, Güterabwägung in der Rechtsprechung des BVerfG zum Persönlichkeitsrecht, FS Obermayer, 1986, 43; *Hubmann/Rehbinder*, Urheber- und Verlagsrecht, 8. Aufl 1995; *Jarass*, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz, NJW 1989, 857; *Kau*, Vom Persönlichkeitsschutz zum Funktionsschutz, 1989; *Klass*, Bildberichterstattung über das Privat- und Alltagsleben Prominenter, ZUM 2008, 432; *Klass*, Zu den Grenzen der Berichterstattung über Personen des öffentlichen Lebens, AfP 2007, 517; *Klass*, Die neue Frau an Grönemeyers Seite – Ein zeitgeschichtlich relevantes Ereignis?, ZUM 2007, 818; *Klass*, Die zivilrechtliche Einwilligung als Instrument zur Disposition über Persönlichkeitsrechte, AfP 2005, 507; *Kohte*, Die rechtfertigende Einwilligung, AcP 185 (1985), 105; *Kozioł*, Recht auf korrekte Information durch Massenmedien und privatrechtlicher Schutz, FS Heldrich, 2005, 259; *Krüger-Nieland*, Das Urheberpersönlichkeitsrecht, eine besondere Erscheinungsform des allgemeinen Persönlichkeitsrechts?, FS Hauß, 1978, 215; *Kübler*, Öffentlichkeit als Tribunal?, Zum Konflikt zwischen Medienfreiheit und Ehrensrecht, JZ 1984, 541; *Leuze*, Die Entwicklung des Persönlichkeitsrechts im 19. Jahrhundert, 1962; *Lehr*, Presse- und äußerungsrechtliche Instrumente des Staates im öffentlichen Meinungskampf, AfP, 2010, 25; *Löffler*, Handbuch des Presserechts, 4. Aufl 2000; *Möller*, Paternalismus und Persönlichkeitsrecht, 2005; *Mackeprang*, Ehrensrecht im Verfassungsstaat, 1990; *Mensching/Waschatz*, Grenzen der Verbreiterhaftung, AfP, 2009, 441; *Münch*, Der Schutz der Privatsphäre in der Spruchpraxis des Deutschen Presserats, AfP 2002, 18; *Neben*, Triviale Personenberichterstattung als Rechtsproblem, 2001; *Nipperdey*, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Ufita 1960 (30), 1; *Ohly*, „Volenti non fit iniuria“ – Die Einwilligung im Persönlichkeitsrecht, 2002; *Paschke*, Medienrecht, 3. Aufl 2008; *Placzek*, Allgemeines Persönlichkeitsrecht und privatrechtlicher Informations- und Datenschutz: Eine schutzgutbezogene Untersuchung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, 2006; *Raue*, Kunstfreiheit, Persönlichkeitsrecht und das Gebot der praktischen Konkordanz, AfP, 2009, 1; *Rühl*, Tatsachenbehauptungen und Wertungen, AfP 2000, 17; *Scheyhing*, Zur Geschichte des Persönlichkeitsrechts im 19. Jahrhundert, AcP 1959/60, 503; *Schlechtriem*, Inhalt und systematischer Standort des APR, DRiZ 1975, 65; *Schmitt Glaeser*, Schutz der Privatsphäre, in Hdb d Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd VI, Freiheitsrechte, 2. Aufl 2001, § 129; *Schmitt Glaeser*, Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 113 (1988), 52; *Seitz/Schmid*, Der Gegendarstellungsanspruch in den Medien, 4. Aufl 2010; *Seyfarth*, Der Einfluss des Verfassungsgerichts auf zivilrechtliche Ehrensrechtssachen, NJW 1999, 1287; *Siebrecht*, Der Schutz der Ehre im Zivilrecht, JuS 2001, 337; *Stapper*, Namensnennung in der Presse im Zusammenhang mit dem Verdacht strafbaren Verhaltens, 1995; *Stark*, Die Rechtsprechung des BVerfG zum Spannungsverhältnis von Meinungsfreiheit und Ehrensrecht, NJW 1994, 2943; *Steffen*, Politische Karikatur und Satire im Spannungsfeld von Kunstfreiheitsgarantie und Persönlichkeitsschutz, FS Simon, 1987, 359; *Stürner*, Empfiehlt es sich die Rechte und Pflichten der Medien präziser zu regeln und dabei den Rechtsschutz des Einzelnen zu verbessern?, Gutachten A für den 58. Deutschen Juristentag 1990; *Teßmer*, Der privatrechtliche Persönlichkeitsschutz von Prominenten vor Verletzung durch die Medien, 2000; *Ulrich*, Das Recht auf Identität im zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz, 1995; *Wallenhorst*, Medienpersönlichkeitsrecht und Selbstkontrolle der Presse, 2007; *Wanckel*, Persönlichkeitsschutz in der Informationsgesellschaft, 1998; *Wenzel* (fortgeführt von Burkhardt, Gamer, v Strobl-Albeg), Das Recht der Wort und Bildberichterstattung, 5. Aufl 2003; *Werner*, Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel, NJW 1988, 993; *Wittreck*, Persönlichkeitsbild und Kunstfreiheit, AfP, 2009, 6; *Wortmann*, Die Vererblichkeit vermögenswerter Bestandteile des Persönlichkeitsrechts, 2005; *Zöllner*, Daten und Informationsschutz im Arbeitsverhältnis, 2. Aufl 1983.

### A. Begriff und verfassungsrechtliche Verankerung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts (APR)

**I. Begriff des APR.** Den Begriff des **allg Persönlichkeitsrechts (APR)** allgemeingültig zu definieren, **1** bereitet erhebliche Schwierigkeiten. So wie die Persönlichkeit nicht abschließend umschrieben werden kann, so lässt sich auch der Gehalt des Rechts, das ihrem Schutz dient, nicht absolut und universal beschreiben. Den bisherigen Definitionsversuchen in Literatur und Rspr fehlt jedenfalls bislang die für einen Rechtsbegriff nötige Klarheit und Präzision. Schon Hubmann, 137ff, 155, wies frühzeitig darauf hin, dass der Versuch einer positiven inhaltlichen Bestimmung des Persönlichkeitsrechts am „geheimnisvollen Wesen der Persönlichkeit“ scheitern muss. Man könne daher den Inhalt des Persönlichkeitsrechts lediglich dahin umschreiben, dass es die wertvollen persönlichen Interessen umfasst, also die Personenwerte, die nicht durch die Verkehrsauffassung und Kulturanschauung verselbständigt und durch die Rechtsordnung zu selbständigen Rechten ausgebildet wurden. Der BGH, der das APR in seiner Leserbriefentscheidung (BGH 13, 334 – Leserbrief) als „sonstiges Recht“ iSd § 823 I anerkannt hat (vgl hierzu Erman/Ehmann<sup>12</sup> Anh § 12 Rn 1), definiert es als „das Recht des Einzelnen auf Achtung seiner Menschenwürde und auf Entfaltung seiner individuellen Persönlichkeit, das sich nicht nur gegen den Staat und seine Organe richtet, sondern auch im Privatverkehrsverkehr gegen jedermann gilt“ (BGH 24, 72 [76] – Krankenkassenpapiere). Mit dieser Definition bringt der BGH deutlich die zwei prägenden Funktionen des APR zum Ausdruck: Zum einen die **statische Funktion** – die Achtung der Menschenwürde – und zum anderen die **dynamische Funktion** – die Entfaltung der Persönlichkeit –, welche den Persönlichkeitsrechtsschutz maßgeblich prägen.

**II. Zivilrechtliches APR und die Verfassung.** Der BGH schuf das APR in seiner Leitentscheidung **2** (BGH 13, 334 – Leserbrief) unter Berufung auf Art 2 I iVm Art 1 I GG. Das Gericht kreierte hierbei im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung ein verfassungsrechtliches Institut, um dieses sogleich im Wege der Drittwirkung zur Anwendung zu bringen (Wanckel, 88). Erst später leitete das BVerfG aus der allg Handlungsfreiheit des Art 2 I GG zahlreiche Selbstbestimmungsrechte ab, welche in der Eppler-Entscheidung (BVerfG 54, 148 [153] – Eppler; einschränkend BVerfG NJW 2000, 1021 – CvM) als „verfassungsrechtliches allgemeines Persönlichkeitsrecht“ dem wortgleichen „bürgerlich-rechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrecht“ vorangestellt wurden (Erman/Ehmann<sup>12</sup> Anh § 12 Rn 91ff; Baston-Vogt, 120).

#### 1. Die durch Schutzpflichten vermittelte Drittwirkung des verfassungsrechtlichen APR

Die Grundrechte, insb Art 2 I und Art 1 I GG, haben maßgeblichen Einfluss auf das bürgerlich-rechtliche APR. Allerdings sind sie historisch, inhaltlich und mit Blick auf ihre Reichweite auf das Verhältnis Staat-Bürger zugeschnitten und tragen gerade nicht der Vielseitigkeit und Vielschichtig-

## Anh § 12

Allgemeiner Teil Personen

keit des Privatrechts sowie dem Umstand Rechnung, dass sich im Konfliktfall stets **zwei Grundrechtsträger** ggüestehen. Eine unmittelbare Drittwirkung ist folglich angesichts der damit zwangsläufig verbundenen Freiheitsbeschränkungen und Reglementierungen abzulehnen. Daher besteht auch weitgehend Einigkeit in der Literatur, dass die allg Handlungsfreiheit nicht über das zivilrechtliche APR zum sonstigen Recht iSd § 823 I gemacht werden darf (Ehmann AcP 188 (1988), 307f; Baston-Vogt, 125 mwN), andernfalls würde jede die Freiheit und Interessen anderer beeinträchtigende Handlung zu einem rechtfertigungsbedürftigen Delikt (zutr Baston-Vogt, 128). Will man die Eigenständigkeit des Privatrechts wahren, können und dürfen verfassungsrechtliche und zivilrechtliche Rechtswidrigkeit nicht identisch sein (Maunz/Dürig Art 1 III Rn 129). Die Grundrechte liefern jedoch Vorgaben für den Privatrechtsverkehr. Sowohl der **Privatrechtsgesetzgeber als auch der Privatrechtsrichter**, die ihrerseits beide unmittelbar an die Grundrechte gebunden sind (**Art 1 III GG**), müssen ihrer **grundrechtlichen Schutzpflicht** nachkommen und die grundrechtlichen Werte im Zivilrecht umsetzen (Canaris AcP 184 (1984), 201 [212]; Hager JZ 1994, 373 [374]; BVerfG 81, 242 – Handelsvertreter). Daher sind die Gerichte nicht nur zur Rechtsanwendung des zivilrechtlichen APR berufen, sondern auch zur Rechtsgestaltung (Rechtsfortbildung), sofern es die Wertungen des verfassungsrechtlichen APR erfordern. Privatrechtsgesetzgeber und Privatrechtsrichter haben hierbei jedoch einen erheblichen **Beurteilungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum**, weshalb es insb im Ermessen des Gesetzgebers steht, auf welche Art und Weise und mit welchen Mitteln (Straf-, Verwaltungs- oder Zivilrecht) den bestehenden verfassungsrechtlichen Verpflichtungen nachgekommen wird. Das gesetzgeberische Handeln muss sich jedoch stets am Grundsatz der Effektivität orientieren. Entscheidend ist i Erg, dass die Gesamtheit der dem jeweiligen Rechtsgut dienenden Normen effizienten Schutz gewährleisten (Hermes NJW 1990, 1764 [1765f]; sowie Hager JZ 1994, 373 [378]) und das Untermaßverbot nicht verletzt wird (ganz hM, vgl statt vieler Canaris AcP 184 [1984] 201 [228]; Zöllner RDV 1985, 3 [8ff]; Jarass NJW 1989, 861).

- 4 **2. Das Verhältnis zw zivilrechtlichem und verfassungsrechtlichem APR.** Das zivilrechtliche APR soll die Grundbedingungen für die Selbstverwirklichung einer Person ggü den kollidierenden Freiheiten und Interessen Dritter sichern und dadurch die Grundentscheidungen der Verfassung in das Zivilrecht transportieren. Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Zivilrichter Verfassungsrecht anzuwenden hätte, vielmehr muss er das Privatrecht unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Vorgaben gestalten. Das **zivilrechtliche APR ist daher nicht mit dem verfassungsrechtlichen APR (Art 2 I iVm Art 1 I GG) identisch** (so auch BVerfG NJW 2006, 3409 – Blauer Engel II), denn das zivilrechtliche APR ist ein sonstiges Recht iSv § 823 I, das auf den Schutz von Privatrechtsverhältnissen zugeschnitten sowie maßgeblich durch die im Falle von Persönlichkeitsrechtsverletzungen gegebene Zweiseitigkeit der Rechtsverhältnisse geprägt ist und lediglich im Wege der durch die Schutzpflichten vermittelten Drittwirkung vom verfassungsrechtlichen APR beeinflusst wird. Zu trennen ist das zivilrechtliche APR zudem von der allg Handlungsfreiheit (Jarass NJW 1989, 857; Baston-Vogt, 119f). Der **rechtliche Unterschied** zw zivilrechtlichem und verfassungsrechtlichem APR tritt im positiven Recht insb im Schutz der **Ehre** (Rn 94ff), der **kommerziellen Interessen** und im **postmortalen Persönlichkeitsrechtsschutz** (nur einfach-rechtlicher Schutz, ausf Rn 206 sowie Rn 72ff) in Erscheinung.
- 5 **3. Maßgebliche Abwägungsgrundsätze.** Die meisten durch das zivilrechtliche APR geschützten Interessen (die kommerziellen Bestandteile sollen nach BGH [NJW 2007, 689 – Lafontaine] nur einfachrechtlichen Schutz genießen, vgl Rn 206) sind verfassungsrechtlich abgesichert. Jedoch trifft dies auch auf die in Konfliktsituationen betroffenen „typischen Gegeninteressen“ zu, die zumeist einen Schutz durch die in Art 5 GG verankerten Kommunikationsfreiheiten, die Kunstfreiheit oder andere grundrechtlich geschützte Werte (Art 12, 14 GG ua) erfahren. Die beteiligten Interessen müssen daher im Wege der **praktischen Konkordanz in Ausgleich** gebracht werden (vgl BVerfG 7, 198 [215] – Lüth; 17, 306 [313]; 65, 1 [44] – Volkszählung, 83, 130 [143] – Mutzenbacher ua). Dies bedeutet, dass die sich prinzipiell gleichwertig gegenüberstehenden Verfassungswerte (BGH 24, 72 [80] – Krankenkassenscheine) in einem konfliktlösenden Abwägungsprozess zu einer möglichst optimalen Wirksamkeit gebracht werden müssen, Erman/Ehmann<sup>12</sup> Anh § 12 Rn 14. Einer Abwägung bedarf es jedoch nicht, sofern die unantastbare Menschenwürde tangiert ist, denn sie ist mit keinem Grundrecht abwägungsfähig (grundlegend Dürig AöR 81 [1956], 117). Stehen den in den Grundrechten zu verortenden Interessen und Freiheiten nur „einfach-rechtlich“ geschützte Rechtspositionen ggü, so müssen letztere aufgrund des dann geltenden **Verdrängungsprinzips** zurücktreten (vgl BVerfG 7, 198 – Lüth; aktuell BGH NJW 2007, 689 – Lafontaine; dazu auch Ehmann AfP 2007, 81ff). Zu typischen Abwägungs- und Vorzugsregeln im Verhältnis APR und Kommunikationsfreiheiten, insb Meinungsfreiheit vgl Rn 249ff).
- 6 **4. Grundrechtsschutz und Verfassungsbeschwerde: Die Intensität der verfassungsgerichtlichen Überprüfung. a) Grundregel: Die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts.** In den meisten str Persönlichkeitsrechtsfällen kann die unterlegene Partei nach **Erschöpfung des Rechtsweges** (im Falle einer einstw Verfügung muss grds auch der Rechtsweg in der Hauptsache erschöpft sein, BVerfG AfP 2006, 550; NJW 2007, 2685; ebenso muss die **Anhörungsgrüge** gem § 321a ZPO zuvor erhoben worden sein, BVerfG NJW 2007, 3054 – Presseschau) gem Art 93 I Nr 4a GG iVm § 90 BVerfGG **Verfassungsbeschwerde** mit der Begründung erheben, durch die öffentliche Gewalt in Form der Gerichtsbarkeit in ihren Grundrechten verletzt worden zu sein (s Erman/Ehmann<sup>12</sup> Anh § 12 Rn 15f). Die Verfassungsbeschwerde bedarf gem § 93a BVerfGG der Annahme zur Entscheidung, die abgelehnt werden kann, wenn ihr keine grds verfassungsrechtliche Bedeutung zukommt (zB BVerfG NJW 2001, 2957 – Kaisen). Nach der sog „Heck’schen Formel“ (hierzu Hähnlein NJW 1996, 3134) soll allerdings nur die **Verletzung spezifischen Verfassungsrechts** die Verfassungswidrigkeit begründen können, hierzu heißt es in BVerfG NJW 1964, 1715 [1716] – Künstliche Bräunung: „Die Gestaltung des Verfahrens, die Feststellung und Würdigung des Tatbestands, die Auslegung des einfachen Rechts und seine Anwendung

auf den einzelnen Fall sind allein Sache der dafür allgemein zuständigen Gerichte und der Nachprüfung durch das BVerfG entzogen; nur bei einer Verletzung von spezifischem Verfassungsrecht durch die Gerichte kann das BVerfG auf Verfassungsbeschwerde hin eingreifen (vgl BVerfG 1, 418 [420]). Spezifisches Verfassungsrecht ist aber nicht schon dann verletzt, wenn eine Entscheidung, am einfachen Recht gemessen, objektiv fehlerhaft ist; der Fehler muss gerade in der Nichtbeachtung von Grundrechten liegen.“ Zudem sei das BVerfG nicht befugt „seine eigene Wertung des Einzelfalls nach Art eines Rechtsmittelgerichts an die Stelle derjenigen des zuständigen Richters zu setzen“ (BVerfG 30, 173 [197] – Mephisto). Ebenfalls könne es einer zivilgerichtlichen Entscheidung „nicht schon dann entgegenstehen, wenn es bei der Beurteilung der widerstreitenden Grundrechtspositionen lediglich die Akzente anders gesetzt und daher selbst anders entschieden hätte“ (vgl BVerfG 42, 143 [148]; 120, 180 [210] sowie zuletzt ZUM-RD 2010, 657 – Charlotte Casiraghi). Das Argumentationsmuster der Heck’schen Formel wurde oft wiederholt, teils bestätigt (zB in BVerfG NJW 1991, 1475) und teils eingeschränkt; vgl BVerfG 42, 143 [148]; 43, 130 [138]; 82, 43 [52] – Strauß-Transparent; 85, 1 [14] – Krit Bayer-Aktionäre; 94, 1 [9]; NJW 1997, 386 – Werkszeitungen; NJW 1998, 2889; JZ 1998, 352; NJW 2000, 1021 – CvM; ZUM-RD 2010, 657 – Charlotte Casiraghi, s auch Erman/Ehmann<sup>12</sup> Anh § 12 Rn 15f).

b) **Ausnahmen.** Das BVerfG beanspruchte jedoch in späteren Entscheidungen (insb 85, 1 [14] – 7 Krit Bayer-Aktionäre; ähnlich auch NJW 1992, 2013 – Nazi; NJW 1994, 2943 – Soldaten sind Mörder III; 54, 129 [135] – Kunstkritik ua) entgegen den Grundsätzen der Heck’schen Formel ebenfalls die **Kompetenz zur Prüfung, ob eine Tatsachenbehauptung oder ein Werturteil vorliegt, ob der Sinngehalt der Äußerung richtig erkannt ist, ob die Äußerung „eine die Öffentlichkeit wesentlich berührende Frage“ betrifft, und ob eine Schmähkritik vorliegt.** Denn die Bedeutung der Grundrechte werde verkannt, wenn die Gerichte eine Äußerung unzutr als Tatsachenbehauptung, Formalbeleidigung oder Schmähkritik einstufen, mit der Folge, dass sie nicht in dem Maße am Schutz durch das Grundgesetz teilnehmen wie Äußerungen, die als Werturteile ohne beleidigenden oder schmähenden Charakter anzusehen sind (BVerfG 82, 43 [51] – Strauß-Transparent; 82, 272 [281]; 85, 1 [14] – Krit Bayer-Aktionäre; 94, 1 [8f] NJW 1992, 2013 – Nazi; NJW 1993, 1845 – Prinzessin Erna von Sachsen; BayObLG NJW 1995, 2501 [2502]; vgl ferner BVerfG 61, 1 [10] – NPd Europas). Die verfassungsgerichtliche Kontrolle erstreckt sich mithin auch auf die für den Grundrechtsschutz weichenstellende Deutung der im Streit stehenden Äußerung (BVerfG NJW 2010, 3501 – Gen-Milch). Vor dem Hintergrund dieser Entscheidungen wurde der Vorwurf laut, das BVerfG habe sich nicht bloß zur **Superrevisions-**, sondern gar zur **Superberufungsinstanz** aufgeschwungen (vgl Isensee JZ 1996, 1090; Starck JZ 1996, 1033; Erman/Ehmann<sup>12</sup> Anh § 12 Rn 17). In Reaktion auf die Kritik stellte das BVerfG jedoch fest (94, 1 [9]): „Dagegen ist es nicht Sache des BVerfG, den jeweiligen Rechtsstreit, der trotz des grundrechtlichen Einflusses seine Eigenart als Zivil- oder Strafverfahren nicht verliert, selbst zu entscheiden“; ebenso BVerfG NJW 2000, 1021 – CvM; NJW 2006, 3266 [3267] – KZ-Arzt: „Das BVerfG überprüft nur, ob diese (die Fachgerichte) den Grundrechtseinfluss ausreichend beachtet haben“; anders aber BVerfG NJW 2002, 3315 (Rüge der unzureichenden **Beweiserhebung** und/oder **Beweiswürdigung**).

## B. Entstehungsgeschichte und Entwicklung des APR

I. **Der Persönlichkeitsschutz im BGB.** Das Erfordernis der Anerkennung eines umfassenden Persönlichkeitsschutzes wurde schon seit **Mitte des 19. Jahrhunderts** verstärkt in der Literatur thematisiert, und es wurde die Forderung laut, ein allg Persönlichkeitsrecht in das Zivilrecht zu integrieren (Gierke, Deutsches Privatrecht Bd I, 702ff sowie Kohler, 129). Der **erste Entwurf des BGB** sah dann zwar auch in **§ 704 II einen Schutz der Ehre** vor, dieser scheiterte jedoch aufgrund von Unstimmigkeiten, wenn auch nicht hins des Ehrenschatzes selbst (§ 704 II des Entwurfs wurde daher in den Beratungen der zweiten Kommission gestrichen; vgl hierzu Mugdan, Materialien zum BGB Bd H, 1077). Und auch in den Beratungen des Reichstages waren die Bemühungen, einen privatrechtlichen Schutz der Ehre zu erreichen, nicht von Erfolg gekrönt (Coing JZ 1958, 558 [559]). Eine Übereinkunft war letztlich nicht zu erzielen, weil zu unterschiedliche Positionen hins der konkreten Ausgestaltung des Rechtsschutzes, der Wahl der einzusetzenden Rechtsmittel sowie der anzudrohenden Rechtsfolgen bestanden. In der Folgezeit beschränkte sich der Schutz der Persönlichkeit daher lediglich auf bestimmte Persönlichkeitsgüter, wie zB auf den Namensschutz in § 12 oder den Schutz des § 823 für Leben, Körper, Gesundheit und Freiheit; die Forderung nach einem Schutz der Gesamtpersönlichkeit blieb jedoch unerfüllt (Coing JZ 1958, 558 [559]). Das **Reichsgericht** hielt sich zwar formal an die Vorgabe des BGB und vertrat den Standpunkt, ein allg subjektives Persönlichkeitsrecht sei dem geltenden bürgerlichen Recht fremd, es gebe nur besondere, gesetzlich geregelte Persönlichkeitsrechte. Gleichwohl wurde der Persönlichkeit oftmals häufig gerade durch die Rspr des RG Schutz verliehen, denn das Gericht versuchte über eine extensive Auslegung der Generalklausel des § 826 und der gesetzlich geregelten besonderen Persönlichkeitsrechte zu befriedigenden Ergebnissen zu gelangen (vgl bspw RG 72, 175ff). Daneben wurde auch über § 823 II auf die strafrechtlichen Schutznormen zurückgegriffen, so dass zumindest ein fragmentarischer Schutz gegeben war (Coing JZ 1947, 641 [641ff]; JZ 1958, 558 [559]). Erst **nach der Ära des Nationalsozialismus** entflammte in der Rechtswissenschaft erneut die Diskussion über eine Regelung des Persönlichkeitsschutzes. Vor allem vor dem Hintergrund der Erfahrungen der vergangenen Jahre war man bemüht, **Wert und Bedeutung der Person** im Zivilrecht neu zu bestimmen (vgl Hubmann, 1967). Aber auch die Verfassungen der Länder und insb das neu geschaffene Grundgesetz, in dem die Verfasser die Würde des Menschen und das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit besonders betonten, übten einen starken Einfluss aus.

II. **Die Anerkennung eines APR in der „Leserbrief“-Entscheidung und seine Weiterentwicklung.** 9 Als Vollender des privatrechtlichen Persönlichkeitsschutzes ist jedoch der BGH anzusehen, denn

**Anh § 12**

Allgemeiner Teil Personen

dieser erkannte in seiner bahnbrechenden „**Leserbrief-Entscheidung** v 25.5.1954 (BGH 13, 334) in Abkehr von der bisherigen Rspr erstmals ein von **jedermann zu achtendes Persönlichkeitsrecht** an: „Nachdem nunmehr das Grundgesetz das Recht des Menschen auf Achtung seiner Würde (Art 1 GG) und das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit auch als privates, von jedermann zu achtendes Recht anerkennt, soweit dieses Recht nicht die Rechte anderer verletzt oder gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt (Art 2 GG), muss das allgemeine Persönlichkeitsrecht als ein verfassungsmäßig gewährleistetetes Grundrecht angesehen werden“. Indem der BGH das **APR als sonstiges Recht iSv § 823 I anerkannte**, eröffnete er den Gerichten die Möglichkeit, die Gesamtpersönlichkeit vor rechtswidrigen und schuldhaften Verletzungen umfassend zu schützen. Die Jurisprudenz reagierte auf dieses Urte größtenteils euphorisch; Dürig bspw sah in der Anerkennung des APR den „fraglos kühnsten und im Prinzip den gelungenste(n) Wurf des Privatrechts während der letzten Jahre“ (Maunz/Dürig Art 1 I Rn 38). Es wurde jedoch auch Kritik laut, insb mit Blick auf die Unbestimmtheit des Rechts (vgl Hubmann, 6ff [Fn 12] mwN). Der BGH wiederholte und bekräftigte seine Auffassung jedoch in weiteren Entscheidungen. Zudem gewährte er im Jahr 1958 trotz des in § 253 aufgezählten Enumerativprinzips in einem weiteren Fall **Geldersatz für Nichtvermögensschäden** (BGH 26, 349 – **Herrenreiter**) und verstärkte dadurch den persönlichkeitsrechtlichen Schutz erheblich. Diese Konstruktion gab der BGH später allerdings auf, mittlerweile leitet er den Anspruch auf Geldentschädigung für immaterielle Schäden direkt aus dem Grundgesetz (Art 2 I iVm Art 1 I GG) her, denn aus diesem ergebe sich unmittelbar die Notwendigkeit, das Prinzip des § 253 zu durchbrechen und bei besonders schweren Fällen Ersatz zu leisten (st Rspr seit BGH 35, 363 [367] – **Ginseng**). Das **BVerfG billigte** wenig später ausdr sowohl die Rspr des BGH zum APR als auch zur Zuerkennung eines Ausgleichs für Nichtvermögensschäden (BVerfG 34, 269 [281f] – **Soraya**). Trotz verschiedener Versuche, das APR gesetzlich zu normieren (Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des zivilrechtlichen Persönlichkeits- und Ehrenschatzes [1959] – hierzu Kochel JZ 1959, 513; Weitnauer, DB 1959, 45 [46ff]; RefE eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadensrechtlicher Vorschriften [1967]) – hierzu Kübler JZ 1968, 542 [542f]; zu weiteren Vorstößen insb des DJT s Baston-Vogt, 170ff mwN), ist es **bis heute nicht zu einer umfassenden Kodifikation des Persönlichkeitsrechtsschutzes** gekommen.

**C. Struktur und dogmatische Herleitung des APR**

- 10 I. Die Legitimation des APR.** Das APR legitimiert sich aus der Anerkennung der Gesamtpersönlichkeit als verfassungsrechtlich zu schützendes Rechtsgut und somit letztlich aus der Schutzgebotsfunktion der Art 2 I GG und Art 1 I GG (Baston-Vogt, 15; Wenzel/Burkhardt Rn 5.7; Canaris JuS 1989, 161 [169]; AcP 184 (1984), 201 [231]; MüKo/Rixecker Anh § 12 Rn 3; BVerfG 35, 202 [221] – Lebach). Art 2 I GG und Art 1 I GG haben die Aufgabe, die Würde des Menschen, seine engere persönliche Lebenssphäre und die Erhaltung ihrer Grundbedingungen zu gewährleisten. Sie schützen mithin jenen inneren Persönlichkeitsbereich, der stets nur der freien und eigenverantwortlichen Selbstbestimmung des Einzelnen untersteht. Das Gebot, diesen Bereich zu achten, richtet sich dabei nicht nur gegen den Staat, sondern gegen jedermann, weshalb die Persönlichkeit **auch zivilrechtlich umfassend zu schützen** ist (vgl auch BGH 13, 334 [338] – Leserbrief).
- 11 II. Der Rechtscharakter des APR.** Der BGH schuf mit dem APR kein fest umrissenes Recht, vielmehr schuf er eine Rechtsfigur **generalklauselartigen Charakters** (BGH 13, 333 [338] – Leserbrief; zur Anerkennung bestimmter Fallgruppen s Rn 24, 26ff), die der Umsetzung grundrechtlicher Werte diene und dient (Baston-Vogt, 85; krit und für die Ausprägung einzelner besonderer Persönlichkeitsrechte plädierend: Larenz NJW 1955, 523f; Helle, Besondere Persönlichkeitsrechte, 8ff). Aus diesem Grund war und ist der Charakter dieses Rechts bis heute umstritten. Der BGH erkennt das APR in **st Rspr als sonstiges Recht iSd § 823 I** an (seit BGH 13, 334 [338] – Leserbrief). Dies wird jedoch zT kritisiert, insb wird es abgelehnt, einem derart konturenlosen Konstrukt den **Charakter eines subjektiven Rechts** zuzubilligen (vgl zum Meinungsstreit MüKo/Mertens § 823 Rn 123f sowie Baston-Vogt, 85f). Trotz aller Kritik und Konturenlosigkeit bleibt jedoch festzuhalten, dass ein subjektives Recht, wie Baston-Vogt treffend feststellt, „zum Schutz der Persönlichkeit geradezu prädestiniert“ ist (aaO, 87 [Fn 367] mwN), denn ein solches ermöglicht dem Einzelnen individuellen Schutz und verleiht ihm die **Befugnis und Macht zur aktiven Durchsetzung seiner Interessen**. Zudem hat das Rechtsgut der Persönlichkeit keinen statischen Charakter, vielmehr ist der Schutz auf Dynamik angelegt und stark vom Individuum abhängig. Persönlichkeitsschutz muss daher mehr sein als passiver Integritätsschutz (Klass, Rechtliche Grenzen des Realitätsfernsehens, 241 mwN). Der Schutz durch eine Generalklausel bietet zudem die Möglichkeit, schnell und flexibel auf neue Gefährdungspotentiale zu reagieren, während eine Tatbestandsbildung im Wege der Analogie meist schwerfälligeren Schutz bietet. Das APR ist ein **Rahmenrecht**, was bedeutet, dass die Rechtswidrigkeit nicht wie bei den klassischen Gütern und Rechten des § 823 I durch einen Eingriff indiziert ist, sondern erst aufgrund einer **umfassenden Güter- und Interessenabwägung** festgestellt werden kann (BGH 13, 334 [338] – Leserbrief; 24, 72 [80] – Krankenkassenpapiere; 31, 308 [312] – Abgeordneten-Bestechung; NJW 1966, 1617 [1619] – Höllenfeuer; 50, 133 [143] – Mephisto ua; Wenzel/Burkhardt Rn 5.12). Allerdings werden immer wieder neue Versuche unternommen, die Abwägung zu verdrängen und die Rechtswidrigkeit stattdessen aus der Tatbestandsmäßigkeit abzuleiten (ausf Rn 25).

**D. Inhalt und Schutzbereiche des APR****I. Das APR und die besonderen Persönlichkeitsrechte**

- 12 1. Das Verhältnis zw APR und besonderen Persönlichkeitsrechten.** Als besondere Persönlichkeitsrechte werden all diejenigen Rechte bezeichnet, die schon vor Anerkennung des APR gesetzlich

normiert wurden und mithin im Gegensatz zum APR nicht auf richterlicher Rechtsfortbildung beruhen, wie bspw das Namensrecht, § 12, und das Recht am eigenen Bild, §§ 22ff KUG (Götting Hdb des Persönlichkeitsrechts § 11 Rn 1; vgl ausf Helle, Besondere Persönlichkeitsrechte, 37ff). Uneinigkeit herrscht hins ihres Verhältnisses zum APR. Der BGH geht davon aus, dass es sich um **spezielle Ausprägungen des APR** handelt, die nach dessen Anerkennung zu **integralen Bestandteilen** wurden (BGH NJW-RR 1987, 231 – Nena: Klassifizierung des Rechts am eigenen Bild als „Ausschnitt, eine besondere Erscheinungsform des allgemeinen Persönlichkeitsrechts“; NJW 2005, 215 [217]). Ein bestehender Spezialschutz entfaltet daher keine Sperrwirkung, denn er soll das APR stärken und keinesfalls schwächen (Götting Hdb des Persönlichkeitsrechts § 11 Rn 9: Wortlaut bildet keine starre Grenze; differenzierend Baston-Vogt, 112f).

**2. Die besonderen Persönlichkeitsrechte. a) Das Recht am eigenen Bild.** Das Recht am eigenen Bild wurde bereits im Jahre 1907 und mithin lange vor Anerkennung des APR (als Reaktion auf RG 45, 170 – Bismarcks Leiche) mit dem KUG v 9.1.1907 eingeführt. Zweck des Gesetzes ist es, Personen vor der **Verbreitung und öffentlichen Zurschaustellung ihrer Bildnisse** zu schützen. Zuwiderhandlungen können zivil-, aber auch strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen (§ 33 KUG). Das Recht am eigenen Bild (RaeB, ausf Rn 167ff) ist als sog **besonderes Persönlichkeitsrecht** zu qualifizieren und wird durch das **APR ergänzt** (hierzu Rn 167, 143, 145). 13

**b) Das Namensrecht.** Der Name ist die sprachliche Kennzeichnung einer Person. Er dient zum einen als **Unterscheidungs- sowie Zuordnungsmerkmal** (BGH NJW 1959, 525 – Ehrengedenktafel; BVerfG NJW 1988, 1577) und hat Ordnungsfunktion (BVerfG NJW 1988, 1577; hierzu ausf § 12), zum anderen ist er aber auch **Ausdruck von Identität und Individualität**. Das Namensrecht ist ein **absolutes Recht** (BGH 8, 318 [321] – Pazifist; GRUR 2006, 957) und kann – soweit es dem Schutz der Persönlichkeitssphäre des Einzelnen dient – als **besonderes Persönlichkeitsrecht** (vgl Rn 12) angesehen werden (BGH 17, 209 [214]; 143, 214 [218] – Marlene Dietrich). Die Benutzung eines Namens in einer Veröffentlichung oder der eigenmächtige namentliche Hinw auf eine Person bspw in einer Werbeanzeige verletzt nicht das Namensrecht; insofern wird jedoch **erg Schutz über das APR** gewährt (BGH 30, 7 – Caterina Valente: Nennung in einer Werbeanzeige, ohne dass unbefugter Namensgebrauch nach § 12 vorliegt). Das Namensrecht, das den Schutz von Künstlernamen einschließt (BGH 30, 7 [9] – Caterina Valente), **erlischt** mit dem Tode des Namensträgers (BGH NJW 2007, 684 – kinski-klaus.de; vgl auch BGH 8, 318 [324] – Pazifist; 107, 384 [390] – Emil Nolde; BVerfG NJW 2001, 2957 – Kaisen). Dennoch entsteht hier keine Schutzlücke, denn ein postmortaler Schutz soll insoweit bestehen bleiben, als durch die Verwendung des Namens nach dem Tode das postmortale APR des Verstorbenen verletzt wird (BGH NJW 2007, 684 – kinski-klaus.de s Rn 74). Zur Problematik der Verletzung von **Firmennamen**, s Rn 64. 14

**c) Das Urheberpersönlichkeitsrecht (UPR).** Die **ideellen Interessen** des Urhebers eines Werkes werden durch das APR geschützt, welches ebenfalls als besondere Erscheinungsform des APR verstanden werden kann (BGH GRUR 1971, 525 – Petite Jacqueline; Dreier/Schulze vor § 12 Rn 5) und diesem als Spezialregelung vorgeht, soweit sein Anwendungsbereich reicht. Das UPR schützt die **geistigen und persönlichen Beziehungen des Urhebers zu seinem Werk und ist damit klar werkbezogen**. Vom UPR ieS werden folgende zentrale Rechte umfasst: das Veröffentlichungsrecht (§ 12 UrhG), das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft (§ 13 UrhG) sowie das Recht, Entstellungen oder Beeinträchtigungen des Werkes zu verbieten (§ 14 UrhG). Daneben finden sich im UrhG noch eine Vielzahl von Regelungen, die einen starken persönlichkeitsrechtlichen Kern aufweisen und als UPR iwS verstanden werden können (bspw die Befugnisse der §§ 25, 29 I, 34, 39, 42, 62, 63 und 113ff UrhG). Soweit kein konkreter Werkbezug besteht, ist der Urheber zudem **erg durch das APR** geschützt, bspw vor Herabwürdigungen und Erniedrigungen im Kontext seines urheberrechtlichen Schaffens, aber auch, sofern dem Schöpfer Werke untergeschoben werden, die er nicht geschaffen hat (BGH 107, 384 [390] – Emil Nolde). Das UPR wirkt grds über den Tod des Urhebers hinaus, es ist **vererblich** (§ 28 UrhG) und endet erst mit Ablauf der urheberrechtlichen Schutzfrist, dh **70 Jahre post mortem** (§ 64 UrhG). Der Urheber selbst muss bei seinem Werkschaffen **das APR anderer Personen** beachten, wenn er bspw auf Biografien zurückgreift, Bildnisse erschafft oder sog „Schlüsselromane“ verfasst (vgl insofern BVerfG NJW 2008, 39 – Esra; ausf hierzu Rn 132ff). 15

**II. Die ideellen und kommerziellen Bestandteile des APR.** Das APR wurde v BGH zunächst vor dem Hintergrund der Gefährdung rein **ideeller Interessen (Ehrenschatz, Schutz der Privatsphäre und der persönlichen Identität etc)** entwickelt (vgl BGH 13, 334 – Leserbrief). Aber schon frühzeitig (BGH 20, 345 – Dahlke; 26, 349 – Herrenreiter; 50, 133 [137] – Mephisto) zeichnete sich ab, dass das APR auch dem Schutz **kommerzieller Interessen** zu dienen bestimmt ist. Die Entwicklung dieses „kommerziellen APR“ fand ihren bisherigen Höhepunkt mit BGH 143, 214 – Marlene Dietrich: „Das allgemeine Persönlichkeitsrecht und seine besonderen Erscheinungsformen wie das Recht am eigenen Bild und das Namensrecht dienen dem Schutz nicht nur ideeller, sondern auch kommerzieller Interessen der Persönlichkeit“ (Leitsatz). Der BGH erkennt mit dieser Entscheidung „**vermögenswerte Ausschließlichkeitsrechte**“ zum Schutz der kommerziellen Interessen an (vgl hierzu Rn 201ff). Diese Bestandteile sind – anders als die ideellen Bestandteile des APR, welche unauflöslich an die Person ihres Trägers gebunden sind – **übertragbar und vererbbar** (Rn 74, 201ff). Die Erben als Träger der postmortalen Bestandteile können nach aktueller Rspr des BGH (NJW 2007, 684 – kinski-klaus.de) zudem bis zum Ablauf von **zehn Jahren** alle Verletzungen der vermögenswerten Bestandteile als Schadensersatzanspruch im eigenen Namen gelten machen, allerdings sind stets die ausdr oder mutmaßlichen Interessen des Verstorbenen zu berücksichtigen, wodurch eine zu starke Marktgängigkeit und Kommerzialisierung des APR verhindert werden soll (vgl auch BVerfG NJW 2000, 16

**Anh § 12**

Allgemeiner Teil Personen

1023 – CvM: „Der verfassungsrechtliche Privatsphärenschutz aus Art 2 I iVm Art 1 I GG ist nicht im Interesse einer Kommerzialisierung der eigenen Person gewährleistet“. Nach BGH NJW 2007, 689 [691] – Lafontaine (allerdings mit recht knappem Verweis auf die Urteilsgründe in BVerfG NJW 2006, 3409 – Blauer Engel II, die explizit nur die postmortalen vermögenswerten Bestandteile betreffen [„Das Grundgesetz gebietet einen postmortalen Schutz der Persönlichkeit gegen Angriffe auf die Menschenwürde. Einen Schutz vor einer kommerziellen Ausbeutung, die nicht mit einer Menschenwürdeverletzung verbunden ist, kennt das Grundgesetz im Bereich des postmortalen Schutzes nicht“]; auch, wenn zugegebenermaßen eine generelle Beschränkung zumindest anklingt) erfahren die vermögenswerten **Bestandteile des APR** jedoch keinen grundrechtlichen Schutz, sondern sind **nur einfach-rechtlich geschützt**, weshalb sie im Konflikt mit verfassungsrechtlich geschützten Interessen und Freiheiten aufgrund des Verdrängungsprinzips zurücktreten müssen.

