

# Schuldrecht AT – Wegfall der Geschäftsgrundlage, Treu und Glauben\*

Kurzeinführung mit Fällen und Lösungen

## Literatur

PETER HUBER/FLORIAN FAUST, Schuldrechtsmodernisierung – Einführung in das neue Recht. München: Verlag C. H. Beck, 2002.

OTHMAR JAUERNIG, Bürgerliches Gesetzbuch – Kommentar. 11. Auflage, München: Verlag C. H. Beck, 2004.

DIRK LOOSCHELDERS, Schuldrecht Allgemeiner Teil. 3. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München: Heymanns, 2005.

DIETER MEDICUS, Bürgerliches Recht. 20. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München: Heymanns, 2004.

OTTO PALANDT (BGR.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz – Kommentar. 65. Auflage, München: Verlag C. H. Beck, 2006.

## Inhaltsverzeichnis

<b>A. Störung (Wegfall) der Geschäftsgrundlage</b>	<b>1</b>
I. Anwendungsbereich	1
II. Voraussetzungen	1
1. Geschäftsgrundlage	1
2. Änderung/Irrtum	2
III. Rechtsfolgen	2
IV. Abgrenzung von der praktischen Unmöglichkeit, § 275 Abs. 2	4
V. Lesen	4
<b>B. Treu und Glauben – Grundsätzliches</b>	<b>4</b>
I. Auslegungs- und Ergänzungsfunktion (§§ 157, 242)	4
II. Korrekturfunktion (Abänderung der vertraglichen Leistungspflicht)	4
III. Schrankenfunktion	4
IV. Lesen	5

## A. Störung (Wegfall) der Geschäftsgrundlage

Beim Vertragsschluss haben die Parteien für gewöhnlich ein bestimmtes Bild vom Leben, vom Universum und dem ganzen Rest. Zumindest aber vom Vertrag und seinen Zielen. Wenn die Vorstellungen sich als unzutreffend herausstellen oder sich ändern, ist das normalerweise das Risiko der jeweiligen Partei, sofern sie nicht vertraglich festgelegt wurden. Das erfordert der Grundsatz „*pacta sunt servanda*“. Nur wenn sich radikale Veränderungen ergeben, können Korrekturen über die sog. Störung der Geschäftsgrundlage (früher: Wegfall der Geschäftsgrundlage) nach § 313 eingreifen. Der BGB-Gesetzgeber kannte das Rechtsinstitut der „*clausula rebus sic stantibus*“ (Die in jedem Vertrag ungeschriebene Klausel, „solange die Dinge so bleiben“) schon, aber nahm es aber bewusst nicht ins BGB auf, um die Vertragsautonomie zu stärken.

### I. Anwendungsbereich

Die Störung der Geschäftsgrundlage ist höchst subsidiär. Früher war sie ein Instrument des Richterrechts, das aus allen möglichen Grundsätzen mit juristischen Finessen für den äußersten Notfall vorgesehen war. Ihre Anwendung

bedurfte ausführlicher Begründung. Jetzt steht der § 313 zwar im Gesetz, aber dennoch sollte diesbezüglich nichts anderes gelten.

Zunächst gehen vertragliche Vereinbarungen vor. Wenn die Parteien also eine auflösende Bedingung vereinbart hatten oder ein Rücktrittsrecht, so muss eine Vertragslösung darauf gestützt werden. Geschäftsgrundlage kann nur sein, was nicht ausdrücklich Vertragsinhalt geworden ist.<sup>1</sup>

Dann gibt es Spezialnormen, die die Anwendung des § 313 ausschließen. Viele Musterbeispiele dessen, was im Vertrag den Vorstellungen der Parteien zuwiderlaufen kann, sind nämlich gesetzlich geregelt. So regelt § 490 für das Gelddarlehen den Fall, dass sie die Vermögensverhältnisse des Darlehensnehmers wesentlich verschlechtern. Nach § 528 kann der Schenker das Geschenk zurückfordern, wenn er selbst verarmt. Andere Sondervorschriften enthalten die §§ 321, 519, 527, 530, 593, 594e, 650, 651j, 723, 775 und 779.<sup>2</sup>



**Achtung, Giftschränk!** Schwerster Eingriff in den Grundsatz „*pacta sunt servanda*“! Vor dem SMG war anerkannt, dass ein Berufen auf den „Wegfall der Geschäftsgrundlage“ als gesetzlich nicht geregeltes Rechtsinstitut einen erhöhten Begründungsaufwand erfordere. Nur weil die Geschäftsgrundlage (im § 313) nun Einzug ins Gesetz gehalten hat, soll sich das aber nicht ändern! **Also:** Vor Kindern unzugänglich aufbewahren, nicht einnehmen, Kontakt mit den Augen vermeiden und mit extremer Vorsicht benutzen!

## II. Voraussetzungen

Nachdem nun die Schutzbrillen aufgesetzt wurden, hier die Voraussetzungen, die wie gesagt möglichst eng auszulegen sind.

### 1. Geschäftsgrundlage

Zunächst muss eine Geschäftsgrundlage vorliegen. Diese „Grundlage des Vertrags“ wird vom BGB nicht definiert, sondern als bekannt vorausgesetzt. Man kann aber im Anschluss an die Ausführungen von MEDICUS<sup>3</sup> zum alten Recht vom einem realen, einem hypothetischen und einem normativen Element ausgehen.

- Hat mindestens eine Partei den fraglichen Punkt vorausgesetzt „*reales Element*“?
- War der Punkt für diese Partei so **wichtig**, dass sie den Vertrag nicht oder nicht so abgeschlossen hätte, wenn sie die Richtigkeit ihrer Voraussetzung (oder Erwartung) als fraglich erkannt hätte („*hypothetisches Element*“)?

\* §§ ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des BGB. Erstellt mit einem L<sup>A</sup>T<sub>E</sub>X 2<sub>ε</sub>-Textsatzsystem unter Mac OS X. Homepage: <http://www.peterfelixschuster.de/jura.htm>

<sup>1</sup> LOOSCHELDERS, SAT S. Rn. 772.

<sup>2</sup> LOOSCHELDERS, SAT S. Rn. 773.

<sup>3</sup> MEDICUS, BR S. Rn. 165a.

- **Unzumutbarkeit:** Hätte sich die andere Partei *redlicherweise* (Treu und Glauben unter Berücksichtigung der vertraglichen oder gesetzlichen *Risikoverteilung*) auf die Berücksichtigung dieses Umstands einlassen müssen („*normatives Element*“)?

**i** Auch hier sind (wie beim Irrtum) **Motivirrtümer** einer Partei außen vor. Der Brautvater, der seiner Tochter Wäsche für ihre Aussteuer kauft kann also weder den Kaufvertrag anfechten noch aus § 313 vorgehen, wenn die Hochzeit platzt! Das gilt auch dann, wenn der Verkäufer von dem Zweck weiß.

Die Geschäftsgrundlage kann nur den Vertrag betreffen („kleine Geschäftsgrundlage“) oder aus grundlegenden Umwälzungen sozialer, politischer oder wirtschaftlichen Verhältnissen resultieren („große Geschäftsgrundlage“), sofern sie irgendwie ins Vertragsverhältnis einwirken.<sup>4</sup> Man kann nach neuem Recht auch zwischen der subjektiven (Vorstellungen der Parteien) und der objektiven Geschäftsgrundlage (tatsächliche Verhältnisse) unterscheiden.

## 2. Schwerwiegende Änderung oder wesentlicher Irrtum über die Umstände

Die Umstände der Geschäftsgrundlage müssen sich seit Vertragsschluss schwerwiegend verändert haben, § 313 Abs. 1. Der benachteiligten Partei muss die Erfüllung nach Treu und Glauben **unzumutbar** geworden sein. Das ist eine Formel, in der gleich zwei Unsicherheitsmomente enthalten sind.<sup>5</sup> Hier spielt insbesondere die schon oben erwähnte Risikoverteilung eine Rolle. So trägt der Mieter nach der Vorstellung des BGB das Verwendungsrisiko: Kann er nichts mit der Mietsache anfangen, ist das seine Sache; hier sind die Hürden für die Annahme einer SGG sehr hoch. Ebenso trägt der Verkäufer meist das Risiko einer Geldentwertung und (sofern er es übernommen hat) das Beschaffungsrisiko. Notwendig ist also eine penible **Vertragsauslegung**. Unzumutbarkeit ist letztendlich zu verneinen, wenn der veränderte Umstand in den Risikobereich der benachteiligten Partei fällt.<sup>6</sup> Jedoch wird auch dieses Risiko nur in Grenzen zugewiesen. Werden diese äußersten Grenzen (!) überschritten, kann trotzdem Unzumutbarkeit vorliegen.<sup>7</sup>