**III. Systematisierungsversuche der Rechtsprechung**

- 17 **1. Die Sphärentheorie. a) Schutzbereiche der Sphären.** Schon in der „Leserbrief“-Entscheidung verwandte der BGH den Begriff der „Sphäre“ („Geheimsphäre“ 13, 334 [339]). In späteren Entscheidungen findet sich dann die Unterscheidung zw der **Sozial- bzw Individualsphäre, der Privatsphäre und der Geheim- sowie Intimsphäre** (zu den Sphären s auch Rn 122ff). Während in der Privat- und Sozialsphäre Eingriffe in einem abgestuften Maß, je nach Bedeutung der in einer Einzelfallabwägung zu prüfenden Interessen, möglich sein sollen, wird im Bereich der Intimsphäre, da der Person am nächsten zugeordnet, ein absoluter unantastbarer Schutz gewährt (BVerfG 35, 202 – Lebach; NJW 2000, 2189 – Ehebruch).
- 18 Der Bereich der **Intimsphäre** (hierzu BVerfG 6, 389 [432] sowie ausf Rn 122ff) umfasst dabei die innere Gedanken- und Gefühlswelt mit ihren äußeren Erscheinungsformen, wie vertraulichen Aufzeichnungen und Briefen (LG Köln ZUM-RD 2009, 349 [351] – Veröffentlichung fremder persönlicher E-Mails auf Homepage) sowie Vorgänge aus dem Sexualbereich, insb das Gebiet des Geschlechtlichen (jedoch können auch geschlechtliche Handlungen einen starken „Sozialbezug“ aufweisen, BayObLGSt 1978, 152 [156] – Prostituierte; BVerfG NJW 2009, 3357 – Berichterstattung über Vergewaltigung) und sonstige Belange, die von Natur aus einen Anspruch auf Geheimhaltung und Diskretion beanspruchen, zB der Gesundheitszustand, aber auch Darstellungen des nackten Körpers (LG Hamburg ZUM-RD 2009, 610; Dresden ZUM 2010, 597 – Werbung für Weiterbe). Grds kann die Persönlichkeit in diesem Bereich für alle Lebensvorgänge Schutz beanspruchen, die zur Wahrung und Entwicklung von Identität und Individualität vor Einblicken und dem Einwirken der Öffentlichkeit abgeschirmt werden müssen (BGH NJW 1981, 1366 – Der Aufmacher II).
- 19 Dem Bereich der **Geheimsphäre** (s hierzu auch Rn 125) unterfällt zunächst alles, was der Einzelne durch besondere Maßnahmen vor der Kenntnisnahme durch Dritte bewahren möchte (BVerfG 54, 148 – Eppler; NJW 1972, 1123) – geschützt wird in diesem Bereich also primär die ungenehmigte Kenntnisnahme oder Veröffentlichung privater Kommunikation.
- 20 Der Bereich der **Privatsphäre** (s hierzu ausf Rn 126ff) hingegen umfasst zum einen die familiären Verhältnisse und Verbindungen des Einzelnen (Auseinandersetzungen innerhalb der Familie, Eheprobleme, Scheidungsabsichten etc). Zum anderen wird von der Privatsphäre auch das Leben im **häuslichen Bereich** (Wohnung, umfriedetes Grundstück, jedenfalls sofern es dem Nutzer die Möglichkeit gibt, frei von öffentlicher Beobachtung zu sein, KG NJW 2005, 2320) geschützt. Nach BVerfG NJW 2000, 1021 [1022ff] – CvM) umfasst der **räumliche Bereich** des Privatsphärenschutzes zudem auch öffentliche Plätze, sofern sich der Einzelne in einen Bereich „örtlicher Abgeschiedenheit“ zurückzieht, objektiv erkennbar für sich sein will und sich im Vertrauen auf die Abgeschiedenheit so verhält, wie er dies in der Öffentlichkeit nicht tun würde. Unter Beachtung der Vorgaben des EGMR (NJW 2004, 2647 – CvH/Deutschland), welcher Kritik am Kriterium der Abgeschiedenheit äußerte (Rn 40), erkannte das BVerfG (NJW 2008, 1793 [1797] – CvM IV) zudem ausdr auch einen Schutzanspruch des Persönlichkeitsrechts **außerhalb der Voraussetzungen einer örtlichen Abgeschiedenheit** an, bspw wenn die Medienberichterstattung den Betroffenen in **Momenten der Entspannung oder des Sich-Gehen-Lassens außerhalb der Einbindung in die Pflichten des Berufs und Alltags** erfasst. In diesem Kontext stellte das Gericht fest, dass es keine verfassungsrechtliche Gewährleistung gebe, Personen von zeitgeschichtlichem Interesse „bei Aufenthalt außerhalb einer Situation räumlicher Abgeschiedenheit stets und ohne Beschränkung für die Zwecke medialer Verwertung“ zu fotografieren (BVerfG NJW 2008, 1793 [1797] – CvM IV). Der Privatsphärenschutz gewährt dem Einzelnen – wenn auch in schwächerer Form – mithin ebenfalls einen autonomen Bereich eigener Lebensgestaltung, in dem er seine Individualität unter Ausschluss der Öffentlichkeit entfalten kann.
- 21 Zu einer **Verstärkung des Privatsphärenschutzes durch Art 6 I und II GG** kommt es im Bereich der Berichterstattung über **Kinder und Jugendliche** sowie in Fällen, die die spezifisch elterliche Hinwendung zu diesen zum Gegenstand haben (BVerfG NJW 2000, 1021 [1026] – CvM; NJW 2005, 1857 – Carolines Tochter; BGH NJW 2005, 215 – Alexandra von Hannover; NJW 2010, 1454 – Sohn von Franz Beckenbauer; GRUR 2010, 262 [263] – Tochter von Franz Beckenbauer, s hierzu auch Rn 183).
- 22 Die **Sozialsphäre** (s Rn 127) hingegen schützt den Menschen in seinen Beziehungen zur Umwelt und seinem beruflichen, wirtschaftlichen oder sonstigen öffentlichen Wirken (Pal/Sprau § 823 Rn 96). Sie umfasst den Bereich des menschlichen Lebens, von dem jedermann Kenntnis nehmen kann (zum Bezug von Adresse und Abbildung eines Wohnhauses zur sozialen Realität LG Köln MMR 2010, 278 – Stadt-Bilderbuch) und eventuell auch soll. Berichte aus dem Bereich der Sozialsphäre sind aufgrund des Persönlichkeitsbezugs meist zulässig, s hierzu Rn 117ff. Eine Ausnahme besteht lediglich dann, wenn eine schwerwiegende Auswirkung auf das Ansehen und die Persönlichkeitsentfaltung des Be-

## Titel 5

## Vertretung und Vollmacht

## Vorbemerkung

1. Bedeutung . . . . .	1	5. Grundlagen der Vertretungsmacht . . . . .	11
2. Interessen . . . . .	2	6. Abgrenzungen . . . . .	15
3. Grundprinzipien . . . . .	5	7. Ausschluss der Stellvertretung . . . . .	31
4. Anwendungsbereich . . . . .	9		

**1. Bedeutung.** Der moderne Rechtsverkehr erfordert in erheblichem Maße – nicht zuletzt wegen der arbeitsteiligen Struktur der Wirtschaft – **rechtsgeschäftliches Handeln für einen anderen**. Das Gesetz trägt diesem Erfordernis in den §§ 164ff Rechnung. **Stellvertretung** ist das rechtsgeschäftliche Handeln (Abgabe oder Empfang von Willenserklärungen = aktive oder passive Stellvertretung) im Namen eines anderen; es zielt auf unmittelbare und ausschließliche rechtliche Wirkungen für und gegen diesen anderen ab.

**2. Interessen.** a) Das Gesetz lässt die Stellvertretung nahezu uneingeschränkt zu (zu Ausnahmen s Rn 32). Den sich aus der Zulassung ergebenden Folgeproblemen begegnet das Gesetz mit einigen Grundprinzipien (Rn 5ff): Das **Offenheitsprinzip** (§ 164 II, § 164 Rn 4) schützt das Vertrauen des Geschäftsgenegers in die Identität seines Vertragspartners. Sein Vertrauen in die Wirksamkeit für den Vertretenen wird durch die **Abstraktheit** der Vollmacht (Rn 6) und Rechtsscheinsgrundsätze (§§ 170ff, § 167 Rn 9ff) sowie durch die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht (§ 179) geschützt.

b) Der **Vertretene** (Geschäftsherr) wird grds nur durch Geschäfte von Personen gebunden, die er selbst dazu bestimmt hat oder die aufgrund gesetzlicher Regelungen dazu befugt sind. (§ 164 Rn 16). Dieser Schutz tritt aber zurück, soweit er zurechenbar einen besonderen Vertrauenstatbestand für eine Vertretungsmacht schafft (§§ 170ff sowie die Grundsätze der Rechtsscheinsvollmacht; § 167 Rn 9ff). Zu seinem Schutz gegen Missbrauch der Vertretungsmacht § 167 Rn 70ff. Zum Konflikt zw Vertrauensschutz und **Verbraucherschutz** bei der Stellvertretung s Möller ZIP 2002, 333 mwN.

c) Die Interessen des **Vertreters** bedürfen im Rahmen der §§ 164ff keines besonderen Schutzes. Von den Wirkungen der Vertretung wird nicht der Vertreter, sondern ausschließlich der Vertretene betroffen, wenn sich der Vertreter an die Grenzen der Vertretungsmacht hält. Seine Rechte und Pflichten ggü dem Vertretenen bestimmen sich nicht nach Vertretungsrecht, sondern nach dem der Vertretung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis (zB Auftrag, §§ 662ff); s aber §§ 168 iVm 674, 729, sowie § 169.

**3. Prinzipien des Stellvertretungsrechts.** a) **Offenheit.** Im Interesse des Geschäftsgenegers, der über die Person eines Vertragspartners nicht im Unklaren bleiben soll, verlangt das Gesetz ein **Handeln „im Namen“ des Vertretenen**. Daran fehlt es bei der sog mittelbaren oder indirekten Stellvertretung (Rn 15), bei welcher der Handelnde zwar in fremdem Interesse, jedoch im eigenen Namen auftritt; berechtigt und verpflichtet wird dabei ausschließlich der Handelnde (näher dazu § 164 Rn 4). Zum „Geschäft für den, den es angeht“ § 164 Rn 14.

b) **Abstraktheit.** Die gesetzliche Regelung trennt streng zw der dem Vertreter eingeräumten Rechtsmacht (Vertretungsmacht) und dem zugrundeliegenden (kausalen) Rechtsverhältnis. Aufgrund der **Vertretungsmacht kann** der Vertreter durch sein Handeln Rechtsfolgen für und gegen den Vertretenen begründen; sie bestimmt also das Verhältnis zw dem Vertretenen und dem Dritten (Außenverhältnis). Davon zu unterscheiden ist das Rechtsverhältnis zw Vertretenem und Vertreter (Innenverhältnis), wonach sich bestimmt, ob und wie der Vertreter seine Macht ausüben darf (Geschäftsführungsbefugnis). Die Vertretungsmacht ist ggü dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis (zB Auftrag) abstrakt (dazu auch § 164 Rn 16 und eingehend Pawlowski JZ 1996, 125, 126f, 129f mwN). Handelt der Vertreter innerhalb der Vertretungsmacht, überschreitet er jedoch die ihm im Innenverhältnis gesetzten Grenzen, so wirkt das Geschäft gleichwohl für und gegen den Vertretenen. IdR wird dann jedoch der Vertreter dem Vertretenen ggü schadensersatzpflichtig. Eine Vollmacht ist auch ohne kausales Grundverhältnis möglich, in der Praxis aber selten. Die rechtliche Trennung von Vollmacht und Grundverhältnis schließt nicht aus, dass sich Vollmacht und Grundverhältnis inhaltlich decken; das ist insb für die Innenvollmacht (§ 167 Rn 2) die Regel und ist für die Beendigung der Vollmacht in § 168 S 1 ausdr bestimmt, soweit nicht der Vertretene ein anderes anordnet. Eine Begrenzung findet die Abstraktheit der Vollmacht auch in den Regeln über den Missbrauch der Vertretungsmacht (§ 167 Rn 70ff). Schließlich kann das Innenverhältnis Bedeutung für die Auslegung der Vollmacht – etwa zur Klärung ihres Umfangs – haben.

c) **Repräsentation.** Der Stellvertreter repräsentiert den Vertretenen. Deswegen kommt es für **Willensmängel, Kenntnis und Kennenmüssen** grds auf die **Person des Vertreters** an (§ 166 I); es handelt der Vertreter, den Vertretenen treffen nur die Rechtsfolgen des Handelns. Nur ausnahmsweise stellt das Gesetz zusätzlich auf die Person des Vertretenen ab (§ 166 II). – Die dem Vertreter erteilte Vertretungsmacht tritt neben die Fähigkeit des Geschäftsherrn, weiterhin selbst autonom für sich rechtsgeschäftlich zu handeln. Eine verdrängende Vollmacht ist dem BGB fremd (näher s § 137 Rn 6 und § 167 Rn 1).

**Vor § 164**

Allgemeiner Teil Rechtsgeschäfte

- 8 **d) Vertrauensschutz.** Der Geschäftsgegner, der mit einem Vertreter kontrahiert, wird in seinem Vertrauen auf den (Fort-)Bestand der Vertretungsmacht durch §§ 170ff und die in Anlehnung daran entwickelten Grundsätze der **Rechtsscheinsvollmacht** (§ 167 Rn 9ff) sowie durch die rechtliche Trennung von Innen- und Außenverhältnis (Abstraktheit der Vollmacht) geschützt. Davon abgesehen trägt jedoch der Geschäftsgegner im Verhältnis zu dem Vertretenen das Risiko des Fehlens der Vertretungsmacht, während der Vertretene grds das Risiko ihres Missbrauchs trägt.
- 9 **4. Anwendungsbereich.** a) Die §§ 164ff betreffen das **rechtsgeschäftliche Handeln mit Fremdwirkung** (§ 164 Rn 1). Die Regelung ist entspr anwendbar auf **geschäftähnliche Handlungen mit Fremdwirkung**, zB Mahnung, Mitteilung, Anerkenntnis iSd § 212 I Nr 1 (zu § 208 aF BGH NJW 1970, 1119), sowie auf die **Begründung eines vorvertraglichen Vertrauensverhältnisses** durch den Vertreter (§ 311 II; § 164 Rn 21). Zur Stellvertretung bei der **Einwilligung** in eine ärztliche Heilbehandlung oder in freizeitsentziehende oder -beschränkende Maßnahmen aufgrund einer sog Vorsorgevollmacht (§ 1896 II) s §§ 1901a V, 1906 V. Zur Stellvertretung bei der Einwilligung nach § 22 KUG BGH NJW 2002, 305f.
- 10 **b) Bei rein tatsächlichem Handeln** zB Besitzergreifung oder Übergabe (§ 164 Rn 2, § 929 Rn 9ff) **ist Stellvertretung nicht möglich**. Von der rechtsgeschäftlichen Fremdwirkung durch Stellvertretung zu unterscheiden sind insb die Zurechnung fremden Verschuldens (§ 278) sowie die Verantwortlichkeit für das Verhalten Dritter (§§ 31, 831) oder fremden Wissens (dazu § 166 Rn 10ff, 17ff). Zur Haftung des Geschäftsherrn für rechtswidriges Handeln des Vertreters s § 164 Rn 21, zur Eigenhaftung des Vertreters § 164 Rn 23.
- 11 **5. Grundlagen der Vertretungsmacht.** Nach der rechtlichen Grundlage der Stellvertretung lassen sich rechtsgeschäftliche, gesetzliche und organschaftliche Vertretungsmacht unterscheiden.
- 12 **a) Die rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht** nennt das Gesetz **Vollmacht** (§ 166 II). Sie ist ein Mittel der Arbeitsteilung. Die Erteilung der Vollmacht (Bevollmächtigung) erfolgt durch einseitiges Rechtsgeschäft ggü dem Vertreter oder dem künftigen Geschäftsgegner (§ 167 I). Zur Untervertretung s § 167 Rn 61ff.
- 13 **b) Die gesetzliche Vertretung** leitet sich nicht vom Willen des Vertretenen ab; vielmehr wird dem Vertreter durch Gesetz oder aufgrund Gesetzes Vertretungsmacht insb dann eingeräumt, wenn der Vertretene selbst zur Wahrnehmung seiner Angelegenheiten nicht, nicht selbständig oder nicht in vollem Umfang in der Lage ist (zB Eltern: § 1629 I; Vormund: § 1793; Betreuer: § 1902; Pfleger: § 1915). Zur Schlüsselgewalt s § 1357 Rn 5.
- 14 **c) Die organschaftliche Vertretung** bezeichnet das Handeln der Organe einer jur Pers für diese; die Vertretungsmacht der Organe beruht auf der Verfassung (Satzung) der jur Pers. Nach § 26 II haben die Organe „die Stellung eines gesetzlichen Vertreters“; ihr Handeln ist das Handeln der sonst gar nicht handlungsfähigen jur Pers. Gegen die Bewertung des Handelns der Organe von Körperschaften als Stellvertretung Beuthien NJW 1999, 1142, 1146ff mwN und NJW 2005, 855, 857; da die Körperschaft durch das Organ selbst handle, sei dies begrifflich keine Stellvertretung, weshalb die §§ 164ff über § 26 II S 1 – auch für Personengesellschaften – nur erg anzuwenden seien.
- 15 **6. Abgrenzungen. Nicht** unter §§ 164ff fallen: **a) Mittelbare Stellvertretung.** Der mittelbare (indirekte, unechte, verdeckte, stille) Stellvertreter (Einsele JZ 1990, 1005; Hager AcP 180, 239; Petersen Jura 2003, 744; Schwark JuS 1980, 777) handelt zwar in fremdem Interesse, jedoch im eigenen Namen (zB Kommissionär, Spediteur; §§ 383, 407 HGB). Berechtigt und verpflichtet wird nur der Handelnde. Zur Abgrenzung der mittelbaren von der unmittelbaren Stellvertretung s § 164 Rn 9, zum Geschäft für „den, den es angeht“ § 164 Rn 14. Eine besondere Behandlung erfährt die mittelbare Stellvertretung durch die Regeln der „Drittschadensliquidation“ (Vor § 249 Rn 124ff). Zum Eigentumserwerb durch mittelbare Stellvertretung vgl § 929 Rn 26.
- 16 **b) Die Treuhand** (dazu: Gernhuber, Die fiduziarische Treuhand, JuS 1988, 355; Grundmann, Der Treuhandvertrag, München 1997; Henssler, Treuhandgeschäft – Dogmatik und Wirklichkeit, AcP 196, 37ff). Der rechtsgeschäftlich bestellte Treuhänder handelt wie der mittelbare Vertreter in fremdem Interesse, aber im eigenen Namen. Während der mittelbare Vertreter aber lediglich Durchgangsperson ist, hat der Treuhänder für die Dauer seiner Tätigkeit Verwaltungs- und Verfügungsmacht über den Treuhandgegenstand (Treugut), die er zweckgebunden auszuüben hat. Nach hM setzt die Zuordnung des Treuguts zum Vermögen des Treugebers (auch „Treuhand iES“) voraus, dass der Treuhänder das Treugut unmittelbar aus dem Vermögen des Treugebers erhalten hat (**Unmittelbarkeitsprinzip**). Nicht ausreichend ist danach, dass der Treuhänder das Treugut aufgrund des Treuhandverhältnisses für den Treugeber erworben hat (RG 84, 216; 133, 87; BGH WM 1960, 325; 1965, 173; offengelassen in BGH 155, 227); auch ein Surrogationserwerb genügt danach nicht (RG 153, 370). Jedoch sind für Sonderfälle auch Ausnahmen anerkannt, zB Forderung gegen Bank aufgrund Einzahlungen des Treugebers auf Anderkonto des Treuhänders (BGH 11, 40); krit zum Unmittelbarkeitsprinzip Soergel/Leptien Vor § 164 Rn 55, 56; MüKo-InsO/Ganter § 47 Rn 357. Einzelheiten zur Treuhand s Coing, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, 1973.
- 17 **aa) Arten der Treuhand. (1) Nach dem Inhalt** der dem Treuhänder eingeräumten Rechtsstellung lassen sich unterscheiden: Bei der **echten Treuhand** wird dem Treuhänder das Treugut zu eigenem Recht übertragen. Demgegenüber bleibt bei der sog **Ermächtigungstreuhand** (unechte, uneigentliche Treuhand) der Treugeber Eigentümer der Sachen und Inhaber der Rechte, die zum Treugut gehören. Der Treuhänder ist jedoch ermächtigt, im eigenen Namen über das Treugut zu verfügen (§ 185 I). ZT anerkannt wird schließlich auch die sog **Vollmachtstreuhand**, bei welcher der Treugeber

Vollrechtsinhaber bleibt, dem Treuhänder aber im Innenverhältnis treuhänderisch gebundene Vollmacht zur Verfügung über das Treugut eingeräumt wird (BGH WM 1964, 318). Auf die Vollmacht finden die §§ 164ff uneingeschränkt Anwendung; die treuhänderische Bindung betrifft nur das Innenverhältnis, so dass die Einordnung als Treuhandverhältnis zweifelhaft erscheint (Soergel/Leptien Vor § 164 Rn 73). (2) **Nach dem wirtschaftlichen Zweck** der Treuhand sind Verwaltungstreuhand und Sicherungstreuhand zu unterscheiden. Die **Verwaltungstreuhand** (zB Aderkonto eines RA oder eines Notars, s etwa Hamm DNotZ 1996, 384ff m Anm Preuß) dient idR den Zwecken des Treugebers, ist also für den Treuhänder **uneigennützig**; auf die Vergütung der Verwaltungstätigkeit kommt es nicht an. Demgegenüber wird die **Sicherungstreuhand** regelmäßig im Interesse des Treuhänders begründet, stellt also eine **eigennützige** Form der Treuhand dar. Die Unterscheidung ist insb für die rechtliche Behandlung in der Zwangsvollstreckung und in der Insolvenz von Bedeutung (Rn 20).

**bb) Rechtsstellung von Treugeber und Treuhänder.** (1) Der **Treuhänder** ist durch die schuldrechtlichen Bindungen im Innenverhältnis gehalten, mit dem Treugut nur nach Maßgabe des Treuhandverhältnisses zu verfahren (RG 59, 191f; BGH NJW 1974, 1083). Zur Einräumung unmittelbarer Gesellschafterrechte an den Treugeber, für den die Beteiligung gehalten wird, BGH 10, 44, 49ff und NJW-RR 2003, 1392; eine Gesellschafterhaftung des Treugebers ergibt sich daraus nicht (BGH 178, 271; NJW-RR 2009, 1040; dazu Kindler ZIP 2009, 1146 und Armbrüster NJW 2009, 2167). Zu den Rechten und Pflichten eines Treuhänders bei Anlagegeschäften BGH NJW 2002, 888. Ein im Innenverhältnis vereinbartes Verfügungsverbot hat aber keine dingliche Wirkung (§ 137; § 137 Rn 4, 6). Auch die Anwendung der Grundsätze über den Missbrauch der Vertretungsmacht scheidet aus (§ 137 Rn 6). Ihre Grenze findet die Wirksamkeit von Verfügungen des Treuhänders nur in den §§ 138, 823 II iVm § 266 StGB.

(2) Der **Treugeber** verliert bei der Vollrechtstreuhand (s Rn 17) durch die treuhänderische Übertragung jede dingliche Beziehung zum Treugut (RG 153, 369). Er kann aber, auch stillschw, zur Wahrnehmung der Rechte aus dem Treugut ermächtigt sein (BGH NJW 1999, 2110; 2002, 1568).

**cc) Rechtliche Behandlung bei der Zwangsvollstreckung und in der Insolvenz** (dazu: Brinkmann KTS 2004, 357). (1) Bei der **Verwaltungstreuhand** gehört das Treugut wirtschaftlich zum Vermögen des Treugebers, wenn dieser es dem Treuhänder unmittelbar übertragen hat (dazu Rn 16); deshalb steht dem Treugeber bei Insolvenz des Treuhänders das Aussonderungsrecht nach §§ 47f InsO, bei Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen den Treuhänder die Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO zu (RG 79, 121; BGH ZIP 1993, 214). Bei Insolvenz des Treugebers erlischt das Treuhandverhältnis (§§ 115ff InsO); dem Treuhänder steht kein Aussonderungs- oder Absonderungsrecht zu (RG 145, 256). Bei Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen den im Besitz des Treuguts befindlichen Treugeber stehen dem Verwaltungstreuhand die Rechtsbehelfe der §§ 771, 805 ZPO nicht zu; ist das Treugut im Besitz des Verwaltungstreuhanders, so hat dieser die Rechte aus §§ 766, 809 ZPO (BGH 11, 42; s auch Reinhardt/Erlinghagen JuS 1962, 45).

(2) Bei der **Sicherungstreuhand** ist dem Grundsatz Rechnung zu tragen, dass das Treugut zwar rechtlich dem Treuhänder zusteht, wirtschaftlich aber lediglich eine Sicherung des Treuhänders bezweckt ist. Aus diesem Grund gibt die hM dem Treuhänder bei Insolvenz des Treugebers in Anlehnung an die Behandlung des Pfandrechts nur ein Absonderungsrecht (vgl statt aller RG 145, 193; Anh §§ 929–931 Rn 9). Bei Einzelvollstreckung gegen den Treugeber gibt die vorherrschende Rspr dem Treuehner die Klage aus § 771 ZPO (RG 124, 73; BGH 20, 88; 80, 299; Brox/Walker ZwVR Rn 1414–1417); für Anwendung des § 805 ZPO Westermann I § 44 IV. Zur Vollstreckung gegen den Sicherungsnehmer s Anh §§ 929–931 Rn 11.

**c) Strohmänn.** Eine besondere Erscheinungsform des Treuhänders ist der Strohmänn. Er wird von einem anderen, dem Hintermann, vorgeschoben, weil der Hintermann das Geschäft nicht selbst abschließen kann oder will. Der Grund kann in einem gesetzlichen oder vertraglichen Verbot für den Hintermann oder darin liegen, dass das Geschäft bei dem Hintermann andere Rechtsfolgen hätte als beim Strohmänn. Die Rechtsfolgen des Geschäfts sollen den Strohmänn, die wirtschaftlichen Folgen den Hintermann treffen. Die Stellung des Strohmänn kann sich auf den Abschluss eines einzelnen Vertrags, zB eines Darlehensvertrags (BGH NJW 1982, 569), oder auf die Führung eines Geschäftsbetriebs (BGH NJW 2002, 2030) beziehen. Das Geschäft mit dem Strohmänn ist idR kein Scheingeschäft, weil die rechtlichen Folgen nach dem Willen der Parteien in der Person des Strohmänn eintreten sollen (BGH 21, 378, 381; BGH NJW 1982, 569f). Sollen aber nach dem übereinstimmenden Parteiwillen auch die rechtlichen Folgen bei dem Strohmänn nicht eintreten, so liegt ein Scheingeschäft vor (BGH NJW 1982, 569, 570; BGH NJW-RR 2007, 1209). Das Strohmänn-Geschäft ist ein typischer Fall des Umgehungsgeschäfts (§ 117 Rn 2). Die Auslegung der umgangenen Norm ergibt, ob die Rechtsfolgen auch den Hintermann treffen (so für die gesellschaftsrechtlichen Pflichten der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung § 46 V AktG sowie BGH 31, 258, 263f und 118, 107, 110ff) und ob das Geschäft wegen Verstoßes gegen die umgangene Norm nichtig ist (dazu BGH NJW 1959, 332, 334). IdR muss sich der Strohmänn an der übernommenen Rolle festhalten lassen. Wer als Strohmänn ein Gewerbe führt, genießt keinen Verbraucherschutz (BGH NJW 2002, 2030, 2031). Wer als Strohmänn aus Gefälligkeit eine GmbH-Beteiligung übernimmt und für die Schulden der GmbH bürgt, kann sich nicht auf die Rspr zu Bürgschaften krass überforderter Angehöriger berufen, sofern der Gläubiger die Hintergründe nicht kennt (BGH 137, 329, 336f). Ist der Geschäftspartner über die Strohmänn-Funktion getäuscht, kommt auch eine Anfechtung nach § 123 in Betracht. In der Insolvenz des Strohmänn oder der Zwangsvollstreckung gegen ihn scheitern Aussonderung (§ 47 InsO) oder Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) des Hintermanns idR schon daran, dass dem Unmittelbar-

**Vor § 164**

Allgemeiner Teil Rechtsgeschäfte

keitsprinzip (Rn 16) nicht genügt ist. Zur Vollstreckung von Gläubigern des Hintermanns in das für diesen gehaltene Vermögen beim Strohmännchen s Gerhardt, FS Lücke 1997, 121ff.

- 23 **d) Die Ermächtigung** schafft die Befugnis, ein fremdes Recht im eigenen Namen auszuüben (zB Verfügungsermächtigung; Einziehungsermächtigung). Sie findet ihre Rechtsgrundlage in § 185 I. Dagegen sind auf die Ermächtigung zur Ausfüllung eines **Blanketts** §§ 164ff analog anwendbar (Pal/Ellenberger vor § 164 Rn 13; Bork AT Rn 1647; Larenz/Wolf AT § 48 Rn 34ff; § 172 Rn 16).
- 24 **e) Bote.** Im Gegensatz zum Vertreter, der eine eigene Willenserklärung abgibt, übermittelt der Bote eine fremde Willenserklärung; er handelt selbst nicht rechtsgeschäftlich. Für die – in der Praxis nicht selten schwierige – **Abgrenzung von Stellvertreter und Boten** ist die Weisungsgebundenheit nicht entscheidend. Maßgebend ist vielmehr das – auszulegende – Auftreten der Person ggü dem Geschäftsgegner (BGH 12, 327, 334; Soergel/Leptien Vor § 164 Rn 44 mwN; aA G. Hueck AcP 152, 441). Der Bote kann vorbehaltlich etwaiger Formerfordernisse auch höchstpersönliche Erklärungen übermitteln (BGH NJW 2008, 917).
- 25 **aa) Tritt der Bote als Stellvertreter oder ein Stellvertreter als Bote auf**, so ist dies unschädlich, soweit nicht die Vollmacht oder Botenmacht überschritten werden. Überschreitet der als Stellvertreter auftretende Bote oder der als Bote auftretende Stellvertreter die eingeräumte Rechtsmacht, so gelten die §§ 177–179 entspr (§ 120 Rn 5; MüKo/Schramm Rn 51ff).
- 26 **bb) Die Bedeutung der Unterscheidung** zw Stellvertretung und Botenschaft zeigt sich in folgenden Fällen: Bedarf das Rechtsgeschäft einer Form, so muss bei der Stellvertretung die Willenserklärung des Vertreters, bei der Botenschaft die Erklärung des Geschäftsherrn der Form genügen (vgl RG 79, 202). Da die Übermittlung einen reinen Realakt darstellt, braucht der Bote nicht geschäftsfähig zu sein; der Vertreter muss mindestens beschränkt geschäftsfähig sein (§ 165). Für Willensmängel, Kenntnis und Kennenmüssen kommt es bei der Botenschaft auf die Person des Geschäftsherrn, hingegen bei der Stellvertretung grds auf die des Vertreters an (§ 166 I). Das Risiko unbewusster Falschübermittlung durch den Boten trägt nach § 120 der Geschäftsherr; bei Überschreitung der Vertretungsmacht gelten §§ 177–179. Zu den Unterschieden beim Empfangsvertreter § 164 Rn 28.
- 27 **f) Geschäftsgehilfen und Vermittler** schließen das Rechtsgeschäft nicht selbst ab, sondern sind nur an dessen Vorbereitung (Vermittlung) beteiligt. In Betracht kommt aber eine Anwendung der Stellvertretungsregeln im Rahmen des § 166 sowie bei der Anbahnung der vorvertraglichen Vertrauensbeziehung, aus der sich eine Haftung des Geschäftsherrn ergeben kann (§ 164 Rn 21); zur Eigenhaftung der Vermittlungsperson s § 164 Rn 23. Bloße Vermittler sind insb die Handelsmäkler (RG 104, 368; 105, 206) sowie regelmäßig die im kaufmännischen Leben als „Vertreter“ oder „Agenten“ bezeichneten Personen.
- 28 **g) Zum sog Wissensvertreter** s § 166 Rn 24f.
- 29 **h) Partei kraft Amtes.** Die Rspr und ein Teil des Schrifttums (Pal/Ellenberger Rn 9; RGRK/Steffen Rn 11; Soergel/Leptien Rn 76f mwN) behandeln die Personen, die kraft Amtes mit Wirkung für und gegen andere handeln können, nicht als Vertreter, sondern folgen der sog Amtstheorie. Dahin gehören zB der Insolvenzverwalter (BGH 49, 11, 16), der Nachlassverwalter (BGH 38, 281, 284), der Testamentsvollstrecker (BGH 13, 203, 205) und der Gerichtsvollzieher (RG 90, 193, 194; anders – bei Abschluss von Verwahrungsverträgen bevollmächtigter Vertreter – BGH NJW 1999, 2597). Demgegenüber sieht die sog Vertretertheorie (Flume § 45 I 2; Medicus AT Rn 925; MüKo/Schramm Rn 10ff) diese Personen als gesetzliche Vertreter an. Unabhängig von dem Theorienstreit wird man i Erg von der Anwendbarkeit der §§ 164ff auszugehen haben, sofern nicht das Gesetz selbst oder die besondere Situation Ausnahmen erfordert; so werden auf den Testamentsvollstrecker die Vorschriften über die Stellvertretung zT entspr angewendet (RG 75, 299, 302; 130, 131, 134). – Zur Rechtsstellung des Insolvenzverwalters gem §§ 56ff InsO K. Schmidt KTS 1991, 211.
- 30 **i) Prozessvertretung** ist keine Stellvertretung iSd §§ 164ff, sondern Prozesshandlung (BGH MDR 1958, 320; 1964, 410; Stein/Jonas/Bork ZPO § 80 Rn 4).
- 31 **7. Ausschluss der Stellvertretung.** Die Stellvertretung ist grds bei allen Rechtsgeschäften zulässig (für den Tarifvertrag: BAG NZA 1997, 1064; Etzel NJW 1998, 1190). Ausnahmen können sich – mit der Rechtsfolge der Unwirksamkeit (MüKo/Schramm Rn 75; BGH NJW 1971, 428) – aus Gesetz, Rechtsgeschäft oder der Natur des vorzunehmenden Rechtsgeschäfts (dazu MüKo/Schramm Rn 74) ergeben.
- 32 **a) Das Gesetz verlangt bei bestimmten Rechtsgeschäften die persönliche Vornahme**, zB Eheschließung (§ 1311), Testamentserrichtung (§ 2064), Erbvertrag (§ 2274), Erbverzicht (§§ 2347 II, 2351), Erteilung einer Prokura (§ 48 I HGB). Hiervon zu unterscheiden sind Fälle, in denen nicht die Stellvertretung als solche, sondern wegen Interessenkonflikts der einzelne Vertreter ausgeschlossen ist, §§ 181, 1629, 1795. Weitere Bsp MüKo/Schramm Rn 71f. Wo das Gesetz nur die gleichzeitige Anwesenheit der Parteien vorschreibt, ist Vertretung nicht ausgeschlossen (zB § 925).
- 33 **b) Die Zulässigkeit der Vertretung kann auch durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder auf bestimmte Personen beschränkt werden** (BGH 99, 94 zum Ausschluss; BGH NJW 1993, 1329 zur Beschränkung). AGB-Regelungen dieses Inhalts können bedenklich sein (BGH BB 1982, 1822).

**164** *Wirkung der Erklärung des Vertreters*

(1) Eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgibt, wirkt unmittelbar für und gegen den Vertretenen. Es macht kei-

nen Unterschied, ob die Erklärung ausdrücklich im Namen des Vertretenen erfolgt oder ob die Umstände ergeben, dass sie in dessen Namen erfolgen soll.

(2) Tritt der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervor, so kommt der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht.

(3) Die Vorschriften des Absatzes 1 finden entsprechende Anwendung, wenn eine gegenüber einem anderen abzugebende Willenserklärung dessen Vertreter gegenüber erfolgt.

#### A. Aktive Stellvertretung (§ 164 I)

<b>I. Voraussetzungen wirksamer Stellvertretung</b>	1
1. Willenserklärung des Vertreters	2
2. Offenheit	4
3. Handeln unter fremdem Namen	11
4. Geschäft für „wen es angeht“	14
5. Vertretungsmacht	16
6. Vertretungswille?	19
<b>II. Folgen wirksamer Stellvertretung</b>	
1. Zwischen Vertretenem und Geschäftspartner	20
2. Zwischen Vertretenem und Vertreter	22

3. Zwischen Vertreter und Geschäftspartner	23
4. Rechtsscheinhaftung	24

#### III. Nicht erkennbarer Vertretungswille (§ 164 II)

1. Bedeutung der Vorschrift	25
2. Abgrenzung	26

#### B. Passive Stellvertretung (§ 164 III)

1. Inhalt der Vorschrift	27
2. Abgrenzung	28

#### C. Beweislast

	29
--	----

#### A. Aktive Stellvertretung (§ 164 I)

**I. Voraussetzungen wirksamer Stellvertretung.** Aktive Stellvertretung (§ 164 I) setzt voraus, dass 1  
jemand (Vertreter) eine Willenserklärung im Namen und mit Vertretungsmacht eines anderen (Vertretenen) abgibt.

**1. Willenserklärung des Vertreters.** a) Stellvertretung ist nur möglich bei **Rechtsgeschäften** sowie 2  
bei **geschäftsähnlichen Handlungen** (Einl § 104 Rn 7; Hoffmann JuS 1970, 180); auch auf Gefälligkeits-  
handlungen kann § 164 im Einzelfall Anwendung finden (BGH MDR 1957, 22 m Anm Hermann). Bei  
**rein tatsächlichem Handeln** ist Stellvertretung nicht möglich. § 164 I ist daher auf die Besitzergrei-  
fung (§ 854) oder den Besitzverlust (§ 856) nicht anwendbar. Auch die Übertragung von Besitz (dazu:  
Masloff JA 2000, 503 mwN), die Besitzdienerschaft (§ 855) sowie die Begründung mittelbaren Besit-  
zes durch einen Besitzmittler ist trotz der gegebenen Fremdwirkung des Handelns nicht zur rechts-  
geschäftlichen Vertretung zu rechnen (vgl BGH 8, 130, 132; 16, 259, 263). Ein Handeln für andere bei  
der Verarbeitung hat ebenfalls keinen rechtsgeschäftlichen Charakter (s zu § 950).

b) Der Vertreter muss eine **eigene Willenserklärung** abgeben; hierdurch unterscheidet er sich vom 3  
Boten (Vor § 164 Rn 24).

**2. Offenheit.** a) Die Willenserklärung muss **im Namen des Vertretenen** abgegeben werden (**Offen-** 4  
**heitsprinzip**; allg dazu Einsele, JZ 1990, 1005ff; K. Schmidt JuS 1987, 425ff). Dafür genügt jedenfalls  
die Formulierung „namens“ des Vertretenen (aM Brandenburg WM 2010, 651 für die Formulierung  
„namens des Landes B, vertreten durch den Minister ...“). Es soll offen gelegt werden und der Erklä-  
rungsempfänger soll erkennen können, dass die Folgen der Erklärung nicht den Erklärenden, son-  
dern einen anderen (Vertretenen) treffen sollen (Fremdwirkung). Der **Vertretene** braucht allerdings  
nicht **identifiziert** zu werden (BGH JZ 1957, 441; NJW 1998, 62, 63; MüKo/Schramm Rn 18f). Daher  
kann durch das Handeln des Vertreters ein Vertrag zw Vertragspartnern zustande kommen, die sich  
(zunächst) unbekannt bleiben (BGH JZ 1957, 442). Es genügt, wenn die Person des Vertretenen  
nachträglich bestimmt wird oder bestimmbar ist (BGH NJW 1998, 62, 63; s auch § 95 HGB). Der Ver-  
tretene kann sich auch aus einer Sammel- oder Kurzbezeichnung ergeben (BGH 76, 90). Kommt als  
Vertretener eine von mehreren Personen in Betracht, ist durch Auslegung der Willenserklärung des  
Vertreters zu ermitteln, für wen gehandelt worden ist (BGH NJW-RR 1988, 475; Gehrlein VersR 1995,  
268). Verkauft jemand als „Beauftragter des Eigentümers“ ohne Namensnennung eine bewegliche  
Sache, ist aber sein Auftraggeber nicht Eigentümer, so handelt er nicht vollmachtlos namens des  
ihm unbekanntem Eigentümer, sondern im Namen seines Auftrag- und Vollmachtgebers (BGH JZ  
1957, 441). Die Angabe eines unrichtigen Namens für den Vertretenen schadet nicht, wenn zw Vertre-  
ter und Geschäftsgegner Einigkeit über die Person des Vertretenen besteht („falsa demonstratio“).

Ggf kann es dem Vertreter überlassen sein, die **Person des Vertretenen nachträglich zu bestimmen** 5  
(BGH NJW 1989, 164, 166; Köln NJW-RR 1991, 918; MüKo/Schramm Rn 20; s auch unten Rn 9). Dies  
ist kein Fall des Geschäfts für „den, den es angeht“, da der Offenheitsgrundsatz gewahrt ist. Sofern  
nichts anderes vereinbart ist, kann dann der Handelnde später den Vertretenen einseitig bestimmen.  
Dem Geschäftspartner kann aber uU ein Zurückweisungsrecht zustehen, zB bei Zahlungsunfähigkeit  
des Benannten. Eine Ausnahme gilt für die Auffassung; die hier erforderliche Anwesenheit beider Be-  
teiligten setzt deren Existenz und Identifizierung voraus (BayObLG 1983, 275; AG Hamburg NJW  
1971, 102). Bestimmt der Vertreter den Vertretenen nicht, ist § 179 entspr anwendbar (BGH 129, 136,  
149ff), wenn nicht der Vertreter diese Haftung erkennbar ausschließen wollte. Bis zur Bestimmung  
des Vertretenen ist das Geschäft unvollständig. Die Bestimmung wirkt deshalb nicht zurück (BGH  
NJW 1998, 62, 63; MüKo/Schramm Rn 20 mwN); jedoch kann das schuldrechtliche Geschäft ergeben,  
dass die Parteien wie im Fall der Rückwirkung zu stellen sind (Flume § 44 II 2a).

b) Die Erklärung in fremdem Namen kann **ausdr** erfolgen oder sich aus den **Umständen** ergeben 6  
(§ 164 I S 2). Maßgeblich ist der durch **Auslegung** gem §§ 133, 157 zu ermittelnde erklärte Wille. Ein  
ihm entgegenstehender bloß innerer Wille, in fremdem oder im eigenen Namen zu handeln, ist uner-  
heblich (BGH 36, 30, 33; NJW-RR 1988, 475, 476 mwN; Gehrlein VersR 1995, 268). Dies gilt sowohl für

## § 164

## Allgemeiner Teil Rechtsgeschäfte

die Frage, ob in fremdem Namen gehandelt wird, als auch für die Bestimmung des Vertretenen (BGH 5, 279; NJW 1998, 1406). Mehrdeutigkeit in der Frage, ob in fremdem Namen gehandelt wird, führt zum Eigengeschäft, § 164 II. Bei **beurkundungsbedürftigen Geschäften** müssen die Vertretungsverhältnisse und der rechtsgeschäftliche Vertretungswille in der Urkunde – wenn auch möglicherweise unvollkommen – zum Ausdruck kommen. Besondere praktische Bedeutung hat dies bei Verträgen mit einer Mehrzahl von Personen, etwa Eheleuten, Erbengemeinschaften und Personengesellschaften (Rechtsprechungsbeispiele: BGH 125, 175 – Vertretung von Eheleuten; NJW 2002, 3389 sowie Fritz NJW 2004, 3390, 3392 – Vertretung von Miterben; BGH NJW 2003, 3053, 345 – Vertretung bei einer GbR; NJW 2005, 2225, 2226, 1291 – Vertretung einer GmbH; sehr großzügig BGH NJOZ 2001, 278, 281f für die Unterzeichnung einer Bürgschaft neben einer anderen Vereinbarung durch einen Vertreter.). – Ob dem Schriftformerfordernis des § 623 genügt ist, wenn der Handelnde unter dem Namen des Arbeitgebers mit dem Zusatz i.A. statt i.V. unterschreibt, oder ob die Erklärung dann als Botenerklärung zu werten ist, ist durch Auslegung zu ermitteln (BAG NJW 2008, 1243; Wirksamkeit vereinnt von LAG Rheinland-Pfalz NZA-RR 2008, 403). Zum Willen, im eigenen oder fremden Namen zu handeln, sowie zur Abweichung von Wille und Erklärung s Rn 19, 25.