Oder die Annahmen der Parteien (subjektive Geschäftsgrundlage) stimmten **schon bei Vertragsschluss** nicht, § 313 Abs. 2. Das ist zum einen der Fall, wenn ein *gemeinschaftlicher Irrtum* vorliegt. Hier ist von der Irrtumsanfechtung abzugrenzen, die als Spezialgesetz vorgeht. Nach h. M. betreffen die §§ 119 ff. nur den einseitigen Irrtum, da bei einem beidseitigen die Schadensersatzregelung des § 122 zugunsten des (vom Zufall bestimmten) Anfechtungsgegners unangebracht ist.<sup>8</sup> Vor allem ist aber auch der wichtigere beiderseitige (nach §§ 199 ff. unbeachtliche) Motivirrtum umfasst.<sup>9</sup> Es können aber auch einseitige Fehlvorstellungen einer Partei umfasst sein, welche die andere widerspruchslos hingenommen hat. Bloße Motivirrtümer sind allerdings nicht umfasst.

## III. Rechtsfolgen

Vorrangig hat der Anspruchsteller Anspruch auf eine **Vertragsanpassung** an die neuen Gegebenheiten. Die Anpassung tritt also nicht automatisch ein. Die Anpassung geht auf das, worauf sich die andere Partei redlicherweise hätte einlassen müssen. Prozessual sind hier zwei Schritte nötig: Zuerst muss auf Anpassung des Vertrags geklagt werden. Nach der Anpassung erst kann aus dem „neuen“ Vertrag vorgegangen werden. Das wird in der Stufenklage verbunden.

Ist eine solche Anpassung nicht möglich oder einer Seite unzumutbar, kommt je nach Vertragstyp entweder ein **Rücktritts- oder Kündigungsrecht** nach § 313 Abs. 3 in Betracht. Das ist insbesondere dann einschlägig, wenn auch bei Kenntnis der Wirklichkeit bzw. dem anderen Verlauf der Geschehnisse der Vertrag nicht mit anderem Inhalt, sondern gar nicht geschlossen worden wäre.<sup>10</sup>

### i. Störung der Geschäftsgrundlage § 313

#### 0. Anwendbarkeit

- a) Schuldverhältnis
- b) Keine Spezialnorm
- c) Ist der Punkt Vertragsinhalt geworden (Auslegung!)? Dann keine Geschäftsgrundlage!

1. Hat den Punkt mindestens eine Partei vorausgesetzt? („*reales Element*“)

2. Punkt so wichtig für diese Partei, dass sie den Vertrag bei Zweifeln darüber nicht so abgeschlossen hätte („*hypothetisches Element*“)

3. **Unzumutbarkeit:** Andere Partei hätte sich redlicherweise darauf einlassen müssen („*normatives Element*“)

#### 4. Rechtsfolge(n):

- a) Vertragsanpassung
- b) Rücktrittsrecht, wenn eine Anpassung nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar wäre, § 313 Abs. 3

**Fall 1, „Ungekrönter Häuptling“:** Der unbeugsame Gallier A möchte nach der Eroberung Roms dem Triumphzug seines Häuptlings M durch Rom gerne von einem Fensterplatz am Forum Romanum zusehen. Zu diesem Zweck mietet er ein Zimmer mit Blick aufs Forum für den Tag des Zuges an. Der Vermieter Varus (V) verlangt angesichts

<sup>4</sup> LOOSCHELDERS, SAT S. Rn. 778 f..

<sup>5</sup> MEDICUS, BR S. Rn. 166.

<sup>6</sup> LOOSCHELDERS, SAT S. Rn. 782.

<sup>7</sup> LOOSCHELDERS, SAT S. Rn. 783.

<sup>8</sup> LOOSCHELDERS, SAT S. Rn. 775; a. M. MEDICUS, BR S. Rn. 162 (mit dem hörenswerten Argument, dass gar nicht so zufällig ist, wer anfiht: dies wird die benachteiligte Partei sein); HUBER/FAUST–Huber, Schuldrechtsmod. S. Rn9/8.

<sup>9</sup> MEDICUS, BR S. Rn. 162.