- 7 **aa) Bei unternehmensbezogenen Geschäften** (eingehend dazu Ahrens JA 1997, 895ff) und bei Geschäften, die sich auf sonstige Organisationseinheiten (etwa Gesellschaft, Gemeinschaft, Körperschaft, Verein usw) beziehen, geht der erklärte Wille der Beteiligten im Zweifel dahin, dass **der Rechtsträger des Unternehmens/der Organisation** und nicht der für das Unternehmen/die Organisation Handelnde Vertragspartei werden soll. Das gilt selbst bei unrichtigen Vorstellungen eines Beteiligten über die Person des Rechtsträgers (BGH NJW 1990, 2678; Hamm VersR 2001, 978; aM LAG Rheinland-Pfalz v 11.2.2010 – 11 Sa 395/09, juris Tz 63ff) und auch, wenn als Träger des Unternehmens eine Scheinfirma oder eine noch nicht errichtete GmbH angegeben wird (BGH NJW 1996, 1053; 1998, 2897). Allerdings kommt dann eine Anfechtung nach § 119 II in Betracht (LG Hanau NJW-RR 2000, 1420). Jedenfalls muss das Unternehmen/die Organisation im Zeitpunkt der Wirksamkeit des Geschäfts bestehen (BGH NJW 1998, 62 = LM Nr 82 – Karollus), und **der Unternehmens-/Organisationsbezug muss hinreichend deutlich** werden, und zwar in der für das Geschäft erforderlichen Form (BAG NJW 2010, 888, 889 zu § 1 TVG); Zweifel gehen nach dem Grundsatz des § 164 II zulasten des Handelnden (BGH 62, 216, 221; NJW 1995, 43, 44 m Anm K. Schmidt JuS 1995, 456). Zur Bestimmung des betroffenen Unternehmers bei **Franchise-Verhältnissen** BGH NJW 2008, 1214. Der Unternehmens-/Organisationsbezug kann sich aus dem Vertragszweck, aber auch aus anderen Umständen ergeben. Bsp: Verwendung des Unternehmensnamens bei der Leistungsbeschreibung (Köln NJW-RR 1997, 670 Auftrag für Werbeanzeige); unternehmensbezogener Inhalt der vereinbarten Leistung, etwa Materiallieferung (BGH 62, 216; Stuttgart NJW 1973, 629); Abschluss des Vertrags in den Geschäftsräumen, etwa beim Kauf in einem Ladengeschäft (BGH NJW 1984, 1347; Köln MDR 1993, 852; wenn trotz Vertragsabschlusses in Geschäftsräumen der Inhaber des Geschäfts nicht Vertragspartner werden soll, kann ein besonderer Hinw geboten sein, LG Aachen NJW-RR 2007, 633); betrügerisches Geschäft von Mitarbeitern einer Anlagegesellschaft in deren Geschäftsräumen im Anschluss an einen ordnungsgemäß vermittelten Lebensversicherungsvertrag (BGH NJW-RR 1998, 1342); Vereinbarung der Leistung am Sitz oder an die Anschrift des Unternehmens; Hinw auf das Unternehmen in schriftlichen Vertragsunterlagen oder durch Unterschriftszusätze (BGH 64, 11, 14f; NJW 1981, 2569; 1991, 2627). Handeln in fremdem Namen ist regelmäßig anzunehmen bei Personen, die nach ihrer sozialen Stellung (zB Kellner, Taxifahrer, Bankangestellter, vgl BGH NJW 1984, 1347) erkennbar im Rahmen des Betriebs ihres Dienstherrn tätig werden. Schließt eine „Agentur“ einen Vertrag und findet sich in ihren AGB ein Hinw auf den Vertretenen, wird dieser Vertragspartei (LG Düsseldorf MDR 1985, 1027). Weitere Bsp aus der Rspr zum unternehmensbezogenen Handeln: BGH NJW 1983, 1844; 1986, 1675; 1992, 1381; WM 1990, 600; Köln GmbHR 2000, 383. Neben dem Rechtsträger haftet mangels hinreichenden Hinw auf das Fehlen einer voll haftenden nat Pers auch der Handelnde persönlich kraft Rechtsscheins (näher Rn 24). Nach § 179 haftet der Handelnde nur dann selbst, wenn ein Rechtsträger für das Unternehmen/die Organisation gar nicht existiert oder wenn er keine Vollmacht hatte, für den Rechtsträger zu handeln (BGH 91, 148, 152).
- 8 **bb) Einzelfälle.** Ein **Architekt**, der bei der Vergabe von Bauarbeiten ersichtlich als Vertreter des Bauherrn angesehen wird und dazu schweigt, handelt als dessen Vertreter (Köln BauR 1986, 717; Köln NJW-RR 1996, 212; s auch Köln NJW-RR 1999, 1615 bei Handeln für eine Baugesellschaft); zum Umfang der Vollmacht eines Architekten s § 167 Rn 31). – Der Abschluss eines **Arzt- oder Krankenhausvertrags** erfolgt im Zweifel im Namen des Patienten; jedoch kommt nach den Umständen bei einem Auftrag zu einem Krankentransport auch ein Abschluss namens des Trägers der zuständigen gesetzlichen Krankenversicherung in Betracht (Koblenz NJW-RR 1997, 1183). Zur Vertretung des Arztes durch den Krankenhausträger s BGH 95, 63; 121, 107. Die Verträge mit den Handwerkern schließen **Bauträger** im eigenen Namen, **Baubetreuer** idR im Namen ihrer Auftraggeber (BGH 67, 334; 76, 86; NJW 1981, 757; Düsseldorf DB 1978, 583); das gilt bei eindeutigem Wortlaut auch, wenn die Auftraggeber den Handwerkern nicht benannt werden (BGH 76, 86). Ob ein **Ehegatte** Erklärungen zugleich im Namen des anderen abgibt, ist eine Frage der Auslegung im Einzelfall (BGH 125, 175; Düsseldorf NJW-RR 2001, 1084). – Zum Handeln im **elektronischen Rechtsverkehr** s Rn 13. **Zur** (passiven) Vertretung einer **Erbengemeinschaft** durch einen dazu bevollmächtigten Miterben VG Koblenz NJOZ 2006, 3659. Der **Gerichtsvollzieher** schließt Verwahrungsverträge iSv §§ 885 III, 808 II ZPO regelmäßig nicht im eigenen Namen, sondern im Namen des Justizfiskus (BGH NJW 1999, 2597; dazu K. Schmidt JuS 2000, 94 mwN). Zur **Geschäftsraummiete** als unternehmensbezogenes Geschäft LG Berlin NJW-RR 1989, 686; Brandenburg NJW-RR 1999, 1606; Düsseldorf ZIP 2000, 580. – Zum unternehmensbezogenen Geschäft bei einer **Gesellschaft** mbH BGH NJW 2000, 2984 sowie

Nürnberg NZG 2001, 231. – Ein **Hausverwalter** wird im Zweifel namens des Hauseigentümers tätig, auch wenn dessen Name ungenannt bleibt (BGH NJW-RR 2004, 1017; KG NJW-RR 1996, 1523 mwN). Ein **Konzerntarifvertrag** ist für die Konzerntöchter nur abgeschlossen, wenn das hinreichend verlaublich ist (BAG 124, 240; NJW 2010, 888). Bei der **Post** kommt es auf die Umstände an, ob der Einlieferer im eigenen Namen oder namens des Absenders handelt (LG München I MDR 1995, 1207). Ein **RA einer Sozietät**, der unter der Bezeichnung der Sozietät Willenserklärungen abgibt, handelt vor Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR (BGH 146, 341) idR auch für die übrigen Sozietätsmitglieder (BGH 56, 355; 124, 47, 49); das galt sogar, wenn lediglich der äußere Anschein einer Sozietät erweckt war (Frankfurt NJW-RR 2001, 1004); im Falle einer interprofessionellen Sozietät jedoch nur für die qualifizierten Partner (BGH NJW 2009, 1597), dagegen handelt er auch im eigenen Namen, wenn die Sozietät nicht postulationalfähig ist (BGH NJW 2009, 3162). Entspr wird für **andere freie Berufe** (Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Architekten, beratende Ingenieure usw) gegolten haben. Übernimmt ein RA in einer interprofessionellen Sozietät ein Rechtsberatungsmandat, so kommt der Mandatsvertrag mit der GbR nur zustande, wenn der Anwalt erkennbar für die Sozietät handelt (BGH NJW 2009, 1597). Zur Vertretung beim **Reisevertrag** § 651a II; § 651a Rn 52; s auch Neuner, Der Reisevermittlungsvertrag, AcP 193, 1, 12ff. **Sammelbestellungen** – etwa bei einem Versandhaus – können auch dann als Handeln im Namen aller Mitbesteller gewertet werden, wenn deren Namen zunächst nicht genannt werden (Köln NJW-RR 1991, 918; 1996, 43); Ähnliches gilt für die Sammelanmeldung zu einer Fahrt (Frankfurt NJW 1986, 41). Zur Anwendung des § 164 I S 2 im **Scheckverkehr** BGH 65, 218; NJW 1994, 2082. – Zur Frage, ob ein **Schiffsmakler**, der einen Frachtvertrag abschließt, sich selbst oder seinen Auftraggeber verpflichtet, K. Schmidt/Blaschczok VersR 1981, 398. – Zur Unternehmensbezogenheit bei einer **Schuldanerkenntniserklärung** eines GmbH-Geschäftsführers BGH NJW 2000, 2984. – Bei der Anlage eines **Sparbuches** und Einzahlungen auf ein solches wird nicht der Einzahlende schlechthin Gläubiger (RGSt 43, 17; BGH 21, 148; WM 1972, 383; Canaris NJW 1973, 825); vielmehr kommt es auf die Kontobezeichnung, den Besitz am Sparbuch sowie erkennbare Vorbehalte hins der Verfügungsbefugnis an (s auch § 328 Rn 34). Wird nach einem **Verkehrsunfall** ein Schuldanerkenntnis abgegeben, so handelt der Fahrzeugführer idR (nur) im eigenen Namen und nicht (auch) im Namen des Fahrzeughalters (LG Freiburg NJW 1982, 1162). – Bei Abschluss eines **Versicherungsvertrags** können die Grundsätze zum unternehmensbezogenen Handeln auch für die Bestimmung eines Unternehmens als Versicherungsnehmer herangezogen werden; § 43 II VVG ist eine demgegenüber nachrangige Auslegungsregel (BGH NJW-RR 1997, 527 – zu § 74 II VVG aF). Für das **Wechselrecht** BGH 64, 15 m Anm Schmidt-Salzer NJW 1975, 1511. – Bei **Wohnungseigentumsanlagen** wird der Verwalter, wenn er etwa Handwerker bestellt, regelmäßig für die Eigentümergemeinschaft tätig (Düsseldorf NZM 2000, 193; s auch Elzer IBR 2007, 2255; Lammel IBR 2007, 78; Flessner IBR 2007, 2611; Vogel IBR 2000, 61 und IBR 2006, 1045 sowie oben zu „Hausverwalter“). Im Einzelfall kann sich aus den Umständen aber auch ein Handeln im eigenen Namen ergeben (Bsp: VerfGH Berlin NJW-RR 2007, 159; Düsseldorf NZM 2007, 504; Saarbrücken NJW-RR 2007, 521).

cc) Demgegenüber reicht **Handeln in (wirtschaftlichem oder sonstigem) fremdem Interesse** allein **9** idR nicht aus, um Handeln in fremdem Namen anzunehmen. Kommissionär und Spediteur werden stets für andere tätig; doch handeln sie idR nicht als Vertreter, sondern im eigenen Namen (§§ 383, 407 HGB). Die Erklärung eines Käufers, die Kaufsache sei für einen anderen bestimmt, macht ihn nicht ohne weiteres zum Vertreter, selbst dann nicht, wenn bei den Verhandlungen von „Vermittlung“ gesprochen wird (München OLG 39, 167); anders beim Gebrauch der Worte „Kauf für einen anderen“ (Hamburg OLG 20, 62f). Auftreten und Abgabe von Erklärungen als „Generalvertreter“ rechtfertigen für sich allein nicht schon den Schluss, dass namens des Unternehmens gehandelt wird, dessen „Generalvertreter“ der Handelnde ist, da dieser Ausdruck idR nur eine Berufsbezeichnung ist (Celle NJW 1956, 383). Wer als Beauftragter eines anderen oder in dessen Interesse ein Rechtsgeschäft abschließt, ist dessen Vertreter nur, wenn weitere Umstände erkennen lassen, dass er nicht im eigenen Namen, sondern im Namen des anderen abschließt. Andernfalls ist der Beauftragte **Leistungsempfänger** auch iSv § 15 UStG (BFH BStBl II 2010, 243).

c) Möglich ist auch, dass der Vertreter **zugleich in fremdem und im eigenen Namen** handelt (BGH **10** NJW 1988, 1908, 1909 mwN). Anhaltspunkte können Sinn und Zweck des Vertrags, eigenes Interesse des Vertreters, aber auch begründetes Interesse des Geschäftspartners daran sein, sich nicht ausschließlich mit Ansprüchen gegen den Vertretenen begnügen zu wollen (BGH MDR 1966, 213). Auch Vertretungsgeschäfte eines Gesellschafters einer GbR können hierzu gehören.

**3. Beim Handeln unter fremdem Namen** (allg dazu Köhler, FS Schippel 1996, 209, 212f; Letzgas **11** AcP 126, 27 und 137, 327; Lieb JuS 1967, 106; Ohr AcP 152, 216; Redeker NJW 1984, 2393; Weber JA 1996, 426) tritt der Handelnde nicht im Namen des Vertretenen auf; er **verwendet vielmehr einen anderen als seinen eigenen Namen** und gibt vor, selbst der Bezeichnete zu sein. Ob in solchen Fällen ein Fremdgeschäft oder ein Eigengeschäft des Handelnden anzunehmen ist, hängt grds davon ab, ob die falsche Namensangabe beim Geschäftspartner eine unrichtige Identitätsvorstellung erweckt oder nicht (MüKo/Schramm Rn 41ff). Ohne unrichtige Identitätsvorstellung des Geschäftspartner liegt ein Eigengeschäft des Handelnden unter falschem (aber mangels Identifizierung eines anderen nicht fremdem) Namen vor.

Erweckt hingegen der Gebrauch des falschen Namens beim Geschäftspartner eine **unrichtige Identitätsvorstellung**, so steht das Handeln unter fremdem Namen der Stellvertretung gleich; auf den Willen des Handelnden, ein Eigengeschäft vorzunehmen, kommt es nicht an; die Wirkungen hängen davon ab, ob der Handelnde Vertretungsmacht hatte (dann Anwendung des § 164 I) oder nicht (dann Anwendung der §§ 177, 179; RG 145, 87; BGH 45, 193, 195; WM 1990, 1451; Lieb JuS 1967, 106). Die Un- **12**

## § 164

## Allgemeiner Teil Rechtsgeschäfte

terschiede sind vor allem bei Verfügungen eines Nichtberechtigten unter dem Namen des Berechtigten bedeutsam (zB Übereignung des unterschlagenen Pkw unter dem Namen des im Kfz-Brief eingetragenen Eigentümers, Düsseldorf NJW 1989, 906 gegen Düsseldorf NJW 1985, 2484). Unberührt bleibt ggf das Anfechtungsrecht des Geschäftspartners (§§ 119 II, 123), wenn für ihn, namentlich bei Geschäften unter Anwesenden, sowohl die Identität des Handelnden als auch die des – mit diesem vermeintlich identischen – Namensträgers bedeutsam sind. Zur Frage einer – nach Wahl des Geschäftsgegners – alternativen Verpflichtung des Geschäftsherrn oder des Handelnden s Lüderitz JuS 1976, 766; wenig überzeugend nimmt Oldenburg OLG 1979, 30 eine kumulative Haftung nach Rechtsscheingrundsätzen an.

- 13 Ebenfalls zum Handeln unter fremdem Namen gehört der Fall der **Unterzeichnung einer Urkunde mit dem Namen des Vertretenen** (RG 74, 69, 72; BGH 45, 193, 195; Lieb JuS 1967, 106; Dietrich DB 1974, 2141; Medicus AT Rn 908; hM; zur abw Beurteilung für das Steuerrecht: BFH BB 1998, 198 mwN). Bei beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäften führt die Verwendung eines falschen oder fremden Namens zur Nichtigkeit (MüKo/Schramm Rn 46), während die gesetzliche Schriftform auch ein Handeln unter fremdem Namen zulässt (RG 74, 69). – Zum Handeln unter fremdem Namen **im elektronischen Rechtsverkehr** München NJW 2004, 1328, 1329; Köln NJW 2006, 1676; Hamm NJW 2007, 611; LG Aachen NJW-RR 2007, 565; Borges NJW 2005, 3313; zur Beweislast Hamm NJW 2007, 611. Zum „**Handeln unter fremder Nr**“ (etwa im Bankverkehr oder im Bereich der Telekommunikation) Hanau VersR 2005, 1215; s auch BGH 166, 369 (R-Gespräche); zu den Sorgfaltspflichten beim Online Banking AG Wiesloch WM 2008, 1648; s ferner § 167 Rn 40 sowie Pal/Ellenberger § 172 Rn 18.
- 14 4. Beim Geschäft für „den, den es angeht“ (dazu Kl. Müller JZ 1982, 777; K. Schmidt JuS 1987, 427) sollen die Wirkungen auch ohne Offenlegung eines Handelns „in fremdem Namen“ unmittelbar einen anderen als den Handelnden treffen. Voraussetzung dafür ist nach allg M, dass es dem Geschäftspartner wie vor allem bei **Bargeschäften des täglichen Lebens** gleichgültig ist, mit wem er kontrahiert, weil dann der durch den Offenheitsgrundsatz bezweckte Schutz des Geschäftspartners entbehrlich sei (Soergel/Leptien vor § 164 Rn 29; Staud/Schilken vor § 164 Rn 53). Hinzu kommen müssen nach wohl hM objektive Anhaltspunkte für einen Fremdwirkungswillen (Staud/Schilken vor § 164 Rn 53; MüKo/Schramm Rn 55; aM Soergel/Leptien vor § 164 Rn 29). Ein Bedürfnis für die Anerkennung der unmittelbaren Fremdwirkung des Geschäft für den, den es angeht, besteht nur, wenn ein Durchgangserwerb durch den Handelnden vermieden werden soll oder eine Weiterübertragung von dem Handelnden an den Hintermann nicht (mehr) erfolgt oder nicht nachweisbar ist. Das Bedürfnis beschränkt sich auf Verfügungsgeschäfte, namentlich im Mobiliarsachenrecht. Problematisch ist die aus der Anerkennung entstehende Unklarheit der Eigentumsverhältnisse (Flume § 44 II 2c; dagegen Einsele JZ 1990, 1005, 1009). Nur für Mobiliarübereignungen im Rahmen von Bargeschäften hat die Rspr eine solche unmittelbare Fremdwirkung anerkannt (RG 100, 192; BGH 114, 74; Düsseldorf NJW 1992, 1706 – jeweils zum Erwerb von Hausratsgegenständen durch einen Ehegatten oder Lebenspartner; ferner RG 99, 208 – Barkauf von Pferden zum sofortigen Weiterverkauf). In zahlreichen anderen Fällen hat der BGH das Prinzip zwar anerkannt, seine Voraussetzungen im konkreten Fall jedoch verneint (NJW 1955, 587; 1991, 2959; NJW-RR 2003, 921).
- Beim Eigentumserwerb „für den, den es angeht“, wird die Übergabe durch ein antizipiertes Besitzkonstitut ersetzt, sofern nicht der Handelnde als Besitzdiener dem Hintermann den Besitz vermittelt. Bei dem Kausalgeschäft werden die Voraussetzungen – Gleichgültigkeit der Identität des Geschäftspartners – idR nicht vorliegen. Ist der Partner des Verfügungsgeschäfts deshalb nicht identisch mit demjenigen des Kausalgeschäfts, so ist dies unschädlich, weil nach den Umständen das Kausalgeschäft durch die Übereignung an den Hintermann erfüllt wird (§ 362 II). Ein gesetzlich geregelter Fall ist § 1646 (dazu Flume § 44 II 1d).
- 15 Liegen die Voraussetzungen des Geschäfts für „den, den es angeht“ deshalb nicht vor, weil der **Handelnde erklärtermaßen im eigenen Namen abschließen will**, so kommt eine nachträgliche Umdeutung des Vertrags aufgrund eines einseitigen Willensentschlusses in einen Vertrag, der im Namen eines anderen geschlossen ist, nicht in Betracht; das gilt selbst dann, wenn anzunehmen ist, dass dem Vertragsgegner die Person des Leistungspflichtigen gleichgültig ist (BGH NJW 1955, 588). **Behält sich der Handelnde stillschweigend die Bestimmung des Geschäfts als eines Eigen- oder Fremdgeschäfts vor**, so ist ein Eigengeschäft anzunehmen, auch wenn dem Geschäftsgegner die Person des **Vertragspartners gleichgültig ist**. Die nachträgliche Bestimmung als Fremdgeschäft könnte nicht zurückwirken (s Rn 5). Dem Geschäftsgegner kann es aber nicht gleichgültig sein, ob er sein Eigentum sofort oder erst zu einem späteren, ihm uU gar nicht bekannten Zeitpunkt verliert; anders, wenn die Bestimmung als Eigen- oder Fremdgeschäft oder des Vertretenen ausdr vorbehalten bleibt (s Rn 4f).
- 16 5. **Vertretungsmacht**. Der Vertreter muss die Willenserklärung innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht abgeben. a) Die Vertretungsmacht wird durch Rechtsgeschäft (Vollmacht, § 167 II), durch Bestellung zum Organ mit Vertretungsmacht (im Recht der Gesellschaften und Körperschaften, dazu Vor § 164 Rn 14) oder durch Gesetz (Vor § 164 Rn 13) begründet. Sie muss im Zeitpunkt der Abgabe oder Entgegennahme der Willenserklärung vorliegen (§ 177 Rn 5).
- 17 b) Aufgrund der Vertretungsmacht **kann** der Vertreter rechtsgeschäftliche Wirkungen für und gegen den Vertretenen herbeiführen (Außenverhältnis). Entstehung, Fortbestand und Reichweite der Vertretungsmacht sind streng von den Beziehungen zw Vertreter und Vertretenem (Innenverhältnis) zu unterscheiden, das bestimmt, ob und wie er handeln **darf** (Abstraktionsprinzip; Vor § 164 Rn 6). Die Vertretungsmacht ist eine **Rechtsmacht**, jedoch kein subjektives Recht; sie ist **nicht selbständig abtretbar oder pfändbar** (s aber § 168 Rn 18), kann jedoch unter bestimmten Voraussetzungen im Wege der **Rechtsnachfolge** – etwa bei Umwandlung oder Verschmelzung von Unternehmen oder bei

der sog transmortalen Vollmacht – auf einen anderen übergehen (§ 168 Rn 10ff, 18). Die Rechtsmacht des Vertreters tritt zusätzlich neben die des Vertretenen; dieser bleibt also trotz Erteilung der Vollmacht selbst zum Abschluss entspr Geschäfte zuständig (§ 167 Rn 1).

c) Der **Umfang der Vertretungsmacht** richtet sich **bei gesetzlicher und organschaftlicher Vertretung** nach der jeweiligen gesetzlichen und/oder satzungsmäßigen Regelung, **bei gewillkürter Vertretung** nach dem Inhalt der Vollmacht. Näheres über Erteilung und Umfang der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht § 167 Rn 2ff, 8, 48ff. Bei Fehlen oder Überschreitung der Vertretungsmacht gelten §§ 177, 179, 180. Zum **Missbrauch** der Vertretungsmacht § 167 Rn 70ff. – Zur Beschränkung der Vertretungsmacht durch Vereinssatzung BGH NJW 1980, 2799; durch Gesellschaftsvertrag der GbR BGH NJW-RR 1996, 673; zur **Behördenvertretung** auch BVerwG NJW 1996, 608ff; BGH NJW 2001, 2626 (Gemeinde, nur mit Unterschrift des Bürgermeisters); BGH NJW 1999, 2597 (Gerichtsvollzieher); von **Versicherungsagenten** BVerwG NJW 1998, 3216; BGH VersR 1999, 565 m Anm Lorenz.

6. **Vertretungswille?** Die Stellvertretung erfordert **keinen inneren Vertretungswillen** (Larenz/Wolf AT § 46 Rn 98). Die objektiv in fremdem Namen mit Vertretungsmacht abgegebene Erklärung wirkt für und gegen den Vertretenen; ein abw innerer Wille kann – wie bei jeder Willenserklärung – allenfalls durch Anfechtung geltend gemacht werden (Rn 26). Hiervon zu unterscheiden ist der Fall, dass der Vertreter in fremdem Namen handelt, von seiner Vertretungsmacht aber erkennbar keinen Gebrauch machen will, dazu § 177 Rn 6.

## II. Folgen wirksamer Stellvertretung

1. Im **Verhältnis zw Vertretenem und Geschäftspartner** wirken die vom Vertreter (im Namen und mit Vertretungsmacht des Vertretenen) abgegebenen Willenserklärungen **unmittelbar und ausschließlich für und gegen den Vertretenen**. Rechte und Pflichten entstehen originär in der Person des Vertretenen; sie werden nicht vom Vertreter als „Durchgangsperson“ abgeleitet. Auch Gestaltungsrechte aus dem Vertretergeschäft stehen allein dem Vertretenen zu, zB Anfechtungs-, Rücktrittsrechte; ob der Vertreter den Vertretenen in der Ausübung solcher Gestaltungsrechte wirksam vertreten kann, hängt vom Umfang seiner Vertretungsmacht ab.

§ 164 I betrifft nur die **rechtsgeschäftlichen** Wirkungen des Vertreterhandelns. Dazu gehört auch die Begründung eines vorvertraglichen Vertrauensverhältnisses (dazu auch § 311 II); daraus kann sich eine Haftung des Vertretenen für den Vertreter aus *cic*/§ 311 II iVm § 278 oder § 831 ergeben (BGH 92, 164, 175; NJW 1974, 1505; NJW-RR 1998, 1342).

2. Das **Verhältnis zw Vertretenem und Vertreter** richtet sich nach dem der Vollmacht zugrundeliegenden Rechtsverhältnis (Vor § 164 Rn 4).

3. **Zw Vertreter und Geschäftsgegner** ergeben sich aus der Stellvertretung keine rechtsgeschäftlichen Wirkungen; diese beschränken sich ausschließlich auf das Rechtsverhältnis zw Vertretenem und Geschäftsgegner (Rn 20f). Das schließt jedoch eine **Eigenhaftung** des Vertreters nicht aus, sofern in dessen Person die entspr Voraussetzungen erfüllt sind. Das versteht sich für die Deliktshaftung des Vertreters (§§ 823ff; Bsp: BAG NZA 2006, 729 und NZA 2007, 693, Voraussetzungen in casu jeweils verneint) von selbst. Es kann aber auch zw Vertreter und Geschäftsgegner unter besonderen Umständen ein eigener Auskunfts- und Beratungsvertrag mit entspr Pflichten – idR freilich des Geschäftsherrn – geschlossen sein (dazu BGH 140, 111; NJW-RR 2006, 109 zu den eigenen Beratungspflichten des Anlagevermittlers BGH 158, 110, 116) ferner kann auch eine Vertreterhaftung aus *cic*/§ 311 III oder pFV in besonderen Ausnahmefällen in Betracht kommen, sofern ein eigenes Schutzverhältnis zw Vertreter und Geschäftspartner vorliegt, oder wenn der Vertreter dem Geschäftspartner ggü besonderes Vertrauen für sich in Anspruch genommen hat; näher § 311 Rn 47ff. Soweit sich das in Anspruch genommene Vertrauen auch auf die Vertragsdurchführung bezieht, kommt auch eine Haftung des Vertreters für Pflichtverletzungen nach Vertragsschluss in Betracht (BGH 70, 337, 344; Canaris VersR 1965, 114; Nirk, FS Hauß, 1978, 267).

4. Nach **Rechtsscheinsgrundsätzen** haftet, wer bei Vertretung einer GmbH oder GmbH & Co im Geschäftsverkehr **entgegen § 4 GmbHG** oder § 19 II HGB keinen die Haftungsbeschränkung kennzeichnenden Zusatz in der Firma verwendet und dadurch den Eindruck hervorruft, es hafte aus dem Geschäft mindestens eine nat Pers (BGH 64, 17; 71, 354; NJW 1981, 2569 – Geschäftsführer als Vertreter; NJW 1991, 2627 m Anm Canaris – anderer Vertreter; 1996, 2645 – VorGmbH; krit dazu Haas NJW 1997, 2854, 2855ff). Das gilt nicht für den mündlichen Geschäftsabschluss (BGH NJW 1981, 2569, 2570; Hamm NJW-RR 1998, 1253; s aber Naumburg NJW-RR 1997, 1324). Zu entspr Grundsätzen bei der Vertretung einer ausl Kapitalgesellschaft BGH NJW 2007, 1529; dazu Kindler NJW 2007, 1785 und Altmeppen ZIP 2007, 889; anders für die Haftung des Handelnden aus § 11 II GmbHG für eine nicht im Handelsregister eingetragene britische Limited: Hamm NJW-RR 2006, 1631. Die **Rechtsscheinshaftung trifft stets nur den für die Gesellschaft Auftretenden** ohne Rücksicht darauf, ob er als Organvertreter oder als rechtsgeschäftlicher Vertreter handelt und von wem er seine Vollmacht ableitet (BGH NJW 1996, 2645 m Anm Noack in LM § 164 Nr 79; NJW 2007, 1529, 1531, zust Kindler NJW 2007, 1785).

## III. Nicht erkennbarer Vertretungswille (§ 164 II)

1. **Bedeutung der Vorschrift.** Ob jemand als Vertreter für einen anderen handeln will, ist durch Auslegung zu ermitteln (oben Rn 6). Will der Vertreter in fremdem Namen handeln, ist dieser Wille aber nicht erkennbar, so gilt seine Willenserklärung mangels Offenlegung der Vertretung als Handeln im eigenen Namen (zum Geschäft für „den, den es angeht“ s aber Rn 14). Das ergibt sich bereits aus allg

**§ 164**

Allgemeiner Teil Rechtsgeschäfte

Grundsätzen. Die Bedeutung von § 164 II liegt in dem **Ausschluss der Anfechtung** (§ 119 I) wegen eines Mangels des Willens, im eigenen Namen zu handeln (BGH NJW-RR 1992, 1010, 1011; MüKo/Schramm Rn 62).

- 26 2. Abgrenzung.** Nicht von § 164 II erfasst ist der **umgekehrte Fall**, dass jemand im eigenen Namen handeln will, seine Erklärung aber als das Handeln für einen anderen aufzufassen ist. Für diesen Fall ist die Anfechtung nicht durch § 164 II ausgeschlossen (MüKo/Schramm Rn 65; Staud/Schilken Rn 21; aA Pal/Ellenberger Rn 16 aufgrund Überinterpretation von BGH 36, 30, 34 sowie Fikentscher AcP 154, 1, 16ff). – Wem das Recht zur Anfechtung zusteht, hängt von der Wirksamkeit der Stellvertretung ab: Lag das Geschäft innerhalb der Vertretungsmacht, hat nur der Vertretene das Anfechtungsrecht, das aber auch vom Vertreter ausgeübt werden kann, wenn es von seiner Vertretungsmacht umfasst ist; wirkt aber das Geschäft mangels Vertretungsmacht nicht für und gegen den Vertretenen, kann der Vertreter anfechten (str; wie hier MüKo/Schramm Rn 66; Staud/Schilken Rn 21; aM Soergel/Leptien Rn 12: Immer Anfechtungsrecht des Vertretenen; wieder anders Flume § 44 III: immer Anfechtungsrecht des Vertreters).

**B. Passive Stellvertretung (§ 164 III)**

- 27 1. Inhalt der Vorschrift.** Passive Vertretung liegt vor, wenn eine Willenserklärung an einen anderen als denjenigen abgegeben wird, dem ggü sie wirken soll. Auf sie finden die Regeln des § 164 I entspr Anwendung. Dh: Der passive Vertreter handelt nicht, es handelt der Erklärende ihm ggü aufgrund der – bestehenden oder angenommenen – Empfangszuständigkeit des Passivvertreters. Da dieser nicht handelt, kommt es auch auf seinen – inneren oder erkennbar gemachten – Vertretungswillen nicht an. Erforderlich ist aber, dass der Handelnde erkennbar eine Erklärung an den Vertretenen abgeben will (MüKo/Schramm Rn 133). Soweit Empfangsvertretungsmacht besteht, wirkt die Erklärung ohne weiteres wie bei Abgabe an den Vertretenen. Grds ist unter den allg Voraussetzungen passive Stellvertretung auch **ohne Vertretungsmacht** möglich (BGH NJW 1996, 1062; s § 177 Rn 2; § 180 S 3). Bei **Gesamtvertretung** genügt grds die Erklärung ggü einem Gesamtvertreter (hM; BGH 62, 166, 173; 149, 28, 31; s § 28 II, §§ 78 II S 1 AktG, 35 II S 3 GmbHG).
- 28 2. Abgrenzung.** Vom passiven Stellvertreter ist der **Empfangsbote** (§ 120 Rn 2) zu unterscheiden. Der passive Stellvertreter ist anders als der Bote selbst Adressat und Empfänger der Erklärung. Beim Boten ist die Erklärung zu dem Zeitpunkt zugegangen, zu dem nach dem regelmäßigen Lauf der Dinge damit zu rechnen ist, dass der Empfangsbote die Erklärung an den Empfänger weitergibt, während es beim passiven Vertreter ausschließlich auf den Zugang bei diesem selbst ankommt (Soergel/Leptien Rn 37). Für den „Empfängerhorizont“ kommt es beim Boten auf das Verständnis des Geschäftsherrn, beim passiven Stellvertreter hingegen auf dessen Sicht an (Larenz/Wolf AT § 46 Rn 41f); dasselbe gilt für Wissen und Wissenmüssen.
- 29 C. Die Beweislast** hat, wer für sich selbst oder den Gegner wirksame Stellvertretung geltend macht (vgl BGH NJW 1986, 1675; s auch BGH NJW-RR 1992, 1010); Zweifel gehen zu seinen Lasten. Das gilt für das Handeln in fremdem Namen, für die Person des Vertretenen und für die Vertretungsmacht (BGH NJW 1975, 775; 1986, 1675; 1991, 2958; NJW-RR 1992, 1010). Gleiches gilt, wenn str ist, ob der Handelnde eine Zahlung in fremdem Namen angenommen hat (Frankfurt NJW-RR 1988, 108). Die Voraussetzungen eines unternehmensbezogenen Geschäfts (Rn 7) muss beweisen, wer daraus für sich Rechtsfolgen ableitet (BGH NJW 1986, 1675; 1995, 43; 2000, 2984, 2985). Zur Wirkung der Streitverkündung, wenn im Vorprozess die Klage mangels Beweises einer Vertretung abgewiesen wurde BGH 85, 252. Wenn unstr oder erwiesen ist, dass sich das Geschäft auf ein Unternehmen/eine Organisation bezieht, wird – widerlegbar – vermutet, dass namens des Unternehmens/der Organisation gehandelt worden ist (BGH NJW 1984, 1347f; 1986, 1675). Zur Beweislast bei einer Klage gegen den Vertreter ohne Vertretungsmacht § 179 Rn 28f.

**165** *Beschränkt geschäftsfähiger Vertreter*

**Die Wirksamkeit einer von oder gegenüber einem Vertreter abgegebenen Willenserklärung wird nicht dadurch beeinträchtigt, dass der Vertreter in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist.**

- 1 1. Bedeutung.** Nach § 165 kann auch eine **beschränkt geschäftsfähige Person Vertreter** iSv §§ 164ff sein. Hat der Vertreter Vertretungsmacht so treten die Wirkungen seines Handelns nur in der Person des Vertretenen (§ 164 I S 1) und nicht in der Person des Vertreters ein (§ 164 Rn 20ff; s aber § 311 Rn 47ff). Hat ein beschränkt geschäftsfähiger Vertreter keine Vertretungsmacht, so ist seine Haftung aus § 179 grds ausgeschlossen (§ 179 III S 2). Deshalb können dem beschränkt geschäftsfähigen Vertreter aus der Vertretung keine rechtlichen Nachteile erwachsen. Seinem Schutzbedürfnis ist damit genügt. Auf **Geschäftsunfähigkeit** ist die Bestimmung nicht anwendbar (Rn 5). Allg zu § 165 Chiusi Jura 2005, 532.
- 2 2. Anwendungsbereich.** a) Hauptanwendungsfall ist die **gewillkürte Stellvertretung**. Die Bevollmächtigung (§ 167) ist einseitiges Rechtsgeschäft (§ 167 Rn 2); sie bedarf daher nicht der Mitwirkung des Bevollmächtigten und, wenn dieser beschränkt geschäftsfähig ist, auch nicht seines gesetzlichen Vertreters. Das gilt wegen der Abstraktheit der Vollmacht (Vor § 164 Rn 6) auch, wenn das zugrunde liegende Rechtsverhältnis (zB Auftrag, Dienstvertrag) nach §§ 107ff wegen der beschränkten Geschäftsfähigkeit schwebend unwirksam oder wegen Verweigerung der Genehmigung endgültig unwirksam ist. – Wenn der Vollmachtgeber die beschränkte Geschäftsfähigkeit des Bevollmächtigten nicht kannte, kommt eine Anfechtung der Bevollmächtigung wegen Irrtums über eine verkehrs-

ten, ob vom Ansatz der Vollharmonisierung zugunsten einer auf bestimmte Bereiche zielenden Harmonisierung Abstand genommen werden wird. Auch wenn danach der Inhalt der zu erwartenden Verbraucherrechte noch nicht im Detail absehbar ist, sollen doch jeweils zum Schluss der Kommentierung auf der Grundlage des Kommissionsvorschlags die wesentlichen Auswirkungen auf die nationale Regelung betrachtet werden. Der aktuelle Stand des gemeinschaftlichen Gesetzgebungsprozesses ist unter [www.ec.europa.eu/prelex](http://www.ec.europa.eu/prelex) abrufbar.

**VIII. Gesetzssystematik.** 1. Die **allg Vorschriften** zum Widerrufs- und Rückgaberecht finden sich in §§ 355ff. Dort sind Widerrufsfristen, Belehrungserfordernisse sowie Bestimmungen über verbundene (finanzierte) Geschäfte und zu den Rechtsfolgen des Widerrufs geregelt. Auf diese Vorschriften wird in den Spezialvorschriften zu Haustürgeschäften und Fernabsatzverträgen der §§ 312–312h verwiesen, wobei mit Blick auf die besondere Lage teilw inhaltliche Modifikationen der Fristen und Belehrungserfordernisse erfolgen (bspw § 312 II).

2. §§ 312 und 312a betreffen Haustürgeschäfte, §§ 312b–312f Fernabsatzverträge, § 312g Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr und § 312h nach den vorangegangenen Vorschriften begründete Dauerschuldverhältnisse. Hier finden sich die **Definitionen** der Haustürgeschäfte, Fernabsatzverträge und der Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr und sind die jeweiligen Ausnahmen des **Anwendungsbereichs** sowie die besonderen Rechte und Pflichten geregelt.

3. Die bei Fernabsatzverträgen und bei Verträgen im elektronischen Geschäftsverkehr vom Unternehmer zu beachtenden **Informationspflichten** finden sich in Art 246 §§ 1 und 2 (s Anh § 312c) bzw § 3 (s Anh § 312g) EGBGB.

4. Das **Umgehungsverbot** ist einheitlich in § 312i geregelt.

5. Allg **Überleitungsvorschriften** finden sich in Art 229 § 5 und § 9 sowie § 11 EGBGB (zu deren Verhältnis und der Anwendbarkeit des § 312 in „Altfällen“ BGH NJW 2006, 3349).

**IX. Internationales Privatrecht.** Hins des internationalen Anwendungsbereichs der Regelungen über die besonderen Vertriebsformen ist auf Art 3–6 der Rom I-VO zu verweisen.

## 312 *Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften*

(1) Bei einem Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher, der eine entgeltliche Leistung zum Gegenstand hat und zu dessen Abschluss der Verbraucher

1. durch mündliche Verhandlungen an seinem Arbeitsplatz oder im Bereich einer Privatwohnung,
2. anlässlich einer vom Unternehmer oder von einem Dritten zumindest auch im Interesse des Unternehmers durchgeführten Freizeitveranstaltung oder
3. im Anschluss an ein überraschendes Ansprechen in Verkehrsmitteln oder im Bereich öffentlich zugänglicher Verkehrsflächen

bestimmt worden ist (Haustürgeschäft), steht dem Verbraucher ein Widerrufsrecht gemäß § 355 zu. Dem Verbraucher kann anstelle des Widerrufsrechts ein Rückgaberecht nach § 356 eingeräumt werden, wenn zwischen dem Verbraucher und dem Unternehmer im Zusammenhang mit diesem oder einem späteren Geschäft auch eine ständige Verbindung aufrechterhalten werden soll.

(2) Der Unternehmer ist verpflichtet, den Verbraucher gemäß § 360 über sein Widerrufs- oder Rückgaberecht zu belehren. Die Belehrung muss auf die Rechtsfolgen des § 357 Abs. 1 und 3 hinweisen. Der Hinweis ist nicht erforderlich, soweit diese Rechtsfolgen tatsächlich nicht eintreten können.

(3) Das Widerrufs- oder Rückgaberecht besteht unbeschadet anderer Vorschriften nicht bei Versicherungsverträgen oder wenn

1. im Falle von Absatz 1 Nr. 1 die mündlichen Verhandlungen, auf denen der Abschluss des Vertrags beruht, auf vorhergehende Bestellung des Verbrauchers geführt worden sind oder
2. die Leistung bei Abschluss der Verhandlungen sofort erbracht und bezahlt wird und das Entgelt 40 Euro nicht übersteigt oder
3. die Willenserklärung des Verbrauchers von einem Notar beurkundet worden ist.

### I. Einleitung

1. Ursprung . . . . . 1
2. Zweck der Vorschrift . . . . . 2

### II. Anwendungsbereich, Abs I . . . . . 3

1. Verbraucher-Unternehmer-Vertrag . . . . . 4
  - a) Mehrere Personen als Gesamtschuldner . . . . . 6
  - b) Angemessene Deckung des Lebensbedarfs . . . . . 7
  - c) Auf Seiten des Verbrauchers wird Vertreter tätig . . . . . 8
    - aa) Echte Stellvertretung . . . . . 9
    - bb) Unechte Stellvertretung . . . . . 11
      - (1) Genehmigung . . . . . 12
      - (2) Fehlende oder noch nicht erteilte Genehmigung . . . . . 13
2. Vertrag über „entgeltliche Leistung“ . . . . . 17
  - a) Miete von Immobilien . . . . . 21
  - b) Beitritt zu Verein oder Gesellschaft . . . . . 22
  - c) Bürgschaft . . . . . 26
  - d) Sonstige Sicherungsgeschäfte . . . . . 30
  - e) Arbeitsvertrag . . . . . 31

3. Zum Abschluss des Vertrags „bestimmt“ . . . . . 32
4. Situative Anwendungsvoraussetzungen . . . . . 34
  - a) Nr 1 – mündliche Verhandlungen an Arbeitsplatz oder Privatwohnung
    - aa) Schutzzweck . . . . . 36
    - bb) Verhandlungsgehilfe . . . . . 37
    - cc) Arbeitsplatz . . . . . 40
    - dd) Privatwohnung . . . . . 41
    - ee) Teleshopping . . . . . 43
  - b) Nr 2 – Freizeitveranstaltung
    - aa) Schutzzweck . . . . . 44
    - bb) „Anlässlich“ . . . . . 45
    - cc) Freizeitveranstaltung . . . . . 46
    - dd) Abgrenzung gegenüber anderen Verkaufsveranstaltungen . . . . . 49
    - ee) Verkaufsfahrten . . . . . 53
    - ff) Dritter als Veranstalter . . . . . 56
  - c) Nr 3 – Verkehrsmittel oder öffentliche Verkehrsflächen
    - aa) Schutzzweck . . . . . 57

## § 312

## Recht der Schuldverhältnisse Schuldverhältnisse aus Verträgen

bb) Überraschendes Ansprechen . . . . .	58	e) Vorhergehende Bestellung durch schlüssi-	
cc) Verkehrsmittel/öffentlich zugängliche		ges Verhalten . . . . .	79
Verkehrsflächen . . . . .	59	f) „Informationsbesuch“; „unverbindliche	
dd) Zeitlicher Zusammenhang . . . . .	60	Beratung“; Aufforderung zur Abgabe	
5. Beweislast . . . . .	61	eines Angebots . . . . .	81
6. Rechtsfolge . . . . .	62	g) Konkretisierung des Gegenstandes der	
<b>III. Besondere Belehrungserfordernisse, Abs II</b> . . . . .	65	Verhandlungen nach Art, Beschaffenheit	
<b>IV. Ausnahmen, Abs III</b> . . . . .	66	und Umfang der anzubietenden Waren	
1. Abs III Hs 1 – Versicherungsverträge . . . . .	67	oder Leistungen . . . . .	83
2. Abs III Hs 2 Nr 1 – Vorhergehende Bestellung		3. Abs III Hs 2 Nr 2 – Leistung sofort erbracht	
a) Mündliche Verhandlungen aufgrund vor-		und höchstens 40 Euro Entgelt . . . . .	88
heriger Bestellung des Verbrauchers . . . . .	69	4. Abs III Hs 2 Nr 3 – Notarielle Beurkundung	
b) Begriff der „vorhergehenden Bestellung“;		der Willenserklärung des Verbrauchers . . . . .	90
erschlichene oder provozierte Bestellung . . . . .	73	<b>V. Beweislast</b> . . . . .	92
c) Unwirksamkeit vorheriger Bestellung bei		<b>VI. Europäische Vorgaben</b> . . . . .	93
unverlangtem Telefonanruf . . . . .	76		
d) Vorhergehende Bestellung aufgrund von			
Werbung in der Presse . . . . .	78		

**Schrifttum:** S Schrifttum vor §§ 312–312i und die Angaben vor §§ 355–360.

### I. Einleitung

- 1 1. Die Norm hat ihren **Ursprung** in der Umsetzung der **RL 85/577/EWG** über Haustürgeschäfte (ABl EG v 31.12.1985 Nr L 372/31). Der frühere § 1 HausTWG hat durch die Integration in das BGB mit dem Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts (v 29.11.2001, BGBl I 2001, 3138) inhaltlich kaum Änderungen erfahren. Dementsprechend sind Definitionen, Auslegungsmaximen und Entscheidungen zum HausTWG bei der Ermittlung des Gehalts der Norm fast vollständig zu berücksichtigen. Der Eingangssatz des **Abs I** wurde lediglich präziser gefasst und um die Legaldefinition der Haustürgeschäfte ergänzt. Zugleich wurde in Abs I S 1 Nr 2 der Begriff der „anderen Vertragspartei“ durch „Unternehmer“ ersetzt. Dies entspricht der Terminologie für die Regelungen von Verbraucherverträgen, die einheitlich von „Verbraucher“ und „Unternehmer“ als den Vertragsparteien sprechen und an §§ 13 und 14 anknüpfen. **Abs II** wurde durch das VerbrKrRL-UG v 29.7.2009 (BGBl I 2355; s dazu Vor §§ 312–312i Rn 13) neu gefasst. Neben der Erstreckung der Hinweispflicht auf die Rechtsfolgen des § 357 I und III ist in Abs II S 1 nunmehr insb die Rechtspflicht zur ordnungsmäßigen Belehrung entspr der neuen Vorschrift des § 360 statuiert. In **Abs III** Hs 1 findet sich eine Ausnahme für Versicherungsverträge und in Abs III Nr 1–3 werden weitere Ausnahmen vom Anwendungsbereich genannt.
- 2 2. **Zweck der Vorschrift.** Der Verbraucher soll durch Einräumung einer nachträglichen Bedenkzeit gegen **Überrumpelung bei Haustür- und ähnlichen Geschäften geschützt** werden; die Vorschrift dient damit der **rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit** (BGH NJW 2010, 2868, 2969; 2006, 845, 846; 2004, 1376f; BAG NJW 2004, 2401, 2405). In den in § 312 I S 1 genannten Fällen der Vertragsanbahnung unterliegt der Verbraucher in erhöhtem Maße der Gefahr, unter Ausnutzung des Überraschungseffektes oder einer besonderen psychologischen Situation zu einem an sich nicht gewünschten Vertragsschluss veranlasst zu werden. § 312 stellt als Schutznorm der schwächeren Vertragspartei zwingendes Recht dar, wie sich eindeutig für alle Normen dieses Abschnitts aus § 312i ergibt (s § 312i Rn 2).