<sup>10</sup> MEDICUS, BR S. Rn. 170.

der hohen Nachfrage wegen des Spektakels seitens aller unbesiegbaren Dorfbewohner den hohen Preis von 2000 Sesterzen (\$). Ein Kündigungsrecht soll den Parteien nicht zustehen. Dann bricht sich der Schildträger S des M ein Bein, weil die Häuptlingsgattin G mit auf dem Schild getragen werden wollte, oder – wie er sagt – ihm der Himmel auf den Kopf gefallen sei. Der Triumphzug wird abgeblasen. A hat nun kein Interesse mehr an dem Fensterplatz und teilt dies dem Varus mit der Bemerkung mit, er werde auch nicht das Geld zahlen. V verlangt trotzdem Zahlung unter Bereitstellung des Zimmers. Anmerkung: Noch vor Vertragsschluss wurde in Rom das BGB heutiger Fassung eingeführt. (sog. „Krönungszugfall“).

#### Anspruch des V gegen A aus § 535 Abs. 2?

1. Vertragsschluss ✓
2. Ausschluss durch Anfechtung?
  - a) Anfechtungserklärung ✓
  - b) Anfechtungsgrund? § 119 Abs. 2? Triumphzug ist keine Eigenschaft der Sache (Wohnung) ✗
3. Ausschluss durch § 536 – Minderung? ✗ Hier kein Gebrauch vereinbart.<sup>11</sup> Außerdem noch keine Übergabe der Mietsache.
4. Ausschluss durch Unmöglichkeit, § 275 Abs. 1? Die Durchführung des Triumphzuges war nicht geschuldet. ✗
5. Ausschluss durch Rücktritt?
  - a) Rücktrittserklärung ✓
  - b) Rücktrittsgrund, § 313?
    - aa) Anwendbarkeit ✓
    - bb) Geschäftsgrundlage: Triumphzug wurde Grundlage des hohen Preises. Wurde aber nicht Vertragsinhalt.
    - cc) Hypothetischer Kausalverlauf, hypothetischer Parteiwille: A hätte den Vertrag auch nicht abgeschlossen, wenn er vom Absagen gewusst hätte.
    - dd) Hätte V redlicherweise diesen Umstand bei der Mietzinsbildung berücksichtigen müssen; ist umgekehrt A noch zumutbar, den erhöhten Preis zu zahlen? Hier ist eine Abwägung nach Treu und Glauben erforderlich. Dabei ist insbesondere die Risikoverteilung zwischen den Parteien zu berücksichtigen. Diese kann sich u.a. auch in der Höhe der Gegenleistung niederschlagen. Grundsätzlich trägt zwar der Mieter das Risiko der Nutzbarkeit der Mietsache für seine Zwecke (sofern sie nicht durch Mängel beeinträchtigt ist). Hier war aber der Preis gerade wegen des Triumphzuges erhöht.
    - ee) Eigentlich hätte jetzt A gegen V einen Anspruch auf Anpassung des Vertrags. Aber da er an dem Fensterplatz nun gar kein Interesse mehr hat, wäre eigentlich nur eine Miete von 0 \$ angemessen, was für V unzumutbar ist; eine höhere Miete wäre wohl für A unzumutbar. Auch zu einem normalen Mietzins hätte er (sofern er kein Hotel betreibt) die Wohnung wohl gar nicht vermietet. Zudem wurde oben festgestellt, dass die Parteien, hätten sie die Änderung der Lage vorhergesehen, wohl gar keinen Vertrag geschlossen hätten. Der Regelungszweck der Aufrechterhaltung des Vertrags, wenn auch unter Anpassung, ist geringer zu werten, wenn der Vertrag dann nicht geschlossen worden wäre. § 313 Abs. 3: Also gibt es ein Rücktrittsrecht.
  - c) Ergebnis: Rücktritt ✓
6. Ergebnis: Kein Anspruch

**Fall 2, „Teures Öl“:** Kurt König (K) bestellt bei Lieferant Leo Ludwig im Dezember seinen Jahresbedarf an

Heizöl (15 Mio. Liter). König und Ludwig vereinbaren einen Festpreis von 40 Euro je 100 l. Zu diesem Zeitpunkt beträgt der Einkaufspreis 28 Euro für 100 l. Durch kriegerische Auseinandersetzungen im Nahen Osten steigt der Preis ab Januar enorm an und erreicht im Juni einen Preis von 170 Euro pro 100 l. Ludwig versucht vergebens den König zu einer Preisanpassung zu bewegen. Im Juni will Ludwig für die restlichen 10 Mio. Liter, die noch zu liefern sind, einen Preis von 120 Euro je 100 l. Dies entspricht dem durchschnittlichen Händlerbezugspreis. Falls König sich nicht darauf einlasse, könne er an dem Vertrag nicht festhalten, da er ansonsten wirtschaftlich ruiniert sei.