### II. Anwendungsbereich, Abs I

- 3 Die Vorschrift hindert nicht das wirksame Zustandekommen eines Vertrags, sondern **gewährt** dem Verbraucher bei Vorliegen der Voraussetzungen eines Haustürgeschäfts in § 312 I S 1 ein **Widerrufsrecht nach § 355** bzw in § 312 I S 2 ein **Rückgaberecht nach § 356**. Im Tatbestand des Haustürgeschäfts nach Abs I werden persönliche (Unternehmer-/Verbrauchereigenschaft, Rn 4), sachliche (entgeltliche Leistung, Rn 17) und situative Anwendungsvoraussetzungen (Lebenssituation, in der sich der Verbraucher nach Abs I S 1 Nr 1–3 bei Vertragsschluss befindet, Rn 34) kumuliert.
- 4 1. **Verbraucher-Unternehmer-Vertrag.** Erste Voraussetzung für das Vorliegen eines Haustürgeschäfts und damit eines Widerrufsrecht des Verbrauchers ist die persönliche Anwendbarkeit der Norm. Diese knüpft an die **Verbraucher-/Unternehmereigenschaft** der §§ 13, 14 an (vgl im Einz dort). Dabei kann der Verbraucher auch Anbieter der Leistung sein (MüKo/Masuch Rn 28). Verträge, die zw Unternehmern geschlossen werden, fallen ebenso wie solche zw Verbrauchern nicht in den Anwendungsbereich der Vorschrift.
- 5 Problematisch sind die Fälle, in denen der Vertragsgegenstand sowohl der privaten wie auch der beruflichen Nutzung dient (bspw das Kraftfahrzeug eines Freiberuflers); hier ist auf die **überwiegende Zweckbestimmung** abzustellen (§ 13 Rn 17). Darüber hinaus ist im Rahmen von Haustürgeschäften auf Besonderheiten und Abgrenzungsfragen hins persönlicher Anwendung bzw Verbrauchereigenschaft hinzuweisen, die mit Blick auf den Zweck der Norm zu beantworten sind, namentlich bei Gesamtschuldnern, Ehegatten und Vertretern:
- 6 a) Geben **mehrere Personen als Gesamtschuldner** auf den Abschluss eines Haustürgeschäfts gerichtete Willenserklärungen ab, kann jeder Einzelne seine Willenserklärung widerrufen. Übt einer von ihnen das Widerrufsrecht aus, wird in entspr Anwendung des § 139 anzunehmen sein, dass das Ge-

schäft nicht wirksam zustande kommt, es sei denn, die anderen Verbraucher hätten den Vertrag auch ohne Beteiligung desjenigen, der seine Willenserklärung widerrufen hat, abgeschlossen.

b) Eine dem Regelungsbereich des § 312 I unterliegende Vertragserklärung eines Verbrauchers, die der **angemessenen Deckung des Lebensbedarfs** der Familie dient, verpflichtet gem § 1357 auch den anderen Ehegatten. Hins der Anwendungsvoraussetzungen ist auf den handelnden Ehepartner abzustellen; wegen der Mitverpflichtung sind grds beide Ehegatten zu belehren. Jeder von ihnen kann das Widerrufsrecht ausüben (Staud/Thüsing Rn 52). Widerruft ein Ehegatte, ist das gesamte Rechtsgeschäft unwirksam (Staud/Thüsing Rn 52 aE; Cebulla/Pützhoven FamRZ 1996, 1124; aA Fischer/Machunsky § 1 HausTWG Rn 67, der die Wirkung des Widerrufs auf die den einzelnen Ehegatten selbst treffende Haftung beschränken will).

c) Wird bei einem Vertragsschluss auf **Seiten des Verbrauchers ein Vertreter** tätig, ist wegen der unterschiedlichen vertraglichen Bindung (echte/unechte Stellvertretung) nach der von einer Widerrufsmöglichkeit begünstigten Person zu unterscheiden. Von vornherein **alleinig widerrufsberechtigt** kann nur **die Person** sein, die auch **tatsächlich verpflichtet** ist (Staud/Thüsing Rn 40). Allerdings ist immer zu bedenken, ob nicht die Vertretungsmacht auch die Ausübung des Widerrufsrechts des Vertretenen beinhaltet (für eine generelle Erstreckung der Vollmacht auf die Ausübung des Widerrufs Fischer/Machunsky § 1 HausTWG Rn 64; näher dazu Staud/Thüsing Rn 41). Die Gewährung eines Widerrufs hängt zudem davon ab, in wessen Person jeweils die **situativen** und **persönlichen** Voraussetzungen vorliegen müssen:

aa) Wurde das Geschäft für den Geschäftsherrn von Anfang an **wirksam** abgeschlossen (echte Stellvertretung), ist hins der **persönlichen Voraussetzungen** auf den **Vertretenen** abzustellen. Das Widerrufsrecht steht ihm nur zu, wenn er selbst zu dem durch das Gesetz geschützten Personenkreis gehört, also Verbraucher ist (i Erg ebenso Staud/Thüsing Rn 40). Der Geschäftsherr ist trotz der Zurechnungsnorm des § 166 bei einer Verpflichtung durch einen Vertreter nicht minder schutzwürdig als bei eigener Geschäftsvornahme (näher zu den personenbezogenen Voraussetzungen § 13 Rn 11). Handelt es sich bei dem Geschäftsherrn um einen Verbraucher, ist der persönliche Anwendungsbereich auch unabhängig von einer evtl Unternehmereigenschaft des Vertreters eröffnet (aA Pal/Grüneberg Rn 5 aE; Masuch BB 2003 Beil 6 S 16, 19f). Wird das Geschäft dagegen für Zwecke einer selbständigen Erwerbstätigkeit des Vertretenen abgeschlossen, steht dem Vertretenen das Widerrufsrecht nicht zu (Fischer/Machunsky § 1 HausTWG Rn 63; Teske BB 1988, 869, 870; aA wohl Staud/Thüsing Rn 38). Hätte er das Geschäft selbst vorgenommen, stünde ihm ein Widerrufsrecht nach § 312 ohnehin nicht zu; die Einschaltung eines Vertreters darf ihn nicht privilegieren.

Hins der **situativen Voraussetzungen** eines Haustürgeschäfts ist bei der echten Stellvertretung dagegen nicht auf den Vertretenen bei der Vollmachtserteilung, sondern auf den **Vertreter** bei Abschluss des Geschäfts abzustellen (BGH 144, 223 = NJW 2000, 2268, 2270; 2004, 154, 155; 2005, 664, 668; 2006, 2118, 2118f; Edelmann/Mackenroth DB 2007, 730; Pal/Grüneberg Rn 5; MüKo/Masuch Rn 35). Verbleibt dem Vertreter jedoch aufgrund bestimmter Weisungen des Vertretenen kein eigener Entscheidungsspielraum, wird in Anwendung des Rechtsgedankens des § 166 II ausnahmsweise dennoch auf den Vertretenen abzustellen sein (so wohl BGH NJW 2000, 2268, 2269; Pal/Grüneberg Rn 5; BaRo/Ann Rn 6). § 312 will nach seinem **Sinn und Zweck** durch eine Betonung der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit vor wirtschaftlich ungewollten Dispositionen aufgrund mangelhafter Willensbildung bei Geschäftsabschluss schützen. Geschützt werden soll der, der sich in den besonderen Verhandlungssituationen der Abs I S 1 Nr 1–3 befindet und für den deshalb die Gefahr besteht, Opfer einer unzulässigen oder unangemessenen Einflussnahme zu werden (BGH NJW 2000, 2268, 2269). Bei der echten Stellvertretung wird aber einzig der Vertretene verpflichtet. Wegen seiner „Opferrolle“ ist auch nur er allein schützenswert. In der Vertreterkonstellation besteht also ein Auseinanderfallen von tatsächlich „Überrumpeltem“ (Stellvertreter) und dadurch möglicherweise wirtschaftlich nachteilig Betroffenen (vertretenem Geschäftsherrn). Da der Vertretene von den Rechtsfolgen des Geschäfts getroffen wird, welches der Vertreter unter Einfluss der Haustürsituation eingegangen ist, muss zur Verwirklichung eines effektiven Verbraucherschutzes hins der Situation auf den Vertreter abgestellt werden (Fischer/Machunsky § 1 HausTWG Rn 65; Soergel/Wolf § 1 HausTWG Rn 4). Andernfalls würde der Verbraucherschutz bei Vertretergeschäften entwertet. Aufgrund der Abgabe der Willenserklärung des berechtigten Vertreters entsteht die rechtsgeschäftliche Verpflichtung des Geschäftsherrn, weshalb sich in seiner Person die nachteiligen Folgen einer Überrumpelung des Vertreters voll auswirken. Quasi durch den Vertreter verspürt der Geschäftsherr diese Situation in seinen Rechtsfolgen mittelbar als eine eigene und bedarf in dieser Situation des Schutzes. Sofern also der Vertreter zur Abgabe in einer der Situationen des Abs I S 1 Nr 1–3 bestimmt worden ist, ist dies dem Geschäftsherrn wie eine eigene Überrumpelung zuzurechnen (BGH NJW-RR 1991, 1074). Dagegen wird der Vertrag aber nicht allein deshalb zu einem Haustürgeschäft, weil die Erteilung der Vollmacht in einer Haustürsituation erfolgte (BGH NJW 2000, 2268f; 2003, 1190, 1191; 2004, 154, 155).

bb) Hat ein Vertreter **ohne Vertretungsmacht** im Namen des Vertretenen den Vertrag geschlossen (unechte Stellvertretung), hängt nach § 177 I die Wirksamkeit des Vertrags und damit die rechtliche Verpflichtung für und gegen den Vertretenen von dessen Genehmigung ab (§ 177 Rn 12ff). Dementsprechend ist hins des Widerrufsrechts wiederum zu differenzieren. Genehmigt der Verbraucher den Vertrag des Vertreters ohne Vertretungsmacht, stellt sich die Frage einer Widerrufsmöglichkeit allein für ihn. Erfolgt keine Genehmigung, stellt sich allein die Frage nach einer Widerrufsmöglichkeit für den Vertreter.

(1) Im Fall einer **Genehmigung** durch den „Vertretenen“ kommt eine vertragliche Bindung über § 177 I zustande. Persönliche Voraussetzung für das Widerrufsrecht ist, dass der Genehmigende Ver-

## § 312

## Recht der Schuldverhältnisse Schuldverhältnisse aus Verträgen

braucher ist, denn der Umweg über die Konstruktion der Stellvertretung darf den Geschäftsherrn nicht privilegieren (Rn 9). Hins der situativen Voraussetzungen ist wiederum auf den Vertreter abzustellen (Rn 10).

- 13 (2) Schwieriger gestaltet sich die Lage bei **fehlender oder noch nicht erteilter Genehmigung**. Unklarheit herrscht darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen ein **vollmachtloser Vertreter**, der über § 179 I einer eigenen Bindung ausgesetzt ist, seine im Namen des Vertretenen abgegebene Willenserklärung **als Verbraucher** widerrufen und sich so „entlasten“ kann. Dabei besteht Einigkeit darüber, dass eine Widerrufsmöglichkeit **nicht** deswegen **scheitert**, weil es dem Vertreter nicht um die Auflösung vertraglicher Bindungen, sondern allein um die Abwendung der **gesetzlichen Garantiehaftung aus § 179 I** geht, es also streng genommen an einer widerruflichen Willenserklärung fehlt (BGH 73, 266, 269; NJW 1970, 240 mwN; MüKo/Schramm § 179 Rn 1). Dies ergibt sich aus einer Parallele zu der anerkannten Möglichkeit der Anfechtung des Vertretergeschäftes aufgrund von Willensmängeln des vollmachtlosen Vertreters (BGH WM 1991, 860, 861; im Einz ebenso AG Reutlingen NJW-RR 1988, 826, 827). Kann er anfechten, so ist kein Grund ersichtlich, ihm nicht auch ein Widerrufsrecht zuzugestehen (i Erg ebenso Staud/Thüsing Rn 43).
- 14 Hins des Erfordernisses der Haustürsituation gilt das oben Gesagte (Rn 10); es ist **situativ** auf den Vertreter als tatsächlich Beeinflussten abzustellen.
- 15 Problematisch ist vor allem, in wessen Person die **persönliche Voraussetzung der Verbrauchereigenschaft** vorliegen muss. Hierbei sind die Konstellationen der vorhandenen und der fehlenden Verbrauchereigenschaft des „Vertretenen“ auseinander zu halten. Widerrufsberechtigt ist, wer unter den in Abs I S 1 Nr 1–3 genannten Voraussetzungen als Verbraucher eine auf den Abschluss eines Haustürgeschäfts gerichtete Willenserklärung abgibt. Entscheidend ist, wer aufgrund der Haustürsituation des situativen Übereilungsschutzes bedarf, da ihn die nachteiligen Folgen des Geschäfts treffen. Im Fall des falsus procurator ist zusätzlich zu beachten, dass der Vertragspartner mit einer hinter dem Vertreter stehenden Person kontrahieren wollte. Daraus ergibt sich zunächst, dass, wer eine Willenserklärung als vollmachtloser Vertreter abgibt, jedenfalls dann selbst widerrufen kann, wenn **das Geschäft für den „Vertretenen“ ein Verbrauchergeschäft** gewesen wäre. Zum einen erscheint der Vertragspartner hier nicht schutzbedürftig, da er von einem Vertragsschluss mit einem Verbraucher ausgegangen ist und damit mit einem Widerrufsrecht gerechnet hat oder rechnen musste. Zum anderen gilt der Grundsatz, dass die Haftung aus § 179 so weit reicht wie die des Geschäftsherrn. Der Vertreter muss also Einwendungen und Einreden des Geschäftsherrn geltend machen können – Gleiches muss auch für das Widerrufsrecht gelten (so i Erg auch Fischer/Machunsky § 1 HausTWG Rn 65).
- 16 Zweifelhaft ist aber, ob der vollmachtlose Vertreter auch zum Widerruf berechtigt ist, **wenn der Vertrag für den Vertretenen kein Verbrauchergeschäft** gewesen wäre. Entgegen der Auffassung des BGH (zu § 6 Nr 1 HausTWG, WM 1991, 860 = EWiR 1991, 593 m Anm Teske; s auch AG Hamburg BB 1988, 869 m Anm Teske, der zw den situationsbedingten Voraussetzungen des Widerrufsrechts einerseits und dem personellen Anwendungsbereich nach § 6 HausTWG andererseits unterscheidet) wird auch in einem solchen Fall nicht auf die Person des Vertretenen, der die Genehmigung des Vertrags verweigert, sondern allein auf die Person des vollmachtlosen Vertreters abzustellen sein. Die Tatbestandsvoraussetzung der Verbrauchereigenschaft beruht auf der Erwägung, dass eine **Person, die ein Haustürgeschäft in Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit abschließt, nicht schutzbedürftig** ist, weil „bei diesem Personenkreis davon ausgegangen werden kann, dass er im Rahmen seiner Erwerbstätigkeit auch der besonderen Lage bei Haustürgeschäften hinreichend gewachsen ist und sich ggf gegen unerwünschte Vertragsabschlüsse selbst wehren kann“ (Gesetzesbegründung zu § 6 Nr 1 HausTWG BT-Drucks 10/2876, 10). An dieser Wehrfähigkeit des „Verpflichteten“ fehlt es jedoch beim Abschluss eines Vertrags durch einen vollmachtlosen Vertreter, wenn dieser nicht in Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit handelt (ebenso AG Reutlingen NJW-RR 1988, 826). Es liefe dem Schutzzweck der Norm zuwider, wenn dem vollmachtlosen Vertreter, obwohl er zu dem geschützten Personenkreis (Verbraucher) gehört, die Ausübung des Widerrufsrechts verwehrt wäre, weil der Vertretene diesem Personenkreis nicht angehört. Nur im Fall der Genehmigung durch den Vertretenen soll dieser nach dem Recht der Stellvertretung für die Beziehung relevant werden. Sofern eine Genehmigung nicht erfolgt, bleibt der „Vertretene“ außen vor (Staud/Thüsing Rn 48), andernfalls würde der Vertreter ohne Vertretungsmacht schlechter gestellt als von § 179 beabsichtigt. § 179 soll aber nicht die Verbraucherschutzbestimmungen aushöhlen. Gerade bei einem „Haustürgeschäft“ besteht typischerweise das Risiko, dass der Vertreter aufgrund des Überraschungs- und Überrumpelungseffektes seine Vollmacht überschreitet (Fischer/Machunsky § 1 HausTWG Rn 66), wohingegen der Vertragspartner sehr wohl um die Haustürsituation weiß und aufgrund des Offenlegungsprinzips zumindest Kenntnis von der fehlenden Unternehmereigenschaft haben wird. Der Grundsatz, dass eine in der Person des vollmachtlosen Vertreters begründete besondere Schutzbedürftigkeit bei Anwendung des § 179 zu berücksichtigen ist, findet sich iÜ auch in § 179 III S 2. Hier nach haftet der vollmachtlose Vertreter dem anderen Teil nicht, wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt war. Diese Wertung ist auch auf Vertreter anzuwenden.
- 17 **2. Vertrag über „entgeltliche Leistung“.** Die Anwendbarkeit der Bestimmung setzt weiter voraus, dass die Willenserklärung des Verbrauchers auf den Abschluss eines Vertrags über eine **entgeltliche Leistung** gerichtet ist, dh der von der anderen Vertragspartei zu erbringenden Leistung muss eine Verpflichtung auch des Verbrauchers gegenüberstehen (Staud/Thüsing Rn 15f). Dabei kann die Willenserklärung ein Angebot oder eine Annahmeerklärung darstellen (denkbar ist etwa der Antiquitätenankauf an der Haustür; vgl BT-Drucks 10/2876, 1; MüKo/Masuch Rn 24; Fischer/Machunsky § 1

HausTWG Rn 13). Auch die Struktur des Vertrags (etwa die Gestaltung als Dauerschuldverhältnis) ist nicht von Belang. Entgeltlichkeit setzt nicht voraus, dass einander gegenüberstehende Leistungen in einem gegenseitigen Vertrag versprochen werden (Wassermann JuS 1990, 548f; Schanbacher NJW 1991, 3263, 3264; Staud/Thüsing Rn 16). Es genügt, dass die von einer Vertragspartei übernommene Verpflichtung an die Bedingung einer Gegenleistung geknüpft ist („**kausale Verknüpfung**“); das Entgelt kann auch darin bestehen, dass die andere Vertragspartei eine Leistung an einen Dritten zu erbringen hat (BGH NJW 2003, 1190, 1191; Pal/Grüneberg Rn 7). Auf die Gleichwertigkeit der versprochenen Leistungen kommt es ebenso wenig an, wie auf die Bezeichnung des Entgelts durch die Parteien (MüKo/Masuch Rn 24; Pal/Grüneberg Rn 7).

Wegen der europarechtlichen Vorgabe, die den einschränkenden Begriff der „Entgeltlichkeit“ nicht kennt, bedarf es aber der **richtlinienkonformen Auslegung** (LG München ZIP 1994, 1191, 1192; Fischer/Machunsky § 1 HausTWG Rn 27). Demzufolge ist eine entgeltliche Leistung allein dann nicht gegeben, wenn der Verbraucher lediglich eine Leistung erhält, ohne dafür selbst irgendeine Leistungsverpflichtung einzugehen (BGH NJW 1993, 1594, 1595; 2003, 1190, 1191; Drygala NJW 1994, 3260, 3263; aA Wenzel NJW 1993, 2781, 2782). In diesen Konstellationen fehlt es auch an der Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers. Nicht erfasst ist damit etwa der (seltene) Fall einer Schenkung durch den Unternehmer in einer Haustürsituation (vgl auch MüKo/Masuch Rn 27).

**Gegenstand des Vertrags kann jede beliebige Leistung** sein (dazu Gilles NJW 1986, 1138f; Wassermann JuS 1990, 549; MüKo/Masuch Rn 24). Erfasst werden insb Kaufverträge, Dienstleistungsverträge („Beratervertrag“, München WM 1991, 523); Anlagevermittlungsverträge (BGH NJW 2003, 1190), Geschäftsbesorgungsverträge (BGH NJW 1995, 324), Darlehensverträge (BGH NJW 2002, 1881, sofern nicht § 491 II vorrangig ist, vgl § 312a Rn 6), der Beitritt zu einer Anlagegesellschaft (BGH NJW-RR 2005, 180), auch wenn der Beitritt durch einen Treuhänder erfolgt (BGH NJW 2001, 2718, 2719), Werk- und Werklieferungsverträge (LG Dresden VuR 1998, 310), Bauverträge über Immobilien (BGH NJW 2007, 1947, 1948), Maklerverträge (LG Hechingen, Urt v 14.2.2003 – 3 S 80/02) und Partnervermittlungsverträge (Hamburg WRP 1990, 353; Düsseldorf FamRZ 2008, 1252; 2009, 2124; VuR 1998, 349; Stuttgart VuR 1993, 320; AG Strausberg NJW 1998, 545; Mitgliedschaft in einem Single-Party-Club). Zu Miet- und Pachtverträgen über Immobilien s Rn 21. Auch **Änderungsverträge** und Vergleiche (BGH NJW-RR 2008, 643, 644) werden aufgrund des Schutzzwecks wegen der mitunter völlig gleichen Auswirkungen wie ein Neuabschluss für den Verbraucher erfasst (Koblenz NJW 1994, 1418; LG Münster NJW 2008, 2858; nachträgliche Vereinbarung über Nachbesserungsrecht; Fischer/Machunsky § 1 HausTWG Rn 32; aA LG Karlsruhe NJW-RR 1992, 973, 974), zu Änderungs- und Aufhebungsverträgen im Arbeitsrecht vgl aber Rn 31. Zu beachten sind aber stets die **Ausschlüsse** des Widerrufsrechts **aufgrund § 312a** sowie die **Ausnahmen des § 312 III** (s dazu Rn 66ff).

Über den Wortlaut der Norm hinaus, die lediglich von Verträgen spricht, wird man auch **einseitige Rechtsgeschäfte** wie etwa die Verzichtserklärung, die Abgabe eines Schuldanerkenntnisses oder die Vollmachtserteilung als von § 312 erfasst ansehen müssen (offengelassen BGH 144, 223 = NJW 2000, 2268; str, wie hier Staud/Thüsing Rn 18; MüKo/Masuch Rn 25; Hk/Schulte-Nölke Rn 6). Dies ergibt sich zum einen aus der Pflicht zur richtlinienkonformen Umsetzung unter Berücksichtigung des Erwägungsgrundes 1 der Präambel der RL (MüKo/Masuch Rn 25) als auch aus Schutzzweckgesichtspunkten (so wohl Staud/Thüsing Rn 18). Soweit der Verbraucher sich nur verpflichtet, ohne irgendetwas zu erlangen, ist er mangels Kompensation noch schutzbedürftiger. Auswirkungen hat dies vor allem bei der Bürgschaft (Rn 26) und darüber hinaus bei sonstigen einseitig den Verbraucher verpflichtenden sowie bei unvollkommen zweiseitigen Verträgen, und zwar auch, wenn die Übernahme der vom Verbraucher zu erbringenden Leistung unentgeltlich erfolgt (MüKo/Masuch Rn 25).

**Einzelpunkte** bei der Frage der entgeltlichen Leistung können insb bei Mietverträgen, beim Beitritt zu Publikumsgesellschaften und Vereinen, der Bürgschaft und sonstigen Sicherungsgeschäften sowie bei Arbeitsverträgen entstehen. a) Nach Art 3 II lit a der RL 85/577/EG gilt diese zwar nicht für Verträge über die **Miete von Immobilien**. Jedoch ist der nationale Gesetzgeber nicht gehindert, günstigere Verbraucherschutzbestimmungen auf dem Gebiet der RL zu erlassen (Art 8 der RL), insb die Bestimmungen der RL auf den Abschluss auch solcher Verträge auszudehnen, für die die RL nicht gilt (überschießende RLumsetzung). Nachdem die Rspr früher die Vorschriften des HausTWG auf Mieterhöhungsvereinbarungen nach § 10 MHG aF überwiegend nicht angewendet hatte (LG Hamburg WuM 1988, 169; LG Hannover WuM 1989, 189), wurde die Vereinbarung einer Mieterhöhung und einer Staffelmietzahlung bei Vorliegen einer „Haustürsituation“ später vom Anwendungsbereich des HausTWG umfasst (Koblenz NJW 1994, 1418; LG Wiesbaden WuM 1996, 698; LG Zweibrücken NJW-RR 1999, 808 = MDR 1999, 31; Staud/Thüsing Rn 26; Fischer/Machunsky § 1 HausTWG Rn 33; Martis MDR 1999, 198, 199). Dem ist auch unter der Geltung des § 312 zuzustimmen (MüKo/Masuch Rn 29), und zwar unabhängig davon, ob ein Wohn- oder Geschäftsraummietverhältnis vorliegt (LG Karlsruhe DWW 2003, 337). Dies gilt besonders, wenn es sich um den Neuabschluss eines Wohnungsmietvertrags oder um eine wegen der Fülle der Änderungen einem Neuabschluss gleichstehende Vereinbarung handelt (zum HausTWG LG Karlsruhe NJW-RR 1992, 973; LG Heidelberg WuM 1993, 397; AG Stuttgart WuM 1996, 467; Fischer/Machunsky § 1 HausTWG Rn 30; aA Drygala NJW 1994, 3260). Zum finanzierten Erwerb von Grundstücken s § 358 Rn 10ff.

**b) Beitritt zu Verein oder Gesellschaft.** Der Beitritt zu einem Verein wird nach der Begründung zum Entwurf des HausTWG (BT-Drucks 10/2876, 9) nicht generell, sondern nur „mit Hilfe des Umgebungsverbotes“ nach § 312i S 2 von § 312 I erfasst. Dieser Ansicht ist grds zu folgen, weil dies der Respekt vor dem gesetzgeberischen Willen gebietet. Richtig ist, dass nicht jede Beitrittserklärung – etwa der Beitritt zu einer politischen Partei, einer Gewerkschaft oder einer Gesellschaft oder Vereinigung,

## § 312

## Recht der Schuldverhältnisse Schuldverhältnisse aus Verträgen

die wissenschaftlichen, kulturellen, humanitären oder sonst sozialen Zwecken dient – als eine Willenserklärung anzusehen ist, die auf Abschluss eines Vertrags über eine entgeltliche Leistung gerichtet ist (Goller GewA 1986, 73f; aA Gilles NJW 1986, 1139, der Erklärungen über den Beitritt zu beitragspflichtigen Clubs, Vereinen, Parteien oder Gewerkschaften offenbar stets in den Anwendungsbereich des Gesetzes einbezogen sehen möchte).

- 23 Andererseits dient der Beitritt zu einem Verein vielfach ausschließlich oder überwiegend dem Zweck, dem Beitretenden die Möglichkeit zu eröffnen, bestimmte den „Vereins- oder Clubmitgliedern“ **vorbehaltene geldwerte Leistungen**, namentlich Waren oder Dienstleistungen, in Anspruch zu nehmen, ohne dass eine echte Vereinsmitgliedschaft angestrebt wird (zB Luftrettungsvereine, deren „Mitglieder“ einen Anspruch auf kostenlose medizinische Versorgung in Notfällen erlangen). In derartigen Fällen kann § 312 mitunter unmittelbar anwendbar sein (Gilles NJW 1986, 1139; Löwe BB 1986, 823; Wassermann JuS 1990, 724). Indiz für die Entgeltlichkeit des Beitritts kann etwa ein außerordentlich hoher Aufnahmebetrag sein (LG Stuttgart NJW-RR 1996, 1009, 1010). Zumindest liegt aber ein **Umgehungstatbestand iSd § 312i S 2** vor, wenn „die Vereinsmitgliedschaft durch vom Verein angebotene und aufgrund der Mitgliedsbeiträge finanzierte Leistungen geprägt“ wird (München NJW 1996, 263; LG Mannheim VuR 1998, 428; Teske ZIP 1986, 630; aA Karlsruhe VersR 1990, 1252 m zust Anm Bayer VersR 1990, 1253f und abl Anm Teske ZIP 1990, 1281; München ZIP 1991, 756 m abl Anm Teske ZIP 1991, 758; dazu auch Bayer EWiR 1991, 595f mit Hinw auf § 8 VVG). Denn auch dieser Umgehungstatbestand ist vom Gesetzgeber geschaffen worden und folglich seinem Zweck nach anzuwenden.
- 24 Grds ist § 312 auf den Beitritt zu einer **Gesellschaft** nicht anwendbar, da ein solcher Vertrag regelmäßig keine entgeltliche Leistung zum Gegenstand hat (Naumburg BKR 2006, 250, 251 zur Genossenschaft; dazu auch Wittenberg BB 2008, 1580; aA wohl Staud/Thüsing Rn 22). Ein Widerrufsrecht kommt aber insb beim finanzierten Gesellschaftsbeitritt nach Maßgabe des § 358 in Betracht (dazu § 358 Rn 5ff). Weiterhin ist der Gesellschaftsbeitritt nach § 312 auch ohne das Bestehen einer zugrunde liegenden Finanzierungsbeziehung widerruflich, wenn der Beitretende – wie im Fall der Beteiligung als stiller Gesellschafter (LG Rottweil NJW-RR 1989, 373) oder an einer der Vermögensanlage dienenden Publikumsgesellschaft (BGH NJW 2001, 2718; Rostock BB 2001, 904; Ulmer ZIP 2003, 1113) – seine Beiträge letztlich um der Gewinnerzielung willen leistet (BGH NJW 2001, 2718, 2719; NJW-RR 2005, 180, 181; 2005, 627); in diesem Fall ist der Beitrittsvertrag einem Vertrag über eine entgeltliche Leistung zumindest gleichzustellen (BGH 133, 254, 261f = NJW 1996, 3414; Armbrüster ZIP 2006, 406, 407ff). Der EuGH (NJW 2010, 1511; Vorlage des BGH ZIP 2008, 1018; dazu Kindler/Libbertz DStR 2008, 1335) hat dies ausdr für den Fall bestätigt, dass der Zweck vorrangig nicht darin besteht, Mitglied der Personengesellschaft (geschlossener Immobilienfonds) zu werden, sondern Kapital anzulegen (s auch von Weschpfennig BKR 2009, 99). Macht der Verbraucher in diesem Fall von seinem Widerrufsrecht Gebrauch, kann er nach den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft jedoch nur den Wert seines Anteils beanspruchen, den dieser zum Zeitpunkt des Widerrufs hat (so im Anschluss BGH NJW 2010, 3096; dazu Kindler/Libbertz NZG 2010, 603). Erhält der Verbraucher damit uU deutlicher weniger als den Wert seiner ursprünglichen Einlage zurück, widerspricht dies nicht den europäischen Vorgaben (EuGH NJW 2010, 1511 = DStR 2010, 878 m Anm Goette). Denn der Schutz von Gläubigern und Mitgesellschaftern genießt Vorrang vor den verbraucher-schützenden Regelungen. Ob die Norm auch im Fall der Beteiligung an einem „Bauherren- oder Erwerbmodell“ anwendbar ist, erscheint zweifelhaft, da bei solchen Objekten der Treuhandvertrag und die damit verbundene Bevollmächtigung des Treuhänders notariell beurkundet werden und damit jedenfalls die Ausnahme des § 312 III Nr 3 eingreift (dazu eingehend – auch hins der Rückabwicklung – Gallois BB 1990, 2062; umfassend zum Beitritt zu einer Genossenschaft Krohn/Schäfer WM 2000, 112ff und Wittenberg BB 2008, 1580ff).
- 25 Nach der Rspr war in Fällen, in denen das Darlehen der Finanzierung des Beitritts zu einer Abschreibungsgesellschaft diene und der Darlehensnehmer in erster Linie steuerliche Vergünstigungen anstrebe, die Anwendung der Vorschriften der § 134 iVm § 56 I Nr 6 GewO mangels Schutzbedürftigkeit des an solchen Geschäften beteiligten Personenkreises ausgeschlossen (BGH 93, 264; ZIP 1985, 667f; Hamm WM 1989, 1376, 1378ff; 1990, 426, 428f; gegen eine solche „an Klassenkampf gemahnde Unterscheidung“ nachdrücklich Koziol AcP 188 [1988], 183, 227). Diese Einschränkung gilt für die Anwendung des § 312 nicht.
- 26 **c) Bürgschaft.** In Rspr und Lit war die Widerruflichkeit von Bürgschaftserklärungen nach dem HausTWG heftig umstr; diese Diskussion setzt sich wegen einer fehlenden gesetzlichen Klarstellung auch nach Inkrafttreten des § 312 fort (abl etwa Vowinckel DB 2002, 1362, 1363). Die Widerruflichkeit wurde zunächst vom BGH abgelehnt, da eine Bürgschaft kein auf eine entgeltliche Leistung gerichteter Vertrag iSd § 1 I HausTWG sei (BGH 113, 207 = NJW 1991, 975 = EWiR 1991, 483 m Anm Gilles; NJW 1991, 2905 = EWiR 1991, 693 m Anm Medicus; ebenso Gottwald BB 1992, 1296; Wenzel NJW 1993, 2781; Klein DZWIR 1996, 230). Dagegen stellt nach aA die auf den Abschluss eines Bürgschaftsvertrags gerichtete Willenserklärung des Bürgen idR eine auf den Abschluss eines Vertrags über eine entgeltliche Leistung gerichtete Willenserklärung dar (Schanbacher NJW 1991, 3263, 3263; Pfeiffer ZBB 1992, 1ff; Probst JR 1992, 133; 1992, 197; Bydlinski WM 1992, 1301; Klingsporn WM 1993, 829, 831; Fuchs/Wissmann WiB 1994, 147).
- 27 Zwar ist die Bürgschaft nach der gesetzlichen Regelung (§ 765) ein einseitig verpflichtender Vertrag. Gleichwohl kann sie auch als gegenseitiger Vertrag in dem Sinne ausgestaltet werden, dass die Übernahme der Bürgschaft die Gegenleistung für eine vom Gläubiger zu erbringende Leistung bildet (Schanbacher NJW 1991, 3263, 3263). In diesem Fall **besteht ein Widerrufsrecht**. Die dem Gläubiger

obliegende Leistung besteht meist darin, dass er dem Hauptschuldner vereinbarungsgemäß weiteren Kredit gewährt oder ein bereits gekündigtes, zur Rückzahlung fälliges Darlehen stundet. In der Praxis bildet eine solche Verknüpfung von Übernahme der Bürgschaft durch den Bürgen und Verpflichtung des Gläubigers, dem Schuldner Kredit zu gewähren oder wegen eines zur Rückzahlung fälligen Kredits stillzuhalten, die Regel. Die auf den Abschluss eines Bürgschaftsvertrags gerichtete Willenserklärung des Bürgen stellt sich hiernach regelmäßig als eine auf den Abschluss eines Vertrags über eine entgeltliche Leistung gerichtete Willenserklärung dar.

Soweit in der Literatur teilw daran festgehalten wurde, dass die Bürgschaft unentgeltlich iSv § 1 HausTWG (jetzt § 312) sei (Staud/Werner § 1 HausTWG Rn 67; Fischer/Machunsky § 1 HausTWG Rn 42), wurde doch die Möglichkeit des Widerrufs von Bürgschaftserklärungen nach dem HausTWG bejaht. Dies ergab sich unter Beachtung der Schutzrichtung des Gesetzes und aufgrund der Pflicht zur **gemeinschaftskonformen Auslegung**, weil Art 1 der RL keine Beschränkung auf entgeltliche Verträge vorsieht und nach Erwägungsgrund 1 der Präambel auch einseitige Verpflichtungserklärungen erfassen soll (Staud/Werner § 1 HausTWG Rn 67; Fischer/Machunsky § 1 HausTWG Rn 42f; Bunte WM 1993, 877, 881; Köndgen NJW 1994, 1508, 1509; Baldus/Becker ZEuP 1997, 874; Roth ZIP 1996, 1285; Pfeiffer NJW 1996, 3297; Pfeiffer/Dauck NJW 1996, 2077, 2079).

Diese Ansicht wurde von der **Rspr** vornehmlich auch mit Blick auf eine gemeinschaftskonforme Auslegung des HausTWG übernommen (BGH NJW 1993, 1594, 1595; KG WM 1996, 1219 = MDR 1996, 570; so auch ansatzweise im Vorlagebeschluss an den EuGH BGH NJW 1996, 930, 931 = ZIP 1997, 375 m Anm Gilles EWiR 1996, 749). Der **EuGH** bestätigte diese Auslegung schließlich mit der **Einschränkung**, dass die Bürgschaft aufgrund ihres akzessorischen Charakters eine Verbindlichkeit absichern müsse, die ihrerseits in den Geltungsbereich der RL falle, und der Bürge selbst unter den Verbraucherbegriff des Art 2 erster Spiegelstrich der RL fiele (EuGH NJW 1998, 1295, 1296 „Dietzinger“ = EuZW 1998, 252, 253 m Anm Micklitz = MDR 1998, 665, 666; Reinicke/Tiedtke ZIP 1998, 893; von Westphalen DStR 1998, 620; Pfeiffer EWiR 1998, 465). Sowohl Hauptschuldner als auch Bürge müssten also Verbraucher sein (so nachfolgend BGH NJW 1998, 2356 = MDR 1998, 1019; München ZIP 1999, 1433 in derselben Sache). Darüber hinaus müsse auch die durch die Bürgschaft gesicherte Verbindlichkeit im Rahmen eines Haustürgeschäfts eingegangen worden sein, sog „zweifache Haustürsituation“ (BGH aaO). Die grds Feststellung, dass Bürgschaftsverträge in den Anwendungsbereich des HausTWG fallen können, wurde allg begrüßt (vgl nur Pfeiffer ZIP 1998, 1129 mwN).

Massive Kritik bestand aber weiterhin an dem in den Entscheidungen von EuGH und BGH (aaO) festgelegten „doppelten Verbraucher-“ sowie „**doppelten Haustürgeschäftserfordernis**“ (Staud/Werner § 1 HausTWG Rn 67; daran festhaltend Staud/Thüsing Rn 27; Pfeiffer EWiR 1998, 465, 466; Staud/Thüsing ZIP 1998, 1129, 1135f; Lubitz JA 1998, 617, 618f; Auer, ZBB 1999, 161, 168f; Lorenz NJW 1998, 2937, 2939f; Reinicke/Tiedtke ZIP 1998, 893, 895; Kröll DZWIR 1998, 426, 429f; Breithaupt MDR 1998, 1020, 1020f; dem BGH zust aber Vowinckel DB 2002, 1362, 1363). In der Folge hat der BGH diese **Rspr aufgegeben**. Es wird nunmehr ausdr anerkannt, dass dem Bürgen die Gefahr der Überrumpelung in einer ungewöhnlichen räumlichen Situation, vor der § 312 I 1 Nr 1 den Verbraucher schützen soll, unabhängig vom Charakter der Hauptschuld droht (BGH 165, 363, 367ff = NJW 2006, 845; dazu Kulke NJW 2006, 2223 und Zahn ZIP 2006, 1069; BGH NJW 2007, 2106, 2109; 2110, 2111). Entgegen der Ansicht des EuGH (aaO) ist danach allein entscheidend, ob sich der Sicherungsgeber in einer Haustürsituation befand, nicht dagegen, ob auch die Hauptschuld ein Verbrauchergeschäft oder der Hauptschuldner in einer Haustürsituation zum Vertragsschluss bestimmt worden ist. Daran ändert auch die Akzessorietät der Bürgschaft nichts.

**d) Sonstige Sicherungsgeschäfte.** Die Vorgaben des EuGH in Bezug auf Bürgschaftsverträge sind auch in die Diskussion bzgl anderer Sicherungsgeschäfte eingeflossen. Zumindest die auf Bestellung einer **Sicherungsgrundschuld** gerichtete (schuldrechtliche) Vereinbarung stellt einen Vertrag über eine entgeltliche Leistung iSd § 312 dar, wenn die Verpflichtung zur Bestellung der Grundschuld vom Sicherungsgeber – für den Sicherungsnehmer erkennbar – in der Erwartung übernommen wird, dass dem Sicherungsgeber selbst oder einem bestimmten Dritten daraus ein Vorteil erwächst (zu § 1 HausTWG BGH 131, 1, 4 = NJW 1996, 55; 1996, 191, 192; Hamm WM 1999, 73; Pfeiffer/Danck NJW 1996, 2077, 2079). Dies gilt auch, wenn die Grundschuld einen gewerblichen Kredit sichert (BGH 131, 1, 4). Die abstrakte Grundbuchbestellung an sich ist dagegen als dingliches Rechtsgeschäft nicht auf eine entgeltliche Leistung iSd § 312, sondern lediglich auf Änderung der dinglichen Rechtslage gerichtet und fällt somit nicht in den Anwendungsbereich des § 312 (Koblenz NJW-RR 1999, 1178, 1179). Dasselbe muss für die Bestellung eines **Pfandrechts** und letztlich auch anderer akzessorischer Sicherungsmittel gelten (BGH 165, 363, 366f = NJW 2006, 845; zur Schuldmitübernahme BGH NJW 2007, 2110, 2111; Enders JZ 2006, 573; Fischer VuR 2006, 199; aA Stodolkowitz ZBB 2008, 306).

**e) Obwohl dem Arbeitnehmer** Verbrauchereigenschaft zugemessen wird (BAG NJW 2005, 3305, 3308f; vgl § 13 Rn 15a) wurde bereits unter der Geltung des HausTWG überwiegend angenommen, dass die Willenserklärung zum **Abschluss** eines **Arbeitsvertrags** nicht als Haustürgeschäft iSv § 1 HausTWG anzusehen ist (BAG DB 1994, 279; NZA 1996, 811, 812; Wisskirchen/Worzolla DB 1994, 577, 581; Zwanziger DB 1994, 982, 983; Germelsmann NZA 1997, 236, 240; Bauer NJW 1994, 980, 981; aA aber Fischer/Machunsky § 1 HausTWG Rn 36, 90; Lorenz JZ 1997, 277ff). Diese Wertung beansprucht auch nach der Neuregelung des § 312 Geltung. Zum einen ist darauf hinzuweisen, dass sich die Situation beim Abschluss eines Arbeitsvertrags von der bei einem typischen Verbrauchervertrag unterscheidet. Zum anderen lässt sich die Ausnahme aus dem Anwendungsbereich der Haustürgeschäfte auch aus der RL 85/577/EWG herleiten. Diese erfasst nach Art 1 nur solche Verträge, die mit einem Unternehmer, der Waren liefert oder Dienstleistungen erbringt, geschlossen werden, was bei einem

## § 312

## Recht der Schuldverhältnisse Schuldverhältnisse aus Verträgen

Arbeitgeber nicht der Fall ist. Dieses Ergebnis wird zudem von einem systematischen Arg gestützt: Die Stellung im Abschnitt besondere Vertriebsformen drückt eine besondere Nähe zum Absatz aus, konsequent spricht deshalb auch die Gesetzesbegründung als Hauptmerkmal von Vertragsschlüssen außerhalb fester Verkaufs- und Geschäftsräume, also außerhalb der Ladengeschäfte (BT-Drucks 338/01, 383; so auch Bauer/Kock DB 2002, 42, 44).

- 31a** Auch auf am Arbeitsplatz geschlossene arbeitsrechtliche **Aufhebungsverträge** ist § 312 nicht anwendbar (BAG NJW 2004, 2401, 2403f; dazu Franz JR 2007, 89). Dies gilt unabhängig davon, ob die Vereinbarung im konkreten Arbeitsbereich des Arbeitnehmers oder etwa im Personal- oder Chefbüro geschlossen wurde, auch wenn der Arbeitnehmer üblicherweise zu Hause arbeitet (BAG NZA 2004, 1295). Es fehlt regelmäßig an der für § 312 erforderlichen Überrumpelungssituation, weil der Arbeitsplatz, insb das Personalbüro, typischerweise der Ort ist, an dem die das Arbeitsverhältnis betreffenden Fragen besprochen und geregelt werden. Dies gilt für alle Erklärungen des Arbeitnehmers, die er im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses am Arbeitsplatz abgibt (BAG NZA 2005, 682, 686), auch für rechtlich selbständige Schuldversprechen und Schuldanerkenntnisse, denen eine Forderung aus dem Arbeitsverhältnis zugrunde liegt (BAG NZA 2005, 682, 686; aA noch ArbG Berlin ArbuR 2002, 193). Damit kann auch die Prüfung einer konkreten Überrumpelungssituation dahinstehen (LAG Hamm NZA-RR 2003, 401, 402ff; LAG Köln NZA-RR 2003, 407; aA ArbG Frankfurt/O ZIP 2002, 2190). Vgl zur Problematik auch Rieble/Klumpp ZIP 2002, 2153; Riesenhuber/Vogel NJW 2005, 3521.
- 32** **3. Zum Abschluss des Vertrags „bestimmt“.** Das Widerrufsrecht setzt voraus, dass der Verbraucher durch mündliche Verhandlungen an seinem Arbeitsplatz oder im Bereich einer Privatwohnung (Abs I S 1 Nr 1) oder unter den besonderen in Abs I S 1 Nr 2 und 3 bezeichneten weiteren Umständen zur Abgabe einer auf den Abschluss eines Vertrags gerichteten Willenserklärung bestimmt worden ist (krit zu dieser Umsetzung ins deutsche Recht Fischer/Miedl EuZW 2009, 526). Durch das Wort „bestimmt“ wird deutlich, dass zw den mündlichen Verhandlungen iSd Abs I S 1 Nr 1 oder den in Nr 2 und 3 bezeichneten Umständen einerseits und der Abgabe der auf den Vertragsschluss gerichteten Willenserklärung des Verbrauchers andererseits ein **ursächlicher Zusammenhang** bestehen muss (Knauth WM 1986, 513; Wassermann JuS 1990, 551). Allein die Tatsache, dass der Verbraucher die Erklärung in seiner Privatwohnung abgegeben hat, genügt deshalb nicht (BGH NJW 2009, 431, 432; dazu Diekmann EWiR 2009, 307). Diese Voraussetzung ist nur zu bejahen, wenn der Vertrag wegen der bestimmenden Einwirkung einer der in Abs I S 1 Nr 1–3 beschriebenen besonderen Situationen auf das Entschlussverhalten des Verbrauchers eingegangen wird, insb also das Überraschungsmoment bei Abgabe der Erklärung nach den Umständen des Einzelfalls noch fortwirkt und den Verbraucher in seiner Entschließungsfreiheit beeinträchtigt (BGH NJW-RR 2004, 1126; Jena ZIP 2006, 946, 947). Es genügt, dass die Vertragserklärung des Verbrauchers andernfalls nicht oder nicht wie geschehen abgegeben worden wäre (BGH NJW 1996, 926, 928; ZIP 1996, 1943, 1944), wobei ein enger zeitlicher Zusammenhang zur Haustürsituation nicht zwingend erforderlich ist, diesem aber Indizwirkung zukommt, die mit zunehmendem zeitlichen Abstand abnimmt und nach gewisser Zeit ganz entfallen kann (BGH JA 2006, 734, 735; NJW 2009, 431, 432).
- 32a** Es reicht schon die **Mitursächlichkeit** aus (BGH 131, 385, 392 = NJW 1996, 926, 928; NJW 2006, 497; 2007, 1947, 1948). Denn die Überrumpelungswirkung kann auch noch nach dem Ende der in Abs I S 1 Nr 1–3 genannten Schutzsituationen anhalten und die Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers begründen (Hk/Schulte-Nölke Rn 8). Auch wenn der eigentliche Vertragsschluss nicht in einer Schutzsituation erfolgt (etwa weil die Willenserklärung in einer Bank abgegeben wird – vgl dazu die „Heininger“-Entscheidung EuGH NJW 2002, 281; BGH NJW 2002, 1881 und hierzu Habersack/Mayer WM 2002, 253, 254), kann der Verbraucher durch eine „Einwirkung an der Haustür“ im Vorfeld „zum Abschluss bestimmt“ worden sein und somit eine Widerrufsmöglichkeit bestehen (BGH 131, 385, 392 = NJW 1996, 926, 928; NJW 1994, 262; 2006, 497; 2009, 431, 432; Habersack/Mayer WM 2002, 253, 254). Das Widerrufsrecht ist also nicht zwingend an die Voraussetzung geknüpft, dass der Verbraucher die auf den Abschluss des Vertrags gerichtete Willenserklärung alsbald im Anschluss an das Vorliegen der in Abs I genannten Umstände abgibt. Es genügt, wenn der Verbraucher erst später nach einer möglichen Überlegungsfrist unterzeichnet (BGH NJW 1996, 3416; Stuttgart ZIP 1999, 2005; Staud/Thüsing Rn 70; aA Knauth WM 1986, 513f, der den ursächlichen Zusammenhang bereits verneint, wenn die Willenserklärung nach dem Weggang der anderen Partei abgegeben wird).
- 32b** Auch wenn § 312 insoweit über die Vorgaben der RL (Art 1 Abs I, III, IV) hinausgeht, die von der Abgabe der Willenserklärung in der Haustürsituation ausgeht, begegnet die **überschießende Umsetzung** (dazu Habersack/Mayer WM 2002, 253, 254) wegen der Zulässigkeit günstigerer Verbraucherschutzbestimmungen (Art 8 der RL) keinen europarechtlichen Bedenken. Deshalb ist es bspw im Rahmen des Abs I S 1 Nr 2 nicht erforderlich, dass der Verbraucher seine Willenserklärung noch während der Veranstaltung abgibt. Ausreichend ist ein enger zeitlicher, räumlicher und sachlicher Zusammenhang, in dem die durch die Freizeitveranstaltung hervorgerufene Stimmungslage fortwirkt (Saarbrücken NJW 1995, 141). Dies gilt besonders, wenn die Veranstaltungsteilnehmer in unmittelbarem Anschluss an die Veranstaltung von Mitarbeitern des Veranstalters aufgesucht und zur Abgabe einer auf den Vertragsschluss gerichteten Willenserklärung veranlasst werden (Stuttgart NJW-RR 1989, 1144). Umgekehrt besagt dies aber nicht, dass nach einem Erstkontakt in den Geschäftsräumen des Unternehmers eine „mündliche Verhandlung“ nicht mehr nachfolgen kann. Vielmehr kann eine andernorts begonnene und in der Haustürsituation fortgesetzte Verhandlung zur Widerruflichkeit führen (Dresden WM 2007, 1065, 1066). Nach Schutzzweck und Wortlaut wird der ursächliche Zusammenhang zw mündlichen Verhandlungen und Abgabe der Willenserklärung des Verbrauchers auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass sich der Verbraucher bei der Erklärung vor allem von dem

Wunsch leiten lässt, einer **weiteren Belästigung** durch den Vertreter zu entgehen oder sich für ein vom Vertreter überreichtes Geschenk **erkenntlich** zu zeigen. In beiden Fällen wird der Verbraucher durch die mündlichen Verhandlungen zur Abgabe seiner Erklärung bestimmt, zumindest aber mitbestimmt (Gilles NJW 1986, 1131, 1139); er erscheint durch das Vorliegen eines Motivbündels nicht weniger schützenswert.

Andererseits stellt sich aber die Frage, ob der Verbraucher regelmäßig überhaupt in der Lage sein wird, diese Ursächlichkeit zu **beweisen**. Nach den allg Beweisregeln hat er nämlich den Nachw zu führen, dass er aufgrund der genannten Umstände zur Abgabe seiner Willenserklärung bestimmt worden ist (BGH NJW 2009, 341, 432; MüKo/Masuch Rn 35). Bei engem zeitlichen Zusammenhang besteht für die Kausalität aber ein Anscheinsbeweis. Da § 312 I S 1 an die typischen Geschäftspraktiken anknüpft, die aufgrund praktischer Erfahrung besonders häufig zu einer **Überrumpelung** des Verbrauchers Anlass geben (Löwe BB 1986, 823; Knauth WM 1986, 516), wird bei Vorliegen der in Abs I S 1 Nr 1, 2 oder 3 genannten tatsächlichen Umstände **prima facie** grds davon auszugehen sein, dass der Verbraucher aufgrund dieser Umstände zur Abgabe seiner Willenserklärung bestimmt worden ist (Westermann Verbraucherschutz aaO, 98; Koblenz NJW 1994, 1418, 1420; MüKo/Masuch Rn 34f; Staud/Thüsing Rn 71; Fischer/Machunsky § 1 HausTWG Rn 53; ausf Fischer/Miedl EuZW 2009, 526). Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Verbraucher seine Willenserklärung in unmittelbarem oder zumindest in nahem zeitlichen Zusammenhang mit den Verhandlungen unter den in Abs I genannten Umständen abgegeben hat (BGH JA 2006, 734, 735; NJW-RR 2009, 1275, 1276; Löwe BB 1986, 824). Insofern wird bereits der **Nachw von Mitsächlichkeit** (Rn 32) **genügen**. Auch wenn das Gesetz keine zeitliche Grenze vorsieht, innerhalb derer der Verbraucher seine Willenserklärung im Zusammenhang mit den in Abs I S 1 genannten Umständen abgeben muss, ist doch zu berücksichtigen, dass dem Verbraucher der Nachw, gerade aufgrund dieser Umstände zur Abgabe der Willenserklärung bestimmt worden zu sein, umso schwerer fallen wird, je größer der Zeitabstand ist (nach Köln WM 2000, 2139 fehlt bei Ablehnung des Haustürgeschäfts und telefonischem Abschluss sechs Wochen später idR die Kausalität; Frankfurt OLGRp 2007, 866: 12 Wochen; Brandenburg WM 2007, 826: mehr als drei Wochen, wenn der Widerruf trotz ordnungsmäßiger Belehrung bewusst unterbleibt). Es gibt indes keinen allg Grundsatz, demgemäß die Vermutung zwingend und ohne Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls entfällt, wenn eine Zeitspanne von drei Monaten zw Hausbesuch und Vertragsabschluss liegt (BGH NJW-RR 2009, 1275, 1277). Der Anscheinsbeweis greift jedenfalls nach Ablauf von neun Monaten nicht mehr ein (Frankfurt NJW-RR 2004, 60).

**4. Situative Anwendungsvoraussetzungen.** **Situativ** setzt § 312 die Bestimmung zur Abgabe an **besonders sensiblen Vertriebsorten** voraus (Grigoleit NJW 2002, 1151), also an Orten, an denen nach der Lebenswahrscheinlichkeit typischerweise mit einer **Überrumpelung** zu rechnen ist. Diese Orte sind der Arbeitsplatz oder der Bereich einer Privatwohnung, eine Freizeitveranstaltung, ein Verkehrsmittel oder auch öffentlich zugänglichen Verkehrsflächen. Diese Aufzählung ist, auch wenn sie nach der amtlichen Begründung enumerativ sein soll (Begr. BT-Drucks 10/2876, 9f), nicht abschließend und lässt – auch unter dem Gesichtspunkt des Umgehungsverbots des § 312i S 2 – eine extensive Auslegung zu (MüKo/Masuch Rn 38, 54).

Zur Frage der Beurteilung der situativen Voraussetzungen bei **Stellvertretung** des Verbrauchers s Rn 8ff. Lässt der Unternehmer einen Vertreter oder Vermittler für sich handeln, muss er sich dessen Verhalten grds **zurechnen** lassen (MüKo/Masuch Rn 35). Zuvor griff die Rspr insoweit auf die zu § 123 II entwickelten Grundsätze zurück, wonach der Unternehmer in Bezug auf den Abschluss des Vertrags in einer Haustürsituation positive Kenntnis haben oder ihm fahrlässige Unkenntnis zur Last fallen musste (BGH NJW 2003, 424, 425; 2005, 2545). Diese Rspr hat der II. Senat in Abstimmung mit dem XI. Senat im Anschluss an den EuGH (NJW 2005, 3555 – Crailsheimer Volksbank) aufgegeben (BGH NJW 2006, 497; 2007, 361, 363). Nunmehr kommt es allein darauf an, ob bei dem **Abschluss** oder der Vorbereitung des Vertrags objektiv eine Haustürsituation vorlag, nicht aber auf das Vorliegen eines (subjektiven) Wissenslements beim Unternehmer (BGH NJW 2006, 497; 2008, 3423, 3424; aA Jena NJW-RR 2009, 719, 720 zum Versicherungsmakler). Es ist lediglich erforderlich, dass der Dritte auch nur im entferntesten Sinne wirtschaftlich im Namen oder für Rechnung des Unternehmers in die Verhandlungen eingeschaltet ist. Zu verneinen ist dies in engen Grenzen, wenn der Vermittler etwa ausschließlich „im Lager“ des Verbrauchers steht bzw zw Unternehmer und Vermittler kein „Näheverhältnis“ gegeben ist (BGH NJW 2008, 3423, 3415; NJW-RR 2009, 836, 837; dazu krit Maier VuR 2008, 401, der die Auslegung als richtlinienwidrig bezeichnet). Nichts anderes kann für den (nicht von der RL 85/577/EWG, aber aufgrund der überschießenden Umsetzung von § 312 erfassten) Fall der **Anbahnung** des Vertrags in einer Haustürsituation gelten (vgl hingegen zur Frage einer „gespaltenen Auslegung“ Mayer/Schürnbrandt JZ 2004, 545; Müller-Ibold/Käseberg WM 2005, 1592), weil dies sowohl Sinn und Zweck der Vorschrift als auch der jedenfalls vom deutschen Recht geforderten Gleichbehandlung der verschiedenen Haustürsituationen widerspräche (BGH NJW 2002, 1881, 1884).

**a) Nr 1 – mündliche Verhandlungen an Arbeitsplatz oder Privatwohnung.** **aa) Schutzzweck.** Abs I S 1 Nr 1 knüpft das Widerrufsrecht an die Voraussetzung, dass der Verbraucher zu der auf Abschluss eines Vertrags gerichteten Willenserklärung **„durch mündliche Verhandlungen an seinem Arbeitsplatz oder im Bereich einer Privatwohnung“** bestimmt worden ist. Die Vorschrift erfasst die typischen Fälle des „Haustürgeschäfts“, bei denen ein Vertreter unerwartet an der Haustür erscheint, die von ihm angebotenen Waren oder sonstigen Leistungen anpreist und auf alsbaldigen Vertragsabschluss drängt, ohne dem Verbraucher genügend Zeit zur Überlegung zu lassen. Entspr gilt, wenn der Verbraucher überraschend an seinem Arbeitsplatz aufgesucht wird. Entscheidend ist insoweit nur der Ort des Besuchs. Auf den Anlass des Besuchs des Unternehmers kommt es grds nicht an, so-

## § 312

## Recht der Schuldverhältnisse Schuldverhältnisse aus Verträgen

fern er nicht zu Vertragsverhandlungen bestellt worden ist (BGH NJW 1999, 575; s auch Rn 69ff zur vorherigen Bestellung). Es reicht aus, wenn die Verhandlungen andernorts begonnen und am Arbeitsplatz oder in der Privatwohnung fortgesetzt wurden (Dresden ZGS 2007, 237, 238f). Die mündliche Verhandlung iSd Vorschrift beginnt bereits, wenn der Verbraucher an Arbeitsplatz oder Privatwohnung mit dem Ziel der Vorbereitung oder Verabredung eines Besuchs in den Geschäftsräumen des Unternehmers angesprochen wird (BGH NJW-RR 2005, 180, 181). IÜ genügt für das Vorliegen einer „Verhandlung“ jedes zweckgerichtete Gespräch. Wie das Gespräch im Einz abläuft und ob gar ein Wechselgespräch vorliegt, ist nicht relevant (Frankfurt OLG Rp 2009, 674). Hingegen findet Abs I S 1 Nr 1 keine Anwendung, wenn eine mündliche Verhandlung kraft Natur der Sache nur am Arbeitsplatz oder in der Privatwohnung erfolgen kann und dem Geschäft typischerweise kein Überraschungsmoment innewohnt (MüKo/Masuch Rn 43). Diese Fälle – zu denken ist an einen exklusiven Verkauf von Artikeln „direkt ab Fertigung“ für die Belegschaft oder den wiederkehrenden Abschluss eines Kehrvertrags mit dem Bezirksschornsteinfeger – lassen sich nur schwer als solche iSd Abs III Nr 1 einordnen und unter dem Gesichtspunkt der „vorhergehenden Bestellung“ aus dem Anwendungsbereich ausschließen, weshalb eine teleologische Reduktion angezeigt ist (ebenso MüKo/Masuch Rn 43; Staud/Thüsing Rn 84).

- 37 **bb)** Nicht ohne Schwierigkeiten gestaltet sich die Anwendung von Nr 1 bei Hinzuziehung eines **Verhandlungsgehilfen**. Die mündlichen Verhandlungen werden idR zu dem Verbraucher und dem Unternehmer oder dessen Vertreter geführt werden. Es sind jedoch auch Fälle denkbar, in denen die Verhandlungen nicht von der anderen Vertragspartei selbst oder einem gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Vertreter, sondern von einem „Verhandlungsgehilfen“ geführt werden, der von der anderen Vertragspartei mit der Führung der Verhandlungen beauftragt worden ist oder der wegen seiner engen Beziehungen zur anderen Vertragspartei als deren Vertrauensperson erscheint (Freunde, Bekannte, Arbeitskollegen). Ein derartiger „Verhandlungsführer“ ist nicht als Dritter iSd § 123 II anzusehen, sofern er mit Willen der anderen Vertragspartei in die Verhandlungen eingeschaltet ist (BGH NJW 1978, 2144; 1979, 1593, 1594f; § 123 Rn 34; zur Einschaltung eines Dritten s Rn 35). Sein Verhalten ist vielmehr der anderen Vertragspartei zurechenbar (aA Weiler BB 2003, 1397, 1400, der eine Zurechnung für entbehrlich hält). Nicht erforderlich ist, dass zw der anderen Vertragspartei und dem Verhandlungsgehilfen ein wirksames Rechtsverhältnis besteht; es kommt allein auf die tatsächliche Übertragung der Verhandlungen an (Schubert AcP 168, 470, 481; dazu auch Wassermann JuS 1990, 552: „Freundschafts-“ oder „Kollegenwerbungen“). In einem solchen Fall ist der Verbraucher berechtigt, seine Willenserklärung, zu deren Abgabe er durch die mündlichen Verhandlungen mit dem „Verhandlungsgehilfen“ bestimmt worden ist, ggü der anderen Vertragspartei zu widerrufen (BGH NJW 2003, 424, 425; 2003, 1390, 1391; Stuttgart VuR 1999, 308; MüKo/Masuch Rn 34; Staud/Thüsing Rn 60f; Fischer/Machunsky § 1 HausTWG Rn 57f; Reinicke/Tiedtke aaO Rn 1298; s auch KG WM 1996, 1219, das über die hier genannten Grundsätze maßgeblich auf den Ort der Bestimmung abstellt; dagegen mit guten Arg Reinicke/Tiedtke aaO Rn 1467; s auch LG Bremen WM 2002, 1450, 1453).
- 38 Das Recht auf Widerruf steht dem Verbraucher nicht zu, wenn ihm die Vertragserklärung von seinem **Ehegatten** oder einem **sonstigen nahen Angehörigen** auf Veranlassung des anderen Vertragspartners vorgelegt wird, ohne dass der Vertragspartner selbst anwesend ist. In einem solchen Fall ist die Überrumpelungsgefahr durch den Eingriff in die Privatsphäre, vor der die Norm schützen soll, nicht gegeben. Vor dem „psychologischen Druck“ und den „Überraschungskünsten“ eines nahen Angehörigen soll § 312 nicht schützen (BGH NJW 1987, 184; 1993, 1594, 1595; 1996, 191, 192; Naumburg OLG Rp 2008, 876f; Fischer/Machunsky § 1 HausTWG Rn 60; Reinicke/Tiedtke aaO Rn 1468f; aA Frings ZIP 1996, 1193; ebenfalls abl bereits Staud/Werner § 1 HausTWG Rn 34, dem folgend Staud/Thüsing Rn 65). Ausnahmsweise kann auch ein naher Angehöriger als Verhandlungsführer (vgl auch Rn 37) und damit für die andere Vertragspartei zurechenbar tätig werden mit der Folge, dass ein Widerrufsrecht des Verbrauchers entsteht, wenn der Angehörige Angestellter oder Repräsentant der anderen Vertragspartei ist und er sich als solcher erkennbar an den Verbraucher wendet (BGH 133, 254 = NJW 1996, 3414, 3415; 2006, 1715; Reinicke/Tiedtke aaO Rn 1470).
- 39 Nur sofern eine **mündliche Verhandlung** geführt wurde, besteht die Möglichkeit zum Widerruf. Damit ist zunächst jeglicher schriftlicher Kontakt aus dem Anwendungsbereich des § 312 ausgeschieden, etwa mit Fax, E-Mail (BAG NZA 2006, 545, 546) oder Brief. Insoweit ist aber an eine Widerrufsmöglichkeit nach § 312b aufgrund der Regeln über den Fernabsatzvertrag zu denken (ebenso MüKo/Masuch Rn 60ff).
- 40 **cc)** Bei dem „**Arbeitsplatz**“ muss es sich um den des Verbrauchers handeln (BGH NJW 2007, 2106). IÜ ist der Begriff nach dem Schutzzweck des Gesetzes weit auszulegen. Er umfasst nicht nur den Raum, in dem der von dem Unternehmer aufgesuchte Verbraucher seine Arbeit verrichtet, sondern alle Räumlichkeiten innerhalb des Betriebes oder der Behörde, in denen der Verbraucher sich gelegentlich seiner beruflichen Tätigkeit aufhält, also auch Arbeitsräume von Vorgesetzten oder Mitarbeitern, auch das Personalbüro (BAG NJW 2004, 2401, 2404) sowie die Kantine, betriebliche Freizeitanlagen und Parkplätze (ebenso Wassermann JuS 1990, 550: „berufliche Sphäre“; zweifelnd Gilles NJW 1986, 1140). Auch ein freiberuflich Tätiger, der unter den in § 312 I S 1 genannten Voraussetzungen in seinem Büro eine Willenserklärung abgibt, die auf den Abschluss eines seiner privaten Sphäre zuzurechnenden Vertrags gerichtet ist, ist grds zum Widerruf seiner Erklärung berechtigt (Düsseldorf BB 1999, 1784; Jena BauR 1997, 469; LG München MDR 1996, 37; Wassermann JuS 1990, 548, 549f; Pfeiffer/Dauck NJW 1996, 2077, 2078). Vgl jedoch zur teleologischen Einschränkung des Begriffs Arbeitsplatz Rn 36.

NJW-RR 2008, 1006; Jauernig/Mansel Rn 6 aE). Der Anspruch verjährt gem §§ 195, 199 I in drei Jahren (Staud/Bergmann Rn 53).

**IV. Fälle mit Auslandsberührung.** In Fällen mit Auslandsberührung hat der Verbraucher für seine Klage gegen den Unternehmer die Wahl zw der **internationalen Zuständigkeit** der Gerichte in seinem Wohnsitzstaat und der Gerichte am Sitz des Unternehmers (EuGH NJW 2002, 2697; PWW/Mörsdorf-Schulte Rn 21). Die örtliche Zuständigkeit folgt aus § 29 ZPO (Staud/Bergmann Rn 63). Will sich der Unternehmer bei einer isolierten Gewinnzusage endgültig binden, besteht ein Gerichtsstand am Verbraucherwohnsitz nach Art 15 I lit c EuGVVO (EuGH RIW 2009, 485; Lorenz IPRax 2006, 472, 475). In Verfahren vor deutschen Gerichten wird § 661a als **Eingriffsnorm** iSv Art 9 I Rom I-VO qualifiziert und daher unabhängig vom Vertragsstatut angewendet (BGH NJW 2006, 230, 233 zu Art 34 EGBGB aF; Jauernig/Mansel Rn 3; Rauscher NJW 2007, 3541, 3546); s allg Art 9 Rom I-VO Rn 11ff.

**V. Beweislast.** Der Verbraucher, der ggü einem Unternehmer einen Anspruch aus § 661a geltend macht, hat die oben unter II. genannten Anspruchsvoraussetzungen darzulegen und zu beweisen (MüKo/Seiler Rn 18; Staud/Bergmann Rn 55). Bei Vertretergeschäften gelten die in § 164 Rn 29 dargestellten Besonderheiten (Staud/Bergmann Rn 55).

## Titel 12

### Auftrag, Geschäftsbesorgungsvertrag und Zahlungsdienste

#### Untertitel 1

#### Auftrag

**662** *Vertragstypische Pflichten beim Auftrag*  
**Durch die Annahme eines Auftrags verpflichtet sich der Beauftragte, ein ihm von dem Auftraggeber übertragenes Geschäft für diesen unentgeltlich zu besorgen.**

<b>I. Begrifflichkeit</b> . . . . .	1	<b>IX. Vertragsinhalt</b>	
<b>II. Rechtsnatur; Abgrenzungen</b> . . . . .	2	1. Besorgung eines Geschäfts . . . . .	13
<b>III. Formfragen</b> . . . . .	5	2. Unentgeltlich . . . . .	14
<b>IV. Verhältnis zur Vollmacht</b> . . . . .	6	<b>X. Vertragspflichten</b>	
<b>V. Gefälligkeiten des täglichen Lebens</b> . . . . .	7	1. Pflichten des Beauftragten	
<b>VI. Entsprechende Geltung</b> . . . . .	8	a) Durchführung des Auftrags . . . . .	15
<b>VII. Auftrag mit Auslandsberührung; europäische Regelungen</b>		b) Treue- und Interessenwahrungspflicht . . . . .	16
1. IPR . . . . .	9	c) Weitere Pflichten des Beauftragten . . . . .	21
2. Draft Common Frame of Reference . . . . .	10	2. Pflichten des Auftraggebers . . . . .	22
3. Historische Entwicklung . . . . .	11	<b>XI. Beweislast</b> . . . . .	23
<b>VIII. Vertragsschluss</b> . . . . .	12	<b>XII. Haftungsfragen</b> . . . . .	24
		<b>XIII. Vertragsbeendigung</b> . . . . .	26

**Schrifttum zu §§ 662–674:** *Amann*, Abgrenzung und Anwendungsbereich von Dienstvertrag, Werkvertrag und Auftrag in der Entstehungsgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuches, Diss Bielefeld 1987; *K.P. Berger*, Haftung für unrichtige Bankauskunft, ZBB 2001, 238; *Canaris*, Risikohaftung bei schadensgeneigter Tätigkeit im fremden Interesse, RdA 1966, 41; *Coester-Waltjen*, Der Auftrag, Jura 2001, 567; *Coing*, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, 1973; *Genius*, Risikohaftung des Geschäftsherrn, AcP 173 (1973), 481; *Giesen*, Das Recht der fremdnützigen Geschäftsbesorgung (Teil I: Geschäftsbesorgung aufgrund eines Vertrages), Jura 1994, 352; *Grundmann*, Der Treuhandvertrag, insbesondere die werbende Treuhand, 1997; *Grundmann*, Zur Dogmatik der unentgeltlichen Rechtsgeschäfte, AcP 198 (1998), 457; *Grundmann*, Das neue Recht des Zahlungsverkehrs, WM 2009, 1109, 1157; *Henssler*, Treuhandgeschäft – Dogmatik und Wirklichkeit, AcP 196 (1996), 37; *Isele*, Geschäftsbesorgung – Umriss eines Systems, 1935; *Köhler*, Arbeitsleistungen als „Aufwendungen“, JZ 1985, 359; *Koller*, Das Haftungsprivileg des Geschäftsbesorgers gem. §§ 664 Abs. 1 Satz 2, 675 BGB, ZIP 1985, 1243; *Lenel*, Unentgeltliche und entgeltliche Geschäftsbesorgung, AcP 129 (1928), 1; *Löhnig*, Treuhand, 2006; *Metzler*, Zur Substitution, insbesondere zu ihrer Abgrenzung von der Erfüllungsgehilfenschaft, AcP 159 (1960/61), 143; *Nassall*, Auskunfts- und Akteneinsichtsrechte des Konkursverwalters gegenüber dem Rechtsanwalt des Gemeinschuldners?, KTS 1988, 633; *Schimansky/Bunte/Lwowski* (Hrsg), Bankrechts-Handbuch, 3. Aufl. 2007; *K. Schmidt*, § 673 BGB bei Verschmelzungsvorgängen in Dienstleistungsunternehmen – oder – Geisterstunde im Umwandlungsrecht?, DB 2001, 1019.

**I. Begrifflichkeit.** Kaum ein Begriff wird in so vielen verschiedenen Bedeutungen verwendet wie der des „Auftrags“. Die **Umgangssprache** geht von einem weiten Begriffsverständnis aus. Sie versteht unter einem Auftrag jede mündliche oder schriftliche Aufforderung (Bitte, Befehl) an eine andere Person, eine bestimmte Handlung vorzunehmen. Häufig zielt diese einseitige Willensäußerung auf die Erbringung von Arbeitsleistungen durch einen anderen ab (etwas „in Auftrag geben“; „Reparaturauftrag“; „Auftragsschein“). Sogar komplexe Generalübernehmerverträge werden manchmal als „Auftrag“ bezeichnet (s BGH BKR 2003, 867). Das **BGB** versteht in den §§ 662ff unter einem „Auftrag“

## § 662

## Recht der Schuldverhältnisse Einzelne Schuldverhältnisse

zum einen die einseitige Willenserklärung, durch die jemand einen anderen auffordert, für ihn unentgeltlich ein Geschäft zu besorgen, also das **Auftragsangebot** (§ 663). Zum anderen versteht das Gesetz in den §§ 662ff als Auftrag **den Vertrag**, aufgrund dessen jemand sich verpflichtet, für einen anderen unentgeltlich ein Geschäft zu besorgen. Im Bereich des öffentlichen Rechts meint der Begriff der Auftragsverwaltung ein öffentlich-rechtl Zuordnungsverhältnis sui generis (BVerwG 12, 253, 254). Da Arbeitsleistungen nach der gesetzlichen Systematik des BGB grds zu vergüten sind (vgl §§ 612, 632, 652, 675), liegt bei einem Auftrag im allgemeinsprachlichen Sinne häufig kein Auftrag iSd §§ 662ff, sondern ein Dienst-, Werk-, Mäkler-, Kommissions- oder Geschäftsbesorgungsvertrag vor. In diesem Sinne wird der Ausdruck „Auftrag“ in den §§ 44, 50 II, 51 II BRAO für das Verhältnis zw Partei und Anwalt, in den §§ 193, 194, 753 ZPO für das öffentlich-rechtl Verhältnis zw Gläubiger und Gerichtsvollzieher oder im Bank- und Börsenrecht für Aufträge zu Börsengeschäften verstanden (Staud/Martinek Rn 1). Auch § 99 I GWB definiert „**öffentliche Aufträge**“ als „entgeltliche Verträge von öffentlichen Auftraggebern mit Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben, Baukonzessionen und Auslobungsverfahren, die zu Dienstleistungsaufträgen führen sollen“. § 2 VIII VOB/B und die HOAI sprechen von „Auftrag“, „Auftraggeber“ und „Auftragnehmer“, obwohl hier mit Auftrag die Übertragung von Leistungen gegen Entgelt, meist im Rahmen eines Werkvertrags, gemeint ist. Zuweilen wird auch ganz generell bei Werk-, Dienst-, Geschäftsbesorgungs-, Makler- und Verwahrungsverträgen die eine Partei als „Auftraggeber“ bezeichnet (Kötz, Vertragsrecht, 2009, Rn 682ff). Auch die Bestellung im Rahmen eines Kauf- oder Werklieferungsvertrags wird häufig als Auftrag bezeichnet. Bei der **Auftragsbestätigung** handelt es sich typischerweise um die Annahme eines Vertragsangebotes (s § 147 Rn 15), häufig verbunden mit Modifizierungen, sodass gem § 150 II darin ein neues Angebot liegt (s BGH 18, 212, 215f). **Weisungen** einer Vertragspartei im Rahmen eines bestehenden Rechtsverhältnisses werden ebenfalls häufig als Auftrag bezeichnet. So liegt beim „Überweisungsauftrag“ (s § 1 II Nr 2 lit b ZAG: „Überweisung“) eigentlich eine einseitige Weisung des Kunden an seine Bank im Rahmen des Girovertrags („ZdRahmenvertrag“, § 675f II; Grundmann WM 2009, 1109, 1114; aA § 675f Rn 38 [Graf v Westphalen]) vor. § 675f III S 2 und die §§ 675n ff sprechen insoweit von „ZAuftrag“. § 675f III S 2 umschreibt ihn als „Auftrag zur Ausführung eines ZVorgangs“. Auch in Vorschriften außerhalb des BGB, zB in den §§ 194 I, 753, 755 ZPO oder §§ 115, 117 InsO, wird der Begriff des Auftrags mehrdeutig verwendet. Bei Lebenssachverhalten, in denen die Parteien von einem „Auftrag“ ausgehen, ist daher stets genau zu prüfen, ob tatsächlich ein Vertrag iSd §§ 662ff vorliegt (s aus der Rspr Schleswig NJW-RR 2010, 1720f).

- 2 **II. Rechtsnatur; Abgrenzungen.** Die Bestimmung dessen, was genau das Wesen des Auftrags ausmacht, haben die Väter des BGB bewusst Wissenschaft und Rspr überlassen (Mot II 526). Wegen seiner Unentgeltlichkeit ist der Auftrag ein **Gefälligkeitsvertrag**, gerichtet auf fremdnütziges Handeln des Beauftragten. Von anderen Gefälligkeitsverträgen wie Leihe (§§ 598ff) und Verwahrung (§§ 688ff) unterscheidet sich der Auftrag dadurch, dass vom Auftragnehmer eine fremdnützige Tätigkeit (s Rn 14) erwartet wird. Der Auftrag ist ein **unvollkommen zweiseitig** (s dazu Vor § 145 Rn 2) verpflichtender Vertrag (PWW/Fehrenbacher Rn 1). Der Auftrag ist **kein gegenseitiger Vertrag**, die Zahlung von Vorschuss und Aufwendersersatz durch den Auftraggeber nach §§ 669, 670 ist keine Gegenleistung für die Geschäftsbesorgung durch den Auftragnehmer (BGH 15, 102, 105; MüKo/Seiler Rn 5). Die §§ 320ff sind daher auf den Auftrag nicht anwendbar (BGH aaO). Umgekehrt wendet der Auftragnehmer durch seine Tätigkeit dem Auftraggeber nichts unentgeltlich zu. Seine zur Erfüllung des Auftrags eingesetzte Arbeitskraft gehört als solche nicht zu seinem Vermögen, es liegt daher **keine Schenkung** vor (MüKo/Seiler Rn 32; Enn/Lehmann § 160.I.2). Weil der Beauftragte oft im Interesse des Auftraggebers tätig wird, setzt der Auftrag ein besonderes **Vertrauensverhältnis** zw den Parteien voraus mit der Folge einer gewissen Treuebindung, die je nach Art des Auftrags von unterschiedlicher Intensität sein kann (Jauernig/Mansel Rn 3; MüKo/Seiler Rn 15; s auch Rn 16).
- 3 Der Auftrag ist **Grundform aller Subordinationsverträge**, die auf fremdnützige und weisungsgebundene Interessenwahrung ausgerichtet sind (Staud/Martinek Rn 2; Jauernig/Mansel Rn 3). Daher werden die §§ 662ff auf Verträge, die die Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen zum Gegenstand haben, entspr angewandt (Pal/Sprau Einf v § 662 Rn 9). Dies gilt etwa für Verträge zw Ehegatten, in denen sich der eine verpflichtet, das Vermögen des anderen unentgeltlich zu verwalten, es sei denn, es liegt ein reines Gefälligkeitsverhältnis (s Rn 7) vor (BGH NJW 2000, 3199, 3200), oder in denen die Freistellung von Verbindlichkeiten nach gescheiterter Ehe geregelt ist (BGH NJW 1989, 1920). Wenn ein Ehegatte während intakter Ehe für Zwecke des anderen Verbindlichkeiten eingeht, kann dies auf einem Auftrag beruhen (Saarbrücken NJW-RR 2010, 1441). Auch der unentgeltlichen Anlagevermittlung liegt ein Auftrag zugrunde (Frankfurt NJW-RR 2003, 414f). Der Vertrag zw Schuldner und Bürge über die unentgeltliche Verbürgung für fremde Schuld kann Auftrag sein (s Vor § 765 Rn 8); ebenso eine Vereinbarung über die Bestellung von dinglichen Sicherheiten oder ein Gefälligkeitsakzept (Pal/Sprau Einf v § 662 Rn 8). Die zw einer Notariatsangestellten und den Vertragsparteien eines Grundstückskaufvertrags getroffene Abrede über die Erklärung der Auflassung ist ebenfalls Auftrag (BGH NJW 2003, 578). Der zw WE-Gemeinschaft und Verwaltungsbeirat abgeschlossene Beiratsvertrag ist bei Unentgeltlichkeit als Auftrag zu qualifizieren (s § 29 WEG Rn 2). Auf öffentlich-rechtl Auftragsverhältnisse sind die §§ 662ff entspr anwendbar, falls und soweit nicht öffentlich-rechtl Sondernormen Anwendung finden, § 62 S 2 VwVfG (MüKo/Seiler Rn 68ff; Bonk in Stelkens/Bonk/Sachs VwVfG, 7. Aufl 2008, § 62 Rn 41; Schliesky in Knack/Henneke VwVfG, 10. Aufl 2010, § 62 Rn 39). Nach der Beendigung der staatlichen Verwaltung von Vermögenswerten finden die §§ 662ff für die gesamte Verwaltungszeit Anwendung, § 11a III VermG (BGH NJW 1998, 2603; 2000, 3059; Pal/Sprau Einf v § 662 Rn 9).

Alle Versuche, dem Auftrag und dem Geschäftsbesorgungsvertrag durch gedankliche Einordnung als Relationalvertrag bzw komplexen Langzeitvertrag stärkere Konturen zu verleihen (s Staud/Martinek Vor § 662 Rn 68ff) oder ihn durch die Entwicklung einer auf dem Gedanken der „Machtbefugnis im fremden Rechtskreis“ fußenden Typenbildung zu konkretisieren (s Erman/Ehmann<sup>12</sup> Vor § 662 Rn 26ff), sind von vornherein zum Scheitern verurteilt. Richtig ist daran, dass der Auftragsvertrag und der Geschäftsbesorgungsvertrag typischerweise **Dauerschuldverhältnisse** sind. Art IV.D-1:103 DCFR (s Rn 10) bestimmt, dass die Dauer unbestimmt sein, sich auf einen bestimmt fixierten Zeitpunkt beziehen oder nur auf eine bestimmte Tätigkeit beschränkt sein kann (und dann dem reinen Austauschvertrag sehr nahe kommt). Der Charakter als Dauerschuldverhältnis spiegelt sich etwa in der für Dauerschuldverhältnisse typischen Regelung des § 671 und insb des § 671 III wider. Richtig ist auch, dass dem Beauftragten vom Auftraggeber eine mehr oder minder große Rechtsmacht eingeräumt wird, in fremden Angelegenheiten tätig zu werden, weil dies mit der Erteilung eines „Auftrags“ naturgemäß verbunden ist. Hier endet aber schon die Erkenntniskraft derartiger Ansätze. Nicht solche abstrakten Denkmodelle (einschr daher auch Staud/Martinek Vor § 662 Rn 77), sondern die Trias „Tätigkeit im Rechtskreis eines anderen“ – „Unentgeltlichkeit“ – „Fremdnützigkeit“ führen zwangsläufig zu einer Eingrenzung und Konkretisierung des Auftrags als Vertragstyp (s zur Vertragstypenlehre und den damit verbundenen Wertungsvorgängen Leenen, Typus und Rechtsfindung, 1971, 179ff; H.P. Westermann, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, 1970, 104; Dasser, Vertragstypenrecht im Wandel, 2000, 65ff). Jedes dieser Elemente ist jedoch hoch variabel, sodass ihre Kombination und Skalierung in der Rechtswirklichkeit zu einer Fülle von „hybriden“ Auftragsverhältnissen führt, bei denen mal das eine, mal das andere und mal keines der genannten Elemente dominiert (s zum Typus als „elastisches Merkmalsgefüge“ Leenen aaO, 34; Berger, Der Aufrechnungsvertrag, 1996, 116). Aus diesen Abwägungen und Skalierungen müssen dann die dem jeweiligen Einzelfall gerecht werdenden Auslegungsergebnisse für die §§ 662ff abgeleitet werden. Hierin liegt aber keine Schwäche und schon gar kein Grund zur Reform des Auftragsrechts, sondern seine besondere Stärke.

**III. Formfragen.** Der Auftrag ist grds **formfrei**. Begründet der Auftrag aber die unwiderrufliche Verpflichtung zur Übertragung oder zum Erwerb von Grundstückseigentum, dann ist er nach § 311b I notariell zu beurkunden (s § 311b Rn 26; BGH 85, 245). Dies gilt allerdings nicht, wenn diese Vermögensbewegung nur auf der gesetzlichen Herausgabepflicht des Beauftragten aus § 667 beruht, wie dies bei bürgerlich-rechtlichen Kommissionsverhältnissen der Fall ist, denn in diesem Fall fehlt es an der von § 311b vorausgesetzten vertraglichen Verpflichtung (BGH 85, 245, 248f; 127, 168; s auch § 667 Rn 10). Baubetreuungsverträge mit Grundstücksverschaffungspflicht unterliegen der Form des § 311b I nur dann, wenn die Parteien eine Erwerbspflicht des Betreuten besonders vertraglich vereinbaren (BGH LM Nr 104 zu § 313; Staud/Martinek Rn 16). Der Auftrag und die mit ihm verbundene (s Rn 6) Abschlussvollmacht bedürfen der notariellen Beurkundung nach § 311b I, wenn eine tatsächliche oder rechtliche Bindung des Auftraggebers an das Erwerbs- oder Veräußerungsgeschäft besteht. Die notarielle Beurkundung ist auch dann notwendig, wenn der Beauftragte im Zeitpunkt des Abschlusses des Auftragsvertrags das Grundstück bereits hat oder wenn er es auf eigene Rechnung erwerben soll (BGH WM 1969, 917; LM Nr 48 zu § 313 BGB; Staud/Martinek Rn 16). Ein Auftrag zum Erwerb eines GmbH-Geschäftsanteils bedarf nicht der Form des § 15 IV GmbHG (Lutter/Hommelhoff/Bayer GmbHG § 15 Rn 48 mwN). Ein Treuhandvertrag (s Rn 17) über einen GmbH-Geschäftsanteil bedarf hingegen nach Gründung der Gesellschaft und erst recht ihrer Eintragung der notariellen Beurkundung nach § 15 IV GmbHG (BGH BB 2004, 2707; BGH 141, 207, 211; Lutter/Hommelhoff/Bayer GmbHG § 15 Rn 90ff).

**IV. Verhältnis zur Vollmacht.** Einer Vollmacht zum Abschluss von Rechtsgeschäften mit Dritten liegt bei Unentgeltlichkeit typischerweise ein Auftrag zugrunde, der das Innenverhältnis zu Vollmachtgeber und -nehmer regelt (BGH DNotZ 2003, 836). Die Begründung einer isolierten Vollmacht, also einer „Vollmacht ohne Innenverhältnis“, ist zwar möglich (BGH NJW 1990, 1721, 1722), aber unüblich (BGH WM 2003, 85). S zur Trennung von Vollmacht und dem ihr zugrundeliegenden Rechtsverhältnis („Abstraktheit der Vollmacht“) Vor § 164 Rn 6; zum Zusammenhang zw Erlöschen der Vollmacht und Erlöschen des der Vollmacht zugrundeliegenden Auftrags § 168 sowie § 672 S 2 aE und § 673 S 2 aE (s auch zum Schutz des Bevollmächtigten in diesen Fällen bei Auftreten ggü gutgläubigen Dritten § 674 Rn 3). Auch der Erteilung einer „Auflassungsvollmacht“ an einen Notariatsangestellten durch die Partei eines Grundstückskaufvertrags liegt ein Auftragsvertrag zugrunde (BGH WM 2003, 85). Im Einzelfall kann das durch die Vollmacht begründete „rechtliche Können“ im Außenverhältnis über das durch den Auftrag und die mit ihm verbundenen vertraglichen Vereinbarungen und einseitigen Weisungen des Auftraggebers (§ 665) ausgestaltete „rechtliche Dürfen“ hinausgehen. Überschreitet der Beauftragte in diesem Fall die durch den Auftrag ihm im Innenverhältnis zum Auftraggeber gesetzten Grenzen, ist das mit dem Dritten abgeschlossene Geschäft zwar wirksam (es sei denn, es greifen die Voraussetzungen des Missbrauchs der Vertretungsmacht, § 167 Rn 70ff), er macht sich aber dem Auftraggeber ggü schadensersatzpflichtig (s Vor § 164 Rn 6). Möglich ist auch, dass der Beauftragte im Außenverhältnis zu Dritten als **mittelbarer Stellvertreter** agiert. Er tritt dann im eigenen Namen auf, wird aus den von ihm abgeschlossenen Rechtsgeschäften selbst berechtigt und verpflichtet (s BGH NJW 2007, 1528, 1529), erwirbt die in Erfüllung dieser Rechtsgeschäfte geleisteten Gegenstände zu Eigentum, ist jedoch im Innenverhältnis zum Auftraggeber zur Weiterleitung an diesen verpflichtet (Staud/Martinek Vor § 662 Rn 38f). Auch der Treuhänder (s Rn 17) handelt wie der mittelbare Stellvertreter im fremden Interesse, aber im eigenen Namen (s Vor § 164 Rn 16). § 392 II HGB, wonach Forderungen aus einem vom Kommissionär abgeschlossenen Geschäft im Verhältnis zw diesem und seinen Gläubigern einerseits und dem Kommittenten an-

## § 662

## Recht der Schuldverhältnisse Einzelne Schuldverhältnisse

dererseits als Forderungen des Kommittenten gelten, regelt eine gesetzliche Ausnahme von diesem Prinzip und ist auf andere Kommissionsgeschäfte nicht übertragbar (BGH NJW 1974, 456, 457).