Kann König dennoch Lieferung zum ursprünglichen Preis verlangen?

#### Anspruch K gg. L aus § 433 Abs. 1

1. Anspruch entstanden ✓
2. Anspruch untergegangen?
 

Nach Unmöglichkeit? Ein Fall des § 275 Abs. 1 liegt nicht vor
3. § 275 Abs. 2? nach dem Willen des Gesetzgebers soll dies allerdings nur die sog. praktische Unmöglichkeit (Schulbeispiel: Ring im See) betreffen; die sog. wirtschaftliche Unmöglichkeit soll nicht erfasst werden. Hier wird nur der Aufwand des Schuldners in Verhältnis mit dem Interesse des Gläubigers gesetzt; die Interessen des Schuldners sind nicht relevant. Hier: der Aufwand des Schuldners ist enorm gestiegen; parallel ist aber das Interesse des Ludwig gestiegen, da auch er nun ein gesteigertes Interesse daran hat, das Öl zum vereinbarten Preis zu bekommen – beide Positionen stehen also nicht in einem groben Missverhältnis. Der Anspruch ist also nicht nach Unmöglichkeit untergegangen und kann auch nicht durch die Einrede nach § 275 Abs. 2 verweigert werden
4. Anspruch auf Vertragsanpassung, § 313. (Könnte dem K nach § 273 entgegengehalten werden) Hätte Ludwig einen Anspruch auf Vertragsanpassung, könnte er bis dahin die Lieferung zum bisherigen Preis unter dem Gesichtspunkt der Arglistenrede verweigern. Hier könnte ein Fall der Äquivalenzstörung vorliegen<sup>12</sup>
  - a) Es müssen sich nach Vertragsschluss Umstände schwerwiegend verändert haben. Was „Umstände“ sind, definiert das Gesetz nicht; man wird daher alle tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten darunter verstehen müssen. In dem Preisniveau von 28 € infolge der Friedenszeit liegt eine derartige Gegebenheit. Schwerwiegende Veränderung: man könnte einwenden, dass Ludwig sich rechtzeitig hätte eindecken können; solche Gesichtspunkte sollen jedoch erst bei der Abwägung, ob das Festhalten am Vertrag zumutbar ist, eine Rolle spielen. Keine einzelfallbezogene Abwägung: steigen die Beschaffungspreise um mehr als 100% ist von einer schwerwiegenden Änderung auszugehen
  - b) Diese Umstände dürfen nicht Inhalt des Vertrags geworden sein. ✓
  - c) Die Parteien müssen, wenn sie die Änderung vorausgesehen hätten, den Vertrag nicht oder nicht mit diesem Inhalt geschlossen haben. Ludwig hätte dann den Vertrag so nicht abgeschlossen.
  - d) Das Festhalten am unveränderten Vertrag muss für den einen Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, unzumutbar sein. Abwägungsfrage: zu bedenken sind, dass Ludwig sich rechtzeitig – als die ersten Preissteigerungen erkennbar waren – hätte eindecken können. Auch ist immer zu bedenken, dass § 313 eine Ausnahme zu dem Grundsatz „*pacta sunt servanda*“ darstellt – an sich sind Beschaffungskosten ein Risiko des Schuldners. Allerdings muss der Schuldner nicht jedes Risiko tragen: bei

<sup>11</sup> Anders MEDICUS, BR S. Rn. 160.

<sup>12</sup> Dazu genauer LOOSCHELDERS, SAT S. Rn. 788 ff..

außergewöhnlichen Preissteigerungen kann man ihm nicht alleine das Risiko aufbürden. Daher könnte man sagen, dass hier ein so außergewöhnlicher Fall der Preissteigerung vorliegt, dass dem Ludwig das Festhalten nicht zugemutet werden kann. Hier liegt der Fall jedoch insoweit anderes, als dass bereits Anfang des Jahres für jeden erkennbar war, dass die Preise schnell steigen werden. Da Ludwig es hier verpasst hat, sich rechtzeitig darum zu kümmern, dass er seinen Vertrag erfüllen kann, muss er sich am Vertrag festhalten lassen. Hinzu kommt, dass auch König darauf vertraut hat; er konnte davon ausgehen, dass Ludwig sich rechtzeitig darum kümmert.