- 7 **V. Gefälligkeiten des täglichen Lebens.** Der Auftrag als rechtlich bindender Gefälligkeitsvertrag ist von den Gefälligkeiten des täglichen Lebens und gesellschaftlichen Zusagen abzugrenzen. Bei ihnen fehlt iGgs zum Auftrag der Rechtsbindungswille der Parteien (s Einl § 241 Rn 14). Die Uneigennützigkeit des Handelnden reicht für sich allein nicht aus, um die Annahme rechtsgeschäftlicher Beziehungen, die sich etwa aus den Umständen ergeben, zu verneinen (BGH NJW 1956, 1313). Ein starkes Indiz für einen Rechtsbindungswillen sind die für den Beauftragten erkennbaren wirtschaftlichen Interessen des Auftraggebers an der Tätigkeit des Beauftragten (BGH 56, 204, 210; NJW 2003, 578) sowie die erheblichen Schadensfolgen, die – für den Beauftragten erkennbar – bei einer fehlerhaften Auftragsdurchführung für den Auftraggeber eintreten können (BGH 21, 102, 107; WM 2003, 85). Der Rechtsbindungswille der Parteien ist daher zu bejahen, wenn jemand sich bereit erklärt, nicht ganz unbedeutende wirtschaftliche oder rechtliche Interessen eines anderen wahrzunehmen (RG LZ 1923, 275; BGH 21, 102, 107; NJW 1992, 498f; Staud/Martinek Rn 8). Allerdings ist stets zu prüfen, ob die Überbürdung des Schadensersatzrisikos für den Handelnden zumutbar ist und nicht seinen Rechtsbindungswillen in Frage stellt (BGH NJW 1992, 498; Staud/Martinek Rn 8). Regeln etwa Ehegatten während des Zusammenlebens die Aufgabenbereiche innerhalb der ehelichen Lebensgemeinschaft in der Weise, dass einer von ihnen die Haushaltsführung im Wesentlichen allein übernimmt, so entsteht daraus selbst dann kein Auftragsverhältnis iSd § 662, wenn die verfügbaren Mittel im Wesentlichen aus den Einkünften oder dem Vermögen des anderen Ehegatten zufließen. Deshalb kann der andere Ehegatte von dem die Haushaltsführung wahrnehmenden Ehegatten weder nach Auftragsrecht noch aufgrund eines eigenständigen familienrechtlichen Anspruchs die Rückzahlung von Geldern verlangen, deren familienbezogene Verwendung dieser Ehegatte nicht belegen kann. Eine unmittelbare oder analoge Anwendung des § 667 kommt hier nicht in Betracht (BGH NJW 2000, 3199, 3200; 1986, 1870, 1871; NJW-RR 1987, 1347, 1348). Bei Verwaltung sonstigen Vermögens durch einen Ehegatten kann aber durchaus ein Auftragsverhältnis (Treuhand) in Betracht kommen (s Rn 3, 17). Auch in Fallgestaltungen mit sonstigem familiärem oder personalem Einschlag (zB Vater-Sohn-Verhältnis, Kinder untereinander) können die §§ 662ff Anwendung finden (BGH MDR 2008, 1161; NJW-RR 1987, 963; NJW 1963, 950, 951).
- 8 **VI. Entsprechende Geltung.** Die §§ 662ff regeln die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien des Auftrags. Zugleich wird in § 675 I für den entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrag auf die meisten Bestimmungen der §§ 662ff verwiesen. Die gleiche Verweisung (bis auf § 671 II) enthält § 675c I für Geschäftsbesorgungsverträge, die die Erbringung von Zahlungsdiensten (s § 1 II ZAG) zum Gegenstand haben, allerdings unter dem Vorbehalt, dass die §§ 675c–676c keine abw Regeln enthalten. Darüber hinaus werden die §§ 662ff in anderen Bestimmungen für entspr anwendbar erklärt, zB in den §§ 27 III, 48 II, 86 (Geschäftsführung des Vorstands und der Liquidatoren von Verein und Stiftung), §§ 681, 683 (GoA), § 713 (geschäftsführender Gesellschafter), §§ 1835 I, 1915 (Aufwendungen des Vormunds und Ergänzungspflegers), §§ 1978 III, 1991 I (Aufwendungen des Erben bei beschränkter Erbenhaftung), § 2218 I BGB (Testamentsvollstreckung) sowie in den §§ 53 IX, 55 III BRAO (allg Vertreter des RA und Abwickler der Kanzlei). Der Kreditauftrag nach § 778 ist echter Auftrag (s § 778 Rn 1); ebenso der unentgeltliche Verwalter- oder Treuhändervertrag, § 675 Rn 90.
- 9 **VII. Auftrag mit Auslandsberührung; europäische Regelungen. 1. IPR.** Für einen grenzüberschreitenden Auftragsvertrag iSv Art 3 EGBGB gilt mangels Rechtswahl der Parteien nach Art 4 II Rom I-VO das Recht des Landes, in dem der Beauftragte seinen gewöhnlichen Aufenthalt oder Sitz (s Art 19 I Rom I-VO) hat, denn er und nicht der Auftraggeber erbringt mit seiner fremdnützigen Tätigkeit die für den Auftragsvertrag charakteristische Leistung (BGH BB 2004, 2707, 2709 für den Treuhandvertrag; Hamm NJW-RR 1997, 1007, 1008; MüKo/Martiny Art 4 Rom I-VO Rn 28; Pal/Thorn Art 4 Rom I-VO Rn 11; allg Art 4 Rom I-VO Rn 16). Ist der Auftrag mit einem anderen Geschäft offensichtlich enger verbunden, folgt der Auftrag nach Art 4 III Rom I-VO dem Statut dieses anderen Geschäfts (MüKo/Martiny Art 4 Rom I-VO Rn 34). Auf Geschäftsbesorgungsverträge ist grds das Recht am Sitz des Geschäftsbesorgers anwendbar (BGH RIW 2005, 144, 146; NJW-RR 2003, 1582, 1583; Hamm IPRax 1996, 33, 36). Das für die Formwirksamkeit maßgebliche Recht ist nach der alternativen Kollisionsnorm des Art 11 Rom I-VO zu bestimmen (BGH BB 2004, 2707, 2708 zu Art 11 EGBGB). Für B2C-Verträge gilt die Sonderkollisionsnorm des Art 6 Rom I-VO, falls nicht der Ausnahmetatbestand von Art 6 IV lit a Rom I-VO vorliegt; der dort verwendete Begriff der Dienstleistung umfasst auch die Geschäftsbesorgung (BGH 123, 380, 385; Reithmann/Martiny/Martiny, Internationales Vertragsrecht, 7. Aufl 2010, Rn 1055; s Art 6 Rom I-VO Rn 29).
- 10 **2. Draft Common Frame of Reference.** Der Draft Common Frame of Reference (DCFR) aus dem Jahr 2009 (Text abgedruckt in: von Bar/Clive/Schulte-Nölke [Hrsg], Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference, 2009, 131ff; s dazu Schulte-Nölke NJW 2009, 2161; Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann JZ 2008, 529) widmet dem Auftrags- und Geschäftsbesorgungsvertrag („*mandate contract*“) im vierten Buch einen eigenen Abschnitt D. Art IV.D-1:101 (1)–(3) definiert den unentgeltlichen und entgeltlichen „*mandate contract*“ als einen Vertrag, mit dem eine Person („*representative*“) von einer anderen Person („*principal*“) bevollmächtigt und beauftragt („*authorized and instructed*“) wird, a) im fremden Namen einen Vertrag zu einem Dritten und dem Auftraggeber abzuschließen, b) selbst einen Vertrag für den Auftraggeber mit einem Dritten abzuschließen oder in anderer Weise den Abschluss eines Vertrags zu dem Auftraggeber und dem Dritte herbeizuführen oder zu erleichtern oder c) auf die Rechtsposition des Auftraggebers im Verhältnis zu einer dritten Person einzuwirken, gleich, ob sich der Beauf-

tragte im Vertrag verpflichtet, den Weisungen des Auftraggebers zu folgen, oder nicht. Der DCFR spiegelt damit die auch im deutschen Recht gängige (s Rn 6, Vor § 164 Rn 15) Unterscheidung zw unmittelbarer und mittelbarer Stellvertretung wider. Art IV.D-1:101 (5) DCFR bestimmt in Übereinstimmung mit § 675 I, dass Dienstleistungsverträge mit Geschäftsbesorgungscharakter primär den Regeln des Auftragsrechts unterfallen. Art IV.D-1:101 (4) DCFR stellt dabei klar, dass die im DCFR enthaltenen Regeln zum „*mandate*“ nur das Innenverhältnis zw Auftraggeber und Beauftragtem („*mandate relationship*“) regeln, nicht aber die Frage der Vertretungsmacht des Beauftragten im Außenverhältnis zu Dritten. Hierzu enthält der DCFR spezielle Regeln im Buch 2 Kapitel VI (Art II.-6:101ff). Art II.-6:101 (3) DCFR stellt dementsprechend klar, dass die Vertretungsregeln nicht auf das Innenverhältnis zw Vertreter und Vertretenem anwendbar sind. Diese Abstraktion des Auftrags von der Stellvertretung entspricht dem deutschen Recht (s Rn 6, Vor § 164 Rn 6). Die UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPICC, s dazu Berger ZVglRWiss 1995, 217ff) und die Lando Principles of European Contract Law (PECL) regeln nur die Vertretungsmacht des Beauftragten im Außenverhältnis zu Dritten, nicht jedoch das vertragliche Innenverhältnis zum Auftraggeber (Art 2.2.1 [2] UPICC, Art 3:101 [3] PECL). Im Hinblick auf die Bedeutung des DCFR als „kodifikationsförmiger nichtlegislativer Referenztext“ (Jansen/Zimmermann NJW 2009, 3401, 3406) sollte bei der Auslegung der §§ 662ff stets auch ein Blick auf die darin enthaltenen, den *acquis communautaire* widerspiegelnden (s dazu Grigoleit AcP 210 [2010] 354, 357) Regelungen des „*mandate contract*“ geworfen werden (s zum methodischen Ansatz der „international brauchbaren Auslegung“ des deutschen Rechts auf der Basis einer rechtsvergleichend erarbeiteten Referenzordnung wie der Lando-Principles Berger ZEuP 2001, 4, 12ff).

**3. Historische Entwicklung.** S zur historischen Entwicklung vom römisch-rechtlichen „*mandatum*“ 11 als unentgeltlichem, ausdr oder stillschw abgeschlossenem und nicht ausschließlich im Interesse des Beauftragten (Mandatar) liegendem Konsensualvertrag bis zu den Kodifikationen der Naturrechts-epoche und zur Gesetzgebungsgeschichte des Auftragsrechts Erman/Ehmann<sup>12</sup> Vor § 662 Rn 6ff; Staud/Martinek Vor § 662 Rn 3ff; Kaser/Knütel, Römisches Privatrecht 19. Aufl 2008, § 44 I; zu Reformüberlegungen für das Recht der entgeltlichen Geschäftsbesorgung (Schaffung eines neuen Vertragstyps des „Sachwaltervertrags“) das Gutachten von Musielak in BMJ (Hrsg), Gutachten und Vorschläge Bd II, 1981, 1209ff.

**VIII. Vertragsschluss.** Trotz des missverständlichen Wortlauts kann das Angebot zum Abschluss 12 eines Auftrags von beiden Seiten ausgehen (MüKo/Seiler Rn 2). Es gelten die allg Regeln der §§ 145ff über den Vertragsschluss (Pal/Sprau Rn 2). Dem Vertragsschluss steht nicht entgegen, dass ein und dieselbe Person Beauftragter der einen Partei und zugleich in einzelnen Beziehungen auch Beauftragter der Gegenpartei ist (s RG 21, 90; 62, 315; 73, 302; JW 1912, 84; 1913, 542; Staud/Martinek Rn 14). Der Vertrag kann auch stillschw abgeschlossen werden, zB wenn die Parteien eines Kaufvertrags sich darüber einigen, dass unabhängig von § 439 der Käufer Nacherfüllungshandlungen vornehmen soll (Jauernig/Mansel Rn 8). In der Annahme einer Vollmachtsurkunde liegt zugleich die Annahme des zugrundeliegenden (s Rn 6) Auftrags (BGH NJW 2003, 578). Für die Beurteilung der Nichtigkeit und der Vertragsabwicklung gelten die allg Regeln. So kommt die Nichtigkeit des Auftragsvertrags nach §§ 134, 138 in Betracht, wenn jemand einen anderen mit einer sittenwidrigen oder verbotenen Tätigkeit beauftragen will. Im Fall der Unwirksamkeit des Auftragsvertrags finden nach der Rspr des BGH auf die Rechtsbeziehungen der Parteien des unwirksamen Vertrags die Vorschriften zur GoA gem §§ 677ff Anwendung (s § 667 Rn 3; § 670 Rn 5; aA § 677 Rn 43 [Dornis]). Durch die Verweisungen des § 683 S 1 und des § 681 S 2 führt dies weitgehend zur Anwendung auftragsrechtlicher Vorschriften (BGH 39, 87, 90). S zur Rechtsnatur des Auftrags Rn 2.

**IX. Vertragsinhalt. 1. Besorgung eines Geschäfts.** Geschäftsbesorgung iSv § 662 ist jede aktive 13 rechtsgeschäftliche, rechtsgeschäftsähnliche oder tatsächliche **Tätigkeit wirtschaftlicher oder ideeller Art** im Interesse eines anderen (BGH 56, 204, 207; PWW/Fehrenbacher Rn 6; Enn/Lehmann § 160.I.3). Den §§ 662ff liegt iGgs zu § 675 („Trennungstheorie“, s § 675 Rn 4) ein **weiter Geschäftsbesorgungsbegriff** zugrunde. Erfasst werden soll jede zulässige Tätigkeit jenseits der bloßen Gefälligkeitsverhältnisse (s dazu Rn 7; Staud/Martinek Rn 2, 6ff). Unter ihn fallen auch unselbständige Tätigkeiten, der Beauftragte braucht also, iGgs zum Geschäftsbesorger nach § 675 I, keinen Entscheidungsspielraum zu haben (Staud/Martinek Rn 21). Stets muss aber ein **aktives Tun** geschuldet sein, bloßes Unterlassen, Gewährenlassen oder Dulden genügt daher nicht (Pal/Sprau Rn 6; MüKo/Seiler Rn 20). In Betracht kommt eine einzelne oder ein Komplex von Tätigkeiten (zB Verwaltung fremden Vermögens; Jauernig/Mansel Rn 9). Der Beauftragte kann auch verpflichtet sein, alle Maßnahmen innerhalb einer bestimmten Angelegenheit (eines „Auftragsgebiets“) im Interesse des Auftraggebers vorzunehmen, auch wenn sie nicht im Einz im Auftrag aufgeführt sind oder sich überhaupt erst nachträglich als sachgemäß erweisen (RG Recht 1917 Nr 1254; Staud/Martinek Rn 22). Es kommt nicht darauf an, ob der Auftragnehmer im eigenen oder im fremden Namen handelt (MüKo/Seiler Rn 19), s dazu Rn 6. Die Tätigkeit muss **fremdnützig** sein, dh die Tätigkeit obliegt eigentlich der Sorge eines anderen und fördert dessen Interesse, wobei dann, wenn der Auftraggeber die Tätigkeit wünscht, von der Fremdnützigkeit auszugehen ist (PWW/Fehrenbacher Rn 8). Die Mitverfolgung eigener Interessen schließt die Fremdnützigkeit nicht aus (BGH 16, 12, 16; 56, 204, 207). Der Kreditauftrag (§ 778) zeigt, dass der Auftrag auch Angelegenheiten eines Dritten betreffen kann, solange es sich im Verhältnis zum Beauftragten um eine Angelegenheit des Auftraggebers handelt (RG 56, 130, 134). Dient aber die Geschäftsbesorgung allein den Zwecken des Beauftragten, kann es sich nicht um einen Auftrag iSv §§ 662ff handeln. Denn ein Auftrag kann niemals lediglich im Interesse des Beauftragten erteilt werden (Staud/Martinek Rn 28). Ein bestimmter Spielraum für eigene Initiativen des Auftragnehmers ist nicht erforderlich, sodass auch einfache Verrichtungen unter die §§ 662ff fallen

## § 662

## Recht der Schuldverhältnisse Einzelne Schuldverhältnisse

können (MüKo/Seiler Rn 16 aE). Ausgenommen sind lediglich rein mechanische Handreichungen, bei denen es sich ohnehin häufig um Gefälligkeiten des täglichen Lebens handeln wird (Pal/Sprau Rn 6 aE).

- 14 2. Unentgeltlich.** Weil der Auftrag ein Gefälligkeitsvertrag ist (s Rn 2), kann der Beauftragte für seine Tätigkeit keine Gegenleistung verlangen. Die Unentgeltlichkeit ist nach § 662 Bestandteil der vertraglichen Einigung der Parteien, die, wie der Vertragsschluss selbst (s Rn 12), auch stillschweigend getroffen werden kann. Schon im römischen Recht war das Kennzeichen des *mandatum* dessen Unentgeltlichkeit („*mandatum nisi gratuitum nullum est*“, Paulus D. 17, 1, 1, 4; s auch Mot II 527). Aus einer verwandtschaftlichen oder nachbarschaftlichen Beziehung lässt sich nicht ohne weiteres die stillschweigend vereinbarte Unentgeltlichkeit ableiten (BaRo/Czub Rn 10); s zur Treuhandabrede unter Ehegatten Rn 17. Wird zw den Vertragsparteien eine Vergütung – und sei es auch nur stillschweigend – vereinbart, kann niemals ein Auftrag nach §§ 662ff vorliegen (Staud/Martinek Rn 5). Liegt zwar keine Vereinbarung über eine Vergütung vor, wird aber die betreffende Tätigkeit nach den Umständen typischerweise nur gegen Entgelt ausgeführt, so ist sie nach den in §§ 612 I, 632 I, 653 I, 689 und § 354 HGB enthaltenen gesetzlichen Vermutungen als entgeltlich zu betrachten (MüKo/Seiler Rn 26). Die Zahlung von Vorschuss (§ 669) und der Ersatz von Aufwendungen (§ 670) stellen keine Gegenleistungen für die Tätigkeit dar, sondern sollen lediglich Vermögensopfer des Beauftragten verhindern bzw ausgleichen (Jauernig/Mansel Rn 11). Die Zahlung einer bloßen „Anerkennung“ oder „Belohnung“ oder eines „Trinkgeldes“ ohne Entgeltcharakter beseitigt die Unentgeltlichkeit nicht (MüKo/Seiler Rn 28; BaRo/Czub Rn 9). Eine Zuwendung des Auftraggebers an den Beauftragten nach Vertragsschluss ist nicht als Schenkung zu werten (RG 72, 188, 191; 74, 139, 142; BaRo/Czub Rn 9; aA Staud/Martinek Rn 5; in Ausnahmefällen remuneratorische Schenkung nach § 534). Vereinbaren die Parteien nach Vertragsschluss die Zahlung eines Entgelts an den Beauftragten, so liegt eine Vertragsänderung vor, deren Inhalt durch Auslegung zu ermitteln ist. IdR wird eine Vergütung für die Tätigkeit des Beauftragten gewollt sein, sodass die Unentgeltlichkeit entfällt und kein Auftrag (mehr) vorliegt (RG 72, 188, 191; 74, 139, 141f; Pal/Sprau Rn 8). Tatsächlich sind in der Rechtswirklichkeit die meisten Geschäftsbesorgungen entgeltlich, weil eine „unentgeltliche Tätigkeit“ in unserer Wirtschafts- und Sozialordnung heute Ausnahmecharakter besitzt. Aus diesem Grund ist dem Auftragsvertrag in der Praxis eine vergleichsweise geringe Bedeutung zuzumessen (Staud/Martinek Vor § 662 Rn 32). Rechtspraktische Bedeutung erlangen die meisten Vorschriften der §§ 662ff durch die Verweisung in § 675 I.
- 15 X. Vertragspflichten. 1. Pflichten des Beauftragten. a) Durchführung des Auftrags.** Die Hauptpflicht des Beauftragten ist die sorgfältige und sachkundige (PWW/Fehrenbacher Rn 11) Durchführung des im Auftrag vereinbarten Geschäfts (MüKo/Seiler Rn 34). Wegen des dem Auftrag immanenten Vertrauensverhältnisses (s Rn 2) handelt es sich dabei um eine **höchstpersönliche** Verpflichtung (s § 664 Rn 1). Der genaue Inhalt der Tätigkeit und die für den Beauftragten maßgebliche Pflichteninhalte richten sich nach der Vereinbarung der Parteien sowie den Interessen und den später erteilten Weisungen (§ 665) des Auftraggebers (BaRo/Czub Rn 11). Mangels einer konkreten Vereinbarung richten sich Inhalt und Umfang der geschuldeten Tätigkeit nach dem Pflichten- und Interessenkreis, aus dem das zu besorgende Geschäft stammt (PWW/Fehrenbacher Rn 8). Art IV.D.-3:103 (4) DCFR (s Rn 10) nennt als Maßstab für die Pflichterfüllung durch den Beauftragten die Sorgfaltsmaßstäbe der Berufsgruppe, zu der der Beauftragte gehört, die Natur, den Umfang, die Häufigkeit und die Vorhersehbarkeit der mit seiner Tätigkeit verbundenen Risiken und die Zeit, die ihm für die Ausführung der Tätigkeit zur Verfügung steht. Der Pflichteninhalt wird auch durch die Aufgabenverteilung zu einem Dritten bestimmt, zu dem der Beauftragte in einem Arbeitsverhältnis steht. Wird etwa dem Notariatsangestellten von den Parteien eines Grundstückskaufvertrags eine **Auflassungsvollmacht** erteilt, so gehen sie im Hinblick auf den Pflichteninhalt des der Vollmacht zugrundeliegenden Auftrags (s Rn 3) davon aus, dass der Angestellte bei der Auflassung unter der Anleitung des beurkundenden Notars handelt. Diese der Erteilung einer Auflassungsvollmacht an Notariatsangestellte regelmäßig zugrundeliegende Willensrichtung der Beteiligten ist von entscheidender Bedeutung bei der Bestimmung der dem Bevollmächtigten bei Durchführung des Auftrags obliegenden Vertragspflichten. So ist er dann, wenn der Notar die Auflassungsvoraussetzungen für gegeben erachtet, im Allg nicht dazu verpflichtet nachzuprüfen, ob die Vorgehensweise des Notars in Einklang mit der Sach- und Rechtslage steht. Aufgrund dessen wird es in vielen Fällen, in denen ein Notariatsangestellter von einer ihm erteilten Auflassungsvollmacht objektiv fehlerhaft Gebrauch macht, schon an einer (schuldhaften) Pflichtverletzung fehlen, so dass die „Außenhaftung“ des Angestellten, etwa ggü den Parteien eines Grundstückskaufvertrags (s dazu Rn 6), nur selten neben der Haftung des Notars nach § 19 I BNotO zum Tragen kommen wird (BGH WM 2003, 85ff).
- 16 b) Treue- oder Interessenwahrungspflicht.** Aus der Fremdnützigkeit (s Rn 13) der vom Beauftragten geschuldeten Tätigkeit folgt, dass er dem Auftraggeber zur Loyalität verpflichtet ist. Dies bedeutet, dass der Beauftragte die ihm bekannten Interessen des Auftraggebers, nicht etwa seine eigenen oder die eines zum Auftraggeber in keiner Beziehung stehenden Dritten wahrzunehmen hat und hierbei unter den gegebenen Umständen und bei Einhaltung der erforderlichen Sorgfalt den größtmöglichen Nutzen für den Auftraggeber anzustreben hat (Staud/Martinek Rn 26). Auch Art IV.D.-3:102 (1) DCFR (s Rn 10) enthält eine vergleichbare Verpflichtung. Diese Treue- oder Interessenwahrungspflicht ist Bestandteil der Hauptpflicht des Beauftragten und zugleich besonderes Charakteristikum des Auftragsvertrags als Subordinationsvertrag (s Rn 3; MüKo/Seiler Rn 36f). Er ist durch eine Unterordnung der Interessen der einen Partei (Beauftragter) unter die der anderen (Auftraggeber) und durch eine im Verhältnis zu Austauschgeschäften gesteigerte Treuepflicht beider Parteien gekennzeichnet (Staud/Martinek Vor § 662 Rn 26). Auch wenn der Beauftragte, wie häufig,

im Außenverhältnis im eigenen Namen auftritt (s Rn 6), handelt er dabei doch stets im Interesse des Auftraggebers. Der Grad und die Intensität dieser Interessenwahrungspflicht hängen von der Natur und Dauer des Auftrags und der dadurch bestimmten Intensität der Vertrauensstellung des Beauftragten und der Nähe des Beauftragten zur (Vermögens-)Sphäre des Auftraggebers sowie dem dadurch bewirkten Vertrauen des Auftraggebers in den Beauftragten ab (MüKo/Seiler Rn 37). § 662 verdeutlicht, dass dann, wenn während der Geschäftsbesorgung durch den Beauftragten unvorhergesehene Umstände auftreten, dieser sich gleichsam in die Person des Auftraggebers hineinzuversetzen und aus dessen wohlverstandenen Interesse heraus zu handeln hat (s § 665 Rn 8), falls er nicht unmittelbar mit ihm Rücksprache halten und erg Weisungen einholen kann (Staud/Martinek Rn 29). Die Wahrnehmung der Treuepflicht durch den Beauftragten wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass dieser auch eigene Interessen wahrnimmt (BGH 56, 204, 207).

Wegen dieser Treubindung des Beauftragten im Innenverhältnis zum Auftraggeber besteht eine besondere Nähe zur **Treuhand** (s Vor § 164 Rn 16ff). Das Wesen der nicht spezialgesetzlich geregelten Treuhand ist die Ausübung von Rechten in eigener Rechtszuständigkeit und in eigenem Namen durch den Treuhänder, aber nicht – oder wenigstens nicht ausschließlich – im eigenen Interesse, sondern im Interesse des Treugebers (RG 127, 344; BGH 11, 37; 17, 140; 19, 69; NJW 1987, 2071; Löhnig, Treuhand, 2006, 117). So kann bei der Vermögensverwaltung durch einen Ehegatten, falls ein Rechtsbindungswille festzustellen ist (s Rn 7), eine Treuhandabrede gegeben sein. Die erg Auslegung der stillschw geschlossenen Treuhandabrede kann ergeben, dass intern ein Auftragsverhältnis begründet werden sollte, auch wenn dies zunächst von der ehelichen Lebensgemeinschaft überlagert war (vgl BGH NJW-RR 1993, 367, 368; Wever, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts, 5. Aufl 2009, Rn 409, 938, 945). Selbst wenn der Treuhänder auf eigene Rechnung handelt (Vertragshändler, Franchisenehmer, sonstiger Absatzmittler), kann bei entspr vertraglicher Vereinbarung eine Treuhand vorliegen (Löhnig aaO, 165ff). Die Treuhand zeichnet sich dadurch aus, dass die Rechtsmacht des Treuhänders im Außenverhältnis seine treuhänderische rechtliche Bindung im Innenverhältnis zum Treugeber übersteigt (s Rn 6). Folgerichtig liegt dem Innenverhältnis zw Treuhänder und Treugeber bei Unentgeltlichkeit ein Auftrag, bei Entgeltlichkeit ein Geschäftsbesorgungsvertrag zugrunde (BGH BB 2004, 2707, 2710; 2002, 1446, 1447; 1953, 249, 250; NJW 1963, 950, 951; BGH 5, 285, 292; RG 121, 294, 296; 133, 84, 87; Löhnig aaO, 168; aA Grundmann, Der Treuhandvertrag, insb die werbende Treuhand, 1997, 87ff, der ohne Not von einem neben den Auftrag/Geschäftsbesorgungsvertrag tretenden Treuhandvertrag als Interessenwahrungsvertrag ausgeht).

Bei **Sicherheiten-Poolverträgen** zu nicht-akzessorischen Sicherheiten werden diese meist zugunsten eines Treuhänders – meist einer der beteiligten Banken – bestellt, der die Sicherheiten im eigenen Namen zugunsten aller Poolmitglieder (zB Konsortialbanken) hält und verwaltet (Martinek/Oechsler in BankR-Hdb, § 97 Rn 21; Wenzel, Rechtsfragen internationaler Konsortialkreditverträge, 2006, 375). Mittelbare Beteiligungen an Unternehmen beruhen meist auf einer Treuhandabrede (BGH BB 2004, 2707, 2708; MüKo-HGB/K. Schmidt, 2. Aufl 2007, Vor § 230 Rn 51; Heymann/Horn, HGB, 2. Aufl 1996 § 105 Rn 51). Treuhand und Unterbeteiligung an Gesellschaftsanteilen sind nicht einander ausschließende, zur Anwendung entweder des Auftrags- oder des Gesellschaftsrechts führende Rechtsinstitute. Entscheidend für die Einordnung ist die inhaltliche Gestaltung des Vertragsverhältnisses, wobei für eine gesellschaftsvertragliche Beziehung spricht, dass der hauptbeteiligte Gesellschafter nur einen Teil seines Anteils für den anderen Vertragsbeteiligten hält, iÜ aber eigene Interessen in der Gesellschaft verfolgt (BGH NJW 1994, 2886, 2887). Erhält der Besteller, der an den Werkunternehmer eine Anzahlung geleistet hat, zur Sicherung eines etwaigen Anspruchs auf Rückzahlung der Anzahlung vom Kreditinstitut seines Vertragspartners eine Bürgschaft, soll jedoch diese Sicherheit erst in Kraft treten, wenn die Anzahlung bei der Bank „bedingungslos und auflagenfrei“ eingegangen ist, so kommt zw dem Besteller und dem Kreditinstitut ein Treuhandauftrag zustande, wenn der Besteller dem Kreditinstitut die Auflage erteilt, die Auszahlung dürfe erst nach Freigabe durch ihn erfolgen, und das Kreditinstitut die geleistete Zahlung nicht zurückweist (BGH BKR 2003, 866).

Nur die echte Treuhand, bei der das Treugut dem Treuhänder unmittelbar vom Treugeber übertragen wird, begründet für den Treugeber in der Insolvenz des Treuhänders ein Aussonderungsrecht nach § 47 InsO und bei der Einzelzwangsvollstreckung von Gläubigern des Treuhänders in das Treugut nach §§ 803f, 808 ZPO auch eine Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO (RG 84, 214, 217; 91, 12, 16; 127, 341, 344; 133, 84, 87; BGH NJW 1959, 1223, 1224f). Echte Treuhandverhältnisse sind auch die (uneigennützig) Verwaltungstreuhand, bei der die Übertragung des Treuguts im Interesse des Treugebers erfolgt (zB Inkassozeession), und die (eigennützig) Sicherungstreuhand, bei der das Sicherungsgut im Interesse des Treuhänders übertragen wird (zB Sicherungseigentum; BGH 5, 285, 292f; Staud/Martinek Vor § 662 Rn 42; Henssler AcP 196 [1996] 37, 42f). Die doppelstützige Treuhand, bei der ein Gesellschafter seinen Gesellschaftsanteil als Treugeber auf einen Treuhänder überträgt, ist gleichzeitig Sicherungs- und Verwaltungstreuhand (Bork NZI 1999, 337, 339; ders ZIP 2003, 1421, 1424; Kampshoff GmbHR 2010, 897, 902). Zum Wesen der uneigennützigen Treuhand gehört es, dass der treuhänderisch zu verwaltende Gegenstand formell aus dem Vermögen des Treugebers ausscheidet, der Treuhänder nach außen Vollrechtsinhaber wird und im Innenverhältnis nach Maßgabe der Treuhandabrede verpflichtet ist, das nach wie vor wirtschaftlich zum Vermögen des Treugebers gehörende Recht in dessen Interesse zu handhaben (BGH NJW-RR 1993, 367, 368; FamRZ 1972, 559). Die formale Übertragung von Vermögenspositionen allein aus steuerlichen Gründen ohne weitergehende Absichten ist ein typischer Fall der fremdnützigen Verwaltungstreuhand (BGH NJW-RR 1993, 367f). Trotz der unterschiedlichen Interessenverteilungen kann nicht nur einer uneigennützigen Verwaltungstreuhand, sondern auch einer eigennützigen Sicherungstreuhand ein Auftrag bzw Geschäftsbesorgungsverhältnis zugrunde liegen, denn auch im zuletzt genannten Fall kann der

## § 662

## Recht der Schuldverhältnisse Einzelne Schuldverhältnisse

Treuhänder verpflichtet sein, Interessen des Treugebers wahrzunehmen. So folgt etwa bei der Sicherungsübereignung aus dem fiduziarischen Charakter der Sicherungsabrede sowie der Interessenlage der Vertragsparteien die Pflicht des Sicherungsnehmers, die Sicherheit schon vor Beendigung des Vertrags zurückzugewähren, wenn und soweit sie endgültig nicht mehr benötigt wird (BGH [GrSZ] NJW 1998, 671, 672; s auch NJW 1997, 1570, 1573). Um die besondere Interessenlage der Parteien des Treuhandvertrags zu erhalten, wendet der BGH bei dessen Nichtigkeit nicht bereicherungsrechtliche Grundsätze an, sondern die Regeln der GoA (s § 667 Rn 3).

- 20 Stets ist allerdings zu prüfen, ob ein Auftragsvertrag tatsächlich Treuhandcharakter hat. Ein Rechtsanwalt, der auf seinem Anderkonto Geld erhält, welches von einem Dritten in Erfüllung einer mit dem Mandanten getroffenen Vereinbarung geleistet wird, handelt idR allein als Vertreter seines Auftraggebers, nicht als Treuhänder für den Dritten. Dies folgt im Ansatz schon aus dem Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen (§§ 43a IV, 59b II Nr 1 lit e BRAO), weil die Interessen des Dritten idR nicht mit denjenigen der vom Rechtsanwalt vertretenen Partei identisch sind, vielmehr insoweit Gegensatz und Konfliktlagen auftreten können. Dies trifft auch bei der Bereitstellung eines Geldbetrags als **Kautio** zu. Wer als Verteidiger zum Zweck der sofortigen Hinterlegung einer Kautio bei Gericht bestimmte Gelder von dritter Seite für seinen Mandanten entgegennimmt, begründet dadurch keine zusätzlichen vertraglichen Verpflichtungen ggü dem Geldgeber, sofern sich nicht aus den getroffenen Absprachen oder besonderen Umständen des Falls ausnahmsweise etwas anderes ergibt (BGH NJW 2004, 3630, 3631: inhaftierter Beschuldigter ist Lebensgefährte der Tochter der Dritten). Bestehen keine Abreden mit dem zahlenden Dritten, ist dieser auch nicht in den Schutzbereich des zw Anwalt und Beschuldigtem abgeschlossenen Anwaltsvertrags einbezogen (BGH NJW 2004, 3630, 3632). Wird über die Zahlung der Kautio tatsächlich eine Vereinbarung zw Drittem und Anwalt abgeschlossen, besteht für die Annahme einer treuhänderischen Verwaltung kein Anlass, weil der Anwalt das Geld nicht für den Einzahler verwaltet, sondern es alsbald entspr der vom Mandanten erteilten Weisung an die Hinterlegungsstelle weiterleiten soll (BGH NJW-RR 2007, 267; NJW 2004, 3630, 3631). Nur aufgrund zusätzlicher Umstände kann sich in diesen Fällen ein Treuhandcharakter des Auftrags ergeben (BGH NJW-RR 2007, 267, 268; NJW 2004, 3630, 3631).
- 21 **c) Weitere Pflichten des Beauftragten.** Gesetzliche Pflichten des Beauftragten folgen während der Vertragserfüllung aus den §§ 663, 665, 666, 667, 668, 671 II, nach Vertragsbeendigung aus §§ 671 II S 2, 672 S 2 und 673 S 2. Darüber hinaus treffen den Beauftragten ggü dem Auftraggeber **Prüfungs-, Belehrungs-/Beratungs- und Warnpflichten** (§ 241 II) – etwa im Hinblick auf das mit dem Auftrag verbundene Risiko für den Auftraggeber, wenn es für diesen nicht erkennbar ist –, wobei Intensität und Umfang dieser Pflichten von der Sachkunde des Beauftragten (zB Banken, Steuerberater, RA, sonstige Experten, BGH 23, 222; 72, 93, 102; NJW 1985, 42, 43; 1994, 2541; 1998, 1486) abhängen (MüKo/Seiler Rn 35). Werden dem Beauftragten im Rahmen des Auftrags Sachen übergeben, trifft ihn eine Pflicht zur Verwahrung und Obhut (BGH NJW-RR 1993, 795; 1993, 926; Pal/Sprau Rn 9). Wird der Beauftragte in der Privat- oder Intimsphäre des Auftraggebers tätig oder würde durch Information Dritter der Zweck des Auftrags gefährdet, trifft ihn eine Pflicht zur Verschwiegenheit bzgl aller Tatsachen, die der Auftraggeber geheim zu halten wünscht (BGH 27, 241, 246; Jauernig/Mansel Rn 12). Folgt aus dem Gegenstand des zu besorgenden Geschäfts dessen Eilbedürftigkeit, ist der Beauftragte zur schnellen Erledigung im Rahmen des für ihn Zumutbaren verpflichtet (BaRo/Czub Rn 13). Weil es sich um einen Gefälligkeitsvertrag handelt (s Rn 2), hat der Beauftragte **keinen Anspruch auf Ausführung** der Tätigkeit (PWW/Fehrenbacher Rn 11 aE).
- 22 **2. Pflichten des Auftraggebers.** Wegen der Unentgeltlichkeit des Auftrags trifft den Auftraggeber **keine vertragliche Hauptpflicht**. Aus der jederzeitigen Widerruflichkeit des Auftrags nach § 671 I folgt, dass er nicht einmal dazu verpflichtet ist, den Beauftragten das ihm übertragene Geschäft ausführen zu lassen. Er kann daher auch die Erteilung einer für die Ausführung des Auftrags notwendigen Vollmacht oder die Leistung eines Vorschusses (§ 669) ablehnen. Tut er dies, so kann darin konkludent der Widerruf des Auftrags liegen (Staud/Martinek Rn 44). Gesetzliche Nebenpflichten folgen aus §§ 669, 670. Aus § 241 II folgt die Nebenpflicht, alle Rechte und Rechtsgüter des Auftragnehmers zu schützen (Stuttgart NJW-RR 2011, 606, 607), Mitwirkungshandlungen vorzunehmen, wenn dies für die Durchführung des Auftrags notwendig ist (MüKo/Seiler Rn 46), den Beauftragten ausreichend über den Gegenstand des Auftrags zu informieren und ihn auf dem Auftraggeber bekannte, aber für den Beauftragten nicht erkennbare Gefahren aufmerksam zu machen, sodass sich dieser vor Schäden schützen kann (BGH 72, 9, 14; 73, 207, 211; 95, 103, 108; BaRo/Czub Rn 16). Überlässt der Auftraggeber dem Beauftragten zur Durchführung des Auftrags Geräte oder findet die Durchführung des Auftrags in seinen Räumen statt, hat der Auftraggeber den ordnungsgemäßen Zustand seiner Sachen sicherzustellen und ggf Vorsorgemaßnahmen zu treffen (BGH 16, 265, 270). Wäre die vom Beauftragten übernommene Tätigkeit bei Vereinbarung einer Vergütung dienstvertraglicher Natur, trifft den Auftraggeber eine Fürsorge- und Schutzpflicht analog §§ 618f (BGH 16, 265, 270; Jauernig/Mansel Rn 13).
- 23 **XI. Beweislast.** Die Beweislast für das Zustandekommen des Auftragsvertrags, seinen Inhalt und die dem Beauftragten erteilte Weisung (s § 665 Rn 14) trägt derjenige, der sich auf den Auftragsvertrag bzw die Weisung beruft. Der Auftraggeber muss die Unentgeltlichkeit des Auftrags beweisen, wenn die sonstigen Umstände ergeben, dass die vereinbarte Tätigkeit nur gegen eine Vergütung erbracht wird (Erman/Ehmann<sup>12</sup> Rn 28), oder wenn der Auftraggeber in Abweichung von den gesetzlichen Vermutungen der §§ 612 I, 632 I, 653 I, 689, § 354 HGB (s Rn 14) die Unentgeltlichkeit der Tätigkeit des Beauftragten behauptet (BGH MDR 1975, 739; RG 74, 139, 141; vgl RG JW 1909, 670 Nr 26). Erst wenn auf diesem Weg über den Inhalt des Auftrags Klarheit erlangt wurde, ist die pflichtgemäße Ausführung des Auftrags zu ermitteln, wofür der Beauftragte die Beweislast trägt (BGH NJW-RR

1989, 1206; Schleswig NJW-RR 2010, 1720, 1721). Dies gilt auch für die bestimmungsgemäße Verwendung dessen, was er zur Ausführung des Auftrags erhalten hat (s § 667 Rn 16).

**XII. Haftungsfragen.** Bei Pflichtverletzungen haften Auftraggeber und Beauftragter nach § 280 I für den kausalen Schaden. Haftungsmaßstab ist mangels abw Vereinbarung der Parteien § 276 (BGH 30, 40, 47). Wegen dieser Fremd-nützigkeit kommt dem Beauftragten trotz der Unentgeltlichkeit seiner Tätigkeit (s Rn 14) **keine Haftungserleichterung** zugute. Einen allg Grundsatz, dass in allen Fällen, in denen jemand unentgeltlich tätig wird, eine Haftungserleichterung gem §§ 521, 599, 690 in Betracht kommt, gibt es wegen der Vielgestaltigkeit der in Betracht kommenden Rechtsverhältnisse nicht (BGH 21, 102, 110; 30, 40, 46; NJW 1992, 2474, 2475; Jauernig/Mansel Rn 14). So folgt etwa die Haftungsbeschränkung des § 599 aus der dem unentgeltlichen Leihvertrag immanenten Uneigen-nützigkeit der Gebrauchsüberlassung durch den Verleiher (s § 599 Rn 1). Nur deswegen stellt die Einschränkung des vertraglichen Haftungsmaßstabs durch § 599 ein Äquivalent für die Unentgeltlichkeit der Gebrauchsüberlassung dar (BGH NJW 1992, 2474, 2475). Der ebenfalls unentgeltlich tätige Beauftragte wird dagegen fremdnützig in Angelegenheiten des Auftraggebers tätig. Er haftet daher nach der st Rspr des BGH auch für leichte Fahrlässigkeit (BGH NJW 1956, 1313; 1959, 1221, 1223; Hamm NJW-RR 2008, 250, 251). Der Beauftragte, der sich gerade dazu verpflichtet, in fremdem Interesse tätig zu werden, kann nicht zugleich eine Haftungserleichterung in Anspruch nehmen und sich so für eine leichte Interessenverletzung gleichsam „freizeichnen“ (BGH 21, 102, 110; 30, 40, 47; s auch PWW/Fehrenbacher Rn 14; BaRo/Czub Rn 14; Staud/Martinek Rn 42).

Nur ausnahmsweise kann sich eine Haftungserleichterung aus dem besonderen Inhalt oder Gegenstand des Vertrags (BaRo/Czub Rn 14 aE) sowie den Umständen des Vertragsschlusses (zB wenn der Beauftragte auf dringenden Wunsch des Auftraggebers tätig wird oder erst zur Übernahme der Tätigkeit überredet werden musste), aus einer stillschw getroffenen Abrede oder aus der geringen Bedeutung der übernommenen Tätigkeit ergeben (MüKo/Seiler Rn 54). Dies müssen jedoch Ausnahmefälle bleiben, um den gesetzlich gewollten Regelfall der Anwendung des Haftungsmaßstabs des § 276 (s Mot II 530ff) nicht aufgrund von Billigkeitserwägungen oder im Wege der erg Vertragsauslegung zur Ausnahme werden zu lassen. Wenn keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Parteien bei Abschluss des Auftragsvertrags die Frage der Haftung bedacht haben, ist auch für die Annahme eines stillschw vereinbarten **Haftungsverzichts** kein Raum (BGH WM 2003, 85, 86). Im Wege der erg Vertragsauslegung kann ein solcher Verzicht nur angenommen werden, wenn der Geschädigte sich dem ausdr Ansinnen einer solchen Haftungsfreistellungsvereinbarung billigerweise nicht hätte versagen können. In diesem Zusammenhang ist von Bedeutung, inwieweit zugunsten der Beteiligten Versicherungsschutz besteht. Das Bestehen eines Haftpflichtversicherungsschutzes für den Schädiger spricht regelmäßig gegen eine Haftungsbeschränkung (BGH WM 2003, 85, 86; NJW 1980, 1681, 1682f; 1993, 3067, 3068). Gehen die Beteiligten allerdings irrig davon aus, dass ein solcher Versicherungsschutz besteht, und setzen sie sich einem erhöhten Schadensrisiko aus (gemeinsame Miete eines Wagens in Südafrika), kann eine erg Vertragsauslegung zu dem Ergebnis führen, dass die Parteien bei Kenntnis der Sachlage billigerweise wechselseitig einen Haftungsverzicht für einfache Fahrlässigkeit vereinbart hätten (Stuttgart NZV 2008, 406). Ist ein Arbeitnehmer gerade mit Blick auf sein bestehendes Arbeitsverhältnis bereit, mit einem Dritten einen Auftragsvertrag abzuschließen, so ist es nach allg Grundsätzen in erster Linie Sache des Arbeitgebers, seinem Arbeitnehmer die daraus entstehenden Haftungsrisiken abzunehmen. Dagegen ist der Umstand, dass der Vertragspartner des Arbeitnehmers um diese Zusammenhänge weiß oder sie zumindest erkennen kann, für sich allein kein ausreichender Sachgrund dafür, ihn nach Treu und Glauben als verpflichtet anzusehen, bei einem vertragswidrigen Verhalten auf die Schadensersatzansprüche zu verzichten, die das Gesetz für diesen Fall bereithält (BGH WM 2003, 85, 86; BGH 108, 305, 315ff). Die Grundsätze über die Haftung bei betriebsbedingter Tätigkeit (s § 611 Rn 339f) können nicht entspr herangezogen werden (BGH 30, 40, 49; Jauernig/Mansel Rn 14; aA Erman/Ehmann<sup>12</sup> Rn 21). Bei einem Auftrag zur Abwendung einer dringenden Gefahr kann § 680 entspr angewendet werden (BGH NJW 1972, 475; MüKo/Seiler Rn 56). Dies gilt vor allem dann, wenn der Beauftragte eine dem Auftraggeber drohende dringende Gefahr abwehren muss und keine Zeit mehr zur Einholung von Weisungen hat (Staud/Martinek Rn 43).

**XIII. Vertragsbeendigung.** Der Auftrag endet wegen der besonderen Bindung an die Person des Beauftragten im Zweifel durch dessen Tod (§ 673 S 1), nicht jedoch durch den Tod oder den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Auftraggebers (§ 672 S 1). Der Auftrag kann gem § 671 I vom Beauftragten jederzeit gekündigt, vom Auftraggeber jederzeit widerrufen werden. Der Beauftragte ist zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund auch nach § 671 III dann berechtigt, wenn er zuvor auf dieses Kündigungsrecht verzichtet hat (s § 671 Rn 5). Hierin kommt der Charakter des Auftrags als Dauerschuldverhältnis (s Rn 4) zum Ausdruck, von dem sich die Parteien nach dem in § 314 zum Ausdruck kommenden Rechtsprinzip jederzeit aus wichtigem Grund lösen können (s § 314 Rn 1). Der Vertrag kann auch durch Erfüllung (§ 362) oder Anfechtung (§ 142 I) beendet werden. Nach § 115 I InsO endet der Auftrag auch dann, wenn über das Vermögen des Auftraggebers das Insolvenzverfahren eröffnet wird, vorausgesetzt, der Auftrag bezieht sich auf das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen (s § 672 Rn 3).

**663** *Anzeigepflicht bei Ablehnung*  
**Wer zur Besorgung gewisser Geschäfte öffentlich bestellt ist oder sich öffentlich erboten hat, ist, wenn er einen auf solche Geschäfte gerichteten Auftrag nicht annimmt, verpflichtet, die Ablehnung dem Auftraggeber unverzüglich anzuzeigen. Das Gleiche gilt, wenn sich jemand dem Auftraggeber gegenüber zur Besorgung gewisser Geschäfte erboten hat.**

## § 663

## Recht der Schuldverhältnisse Einzelne Schuldverhältnisse

- 1 I. Regelungszweck.** Die Norm hat über den Verweis in § 675 I vor allem Bedeutung bei der Anbahnung entgeltlicher Geschäftsbesorgungsverträge. Sie schützt das Vertrauen des Rechtsverkehrs. Grds ist der Beauftragte nach den allg Regeln (s Vor § 145 Rn 26) weder zur Annahme eines Angebots zum Vertragsabschluss noch zu einer Mitteilung über die Ablehnung des Angebotes verpflichtet. Das Schweigen des Beauftragten auf ein Angebot zum Vertragsabschluss ist keine Annahme, es sei denn, es liegt ein Fall des § 362 HGB (dazu BGH NJW 1984, 866, 867; Röhrich/Graf v Westphalen/Wagner HGB § 362 Rn 14ff) oder eine entspr vertragliche Vereinbarung oder Verkehrssitte vor oder der Beauftragte war ausnahmsweise nach Treu und Glauben zu einer Ablehnung verpflichtet (s § 147 Rn 3) und der Gegner durfte das Schweigen daher als Annahme verstehen (s Vor § 116 Rn 8). Anwendbar ist auch § 151, der von einer vom Beauftragten erklärten, aber ausnahmsweise nicht zugangsbedürftigen Annahme ausgeht (s Enn/Lehmann § 160.II.1). Die Vorschrift ist etwa dann anwendbar, wenn der Auftraggeber (Grundstückskäufer) bei Abschluss des notariellen Grundstückskaufvertrags dem darin namentlich aufgeführten Notariatsangestellten konkludent das Angebot zum Abschluss eines Auftrags und einer Vollmacht im Hinblick auf die Erklärung der Auflassung gemacht hat („Auflassungsvollmacht“), das der Angestellte spätestens bei Erklärung der Auflassung annimmt (BGH WM 2003, 85). Nur in den drei von der Norm erfassten Konstellationen (öffentliche Bestellung, öffentliches Sich-Erbieten, individuelles Sich-Erbieten) geht der Rechtsverkehr von der generellen Bereitschaft dieser Personen zur Besorgung von Geschäften aus. Das Gesetz schützt daher das Vertrauen von Personen, die ggü solchen Geschäftsbesorgern ein Angebot zum Vertragsschluss abgeben, indem es eine schadensersatzbewehrte vorvertragliche Pflicht zur Anzeige einer Ablehnung dieses Angebots statuiert (BGH NJW 1984, 866, 867; BaRo/Czub Rn 1; s Rn 7). Weder besteht aber durch § 663 ein Kontrahierungszwang, noch wird ein Vertragsschluss fingiert (Mot II 530). Liegen im Handelsverkehr die Voraussetzungen des § 362 I HGB nicht vor, gilt auch hier § 663 (Jauernig/Mansel Rn 1). § 44 BRAO enthält eine Sonderbestimmung. § 663 ist nicht anwendbar, wenn das Angebot des Auftraggebers vom Beauftragten bereits stillschw (s § 662 Rn 12) angenommen wurde oder ein Fall des § 151 vorliegt (Jauernig/Mansel Rn 3 aE). Die Unterrichtungspflicht des ZdLeisters nach § 675o I bei Ablehnung der Ausführung eines ZAuftrags (s § 675o Rn 3) betrifft nicht die Ablehnung des Vertragsschlusses, sondern die Ablehnung der Durchführung einer Einzelweisung im Rahmen eines bestehenden ZdVertrags, zB eines Überweisungsauftrags im Rahmen eines Girovertrags (abw § 675f Rn 38 [Graf v Westphalen]).
- 2 II. Voraussetzungen. 1. „Auftrag“.** Damit die in der Norm statuierte Anzeigepflicht eingreift, muss der erteilte Auftrag in den Rahmen derjenigen Geschäfte fallen, zu deren Besorgung der Beauftragte öffentlich bestellt ist oder sich öffentlich oder dem Auftraggeber ggü erboten hat (MüKo/Seiler Rn 15). Das Gesetz versteht hier den Begriff „Auftrag“ als das Angebot zum Abschluss eines Auftragsvertrags, s zu den Begrifflichkeiten § 662 Rn 1. Betrifft dagegen das Vertragsangebot des Auftraggebers eine Geschäftsbesorgung anderer Art, finden statt der ausnahmsweisen Anzeigepflicht die allg rechtsgeschäftlichen Regeln Anwendung (Staud/Martinek Rn 8). Darüber hinaus muss der Beauftragte zu einer der in § 663 genannten Gruppen gehören.
- 3 2. Öffentlich bestellt, Satz 1 Alt 1.** Ein Geschäftsbesorger ist nicht schon dann öffentlich bestellt, wenn die Bestellung durch eine private oder öffentliche Stelle im Wege der öffentlichen Erklärung erfolgt ist. Notwendig ist vielmehr, wie bei §§ 404 II, 407 I ZPO, die Bestellung durch Träger der öffentlichen Verwaltung wie IHK, Handwerkskammern oder Bezirksregierungen, andere staatliche Stellen oder Beliehene wie den TÜV (PWW/Fehrenbacher Rn 2; MüKo/Seiler Rn 7; BaRo/Czub Rn 2; Soergel/Beuthien Rn 5; aA Erman/Ehmann<sup>12</sup> Rn 8; Pal/Sprau Rn 2; Jauernig/Mansel Rn 2; Staud/Martinek Rn 2). In Betracht kommen etwa Beliehene, denen die Wahrnehmung schlicht-hoheitlicher Kompetenzen durch Abschluss privatrechtlicher Verträge mit Dritten übertragen wurde, zB Prüf- oder Vermessungsingenieure oder öffentlich bestellte Sachverständige nach § 36 GewO (MüKo/Seiler Rn 7). Die Norm hat daher über den Verweis in § 675 vor allem Bedeutung bei der entgeltlichen Geschäftsbesorgung. Sie gilt über die Verweisung in § 675c I auch für Zahlungsdiensteverträge iSv § 675f.
- 4 3. Öffentliches Sich-Erbieten, Satz 1 Alt 2.** Das öffentliche Sich-Erbieten geht nicht, wie Alt 1, von dritter Seite, sondern vom Geschäftsbesorger selbst aus. Es liegt immer dann vor, wenn der Geschäftsbesorger eine Aufforderung zur Auftragserteilung an eine **unbestimmte Vielzahl von Personen** richtet, zB durch Aushang, Schilder, Zeitungsanzeige, Prospekte, Rundschreiben, Webseite oder Massen-E-Mail, oder das Betreiben eines für die Allgemeinheit öffentlich zugänglichen Geschäfts (Jauernig/Mansel Rn 2; Pal/Sprau Rn 3). Es kommt nicht darauf an, ob die betreffende Person ein öffentliches Amt innehat. Im Sich-Erbieten liegt nicht schon ein Vertragsangebot des Geschäftsbesorgers *ad incertae personas* oder eine Aufforderung zur Auftragserteilung iS einer *invitatio ad offerendum* (zur Abgrenzung s § 145 Rn 4). Vielmehr liegt darin nur ein allg Hinw an die Öffentlichkeit über die grds Bereitschaft zur Besorgung bestimmter Geschäfte (Staud/Martinek Rn 3; aA Erman/Ehmann<sup>12</sup> Rn 7; PWW/Fehrenbacher Rn 3; Kundgabe ist geschäftsähnliche Handlung, die Regeln für Rechtsgeschäfte gelten entspr). Ein öffentliches Selbsterbieten wird selten bei unentgeltlichen Aufträgen vorliegen, wohl aber regelmäßig bei der entgeltlichen Geschäftsbesorgung nach § 675, zB bei Rechtsanwältin, Versteigerern und Taxatoren, Spediteuren (RG 104, 265, 267) und Banken. Für Rechtsanwälte gilt die Sonderbestimmung des § 44 BRAO. Die Anzeigepflicht nach §§ 675, 663 gilt nicht für Ärzte oder Hebammen, da sie keine Tätigkeit wirtschaftlicher Art ausüben (Staud/Martinek Rn 3 aE; s auch unten § 675 Rn 11).
- 5 4. Individuelles Sich-Erbieten, Satz 2.** IGgs zu Satz 1 Alt 2 bedeutet das in Satz 2 geregelte individuelle Sich-Erbieten das Anerbieten an einen bestimmten Auftraggeber bzw einen bestimmten

## Gesetz über den Versorgungsausgleich (Versorgungsausgleichsgesetz – VersAusglG)

vom 3. April 2009 (BGBl I 700), geändert durch Art 9d des Gesetzes vom 15. Juli 2009 (BGBl I 1939)  
und durch Art 25 des Gesetzes vom 8. Dezember 2010 (BGBl I 1768, 1801)

### Teil 1

## Der Versorgungsausgleich

### Kapitel 1

#### Allgemeiner Teil

#### 1 Halbtteilung der Anrechte

(1) Im Versorgungsausgleich sind die in der Ehezeit erworbenen Anteile von Anrechten (Ehezeitanteile) jeweils zur Hälfte zwischen den geschiedenen Ehegatten zu teilen.

(2) Ausgleichspflichtige Person im Sinne dieses Gesetzes ist diejenige, die einen Ehezeitanteil erworben hat. Der ausgleichsberechtigten Person steht die Hälfte des Werts des jeweiligen Ehezeitanteils (Ausgleichswert) zu.

**I. Allgemeines.** § 1 enthält das Grundprinzip des neuen Rechts. Die wesentliche Veränderung ggü dem alten Recht besteht darin, dass die dem VersA unterfallenden, auszugleichenden **Anrechte** (dazu s die Kommentierung zu § 2) **jeweils für sich** zu teilen sind, also grds eine **Saldierung** wie im alten Recht, verbunden mit einem weitestgehenden Ausgleich über die gesetzliche Rentenversicherung, **nicht mehr stattfindet**. Die Folge ist, dass jeder Ehegatte/Lebenspartner dem anderen so oft ausgleichspflichtig ist, wie er über auszugleichende Anrechte verfügt (Hin-und-Her-Ausgleich). Vorrangige Ausgleichsform ist der Wertausgleich bei Scheidung (§§ 9–19); soweit dies aus gesetzlicher Sicht unvermeidbar ist, erfolgt ein Wertausgleich nach Scheidung (§§ 20–26). Eine Sonderregelung enthält schließlich § 28 für den Ausgleich einer laufenden Invaliditätsrente. § 1 enthält weiter Legaldefinitionen für die Begriffe „Ehezeitanteil“, „ausgleichspflichtige Person“, „ausgleichsberechtigte Person“ und „Ausgleichswert“.

**II. Definitionen. 1. Ehezeitanteil.** Nach Abs I sind **Ehezeitanteile** die in der Ehezeit erworbenen Anteile der Anrechte (iSd § 2); nur diese sind auszugleichen. Das entspricht dem bisher geltenden Recht. Die **Ehezeit** selbst definiert § 3 I (zur Berechnung des Ehezeitanteils s allg § 39 Rn 2; § 40 Rn 2). Der VersA wird durch den Gedanken der ehelichen Wirtschafts- und Versorgungsgemeinschaft legitimiert, zugleich aber auch begrenzt: Auszugleichen sind nur die **in der Ehe** erworbenen Anrechte (BGH FamRZ 1995, 289). Auch während des Getrenntlebens erworbene Anrechte unterliegen grds dem VersA (BVerfG FamRZ 1980, 326 [333]; BGH FamRZ 1984, 467; 1983, 36). Ein nach der Scheidung begründetes Anrecht bleibt selbst dann unberücksichtigt, wenn ihm Bemessungszeiten zugrunde liegen, die auf die Ehezeit entfallen (BGH FamRZ 1987, 921; 1984, 569). Zum sog „In-Prinzip“ s näher § 3 Rn 6ff.

**2. Ausgleichspflichtige, ausgleichsberechtigte Person.** Nach Abs II S 1 ist **ausgleichspflichtig** diejenige Person, die einen Ehezeitanteil an einem dem VersA unterfallenden Anrecht erworben hat. Das Gegenstück ist die **ausgleichsberechtigte Person** (Abs II S 2), welche einen Ausgleichsanspruch hat.

**3. Ausgleichswert.** Ausgleichswert ist nach Abs II S 2 der Wert, welcher der ausgleichsberechtigten Person zusteht; er ist definiert als Hälfte des jeweiligen Ehezeitanteils. Diese Definition ist schon insoweit unvollständig, als der Versorgungsträger die Kosten einer internen Teilung bei der Berechnung des Ausgleichswerts berücksichtigen kann (§ 13). Diese Kosten werden zwar gleichmäßig auf beide Ehegatten verteilt, sie schmälern aber den zunächst zu berechnenden Ehezeitanteil nicht. Schon aus diesem Grund kann der Ausgleichswert weniger als die Hälfte des Ehezeitanteils betragen. Auch findet sich im Gesetz keine weitere Definition des Begriffes der „Hälfte“. Dies verleitet zu der Annahme, die in Abs I vorgesehene **Halbtteilung** von Anrechten („jeweils zur Hälfte“) sei einfach und unkompliziert (krit deshalb Bergner ZRP 2008, 212; Häußermann FPR 2009, 223f). So verhält es sich tatsächlich aber nur bei Anrechten der gesetzlichen Rentenversicherung und der Beamtenversorgung, weil dort für die Berechnung der Anwartschaft das Alter der Betroffenen bei Anwartschaftserwerb ebenso wenig eine Rolle spielt wie die Lebenserwartung. Für diese Anrechte wird das Ergebnis allenfalls durch die möglichen Kosten der internen Teilung (§ 13) beeinflusst. Für Anrechte der betrieblichen und der privaten Altersvorsorge besteht dagegen das Problem darin, dass wegen der (meistens) unterschiedlichen Lebenserwartung der Parteien, bedingt durch unterschiedliches Alter und Geschlecht, ggf auch Gesundheitszustand, Anrechte auf dieselbe Rentenleistung idR unterschiedlich viel wert sind (sog „Individualprinzip“ in der privaten Lebensversicherung; vgl Ellger FamRZ 1986, 513; Bergner KomRefVA, § 1 Ziff. 2.6.1; krit zB Bergner ZRP 2008, 211, 212, der eine Verfehlung des Halbtteilungsprinzips durch das neue Recht befürchtet). Handelt es sich um eine **kapitalgedeckte Altersvorsorge**, führt eine Halbtteilung des Deckungskapitals (so Karlsruhe FamRZ 2005,

**VersAusglG § 1**

## Versorgungsausgleichsgesetz

1752f unter Berufung auf BGH FamRZ 1988, 1254, 1255; Nürnberg FamRZ 2005, 1486f; Ruland VersA Rn 562f) regelmäßig zu unterschiedlich hohen Rentenansprüchen. Entspr gilt, wenn für die berechnete Partei aus dem Deckungskapital des auszugleichenden Rechts ein Betrag zur Begründung einer Rentenanwartschaft iHd Hälfte der ursprünglichen Rente entnommen wird. Der zu entnehmende Teil des Deckungskapitals wird in aller Regel mehr oder weniger als die Hälfte betragen, so dass unterschiedlich hohe Rentenanwartschaften beider Parteien auch hier die Folge sind (Ruland VersA Rn 562; Ellger FamRZ 1986, 513, 515 mit Bsp). Die Zielsetzung, gleich hohe Rentenansprüche hervorzubringen, erzwingt in aller Regel eine ungleiche Verteilung des Deckungskapitals auf beide Parteien, bei welcher dem Ausgleichspflichtigen entweder mehr oder weniger als die Hälfte des ursprünglichen Anrechts verbleiben kann (s Borth VersA, 4. Aufl, Rn 484 mwN zu den parallelen Problemen bei der früheren Realteilung). Bei Einführung der Realteilung nach altem Recht hat der Gesetzgeber alle drei Wege für gangbar erachtet (BT-Drucks 9/2296, 11). Auch dem Gesetzgeber des VAStrRefG war diese Problematik bewusst (BT-Drucks 16/10144, 51, 55f). Danach sind auch nach dem jetzt geltenden Recht alle drei Wege möglich.

- 5 **4. Versorgungsträger.** Auf die Definition des Begriffs „Versorgungsträger“ hat der Gesetzgeber bewusst verzichtet (BT-Drucks 16/10144, 45). Er hält sie nicht für notwendig, wobei er sogar die Situation bei der betrieblichen Altersversorgung einbezieht. Gerade dort ist die Bestimmung des Versorgungsträgers aber entgegen der Ansicht des Gesetzgebers stets dann schwierig, wenn, wie üblich, ein Dritter mit der Durchführung beauftragt wird (Einzelheiten § 12 Rn 14f).

**2 Auszugleichende Anrechte**

(1) **Anrechte im Sinne dieses Gesetzes sind im In- oder Ausland bestehende Anwartschaften auf Versorgung und Ansprüche auf laufende Versorgung, insbesondere aus der gesetzlichen Rentenversicherung, aus anderen Regelsicherungssystemen wie der Beamtenversorgung oder der berufsständischen Versorgung, aus der betrieblichen Altersversorgung oder aus der privaten Alters- und Invaliditätsvorsorge.**

(2) **Ein Anrecht ist auszugleichen, sofern es**

1. **durch Arbeit oder Vermögen geschaffen oder aufrechterhalten worden ist,**
2. **der Absicherung im Alter oder bei Invalidität, insbesondere wegen verminderter Erwerbsfähigkeit, Berufsunfähigkeit oder Dienstunfähigkeit, dient und**
3. **auf eine Rente gerichtet ist; ein Anrecht im Sinne des Betriebsrentengesetzes oder des Altersvorsorgeverträge-Zertifizierungsgesetzes ist unabhängig von der Leistungsform auszugleichen.**

(3) **Eine Anwartschaft im Sinne dieses Gesetzes liegt auch vor, wenn am Ende der Ehezeit eine für das Anrecht maßgebliche Wartezeit, Mindestbeschäftigungszeit, Mindestversicherungszeit oder ähnliche zeitliche Voraussetzung noch nicht erfüllt ist.**

(4) **Ein güterrechtlicher Ausgleich für Anrechte im Sinne dieses Gesetzes findet nicht statt.**

I. Allgemeines . . . . .	1	VII. Auf Rente, ausnahmsweise auch auf Kapitalzahlung gerichtet . . . . .	9
II. Begriffe . . . . .	2	1. Kapitalzahlung . . . . .	10
III. In- und ausländische Anrechte . . . . .	3	2. Besonderheiten bei privaten Lebensversicherungen . . . . .	11
IV. Wertermittlung . . . . .	4	VIII. Anwartschaft und Wartezeit . . . . .	12
V. Durch Arbeit oder Vermögen geschaffen oder aufrechterhalten . . . . .	5	IX. Abgrenzung zum Güterrecht . . . . .	13
VI. Zur Absicherung im Alter oder bei Invalidität . . . . .	8	X. Übergangsrecht . . . . .	15

- 1 **I. Allgemeines.** § 2 definiert in seinen Abs I und II die dem VersA unterfallenden, auszugleichenden Anrechte. Die Vorschrift entspricht inhaltlich weitgehend dem alten Recht (§§ 1587 I, 1587a II BGB aF), listet allerdings, anders als dieses, sämtliche Merkmale der einzubeziehenden Anrechte positiv auf. Sie erweitert den Kreis der einzubeziehenden Anrechte zulasten der Vermögensauseinandersetzung in bestimmten Fällen auf Anrechte, die auf eine Kapitalleistung lauten. Abs II Nr 1 konkretisiert den Zugewinngedanken, indem nur Vorsorgewerte, die auf Arbeit oder Vermögenseinsatz der Ehegatten beruhen, in den Ausgleich einbezogen werden. Abs III bezieht die verfallbaren Anrechte in den VersA ein. Abs IV leistet die Abgrenzung zum güterrechtlichen Ausgleich: Die Regelung legt fest, dass das Güterrecht für die (abstrakt) dem VersA unterliegenden Anrechte nicht anzuwenden ist, während andererseits solche Werte nicht vom VersA erfasst werden, die Gegenstand der güterrechtlichen Teilungsmasse sind (BGH FamRZ 1992, 790); ferner wird klargestellt, dass der VersA – vorbehaltlich möglicher Härtefälle (§ 27) – unabhängig davon vorzunehmen ist, in welchem Güterstand die Ehegatten gelebt haben.

- 2 **II. Begriffe.** Das Gesetz verwendet den Begriff „Anrecht“ als Oberbegriff. Diesem unterfallen einerseits Anwartschaften auf eine Versorgung und andererseits Ansprüche auf laufende Versorgung. Nicht übernommen wurde der Begriff der „Aussichten auf eine Versorgung“ (§ 1587 I BGB aF); damit war aber keine Rechtsänderung beabsichtigt; vielmehr hielt der Gesetzgeber die Differenzierung für entbehrlich (BT-Drucks 16/10144, 45). Dem Leistungsanspruch vorgeschaltet sind – gestuft nach der Sicherheit der Erwartung einer künftigen Leistung – Versorgungsanwartschaften und -aussichten. **Anwartschaft** auf Versorgung ist eine dem Grund und der Höhe nach gesicherte Erwartung, nach Erfüllung aller Voraussetzungen eine Versorgung zu erhalten (aufschiebend bedingtes Recht, BVerfG FamRZ 1980, 326 [332]). Eine Vorstufe der Anwartschaft stellt die **Versorgungsaussicht** dar, die zB

**§ 2 VersAusglG**

vorliegt, wenn eine Beschäftigung so angelegt ist, dass bei gewöhnlicher Entwicklung der Berufslaufbahn eine Rechtsstellung erlangt wird, die dem Beschäftigten eine Versorgungsanwartschaft vermittelt (BGH FamRZ 1985, 687 mwN). Im VersAusglG wird der Begriff der Anwartschaft umfassend verstanden; er bezieht bloße Versorgungsaussichten, insb jene, in denen zeitliche Voraussetzungen für einen Versorgungsanspruch noch nicht erfüllt sind, ein (Abs III). Solange allerdings keine gesicherte Anwartschaft besteht, werden Anrechte auf eine betriebliche Altersversorgung nach § 19 II Nr 1 in den Wertausgleich nach der Scheidung verschoben. Einzubeziehen sind bspw die Anrechte von Probe- und Widerrufsbeamten sowie Zeitsoldaten (BGH FamRZ 1982, 362; ausf hierzu Borth VersA Rn 55f) bei einer aufgeschobenen Nachversicherung (§ 184 II SGB VI; BGH FamRZ 1988, 1253), bei Anrechten, die auf Dienstzeiten beruhen, welche nur auf einen (noch nicht gestellten) Antrag zu berücksichtigen sind (§§ 11f BeamtVG; BGH FamRZ 1983, 999), bei Leistungen aus betrieblichen Unterstützungskassen (BGH FamRZ 1986, 338) oder bei zwar widerruflichen, jedoch nach bisheriger Übung und gesicherter Prognose auch künftig zu erwartenden Leistungen (BGH FamRZ 1985, 1236). Zur Risikoversicherung vgl § 28.

**III. In- und ausländische Anrechte.** Wie bereits nach dem alten Recht, werden auch im geltenden **3** Recht nicht nur inländische, sondern auch ausländische Versorgungsanrechte in den Wertausgleich einbezogen, soweit sie nicht schon – regelwidrig (etwa nach dem Fremdretenengesetz [FRG] v 25.2.1960 [BGBl I 93] oder dem nur noch übergangsweise anzuwendenden deutsch-polnischen Sozialversicherungsabkommen v 9.10.1975 [BGBl II 1976, 396]) – in der deutschen gesetzlichen Rentenversicherung abzugelten sind. Die Erfassung ausländischer Anrechte ist ein Gebot der Gleichbehandlung sowie des verfassungsrechtlichen Eigentumsschutzes (vgl Erman/Wellenhofer<sup>12</sup> Vor § 1587 Rn 36). Sie müssen aber die Voraussetzungen des § 2 erfüllen, so dass Renten der steuerfinanzierten Staatsbürgerversorgung nicht in den VersA fallen (Hamm und Köln FamRZ 2001, 31; aA Naumburg FamRB 2002, 259; Gutdeutsch FamRB 2003, 63; für die Einbeziehung der niederländischen AOW-Rente jetzt BGH FamRZ 2008, 770ff; 2008, 2263; 2009, 2263; abl Borth FamRZ 2003, 889; ders VersA Rn 87; Maier/Michaelis Anm 2.8). Dies gilt aus Kausalitätsgründen auch dann, wenn während der Anwartschaftszeit eine Berufstätigkeit ausgeübt worden ist (aA Oldenburg FamRZ 2002, 961), da diese auf den Anspruch ohne Einfluss ist (Stillich DAngVers 1999, 140; Borth FamRZ 2003, 889). Vom Ausgleich auszunehmen sind ebenso Anrechte, die faktisch wertlos sind, weil sie im Leistungsfall nicht realisiert werden können (BGH FamRZ 2003, 1737; Zweibrücken FamRZ 2003, 1752; Karlsruhe FamRZ 2000, 677; Nürnberg FamRZ 1999, 1203).

**IV. Wertermittlung.** Problematisch ist regelmäßig die Aufklärung ausländischer Anrechte. Ihre **4** Wertbestimmung richtet sich ebenfalls nach den §§ 39–42 (Borth VersA Rn 170, 470, 945; aA Maier/Michaelis Anm 2.8); jedoch können ausländische Versorgungsträger durch den deutschen Gesetzgeber weder dem Grunde nach noch inhaltlich zur Erteilung einer Auskunft verpflichtet werden. Durch über- und zwstaatliches Recht (VO EWG Nr 1408/71 und VO EWG Nr 574, 72) und durch Sozialversicherungsabkommen ist Deutschland mit einer Vielzahl von Ländern verbunden (Maier/Michaelis Anm 2.8 mit Aufstellung). Über ausländische Rentensysteme können die Verbindungsstellen der gesetzlichen Rentenversicherung, insb die DRV Bund, Auskunft geben (Aufstellung bei Ruland VersA Rn 102, 187 und bei Bergner KomRefVA, § 43 VersAusglG Anm 2). Auch lässt sich der neue Grundsatz des Hin- und Her-Ausgleichs im Hinblick auf ausländische Anrechte nicht im Wertausgleich bei Scheidung durch interne oder externe Teilung realisieren; denn dies würde voraussetzen, dass deutsche Gerichte die bei ausländischen Versorgungsträgern bestehenden Anrechte im VersA umgestalten oder die Versorgungsträger zu Zahlungen im Wege der externen Teilung verpflichten können, was nicht der Fall ist. Einzig möglich ist, den Ausgleichspflichtigen zur Teilung bezogener Leistungen im Wertausgleich nach der Scheidung zu verpflichten (§ 26). Deshalb definiert § 19 II Nr 4 Anrechte bei ausländischen, zwstaatlichen oder überstaatlichen Versorgungsträgern als nicht ausgleichsreif und verweist § 19 IV ihren Ausgleich in den Wertausgleich nach der Scheidung. Zur Vermeidung von Ungerechtigkeiten in der Absicherung von Ansprüchen bestimmt § 19 III in diesen Fällen, dass ein Wertausgleich bei Scheidung auch für Anrechte des anderen Ehegatten/Lebenspartners teilw oder insgesamt unterbleibt.

**V. Durch Arbeit oder Vermögen geschaffen oder aufrechterhalten.** Anrechte unterliegen – entspr **5** dem Zugewinngedanken – nach Abs II Nr 1 nur dann dem VersA, wenn sie mit Hilfe des Vermögens oder durch Arbeit der Ehegatten begründet oder aufrechterhalten worden sind. Erfasst werden zwingende und freiwillige Vorsorgemaßnahmen, zB neben Anrechten aufgrund einer Pflichtversicherung auch solche aufgrund einer freiwilligen Versicherung (München NJW-RR 1997, 134). Begründet wird ein Anrecht durch alle Tatsachen, die seine Entstehung oder seinen Wertzuwachs zur Folge haben, während es aufrechterhalten wird, wenn die Voraussetzungen für den (künftigen) Anspruch wenigstens teilw während der Ehezeit erfüllt werden (BT-Drucks 7/650, 155). Aus der Gleichstellung von Anspruchserwerb und Anspruchswahrung folgt, dass auch der Beamte ausgleichspflichtig ist, der im Zeitpunkt der Eheschließung die für die höchstmögliche Versorgung (§ 14 I S 1 BeamtVG) maßgebende Dienstzeit bereits zurückgelegt hatte. Auf Arbeit beruhen Anrechte, die allein das versorgungsrechtliche Äquivalent einer Beschäftigung (etwa als Beamter) oder selbständigen Tätigkeit (etwa als arbeitnehmerähnlicher Selbständiger iSv § 17 I S 2 BetrAVG) sind. Dazu zählen auch Rentenanwartschaften, die aufgrund von privaten Pflegeleistungen erworben wurden (Stuttgart FamRZ 2006, 1452 für Anwartschaften aus Pflichtbeiträgen für Pflege Tätigkeit nach §§ 44 SGB XI, 3 Nr 1a, 166 II SGB VI; KG FamRZ 2006, 210 für Berliner Gesetz über Pflegeleistungen; vgl Borth VersA Rn 84). Anrechte, denen beitragsfreie Zeiten der gesetzlichen Rentenversicherung (§ 54 IV SGB VI) oder diesen vergleichbare ruhegehaltfähige Dienstzeiten (etwa § 12 BeamtVG) zugrunde liegen, sind ohne weiteres in den VersA einzubeziehen (KG FamRZ 1981, 680). Auf dem **Einsatz von Vermögen** be-

## VersAusglG § 2

### Versorgungsausgleichsgesetz

ruhen Anrechte, denen ganz oder teilw Sach- oder Geldmittel zugrunde liegen, wobei es sich auch um Mittel Dritter (zB Beitragszahlung für Kindererziehungszeiten nach § 177 SGB VI; zu deren Einbeziehung in den VersA vgl Brandenburg FamRZ 2000, 891) handeln kann. Auf die Herkunft des Vermögens kommt es – abw von § 1374 II BGB – grds nicht an, solange es nur eigenes Vermögen der Ehegatten/Lebenspartner ist. Dem VersA unterliegen demnach bspw Anrechte, die aus einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung an einem Unternehmen resultieren (BGH FamRZ 2007, 891), aber auch Anrechte, die in der Ehezeit aufgrund eines vorehelich erworbenen Vermögens (BGH FamRZ 1984, 570; 2011, 877 m krit Anm Hoppenz) begründet worden sind. Entspr gilt für Anrechte, die geerbt wurden (Nürnberg FamRZ 2005, 1256) oder auf geschenkten Mitteln beruhen (BGH FamRZ 1987, 48). Anders liegt es aber, wenn der Schenkende die Beiträge direkt an den Versorgungsträger leistet (BGH FamRZ 1983, 262; 1984, 570ff; 1987, 48f; Koblenz, FamRZ 2005, 1255f) oder die Zuwendung in einer Weise erbracht wird, die wirtschaftlich einer Direktleistung gleichzustellen ist (BGH NJW 1984, 570; Nürnberg FamRZ 1996, 1550), weil derartige Anrechte nicht aus Vermögen der Ehegatten/Lebenspartner stammen. Schwierig ist die Abgrenzung, wenn der Berechtigte den Vermögensgegenstand zunächst zugewandt bekommt, aus dem das Anrecht erworben wird. Dieses unterfällt dann nicht dem VersA, wenn zw der Schenkung an den begünstigten Ehegatten und der Beitragszahlung ein enger zeitlicher Zusammenhang besteht und der Begünstigte sich wie ein Beauftragter des Schenkers verhält (Hamm OLGRp 1999, 105). Geht die unentgeltliche (ggf auch zweckgebundene) Zuwendung dagegen zunächst in das Vermögen des Ehegatten über, der hiermit seinerseits eine Einzahlung bei dem Versorgungsträger bewirkt, ist diese aus seinem (ggf nach § 1374 II BGB im Zugewinnausgleich privilegierten) Vermögen geleistet und fällt damit in den VersA (Koblenz FamRZ 2005, 1255; für einen großzügigeren Ausschluss aus dem VersA Borth VersA Rn 84f, mit dem zutr Hinw, dass dann der Begünstigte aber auch nicht im Zugewinnausgleich über § 1374 II BGB von der Leistung profitieren dürfe). Handelt es sich bei dem zur Begründung von Versorgungsanrechten eingesetzten Vermögen allerdings um das Ergebnis einer vorzeitigen Regelung der güterrechtlichen Scheidungsfolgen (etwa nach § 1385), so sind diese Anrechte – unabhängig davon, bei welchem Ehegatten sie vorliegen – mit Rücksicht auf Abs IV nicht auszugleichen (BGH FamRZ 1992, 790; dazu s näher Rn 14). Ebenfalls durch Vermögen geschaffen sind Zinserträge aus einem **vorehelichen Deckungskapital** einer während der Ehe weiterlaufenden Lebensversicherung (Johannsen/Henrich/Holzwarth § 39 VersAusglG Rn 21; vgl auch BGH FamRZ 2011, 877; aA Ruland VersA Rn 160, der einen Gleichlauf mit vorehelich erworbenen gesetzlichen Rentenansprüchen anmahnt, deren Dynamisierung während der Ehezeit nicht ausgeglichen wird; dem folgend Kemper, VersA, VI Rn 62; eingehend zu der Kontroverse Hauß/Eulering Rn 512–541). Weil es auf die Herkunft des Vermögens nicht ankommt, ist auch ein aus einem aufgenommenen **Kredit finanziertes** Anrecht zu berücksichtigen (Hamm FamRZ 1998, 297; Köln FamRZ 2000, 157; 1996, 1549; Koblenz FamRZ 2001, 1221; aA Nürnberg FamRZ 2002, 1632 für voll darlehensfinanzierte Lebensversicherung). Kommt es allerdings im Gegenzug nicht zu einer angemessenen Berücksichtigung des Kredits im Güterrecht oder Unterhalt, wird eine Korrektur unbilliger Ergebnisse über § 27 vorzunehmen sein (Borth VersA Rn 83; vgl Zweibrücken, FamRZ 2004, 642 für eine zur Sicherung abgetretene Lebensversicherung).

- 6 **Nicht durch Arbeit oder Vermögen geschaffen** sind dagegen Renten mit **Entschädigungscharakter** wie die Renten aus der gesetzlichen Unfallversicherung (BGH FamRZ 1993, 682; Celle FamRZ 1989, 1099), private Schadensersatzrenten oder Leistungen des sozialen Entschädigungsrechts wie der Kriegsoferversorgung (zur Grundrente nach § 31 BVG BGH FamRZ 1981, 239). Hingegen fällt eine Rente aus einer vom Versicherten selbst abgeschlossenen privaten Unfall- oder Berufsunfähigkeits(zusatz)versicherung dann in den VersA, wenn während der Ehezeit der Versicherungsfall eingetreten ist und die daraufhin erbrachten Versicherungsleistungen auf in der Ehezeit geleisteten Beiträgen beruhen (§ 28; missverständlich insoweit BT-Drucks 16/10144, 47, wonach wohl die aus der Haftpflichtversicherung eines Schädigers geleistete Unfallrente gemeint sein mag; vgl BGH FamRZ 1993, 299ff; Brandenburg FamRZ 2004, 27; Koblenz FamRZ 2001, 995ff; MüKo/Dörr Rn 5) Ebenfalls nicht in den VersA fallen Anrechte, denen **keine Beitragszahlungen** gegenüberstehen, wie die Grundversicherung im Alter oder bei Erwerbsminderung nach §§ 41ff SGB XII (dazu Braun SGB 2003, 238; Klingbeil DAngVers 2002, 129).
- 7 Weitere Bsp: Kindererziehungsleistung iSv §§ 294ff SGB VI (BGH 1991, 675; Jena FamRZ 1998, 1438) und deren Ersatzleistungen (§ 307a I S 3 SGB VI); Landabgaberente nach §§ 121ff ALG (BGH FamRZ 1988, 272); Leistungen nach dem LAG, Produktionsaufgaberente (Klattenhoff NZS 1995, 337 [339]); Renten des sozialen Entschädigungsrechts – BEG, BVG, OEG, IfSG, 1. SED-UnrechtsBerG, HIV-HilfeG, Unterstützungsabschlussgesetz, Entschädigungsrentengesetz – (BGH FamRZ 1981, 239); Unterhaltsbeitrag an einen disziplinarrechtlich aus dem Dienst entfernten Beamten (BGH FamRZ 1997, 15); Leistungen im Beitrittsgebiet iSv § 9 AAÜG; private Schadensersatzrenten sowie ausländische Renten, die ohne individuelle Vorleistung als Staatsbürgerversorgung gewährt werden (Düsseldorf FamRZ 2001, 1461 mwN, niederländische AOW-Rente (Borth FamRZ 2003, 889; aA allerdings BGH FamRZ 2008, 770; 2008, 2263; 2009, 677; dazu vgl Borth VersA Rn 87; MüKo/Dörr Rn 7).
- 8 **VI. Zur Absicherung im Alter oder bei Invalidität.** Voraussetzung für die Einbeziehung eines Anrechts in den VersA ist ferner, dass es der Alters- und/oder Invaliditätssicherung dient (Abs II Nr 2). Für eine **Absicherung im Alter** ist erforderlich, dass ein auf Rentenzahlung gerichtetes Anrecht gerade der „Versorgung wegen Alters“ dienen soll, also speziell für das Alter bestimmt ist (verneinend Zweibrücken, FamRB 2011, 170 [Weil] für eine auf das Leben eines Kindes abgeschlossene LV; dazu s § 46 Rn 4). Das verlangt zwar keinen Gleichlauf des Rentenbeginns mit der gesetzlichen Rente oder mit der Beamtenversorgung. Dennoch wird eine Versorgung wegen Alters regelmäßig nur dann vorliegen, wenn die zugesagte Versorgungsleistung im Anschluss an die Beendigung des aktiven Berufs-

lebens gewährt wird und das bisherige Erwerbseinkommen ersetzen soll. Daran kann es im Einzelfall fehlen, wenn der Rentenbeginn weit vor dem Eintritt in das Rentenalter liegt; in einem solchen Fall kann ein Renditecharakter an Stelle des Vorsorgecharakters treten (BGH FamRZ 2007, 889f für einen Rentenbeginn im Alter von 43 Jahren; FamRZ 2005, 696, 698; vgl Borth FamRZ 2008, 2069; aA Glockner/Hoernes/Weil § 2 Rn 16). Allerdings kann auch eine ab einem Alter von 50 Jahren geleistete Zahlung eine Altersrente sein und dem VersA unterfallen (BGH FamRZ 2001, 27). Davon abzugrenzen sind Vorruhestandsleistungen und Übergangsgelder (etwa nach §§ 47, 47a, § 67 IV BeamtVG), die nicht auszugleichen sind (BGH FamRZ 2001, 27; Brandenburg FamRZ 2002, 754; Karlsruhe FamRZ 1998, 629; Hahne BetrAV 1995, 271). Der Begriff „**Invalidität**“ meint die mögliche Einschränkung der Arbeits- oder Dienstfähigkeit vor dem Erreichen der Regelaltersgrenze. Der Gesetzgeber hat vor dem Hintergrund einer breit angelegten Begriffsvielfalt bewusst darauf verzichtet, den in der gesetzlichen Rentenversicherung eingeführten Begriff der verminderten Erwerbsfähigkeit zu verwenden; er meint den Begriff der Invalidität umfassend (BT-Drucks 16/10144, 46). Daher unterliegen auch solche Anrechte dem VersA, denen ein vom Rentenversicherungsrecht abw Invaliditätsbegriff zugrunde liegt oder bei denen es sich um Leistungen wegen Invalidität handelt, die – wie bei der privaten Unfallversicherung – von der Erfüllung einer besonderen Kausalitätsbedingung abhängig sind (Klattenhoff NZS 1994, 537 [540]). Eine **isolierte Hinterbliebenenversorgung** unterliegt nicht dem VersA (BGH FamRZ 1992, 165 [166]). Als Element einer **kombinierten** Versorgung wird eine Vorsorge zugunsten der Hinterbliebenen bei der Wertermittlung nach neuem Recht aber auch dann mitberücksichtigt, wenn die Hinterbliebenenversorgung wertmäßig abgegrenzt werden kann; bei interner Teilung dieser Versicherungen muss aber für den Berechtigten dann ebenfalls eine Hinterbliebenenversorgung geschaffen oder ihr Fehlen durch Erhöhung der Altersvorsorge ausgeglichen werden (§ 11 I Nr 3; vgl Klattenhoff DRV 2000, 685 [697]; Borth VersA Rn 64f).