5. Ergebnis: Eine Anpassung kommt nicht in Betracht, König kann weiterhin auf Lieferung bestehen

#### IV. Abgrenzung von der praktischen Unmöglichkeit, § 275 Abs. 2

Der ursprünglich wichtigste Fall des (damals noch) Wegfalls der Geschäftsgrundlage gehörte die Geldentwertung. Aber der Fall, dass den Schuldner auf einmal etwas wesentlich mehr kostet, als er bei Vertragsschluss angenommen hatte, wird auch von § 275 Abs. 2 geregelt. Fraglich ist also, wann welche Norm anzuwenden ist.

§ 275 Abs. 2 behandelt den Fall, dass das Gläubigerinteresse in etwa gleich bleibt, der Schuldneraufwand aber im Verhältnis dazu stark ansteigt: Wenn der Ring in den See fällt, würde der Ersatzring den Gläubiger immer noch (wie im ursprünglichen Kaufvertrag) 200 € kosten, der Schuldner müsste aber einige 100.000 € aufwenden, um ihn wiederzubeschaffen.

§ 313 ist hingegen für Fälle ausgerichtet, in denen beides (Gläubigerinteresse und Schuldneraufwand) in gleichem Maße ansteigt: Wenn die Inflation so galoppiert, dass ein Ei 1 Mio. Mark kostet, kostet ein Ersatz-Ei den Gläubiger woanders auch 1 Mio. Mark, so dass sein Gläubigerinteresse in gleichem Maße ansteigt wie der Schuldneraufwand.

#### V. Lesen

- LOOSCHELDERS, SAT § 39
- MEDICUS, BR § 7 (später vielleicht mal)

#### B. Treu und Glauben – Grundsätzliches

Der Grundsatz von Treu und Glauben ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, der in verschiedenen Normen des BGB auftaucht, etwa § 242 und § 157. Der Geltungsbereich geht jedoch weit über das BGB hinaus, er beeinflusst auch die Anwendung anderen und auch allgemeineren Rechts. Bei der Anwendung ist zu beachten, dass § 242 in gewisser Weise die Kapitulation des positiven Rechts bedeutet. Alle Definitionen von Treu und Glauben sind ihrerseits ebenso wenig subsumptionsfähig: **Treue** ist eine auf Zuverlässigkeit, Aufrichtigkeit und Rücksichtnahme beruhende innere und äußere Haltung (Treue als Rechtstugend der Verlässlichkeit, des Worthaltens und der Loyalität<sup>13</sup>), **Glauben** ist das Vertrauen der Gegenseite auf diese Haltung;<sup>14</sup> die Veranschaulichung („nach dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“) führt ebensowenig weiter.

Also keine vorschnelle Anwendung! Auch wenn Ergebnisse auf den ersten Blick „ungerecht“ erscheinen mögen, steht hinter ihnen oft eine feine Interessenabwägung des Gesetzgebers oder die Normen wurden schon zuvor falsch angewendet. Zudem wurden sind viele Spezialvorschriften Ausflüsse des Treu und Glauben Prinzips und müssen vorrangig angewendet werden. Auf keinen Fall vorschnell die eigenen Wertungen über die Leerformel von Treu und Glauben einfließen lassen, sondern nur anerkannte Fallgruppen verwenden!

Die Fallgruppen des Grundsatzes von Treu und Glauben lassen sich seinen Funktionen zuordnen:

#### I. Auslegungs- und Ergänzungsfunktion (§§ 157, 242)

Die Vertragsparteien sind verpflichtet, sich so zu verhalten, dass das Vertragsziel möglichst erreicht (und gesichert) wird, müssen also ein Verhalten unterlassen, dass den Vertragszweck vereiteln würde (**Leistungstreuepflicht**).<sup>15</sup> Über § 242 werden auch über Vertragsende hinaus bestehende Rücksichtnahmepflichten begründet.

So wurde § 242 immer herangezogen, um **Nebenpflichten** der Parteien zu begründen. Heute übernimmt zum Teil § 241 Abs. 2 diese Aufgabe.

Der § 242 soll vom Wortlaut her („der Schuldner hat die Leistung ...“) auch die Art und Weise der Leistung bestimmen. Der Schuldner soll seine Verpflichtung nicht nach den Buchstaben des Vertrages, sondern gemäß seinem Sinn und Zweck erfüllen (*Larenz*). So ist dem Schuldner eine Leistung zur „Unzeit“, also etwa mitten in der Nacht, aus allgemeiner Rücksichtnahme verwehrt.