**VII. Auf Rente, ausnahmsweise auch auf Kapitalzahlung gerichtet.** Dem Zweck des VersA, nur solche Anrechte einzubeziehen, die Vorsorgecharakter haben, dienen naturgemäß Anrechte, die auf Zahlung einer Rente lauten, weit eher als Ansprüche auf eine einmalige Kapitalzahlung. Deswegen verlangt Abs II Nr 3, dass das Anrecht auf eine Rente gerichtet ist. Merkmale einer Rente sind zum einen eine wiederkehrende Geldzahlung, zum anderen die Absicherung eines Risikos (Alter, Erwerbsunfähigkeit; BT-Drucks 16/10144, 46; Ruland VersA Rn 142). Nicht erforderlich ist, dass die Geldzahlung bis zum Lebensende des Berechtigten geschuldet ist. Kapitalzahlungen, die in Raten geschuldet werden, unterfallen nicht dem Rentenbegriff (Glockner/Hoernes/Weil § 2 Rn 16f). Nicht in den VersA fallen Anrechte, die auf **Sachleistungen** gerichtet sind (Bsp: Wohnrecht im Rahmen eines Altenteils oder Leibgedinges im Zusammenhang mit der Hofübertragung; Kohledeputate; MüKo/Dörr Rn 15; s näher Borth VersA Rn 77; aA Wick, BetrAV 2011, 131); Sachleistungen sind keine Renten iSd Abs II Nr 3. Gerade in der betrieblichen Altersversorgung kann der Ausschluss von Sachleistungen aber wegen des zweiten Hs der Nr 3 fraglich sein. Dessen gesetzgeberischer Zweck beruhte allerdings allein in der Einbeziehung von Kapitalleistungen in den VersA (s. u. Rn 10). Schon zum alten Recht hatte es der BGH zudem abgelehnt, derartige Leistungen dem VersA zu unterstellen und zur Begründung angeführt, der VersA sei auf Geldrenten sowie hierauf gerichtete Anwartschaften zugeschnitten; Anrechte auf Sachleistungen ließen sich auch nicht versicherungsmathematisch kalkulieren (BGH FamRZ 1993, 682ff). Hinzu kommt, dass die nach neuem Recht grds vorzunehmende interne Teilung bei Sachleistungen wie einem Wohnrecht oder einem Kohledeputat idR ihren Zweck verfehlen müsste. Derartige Anrechte sind damit nicht im VersA zu berücksichtigen; sie sind ggf güterrechtlich auszugleichen. Soweit im Rahmen eines Altenteils/Leibgedinges Ansprüche auf **Geldrenten** bestehen, ist danach zu differenzieren, ob diese Leistungen **Versorgungscharakter** haben (dann in den VersA einzubeziehen) oder es sich um eine ratenweise **Kaufpreiszahlung** handelt (dann güterrechtlich auszugleichen; s Borth VersA Rn 77).

**1. Kapitalzahlung.** Einmalige Leistungen bzw auf einzelne Kapitaleleistungen (Ratenzahlungen) gerichtete Versicherungen sind danach grds nicht in den VersA einzubeziehen. Davon macht das neue Recht jedoch Ausnahmen für Anrechte nach dem BetrAVG und nach dem AltZertG; diese unterfallen auch dann dem Regelungsbereich des VersAusglG, wenn sie auf eine Kapitalzahlung gerichtet sind. Die teilw Einbeziehung von auf Kapitalzahlung gerichteten Anrechten hatte zum einen praktische Gründe. Die Berücksichtigung noch nicht fälliger und auch nicht anderweitig verfügbarer Anrechte nach dem BetrAVG konnte zu einer Ausgleichspflicht des Inhabers mit Rechtskraft der Entscheidung zum Zugewinnausgleich führen, die er aus verfügbarem Vermögen gar nicht erfüllen konnte (BT-Drucks 16/10144, 47). Zudem sollte Rechtsunsicherheiten begegnet werden, die aufgrund der Rspr des BGH (FamRZ 2003, 664ff) bestanden, wenn bei einer privaten Rentenversicherung ein Kapitalwahlrecht bestand und nach Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags ausgeübt wurde. Ein weiterer Grund ist, dass es bei vielen unter das AltZertG fallenden Produkten (Bsp: Banksparrpläne) schwer zu ermitteln ist, ob es sich um Renten iSd VersAusglG handelt (Glockner/Hoernes/Weil § 2 Rn 24ff, 31). Schließlich spricht der Gesetzgeber den Anrechten nach dem BetrAVG und dem AltZertG unabhängig von der Auszahlungsform Vorsorgecharakter zu (BT-Drucks 16/10144, 47). Er hält es deshalb nicht für angebracht, sonstige auf Kapitalzahlung lautende Anrechte aus privaten Lebensversicherungen ebenfalls in den VersA einzubeziehen, weil diese oft anderen Zwecken dienen wie etwa der Finanzierung größerer Anschaffungen (Immobilie) und zudem auch in der Anwartschaftsphase leichter verfügbar sind als betriebliche Anrechte.

**2. Besonderheiten bei privaten Lebensversicherungen.** Ein Anrecht aus einer **Kapitallebensversicherung mit Rentenwahlrecht** unterliegt, wenn es sich nicht um ein Anrecht nach dem BetrAVG oder dem AltZertG handelt, dem VersA, wenn das Wahlrecht bis zum Eintritt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags ausgeübt und das Anrecht damit vor diesem Stichtag zu einem Renten-

## VersAusglG § 2

### Versorgungsausgleichsgesetz

anrecht wird (BGH 88, 386 [393]; FamRZ 1993, 684; vgl auch Celle FamRZ 1999, 1200). Wird erst danach von dem Wahlrecht Gebrauch gemacht, fällt das Anrecht in den Zugewinnausgleich (BGH FamRZ 2003, 664). Ob ein Zugewinnausgleich tatsächlich stattfindet, ist allerdings unerheblich. Im umgekehrten Fall (**Rentenversicherung mit Kapitalwahlrecht**) fällt die Versicherung jedenfalls dann in den VersA, wenn das Kapitalwahlrecht bis zum Zeitpunkt der Entscheidung über den VersA nicht ausgeübt wird. Wenn das Kapitalwahlrecht nach Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags, aber vor Entscheidung über den VersA ausgeübt wurde, fiel es nach Umstr. hM zum alten Recht nicht in den VersA (BGH 153, 393; FamRZ 2003, 923; Lipp JZ 2003, 902; krit Zimmermann DNotZ 2003, 546; aA Deisenhofer FamRZ 2003, 745). Der BGH (FamRZ 1992, 411, 412; 1993, 684, 685) hat zur Begründung angeführt, dass nur solche Rentenansprüche in den VersA einzubeziehen seien, die im Zeitpunkt der Entscheidung über den VersA noch nicht erloschen sind; der VersA sei in seiner Ausformung durch das (damals) geltende Recht auf den Ausgleich von Rentenansprüchen zugeschnitten und stelle für den Ausgleich von Kapitalforderungen keine geeigneten Ausgleichsmechanismen zur Verfügung. Dieser Argumentation ist im jetzt geltenden Recht die Grundlage entzogen. Denn nunmehr werden im VersA auch anderweitig Ansprüche geteilt, die auf eine Kapitalzahlung lauten. Danach muss jetzt über die Einbeziehung der Rentenversicherung mit Kapitalwahlrecht, sofern sie nicht dem Anwendungsbereich des Abs II Nr 3 unterfällt, der Zustand ab Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags entscheiden. Ist das Wahlrecht bis dahin nicht ausgeübt, kann die Rentenversicherung auch dann noch in den VersA einbezogen werden, wenn es zu dem Eintritt der Rechtshängigkeit und der Entscheidung über den VersA ausgeübt werden sollte; die Ausübung des Wahlrechts ist kein Anwendungsfall des § 5 II S 2 (aA MüKo/Dörr Rn 17). **Zur Sicherheit abgetretene Ansprüche** (dazu auch Nürnberg FamRZ 2007, 1246) aus einer Rentenversicherung fallen nach Ansicht des BGH zum alten Recht (FamRZ 2011, 963f) in den VersA, solange die Sicherheit nicht in Anspruch genommen worden ist (vgl auch Zweibrücken FamRZ 2004, 642). Im neuen Recht, in dem Ansprüche nicht bloße Berechnungsposten, sondern selbst Teilungsgegenstand sind, ist dies nicht mehr möglich. Ein abgetretenes Anrecht kann jedenfalls nicht bei Scheidung, schon gar nicht extern, geteilt werden. Zu erwägen ist allenfalls, die zur Sicherheit abgetretenen Ansprüche als nicht ausgleichsreif (§ 19 II Nr 1) anzusehen und dem Wertausgleich nach der Scheidung (§§ 20ff) vorzubehalten. Stringenter erscheint es, derartige Ansprüche aus dem Anwendungsbereich des VersAusglG ganz herauszunehmen und ihren Kapitalwert über den Zugewinnausgleich zu berücksichtigen. Die Teilung **gepfändeter** Ansprüche bleibt möglich, ist aber für den Ausgleichsberechtigten unsicher, weil der Ausgleichspflichtige das Interesse verlieren kann, die Verwertung abzuwenden.

- 12 VIII. Anwartschaft und Wartezeit.** Nach Abs III sind auch solche Ansprüche grds auszugleichen, für die aE der Ehezeit eine maßgebliche Wartezeit, Mindestbeschäftigungszeit, Mindestversicherungszeit oder ähnliche zeitliche Voraussetzung noch nicht erfüllt ist. Dies entspricht § 1587a VII S 1 aF BGB. Ansprüche iSd BetrAVG gelten aber vor Erfüllung der Wartezeit als nicht ausgleichsreif iSd § 19 II Nr 1. Sie bleiben, wenn sie im Entscheidungszeitpunkt für den Wertausgleich bei Scheidung noch nicht hinreichend verfestigt sind, vielmehr dem schuldrechtlichen Ausgleich vorbehalten (§ 19 II Nr 1). Dort können sie (erst) ausgeglichen werden, wenn der Ausgleichspflichtige aus ihnen tatsächliche Leistungen bezieht. Dagegen werden sonstige Ansprüche, also insb gesetzliche Rentenansprüche, Ansprüche von Beamten und aus berufsständischen Versicherungen (BGH FamRZ 1991, 1420, 1421), auch dann im Wertausgleich bei Scheidung ausgeglichen, wenn die Mindestwartezeiten hierfür noch nicht erfüllt sind. Das gilt auch für die Mindestwartezeit in einem Beförderungssamt nach § 5 III BeamtenVG (BGH FamRZ 1982, 31; Hoppenz/Hoppenz § 2 VersAusglG Rn 10). Nur ausnahmsweise, nämlich wenn im Entscheidungszeitpunkt feststeht, dass die Wartezeit nicht mehr erfüllt werden kann, bleibt das Anrecht trotz Abs III unberücksichtigt (BGH FamRZ 1996, 98, 101; Hoppenz/Hoppenz § 2 VersAusglG Rn 10). Abs III gilt **nicht** für besondere Zeiten, die den Wert eines Anspruchs der **gesetzlichen Rentenversicherung** erhöhen (s § 43 III). Damit sind Regelungen zur Aufwertung von Zeiten der Kindererziehung oder Pflegezeiten bei Vorliegen von 25 Jahren rentenrechtlicher Zeiten (§ 70 IIIa SGB VI) und von Pflichtbeiträgen bei Erfüllung von 35 Jahren mit rentenrechtlichen Zeiten gemeint (§ 262 SGB VI; Bergner KomRefVA, § 43 Anm. 8; s auch § 43 Rn 18).
- 13 IX. Abgrenzung zum Güterrecht.** Abs IV, wonach ein güterrechtlicher Ausgleich für die in den VersA einzubeziehenden Ansprüche nicht stattfindet, entspricht § 1587 III aF BGB. Ziele der Regelung sind, einerseits eine Doppelverwertung von Ansprüchen sowohl im VersA als auch im Zugewinnausgleich zu vermeiden, andererseits dem VersA den Vorrang einzuräumen, soweit Ansprüche der Altersvorsorge betroffen sind (BGH FamRZ 1992, 790; BT-Drucks 16/10144, 47).
- 14** Das Ziel, eine **Doppelverwertung zu vermeiden**, kann es allerdings sogar umgekehrt erfordern, Ansprüche, die mit Hilfe des Vermögens begründet worden sind, im VersA nicht auszugleichen, weil das Vermögen im Zugewinnausgleich zu berücksichtigen ist; das ist der Fall, wenn ein **vorzeitiger Zugewinnausgleich** durchgeführt worden ist und der Berechtigte aus Mitteln dieses Zugewinnausgleichs vor Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags Ansprüche auf eine Altersversorgung erworben hat (BGH FamRZ 1992, 790, 791). Sonst würde ein Teil der Summe über den VersA wieder an den zugewinnausgleichspflichtigen Ehegatten zurückfließen. Anders liegt es aber, wenn der zum Zugewinnausgleich Verpflichtete dem anderen Ehegatten eine Ablaufsumme aus einem Lebensversicherungsvertrag auszahlt und den eigenen Versicherungsvertrag dann wiederum sukzessive auffüllt. Daraus entstehende Rentenansprüche fallen in den VersA (Karlsruhe FamRZ 2004, 1793). Str ist, ob im Anschluss an eine Vereinbarung von Gütertrennung mit Hilfe von Vermögen erworbene Ansprüche dem VersA unterfallen (so Brudermüller NJW 2006, 3184 [3185]; Erman/Wellenhofer<sup>12</sup> § 1587 Rn 7; aA Hamm FamRZ 2006, 795, 796 mwN; einschränkend Borth FamRZ 2006, 1641 mwN Fn 7). In diesen Fällen kann eine erg. Vertragsauslegung ergeben, dass eine Beteiligung des anderen Ehegatten über

den VersA ebenfalls ausgeschlossen sein soll (ähnlich wohl KG FamRZ 2003, 39f). Zu einem Problem der Doppelverwertung kommt es richtiger Ansicht nach nur dann, wenn im Zusammenhang mit der vereinbarten Gütertrennung ein Zugewinnausgleich unter Einbeziehung des später in die Altersvorsorge investierten Vermögens durchgeführt worden ist (s Borth FamRZ 2006, 1641; 2005, 397, 399).

**X. Übergangsrecht.** Besonders in der Übergangszeit zw altem und neuem Recht (s §§ 48ff) bereitet die Abgrenzung zum Güterrecht Schwierigkeiten, weil nach neuem Recht Versorgungsanrechte, die auf Kapital lauten, teilw in den VersA einbezogen werden, während sie nach altem Recht noch im Zugewinn auszugleichen waren (dazu Roessink FamRB 2010, 282f zur Direktversicherung). Gerade in der Übergangszeit sind Kollisionen zw Güterrecht und VersA unter Berücksichtigung des Verbots der Doppelverwertung zu regeln. Erfasst etwa ein unter Geltung des alten Rechts gültig abgeschlossener Ehevertrag ein auf Kapital lautendes Anrecht im Zugewinnausgleich, bleibt diese Regelung, wenn sie nicht nach § 313 BGB wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage anzupassen ist, auch im Geltungsbereich des neuen Rechts maßgeblich; das Anrecht ist dann nicht in den VersA einzubeziehen. 15

### **3** Ehezeit, Ausschluss bei kurzer Ehezeit

(1) Die Ehezeit im Sinne dieses Gesetzes beginnt mit dem ersten Tag des Monats, in dem die Ehe geschlossen worden ist; sie endet am letzten Tag des Monats vor Zustellung des Scheidungsantrags.

(2) In den Versorgungsausgleich sind alle Anrechte einzubeziehen, die in der Ehezeit erworben wurden.

(3) Bei einer Ehezeit von bis zu drei Jahren findet ein Versorgungsausgleich nur statt, wenn ein Ehegatte dies beantragt.

I. Allgemeines . . . . .	1	III. In-Prinzip . . . . .	6
II. Berechnung der Ehezeit . . . . .		1. Allgemeines . . . . .	6
1. Allgemeines . . . . .	2	2. Beitragszahlung und Verwendungszeitraum . . . . .	7
2. Beginn und Ende der Ehezeit . . . . .	3	3. Unbillige Ergebnisse . . . . .	8
3. Mehrere Anträge . . . . .	4	4. Zurechnungszeit . . . . .	9
4. Wiederheirat, Dopelehe . . . . .	5	5. Änderungen nach Ehezeitende . . . . .	10
		IV. Kurze Ehezeit . . . . .	11

**I. Allgemeines.** Abs I enthält eine dem alten Recht entspr Legaldefinition der Ehezeit, während Abs II den VersA auf diejenigen Anrechte oder Anrechtsanteile beschränkt, die innerhalb der Ehezeit erworben worden sind. Abs III hat im alten Recht keinen Vorläufer; im Zusammenspiel mit den Geringfügigkeitsregeln des § 18 bezweckt er, übermäßigen bürokratischen Aufwand dort zu vermeiden, wo er – für den per Saldo begünstigten Ehegatten – in keinem Verhältnis zum möglichen Ertrag steht.

**II. Berechnung der Ehezeit. 1. Allgemeines.** Die spezifische Definition der Ehezeit in Abs I legt den Erfassungszeitraum des VersA fest. Die pauschalierende Regelung soll die Wertermittlung vereinfachen (BGH FamRZ 1993, 292) und ermöglicht es, über den VersA im Verfahrensverbund zu befinden (Karlsruhe FamRZ 1979, 824). Für die Zeit nach Eintritt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags besteht ggf ein Anspruch auf Altersvorsorgeunterhalt (§ 1361 I S 2 BGB). Die Pauschalregelung bedarf der Korrektur im Einzelfall: Anrechte aufgrund von nachgezahlten Beiträgen sind im Interesse der Abstimmung mit dem Ehegüterrecht (zu dessen abw Stichtag vgl § 1384 BGB) auch auszugleichen, wenn sie nach Ehezeitende iSv Abs I, aber vor Eintritt der Rechtshängigkeit geleistet worden sind (BGH FamRZ 1981, 1169). Sie sind demggü nicht zu berücksichtigen, wenn die Nachzahlungsbeiträge zwar im Kalendermonat der Eheschließung, jedoch tatsächlich vor dem Zeitpunkt der Heirat gezahlt worden sind (BGH FamRZ 1993, 292). Bei wiederholter Ehe mit demselben Partner werden die während der früheren Ehe erworbenen Anrechte nicht in den VersA einbezogen (BGH FamRZ 1982, 1193; 1983, 461); ist jedoch der VersA anlässlich der ersten Ehescheidung auflösend bedingt ausgeschlossen worden, so bedarf es gesonderter Entscheidungen für beide Ehezeiten (BGH FamRZ 1994, 96). 2

**2. Beginn und Ende der Ehezeit.** Der Beginn der Ehe bestimmt sich nach dem Zeitpunkt der rechtswirksamen Eheschließung (§ 1310 BGB, früher § 11 I EheG; ggf das nach Art 13 EGBGB berufene Recht). Das Ende der Ehezeit wird für Zwecke des VersA abw von § 1564 S 2 BGB bestimmt; die Ehezeit endet nach Abs I mit Ablauf des Kalendermonats, der dem Eintritt der Rechtshängigkeit des zum Scheidungsausspruch führenden Scheidungsantrags vorausgeht. Ein späterer Scheidungsantrag (nach Aussetzung oder Verfahrensstillstand) wird im Zweifel nur als weiterer (Gegen-)Antrag im schon anhängigen Scheidungsverfahren aufzufassen sein (BGH FamRZ 2006, 620; 1983, 39). Die Ehezeit ist auch nach neuem Recht nicht disponibel (s § 8 Rn 25f); es kann jedoch vereinbart werden, dass nur die bis zu einem bestimmten Zeitpunkt erworbenen Anrechte ausgeglichen werden (Bamberg FamRZ 2000, 292; Saarbrücken OLG Rpf 1999, 227). Die **Rechtshängigkeit** tritt grds mit der wirksamen Zustellung der Scheidungsantragsschrift ein. Ist der Scheidungsantrag vor Ablauf des Trennungsjahres iSv § 1566 I BGB („verfrüht“) gestellt worden, so kommt in Anwendung von § 242 BGB ein Hinausschieben des für das Ende der Ehezeit maßgebenden Zeitpunkts in Betracht, um gewichtige Nachteile für den Antragsgegner abzuwenden (vgl hierzu BGH FamRZ 1997, 347; Oldenburg FamRZ 1996, 1480; Krause FamRZ 2002, 1386). Die Zustellung eines Antrags auf Verfahrenskostenhilfe reicht nicht aus (BGH FamRZ 1982, 1005), es sei denn, dass bei förmlicher Zustellung von Schei- 3

**VersAusglG § 3**

## Versorgungsausgleichsgesetz

dungsantrag und Verfahrenskostenhilfesuch nicht deutlich wurde, dass sich die Zustellung nur auf den Antrag auf Verfahrenskostenhilfe beziehen sollte (BGH FamRZ 1987, 362 [364]). Ging dem Scheidungsausspruch ein auf Scheidung umgestellter **Eheaufhebungsantrag** voraus, ist der Zeitpunkt der Zustellung des Aufhebungsantrags maßgebend (BGH FamRZ 1989, 153). Die Heilung von Mängeln bei der Zustellung des Scheidungsantrags gem § 189 ZPO iVm § 113 FamFG wirkt nur für die Zukunft (BGH FamRZ 1984, 368 [369]). Eine nicht oder nicht formgerecht vorgenommene Zustellung gilt somit als in dem Zeitpunkt erfolgt, in dem sich der Antragsgegner in der mündlichen Verhandlung rügelos auf diese einlässt (Brandenburg FamRZ 1998, 1439) oder in dem ihm die Antragschrift – die ihm nach dem Willen des Gerichts zugestellt werden sollte (BGH FamRZ 1993, 309) – tatsächlich zugegangen ist (§ 189 ZPO; vgl BGH aaO; Brandenburg FamRZ 2001, 1220). Ist die Rechtshängigkeit auch nicht entspr § 261 II ZPO durch Stellung des Scheidungsantrags in der mündlichen Verhandlung eingetreten (Naumburg FamRZ 2006, 956; Brandenburg FamRZ 1998, 1439), gleichwohl aber ein Scheidungsausspruch ergangen, so bestimmt sich das Ende der Ehezeit nach dem Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsbeschl (Zweibrücken FamRZ 1999, 27). Bei Scheidung durch ein ausländisches Gericht bestimmt sich die Rechtshängigkeit nach der lex fori (BGH FamRZ 1993, 798; 1992, 1058; Frankfurt FamRZ 2009, 1586). Lässt sich der Zeitpunkt der Zustellung des Scheidungsantrags nicht mehr exakt feststellen, trifft die Darlegungslast den Ehegatten, der aus einer längeren Ehezeit den Vorteil eines höheren VersA ziehen würde; er trägt den Nachteil der Nichtfeststellbarkeit des Zustellungsdatums (BGH FamRZ 1989, 1058 [1059]). Geht einem Scheidungsverfahren nach **ausländischem** (zB italienischem) Recht ein **Trennungsverfahren** voraus, ist auch hier nicht die Zustellung des Trennungsantrags, sondern des Scheidungsantrags maßgeblich (BGH FamRZ 1994, 825, 826; zur möglichen Bedeutung der Trennungszeit für § 27 MüKo/Dörr Rn 7).

- 4 3. Mehrere Anträge.** Bei mehreren Scheidungsanträgen ist die Rechtshängigkeit des (ältesten) Scheidungsantrags entscheidend, der den zur Scheidung führenden Rechtsstreit ausgelöst hat (BGH FamRZ 2006, 260; 2004, 1364; 1991, 1042). Hiervon ist – selbst in Übergangsfällen (BGH FamRZ 1980, 552 [553]) – auch dann auszugehen, wenn es zur Aussetzung oder zum Stillstand des Scheidungsverfahrens (einschl eines Weglegens der Akte) gekommen ist (BGH FamRZ 2006, 260; NJW-RR 1993, 898; FamRZ 1986, 335) oder wenn die Rechtshängigkeit eines früher eingeleiteten Scheidungsverfahrens übersehen worden ist und die Ehe im Rahmen eines neuen Antrags in einem selbständigen Verfahren geschieden wird. Ggf kann aber auf ältere Verfahren nunmehr neues Versorgungsausgleichsrecht anzuwenden sein (s die Kommentierung zu § 48). In Einzelfällen kann die Anknüpfung an den zur Scheidung führenden (früheren oder späteren) Antrag gegen Treu und Glauben verstoßen (BGH FamRZ 2004, 1364, 1365; 1991, 1042, 1043; Köln FamRZ 1992, 685). Dies gilt etwa bei vorbehaltloser Versöhnung der Ehegatten, wenn diese übereinstimmend das Scheidungsverfahren als erledigt angesehen und wiederum längere Zeit zusammengelebt haben; hier ist auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem die Fortsetzung des Verfahrens beantragt wird (BGH FamRZ 1991, 1042; 1986, 335; Karlsruhe NJW-RR 2003, 363; Hamm FamRZ 1991, 844). Leben die Ehegatten aber während des Verfahrensstillstands weiter getrennt, kann nicht aus Billigkeitsgründen von einem späteren Ehezeitende ausgegangen werden (BGH FamRZ 2004, 1364). Diese Grundsätze gelten auch für den Fall, dass der ursprüngliche Scheidungsantrag in der mündlichen Verhandlung nicht gestellt, zurückgewiesen oder zurückgenommen wird, die Ehe aber – in demselben anhängigen Verfahren – auf einen Antrag des Gegners geschieden wird (BGH FamRZ 1982, 153; Naumburg FamRZ 2002, 754). Da dies ein einheitliches Verfahren zur Voraussetzung hat, ist für das Ehezeitende der Scheidungswiderantrag maßgebend, wenn der Scheidungsantrag vor Zustellung des Widerantrags zurückgenommen worden ist (BGH FamRZ 1983, 38; 2006, 260f; krit MüKo/Dörr Rn 8). IÜ kann der Antragsteller bei längerem Ruhen des Verfahrens den Scheidungsantrag – einseitig allerdings nur im Rahmen von § 269 I ZPO iVm § 113 FamFG – zurücknehmen, um durch einen neuen Antrag ein späteres Ende der Ehezeit herbeizuführen (Borth FamRZ 2003, 889). Zum Scheidungsantrag unter einer „Bedingung“ Naumburg FamRZ 2002, 401.
- 5 4. Wiederheirat, Doppelehe.** Bei Wiederheirat und erneuter Scheidung bestimmt sich die Ehezeit nach der letzten Ehe; weil frühere Zeiträume nicht einbezogen werden, wird auch ein Versorgungsausgleichsverfahren aus vorangegangener Scheidung nach der Wiederheirat nicht obsolet (MüKo/Dörr Rn 11). Bei Doppelehe ist der VersA für die zweite, aufhebbare Ehe nach § 1318 III BGB nur durchzuführen, wenn dies im Hinblick auf den Ehegatten/Lebenspartner der ersten Ehe grob unbillig wäre. Zur Berechnung des Ehezeitanteils, wenn das betroffene Anrecht aufgrund einer früheren Ehe schon einmal geteilt worden ist, s KG FamRZ 2011, 223.
- 6 III. In-Prinzip. 1. Allgemeines.** Nach Abs II sind in den VersA alle Anrechte – oder Teile von Anrechten – einzubeziehen, die in der Ehezeit erworben worden sind. Darin kommt zum Ausdruck, dass für die Zuordnung eines Anrechts zur Ehezeit der Zeitpunkt seines Erwerbs maßgeblich ist (BT-Drucks 16/10144, 47; sog „In-Prinzip“; vgl Bergner KomRefVA, § 3 Anm. 3.2). Grundgedanke des In-Prinzips ist, entspr dem Prinzip des Zugewinnausgleichs nur solche Anrechte auszugleichen, die auf einer gemeinsamen Lebensleistung beruhen (Borth VersA Rn 89). Nicht in der Ehezeit erworben ist ein nach dem Ehezeitende vom Arbeitgeber für das vorzeitige Ausscheiden des Arbeitnehmers zugesagter „Einkommensausgleich“ für die Zeit bis zum Einsetzen der Betriebsrente (BGH FamRZ 2009, 1735; Brudermüller NJW 2010, 3200). Zeitpunkt des Erwerbs ist bei Pflichtversicherungen/-versorgungen, die auf Arbeitsleistung beruhen (zB gesetzliche Rentenversicherung, öffentliche/kirchliche Zusatzversorgung, Anrechte der Beamtenversorgung), aber auch bei Anrechten der betrieblichen Altersversorgung der Zeitpunkt, in dem die Arbeitsleistung erbracht wird (BGH, Beschl v 1.6.2011 – XII ZB 186/08, Rn 20ff), bei durch freiwillige Beiträge begründeten Anrechten dagegen der Zeitpunkt der Beitragszahlung (Bergner KomRefVA, Anm. 3.1, 3.2). Str ist, ob auch für die von Selbständigen aufgrund versicherungspflichtiger Tätigkeit erworbenen Rentenanwartschaften nicht der Zeitpunkt der

Beitragszahlung, sondern der Zeitpunkt der Tätigkeit maßgeblich ist, weil die Pflichtversicherung hier auf einem Antrag nach § 4 II SGB VI beruht (bejahend Bergner KomRefVA, Anm. 3.2; aA BGH FamRZ 1985, 687; Jena FamRZ 2000, 234; Borth VersA Rn 94); eine unterschiedliche Behandlung zu sonstigen Anrechten, die auf Arbeitsleistung beruhen, erscheint hier aber nicht gerechtfertigt. Andernfalls dürfte zumindest die Beitragsforderung des Rentenversicherungsträgers nicht zugewinnmindernd berücksichtigt werden, um eine doppelte Begünstigung des säumigen Beitragsschuldners zu vermeiden (Erman/Wellenhofer<sup>12</sup> § 1587 BGB Rn 12).

**2. Beitragszahlung und Verwendungszeitraum.** Aus den genannten Grundsätzen ergibt sich für den Fall, dass der Zeitpunkt der Beitragszahlung nicht mit dem Zeitraum identisch ist, für den der Beitrag verwendet wird, Folgendes (vgl dazu Borth VersA Rn 93ff): Anrechte aufgrund von freiwilligen Beiträgen, die nach Eintritt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags für die Ehezeit nachgezahlt worden sind, unterliegen nicht dem VersA (BGH FamRZ 1987, 364; 1983, 683; 1981, 1169), während Anrechte aus Beiträgen, die während der Ehezeit – und darüber hinaus bis zu dem Tag vor Eintritt der Rechtshängigkeit – gezahlt worden sind, auch dann auszugleichen sind, wenn die so erworbenen Beitragszeiten (§ 55 SGB VI) vor der Ehezeit liegen (Zweibrücken FamRZ 2004, 517; Koblenz FamRZ 1992, 825; Köln FamRZ 2000, 157; Jena FamRZ 2000, 234). Ebenfalls unberücksichtigt bleiben Beiträge, die noch im Eheschließungsmonat, aber vor Eheschließung zur Begründung von Anrechten gezahlt werden (BGH FamRZ 1993, 292ff; Borth VersA Rn 96). Abzustellen ist auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Beitragszahlung, frühestens auf den Tag der Belastung des Kontos des Beitragszahlers (BGH FamRZ 1996, 1538). Das In-Prinzip gilt unabhängig vom Güterstand (KG FamRZ 1996, 1552) für alle Formen der Nachrichtung freiwilliger Beiträge einschl der früheren Beitragsnachzahlung für Zeiten einer „Heiraterstattung“ (BGH FamRZ 1997, 414; Koblenz FamRZ 2001, 1221; Nürnberg FamRZ 1996, 1550) und auch für „Wiederauffüllungsbeträge“, die dazu dienen, eine Rentenansparminderung infolge eines VersA anlässlich einer früheren Ehescheidung auszugleichen (BGH FamRZ 2007, 1719; Zweibrücken FamRZ 2004, 517). Das In-Prinzip gilt jedoch nicht bei der Nachversicherung (§ 185 II S 1 SGB VI; vgl Schmeiduch FamRZ 1983, 119). Es entscheidet aber über die Frage, ob Anrechte aufgrund von Beitragsleistungen, die nach dem Rentenversicherungsrecht nicht in die Versicherungsbiographie eingeordnet werden (vgl etwa § 187 I Nr 1; §§ 187a, 187b SGB VI), dem ehelichen Versorgungserwerb zuzurechnen sind (vgl Klattenhoff DAngVers 1997, 129). Bei flexiblen Arbeitszeitformen sind auch Wertguthaben, die auf Arbeitszeitkonten angespart und noch nicht verbeitragt sind, danach eigentlich insoweit maßgeblich für den VersA, als die Arbeit in die Ehezeit fällt (so noch Borth FamRZ 2001, 877f; aA jetzt Borth VersA Rn 94 unter Berufung auf BT-Drucks 16/10144, 48; Schmeiduch FamRZ 1999, 1035, 1038). Werden vorehelich angesparte oder erst nahehelich erarbeitete Wertguthaben in der Ehezeit verbeitragt, müssten sie also unberücksichtigt bleiben; in der Ehezeit angesparte Wertguthaben müssten auch dann berücksichtigt werden, wenn sie vor oder erst nach dem Ehezeitende aufgelöst und verbeitragt werden. Daraus entstünden für die Ermittlung ehezeitlicher Rentenansparminderungen für die Träger der gesetzlichen Rentenversicherung aber neben erheblichem bürokratischen Aufwand kaum lösbare Probleme (Bsp: Überschreiten von Beitragsbemessungsgrenzen in der Ansparphase). Deswegen muss auch für den VersA die durch das sog. „Flexi-Gesetz“ (Gesetz zur sozialrechtlichen Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen vom 6.4.1998, BGBl I 688ff) begründete Fiktion eines durchgehenden Beschäftigungsverhältnisses (§ 7 Ia SGB IV) übernommen werden. Das gilt dann allerdings in beide Richtungen, so dass irrelevant ist, ob nur die Ansparphase oder nur die Freistellungsphase in die Ehezeit fällt; maßgeblich sind hier ausnahmsweise die aus dem regelmäßig gezahlten Arbeitsentgelt in der Ehezeit geschuldeten Rentenversicherungsbeiträge.

**3. Unbillige Ergebnisse.** Führt das In-Prinzip – etwa bei ungenügender Abstimmung mit dem Güterrecht – zu einem grob unbilligen Ergebnis, kommt insoweit ein Ausschluss des VersA gem § 27 in Betracht (BGH FamRZ 1987, 364). Es ist fraglich, ob diese Grundsätze auch für die Altersvorsorgezulage bei der erg kapitalgedeckten Altersvorsorge iSv § 83 EStG gelten. Die Zulage wird erst nach Ablauf des Jahres, für das sie verwendet werden soll, auf Antrag direkt an den Anbieter des geförderter Altersvorsorgevertrags gezahlt und dem Vertrag gutgeschrieben (§§ 89, 90 EStG). Damit ist sie dem ehezeitlichen Versorgungserwerb (nur) dann zuzuordnen, wenn sie tatsächlich während der Ehezeit geleistet worden ist. Es handelt sich hierbei allerdings um Bagatellanrechte, deren Ermittlung sehr aufwendig ist. Aus Gründen der Verfahrensökonomie und im Hinblick darauf, dass der Anspruch auf die Zulage bereits am 31.12. des Verwendungsjahres entsteht (§ 88 EStG), sollte daher bei Anwendung des In-Prinzips auf den sich aus § 88 EStG ergebenden Zeitpunkt abgestellt werden (Erman/Wellenhofer<sup>12</sup> § 1587 BGB Rn 12). Werden unverfallbar gewordene Betriebsrentenanwartschaften nach Ende der Ehezeit zu einem neuen Arbeitgeber transferiert (vgl § 4 BetrAVG; dazu Höfer DB 2004, 1426), berührt dies einen bereits durchgeführten VersA nicht. Vor Durchführung des Wertausgleichs ist hingegen der Wechsel des Versorgungsträgers beachtlich (dazu vgl auch näher § 12 Rn 14f). Werden vor der Ehezeit erworbene Anrechte während der Ehe übertragen, handelt es sich unverändert um vorehelichen Versorgungserwerb.

**4. Zurechnungszeit.** Eine Besonderheit gilt hins der Zurechnungszeit, die ua bei vorzeitigem Eintritt einer Erwerbsminderung anzurechnen ist: Im **Beamtenversorgungsrecht** (§ 13 BeamtVG) ist die Zurechnungszeit nach Ansicht des BGH (FamRZ 1982, 36; 1984, 569) lediglich ein Berechnungselement der Versorgung, so dass das hierauf beruhende Anrecht nicht dem VersA unterliegt, wenn der Versorgungsanspruch bereits vor der Ehe entstanden ist. Bei dem vorzeitigen Ruhestand eines Soldaten nach Ende der Ehezeit soll der Ehezeitanteil zwar unter Einbeziehung der Anteile berechnet werden, die auf die Zurechnungszeit entfallen; diese sollen aber keinen Einfluss auf die ruhegehaltfähige Dienstzeit haben, so dass sich der Ehezeitanteil erhöht (BGH FamRZ 1996, 215). Die **renten-**

**VersAusglG § 3**

## Versorgungsausgleichsgesetz

**rechtliche Zurechnungszeit** (§ 59 SGB VI) soll dagegen ein anspruchsbegründendes Zeitelement sein (BGH FamRZ 1986, 337; FamRZ 1989, 723); hieraus folgt, dass das auf der Zurechnungszeit beruhende Anrecht auch dann in den VersA fällt, wenn die verminderte Erwerbsfähigkeit vor der Ehezeit eingetreten ist (krit Bergner KomRefVA, Anm. 3.3; zust dagegen Borth VersA Rn 42). Der Verlust eines vor der Ehe erworbenen Anrechts durch Beitragserstattung aus Anlass der Heirat ist nicht auszugleichen (Düsseldorf FamRZ 1982, 84), kann aber im Rahmen der Härteregelelungen berücksichtigt werden (BGH FamRZ 1988, 489; zur Berücksichtigung beim Zugewinnausgleich vgl BGH FamRZ 1995, 289).

- 10 5. Änderungen nach Ehezeitende.** Die Bestimmung des Stichtags zum Ehezeitende hat die weitere Funktion, nachträgliche Wertveränderungen, soweit sie auf individuellen Faktoren (bspw einer Beförderung) beruhen, vom ehezeitbezogenen Versorgungserwerb abzugrenzen (Borth VersA Rn 125). Ändert sich der Wert des Ehezeitanteils eines Anrechts nach Ehezeitende aus nicht individuellen tatsächlichen oder rechtlichen Gründen, so ist dies ggf nach § 5 II bereits im Erstverfahren zu berücksichtigen. Dazu und zur Kritik s § 5 Rn 3ff.
- 11 IV. Kurze Ehezeit.** Neu ist Abs III, wonach bei einer Ehezeit von bis zu drei Jahren ein VersA nur auf Antrag eines Ehegatten stattfindet. Hinter der Regelung steht der Gedanke, dass bei einer kurzen Ehezeit idR keine nennenswert unterschiedlich hohen Versorgungsanwartschaften erworben werden. Die Regelung findet eine Ergänzung in § 18, wonach bei geringen Werten oder Wertunterschieden gleichartiger Anrechte ein VersA „insoweit“ nicht stattfindet.
- 12** Die Antragsregelung wurde erst zum Ende des Gesetzgebungsverfahrens eingefügt. Sie hat den Zweck, einen möglichen Missbrauch zu verhindern (BT-Drucks 16/10144, 116, 124f; BT-Drucks 16/11903, 101f). Ohne die Antragsmöglichkeit könnte einer der Ehegatten/Lebenspartner Vermögen, das dem Zugewinnausgleich unterfällt, vor Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens in Versorgungsanrechte umschichten und so dem Zugriff des anderen entziehen. Den Antrag nach Abs III kann auch eine anwaltlich nicht vertretene Partei stellen, § 114 II Nr 7 FamFG. Wird der Antrag nach Abs III nicht bis zwei Wochen vor dem Scheidungstermin gestellt, kommt es scheinbar zur Kollision mit der verfahrensrechtlichen Vorschrift des § 137 II FamFG, wonach Folgesachen nur dann im Scheidungsverbund geregelt werden, wenn sie bis spätestens zwei Wochen vor der mündlichen Verhandlung im Scheidungstermin von einem Ehegatten anhängig gemacht werden. Da der Wertausgleich bei der Scheidung allerdings von Amts wegen zu regeln ist, ist er auch ohne den Antrag anhängig; deshalb ist § 137 II FamFG auf den Antrag nach § 3 III nicht anzuwenden (ebenso Dresden MDR 2010, 1192; Götsche FamRB 2011, 30). Zur Durchführung des Wertausgleichs bei Scheidung im Verbund reicht es aus, dass der Antrag nach Abs III bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung gestellt wird. Eine Abtrennung des VersA aus dem Scheidungsverbund kommt dann nur unter den näheren Voraussetzungen des § 140 FamFG in Betracht.

**4** *Auskunftsansprüche*

**(1) Die Ehegatten, ihre Hinterbliebenen und Erben sind verpflichtet, einander die für den Versorgungsausgleich erforderlichen Auskünfte zu erteilen.**

**(2) Sofern ein Ehegatte, seine Hinterbliebenen oder Erben die erforderlichen Auskünfte von dem anderen Ehegatten, dessen Hinterbliebenen oder Erben nicht erhalten können, haben sie einen entsprechenden Auskunftsanspruch gegen die betroffenen Versorgungsträger.**

**(3) Versorgungsträger können die erforderlichen Auskünfte von den Ehegatten, deren Hinterbliebenen und Erben sowie von den anderen Versorgungsträgern verlangen.**

**(4) Für die Erteilung der Auskunft gilt § 1605 Abs. 1 Satz 2 und 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechend.**

- 1 I. Allgemeines.** Die Vorschrift vereinheitlicht die bislang an verschiedenen Stellen (§§ 1587e I, 1587k I iVm § 1580 BGB, §§ 3a VIII, 9 IV und 10a XI VAHRG) verstreuten Regelungen gegenseitiger Auskunftsansprüche und erweitert sie. Im Verfahrensrecht regelt § 220 FamFG erg die Auskunfts-pflichten ggü dem FamG.
- 2 II. Auskunftspflichten zwischen den Ehegatten. 1. Zweck.** Abs IV (verfassungsgemäß, vgl BVerfG FamRZ 1978, 769 zur Vorgängervorschrift § 1587e I BGB) ordnet die entspr Anwendung der §§ 1605 I S 2 und 3 BGB an. Die Ehegatten sind danach einander zur formgerechten Erteilung von schriftlichen Auskünften über alle für den VersA maßgebenden Umstände sowie zur Vorlage von Belegen (der Versorgungsträger über die Höhe des Anrechts, Satzungen der Versorgungsträger) verpflichtet. Der Auskunftsanspruch soll die Entscheidung über den VersA oder eine Parteivereinbarung vorbereiten und Klarheit über die versorgungsausgleichsrechtliche Verteilungsmasse schaffen. Nach der Rspr des BGH zum alten Recht bestand kein Anspruch, wenn der VersA wirksam ausgeschlossen worden war (BGH FamRZ 1981, 533; ebenso für das neue Recht MüKo/Dörr Rn 5; Johannsen/Henrich/Hahne Rn 3). Da ohne die Auskunft aber keine Ausübungskontrolle nach § 242 BGB stattfinden kann (dazu s § 8 Rn 8f, 16), steht auch der vertragliche Ausschluss des VersA dem Auskunftsanspruch nicht entgegen.
- 3 2. Voraussetzungen und Inhalt.** Der Nebenanspruch auf Auskunft setzt ein berechtigtes Interesse an der Regelung des VersA (vgl hierzu Düsseldorf FamRZ 1990, 46) voraus. Dieses **Rechtsschutzinteresse** besteht unabhängig davon, ob bereits ein Scheidungsverfahren anhängig ist; es wird auch durch die teilw parallelen Auskunftsrechte des FamG (§ 220 FamFG) nicht grds ausgeschlossen; es wird aber während eines laufenden Scheidungsverbundverfahrens häufig fehlen, wenn der hierdurch zusätzlich verursachte Aufwand sinnlos erscheint (Bergner KomRefVA, § 4 Anm. 2.2.). Nach altem Recht wurde es auch in diesem Fall deshalb bejaht, weil die Möglichkeit des FamG zur zwangsweisen