Über § 242 fließen auch Verkehrssitte und Handelsbräuche in die Rechtsanwendung, etwa auch zeitgenössische Wertvorstellungen. So ging man im privaten Bereich mit § 242 gegen die „wilde Ehe“ vor.

#### II. Korrekturfunktion (Abänderung der vertraglichen Leistungspflicht)

Früher fielen die Fälle des Wegfalls der Geschäftsgrundlage unter § 242. Heute kann bei Sittenverstoß, der die Schwelle des § 138 noch nicht überschreitet, der § 242 eingreifen. Das muss nicht zwingend zur völligen Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts führen, sondern etwa nur zur Korrektur.<sup>16</sup>

#### III. Schrankenfunktion

Dazu zählen unzulässige Rechtsausübung, Widersprüchliches Verhalten

**Arglistenwand** (lat. *Dolo agit/facit, qui petit, quod statim redditurus est*, „Pflicht zur alsbaldigen Rückgewähr“). Wer fordert, was er sofort darauf wieder zurückgeben müsste, handelt arglistig und wird nicht gehört. Ausprägungen sind § 273, 387. *Beispiel*: Grundbuchberichtigung kann nicht verlangen, wer demjenigen, zugunsten dessen

<sup>13</sup> JAUERNIG–Mansel, BGB § 242 Rn. 3.

<sup>14</sup> PALANDT–Heinrichs, BGB<sup>65</sup> § 242 Rn. 3.

<sup>15</sup> JAUERNIG–Mansel, BGB § 242 Rn. 27.

<sup>16</sup> JAUERNIG–Mansel, BGB § 242 Rn. 13.

ein Recht eingetragen ist, schuldrechtlich zur Bestellung dieses Rechts verpflichtet wäre.<sup>17</sup>

**Widersprüchliches Verhalten:** Lat. (*venire contra factum proprium*). Wer durch ihm zurechenbares Verhalten schutzwürdiges Vertrauen bei der Gegenseite hervorgerufen hat, darf sich dazu nicht in Widerspruch setzen. Jemand beruft sich bei einem Gerichtsverfahren, das nacheinander vor zwei Gerichten ausgetragen wird, das jeweils andere sei zuständig. Weitere wichtige Anwendungsgebiete: Verwirkung von eigenen und Erwirkung von Ansprüchen. Ein Recht ist verwirkt, wenn es der Berechtigte über einen längeren Zeitpunkt nicht geltend gemacht hat, obwohl er dazu in der Lage war (Zeitmoment) und sich der Verpflichtete wegen des Gesamtverhaltens des Berechtigten darauf einrichten durfte und auch eingerichtet hat, dass dieser auch künftig sein Recht nicht geltend mache (Umstandsmoment).<sup>18</sup>

**Schikaneverbot:** Fehlen eines schutzwürdigen Eigeninteresses. Beharren auf formellen Rechtspositionen. Unverhältnismäßigkeit der Rechtsausübung (Geringfügigkeit): Wegen einer kleinen Pflichtverletzung wird etwa ein tiefgreifendes Gestaltungsrecht wahrgenommen, ein Anspruch geltend gemacht oder dessen Erfüllung verweigert. (etwa: Die Versicherung verweigert eine Leistung, weil der Versicherungsnehmer geringfügig mit der Prämienzahlung in Verzug ist) Eine Ausprägung ist § 226, der aber wegen des restriktiven Tatbestands keinen praktischen Anwendungsbereich haben dürfte.

**Ausnutzen unredlich erworbener Rechte:** Lat. (*exceptio doli specialis*), etwa eines (bekanntermaßen) unrichtigen Urteils. Eine gesetzliche Ausprägung ist der § 162 Abs. 2 (treuwidriges Herbeiführen der Bedingung). In eine ähnliche (wenn auch nicht dieselbe) Richtung geht das Aufrechnungsverbot des § 393. *Beispiel:* Vorgehen aus einem durch arglistige Täuschung zustande gekommenen Vertrags, wenn die Frist nach § 124 abgelaufen ist.

Ähnlich zu beurteilen ist auch die Vereitelung von **Rechten der Gegenpartei**. Die gesetzliche Ausprägung ist der § 162 Abs. 1 (treuwidriges Vereiteln des Bedingungseintritts: der Vorbehaltsverkäufer nimmt etwa die letzte Rate nicht an). Ein Vertragsteil verhindert etwa die Beurkundung eines formbedürftigen Vertrags („ich werde mich schon dran halten“), um sich hinterher auf den Formmangel zu berufen.<sup>19</sup>

**Verletzung eigener Pflichten und Obliegenheiten:** Lat. *tu quoque*. Verletzt der Gläubiger seinerseits Pflichten, muss er zurückhaltend sein mit der Geltendmachung von Rechten aus Pflichtverletzungen der Gegenseite, ganz verzichten muss er aber auf Rechtsdurchsetzung nicht.<sup>20</sup> Eine Ausprägung ist das Mitverschulden nach § 254.

Zudem entfalten **Grundrechte mittelbare Drittwirkung** über die Generalklauseln des BGB, also auch den § 242.

**Fall 3, „Rechenschwacher Gallier“:** Wie Fall 1. Der Triumphzug findet statt. A will die 2.000 Sesterzen am Tag drauf bei Varus vorbeibringen. Als er dort ist, stellt sich heraus, dass A sich verzählt hatte und versehentlich eine Sesterze zu wenig dabei hat. Varus, der wegen der Eroberung Roms schlecht gelaunt ist, verweigert deshalb mit Hinweis auf § 266 die Annahme. Ist er im Annahmeverzug?

#### Annahmeverzug des V?

1. Die Leistung war zulässig und dem A möglich.
2. A müsste die Leistung tatsächlich angeboten haben, § 294. A hat nur eine Teilleistung tatsächlich angeboten. Dazu ist er nach § 266 nicht berechtigt. Dieser Einwand kann dem Varus jedoch nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242) verwehrt sein. Der § 266 soll ihn vor Aufwand (und der Belästigung) schützen, der mit der mehrfachen Annahme von Teilleistungen verbunden ist. Hier wäre der zusätzliche Aufwand für Varus minimal. Hingegen müsste A weiter die Gefahr des zufälligen Untergangs (von 2500 \$) tragen. Hier fehlt dem Varus also ein schutzwürdiges Eigeninteresse. Das Verhalten des Varus ist schikanös sowie unverhältnismäßig und daher unbeachtlich.
3. Varus hat die Leistung nicht angenommen. Vielleicht durfte er dies aber nach § 266 BGB. Dieser Einwand wurde ihm aber abgeschnitten, s.o.
4. Varus ist also im Annahmeverzug

**Abwandlung.** *Die Sesterzen sind vollzählig. Die Idee, den Varus zu bezahlen, kommt dem A jedoch ausgerechnet um zwei Uhr nachts nach den Saufseeligkeiten zur Feier des Triumphzuges. Wieder verweigert ein verschlafener Varus die Annahme. Ist er im Annahmeverzug? (Beide frei nach Brox/Walker ASR § 7 sowie Gosciny/Uderzo*

#### Annahmeverzug des V?

1. Die Leistung war zulässig (Erfüllbarkeit nach § 271 meint den Zeitpunkt, *ab dem* geleistet werden darf, nicht die Uhrzeit der Leistung danach) und dem A möglich.
2. A müsste die Leistung tatsächlich angeboten haben, § 294. Das erfordert, dass die Leistung wie geschuldet am rechten Ort, zur rechten Zeit und in der richtigen Art und Weise so angeboten wird, dass der Gläubiger nur die Hand auszustrecken und zuzugreifen braucht. Das könnte hier aufgrund der Uhrzeit zu anzuzweifeln sein. Der § 242, der die Leistungsmodalitäten regeln soll, gebietet bei der Leistungserbringung Rücksicht auf die Gegenseite. Etwa verbietet er die Leistung zur Unzeit, also normalerweise nachts. Ausnahmen können sich aus der Beziehung der Parteien zueinander ergeben (etwa zwei Nachtschwestern oder Bergarbeiter auf Nachtschicht). A hat die Leistung also nicht ordnungsgemäß angeboten.
3. Varus ist nicht im Annahmeverzug.

#### IV. Lesen

- LOOSCHELDERS, SAT § 4
- JAUERNIG–Mansel, BGB § 242

<sup>17</sup> BGH NJW 1974, 1651; JAUERNIG–Mansel, BGB § 242 Rn. 39.

<sup>18</sup> JAUERNIG–Mansel, BGB § 242 Rn. 53.

<sup>19</sup> JAUERNIG–Mansel, BGB § 242 Rn. 46.

<sup>20</sup> JAUERNIG–Mansel, BGB § 242 Rn. 47.